DIE ROEKELOSE EN BEDRIEGLIKE DRYF VAN BESIGHEID IN DIE SUID-AFRIKAANSE MAATSKAPPYEREG

deur

Louis de Koker

Voorgelê ter voldoening aan die vereistes vir die graad

Doctor Legum

in die

Fakulteit Regsgeleerdheid, Departement Handelsreg

aan die

Universiteit van die Oranje-Vrystaat

Datum van inlewering

21 Oktober 1996

Promotor
Prof Dr JJ Henning
Medepromotor
Prof Dr PEJ Brooks

Bloemfontein
1996

DANKBETUIGING

Die ondersteuning van die volgende persone en instansies word graag met dank en waardering erken:

* Prof JJ Henning wat in sy onderskeie hoedanighede as promotor, Direkteur van die Sentrum vir Ondernemingsreg, Departementshoof van die Departement Handelsreg aan die Universiteit van die Oranje-Vrystaat en mentor rigtinggewende leiding en ondersteuning deur die loop van die studie gebied het.

* Prof Pierre Brooks wat as mede-promotor midde in 'n druk program baie waardevolle aandag aan die studie afgestaan het.

* Die UOVS-Sasol-biblioteek, die Squire Law Library van Universiteit van Cambridge, St John's College te Cambridge, die Institute of Advanced Legal Studies van die Universiteit van Londen en die Sentrum vir Ondernemingsreg van die Universiteit van die Oranje-Vrystaat wat hulle fasiliteite aan my beskikbaar gestel het.

* Die Sentrum vir Wetenskapsontwikkeling van die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing sowel as die Koördinerende Navorsingsinstituut vir Korporatiewe Reg wat deur hulle finansiële ondersteuning twee rigtinggewende navorsingsbesoeke aan Brittanje moontlik gemaak het. Menings wat in hierdie proefskrif uitgespreek is, is egter dié van die outeur en moet nie noodwendig aan hierdie twee instansies toegeskryf word nie.

* My kollegas by die Sentrum vir Ondernemingsreg en die Department Handelsreg van die Universiteit van die Oranje-Vrystaat vir ondersteuning en mnr Craig Snyman vir navorsingassistensie.

In die besonder bedank ek Jeanne, my eggenote, vir haar ondersteuning en opoffering, my ouers vir hulle aanmoediging en my Hemelse Vader aan Wie al die eer toekom.

INHOUDSOPGAWE

HOOFSTUK 1 - INLEIDING

1 DOEL VAN STUDIE 1
2 AGTERGROND 1
3 UITEENSETTING EN AFBAKENING VAN STUDIE 3

HOOFSTUK 2 - DIE OPLOOP VAN SKULDE OP GROND VAN WANVOORSTELLING

1 INLEIDING 5

2 "OPLOOP VAN SKULDE" 6
2.1 Kredietgewing in die koopreg 7
2.2 Kredietgewing in die leenreg 11
2.3 Krediettransaksies en wanvoorstelling 12

3 DIE REG RAKENDE WANVOORSTELLING 13
3.1 Wanvoorstelling as delik 14
3.1.1 Handeling 15
3.1.2 Onregmatigheid 16
3.1.3 Skuld 20
3.1.4 Nadeel en kousaliteit 23
3.2 Wanvoorstelling binne kontraktuele verband 25
3.2.1 Die aard van die wanvoorstelling 26
3.2.2 Plig tot openbaarmaking 28
3.2.3 Voorvereistes vir 'n kontraktuele remedie 32
3.2.4 Kontraktuele remedies 35
3.3 Wanvoorstelling in strafregtelike verband 38

4 DIE OPLOOP VAN SKULDE OP GROND VAN WANVOORSTELLING 46
4.1 Implisiete voorstelling rakende vermoë en bedoeling 47
4.1.1 Voorstelling rakende die terugbetalingsdatum 50
4.1.2 Balansstaatinsolvensie 52
4.1.2.1 Stegmann R se standpunt 54
4.1.2.2 Reaksie 56
4.1.2.3 Die standpunt van die Appèlhof 58
4.1.2.4 Handelsregtelike problematiek 59
4.2 Samevatting van beginsels 60
4.3 Die oploop van skuld sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting 61
4.4 Relevante voorstellings en verswygings 69

5 SAMEVATTING 72

HOOFSTUK 3 - KREDIETVERKRYGING DEUR 'N MAATSKAPPY WEENS MISLEIDING - AANSPREEKLIKHEID TEENOOR DERDES IN MAATSKAPPYVERBAND

1 INLEIDING 75

2 AANSPREEKLIKHEID VAN DIE MAATSKAPPY 76
2.1 Deliktuele aanspreeklikheid van 'n maatskappy 76
2.1.1 Middellike aanspreeklikheid van 'n maatskappy 77
2.1.2 Selfstandige aanspreeklikheid van die maatskappy 80
2.2 Strafregtelike aanspreeklikheid van die maatskappy 84

3 AANSPREEKLIKHEID VAN ANDER PERSONE 87
3.1 Ontsluiering van die maatskappy 87
3.1.1 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 92
3.1.2 Samevatting 97
3.1.3 Ontsluiering en aanspreeklikheid vir die oploop van skulde deur wanvoorstelling 98
3.2 Die persoonlike aanspreeklikheid van die verteenwoordiger van die maatskappy 100
3.3 Die persoonlike aanspreeklikheid van die werknemer van die maatskappy 101
3.4 Die deliktuele aanspreeklikheid van direkteure 105
3.4.1 Afwesigheid van persoonlike bewussyn 112
3.4.2 Basis vir direkteursaanspreeklikheid 117
3.4.3 Regsplig teenoor 'n skuldeiser 125
3.4.4 Moontlike algemene plig van direkteure teenoor skuldeisers 125
3.4.4.1 Invloed van 'n moontlike algemene plig op deliktuele aanspreeklikheid 131
3.5 Die strafregtelike aanspreeklikheid van direkteure en dienaars 132
3.5.1 Strafregtelike aanspreeklikheid vir insolvensiemisdrywe 134

4 KREDIETVERKRYGING DEUR 'N MAATSKAPPY WEENS MISLEIDING - PERSOONLIKE AANSPREEKLIKHEID IN DIE ALGEMENE SUID-AFRIKAANSE REG 136

4.1 Oriëntering 136
4.2 Aanspreeklike partye 136
4.2.1 Die aanspreeklikheid van die maatskappy 137
4.2.2 Die aanspreeklikheid van ander persone 139
4.3 Geïmpliseerde voorstelling rakende terugbetalingsverwagting 140
4.3.1 *Orkin Brothers Ltd v Bell* 142
4.3.2 Oorhaling as basis van aanspreeklikheid 145
4.3.3 Verdere fasette 148
4.3.3.1 Versuim om krediettransaksie te voorkom 148
4.3.3.2 Openbaarmakingsplig na kontraksluiting 150
4.3.3.3 Die regposisie van die individuele direkteur 151
4.3.3.4 Nalatige wanvoorstelling 152

5 SLOT 153

HOOFSTUK 4 - DIE BEDRIEGLIKE OF ROEKELOSE DRYF VAN BESIGHEID IN DIE STATUTêRE MAATSKAPPYEREG

1 INLEIDING 156

2 "FRAUDULENT TRADING" IN DIE ENGELSE MAATSKAPPYWETGEWING 158
2.1 Statutêre ontwikkeling van die "fraudulent trading"-bepaling 158
2.2 Uitleg en toepassing deur die howe in Engeland 161
2.2.1 Afbakening van die bespreking 161
2.2.2 Die reikwydte van die bepaling 161
2.2.3 "Intent to defraud creditors or for any fraudulent purpose" 163
2.2.4 Onredelike oploop van skulde 165
2.2.5 "Carried on business" 167
2.2.6 Die aanspreeklike partye 168
2.2.7 Die aansoeker 171
2.2.8 Verjaring 171
2.2.9 Die bevel van die hof 172
2.2.10 Strafregtelike aanspreeklikheid 177
2.3 Die verdere ontwikkeling van die statutêre bepaling 178
2.3.1 Die Jenkins-komitee 178
2.3.2 "Wrongful trading" 180

3 DIE ROEKELOSE EN BEDRIEGLIKE DRYF VAN BESIGHEID IN DIE SUID-AFRIKAANSE MAATSKAPPYWETGEWING 180
3.1 Die ontwikkeling van die bepaling 180
3.1.1 Die Lansdown-kommissie 180
3.1.2 Die Millin-kommissie 182
3.1.3 Die Van Wyk de Vries-kommissie 183
3.1.4 Artikel 424 185
3.2 Die uitleg van die bepaling deur die Suid-Afrikaanse howe 186
3.2.1 Bedrieglike dryf van besigheid 187
3.2.2 Roekelose dryf van besigheid 188
3.2.2.1 Geskiedenis en motivering 188
3.2.2.2 Algemene betekenis van "roekeloos" 191
3.2.2.3 Maatstaf vir bepaling van roekeloosheid 193
3.2.3 Die "dryf van besigheid" 197
3.2.4 Die aanspreeklike partye 198
3.2.5 Aansoek- of aksieprosedure 203
3.2.6 Die applikant 205
3.2.7 Die bewyslas 207
3.2.8 Die hofbevel 208
3.2.8.1 Omvang van die bedrag 208
3.2.8.2 Bestemming van die bedrag 211
3.2.8.3 Effek van die bevel 212
3.3 Die invloed van reëlings en skikkings op eise 213
3.3.1 Die Pressma-uitspraak 215
3.3.2 Die Re Carbon Developments-uitspraak 217
3.3.3 Die Appèlhof se standpunt 218
3.3.4 Perspektiewe 218
3.4 Artikel 424 as voorbeeld van ontsluiering 221
3.5 Artikel 424 as kodifiserend van gemeenregtelike remedies 222
3.6 Ondersoek- en rapporteringverpligtinge van likwidateurs en geregtelike bestuurders 223
3.6.1 Statutêre verpligtinge 223
3.7 Skuldrangering 227

3.7.1 Kansellasie 231
3.7.2 Inmenging met die *pari passu*-verdelingsbeginsel 233
3.7.3 Insolvensie van junior skuldeiser 234
3.7.4 Gevolgtrekking 235
3.8 Ouditeure en artikel 424 236
3.8.1 Statutêre rapporteringsplig 237
3.8.2 "Wesenlike onreëlmatigheid" 238
3.8.3 Rapportering 240
3.8.4 Rapportering van die roekelose en bedrieglike dryf van besigheid 242
3.8.5 Aanspreeklikheid van die ouditeur 243
3.8.6 Kommentaar 244
3.9 Verbandhoudende statutêre bepalings 246
3.9.1 Artikel 423 en 426 246
3.9.2 Artikel 247 en 248 248
3.10 Artikel 424 as verhalingsmeganisme en sanksie 251
3.10.1 Artikel 424 as strafregtelike bepaling 252
3.10.2 Artikel 424 as skuldverhalingsmeganisme 254
3.11 Problematiek verbonde aan artikel 424 256
3.11.1 Bewys van onregmatige optrede 256
3.11.2 Juridiese oordeel 257
3.11.3 Konseptuele problematiek 259
3.11.3.1 Praktiese reikwydte van die bepaling 259
3.11.3.2 Dualistiese karakter 261
3.11.3.3 Onvoldoende sanksionering van versuim 262

4 GEVOLGTREKKING 263

HOOFSTUK 5 - REGSVERGELYKENDE ONDERSOEK

1 INLEIDING 267

2 ENGELAND 267
2.1 Inleiding 267
2.2 Voorstelle vir 'n nuwe bedeling 269
2.2.1 Kritiek teen artikel 332 277
2.2.2 "Wrongful trading" soos voorgestel 271
2.2.3 Implementering van die aanbevelings 273
2.3 "Fraudulent trading" 275
2.4 "Wrongful trading" 277
2.4.1 Direkteure en skadu-direkteure 281
2.4.2 Insolvente likwidasie 282
2.4.3 Redelikheid - die graad van sorg 283
2.4.4 Toepassing van die statutêre toets deur die howe 284
2.4.5 Verweer 286
2.4.6 Verpligtinge ingevolge artikel 214 288
2.4.7 Die bevel 289
2.4.8 Bestemming van die bydrae 290
2.5 Diskwalifikasie as direkteure 292
2.6 Feniksmaatskappye 294
2.7 Gevolge van die implementering van "wrongful trading" 295
2.7.1 Invloed op "fraudulent trading" 295
2.7.2 Verhoging van minimumstandaarde 296
2.8 Problematiek ten aansien van "wrongful trading" 297
2.9 Die sukses van die nuwe maatreëls 298
2.10 Slot 299

3 IERLAND 301
3.1 "Fraudulent trading" voor 1990 301
3.2 Hervormingsvoorstelle 303
3.3 Regshervorming in 1990 305
3.4 "Fraudulent trading" as misdryf na 1990 305
3.5 Persoonlike aanspreeklikheid op grond van "fraudulent" of "reckless trading" 307
3.5.1 Voorwaardes vir aanspreeklikheid 308
3.5.2 Aanspreeklike partye 310
3.5.3 Gronde vir aanspreeklikheid op grond van "reckless trading" 311
3.5.3.1 Onredelike optrede 311
3.5.3.2 Oploop van skulde 312
3.5.3.3 "Reckless trading" in die algemeen 313
3.5.4 Verweer 315
3.5.5 Verrekening van bydraende nalatigheid 316
3.5.6 Die bevel 317
3.6 Verwante bepalings 318
3.6.1 Beperkings op maatskappye 318
3.6.2 Diskwalifikasie van direkteure 320
3.6.3 Rekeningkundige rekordhouding 321
3.6.4 Kapitaal en boedel van maatskappy 322
3.7 Gevolge van die nuwe bepalings 323
3.8 Positiewe aspekte 325
3.9 Problematiese aspekte 326
3.10 Slot 310

4 AUSTRALIë 327
4.1 Inleiding 327
4.1.1 Ontwikkeling van die maatskappyeregsisteem 327
4.1.2 Statutêre bepaling rakende oploop van skulde 329
4.2 "Fraudulent trading" 330
4.2.1 Belangrike kenmerke en elemente 332
4.2.2 Evaluering 334
4.3 "Insolvent trading" 336
4.3.1 "Insolvent trading" in artikel 592 en 593 336
4.3.1.1 Uitleg van die bepalings 339
4.3.1.2 Oploop van 'n skuld 339
4.3.1.3 Redelike gronde 341
4.3.1.4 Verwere 344
4.3.2 Die Harmer-verslag 347
4.3.2.1 "Insolvent trading" soos aanbeveel 348
4.3.3 Die nuwe "insolvent trading"-bepalings 351
4.3.3.1 Direkteur 351
4.3.3.2 Insolvensie 352
4.3.3.3 Redelike gronde om insolvensie te vermoed 354
4.3.3.4 Verpligting 354
4.3.3.5 Verwere 355
4.3.3.6 Regsgevolge van nie-nakoming 357
4.3.3.7 Aanspreeklikheid van die houermaatskappy 359
4.4 Diskwalifikasie van deelname aan bestuur 359
4.5 Evaluering 361
4.5.1 Positiewe aspekte 362
4.5.2 Problematiese aspekte 363

4.6 Slot 364

5 NIEU-SEELAND 364
5.1 Inleiding 364
5.2 "Fraudulent trading" en "insolvent trading" voor 1980 365
5.2.1 "Fraudulent trading" 365
5.2.2 "Insolvent trading" 366
5.3 "Fraudulent trading" en "insolvent trading" na 1980 368
5.3.1 Eiesoortige uitleg 371
5.3.2 Verbandhoudende bepalings 373
5.4 Verslag van die New Zealand Law Commission 374
5.5 Companies Act 1993 377
5.6 Onregmatige handeldrywing ingevolge die Companies Act 1993 378
5.6.1 "Fraudulent trading" 378
5.6.2 "Reckless trading" en "insolvent trading" 379
5.6.3 Verbandhoudende bepalings 382
5.7 Evaluering 384

6 SAMEVATTING 386
6.1 Strafsanksie 386
6.2 Nalatige dryf van besigheid 387
6.3 Aansoek 388
6.4 Vermoedens en verwere 388
6.5 Verdere maatreëls 389

7 SLOT 390

HOOFSTUK 6 - GEVOLGTREKKINGS EN AANBEVELINGS

1 INLEIDING 391
2 DIE SKULDENAAR SE IMPLISIETE VOORSTELLING 394
3 ALGEMENE DELIKTUELE AANSPREEKLIKHEID IN MAATSKAPPYVERBAND 394
4 ALGEMENE AANSPREEKLIKHEID OP GROND VAN ONREGMATIGE HANDELDRYWING DEUR 'N MAATSKAPPY 396
5 ARTIKEL 424 VAN DIE MAATSKAPPYWET 398
6 INTERNASIONALE ONTWIKKELINGE 401
7 AANBEVELINGS 402
7.1 Aspekte vir oorweging 402
7.2 Kernaanbeveling 403
7.3 Aanbevole statutêre bepalings 404
7.3.1 Bedrieglike dryf van besigheid 404
7.3.1.1 Remedie 405
7.3.2 Insolvente handeldrywing 405
7.3.2.1 Toepassing 405
7.3.2.2 Aanspreeklikheid 406
7.3.2.3 "Redelike gronde" 406
7.3.2.4 Bewys 407
7.3.2.5 Billike verwere 408
7.3.2.6 Aansoek 409
7.3.2.7 Omvang van aanspreeklikheid 409
7.3.2.8 Verdeling 410
7.4 Konsepartikels 410
7.5 Alternatiewe implementering 414
8 VERDERE ASPEKTE 414

8.1	Ander bestuursbesluite en -handelinge	414
8.2	Reëlings en skikkings	415
8.3	Diskwalifikasie	416
8.4	Groepsaanspreeklikheid	416
8.5	Feniksmaatskappye en ongelikwideerde maatskappye	417

BIBLIOGRAFIE

1	BOEKE EN ARTIKELS	418
2	VERSLAE EN ANDER PUBLIKASIES	430
3	WETGEWING	431
4	VONNISREGISTER	433

OPSOMMING **445**

SUMMARY **447**

HOOFSTUK 1

INLEIDING

1	DOEL VAN STUDIE	1
2	AGTERGROND	1
3	UITEENSETTING EN AFBAKENING VAN STUDIE	3

1 DOEL VAN STUDIE

Die studie ondersoek op konteksgevoelige wyse die belangrikste regsreëls rakende die roekelose en bedrieglike dryf van besigheid in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg ten einde toepaslike statutêre wysigings aan te beveel waar die bestaande maatreëls onvoldoende blyk.

2 AGTERGROND

In lande wat histories die Engelse maatskappyeregmodel nagevolg het, word tans ernstige debatte gevoer oor die verbetering van die regsposisie van die skuldeiser van die maatskappy. Die finansiële ineenstortings van groot maatskappye die afgelope twee dekades het enorme verliese vir groot groepe skuldeisers teweeg gebring en die gepaardgaande publisiteit het die aandag gevestig op die problematiese posisie van die skuldeiser. Die probleem is egter nie beperk tot groot maatskappye nie. Selfs waar 'n normale maatskappy in insolvente omstandighede gelikwideer word, word daar gewoonlik 'n aantal skuldeisers aangetref wat 'n baie skraal kans het om 'n wesenlike gedeelte van hulle eise te verhaal.

Die omvang van die verliese wat maatskappyskuldeisers van insolvente maatskappye ly, word as onaanvaarbaar beskou. Voorstelle ten einde die regsposisie van die skuldeiser te verbeter, word gevolglik dikwels aan die hand gedoen. Sterk standpunte word byvoorbeeld in sekere geledere ingeneem ten gunste van die strukturering van verhoogde sorgverpligtinge van direkteure ten behoewe van die skuldeisers van die maatskappy. Voorstelle rakende gespesifiseerde minimum aandelekapitaal vir maatskappye word ook telkemale aan die hand gedoen.

Sodanige voorstelle behels dikwels wesenlike ingrepe op die basiese reëls van die Engelse maatskappyeregmodel soos wat dit die afgelope 150 jaar ontwikkel het. Wysigings aan die struktuur van die maatskappyereg ten einde die risiko van skuldeisers te verklein, kan op hulle beurt ernstige negatiewe gevolge inhou. Die reëls van die maatskappyereg stel 'n ondernemingsvorm daar ingevolge waarvan die belange van 'n aantal groeperinge afgeweeg word en aandeelhouers en skuldeisers aangemoedig word om geld in die onderneming te belê, sodat die direkteure tot beswil van alle groeperinge sowel as in openbare belang daarmee kan woeker. Direkteure van maatskappye word aangemoedig om risikos met hierdie beleggings te neem, aangesien 'n suksesvolle waagstuk gewoonlik beloon word met 'n hoë finansiële opbrengs. Indien 'n wysiging van die algemene reëls van die maatskappyereg hierdie sensitiewe balans versteur, kan dit onder andere prakties tot gevolg hê dat die maatskappy as ondernemingsvorm se vermoë om regmatige risikos te neem, beperk word. Sodanige versteuring sal die winsgewendheid van maatskappybedrywighede aantas en ekonomiese groei belemmer. Die voorstelle ten aansien van die verbetering van die regsposisie van die skuldeiser van die maatskappy geniet dus nie algemene ondersteuning nie. Teenstanders van die voorstelle reken in die algemeen dat die sosiale kostes van inmenging met en versteuring van die huidige sisteem te hoog sal wees.

Waar debatte oor die problematiek en die voorstelle gevoer word, word standpunte dikwels gebaseer op die reëls wat op die maatskappyeregterrein geld. Vanweë hierdie vertrekpunt word daar soms in die debat uit die oog verloor dat die maatskappyereg nie die enigste regsterrein is wat voorsiening maak vir die beperking van die maatskappyskuldeiser se risiko nie. Die maatskappyereg is inderwaarheid primêr gemik op die regulering van die interne verhoudinge in die maatskappy. Die belange van werknemers, skuldeisers en kliënte wat nie klassiek as binnestanders in maatskappyverband gereken word nie, is tradisioneel nie direk deur die maatskappyereg verreken nie. Die reëls wat die belange van hierdie groepe beskerm, is histories in ander vakgebiede soos die arbeidsreg, kontraktereg en verbruikersreg aangetref.

Terwyl maatskappyskuldeisers se belange as onbeskerm mag voorkom, indien dit suiwer op grond van die reëls van die maatskappyereg bestudeer word, is daar 'n aantal regsreëls op ander regsterreine wat 'n sekere mate van beskerming aan hulle belange bied. Hierdie regsreëls behoort gevolglik verreken te word in die debat oor die verbetering van die regsposisie van die maatskappyskuldeiser. 'n Begrip vir die werking en tekortkominge van daardie reëls en die samehang tussen daardie reëls en die reëls van die maatskappyereg kan moontlik lei tot 'n suiwerder formulering van reëls ter verbetering van die skuldeiser se regsposisie.

Met bogenoemde as vertrekpunt, konsentreer hierdie studie op die maatskappyregtelike reëls rakende die sogenaamde roekelose en bedrieglike dryf van besigheid. Die statutêre bepalings rakende die onregmagtige dryf van besigheid bied direkte beskerming aan die maatskappyskuldeiser. Praktiese ondervinding het egter uitgewys dat hierdie bepalings nie so effektief is as wat dit behoort te wees nie en daar bestaan breë konsensus dat regshervorming op die terrein benodig word. Enige voorstelle ter hervorming van die bestaande bepalings kan egter eers aan die hand gedoen word na verrekening van die relevante reëls op ander regsterreine en 'n deurtastende ontleding van die werking en leemtes van die huidige bepalings.

Ten einde sodanige ondersoek hanteerbaar en sinvol binne die konteks van hierdie studie af te baken, word gefokus op die verkryging van krediet namens 'n insolvente maatskappy deur opsetlike of nalatige wanvoorstelling. Die frustrasie met vergrype op hierdie terrein het histories die impetus verskaf vir die invoering van die bepalings rakende die bedrieglike en, later, die roekelose dryf van besigheid. Kredietverkryging deur wanvoorstelling vorm gevolglik 'n natuurlike invalshoek vir 'n studie wat die maatskappyeregtelike bepalings in 'n breër konteks in die Suid-Afrikaanse reg plaas.

3 UITEENSETTING EN AFBAKENING VAN STUDIE

Artikel 424 van die Maatskappywet 61 van 1973 bepaal dat 'n hof enige persoon wat deelneem aan die dryf van die besigheid van 'n maatskappy op 'n roekelose of bedrieglike wyse op aansoek persoonlik aanspreeklik kan stel vir al of enige van die skulde van die onderneming. Hierdie bepaling vorm die fokuspunt van die studie en aandag word aan belangrike verbandhoudende reëls op ander regsterreine geskenk ten einde die effektiwiteit en werking van hierdie bepaling in 'n breër regskonteks te plaas.

Die breër regskonteks word ondersoek deur die opsetlike en nalatige verkryging van krediet namens 'n maatskappy as invalshoek te benut. Wanneer 'n skuld opgeloop word, terwyl die kredietnemer nie openbaar dat hy nie beoog om die skuld te delg nie of dat hy nie 'n redelike geloof het in sy vermoë om die skuld reëlmatig terug te betaal nie, maak hy 'n wanvoorstelling aan die krediteur. Die basiese regsreëls rakende wanvoorstelling in die kontraktereg, deliktereg, strafreg en insolvensiereg word gevolglik bondig ontleed ten einde vas te stel in welke mate dit beskerming aan die misleide skuldeiser bied. Die bespreking fokus op die algemene reëls op hierdie terreine soos wat dit deur die Suid-Afrikaanse howe toegepas word. Aangesien die reëls bespreek word ten einde die statutêre bepalings in die maatskappyereg in 'n breër konteks te plaas, word die reëls op

hierdie terreine wat nie direk van toepassing is op die spesifieke wanvoorstelling binne maatskappyeregverband nie, nie primêr ondersoek en bespreek nie. Waar sodanige reëls egter raakpunte met die onderwerp van die studie toon, word hulle bondig uitgewys.

Teen die agtergrond van hierdie bevindinge word ondersoek ingestel na die reëls rakende die persoonlike aanspreeklikheid van maatskappyfunksionarisse en ander persone waar krediet namens die maatskappy deur wanvoorstelling verkry is. Aandag word geskenk aan die algemene reëls rakende die persoonlike aanspreeklikheid van verteenwoordigers, werknemers en direkteure van maatskappye ten einde die basiese reëls rakende aanspreeklikheid vir handeldrywing op grond van wanvoorstelling in die Suid-Afrikaanse reg vas te stel.

Teen die agtergrond van die algemene reëls rakende wanvoorstelling en die persoonlike aanspreeklikheid van maatskappyfunksionarisse word die werking en uitleg van artikel 424 van die Maatskappywet 61 van 1973 ontleed. Aandag word in die besonder geskenk aan die historiese ontwikkeling van die klassieke bepaling in die Engelse en die Suid-Afrikaanse reg en die uitleg wat aan sekere kernfrases van die bepaling geheg word.

Verskeie relevante regsontwikkelings rakende die onregmatige dryf van besigheid het die afgelope twee dekades plaasgevind in die Engelse, Ierse, Australiese en Nieu-Seelandse reg. Die motivering vir die hervorming van die tersaaklike reëls in elke jurisdiksie en die formaat en uitleg van die nuwe bepalings in daardie sisteme word ondersoek ten einde vas te stel in welke mate leiding geput kan word uit die ondervinding in die daardie jurisdiksies.

Die studie sluit af met spesifieke voorstelle rakende die verbetering van die reg rakende die onregmatige dryf van besigheid en, in die besonder, die verkryging van krediet deur wanvoorstelling deur maatskappye in Suid-Afrika.

HOOFSTUK 2

DIE OPLOOP VAN SKULDE OP GROND VAN WANVOORSTELLING

1 INLEIDING 5

2 "OPLOOP VAN SKULDE" 6
2.1 Kredietgewing in die koopreg 7
2.2 Kredietgewing in die leenreg 11
2.3 Krediettransaksies en wanvoorstelling 12

3 DIE REG RAKENDE WANVOORSTELLING 13
3.1 Wanvoorstelling as delik 14
3.1.1 Handeling 15
3.1.2 Onregmatigheid 16
3.1.3 Skuld 20
3.1.4 Nadeel en kousaliteit 23
3.2 Wanvoorstelling binne kontraktuele verband 25
3.2.1 Die aard van die wanvoorstelling 26
3.2.2 Plig tot openbaarmaking 28
3.2.3 Voorvereistes vir 'n kontraktuele remedie 32
3.2.4 Kontraktuele remedies 35
3.3 Wanvoorstelling in strafregtelike verband 38

4 DIE OPLOOP VAN SKULDE OP GROND VAN WANVOORSTELLING 46
4.1 Implisiete voorstelling rakende vermoë en bedoeling 47
4.1.1 Voorstelling rakende die terugbetalingsdatum 50
4.1.2 Balansstaatinsolvensie 52
4.1.2.1 Stegmann R se standpunt 54
4.1.2.2 Reaksie 56
4.1.2.3 Die standpunt van die Appèlhof 58
4.1.2.4 Handelsregtelike problematiek 59
4.2 Samevatting van beginsels 60
4.3 Die oploop van skuld sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting 61
4.4 Relevante voorstellings en verswygings 69

5 SAMEVATTING 72

1 INLEIDING

Spesifieke regsreëls rakende kredietverkryging deur wanvoorstelling het al in die Suid-Afrikaanse reg uitgekristalliseer. Hierdie reëls word in die hoofstuk bespreek in die mate wat hulle vir die doeleindes van hierdie studie van belang is. Die eerste

gedeelte van die hoofstuk word gewy aan 'n uiteensetting van die basiese regsreëls rakende wanvoorstelling. Die tweede gedeelte van die hoofstuk fokus op die reëls soos wat dit toepassing vind op kredietverkryging. Aandag word in die besonder aan die volgende basiese vrae geskenk:

1 Maak 'n kredietnemer by kontraksluiting die implisiete voorstelling dat hy gewillig en in staat sal wees om die skuld reëlmatig terug te betaal, wanneer dit opeisbaar raak?

2 Maak 'n kredietnemer by kontraksluiting die implisiete voorstelling dat sy laste sy bates oorskry?

3 Welke verdere voorstellings binne die kader van die spesifieke transaksie is juridies relevant in die wanvoorstellingsreg?

Die hoofstuk fokus op wanvoorstelling binne die konteks van 'n spesifieke tipe transaksie, naamlik 'n transaksie waardeur 'n skuld opgeloop word. Hierdie tipe transaksies word vervolgens kortliks van nader beskou ten einde 'n basis daar te stel vir die daaropvolgende besprekings.

2 "OPLOOP VAN SKULDE"

"Skuld" is 'n baie wye begrip.[1] Omdat die begrip so wyd is, dra dit gewoonlik 'n spesifieke betekenis binne die besondere konteks waarin dit gebruik word.[2] "Oploop van skuld" word binne die konteks van hierdie studie gelykgestel aan die kontraktuele verkryging van krediet en die terme "oploop van skuld" en "kredietverkryging" word gevolglik in die studie as uitruilbaar gebruik.[3]

"Krediet" is egter self 'n regsterm met 'n veelheid van fasette.[4] Vir doeleindes van

---

1 Sien bv die definisies vir "debt" in Epstein *West's law and commercial dictionary in five languages* [1985] 414: "A sum of money due by certain and express agreement", en "A fixed and certain obligation to pay money or some other valuable thing or things, either in the present or future. In a still more general sense, that which is due from one person to another, whether money, labor, or services. In a broad sense, any duty to respond to another in money, labor, or service; it may even mean a moral or honorary obligation, unenforceable by legal action. Also, sometimes an aggregate of separate debts, or the total sum of existing claims against a person or company."

2 Vir 'n verskeidenheid van betekenisse wat aan die begrip "skuld" binne spesifieke statutêre kontekste toegedig is, sien die uitleg van "debt" in Claassen *Dictionary of legal words and phrases* [1975].

3 Sien spesifiek die geskiedenis van die statutêre bepaling soos bespreek in Hoofstuk 4.

4 Tav van die aard en funksies van krediet sien in die alg Grové & Jacobs *Basic principles of consumer credit law* [1993] 1-2. Sien ook in die alg Klopper *Die beskerming van kredietwaardigheid in die Suid-Afrikaanse reg* LLD UOVS [1986]; Suid-Afrikaanse

hierdie studie is dit nie nodig om hierdie begrip en verbandhoudende wetgewing soos die Wet op Kredietooreenkomste 75 van 1980 te bespreek nie.[5] Ten einde die dilemma rakende die regsposisie van 'n maatskappyskuldeiser te verstaan, is dit egter van belang om die aandag kortliks te vestig op sekere belangrike reëls rakende krediet in die koopreg en leenreg.[6]

2.1 Kredietgewing in die koopreg

Kredietgewing op die terrein van die koopreg word soos volg in *Mackeurtan's Sale of goods in South Africa* uiteengesit:[7]

> "The giving of credit ... involves the contractual giving up by the seller of his immediate right to payment for a time, the length of which is unimportant provided it is not negligible, so that during the time he has actually disentitled himself from claiming the price, and has chosen to accept security or the credit of the buyer instead."[8]

Waar 'n verkoper sy goedere op krediet verkoop, gaan eiendomsreg van die goedere gewoonlik oor deur lewering.[9] By lewering van die goedere verruil die kredietverkoper sy eiendomsreg in die goedere vir 'n vorderingsreg teen die koper.[10] 'n Kredietverkoper verkeer in die algemeen in 'n besonder nadelige posisie, indien die kredietkoper kort na sluiting van die transaksie insolvent verklaar word. Indien die kredietverkoper nie die skuld versekureer het nie, sal hy normaalweg slegs oor 'n gewone konkurrente eis ten aansien van sy

---

Regskommissie *Die Woekerwet en verwante aangeleenthede* [1991].

5 Sien Grové & Jacobs *Basic principles of consumer credit law* [1993]; Suid-Afrikaanse Regskommissie *Die Woekerwet en verwante aangeleenthede* [1991].

6 Vir 'n fyner ontleding van verskillende vorme van kredietgewing, sien Klopper *Die beskerming van kredietwaardigheid in die Suid-Afrikaanse reg* LLD UOVS [1986] 16-19

7 Hackwill *Mackeurtan's Sale of goods in South Africa* [1984] 26.

8 Sien ook *Laing v SA Milling Co* 1921 AA 387 394: "... [A] seller who has unconditionally agreed to wait for payment until a date subsequent to delivery has, in the ordinary meaning of that expression, given credit to the buyer." Sien verder Newman & McQuoid-Mason *Lee and Honoré The South African law of obligations* [1978] 83; De Wet & Van Wyk *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* [1992] 352-353. Daar word vermoed dat 'n kooptransaksie 'n kontanttransaksie is, tensy die teendeel aangetoon word. Sien Hackwill *Mackeurtan's Sale of goods in South Africa* [1984] 26; *Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd v Douglas* 1956 3 SA 420 (A); *Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd* 1971 3 SA 158 (A); *Eriksen Motors (Welkom) Ltd v Protea Motors Warrenton* 1973 3 SA 685 (A).

9 *Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd* 1971 3 SA 158 (A); *Eriksen Motors (Welkom) Ltd v Protea Motors Warrenton* 1973 3 SA 685 (A) 694A.

10 Sien Hackwill *Mackeurtan's Sale of goods in South Africa* [1984] 25-29; De Wet & Van Wyk *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* [1992] 352-353; *Laing v SA Milling Co* 1921 AA 387.

vorderingsreg teen die boedel van die insolvent beskik.

In die verlede is erkenning verleen aan sekere remedies vir die kredietverkoper, indien die kredietkoper goedere op krediet aangekoop het, sonder dat hy in staat was om die skuld te delg. Indien die koper se onvermoë na kontraksluiting, maar voor lewering van die goedere geblyk het, was die kredietverkoper geregtig om lewering van die goedere te weerhou, totdat sekerheid vir die koopprys verskaf is[11] en om terug te tree uit die kontrak indien die sekerheid nie binne 'n redelike tyd gestel word nie. Hierdie reël is volgens alle aanduidings nog steeds deel van ons reg.[12]

Verder kon die verkoper sy goedere na lewering verhaal het van die koper se insolvente boedel, indien die koper sy insolvensie ten tyde van kontraksluiting voorsien het en die verkoper ten aansien daarvan mislei het. Die verkoper het oor 'n verhaalsreg beskik, aangesien die goedere deur bedrog verkry was.[13] Hierdie reël het ook statutêr gefigureer in voor-uniale wetgewing.[14] In 1971 het die Appèlhof by wyse van meerderheidsbesluit in *Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd*[15] bevind dat die Insolvensiewet hierdie reg van die kredietverkoper opgehef het. Die Insolvensiewet laat die boedel van die insolvent kristalliseer by insolvensie. Alle goedere wat op krediet aan die insolvent gelewer is, hetsy die

11 Sien die minderheidsuitspraak van Holmes AR in *Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd* 1971 3 SA 158 (A) 170G. Die uitspraak is gegrond op die Appèlhofbeslissing in *Ullman Bros v Kroonstad Produce Co* 1923 AA 449 waar die volgende opmerkings tav Franse skrywers gemaak is [458]: "*Domat* tells us that, if the seller is in manifest danger of losing the price, through the insolvency of the buyer, or for some other reason, he may retain the thing sold by way of pledge until the buyer has furnished security for his payment ... *Pothier* recognises the same principle ... They both agree that the seller can, although the sale be on credit, protect himself, where, before delivery of the goods, the buyer has manifested an inability to pay ... The rules, therefore, which we observe in commercial dealings at the present day, find support and sure foundation in Roman law." Sien ook die navolging van die *Ullman*-uitspraak in *Hayne v Narun Bros* 1926 OPA 207 en die kommentaar op lg uitsprake in De Wet & Van Wyk *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* [1992] 199; *Wilson v Spitze* 1989 3 SA 136 (A) 144H-146F en Hackwill *Mackeurtan's Sale of goods in South Africa* [1984] 211.

12 Hackwill *Mackeurtan's Sale of goods in South Africa* [1984] 211. Sien ook *Hayne v Narun Bros* 1926 OPA 207; *Wilson v Spitze* 1989 3 SA 136 (A).

13 Sien die minderheidsuitspraak van Holmes AR in *Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd* 1971 3 SA 158 (A) 170H-171B: "Van der Keessel ... puts it in a nutshell in his *Select Theses*, 204 (*Lorenz* translation) - 'A person who, knowing himself to be insolvent, has fraudulently purchased anything from another, and has shortly thereafter made cession to Court, though credit may have been given him for the price, is bound to restore the thing to the seller claiming it.' This is also the view of *van Leeuwen*, 4.1.7.3, (*Kotzé's* translation). He concludes by saying that 'in such a case the thing is not considered to have been delivered but rather to have been obtained by fraud.'" Die uitleg wat Holmes AR aan die gemeenregtelike reël gekoppel het, is deur Diemont WAR en Kotzé WAR gesteun. Sien *Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd* 1971 3 SA 158 (A) 182H-183H.

14 Sien *Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd* 1971 3 SA 158 (A) 186C-187A.

krediet eerlik of deur bedrog verkry is, vorm deel van die insolvente boedel. Die misleide word gevolglik slegs gelaat met 'n eis teen die boedel vir die nadeel wat gelei is.

Enkele uitsonderings op die algemene reël rakende die omvang van die insolvente boedel word egter erken in artikel 36 van die Insolvensiewet. Die artikel verleen byvoorbeeld aan 'n verkoper wat roerende goedere in 'n kontanttransaksie aan die koper lewer waar die koper versuim om die koopprys ten volle te betaal, die reg om die goedere binne tien dae na lewering terug te eis, ondanks sekwestrasie.[16]

In die *Cornelissen*-uitspraak het Holmes AR, ondersteun deur Diemont WAR, verskil van die meerderheidsuitspraak. Hulle het dit as onregverdig beskou dat 'n verkoper wat deur bedrog tot kredietgewing oorgehaal is, deur die insolvensie van die koper verhoed word om die goedere te verhaal en gevolglik gelaat word met bloot 'n konkurrente eis teen die insolvente boedel. Holmes AR het in sy argument sterk gesteun op die gemeenregtelike reël en op 'n interpretasie van artikel 36 ingevolge waarvan die gemeenregtelike reël nog steeds gegeld het.[17] Die meerderheid het egter hierdie interpretasie verwerp en was van mening dat waar die eiendomsreg op die goedere reeds oorgegaan het op die insolvent by sekwestrasie, die goedere deel uitmaak van sy insolvente boedel, ongeag die wyse waarop dit verkry is.[18]

Waar die eiendomsreg dus reeds oorgegaan het op die insolvent by sekwestrasie, word 'n onversekerde kredietverkoper bloot met 'n eis teen die insolvente boedel gelaat, al is die betrokke transaksie deur bedrog bewerkstellig. Die verkoper kan homself natuurlik beskerm deur die eiendomsreg in die goedere uitdruklik te behou tot die laaste betaling.[19]

---

15 1971 3 SA 158 (A).

16 A 36(1) van die Insolvensiewet 24 van 1936. Sien Hackwill *Mackeurtan's Sale of goods in South Africa* [1984] 27 en *Laing v SA Milling Co* 1921 AA 387 402 tav gemeenregtelike reëls in hierdie verband.

17 A 36(4) van die Insolvensiewet 24 van 1936 lui: "Afgesien van die bepalings van hierdie artikel is 'n verkoper nie geregtig om goed wat hy verkoop en gelewer het aan 'n koper wie se boedel na die verkoop gesekwestreer is, terug te vorder nie, alleen omdat die verkoper in gebreke gebly het om die koopprys te betaal nie." Holmes AR het geredeneer dat "alleen" die ruimte laat dat 'n verkoper sy goedere op grond van bedrog kan terugeis [172H ev]. Die meerderheid het egter hiervan verskil en geoordeel dat dit slegs verwys na kooptransaksies waar eiendomsreg nie deur die lewering van die goedere oorgedra is nie [179D en 187F].

18 Sien *Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd* 1971 3 SA 158 (A) 170D en 187D. Vgl ook Holmes AR se latere uitspraak in *Eriksen Motors Ltd v Protea Motors* 1973 3 SA 685 (A).

19 Of eiendomsreg voorbehou kan word op handelsgoedere waar die kredietverkoper weet

Die Insolvensiewet bied 'n mate van beskerming aan die eis van 'n misleide. Ingevolge artikel 129(1)(b) van die Insolvensiewet verlos rehabilitasie nie die insolvent van enige skulde wat voortspruit uit bedrog wat hy voor sekwestrasie gepleeg het nie. Die misleide het dus die reg om 'n eis teen die insolvente boedel van die misleier in te stel en om enige uitstaande balans na rehabilitasie van die misleier te vorder.[20] Hierdie artikel bied egter nie veel troos waar 'n regspersoon betrokke is wat, na likwidasie, ontbind word nie.[21] Die eiser sal ook moet waak dat verjaring nie sy eis belemmer nie.

Die Insolvensiewet bied ook 'n mate van beskerming vir die kredietverkoper deur die kredietkoper te verbied om goedere wat hy op krediet verkry en waarvoor hy nie betaal het nie, op 'n ander wyse as 'n gewone besigheidswyse te vervreem of toe te laat dat iemand anders dit doen,[22] tensy hy kan aantoon dat hy geen bedoeling gehad het om te bedrieg nie.[23] Die artikel plaas ook die bewyslas op die insolvent om aan te toon dat die vervreemding op 'n gewone wyse plaasgevind het en, indien nie, dat die vervreemding nie bedrieglik was nie.[24] Indien die goedere egter op 'n gewone besigheidswyse vervreem is en die opbrengs aangewend is om ander skulde as die kredietskuld te betaal, word die

---

dat die kredietkoper die goedere weer op sy beurt gaan verhandel, kan betwyfel word. Sien *Laing v SA Milling Co* 1921 AA 387 402; *Eriksen Motors Ltd v Protea Motors* 1973 3 SA 685 (A).

20 *Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd* 1971 3 SA 158 (A) 186A-B: "In addition to his right to claim *pro rata* against the assets with other concurrent creditors, the defrauded seller's right to exact the balance of the purchase price after rehabilitation - a capacity which most insolvent persons presumably strive to attain - is preserved. It follows that, whilst sec. 129(1)(b) does not confer a preference on the defrauded seller, it compensates him by placing him in a category between a preferred and a concurrent creditor." Vir feite wat aan die hof voorgelê moet word as 'n aansoek om rehabilitasie gebring word na handeldrywing op 'n onregmatige wyse, sien *Ex parte Reynolds* 1995 1 PH A2 (OK).

21 In *Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd* 1971 3 SA 158 (A) was Holmes AR, ondersteun deur Diemont WAR, onbeïndruk met die effektiwiteit van a 129(1)(b) [176F]: "This [article] ... is poor comfort to a seller who has been defrauded of his goods, because (i) it is no substitute for his common law right of recovery; (ii) the relief is available only after rehabilitation ...; (iii) the rehabilitated debtor is ... likely to be of poor estate; and (iv) the remedy cannot apply at all in the case of a company."

22 *R v Abrahamson* 1920 AA 283 286: "Concrete examples of such disposal would be if the insolvent had given away the property to his friends, or had sold it at a substantial loss, when there was no need for him to do so."

23 A 132 van die Insolvensiewet 24 van 1936: "'n Insolvent is aan 'n misdryf skuldig ... as hy te eniger tyd voor of na sekwestrasie van sy boedel een van die volgende handelings begaan, tensy bewys kan word dat hy geen bedoeling had om te bedrieg nie; naamlik as hy - ... (c) goed wat hy op krediet verkry en waarvoor hy nie betaal het nie, op 'n ander wyse as 'n gewone besigheidswyse vervreem of toelaat dat iemand anders dit doen; ..." Sien Meskin *Insolvency law and its operation in winding-up* [diensuitgawe] 16-7 - 16-8.

24 Sien *R v Abrahamson* 1920 AA 283; *S v Gani* 1965 1 SA 222 (T). In *R v Kruger* 1956 2 SA 201 (A) is bevind dat hierdie bepaling nie van toepassing is op huurkoopkontrakte waar die verkoper eiendomsreg voorbehou nie.

kredietverkoper bedroë gelaat, maar geen misdryf word gepleeg nie.

Dit blyk duidelik uit bogenoemde dat 'n kredietverkoper blootgestel is aan besondere risiko's. Hy verruil sy eiendomsreg of besitsreg in die koopgoedere vir 'n vorderingsreg wat in wese gegrond word op die goeie trou van die koper. Die verkoper kan die risiko's wat hieraan verbonde is op 'n verskeidenheid van wyses beperk. Hy kan byvoorbeeld die eiendomsreg uitdruklik terughou tot finale betaling plaasvind. Hy kan ook sekuriteit van die koper verlang ten einde sy skade te ondervang, indien die koper nie sy verpligtinge sou nakom nie. Dit is algemene praktyk dat 'n verkoper die koper se kredietrekord ondersoek ten einde vas te stel wat sy optrede ten aansien van soortgelyke transaksies in die verlede was.[25] Versekering van kredietdelging vind ook plaas en verminder die verkoper se blootstelling aan die risiko's. Waar die bedrag egter te klein is of die transaksie dringend deurgevoer moet word, is dit egter nie altyd realisties om van die meganismes gebruik te maak nie. Onder hierdie omstandighede is die regsbeskerming wat deur die reëls rakende wanvoorstelling en die maatreëls aangaande die roekelose en bedrieglike dryf van die besigheid van 'n maatskappy gebied word, van groot belang.[26]

2.2 Kredietgewing in die leenreg

Verbruikleen [*mutuum*] vorm die belangrikste verskyningsvorm van kredietgewing op die terrein van die leenreg.[27] 'n Verbruiklening word aangegaan wanneer die uitlener geld, goedere of 'n ander verbruikbare produk aan die lener oordra vir verbruik deur die lener op die basis dat die lener in die toekoms goedere van dieselfde aard, kwaliteit en kwantiteit aan die uitlener sal terugbesorg.[28] Indien die

25 Sien Levi *The phantom capitalists - the organisation and control of long-firm fraud* [1981] 126-142 rakende die rol van oa kredietbestuurders in die bekamping van kredietbestellingsbedrog.

26 Vgl Flynn "A comparative study of statutory liability for culpable mismanagement" 1992 *TRW* 39.

27 Sien Zimmerman *The law of obligations - Roman foundations of the civilian tradition* [1990] 153 ev vir 'n uiteensetting van die aard en ontwikkeling van *mutuum* in die Romeinse reg.

28 Joubert "Loan" *LAWSA* 15 [1981] 205. In die handel word hierdie tipe lening hedendaags gewoonlik tav geld gesluit. Die betaling van rente maak in die reël 'n integrale deel van so 'n ooreenkoms uit. Sien Zimmerman *The law of obligations - Roman foundations of the civilian tradition* [1990] 162-163 en 166 ev tav die ontwikkeling van rente in ons reg. Sien ook Joubert "Loan" *LAWSA* 15 [1981] 209 ev. Die instansies wat in die praktyk die nouste gemoeid is met geldleningstransaksies is banke en ander finansiële instellings. Smith som die regsverhouding tussen 'n bank en kliënt soos volg op: "The relationship between a bank and its customer whose account is in credit is that of debtor and creditor. The bank receives money and collects bills for the account of its customer, borrows the proceeds and undertakes to repay them to the customer on demand. When a customer deposits money it becomes that of the bank ... When a customer's account is overdrawn the

tydstip van terugbetaling nie bepaal is nie, is die lening in beginsel onmiddellik opeisbaar. Billikheid vereis egter gewoonlik 'n redelike tydperk van kennisgewing deur die skuldeiser alvorens die lening opeisbaar word.[29]

Die uitlener staan bloot aan dieselfde tipe risiko's rakende die verhaling van die leningsbedrag as die verkoper op krediet. Afgesien van die sakeregtelike beskerming, is die risikoverminderingsmeganismes wat beskikbaar is vir 'n verkoper op krediet, ook tot die beskikking van die uitlener. Dit is egter ook in die leenreg nie altyd prakties om hierdie meganismes te benut nie. Sekuriteit is byvoorbeeld prakties van groot belang indien die leningsbedrag substansieël is. Waar die bedrag egter beskeie is, is dit bloot te duur of te onprakties om sekuriteit te bewerkstellig. In hierdie gevalle is dit vir die uitlener, net soos vir die kredietverkoper, van groot belang dat die algemene regsreëls voldoende beskerming aan hom verleen.

2.3 Krediettransaksies en wanvoorstelling

Die kredietgewer oorweeg in die praktyk die omvang van sy risiko alvorens hy krediet aan die kredietnemer toestaan. Indien die risiko te groot is, kan hy besluit om nie die transaksie te sluit nie. Dit is gevolglik besonder aanloklik vir die voornemende kredietnemer om risiko's as minder of kleiner voor te stel as wat hulle werklik daar uitsien. Hierdie tipe wanvoorstelling kan in 'n verskeidenheid situasies figureer. Die bekendste vorm is kredietbestellingsbedrogskemas.

Kredietbestellingsbedrogskemas,[30] die sogenaamde *long-firm frauds*,[31] is skemas

relationship is reversed. The customer becomes the debtor and any deposit made by him reduces his indebtedness to the bank." Sien Smith "Banking, financial institutions and currency" *Lawsa* 1 [1976] 446-447. Sien ook *Kearney v Standard Bank of South Africa Ltd* 1961 2 SA 647 (T) 650G; *S v Kearney* 1964 2 SA 495 (A) 503A. 'n Fasiliteit wat alg deur 'n bank aan sy kliënte toegestaan word, is 'n oortrokke fasiliteit. Dmv so 'n fasiliteit leen die bank geld binne 'n sekere perk aan die kliënt. Sien *Volkskas Bpk v Van Aswegen* 1961 1 SA 493 (A) 495H. Hoewel die voorwaardes tav die betrokke fasiliteit bepaal word deur die terme van die spesifieke ooreenkoms, is die leningsbedrag gewoonlik betaalbaar op aanvraag. Sien Smith "Banking, financial institutions and currency" *Lawsa* 1 [1976] 454. Hierdie fasiliteit word dikwels misbruik wanneer skulde onregmatig opgeloop word.

29 Zimmerman wys daarop dat by die klassieke *mutuum* 'n teruglewerings plig onmiddellik na lewering van die goedere aan die lener ontstaan het. Aangesien die transaksie gewoonlik vriendskaplik van aard was, was die plig egter nie problematies nie. Sien Zimmerman *The law of obligations - Roman foundations of the civilian tradition* [1990] 156. Sien *Fluxman v Brittain* 1941 AA 273 294 vir gesag vir die standpunt dat, hoewel dit onmiddellik opeisbaar is, billikheid redelike kennis vereis alvorens 'n lening sonder 'n bepaalde datum vir teruggawe opeisbaar word. Sien ook *Wellington Board of Executors Ltd v Schutex Industries (Pty) Ltd* 1952 3 SA 170 (K).

30 Sien in die alg Levi "Long-firm fraud, sentencing, and the Advisory Council" 1979 *Howard Law Journal* 92; Levi *The phantom capitalists - the organisation and control of long-firm fraud* [1981]; Levi "White-collar crime: the British scene" 1993 *The Annals of the American*

waar bedrieërs goedere op krediet aankoop met die doel om dit vinnig teen kontant van die hand te sit en die leweransier se rekening te ontduik. Levi, wat as kriminoloog toonaangewende navorsing ten aansien van hierdie bedrogskemas gedoen het, het drie vorme van kredietbestellingsbedrogskemas geïdentifiseer:[32]

> "(1) *[P]re-planned* frauds, which are businesses set up with the intention from the very beginning of defrauding suppliers;
>
> (2) *intermediate* frauds, which occur when people decide to turn a formerly legitimate business into one which defrauds its suppliers;
>
> (3) *slippery-slope* frauds, which occur when businessmen continue to trade and obtain goods on credit although there is a high risk that unless their business situation improves greatly, they will be unable to pay for the goods."

In al bogenoemde gevalle word die skulde op grond van 'n wanvoorstelling opgeloop en moet die reëls rakende wanvoorstelling toegepas word, ten einde te bepaal of die betrokke wanvoorstelling bedrieglik, nalatig of onskuldig gemaak is. Soos sal blyk uit die bespreking van die algemene reg rakende wanvoorstelling in hierdie hoofstuk, is klassifisering van die tipe wanvoorstelling van belang ten einde vas te stel welke regsgevolge daaruig voortvloei.

Die algemene reëls rakende wanvoorstelling in die privaatreg en strafreg word vervolgens bespreek ter inleiding van die bespreking van die reg rakende kredietverkryging deur misleiding. In die bespreking word daar slegs gekonsentreer op die basiese regsreëls wat relevant is vir hierdie studie.

3 DIE REG RAKENDE WANVOORSTELLING

Die begrip wanvoorstelling dui in die algemeen op die foutiewe voorstelling van die werklikheid deur een persoon aan 'n ander. So 'n foutiewe voorstelling kan juridies relevant wees deurdat spesifieke juridiese implikasies daaraan gekoppel word, of dit kan juridies irrelevant wees aangesien geen juridiese gevolge daaruit voorspruit nie. Die juridiese relevansie of irrelevansie van 'n spesifieke foutiewe

---

Academy of Political and Social Science 71 72.

31 Levi "Long-firm fraud, sentencing, and the Advisory Council" 1979 *Howard Law Journal* 92: "A long-firm fraud is a business which orders substantial quantities of goods on credit at a time when the owners either intend not to pay for them or know that as their business stands at present they will be *unable* to pay for them." Hierdie definisie is werkbaar en prakties. Teoreties sal dit egter suiwerder wees om nie te verwys na 'n wete dat die maatskappy nie die skuld sal kan delg nie, maar na die afwesigheid van 'n eerlike geloof dat die maatskappy in staat sal wees om die skuld te delg. Sien par 4.1 van hierdie hoofstuk.

32 Levi *The phantom capitalists - the organisation and control of long-firm fraud* [1981] 1-2.

voorstelling word bepaal deur die regskonteks waarin dit ondersoek word.

Indien die foutiewe voorstelling byvoorbeeld in die konteks van die strafreg ondersoek word, word die reëls van die strafreg op die betrokke voorstelling toegepas. Indien die voorstelling opsetlik en wederregtelik gemaak is met die doel om 'n ander te benadeel, kan dit juridies relevant binne die konteks van die strafreg wees, aangesien dit die misdryf "bedrog" daarstel. Indien dit egter blyk dat die foutiewe voorstelling nalatig gemaak is, is dit streng gesproke 'n irrelevante handeling vir die doeleindes van die daarstelling van die misdryf "bedrog", aangesien opset 'n wesenselement van die betrokke misdryf is. Wanneer dieselfde nalatige foutiewe voorstelling egter uit die oogpunt van die deliktereg beskou word, mag dit blyk dat dit die basis vorm van 'n deliktuele eis. Indien dieselfde voorstelling gemaak is tydens onderhandelinge tussen twee voornemende kontrakspartye, kan daardie voorstelling, benewens deliktuele implikasies, ook aanleiding gee tot sekere kontraktuele remedies.

Die relevansie en regsimplikasies van 'n spesifieke foutiewe voorstelling word gevolglik bepaal deur die reëls van 'n aantal uiteenlopende, maar soms oorvleuelende, regsterreine. Een voorstelling mag relevant wees in al die kontekste of irrelevant in sommige en relevant in ander.

Ten einde 'n basis te lê vir die bespreking van wanvoorstelling ten aansien van kredietverkryging, word die basiese reëls rakende wanvoorstelling in die deliktereg, die kontraktereg en die strafreg gevolglik oorsigtelik bespreek. Daar moet egter deurentyd mee rekening gehou word dat dit telkemale dieselfde foutiewe voorstelling is wat aanleiding gee tot verskillende regsgevolge op die verskillende terreine en dat die betrokke omstandighede, die regsreëls van die betrokke terrein[33] sowel as die voorkeur van die misleide in die meeste gevalle in die praktyk bepaal welke gevolge aan 'n bepaalde wanvoorstelling gekoppel word.

3.1 Wanvoorstelling as delik

'n Onregmatige, skuldige feitelike voorstelling wat nie met die waarheid strook nie en waardeur 'n ander beweeg is om tot sy nadeel te handel, stel 'n delik daar.[34]

33 Sien bv *S v Burstein* 1978 4 SA 602 (T) 604G: "... [S]ilence may well constitute civil fraud without constituting criminal fraud. The distinguishing factor lies mainly in the presence or absence of the necessary intention to defraud." Sien ook *S v Bell* 1963 2 SA 335 (N) 337G-H; *S v Loewenthal* 1983 3 430 (T).

34 Vorster "Misrepresentation" *LAWSA* 17 [1983] 263; Die Suid-Afrikaanse Regskommissie *Ondersoek na deliktuele aanspreeklikheid by wanvoorstelling* Projek 36 [1983] 23-24; *De Jager v Grunder* 1964 1 SA 446 (A); *Standard Bank of South Africa Ltd v Coetsee* 1981 1 SA 1131 (A) 1145E; *Siman & Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1984 2 SA 888 (A);

Die basiese elemente van die betrokke delik word vervolgens oorsigtelik beskou.

3.1.1 Handeling

'n Wanvoorstelling kan gemaak word op enige wyse waarop gekommunikeer word, byvoorbeeld deur middel van woorde, hetsy geskrewe of mondeling, gebare en selfs beelde, byvoorbeeld 'n foto.[35] Die wanvoorstelling kan uitdruklik deur middel van woorde gemaak word of stilswyend deur gedrag.[36] 'n Wanvoorstelling kan ook by implikasie gemaak word, waar bepaalde optrede 'n sekere voorstelling impliseer.[37]

Opinies, voorspellings, skattings en spekulasie oor toekomstige gebeurtenisse wat eerlikerwys gemaak word, kwalifiseer in die algemeen nie as wanvoorstellings nie, indien hulle met die gang van die tyd verkeerd bewys sou word nie.[38] Onder sommige omstandighede kan 'n opinie egter as 'n wanvoorstelling kwalifiseer, byvoorbeeld waar 'n persoon 'n opinie bedrieglik uitspreek, terwyl hy nie die betrokke opinie huldig nie. Die wanvoorstelling in laasgenoemde geval is nie geleë in die onjuistheid van die opinie of voorspelling nie, maar in die skep van die skyn dat die misleier die opinie nahou, terwyl hy dit inderdaad nie doen nie.[39] Die uitspreek van 'n opinie kan ook neerkom op 'n stilswyende wanvoorstelling, indien die maker daardeur impliseer dat hy kennis dra van feite wat sy opinie ondersteun, terwyl hy nie oor sodanige kennis beskik nie. Laasgenoemde sal veral kan voorkom waar die maker oor besondere kennis aangaande die feite beskik wat nie vir die misleide toeganklik is nie.[40] 'n Eerlike maar nalatige opinie of skatting mag ook gronde bied vir 'n deliktuele eis in die geval waar 'n

International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley 1990 1 SA 680 (A); *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A).

35 *Standard Bank of South Africa Ltd v Coetsee* 1981 1 SA 1131 (A) 1146E-H; *SA Eagle Insurance Co Ltd v Norman Welthagen Investments (Pty) Ltd* 1994 2 SA 122 (A).

36 *Orban v Stead* 1978 2 SA 713 (W) 717F-G. Sien in die alg Milton *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* vol 2 [1992] 755-756.

37 *R v Persotam* 1938 AA 92; *R v Latib* 1973 3 SA 982 (A); *Standard Bank of South Africa Ltd v Coetsee* 1981 1 SA 1131 (A) 1135D-G.

38 *Feinstein v Niggli* 1981 2 SA 684 (A) 695C.

39 Grobler R in *Van Heerden v Smith* 1956 3 SA 273 (O) 276C: "A dishonest and erroneous opinion about an event which is to take place in future may, ... in my opinion, form the basis of an action for fraudulent misrepresentation, but in such a case the cause of action will be the dishonesty of the person about the state of his own mind when he gave expression to the erroneous opinion, and not the mere fact that the opinion afterwards proved to be wrong." Sien ook *Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Adelson* 1959 4 SA 120 (T); *Jones v Mazza* 1973 1 SA 570 (R) 578B; *Novick v Comair Holdings Ltd* 1979 2 SA 116 (W) 149E; *Feinstein v Niggli* 1981 2 SA 684 (A) 695G; Christie *The law of contract in South Africa* [1991] 330; Kerr *The principles of the law of contract* [1989] 187-188.

professionele persoon nalatig 'n foutiewe opinie verskaf of skatting maak.[41]

3.1.2 Onregmatigheid

In die privaatreg is onregmatigheid in die algemeen geleë in die skending van 'n subjektiewe reg van 'n ander persoon.[42] Of daar in 'n gegewe geval 'n skending van 'n subjektiewe reg plaasvind, al dan nie, hang af van die heersende regsgevoel van die gemeenskap, die sogenaamde *boni mores*.[43]

Dit is egter nie in alle gevalle doelmatig om onregmatigheid met verwysing na die skending van 'n subjektiewe reg te bepaal nie. Hierdie toets is veral problematies waar daar nie 'n geredelik-identifiseerbare subjektiewe reg teenwoordig is nie. Veral met verwysing na lates en die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies word onregmatigheid daarom eerder bepaal aan die hand van die bestaan of afwesigheid van 'n regsplig op die dader om die benadeling van die benadeelde te voorkom.[44]

Kragtens hierdie toets word daar gevra of daar 'n plig op die dader gerus het om

---

40 Sien *Jones v Mazza* 1973 1 SA 570 (R).

41 Bv *EG Electric Co (Pty) Ltd v Franklin* 1979 2 SA 702 (OK); *Kern Trust (Edms) Bpk v Hurter* 1981 3 SA 607 (K) 618B-C.

42 Van der Merwe & Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* [1989] 54; Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 33. Onregmatigheid word egter nie alleen met verwysing na die skending van 'n subjektiewe reg bepaal nie. Sien Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 53 ev; Van der Walt *Delict: principles and cases* [1979] 23 ev.

43 Sien Van der Merwe & Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* [1989] 58; *Marais v Richards* 1981 1 SA 1157 (A) 1168C; *Coronation Brick (Pty) Ltd v Strachan Construction Company (Pty) Ltd* 1982 (4) SA 371 (D) 380B-E; *Schultz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) 679D-E; *Compass Motors Industries (Pty) Ltd v Callguard (Pty) Ltd* 1990 2 SA 520 (W) 528F-529B; *Natal Fresh Produce Grower's Association v Agroserve (Pty) Ltd* 1990 4 SA 749 (N) 753I-754C; *Administrateur, Transvaal v Van der Merwe* 1994 4 SA 347 (A) 358E.

44 Vir die toepassing van die toets in hierdie verband, sien Boberg *The law of delict - Aquilian liability* vol 1 [1984] 30 ev; Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 53 ev; Van der Walt *Delict: principles and cases* [1979] 23 ev; Lötz *Skadevergoeding op grond van nalatige wanvoorstelling in die Suid-Afrikaanse koopreg* LLD UP [1994] 349 ev. Volgens Neethling, Potgieter & Visser het hierdie toets waarskynlik meer verkieslik in hierdie gevalle geword as die suiwer *boni mores*-toets, aangesien die *boni mores* nie erkenning verleen aan 'n algemene regsplig om benadeling van ander deur positiewe optrede te voorkom nie of 'n algemene plig om suiwer ekonomiese verliese te vermy. Sien Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 53. Sien ook *Coronation Brick (Pty) Ltd v Strachan Construction Company (Pty) Ltd* 1982 (4) SA 371 (D); *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A); *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 694D-H; *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A) 769I-J; *Bowley Steels (Pty) Ltd v Dalian Engineering (Pty) Ltd* 1996 1 All SA 383 (T).

die benadeelde se skade te voorkom.[45] Binne die konteks van wanvoorstelling word gevra of daar 'n regplig op die dader gerus het om nie foutiewe inligting aan die ander persoon te verskaf nie. Die basiese toets neem die omstandighede van die besondere geval as vertrekpunt. Teen daardie agtergrond vra die toets of 'n redelike man wat in daardie situasie verkeer het, die moontlikheid van die benadeelde se skade sou voorsien het; indien wel, of die redelike man stappe sou geneem het om daardie skade te voorkom en of die dader onder die omstandighede sodanige stappe geneem het.[46]

Die regsplig is gewoonlik nie algemeen teenoor alle persone verskuldig nie, maar aan 'n spesifieke persoon of 'n spesifieke groep of klas persone. Alvorens 'n eiser sal kan slaag met 'n eis weens skending van die regsplig, sal hy gevolglik moet bewys dat die regsplig teenoor hom persoonlik bestaan het.[47] Die regsplig sal byvoorbeeld op sodanige wyse bestaan, wanneer 'n wanvoorsteller op die oomblik van verskaffing of verswyging van die foutiewe inligting geweet het dat die misleide op grond van die inligting gaan handel.[48]

Die vraag of daar 'n regsplig bestaan en of dit in die gegewe geval verbreek is, word beantwoord aan die hand van die *boni mores*.[49] Die howe laat hulle egter in die bepaling van onregmatigheid nie alleen deur die feite en gemeenskapsopvattings lei nie,[50] maar ook deur praktiese oorwegings. Indien dit in 'n gegewe geval blyk dat optrede oënskynlik onregmatig was, kan 'n hof nog steeds weier om die optrede as sodanig aan te merk, byvoorbeeld indien die hof van oordeel is dat aanspreeklikheid kan lei tot 'n ongewensde vermenigvuldiging van aksies[51] of tot aanspreeklikheid wat sosiaal skadelik sal wees.[52] Die ernstige gevolge wat die erkenning van so 'n regsplig kan inhou, lei daartoe dat die howe

---

45 *Administrateur, Transvaal v Van der Merwe* 1994 4 SA 347 (A) 358G-H.

46 *Peri-Urban Areas Health Board v Munarin* 1965 3 SA 367 (A); *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A).

47 *Peri-Urban Areas Health Board v Munarin* 1965 3 SA 367 (A) 373G; Sien ook Van der Walt *Delict: principles and cases* [1979] 24.

48 Boberg *The law of delict - Aquilian liability* [1984] vol 1 59; Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 297; *EG Electric Co (Pty) Ltd v Franklin* 1979 2 SA 702 (OK); *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A) 770B-771A.

49 Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 35 ev; *Administrateur, Transvaal v Van der Merwe* 1994 4 SA 347 (A) 361I-J.

50 Sien *Administrateur, Transvaal v Van der Merwe* 1994 4 SA 347 (A) 361I-362A vir die veelheid van faktore wat 'n hof in aanmerking kan neem in die oorwegingsproses.

51 Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 298; *EG Electric Co (Pty) Ltd v Franklin* 1979 2 SA 702 (OK).

52 *Greenfield Engineering Works (Pty) Ltd v NKR Construction (Pty) Ltd* 1978 4 SA 901 (N) 916H-917A; *Siman & Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1984 2 SA 888 (A) 913H-914B; *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A) 771A.

oor die algemeen sodanige regspligte konserwatief konstrueer.[53]

'n Wanvoorstelling kan beide deur die verstrekking van foutiewe inligting en deur die verswyging van korrekte inligting daargestel word. Verswyging stel egter 'n late daar en 'n late word nie op presies dieselfde wyse as 'n positiewe gedraging deur ons reg hanteer nie.[54] Breë riglyne ten aansien van die onregmatigheid van verswygings buite kontraktuele verband,[55] is egter al deur ons howe geformuleer.[56] Die basiese uitgangspunt is dat daar nie 'n algemene regsplig om te openbaar bestaan nie. So 'n plig ontstaan slegs onder spesifieke omstandighede teenoor spesifieke persone.[57] Sodanige omstandighede is al in die volgende gevalle geïdentifiseer:

1) 'n Regsplig om inligting te openbaar bestaan waar so 'n verpligting deur wetgewing opgelê word.[58]

2) 'n Regsplig rus op bekleërs van sekere openbare ampte om korrekte

---

53 Sien byvoorbeeld *Murray v McLean* 1970 1 SA 133 (R).

54 "Boberg *The law of delict - Aquilian liability* vol 1 [1984] 211: "It does not follow that the law is prepared to hold an omission wrongful as readily as it does a positive act ... The forces of history and social policy maintain the distinction between positive and negative conduct by viewing the latter more benevolently than the former: the duty not to cause harm is more stringent than the duty to prevent it." Sien ook Van der Walt *Delict: principles and cases* [1979] 58. Vir die historiese ontwikkeling van aanspreeklikheid weens 'n late, sien *Halliwell v Johannesburg Municipality* 1912 AA 659; *Cape Town Municipality v Clohessy* 1922 AA 4; *Cape Town Municipality v Paine* 1923 AA 207; *Regal v African Superslate (Pty) Ltd* 1963 1 SA 102 (A); *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A).

55 Sien par 3.2.2 van hierdie hoofstuk vir 'n bespreking van die reëls rakende verswygings binne kontraktuele verband.

56 Sien in die alg *McCann v Goodall Group Operations (Pty) Ltd* 1995 2 SA 718 (K) 726B-G. Sien ook Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 296-297; Vorster "Misrepresentation" *LAWSA* 17 [1983] 264-265.

57 *Flaks v Sarne* 1959 1 SA 222 (T) 226C-E: "Fraud by non-disclosure is committed when the person charged was under a duty to disclose to another and failed to do so. A duty to disclose must exist in relation to the person who alleged he has been defrauded ... There is no such thing as a general duty to all the world to speak the truth or to make disclosure. Such a duty arises in relation to particular people in particular circumstances." Die howe is egter ook bereid om die grense tav sodanige persone wyd te trek. Sien *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A) 770H-I: "There was no direct contact or dealing between Stanchart or Nedbank in regard to this report ... Nevertheless ... Nedbank must have realised that the probable recipient of the report was a third party contemplating business with Triomf ... and that among the persons ... a possible, indeed a likely, party was Stanchart ... This renders the relationship between the parties, if not a direct one, at least a reasonably close one."

58 Sien bv die openbaarmakingsverpligtinge ingevolge a 141, 145 en 234 van die Maatskappywet. *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) 490G; *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 694E. Sien tav van die openbaarmakingsverpligting in die strafreg Milton *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* vol 2 [1992] 758.

inligting te verskaf, wanneer hulle ampshalwe inligting verskaf.[59]

3) Indien 'n persoon 'n professie beoefen en hom dus uitgee as 'n persoon wat oor sekere professionele kennis, vaardigheid en inligting beskik, moet hy korrekte inligting volledig openbaar, wanneer hy in sy professionele hoedanigheid inligting verskaf.[60]

4) Indien daar 'n spesiale verhouding tussen partye bestaan, byvoorbeeld 'n fidusiêre verhouding, kan daar 'n openbaarmakingsplig uit daardie verhouding voortvloei.[61]

5) 'n Regsplig kan ook ontstaan waar een party deur die vertelling van 'n halwe waarheid 'n wanpersepsie laat ontstaan of waar hy eerlik 'n foutiewe stelling maak en later ontdek dat dit foutief was.[62]

6) Indien die verswyging van inligting waarskynlik tot fisiese benadeling of besering van 'n party kan lei, sal daar ook 'n openbaringsplig bestaan.[63]

7) 'n Regsplig sal ook bestaan waar een party onwillekeurig op die ander party steun vir die verstrekking van wesenlike inligting in omstandighede waar eerlikheid openbaarmaking verg.[64]

Bogenoemde stel geensins 'n *numerus clausus* daar nie, maar bied waardevolle riglyne ten aansien van die howe se beskouing van die plig. Die howe sal ook nie noodwendig poog om 'n geval onder een van hierdie kategorieë in te pas nie. In

---

59 Volgens Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 296 is die kategorie openbare ampte so breed dat dit notarisse, ouditeurs en geswore waardeerders ook omvat.

60 *EG Electric Co (Pty) Ltd v Franklin* 1979 2 SA 702 (OK); *Siman & Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1984 2 SA 888 (A); *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A).

61 *Meskin NO v Anglo-American Corporation of South Africa* 1968 4 SA 793 (W) 807C; *Adderley Acceptances (Pty) Ltd v Florence Rochelle Rom* 1988 2 PH A32 (A). Vorster "Misrepresentation" *LAWSA* 17 [1983] 266. Sien ook *Bowley Steels (Pty) Ltd v Dalian Engineering (Pty) Ltd* 1996 1 All SA 383 (T) waar 'n lang handelsverhouding tussen die partye 'n bydraende faktor was tot die ontstaan van 'n openbaarmakingsplig.

62 Vorster "Misrepresentation" *LAWSA* 17 [1983] 266; Johnson "Purchase and sale" 1955 *Annual Survey of South African Law* 250 266; Milton *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* vol 2 [1992] 758-759. Vgl *Marais v Edlman* 1934 KPA 212.

63 *Lennon Ltd v BSA Company* 1914 AA 1 25; Vorster "Misrepresentation" *LAWSA* 17 [1983] 266.

64 *Meskin NO v Anglo-American Corporation of South Africa* 1968 4 SA 793 (W); *McCann v Goodall Group Operations (Pty) Ltd* 1995 2 SA 718 (K) 726D-E. Sien Vorster "Misrepresentation" *LAWSA* 17 [1983] 266; Milton *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* vol 2 [1992] 760.

Bowley Steels (Pty) Ltd v Dalian Engineering (Pty) Ltd[65] het die Transvaalse volbank byvoorbeeld die moontlikheid van vermoënsbenadeling en die omvang daarvan, die lang handelsverhouding tussen die partye en die verweerder se rol in die skep van die misleidende omstandighede in ag geneem en op grond daarvan tot die gevolgtrekking gekom dat daar 'n openbaarmakingsplig op die verweerder gerus het.

In die praktyk is die onderskeid tussen 'n wanvoorstelling deur optrede en 'n wanvoorstelling deur verswyging in sommige gevalle baie klein.[66] Indien 'n eiser onder gegewe omstandighede nie 'n regsplig op grond van 'n verswyging kan konstrueer nie, bestaan daar dus in baie gevalle ruimte vir 'n argument dat die betrokke wanvoorstelling nie deur 'n verswyging daargestel is nie, maar stilswyend deur optrede of by implikasie.

3.1.3 Skuld

Skuld, hetsy in die vorm van opset of nalatigheid, word in die algemeen[67] vereis alvorens regsaanspreeklikheid ten aansien van die gevolge van 'n onregmatige handeling te sprake kom.[68]

Opsetlike wanvoorstelling word gewoonlik as "bedrieglik" bestempel. Alle gevalle van opsetlike wanvoorstelling kan egter nie as bedrieglik aangemerk word nie. Indien vriende 'n persoon wat verjaar opsetlik onder die indruk bring dat hulle sy verjaarsdag vergeet het, ten einde die plesier van sy verassingspartytjie te vergroot, sal die voorstelling as 'n opsetlike wanvoorstelling kwalifiseer. Dit sal egter nie as bedrieglik beskryf kan word nie. Ten einde as bedrieglik te kwalifiseer sal 'n wanvoorstelling minstens gepaard moet gaan met die bedoeling, hetsy direk of by implikasie dat 'n persoon tot sy nadeel daarop sal reageer.[69]

---

65 1996 1 All SA 383 (T).

66 *S v Macdonald* 1982 3 SA 220 (A) 239H-240A.

67 Sien Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 351 ev tav strenge aanspreeklikheid. Sien ook Suid-Afrikaanse Regskommissie *Risiko as aanspreeklikheidsgrond by die onregmatige daad* [1986]; Van der Walt *Risiko-aanspreeklikheid uit onregmatige daad* LLD UNISA [1974].

68 Sien *Administrateur, Transvaal v Van der Merwe* 1994 4 SA 347 (A) 364G-H waar daarop gewys word dat die vraag na skuld ter sprake kom nadat bevind is dat die betrokke handeling onregmatig verrig is.

69 *S v Bell* 1963 2 SA 335 (N) 337D: "The person who tells a white lie to, or plays an innocent practical joke on, a friend, obviously practises and intends a deception. The circumstances in which an intention to deceive becomes synonomous with fraudulent intent are not always easy to define ... In general, a person who makes and issues a false document with the intention that it should be acted upon to the prejudice of another whom he intended to prejudice thereby, makes the document not only deceitfully, but fraudulently." Benadeling

In *R v Myers*[70] het die Appèlhof die opsetvereiste ten aansien van bedrieglike wanvoorstelling binne strafregtelike verband ontleed. Die opmerkings aangaande opset in hierdie konteks, is egter ook van toepassing op opsetlike wanvoorstelling buite strafregtelike verband. In sy ontleding het die Appèlhof swaar op die ontleding van die posisie in die Engelse reg in *Derry v Peek*[71] gesteun:

> "At p 347 of the report in *Derry v Peek*. Lord Herschell said: '... fraud is proved when it is shown that a false representation has been made (1) knowingly or (2) without belief in its truth or (3) recklessly, careless whether it be true or false. Although I have treated the second and third as distinct cases, I think the third is but an instance of the second, for one who makes a statement under such circumstances can have no real belief in its truth.' But the passage wich follows this quotation limits the essentials of fraud to the second requirement, with the additional qualification that the belief must be honest; it reads: 'To prevent a statement being fraudulent, there must, I think, always be an honest belief in the truth. And this probably covers the whole ground, for one who knowingly alleges that which is false, has obviously no such honest belief'."[72]

Opset binne die konteks van 'n opsetlike wanvoorstelling kan dus verwys na die doelbewuste kommunikasie van 'n onwaarheid of na die kommunikasie van inligting met 'n oneerlike onagsaamheid ten aansien van die korrektheid van die inligting, ten einde die misleide tot 'n sekere optrede te beweeg.[73] Die oneerlikheid in laasgenoemde geval, kan ook die resultaat wees van 'n doelbewuste oningeligtheid.[74]

Indien 'n dader eerlik in die korrektheid van sy foutiewe voorstelling glo, sal sy wanvoorstelling nie opsetlik wees nie, maar nalatig of onskuldig. 'n Dader se

---

is egter nie noodwendig die hoofoogmerk van die misleier nie. In die meeste gevalle beoog die misleier om homself te bevoordeel en die benadeling van die misleide vloei bloot insidenteel daaruit voort. Sien *R v Allsop* 1976 64 Cr App R 29.

70 1948 1 SA 375 (A).

71 14 AC 337. Vir 'n bespreking van hierdie uitspraak, sien Lötz *Skadevergoeding op grond van nalatige wanvoorstelling in die Suid-Afrikaanse koopreg* LLD UP [1994] 127 ev.

72 *R v Myers* 1948 1 SA 375 (A) 382. Sien ook *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 106; *Vereeniging Consolidated Mills Ltd v Newman* 1958 2 SA 20 (K) 23D-24C; Christie *The law of contract in South Africa* [1991] 355.

73 *Standard Bank of South Africa Ltd v Coetsee* 1981 1 SA 1131 (A) 1145A-B.

74 *R v Myers* 1948 1 SA 375 (A) 382: "The requirement that the belief should be honest is referred to in *Halsbury* (2nd ed., Vol 23, sec. 59), where it is said that a belief is not honest which, 'though in fact entertained by the representor may have been itself the outcome of fraudulent diligence in ignorance - that is, of a wilful abstention from all sources of information which might lead to suspicion, and a sedulous avoidance of all possible avenues to the truth, for the express purpose of not having any doubt thrown on what he desires and is determined to, and afterwards does (in a sense) believe'". Sien ook *S v Jammy* 1976 1 PH H34 (A) en, vir 'n goeie samevatting, *Frankel Pollak Vinderine Inc v Stanton NO* 1996 2 All SA 582 (W)596C-D: "Where a person has a real suspicion and deliberately refrains from making inquiries to determine whether it is groundless, where he or she sees red (or perhaps amber) lights flashing but chooses to ignore them, it cannot be said that there is an absence of knowledge of what is suspected or warned against."

optrede word as nalatig bestempel, wanneer sy optrede afwyk van die gedrag van die gepostuleerde redelike man. In die geval waar die redelike man in die posisie van die voorsteller sou voorsien het dat sy voorstelling op 'n onregmatige wyse skade sou veroorsaak[75] en dit sou voorkom het, sal die voorsteller se optrede as nalatig bestempel word, indien hy nie die skade op soortgelyke wyse voorsien en voorkom het nie.[76]

Histories het die reg nie aanspreeklikheid vir suiwer ekonomiese verlies[77] weens nalatige wanvoorstelling erken nie.[78] Na 'n lang worsteling deur die Suid-Afrikaanse howe met die problematiek,[79] het die Appèlhof uiteindelik in *Administrateur van Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 'n aksie op grond van nalatige wanvoorstelling erken. Die eisgrond is binne die trefwydte van die *lex Aquilia* geplaas en 'n misleide beskik sederdien oor 'n eis waar 'n wanvoorstelling nalatig teenoor hom gemaak is onder omstandighede waar al die deliktuele elemente teenwoordig was. Die hof het dit egter in daardie uitspraak onnodig gevind om te beslis of daar deliktuele aanspreeklikheid kan volg, indien die wanvoorstelling binne kontraktuele verband gemaak is. Eers 12 jaar later, in *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost*[80] was die Appèlhof bereid om erkenning te verleen aan 'n deliktuele aksie waar nalatige wanvoorstelling aanleiding gee tot kontraksluiting.[81]

'n Nalatige wanvoorstelling is gewoonlik die gevolg van onagsaamheid ten aansien van die kontrolering van die korrektheid van die voorstelling. 'n Goeie voorbeeld word gevind in die feite van *R v Myers*.[82] Myers het 'n voorstelling teenoor finansiers gemaak dat sekere goedere beskikbaar was by die

75 Vir verskillende standpunte rakende die vraag of die redelike man skade in die algemeen of die spesifiek gelede skade moet voorsien, sien Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 135 ev.

76 *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A); Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 126 ev; Van der Merwe & Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* [1989] 126 ev.

77 Sien Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 286 ev vir 'n bespreking van die begrip.

78 Sien in die alg Scott "Nalatige wanvoorstelling as aksiegrond in die Suid-Afrikaanse reg" 1976 *THRHR* 347, 1977 *THRHR* 58, 1977 *THRHR* 166; Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 294; Lötz *Skadevergoeding op grond van nalatige wanvoorstelling in die Suid-Afrikaanse koopreg* LLD UP [1994] 214 ev.

79 Sien *Van Zyl v African Theatres Ltd* 1931 KPA 61; *Perlman v Zoutendyk* 1934 KPA 151; *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A); Lötz *Skadevergoeding op grond van nalatige wanvoorstelling in die Suid-Afrikaanse koopreg* LLD UP [1994] 214 ev.

80 1991 4 SA 559 (A).

81 Sien in die alg Lötz "Nalatige wanvoorstelling: 'n skadevergoedingsaksie gesien deur 'n positiefregtelike bril" deel 1 1995 *De Jure* 1; deel 2 1995 *De Jure* 294.

82 1948 1 SA 375 (A). Sien ook *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd*

spoorwegowerhede in Port Elizabeth. Volgens die regter in die uitspraak van die hof *a quo* is hierdie voorstelling gemaak:

> "Without taking the slightest trouble to investigate whether [it was] true or not, when it would have been the easiest thing in the world to have made some ... investigations at the railway offices in Port Elizabeth from some responsible official. Instead he chose to rely on the totally unsupported word of [a] obscure and minor official. He ... did not take the elementary precautions, which ordinary business prudence would have suggested ..."[83]

Indien die dader 'n voorstelling maak wat feitelik verkeerd is, terwyl hy eerlik glo in die korrektheid van die voorstelling en 'n redelike man in die posisie van die voorsteller ook op sodanige wyse sou opgetree het, kan die handeling van die voorsteller nòg as opsetlik nòg as nalatig bestempel word. Die wanvoorstelling in hierdie geval is onskuldig. Aangesien een van die delikselemente, naamlik skuld, ontbreek, sal die skade wat daaruit voortvloei, nie verhaal kan word met 'n gewone deliktuele eis nie.[84]

3.1.4 Nadeel en kousaliteit

Uit die wanvoorstelling moet nadeel vir die eiser voortvloei. Die nadeel kan uit vermoënskade of persoonlikheidsnadeel bestaan.[85] Aangesien die skadevergoedingsaksie deliktueel is,[86] sal die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 aanwending vind.[87] Indien die misleide se nalatigheid dus ook tot sy skade bygedra het, sal dit verreken moet word in die berekening van die skadevergoeding.

Daar moet voorts 'n kousale verband tussen die wanvoorstelling en die gelede

---

1994 4 SA 747 (A).

83 *R v Myers* 1948 1 SA 375 (A).

84 Sien Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 351 ev; Suid-Afrikaanse Regskommissie *Risiko as aanspreeklikheidsgrond by die onregmatige daad* [1986]; Van der Walt *Risiko-aanspreeklikheid uit onregmatige daad* LLD UNISA [1974] tav skuldlose aanspreeklikheid.

85 *Trotman v Edwick* 1951 1 SA 443 (A); *Ranger v Wykerd* 1977 2 SA 976 (A). Sien Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 205 ev vir die vraag of skade persoonlikheidsnadeel insluit. Vir die historiese problematiek rakende suiwer vermoënskade, sien Lötz *Skadevergoeding op grond van nalatige wanvoorstelling in die Suid-Afrikaanse koopreg* LLD UP [1994] 108 ev.

86 *Trotman v Edwick* 1951 1 SA 443 (A); *Ranger v Wykerd* 1977 2 SA 976 (A); *Standard Bank of South Africa Ltd v Coetsee* 1981 1 SA 1131 (A) 1138E-G.

87 O'Brien "Deliktuele remedie op grond van nalatige wanvoorstelling binne kontraktuele verband" 1992 *TSAR* 134 142; Sien Lötz "Nalatige wanvoorstelling: 'n skadevergoedingsaksie gesien deur 'n positiefregtelike bril" deel 2 1995 *De Jure* 294 320; *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A) 773E-I.

skade bestaan.[88] Indien daar nie 'n verband of 'n genoegsame verband bestaan nie, sal die dader nie aanspreeklik wees vir die skade nie.[89] Die algemene toets waarvolgens feitelike kousaliteit bepaal word, is die gewone *condictio sine qua non* toets.[90] Hiervolgens is 'n handeling 'n oorsaak van die gevolg indien die handeling nie weggedink kan word sonder dat die gevolg ook verdwyn nie.[91]

Binne die konteks van 'n wanvoorstelling beteken kousaliteit basies dat die benadeelde die wanvoorstelling moes geglo het en op grond daarvan tot sy nadeel gehandel het. Indien die benadeelde bewus was van die korrekte feite of nie die voorstelling geglo het nie, sal daar nie 'n kousale verband tussen sy handeling en die uiteindelik nadeel wees nie.

Indien bevind word dat daar wel 'n feitelike oorsaaklikheidsverband tussen die nalatige handeling en die skade bestaan,[92] word oorweeg of die persoon aanspreeklik gehou moet word vir die gevolge wat sy handeling veroorsaak het en, indien wel, tot welke mate.[93] 'n Handeling het, in beginsel, 'n eindelose aantal gevolge en billikheid verg dat 'n persoon nie vir al die gevolge *ad infinitum* aanspreeklik gehou moet word nie. In die lig van beleidsoorwegings en faktore soos die redelike voorsienbaarheid van die gevolg, die aan- of afwesigheid van 'n *novus actus interveniens* en algemene redelikheid en billikheid moet die hof basies 'n oordeel vel of daar 'n genoegsame noue verband tussen die handeling en die gevolg bestaan.[94] Indien bevind word dat sodanige verband bestaan, is die

88 Sien *Standard Bank of South Africa Ltd v Coetsee* 1981 1 SA 1131 (A); *Siman & Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1984 2 SA 888 (A); *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A); *Kommissaris van Binnelandse Inkomste v Willers* 1994 3 SA 283 (A); *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A); *Du Plessis v Phelps* 1995 4 SA 165 (K) 172E-F.

89 *Standard Bank of South Africa Ltd v Coetsee* 1981 1 SA 1131 (A); *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 700E-I.

90 Sien *Minister of Police v Skosana* 1977 1 SA 31 (A); *Standard Bank of South Africa Ltd v Coetsee* 1981 1 SA 1131 (A); *Siman & Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1984 2 SA 888 (A) 914F-915H; *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 700F-G; *Kommissaris van Binnelandse Inkomste v Willers* 1994 3 SA 283 (A) 326G-H; *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A) 764I. Vir kritiek op hierdie toets sien Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 168 ev.

91 Van der Merwe & Olivier *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* [1989] 197; *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 700F-G. Die nodige kousale verband sal teenwoordig wees selfs al is die wanvoorstelling nie die onmiddellike of direkte oorsaak van die nadeel nie. Sien *Standard Bank of South Africa Ltd v Coetsee* 1981 1 SA 1131 (A) 1138H.

92 *Standard Bank of South Africa Ltd v Coetsee* 1981 1 SA 1131 (A) 1140B-D.

93 *Standard Bank of South Africa Ltd v Coetsee* 1981 1 SA 1131 (A) 1139A; *S v Mokgethi* 1989 1 SA 32 (A); *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A); *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A) 764I.

94 Sien *Minister of Police v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) 34E-35D; *Standard Bank of South Africa Ltd v Coetsee* 1981 1 SA 1131 (A) 1138H-1139C; *S v Daniels* 1983 3 SA 275 (A)

oorsaak en die gevolg kousaal verbind.

3.2 Wanvoorstelling binne kontraktuele verband

Indien 'n benadeelde kan aantoon dat die wanvoorstelling 'n delik daarstel, beskik hy oor 'n skadevergoedingseis teenoor die wanvoorsteller. Waar die wanvoorstelling egter aanleiding gegee het tot kontraksluiting tussen die betrokke partye, is daar moontlik ook ander remedies tot die beskikking van die benadeelde. Histories word hierdie tipe wanvoorstelling as 'n sogenaamde wanvoorstelling binne kontraktuele verband bestempel. Hierdie terminologie verwys in die algemeen na 'n wanvoorstelling wat deur een van die kontrakspartye, sy verteenwoordiger of 'n persoon met wie saamgespan word[95] aan die ander kontraksparty gemaak word en wat aanleiding gee tot of 'n invloed uitoefen op die sluiting van 'n kontrak.[96]

Afgesien van die partye betrokke en die kontraktuele konteks is daar nie diepgaande beginselverskille tussen wanvoorstelling binne en wanvoorstelling buite kontraktuele verband nie.[97] Daar is egter praktiese verskille wat in gegewe gevalle van belang mag wees.[98] Buite kontraktuele verband verkry die misleier byvoorbeeld by uitsondering voordeel uit die misleiding. Misleiding binne kontraktuele verband hou, aan die ander kant, dikwels 'n voordeel vir die misleier in. Binne kontraktuele verband dra die voorsteller gewoonlik kennis dat die ander party op die inligting sal staatmaak en dat foutiewe inligting sal lei tot skade. Die regsplig om korrekte inligting te verskaf kan gevolglik makliker aangetoon word binne kontraktuele verband.[99] Vanweë die besondere problematiek van die

331B-332A; *Siman & Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1984 2 SA 888 (A) 914F-915H; *S v Mokgethi* 1989 1 SA 32 (A); *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 700F-G; *Kommissaris van Binnelandse Inkomste v Willers* 1994 3 SA 283 (A) 326G-H; *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A) 764I-765B.

95 *Karabus Motors (1959) Ltd v Van Eck* 1962 1 SA 451 (K) 453D.

96 Lötz beskryf dit soos volg in "Nalatige wanvoorstelling: 'n skadevergoedingsaksie gesien deur 'n positiefregtelike bril" deel 1 1995 *De Jure* 1 2: "Wanvoorstelling binne kontraktuele verband impliseer dat die wanvoorstelling direk of indirek aan 'n kontrak, kontraktuele verhouding of 'n kontraktuele beding gekoppel is, betrekking het op 'n bestaande feit en nie normaalweg die uitspreek van 'n mening of die gee van advies insluit nie."

97 Sien *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost* 1991 4 SA 559 (A) 568F-G; Lötz "Nalatige wanvoorstelling binne kontraktuele verband" 1993 *De Jure* 427 · 430; Lötz *Skadevergoeding op grond van nalatige wanvoorstelling in die Suid-Afrikaanse koopreg* LLD UP [1994] 356 ev; Lötz "Nalatige wanvoorstelling: 'n skadevergoedingsaksie gesien deur 'n positiefregtelike bril" deel 2 1995 *De Jure* 294.

98 Sien Suid-Afrikaanse Regskommissie *Ondersoek na deliktuele aanspreeklikheid by wanvoorstelling* [1983] 37.

99 *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost* 1991 4 SA 559 (A) 568H.

vraagstuk in die kontraktereg is die reëls aangaande openbaarmaking ook fyner ontwikkel in die kontraktereg as in die deliktereg.[100]

Daar bestaan ook 'n noue samehang tussen die kontraktuele en deliktuele remedies ten aansien van wanvoorstelling. Indien een party deur wanvoorstelling ten aansien van 'n bestaande feit 'n ander party beweeg om 'n kontrak met hom te sluit, is die misleide geregtig om terug te tree uit die kontrak, mits die voorstelling wesenlik was en bedoel was om die misleide te beweeg om die kontrak te sluit. Die misleide beskik oor hierdie reg ongeag die feit of die misleiding bedrieglik, nalatig of onskuldig was en ongeag die bestaan en beskikbaarheid van ander remedies. Indien die wanvoorstelling egter bedrieglik of nalatig gemaak is, beskik die misleide addisioneel oor 'n eis vir skadevergoeding.

Bogenoemde uiteensetting is 'n samevatting van die howe se benadering van die reg rakende wanvoorstelling binne kontraktuele verband.[101] Die algemene voorvereistes vir die reg op terugtrede op grond van wanvoorstelling word vervolgens ondersoek.

3.2.1 Die aard van die wanvoorstelling

Binne kontraktuele verband tref die reg 'n onderskeid tussen ophemeling ["puffing"],[102] kontraksvoorwaardes en wanvoorstellings.[103]

---

100 Sien tav die reëls rakende lates en openbaarmaking in die alg *Meskin NO v Anglo-American Corporation of SA* 1968 4 SA 793 (W) 799E ev.

101 Sien bv *Parke v Hamman* 1907 TS 47; *Woodstock, Claremont, Mowbray and Rondebosch Municipality v Smith* 1909 26 SC 681 701; *Bowditch v Peel and Magill* 1921 AA 561; *Karroo & Eastern Board of Executors & Trust Company v Farr* 1921 AA 413; *Pretorius v Natal South Sea Investment Trust Ltd* 1965 3 SA 410 (W); *Prima Toy Holdings (Pty) Ltd v Rosenberg* 1974 2 SA 477 (K) 483B-C; *Trust Bank of Africa Ltd v Frysch* 1977 3 SA 562 (A) 588A-B; *Novick v Comair Holdings Ltd* 1979 2 SA 116 (W) 149B-150C. Sien ook Kerr *The principles of the law of contract* [1989] 215 en Joubert *General principles of the law of contract* [1987] 97. Vir kritiek op die beskikbaarheid van kansellasie in die geval van nalatige of onskuldige wanvoorstelling, sien De Wet & Van Wyk *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* [1992] 46-47. Die skrywers is van mening dat sodanige reg slegs beskikbaar moet wees by wangedrag van die ander party. Sien ook Lambiris *Orders of specific performance and restitutio in integrum in South African law* [1989] 276 vir ondersteuning vir hierdie standpunt. Christie ondersteun egter sodanige reg op grond van die alg goeie trou wat kontrakte onderlê, wat 'n wanvoorsteller sal verhoed om hom op die kontrak te beroep. Sien Christie *The law of contract in South Africa* [1991] 325-326. Sien Kerr *The principles of the law of contract* [1989] 215-216 wat die benadering van die howe ondersteun as synde regverdig en gevestig. Laasgenoemde pragmatiese standpunt word ondersteun.

102 Sien *Geldenhuys and Neethling v Beuthin* 1918 AA 426 435; *Small v Smith* 1954 3 SA 434 (SWA) 436E-F; *Milne v Harilal* 1961 1 SA 799 (D) 807F-809A; *S v Judin* 1969 4 SA 425 (A) 441H-442H; *Phame (Pty) Ltd v Paizes* 1973 3 SA 397 (A) 418A-H.

Ophemeling is voorstellings waardeur die verkoper sy ware in gloeiender terme beskryf as wat inderwaarheid geregverdig is.[104] In die mate wat 'n redelike koper van daardie produk nie daardeur mislei sal word nie, word hierdie foutiewe voorstellings deur die reg geduld en word daar nie regsgevolge daaraan gekoppel nie. Waar die grense van ophemeling egter oorskry word, sal sodanige voorstellings as wanvoorstellings kwalifiseer.[105]

Indien 'n stelling tydens onderhandelinge gemaak word en beide partye bedoel dat dit deel van hulle kontrak sal uitmaak, sal daardie stelling 'n term van die kontrak vorm.[106] In baie gevalle sal die stelling as 'n waarborg kwalifiseer.[107] Indien die stelling foutief blyk, sal die waarborg verbreek wees en sal die verantwoordelike kontraksparty blootgestel wees aan 'n eis om skadevergoeding weens kontrakbreuk.[108]

'n Foutiewe stelling wat nie as ophemeling of as 'n kontraktuele term kwalifiseer nie, stel 'n gewone wanvoorstelling daar. So 'n wanvoorstelling kan in gepaste omstandighede aanleiding gee tot 'n gewone kontraktuele remedie, soos tersydestelling, of tot 'n deliktuele eis.

Die maatstaf waarvolgens ophemelings en wanvoorstellings van mekaar

103 *Small v Smith* 1954 3 SA 434 (SWA) 436E-437A. Vir 'n definisie van "voorstelling" binne die verband van 'n versekeringskontrak, sien *SA Eagle Insurance Co Ltd v Norman Welthagen Investments (Pty) Ltd* 1994 2 SA 122 (A) 125H-I: "Representation in the present context ... is a statement made to induce another to enter into a contract." Sien ook *Wright v Pandell* 1949 2 SA 279 (K).

104 Sien Christie *The law of contract in South Africa* [1991] 329 wat hierdie tipe stellings ook identifiseer by 'n koper wat tydens onderhandelinge valslik beweer dat hy nie oor die nodige fondse beskik om die hoë prys wat die verkoper verlang, te betaal nie. So 'n koper is volgens Christie bloot besig met "puffing in reverse".

105 Milton *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* vol 2 [1992] 761 neem die standpunt in dat ophemeling nie bedrieglik is nie, aangesien die verkoper nie bedoel of verwag dat die koper sy verkoopspraatjies moet glo nie en/of omdat dit 'n eerlike mening daarstel. Waar daar egter so 'n bedrieglike bedoeling teenwoordig is, sal die voorstelling wel as bedrieglik geklassifiseer kan word. Hierdie standpunt word ondersteun.

106 *Small v Smith* 1954 3 SA 434 (SWA) 436G.

107 Sien bv *Corbett v Harris* 1914 KPA 535; *Coleman v Augood & Co* Ltd 1921 TPA 493; *Small v Smith* 1954 3 SA 434 (SWA) 436H; *Schmidt v Dwyer* 1959 3 SA 896 (K) en Kerr *The principles of the law of contract* [1989] 186-187.

108 *Schmidt v Dwyer* 1959 3 SA 896 (K); *Milne v Harilal* 1961 1 SA 799 (D). Die vervatting van die wanvoorstelling in die waarborg, ontneem die misleide egter nie van sy deliktuele eis op grond van die misleiding nie. Dit bied hom bloot 'n addisionele kontraktuele remedie op grond van die waarborg. *Prima Toy Holdings (Pty) Ltd v Rosenberg* 1974 2 SA 477 (K) 484G-H: "... [N]either authority, precedent, logic nor the requirements of public policy leads to the conclusion that merely by embodying a prior representation as a warranty in a contract the aggrieved party loses his right to a remedy in delict should it appear that the representation was fraudulently made." Sien ook *SA Eagle Insurance Co Ltd v Norman*

onderskei word, is prakties van aard.[109] In *Phame (Pty) Ltd v Paizes* het Holmes AR dit soos volg uitgedruk:[110]

> "Whether a statement by the seller goes beyond mere praise or commendation will depend on the circumstances of each case. Relevant considerations could include the following: whether the statement was made in answer to a question from the buyer; its materiality to the known purpose for which the buyer was interested in purchasing; whether the statement was one of fact or of personal opinion; and whether it would be obvious even to the gullible that the seller was merely singing the praises of his wares, as sellers have ever been wont to do."

Soos vroeër uitgewys, kan die wanvoorstelling uitdruklik, stilswyend of by implikasie gemaak word deur woorde, gebare, beelde of enige ander medium van kommunikasie[111] en kan dit geleë wees in die verstrekking van foutiewe inligting of in die verswyging van sekere informasie. Net soos in deliktuele verband[112] het daar binne kontraktuele verband ook 'n aantal besondere reëls uitgekristalliseer wat leiding bied oor die plig wat op 'n kontraksparty rus om sekere inligting te openbaar.

3.2.2 Plig tot openbaarmaking

Die afbakening van die regte en pligte van partye ten aansien van openbaarmaking van inligting tydens kontraktuele onderhandelinge is problematies. Aan die een kant sal die plig tot openbaarmaking van alle relevante inligting betreffende hulle kontrak, 'n swaar las op die skouers van die onderhandelaars plaas. So 'n regsplig sal ook nie in pas wees met die kapitalistiese benadering tot onderhandelings nie. Hierdie benadering erken die reg van 'n koper wat moeite gedoen het om kennis oor antieke meubels te verwerf, om voordeel uit sy kennis te trek wanneer hy onderhandel met 'n meubelverkoper wat versuim het om redelike kennis oor sy koopsaak te verwerf.

Aan die ander kant kan die reg tog nie toelaat dat 'n party wesenlike inligting vir die ander party verswyg nie. Bogenoemde voorbeeld kan omgedraai word: 'n

---

Welthagen Investments (Pty) Ltd 1994 2 SA 122 (A) 126F-G.

109 *Geldenhuys and Neethling v Beuthin* 1918 AA 426 435: "It is often difficult to draw the line between mere puffing which has no effect on the validity of a bargain, and misrepresentation which justifies its repudiation." Sien ook *Small v Smith* 1954 3 SA 434 (SWA) 436E-F; *Milne v Harilal* 1961 1 SA 799 (D); *S v Judin* 1969 4 SA 425 (A) 441H-442H; *Phame (Pty) Ltd v Paizes* 1973 3 SA 397 (A) 418A-H.

110 *Phame (Pty) Ltd v Paizes* 1973 3 SA 397 (A) 418A-H.

111 *Standard Bank of South Africa Ltd v Coetsee* 1981 1 SA 1131 (A) 1135D-G; 1146E-H; *SA Eagle Insurance Co Ltd v Norman Welthagen Investments (Pty) Ltd* 1994 2 SA 122 (A) 126F-G. Sien par 3.1.1 van hierdie hoofstuk.

112 Sien par 3.1 ev van hierdie hoofstuk.

handelaar in antieke meubels kan tog nie toegelaat word om te pleit dat die koper moeite moes gedoen het om vas te stel dat 'n meubelstuk wat hy as handelaar bedrieglik as 'n oorspronklike aan die koper verkoop het, slegs 'n reproduksie was nie.

Tussen bogenoemde uiterstes moet die reg 'n billike reëling tref. Ooreenkomstig die posisie ten aansien van die regsreëls rakende verswygings buite kontraktuele verband,[113] ontbreek 'n duidelike en algemene riglyn op die gebied. Hoewel die reëls rakende verswyging duideliker uitgekristalliseer het in die kontraktereg as in die deliktereg of strafreg,[114] is hulle hoofsaaklik kasuïsties van aard. Hulle bied egter 'n mate van insig in die huidige benadering van ons howe tot openbaarmaking binne kontraktuele verband.

As vertrekpunt word aanvaar dat daar nie 'n algemene plig op kontrakspartye rus om wesenlike feite aan mekaar te openbaar nie, maar dat alle kontrakte die goeie trou van die kontrakspartye veronderstel. Die kontrakspartye se gedrag ten aansien van openbaarmaking en verswyging word aan die hand van hierdie basiese beginsels getoets.[115] Op die basis van hierdie beginsels, is die volgende breë reëls rakende openbaarmaking al deur ons howe geformuleer:[116]

1 Partye tot die sogenaamde *uberrimae fidei* kontrakte moet wesenlike feite voor kontraksluiting openbaar.[117]

Versekerings-, vennootskaps- en verteenwoordigingskontrakte is die bekendste voorbeelde van die klas kontrakte wat as *uberrimae fidei* geklassifiseer was. Die beskrywing van hierdie groep kontrakte as *uberrimae fidei* het gedui op die tradisionele siening dat die hoogste goeie trou van die partye tot hierdie kontrakte geverg is. Een van die vereistes van die goeie trou tussen die partye was dat alle wesenlike inligting

113 Vgl par 3.1.2 van hierdie hoofstuk.

114 Sien in die alg *Meskin NO v Anglo-American Corporation of SA* 1968 4 SA 793 (W) 799E ev.

115 Sien *Meskin NO v Anglo-American Corporation of SA Ltd* 1968 4 SA 793 (W) 802A; *Orban v Stead* 1978 2 SA 713 (W) 717G; *Savage and Lovemore Mining (Pty) Ltd v International Shipping Co (Pty) Ltd* 1987 2 SA 149 (W) 198A-B; Kerr *The principles of the law of contract* [1989] 221.

116 *McCann v Goodall Group Operations (Pty) Ltd* 1995 2 SA 718 (K) 726B-G; Scott "Negligent misrepresentation in the guise of a non-disclosure" 1995 *TSAR* 778. Sien Lötz "Nalatige wanvoorstelling: 'n skadevergoedingsaksie gesien deur 'n positiefregtelike bril" deel 2 1995 *De Jure* 294 323-325.

117 Milton *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* vol 2 [1992] 759.

geopenbaar moes word.[118]

Die geykte beskrywing van die klas kontrakte as *uberimae fidei* is egter in 1985 deur die Appèlhof verwerp in *Mutual and Federal Insurance Co Ltd v Oudtshoorn Municipality*[119] toe bevind is dat daar nie 'n oortreffende trap van goeie trou aangetref word nie en bevestig is dat alle kontrakte teenswoordig as kontrakte van goeie trou geag word. Die hof het egter die plig tot openbaarmaking ten aansien van hierdie kontrakte bevestig, maar het bevind dat hierdie plig regtens uit aard van die tipe kontrak voortvloei.[120]

2 Verswyging kan 'n wanvoorstelling daarstel waar 'n party deur optrede, hetsy onskuldig al dan nie, feite verberg wat andersins ooglopend vir die misleide sou wees.[121]

3 Indien 'n party tydens onderhandelinge 'n korrekte stelling maak, maar die omstandighede verander voor kontraksluiting en die stelling word foutief, sal verswyging van die verandering wanvoorstelling daarstel.[122]

4 Waar 'n party tydens onderhandelings 'n stelling maak terwyl hy die waarheid daarvan glo, maar voor kontraksluiting ontdek dat hy inderwaarheid verkeerd is, sal die verswyging van sy ontdekking wanvoorstelling daarstel.[123]

5 Waar 'n party 'n gedeelte van die waarheid vertel, maar deur sy verswyging van die res 'n verkeerde indruk skep, stel die verswyging 'n

---

118 Sien tav openbaarmaking by versekeringskontrakte *Colonial Industries Ltd v Provincial Insurance Co Ltd* 1922 AA 33; *Grusd v Norwich Union Fire Insurance Co Ltd* 1922 WPA 146; *Iscor Pension Fund v Marine & Trade Insurance Company Ltd* 1961 1 SA 178 (T). Sien ook Davis *Gordon and Getz on The South African Law of Insurance* [1993] 111 ev.

119 1985 1 SA 419 (A) 433B-D. Sien vir 'n kritiese bespreking van hierdie uitspraak en van die *uberrima fides*-begrip Davis *Gordon and Getz on The South African Law of Insurance* [1993] 111-119.

120 Sien *Iscor Pension Fund v Marine & Trade Insurance Company Ltd* 1961 1 SA 178 (T) 185B: "The principles applicable to contracts of insurance do not differ in essence from those applicable to other kinds of contracts, but where one party has means of knowledge not accessible to the other party, and where from the nature of the contract the latter (as in the case of insurance) binds himself on the basis that all material facts have been communicated to him, the non-disclosure of any such fact is fatal ...".

121 Sien *Dibley v Furter* 1951 4 SA 73 (K); *Glaston House (Pty) Ltd v Inag (Pty) Ltd* 1977 2 SA 846 (A); *Orban v Stead* 1978 2 SA 713 (W).

122 *Cloete v Smithfield Hotel (Pty) Ltd* 1955 2 SA 622 (O). Sien ook Milton *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* vol 2 [1992] 758-759.

123 Vorster "Misrepresentation" *LAWSA* 17 [1983] 265; Milton *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* vol 2 [1992] 759.

wanvoorstelling daar.[124]

6 Indien 'n party 'n standaard tipe kontrak aan 'n ander voorlê sonder om aandag te vestig op die feit dat die kontrak 'n buitengewoon verswarende klousule bevat in omstandighede waar hy besef dat die ander party nie die kontrak gaan deurlees en die klousule gaan ontdek nie, stel sy verswyging 'n wanvoorstelling daar.[125]

7 By koopkontrakte rus daar 'n plig op 'n verkoper om sekere inligting aan die koper openbaar.[126] In die algemeen moet die verkoper wesenlike feite openbaar wanneer hy weet of goeie rede het om te vermoed dat die voornemende koper nie daarvan kennis dra nie; dat die voornemende koper nie 'n redelike geleentheid gehad het om die feite vas te stel nie en dat die verkoper se kennis en die koper se onkunde die partye in 'n duidelik onregverdige onderhandelingsposisie plaas.[127] 'n Verkoper moet byvoorbeeld latente defekte waarvan hy kennis dra aan die koper te openbaar.[128] Nie eens 'n voetstootsbeding sal 'n verkoper beskerm as hy die defek bedrieglik verswyg nie.[129]

8 Waar 'n party in 'n trouverhouding tot 'n ander party staan, byvoorbeeld 'n verteenwoordiger teenoor sy prinsipaal, staan hy onder 'n verpligting om alle inligting rakende die transaksie wat die prinsipaal sal beïnvloed, te openbaar. 'n Feit wat byvoorbeeld geopenbaar moet word, is dat die verteenwoordiger ook 'n belang in die kontrak het, wat strydig is met sy

---

124 *Marais v Edlman* 1934 KPA 212; *Orban v Stead* 1978 2 SA 713 (W) 717G-H; *McCann v Goodall Group Operations (Pty) Ltd* 1995 2 SA 718 (K) 726F.

125 Sien tav afwyking van 'n advertensie *Shepherd v Farrell's Estate Agency* 1921 TPA 62. Sien ook *Du Toit v Atkinson's Motors Bpk* 1985 2 SA 893 (A); *Kempstone Hire (Pty) Ltd v Snyman* 1988 4 SA 465 (T); *Spindrifter (Pty) Ltd v Donovan (Pty) Ltd* 1986 1 SA 303 (A); *McCann v Goodall Group Operations (Pty) Ltd* 1995 2 SA 718 (K) 726E; *Diners Club SA (Pty) Ltd v Livingstone* 1995 4 SA 493 (W); Christie *The law of contract in South Africa* [1991] 333.

126 Milton *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* [1992] vol 2 759.

127 Sien Kerr *The principles of the law of contract* [1989] 222 ev.

128 Sien *Dibley v Furter* 1951 4 SA 73 (K); *Cloete v Smithfield Hotel (Pty) Ltd* 1955 2 SA 622 (O); *Glaston House (Pty) Ltd v Inag (Pty) Ltd* 1977 2 SA 846 (A) 867F-869H.

129 *Knight v Trollip* 1948 3 SA 1009 (D) 1013; *Van der Merwe v Culhane* 1952 3 SA 42 (T) 44A-B; *Glaston House (Pty) Ltd v Inag (Pty) Ltd* 1977 2 SA 846 (A) 867B-869H; *Van der Merwe v Meades* 1991 2 SA 1 (A) 8C-H. Die reg plaas egter nie 'n ewe swaar plig op die koper om te openbaar indien hy oor inligting beskik dat die koopsaak meer waardevol is as wat die verkoper reken nie. Sien *Josephi v Parkes* 1906 ODK 138. In hierdie uitspraak is bevind dat 'n koper wat geweet het dat diamante op 'n plaas ontdek is, geregtig was om die inligting vir die verkoper van die plaas te verswyg. Vir 'n bespreking van uitsonderings op hierdie reël, sien Kerr *The principles of the law of contract* [1989] 231-233.

prinsipaal se belange.[130]

9 Waar een party onwillekeurig op 'n ander party vertrou vir die eerlike openbaarmaking van wesenlike feite wat noodwendigerwys binne die eksklusiewe kennis van daardie party val, en die reg van die party op sodanige inligting algemeen deur eerlike kontrakspartye in sodanige omstandighede erken word, sal die verswyging van sodanige feite 'n wanvoorstelling daarstel.[131]

Hoewel hierdie reëls kasuïsties van aard is en ook tot 'n sekere mate oorvleuel, bied hulle wel waardevolle riglyne ten aansien van die howe se hantering van openbaarmakingsverpligtinge in kontraktuele verband. Die gebrek aan 'n algemene, duidelike en beginselmatige stel reëls op die terrein, skep egter 'n dilemma vir enige voornemende litigant. Die fyn onderskeid tussen 'n wanvoorstelling deur optrede en 'n wanvoorstelling deur verswyging[132] skep egter ruimte vir 'n litigant wat die problematiek wil vermy om aan te voer dat die betrokke wanvoorstelling nie deur 'n verswyging daargestel is nie, maar deur stilswyende optrede of by implikasie.

3.2.3 Voorvereistes vir 'n kontraktuele remedie

Die wanvoorstelling moet gemaak word deur een van die kontrakspartye, sy verteenwoordiger of 'n persoon met wie hy saamspan, alvorens die reg op 'n kontraktuele remedie kan ontstaan.[133] Indien 'n derde party wat nie 'n party tot die kontrak is nie, die wanvoorstelling maak, sal die misleide moontlik 'n deliktuele eis vir skadevergoeding teen die misleier kan instel, maar die kontrak sal onaanvegbaar wees.[134]

---

130 *Adderley Acceptances (Pty) Ltd v Florence Rochelle Rom* 1988 2 PH A32 (A).

131 *Pretorius v Natal South Sea Investment Trust Ltd* 1965 3 SA 410 (W); *Orban v Stead* 1978 2 SA 713 (W) 718C-D, 720B-C: "The duty of disclosure only arises where the one party knows of the other's ignorance of material facts or must have known because the facts are, to his knowledge, accessible only to himself." Sien *McCann v Goodall Group Operations (Pty) Ltd* 1995 2 SA 718 (K) 726D-E; Milton *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* vol 2 [1992] 760.

132 *S v Macdonald* 1982 3 SA 220 (A) 239H-240A. Sien ook par 3.1.2 van hierdie hoofstuk.

133 Watermeyer R in *Karabus Motors (1959) Ltd v Van Eck* 1962 1 SA 451 (K) 453D: "It is a general rule of our law that if fraud which induces a contract does not proceed from one of the parties, but from an independent third person, it will have no effect upon the contract. The fraud must be the fraud of one of the parties or of a third party acting in collusion with, or as the agent of, one of the parties ...". Sien ook Christie *The law of contract in South Africa* [1991] 326; Kerr *The principles of the law of contract* [1989] 194-195.

134 *Tait v Wicht* 1890 7 SC 158 168: "No doubt by our law a person who has been induced to enter into a contract with one person by the falsehood of a third party has his remedy

Die gewraakte stelling moet voorts gemaak word met die doel om die ander party te oorreed om die kontrak te sluit[135] en moes die ander party daadwerklik oorreed het om die kontrak te sluit.[136] Die misleide het nie nodig om aan te toon dat die wanvoorstelling die enigste oorredende faktor was nie. So 'n vereiste sou besonder onprakties gewees het. Volgens De Villiers HR in *Woodstock, Claremont, Mowbray and Rondebosch Municipality v Smith* word 'n objektiewe toets toegepas:[137]

> "The person deceived may not be able to state with certainty that he would have refrained from entering into the contract if he had known the truth, but if the circumstances are such that the knowledge of the truth would have been calculated to induce a reasonable man ... not to enter into the contract, the Court ... is justified in drawing the inference that the representation did in fact form an inducement to the contract."[138]

Indien die persoon in elk geval die kontrak sou gesluit het as hy kennis gedra het van die ware toedrag van sake[139] of indien die korrektheid al dan nie van die stelling vir hom irrelevant was in sy besluit om die ooreenkoms te sluit,[140] word daar nie aan hierdie vereiste voldoen nie. Indien die persoon egter ander voorwaardes vir die kontrak sou beding het en dus nie die kontrak op die spesifieke voorwaardes sou gesluit het indien hy bewus was van die ware toedrag van sake nie, behoort daar 'n voldoende graad van oorreding te wees ten einde aan hierdie vereiste te voldoen.[141]

---

against such third party for any damages which the entering into the contract has directly entailed, but the instances given by Voet (4.3.5) all refer to cases where the obvious object of the falsehood was to induce the particular contract which entailed the loss. For example, a broker who by deceit circumvents a person into lending money to a man of straw, who is represented as being a man of means, is said by Voet to be liable for damages sustained in consequence by the lender ... The fraudulent intention must be associated with the particular contract which resulted in the loss, but when once it is so associated the link in the chain of legal reasoning is complete, and the person is entitled to recover all losses which he has sustained as a direct consequence of having been induced to enter into the contract ...".

135 *Tait v Wicht* 1890 7 SC 158 164: "A mere lie, which is foolish acted upon by others to whom it is addressed, does not constitute a fraud, in the legal sense of the term, unless the utterer intended or must, from the mode and circumstances in which he uttered it, be presumed to have intended that it should be acted upon." Vgl ook *Novick v Comair Holdings Ltd* 1979 2 SA 116 (W) 150A: "I think I am right in saying that intention to induce the contract in issue has always been regarded as a necessary element, whether it was fraudulent or innocent representation that was relied upon."

136 *Ravene Plantations Ltd v Estate Abrey* 1927 NPA 174.

137 1909 26 SC 681 701.

138 Sien ook *Trotman v Edwick* 1951 1 SA 443 (A) 448A-B; *Bird v Murphy* 1963 2 PH A42 (D).

139 Sien *Bird v Murphy* 1963 2 PH A42 (D); *Khan v Naidoo* 1989 3 SA 724 (N).

140 *St Marc v Harvey* 1893 10 SC 267.

141 Hunt "General principles of the law of contract" 1963 *Annual Survey of South African Law*

Daadwerklike oorreding verg dat die misleide die wanvoorstelling moes geglo het. Daardie geloof hoef nie redelik te wees nie. Dit is gevolglik geen verweer vir die misleier om te sê dat dat die misleide onredelik liggelowig was nie. Die algemene reël is dat 'n misleier sy slagoffer moet neem soos wat hy hom aantref, hetsy hy bewus is van sy slagoffer se liggelowigheid, al dan nie.[142]

'n Verdere vereiste wat algemeen gestel word,[143] is dat die wanvoorstelling belangrik of te wel wesenlik moet wees, alvorens die reg tot 'n kontraktuele remedie sal ontstaan.[144] In die algemeen beteken dit dat die wanvoorstelling moet slaan op 'n feit wat die sluiting van die kontrak wesenlik beïnvloed. Die motivering vir die reël is dat dit onregverdig sal wees om 'n party toe te laat om uit die kontrak te tree weens 'n onbenullige wanvoorstelling.[145]

Die toets of die wanvoorstelling wesenlik is al dan nie, is objektief in die sin dat die hof homself afvra of die wanvoorstelling so belangrik is dat dit 'n persoon sou oorreed om die kontrak te sluit. Volgens Christie moet die persoon wat hier as maatstaf gebruik word, die redelike man wees.[146] Dit beteken dat 'n persoon wat meer waarde aan 'n bewering koppel as wat 'n redelike man daaraan sou heg, hom nie op 'n kontraktuele remedie kan beroep nie. 'n Deliktuele eis vir skadevergoeding kan egter in gepaste omstandighede beskikbaar wees.[147]

---

104 124.

142 *Sampson v Union and Rhodesia Wholesale Ltd* 1929 AA 468 480. Sien *Pathescope (Union) of SA Ltd v Mallinick* 1927 AA 292 307 en *Lourens v Genis* 1962 1 SA 431 (T) vir 'n meer subjektiewe benadering en *Otto v Heymans* 1971 4 SA 148 (T) 157E-160E en Christie *The law of contract in South Africa* [1991] 337 vir kritiek daarop.

143 *Pathescope (Union) of SA Ltd v Mallinick* 1927 AA 292 307. Sien Christie *The law of contract in South Africa* [1991] 337. Vir kritiek op die vereiste dat wesenlikheid 'n aparte element uitmaak en standpunte dat wesenlikheid eerder 'n onderafdeling van die vraag na onregmatigheid of kousaliteit uitmaak, sien De Wet & Van Wyk *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* [1992] 40-41; Van der Walt "Verborge gebreke: onskuldige wanvoorstellings en verrykingsaanspreeklikheid" 1964 *THRHR* 212; Van der Merwe en Van Huysteen "Improperly obtained consensus" 1987 *THRHR* 78. Vir 'n bespreking en standpunte tav die polemiek, sien O'Brien "Deliktuele remedie op grond van nalatige wanvoorstelling binne kontraktuele verband" 1992 *TSAR* 134 140-145; Lötz "Nalatige wanvoorstelling binne kontraktuele verband" 1993 *De Jure* 427 433-435. Die kritiek blyk geldig te wees waar 'n deliktuele remedie ter sprake is. Wesenlikheid is egter, met respek, 'n billike vereiste wanneer 'n kontraktuele remedie toegepas word.

144 *Service v Pondart-Diana* 1964 3 SA 277 (D). Sien ook in die alg Lötz *Skadevergoeding op grond van nalatige wanvoorstelling in die Suid-Afrikaanse koopreg* LLD UP [1994] 357 ev.

145 Sien Christie *The law of contract in South Africa* [1991] 337.

146 Sien Christie *The law of contract in South Africa* [1991] 337.

147 Sien par 3.1 ev van hierdie hoofstuk.

3.2.4 Kontraktuele remedies

Die algemene remedies van 'n party wat deur wanvoorstelling tot kontraksluiting beweeg is, is tersydestelling van die kontrak en/of die verhaling van skadevergoeding.[148] Waar koopkontrakte betrokke is, kan die wanvoorstelling verder aanleiding gee tot die aediliese remedies.[149]

Die primêre keuse wat die misleide party moet maak is of hy die kontrak gaan afdwing en of hy dit ter syde gaan laat stel. Hierdie keuse is soos volg deur Innes HR in *Bowditch v Peel and Magill*[150] uiteengesit:

> A person who has been introduced to contract by the material and fraudulent misrepresentation of the other party may either stand by the contract or claim a rescission. (Voet 4.3, sec 3,4,7). It follows that he must make his election between those two inconsistent remedies within a reasonable time after knowledge of the deception. And the choice of one necessarily involves the abandonment of the other. He cannot both approbate and reprobate."

Die onskuldige party moet dus binne 'n redelike tydperk sy keuse uitoefen.[151] Wanneer hy sy keuse uitoefen, kan hy dit uitdruklik of stilswyend doen.[152] Nadat hy egter sy keuse uitgeoefen het, kan hy nie weer van besluit verander nie. Sy

148 Sien bv *Woodstock, Claremont, Mowbray and Rondebosch Municipality v Smith* 1909 26 SC 681; *Karroo & Eastern Board of Executors & Trust Company v Farr* 1921 AA 413; *Bowditch v Peel and Magill* 1921 AA 561; *Frost v Leslie* 1923 AA 276; *Van Schalkwyk v Griesel* 1948 1 SA 460 (A); *Pretorius v Natal South Sea Investment Trust Ltd* 1965 3 SA 410 (W); *Prima Toy Holdings (Pty) Ltd v Rosenberg* 1974 2 SA 477 (K) 483B-C; *Trust Bank of Africa Ltd v Frysch* 1977 3 SA 562 (A) 588A-B; *Novick v Comair Holdings Ltd* 1979 2 SA 116 (W) 149B-150C; *Feinstein v Niggli* 1981 2 SA 684 (A); *Thomas v Henry* 1985 3 SA 889 (A). Sien Kerr *The principles of the law of contract* [1989] 200. Sien ivm tersydestelling Kerr "Some problems concerning the beginning and ending of contracts" 1989 *SALJ* 97. Sien ook Lambiris *Orders of specific performance and restitutio in integrum* [1989] 231-234 vir die beskikbaarheid van die bevel tot *restitutio in integrum* by bedrieglike wanvoorstelling en die standpunt dat 'n sodanige bevel nie beskikbaar is by ander vorme van wanvoorstelling nie.

149 Vir 'n geskiedkundige oorsig oor die ontstaan en ontwikkeling van die aksies, sien De Wet & Van Wyk [1992] *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* 332-347; *Hackett v G & C Radio and Refrigerator Corporation* 1949 3 SA 664 (A) 675-676; *Phame (Pty) Ltd v Paizes* 1973 3 SA 397 (A). Sien ook in die alg Lee *An introduction to Roman-Dutch Law* [1946] 297-300; Van Zyl *Geskiedenis en beginsels van die Romeinse Privaatreg* [1977] 295-297; Van Jaarsveld *Suid-Afrikaanse Handelsreg* vol 1 [1988] 361-366; Lambiris *Orders of specific performance and restitutio in integrum in South African law* [1989] 319-323. Sien in die alg *Van Schalkwyk v Prinsloo* 1961 1 SA 665 (T); *Hall v Milner* 1959 2 SA 304 (O) 316F; *Phame (Pty) Ltd v Paizes* 1973 3 SA 397 (A).

150 1921 AA 561 572-3.

151 Nie-uitoefening van 'n reg binne 'n redelike tyd beteken egter nie *per se* verlies van die reg nie. Dit mag egter aanleiding gee tot 'n afleiding dat afstand gedoen is van die reg. Sien in die alg *Mahabeer v Sharma* 1985 3 SA 729 (A) 736D; *Culverwell v Brown* 1990 1 SA 7 (A) 17G.

152 *Feinstein v Niggli* 1981 2 SA 684 (A); *Gordon v AA Mutual Insurance Association Ltd* 1988

keuse is dus finaal.[153]

Die onskuldige party kan die reg op tersydestelling verloor deur 'n kontrak te sluit met 'n klousule wat lui dat daar geen voorstellings aan hom gemaak is rakende die kontrak nie of dat hy deur geen voorstellings oorreed is om die kontrak te sluit nie. Hierdie klousule sal die voorsteller beskerm in gevalle waar wanvoorstellings op nalatige of onskuldige wyse gemaak is. Dit sal egter geen beskerming aan 'n wanvoorsteller bied in die geval van 'n bedrieglike wanvoorstelling nie.[154]

Indien die wanvoorstelling bedrieglik of nalatig was, beskik die misleide voorts oor 'n deliktuele eis ten aansien van sy benadeling.[155] Daar het lank onsekerheid geheers oor die vraag of nalatige wanvoorstelling binne kontraktuele verband aanleiding behoort te gee tot 'n deliktuele aksie. Toe die Appèlhof in die uitspraak in *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk*[156] erkenning verleen het aan 'n eis op grond van nalatige wanvoorstelling wat tot suiwer ekonomiese verlies gelei het, was die erkenning onvolledig, aangesien die Hof die vraag na die bestaan van 'n deliktuele aksie ten aansien van wanvoorstelling binne kontraktuele verband uitdruklik onbeantwoord gelaat het.[157] Die traagheid om so 'n aksie te erken was in die algemeen te wyte aan die feit dat die howe oortuig was dat die kontraktereg voldoende beskermingsgeleenthede aan kontrakspartye bied. In *Hamman v Moolman*[158] het die Appèlhof byvoorbeeld gesê:

> "The existing law grants what appears to be adequate protection in the field of contract to a party to whom a misrepresentation is made. Thus a contracting party may safeguard himself against loss by simply taking the elementary precaution of requiring the representor to guarantee the truth of his representations. Adequate remedies are available where misrepresentations are tainted with *dolus*, and in appropriate circumstances an aggrieved party is granted relief in the case of an innocent misrepresentation."[159]

Die kontraktereg bied egter nie voldoende remedies vir 'n misleide party in alle gevalle nie. Tersydestelling, restitusie of selfs prysvermindering sal nie in alle gevalle voldoende wees om die skade wat 'n onskuldige party weens

---

1 SA 398 (W); *Thomas v Henry* 1985 3 SA 889 (A) 896A-B.

153 *Frost v Leslie* 1923 AA 276; *Brink v Abramowitz* 1943 KPA 189.

154 *Wells v SA Alumenite Co* 1927 AA 69 73: "No doubt the condition is hard and onerous; but if people sign such conditions they must, in the absence of fraud, be held to them. Public policy so demands."

155 Kerr *The principles of the law of contract* [1989] 202-203.

156 1979 3 SA 824 (A).

157 *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A) 834F.

158 1968 4 SA 340 (A).

159 *Hamman v Moolman* 1968 4 SA 340 (A) 348E-F.

wanvoorstelling gely het, te ondervang nie.[160] Dit is ook nie prakties om van kontrakspartye te verlang om in alle gevalle waarborge van mekaar te verkry, ten aansien van alle wesenlike voorstellings wat gemaak is nie.[161] Hierdie besef het daartoe gelei dat die Appèlhof in 1991 in *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost*[162] uitdruklik erkenning verleen het aan die bestaan van 'n deliktuele aksie vir die verhaling van vermoënskade waar 'n nalatige wanvoorstelling aanleiding gegee het tot die sluiting van 'n benadelende kontrak tussen die misleier en die misleide.[163]

Waar die wanvoorstelling gevolglik opsetlik of nalatig gemaak is, beskik 'n misleide oor 'n eis vir skadevergoeding, indien die ander elemente van 'n delik teenwoordig is.[164] Hierdie eis kan ingestel word ongeag of die misleide die kontrak in stand hou of tersydestelling eis.[165] Aangesien dit deliktueel van aard is, is 'n skadevergoedingseis nie beskikbaar waar die wanvoorstelling onskuldig was nie.[166] Waar die wanvoorstelling as 'n waarborg in die kontrak vervat is, het die misleide ook 'n keuse tussen 'n kontraktuele remedie op grond van die waarborg en 'n deliktuele aksie.[167]

---

160 Sien *Kern Trust (Edms) Bpk v Hurter* 1981 3 SA 607 (K) 613C-G; *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost* 1991 4 SA 559 (A) 569B-E.

161 *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost* 1991 4 SA 559 (A) 569F; Kerr *The principles of the law of contract* [1989] 212-213.

162 1991 4 SA 559 (A).

163 *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost* 1991 4 SA 559 (A) 570E. Vir 'n bespreking van die uitspraak sien Van Aswegen "Die toets vir die bestaan van 'n 'onafhanklike delik' in die geval van kontrakbreuk" 1992 *THRHR* 271; O'Brien "Deliktuele remedie op grond van nalatige wanvoorstelling binne kontraktuele verband" 1992 *TSAR* 134; Visser "Delictual liability for negligent misstatement inducing a contract: some questions answered at last" 1992 *SA Merc LJ* 227; Mngqibisa "Liability for negligent misstatement inducing a contract" 1992 *THRHR* 504; Lötz "Nalatige wanvoorstelling binne kontraktuele verband" 1993 *De Jure* 427; Lötz "Nalatige wanvoorstelling: 'n skadevergoedingsaksie gesien deur 'n positiefregtelike bril" deel 2 1995 *De Jure* 294.

164 Sien in die alg Lötz "Nalatige wanvoorstelling: 'n skadevergoedingsaksie gesien deur 'n positiefregtelike bril" deel 1 1995 *De Jure* 1; deel 2 1995 *De Jure* 294. *Trotman v Edwick* 1951 1 SA 443 (A); *Glaston House (Pty) Ltd v Inag (Pty) Ltd* 1977 2 SA 846 (A) 872D; *Ranger v Wykerd* 1977 2 SA 976 (A) 991B.

165 *Frost v Leslie* 1923 AA 276.

166 *Bowditch v Peel & Magill* 1921 AA 561 572; Lambiris *Orders of specific performance and restitutio in integrum in South African law* [1989] 284; Kerr *The principles of the law of contract* [1989] 218. Sien, tav van skuldlose aanspreeklikheid, Neethling, Potgieter & Visser *Deliktereg* [1996] 351 ev; Suid-Afrikaanse Regskommissie *Risiko as aanspreeklikheidsgrond by die onregmatige daad* [1986] en Van der Walt *Risiko-aanspreeklikheid uit onregmatige daad* LLD UNISA [1974].

167 *Prima Toy Holdings (Pty) Ltd v Rosenberg* 1974 2 SA 477 (C) 484H.

3.3 Wanvoorstelling in strafregtelike verband

'n Wederregtelike en opsetlike wanvoorstelling wat bereken is om nadeel vir 'n ander te veroorsaak, stel die misdryf bedrog daar.[168]

Die Suid-Afrikaanse misdryf "bedrog" het ontwikkel uit die Romeinse begrippe *stellionatus* en *crimina falsi.* Eersgenoemde begrip was gemoeid met opsetlike misleiding en vermoënsbenadeling van die misleide,[169] terwyl laasgenoemde primêr gemoeid was met vervalsing, hetsy nadeel daaruit voortgevloei het, al dan nie.[170] In die Suid-Afrikaanse reg het die howe egter hierdie onderskeid laat verval.[171] Die gevolg is dat een misdryf, te wete "bedrog", onderskei word, welke misdryf gepleeg kan word sonder dat daadwerklike vermoënsbenadeling plaasgevind het.[172]

Dieselfde foutiewe voorstelling wat tot deliktuele of kontraktuele remedies aanleiding kan gee, kan bedrog daarstel. Die wanvoorstelling kan gevolglik by wyse van 'n positiewe stelling, verswyging[173] of optrede gemaak word,[174] en kan

168 Sien Snyman *Criminal law* [1995] 487; Verschoor *Misdaad, verweer en straf* [1986] 17. Burchell & Milton *Principles of criminal law* [1991] 523 definieer bedrog as volg: "Fraud consists in unlawfully making, with intent to defraud, a misrepresentation which causes actual prejudice or which is potentially prejudicial to another". Vlg Milton *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* vol 2 [1992] 755. Snyman "Common law crimes" *LAWSA* 6 [1981] 288 definieer dit soos volg: "Fraud is the unlawful and intentional making of a misrepresentation which causes actual prejudice or which is potentially prejudicial to another". Lg definisie is met goedkeuring aangehaal deur die Appèlhof in *S v Macdonald* 1982 3 SA 220 (A) 239H.

169 Sien Milton *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* vol 2 [1992] 750.

170 In *R v Frankfort Motors (Pty) Ltd* 1946 OPA 255 het Van den Heever WRP die volgende algemene gemene deler van die *crimina falsi* geïdentifiseer: "Die analogiese band tussen die meeste van daardie verskillende misdade was slegs (1) valsheid; die voorstelling van iets wat onwaar was; (2) met bedriegelike (sic) opset en (3) dat sulke dade staatsgevaarlik of skadelik was of bereken om skadelik te wees." Sommige *crimina falsi*, soos die verkoping van dieselfde saak aan twee kopers, het egter nie aan hierdie patroon beantwoord nie. Sien De Wet *De Wet en Swanepoel Strafreg* [1985] 385.

171 Sien onder andere *R v Jones & More* 1926 AA 350; *R v Seabe* 1927 AA 28; *R v Dyonta* 1935 AA 52; *R v Asner* 1938 AA 416; *R v Kruse* 1946 AA 524; *R v Heyne* 1956 3 SA 604 (A). Vir 'n bespreking en kritiek op die ontwikkelingsgang wat deur die howe gevolg is, sien De Wet *De Wet en Swanepoel Strafreg* [1985] 389-407. Vir 'n kritiese ontleding van die beskouings aangaande die ontwikkeling van die misdryf "bedrog", sien Botha *Bedrog in die Suid-Afrikaanse strafreg* LLD UNISA [1988] 376-381.

172 *S v Friedman* 1996 3 BCLR 347 (W).

173 *S v Heller (2)* 1964 1 SA 524 (W) 536F; *S v Ressel* 1968 4 SA 224 (A); *S v Burstein* 1978 4 SA 602 (T); *S v Brande* 1979 3 SA 371 (D); *S v Harper* 1981 2 SA 638 (D); *S v Rosenthal* 1980 1 SA 65 (A) 85B; *S v Macdonald* 1982 3 SA 220 (A).

174 *S v Macdonald* 1982 3 SA 220 (A) 239H: "In a particular case it may be a matter of some difficulty to determine whether the correct legal niche into which the conduct of the accused should be placed, is a false representation by conduct, or a fraudulent non-

verwys na 'n bestaande feit of geleë wees in 'n opinie wat bedrieglik uitgespreek word.[175]

Die betrokke voorstelling moet egter wederregtelik wees, dit wil sê dit moet regtens verbode wees en regverdigingsgronde vir die dader se optrede[176] moet ontbreek.[177] Net soos in die privaatreg[178] word nie alle opsetlike wanvoorstellings as wederregtelik beskou nie. Ophemeling van 'n produk[179] deur die verkoper word byvoorbeeld ook in die strafreg gedoog en sal in die algemeen dus nie bedrog daarstel nie.[180] 'n Verswyging kan ook strafregtelik, soos in die privaatreg, blaamwaardig wees,[181] waar daar 'n regsplig op die persoon gerus het om die inligting aan die misleide te openbaar.[182] Hierdie regsplig kan óf statutêr[183] óf gemeenregtelik van aard wees. Die toets wat die howe in die praktyk aanwend om te bepaal of daar in strafregtelike verband 'n gemeenregtelike plig op 'n

disclosure of the facts."

175 De Wet *De Wet en Swanepoel Strafreg* [1985] 396-397; Burchell & Milton *Principles of criminal law* [1991] 526.

176 In *S v Shepard* 1967 4 SA 170 (W) is onsuksesvol aangevoer dat die feit dat 'n beskuldige as werknemer in opdrag van sy werkgewer opgetree het, as regverdigingsgrond behoort te dien. Dit is egter verwerp, aangesien die betrokke beskuldigdes bewus was van die wederregtelikheid van hulle optrede. Sien 178A-B: " ... [I]t seems to me, a civilian accused who has acted illegally in response to the direction of his employer or of a senior co-employee, cannot escape the consequences of his conduct if he knew that what he was being ordered to do was unlawful."

177 Sien in die alg Snyman *Criminal law* [1995] 88 ev.

178 Sien parr 3.1 en 3.2 van hierdie hoofstuk.

179 Sien par 3.2.1. van hierdie hoofstuk.

180 Burchell & Milton *Principles of criminal law* [1991] 524. Ophemeling van 'n produk kan wel in 'n gegewe geval 'n ongesofistikeerde koper mislei. Daardie misleiding stel egter nie bedrog daar nie, tensy die verkoper die bedoeling gehad het om te bedrieg. Sien Snyman "Common law crimes" *LAWSA* 6 [1981] 291 n1; *Milne v Harilal* 1961 1 SA 799 (D).

181 Sien *S v Heller (2)* 1964 1 SA 524 (W); *S v Burstein* 1978 4 SA 602 (T); *S v Brande* 1979 3 SA 371 (D); *S v Harper* 1981 2 SA 638 (D); *S v Rosenthal* 1980 1 SA 65 (A).

182 *S v Heller (2)* 1964 1 SA 524 (W). In *S v Burstein* 1978 4 SA 602 (T) is, in navolging van die *Heller*-uitspraak, die vereistes vir bedrog deur verswyging soos volg opgesom op 604H-605B: "(a) [A] duty to disclose the particular fact; (b) a wilful breach of this duty under such circumstances as to equate the non-disclosure with a representation of the non-existence of that fact; (c) an intention to defraud which involves (i) knowledge of the particular fact; (ii) awareness and appreciation of the existence of the duty to disclose (iii) deliberate refraining from disclosure in order to deceive and induce the representee to act to its prejudice or potential prejudice; (d) actual or potential prejudice of the representee." Sien ook *S v Brande* 1979 3 SA 371 (D) en *S v Bloxam* 1971 2 SA 488 (W) 490F waar die opsomming met goedkeuring aangehaal is op 381B-C; *S v Harper* 1981 2 SA 638 (D); *S v Rosenthal* 1980 1 SA 65 (A) 85B. Sien in die alg Milton *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* vol 2 [1992] 757.

183 Milton *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* vol 2 [1992] 758. Vgl bv a 245 van die Maatskappywet wat van 'n direkteur verlang om sy belang in 'n kontrakte wat sy maatskappy sluit, te verklaar. Sien *S v Hepher* 1973 1 PH E1 (W); *S v Heller (2)* 1964 1 SA 524 (W).

persoon gerus het om korrekte inligting aan 'n ander te verskaf, toon parallelle met die toets ten aansien van verswyging in die privaatreg.[184] Hoewel duidelike riglyne in hierdie verband nog nie geformuleer is nie, sal die afleiding dat daar so 'n plig bestaan nie geredelik gemaak word nie. Aangesien die konstruering van so 'n plig strafregtelike implikasies inhou, word so 'n plig met groot versigtigheid deur die howe geïdentifiseer.[185] Die howe was ook tot dusvêr streng in hulle vereiste dat die opset van die misleier onder andere 'n erkenning en opsetlike verbreking van hierdie plig tot openbaarmaking moet behels, alvorens die verswyging bedrog sal daarstel.[186]

Ten einde as bedrog te kan kwalifiseer moet die wederregtelike en foutiewe voorstelling aanleiding gee of kan gee tot benadeling.[187] 'n Voldoende verband tussen die wanvoorstelling en die daadwerklike of potensiële benadeling moet voorts aangetoon word.[188] Dit is gevolglik belangrik dat die benadeling nie te verwyderd of te denkbeeldig is nie.[189]

Of 'n persoon benadeel is of benadeel kon word al dan nie, is 'n feitevraag wat beantwoord moet word met verwysing na die feite van die besondere geval.[190] Of daar inderdaad benadeling of 'n moontlikheid van benadeling bestaan het, moet vasgestel word met verwysing na die stadium waarop die wanvoorstelling gemaak is.[191] 'n Latere voorval wat die potensiële nadeel van die misleide in 'n voordeel omskep, sal gevolglik nie die wanvoorstelling uit die kader van bedrog

184 Sien *S v Heller (2)* 1964 1 SA 524 (W) 537H waar die openbaarmakingsplig gefundeer was op die trouverhouding tussen die betrokke direkteur en die maatskappy. Sien ook die toepassing in *S v Burstein* 1978 4 SA 602 (T). Vir 'n alg bespreking van situasies wat aanleiding gee tot die ontstaan van 'n openbaarmakingsplig, sien Milton *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* vol 2 [1992] 757-760.

185 Sien De Wet *De Wet en Swanepoel Strafreg* [1985] 68 wat waarsku "dat daar nie te kwistig te werk gegaan moet word met die konstruering van ingrypingspligte nie."

186 *S v Heller (2)* 1964 1 SA 524 (W); *S v Burstein* 1978 4 SA 602 (T); *S v Brande* 1979 3 SA 371 (D) 381B-C.

187 *S v Bell* 1963 2 SA 335 (N).

188 Aangesien potensiële benadeling voldoende is, is dit in gevalle waar die wanvoorstelling aanleiding kan gee tot benadeling onnodig om 'n kousale verband te bewys tussen benadeling wat daadwerklik gelei is en die spesifieke wanvoorstelling. *R v Kruse* 1946 AA 524 533-534: "[I]f the false representation is of such a nature as, in the ordinary course of things, to be likely to prejudice the complainant, the accused cannot successfully contend that the crime of fraud is not established because the Crown has failed to prove that the false representation induced the complainant to part with his property." *S v Kruger* 1961 4 SA 816 (A) 828F-H; *S v Judin* 1969 4 SA 425 (A) 435G-H.

189 *R v Herzfelder* 1907 TH 244; *R v Seabe* 1927 AA 28 34: "It is clear that the risk of prejudice must not be fanciful or too remote ...". Sien ook *R v Heyne* 1956 3 SA 604 (A) 622F; *S v Minnaar* 1981 3 SA (D & K) 767 777G.

190 *R v Gilbert* 1953 2 PH H165 (SR) 336.

191 *R v Henkes* 1941 AA 143 167; *S v Kruger* 1961 4 SA 816 (A) 828A-B; *S v Campbell* 1991 1

verwyder nie.

Benadeling word besonder wyd geïnterpreteer in die Suid-Afrikaanse reg. Dit sluit nie net vermoënskade in nie,[192] maar ook benadeling in die breër sin,[193] byvoorbeeld aantasting van die reputasie[194] of waardigheid, bemoeiliking van die publieke administrasie,[195] blootstelling van die misleide aan vervolging[196] en oorreding van 'n persoon om 'n kontrak te sluit wat hy andersins nie sou gesluit het nie.[197] Benadeling kan ook bestaan waar 'n persoon deur opsetlike wanvoorstelling oorgehaal is om goedere aan te koop wat hy andersins nie sou gekoop het nie, al oorskry die koopprys nie die markwaarde nie.[198] Dit hoef ook nie noodwendig die geaddresseerde te wees wat benadeel moet word nie.[199] In sekere gevalle het die howe al bevind dat benadeling van 'n derde party voldoende benadeling daarstel.[200]

Daadwerklike skade word nie vereis nie. Potensiële skade is voldoende.[201] Met

PH H34 (N).

192 *R v Herzfelder* 1907 TH 244; *R v Jones and More* 1926 AA 350.

193 Sien Snyman "Common law crimes" *LAWSA* 6 [1981] 294-295 vir 'n lys van gevalle waarin nie-vermoënsregtelike benadeling deur die howe geïdentifiseer is.

194 *R v Seabe* 1927 AA 28 33; *R v Heyne* 1956 3 SA 604 (A) 624H. Sien ook *S v Bell* 1963 2 SA 335 (N).

195 Sien *R v Manasewitz* 1934 AA 95; *S v Shepard* 1967 4 SA 170 (W); *S v Minnaar* 1981 3 SA 767 (D & K). *R v Heyne* 1956 3 SA 604 (A) 624G-H: "That a charge of fraud may be supported by an allegation of prejudice to the State is clear ... The State ... has interests peculiar to itself. It is unnecessary in the present case to hold that prejudice to the State's interest in upholding the law will always be sufficient. That may or may not be the position."

196 *R v Seabe* 1927 AA 28.

197 *R v Gilbert* 1953 2 PH H165 (SR); *R v Deal* 1960 3 SA 846 (T). Sien in die alg Botha "Die maatstaf vir die bepaling van nadeel vir die doeleindes van die misdaad bedrog in die geval van wanvoorstellings by kontraksluiting" 1989 *SAS* 89.

198 Sien *R v Gilbert* 1953 2 PH H165 (SR) waar Beadle R daarop gewys het dat ooreenstemming met die markwaarde egter moontlik relevant mag wees waar die goedere geredelik van die hand gesit kan word (336). Die vraag is egter onbeslis gelaat in die uitspraak. Sien *R v Deale* 1960 3 SA 846 (T) waar Hiemstra R dieselfde standpunt gehuldig het. Sien *contra R v Jones and More* 1926 AA 350 355 Sien Botha "Die maatstaf vir die bepaling van nadeel vir die doeleindes van die misdaad bedrog in die geval van wanvoorstellings by kontraksluiting" 1989 *SAS* 89 94 vir die standpunt dat die blote opsaling van die koper met 'n produk wat nie vir sy persoonlike behoeftes geskik is nie, benadeling daarstel, aangesien hy 'n verkoping van die bron van ergernis sal moet inisieer en deurvoer alvorens die *status quo* herstel is. Die verkoping is voorts 'n latere feit wat irrelevant is, aangesien benadeling beoordeel word soos ten tyde van die wanvoorstelling. Lg argumente is oortuigend.

199 *R v Heyne* 1956 3 SA 604 (A) 622F.

200 Sien bv *R v Nel* 1952 4 SA 535 (T); *R v Bester* 1961 2 SA 52 (FH); *S v Ostilly* 1977 2 SA 104 (D) 115H; *S v Ostilly (1)* 1977 4 SA 699 (D) 713H-714A. Vir kritiek op die gedagtegang in hierdie uitsprake, sien De Wet *De Wet en Swanepoel Strafreg* [1985] 402-403.

201 *R v Faulding and Young* 1924 AA 483 485; *R v Jones and More* 1926 AA 350 353; *S v*

potensiële skade word bedoel dat die wanvoorstelling redelikerwys tot benadeling kon lei, hoewel die benadeling, in die gegewe geval, nie gerealiseer het nie.[202] Die moontlikheid van nadeel hoef nie waarskynlik of selfs redelik seker te wees nie. Daar moet bloot 'n risiko van benadeling wees.[203] 'n Goeie voorbeeld van potensiële benadeling word gevind in die feite van *R v Dyonta*.[204] In hierdie saak het D stukkies glas as diamante aan die geadresseerde voorgehou en dit aan hom probeer verkoop. Die geadresseerde het egter besef dat dit bloot glas was. Hy was dus nie mislei nie. Nogtans is D skuldig bevind aan bedrog. Die Hof *a quo* het, met goedkeuring van die Appèlhof, soos volg geredeneer:

> "[T]heir representation that the stones were diamonds was capable in the ordinary course of deceiving a person with no knowledge of diamonds, and, that being so, the misrepresentation was calculated to prejudice ..."[205]

Dit is dus irrelevant of die persoon aan wie die wanvoorstelling gemaak is, geweet het dat dit vals was al dan nie. Die reg benader die aangeleentheid uit die oogpunt van die bedrieër. As die stelling redelikerwys kon mislei en die wanvoorsteller die bedoeling gehad het om te bedrieg, maak dit nie saak of die benadeling daadwerklik of bloot net potensieël was nie.[206]

Daar is reeds vroeër daarop gewys dat die verbreding van die benadelingsbegrip vanaf vermoënskade na benadeling in die breë en vanaf daadwerklike skade tot potensiële benadeling nie strook met die Romeinsregtelike beginsels rakende strafwaardige wanvoorstelling nie.[207] Hierdie uitbreiding staan bloot aan kritiek vanaf akademici[208] en selfs die regbank.[209] Die kritiek het egter nog nie neerslag

---

Kruger 1961 4 SA 816 (A) 828H; *S v Ostilly* 1977 2 SA 104 (D) 115G-116D; *S v Ostilly (1)* 1977 4 SA 699 (D).

202 *R v Seabe* 1927 AA 28 42; *R v Kruse* 1946 AA 524 533.

203 *R v Seabe* 1927 AA 28 32; *R v Heyne* 1956 3 SA 604 (A) 622G; Snyman *Criminal law* [1995] 490-492.

204 1935 AA 52.

205 *R v Dyonta* 1935 AA 52 56. Sien ook *R v Mohale* 1950 1 SA 390 (G) 391-392; *S v Kritzinger* 1971 2 SA 57 (T).

206 *S v Campbell* 1991 1 PH H34 (N).

207 Sien vroeër par 3.3 van hierdie hoofstuk.

208 Sien Snyman "Die gemeenregtelike vermoënsmisdade en die eise van ons samelewing" 1977 *SASK* 11 20-23; Alberts "Potensiële nadeel by bedrog: die *boni mores* as regshervormer" 1984 *De Jure* 115; De Wet *De Wet en Swanepoel Strafreg* [1985] 384-407. Sien in die alg *S v Friedman* 1996 3 BCLR 347 (W) 357A-E, 358J-359B. Vgl egter ook die opmerkings op 360E van Ig uitspraak dat daar nie tans alg druk uitgeoefen word vir die wysiging van die wyse waarop bedrog tans in die SA reg benader word nie.

209 *R v Deale* 1960 3 SA 846 (T) 847F-G; *S v Roux* 1963 1 SA 377 (G) 379C-E; *S v Isaacs* 1968 2 SA 187 (D) 190E-H; *S v Wall* 1979 2 PH H120 (A).

gevind in 'n verandering van die regsposisie nie.[210]

Ten einde bedrieglik te wees moet die wanvoorsteller beide die opset hê om te mislei en om, deur die misleiding, te benadeel. Die bedoeling is dus gerig daarop om 'n persoon deur wanvoorstelling te oorreed om tot sy nadeel te handel.[211] Indien die wanvoorsteller slegs wil mislei, maar eerlikerwys glo dat die misleide nie op grond van die wanvoorstelling tot sy nadeel sal handel nie, ontbreek die nodige opset.[212] Benadeling hoef egter nie die primêre oogpunt te wees nie. In die meeste gevalle is die bedrieër se hoofdoel om hom te bevoordeel en nie soseer om die misleide te benadeel nie. Laasgenoemde se benadeling word gewoonlik voorsien, maar is slegs bykomend of sekondêr tot die bedrieër se hoofdoel. Benadelingsopset is dus gewoonlik in die vorm van *dolus indirectus* of *dolus eventualis* teenwoordig.[213]

Ten einde bedrieglik op te tree moet die dader bewus wees daarvan dat die voorstelling vals is. *Dolus eventualis* is in hierdie verband voldoende.[214] Indien die wanvoorsteller dus agterdogtig is oor die korrektheid van sy voorstelling, maar versuim om inligting in te win in die vrees dat sy voorstelling wel foutief mag blyk te wees, is die vereiste opset aanwesig.[215] Nalatigheid, selfs in die vorm van growe nalatigheid ten aansien van die kontrolering van die korrektheid van die inligting is egter onvoldoende om bedrog daar te stel.[216]

Laastens is dit belangrik om daarop te wys dat 'n persoon hom kan skuldig maak aan poging tot bedrog.[217] Aangesien potensiële benadeling voldoende is om die

---

210 'n Argument dat die misdryf en spesifiek die benadelingsvereiste soos tans geformuleer, so vaag is dat dit onkonstitusioneel is, is verwerp in *S v Friedman* 1996 3 BCLR 347 (W).

211 Buckley J het dit soos volg gestel in *Re London and Globe Finance Corporation Ltd* 1903 1 Ch 728 732-733: "To deceive is ... to induce a man to believe that a thing is true which is false, and which the person practising the deceit knows or believes to be false. To defraud is to deprive by deceit: it is by deceit to induce a man to act to his injury. More tersely it may be put, that to deceive is by falsehood to induce a state of mind; to defraud is by deceit to induce a course of action". Lg is met goedkeuring aangehaal in *S v Isaacs* 1968 2 SA 187 (D) 191H. Sien *R v Linn Yunn Chen* 1908 TS 634 637-638; Klopper "S v Coomer 1971 1 SA 543 (K)" 1971 *THRHR* 203. Sien egter ook *S v Huijzers* 1988 2 SA 503 (A) 507A-508B waar die Appèlhof daarop gewys het dat dit nie so duidelik uit ons regspraak blyk dat die opset ook op die benadeling moet slaan nie. Die Appèlhof wou egter nie 'n beslissing oor die aangeleentheid maak nie.

212 *S v Bell* 1963 2 SA 335 (N).

213 Sien *R v Allsop* 1976 64 Cr App R 29.

214 *S v Ostilly (1)* 1977 4 SA 699 (D) 727C-E.

215 *R v Myers* 1948 1 SA 375 (A); *Frankel Pollak Vinderine Inc v Stanton NO* 1996 2 All SA 582 596C-D (W); Snyman *Criminal law* [1995] 493.

216 *R v Myers* 1948 1 SA 375 (A); Sien *S v Ostilly (1)* 1977 4 SA 699 (D) 727H-728C vir verdere gesag.

217 Sien Snyman "Common law crimes" *LAWSA* 6 [1981] 294-298. In *R v Heyne* 1956 3 SA 604

voltooide misdryf daar te stel, is daar gemeen dat daar nie 'n misdryf soos poging tot bedrog kan wees nie.[218] In *R v Heyne*[219] het die Appèlhof egter bevind dat 'n persoon hom wel kan skuldig maak aan poging tot bedrog in die geval waar die wanvoorstelling 'n persoon nie bereik nie, omdat die misleier onderbreek word alvorens hy die wanvoorstelling kan kommunikeer.[220] Poging tot bedrog is egter besonder moeilik om aan te toon wanneer die bedrog deur middel van verswyging of 'n late gepleeg is. Dit is in so 'n geval veral moeilik om vas te stel of die beskuldigde se optrede slegs bestempel kan word as blote voorbereidende handelinge en of daar wel voldoende gehandel is dat die optrede poging tot bedrog kan daarstel.[221]

Die Strafproseswet 51 van 1977 verlig die bewyslas wat in 'n bedrogsaak op die Staat rus, aansienlik.[222] Sodra bewys word dat 'n valse voorstelling deur die aangeklaagde gemaak is, ontstaan daar 'n vermoede kragtens artikel 245 van die Strafproseswet dat die beskuldigde geweet het dat sy voorstelling vals was.[223] Die beskuldigde moet hierdie vermoede dan op 'n oorwig van waarskynlikhede weerlê.[224] Hierdie artikel stel 'n belangrike hulpmiddel vir die Staat daar in die

(A) 620E-622C word die geskiedenis van die ontwikkeling van die misdryf uiteengesit. Sien ook *S v Roux* 1963 3 SA 377 (G); *S v Rosenthal* 1980 1 SA 65 (A) 87G-H.

218 Sien De Wet *De Wet en Swanepoel Strafreg* [1985] 405; *Moolchund v R* 1902 23 NPA 76; *R v Nay* 1934 TPA 52; *R v Dyonta* 1935 AA 52 57.

219 1956 3 SA 604 (A).

220 *R v Heyne* 1956 3 SA 604 (A) 622B. Sien ook Burchell & Milton *Principles of criminal law* [1991] 524; Snyman *Criminal law* [1995] 494-495; *S v Francis* 1981 1 SA 230 (Z). In *S v Harper* 1981 2 SA 638 (D) 661D-F is die beskuldigde skuldig bevind aan poging tot bedrog, aangesien die klaer nie die ingewikkelde bedrieglike beweringe wat die beskuldigde in 'n brief rakende die versekurering van die klaer se belegging in die beskuldigde se maatskappy verstaan het nie. Volgens Milne R vgl hierdie situasie met die geval waar die brief met die gewraakte bewerings nie afgelewer word nie (661E). Sommige regsgeleerdes huldig egter die standpunt dat gevalle waar 'n wanvoorstelling bedrieglik gemaak word, maar daadwerklike nadeel nie gely word nie, as poging tot bedrog en nie as bedrog geag behoort te word nie. Sien De Wet *De Wet en Swanepoel Strafreg* [1985] 407; Snyman *Criminal law* [1995] 495.

221 *S v Rosenthal* 1980 1 SA 65 (A) 88C-D. In hierdie beslissing het die Appèlhof ook die volgende opmerking gemaak: "Indeed, since the essence of the offence is one of omission, possibly there cannot be an attempt at all, for either the omission occurs or it does not ... However, it is unnecessary to pursue [this] latter possibility." Hoewel dit problematies kan wees waar die handelingselement self in die geheel ontbreek, word in oorweging gegee dat poging tot bedrog deur middel van verswyging nie problematies is waar die verswyging bv nie tot die aandag van die bestemde persoon gekom het nie.

222 Sien Kriegler *Hiemstra Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* [1993] 601-603.

223 Die versuim om 'n onverdedigde beskuldigde op hierdie vermoede te wys, kan tot die vernietiging van sy skuldigbevinding ly, indien hy daardeur benadeel is. Sien *S v Andrews* 1982 2 SA 269 (NKA).

224 *S v Van Niekerk* 1981 3 SA 787 (T) 790A. Die vermoede kan grondwetlik problematies wees. Argumente in hierdie verband is op 19 Maart 1996 in *S v Coetzee* CCT 50/95 voor die Konstitusionele Hof aangevoer, maar uitspraak was nog nie gelewer by datum van

bewys van die aanklag. Die vermoede is egter alleen van hulp waar die betrokke voorstelling gemaak word ten aansien van 'n objektiewe aangeleentheid. Waar daar dus slegs 'n opinie of geloof ter sprake is, is die artikel nie van waarde nie. In *S v Ostilly (1)* het die hof gesê:[225]

> "It is settled law that this section has no applicability when the representation is not one of objective fact, but, expressly or implicitly, the expression of an opinion or belief. In the latter case, to prove the falsity of the statement, one must necessarily prove that the representor has no honest belief in it, in which even the presumption becomes superfluous."[226]

In die praktyk is dit egter nie altyd maklik om 'n duidelike onderskeid te tref tussen stellings rakende objektiewe feite en blote opinies nie.[227] Die aard van 'n betrokke voorstelling moet gevolglik met groot noukeurigheid ontleed moet word, ten einde verwarring oor die toepassingsgebied van artikel 245 te vermy.[228]

Alvorens afgestap word van die bespreking van bedrog, is dit belangrik om daarop te wys dat die verkryging van koopgoedere op krediet op grond van opsetlike wanvoorstelling moontlik ook die misdryf "diefstal deur valse voorwendsels" daar kan stel. Diefstal deur valse voorwendsels word gepleeg wanneer iemand wederregtelik en opsetlik en deur middel van valse voorwendsels 'n roerende liggaamlike saak van 'n ander verkry met laasgenoemde se inwilliging en dit vir homself toe-eien.[229] Hoewel diefstal deur valse voorwendsels in die algemeen as 'n spesiale vorm van diefstal beskou word, oorvleuel dit ook met die misdryf "bedrog". Hierdie oorvleueling is egter

---

voltooiing van hierdie studie nie. Die konstitusionaliteit van vermoedens word bondig in par 4.3 van hierdie hoofstuk bespreek.

225 1977 4 SA 699 (D).

226 *S v Ostilly (1)* 1977 4 SA 699 (D) 724B tav a 280*bis* van Wet 56 van 1955, die voorganger van a 245. Sien ook De Wet *De Wet en Swanepoel Strafreg* [1985] 404; *S v Heller (2)* 1964 1 SA 524 (W) 536D; *S v Harper* 1981 2 SA 638 (D) 648H-649B; *S v Van Niekerk* 1981 3 SA 787 (T) 789H-790G; *S v Andrews* 1982 2 SA 269 (NKA) 271F-G.

227 'n Goeie voorbeeld van verskillende interpretasies van bepaalde voorstellings kan gevind word in die uitsprake in *S v Heller (2)* 1964 1 SA 524 (W) en *S v Shaban* 1965 4 SA 646 (W).

228 A 103 van die Strafproseswet maak dit verder onnodig vir die Staat om te bewys dat die wanvoorstelling aan 'n bepaalde persoon gemaak is. Die Staat hoef alleen te bewys dat die beskuldigde 'n wanvoorstelling gemaak het met die doel om te bedrieg. Die artikel lui soos volg: "In 'n aanklag waarin dit nodig is om te beweer dat die beskuldigde 'n handeling verrig het met 'n opset om te bedrieg, is dit voldoende om te beweer en te bewys dat die beskuldigde die handeling verrig het met die opset om te bedrieg sonder om te beweer en te bewys dat dit die opset van die beskuldigde was om 'n bepaalde persoon te bedrieg, en so 'n aanklag hoef nie die eienaar van goed wat betrokke is te vermeld of die besonderhede van enige misleiding uiteen te sit nie". Sien *S v Avion Motor Enterprises (Pty) Ltd* 1978 4 SA 692 (T) vir 'n bespreking van die artikel. Sien ook Kriegler *Hiemstra Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* [1993] 255.

229 Snyman *Criminal law* [1995] 499; Verschoor *Misdaad, verweer en straf* [1986] 22.

slegs ten dele. In *R v Davies*[230] het die Appèlhof op die volgende wyse "bedrog" van "diefstal deur valse voorwendsels" onderskei:

> Though it is true that in all cases where the latter crime [theft by means of false pretences] is committed there are present all the elements constituting the crime of fraud, the converse is certainly not true... If the prejudice is *actual* and consists in the deprivation of another of his ownership in property capable of being stolen, and further if the accused converts that property to his own use, in such a case only is the crime also one of theft by means of false pretences. If the prejudice is "potential" theft is not committed. So also if the prejudice does not take the form of depriving another of his ownership in something capable of being stolen."[231]

Diefstal deur valse voorwendsels is dus 'n enger misdryf as "bedrog". Potensiële benadeling is onvoldoende om die voltooide misdryf daar te stel. Daadwerklike benadeling in die vorm van die oorhandiging van die betrokke saak en die toe-eiening daarvan moet plaasvind, alvorens die voltooide misdryf gepleeg is.

Die erkenning van diefstal deur valse voorwendsels as aparte misdryf is al hewig gekritiseer deur akademici[232] en deur die regbank.[233] Die kern van die meeste argumente is dat die misdryf oorbodig is, aangesien dit oorvleuel met die misdrywe bedrog en diefstal. Welke een van laasgenoemde misdrywe gepleeg is, sal afhang van die besondere omstandighede van die geval.[234] Ondanks hierdie kritiek bly die misdryf egter nog steeds voortleef in ons reg.

4 DIE OPLOOP VAN SKULDE OP GROND VAN WANVOORSTELLING

Teen die agtergrond van die basiese regsreëls rakende wanvoorstelling, word vervolgens ondersoek ingestel na die reëls rakende wanvoorstelling in 'n transaksie waar 'n skuld opgeloop word. In die eerste plek word die implisiete voorstellings wat die transaksie onderlê, ondersoek. Tweedens sal ondersoek ingestel word na die aard van voorstellings en verswygings wat relevant is in die

---

230 1928 AA 165.

231 *R v Davies* 1928 AA 165 170. In *R v Havenga* 1925 TPA 349 en *R v Burwood* 1931 NPA 573 is bevind dat die misdryf so wyd is dat dit selfs gevalle insluit waar die goedere deur wanvoorstelling op krediet verkry is.

232 Sien bv Snyman *Criminal law* [1995] 501; De Wet *De Wet en Swanepoel Strafreg* [1985] 407-417; Verschoor *Misdaad, verweer en straf*[1986] 22.

233 Sien bv *R v Mofoking* 1939 OPA 117 118; *S v Stevenson* 1976 1 SA 636 (T) 637D-F; *S v Mphatswanyane* 1980 4 SA 253 (B) 255E-256B.

234 Sien byvoorbeeld *R v Maklaka* 1929 TPA 336; *Ex parte Minister of Justice: In re R v Gesa; R v De Jongh* 1959 1 SA 234 (A) 239D-240C; *S v Haarhoff* 1970 1 SA 253 (A) en *S v Mphatswanyane* 1980 4 SA 253 (B) vir uitsprake waarin aandag aan die diefstal-karakter van die misdryf geskenk is.

konteks van hierdie tipe transaksie.

4.1 Implisiete voorstelling rakende vermoë en bedoeling

In *R v Persotam*[235] moes die Appèlhof sekere regsvrae beantwoord. Persotam en sy vrou is van bedrog aangekla. Die Staat het beweer dat hulle goedere op krediet aangekoop het[236] deur valslik voor te gee dat hulle in staat en gewillig was om vir die goedere te betaal op die ooreengekome betaaldatum. By hulle skuldigbevinding deur die hof *a quo* is 'n aantal regsvrae voorbehou. Een van die vrae was of daar enige voorstelling deur die beskuldigdes was dat hulle in staat en gewillig was om vir die goedere te betaal.

Stratford AR het die betrokke voorstelling geïnterpreteer as 'n voorstelling dat die beskuldigde *bona fide* van plan was om die ooreenkoms na te kom. Hierop het hy vervolg:[237]

> "Of course, there was no evidence that the accused phrased this representation in so many words. It would be most unusual for a purchaser to assure a seller that he honestly means to implement the bargain ... The truth is that there is always an implied representation of good faith by the purchaser of goods on credit.[238]

'n Persoon wat goedere op krediet aankoop, maak dus implisiet die voorstelling dat hy eerlik en opreg beoog om sy verpligtinge na te kom.[239] In *R v Latib*[240] moes die Appèlhof die aard van hierdie voorstelling in groter besonderhede ontleed. In hierdie saak is die Appèlhof gekonfronteer met 'n bedrieglike skema van 'n

235 1938 AA 92.

236 Sien *R v Salaam* 1933 1 PH H74 (A) waar bevind is dat die transaksie ter sprake in die *Persotam*-saak 'n krediettransaksie is.

237 *R v Persotam* 1938 AA 92 95.

238 In *R v Blackmore* 1959 4 SA 486 (FH) 494F-G is bevraagteken of so 'n implisiete voorstelling in die transaksie ingelees moet word en voorgestel dat afleidings eerder uit die kredietkoper se optrede gemaak kan word. Die *dicta* op 495C-D wys egter dat die praktiese gevolge van die alternatiewe benadering basies dieselfde is. De Wet *De Wet en Swanepoel Strafreg* [1985] 393-394 kritiseer ook die *Persotam*-beslissing, maar dit wil voorkom asof hulle kritiek eerder gemik is op die outomatiese aanname dat 'n kredietverkoper in elke transaksie die voorstelling glo, as wat dit die maak van die voorstelling bevraagteken. Geloof in die voorstelling en daadwerklike misleiding word egter nie in strafregtelike verband vereis nie. Ondanks hierdie kritiese kommentaar, is die *Persotam*-benadering in ander SA beslissings nagevolg en ondersteun. Sien in die alg VerLoren van Themaat *Diefstal en, in verband daarmee, bedrog in die Romeins-Hollandse reg* [1949] 155; *R v Abrahams* 1948 1 PH H25 (A); *R v Adam* 1955 2 SA 69 (W); *R v Latib* 1973 3 SA 982 (A) 985B; *S v Hassim* 1976 1 SA 508 (T); *S v Jammy* 1976 1 PH H34 (A).

239 Sien *R v Abrahams* 1948 1 PH H25 (A); *R v Latib* 1973 3 SA 982 (A) 985B; *S v Hassim* 1976 1 SA 508 (T); *S v Jammy* 1976 1 PH H34 (A). Sien ook Snyman *Criminal law* [1995] 488; Milton *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* vol 2 [1992] 760.

ongerehabiliteerde insolvent wat 'n aantal maatskappye opgerig het en deur middel van werknemers en die maatskappye goedere op krediet verkry het, sonder die bedoeling om vir die goedere te betaal. Die Staat het egter alleen bewys dat die beskuldigde nie gewillig was om vir die goedere te betaal nie. Op appèl is namens die beskuldigde betoog dat die Staat ook bykomend moes aantoon dat die appellant en die maatskappye voorts nie in staat was om daarvoor te betaal nie. Ten aansien van die bedoeling het die Appèlhof bevind:[241]

> "In a transaction on credit, the representation as to ability to pay is a representation by the purchaser of a present belief that he will be able to pay when payment falls due, rather than a representation as to what his financial condition will in fact be at a future date. If his belief is genuine, even though somewhat optimistic, the representation is not false, whatever his financial position may turn out to be at the due date. His ability to pay at the time of purchase and his prospects in relation to the date of payment, would, of course, be relevant to show whether or not he did in fact entertain such a belief, but what is placed in issue is a state of mind rather than a financial condition."

Die kredietkoper maak dus nie 'n voorstelling dat hy wel in staat sal wees om die skuld te delg nie. Hy maak egter die implisiete voorstelling dat hy op daardie oomblik glo dat hy in staat sal wees om die skuld op die ooreengekome datum te delg.[242] Indien dit blyk dat hierdie geloof 'n effe optimisties was, beteken dit nie *per se* dat die kredietkoper oneerlik was nie. Die *bona fides* wat van die kredietkoper geverg word, vereis egter dat hierdie geloof in sy terugbetalingsvermoë meer moet behels as net 'n blote hoop. Die hof het homself al met betrekking tot 'n tjek soos volg oor hierdie onderskeid uitgespreek:[243]

> "It is not enough for a person who gives a cheque to have in mind some transaction which may provide him with funds sufficient to meet the cheque in the course of a few days' time. He represents that when, in the ordinary course, the cheque is presented it will be met; and if that representation is false, the fact that he hopes to be able to

240 1973 3 SA 982 (A).

241 *R v Latib* 1973 3 SA 982 (A) 984G. Lg opmerking is ook met goedkeuring aangehaal in *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A) 503J-504A.

242 In *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 107-108 is dit soos volg deur Bristowe R uitgedruk: "Now whenever a man purchases goods he, of course, binds himself by a contract to pay for them; if goods are ordered from a seller for the purpose of such a contract it seems to me that that must imply a representation on the part of the purchaser, not only that he will pay for them, but also that he can pay for them. He knows that the seller will assume this, and that he would not supply the goods unless he did assume it, and if when he orders the goods he knows that he will not be able to pay for them, then it seems to me that he makes a false representation." Vir goedkeuring van hierdie samevatting, sien *Ozinsky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K) 417G-I. Hoewel Bristowe R na kennis aan die kant van die koper verwys, word in oorweging gegee dat geen sodanige kennis tav van 'n toekomstige gebeurtenis kan bestaan nie. Wat ter sprake is, is bloot die geloof van die koper rakende sy terugbetalingsvermoë in die toekoms. Sien in die alg *R v Blackmore* 1959 4 SA 486 (FH) 494C ev.

243 *R v Mohr* 1944 TPA 105 109; *S v Van Niekerk* 1981 3 SA 787 (T) 793H.

> meet it, as the result of some transaction which may enable him to do so, will not protect him."[244]

Dit word in oorweging gegee dat bogenoemde stelling *mutatis mutandis* van toepassing is op die kredietverkryging in die algemeen. Die basiese voorstelling is nie bloot net dat die kredietnemer hoop dat hy in staat sal wees om die skuld reëlmatig terug te betaal nie, maar dat hy eerlik oortuig is dat hy in staat sal wees om dit te doen.[245] Indien die kredietkoper nie van plan is om die skuld terug te betaal nie of nie eerlik glo dat hy in staat sal wees om dit te doen nie, maak hy dus 'n wanvoorstelling aan die kredietverkoper.

Hoewel bogenoemde reëls rakend die implisiete voorstelling hoofsaaklik binne die konteks van kredietkooptransaksies geformuleer is, word in oorweging gegee dat hierdie voorstelling implisiet in alle krediettransaksies teenwoordig is.[246] Dit is kwalik denkbaar dat 'n kredietgewer in 'n normale besigheidstransaksie krediet in die afwesigheid van hierdie voorstelling aan 'n kredietnemer sal verleen.[247]

Dit is gewoonlik moeilik om die presiese inhoud van 'n implisiete voorstelling vas te stel. Die algemene inhoud van die onderhawige implisiete voorstelling ten aansien van die terugbetalingsbedoeling en die terugbetalingsvermoë het deur die loop van dekades in ons howe uitgekristalliseer. Vrae het egter die afgelope jare ontstaan rakende verdere feite wat moontlik by implikasie voorgestel word, wanneer 'n kredietnemer 'n krediettransaksie sluit. Sluit die algemene voorstelling ook 'n voorstelling in dat die kredietnemer bedoel om die skuld op die

---

244 Sien *S v Hassim* 1976 1 SA 508 (T); *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A).

245 Sien *S v Van Niekerk* 1981 3 SA 787 (T) 793H waar bogenoemde aanhaling uit *R v Mohr* 1944 TPA 105 met goedkeuring aangehaal is en die volgende kommentaar gelewer is [794A]: "The distinction would seem to be between a hope and a belief, not merely that the cheque *might* be paid, but that on due presentation it *would* be paid ... Whilst the former may spring eternal, it is 'but an expectation of something desired' ... A belief, on the other hand, entails a more positive and confident state of mind. It is a 'mental acceptance of a proposition, statement or fact, as true on the ground of authority or evidence'." Vgl ook Luiz & Van der Linde "Trading in insolvent circumstances - its relevance to sections 311 and 424 of the Companies Act" 1993 *SA Merc LJ* 230 236.

246 Vir 'n wyer aanwending, sien *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A).

247 Dieselfde voorstelling is inderwaarheid implisiet aanwesig in enige voorstelling wat op toekomstige optrede slaan. Vgl *Donners Motors (Pvt) Ltd v Kufinya* 1968 1 SA 434 (RAA) waar die hof op gesag van die *Persotam*-benadering bevind het dat 'n verkoper wat kontraksluiting bewerkstellig deur te onderneem dat hy sekere reparasies aan die koopgoed sal maak, 'n stilswyende voorstelling maak dat hy gewillig en in staat is om sy onderneming gestand te doen. Sien ook tav die voorstellings waar 'n tjek of wissel gelewer word *R v Bird* 1944 KPA 105; *R v Mohr* 1944 TPA 105; *R v Abrahams* 1948 1 PH H25 (A); *S v Jammy* 1976 1 PH H34 (A); *S v Van Niekerk* 1981 3 SA 787 (T). Sien in die alg VerLoren van Themaat *Diefstal en, in verband daarmee, bedrog in die Romeins-Hollandse reg* [1949] 154-155.

ooreengekome datum te betaal en behels dit ook 'n voorstelling dat die kredietnemer se bates sy laste oorskry? Laasgenoemde twee vrae word vervolgens bespreek.

4.1.1 Voorstelling rakende die terugbetalingsdatum

Dit volg uit die bespreking hierbo dat dit bedrieglik is om 'n skuld op te loop, indien die kredietnemer nie bedoel om die skuld te delg nie of nie eerlik glo dat hy in staat sal wees om dit te delg nie. Is dit egter bedrieglik vir 'n kredietopnemer om 'n skuld op te loop, terwyl hy nie van plan is om dit op die ooreengekome datum terug te betaal nie, maar wel op 'n later datum? Hierdie vraagstuk het voor die Engelse *Court of Appeal* gedien in *R v Grantham*.[248]

In hierdie saak is namens die beskuldigde geargumenteer dat bedrog slegs gepleeg word, indien die skulde opgeloop word, terwyl die kredietnemer op daardie stadium geweet het dat geen redelike moontlikheid bestaan dat die skulde *ooit* terugbetaal sal word nie. In hierdie verband is gesteun op die volgende opmerking van Buckley J in 1960 in die ongerapporteerde uitspraak in *Re White & Osmond (Parkstone) Ltd*:[249]

> "In my judgement, there is nothing wrong in the fact that directors incur credit at a time when, to their knowledge, the company is not able to meet all its liabilities as they fall due. What is manifestly wrong is if directors allow a company to incur credit at a time when the business is being carried on in such circumstances that it is clear that the company will never be able to satisfy its creditors. However, there is nothing to say that directors who genuinely believe that the clouds will roll away and the sunshine of prosperity will shine upon them again and disperse the fog of their depression are not entitled to incur credit to help them over the bad time"

Hierdie opmerking is vatbaar vir die interpretasie dat dit nie bedrieglik is om 'n skuld op te loop, terwyl 'n verwagting dat dit terugbetaal sal kan word op die datum wat dit opeisbaar raak ontbreek nie, maar slegs bedrieglik is indien dit duidelik is dat die skuld *nooit* terugbetaal sal kan word nie.

Die *Court of Appeal* het die standpunt van Buckley J verwerp in die mate wat dit vatbaar is vir hierdie interpretasie[250] en bevind dat die feite van die betrokke saak

248 1984 3 All ER 166 (CA).

249 30 Junie 1960 (ongerapporteer) soos aangehaal in *R v Grantham* 1984 3 All ER 166 170B-C.

250 *R v Grantham* 1984 3 All ER 166 170B-C. Die *Court of Appeal* het homself soos volg daaroor uitgespreek [170E]: "In so far as Buckley J was saying that is is never dishonest or fraudulent for directors to incur credit at a time when, to their knowledge, the company is not able to meet all its liabilities as they fall due, we would respectfully disagree." Sien in die alg De Koker "Gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid in die maatskappye- en beslote korporasiereg" 13 *MED LSO* [1990] 90.

gronde bied vir 'n jurie om te bevind dat die kredietnemer bedoel het om die kredietgewer te mislei. Die kredietgewer is onder die wanindruk gebring dat die maatskappy die rekening binne 28 dae of kort na daardie tydperk sal betaal, terwyl die persone in beheer geweet het dat daar geen hoop daarvoor bestaan het nie. Die wanvoorstelling het die kredietgewer oorreed om nog goedere aan die maatskappy te lewer en die kredietgewer is sodoende aan moontlike of selfs onafwendbare benadeling blootgestel.

Dit blyk uit die *Grantham*-uitspraak dat die Engelse howe die doelbewuste en oneerlike blootstelling van 'n kredietgewer aan 'n risiko van laat terugbetaling van die skuld, as bedrieglik beskou.[251] Die *Grantham*-beslissing het in Suid-Afrika ondersteuning gevind in die uitspraak in *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd*[252] en is ook aangehaal in *Ozinsky v Lloyd*.[253]

Die vraag het ook indirek ter sprake gekom in die Appèlhof-uitspraak in *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)*.[254] In hierdie uitspraak moes die Appèlhof oordeel watter voorstellings gemaak word deur 'n persoon wat skulde oploop. Die Appèlhof het die vroeëre Appèlhof-uitspraak in *R v Latib*[255] aangehaal ["In a transaction on credit, the representation as to ability to pay is a representation by the purchaser of a present belief *that he will be able to pay when payment falls due*, rather than a representation as to what his financial condition will in fact be at a future date ..." (eie beklemtoning)]. Hierdie stelling, het die Appèlhof vervolg, is in ooreenstemming met die standpunt van Buckley J in die *White & Osmond*-beslissing. Vir addisionele gesag het die Appèlhof verwys na die Kaapse *Ozinsky*-uitspraak.

Die Appèlhof se gelykstelling van die *Latib*-aanhaling met die opmerkings van Buckley J val as ongelukkig op.[256] Buckley J se standpunt is reeds nege jaar voor die Appèlhof-uitspraak gesaghebbend deur die *Court of Appeal* bevraagteken en 'n wye interpretasie daarvan is verwerp. Dit gee dus nie die Engelse reg op die

---

251 Die *Court of Appeal* het gesertifiseer dat die volgende regsbeginsel van alg belang in die uitspraak behandel is: "In a prosecution under s 332 of the Companies Act 1948 (as amended) is it sufficient to establish an intent to defraud for the prosecution to prove an intention dishonestly to prejudice the interests of creditors in receiving payment of their debts or must the prosecution prove an intention that the creditors should never be paid at all?" *R v Grantham* 1984 3 All ER 166 (CA) 173C.

252 1989 3 SA 71 (T).

253 1992 3 SA 396 (K) 417J-418C. Hoewel die uitspraak aangehaal is om aan te toon dat dit volgens die hof nie gesag bied vir sekere afleidings wat Stegmann R daaruit gemaak het nie, is die beginsel soos neergelê in die *Grantham*-beslissing nie gekritiseer nie.

254 1993 1 SA 493 (A) 503I-504C.

255 *R v Latib* 1973 3 SA 982 (A) 984G.

256 Vir kritiek sien De Koker "Roekelose of bedrieglike dryf van besigheid - 'n verdere hoofstuk" 1995 *TRW* 101; Jooste "Gremlins in the *Carbon Developments* judgement" 1994 *SALJ* 473.

BIBLIOTEEK - LIBRARY
1997 021 366 d

punt korrek weer nie. Dit is ook nie te versoen met die Appèlhof se eie standpunt in *R v Latib* nie. Daar het die Appèlhof duidelik en, met respek, korrek, die terugbetalingsvoorstelling aan die datum van opeisbaarheid van die skuld gekoppel.

Die opsomming van die Appèlhof van die reg op hierdie punt aan die einde van die betrokke passasie in *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments Pty Ltd (In liquidation)*[257] is ook nie te versoen met Buckley J se standpunt nie. Ten aansien van voorstellings in 'n krediettransaksie, sluit die Appèlhof soos volg af:

> "The implied representation is no more than that the company will be able to pay its debts when they fall due."

Daar word, met respek, in oorweging gegee dat laasgenoemde samevatting in ooreenstemming met die Engelse en Suid-Afrikaanse reg op hierdie punt is: 'n kredietnemer maak die voorstelling dat hy in staat en gewillig sal wees om vir daardie goedere te betaal, wanneer hulle opeisbaar raak.

Buckley J het daarin geslaag om op kleurryke wyse te skets dat eerlike dog naïewe optrede, nie bedrieglik is nie. Terwyl die tweede gedeelte van die aanhaling korrek is, is die eerste duidelik foutief. Die blomryke taal van die tweede gedeelte het moontlik die aandag afgelei van die korrektheid van die eerste. Deur die aanhaling van Buckley J se standpunt, het die Appèlhof ongelukkig status aan die hele aanhaling verleen. Die aanhaling, soos gesiteer in die *Grantham*-beslissing en in die *Carbon Developments*-uitspraak, het gevolglik reeds gefigureer in *Mafikeng Mail (Pty) Ltd v Centner (No 2)*.[258]

Die implisiete voorstelling rakende die terugbetalingsbedoeling en -verwagting ten aansien van die skuld, verwys dus baie duidelik na die ooreengekome datum vir terugbetaling. Hoewel die howe genaakbaar behoort te wees ten aansien van 'n kort spelingsperiode na afloop van hierdie datum, behoort die doelbewuste oneerlike misleiding van 'n kredietgewer ten aansien van die kredietnemer se bedoeling om nie op die ooreengekome stadium te presteer nie, as bedrieglik geklassifiseer te word.

4.1.2 Balansstaatinsolvensie

Die voorstelling wat die kredietopnemer maak verwys na sy gewilligheid en sy geloof in sy vermoë om die skuld reëlmatig terug te betaal. Beteken "vermoë" in

257 1993 1 SA 493 (A) 503I-504C. Sien ook *Ozinsky v Lloyd* 1995 2 SA 915 (A).

258 3 CLD 378 (W) 382. Sien De Koker "Roekelose of bedrieglike dryf van besigheid - 'n verdere hoofstuk" 1995 *TRW* 101 vir 'n bespreking van die uitspraak.

hierdie konteks dat die persoon by implikasie die voorstelling maak dat sy bates sy laste oorskry?

Wanneer 'n persoon se laste sy bates oorskry, word sy boedel gewoonlik as "insolvent" bestempel. Hierdie toestand word ook as "feitelike insolvensie" of "balansstaatinsolvensie" beskryf ten einde dit te onderskei van 'n ander vorm van insolvensie, naamlik handelsinsolvensie. Handelsinsolvensie is die toestand waar 'n persoon nie meer in staat is om sy skulde te betaal soos wat dit opeisbaar raak nie. Handelsinsolvensie kan ontstaan weens feitelike insolvensie, maar kan ook voorkom waar 'n persoon se bates sy laste oorskry, maar sy boedel nie voldoende likied is om sy skulde te kan delg nie.[259]

In *Ex parte Spendiff: In re Candida Footwear / In re Jerseytex*[260] het die Natalse volbank die volgende kommentaar gelewer op sekere reëlingskemas wat die hof in terme van artikel 311 van die Maatskappywet goedgekeur het:[261]

> "It is true that the company which the Court 'sends back into business' is insolvent in the sense that its liabilities .... exceed its assets. Any company which has accumulated losses in excess of its share capital is insolvent in this sense. And there are undoubtedly very many companies operating exceedingly successfully in the real business world in this position. From a commercial point of view, however (and this is recognised in the Companies Act), the true test of a company's solvency is not whether the company's liabilities exceed its assets but whether it is able to pay its debts."

Die Hof het vervolg dat dit algemeen bekend aan leweransiers en besigheidslui is, dat baie maatskappye slegs 'n nominale aandelekapitaal het en aangewese is op hulle aandeelhouers om die nodige bedryfskapitaal aan hulle voor te skiet. Hierdie feit, het die Hof bevind, word gevolglik in ag geneem deur leweransiers wat goedere of dienste op krediet aan die maatskappy voorsien. Indien hulle nie tevrede is met 'n maatskappy se kredietwaardigheid nie, kan hulle aandring om kontant betaal te word of bloot weier om die produkte of dienste te voorsien.[262]

---

259 Sien *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A) 502C-E; Luiz & Van der Linde "Trading in insolvent circumstances - its relevance to sections 311 and 424 of the Companies Act" 1993 *SA Merc LJ* 230. Vir kritiese kommentaar op die twee toetse, sien *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1992 2 SA 95 (W) 112B-113F.

260 *Ex parte Strydom: In re Central Plumbing Works (Natal) Pty Ltd / Ex parte Spendiff: In re Candida Footwear Manufacturers (Pty) Ltd / Ex parte Spendiff: In re Jerseytex (Pty) Ltd* 1988 1 SA 616 (D).

261 *Ex parte Strydom: In re Central Plumbing Works (Natal) Pty Ltd / Ex parte Spendiff: In re Candida Footwear Manufacturers (Pty) Ltd / Ex parte Spendiff: In re Jerseytex (Pty) Ltd* 1988 1 SA 616 (D) 623D-E.

262 *Ex parte Strydom: In re Central Plumbing Works (Natal) Pty Ltd / Ex parte Spendiff: In re Candida Footwear Manufacturers (Pty) Ltd / Ex parte Spendiff: In re Jerseytex (Pty) Ltd* 1988 1 SA 616 (D) 623G-H.

Stegmann R het in 'n aantal uitsprake[263] skerp van bogenoemde standpunt van die Natalse volbank verskil en die standpunt ingeneem dat 'n hof nie 'n reëlingskema ingevolge artikel 311 van die Maatskappywet behoort te sanksioneer as die skema nie so gestruktureer is dat die maatskappy se bates sy laste na implementering van die skema sal oorskry nie. Indien die hof wel so 'n skema sanksioneer, sal dit 'n maatskappy wat in wese insolvent is, in staat stel om verder besigheid te dryf en veral om skulde op te loop.

4.1.2.1 STEGMANN R SE STANDPUNT

Stegmann R het 'n verskeidenheid van redes vir sy standpunt aangevoer. Vir hierdie bespreking is veral sy risiko-benadering van belang.

Stegmann R het daarop gewys dat die aandelekapitaal in 'n besigheidsonderneming aan twee normale tipes risiko's blootgestel word: aan die eenkant, gewone besigheidsrisiko's wat normaalweg deel van die sakemilieu vorm en wat redelikerwys voorsienbaar is, byvoorbeeld inflasie, rentekoersskommelinge, arbeidsonrus, ekonomiese siklusse, en, aan die ander kant, *vis major*. Alle persone se bates staan bloot aan verliese wat voortvloei uit *vis major*, terwyl niemand wat deelneem aan die handelsverkeer aan die gewone besigheidsrisiko's kan ontsnap nie. Blootstelling van belange aan hierdie risiko's, geskied normaalweg met die toestemming van die betrokke partye:[264]

> "... [T]he capital of a company is subscribed by its members for the very purpose of participating in the business for which the company has been formed, and the company's directors and other officers are therefore authorised to expose such capital to the risks attendant on the business. However, nothing in our law entitles them to expose the assets of any other person (including the claims of creditors against the company) to such risks in the absence of consent. For a director or other officer of a company to expose the claim of a creditor to foreseeable loss through the risks attendant on the company's own business (as distinct from *vis major* etc) is conduct which is culpable because it departs from the standards of the reasonable man ..."

Hoewel die onderskeid nie helder aangedui word nie, blyk uit bogenoemde dat Stegmann R 'n derde kategorie van risiko's identifiseer, naamlik risiko's wat eie aan daardie onderneming is en wat nie onder die eerste twee kategorieë resorteer nie. Blootstelling van 'n kredietgewer aan hierdie risiko's kan, volgens hierdie

---

263 Stegmann R het hom oor die problematiek uitgespreek in 1987 in 'n aanvanklik-ongerapporteerde uitspraak wat eers in 1990 as *Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd* 1990 4 SA 59 (W) gerapporteer is. Stegmann R se standpunt het egter openbare aandag begin geniet nadat 'n latere uitspraak in 1989 as *Ex parte Lebowa Development Corporation* 1989 3 SA 71 (T) gerapporteer is.

264 *Ex parte Lebowa Development Corporation* 1989 3 SA 71 (T) 106E.

standpunt, slegs geskied met die toestemming van die kredietgewer.

Die dryf van besigheid deur 'n maatskappy wanneer sy laste sy bates oorskry, is deur Stegmann R geïdentifiseer as so 'n tipe buitengewone risiko, wat geopenbaar moet word indien daardie maatskappy krediet oploop.[265] Volgens Stegmann R sou 'n "decent sense of commercial morality"[266] verg dat so 'n maatskappy sy posisie moet openbaar, wanneer hy krediet oploop. So 'n maatskappy kan nie meer sy skulde uit sy bates delg nie. Die betaling van daardie skulde is gevolglik afhanklik die winsgewendheid van die onderneming en, by gebrek daaraan, van die verkryging van addisionele finansiering, gewoonlik deur middel van 'n leningsrekening van aandeelhouers in daardie maatskappy.[267] Die risiko wat aan daardie kredietverlening verbonde is, is gevolglik buitengewoon en moet geopenbaar word.

Stegmann R het voorts sterk standpunt ingeneem teen die handelspraktyk van maatskappye om handel te dryf terwyl hulle laste hulle bates oorskry en dit as 'n "social evil"[268] bestempel, wat veral leweransiers aan maatskappye aan onaanvaarbare risiko's blootstel.[269] Hy het verskil van die Natalse standpunt dat leweransiers van sodanige maatskappye die kredietwaardigheid van die maatskappy behoort te ondersoek en, as dit nie bevredigend is nie, kan aandring op kontantbetaling of bloot weier om die produkte aan die maatskappy te lewer. Baie van die leweransiers is kleinhandelaars wat onder andere weens gebrekkige kennis, gebrekkige middele en die grootte van die bedrag betrokke nie behoorlik kan ondersoek instel na die kredietwaardigheid van 'n betrokke maatskappy nie.[270] 'n Maatskappy wat feitelik insolvent is en steeds skulde oploop, skep

---

265 *Ex parte Lebowa Development Corporation* 1989 3 SA 71 (T) 113I: "Unless they cause the company to pay cash for all its requirements, the risks which they then choose to take are not confined to risks of losing capital by taking authorised risks in a business venture. As soon as they cause the company to order goods or services to be paid for later they face the risk of being held personally liable for the company's debts on the basis of negligence, recklessness or fraud, and the further risks of being found guilty of crimes of fraud or contraventions of the Companies Act and the Insolvency Act." Sien ook *Singer v MJ Greeff Electrical Contractors (Pty) Ltd* 1990 1 SA 530 (W) 538G-H; *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1992 2 SA 95 (W) 124E-G; 135F-H. Vir kritiek sien Levin "Commercial morality a la *Ex parte de Villiers*" 1992 *De Rebus* 913.

266 *Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd (In liquidation)* 1990 4 SA 59 (W) 80A.

267 *Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd (In liquidation)* 1990 4 SA 59 (W) 80A-F.

268 *Ex parte Lebowa Development Corporation* 1989 3 SA 71 (T) 114D. Sien Levin "Commercial morality a la *Ex parte de Villiers*" 1992 *De Rebus* 913.

269 *Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd (In liquidation)* 1990 4 SA 59 (W) 80E.

270 *Ex parte Lebowa Development Corporation* 1989 3 SA 71 (T) 99E: Whatever the reasons, it is quite apparent from the numerous default judgements, summary judgements, and company insolvencies that occur every week in the Transvaal that suppliers of goods and services, particularly where the sum involved is only a few hundred or even several

volgens Stegmann R 'n valse indruk van kredietwaardigheid wat verai die kleiner leweransiers mislei.[271]

4.1.2.2 REAKSIE

In *Cooper v A & G Fashions (Pty) Ltd; Ex parte Millman*[272] het Conradie R van die Kaapse regbank op Stegmann R se standpunt gereageer. Conradie R het Stegmann R se benadering as dogmaties bestempel en, in navolging van die Natalse regbank in *Ex parte Spendiff: In re Candida Footwear / In re Jerseytex*,[273] bevind dat 'n hof wel 'n reëlingskema kan goedkeur wat tot gevolg het dat 'n maatskappy wie se laste sy bates oorskry, sy besigheid kan voortsit, solank daar voorsiening gemaak word vir voldoende bedryfskapitaal.

Conradie R het daarop gewys dat 'n Hof groot waarde heg aan die skuldeisers van 'n maatskappy se wense rakende die voorsetting van die maatskappy se besigheid.[274] Met betrekking tot die risiko verbonde aan die onderneming, het die regter hom soos volg uitgespreek:[275]

> "... [T]he wishes of creditors regarding winding-up carry a good deal of weight. This means that the present creditors of an insolvent company are, in effect, entitled, subject to the approval of the Court, to keep it alive. They may be said to have taken the risk of the insolvent company extracting further credit from them. What their responsibility to other (new) creditors who were not involved in the salvage operation might be is unclear and need not be debated here."

Stegmann R het in 'n daaropvolgende uitspraak, *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)*,[276] Conradie R se uitspraak ontleed en daarvan verskil. Stegmann R het daarop gewys dat Conradie R in die aangehaalde passasie hierbo die kern van die problematiek rakende daardie standpunt vermy het, naamlik die posisie van nuwe kredietgewers wat nie tot die

---

thousand rand, often supply companies with goods or services on an undertaking to pay after 30 days without taking security and without adequate investigation of the ability of the company which has placed the order to make payment".

271 *Ex parte Lebowa Development Corporation* 1989 3 SA 71 (T) 114I-J.

272 1991 4 SA 204 (K). Sien Luiz & Van der Linde "Trading in insolvent circumstances - its relevance to sections 311 and 424 of the Companies Act" 1993 *SA Merc LJ* 230; Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stellenbosch Law Review* 148.

273 *Ex parte Strydom: In re Central Plumbing Works (Natal) Pty Ltd / Ex parte Spendiff: In re Candida Footwear Manufacturers (Pty) Ltd / Ex parte Spendiff: In re Jerseytex (Pty) Ltd* 1988 1 SA 616 (D).

274 *Cooper v A & G Fashions (Pty) Ltd; Ex parte Millman* 1991 4 SA 204 (K).

275 *Cooper v A & G Fashions (Pty) Ltd; Ex parte Millman* 1991 4 SA 204 (K) 209C-D.

276 1992 2 SA 95 (W).

buitengewone risiko van insolvensie toegestem het nie.[277] Stegmann R het gevolglik sy standpunt soos vroeër uiteengesit, gehandhaaf.

In *Ozinsky v Lloyd*[278] het Van Deventer R van die Kaapse regbank tot die debat toegetree.[279] In hierdie saak het die eisers die hof genader om 'n bevel wat die verweerders op grond van die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid persoonlik aanspreeklik sou stel vir die skulde van 'n insolvente maatskappy. Die eisers het onder andere hulle saak gebaseer op Stegmann R se standpunt en het aangevoer dat die verweerders bedrieglik opgetree het, aangesien hulle nie geopenbaar het dat die maatskappy se laste sy bates oorskry het, toe hulle die krediet namens die maatskappy opgeloop het nie.

Van Deventer R het verskil van Stegmann R en bevind dat huidige handelsgebruike en kommersiële moraliteit nie vereis dat handeldrywing wanneer laste die bates oorskry, as oneerlik of onwettig gebrandmerk moet word nie.[280] Die regter het verklaar dat, volgens sy mening, 'n leweransier nie aanneem dat 'n kredietopnemer se bates sy laste oorskry, wanneer hy oorweeg of hy krediet aan die kredietopnemer gaan verleen nie en dat die kredietgewer gevolglik nie homself onwillekeurig verlaat op die openbaarmaking van feite tot die teendeel nie.[281]

Van Deventer R het daarop gewys dat duisende ondernemings om 'n verskeidenheid van redes ondergekapitaliseer en, volgens die balansstaat-toets, insolvent is en dat hierdie feit algemene kennis is. Met betrekking tot die voorstelling wat hierdie ondernemings maak, wanneer hulle krediet oploop, het die regter hom soos volg uitgespreek:[282]

> "When they accept goods on credit they do not impliedly represent that the value of their assets exceed their liabilities. Their suppliers do not involuntarily rely on their customers' factual solvency whenever credit is granted - they rely on the customers' future ability to pay on due date. ... A company, like any other *persona* when it applies for a credit facility, impliedly represents no more than that it will be able to pay in terms of its undertaking and that it has no reason to believe that it may not be able to pay on due date."

Van Deventer R het egter daarop gewys dat 'n plig tot openbaarmaking van

277 *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1992 2 SA 95 (W).

278 1992 3 SA 396 (K).

279 Sien Luiz & Van der Linde "Trading in insolvent circumstances - its relevance to sections 311 and 424 of the Companies Act" 1993 *SA Merc LJ* 230 vir 'n kritiese bespreking van hierdie uitspraak en die kommentaar op Stegmann R se standpunt.

280 Sien in die alg *Ozinsky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K) 419D-F; Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stellenbosch Law Review* 148 167.

281 *Ozinsky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K) 419G.

282 *Ozinsky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K) 420E-G.

feitelike insolvensie onder sekere omstandighede kan bestaan, maar dat die bestaan daarvan sal afhang van al die omstandighede rakende die finansiële posisie van die betrokke maatskappy.[283] Die regter het voorts daarop gewys dat die bedrieglike bedoeling 'n kardinale element van bedrog is en dat hierdie punt agterweë bly in Stegmann R se teorie:[284]

> "It seems to me, with respect, that Stegmann J, in proceeding from the premiss that non-disclosure of insolvency will as a rule amount to breach of a duty to disclose, which in turn will constitute 'dishonest exposure of the creditor's economic interests to unauthorised risk', concluded that the latter element, namely 'dishonest exposure', would *ipso jure* establish intent to defraud. The learned Judge thus overlooked the requirement of proof of conscious deceit involving the inevitable subjective test which he had in fact so clearly set out ..."

4.1.2.3 DIE STANDPUNT VAN DIE APPèLHOF

Stegmann R se standpunt het daartoe gelei dat die skikking wat deur die likwidateurs in *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)*[285] voorgestel is, van die hand gewys is. Die likwidateurs het vervolgens geappelleer teen Stegmann R se uitspraak en die Appèlhof het in 1992 die geleentheid gekry om hom oor die debat uit te spreek.[286]

Die Appèlhof het verwys na Stegmann R se standpunt en gesê:[287]

> "If the view taken by Stegmann J in this regard is correct, it would follow that for decades in South Africa the officers of a vast number of private companies (unbeknown to them and notwithstanding the generally accepted practice in the commercial world) have acted unlawfully and dishonestly."

---

283 *Ozinsky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K) 420I.

284 *Ozinsky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K) 418D. Vir kritiese kommentaar op hierdie interpretasie van Stegmann R se benadering, sien Luiz & Van der Linde "Trading in insolvent circumstances - its relevance to sections 311 and 424 of the Companies Act" 1993 *SA Merc LJ* 230. Daar word aan die hand gedoen dat Stegmann R meer bereid geblyk het om die opset uit die gewraakte optrede af te lei, terwyl Van Deventer R spesifieke bewys van die opset geverg het. Die Appèlhof het in *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A) 504C sonder enige bespreking met goedkeuring verwys na Van Deventer R se algemene uiteensetting van die reg.

285 1992 2 SA 95 (W). Sien McLennan "Abuse of limited liability, 'insider debts' and subordination agreements" 1993 *SALJ* 686; Jooste "Gremlins in the *Carbon Developments* judgement" 1994 *SALJ* 473; Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stellenbosch Law Review* 148 167-168 en De Koker "Roekelose of bedrieglike dryf van besigheid - 'n verdere hoofstuk" 1995 *TRW* 101 vir besprekings van sekere fasette van hierdie uitspraak.

286 Sien *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A).

287 Sien *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A) 503G.

Met betrekking tot die voorstelling wat gemaak word, wanneer krediet opgeloop word, het die Appèlhof, in ooreenstemming met Van Deventer R se standpunt, die reg soos volg opgesom:[288]

> "In short, the mere carrying on of business by directors does not constitute an implied representation to those with whom they do business that the assets of their company exceed its liabilities. The implied representation is no more than that the company will be able to pay its debts when they fall due."[289]

4.1.2.4 HANDELSREGTELIKE PROBLEMATIEK

Die debat rondom hierdie punt, illustreer die eeue-oue problematiek van die handelsreg, naamlik die botsing tussen teoreties-gefundeerde regsoplossings en die werklikhede van die markplek.

Stegmann R het die lans opgeneem namens duisende kleinhandelaars wat jaarliks miljoene rande verloor weens slegte skulde van korporatiewe klante. Die oplossing wat hy vir die probleem gepostuleer het, het daarop neergekom dat ondernemings gedwing sou word om hulle aktiwiteite uit aandelekapitaal te finansier en, waar dit nie sou gebeur nie, die feit te openbaar aan leweransiers of hulle besigheid op 'n kontantbasis te bedryf.

Sy standpunt vind aansluiting by 'n aantal regbeginsels soos die *volenti non fit iniuria*-reël en stem ooreen met die klassieke gedagtelyn wat die *volenti non fit iniuria*-beginsel in die *ultra vires*-leerstuk in die maatskappyereg ten dele onderlê.[290] Volgens die klassieke benadering waag die aandeelhouers en krediteure hulle geld op 'n onderneming met 'n spesifieke doelstelling. Hulle versoen hulle dus met die risiko's verbonde aan 'n besigheid met daardie doelstellings en gevolglik mag die maatskappy se bates nie vir ander doelstellings aangewend word nie.[291] Die benadering vind ook aansluiting by die beginsels wat die kapitaalinstandhoudingsreëls onderlê en wat die opbetaalde aandelekapitaal as 'n kapitaalfonds beskou waarop die krediteure aangewys is vir die bevrediging van hulle eise.

Suiwer teoreties beskou, bied so 'n benadering die nodige beskerming aan

---

288 *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A) 503E-F.

289 Sien ook *Ozinsky v Lloyd* 1995 2 SA 915 (A) vir navolging van hierdie uitspraak.

290 Sien bv *Ashbury Railway Carriage and Iron Co v Riche* 1875 LR 7 HL 653.

291 Vir 'n ontleding van hierdie klassieke formulering van die regverdiging van die *ultra vires*-leerstuk sowel as vir die standpunt dat die hedendaagse reg tot wysiging van die doelstellings van die maatskappy die regverdiging grotendeels geneutraliseer het, sien Benade *Die ultra vires leerstuk in die maatskappyereg* LLD UNISA 1964 40-48.

kredietleweransiers en is die morele argumente sowel as die risiko-begronding en juridiese aanknopingspunte van die redenasie aantreklik vir regsgeleerdes. Regslui moet egter besonder versigtig wees, wanneer hulle regsreëls vir die handelsverkeer formuleer. Die handelsverkeer het 'n dinamiek van sy eie wat vir die regsgeleerde met sy tipies-konserwatiewe benadering, dikwels nie juridies sin maak nie.

Besigheidslui het lank reeds aanvaar dat hulle hulle blootstelling aan besigheidsrisiko's en aan belasting kan verminder, indien hulle hulle maatskappye uit leningskapitaal in plaas van aandelekapitaal finansier.[292] 'n Onbekende aantal van die kleinhandelaars wat Stegmann R wil beskerm, het waarskynlik ook hulle eie ondernemings op daardie selfde basis gefinansier. Dit is gevolglik 'n werklikheid van die moderne handelsverkeer wat deur al die deelnemers daaraan verdiskonteer moet word. Indien die regslui op Stegmann R se patroon met hierdie gevestigde en algemeen-aanvaarde spelreëls sou inmeng, sou dit die handelsverkeer ontwrig het.

Die Appèlhof was duidelik bedag op die gevaar van inmenging. Die Appèlhof het gevolglik nie die teoretiese basis van Stegmann R se benadering ontleed nie, maar die huidige handelsgebruike as vertrekpunt geneem en die korrektheid van die handelsgebruik in die reg bevestig.

Die verwerping van Stegmann R se oplossing, beteken egter nie dat die probleem wat hy probeer aanspreek het, nie bestaan nie of onbelangrik is nie. Duisende kleinhandelaars word nog steeds om die bos gelei deur gewetenlose sakelui wat hulle besighede op 'n onaanvaarbare wyse op die leweransiers se risiko bedryf. Die oplossing lê egter nie in die strukturering van 'n verpligting tot openbaarmaking van die balansstaat van die onderneming in sekere gevalle nie. Ander regsmeganismes moet aangewend word om die belange van die kredietopnemer en die kredietgewer te beskerm. 'n Aantal bestaande meganismes in die wanvoorstellingsreg, die insolvensiereg en die maatskappyereg word in hierdie studie ondersoek. Die standpunt word ook in hierdie studie gehuldig dat die behoorlike benutting van die bestaande remedies en die uitbouing van die grondslae daarvan, 'n meer effektiewe oplossing vir die problematiek sal bied.

4.2 Samevatting van beginsels

Die implisiete voorstelling wat 'n kredietnemer by kontraksluiting teenoor die

292 Hierdie handelslogika het juis aanleiding gegee tot die feitekompleks in *Salomon v Salomon & Co Ltd* 1897 AC 22.

kredietgewer maak, kan soos volg saamgevat word: Die kredietnemer bedoel eerlik om die skuld op die ooreengekome datum af te los en glo dat hy in staat sal wees om op die ooreengekome datum die skuld af te los. Die voorstelling is duidelik gekoppel aan die terugbetalingsdatum waarop ooreengekom is. Die voorstelling rakende die kredietnemer se terugbetalingsvermoë behels egter nie 'n voorstelling dat sy bates sy laste op die moment van kontraksluiting oorskry of op die terugbetalingsmoment sal oorskry nie.

Indien die kredietopnemer die skuld oploop, terwyl hy nie van plan is om die skuld reëlmatig terug te betaal nie of terwyl hy besef dat hy nie in staat sal wees om dit te doen nie, maak hy 'n opsetlike wanvoorstelling. Hierdie wanvoorstelling sal die kontraktuele, deliktuele en strafregtelike gevolge inhou wat in die eerste gedeelte van hierdie hoofstuk uiteengesit is, indien die verdere elemente in elke geval aangetoon kan word.

Die reg ten aansien van die implisiete voorstelling rakende die terugbetalingsverwagting en die terugbetalingsvermoë van die kredietnemer is tot dusvêr bespreek binne die konteks van bedrieglike wanvoorstelling. Dit is ook binne hierdie konteks wat die reëls rakende die wanvoorstelling hulle beslag gekry het. Wat is egter die posisie, indien die persoon 'n nalatige wanvoorstelling maak oor sy vermoë om die skuld terug te betaal?

4.3 Die oploop van skuld sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting

Die betrokke voorstelling kan nalatig gemaak word, indien die persoon byvoorbeeld eerlik is in sy bedoeling om die skuld terug te betaal, maar so onredelik optimisties is in sy geloof in sy vermoë om dit terug te betaal dat die geloof inderwaarheid niks meer behels as 'n blote hoop nie.

Die betrokke voorstelling wat die persoon maak, is nie 'n voorstelling dat hy wel in staat sal wees om die skuld terug te betaal nie. Dit behels bloot 'n voorstelling dat hy by kontraksluiting eerlik glo dat hy in staat is om die skuld te delg.[293] Die geloof behels egter meer as slegs hoop.[294] Daar moet dus gronde vir die geloof wees. Die sluiting van die transaksie impliseer die aanwesigheid van sodanige gronde. Indien redelike gronde vir so 'n geloof ontbreek, maar die persoon wel eerlik is in sy geloof, maak hy 'n nalatige wanvoorstelling rakende sy geloof in sy

293 Sien par 4.1 van hierdie hoofstuk en in die besonder *R v Latib* 1973 3 SA 982 (A) 984G; *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A) 503J-504A.

294 Sien par 4.1 van hierdie hoofstuk.

terugbetalingsvermoë.[295]

Indien 'n skuldopnemer sy terugbetalingsvermoë nalatig oorskat en gevolglik nalatig voorhou dat hy 'n gegronde geloof in sy vermoë huldig, sal dit aanleiding kan gee tot dieselfde kontraktuele en deliktuele remedies waaroor die kredietgewer sou beskik het, indien die wanvoorstelling opsetlik was.[296] Die wanvoorstelling sal natuurlik nie bedrog daarstel nie, aangesien opset 'n wesenselement van die misdryf is.

Die reg van 'n kredietgewer om van 'n kredietnemer te verwag om nie die transaksie te sluit, indien hy nie 'n redelike terugbetalingsverwagting koester nie, word gerugsteun deur artikel 135(3) van die Insolvensiewet 24 van 1936.[297] Artikel 135(3) van die Insolvensiewet 24 van 1936 handel nie uitdruklik met wanvoorstellings nie, maar is ten nouste verweef met die feitesituasies waar skulde nalatig opgeloop word, omdat 'n redelike terugbetalingsverwagting ontbreek.

Ingevolge artikel 135(3) pleeg 'n insolvent 'n misdryf indien hy voor die sekwestrasie van sy boedel 'n skuld oploop van meer as R30 of skulde wat gesamentlik meer as R100 beloop, sonder 'n redelike verwagting dat hy die skuld

---

295 Waar gronde vir so 'n verwagting ontbreek, sal die persoon baie moeilik kan bewys dat die verwagting wel eerlik gehuldig is. Sien bv *Frankel Pollak Vinderine Inc v Stanton NO* 1996 2 All SA 582 (W) 596C-D waar die volgende tav die vasstelling van 'n persoon se kennis gesê is: "In the absence of direct evidence, a court has to determine the existence of knowledge as an inference from the established facts and circumstances. If a person's professed ignorance is so unreasonable that it cannot be accepted that he or she laboured under it, evidence of the ignorance will not be believed in the absence of some acceptable explanation." Daar word in oorweging gegee dat hierdie *dictum mutatis mutandis* tav die onderhawige geloof geld.

296 *Administrateur van Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A); *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost* 1991 4 SA 559 (A).

297 A 135(3) van die Insolvensiewet: "'n Insolvent is aan 'n misdryf skuldig en strafbaar met gevangenisstraf van minstens twee jaar as hy voor die sekwestrasie van sy boedel - (a) 'n skuld van vyftien pond of meer skulde van gesamentlik vyftig pond of meer aangegaan het, sonder dat hy 'n redelike verwagting had dat hy daardie skuld of skulde sal kan vereffen; ... Met dien verstande dat in 'n geding weens 'n oortreding van paragraaf (a) die insolvent, behoudens teenbewys, vermoed word die skuld of skulde aan te gegaan het sonder dat hy 'n redelike verwagting gehad het dat hy hom of hulle sal kan vereffen, as die skuld of skulde aangegaan is - (i) op 'n tydstip toe sy skulde meer as sy bate bedra het; of (ii) binne die tydperk van ses maande wat aan die sekwestrasie van sy boedel onmiddellik voorafgegaan het." Sien *R v Abramoff* 1956 3 SA 394 (A) 400A-B. Vir 'n voorstel dat hierdie bepaling moet verval, sien die Suid-Afrikaanse Regskommissie *Review of the law of insolvency* Projek 63 Gespreksdokument 66 [1996] 303. Die voorstel is egter bloot tentatief en die Regskommissie wag nog voorstelle en kommentaar daarop in by voltooiing van hierdie studie. Volledige verrekening van die moontlike impak van so 'n wetswysiging sal gevolglik prematuur wees in hierdie studie en dit is voldoende om bloot daarop te wys dat so 'n wysiging nie die gemeenregtelike posisie rakende die implisiete voorstelling sal wysig nie.

of skulde sal kan betaal.[298] Indien hy die skulde oploop op 'n tydstip toe sy laste sy bates oorskry het of binne 'n tydperk van ses maande voor die sekwestrasie van sy boedel, word weerlegbaar vermoed dat hy nie 'n redelike verwagting gehad het om dit te kan terugbetaal nie. Die straf vir die misdryf is gevangenisstraf van hoogstens twee jaar.[299]

Artikel 135(3) het 'n besonder kragtige werking. Hoewel die bepaling gekoppel is aan die daaropvolgende sekwestrasie van die persoon se boedel, is dit in baie gevalle geweldig moeilik vir enige individu om met sekerheid te sê of hy in 'n stadium in die toekoms gesekwestreer sal word. Die artikel plaas dus inderwaarheid 'n algemene verpligting op enige persoon om te eniger tyd te verhoed dat hy 'n skuld sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting oploop. Hierdie plig word meer akkuut, wanneer die persoon se laste sy bates oorskry of wanneer sekwestrasie binne ses maande 'n wesenlike moontlikheid word.[300]

Die redelike verwagting ter sprake is, volgens die howe, die verwagting wat 'n redelike man moet of behoort te hê rakende sy finansiële posisie ten tyde van kontraksluiting.[301] Hierdie toets is soos volg opgesom in *S v Ostilly (1)*:[302]

> "The test ... is objective in the sense that it is the judgement of a reasonable man which is postulated, but subjective to the extent that it is what was known to the

298 A 135(3) het voorgangers in die vorm van a 71 van die Insolvente Boedels Ordonnansie 6 van 1843 van die Kaap, a 147(f) Insolventie Wet 13 van 1895 van die Transvaalse Republiek en a 139(4) van die Insolventie Wet 32 van 1916. Sien ook *R v Louis Klein* 8 SC 39; Buchanan *Decisions in insolvency being the Insolvent Ordinance No 6 of 1843* [1979] 81; Tredgold *Handbook of colonial criminal law* [1897] 186-187; *R v Manga* 1958 1 SA 168 (FH). Sien ook Norman Scoble *Criminal insolvency* [1941] 54-69; Barlow *Offences under the Insolvency Act* [1966] 61-72.

299 In *R v Manga* 1958 1 SA 164 (FH) is bevind dat hierdie misdryf slegs in sy voltooide vorm bestaan en dat 'n persoon hom dus nie skuldig kan maak aan 'n poging tot hierdie misdryf nie. Die bepaling slaan slegs op kontraktuele skulde wat aangegaan word en nie ook op skulde wat deliktueel of deur kontrakbreuk opgeloop word nie. Sien *R v Landsman* 1939 TPA 336; Waters & Jooste *Mars The law of insolvency in South Africa* [1980] 497. Sien Meskin *Insolvency law and its operation in winding-up* [diensuitgawe] 16-14 vir die standpunt dat alle kontraktuele skulde en nie slegs bewysbare skulde hier bedoel word nie.

300 Vir die doel van die bepaling sien *R v Columbic* 1933 AA 85 86 "It protects people against those who are insolvent when such people do not know that they are dealing with an insolvent, and prevents the insolvents from buying without saying that they are insolvent, and in effect from living on other people's money. The section was framed in the interest of the whole body of creditors, not only in the interests of the paticular creditor who advances money or supplies goods." Sien ook *R v Ferguson* 1967 2 SA 95 (RAA) 103G. In *S v Ostilly (1)* 1977 4 SA 699 (D) 729D is die doel soos volg uitgedruk: "Sec 135(3)(a) of the Insolvency Act ... seeks to punish heedlessness or ill-founded optimism."

301 *R v Ferguson* 1967 2 SA 95 (RAA) 97D-F; *R v Revinson* 1922 TPA 4 6; *R v Essa* 1923 TPA 297 306. Sien ook Meskin *Insolvency law and its operation in winding-up* [diensuitgawe] 16-14 en Waters & Jooste *Mars The law of insolvency in South Africa* [1980] 495.

302 1977 4 SA 698 (D) 729D.

particular accused which is to be taken into account."

Omdat die verwagting redelik moet wees en nie slegs eerlik nie, sal 'n onredelik-optimistiese siening van die stand van sy finansiële sake nie 'n insolvent teen 'n skuldigbevinding beskerm nie.[303] 'n Persoon word egter nie deur die bepaling gedwing om 'n onredelik-pessimistiese siening van sy finansies te huldig nie. In *R v Mahomed*[304] het die Appèlhof die volgende frase uit *R v Baddock*[305] met goedkeuring aangehaal:[306]

> "I do not think it was the intention of the Legislature that any trader, as soon as he finds himself in a tight corner, should at once surrender his estate. If he sees a reasonable prospect of pulling through by adopting the procedure and methods which other traders in his position would reasonably adopt, and in spite of that fails, I think it could never have been the intention of the Legislature that he should be branded as a criminal."[307]

Om die redelikheid van die insolvent se verwagtinge te bepaal, moet die stand van sy finansies ten tyde van kontraksluiting ondersoek word.[308] Die verwagting ten aansien van elkeen van die skulde in gedrang moet afsonderlik ondersoek word, aangesien die afwesigheid van 'n betalingsverwagting ten aansien van een skuld nie noodwendig ten aansien van die ander skulde geld nie.[309] In hierdie ondersoek moet gewaak word teen 'n leunstoelbenadering.[310]

Hoewel elke geval op eie meriete beoordeel moet word, het sekere breë beginsels al in die hofbeslissings uitgekristalliseer. 'n Sakeman sal byvoorbeeld nie 'n redelike verwagting om sy skulde te betaal koester nie, indien hy onredelike hoë skulde oploop, terwyl sy besigheid onvoldoende gefinansier is en hy goedere

303 *R v Revinson* 1922 TPA 4; *R v Woolf High* 1930 TPA 610; *R v Mankowitz* 1932 ODP 330 341-342; *S v Scheepers* 1972 4 SA 604 (A) 607F-G: "Die appellant het getuig dat hy nooit gedink het dat hy insolvent sal raak nie. Maar hierdie protestasie klink meer na die optimisme van 'n Micawber as na 'n redelike verwagting ...".

304 1942 AA 191.

305 1933 TPA 523.

306 *R v Mahomed* 1942 AA 191 199.

307 Hierdie aanhaling is ondersteun in *R v Vather* 1961 1 SA 350 (A) 358A. Sien voorts *R v Caminsky* 1915 TPA 129 136 en *R v Essa* 1923 TPA 297 306 tav die uitleg van soortgelyke bepalings in vroeëre insolvensiewetgewing.

308 Sien bv *R v Osman* 1935 NPA 436; *R v Vather* 1961 1 SA 350 (A).

309 *R v Ferguson* 1967 2 SA 95 (RAA) 98C.

310 Greenberg R in *R v Kaplan and Fineman* 1933 Justice Circulars par 636 soos aangehaal met goedkeuring in *R v Vather* 1961 1 SA 350 (A) 358B: "Now, in asking oneself whether they had a reasonable expectation of being able to discharge those debts, one must guard against the mistake of being wise after the event, of looking at the position today; looking at the result and deciding as in fact they have failed to pay their debts, they ought to have realised at the time that they would not be able to pay their debts. One must try to put oneself in the position of a reasonable man and ask oneself whether the facts could have conveyed to them the possibility that they might not be able to pay their debts."

onder kosprys verkoop.[311] 'n Redelike verwagting sal ook afwesig wees waar 'n handelaar op onbeheersde wyse goedere op krediet aankoop en sonder kontrole goedere op krediet verkoop, terwyl die finansiële posisie van sy besigheid onseker is.[312] Waar sy finansiële situasie egter drasties versleg het weens onverwagte faktore soos 'n oesmislukking of 'n brand,[313] sal 'n redelike verwagting makliker aangetoon kan word.[314] Indien besigheidsaankope gedoen is in die loop van die gewone besigheid[315] terwyl die besigheidspraktyk gesond was,[316] dui die feite gewoonlik ook op die aanwesigheid van 'n redelike terugbetalingsverwagting.

Misleiding van die kredietgewer word nie vereis nie. Die howe het die bepaling geïnterpreteer as synde in die belang van die krediteure-korps in geheel.[317] Kennis van die benarde finansiële posisie van die kredietnemer aan die kant van een of meerdere van die krediteure is gevolglik irrelevant.[318] Die misdryf kan dus gepleeg word in omstandighede waar die kredietopnemer sy benarde situasie openbaar, wanneer hy die skuld oploop.[319]

Indien die insolvent die skulde oploop, terwyl sy laste sy bates oorskry of binne 'n tydperk van ses maande voor die sekwestrasie van sy boedel, word weerlegbaar vermoed dat hy nie 'n redelike verwagting gekoester het om die skulde te betaal nie.[320] Die insolvent moet hierdie vermoede op 'n oorwig van waarskynlikhede

---

311 *R v Woolf High* 1930 TPA 610.

312 *S v Yousuf* 1965 3 SA 259 (T).

313 *R v Hulett* 1958 2 PH C16 (O).

314 *R v Jordaan* 1956 4 SA 94 (T); *R v Vather* 1961 1 SA 350 (A) 359D. Sien ook Norman Scoble *Criminal insolvency* [1941] 65-67 vir 'n lys van faktore wat op onskuld kan dui.

315 Sien bv *R v Caminsky* 1915 TPA 129; *R v Pletnick* 1927 ODP 188 190-191 en *R v Joseph* 1933 OPA 157.

316 *R v Mankowitz* 1932 ODP 330 342: "The fact that the accused is able to prove that he incurred the debt in the ordinary course of his business does not justify his conduct under such circumstances, for his ordinary course of business resulted in heavy losses to his creditors prior to his incurring the debt complained of." Sien *R v Ho Yee* 1937 GW 8 waar die hof die beskuldigde moontlik te genaakbaar hanteer het op hierdie gronde, terwyl daar nie uit die gerapporteerde uitspraak blyk dat die hof werklik ondersoek ingestel het na die aard van die beskuldigde se besigheidspraktyk nie.

317 *R v Colombik* 1933 AA 85.

318 *R v Columbic* 1933 AA 85; *R v Fick* 1933 TPA 124; *R v Manga* 1958 1 SA 164 (FH) 166H; *R v Ferguson* 1967 2 SA 95 (RAA) 98G. Die regverdigheid van die praktiese gevolge van hierdie uitleg kan egter bevraagteken word. Sien bv die dilemma soos uitgewys in *R v Manga* 1958 1 SA 164 (FH) 167A wat ook op die voltooide misdryf van toepassing is.

319 Sien *R v Colombik* 1933 AA 85; *R v Fick* 1933 TPA 124; *R v Manga* 1958 1 SA 164 (FH) 166G-H.

320 Hierdie vermoede het sy ontstaan in a 53(2) van die Insolventie Wet, 1916, Wijsigingswet 29 van 1926 wat a 139(4) van die Insolventie Wet 32 van 1916 gewysig het. Sien *R v Janks* 1931 AA 110. Sien *R v Saevitzon* 1955 3 SA 164 (K) en *R v Varachia* 1958 4 SA 529 (T) tav

weerlê.[321]

Hierdie vermoede is 'n belangrike statutêre hulpmiddel vir die Staat in die vervolging van persone op grond van 'n beweerde oortreding van hierdie bepaling. Statutêre vermoedens wat inbreuk maak op die reg van 'n beskuldigde om te swyg en onskuldig geag te word totdat die Staat sy skuld bewys, staan egter tans in die konstitusionele spervuur.[322] 'n Aantal sodanige vermoedens is reeds as onkonstitusioneel deur die Konstitusionele Hof verwerp.[323] Die Hof het dit egter duidelik gestel dat die verwerping van sommige vermoedens nie beteken dat alle sodanige vermoedens onkonstitusioneel is nie.[324] Elke vermoede sal aan toetsing onderwerp moet word, ten einde vas te stel wat die regsaard en regswerking van die betrokke bepaling is,[325] of die bepaling die konstitusionele reg van 'n beskuldige skend, en, indien wel, of die inbreukmaking redelik, regverdigbaar in 'n demokratiese samelewing en noodsaaklik is.[326] Aspekte wat van belang is in die oorweging van die grondwetlikheid van 'n vermoede sluit in breë beleidsoorwegings rakende die bekamping van die betrokke misdaad,[327] die moontlikheid dat die vermoede kan aanleiding gee tot die skuldigbevinding van 'n persoon, wanneer daar redelike twyfel oor sy skuld bestaan,[328] die rasionele verband tussen die feite wat bewys is en die feite wat vermoed word[329] en die

die bewys wat vereis word tav die betrokke skuld.

321 *Ex parte Minister of Justice: In re R v Bolon* 1941 AA 345; *R v Ferguson* 1967 2 SA 95 (RAA) 97A. In *R v Joseph* 1933 OPA 157 het Botha R hom soos volg uitgespreek oor die vermoede in die voorganger van hierdie artikel [163]: "The *onus* cast on the accused is heavy: he has to say what his state of mind was, and he has to justify that state by the circumstances and to show that it was not unreasonable to be in that state of mind." Sien ook *Ex parte Lebowa Development Corporation* 1989 3 SA 71 (T) 113C.

322 Sien in die alg Skeen "A Bill of Rights and the presumption of innocence" 1993 *South African Journal on Human Rights* 525; Van Wyk, Dugard, De Villiers & Davis (red) *Rights and constitutionalism - the new South African legal order* [1994] 427-428.

323 Sien *S v Zuma* 1995 2 SA 642 (KH); *S v Bhulwana; S v Gwadiso* 1995 BCLR 1579 (KH); *S v Mbatha, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH); *S v Julies* 1996 4 SA 313 (KH).

324 *S v Zuma* 1995 2 SA 642 (KH) 662E: "This Court recognises the pressing social need for the effective prosecution of crime, and that in some cases the prosecution may require reasonable presumptions to assist it in this task."

325 Sien *S v Zuma* 1995 2 SA 642 (KH) 662E-I vir 'n uiteensetting van verskillende tipes vermoedens.

326 Sien die metodiek wat gevolg is in *S v Zuma* 1995 2 SA 642 (KH); *S v Bhulwana; S v Gwadiso* 1995 BCLR 1579 (KH); *S v Mbatha, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH); *S v Julies* 1996 4 SA 313 (KH). Tav die afwegingsproses, sien *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (KH).

327 Vgl *S v Bhulwana; S v Gwadiso* 1995 BCLR 1579 (KH); *S v Mbatha, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH); *S v Julies* 1996 4 SA 313 (KH).

328 Vgl bv *S v Bhulwana; S v Gwadiso* 1995 BCLR 1579 (KH) 1583I; *S v Mbatha, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 472E-F.

329 Vgl bv *S v Bhulwana; S v Gwadiso* 1995 BCLR 1579 (KH) 1587F-1588A; *S v Mbatha, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 476E-F: "The application of the presumption does not depend on there being a logical or rational connection between the presumed fact and the basic

bestaan al dan nie van ander metodes waarmee die doel bereik kan word wat minder inbreuk op die beskuldigde se regte sal maak.[330]

Indien die artikel 135(3)(a)-vermoede aan konstitusionele toetsing onderwerp word, sal die Staat 'n aantal argumente ten gunste van die konstitusionaliteit van die vermoedens kan aanvoer. In die eerste plek veroorsaak nalatige kredietverkryging deur insolvente persone groot finansiële skade en is dit in openbare belang om dit effektief te verbied en te bestraf. In die tweede plek is dit geweldig moeilik vir die Staat om *ex post facto* na 'n insolvensie te bewys dat 'n skuld onredelik opgeloop is. Derdens is die beskuldigde in die meeste gevalle die enigste persoon wat kennis dra van en toegang het tot die feite wat sy redelike verwagting begrond, in die mate wat sodanige feite wel aanwesig was. Dit is gevolglik nie onbillik om van die beskuldigde te verwag om die nodige feite voor die hof te plaas nie.[331] Daar is voorts 'n rasionele verband tussen die feit dat die persoon se laste sy bates oorskry het toe die skuld opgeloop is en die vermoede dat die persoon nie 'n redelike verwagting gehad het om die skuld te delg nie. In sodanige geval bied die objektiewe feite ten aansien van die persoon se boedel in elk geval dikwels gronde vir 'n afleiding dat so 'n verwagting ontbreek het. Terwyl die aanwesigheid van 'n rasionele verband in hierdie geval met krag geargumenteer kan word, is die argument meer problematies in die tweede geval waar die vermoede van toepassing is, naamlik waar die skuld opgeloop is binne ses maande voor sekwestrasie van die persoon. Die ses maande tydperk val as arbitrêr op en hou dus nie voldoende logiese verband met die feite wat vermoed word nie.[332]

Hierdie argumente kan egter geneutraliseer word deur twee belangrike teenargumente. In die eerste plek kan aangevoer word, dat die vermoede soms kan lei tot die skuldigbevinding van 'n persoon, terwyl daar redelike twyfel oor die

---

facts proved, nor can it be claimed that in all cases covered by the presumption, the presumed fact is something which is more likely than not to arise from the basic facts proved." Vgl ook *S v Julies* 1996 4 SA 313 (KH) 315F.

330 Sien in die alg *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (KH) tav die uitleg van a 33 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993. Sien in die besonder *S v Mbatha, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 479A-E.

331 Tav sommige vermoedens wat die bewysregtelike las verplaas, het die Konstitusionele Hof hom soos volg in *S v Zuma* 1995 2 SA 642 (KH) 662G uitgespreek: "Some may be justifiable as being rational in themselves, requiring an accused person to prove only facts to which he or she has easy access, and which it would be unreasonable to expect the prosecution to disprove ... Or there may be presumptions which are necessary if certain offences are to be effectively prosecuted, and the State is able to show that for good reason it cannot be expected to produce the evidence itself."

332 Vgl *S v Bhulwana; S v Gwadiso* 1995 BCLR 1579 (KH) 1587F-I; *S v Julies* 1996 4 SA 313 (KH).

skuld van die persoon bestaan.[333] Nie alle persone sal in die posisie wees waar hulle voldoende bewyse kan voorlê om hulle redelike terugbetalingsverwagting te staaf nie. In die tweede plek kan geargumenteer word dat dieselfde doel bereik kon word deur metodes wat minder inbreukmakend van aard is. 'n Gewone bewyslas kan op die beskuldigde geplaas word deur onder die betrokke omstandighede *prima facie* te ag dat 'n redelike terugbetalingsverwagting afwesig is, tensy die beskuldigde geloofwaardige getuienis tot die teendeel kan voorlê.[334] Op sodanige wyse word 'n mindere las op die beskuldigde geplaas.[335]

In die lig van bogenoemde is dit duidelik dat die vervolgers hulle nie in die toekoms met veiligheid op die vermoede kan verlaat in vervolgings op grond van artikel 135(3)(a) nie. 'n Wysiging van die bepaling deur die skrapping van die vermoede en die vervanging daarvan met 'n subartikel tot die effek dat *prima facie* geag sal word dat die redelike terugbetalingsverwagting ontbreek het, wanneer die Staat bewys dat die skuld opgeloop is op 'n stadium toe die beskuldigde se laste sy bates oorskry het, blyk gerade te wees.[336]

Dit is opvallend dat die howe nie skroom om swaar strawwe op te lê ten aansien van 'n skuldigbevinding aan hierdie oortreding nie. Gevangenisstraf met harde

---

333 *S v Bhulwana; S v Gwadiso* 1995 BCLR 1579 (KH) 1583I; *S v Mbatha, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 472E-F.

334 Vgl *Ex parte Minister of Justice: In re R v Jacobson & Levy* 1931 AA 466 478. Sien *S v Veldthuizen* 1982 3 SA 413 (A) 416G-H tav die betekenis van "*prima facie* getuienis": "As used in this section they mean that the judicial officer will accept the evidence as *prima facie* proof of the issue and, in the absence of other credible evidence, that that *prima facie* evidence will become conclusive proof ... In deciding whether there is credible evidence which casts doubt on the *prima facie* evidence adduced the court must be satisfied on the evidence as a whole that the State has discharged the *onus* which rests on it of proving the guilt of the appellant." Vir 'n soortgelyke benadering in sivielregtelike verband, sien *Terry v Senator Versekeringsmaatskappy Bpk* 1984 1 SA 680 (A).

335 Sien *S v Mbatha, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 479B-E: "... [B]y requiring the accused to provide evidence sufficient to raise a reasonable doubt, such a provision would be of assistance to the prosecution whilst at the same time being less invasive of s 25(3) rights ... The accused could of course be exposed to the risk of being convicted if he or she fails to offer an explanation which could reasonably be true ...; ... there would however be no legal presumption overriding any doubts which the court might have. At the end of the day and taking into account all the evidence, the court would still have to be convinced beyond a reasonable doubt that the accused was indeed guilty."

336 Die bespreking word beperk tot die bepalings van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993. Die grondwetlike teks van die finale Grondwet soos goedgekeur deur die Grondwetlike Vergadering op 8 Mei 1996 stem op die punte wat ter sprake is in die bespreking in wese ooreen met die bepalings van Wet 200 van 1993. Veranderings soos die wegval van die noodsaaklikheidsvereiste in a 36 wat met die beperking van regte handel en die eksplisiete vereiste dat minder beperkende wyses om die doel te bereik oorweging moet geniet wanneer die redelikheid en regverdigbaarheid van 'n inbreukmakende bepaling ondersoek word, kom wel voor. Aangesien die teks nog nie gefinaliseer was by voltooiing van die studie nie, word daar egter nie verder spesifieke aandag daaraan afgestaan nie.

arbeid was 'n algemene kenmerk van die straf wat in die verlede vir hierdie misdryf opgelê is.[337] 'n Skuldigbevinding ingevolge artikel 135(3) is egter nie een van die statutêre misdrywe wat ingevolge die Insolvensiewet die rehabilitasietydperk van 'n insolvent kan beïnvloed nie.[338]

Artikel 135(3) rugsteun dus 'n verwagting van 'n kredietgewer dat die kredietnemer sy finansiële posisie ondersoek het en sy geloof in sy terugbetalingsvermoë op redelike gronde baseer. Indien die kredietopnemer se geloof nie gegrond is nie en inderwaarheid niks meer behels as 'n eerlike hoop dat hy in staat sal wees om die skuld reëlmatig af te los nie, maak hy 'n nalatige wanvoorstelling teenoor die kredietgewer. Afgesien van die kontraktuele en deliktuele remedies waaroor die kredietgewer sal beskik, staan die kredietnemer dan ook bloot aan die moontlike strafregtelike gevolge ingevolge die Insolvensiewet.

4.4 Relevante voorstellings en verswygings

Die implisiete voorstellings wat 'n kredietopnemer maak, is tot dusvêr ondersoek. 'n Kredietopnemer verskaf gewoonlik sekere inligting en maak dus sekere ander addisionele voorstellings ten einde die kredietgewer tot kredietgewing oor te haal. Sommige van hierdie voorstellings mag totaal periferaal staan tot hulle verhouding en behoort dus nie regsgevolge te hê, indien later sou blyk dat dit foutief was nie. Ander voorstellings sal egter sentraal staan tot hulle verhouding. Indien so 'n voorstelling 'n wanvoorstelling daarstel, sal spesifieke regsgevolge daaruit voortvloei.

Geen duidelike maatstawwe is egter al deur ons howe geformuleer om leiding te verskaf ten aansien van die onderskeid tussen relevante en irrelevante

337 Sien bv *R v Woolf High* 1930 TPA 610 [gevangenisstraf van ses maande met harde arbeid op appèl bevestig]; *R v Schreuder* 1957 4 SA 27 (O) 35 waar die Appèlhof gevangenisstraf van nege maande met harde arbeid opgelê het; *R v Manga* 1958 1 SA 197 (FH) [twee maande gevangenisstraf met harde arbeid]; *R v Vather* 1961 1 SA 350 (A) [effektiewe gevangenisstraf van twaalf maande as gesamentlike resultaat van verskeie skuldigbevindings]; *S v Scheepers* 1972 4 SA 604 (A) [gevangenisstraf opgeskort]; *S v Khan* 1972 4 SA 331 (N) [gevangenisstraf van vier maande]. Vgl die benadering tot straf van die Appèlhof in *S v Zinn* 1969 2 SA 537 (A) waar die beskuldigde oa a 135(3)(a) oortree het.

338 A 124(2)(c) van die Insolvensiewet 24 van 1936. Sien ook *Ex parte Koch* 1983 3 SA 700 (SOK). Hoewel saamgestem word met die Hof se gevolgtrekking, word, met eerbied, verskil tav die redenasie [702H-703A]. 'n Skuldigbevinding aan 'n oortreding van a 135(3) kan net so onopsetlik geskied as 'n oortreding van a 134 [versuim om behoorlik boek te hou]. 'n Skuldigbevinding aan 'n oortreding van enige van hierdie artikels kan dus nie *per se* as bedrieglik geklassifiseer word nie. Die wetgewer het egter 'n skuldigbevinding aan a 134 uitdruklik gelys as 'n relevante oortreding ingevolge die Insolvensiewet terwyl a 135 nie so gelys is nie.

voorstellings in hierdie tipe transaksie nie. Voorstellings wat die kredietgewer kan benadeel indien hulle foutief blyk te wees, behoort in die algemeen relevant te wees vir daardie spesifieke transaksie. Relevante voorstellings beïnvloed gewoonlik die sluiting, voorwaardes of verloop van die transaksie. Dit is gewoonlik ook nou verbonde met die risiko waaraan die kredietgewer blootgestel is.[339] Sodanige relevante voorstellings sal byvoorbeeld bewerings rakende die kredietopnemer se finansiële posisie,[340] die doel[341] en omvang van die betrokke lening[342] insluit. Die balansstaatdebat en die benadering ten aansien van ophemeling van 'n produk het egter uitgewys dat aanvaarde handelsgebruike verreken sal word alvorens 'n hof 'n finale gevolgtrekking in 'n gegewe geval sal maak.

Indien 'n uitdruklike wanvoorstelling gemaak word ten aansien van 'n juridies relevante feit, vind die gewone reëls rakende wanvoorstelling aanwending. Dieselfde reëls geld ten aansien van verswygings. Daar is reeds vroeër uitgewys dat die reg besonder versigtig is om openbaarmakingspligte te skep.[343] Geen algemene plig word op 'n kontraksparty geplaas om wesenlike feite rakende die kontrak aan die ander party te openbaar nie.[344] 'n Wanvoorstelling kan gevolglik alleen deur verswyging gemaak word, indien daar 'n spesifieke regsplig op die kredietopnemer rus om die feite aan die kredietgewer te openbaar.[345] Die kontraktuele verhouding tussen die kredietnemer en die kredietgewer en die feit dat die kredietgewer gewoonlik onwillekeurig op die kredietnemer moet vertrou vir die eerlike openbaarmaking van wesenlike feite wat noodwendigerwys binne die

339 Tav risiko sien *R v Sinclair* 1968 3 All ER 241 (CA); *R v Allsop* 1976 64 Cr App R 29; *Ex parte Lebowa Development Corporation* 1989 3 SA 71 (T) 104G-H.

340 Sien bv *Akbar v R* 1915 NPA 497 waar die beskuldigde goedere op krediet verkry het deur voor te gee dat hy oor sekere bates beskik; *Burwood v R* 1931 NPA 573 waar die beskuldigde goedere op sterkte van 'n vervalste borgnota verkry het; *R v Faulding and Young* 1924 AA 483 waar die beskuldigdes voorgegee het dat hulle gemagtigde verteenwoordigers van 'n maatskappy was; *R v Lala* 1934 TPA 123, waar goedere op krediet verkry is op sterkte van 'n wanvoorstelling dat die kredietopnemer 'n winkel gehad het; *R v Persotum* 1934 TPA 118, waar goedere op krediet verkry is op sterkte van 'n wanvoorstelling dat die kredietopnemer 'n algemene handelaar was; *R v Persotam* 1938 AA 92 waar die beskuldigdes voorgegee het dat hulle goedere vir 'n nie-bestaande besigheid aankoop.

341 *S v Huijzers* 1988 2 SA 503 (A) en *S v Reggis* 1972 2 SA 670 (R). Sien ook vir vroeër standpunte *contra R v Hoosen* 1954 3 SA 65 (T); *R v Motsieloa* 1957 1 SA 226 (O); *S v Fram* 1968 3 SA 28 (OK).

342 *S v Macdonald* 1982 3 SA 220 (A) waar die beskuldigde die bank mislei het oor die omvang van sy oortrokke fasiliteit dmv wisselruitery.

343 Vgl parr 3.1.2, 3.2.2 en 3.3 van hierdie hoofstuk.

344 Sien bv *Ozinsky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K) 418F.

345 *S v Heller (2)* 1964 1 SA 524 (W); *S v Burstein* 1978 4 SA 602 (T); *S v Brande* 1979 3 SA 371 (D).

eksklusiewe kennis van die kredietnemer val,[346] bied egter die basis vir 'n openbaarmakingsverpligting van relevante feite in die konteks van die krediettransaksie. Die relevansie van feite wat geopenbaar moet word en die relevansie van voorstellings wat gemaak word, behoort logieserwys te korrespondeer. Die verpligting tot openbaarmaking behoort dus beperk te wees tot relevante feite. Die grense van hierdie verpligting is egter baie vaag omlyn.

Indien die kredietnemer opsetlik 'n relevante feit verswyg, aangesien hy weet dat die kredietgewer waarskynlik krediet sal weier indien hy daarvan bewus is, sal die verswyging bedrieglik wees. Sou die kredietnemer egter nalatig versuim om dieselfde feit te openbaar, behoort die gewone reëls rakende nalatige wanvoorstelling aanwending te vind. Die reëls werk egter nie altyd so eenvoudig nie. Alvorens 'n nalatige verswyging deliktuele of strafregtelike gevolge sal inhou, moet die verswyging as onregmatig of wederregtelik geklassifiseer word. Indien die howe so 'n verswyging te geredelik as onregmatig of wederregtelik klassifiseer, sal dit die algemene openbaarmakingsverpligtinge van kontrakspartye verswaar. Dit blyk duidelik uit die hantering van die openbaarmakingsplig binne die kader van onregmatigheid en wederregtelikheid, dat die howe baie sensitief is om die onderhandelingsbalans te versteur. Daar kan dus verwag word dat die howe nie 'n streng toets in hierdie verband sal stel nie en dus nie 'n besonder hoë openbaarmakingsverwagting van 'n redelike man in dieselfde posisie sal koester nie.

Die newel waarin die reëls rakende openbaarmaking in die konteks van krediettransaksies gehul is, is waarskynlik ten dele te wyte aan die stadige ontwikkeling van die reg rakende nalatige wanvoorstelling. Dit het howe ontneem van geleenthede om riglyne in hierdie verband te laat uitkristalliseer. Die noue samehang tussen 'n wanvoorstelling deur optrede en 'n wanvoorstelling deur die verswyging van inligting[347] het ook tot gevolg dat dit soms makliker is om 'n wanvoorstelling as eersgenoemde te klassifiseer en sodoende die problematiek rakende verswygings te vermy. Sodoende word geleenthede vir die verheldering van die reëls op hierdie terrein verminder.

Die voorstellings en verswygings wat tot dusvêr beskou is, word gemaak voordat die transaksie gesluit word. Wat is egter die posisie indien die kredietopnemer eerlikerwys 'n voorstelling maak dat hy van plan is om die skuld terug te betaal, maar, na sluiting van die transaksie van plan verander?

---

346 Sien *Pretorius v Natal South Sea Investment Trust Ltd* 1965 3 SA 410 (W); *Ozinzky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K) 419B-C. Sien ook par 3.2.2 van hierdie hoofstuk rakende die gronde vir hierdie openbaarmakingsverpligting.

347 Sien *S v Macdonald* 1982 3 SA 220 (A) 239H-240A.

In *S v Harper*[348] het hierdie vraagstuk na vore gekom. Beleggers is in 'n koerantadvertensie uitgenooi om geld aan 'n maatskappy te leen, welke lenings versekureer sou word. Op sterkte van hierdie versekering het die beleggers geld aan die maatskappy geleen. Intussen het die finansieringsituasie van die maatskappy egter verander. Hoewel die maatskappy nog steeds die lenings wou hê, is klaarblyklik besluit om dit nie meer by wyse van 'n verband te versekureer nie. Na ontvangs van die geld is die beleggers valslik ingelig dat die betrokke fondse versekureer sou word deur 'n eerste verband. Met die ineenstorting van die maatskappygroep, het baie beleggers hulle geld verloor.

Op 'n aanklag van bedrog het die verdediging onder andere aangevoer dat die betrokke wanvoorstelling nie bedrog daarstel nie, omdat dit gemaak is nadat die geld reeds belê is. Die beskuldigde kon gevolglik nie bedoel het om die beleggers oor te haal tot optrede nie. Daar is ook geen getuienis gelei dat die beleggers sekere optrede beoog het waarvan die beskuldigde hulle wou laat afsien deur sy wanvoorstelling nie. Milne R het egter bevind:

> "If the misrepresentation is likely to lull the investor into a false sense of security about the investment he has already made then, in my view, it involves the risk of harm. It is not necessary that the investor should have been suspicious, and that the accused should have written to allay such suspicion. It is sufficient if he wrote to them knowing that in all circumstances they would be likely to induce the investor from refraining from making investigations which would reveal the truth.[349]

Indien 'n kredietnemer dus na kontraksluiting opsetlik spesifieke valse voorstellings aan die kredietgewer maak, ten einde die kredietgewer te sus, sal die wanvoorstelling bedrieglik wees.

5 SAMEVATTING

'n Kredietnemer maak by kontraksluiting 'n implisiete voorstelling teenoor die kredietgewer dat hy gewillig is om die skuld reëlmatig terug te betaal en dat hy op daardie moment eerlik glo dat hy in staat sal wees om sy verpligtinge in hierdie verband na te kom. Die implisiete voorstelling sluit nie 'n voorstelling in dat die kredietnemer se bates sy laste oorskry nie, maar is, ten aansien van die

348 1981 2 SA 638 (D).

349 *S v Harper* 1981 2 SA 638 (D) 655D, 661C. Dieselfde gedagtegang is gevolg deur die Appèlhof in *S v Macdonald* 1982 3 SA 220 (A). In hierdie saak het die beskuldigde gebruik gemaak van 'n sogenaamde "cross-firing" skema en tjeks in sy rekening gedeponeer ten einde die omvang van sy oortrokke fasiliteit fiktiewelik tydelik te verminder. Corbett AR bevind dat die wanvoorstellings die bank benadeel het deurdat die ware omvang van die oortrokke fasiliteit verbloem is en die bank sodoende verhoed is om stappe te neem om sy belange te beskerm.

reëlmatigheid van die lewering van die prestasie, duidelik gekoppel aan die ooreengekome terugbetalingsdatum.

Indien hierdie voorstelling foutief is, vind die reëls rakende wanvoorstelling aanwending. As die wanvoorstelling opsetlik gemaak is, kan dit bedrog daarstel. Die kredietgewer kan voorts kontraktuele en deliktuele remedies tot sy beskikking hê. Laasgenoemde remedies sal ook beskikbaar wees, indien die wanvoorstelling nalatig gemaak word, waar die kredietnemer se geloof in sy terugbetalingsvermoë onredelik is. In beide gevalle bestaan die moontlikheid ook van 'n oortreding van artikel 135(3) van die Insolvensiewet. As die wanvoorstelling egter onskuldig gemaak is, bestaan normaalweg alleen die moontlikheid van 'n kontraktuele remedie. 'n Wanvoorstelling sal egter net bedrog kan daarstel of deliktuele of kontraktuele remedies tot gevolg hê indien die ander elemente van die misdryf of die ander voorwaardes vir sodanige remedies teenwoordig is.

'n Wanvoorstelling van enige relevante feite, het dieselfde gevolge. 'n Verswyging van sodanige feite kan ook tot sodanige gevolge aanleiding gee. Die howe is besonder versigtig om 'n te swaar openbaarmakingsplig op kontrakspartye te plaas en 'n konserwatiewe benadering ten aansien van verswyging van relevante feite kan dus verwag word.

Bogenoemde bied 'n kort opsomming van die regsteoretiese posisie. Die regsbeginsels bied egter nie in alle gevalle vertroosting vir die kredietgewer nie. Indien die wanvoorsteller se boedel insolvent of karig is, is die deliktuele en kontraktuele remedies waaroor die kredietgewer mag beskik, prakties irrelevant. Wanneer die kredietnemer egter 'n maatskappy in dieselfde finansiële omstandighede is, kan die kredietnemer in 'n beter posisie verkeer. Afgesien van die maatskappyboedel, is daar dan ook ander boedels wat die kredietgewer moontlik mag uitwin. Die verteenwoordiger en/of die beheerders van die maatskappy mag moontlik deliktueel aanspreeklik geword het teenoor die kredietgewer weens die betrokke wanvoorstelling.

Die moontlikhede van persoonlike aanspreeklikheid in die maatskappyereg op grond van wanvoorstelling teenoor 'n kredietgewer, word in Hoofstuk 3 bespreek.

HOOFSTUK 3

KREDIETVERKRYGING DEUR 'N MAATSKAPPY WEENS MISLEIDING - AANSPREEKLIKHEID TEENOOR DERDES IN MAATSKAPPYVERBAND

1 INLEIDING 75

2 AANSPREEKLIKHEID VAN DIE MAATSKAPPY 76
2.1 Deliktuele aanspreeklikheid van 'n maatskappy 76
2.1.1 Middellike aanspreeklikheid van 'n maatskappy 77
2.1.2 Selfstandige aanspreeklikheid van die maatskappy 80
2.2 Strafregtelike aanspreeklikheid van die maatskappy 84

3 AANSPREEKLIKHEID VAN ANDER PERSONE 87
3.1 Ontsluiering van die maatskappy 87
3.1.1 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 92
3.1.2 Samevatting 97
3.1.3 Ontsluiering en aanspreeklikheid vir die oploop van skulde deur wanvoorstelling 98
3.2 Die persoonlike aanspreeklikheid van die verteenwoordiger van die maatskappy 100
3.3 Die persoonlike aanspreeklikheid van die werknemer van die maatskappy 101
3.4 Die deliktuele aanspreeklikheid van direkteure 105
3.4.1 Afwesigheid van persoonlike bewussyn 112
3.4.2 Basis vir direkteursaanspreeklikheid 117
3.4.3 Regsplig teenoor 'n skuldeiser 125
3.4.4 Moontlike algemene plig van direkteure teenoor skuldeisers 125
3.4.4.1 Invloed van 'n moontlike algemene plig op deliktuele aanspreeklikheid 131
3.5 Die strafregtelike aanspreeklikheid van direkteure en dienaars 132
3.5.1 Strafregtelike aanspreeklikheid vir insolvensiemisdrywe 134

4 KREDIETVERKRYGING DEUR 'N MAATSKAPPY WEENS MISLEIDING - PERSOONLIKE AANSPREEKLIKHEID IN DIE ALGEMENE SUID-AFRIKAANSE REG 136
4.1 Oriëntering 136
4.2 Aanspreeklike partye 136
4.2.1 Die aanspreeklikheid van die maatskappy 137
4.2.2 Die aanspreeklikheid van ander persone 139
4.3 Geïmpliseerde voorstelling rakende terugbetalingsverwagting 140
4.3.1 *Orkin Brothers Ltd v Bell* 142
4.3.2 Oorhaling as basis van aanspreeklikheid 145
4.3.3 Verdere fasette 148
4.3.3.1 Versuim om krediettransaksie te voorkom 148

	4.3.3.2	Openbaarmakingsplig na kontraksluiting	150
	4.3.3.3	Die regposisie van die individuele direkteur	151
	4.3.3.4	Nalatige wanvoorstelling	152
5	SLOT		153

1 INLEIDING

Die maatskappy is 'n regspersoon wat selfstandig deelneem aan die regsverkeer en onder andere kontrakte kan sluit. Die maatskappy kan ook 'n wanvoorstelling maak en skulde op grond van so 'n wanvoorstelling oploop. Die regsgevolge wat uit so 'n wanvoorstelling voortspruit, is wesenlik dieselfde as die gevolge ten aansien van 'n natuurlike persoon wat sodanig optree. 'n Belangrike verskil is egter daarin geleë dat 'n regspersoon, anders as 'n natuurlike persoon, slegs by wyse van verteenwoordigers en organe aan die regsverkeer kan deelneem.[1] Indien die maatskappy 'n wanvoorstelling maak, doen hy dit by wyse van 'n natuurlike persoon wat namens hom handel of wie se optrede as die maatskappy se optrede gereken word. Gevolglik ontstaan belangrike vrae aangaande die aanspreeklikheid van die natuurlike persone wat in hierdie hoedanighede handel.

In hierdie hoofstuk gaan die oploop van skulde deur wanvoorstelling in die maatskappyereg primêr ondersoek word uit die oogpunt van die moontlike aanspreeklikheid wat vir die maatskappy en die betrokke natuurlike persone uit die tersaaklike delik en misdryf kan voortspruit. Aangesien die basiese kontraktuele remedies wat uit 'n wanvoorstelling binne kontraktuele verband kan spruit, nie in wese deur die spesifieke reëls van die maatskappyereg beïnvloed word nie, word

---

1 In hierdie studie word gerieflikheidshalwe verwys na "maatskappyhandelinge". Die meer pragmatiese uiteensetting van die werklike regsposisie deur die *Privy Council* in *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission* 1995 3 All ER 918 923E-F word egter ondersteun: "Judges sometimes say that a company 'as such' cannot do anything: it must act by servants or agents. This may seem an unexceptional, even banal remark. And of course the meaning is usually perfectly clear. But a reference to a company 'as such' might suggest that there is something out there called the company of which one can meaningfully say that it can or cannot do something. There is in fact no such thing as the company as such, no 'ding an sich', only the applicable rules [of attribution]. To say that a company cannot do something means only that there is no one whose doing of that act would, under the applicable rules of attribution, count as an act of the company." Sien Sealy "The corporate ego and agency untwined" 1995 *CLJ* 507; Robert-Tissot "A fresh insight into the corporate criminal mind: Meridian Global Funds Management Asia Ltd v The Securities Commission" 1996 *The Company Lawyer* 99 vir 'n bespreking van die uitspraak. Die *dictum* van die *Privy Council* is gebaseer op die fiksieteorie tav regspersoonlikheid. Vir ander teenstrydige teorieë, sien Cilliers & Benade *Maatskappyereg* [1982] 7-10.

in hierdie verband volstaan met die toepaslike bespreking in Hoofstuk 2.

Uit die bespreking in Hoofstuk 2 blyk duidelik dat 'n groot verskeidenheid van foutiewe voorstellings aanleiding kan gee tot aanspreeklikheid of kontraktuele remedies. Binne die konteks van krediettransaksies, is die algemene geïmpliseerde voorstelling rakende die terugbetalingsbedoeling en die geloof in die terugbetalingsvermoë van besondere belang. Ten einde die problematiek planmatig in hierdie hoofstuk te bespreek, word die algemene reëls rakende persoonlike deliktuele aanspreeklikheid binne maatskappyverband eerste behandel. Die reëls word in die tweede gedeelte van die hoofstuk verbesonder deur dit spesifiek toe te pas op die aanspreeklikheid wat kan voortvloei uit die oploop van skulde deur wanvoorstelling namens 'n maatskappy.

2 AANSPREEKLIKHEID VAN DIE MAATSKAPPY

2.1 Deliktuele aanspreeklikheid van 'n maatskappy

'n Suid-Afrikaanse maatskappy wat geregistreer is ingevolge die Maatskappywet 61 van 1973 is 'n regspersoon.[2] As regspersoon kan 'n maatskappy in die

2 A 65(1) van die Maatskappywet. Vir 'n bondige bespreking van regspersoonlikheid en die teorieë oor die regspersoon sien Benade "Verontagsaming van die selfstandigheid van die maatskappy-regspersoon" 1967 *THRHR* 213; Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 3-4; Hadden *Company law and capitalism* [1972] 44-51; Naudé *Die regsposisie van die maatskappydirekteur met besondere verwysing na die interne maatskappyverband* LLD UNISA [1969] 14-26; Nekam *The personality conception of the legal entity* [1938]; Pienaar *Die gemeenregtelike regspersoon in die Suid-Afrikaanse reg* LLD PU vir CHO [1982]; Wolff "On the nature of legal persons" 1938 *LQR* 494; Wormser *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems* [1927]. Sien in die alg Cilliers *A critical enquiry into the origin, development and meaning of the concept "limited liability" in company law* LLD UNISA [1963] en Cooke *Corporation, trust and company* [1950]. Vir 'n bespreking van die maatskappy as regspersoon sien Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 3-12; Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stell LR* 148; Larkin "Regarding judicial disregarding of the company's separate identity" 1989 *SA Merc LJ* 277; Pennington *Company law* [1990] 32-52 en Pickering "The company as a separate legal entity" 1968 *MLR* 481. Vir 'n beperkte seleksie uit die velerlei uitsprake sien *Salomon v Salomon & Co Ltd* 1897 AC 22; *Daimler Co Ltd v Continental Tyre and Rubber Co (Great Britain) Ltd* 1916 2 AC 307; *Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AA 530; *Rainham Chemical Works Ltd (in liquidation) v Belvedere Fish Guano Co Ltd* 1921 2 AC 465; *Macaura v Northern Assurance Co* 1925 AC 619; *Lee v Lee's Air Farming* 1961 AC 12; *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1979 1 SA 441 (A); *Banco De Mocambique v Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd* 1982 3 SA 330 (T); *Botha v Van Niekerk* 1983 3 SA 513 (W); *Multinational Gas and Petrochemical Co v Multinational Gas and Petrochemical Services Ltd* 1983 2 All ER 563; *Dithaba Platinum (Pty) Ltd v Erconovaal Ltd* 1985 4 SA 615 (T); *C Evans and Sons Ltd v Spritebrand* 1985 2 All ER 415; *Zygos Corporation v Salen Rederierna*

algemeen op twee wyses aanspreeklikheid op grond van 'n delik oploop. In die eerste plek kan dit middellike aanspreeklikheid oploop op grond van die optrede van spesifieke persone. In die tweede plek kan dit selfstandige aanspreeklikheid oploop. Hierdie twee moontlikhede word vervolgens kortliks uiteengesit.

2.1.1 Middellike aanspreeklikheid van 'n maatskappy

'n Maatskappy, soos enige ander individu, kan onder sekere omstandighede middellike aanspreeklikheid oploop vir delikte wat gepleeg word deur sekere persone, hoewel die maatskappy geen skuld aan die delik het nie.[3] Binne praktiese maatskappyverband is die verteenwoordigers en werknemers van die maatskappy die belangrikste persone wat sodanige aanspreeklikheid vir 'n maatskappy tot gevolg kan hê.

Aangesien 'n regspersoon nie in staat is om sekere regshandelinge selfstandig te verrig nie, is die medewerking van 'n natuurlike persoon as verteenwoordiger onontbeerlik wanneer die maatskappy 'n kontrak sluit. So 'n verteenwoordiger verrig in so 'n geval 'n regshandeling namens die maatskappy [die prinsipaal in hierdie verhouding] op so 'n wyse dat die maatskappy die regte en verpligtinge wat uit die handeling voortvloei, verkry en die verteenwoordiger vry uittree.[4]

Die reg om namens die maatskappy as verteenwoordiger op te tree, vloei voort uit die volmag wat die maatskappy aan die betrokke persoon verleen. Volmag kan op

---

AB 1985 2 SA 486 (K); *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1993 2 SA 784 (K); *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A).

3 McQuoid-Mason "Vicarious and strict liability" *LAWSA* 30 [1993] 41: "Vicarious liability applies where the law holds one person liable for the wrongful act or omission of another even though the former himself is free from fault." Sien Rogers *Winfield and Jolowicz on Tort* [1994] 593-594; McQuoid-Mason "Vicarious and strict liability" *LAWSA* 30 [1993] 42 tav die historiese ontwikkeling van middellike aanspreeklikheid. Sien in die alg Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* [1996] 362-369; *Randbank Bpk v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1965 4 SA 363 (A); *Minister van Polisie v Rabie* 1986 1 SA 117 (A); *Minister of Law and Order v Ngobo* 1993 3 SA 29 (A).

4 Van Jaarsveld *Suid-Afrikaanse Handelsreg* vol 1 [1988] 208-209: "Verteenwoordiging kan omskryf word as die regsituasie wanneer een persoon, die verteenwoordiger, kragtens volmag, voortvloeiende uit 'n lasgewingskontrak, of 'n dienskontrak, of estoppel, of ratifikasie, of regswerking, regshandelinge namens 'n ander persoon, 'n prinsipaal, verrig, sodat laasgenoemde direk alle regte en verpligtinge wat daaruit voortvloei, verkry." Du Plessis "Agency and representation" *The Law of South Africa* 1 [1993] 98: "Representation is the phenomenon whereby one person concludes a juristic act on behalf of another." Joubert *General principles of the law of contract* [1987] 186: "We encounter agency where one person executes a legal act in such a manner that another is deemed at law to have executed that act".

verskeie wyses in die maatskappyverband verleen word,[5] byvoorbeeld uitdruklik deur die statute van die maatskappy aan die direksie, 'n besturende direkteur of 'n komitee van die direksie[6] of uitdruklik of stilswyend deur 'n gemagtigde maatskappyorgaan aan 'n gewone direkteur of werknemer of buiteparty.[7]

Wanneer 'n verteenwoordiger tydens onderhandelinge 'n delik pleeg deur 'n wanvoorstelling teenoor die derde te maak, kan beide die verteenwoordiger en die maatskappy aanspreeklikheid daarvoor oploop. Die prinsipaal sal middellik aanspreeklik gehou kan word vir 'n delik van die verteenwoordiger, indien daar 'n prinsipaal-verteenwoordiger verhouding bestaan het ten tyde van die pleeg van die delik en die verteenwoordiger binne die grense van sy volmag opgetree het toe die delik gepleeg is.[8] Indien die prinsipaal egter skuld aan die wanvoorstelling het, deurdat hy byvoorbeeld opdrag gegee het tot die maak van 'n wanvoorstelling, sal hy selfstandige aanspreeklikheid daarvoor kan oploop. Sy aanspreeklikheid sal in so 'n geval voortvloei uit die delik wat hy self gepleeg het en sal dus nie bloot net berus op die verteenwoordiger se delik nie.[9]

'n Maatskappy kan ook middellik aanspreeklikheid oploop op grond van sy werknemers se handelinge.[10] 'n Eiser wat 'n maatskappy op hierdie basis middellik

5 Vgl Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 189-190.

6 Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 189. *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AA 168 216, 217, 218: "It is true that the board of directors is the agent of the company to manage its affairs ... But each individual director is not as such an agent of the company ... He may, however, become an agent in more ways than one. Under the Articles of Association of the plaintiff company, as of most companies, the directors may delegate any of their powers to committees consisting of such member of members of their body as they think fit, and upon such delegation to one or more of their number the director or directors in question would themselves become agents of the company in regard to the duties so entrusted to them."

7 Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 190.

8 Neethling Potgieter en Visser *Deliktereg* [1996] 368; *Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd v Macdonald* 1931 AA 412; *Randbank Bpk v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1965 4 SA 363 (A). Joubert *Die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg* [1979] 88 "Dit sal die geval wees ongeag of die handeling gepleeg is in navolging van die opdrag van die prinsipaal en of dit gepleeg is op eie inisiatief, hetsy dit in belang van die prinsipaal of in belang van homself was en hetsy die prinsipaal die handeling goed- of afkeur".

9 Voet *The selective Voet being the Commentary on the pandects* soos vertaal deur Gane vol 3 [1956] 17.1.6; *Thompson v Barkly East Rinderpest Committee* 1897 SC 393. Sien *Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Moriates* 1957 3 SA 113 (T) 115H-116A "If one person procures another to make a representation which the first person knows is false, then the false statement having been made on the instructions of the first person, the first person is liable for any *tort* which the making of the representation constitutes."

10 Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* [1996] 362-368; Pienaar *Die gemeenregtelike regspersoon in die Suid-Afrikaanse privaatreg* LLD PU vir CHO [1982] 226. Vir uitleg van die toepaslike reëls deur die SA howe, sien *Minister van Polisie v Rabie* 1986 1 SA 117 (A); *Macala v Maokeng Town Council* 1993 1 SA 434 (A); *Minister of Law and Order v Ngobo*

aanspreeklik wil hou vir 'n delik, sal moet bewys dat die delikpleger 'n werknemer van die maatskappy was. 'n Diensverhouding kom tot stand deur die sluiting van 'n dienskontrak.[11] Die eiser sal gevolglik moet bewys dat daar 'n kontrak tussen die persoon en die maatskappy bestaan het en dat daardie kontrak 'n dienskontrak was ingevolge waarvan die delikpleger 'n werknemer van die maatskappy was. Hoewel eenstemmigheid ontbreek oor die *essentialia* van die dienskontrak,[12] blyk dit dat 'n gesagsverhouding ingevolge waarvan die werkgewer leiding, kontrole en toesig kan uitoefen oor die werknemer wat in ondergeskikte verband dienste lewer[13] en die betaling van vergoeding aan die werknemer onderskeidende kenmerke van hierdie tipe kontrak is.[14] Sodanige kontrak kan uitdruklik, hetsy skriftelik of mondeling, of stilswyend gesluit word.

Indien 'n benadeelde aangetoon het dat daar wel so 'n diensverhouding tussen die werkgewer-maatskappy en die delikpleger bestaan het, sal hy voorts moet bewys dat die werknemer binne die bestek van sy diens gehandel het toe die delik gepleeg is.[15] Laasgenoemde word vasgestel aan die hand van toets wat soos volg in *Minister van Polisie v Rabie* geformuleer is:[16]

> "It seems clear that an act done by a servant solely for his own interests and purposes, although occasioned by his employment, may fall outside the course or scope of his employment, and that in deciding whether an act by the servant does so fall, some reference is to be made to the servant's intention ... The test is in this regard subjective. On the other hand, if there is nevertheless a sufficiently close link between the servant's acts for his own interests and purposes and the business of his master, the master may

1993 3 SA 29 (A); *Harnischfeger Corporation v Appleton* 1993 4 SA 479 (W); *RMS Transport v Psicon Holdings (Pty) Ltd* 1996 2 SA 176 (T).

11 Van Jaarsveld & Van Eck *Kompendium van die Suid-Afrikaanse arbeidsreg* [1992] 55-64.

12 Sien Kelling *Aspekte van die aard en uitwerking van arbeidsooreenkomste in die Suid-Afrikaanse arbeidsreg* LLD UP [1988] 266-272; Kelling "'n Beskouing van die essentialia van die dienskontrak" 1990 *TRW* 107.

13 Sien bv *Lichaba v Shield Versekeringsmaatskappy Bpk* 1977 4 SA 623 (O) 635F-G: "Die gesagsverhouding met die gepaardgaande reg tot kontrole oor die wanneer, wat en hoe van die werk wat die teenparty moet doen, is die onderskeidende kenmerk van 'n dienskontrak teenoor die agentskapsverhouding ...". Sien ook *Colonial Mutual Life Assurance Society v Macdonald* 1931 AA 412 433.

14 Sien Van Jaarsveld & Van Eck *Kompendium van die Suid-Afrikaanse arbeidsreg* [1992] 55-64; Sien Kelling *Aspekte van die aard en uitwerking van arbeidsooreenkomste in die Suid-Afrikaanse arbeidsreg* LLD UP [1988] 266-272; Kelling "'n Beskouing van die essentialia van die dienskontrak" 1990 *TRW* 107. Vgl ook *Lee v Lee's Air Farming Ltd* 1960 3 All ER 420; *Ongevallekommissaris v AVBOB* 1976 4 SA 446 (A). Sien ook *Rodriques v Alves* 1978 4 SA 841 (A) waar die Appèlhof klem geplaas het op die beheeraspek en nie besondere gewig aan die betaling van vergoeding verleen het nie.

15 Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* [1996] 362-368; *Minister van Polisie v Rabie* 1986 1 SA 117 (A); *Minister of Law and Order v Ngobo* 1993 3 SA 29 (A); *Romansrivier Koöperatiewe Wynkelder Bpk v Chemserve Manufacturing (Pty) Ltd* 1993 2 SA 358 (K).

yet be liable. This is an objective test.[17]

Die middellike aanspreeklikheid van die prinsipaal en werkgewer doen geen afbreuk aan die persoonlike deliktuele aanspreeklikheid van die betrokke verteenwoordiger of werknemer vir die delik nie.[18] Die persoonlike aanspreeklikheid wat vir hierdie persone uit hulle delikte kan voortvloei, word later bespreek.[19]

2.1.2 Selfstandige aanspreeklikheid van die maatskappy

Middellike aanspreeklikheid bied nie 'n voldoende basis om die maatskappy se aanspreeklikheid in alle gevalle te verklaar nie.[20] Twee gevalle wat deur Naudé uitgewys word waar middellike aanspreeklikheid onvoldoende is, is waar die wetgewer middellike aanspreeklikheid uitdruklik as aanspreeklikheidsgrond uitgesluit het, dit wil sê waar selfstandige optrede vereis word, en die geval waar die dader in so 'n posisie tot die maatskappy staan dat hy nie as 'n gewone werknemer of verteenwoordiger bestempel kan word nie.[21] Hierdie gevalle word gewoonlik hanteer ooreenkomstig die sogenaamde orgaansteorie.

Ingevolge die orgaansteorie word die maatskappy nie verteenwoordig nie, maar handel dit selfstandig, wanneer spesifieke instansies in die maatskappy, die sogenaamde "organe", handel.[22] Die orgaansteorie het ontwikkel ten einde 'n basis

16 1986 1 SA 117 (A) 134D.

17 Sien bv *RMS Transport v Psicon Holdings (Pty) Ltd* 1996 2 SA 176 (T) waar middellike aanspreeklikheid nie kon volg nie, aangesien die betrokke werknemer totaal in sy persoonlike hoedanigheid gehandel het.

18 *Minister van Polisie v Rabie* 1986 1 SA 117 (A); *Macala v Maokeng Town Council* 1993 1 SA 434 (A); *Harnischfeger Corporation v Appleton* 1993 4 SA 479 (W) 487D-E.

19 Sien parr 3.2 en 3.3 van hierdie hoofstuk.

20 Naudé *Die regsposisie van die maatskappydirekteur met besondere verwysing na die interne maatskappyverband* LLD UNISA [1969] 45.

21 Vgl ook *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission* 1995 3 All ER 918 923H.

22 Vir 'n helder uiteensetting van die filosofiese debat rakende die selfstandigheid van die maatskappy sowel as 'n verduideliking van die orgaansteorie, sien Naudé *Die regsposisie van die maatskappydirekteur met besondere verwysing na die interne maatskappyverband* LLD UNISA [1969] 26-58. Sien ook Pienaar *Die gemeenregtelike regspersoon in die Suid-Afrikaanse privaatreg* LLD PU vir CHO [1982] 226; Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 416-417. Sien in die alg *Lennard's Carrying Company Ltd v Asiatic Petroleum Company Ltd* 1915 AC 705; *Levy v Central Mining & Investment Corporation Ltd* 1955 1 SA 141 (A); *HL Bolton (Engineering) Co Ltd v TJ Graham and Sons Ltd* 1956 3 All ER 624; *Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass* 1971 2 All ER 127; *Secretary for Inland Revenue v Trust Bank of Africa Ltd* 1975 2 SA 652 (A); *Anderson Shipping (Pty) Ltd v Guardian National Insurance Co Ltd* 1987 3 SA 506 (A); *Commissioner for Inland Revenue v Malcomess Properties*

te bied vir die selfstandige deliktuele en strafregtelike aanspreeklikheid van maatskappye. Hierdie teorie het 'n belangrike rol gespeel om 'n benadeelde se verhaalsreg teenoor die individu wat die gewraakte handeling verrig het aan te vul met 'n verhaalsreg teenoor die teoreties-kapitaalkragtiger maatskappy.[23]

Organe figureer beide in interne maatskappyverband, byvoorbeeld in die afweging van bevoegdheidsfere en hiërargieë in die interne maatskappyopset, en in eksterne verband, ten einde te bepaal of die maatskappy vir doeleindes van deliktuele of strafregtelike aanspreeklikheid gehandel het.[24] Organe wat algemeen intern in 'n moderne maatskappy onderskei word, sluit in die algemene vergadering,[25] die direksie[26] en die besturende direkteur.[27]

Hierdie organe figureer ook in eksterne verband, maar dit is nie die enigste instansies wat deur hulle handelinge selfstandige aanspreeklikheid vir die maatskappy in eksterne verband kan vestig nie. 'n Histories-rigtinggewende uitspraak in hierdie verband is *Lennard's Carrying Company Ltd v Asiatic Petroleum Company Ltd*.[28] In hierdie uitspraak het die *House of Lords* bevind dat die subjektiewe bedoeling en optrede van die instansie wat beskryf kan word as die "directing mind and will" [die "denksentrum"] van die maatskappy meteen die subjektiewe bedoeling en optrede van die maatskappy daarstel.[29] Die persoon of instansie wat beskryf kan word as die denksentrum van die maatskappy funksioneer dus vir doeleindes van die vestiging van deliktuele en strafregtelike

---

(Isando) (Pty) Ltd 1991 2 SA 27 (A); *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission* 1995 3 All ER 918.

23 Gower *Gower's principles of modern company law* [1992] 193-198; Boyle (red) *Gore-Brown on companies* [diensuitgawe] 1.016A

24 Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 416-417.

25 Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 79.

26 Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 45; Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 79.

27 Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 79.

28 1915 AC 705 (HL). Vir besprekings van hierdie uitspraak sien Naudé *Die regsposisie van die maatskappydirekteur met besondere verwysing na die interne maatskappyverband* 46-49; Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 232-233. Vgl ook die uitleg van die uitspraak in *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission* 1995 3 All ER 918.

29 *Lennard's Carrying Company Ltd v Asiatic Petroleum Company Ltd* 1915 AC 705 713: "[A corporation's] active and directing will must ... be sought in the person of somebody who for some purposes may be called an agent, but who is really the directing mind and will of the corporation, the very ego and centre of the personality of the corporation ... [I]f Mr Lennard was the directing mind of the company, then his action must, unless a company is not to be liable at all, have been an action which was the action of the company itself ...".

aanspreeklikheid van die maatskappy as 'n maatskappyorgaan.[30]

Die *Lennard's*-toets skep nie 'n geslote kategorie van persone en instansies wat as die denksentrum van die maatskappy gereken kan word nie. Hoewel daar voorstelle was wat die kategorie nader sal omskryf,[31] is voorstanders van hierdie benadering van mening dat dit gerade is om die toets vaag te hou en die antwoord op pragmatiese wyse te bepaal aan die hand van 'n ondersoek van die spesifieke maatskappy se gesagshiërargie en daadwerklike beheer.[32] Kategorieë leen hulle tot skemas ingevolge waarvan daadwerklike beheer gevestig word sonder dat dit vatbaar is vir indeling in een van die geïdentifiseerde kategorieë. 'n Pragmatiese en soepel benadering kan sodanige vermydingskemas effektief fnuik.[33]

Die *Privy Council* het 'n soepeler toets om die betrokke orgaan te identifiseer in hulle resente uitspraak in *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission*[34] toegepas. Die *Privy Council* het die standpunt ingeneem dat die betrokke regsreël ontleed moet word ten einde te bepaal welke persoon se optrede vir die doeleindes van daardie reël as optrede van die maatskappy gereken sal word.[35] Waar 'n regsreël die optrede van byvoorbeeld 'n gewone werknemer vir die maatskappy sal toereken, sal die maatskappy dus aanspreeklikheid kan oploop, al kan daardie werknemer nie as die denksentrum van die maatskappy gereken word nie.[36] Die presiese invloed van hierdie uitspraak

---

30 Vir navolging in SA Appèlhofuitsprake sien *Barkett v SA Mutual Trust & Assurance Co Ltd* 1951 2 SA 353 (A); *Levy v Central Mining & Investment Corporation* 1955 1 SA 141 (A) 149H-150B; *Anderson Shipping (Pty) Ltd v Guardian National Insurance Co Ltd* 1987 3 SA 506 (A).

31 Sien bv Naudé *Die regsposisie van die maatskappydirekteur met besondere verwysing na die interne maatskappyverband* [1969] 58 wat "organe" beperk tot daardie instansies wat hulle bevoegdheid in 'n bepaalde hoedanigheid oorspronklik uit die Wet of uit die statute verkry asook daardie instansies aan wie sodanige bevoegdhede reëlmatig gedelegeer kan word en inderdaad gedelegeer is. Vir 'n soortgelyke benadering sien *Tesco Supermarkets Ltd v Nattras* 1971 2 All ER 127.

32 Pennington *Company law* [1990] 109: "The court is not bound by the formal provisions of the company's memorandum and articles in discovering who controls the management of the company's business; the answer in each case will depend on the way the company's affairs are actually managed at the date the tort is committed."

33 Sien Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 234-235.

34 1995 3 All ER 918.

35 Sien Sealy "The corporate ego and agency untwined" 1995 *CLJ* 507; Robert-Tissot "A fresh insight into the corporate criminal mind: Meridian Global Funds Management Asia Ltd v The Securities Commission" 1996 *The Company Lawyer* 99; Griffen "Corporate liability: the attribution of knowledge" 1996 6 *Palmer's in Company* 1 vir 'n bespreking van die uitspraak.

36 Robert-Tissot "A fresh insight into the corporate criminal mind: Meridian Global Funds Management Asia Ltd v The Securities Commission" 1996 *The Company Lawyer* 99 100:

is nog onseker,[37] maar dit bevestig 'n soepel benadering ten aansien van die identifikasie van die betrokke orgaan. In die lig van die huidige Suid-Afrikaanse interpretasie van die orgaansteorie[38] en die sterk beklemtoning van die klassieke denksentrum-benadering[39] word die verdere bespreking van die orgaansteorie op die denksentrum-benadering gebaseer. In die navolging van hierdie benadering moet egter voor oë gehou word dat die denksentrum-toets soepel toegepas moet word en dat die *Meridian*-uitspraak en die moderne benadering in Engeland tot gevolg mag hê dat die denksentrum vir die doeleindes van 'n bepaalde delik of misdryf nie noodwendig die persoon of orgaan mag wees wat in algehele beheer van die maatskappy is nie.

Wanneer die persoon wat geïdentifiseer word as die denksentrum van die maatskappy in daardie hoedanigheid 'n wanvoorstelling maak, word daardie wanvoorstelling weens hierdie teorie beskou as 'n wanvoorstelling wat deur die maatskappy gemaak is. Die maatskappy kan egter ook direkte deliktuele aanspreeklikheid oploop, deurdat die denksentrum 'n opdrag om 'n wanvoorstelling te maak aan 'n werknemer of verteenwoordiger van die maatskappy gee of in amptelike hoedanigheid met 'n tweede persoon saamspan

"Even though *Meridian* was a decision of the Privy Council and not strictly binding on English courts, as a unanimous decision of the Privy Council it is likely to be followed. After *Meridian* the search for the directing mind and will of a company will only be appropriate where a proper construction of the relevant law provides that only the acts and intentions of persons embodying the directing mind and will of the company can be attributed to the company for the purposes of establishing whether the company is in breach of the law. In many cases it will not be the right touchstone of liability." Die *Meridian*-benadering kan 'n verklaring bied waarom die *House of Lords* in *Re Supply of Ready Mixed Concrete (No 2) Director of General Fair Trading v Pioneer Concrete (UK) Ltd* 1995 1 All ER 135 bereid was om 'n maatskappy op grond van die handelinge van werknemers aanspreeklik te hou. Vgl ook *R v Roziek* 1 WLR 159 waar die *Court of Appeal* dieselfde benadering gevolg het ten einde vas te stel of 'n maatskappy mislei is. Sien tav Ig uitspraak Nakajima "Attribution of guilty knowledge" 1996 *The Company Lawyer* 180.

37 Robert-Tissot "A fresh insight into the corporate criminal mind: Meridian Global Funds Management Asia Ltd v The Securities Commission" 1996 *The Company Lawyer* 99. Praktiese problematiek in die toepassing van die benadering kan ook lei tot navolging van die ouer denksentrum-benadering. Sien Griffen "Corporate liability: the attribution of knowledge" 1996 6 *Palmer's in Company* 1 3: "The problem with the approach advocated by Lord Hoffmann will be in relation to its interpretation and application, especially in cases where the construction of a relevant statutory provision or other obligation may provide a tentative as opposed to an overwhelming inference of the attribution of liability."

38 Vgl bv *Levy v Central Mining & Investment Corporation Ltd* 1955 1 SA 141 (A); *Secretary for Inland Revenue v Trust Bank of Africa Ltd* 1975 2 SA 652 (A); *Anderson Shipping (Pty) Ltd v Guardian National Insurance Co Ltd* 1987 3 SA 506 (A) en *Commissioner for Inland Revenue v Malcomess Properties (Isando) (Pty) Ltd* 1991 2 SA 27 (A). Vir 'n verrekening en interpretasie van die *Meridian*-beslissing in die SA reg, sien *Simon NO v Mitsui & Co Ltd* 1996 3 All SA 353 (W) 406D-I.

39 Vgl *Simon NO v Mitsui & Co Ltd* 1996 3 All SA 353 (W) 405C-E; 416F-G.

ten einde 'n derde te bedrieg.

2.2 Strafregtelike aanspreeklikheid van die maatskappy

Die strafregtelike aanspreeklikheid van maatskappye berus grotendeels op die aanwending van die orgaansteorie en, ten aansien van sekere uitsonderingsgevalle, op die beginsels van middellike aanspreeklikheid.[40] Middellike aanspreeklikheid het egter 'n baie klein aanwendingsveld in die strafreg en geld slegs waar sodanige aanspreeklikheid uitdruklik of by noodwendige implikasie geskep word.[41]

Die orgaansteorie het die basis vir die aanspreeklikheid van regspersone verskaf, aangesien dit die grond vir die toedigting van skuld aan die regspersoon gebied het. Terwyl hierdie teorie nog steeds die primêre en dinamiese basis vir die strafregtelike aanspreeklikheid van maatskappye in Engeland vorm,[42] is die regsgang ten aansien van die aanspreeklikheid van Suid-Afrikaanse maatskappye in 1939 op 'n statutêre grondslag geplaas. Artikel 117 van die Maatskappy-wysigingswet 23 van 1939 het 'n nuwe artikel 384 in die Wet op Kriminele Procedure en Bewijslewering 31 van 1917 ingevoer. Die eweknie van artikel 384 is huidig artikel 332 van die Strafproseswet 51 van 1977. Artikel 332(1) bepaal soos volg:[43]

> "Ten einde 'n regspersoon strafregtelike aanspreeklikheid op te lê weens 'n misdryf, hetsy statutêr of gemeenregtelik, word -

---

40 Wells "Corporations and criminal liability" 1994 6 *Palmer's in Company* 1.

41 Snyman *Strafreg* [1992] 271-272.

42 Vgl Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 238-240; Wells "A quiet revolution in corporate liability for crime" 1995 *NLJ* 1326.

43 Sien in die alg Du Plessis "Die strafregtelike aanspreeklikheid van regspersone: 'n mensliker benadering" 1991 *TSAR* 635; Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 238-242; Naudé *Die regsposisie van die maatskappydirekteur met besondere verwysing na die interne maatskappyverband* LLD UNISA [1969] 51-56; Meskin *Henochsberg on the Companies Act* vol 2 [diensuitgawe] 3-14; Van Dorsten *Rights, powers and duties of directors* [1992] 336-347. Sien ook *R v Bennett and Co (Pty) Ltd* 1941 TPA 194; *R v Frankfort Motors (Pty) Ltd* 1946 OPA 255; *Herold NO v Johannesburg City Council* 1947 2 SA 1257 (A); *R v City Silk Emporium (Pty) Ltd and Meer* 1950 1 SA 825 (GW); *R v Milne and Erleigh (7)* 1951 1 SA 791 (A); *R v Limbada* 1958 2 SA 481 (A); *R v Markins Motors (Pty) Ltd* 1959 3 SA 508 (A); *R v Smith* 1960 4 SA 364 (O); *S v Avon Bottle Store (Pty) Ltd* 1963 2 SA 839 (A); *S v Banur Investments (Pty) Ltd* 1969 1 SA 231 (T); *S v Bledig* 1974 2 SA 613 (RA); *S v Klopper* 1975 4 SA 773 (A); *S v Harper* 1981 1 SA 88 (D); *Ex parte Minister van Justisie: In re SAUK* 1992 4 SA 804 (A).

> (a) 'n handeling wat deur of in opdrag of met uitdruklike of stilswyende toestemming van 'n direkteur of dienaar van daardie regspersoon, met of sonder 'n besondere opset, verrig word; en
>
> (b) die versuim, met of sonder 'n besondere opset, om 'n handeling te verrig wat verrig moes geword het maar nie verrig is nie deur of in opdrag van 'n direkteur of dienaar van daardie regspersoon,
>
> by die uitoefening van sy bevoegdhede of die uitvoering van sy pligte as so 'n direkteur of dienaar of ter bevordering of gepoogde bevordering van die belange van daardie regspersoon, geag 'n handeling (met dieselfde opset, as daar opset by is) deur daardie regspersoon verrig te gewees het of, na gelang van die geval, 'n versuim (en met dieselfde opset, as daar opset by is) aan die kant van die regspersoon te gewees het."

Artikel 332 ag die handelinge en die moontlike gepaardgaande opset van sekere natuurlike persone as die handelinge en opset van die maatskappy vir doeleindes van strafregtelike aanspreeklikheid. Die artikel verwys uitdruklik na die handelinge van "direkteure" en "dienaars" van die maatskappy.

"Direkteur" dra egter in hierdie artikel nie sy gewone maatskappyregtelike betekenis nie.[44] Artikel 332(10) bepaal uitdruklik dat, vir die doeleindes van hierdie artikel, "direkteur" verwys na enige persoon wat die regspersoon beheer of bestuur of lid is van 'n liggaam of groep wat die regspersoon beheer, of, waar so 'n liggaam of groep afwesig is, enige persoon wat lid is van die regspersoon. Dit is duidelik dat hierdie definisie van "direkteur" met betrekking tot maatskappye nie alleen van toepassing is op daardie persone wat ingevolge die Maatskappywet as direkteure kwalifiseer nie, maar ook op ander persone wat die maatskappy op indirekte wyse beheer, sonder dat hulle formeel as direkteure aangestel is.[45] Die argaïese term "dienaar"[46] [in Engels "servant"] wat in die artikel gebruik word, word nie spesifiek gedefinieer nie, maar daar is geen aanduiding dat die term anders uitgelê moet word as verwysende na 'n werknemer nie.

'n Handeling van so 'n persoon kan tot die strafregtelike aanspreeklikheid van die maatskappy lei, waar daardie handeling binne die bevoegdheid of werkskring van die betrokke direkteur of werknemer val. 'n Handeling wat buite die bevoegdheidsfeer van so 'n persoon val, kan egter ook tot die aanspreeklikheid van die maatskappy aanleiding gee, solank die handeling verrig is ter bevordering

---

44 Sien in die alg Du Plessis "Some subtle distinctions in the term 'director'" 1995 *TSAR* 153.

45 *R v Mall* 1959 4 SA 607 (N) 611A-B.

46 Die term "dienaar" is vir die eerste keer in hierdie konteks in a 381 van die Strafproseswet 56 van 1955 gebruik. Die teks van a 117 van die Maatskappy-wysigingswet 23 van 1939 wat a 384 in die Wet op de Kriminele Procedure en Bewijslevering 31 van 1917 ingevoer het, was, soos die hoofwet, in Nederlands en het na 'n "ambtenaar" verwys.

of gepoogde bevordering van die belange van die maatskappy.[47] 'n Handeling wat verrig word deur 'n buitestander kan ook die maatskappy aanspreeklik stel, mits dit verrig is in opdrag of met die toestemming van 'n direkteur of werknemer van die maatskappy in die uitoefening van sy pligte of bevoegdhede of ter bevordering van die belange van daardie regspersoon.

Die implikasies van artikel 332 is ingrypend. Dit trek die aanspreeklikheidsbasis baie wyd. Die maatskappy word nie net aanspreeklik gehou op grond van die handelinge en skuld van die persoon of orgaan wat ingevolge die orgaansteorie as die denksentrum van die maatskappy gereken word nie, maar ook vir die handelinge van werknemers en selfs buitestanders. Die gewraakte handeling van die direkteur of werknemer hoef nie eers binne die kring van sy bevoegdhede te val nie, solank dit verrig is ter bevordering of gepoogde bevordering van die belange van die maatskappy. Waar 'n werknemer betrokke is, is dit voorts irrelevant of die direkteure of enige persoon in bevel van die werknemer by magte was om die handeling te verhoed.[48] Die bepaling is so wyd, dat Naudé dit bestempel as "'n onverdedigbare inloodsing van middellike aanspreeklikheid in die strafreg".[49]

Ongeag die kritiese kommentaar op die bepaling,[50] ag die howe hulle gebonde om gevolg te gee aan die duidelike bewoording van die artikel[51] en maatskappye is al

---

47 *S v Banur Investments (Pty) Ltd* 1969 1 SA 231 (T).

48 *R v Bennett and Co (Pty) Ltd* 1941 TPA 194 199: "If, e.g., a servant, however humble, of a corporation in an endeavour to further the interests of his employer decided to murder a business competitor of such employer, and carried such decision into effect, the corporation would be guilty of murder ... In addition, the corporation would on such literal meaning be criminally responsible when unable in actual fact through any of its directors to prevent the commission of such act ...".

49 Naudé *Die regsposisie van die maatskappydirekteur met besondere verwysing na die interne maatskappyverband* LLD UNISA [1969] 56. Sien ook Pienaar *Die gemeenregtelike regspersoon in die Suid-Afrikaanse privaatreg* LLD PU vir CHO [1982] 226; Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 240-242; Du Plessis "Die strafregtelike aanspreeklikheid van regspersone: 'n mensliker benadering" 1991 *TSAR* 635.

50 Die Handves van Menseregte in die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993 skep ruimte vir 'n argument dat die bepaling diskriminerend teenoor regspersone is, aangesien dit die grense van aanspreeklikheid onredelik wyd trek.

51 *R v Bennett and Co (Pty) Ltd* 1941 TPA 194 200. Wanneer 'n maatskappy strafregtelik vervolg word, kan enige direkteur of werknemer van die maatskappy gedagvaar word om as verteenwoordiger van die maatskappy in die hof te verskyn [a 332(2) van die Strafproseswet]. Indien gemagtig daartoe deur die maatskappy, kan die persoon ook namens die maatskappy skuldig pleit. [Sien *S v Stojilkovic* 1995 2 SA 951 (T) tav 'n onreëlmatige skuldigbevinding op grond van 'n ongemagtigde pleit van skuldig.] Daar word in die alg met die verteenwoordiger gehandel asof hy die beskuldigde is. Wanneer die persoon in sy hoedanigheid as verteenwoordiger skuldig bevind word, kan die hof hom egter nie 'n ander straf as 'n boete oplê nie, welke boete deur die regspersoon betaal moet

op die basis van hierdie artikel skuldig bevind aan opsetsmisdade soos bedrog,[52] diefstal[53] en omkopery[54] en nalatigheidsmisdade soos strafbare manslag.[55]

3 AANSPREEKLIKHEID VAN ANDER PERSONE

Dit blyk uit die bespreking hierbo dat 'n maatskappy middellike en ook selfstandige aanspreeklikheid kan oploop op grond van die delikte en misdrywe van sekere natuurlike persone. Die persoonlike regsposisie en aanspreeklikheid van daardie persone uit hoofde van die gewraakte handelinge, word vervolgens van nader beskou.

Die persoonlike aanspreeklikheid van direkteure van maatskappye is van besondere belang binne die konteks van hierdie studie, aangesien hulle in die praktyk die belangrikste teikens van persoonlike aanspreeklikheidsaksies vorm. Die reg rakende die persoonlike aanspreeklikheid van direkteure vir delikte wat deur hulle in hulle ampshoedanigheid gepleeg is, is egter hoogs problematies. Ten einde die regsposisie sistematies te bespreek, word die regsposisie van verteenwoordigers en werknemers bondig uiteengesit, alvorens aandag aan die regsposisie van die direkteur geskenk word. 'n Belangrike beginsel wat hom telkemale voordoen wanneer persoonlike aanspreeklikheid in maatskappykonteks bespreek word, is die beginsel rakende ontsluiering van die maatskappy. 'n Bespreking van hierdie beginsel vorm gevolglik 'n logiese vertrekpunt vir die bespreking rakende persoonlike aanspreeklikheid.

3.1 Ontsluiering van die maatskappy

Die erkenning wat aan die regspersoonlikheid van 'n maatskappy verleen word, skep ruimte vir misbruik en onregverdighede. Ten einde hierdie probleme aan te

word [a 332(2)(c) van die Strafproseswet].

52 *R v Frankfort Motors (Pty) Ltd* 1946 OPA 255.

53 *R v Markins Motors (Pty) Ltd* 1959 3 SA 508 (A).

54 *S v Deal Enterprises (Pty) Ltd* 1978 3 SA 302 (W).

55 Sien *Ex parte Minister van Justisie: In re SAUK* 1992 4 SA 804 (A). Sien Du Plessis "Die strafregtelike aanspreeklikheid van regspersone: 'n mensliker benadering" 1991 *TSAR* 635 vir 'n kritiese bespreking van die uitspraak van die hof *a quo*. Daar word egter alg vereis dat die misdaad 'n tipe misdaad moet wees wat deur 'n regspersoon gepleeg kan word. Sien tav misdrywe ingevolge die Insolvensiewet, saamgelees met die Maatskappywet, *R v Kaloo* 1941 AA 17 20; *R v City Silk Emporium (Pty) Ltd and Meer* 1950 1 SA 825 (W); *R v Schreuder* 1957 4 SA 27 (O); *R v RSI (Pty) Ltd* 1959 1 SA (OK); *R v Smith* 1960 4 SA 364 (O) 376H; *S v Gani* 1965 1 SA 223 (T) 223D.

spreek, het die howe hulle die reg toegeëien om, onder sekere omstandighede, die regspersoonlikheid van 'n maatskappy te ignoreer.[56] Hierdie benadering word bestempel as die "lifting of the corporate veil",[57] "die veronagsaming van die selfstandigheid van die maatskappyentiteit"[58], die "negering van regspersoonlikheid", die "ignorering van die skeidslyn tussen die regspersoon en sy lede"[59] of "die ontsluiering van die maatskappy".[60] Die howe is egter nie die enigste instansies wat inbreuk maak op die konsep van regspersoonlikheid nie. Die wetgewer tref ook soms 'n statutêre reëling wat die grondbeginsels van regspersoonlikheid negeer.[61] Die inbreuk wat die howe op die beginsel van

56 Vir alg besprekings van die negering van regspersoonlikheid in die Engelse reg, sien Nakajima "Lifting the veil" 1996 *The Company Lawyer* 187; Pennington *Company law* [1990] 28-52; Pickering "The company as a separate legal entity" 1968 *MLR* 481; Powles "The see-through corporate veil" 1977 *MLR* 339 en Schmitthoff "Salomon in the shadow" 1976 *JBL* 305. Vir regsvergelykende studies op hierdie gebied sien Cohn & Simitis "Lifting of the veil in the company laws of the European continent" 1963 *ICLQ* 189; Dobson "Lifting the veil in four countries: the law of Argentina, England, France and the United States" 1986 *ICLQ* 839; Easterbrook & Fischel "Limited liability and the corporation" 1985 *The University of Chicago Law Review* 52. Vir besprekings van die SA reg ten opsigte van hierdie leerstuk sien Aronstam "Piercing the corporate veil" 1976 *MB* 101; Benade "Verontagsaming van die selfstandigheid van die maatskappy-regspersoon" 1967 *THRHR* 213; Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 9-12; Cilliers & Luiz "The corporate veil - an unnecessarily confining corset?" 1996 *THRHR* 523; Davids "The lingering question: some perspectives on the lifting of the corporate veil" 1994 *TSAR* 155; Domanski "Piercing the corporate veil - a new direction?" 1986 *SALJ* 224; Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stell LR* 148; Larkin "Regarding judicial disregarding of the company's separate identity" 1989 *SA Merc LJ* 277; Van der Westhuizen *Section 424 of the Companies Act, No 61 of 1973: civil liability of directors and others for fraudulent or reckless conduct of the business of a company* LLM UNISA [1994] 11-14. Vir 'n beperkte seleksie van relevante regspraak sien *Daimler Co Ltd v Continental Tyre and Rubber Co (Great Britain) Ltd* 1916 2 AC 307; *Gilford Motor Co Ltd v Horne* 1933 1 Ch 935; *Smith, Stone & Knight Ltd v Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Birmingham* 1939 4 All ER 116; *Littlewoods Mail Order Stores Ltd v IRC* 1969 3 All ER 855; *Wallersteiner v Moir (No 1)* 1974 3 All ER 217; *DHN Food Distributors Ltd v London Borough of Tower Hamlets* 1976 3 All ER 462; *Briggs v James Hardie & Co Pty Ltd* 1989 7 ACLC 841; *Lategan v Boyes* 1980 4 SA 191 (T); *Banco De Mocambique v Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd* 1982 3 SA 330 (T); *Botha v Van Niekerk* 1983 3 SA 513 (W); *Dithaba Platinum (Pty) Ltd v Erconovaal Ltd* 1985 4 SA 615 (T); *Wambach v Maizekor Industries (Edms) Bpk* 1993 2 SA 669 (A); *Shipping Corporation of India Ltd v Evdomon Corporation* 1994 1 SA 550 (A); *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A).

57 Sien Davids "The lingering question: some perspectives on the lifting of the corporate veil" 1994 *TSAR* 155; Dobson "Lifting the veil in four countries: the law of Argentina, England, France and the United States" 1986 *ICLQ* 839; Wormser *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems* [1927] 46; *Daimler Co Ltd v Continental Tyre and Rubber Co (Great Britain) Ltd* 1916 2 AC 307 341-342.

58 Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 9.

59 *Botha v Van Niekerk* 1983 3 SA 513 (W) 519E-F.

60 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 562.

61 Sien Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 9-10 vir enkele voorbeelde. Sien ook in die alg De Koker "Gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid in die maatskappye- en beslote

regspersoonlikheid maak, is egter van groter belang binne die konteks van hierdie studie en daarom vorm die negering van regspersoonlikheid deur die howe die fokuspunt van hierdie bespreking.

Daar is 'n wye verskeidenheid van wyses waarop howe die onderskeid tussen 'n maatskappy aan die een kant en sy lede, beamptes en direkteure aan die ander kant kan ignoreer. Die hof kan byvoorbeeld kennis neem van die eienskappe en nasionaliteit van die aandeelhouers van die maatskappy, wanneer die hof die eienskappe of nasionaliteit van die maatskappy probeer peil.[62] Die aandeelhouers en direksie kan ook verreken word in 'n poging om die setel van beheer van die maatskappy vas te stel.[63] In hierdie gevalle word die sluier nie soseer verwyder of afgeruk nie. Die hof kyk eerder deur die sluier[64] ten einde die belang en die invloed van die aandeelhouers en die direkteure van die maatskappy binne die maatskappyverband te verreken. Die howe se bereidwilligheid om die sluier as deursigtig te beskou, bied die basis vir 'n pragmatiese hantering van die maatskappyrealiteit in ons reg.[65]

Aan die ander kant is daar egter gevalle waar die howe die sluier afruk. In hierdie gevalle ignoreer die howe die onderskeid tussen die maatskappy en sy aandeelhouers of direksie, ten einde verpligtinge van die maatskappy aan die natuurlike persone toe te reken of om die natuurlike persone se regte of verpligtinge as maatskappyregte of -verpligtinge te beskou.[66] Die afsonderlikheid van die regspersoon word in so 'n geval vir daardie doeleindes totaal geïgnoreer en 'n gelykstelling vind plaas tussen die maatskappy en die betrokke persone.

Hoewel die gevalle van deursigtigheid van die sluier dikwels saam met hierdie gevalle van gelykstelling gegroepeer word as voorbeelde van die ignorering van die regspersoonlikheid van die maatskappy, word dit nie as doelmatig beskou om dit

korporasiereg" 13 *Med LSO* [1990] tav die gebruik van persoonlike aanspreeklikheid as afdwingingsmeganisme deur die wetgewer.

62 Die *locus classicus* in hierdie verband is *Daimler Co Ltd v Continental Tyre and Rubber Co (Great Britain) Ltd* 1916 2 AC 307.

63 Cf bv *Daimler Co Ltd v Continental Tyre and Rubber Co (Great Britain) Ltd* 1916 2 AC 307; *Littlewoods Mail Order Stores Ltd v IRC* 1969 3 All ER 855; *Wallersteiner v Moir (No 1)* 1974 3 All ER 217.

64 Sien *Botha v Van Niekerk* 1983 3 SA 513 (W) 521B; *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1993 2 SA 784 (K) 819A.

65 Sien in die alg die standpunt van Benade "Verontagsaming van die selfstandigheid van die maatskappy-regspersoon" 1967 *THRHR* 213.

66 Sien bv *Gilford Motor Co Ltd v Horne* 1933 1 Ch 935; *Smith, Stone & Knight Ltd v Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Birmingham* 1939 4 All ER 116; *DHN Food Distributors Ltd v London Borough of Tower Hamlets* 1976 3 All ER 462; *Cape Pacific Ltd v*

so algemeen in hierdie studie te benader nie. Vir doeleindes van hierdie studie word die gevalle waarin gelykstelling plaasvind en persoonlike aanspreeklikheid vir verpligtinge volg, as ontsluiering van die maatskappy geag.[67]

Ontsluiering is 'n drastiese juridiese ingreep op die basiese beginsels van regspersoonlikheid. Vanweë die drastiese aard daarvan sowel as die inbreuk op die aanvaarde beginsels, is dit 'n besonder kontroversiële onderwerp. 'n Denkskool verwerp die konsep en voer aan dat die toepassing van ander regsreëls, byvoorbeeld die verteenwoordigingsreg, 'n veel beter basis vir die hantering van maatskappymisbruik daarstel as ontsluiering.[68] Onder diegene wat dit wel erken, ontbreek eenstemmigheid oor welke gevalle ontsluiering daarstel en onder welke omstandighede dit behoort te geskied.[69] Selfs die basis van die howe se reg om 'n maatskappy te ontsluier waar regspersoonlikheid eksplisiet deur 'n

---

Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd 1995 CLD 545 (A).

67 Vgl *Botha v Van Niekerk* 1983 3 SA 513 (W); *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1993 2 SA 784 (K) 819A; *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 555: "It is trite law that '[a] registered company is a legal persona distinct from the members who compose it' ... Equally trite is the fact that a court would be justified in certain circumstances in disregarding a company's separate personality in order to fix liability elsewhere for what are ostensibly acts of the company. This is generally referred to as lifting or piercing of the corporate veil ... In that way liability is attributed to someone who misuses or abuses the principle of corporate personality." Vir die verwoording van dieselfde gedagte, sien *Atlas Maritime Co SA v Avalon Maritime Ltd; The Coral Rose (No 1)* 1991 4 All ER 769 779G: "To *pierce* the corporate veil is an expression that I would reserve for treating the rights or activities of a company as the rights or liabilities or activities of its shareholders. To *lift* the corporate veil or *look behind it*, on the other hand, should mean to have regard to the shareholding in a company for some legal purpose."

68 Sien bv Larkin "Regarding judicial disregarding of the company's separate identity" 1989 *SA Merc LJ* 272 vir 'n sensitiewe ontleding van die konsep en 'n teoreties-suiwerder alternatief. Sien ook Welling *Corporate law in Canada* [1991] 122-136.

69 *Briggs v James Hardie & Co Pty Ltd* 1989 7 ACLC 841 855: "... [T]here is no common, unifying principle, which underlies the occasional decision of courts to pierce the corporate veil. Although an ad hoc explanation may be offered by a court which so decides, there is no principled approach to be derived from the authorities ...". Vele pogings is al aangewend om 'n beginselbasis vir die howe se ontsluiering van maatskappye te bied. Baie van hierdie pogings kategoriseer bloot die gevalle waarin howe al in die verlede maatskappye ontsluier het. Sien bv Pennington *Company law* [1990] 38-52; Pickering "The company as a separate legal entity" 1968 *MLR* 481; *Banco De Mocambique v Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd* 1982 3 SA 330 (T); *Botha v Van Niekerk* 1983 3 SA 513 (W); *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1993 2 SA 784 (K). Vir kritiek op hierdie benadering en 'n poging om 'n alg maatstaf vir die negering van regspersoonlikheid af te lei, sien Benade "Verontagsaming van die selfstandigheid van die maatskappy-regspersoon" 1967 *THRHR* 213; Domanski "Piercing the corporate veil - a new direction?" 1986 *SALJ* 224; Larkin "Regarding judicial disregarding of the company's separate identity" 1989 *SA Merc LJ* 277; Wormser *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems* [1927].

duidelike wetsbepaling aan die maatskappy toegeken is,[70] is nog nie bevredigend aangespreek nie.

In die enkele uitsprake waar Suid-Afrikaanse howe hulle uitgelaat het oor die algemene omstandighede waar 'n hof geregtig sal wees om die korporatiewe sluier te lig, is 'n verskeidenheid van toetse toegepas.[71] In *Lategan v Boyes*[72] is byvoorbeeld bevind dat ontsluiering sal plaasvind waar die regspersoonlikheid van die maatskappy op 'n bedrieglike wyse misbruik word.[73] In *Botha v Van Niekerk*[74] is 'n wyer toets geformuleer. In hierdie uitspraak het Flemming R bevind dat die regspersoonlikheid van 'n maatskappy net negeer sou kon word indien:[75]

> "[d]aar ten minste 'n oortuiging was dat applikante 'n onduldbare onreg aangedoen word en wel ten gevolge van iets wat vir die regdenkende duidelik onbehoorlike optrede aan die kant van die eerste respondent is."

In die mees resente Appèlhofuitspraak wat oor hierdie vraagstuk gehandel het, *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd*,[76] het die Appèlhof by implikasie die *Botha v Van Niekerk*-toets as algemene toets verwerp en 'n nuwe toets toegepas. Die Appèlhof het egter 'n verassend kasuïstiese benadering gevolg wat daartoe lei dat die stellings van die Appèlhof in die uitspraak met versigtigheid op ander feitegevalle toegepas moet word. Die verwarring op die terrein word verder verhoog deur die feit dat die uitspraak van die Appèlhof nie eenparig was

---

70 Sien a 65 van die Maatskappywet.

71 Sien bv *Dadoo v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AA 530; *R v Gillett* 1929 AA 364; *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AA 168; *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92; *Bellairs v Hodnett* 1978 1 SA 1109 (A); *Gien v Gien* 1979 2 SA 1113 (T); *Lategan v Boyes* 1980 4 SA 191 (T); *Banco De Mocambique v Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd* 1982 3 SA 330 (T); *Botha v Van Niekerk* 1983 3 SA 513 (W); *Dithaba Platinum (Pty) Ltd v Erconovaal Ltd* 1985 4 SA 615 (T); *Wambach v Maizekor Industries (Edms) Bpk* 1993 2 SA 669 (A); *Shipping Corporation of India Ltd v Evdomon Corporation* 1994 1 SA 550 (A); *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1993 2 SA 784 (K); *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A).

72 1980 4 SA 191 (T).

73 *Lategan v Boyes* 1980 4 SA 191 (T) 201H-202A: "I have no doubt that our Courts would brush aside the veil of corporate identity time and again where fraudulent use is made of the fiction of legal personality ... It is interesting to note that the Canadian Courts have refused to disregard the separate identity of companies except upon proof of fraud ..., and there seems no reason to believe that, save where authorised by statute, our Courts would go further at the present juncture." Sien *Botha v Van Niekerk* 1983 3 SA 513 (W) 519C-E vir kommentaar op die moontlike interpretasie van die aanhaling.

74 1983 3 SA 513 (W).

75 525F.

76 1995 CLD 545 (A).

nie.

Die uitspraak bied egter 'n uitstekende voorbeeld van ontsluiering van 'n maatskappy deur die Appèlhof en dit is gevolglik belangrik om die benadering van die Appèlhof van nader te beskou.

3.1.1 Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd

Die Kaapse Hooggeregshof is aanvanklik in hierdie geding genader met 'n versoek om twee maatskappye te ontsluier. Die feite van die ingewikkelde saak word vereenvoudig vir doeleindes van hierdie bespreking. 'n Pakket aandele het van hand verwissel vanaf een maatskappy na 'n ander. Beide maatskappye is deur Lubner beheer. Die applikant het beweer dat die doel van hierdie transaksie was om 'n vroeëre aandelekooptransaksie tussen hom en die eerste maatskappy te frustreer. Die applikant het 'n hofbevel versoek wat die tweede maatskappy sou verplig om die aandele aan hom te lewer, of, alternatiewelik, om die aandele aan die eerste maatskappy terug te lewer, sodat dit aan die applikant gelewer kon word. Voorts is versoek dat die Hof die maatskappye moet ontsluier ten aansien van die transaksie en Lubner moet verplig om toe te sien dat die maatskappye wat hy beheer het, die hofbevel sou nakom.

In hulle argumente voor die Kaapse Hof het die regsverteenwoordigers van die partye ooreengekom dat die uiteensetting van die regsposisie in die eiser se betoogshoofde korrek was. Die uiteensetting is ook met klaarblyklike goedkeuring volledig deur die Hof aangehaal.[77] Ingevolge hierdie uiteensetting word drie breë kategorieë van gevalle geïdentifiseer waar die howe 'n maatskappy sal ontsluier, naamlik waar die maatskappy bloot net 'n *alter ego*, 'n front of 'n skynmaatskappy is,[78] of waar die beginsels van regspersoonlikheid bedrieglik of op 'n onbehoorlike wyse misbruik word, of, in die laaste geval, waar die howe gewillig is om die maatskappy in die belang van geregtigheid te ontsluier.[79] Wanneer die howe 'n

77 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1993 2 SA 784 (K) 815I-819C. Vir 'n bespreking van die uitspraak, sien Davids "The lingering question: some perspectives on the lifting of the corporate veil" 1994 *TSAR* 155.

78 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1993 2 SA 784 (K) 816J: "... [T]he general principle underlying this aspect of the law of lifting the veil is that, when the corporation is the mere *alter ego* or business conduit of a person, it may be disregarded. This rule has been adopted by the Courts in those cases where the idea of the corporate entity has been used as a subterfuge and to observe it would work an injustice."

79 Die benadering van die hof *a quo* bied 'n goeie voorbeeld van wat Domanski bestempel as 'n kategoriseringsbenadering. Sien Domanski "Piercing the corporate veil - a new direction?" 1986 *SALJ* 224. In stede van 'n breë beginsel word die gevalle waar die howe in die verlede die regspersoonlikheid genegeer het, geïdentifiseer. Dit is egter interessant dat die beginsel

maatskappy ontsluier, het die uiteensetting vervolg, stel dit iemand anders as die maatskappy vir die maatskappy se skulde aanspreeklik. Sodanige stap, word dan afgesluit, sal, soos uitgewys in *Botha v Van Niekerk*, besondere gronde verg wat 'n redelik dwingende noodsaak skep om die maatskappy in die belang van geregtigheid te ontsluier.

Die Hof kon nie bedrog, oneerlikheid of onbehoorlike optrede in die strukturering van die transaksies identifiseer nie en het gevolglik absolusie van die instansie beveel. Die applikant het teen hierdie bevinding na die Appèlhof geappelleer.

Die Appèlhof het al in 1994 in *Shipping Corporation of India Ltd v Evdomon Corporation*[80] 'n goeie geleentheid gehad om bepaalde riglyne rakende ontsluiering vas te stel. Die Hof het hierdie geleentheid egter grotendeels gesystap deur dit onnodig te ag om die presiese omstandighede waar ontsluiering kan plaasvind, in die besondere uitspraak uiteen te sit.[81]

> "I do not find it necessary to consider, or attempt to define, the circumstances under which the court will pierce the corporate veil. Suffice it to say they would generally have to include an element of fraud or other improper conduct in the establishment or use of the company or the conduct of its affairs. In this connection the words 'device', 'stratagem' and 'sham' have been used ..."

Die appèl in die *Lubner*-saak het die Appèlhof 'n verdere geleentheid gebied om die regsonsekerheid op hierdie terrein te beëindig.[82] Die bestaande regsonsekerheid rakende die gevalle waar die hof die ontsluieringsbevoegdheid sal uitoefen, is trouens in die uitspraak deur die Appèlhof erken.[83] Desnieteenstaande was die Appèlhof baie versigtig om enige riglyne te formuleer, wat moontlik as algemeen geag kan word in die identifisering van ontsluieringsgeleenthede. In die meerderheidsuitspraak wat deur Smalberger AR gelewer is, is die uiteensetting van die reg rakende ontsluiering in die uitspraak van die hof *a quo* versigtig bestempel as 'n weergawe van dit wat as die geldende reg op die terrein geag word. Die woordkeuse van Smalberger AR dui duidelik daarop dat die weergawe nie noodwendig die volle ondersteuning van die Appèlhof geniet nie. Die Appèlhof het egter geen negatiewe kritiek op die uiteensetting gelewer nie, maar dit duidelik

wat in die *Botha v Van Niekerk*-uitspraak geïdentifiseer is, hier uitgewys is as bloot 'n verdere kategorie en nie as 'n beginsel onderliggend aan al die gevalle nie.

80 1994 1 SA 550 (A).

81 *Shipping Corporation of India Ltd v Evdomon Corporation* 1994 1 SA 550 (A) 566C-F.

82 Vir 'n bespreking van die uitspraak sien Cilliers & Luiz "The corporate veil - an unnecessarily confining corset?" 1996 *THRHR* 523.

83 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 555: "The law is far from settled with regard to the circumstances in which it would be permissible to pierce the corporate veil."

gestel dat hy dit nie nodig of raadsaam ag om in die betrokke uitspraak enige algemene riglyne te formuleer rakende die gevalle waar ontsluiering mag plaasvind nie. Ter verdere afwatering van die algemene aanwendingswaarde van die uitspraak as presedent, het Smalberger AR dit duidelik gestel dat hy bloot dit wat hy ag as die toepaslike regsbeginsels op die feite van die spesifieke appèl gaan toepas.[84]

Teen die agtergrond van hierdie *caveats* het die Appèlhof tog 'n aantal belangrike opmerkings gemaak. Die hof het byvoorbeeld as uitgangspunt aanvaar dat 'n hof daarna moet streef om 'n maatskappy se regspersoonlikheid in stand te hou. Sou bedrog, oneerlikheid of onbehoorlike optrede egter blyk, moet die nodigheid om die regspersoonlikheid te handhaaf, afgeweeg word teen die beleidsoorwegings ten gunste van ontsluiering.[85] In so 'n geval sal die hof geregtig wees om die wese van die aangeleentheid in stede van die formaat te oorweeg en om op daardie basis die aanspreeklikheid aan die korrekte persoon toe te dig. Elke saak sal egter op eie meriete oorweeg moet word en die feite van die betrokke saak mag van deurslaggewende belang blyk.[86]

Die Appèlhof het sy opmerkings beperk[87] tot gevalle van bedrog, oneerlikheid of onbehoorlike optrede. Ten aansien van eersgenoemde het die Hof opgemerk dat ontsluiering op grond van bedrog kan plaasvind, al was die maatskappy nie vir daardie doeleindes opgerig of in die algemeen vir bedrieglike doeleindes misbruik nie. Waar 'n maatskappy byvoorbeeld misbruik word vir 'n enkele bedrieglike transaksie kan ontsluiering plaasvind met verwysing na daardie spesifieke transaksie, terwyl sy regspersoonlikheid vir alle ander doeleindes in stand gehou word.[88] Ontsluiering kan ook plaasvind al het die eiser ander remedies tot sy

---

84 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 556 per Smalberger AR: "Much of what is deemed to be the current law on the subject is set out in the judgement at 815H to 821C. I do not deem it necessary or advisable in the present appeal to attempt to formulate any general principles with regard to when the corporate veil may be pierced. I propose to do no more than apply what I conceive to be the appropriate legal principles to the facts of the present matter."

85 In lg verband het die Appèlhof baie nou aansluiting gevind by 'n voorstel wat Domanski in 1986 in 'n artikel uiteengesit het. Sien Domanski "Piercing the corporate veil - a new direction?" 1986 *SALJ* 224. In hierdie artikel het Domanski die nodigheid vir 'n beginselgerigte benadering bepleit en 'n werkbare beginsel gevind in 'n benadering wat in Louisiana gevolg is [231]: "[T]he court ruled that the test for piercing the corporate veil is a balancing 'of the policies behind recognition of a separate corporate existence' against the 'policies justifying piercing'."

86 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 555, 557.

87 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 555, 556.

88 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 557.

beskikking.[89]

Die Appèlhof het voorts verwys na Flemming R se benadering in *Botha v Van Niekerk* en soos volg opgemerk:[90]

> "With due respect to the learned judge I would avoid, in a matter such as the present, what is perhaps too rigid a test and opt for a more flexible approach - one that allows the facts of each case ultimately to determine whether piercing of the corporate veil is called for."

Hoewel die Appèlhof nie bevind het dat Flemming R se benadering ongeldig is nie, blyk dit duidelik dat die Appèlhof van mening is dat die *Botha v Van Niekerk*-toets te rigied is om die algemene toets ten aansien van ontsluiering daar te stel.

Op grond van die feite het die Appèlhof by wyse van meerderheidsbesluit tot die bevinding gekom dat die betrokke maatskappye ontsluier moet word ten aansien van die gewraakte transaksies "to reveal Lubner as the true villain of the piece."[91]

Die meerderheidsuitspraak is ondersteun deur Vivier AR, Grosskopf AR en Van den Heever AR. Van den Heever AR het egter ook 'n bondige uitspraak ter ondersteuning van die meerderheidsuitspraak gelewer. In haar uitspraak het Van den Heever AR daarop gewys dat 'n regsfiksie soos regspersoonlikheid geskep is om doelmatigheidsredes en dat 'n hof daarteen moet waak om buite sodanige redes om die fiksie in stand te hou en die werking van die reg sodoende te frustreer. Die onderliggende redenasie van Van den Heever AR was dat 'n hof daarteen moet waak om 'n regsfiksie te verhef tot 'n onaantasbare gegewe en sodoende tred te verloor met die werklikheid:[92]

> "Just as the court does not permit its process to be abused it should not be permit the notion of legal entity to be used to 'justify wrong, protect fraud or defend crime' (*United States v Milwaukee Refrigerator Transit*, quoted by Domanski ...)".

Van Heerden AR het egter in 'n minderheidsuitspraak radikaal van die meerderheidsuitspraak verskil. Die regter het bevind dat daar "blykbaar" algemeen aanvaar word dat bedrog "of iets soortgelyks" 'n vereiste vir ontsluiering is en

---

89 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 559: "The existence of another remedy, or the failure to pursue one that was available, may be a relevant factor when policy considerations come into play, but it cannot be of overriding importance."

90 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 558.

91 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 558.

92 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 558 567.

vervolg:[93]

> "Dit is egter nie die enigste vereiste nie. In *Adams v Cape Industries plc* [1991] 1 All ER 929, 1022c, kom voor 'n passasie van Lord Keith ... Daarin verwys Lord Keith na 'the principle that it is appropriate to pierce the corporate veil only where special circumstances exist indicating that it is a mere facade concealing the true facts'. Dit, meen ek, is 'n gesonder beginsel."

Hoewel Van Heerden AR bevind het dat Lubner op 'n moreel laakbare wyse opgetree het, het hy geoordeel dat ontsluiering nie moet plaasvind nie, aangesien die gewraakte transaksies nie geheim gehou was nie. Geen korporatiewe fasade het die ware feite verberg nie.[94]

Indien die minderheidsuitspraak opgeweeg word teen die meerderheidsuitspraak, val Van Heerden AR se standpunt, met respek, as te streng op. Die bedrieglike of onbehoorlike gebruik van regspersoonlikheid word in die algemeen as voldoende geag om ontsluiering te regverdig.[95] Daar blyk nie dwingende redes te wees om addisioneel te vereis dat regspersoonlikheid op sodanige wyse as fasade misbruik is om die ware toedrag van sake te verskuil nie.

Die resultaat van die meerderheidstandpunt van die Appèlhof, blyk, aan die ander kant, billik en regverdig te wees in die omstandighede. Ongeag die bevredigende resultaat in die spesifieke geding, is dit egter duidelik dat die Appèlhof die erkende verwarring op die terrein deur die uitspraak vergroot het.

Die mate van regsekerheid wat bewerkstellig is deur die *Botha v Van Niekerk*-toets, is byvoorbeeld in die uitspraak ondergrawe, deurdat die toets as moontlik te rigied te bestempel is en nie in die onderhawige geval aangewend is nie. Regsonsekerheid is bykomend bevorder deurdat die Appèlhof nie die algemeen-aanvaarde regsreëls pertinent toegepas het nie. Die Appèlhof het in effek bevind dat die regspersoonlikhede van die betrokke maatskappye op 'n bedrieglike of minstens onbehoorlike wyse misbruik is en dat die maatskappye, ten aansien van die spesifieke transaksies, inderwaarheid die *alter egos* van Lubner was.[96] Hierdie

---

93 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 563.

94 Van Heerden AR het ook, in stryd met die meerderheidsbevinding, bevind dat ontsluiering slegs mag geskied as die eiser oor geen ander remedie beskik nie. *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 563-564.

95 *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AA 168 194; *Gilford Motor Co Ltd v Horne* 1933 1 Ch 935 961; *Jones v Lipman* 1962 1 All ER 442; *Tunstall v Steigmann* 1962 2 All ER 417.

96 Cf *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 555: "The most probable inference to be drawn is that the Findon shares were, at the instigation of Lubner, transferred from LCI to GLI in a deliberate attempt to thwart or defeat the appellant's rights to them, conduct which was fraudulent or, at the very least, seriously improper." [558]

bevindings het, ingevolge die aanvaarde reëls en kategorieë, voldoende gronde vir die Appèlhof gebied om die maatskappye te ontsluier. Dit blyk egter nie uit die uitspraak dat die Appèlhof hom deur hierdie reëls laat lei het nie. Die Appèlhof het in effek bevind dat wanneer bedrog of onbehoorlikheid blyk, 'n afwegingstoets toegepas moet word, ingevolge waarvan die beleidsoorwegings ten gunste van die instandhouding van die regspersoonlikheid van die maatskappy afgeweeg word teen die oorwegings ten gunste van ontsluiering.

Hoewel die afwegingstoets 'n kragtige beginselbenadering ten aansien van ontsluiering daar kan stel, het die Appèlhof die aanwending van hierdie toets deur sy opmerkings tot gevalle van bedrog, oneerlikheid of ander onbehoorlike optrede beperk.[97] Duidelikheid oor die wyse hoe so 'n toets in die toekoms deur die howe aangewend moet word, is ook nie verskaf nie.

3.1.2 Samevatting

Binne die warboel van verskillende mening en opinies rakende ontsluiering, kan daar wel 'n mate van ooreenstemming geïdentifiseer word. Daar bestaan byvoorbeeld konsensus dat die regspersoonlikheid van 'n maatskappy hoog geskat word in ons reg en dat inbreuk daarop gevolglik nie ligtelik gemaak mag word nie. Voorts heers 'n aanvaarbare mate van eenstemmigheid dat ontsluiering oorweeg kan word, waar bedrog, oneerlikheid of onbehoorlike optrede, waaronder die opsetlike misbruik of verslawing van die regspersoon, bewys word.

Voldoende eenstemmigheid oor verdere kategorieë of oor 'n beginselgerigte benadering ontbreek egter en, word aan die hand gedoen, sal nie ligtelik bewerkstellig kan word nie. Daar word in oorweging gegee dat die grondslag van ontsluiering deur die howe die kristallisering van duidelike riglyne verhoed. 'n Ontleding van die uiteenlopende gevalle waar die howe deur die jare maatskappye ontsluier het, laat die indruk dat die howe inderwaarheid in die belang van geregtigheid en die regverdige werking van die reg bereid is om in gepaste gevalle 'n maatskappy se regspersoonlikheid te negeer. Breë billikheid lê hierdie benadering ten grondslag. Howe in die algemeen, maar veral in Suid-Afrika, staan egter baie negatief teenoor 'n benadering wat op blote billikheid geskoei is.[98] Ander

"The misuse by Lubner of both LCI and GLI amounted to an abuse of their separate corporate indentities. In reality, in relation to their dealings with the Findon shares, both LCI and GLI were Lubner's alter egos."

97 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 556.

98 Cf bv *Botha v Van Niekerk* 1983 3 SA 513 (W) 521 523H-524A: "Blote billikheid, op sy beste 'n redelik onhanteerbare perd, is nie voldoende nie. Ek het genoeg vertroue in die regstelsel

terme word dus ingespan, kategorieë word geskep en beginsels word voorgestel ten einde 'n alternatiewe grondslag vir ontsluiering te bied. In die meeste gevalle behels hierdie terme en beginsels egter bloot 'n beter verbloemde billikheidsgrondslag.

Daar is egter nie een benadering wat werklik alle partye se steun sal geniet nie. 'n Kategoriseringsbenadering kan duideliker omlynde maatstawwe ten aansien van ontsluiering bied. Sodanige riglyne sal regsekerheid in die hand werk. Ongelukkig sal so 'n benadering hom ook leen tot die ontwerp van skemas waar regspersoonlikheid buite die erkende kategorieë om misbruik word, sonder dat ontsluiering dan kan volg.[99] 'n Soepeler, beginselgerigte benadering sal, aan die ander kant, vir die howe die ruimte skep om geregtigheid te bewerkstellig, waar nodig. Die beginsels wat neergelê word, sal egter so wyd moet wees dat 'n groot mate van regsekerheid sal ontbreek.

Die Suid-Afrikaanse regsisteem roem hom daarop dat sy krag in sy beginselgerigte benadering gesetel is. Die Appèlhof het egter in die afgelope jare in twee gevalle agteroor geleun om nie algemene beginsels rakende ontsluiering te formuleer nie. Daar word in oorweging gegee dat die algemene aard van ontsluiering en die Appèlhof se erns om speling op hierdie terrein te behou, meebring dat verdere uitkristallisering van duidelike beginsels in die afsienbare toekoms onwaarskynlik is.

3.1.3 Ontsluiering en aanspreeklikheid vir die oploop van skulde deur wanvoorstelling

Dit is duidelik dat daar konsensus bestaan dat ontsluiering kan plaasvind in die geval waar die maatskappy op bedrieglike, oneerlike of onbehoorlike wyse as front misbruik word. Waar 'n maatskappy op hierdie wyse misbruik word as deel van 'n skema waar skulde bedrieglik opgeloop word,[100] sal ontsluiering kan plaasvind. Die effek daarvan sal wees dat die persone in beheer van die maatskappy of die persone agter die "front" aanspreeklik gestel word vir die verpligtinge van die maatskappy.

Ontsluiering is egter nie noodwendig die enigste wyse of onder alle omstandighede die korrekte wyse waarop sodanige persone aanspreeklikheid ten aansien van

om te aanvaar dat waar 'n direkteur aanspreeklik gestel word vir 'n maatskappyskuld, dit wel 'n billike resultaat sal wees. Billikheid of vermeende billikheid teenoor een of ander party of 'n oorwig van billikhede, kan egter nòg as regverdiging nòg as riglyn dien."

99 Sien Domanski "Piercing the corporate veil - a new direction?" 1986 *SALJ* 224.

100 Sien par 2.3 van Hoofstuk 2 tav die verskillende kredietbestellingsbedrogskemas.

daardie skulde kan oploop nie.[101] Hierdie bespreking handel primêr oor die deliktuele aanspreeklikheid van persone wat wanvoorstellings namens die maatskappy maak of wat die maatskappy as instrument gebruik om op bedrieglike wyse skulde op te loop. Die werking van die reëls van die deliktereg en die gepaardgaande aanspreeklikheid moet nie met ontsluiering verwar word nie. Ontsluiering het klassiek tot gevolg dat aanspreeklikheid vir die verpligtinge van die maatskappy vir sy beheerders intree.[102] Die aanspreeklikheid wat 'n persoon egter deliktueel vir 'n wanvoorstelling kan oploop, is selfstandig. Die persoon word nie aanspreeklik gehou vir 'n verpligting of skuld van die maatskappy nie, maar word aanspreeklik gehou om die skade te vergoed wat hy weens die pleging van sy delik teweeggebring het. Waar 'n persoon egter nie deliktuele aanspreeklikheid oploop nie, maar sy misbruik van die maatskappy nie deur die reg gedoog sal word nie, kan ontsluiering 'n remedie bied.[103] Deliktuele aanspreeklikheid kan ook teenwoordig wees in sommige gevalle waar ontsluiering geregverdig is, met die gevolg dat ontsluiering en 'n deliktuele eis as alternatiewe remedies oorweeg kan word.

Bogenoemde siening word nie altyd konsekwent gehandhaaf waar persoonlike aanspreeklikheid binne maatskappyverband ter sprake gekom het nie. Die onderskeid tussen ontsluiering en deliktuele aanspreeklikheid is veral problematies ten aansien van handelinge van persone wat as maatskappyorgane kwalifiseer. Daar word byvoorbeeld aangevoer dat sodanige persone geen selfstandige deliktuele aanspreeklikheid ten aansien van hulle handelinge in daardie hoedanigheid kan oploop nie en dus slegs aanspreeklik gestel kan word, indien die maatskappy ontsluier word.[104] Ten einde hierdie standpunt en die vraagstuk planmatig te ontleed, word die algemene aanspreeklikheid van werknemers en

101 Sien Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 270-271. Sien ook *Centrepac Partnership v Foreign Currency Consultants Ltd* 1989 4 NZCLC 64940 64951 waar bevind is dat in buitengewone omstandighede 'n *duty of care* tot stand kan kom tussen die besturende direkteur en hoofaandeelhouer van 'n maatskappy en 'n party tot 'n kontrak met die maatskappy: "To find a duty of care in this situation, in my view, does not involve lifting of the corporate veil."

102 Vgl die bespreking hierbo en *Botha v Van Niekerk* 1983 3 SA 513 (W); *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1993 2 SA 784 (K) 819A; *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 555.

103 Vir 'n breër interpretasie van die samehang tussen die deliktuele aanspreeklikheid van persone wat as maatskappyorgane handel en ontsluiering, sien Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 265-269; Du Plessis "Die persoonlike deliktuele aanspreeklikheid van uitvoerende beamptes" 1994 *THRHR* 135.

104 Sien Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 265 vir 'n uiteensetting van hierdie standpunt.

verteenwoordigers vir delikte gepleeg in die uitvoering van hulle verpligtinge eerste uiteengesit[105] voordat aandag geskenk word aan die regsaanspreeklikheid van direkteure en organe.

3.2 Die persoonlike aanspreeklikheid van die verteenwoordiger van die maatskappy

'n Groot verskeidenheid van persone, waaronder die direkteure van die maatskappy, kan as verteenwoordigers van die maatskappy optree.[106]

Dit is 'n grondbeginsel van die verteenwoordigingsfiguur dat die verteenwoordiger persoonlik geen regte of verpligtinge teenoor 'n derde uit hoofde van die betrokke regshandeling oploop nie.[107] Sodanige aanspreeklikheid sal normaalweg die gevolg wees van 'n delik wat die verteenwoordiger teenoor die derde pleeg of sal voortvloei uit 'n kontrak wat hy met die derde gesluit het.[108]

Daar is reeds daarop gewys dat 'n maatskappy middellike aanspreeklikheid oploop, indien die verteenwoordiger 'n delik pleeg in die loop van die verteenwoordigingshandeling en dat die maatskappy selfstandige aanspreeklikheid

105 Sien Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 249-250: "In regsliteratuur word gewoonlik net verwys na die persoonlike deliktuele aanspreeklikheid van *direkteure*. Dié gebruik is verstaanbaar, maar nie aanvaarbaar nie. Hoewel dit meestal die direkteure is wat persoonlik aangespreek sal word, is dit in werklikheid nodig om te bepaal of daar opgetree is as orgaan of in die hoedanigheid van verteenwoordiger. Slegs indien hierdie onderskeid gehandhaaf word, word 'n behoorlike regsteoretiese grondslag gebied vir die gevalle waarin die vraag na die persoonlike aanspreeklikheid van individuele maatskappyfunksionarisse ter sprake kom.

106 Sien Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 189-190; Arora "When directors are personally liable" 1981 *The Company Lawyer* 201 202-204; Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD [1990] UOVS 271-274; McLennan "The liability of agents for debts contracted on behalf of insolvent companies" 1995 *SA Merc LJ* 68.

107 Sien die bespreking van hierdie regsfiguur in par 2.1.1 van hierdie hoofstuk.

108 So 'n kontraktuele verhouding kan op 'n verskeidenheid van wyses tot stand kom. Die verteenwoordiger kan bv self 'n party tot die betrokke kontrak wees, in welke geval hy en die prinsipaal mede-kontrakspartye tot die transaksie sal wees. Die verteenwoordiger kan egter ook 'n aparte kontrak met die derde sluit, waarin hy bv waarborg dat hy oor die nodige volmag beskik. Sien tav die kontroversiële "geïmpliseerde waarborg van volmagbestaan" Joubert *Die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg* [1979] 77-82; Du Plessis "Agency and representation" *LAWSA* 1 [1993] 134. Sien ook *Blower v Van Noorden* 1909 TS 890; *Nebendahl v Schroeder* 1937 SWA 48; *Peak Lode Gold Mining Co v Union Government* 1932 TPA 48; *Henderson v Bartlett* 1950 3 SA 109 (W); *Calder-Potts v McMillan* 1956 3 SA 360 (OK); *Claude Neon Lights (SA) Ltd v Daniel* 1976 4 SA 403 (A) 408E-409D; *Indrieri v Du Plessis* 1989 2 SA 721 (K). Waar twyfel oor die volmag bestaan, kan die verteenwoordiger waarborg dat die prinsipaal die kontrak sal ratifiseer. Sien bv Milman & Durrant *Corporate*

kan oploop, waar die maatskappy 'n mededader in die delik was.[109] Die verteenwoordiger staan egter ook persoonlik aanspreeklik[110] teenoor die benadeelde vir skadevergoeding,[111] al is die delik gepleeg in die uitvoering van sy mandaat.[112] Waar die uitvoering van sy opdrag *per se* 'n delik daarstel, kan die prinsipaal en die verteenwoordiger beide as mededaders daarvoor aanspreeklik gehou word.[113] Indien die verteenwoordiger egter onbewus was van die werklike aard van die handeling en die handeling nie *per se* deliktueel was nie, sal die verteenwoordiger gewoonlik nie skuld aan die handeling hê nie en gevolglik nie deliktuele aanspreeklikheid daarvoor oploop nie.[114]

3.3 Die persoonlike aanspreeklikheid van die werknemer van die maatskappy

Indien 'n werknemer, hetsy in persoonlike hoedanigheid, hetsy in sy hoedanigheid as werknemer, 'n delik pleeg, staan hy persoonlik vir die delik aanspreeklik. Wanneer die delik egter in laasgenoemde hoedanigheid gepleeg word, kan die maatskappy as werkgewer saam met die werknemer middellik vir delik aangespreek word.[115] Die moontlike aanspreeklikheid van die maatskappy doen egter geen afbreuk aan die persoonlike deliktuele aanspreeklikheid van die

---

insolvency: law and practice [1987] 161-163.

109 Sien par 2 van hierdie hoofstuk.

110 *Stainer v Palmer-Pilgrim* 1982 4 SA 205 (O) 211D: "An agent who commits a delict or procures its commission is personally liable at the suit of the injured party even though he was at the time acting as agent for another."

111 In die geval waar volmag afwesig was en die verteenwoordiger opsetlik voorgestel het dat hy inderdaad oor volmag beskik, sal die derde nie die verteenwoordiger persoonlik aan die kontrak gebonde kan hou nie, maar wel skadevergoeding kan eis. Sien Joubert *Die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg* [1979] 77-78; Du Plessis "Agency and representation" *LAWSA* 1 [1993] 131; *Blower v Van Noorden* 1909 TS 890.

112 Sien Joubert *Die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg* [1979] 78; Neethling Potgieter en Visser *Deliktereg* [1996] 368; Du Plessis "Agency and representation" *LAWSA* 1 [1993] 130; Van Jaarsveld *Suid-Afrikaanse Handelsreg* vol 1 [1988] 269-270; *Thompson v Barkly East Rinderpest Commitee* 14 SC 393; *Mpotsang v Makgobi* 1910 KPA 69; *Marona v Blackbeard* 21 SC 436; *Stainer v Palmer-Pilgrim* 1982 4 SA 205 (O).

113 Voet *The selective Voet being the Commentary on the pandects* soos vertaal deur Gane vol 3 [1956] 17.1.6; *Thompson v Barkly East Rinderpest Committee* 1897 SC 393.

114 Voet *The selective Voet being the Commentary on the pandects* soos vertaal deur Gane vol 3 [1956] 17.1.6.

115 Die maatskappy kan natuurlik ook selfstandige aanspreeklikheid op die lyf loop, indien die maatskappy 'n mededader in die delik was, byvoorbeeld waar die denksentrum van die maatskappy 'n opdrag tot pleging van die delik aan die werknemer gegee het. Sien par 2.1.2 van hierdie hoofstuk.

betrokke werknemer nie.[116]

'n Verskeidenheid van persone, waaronder direkteure van maatskappye,[117] kan as werknemers van maatskappye optree. 'n Direkteur word egter nie outomaties 'n werknemer van die maatskappy nie. Soos by enige diensverhouding word vereis dat daar 'n dienskontrak tussen die betrokke direkteur en die maatskappy gesluit word alvorens die direkteur 'n werknemer van die maatskappy sal wees.[118] Na sluiting van so 'n dienskontrak, staan die persoon in 'n dubbele verhouding teenoor die maatskappy: aan die een kant beklee hy 'n amp as direkteur van die maatskappy; aan die ander kant, en, onafhanklik van sy ampsbekleding, dien hy die maatskappy as werknemer.[119] Hierdie twee verhoudinge bestaan afsonderlik. Indien die persoon byvoorbeeld as werknemer van die maatskappy afgedank word, beëindig dit nie sy ampsbekleding as direkteur van daardie maatskappy nie.[120]

Die vraag of daar 'n dienskontrak tussen 'n direkteur en die maatskappy bestaan, is feitelik van aard.[121] Hierdie vraag kan maklik beantwoord word, wanneer daar 'n uitdruklike dienskontrak, hetsy skriftelik of mondeling, tussen die direkteur en sy maatskappy bestaan. Die vraag is egter meer ingewikkeld, wanneer 'n uitdruklike

116 *Minister van Polisie v Rabie* 1986 1 SA 117 (A); *Macala v Maokeng Town Council* 1993 1 SA 434 (A); *Harnischfeger Corporation v Appleton* 1993 4 SA 479 (W) 487D-E: "The relationship between employer and the activity of his employee is a basis for holding an additional party liable and not a ground for absolving the person who actually committed the delict."

117 Rubin "The director as employee of the company" 1978 *JBL* 330; Edwards "Company directors as employees" 1986 *Company Lawyer* 204; Bailey "The company director as employee" 1988 *Company Lawyer* 187; Du Plessis "Die Nywerheidshof, werknemers en direkteure" 1988 *De Rebus* 119; Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD [1990] UOVS 356-374. Sien ook *Re Beeton & Co Ltd* 1913 2 Ch 279; *Lee v Lee's Air Farming Ltd* 1960 3 All ER 420 425B-C en, tav Suider-Afrikaanse gesag, *French Hairdressing Saloons Ltd v National Employers Mutual General Insurance Association Ltd* 1931 AA 60; *R v Berman* 1932 KPA 133; *Moresby White v Rangeland Ltd* 1952 4 SA 285 (SR).

118 Sien die bespreking in par 2.1.1 van hierdie hoofstuk en Van Jaarsveld & Van Eck *Kompendium van die Suid-Afrikaanse arbeidsreg* [1992] 55-64; *Colonial Mutual Life Assurance Society v Macdonald* 1931 AA 412; *Ongevallekommissaris v AVBOB* 1976 4 SA 446 (A); *Rodriques v Alves* 1978 4 SA 841 (A).

119 Sien Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD [1990] UOVS 113; 362-374 vir 'n ontleding van die regsposisie van 'n direkteur wat in 'n diensverhouding met 'n maatskappy staan.

120 Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 114. Vgl ook *Moresby White v Rangeland Ltd* 1952 4 SA 285 (SR) 288A.

121 Sien tav nywerheidstribunale se hantering van die vraagstuk Rubin "The director as employee of the company" 1978 *Journal of Business Law* 330; Edwards "Company directors as employees" 1986 *Company Lawyer* 204; Bailey "The company director as employee" 1988 *Company Lawyer* 187; Du Plessis "Die Nywerheidshof, werknemers en

dienskontrak afwesig is en aangevoer word dat so 'n kontrak stilswyend tussen die partye gesluit is. In so 'n geval moet die aard van die verhouding tussen die direkteur en die maatskappy ontleed word, ten einde 'n bevinding oor die bestaan, al dan nie, van so 'n kontrak te maak. Daar is vroeër daarop gewys dat daar onsekerheid bestaan oor die korrekte toets vir werknemerskap, aangesien konsensus ontbreek oor die wesenskenmerke van die dienskontrak.[122] Die howe pas egter gewoonlik praktiese toetse op die feite toe ten einde te bepaal of die nodige gesagsverhouding bestaan het en of vergoeding betaal is en bereik dan 'n gevolgtrekking op grond van die dominante indruk wat die kontrak skep.[123] Na 'n deurtastende ontleding van hoofsaaklike Engelsregtelike gesag in hierdie verband, kom Du Plessis tot die gevolgtrekking:[124]

> "Dit is ... duidelik dat die gewone toetse wat aangewend word om te bepaal of iemand 'n werknemer is, ook aanwending vind al beklee die persoon ook die amp van direkteur of besturende direkteur.

Wanneer vasgestel is dat daar wel 'n dienskontrak tussen die betrokke direkteur en die maatskappy bestaan, is dit belangrik om te voorts vas te stel in welke hoedanigheid die persoon die spesifieke handeling verrig het. Daar moet dus vasgestel word of hy die handeling verrig het in sy persoonlike hoedanigheid of in sy hoedanigheid as direkteur of as werknemer van die maatskappy.[125] Die basiese toets wat deur die Appèlhof in *Minister van Polisie v Rabie*[126] geformuleer is en wat die bedoeling van die persoon en die aard van sy handeling verreken,[127] is waardevol om te onderskei tussen persoonlike en werksgerigte handelinge. Dit is egter moeiliker om te onderskei tussen direkteurshandelinge en werknemershandelinge.

---

direkteure" 1988 *De Rebus* 119.

122 Sien par 2.1.1 van hierdie hoofstuk. Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD 1990 [UOVS] 364; Sien Kelling *Aspekte van die aard en uitwerking van arbeidsooreenkomste in die Suid-Afrikaanse arbeidsreg* LLD UP [1988] 266-272; Kelling "'n Beskouing van die essentialia van die dienskontrak" 1990 *TRW* 107; Van Jaarsveld & Van Eck *Kompendium van die Suid-Afrikaanse arbeidsreg* [1992] 55.

123 *Ongevallekommissaris v AVBOB* 1976 4 SA 446 (A); *Rodriques v Alves* 1978 4 SA 841 (A). Sien ook Edwards "Company directors as employees" 1986 *Company Lawyer* 204.

124 Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD [1990] UOVS 364.

125 Sien bv *R v Berman* 1932 KPA 133 136: "The test is not whether the relationship of master-servant exists, but whether, in regard to the work in question he is employed". Vgl Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD [1990] UOVS 249.

126 1986 1 SA 117 (A).

In *Lee v Lee's Air Farming Ltd*[128] het die aard van die werk wat die oorledene ten tyde van sy dood verrig het, die *Privy Council* gehelp om te bevind dat die besturende direkteur van 'n maatskappy ook 'n werknemer van die maatskappy was:[129]

> "The Court of Appeal thought that his special position as governing director precluded him from being a servant of the respondent company. On this view, it is difficult to know what his status and position was when he was performing the arduous and skilful duties of piloting an aeroplane which belonged to the respondent company and when he was carrying out the operation of top-dressing farm lands from the air. He was paid wages for so doing ... It cannot be suggested that, when engaged in the activities above referred to, the deceased was discharging his duties as governing director."

'n Verdere voorbeeld van 'n soortgelyke benadering kan geïdentifiseer word in *Moresby White v Rangeland Ltd.*[130] In hierdie saak is 'n persoon beseer in die maatskappy se werkswinkel. Die persoon was 'n direkteur van die maatskappy, maar was ook 'n werknemer van die maatskappy ingevolge 'n dienskontrak wat hom as produksie- en gesamentlike verkoopsbestuurder aangestel het. Die hof het in effek bevind dat die persoon geregtig was op werknemersvergoeding, aangesien hy die besering in sy hoedanigheid as werknemer opgedoen het.[131] In die ontleding van die persoon se regsposisie en die hoedanigheid waarin hy beseer is, het die hof 'n verskeidenheid van faktore in ag geneem.[132] Die hof het onder andere bevind:[133]

> "The uncontradicted evidence shows that the production management necessarily involved the performance of the work usually done by artisans and certainly outside the duty of a director."

---

127 *Minister van Polisie v Rabie* 1986 1 SA 117 (A) 134D.

128 1960 3 All ER 420.

129 *Lee v Lee's Air Farming Ltd* 1960 3 All ER 420 425B-C.

130 1952 4 SA 285 (SR).

131 *Moresby White v Rangeland Ltd* 1952 4 SA 285 (SR) 287C-E: "It is quite clear that a director may, in a different capacity, be a servant and employee of the company ... When a director is injured in the works of the company to which he belongs he is entitled to compensation in terms of the Act if it can be shown that his injury was received, not in the course of his duty as director, but in the course of his employment as a workman in terms of the Act."

132 Die faktore het ingesluit dat die persoon se posbeskrywing as bestuurder kan dui op werknemerskap; dat daar nie in die dienskontrak enige van die direksie se bevoegdhede aan hom gedelegeer is nie; dat hy sy dienste gelewer het onder die direksie se kontrole en beheer; dat 'n oortydbetalingreëling bestaan het; dat die dienskontrak nie afhanklik was van die persoon se ampsbekleding as direkteur nie en dat die maatskappy die persoon as werknemer beskou het en die nodige werknemersversekeringspremies tav hom betaal het. Hierdie faktore, word in oorweging gegee, bevestig die bestaan van die dienskontrak, maar is nie werklik van hulp om vas te stel in welke hoedanigheid die persoon gehandel het toe hy beseer is nie.

133 *Moresby White v Rangeland Ltd* 1952 4 SA 285 (SR) 287H-288A.

Die aard van die betrokke handelinge kan dus 'n belangrike aanduiding wees van die hoedanigheid waarin dit verrig is. Daar word egter in oorweging gegee dat ander faktore ook verreken behoort te word, alvorens 'n gevolgtrekking bereik kan word. Daar behoort byvoorbeeld oorweeg te word of die handeling binne die werkskring van die persoon in sy hoedanigheid as werknemer of eerder binne sy taakterrein as direkteur val. Sy subjektiewe bedoeling ten aansien van sy hoedanigheid en die indruk van sy mede-direkteure asook die indruk van buitestanders behoort ook oorweging te geniet.[134] Hierdie faktore vorm nie 'n *numerus clausus* nie, maar is bloot aanduidend van die tipe vrae wat gevra kan word ten einde die hoedanigheid waarin 'n persoon 'n gewraakte handeling verrig het, te identifiseer.

Indien so 'n ondersoek uitwys dat 'n direkteur in sy hoedanigheid as werknemer 'n delik gepleeg het, sal die regsgevolge soos hierbo uiteengesit, daaruit voortvloei: die persoon sal persoonlik aanspreeklik wees vir die delik en die maatskappy sal middellike aanspreeklikheid daarvoor oploop.[135] As die ondersoek egter uitwys dat die direkteur in sy amptelike hoedanigheid gehandel het en sy handeling ingevolge die orgaansteorie die maatskappy toegereken word, is die aangeleentheid meer ingewikkeld.

3.4 Die deliktuele aanspreeklikheid van die direkteur van die maatskappy

Die persoonlike aanspreeklikheid van direkteure van maatskappye vir delikte gepleeg in die loop van die uitoefening van hulle amspverpligtinge is 'n problematiese terrein.

'n Deel van die problematiek spruit uit 'n gebrek aan onderskeiding tussen die hoedanighede waarin 'n persoon wat 'n maatskappydirekteur is, kan handel.[136] Uit die bespreking hierbo blyk dat 'n direkteur in sy persoonlike hoedanigheid kan handel, of in 'n hoedanigheid as verteenwoordiger van die maatskappy, of, sou 'n dienskontrak bestaan, in die hoedanigheid as werknemer van die maatskappy, of, laastens, in sy amptelike hoedanigheid as direkteur van die maatskappy. Wanneer 'n delik gepleeg word deur so 'n persoon, is dit van deurslaggewende belang om

134 Sien in die alg *Minister van Polisie v Rabie* 1986 1 SA 117 (A).

135 Sien in die alg *Yuille v B & B Fisheries (Leigh) Ltd v Bates ("The Radiant")* 1958 2 Ll L Rep 596; *R v Latib* 1973 3 SA 982 (A).

136 Sien Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD [1990] UOVS 271.

vas te stel in welke hoedanigheid dit gepleeg is.[137]

As die delik gepleeg is terwyl die direkteur as verteenwoordiger of werknemer van die maatskappy gehandel het, moet die reëls wat hierbo bespreek is ten aansien van middellike en persoonlike aanspreeklikheid, toegepas word. Indien die delik gepleeg is in sy persoonlike hoedanigheid, byvoorbeeld in sy vrye tyd, is dit nie van werklike belang binne maatskappyeregkonteks nie, aangesien geen regsgevolge vir die maatskappy daaruit kan voortvloei nie. Dit laat die laaste en mees problematiese kategorie, naamlik waar die delik gepleeg is in amptelike hoedanigheid en spesifiek waar die direkteur nie namens die maatskappy optree nie, maar, ooreenkomstig die orgaansteorie,[138] geag word te handel as die maatskappy. Selfstandige deliktuele aanspreeklikheid sal gewoonlik in sodanige omstandighede vir die maatskappy uit daardie handelinge voortvloei. Kan die betrokke direkteur egter ook persoonlik aanspreeklik gehou word vir sy handelinge wat die aanspreeklikheid van die maatskappy begrond?

In teenstelling met die reg rakende die aanspreeklikheid van verteenwoordigers en werknemers van maatskappye vir sodanige dade, is daar 'n opvallende gebrek in ooreenstemming tussen hofuitsprake wat met die moontlike aanspreeklikheid van direkteure handel.[139] Die presiese redes vir die uiteenlopende standpunte blyk nie altyd duidelik uit die uitsprake nie.[140] Die meeste uitsprake vertoon 'n sterk

137 Sien Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD [1990] UOVS 271. Sien ook Du Plessis "Die persoonlike deliktuele aanspreeklikheid van uitvoerende beamptes" 1994 *THRHR* 135 en *Trevor Ivory Ltd v Anderson* 1992 2 NZLR 517 527.

138 Sien par 2.1.2 van hierdie hoofstuk.

139 Vir 'n seleksie uit die belangrikste uitsprake tav Engelsregtelike reëls op die terrein, sien *Rainham Chemical Works v Belvedere Guano Co* 1921 AC 465; *British Thomson-Houston Co Ltd v Sterling Accessories Ltd* 1924 2 Ch 33; *Performing Right Society Ltd v Ciryl Theatrical Syndicate Ltd* 1924 1 KB 1; *Yuille v B & B Fisheries (Leigh) Ltd v Bates ("The Radiant")* 1958 2 Ll L Rep 596; *Wah Tat Bank Ltd v Chan Cheng Kum* 1975 2 All ER 257; *Mentrnore Manufacturing Co Ltd v National Merchandising Manufacturing Co Inc* 1978 89 DLR 3d 195; *Hoover plc v George Hulme Ltd* 1982 FSR 565; *White Horse Distillers Ltd v Gregson Associates Ltd* 1984 RPC 61; *C Evans & Sons v Spritebrand Ltd* 1985 2 All ER 415; *Mancetter Developments Ltd v Garmanson Ltd* 1986 1 All ER 449; *Hamilton v Whitehead* 82 ALR 626; *Trevor Ivory Ltd v Anderson* 1992 2 NZLR 517; *Jagwar Holdings Ltd v Julian* 1992 6 NZCLC 68040. Vir 'n bespreking van die problematiek, sien Arora "When directors are personally liable" 1981 *The Company Lawyer* 201; Borrowdale & Simpson "Directors' liability in tort: recent developments" 1995 *Company and Securities Law Journal* 400 400-401; Du Plessis en Henning "Die deliktuele aanspreeklikheid van persone wat as maatskappyorgane opgetree het" 1989 *THRHR* 540; Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD 1990 [UOVS] 249-271; Du Plessis "Die persoonlike deliktuele aanspreeklikheid van uitvoerende beamptes" 1994 *THRHR* 135; Wishart "The personal liability of directors in tort" 1992 *Company and Securities Law Journal* 363.

140 Vir 'n diepgaande ontleding van die internasionale beslissings tav die problematiek, sien Du

kasuïstiese karakter. Howe voer dikwels in hierdie verband aan dat die feite van die betrokke saak die deurslag gee. Dit skep ruimte om nie 'n gegronde motivering te bied vir 'n eiesoortige toepassing van die algemene reëls nie.[141] 'n Ontleding van uitsprake wat met hierdie problematiek handel, dui egter daarop dat die reëls rakende regspersoonlikheid en beperkte aanspreeklikheid binne maatskappyverband sowel as die negatiewe sosio-ekonomiese implikasies van wye direkteursaanspreeklikheid, belangrike faktore was wat uitsprake beïnvloed het. Hierdie faktore word vervolgens kortliks van nader beskou.

Die erkenning van die regspersoonlikheid van die maatskappy bring teweeg dat die maatskappy aanspreeklik staan vir sy eie delikte. Geen ander persoon kan dus slegs vanweë sy assosiasie met die maatskappy, hetsy as aandeelhouer of as direkteur, aanspreeklikheid vir daardie delik oploop nie. Op hierdie basis is die algemene reël geformuleer dat direkteure nie aanspreeklik gehou kan word vir die delikte van die maatskappy, bloot alleen omdat hulle direkteure van die maatskappy was nie.[142] Terwyl bogenoemde reël met gemak toegepas kon word binne die konteks van groot maatskappye, het die erkenning van kleiner maatskappye in *Salomon v Salomon & Co Ltd*[143] daartoe gelei dat al hoe meer vraagstukke rakende kleiner maatskappye en veral sogenaamde eenpersoonsmaatskappye voor die howe gedien het.[144] In vele van daardie gevalle was die betrokke direkteur die handelende persoon in die pleeg van die onregmatige daad. Die benadeelde wou in sodanige gevalle soms nie net die

Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD 1990 [UOVS] 253-264.

141 Vgl bv die *Privy Council*-uitspraak in *Wah Tat Bank Ltd v Chan Cheng Kum* 1975 2 All ER 257 260B-C waar Lord Salmon met verwysing na die moontlike persoonlike aanspreeklikheid van direkteure gesê het:"Each case depends on its own particular facts." In *Trevor Ivory v Anderson* 1992 2 NZLR 517 522 is die volgende opmerking gemaak tav die belang van die besondere feite van elke saak in relevante Engelse uitsprake: "In the result the English authorities leave the issue fairly open so far as principle is concerned, hardly going beyond the approach that the facts of individual cases are all-important."

142 *Rainham Chemical Works v Belvedere Guano Co* 1921 AC 465 476; *Performing Right Society Ltd v Ciryl Theatrical Syndicate Ltd* 1924 1 KB 1 15; *Wah Tat Bank Ltd v Chan Cheng Kum* 1975 2 All ER 257 260. Sien in die alg Arora "When directors are personally liable" 1981 *The Company Lawyer* 201; Blackman "Companies" *LAWSA* 4.1 [1996] 293. Vir 'n voorbeeld van statutêre inbreukmaking op hierdie beginsel, sien a 172(5)(b) van die Maatskappywet wat die direkteure en die ondertekenaars van 'n akte van 'n maatskappy onder sekere omstandighede gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik stel vir alle skulde en verpligtinge wat ontstaan uit besigheid wat die maatskappy dryf, sonder 'n sertifikaat om met besigheid te begin.

143 1897 AC 22.

144 Sien in die alg Sealy "Directors' 'wider' responsibilities - problems conceptual, practical and procedural" 1987 *Monash University Law Review* 164 180; Ziegel "Creditors as corporate stakeholders: the quiet revolution - an Anglo-Canadian perspective" 1993 *University of*

maatskappy nie, maar ook die betrokke persoon vir sy skade aanspreek.

Hierdie tipe eise het die vrees laat ontstaan dat inbreuk gemaak sal word op die basiese reël dat direkteure nie outomaties aanspreeklik gehou kon word vir die delikte van hulle maatskappy nie.[145] In *Mentmore Manufacturing Co Ltd v National Merchandising Manufacturing Co Inc*[146] is byvoorbeeld die gevaar voorsien dat die normale beheer wat 'n direkteur in 'n klein maatskappy oor die sake van die maatskappy uitoefen, voldoende sal wees om die direkteur outomaties aanspreeklik te stel vir sekere onregmatige dade wat in die loop van die dryf van besigheid deur so 'n maatskappy gepleeg word.

In die geval van 'n klein maatskappy waar die direkteur ook die enigste of hoofaandeelhouer en werknemer was, het die beginsel rakende die beperking van aanspreeklikheid[147] ook 'n beduidende invloed uitgeoefen.[148] In sodanige gevalle is daar geredeneer dat breë deliktuele aanspreeklikheid vir direkteure inbreuk sal maak op die gevestigde beginsel van beperkte aanspreeklikheid in maatskappyverband.[149] Suiwer beskou, behoort hierdie beginsel egter nie verreken

Toronto Law Journal 511.

145 Sien in die alg *Mentmore Manufacturing Co Ltd v National Merchandising Manufacturing Co Inc* 1978 89 DLR 3d 195; *White Horse Distillers Ltd v Gregson Associates Ltd* 1984 RPC 61; *Trevor Ivory v Anderson* 1992 2 NZLR 517.

146 1978 89 DLR 3d 195.

147 Sien in die alg Cilliers *A critical enquiry into the origin, development and meaning of the concept "limited liability" in company law* LLD UNISA [1963]; Easterbrook & Fischel "Limited liability and the corporation" 1985 *The University of Chicago Law Review* 52; Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stell LR* 148; Pettet "Limited liability - a principle for the 21st century?" 1995 *Current Legal Problems* deel 2 125.

148 Vgl bv Le Dain J se opmerking in *Mentmore Manufacturing Co Ltd v National Merchandising Manufacturing Co Inc* 1978 89 DLR 3d 195 202: "What is involved here is a very difficult question of policy. On the one hand, there is the principle that an incorporated company is separate and distinct in law from its shareholders, directors and officers, and it is in the interests of the commercial purposes served by the incorporated enterprise that they should as a general rule enjoy the benefit of the limited liability afforded by incorporation. On the other hand, there is the principle that everyone should answer for his tortious acts. The balancing of these two considerations in the field of patent infringement is particularly difficult."

149 Sien bv *White Horse Distillers Ltd v Gregson Associates Ltd* 1984 RPC 61 92 per Nourse J: " ... [I]t would seem to be irrational that there should be personal liability merely because the director expressly or impliedly directs or procures the commission of a tortious act or conduct. In the extreme, but familiar, example of the one-man company, that would go near to imposing personal liability in every case." Vgl die interpretasie van hierdie stelling in die uitspraak van die *Court of Appeal* in *Trevor Ivory v Anderson* 1992 2 NZLR 517 523: "In this field I agree with Nourse J ... in the *White Horse* case that it behoves the Courts to avoid imposing on the owner of a one-man company a personal duty of care which would erode the limited liability and separate identity principles associated with the names of Salomon and Lee." Vgl ook Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stell LR* 148 149.

te word in hierdie konteks nie: dit is nie 'n aandeelhouer se aanspreeklikheid vir verpligtinge van die maatskappy wat ter sprake is nie, maar die aanspreeklikheid van 'n delikpleger vir die skade wat deur die delik teweeggebring is.[150] Hierdie onderskeid is egter nie altyd ten volle waardeer in die gevalle waar direkteursaanspreeklikheid vir delikte ter sprake gekom het nie.[151]

'n Verdere problematiese aspek van die invloed van die beginsel van beperkte aanspreeklikheid in hierdie verband, is dat hierdie beginsel geskep is met kontraktuele skulde in oog. Pettet wys daarop dat die uitbreiding van die beginsel van beperkte aanspreeklikheid na beskerming teen delikte wat deur die maatskappy gepleeg word, histories nooit werklik goed deurdink is nie:[152]

> "... [T]he policy of having limited liability for corporate torts seems not to have ever been subjected to any significant degree of legislative or judicial scrutiny. When the principle was first introduced in 1855, the preceding debate had been about limited liability and voluntary creditors. Similarly in the *Salomon case* ... there was considerable discussion of the wisdom and fairness of the policy as applied to trade and financial creditors but no mention of tort creditors. The court seems to have drifted towards the assumption that limited liability applied also to torts."

---

150 Sien Pettet "Limited liability - a principle for the 21st century?" 1995 *Current Legal Problems* deel 2 125 136-137 wat hierdie onderskeid nie suiwer handhaaf nie. Sien *In re Hefferon Kearns Ltd (No 1)* 1993 3 IR 177 185-186 tav die aanspreeklikheid wat voortvloei uit die Ierse ekwivalent van a 424: "It is not limited liability which protects directors from personal liability for the debts of the company. This right is material only to shareholders ... The liability imposed by s. 33 [fraudulent or reckless trading] derives from the conduct at some point in time of an officer in relation to the affairs of the company and not upon any shareholding which he might have therein." Sien ook *O'Keeffe v Ferris* 1993 3 IR 165 173-174: "One explanation offered for this unusual procedure and the consequences is the fact that limited liability is (in general) the creature of legislation and what the legislature grants the legislature can withdraw and furthermore that it would be well justified in doing so where the company engaged in trade for a fraudulent purpose. *That explanation is unsustainable. The burden imposed by the sub-section is not confined to or indeed directly related to the shareholders in or proprietors of the company.* The liability, where it arises, is imposed upon persons 'who are knowingly parties to the carrying on of the business' of the company with intent to defraud creditors thereof. That is to say the executives or management of the company whether or not they were shareholders therein. Effectively what the section does is to withdraw, in certain circumstances and to a certain extent, the right of an executive to plead that he was merely acting as an agent of a corporate body and to make him personally liable in certain circumstances for the activities for which he was directly responsible." [eie kursivering] Die verduideliking dat die bepaling die beskerming van 'n verteenwoordigingsverweer ophef, moet egter uit 'n SA oogpunt met omsigtigheid aanvaar word in die lig van die SA regsposisie rakende die aanspreeklikheid van verteenwoordigers. Sien par 3.2 van hierdie hoofstuk.

151 Vgl Sealy "Directors' 'wider' responsibilities - problems conceptual, practical and procedural" 1987 *Monash University Law Review* 164 180.

152 Pettet "Limited liability - a principle for the 21st century?" 1995 *Current Legal Problems* deel 2 125 152. Vir die ontwikkeling van die Engelse reg rakende aanspreeklikheid vir prospektusse wat bedrieglik uitgereik is, sien Lobban "Nineteenth century frauds in company formation: Derry v Peek in context" 1996 *LQR* 287.

Die samehang tussen beperkte aanspreeklikheid en maatskappydelikte was dus nie werklik logies deurdink en gegrond nie. Die verwarring vergroot dus eksponensieel waar die toepassing van hierdie beginsel uitgebrei word na direkteursaanspreeklikheid vir delikte.

Kritiek op die suiwerheid van die uitleg wat aan hierdie sentrale reëls van die maatskappyereg in hierdie konteks gekoppel is, moet egter verreken dat howe weens doelmatigheidsredes neig om direkteure teen persoonlike aanspreeklikheid te beskerm. Breë persoonlike aanspreeklikheid vir maatskappydirekteure word as onwenslik beskou. Die maatskappy as ondernemingsvorm se krag lê in die bevryding van individue om verantwoordelik finansiële risikos te neem.[153] Breë blootstelling aan persoonlike aanspreeklikheid kan dempend inwerk op die gewilligheid van direkteure om risikos te neem.[154] Dit kan ook aanleiding gee tot 'n traagheid aan die kant van goedgekwalifiseerde persone om aanstellings as direkteure te aanvaar.[155] Dit is duidelik dat hierdie faktore ekonomiese groei kan belemmer en die effektiwiteit van die maatskappy as ondernemingsvorm kan ondermyn. Hierdie oorwegings kon dus howe in sekere omstandighede tot sekere gedwonge interpretasies van die basiese reëls genoop het.

Hierdie samehang van die historiese, regsteoretiese en praktiese oorwegings stem

153 Institute of Directors in Southern Africa *The King report on corporate governance* [1994] 6.

154 Vir kommer in hierdie verband, sien Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD 1990 [UOVS] 266. Sien Sealy "Directors' 'wider' responsibilities - problems conceptual, practical and procedural" 1987 *Monash University Law Review* 164 181: "Any reformulation of directors' duties ... has to accommodate the concept of risk, and allow for the fact that the directors must be free to take risks and to judge what risks their business should take. We must not lose sight of the fact that it is the principal function of the limited liability company, and of company law, to facilitate this risk-taking; without it, the world's railways would not have been built and we would have had no Industrial Revolution, no modern technology." Sien ook *C Evans & Sons v Spritebrand Ltd* 1985 2 All ER 415 424A-B.

155 Sealy "Directors' 'wider' responsibilities - problems conceptual, practical and procedural" 1987 *Monash University Law Review* 164 186: "Power carries responsibility, and directors are rightly made answerable for abusing it. But directors at large should not be exposed to risk of personal liability without good cause or, as experienced in some countries has shown, there is a risk that people with the necessary experience and ability to fill non-executive directorships will be reluctant to take office." Sien Link Newcomb "The limitation of directors' liability: a proposal for legislative reform" 1987 *Texas Law Review* 411 412-413 tav die invloed van breër direkteursaanspreeklikheid in die VSA: "In the past two years, directors have resigned from the boards of many major corporations, citing fear of liability as a primary reason for their departure ... [M]any candidates have refused to serve on boards ... The outside director, highly valued by most corporations, may be the first to resign and the most difficult to replace ... In a 1986 survey of over five hundred corporations, twenty-two percent reported that qualified candidates refused to serve as directors." Sien ook Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD 1990 [UOVS] 266.

regsgeleerdes gewoonlik negatief teenoor 'n liberale benadering ten aansien van persoonlike aanspreeklikheid binne maatskappyverband. 'n Aantal reëls en teorieë is gevolglik geformuleer om breë persoonlike aanspreeklikheid van maatskappyfunksionarisse te verhoed. Ten einde die *Mentmore*-tipe vrees rakende outomatiese middellike aanspreeklikheid van direkteure as prinsipale van hulle maatskappy te ondervang, is die reël byvoorbeeld geformuleer dat 'n direkteur nie bloot uit hoofde van sy bekleding van sy amp as prinsipaal van sy maatskappy beskou kan word nie.[156] 'n Verdere benadering in hierdie verband is dat daar onderskei moet word tussen 'n handeling van 'n persoon as maatskappyorgaan en 'n handeling in sy persoonlike hoedanigheid. Wanneer hy in eersgenoemde hoedanigheid handel, kan hy geen aanspreeklikheid in sy persoonlike hoedanigheid oploop nie.[157]

Hoewel laasgenoemde benadering sin maak ten aansien van verteenwoordiging en kontraksluiting namens 'n maatskappy, is dit besonder moeilik om dit binne deliktuele verband te regverdig. Hierdie redenasie sal tot gevolg hê dat die betrokke individu aan aanspreeklikheid vir sy eie optrede kan ontkom en so 'n gevolg word as onwenslik geag.[158] Ten einde onder andere hierdie benadering te regverdig, is 'n teorie geformuleer dat 'n handeling as orgaan nie aanleiding kan gee tot persoonlike aanspreeklikheid nie, weens die afwesigheid van 'n persoonlike bewussyn. Hierdie teorie bied 'n goeie voorbeeld van die problematiek wat sodanige teorieë en beskermingsmeganismes in die maatskappyereg teweegbring

---

156 *Rainham Chemical Works v Belvedere Guano Co* 1921 AC 465 488; *Thomson-Houston Co Ltd v Sterling Accessories Ltd* 1924 2 Ch 33. 'n Verskil van opinie bestaan egter ook die mate van beheer wat voldoende sal wees om 'n direkteur as opdraggewer aanspreeklik te stel vir 'n delik wat uit hoofde van daardie opdrag gepleeg is. Sien bv *Mentmore Manufacturing Co Ltd v National Merchandising Manufacturing Co Inc* 1978 89 DLR 3d 195 202-203 en *White Horse Distillers Ltd v Gregson Associates* [1984] RPC 61 91-92 vir voorbeelde van 'n konserwatiewe benadering wat meer as net blote beheer en opdraggewing verg en *Mancetter Developments Ltd v Garmanson Ltd* 1986 1 All ER 449 452 en *C Evans & Sons v Spritebrand Ltd* 1985 2 All ER 415 424 vir 'n meer liberale benadering.

157 Vir 'n samevatting van so 'n argument, sien *Yuille v B & B Fisheries (Leigh) Ltd v Bates ("The Radiant")* 1958 2 Ll L Rep 596 671: "What he does as a director is, so far as his own liability is concerned, a matter between him and the company: any act of his as a director is the company's act, and in law can render only the company liable." Vgl ook *Trevor Ivory Ltd v Anderson* 1992 2 NZLR 517. Die argument is in die *Radiant*-uitspraak verwerp en daar is bevind dat die persoon wel aanspreeklikheid kan oploop. Die presiese gronde vir die uitspraak blyk egter nie duidelik nie. Sien Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD 1990 [UOVS] 260-261.

158 Vgl bv *Mentmore Manufacturing Co Ltd v National Merchandising Manufacturing Co Inc* 1978 89 DLR 3d 195 202; *Hamilton v Whitehead* 82 ALR 626; Finch "Personal accountability and corporate control: the role of directors' and officers' liability insurance 1994 *MLR* 880 881.

en gevolglik word dit in groter besonderhede bespreek.

3.4.1 Afwesigheid van persoonlike bewussyn

Die teorie rakende die afwesigheid van 'n persoonlike bewussyn word soos volg deur Welling opgesom:[159]

> "... [A] corporation could commit a purely intellectual offence. However, in doing so, a corporation must borrow the mind of some individual and use that mind as its own. Given this analysis, what could be said of the individual whose mind had been borrowed? Surely the individual could not be said to be using his mind at the same time and for the same purpose as the corporation did. ... This interesting conception of the company as a nine-to-five body snatcher has much to commend it intellectually."

Hierdie redenasie het tot gevolg dat 'n persoon nie persoonlik aanspreeklik gehou kan word vir enige handelinge wat hy in sy hoedanigheid as maatskappyorgaan verrig het nie. Volgens hierdie redenasie sal 'n maatskappy en die persoon wat sy denksentrum uitmaak, nooit mededaders in dieselfde delik kan wees nie, aangesien daar slegs een skuldige bewussyn onderskei kan word. 'n Soortgelyke benadering kan geïdentifiseer word in die ontleding van sameswering in *R v McDonnell*.[160] In hierdie leidinggewende Engelse uitspraak is bevind dat 'n persoon wat die enigste direkteur en enigste handelende individu in 'n maatskappy was, nie aangekla kon word van sameswering met daardie maatskappy nie, "for the reason that there are not two persons and two minds involved".[161]

Die geldigheid van hierdie teorie word egter in gedrang geplaas deur die groot aantal uitsprake waarin 'n onderskeid tussen so 'n handelende individu en die maatskappy erken is. Een van die klassieke uitsprake in hierdie verband is *Lee v Lee's Air Farming Ltd.*[162] In hierdie uitspraak het die *Privy Council* bevind dat mnr Lee, wat in effek die enigste aandeelhouer en die enigste direkteur van Lee's Air Farming Bpk was, as verteenwoordiger van die maatskappy 'n geldige

159 Welling *Corporate law in Canada* [1991] 119.

160 1966 1 All ER 193.

161 *R v McDonnell* 1966 1 All ER 193 201E: "... I have reached the conclusion that I should express the opinion or anticipatory ruling that those charges of conspiracy can not be sustained, on the footing that in the particular circumstances here, where the sole responsible person in the company is the defendant himself, it would not be right to say that there were two persons or two minds. If it were otherwise, I feel it would offend against the basic concept of a conspiracy, namely an agreement of two or more to do an unlawful act, and I think it would be artificial to take a view that each of these companies can be regarded as a separate person or a separate mind, in view of the admitted fact that this defendant acts alone as far as these companies are concerned."

162 1960 3 All ER 420.

dienskontrak met homself in sy persoonlike hoedanigheid gesluit het.[163] Die *Privy Council* het dit nie vreemd gevind dat mnr Lee in twee hoedanighede opgetree het nie. Dit is ook nie as buitengewoon beskou dat mnr Lee in sy hoedanigheid as direkteur namens die maatskappy geldige gesag oor homself in sy hoedanigheid as werknemer kon uitoefen nie.[164] Kontraksluiting en gesagvoering vereis minstens twee afsonderlike bewussyne. In die lig van hierdie erkenning van afsonderlike bewussyne waar een persoon in verskillende hoedanighede handel, val dit as vreemd en kunsmatig op om afsonderlike bewussyne in soortgelyke omstandighede te ontken waar delikpleging en sameswering betrokke is.

Vereenselwiging van 'n individu en die maatskappy vind wel plaas ingevolge die orgaansteorie ten einde die maatskappy selfstandig vir daardie delik aanspreeklik te stel.[165] Hierdie vereenselwiging vind egter nie plaas waar die maatskappy die slagoffer is van die individu se misdaad of delik nie. Ingevolge die orgaansteorie word die enigste direkteur se kennis gewoonlik die maatskappy toegereken. Wanneer die direkteur egter die maatskappy bedrieg, word sy kennis van die waarheid nie meer die maatskappy toegereken nie,[166] ten einde die hof in staat te stel om te bevind dat die maatskappy om die bos gelei is.[167] 'n Maatskappydirekteur wat die enigste aandeelhouer en enigste direkteur van daardie maatskappy is, kan voorts van diefstal aangekla word, indien hy

---

163 *Lee v Lee's Air Farming Ltd* 1960 3 All ER 420 425I-426A: "Nor in their Lordships' view were any contractual obligations invalidated by the circumstance that the deceased was sole governing director in whom was vested the full government and control of the respondent company. Always assuming that the respondent company was not a sham, then the capacity of the respondent company to make a contract with the deceased could not be impugned merely because the deceased was the agent of the respondent company in its negotiations."

164 *Lee v Lee's Air Farming Ltd* 1960 3 All ER 420 426E-F: "The fact that as long as the deceased continued to be governing director, with amplitude of powers, it would be for him to act as the agent of the respondent company to give the orders does not alter the fact that the respondent company and the deceased were two separate and distint legal persons. If the deceased had a contract of service with the company, then the respondent company had a right of control. The manner of its exercise would not affect or diminish the right to its exercise ... Just as the respondent company and the deceased were separate legal entities so as to permit of contractual relations being established between them, so also were they separate legal entities so as to enable the respondent company to give an order to the deceased."

165 Sien par 2.1.2 van hierdie hoofstuk.

166 *Re Hampshire Land Company* 1896 2 Ch 743; *JC Hougton and Company v Nothard, Lowe and Wills Ltd* 1928 1 AC 1.

167 Tav hierdie gevolgtrekking, het die *House of Lords* met reg in *JC Hougton and Company v Nothard, Lowe and Wills Ltd* 1928 1 AC 1 14 bevind: "Common sense suggest the answer ...".

maatskappybates sonder die nodige toestemming vir homself toe-eien.[168] Reëlmatige toestemming vir sodanige handelinge word nie afgelei, omdat hy in 'n beherende posisie beide in die direksie en in die algemene vergadering van daardie maatskappy staan nie.[169] Hierdie reëls rakende geskeie bewussyne word onderskei ten einde geregtigheid te laat geskied en alle belanghebbendes se regte te beskerm. In *Gore-Brown on companies* word die praktiese regverdiging vir hierdie reëls soos volg geformuleer:[170]

> The purpose of the alter ego principle is, in the appropriate circumstances, to impose criminal (or sometimes civil) liability on the company for the acts of those who are regarded in law as its 'deciding mind and will'. Its purpose is not to give such persons a defence for their own wrongdoing at the company's expense."

Die aanhangers van die enkelvoudige bewussynsteorie kan met reg gevra word waarom die reg bereid moet wees om afsonderlike bewussyne te erken ten einde die maatskappy teen uitbuiting en misdaad te beskerm, maar dit moet ontken wanneer alleen die belange van buitestanders op die spel is.[171]

Dit is ook interessant dat daar beslissings is wat *R v McDonnell*[172] voorafgegaan het, waar die hooffiguur in die maatskappy skuldig bevind is aan sameswering met die maatskappy. Die klassieke uitspraak in die Engelse reg waar bevind is dat 'n maatskappy wel van sameswering aangekla kan word, *R v ICR Haulage Ltd*[173] het juis sodanige aanspreeklikheid tot gevolg gehad. Die Suid-Afrikaanse Appèlhof het ook in *R v Gillett*[174] Gillett skuldig bevind aan die oortreding van die Woekerwet as medepligtige en aanstigter van die twee maatskappye waarin hy die hoof-

---

168 *R v Jona* 1961 2 SA 301 (W); *S v De Jager* 1965 2 SA 616 (A); *Attorney-General's Reference (No 2 of 1982)* 1984 1 QB 624; Beuthin "Theft by a director" 1965 *SALJ* 479; Jefferson "Theft by sole controllers of companies" 1993 *The Company Lawyer* 180; Smukler "Theft by corporate controller" deel 1 1995 *SA Merc LJ* 155; deel 2 1995 *SA Merc LJ* 380.

169 *S v De Jager* 1965 2 SA 616 (A) 624H-625A; Beuthin "Theft by a director" 1965 *SALJ* 479. Sien ook *Neptune (Vehicle Washing Equipment Ltd v Fitzgerald)* 1995 3 WLR 108.

170 Boyle (red) *Gore-Brown on companies* vol 1 [diensuitgawe] 1.017.

171 'n Rede vir die onwilligheid om die aanvaarde privaatregreëls in *R v McDonnell* 1966 1 All ER 193 aan te wend, kan moontlik gevind word in Nield J se versigtigheid om strafregtelike aanspreeklikheid te wyd te trek. Vgl 198B: "It is important at the outset to emphasise two things. It is not a company which is here being proceeded against, it is an individual defendant; and, most important, this is a criminal trial and one of gravity, in which a situation must be at all times construed favourably to an accused person."

172 1966 1 All ER 193.

173 1944 All ER 691.

174 1929 AA 364. Sien Darroll "Two thoughts with but a single mind" 1966 *SALJ* 531 waar die skrywer die aandag vestig op hierdie uitspraak nav 'n opmerking in Beuthin "Two thoughts with but a single mind" 1966 *SALJ* 224 dat gesag tav die *McDonnell*-vraagstuk in SA ontbreek.

handelende figuur was.[175] Die gesofistikeerde argument rakende die afwesigheid van 'n meervoudige bewussyn is weliswaar nie voor hierdie howe aangevoer nie, maar die gevolge van hierdie benadering het nie die howe as onbillik of onregverdig opgeval nie.[176] Die *Gillett*-tipe benadering is ook al in die deliktereg deur Suid-Afrikaanse howe toegepas. In *Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Moriates*[177] het die Hof byvoorbeeld bevind dat die direkteure deliktuele aanspreeklikheid kan oploop op die basis dat hulle die maatskappy oorgehaal het om 'n wanvoorstelling teenoor die benadeelde te maak.[178]

Die *Gillett*-benadering vind ook ondersteuning in die uitspraak van die Australiese *High Court* in *Hamilton v Whitehead*.[179] In hierdie saak is Whitehead, 'n besturende direkteur van 'n maatskappy, saam met die maatskappy strafregtelik aangekla van sekere oortredings in die sekuriteitereg. Die betrokke aanklagte was gebaseer op die handelinge van Whitehead as synde die denksentrum van die maatskappy. Die vraag of dit onbillik sou wees om Whitehead aan te kla van dieselfde misdrywe waarop die maatskappy tereg staan, is soos volg deur die *High Court* beantwoord:

> "The company is the principal offender and the respondent is charged as an accessory. Franklyn J thought that it was 'wrong and oppressive' to prosecute the respondent for the identical acts and decisions which were relied on as the acts of the company. There is nothing conceptually wrong in such a course since 'it is a logical consequence of the decision in *Salomon v Salomon* ... that one person may function in dual capacities: *Lee v Lee's Air Farming* ... In *R v Goodall* (1975) 11 SASR 94, Bray CJ discussed what his Honour describe as '... some sort of metaphysical bifurcation or duplication of one act by one man so that it is in law both the act of the company and the separate act of himself as an individual' (at 100) and expressed his conclusion as follows (at 101): '... my view is that the logical consequence of *Salomon's* case ... is that the company, being a legal entity apart from its members, is also a legal person apart from the legal personality of the individual controller of the company, and that he in his personal capacity can aid and abet what the company speaking through his mouth and acting

175 *R v Gillett* 1929 AA 364 372 waar De Villiers WNM HR soos volg bevind het: "... [I]t is clear that there has been a conspiracy on the part of the two companies to contravene the Usury Act for which, according to sec 384(1) of the Criminal Procedure Act, every director is liable in the absence of proof that he was no party thereto. Gillett, the originator of the scheme, is therefore liable as director of Gillett's Ltd. But as he was the instigator of the offence, he is also liable as *particeps criminis*."

176 Vgl die Appèlhof se erns in *R v Gillett* 1929 AA 364 met die regverdigheid van die beskuldigde se skuldigbevinding ongeag die problematiese bewoording van die klag [373]: "Although the charge was, strictly speaking, not framed correctly, there has been no prejudice to the appellant and substantial justice has been meted out to him."

177 1957 3 SA 113 (T). Sien par 4.3.2. van hierdie hoofstuk vir 'n bespreking van die uitspraak.

178 *Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Moriates* 1957 3 SA 113 (T) 115H-116A. Sien ook *Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Adelson* 1959 4 SA 120 (T) waar die hof die saak bereg het op die basis dat die besturende direkteur wat die denksentrum van die maatskappy is, sy maatskappy tot 'n wanvoorstelling kan oorhaal.

179 82 ALR 626.

through his hand may have done.' We agree with this view."

Daar is verder voor die *High Court* geargumenteer dat die betrokke wetgewing so geïnterpreteer moet word dat dit slegs van toepassing sou wees op werknemers en beamptes van maatskappye en nie ook op daardie persone wie se handelinge as die maatskappy se handelinge gereken word nie. Hierdie argument is verwerp want die *High Court* het bevind dat beskerming van die publiek, synde die grondliggende doel van maatskappy- en sekuriteitewetgewing, ernstig ondermyn sal word, indien die hande en die bewussyn van die maatskappy nie verantwoordelik gehou sou word vir daardie oortredings van die wetgewing waarvoor hulle self verantwoordelik was nie.[180]

In hierdie uitspraak het die *High Court* op 'n realistiese wyse die meervoudige bewussynsreëls na die strafreg deurgetrek. Daar word in oorweging gegee dat hierdie uitspraak konsekwent en regverdig is: dit bedreig nie die onskuldiges nie, maar ontneem bloot die skuldiges van 'n ongeregverdigde verweer.[181]

Die enkelvoudige bewussynsteorie mag op die oog af 'n groot mate van aantreklikheid inhou vir persone wat 'n konserwatiewe benadering ten aansien van persoonlike aanspreeklikheid binne maatskappyverband voorstaan. Dit is egter duidelik dat hierdie teorie bots met 'n aantal reëls in die maatskappyereg wat meervoudige bewussyne binne maatskappyverband erken. Hierdie reëls rakende meervoudige bewussyne is so ingeburger in die maatskappyereg dat dit min ruimte laat vir 'n logiese argument rakende 'n enkelvoudige bewussyn binne die konteks van orgaanshandelinge.

Die problematiek rakende die aanvaarbaarheid van die teorie, doen egter nie afbreuk aan die werklike onderliggende kommer nie en dit is dat wye persoonlike aanspreeklikheid vir maatskappyfunksionarisse baie negatiewe uitwasse in maatskappyverband kan hê. Daar word egter in oorweging gegee dat die gevare wat verbonde is aan wye sowel as beperkte aanspreeklikheid op 'n meer beginselmatige grondslag in die Suid-Afrikaanse reg geplaas kan word, deur die gewone reëls van die deliktereg hulle toepassing te laat vind.

---

180 *Hamilton v Whitehead* 82 ALR 626 630: "Indeed, the fundamental purpose of the companies and securities legislation - to ensure the protection of the public - would be seriously undermined if the hands and brains of a company were not answerable personally for breaches of the Code which they themselves have perpetrated."

181 Vir 'n bespreking van die uitspraak binne die konteks van ander uitsprake, sien Du Plessis en Henning "Die deliktuele aanspreeklikheid van persone wat as maatskappyorgane opgetree het" 1989 *THRHR* 540.

3.4.2 Basis vir direkteursaanspreeklikheid

Daar word in oorweging gegee dat maatskappyregtelike teorieë wat direkteure beskerm teen persoonlike aanspreeklikheid vir hulle eie handelinge, vermy moet word. Hierdie teorieë hou nie water binne maatskappyverband of binne die breër verband van die deliktereg nie.

Billikheid teenoor die benadeelde in die deliktereg en die slagoffer van 'n ekonomiese misdaad, verg 'n meer gesofistikeerde benadering. 'n Direkteur se beskerming teen aanspreeklikheid behoort billik afgeweeg te word teen 'n benadeelde se reg om 'n eis om skadevergoeding teen 'n delikpleger. 'n Partydige benadering ten gunste van so 'n direkteur kan hom in effek vrystel van die gevolge van sy dade. Dit kan ook onder sekere omstandighede die benadeelde laat met 'n waardelose eis teen 'n insolvente maatskappyboedel en sonder enige verhaalsreg ten aansien van die vermoënde direkteur wat primêr verantwoordelik was vir sy skade.

Dit blyk meer beginselmatig te wees om die onderhawige problematiek in Suid-Afrika deur die reëls van die deliktereg[182] en nie deur die reëls van die maatskappyereg te laat beredder nie.[183] Die reëls van die deliktereg is primêr daarop afgestem om die hof in staat te stel om die betrokke persoon aanspreeklik te stel of te laat vry uitgaan, ooreenkomstig die regsgevoel van die gemeenskap. Dit skyn beginselmatig onwenslik te wees om eiesoortige reëls in die maatskappyereg in te bou ten einde billike vrystelling van direkteure van deliktuele aanspreeklikheid te verseker. Sodanige aanspreeklikheid sal slegs vestig waar 'n hof op grond van die reëls van die deliktereg en na oorweging van die openbare belang en regsgevoel oordeel dat aanspreeklikheid billikerwys behoort te volg. Eiesoortige reëls kan slegs die onwenslike gevolg hê dat 'n hof in sodanige omstandighede en nieteenstaande sy oordeel op grond van die reëls van die deliktereg en die algemene oorweginge, die persoon aan aanspreeklikheid moet laat ontsnap, weens die werking van eiesoortige reëls in die maatskappyereg.

Die Suid-Afrikaanse deliktereg is besonder goed ontwikkel om die onderhawige problematiek te beredder. Gebreke in ander regsisteme kan die invoering van eiesoortige maatskappyeregreëls in daardie sisteme noodsaak. Sodanige sisteme

182 Sien in die alg Blackman "Companies" *LAWSA* 4.1 [1996] 293. Vgl ook *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd* 1989 3 SA 71 (T) 106I-J.

183 Sien in die alg Du Plessis en Henning "Die deliktuele aanspreeklikheid van persone wat as maatskappyorgane opgetree het" 1989 *THRHR* 540 vir die oorweging van 'n benadering wat gegrond is op deliktuele aanspreeklikheid en Du Plessis "Die persoonlike deliktuele aanspreeklikheid van uitvoerende beamptes" 1994 *THRHR* 135 139-140.

moet egter nie sondermeer as rolmodelle vir Suid-Afrikaanse oplossings en benaderings in hierdie verband aanvaar word nie. Die reëls van die deliktereg het byvoorbeeld nie die rigiede of kasuïstiese aard van die Engelse *law of tort* nie en gaan ook nie gebuk onder die invloed van die *duty of care* nie.[184] Waar spesifieke konsepte in die Engelse maatskappyeregstruktuur moontlik histories gewens sou wees om leemtes in die werking van die *law of tort* te ondervang en 'n werkbare reëling rakende aanspreeklikheid te bewerkstellig, is daar nie 'n soortgelyke noodsaak in die Suid-Afrikaanse reg nie.

Indien die reëls van die deliktereg toegepas word ten einde vas te stel of 'n maatskappydirekteur aanspreeklik is op grond van 'n delik, verg die reëls rakende die regspersoonlikheid van die maatskappy dat die handelinge, skuld en regspligte van die direkteur duidelik onderskei moet word van die handelinge, skuld en regspligte van die maatskappy. Die maatskappy en die direkteur se aanspreeklikheid moet gevolglik afsonderlik bepaal word en die direkteur sal slegs aanspreeklik kan wees as geoordeel word dat hy gehandel het, dat die handeling skuldig en onregmatig was en dat die beweerde skade uit daardie handeling voortgevloei het.[185]

Onregmatigheid sal in die meeste gevalle die kernelement wees wat geïdentifiseer moet word. Ten einde onregmatig op te tree, moes die direkteur 'n regsplig wat hy aan die benadeelde verskuldig was, verbreek het.[186] Wanneer die bestaan van sodanige regsplig ondersoek word, moet weereens duidelik onderskei word tussen die regsplig van die maatskappy en die regsplig van die betrokke persoon. Die basiese reëls rakende regspersoonlikheid impliseer dat 'n direkteur nie persoonlik 'n regsplig teenoor 'n buitestander verskuldig sal wees, bloot omdat die

---

184 Vir die problematiek rakende die aanwending van die *law of tort* in die konteks van aanspreeklikheid van direkteure teenoor skuldeisers, sien Sealy "Directors' 'wider' responsibilities - problems conceptual, practical and procedural" 1987 *Monash University Law Review* 164 176: "It is tempting, and at first glance easy enough, to find the source of a director's duty towards creditors in tort ... But there are many snags. It is not the director's primary duty to take care but to take risks. A duty of care and the liberty to embrace risk are incompatible bedfellows." Tav die *duty of care* en die SA reg sien in die alg Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* [1996] 4-5; *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A) 771B-773D.

185 Sien Hoofstuk 2 tav deliktuele aanspreeklikheid.

186 Aangesien die verbreking van 'n regsplig die belangrikste toets vir onregmatigheid binne die konteks van hierdie studie is, word hierdie toets pertinent bespreek. Die bespreking is egter ook *mutatus mutandis* van toepassing in gevalle waar die onregmatigheid aan die hand van die skending van 'n subjektiewe reg geïdentifiseer word. Sien die bespreking van onregmatigheid in par 3.1.2 van Hoofstuk 2 en *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost* 1991 4 SA 559 (A); *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A) 769I-771D; *Bowley Steels (Pty) Ltd v Dalian Engineering (Pty) Ltd* 1996 1 All SA 383 (T).

maatskappy so 'n plig aan daardie persoon verskuldig is nie.[187] Hierdie onderskeid bring teweeg dat 'n handeling wat 'n direkteur verrig het in sy hoedanigheid as maatskappyorgaan, 'n onregmatige maatskappyhandeling sal wees, indien die handeling 'n regsplig wat die maatskappy teenoor die benadeelde verskuldig was, verbreek het. Indien die direkteur egter nie persoonlik 'n regsplig teenoor die benadeelde verskuldig was nie, kan daardie handeling nie aanleiding gee tot sy persoonlike deliktuele aanspreeklikheid teenoor die benadeelde nie, aangesien die direkteur nie persoonlik onregmatig gehandel het nie.

Die aanwesigheid en verbreking van 'n persoonlike regsplig is makliker om aan te toon, wanneer die direkteur in sy hoedanigheid as werknemer of as verteenwoordiger van die maatskappy optree en in een van daardie hoedanighede die gewraakte handeling verrig. Dit is egter nie so eenvoudig om aan te toon dat 'n direkteur sodanige verpligting gehad het, wanneer hy in sy ampshoedanigheid optree nie. Dit is interessant om in hierdie verband te let op die benadering wat in Engeland en Nieu-Seeland gevolg word. Hoewel die relevante reëls in hierdie sisteme baie sterk deur die *duty of care*-leerstuk beïnvloed word, word in oorweging gegee dat leiding geput kan word uit die algemene benadering wat in daardie jurisdiksies gevolg word.

Die Engelsregtelike toets ten aansien van direkteursaanspreeklikheid uit hoofde van 'n *tort* word soos volg in *Palmer's company law* saamgevat:[188]

> "The test for personal liability is whether the director in question has assumed responsibility on either an actual or imputed basis."

Die Engelse reg neem as vertrekpunt dat 'n direkteur nie sondermeer aanspreeklik is vir delikte wat deur die maatskappy gepleeg word nie, selfs al is die betrokke maatskappy 'n klein maatskappy wat totaal deur die direkteur beheer word.[189] Indien hy hom egter persoonlik met die betrokke onregmatige daad bemoei en op sodanige wyse persoonlik daarvoor verantwoordelikheid aanvaar, kan hy persoonlike aanspreeklikheid oploop. Volgens Engelsregtelike gesag kan die

187 Sien in die alg *Trevor Ivory Ltd v Anderson* 1992 2 NZLR 517. Die feit dat die maatskappy so 'n regsplig verskuldig mag wees, kan natuurlik 'n baie relevante faktor wees, aangesien dit in sommige gevalle die totstandkoming van 'n persoonlike verpligting van die direkteur teenoor die buitestander fasiliteer.

188 Morse (alg red) *Palmer's company law* vol 2 [diensuitgawe] 8.605.

189 *C Evans & Sons v Spritebrand Ltd* 1985 2 All ER 415 424: "The authorities ... clearly show that a director of a company is not automatically to be identified with his company for the purpose of the law of tort, however small the company may be and however powerful his control over its affairs." *Rainham Chemical Works v Belvedere Guano Co* 1921 AC 465 488: "Directors of a company, which has been bona fide established, cannot be regarded as principals for whom the company act as agent."

direkteur hom op hierdie wyse persoonlik bemoei deur byvoorbeeld die maatskappy op te rig met die doel om 'n onregmatige daad te pleeg, of deur opdrag te gee dat so 'n daad gepleeg word,[190] of deur die pleging van die onregmatige daad te magtig,[191] of deur die pleging van die onregmatige daad te bewerkstellig,[192] of deur die verbreking van 'n persoonlike "duty of care" ten aansien van die eiser.[193] In *Fairline Shipping Corporation v Adamson*[194] het die hof 'n direkteur van 'n maatskappy op laasgenoemde basis persoonlik aanspreeklik gestel vir skade wat aan goedere van die eiser aangerig is in die maatskappy se

190 *Rainham Chemical Works v Belvedere Guano Co* 1921 AC 465 476: "If the company was really trading independently on its own account, the fact that it was directed by Messrs. Feldman and Partridge would not render them responsible for its tortious acts unless, indeed, they were acts expressly directed by them. If a company is formed for the express purpose of doing a wrongful act or if, when formed, those in control expressly direct that a wrongful thing be done, the individuals as well as the company are responsible for the consequences ...". *Mancetter Developments Ltd v Garmanson Ltd* 1986 1 All ER 449 452: "There are ... cases which establish that if a director of a company gives instructions for the commission of a tort by the company, the director may be personally liable in damages to the injured party for the tort although the tort was the act of the company." Sien ook *C Evans & Sons v Spritebrand Ltd* 1985 2 All ER 415 424. Vir 'n meer konserwatiewe benadering tav aanspreeklikheid wat uit beheer en opdraggewing kan voortvloei, sien *Mentmore Manufacturing Co Ltd v National Merchandising Manufacturing Co Inc* 1978 89 DLR 3d 195 202-203; *White Horse Distillers Ltd v Gregson Associates* [1984] RPC 61 91-92 en die kommentaar in *C Evans & Sons v Spritebrand Ltd* 1985 2 All ER 415 424.

191 *Mancetter Developments Ltd v Garmanson Ltd* 1986 1 All ER 449 454: "If a director authorises an employee of the company to do something which is a tortious act, he, the director, will be personally liable. If, however, the instructions given do not authorise a tortious act, the director will not be liable for the consequences." Vir reëls tav patentregskending, sien *Hoover plc v George Hulme Ltd* 1982 FSR 565 596 waar die *Mentmore*-benadering nagevolg is. Aangesien kennis van die skending nie 'n vereiste vir patentregskending is nie, het die hof in *Mentmore Manufacturing Co Ltd v National Merchandising Manufacturing Co Inc* 1978 89 DLR 3d 195 bevind dat die betrokke opdraggewer ook aanspreeklikheid sal kan oploop in omstandighede waar hy die skendingsopdrag gegee het, sonder dat hy besef het of rede gehad het om te besef dat 'n skending daaruit sou voortvloei, mits daar "the deliberate, wilful and knowing pursuit of a course of conduct that was likely to constitute infringement or reflected an indifference to the risk of it" teenwoordig was [204-205].

192 *Performing Right Society Ltd v Ciryl Theatrical Syndicate Ltd* 1924 1 KB 1 15: "If the directors themselves procured the commission of the act they would be liable in whatever sense they did so, whether expressly or impliedly." Sien *contra White Horse Distillers Ltd v Gregson Associates* [1984] RPC 61 91-92. *Wah Tat Bank Ltd v Chan Cheng Kum* 1975 2 All ER 257 260: "A tort may be committed through an officer or servant of a company without the chairman or managing director being in any way implicated. There are many such cases reported in the books. If however the chairman or managing director procures or directs the commission of the tort he may be personally liable for the tort and the damage flowing from it." Sien ook *British Thomson-Houston Co Ltd v Sterling Accessories Ltd* 1924 2 Ch 33; *C Evans & Sons v Spritebrand Ltd* 1985 2 All ER 415.

193 *Yuille v B & B Fisheries (Leigh) Ltd v Bates ("The Radiant")* 1958 2 Ll L R 596 619; *Centrepac Partnership v Foreign Currency Consultants Ltd* 1989 4 NZCLC 64940.

194 1974 2 ALL ER 967. Sien ook *Trevor Ivory Ltd v Anderson* 1992 2 NZLR 517 527-529; Arora

verkoelingstoor. Volgens die hof was die direkteur 'n *duty of care* aan die eiser verskuldig, welke plig tot stand gekom het deur sy persoonlike betrokkenheid by die uitvoering van die kontrak deur die maatskappy en die feit dat die direkteur eerder homself persoonlik in stede van sy maatskappy gemoeid geag het by die uitvoering van die kontrak. Dit blyk egter duidelik uit die betrokke uitsprake dat die feite van die saak baie swaar weeg wanneer die persoonlike aanspreeklikheid van die direkteur oorweeg word.[195]

Die regsbasis vir direkteursaanspreeklikheid in Nieu-Seeland stem ooreen met die benadering in die Engelse reg.[196] In *Trevor Ivory Ltd v Anderson*[197] het die *Court of Appeal* van Nieu-Seeland hierdie toets egter op 'n besonder konserwatiewe wyse toegepas. In hierdie saak is 'n sogenaamde eenpersoonsmaatskappy, Trevor Ivory Bpk, sowel as mnr Trevor Ivory, die hoofaandeelhouer en besturende direkteur van die maatskappy, gedagvaar vir skadevergoeding uit hoofde van die verskaffing van nalatige advies aan die eiser. Hierdie advies is verskaf by monde van mnr Ivory ingevolge 'n kontrak tussen die maatskappy en die eiser. Die hof *a quo* het beide die maatskappy sowel as mnr Ivory in sy persoonlike hoedanigheid aanspreeklik bevind. Op appèl het die *Court of Appeal* die bevinding ten aansien van die maatskappy gehandhaaf, maar bevind dat mnr Ivory nie persoonlik aanspreeklik gehou kan word vir die advies nie.

In sy uitspraak het Hardie Boys J bevestig dat 'n direkteur in verskillende hoedanighede kan optree[198] en dat gevolglik bepaal moet word in welke hoedanigheid die betrokke daad verrig is. Die regter het egter as vertrekpunt aanvaar dat handelinge van die direkteure vir doeleindes van aanspreeklikheid met

---

"When directors are personally liable" 1981 *The Company Lawyer* 201 204-205.

195 *Wah Tat Bank Ltd v Chan Cheng Kum* 1975 2 All ER 257 260; *C Evans & Sons v Spritebrand Ltd* 1985 2 All ER 415 425; *Centrepac Partnership v Foreign Currency Consultants Ltd* 1989 4 NZCLC 64940 64951: "It will not be in all cases in which a duty of care will be found to exist between a company director and the clients of the company. Each situation will depend upon its own facts as in any case of negligence ...".

196 *Trevor Ivory Ltd v Anderson* 1992 2 NZLR 517 527: "Essentially, I think the test is, or at least includes, whether there has been an assumption of responsibility, actual or imputed." Sien in die alg Wishart "The personal liability of directors in tort" 1992 *Company and Securities Law Journal* 363; Borrowdale & Simpson "Directors' liability in tort: recent developments" 1995 *Company and Securities Law Journal* 400.

197 1992 2 NZLR 517. Vir 'n ooreenstemmende benadering, sien *Hamman v South West Africa People's Organisation* 1991 1 SA 127 (SWA). Vir 'n bespreking van beide uitsprake, sien Du Plessis "Die persoonlike deliktuele aanspreeklikheid van uitvoerende beamptes" 1994 *THRHR* 135.

198 *Trevor Ivory Ltd v Anderson* 1992 2 NZLR 517 527.

die maatskappy geassosieer moet word:[199]

> Indeed, I consider that the nature of corporate personality requires that this identification normally be the basic premise and that clear evidence be needed to displace it with a finding that a director is acting not as the company but as the company's agent or servant in a way that renders him personally liable."

Hardie Boys J het dus in effek die skaal gelaai ten gunste van 'n bevinding dat die gewraakte handelinge as maatskappyorgaan verrig is en dat 'n persoonlike regsplig teenoor die benadeelde ontbreek.[200] Hierdie uitgangspunt is nie aanvaarbaar nie, aangesien dit verg dat 'n hof die feite op 'n bevooroordeelde basis moet oorweeg. Dit skyn ook teenstrydig te wees met die onbevange benadering wat in 'n leidinggewende uitspraak soos *Lee v Lee's Air Farming*[201] gevolg is om vas te stel in welke hoedanigheid die betrokke persoon gehandel het. Daar word aan die hand gedoen dat dit meer regverdig sal wees om die feite vir hulleself te laat spreek.[202]

Met die gelaaide skaal in hand het Hardie Boys J die feite ondersoek ten einde te oordeel of mnr Ivory persoonlik enige verantwoordelikheid teenoor die benadeelde aanvaar het. Die *Court of Appeal* is baie sterk beïnvloed deur die feit dat mnr Ivory 'n maatskappy gestig het as voertuig vir sy besigheid. Hierdeur, het die *Court of Appeal* gemeen, het mnr Ivory aan die wêreld te kenne gegee dat beperkte aanspreeklikheid beoog word.[203] McGechan J het in sy ondersteunende uitspraak ook by hierdie feit aansluiting gevind:

---

199 *Trevor Ivory Ltd v Anderson* 1992 2 NZLR 517 527.

200 Sien bv *Trevor Ivory Ltd v Anderson* 1992 2 NZLR 517 520: "If a person is identified with a company vis-à-vis third parties, it is reasonable that prima facie the company should be the only party liable."

201 1960 3 All ER 420. Sien par 3.4.1 van hierdie hoofstuk.

202 Wishart "The personal liability of directors in tort" 1992 *Company and Securities Law Journal* 363 365 kritiseer met reg die *Trevor Ivory*-benadering as 'n *prima facie* kwytskelding van uitvoerende direkteure van persoonlike aanspreeklikheid vir hulle handelinge deur daardie handelinge alleen aan die maatskappy toe te skryf. Hierdeur word 'n kategorie van bevoorregting geskep wat nie normaalweg vir gewone werknemers en gewone verteenwoordigers van die maatskappy beskikbaar is nie. Vgl ook *Centrepac Partnership v Foreign Currency Consultants Ltd* 1989 4 NZCLC 64940 64951. Die soepeler orgaansbenadering wat in *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission* 1995 3 All ER 918 tav die identifisering van die toepaslike denksentrum gevolg is, mag die kategorie van bevoorregting verbreed, maar sal dienooreenkomstig die verwarring rakende die kwytskelding van persoonlike aanspreeklikheid vir persone wat in so 'n hoedanigheid handel, vergroot. Sien die bespreking van Ig uitspraak par 2.1.2 van hierdie hoofstuk.

203 Sien in die alg *Jagwar Holdings Ltd v Julian* 1992 6 NZCLC 68040. Vir 'n bondige bespreking van hierdie uitspraak, sien Borrowdale & Simpson "Directors' liability in tort: recent developments" 1995 *Company and Securities Law Journal* 400 400-401.

> "On Mr Ivory's evidence he consciously traded through his limited liability company, on advice, bearing in mind possible risks involved in the spray business. That contention seems implicitly accepted by the learned trial Judge, and indeed may be supported by the policy behind the exemption clause, however unhappily worded, printed on invoices. It is supported further by the trial Judge's findings that contractual relationships were confined to the company for reasons which were not tax motivated and invoicing even for Mr Ivory's services by his company."

Terwyl die bevooroordeling wat die *Court of Appeal* in hulle toets ingebou het, verwerp word, word hierdie praktiese faktore wat McGechan J oorweeg het in die bepaling van 'n persoonlike regsplig tussen die direkteur en die benadeelde, ondersteun. Dit is duidelik relevante faktore wanneer bepaal moet word of daar in 'n gegewe geval 'n persoonlike regsplig tot stand gekom het.[204]

Hierdie voorbeelde uit die Engelsregtelike regspraak kan 'n waardevolle aanknopingspunt bied vir Suid-Afrikaanse howe in die toepassing van ons eiesoortige delikteregreëls. Daar word egter in oorweging gegee dat die *Trevor Ivory*-benadering gekunsteld is en dat Suid-Afrikaanse howe eerder die feite van elke saak onbevange moet beoordeel.

Afgesien van die beoordeling van die feite, sal 'n hof ook in die identifisering van die moontlike onregmatigheid van die betrokke persoon se optrede die breër belang verreken ten einde te bepaal of die gemeenskap die spesifieke optrede van die betrokke persoon as onregmatig aanmerk.[205] Hierdie beoordeling- en afwegingsproses skep voldoende ruimte vir 'n hof om 'n verskeidenheid van relevante aspekte te verreken, byvoorbeeld die feit dat die trouplig van die direkteur hom moontlik verplig het om die handeling in die belang van die maatskappy uit te voer, dat gemeenskapsbelange die erkenning van die maatskappy as regspersoon

204 In *Jagwar Holdings Ltd v Julian* 1992 6 NZCLC 68040 het die direkteure se wanvoorstellings tav hulle maatskappy teenoor 'n potensiële koper van 'n wesenlike belang in die maatskappy, tot persoonlike aanspreeklikheid gelei. Die hof het die feite in die onderhawige saak van die feite in die *Trevor Ivory*-beslissing soos volg onderskei: "The present case is very different. There was not equivalent declaration by either of them ... of a conscious determination to limit the liability their actions created. In my view it would be natural, and in accordance with fairness and justice, to require directors who accept the responsibility of conveying information about their company's affairs to a third party who has been invited to take up a substantial interest in that company, to accept that a failure on their part to exercise reasonable care in providing such information will not simply rebound on the company whose agents they are, but also on themselves personally." Sien in die alg Borrowdale & Simpson "Directors' liability in tort: recent developments" 1995 *Company and Securities Law Journal* 400 400-401.

205 Sien in die alg par 3.1.2 van Hoofstuk 2. Vgl ook Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* [1996] 43-47; *Marais v Richards* 1981 1 SA 1157 (A) 1168C; *Coronation Brick (Pty) Ltd v Strachan Construction Company (Pty) Ltd* 1982 (4) SA 371 (D) 380B-E; *Schultz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) 679D-E; *Compass Motors Industries (Pty) Ltd v Callguard (Pty) Ltd* 1990 2 SA 520 (W) 528F-529B; *Natal Fresh Produce Grower's Association v Agroserve (Pty) Ltd* 1990 4

en die erkenning van amptelike handelinge namens so 'n persoon noodsaak, sowel as die moontlike negatiewe gevolge wat uit wye persoonlike aanspreeklikheid van direkteure kan voortvloei.[206] In gevalle waar hierdie belange swaarder weeg as die reg van 'n persoon om die direkteur persoonlik aanspreeklik te hou, kan die hof bevind dat die betrokke optrede in die besondere konteks nie onregmatig is nie.[207]

Slegs indien al die elemente van 'n delik in die direkteur se persoonlike optrede geïdentifiseer word,[208] sal die direkteur aanspreeklik gestel word. Die vereiste dat al hierdie elemente bewys moet word alvorens aanspreeklikheid uit 'n handeling kan voortvloei, word algemeen in die Suid-Afrikaanse reg beskou as 'n voldoende veiligheidsmeganisme om onbillike en oewerlose aanspreeklikheid te voorkom. Daar word gevolglik aangevoer dat hierdie reëls 'n Suid-Afrikaanse hof in staat stel om 'n billike resultaat ten aansien van aanspreeklikheid te bewerkstellig, sonder dat die aangeleentheid verder vertroebel word deur addisionele maatskappyregtelike teorieë.

Terwyl die deliktereg dus 'n teoreties-aanvaarbare basis vir die bereddering van direkteursaanspreeklikheid bied, is dit belangrik om in gedagte te hou dat die gevestigde benadering ten aansien van sodanige aanspreeklikheid in ons reg nie suiwer op die deliktereg gebaseer is nie. In navolging van veral die Engelse reg word daar baie sterk gefokus op die maatskappyregtelike teorieë rakende direkteursaanspreeklikheid.[209] Hierdie verwaarlosing van ons eie algemene regsreëls in hierdie verband mag afneem indien Suid-Afrika 'n behoorlike raamwerk

SA 749 (N) 753I-754C; *Administrateur, Transvaal v Van der Merwe* 1994 4 SA 347 (A) 358E.

206 Sien par 3.4 van hierdie hoofstuk en Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD 1990 [UOVS] 266; Sealy "Directors' 'wider' responsibilities - problems conceptual, practical and procedural" 1987 *Monash University Law Review* 164; Link Newcomb "The limitation of directors' liability: a proposal for legislative reform" 1987 *Texas Law Review* 411.

207 Vgl *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 694D-H; *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A) 769J-771A: "There are, in my view, no considerations of public policy or fairness or equity to deny Stanchart relief in this case. This is not the kind of case where a finding in favour of the plaintiff raises the spectre of limitless liability or places an undue or unfair burden upon the bank."

208 Sien Lötz *Skadevergoeding op grond van nalatige wanvoorstelling in die Suid-Afrikaanse koopreg* LLD UP [1994] 357-359; 475-476 tav verdere faktore wat die aanspreeklikheid kan begrens.

209 Sien tav 'n deliktuele benadering Du Plessis "Die persoonlike deliktuele aanspreeklikheid van uitvoerende beamptes" 1994 *THRHR* 135: "Tot dusver het hierdie benadering egter nog nie aanklank in die howe gevind nie. Die howe is eerder geneig om klem te lê op die eiesoortige oorwegings wat geld by regspersone wanneer daar sprake is van die persoonlike deliktuele aanspreeklikheid van diegene wat deel was van 'n regspersoon se uitvoerende besluitnemingsorgaan."

daarstel vir aanspreeklikheidsversekering ten aansien van direkteure en beamptes van maatskappye.[210] Die werklikhede van die huidige praktyk en die dinamiek wat dit deur die jare opgebou het, bring egter teweeg dat daar oor die kort termyn moontlik nie veel van die deliktuele benadering in ons howe tereg sal kom nie.

3.4.3 Regsplig teenoor 'n skuldeiser

Die regsbasis vir die persoonlike aanspreeklikheid van 'n direkteur teenoor buitestanders in die algemeen, is tot dusver bespreek. Die reëls wat geïdentifiseer is in die voorafgaande bespreking sal ook aanwending vind, wanneer die betrokke buitestander 'n skuldeiser van die maatskappy is. In hierdie verband moet egter kennis geneem word van 'n maatskappyregtelike debat rakende 'n moontlike breë en algemene plig wat maatskappydirekteure teenoor skuldeisers verskuldig is.

3.4.4 Moontlike algemene plig van direkteure teenoor skuldeisers

Dit is geykte maatskappyereg dat direkteure van maatskappye 'n trouplig sowel as 'n plig tot sorg en vaardigheid aan die maatskappy verskuldig is.[211] Eersgenoemde

210 Sien in die alg Baxter "Demystifying D&O insurance" 1995 *Oxford Journal of Legal Studies* 537; Finch "Personal accountability and corporate control: the role of directors' and officers' liability insurance 1994 *Modern Law Review* 880; Monteleone & Conca "Directors and officers indemnification and liability insurance: an overview of legal and practical issues" 1996 *Business Lawyer* 573; Safa "Directors' and officers' liability insurance and the theory of abuse of corporate assets under French law" 1993 *International Business Law* 365; Spisto "D and O insurance for directors and officers - what is this and is it a viable option in South African law?" 1996 *CILSA* 61. Sien ook tav alg versekering vir maatskappye teen deliktuele aanspreeklikheid Pettet "Limited liability - a principle for the 21st century?" 1995 *Current Legal Problems* deel 2 125.

211 Sien in die alg Blackman *The fiduciary doctrine and its application to directors of companies* PhD UK [1970]; Dabner "Directors' duties - the schizoid company" 1988 *Company and Securities Law Journal* 105; Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 83-113; Du Plessis "Direkteure se verpligtinge teenoor partye anders as die maatskappy" 1992 *De Jure* 378; Finch "Directors' duties: insolvency and the unsecured creditor" in Clarke (red) *Current issues in insolvency law* [1991] 87; Fourie "Die plig van direkteure teenoor maatskappyskuldeisers" 1992 *SA Merc LJ* 25; Goode *Principles of corporate insolvency law* [1990] 199; Havenga *Fiduciary duties of company directors with specific regard to corporate opportunities* LLD UNISA [1995]; Hawke "Creditors' interests in solvent and insolvent companies" 1989 *JBL* 54; McLennan "Duties of care and skill of company directors and their liability for negligence" 1996 *SA Merc LJ* 94; Milman & Durrant *Corporate insolvency: law and practice* [1987] 163; Naudé *Die regsposisie van die maatskappydirekteur met besondere verwysing na die interne maatskappyverband* LLD UNISA [1969]; Prentice "Creditor's interests and director's duties" 1990 *Oxford Journal of Legal Studies* 265 273; Sappideen "Fiduciary obligations to corporate creditors" 1991 *Journal of Business Law* 365; Sealy "Directors' 'wider' responsibilities - problems

verwys breedweg na die ingesteldheid waarmee die direkteur sy pligte vervul, terwyl laasgenoemde oor die gehalte van sy optrede handel. Hierdie verpligtinge is verskuldig aan die maatskappy en die "maatskappy", in hierdie konteks, word gedefinieer as die lede, huidig en toekomstig, van die maatskappy.[212] Aangesien die regsverpligtinge van maatskappydirekteure teoreties en prakties primêr op die maatskappy afgestem is, het pogings van derdes soos skuldeisers en selfs individuele aandeelhouers[213] om 'n mate van algemene direkteursverantwoordelikheid teenoor hulle te konstrueer, reeds telkemale in die howe misluk.[214]

---

conceptual, practical and procedural" 1987 *Monash University Law Journal* 164; Trethowan "Directors' personal liability to creditors for company debts" 1992 *Australian Business Law Review* 41; Ziegel "Creditors as corporate stakeholders: the quiet revolution - an Anglo-Canadian perspective" 1993 *University of Toronto Law Journal* 511. Vir die uitleg van die verpligting tot sorg en vaardigheid in die SA reg, sien in die besonder *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen* 1980 4 SA 156 (W). Vir breër perspektiewe op die rol en plig van direkteure sien Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance *Report* [Cadbury-verslag] [1992]; Institute of Directors in Southern Africa *The King report on corporate governance* [1994]. Sien tav lg verslae Boltar "Company law (including close corporations) 1994 *Annual Survey of South African Law* 402-406; Botha "Confusion in the King report" 1996 *SA Merc LJ* 26; Du Plessis "Corporate governance and the Cadbury report" 1994 *SA Merc LJ* 81; Havenga *Fiduciary duties of company directors with specific regard to corporate opportunities* LLD UNISA [1995] 59-61, 402-406; McLennan "Duties of care and skill of company directors and their liability for negligence" 1996 *SA Merc LJ* 94.

212 Fourie "Die plig van direkteure teenoor maatskappyskuldeisers" 1992 4 *SA Merc LJ* 25; Naudé *Die regsposisie van die maatskappydirekteur met besondere verwysing na die interne maatskappyverband* LLD UNISA [1969] 154-157; Prentice "Creditor's interests and director's duties" 1990 *Oxford Journal of Legal Studies* 265 273; Sealy "Directors' 'wider' responsibilities - problems conceptual, practical and procedural" 1987 *Monash University Law Journal* 165 173; Trethowan "Directors' personal liability to creditors for company debts" 1992 *Australian Business Law Review* 41 44; Ziegel "Creditors as corporate stakeholders: the quiet revolution - an Anglo-Canadian perspective" 1993 *University of Toronto Law Journal* 511 517. Aangesien hierdie verpligtinge aan die maatskappy verskuldig is, kan die maatskappy skendings van hierdie verpligting kondoneer. Sien *Multinational Gas and Petrochemical Co v Multinational Gas and Petrochemical Services Ltd* 1983 2 All ER 563; Hawke "Creditors' interests in solvent and insolvent companies" 1989 *JBL* 54 56; Sealy "Directors' 'wider' responsibilities - problems conceptual, practical and procedural" 1987 *Monash University Law Journal* 164 165.

213 *Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries Ltd* 1982 Ch 204.

214 Hierdie problematiek het alreeds in die negentiende eeu voorgekom. Vgl bv *Ferguson v Wilson* 1866 LR 2 Ch App 77 89-90; *Re Wincham Shipbuilding, Boiler and Salt Co (Poole, Jackson and Whyte's Case)* 1878 9 Ch 322 328: "It has always been held that the directors are trustees for the shareholders, that is, for the company ... But directors are not trustees for the creditors of the company. The creditors have certain rights against a company and its members, but they have no greater rights against the directors than against any other members of the company. They have only those statutory rights against the members which are given them in the winding-up." Sien in die alg Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 114 ev; Havenga

Die klassieke interpretasie van direkteursverpligtinge is die afgelope dekades onder groot druk geplaas.[215] Werknemersbelange[216] en omgewingsbelange[217] het byvoorbeeld sosiaal meer prominent in die twintigste eeu geword. Skuldeisers se finansiële belang in die maatskappyvorm het algaande vergroot[218] en hulle algemene regsposisie in die maatskappyereg het dienooreenkomstig ook meer aandag begin geniet.

Benewens byvoorbeeld die reëls rakende die instandhouding van aandelekapitaal en die likwidasiereg[219] was min aandag in die klassieke maatskappyereg aan die regsposisie van die skuldeiser van die maatskappy geskenk.[220] Die basiese vertrekpunt was dat skuldeisers hulleself kontraktueel moes beskerm in hulle onderhandelings met die maatskappy.[221] Ondervinding het egter uitgewys dat die skuldeisers nie noodwendig in 'n sterk posisie verkeer om hulleself kontraktueel te beskerm nie. Hulle geniet nie werklike toegang tot wesenlike finansiële en ander

Fiduciary duties of company directors with specific regard to corporate opportunities LLD UNISA [1995] 25 ev.

215 Vir ontwikkelinge rakende die erkenning van 'n breër kategorie van belanghebbendes in 'n maatskappy, sien Lubbe "Die regsgeleerde en die omgewing - 'n ekonomiese oorsig" 1994 *TRW* 64; Lubbe "Die toename van die getal belanghebbendes in ondernemings in die lig van die sosiale verantwoordelikheid van ondernemings - 'n ekonomiese oorsig" 1995 *TRW* 53.

216 Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD 1990 [UOVS] 123-124; Du Plessis "Direkteure se verpligtinge teenoor partye anders as die maatskappy" 1992 *De Jure* 378 386-387; Naudé *Die regsposisie van die maatskappydirekteur met besondere verwysing na die interne maatskappyverband* LLD UNISA [1969] 155; Prentice "Creditor's interests and director's duties" 1990 *Oxford Journal of Legal Studies* 265 273.

217 Lubbe "Die regsgeleerde en die omgewing - 'n ekonomiese oorsig" 1994 *TRW* 64.

218 Naudé *Die regsposisie van die maatskappydirekteur met besondere verwysing na die interne maatskappyverband* LLD UNISA [1969] 155.

219 Sien in die alg Havenga "Creditors, directors and personal liability under section 424 of the Companies Act" 1992 *SA Merc LJ* 63.

220 Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD 1990 [UOVS] 124-125; Du Plessis "Direkteure se verpligtinge teenoor partye anders as die maatskappy" 1992 *De Jure* 378 387-388; Pettet "Limited liability - a principle for the 21st century?" 1995 *Current Legal Problems* deel 2 125 152 153.

221 Sien *Salomon v Salomon & Co Ltd* 1897 AC 22. Ziegel "Creditors as corporate stakeholders: the quiet revolution - an Anglo-Canadian perspective" 1993 *University of Toronto Law Journal* 511 530: "The traditional theory is that voluntary creditors should be able to look after themselves and that corporate doctrines should not be distorted in order to hold the hands of creditors who have bargained poorly". Vgl ook Sealy "Directors' 'wider' responsibilities - problems conceptual, practical and procedural" 1987 *Monash University Law Journal* 164 165; Levin "Commercial morality a la *Ex parte de Villiers*" 1992 *De Rebus* 913 916. Terwyl hierdie benadering teoreties en histories 'n mate van sin gemaak het tav vrywillige skuldeisers, is nie-vrywillige maatskappyskuldeisers, soos slagoffers van delikte, ook oor dieselfde kam geskeer sonder dat hulle gebrek aan bedinging behoorlik deurdink is. Sien Pettet "Limited liability - a principle for the 21st century?" 1995 *Current Legal Problems*

relevante maatskappyinligting nie terwyl ekonomiese werklikhede en onderlinge kompetisie druk op hulle plaas om krediet te verleen.[222] Die basiese vertrekpunt hou dus nie meer water nie. Verder het moderne finansieringsmeganismes vir maatskappye en veral die afname van die praktiese belang van aandelekapitaal en die gepaardgaande toename in die belang van leningskapitaal, teweeggebring dat die skuldeisers dikwels 'n groter finansiële belang in 'n maatskappy het as die aandeelhouers.[223] In sodanige gevalle is die direkteure egter nog ingevolge die klassieke maatskappyereg gebonde om die belange van die aandeelhouers te bevorder en kan die direkteure bestuursbesluite neem, sonder om ag te slaan op die belange van die skuldeisers.[224] Hierdie praktiese oorwegings het die benadering van die klassieke maatskappyereg ten aansien van die regsposisie van skuldeisers onder druk geplaas.

Op laasgenoemde terrein, het 'n aantal uitsprake in Australië, Nieu-Seeland en Engeland 'n basis gelê vir 'n ontwikkelende direkteursverpligting teenoor skuldeisers.[225] Die uitspraak van die *High Court* van Australië in *Walker v*

---

deel 2 125 153.

222 Ziegel "Creditors as corporate stakeholders: the quiet revolution - an Anglo-Canadian perspective" 1993 *University of Toronto Law Journal* 511 530: "Contrary to common belief among economists, many general creditors are not in a good position to protect themselves adequately. Information about a company's finances is often seriously deficient, and the company's financial position can change quickly as many creditors have learned to their cost in the current deep recession. Creditors often have no option but to extend credit - competition and their inferior bargaining position dictates it ...".

223 Sien in die alg Lin "Shift of fiduciary duty upon corporate insolvency: proper scope of directors' duty to creditors" 1993 *Vanderbilt Law Review* 1485.

224 Ziegel "Creditors as corporate stakeholders: the quiet revolution - an Anglo-Canadian perspective" 1993 *University of Toronto Law Journal* 511.

225 Sien in die alg Botha "Directors' fiduciary duties to bondholders? Some relationships between corporate financial management and fiduciary law" 1993 *SA Merc LJ* 287; Dabner "Directors' duties - the schizoid company" 1988 *Company and Securities Law Journal* 105; Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD 1990 [UOVS] 124-129; Du Plessis "Direkteure se verpligtinge teenoor partye anders as die maatskappy" 1992 *De Jure* 378 387-391; Finch "Directors' duties: insolvency and the unsecured creditor" in Clarke (red) *Current issues in insolvency law* [1991] 87; Fourie "Die plig van direkteure teenoor maatskappyskuldeisers" 1992 4 *SA Merc LJ* 25; Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stell LR* 148; Havenga *Fiduciary duties of company directors with specific regard to corporate opportunities* LLD UNISA [1995] 33-42; Linnane "Directors' duties to creditors: the adoption of *Kinsela* into Irish law" 1995 *The Company Lawyer* 319; Milman "Personal liability and disqualification of company directors: something old, something new" 1992 *Northern Ireland Legal Quarterly* 1; Prentice "Creditor's interests and director's duties" 1990 *Oxford Journal of Legal Studies* 265; Sealy "Directors' 'wider' responsibilities - problems conceptual, practical and procedural" 1987 *Monash University Law Journal* 165 173; Trethowan "Directors' personal liability to creditors for company debts" 1992 *Australian Business Law Review* 41 44; Ziegel "Creditors as corporate stakeholders: the quiet revolution - an Anglo-Canadian perspective" 1993

Wimborne[226] is prominent in hierdie verband. In hierdie uitspraak het die *High Court* hom soos volg oor direkteursverpligtinge uitgespreek:

> "... [I]t should be emphasized that the directors of a company in discharging their duty to the company must take account of the interest of its shareholders and its creditors. Any failure by the directors to take into account the interests of creditors will have adverse consequences for the company as well as for them."[227]

Hierdie erkenning van 'n plig om ook aandag aan die belange van skuldeisers te skenk, het spoedig weerklank in ander uitsprake in Australië en Nieu-Seeland gevind. In *Nicholson v Permacraft (NZ) Ltd*[228] het Cooke J byvoorbeeld bevind:[229]

> "The duties of directors are owed to the company. On the facts of particular cases this may require directors to consider inter alia the interests of creditors. For instance creditors are entitled to consideration, in my opinion, if the company is insolvent, or near-insolvent or of doubtful solvency, or if a contemplated payment or other course of action would jeopardise its solvency."

Hiervolgens is direkteure nie in alle omstandighede verplig om skuldeisers se belange te oorweeg nie. Wanneer 'n besluit egter die solvensie van die maatskappy kan raak of geneem moet word op 'n stadium wanneer die maatskappy insolvent of moontlik insolvent is, behoort die belange van skuldeisers oorweging te geniet.

Die uitspraak wat 'n basis vir die ruimste uitleg van 'n verpligting teenoor skuldeisers verleen, is deur die *House of Lords* in *Winkworth v Edward Baron Development Co*[230] gelewer. In hierdie uitspraak is opgemerk:[231]

> "... [A] company owes a duty to its creditors, present and future. The company is not bound to pay off every debt as soon as it is incurred and the company is not obliged to avoid all ventures which involve an element of risk, but the company owes a duty to its creditors to keep its property inviolate and available for the repayment of debts. The conscience of the company, as well as its management, is confided to the directors. A duty is owed by the directors to the company and to the creditors of the company to ensure that the affairs of the company are properly administered and that its property is not dissipated or exploited for the benefit of the directors themselves to the prejudice of

---

University of Toronto Law Journal 511 517.

226 1979 ALJR 446. Sien Trethowan "Directors' personal liability to creditors for company debts" 1992 *Australian Business Law Review* 41; Fourie "Die plig van direkteure teenoor maatskappyskuldeisers" 1992 4 *SA Merc LJ* 25.

227 *Walker v Wimborne* 1979 ALJR 446 449.

228 1985 1 NZLR 242.

229 *Nicholson v Permakraft (NZ) Ltd* 1985 1 NZLR 242 249. Sien Trethowan "Directors' personal liability to creditors for company debts" 1992 *Australian Business Law Review* 41.

230 1987 1 All ER 114.

231 *Winkworth v Edward Baron Development Co* 1987 1 All ER 114 118D-E.

creditors."

Hierdie opmerking konstrueer 'n plig vir direkteure om deurentyd die belange van skuldeisers te oorweeg en struktureer dit oënskynlik as 'n plig wat direk aan die skuldeisers verskuldig is. Hierdie opmerking is egter *obiter* gemaak en weerspieël nie die algemene siening van so 'n plig nie.[232]

Die algemene interpretasie van hierdie plig, waar erkenning daaraan verleen word, stem ooreen met die *Nicholson*-benadering.[233] Ingevolge hierdie siening is die direkteure verplig om die belange van die skuldeisers te oorweeg in omstandighede waar die solvensie van die maatskappy in gedrang is. Die direkteure is egter nie hierdie plig direk aan die skuldeisers verskuldig nie, maar aan die maatskappy self.[234] Die begrip "maatskappy" ondergaan dus 'n verbreding in so 'n geval. Die basiese motivering vir hierdie strukturering van die plig is om te verhoed dat die direkteure onder 'n verpligting geplaas word om die uiteenlopende belange van aandeelhouers en skuldeisers van die maatskappy te dien.[235]

Ongeag die eksplisiete stellings in bogenoemde uitsprake, heers daar egter nog nie eenstemmigheid oor die bestaan van so 'n algemene plig van direkteure

232 Sien Sealy "Directors' duties - an unnecessary gloss" 1988 *CLJ* 175 176; Fourie "Die plig van direkteure teenoor maatskappyskuldeisers" 1992 4 *SA Merc LJ* 25 37; Finch "Directors' duties: insolvency and the unsecured creditor" in Clarke (red) *Current issues in insolvency law* [1991] 87 101.

233 Sien bv *Multinational Gas and Petrochemical Co v Multinational Gas and Petrochemical Services Ltd* 1983 1 Ch 259 288E-F; *Kinsela v Russell Kinsela Pty Ltd (in liq)* 1986 10 ACLR 395; *West Mercia Safety Wear (in liq) v Dodd* 1988 BCLC 250; *ANZ Executors & Trustee Co Ltd v Qintex Australia Ltd* 1990 8 ACLC 980. Sien Dabner "Directors' duties - the schizoid company" 1988 *Company and Securities Law Journal* 105; Sealy "Directors' 'wider' responsibilities - problems conceptual, practical and procedural" 1987 *Monash University Law Journal* 164; Sealy "Directors' duties - an unnecessary gloss" 1988 *CLJ* 175; Sappideen "Fiduciary obligations to corporate creditors" 1991 *JBL* 365; Trethowan "Directors' personal liability to creditors for company debts" 1992 *Australian Business Law Review* 41; Fourie "Die plig van direkteure teenoor maatskappyskuldeisers" 1992 4 *SA Merc LJ* 25.

234 Sien Havenga *Fiduciary duties of company directors with specific regard to corporate opportunities* LLD UNISA [1995] 33 ev en veral 42.

235 Sealy "Directors' 'wider' responsibilities - problems conceptual, practical and procedural" 1987 *Monash University Law Journal* 164. 'n Achilleshiel van so 'n strukturering is dat aandeelhouers in die klassieke maatskappyereg die reg het om direkteure se skendings van verpligtinge teenoor die maatskappy te kondoneer. Meganismes moet gevolglik gevind word ingevolge waarvan die ignorering van skuldeisersbelange nie deur die aandeelhouers gekondoneer kan word en die verpligting teenoor skuldeisers sodoende van sinvolle inhoud ontneem nie. Sien *Kinsela v Russell Kinsela Pty Ltd (in liq)* 1986 10 ACLR 395 waar die hof bevind het dat aandeelhouers nie die reg het om 'n skending van so 'n verpligting teenoor skuldeisers te kondoneer nie. Sien ook Goode *Principles of corporate insolvency law* 210; Fourie "Die plig van direkteure teenoor maatskappyskuldeisers" 1992 4 *SA Merc LJ* 25 42-43; Vgl Prentice "Creditor's interests and director's duties" 1990 *Oxford Journal of Legal Studies* 265.

teenoor skuldeisers nie.[236] Selfs in die geledere waar ondersteuning vir so 'n plig aangetref word, bestaan min eenstemmigheid oor die aard, grense en omvang van die plig.[237] Hierdie plig kan dus ten beste as ontluikend beskryf word.

3.4.4.1 *INVLOED VAN 'N MOONTLIKE ALGEMENE PLIG OP DELIKTUELE AANSPREEKLIKHEID*

Die breë verpligting wat maatskappydirekteure in sommige omstandighede aan maatskappyskuldeisers verskuldig mag wees en wat die onderwerp van die debat vorm, moet onderskei word van die vraag na 'n moontlike regsplig wat 'n spesifieke direkteur in deliktuele konteks aan 'n spesifieke maatskappyskuldeiser verskuldig mag wees. Die debat rakende die bestaan van direkteursverpligtinge teenoor maatskappyskuldeisers behoort natuurlik verreken te word in die peiling van die regmatigheid van spesifieke optrede in hierdie konteks. Die debat dui op 'n sensitiwiteit rakende die verhouding tussen direkteure van maatskappye en die skuldeisers van daardie maatskappye. Daar heers duidelike ongemak oor die rigiede standpunt dat daar onder geen omstandighede sodanige regsverpligtinge op direkteure kan rus nie. Die breë argumente wat ten aansien van die bestaan van so 'n plig aangevoer word sowel as die gevare van moontlike botsende verpligtinge behoort dus verreken te word, wanneer die regmatigheid van 'n direkteur se optrede en sy moontlike regsplig jeens 'n spesifieke skuldeiser ter sprake kom.

Die vraag na 'n spesifieke regsplig strek egter veel wyer as die grense van die

---

236 Sien bv *Multinational Gas and Petrochemical Co v Multinational Gas and Petrochemical Services Ltd* 1983 1 Ch 259 288E-F: "An individual trader who is solvent is free to make stupid, but honest commercial decisions in the conduct of his own business. He owes no duty of care to future creditors ... A company, as it seems to me, likewise owes no duty of care to future creditors. The directors indeed stand in a fiduciary relationship to the company, as they are appointed to manage the affairs of the company and they owe fiduciary duties to the company though not to the creditors, present or future, or to individual shareholders." Vgl egter die uitspraak in *West Mercia Safetywear Ltd v Dodd* 1988 BCLC 250 252 waar Dillon LJ tot 'n teenoorgestelde bevinding gekom het en die verskillende bevindings verdedig het op die basis dat 'n solvente maatskappy en *bona fide* direkteure in die eerste en 'n insolvente maatskappy en *mala fide* direkteure in die tweede uitspraak ter sprake was. Sien ook Havenga *Fiduciary duties of company directors with specific regard to corporate opportunities* LLD UNISA [1995] 42; Sealy "Directors' duties - an unnecessary gloss" 1988 *CLJ* 175; Prentice "Creditor's interests and director's duties" 1990 *Oxford Journal of Legal Studies* 265 275 n 62.

237 Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD 1990 [UOVS] 126; Du Plessis "Direkteure se verpligtinge teenoor partye anders as die maatskappy" 1992 *De Jure* 378 389; Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stell LR* 148 164-165; Prentice "Creditor's interests and director's duties" 1990 *Oxford Journal of Legal Studies* 265.

debat. Dit verreken ook 'n veelheid van ander faktore ten einde die aard en omvang van die spesifieke regsverhouding tussen die betrokke direkteur en die skuldeiser vas te stel, alvorens 'n antwoord gebied kan word.

3.5 Die strafregtelike aanspreeklikheid van direkteure en dienaars

Die bepalings van artikel 332 van die Strafproseswet 51 van 1977 rakende die strafregtelike aanspreeklikheid van maatskappye is vroeër bespreek.[238] Hierdie artikel reël egter ook individue se aanspreeklikheid ten aansien van misdrywe wat deur die maatskappy gepleeg is. Artikel 332(5) bepaal soos volg:

> "Wanneer 'n misdryf gepleeg is, hetsy deur die verrigting van 'n handeling of deur die versuim om 'n handeling te verrig, waarvoor 'n regspersoon vervolg kan word of kon geword het, word iemand wat ten tyde van die pleging van die misdryf 'n direkteur of dienaar van die regspersoon was, geag aan bedoelde misdryf skuldig te wees tensy dit bewys word dat hy nie aan die pleging van die misdryf deelgeneem het en dit nie kon verhoed het nie, en kan hy saam met die regspersoon of afsonderlik weens daardie misdryf aangekla word, en by skuldigbevinding persoonlik daarvoor gestraf word."

Uit die voorafgaande bespreking[239] blyk dit dat die handelinge van 'n direkteur, werknemer of gemagtigde buitestander die maatskappy strafregtelik aanspreeklik kan stel. In so 'n geval kan die betrokke persoon, hetsy alleen of tesame met enige ander direkteur of dienaar van die maatskappy, saam met die maatskappy strafregtelik aanspreeklik gehou word, tensy hy kan bewys dat hy nie aan die pleging van die misdryf deelgeneem het nie en dit ook nie kon verhoed nie. 'n Persoon wat 'n direkteur of 'n werknemer van die maatskappy ten tyde van die pleging van die misdaad was, word skuldig geag, tensy hy hom van die vereiste bewyslas kan kwyt.[240]

Artikel 332(5) beperk die tipes misdrywe waarvoor 'n persoon aanspreeklik gehou kan word. Die misdrywe moet misdrywe wees waarvoor 'n regspersoon aanspreeklik gehou kan word. Misdrywe wat geskep is ingevolge die Insolvensiewet 24 van 1936 en wat slegs van toepassing is op natuurlike persone,

---

238 Sien par 2.2 van hierdie hoofstuk.

239 Sien par 2.2 van hierdie hoofstuk.

240 *R v Limbada* 1958 2 SA 481 (A): "The subsection ... casts an *onus* of proof upon the accused and in effect directs the Court to find him guilty if he does not discharge that *onus*. It is essentially, therefore, an evidential provision ..." Argumente rakende die moontlike ongrondwetlikheid van die bepaling is op 19 Maart 1996 in *S v Coetzee* CCT 50/95 deur die Konstitusionele Hof aangehoor. Uitspraak is egter nog nie gelewer by voltooiing van die studie nie. Sien die bespreking in par 4.3 van Hoofstuk 2 tav die benadering wat die Konstitusionele Hof tot dusver rakende statutêre vermoedens gevolg het.

val gevolglik nie binne die reikwydte van hierdie artikel nie.[241] Die bewoording van die artikel is aan die ander kant wyd genoeg om 'n natuurlike persoon aanspreeklik te stel vir 'n misdryf wat tegnies net deur 'n regspersoon gepleeg kan word. In *R v Theron*[242] is 'n persoon byvoorbeeld aanspreeklik gehou ingevolge 'n bepaling wat 'n maatskappy aanspreeklik gestel het, in die geval van 'n versuim om 'n algemene jaarvergadering binne die voorgeskrewe tydperk te reël.[243]

'n Interessante dilemma ontstaan in die geval van spesifiek omskrewe statutêre oortredings. Artikel 284 van die Maatskappywet omskryf byvoorbeeld die plig van 'n maatskappy om rekeningkundige rekords te hou. Waar versuim word om aan die bepaling gehoor te gee, bepaal die artikel uitdruklik dat die maatskappy en elke verantwoordelike direkteur of beampte van die maatskappy 'n misdryf pleeg. Kan artikel 332(5) gebruik word om 'n gewone werknemer wat nie 'n direkteur of beampte van die maatskappy is nie, vir 'n oortreding van artikel 284 te vervolg, synde 'n misdryf wat deur 'n regspersoon gepleeg kan word? In *R v Schreuder*[244] het die hof op grond van die stelreël *generalia specialibus non derogant* bevind dat die algemene bepalings van die Strafproseswet nie die besondere bepalings van die Maatskappywet vervang nie. Artikel 332(5) kan ingevolge hierdie benadering nie gebruik word om die spesifiek omskrewe grense van 'n statutêre misdaad breër te trek nie. Gevolglik kan addisionele persone, byvoorbeeld werknemers, nie deur middel van die gebruik van artikel 332 aanspreeklik gestel word vir die nie-nakoming van artikel 284 nie. Hierdie benadering, blyk, met respek, billik te wees. Waar 'n spesifieke bepaling voorts spesifieke verwere skep, kan dit grof onbillik wees om die genoemde persone of addisionele persone nie ingevolge daardie bepaling te vervolg nie, maar ingevolge artikel 332(5), waar hulle op so 'n wyse van die gebruik van die spesifieke verwere ontneem word.[245]

Wanneer bewys is dat 'n misdryf gepleeg is waarvoor die maatskappy aangespreek is of aangespreek kan word en dat die betrokke persoon 'n direkteur of dienaar van die maatskappy ten tyde van die pleging van die misdryf was, moet die persoon op 'n oorwig van waarskynlikhede[246] bewys dat hy nie aan die pleging

241 *R v City Silk Emporium (Pty) Ltd and Meer* 1950 1 SA 825 (W); *R v Smith* 1960 4 SA 364 (O).

242 1960 3 SA 331 (T).

243 A 59 van die Maatskappywet 46 van 1926. *R v Theron* 1960 3 SA 331 (T) 335G: "I see no reason for limiting the language of the sub-section to offences which are capable of being committed not only by a corporate body but also by a natural person. The language is perfectly wide and refers to any offence ...".

244 1957 4 SA 27 (O).

245 Sien Meskin *Henochsberg on the Companies Act* vol 2 [diensuitgawe] 12 tav hierdie argument.

246 *S v Avon Bottle Store (Pty) Ltd* 1963 2 SA 839 (A) 392C; *S v Klopper* 1975 4 SA 773 (A).

van die misdaad deelgeneem het nie en dit ook nie kon verhoed nie. Die persoon kan hom van die bewyslas kwyt, deur te toon dat hy nie bewus was van die pleging van die misdryf nie en dit gevolglik nie kon verhoed nie.[247] Indien die persoon aantoon dat hy nie aan die pleging van die misdryf deelgeneem het nie, maar nie bewys dat hy nie die pleging van die misdryf kon verhoed nie, sal hy nie die skuldigbevinding kan vermy nie, maar kan die hof hom 'n ligter straf oplê.[248]

3.5.1 Strafregtelike aanspreeklikheid vir insolvensiemisdrywe

Dit is vir doeleindes van hierdie studie van belang om aandag te skenk aan die aanspreeklikheid wat direkteure en beamptes van maatskappye vir sommige oortredings van die Insolvensiewet kan oploop. Daar is reeds in Hoofstuk 2 daarop gewys dat artikel 135(3) van die Insolvensiewet bepaal dat 'n insolvent 'n misdryf pleeg, indien hy voor die sekwestrasie van sy boedel 'n skuld oploop van meer as R30 of skulde wat gesamentlik meer as R100 beloop, sonder 'n redelike verwagting dat hy die skuld of skulde sal kan betaal.[249]

Die toepassingsterrein van hierdie en die ander strafbepalings van die Insolvensiewet word by wyse van artikel 425 van die Maatskappywet uitgebrei na direkteure en beamptes van maatskappye.[250] Kragtens artikel 425 kan 'n huidige

247 *R v Limbada* 1958 2 SA 481 (A); *S v Klopper* 1975 4 SA 773 (A); *S v Film Fun Holdings (Pty) Ltd* 1977 2 SA 377 (OK).

248 *S v Avon Bottle Store (Pty) Ltd* 1963 2 SA 839 (A) 396G: "Where an accused discharges the *onus* of proving that he did not participate in the crime and merely fails to prove his inability to have prevented it, then the moral obloquy attaching to him would be lessened, and this would, no doubt, in most cases be reflected in the sentence."

249 Sien die bespreking in par 4.3 van Hoofstuk 2. Sien ook *R v Louis Klein* 8 SC 39; Buchanan *Decisions in insolvency being the Insolvent Ordinance No 6 of 1843* [1879] 81; Tredgold *Handbook of Colonial Criminal Law* [1897] 186-187; *R v Manga* 1958 1 SA 168 (FH). Sien ook Norman-Scoble *Criminal insolvency* [1941] 54-69; Barlow *Offences under the Insolvency Act* [1966] 61-72.

250 Sien Bonnet "Die likwidasie van beslote korporasies met besondere verwysing na die bepalings van die Maatskappywet en die Insolvensiewet" 17 *Med SOR* 175; *Ex parte Lebowa Development Corporation* 1989 3 SA 71 (T) 113C. A 143 van die Insolvensiewet stel onder sekere omstandighede boedelberedderaars, verteenwoordigers en werknemers ook strafbaar vir insolvensiemisdrywe. Hierdie bepaling is egter nie van toepassing op maatskappye nie, aangesien a 425 van die Maatskappywet die misdryf binne maatskappyverband skep. Sien *R v City Hall Silk Emporium (Pty) Ltd & Meer* 1950 1 SA 825 (GW). Sien ook die gedeeltelike goedkeuring wat die Appèlhof in *Kalil v Decotex (Pty) Ltd* 1988 1 SA 943 (A) 962D-E verleen het aan die uitleg wat in die *City Hall*-uitspraak gevolg is tav die 1926-Maatskappywet. Die onderskeid wat die hof egter in die *City Hall*-beslissing probeer tref het tussen "insolvente" en "insolvente boedels", welke onderskeid gekritiseer is in *R v Bux* 1956 2 PH E15 (K), is nie meer tersaaklik nie, aangesien die relevante artikel, a 339 van die Maatskappywet, nou net verwys na "insolvensie". Sien ook *R v Kaloo* 1941 AA 17 20; *R v City Hall Silk Emporium (Pty) Ltd & Meer* 1950 1 SA 825 (GW); *R v Schreuder*

en voormalige direkteur of beampte[251] van 'n insolvente, gelikwideerde maatskappy skuldig bevind word aan 'n insolvensiemisdryf onder omstandighede waar hy persoonlik skuldig sou gewees het, indien hy die betrokke oortreding ten aansien van sy eie boedel begaan het.[252] Die aanspreeklikheid van persone kragtens artikel 425 is nie net beperk tot persone wat *de jure* as direkteure of beamptes van die maatskappy aangestel is nie, maar is ook van toepassing op persone wat *de facto* as direkteure of beamptes opgetree het.[253] Die betrokke maatskappy kan hom egter nie skuldig maak aan 'n oortreding van artikel 425 nie.[254]

Die oortreding word begaan ten aansien van die bepaling in die Maatskappywet. Ten einde volledig te wees moet die klagstaat gevolglik 'n verwysing na artikel 425 sowel as 'n verwysing na die betrokke bepaling in die Insolvensiewet bevat. Ten aansien van die nalatige oploop van skulde moet die klagstaat voorts beweer dat die aangeklaagde 'n direkteur of beampte van die betrokke maatskappy was, dat die maatskappy weens die handelinge van die beskuldigde spesifieke skulde opgeloop het sonder dat daar 'n redelike verwagting was dat die maatskappy die skulde sou kon terugbetaal,[255] dat 'n likwidasiebevel ten aansien van die maatskappy verleen is[256] en dat die maatskappy inderdaad nie in staat is of was om sy skulde te betaal nie.[257] 'n Aanklag op grond van 'n oortreding van hierdie bepaling kan gesamentlik met 'n aanklag van roekelose of bedrieglike dryf van besigheid gebring word.[258] 'n Persoon wat aan die statutêre oortreding skuldig bevind is, is strafbaar met die strawwe wat ingevolge die Insolvensiewet opgelê kan

---

1957 4 SA 27 (O); *S v Gani* 1965 1 SA 223 (T).

251 Sien *R v Bux* 1956 2 PH E15 (K) waar 'n bestuurder van 'n maatskappy aan 'n oortreding van die bepaling skuldig bevind is.

252 Sien bv *S v Yousuf* 1965 3 SA 259 (T).

253 *R v Kaloo* 1941 AA 17 21.

254 Sien *R v Kaloo* 1941 AA 17 20; *R v City Hall Silk Emporium (Pty) Ltd & Meer* 1950 1 SA 825 (GW); *R v Schreuder* 1957 4 SA 27 (O); *R v RSI (Pty) Ltd* 1959 1 SA (OK); *R v Smith* 1960 4 SA 364 (O) 376H; *S v Gani* 1965 1 SA 223 (T) 223D.

255 Die datums waarop die skulde opgeloop is, moet ook bo redelike twyfel bewys word. Sien *R v Saevitzon* 1955 1 PH E7. Sien ook *R v Varachia* 1958 4 SA 529 (T) tav die bewys van die skulde.

256 Die toepassingsveld van die bepaling word aansienlik verruim deurdat uitdruklik bepaal word dat a 425 geld, al is die bevel intussen kragtens die Maatskappywet opgehef.

257 *R v Schreuder* 1957 4 SA 27 (O) 31C; *R v Wax* 1957 4 SA 399 (K); *R v RSI (Pty) Ltd* 1959 1 SA (OK) 414; *R v Mall* 1959 4 SA 607 (N); *S v Gani* 1965 1 SA 222 (T); *S v Yousuf* 1965 3 SA 259 (T); *S v Khan* 1972 4 SA 330 (N).

258 *R v Wax* 1957 4 SA 399 (K).

word.[259]

4 KREDIETVERKRYGING DEUR 'N MAATSKAPPY WEENS MISLEIDING - PERSOONLIKE AANSPREEKLIKHEID IN DIE ALGEMENE SUID-AFRIKAANSE REG

4.1 Oriëntering

In Hoofstuk 2 is die basiese reëls rakende kredietverkryging deur wanvoorstelling bespreek. Hierdie hoofstuk het tot dusver gehandel oor deliktuele aanspreeklikheid waar 'n maatskappy skulde op grond van wanvoorstelling oploop. Ter afronding van die bespreking word die reëls wat tot dusver geïdentifiseer is, vervolgens prakties toegepas ten aansien van die deliktuele aanspreeklikheid wat kan volg waar 'n maatskappy krediet op grond van misleiding verkry het.

Hierdie bespreking word benodig, aangesien daar sekere unieke fasette na vore tree wanneer wanvoorstelling in maatskappyverband ter sprake is. Hierdie bespreking skenk gevolglik aandag aan die basiese regsposisies van die onderskeie aanspreeklike partye en aan die belangrikste praktiese oorwegings en wanvoorstellings wat ter sprake is. Aangesien artikel 424 breedvoerig in die Hoofstuk 4 bespreek word, fokus die volgende bespreking op die ander algemene regsreëls wat normaalweg van belang is in die geval van kredietverkryging deur 'n maatskappy op grond van misleiding.

4.2 Aanspreeklike partye

Dit blyk duidelik uit die voorafgaande bespreking dat daar in maatskappyverband van minstens twee aanspreeklike partye sprake is, naamlik die maatskappy en die individu wat verantwoordelik was vir die wanvoorstelling. Die reëls wat geld ten aansien van die aanspreeklikheid van elkeen van hierdie partye, word beïnvloed deur die eiesoortige konteks sowel as die eiesoortige regsverhouding waarin elkeen van hierdie partye tot die kredietgewer staan. Die regsposisie van die maatskappy word eerste bespreek.

259 Sien a 425 van die Maatskappywet.

4.2.1 Aanspreeklikheid van die maatskappy

Die maatskappy is 'n party tot die betrokke kontrak waardeur skulde opgeloop word. Wanneer die regsposisie van die maatskappy uit die oogpunt van die kontraktereg beskou word, word dit as 'n gewone party tot die kontrak gereken. Waar die basiese goeie trou tussen kontrakspartye, die ongelyke toegang tot inligting rakende relevante feite sowel as ander spesifieke feite rakende hulle verhouding die openbaarmaking van korrekte inligting deur die kredietnemer sou verg, sal dieselfde plig deur die maatskappy as kredietnemer verskuldig wees.[260]

Die verskillende tipes wanvoorstellings wat gemaak kan word ten tyde van die onderhandeling van 'n krediettransaksie, is divers. Die wanvoorstellings kan opsetlik, nalatig of onskuldig wees en kan onder andere verwys na die kredietopnemer se terugbetalingsvermoë, na die doel van die lening, na die sekuriteit wat aangebied word ter versekurering van die lening of na enige ander relevante aspek wat die risiko van die kredietgewer beïnvloed. Die wanvoorstelling kan uitdruklik, stilswyend of by implikasie gemaak word. Met verwysing na laasgenoemde is dit duidelik dat die geïmpliseerde voorstelling rakende terugbetalingsvermoë 'n kardinale rol in hierdie konteks speel en waarskynlik die mees algemene wanvoorstelling is wat in hierdie verband gemaak word.

Die maatskappy kan selfstandige of middellike aanspreeklikheid op grond van wanvoorstelling oploop.[261] Die aanspreeklikheid sal selfstandig wees waar die wanvoorstelling direk of indirek deur 'n maatskappyorgaan gemaak is[262] en sal middellik wees waar die wanvoorstelling deur 'n verteenwoordiger of werknemer van die maatskappy gemaak is, sonder dat 'n maatskappyorgaan daarby betrokke was.[263]

Waar enige sodanige foutiewe voorstelling gemaak word deur 'n maatskappy, moet die basiese reëls rakende wanvoorstelling en die spesifieke reëls rakende

---

260 Sien parr 3.1.2 en 3.2.2 van Hoofstuk 2 tav die faktore wat aanleiding gee tot 'n openbaarmakingsplig. A 135(3) van die Insolvensiewet saamgelees met a 425 van die Maatskappywet skep egter nie 'n direkte verpligting vir 'n maatskappy om nie skulde op te loop sonder 'n redelike betalingsverwagting nie, aangesien a 425 hierdie verpligting slegs van toepassing maak op direkteure en beamptes van maatskappye. Sien *R v Kaloo* 1941 AA 17 20; *R v City Hall Silk Emporium (Pty) Ltd & Meer* 1950 1 SA 825 (GW); *R v Schreuder* 1957 4 SA 27 (O); *R v RSI (Pty) Ltd* 1959 1 SA (OK); *R v Smith* 1960 4 SA 364 (O) 376H; *S v Gani* 1965 1 SA 223 (T) 223D.

261 Sien par 2 van hierdie hoofstuk.

262 Sien par 2.1.2 van hierdie hoofstuk.

263 Sien par 2.1.1 van hierdie hoofstuk.

aanspreeklikheid van 'n maatskappy bloot op die feite toegepas word. Die toepassing is nie teoreties problematies nie, aangesien die belangrikste reëls reeds uitgekristalliseer het.

Wanneer privaatregtelike stappe teen 'n verweerder-maatskappy oorweeg word, moet aandag geskenk word aan die praktiese waarde van sodanige stappe. Die dilemma van strooipop-verweerders is algemeen-bekend as regsproblematiek, maar is veral algemeen binne die verband van korporatiewe reg. Die reëls rakende regspersoonlikheid wat die aanspreeklikheid vir die skulde van die regspersoon tot die regspersoon beperk, die nominale aandelekapitaal van die moderne maatskappy en die beginsel van beperkte aanspreeklikheid wat aandeelhouers se bydrae tot die maatskappyboedel beperk, vergroot die problematiek in korporatiewe verband. Hierdie probleem skep gewoonlik 'n besondere dilemma vir 'n skuldeiser wat deur wanvoorstelling tot kredietgewing aan 'n maatskappy oorgehaal is.

Maatskappye wat benut word as voertuie vir kredietbestellingsbedrogskemas, is gewoonlik ernstig ondergekapitaliseer. 'n Bedrieër wat so 'n maatskappy oprig, belê normaalweg slegs 'n nominale bedrag in die maatskappy. Daar is gevolglik min finansiële waarde vir 'n misleide in privaatregtelike stappe teen die maatskappy. Tersydestelling van die kredietgewingskontrak is nie voordelig nie, aangesien die maatskappy nie die kontrakbedrag kan restitueer nie. Indien die maatskappy reeds gelikwideer is, is tersydestelling in elk geval nie meer moontlik nie.[264] 'n Eis vir skadevergoeding is ook akademies, aangesien die maatskappy gewoonlik nie oor bates beskik om vergoeding te kan betaal nie.

Hierdie problematiek is ook gewoonlik teenwoordig waar 'n nalatige wanvoorstelling gemaak word. Waar die geïmpliseerde wanvoorstelling rakende terugbetalingsvermoë gemaak word, verkeer die maatskappy in elk geval in 'n finansiële verknorsing. Die werklike feite blyk gewoonlik eers na insolvente likwidasie. Dit laat die kredietgewer in effek met 'n waardelose deliktuele eis teen die insolvente boedel van die maatskappy.

Bogenoemde praktiese werklikhede bring teweeg dat daar in hierdie gevalle ernstige oorweging geskenk moet word aan die persoonlike aanspreeklikheid van die natuurlike persone wat 'n rol gespeel het in die kommunikasie van die foutiewe voorstellings. In die meerderheid van die gevalle is regstappe teen hierdie persone die enigste stappe wat die misleide sal loon. Die basiese regsposisie van hierdie persone word dus vervolgens beskou.

---

264 Sien par 2.1 van Hoofstuk 2.

4.2.2 Die aanspreeklikheid van ander partye

Die fisiese beperkings van 'n regspersoon bring teweeg dat daar altyd natuurlike persone betrokke sal wees in die kommunikasie van voorstellings aan derdes. Waar 'n wanvoorstelling gemaak word wanneer 'n maatskappy skulde oploop, kan hierdie persone moontlik deur die kredietgewer aanspreeklik gehou word en kan hulle ook onder die geïdentifiseerde omstandighede strafregtelike aanspreeklikheid oploop.[265]

Die kredietgewer sal oor 'n kontraktuele remedie teenoor die betrokke persoon beskik, indien daar 'n kontraktuele verhouding tussen die persoon en die kredietgewer tot stand gekom het. Aangesien die kredietkontrak tussen die kredietgewer en die maatskappy tot stand kom, is daar nie normaalweg so 'n addisionele kontraktuele verhouding tussen die kredietgewer en die betrokke individu nie. Waar 'n persoon egter in so 'n addisionele kontrak die korrektheid van 'n spesifieke voorstelling waarborg, sal die kredietgewer oor 'n kontraktuele remedie teenoor die persoon beskik, indien die voorstelling blyk foutief te wees.

Die kredietgewer sal ook oor 'n deliktuele eis beskik, waar die persoon 'n delik teenoor hom gepleeg het. Die belangrikste kategorieë van persone wat in hierdie verband deliktuele aanspreeklikheid kan oploop, is die verteenwoordigers,[266] werknemers en direkteure van die maatskappy. Terwyl algemeen aanvaar word dat 'n verteenwoordiger en werknemer van 'n maatskappy deliktueel aanspreeklik gehou kan word vir 'n delik wat hulle in die loop van die vervulling van hulle verpligtinge teenoor die kredietgewer pleeg, is daarop gewys dat die onderliggende beginsels nie so geredelik deurgetrek word, waar 'n direkteur se aanspreeklikheid ter sprake is nie. Die mees problematiese geval is waar die direkteur se handeling ingevolge die orgaansteorie die maatskappy toegereken word. Weens 'n aantal historiese en praktiese oorwegings is sekere maatskappyregtelike teorieë ontwerp wat die direkteur in sodanige geval teen persoonlike aanspreeklikheid beskerm. In hierdie verband is die standpunt ingeneem dat die spesifieke hoedanigheid waarin die direkteur gehandel het, duidelik onderskei moet word. Indien die gewraakte handeling as verteenwoordiger of werknemer van die maatskappy verrig is, behoort die gewone reëls van die deliktereg toegepas te word. Die standpunt is ook ingeneem dat Suid-Afrikaanse howe dieselfde reëls moet aanwend waar die direkteur as maatskappyorgaan gehandel het en dat gewaak moet word teen eiesoortige reëls in die

265 Sien par 3.5.1 van hierdie hoofstuk.

266 Vgl McLennan "The liability of agents for debts contracted on behalf of insolvent companies" 1995 *SA Merc LJ* 68.

maatskappyereg wat die direkteur aan aanspreeklikheid kan laat ontsnap waar hy 'n delik teenoor die derde gepleeg het.

Ten einde 'n delik te pleeg, moet so 'n persoon op skuldige en onregmatige wyse 'n wanvoorstelling aan die kredietgewer maak, waarop die kredietgewer tot sy nadeel gehandel het. Onregmatigheid verg dat die persoon 'n regsplig tot openbaarmaking van korrekte inligting teenoor die kredietgewer verbreek het. Hierdie persoonlike plig moet onderskei word van die maatskappy se soortgelyke plig as kontraksparty. Die persoon sal dus nie so 'n verpligting verskuldig wees, bloot net omdat die maatskappy so 'n plig het nie. Hoewel die persoonlike regsplig onderskei moet word van die maatskappy se regsplig, moet die aanwesigheid van 'n regsplig op die maatskappy nie geïgnoreer word nie in laasgenoemde ondersoek nie. Dit kan in 'n gegewe geval die raamwerk en konteks verskaf vir die totstandkoming van 'n persoonlike regsplig. Dit sal veral die geval wees waar die persoon die kommunikasiekanaal was waardeur die maatskappy hom van sy openbaarmakingsplig moes kwyt.

Die plig kan verbreek word deur uitdruklik of stilswyend foutiewe inligting te verskaf of relevante inligting te verswyg. In hierdie gevalle moet die geïdentifiseerde regsreëls bloot op die gegewe feite toegepas word. Die aantal moontlike permutasies wat hulle in die praktyk kan voordoen en die wyse waarop die reëls in elke geval aangewend moet word, bring teweeg dat dit nie lonend is om binne die konteks van hierdie studie verder spesifieke aandag aan hierdie aspek van die problematiek te skenk nie. Van groter belang vir die studie is die aanspreeklikheid wat kan voortvloei uit die geïmpliseerde voorstelling rakende die terugbetalingsbedoeling en terugbetalingsverwagting. Hierdie aspek word vervolgens bespreek.

4.3 Geïmpliseerde voorstelling rakende terugbetalingsverwagting

In Hoofstuk 2 is uitgewys dat Suid-Afrikaanse howe bevind het dat 'n kredietopnemer by kontraksluiting 'n implisiete voorstelling maak dat hy op daardie oomblik van plan is om die skuld terug te betaal en glo dat hy in staat sal wees om die betrokke skuld op die ooreengekome datum te delg.[267] Indien die kredietopnemer nie so 'n bedoeling en 'n geloof het nie, maak hy 'n wanvoorstelling aan die kredietgewer, tensy hy sy wantroue in sy vermoë of sy

267 Sien par 4.1 van Hoofstuk 2. Sien *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 107-108; *R v Abrahams* 1948 1 PH H25 (A); *R v Latib* 1973 3 SA 982 (A) 985B; *S v Hassim* 1976 1 SA 508 (T); *S v Jammy* 1976 1 PH H34 (A); *Ozinsky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K); *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A) 503J-504A.

gebrek aan 'n terugbetalingsbedoeling aan die kredietgewer openbaar.

Hierdie implisiete voorstelling is ook deur ons howe in die krediettransaksies van 'n maatskappy onderskei. Die maatskappy kan 'n wanvoorstelling in hierdie verband maak,[268] wanneer 'n maatskappyorgaan opdrag gee dat 'n skuld opgeloop moet word of meedoen aan 'n krediettransaksie, sonder 'n eerlike geloof in die maatskappy se bedoeling en vermoë om die betrokke skuld reëlmatig te delg.

Ander persone kan egter persoonlike aanspreeklikheid op grond van so 'n wanvoorstelling oploop. In *S v Hassim*[269] het die Hof bevind dat 'n verteenwoordiger in 'n krediettransaksie 'n voorstelling maak rakende sy eie *bona fides*:[270]

> "... [I]t seems to me that by the fact of negotiating the bargain he too represents that he is acting in good faith, and that he believes that his principal is *bona fide* and intends to implement the bargain ... [T]herefore it was proved in my opinion that he represented that Protea Distributors were able and willing to pay for the goods purchased by it, in other words that it intended to discharge its obligations."

'n Verteenwoordiger maak dus hiervolgens 'n implisiete voorstelling rakende sy eie *bona fides* en rakende sy geloof in die vermoë en gewilligheid van sy prinsipaal om die skuld te delg.[271] Waar 'n verteenwoordiger van 'n maatskappy bewus is van die maatskappy se finansiële verknorsing en glo dat die maatskappy nie in staat sal wees om die skulde wat uit die transaksie spruit, te delg nie, maak hy 'n wanvoorstelling teenoor die kredietgewer, indien hy nie die feite aan die kredietgewer meedeel nie.

Die persoonlike aanspreeklikheid van maatskappydirekteure op grond van hierdie implisiete wanvoorstelling het al in 'n aantal uitsprake van Suid-Afrikaanse howe ter sprake gekom. Die *locus classicus* in hierdie verband is *Orkin Bros Ltd v Bell*.[272] Weens die belang van hierdie uitspraak binne die konteks van hierdie studie word

---

268 *Ozinzky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K): "A company, like any other *persona* when it applies for a credit facility, impliedly represents no more than that it will be able to pay in terms of its undertaking and that it has no reason to believe that it may not be able to pay on due date."

269 1976 1 SA 508 (T).

270 *S v Hassim* 1976 1 SA 508 (T) 511A.

271 Vgl ook *Alex Murray (Pty) Ltd v Perry* 1961 2 SA 154 (N) 156H-157A; *Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Moriates* 1957 3 SA 113 (T) 115D; *Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Adelson* 1959 4 SA 121 (T) 123B.

272 1921 TPA 92. Die uitspraak het in 'n aantal latere uitsprake gefigureer. Sien bv *Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Moriates* 1957 3 SA 113 (T); *Alex Murray (Pty) Ltd v Perry* 1961 2 SA 154 (N); *Lategan v Boyes* 1980 4 SA 191 (T); *Food & Nutritional Products (Pty) Ltd v Neumann* 1986 3 SA 464 (W); *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd* 1989 3 SA 71 (T); *Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler* 1990 2 SA 411 (K).

die uitspraak sowel as die uitsprake wat dit opgevolg het, vervolgens uiteengesit.

4.3.1 Orkin Brothers Ltd v Bell

In *Orkin Bros Ltd v Bell* het die leweransiers van 'n maatskappy die direkteure en sekretaris van die maatskappy persoonlik aanspreeklik gehou vir die koopprys van sekere produkte wat op krediet aan die maatskappy gelewer is.

Die betrokke maatskappy, *African Starch Manufacturing Co Ltd* [*ASM*], is opgerig om stysel te vervaardig volgens 'n nuwe metode. 'n Chemikus wat beweer het dat hy oor kennis aangaande die nuwe vervaardigingsproses beskik, was die spil waarom die fabriek gedraai het. Na oprigting van die fabriek het dit egter geblyk dat hierdie nuwe proses nog in 'n eksperimentele fase was. Die eksperimente het die aanvanklike kapitaal verteer en die maatskappy moes noodgedwonge verdere kapitaal by die Nywerheidskorporasie leen. Hierdie lening was versekureer deur 'n algemene dekkingsverband oor al die eiendom van die maatskappy. Die direkteure van die maatskappy het ook borg geteken vir die lening.[273]

Met die fabriek nog in sy eksperimentele fase, het die chemikus die maatskappy verlaat. Die "geheime" waaroor hy na bewering beskik het, het hy nooit aan die maatskappy meegedeel nie. Die voorman van die fabriek, wat lank tevore in 'n styselfabriek gewerk het, is toe in beheer van die vervaardigingsproses gestel. Na etlike weke se eksperimente het hy, na bewering, daarin geslaag om 'n beperkte hoeveelheid hoë kwaliteit stysel te vervaardig. Op grond van hierdie produk het die maatskappy optimisties 'n hoë produksiesyfer geprojekteer en groot hoeveelhede grondstowwe op krediet bestel.

Voordat die maatskappy egter kon begin om die verwagte produksie te lewer, het sy kleiner skuldeisers hom in 'n finansiële krisis gedompel deur betaling van hulle skulde te eis. Die direkteure en die aandeelhouers was onwillig om verder kapitaal in die maatskappy te stort. Die Nywerheidskorporasie het die verband opgeroep en al die bates van die maatskappy, insluitend die grondstowwe wat kort voor likwidasie op krediet aan die maatskappy verskaf is, oorgeneem en die maatskappy is gelikwideer. As versekerde skuldeiser het die Nywerheidskorporasie ongeveer sewentig persent van sy eis op grond van sy sekuriteit verhaal. Die konkurrente skuldeisers het geen likwidasiedividend ontvang nie.

Die eiser in die geding was een van die leweransiers wat grondstowwe kort voor

273 *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 94.

likwidasie op krediet aan die maatskappy gelewer het. Na lewering van die grondstowwe het dit onderworpe geraak aan die Nywerheidskorporasie se verband. Die leweransier het gevolglik sy goedere verloor en het, as konkurrente skuldeiser, geen likwidasiedividend uit die maatskapppy se boedel ontvang nie.

Die eiser het aangevoer dat die direkteure van die maatskappy doelbewus die aankope gemaak het ten einde die waarde van die Nywerheidskorporasie se sekuriteit te verhoog en hulle borgaanspreeklikheid teenoor die Nywerheidskorporasie dienooreenkomstig te verklein.[274] Die direkteure het egter aangevoer dat hulle eerlik optimisties was oor die vooruitsigte van die maatskappy en die aankope op grond van die vooruitsigte gemaak het.

Mason R het die feite ontleed en onder andere bevind dat die verweerders se onwilligheid om verder hulle eie geld in die maatskappy te belê, nie strook met hulle beweerde vertroue in die vermoë van die maatskappy nie en dat die verweerders nie deur middel van dokumentasie hulle beweringe oor die potensiële sukses van die maatskappy kon staaf nie.[275] Die regter het voorts bevind dat een van die direkteure, Abernethy, direk verantwoordelik was vir die kredietaankope en die instruksies gegee het dat die voorman die gewraakte bestellings moet plaas.[276] Die regter het voorts bevind dat Bell, 'n ander direkteur, ook bewus was van die aankope sowel as van die feit dat daar geen vooruitsig was om daarvoor te betaal nie.[277]

Met betrekking tot Abernethy en Bell het Mason R bevind:[278]

> "... I am satisfied that their real motive in ordering or sanctioning the ordering of all these raw materials was the personal gain which would accrue to them from the transfer to the bondholder of such valuable assets; they may, perhaps, have hoped to stave off liquidation a little longer; they did not believe that the company could pay for these goods."

Weens 'n gebrek aan soortgelyke uitsprake in die Suid-Afrikaanse howe, het die regter aanknoping gevind by negentiende eeuse Engelse en Amerikaanse

---

274 *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 92.

275 *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 102: "But Abernethy states that he was convinced that Sack could produce good starch in such quantities as to redeem the company from its difficulties. If he had that conviction, it is difficult to understand why he and the other defendants ... were not prepared to advance the comparatively small sum which ... was required to tide over the immediate pressure ... [N]ot a single record exists by which Abernethy's and Sack's statements can be checked ...".

276 *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 102, 103.

277 *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 102, 105.

278 *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 105-106.

uitsprake[279] en soos volg afgesluit:[280]

> "... [T]here seems to me an implied representation when the directors or officers of limited companies order goods from a merchant that they believe the company will probably be able to pay, and, if they know there is no likelihood of payment and no means of payment, they commit such a fraud as falls within the principles laid down in *Derry v Peak* [sic] (14 A.C. 337)."

Op grond hiervan het Mason R bevind dat die twee direkteure gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik is vir die skade wat die eisers op grond van hulle bedrieglike gedrag gely het.[281]

Bristowe R het Mason R se gevolgtrekking gesteun, maar het verskil van Mason R ten aansien van die bevinding dat die verweerders doelbewus die aankope gedoen het om hulle borgaanspreeklikheid te verminder. Bristowe R het egter die feite op die basis van roekeloosheid en *dolus eventualis*[282] benader en bevind:[283]

> "In my opinion it is impossible to acquit Abernethy of having authorised the purchases of those goods without really believing that they could be paid for, and with reckless indifference as to whether they could be paid or not."

Die uitspraak in *Orkin Bros Ltd v Bell* is gelewer in 'n relatiewe vroeë stadium van die ontwikkeling van die toepaslike regsbeginsels. Die reg rakende wanvoorstelling en die maatskappyereg het aansienlike ontwikkeling sedertdien ondergaan. Hierdie ontwikkeling bring teweeg dat die *Orkin Bros Ltd v Bell*-uitspraak met versigtigheid ontleed moet word, wanneer algemene beginsels daaruit afgelei word. Daar word egter aan die hand gedoen dat die uitspraak gesag bied vir die stelling dat direkteure en beamptes van die maatskappy 'n geïmpliseerde voorstelling maak aan die persone met wie hulle krediettransaksies namens die maatskappy sluit, dat hulle glo dat die maatskappy in staat sal wees om die skuld reëlmatig te delg.[284]

---

279 *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 106: "... [T]here is a considerable likeness in the English decisions in which it has been held to be a fraud to purchase goods without intending to pay, and the seller has been held entitled to rescind the contract and recover the goods ... The same doctrine is adopted in the United States ...".

280 *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 106. Sien ook Bristowe R se opmerkings oor die stilswyende wanvoorstelling op 107-108.

281 *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 107: "The two defendants are therefore ... liable to the plaintiffs for the sum which they have lost through this fraudulent conduct ...".

282 Bristowe R het die term "recklessness" gebruik, maar dit blyk by nadere ontleding dat hy dit in die sin van *dolus eventualis* bedoel. Sien *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 108 sowel as Schabort R se opmerkings in *Food & Nutritional Products (Pty) Ltd v Neumann* 1986 3 SA 464 (W) 476G-I.

283 *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 110.

284 *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 106. Sien ook Bristowe R se opmerkings oor die stilswyende wanvoorstelling op 107-108. Vgl *Alex Murray (Pty) Ltd v Perry* 1961 2 SA 154 (N) waar die regsbasis van so 'n eis erken is. Milne WNM RP hom in lg uitspraak soos volg

Sodanige voorstelling sal gemaak word waar die persone direk betrokke is by die transaksie, hetsy by die magtiging daarvan of by die onderhandeling daarvan.

In *Orkin Bros Ltd v Bell* het die Hof ook vir Bell aanspreeklik bevind, hoewel hy nie enige spesifieke opdragte aan die voorman gegee het in verband met die bestelling nie. Sy aanspreeklikheid het klaarblyklik slegs berus op sy kennis en goedkeuring van die bestellings.[285] Daar word in oorweging gegee dat die aanspreeklikheid van 'n persoon in Bell se posisie sorgvuldig oorweeg moet word, alvorens hy op grond van 'n geïmpliseerde wanvoorstelling aangespreek word. Sy optrede moet in verband gebring kan word met die geïmpliseerde wanvoorstelling en die persoon moes voorts 'n regsplig teenoor die kredietgewer verbreek het. Hoe verder verwyder die persoon van die wanvoorstelling was, hoe moeiliker sal hierdie elemente aangetoon kan word.[286]

4.3.2 Oorhaling as basis van aanspreeklikheid

In twee interessante uitsprake wat *Orkin Bros Ltd v Bell* nagevolg het, is die moontlikheid erken dat 'n direkteur deliktuele aanspreeklikheid kan oploop, omdat hy sy maatskappy oorhaal om 'n wanvoorstelling teenoor die kredietgewer te maak. In altwee sake was *Ruto Flour Mills* (Edms) Bpk betrokke as eiser.

---

uitgespreek oor die feite wat die eiser in so 'n geval moet bewys om met 'n deliktuele eis te slaag [156H-157A]: "In order to fix the respondent with responsibility for the amount of its claim the appellant, in my opinion, had to show that, at the time the contract was made, the respondent did not believe that the then position of the company was such that when the account fell due for payment it would be able to pay." Die betrokke eis het egter gefaal, aangesien die eiser nie kon bewys dat die verweerder nie 'n eerlike geloof in die maatskappy se terugbetalingsvermoë gehad het, toe die voorstelling gemaak is nie. Die mees gesaghebbende opmerking in hierdie verband, is deur die Appèlhof gemaak in *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A) 504E: "In short, the mere carrying on of business by directors does not constitute an implied representation to those with whom they do business that the assets of their company exceed its liabilities. The implied representation is no more than that the company will be able to pay its debts when they fall due." Sien die bespreking in par 4.1 en 4.1.1 van Hoofstuk 2.

285 *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 105: "I have no doubt that he knew the general position of the company, that these goods were being ordered and that there was no prospect of paying for them." Sien ook die verwysing in *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A) 504E na 'n voorstelling bloot deur die dryf van besigheid.

286 Waar 'n voorstelling afwesig was, kan die persoon se aanspreeklikheid uit hoofde van gewone versuim oorweeg word. Vgl *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1992 2 SA 95 (W) 144E-146C. Afgesien van skuld sal die onregmatigheid en in die besonder die skending van 'n regsplig tot optrede onder sodanige omstandighede bewys moet word.

In *Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Moriates*[287] het *Ruto Flour Mills* (Edms) Bpk as kredietleweransier direkteure van 'n maatskappy vir skadevergoeding gedagvaar, omdat die direkteure die maatskappy na bewering opdrag gegee het om goedere deur misleiding op krediet aan te koop. Die bewerings in die dagvaarding is egter nie duidelik nie. Dit wil voorkom asof die eisers geargumenteer het dat die direkteure, in 'n stadium toe hulle besef het dat die maatskappy nie in staat sal wees om die krediet te delg nie, die maatskappy oorgehaal het om goedere op krediet aan te koop op die basis van 'n geïmpliseerde wanvoorstelling dat 'n eerlike terugbetalingsverwagting gekoester word.[288] Omdat die eiser eksepsie teen die dagvaarding aangeteken het, moes die Transvaalse Hof hom uitspreek oor die noodsaaklike beweringe wat vervat moet word in so 'n dagvaarding. Ramsbottom R het bevind dat die volgende bewerings gemaak moet word:

1 Dat die verweerders die maatskappy oorgehaal het om 'n voorstelling aan die eiser te maak;

2 Wat die voorstelling was;

3 Dat die voorstelling vals was;[289]

4 Dat die verweerders bewus was dat die voorstelling vals was of nie eerlik oortuig was dat dit korrek was nie;

5 Dat die verweerders bedoel het dat die eiser op die voorstelling sou handel; en

6 Dat die eiser inderdaad oorgehaal is deur die voorstelling om goedere op krediet aan die maatskappy te verkoop.[290]

Dit is interessant om daarop te let dat die dagvaarding gebaseer was op 'n instruksie ["instruction"] wat die verweerders aan die maatskappy gegee het. Dit het die moontlikheid geopen vir aanspreeklikheid op die basis dat die direkteure as prinsipale die maatskappy as verteenwoordiger of werktuig benut het om die wanvoorstelling te maak. Die Hof het die instruksie in hierdie verband egter as

---

287 1957 3 SA 113 (T).

288 Sien *Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Moriates* 1957 3 SA 113 (T) 117C.

289 So 'n voorstelling sal natuurlik net vals wees, indien die maatskappy ingevolge die orgaansteorie self nie eerlik glo dat hy die skuld reëlmatig sal kan delg nie. Die oorhaler se opinie in hierdie verband behoort nie relevant te wees nie, behalwe waar die oorhaler die denksentrum van die maatskappy is.

290 *Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Moriates* 1957 3 SA 113 (T) 116A-B.

"oorhaling" geïnterpreteer.[291] Opdraggewing sou die eisgrond natuurlik goed laat aansluit het by die erkende aanspreeklikheid wat uit 'n soortgelyke opdrag aan 'n werknemer of ander persoon kan spruit.

Aangesien die dagvaarding egter nie die nodige beweringe bevat het nie, het die Hof die verweerders se eksepsie gehandhaaf. Die tegniese bloutjie wat *Ruto Flour Mills* (Edms) Bpk in hierdie uitspraak geloop het, hulle nie verhoed het om die daaropvolgende jaar 'n ander verweerder op basies dieselfde gronde aan te spreek nie.

In *Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Adelson*[292] is aangevoer dat die besturende direkteur en denksentrum van sy maatskappy sy maatskappy oorgehaal het om krediet deur middel van wanvoorstelling te bekom, terwyl hy besef het dat die maatskappy nie die skuld sou kon delg nie. Die bedrag wat die kredietgewer nie uit die insolvente boedel van die maatskappy kon verhaal nie, is gevolglik op grond van bedrieglike wanvoorstelling van die besturende direkteur geëis.[293] Presies waarom die eis op die basis van oorhaling gebaseer is, blyk nie duidelik nie. Anders as in die geval van *Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Moriates*[294] was die verweerder in hierdie geval duidelik die denksentrum van sy maatskappy[295] en het hy klaarblyklik die maatskappy in die betrokke transaksies verteenwoordig. Die eis kon dus bloot geformuleer gewees het op die basis van sy eie persoonlike wanvoorstelling as verteenwoordiger van die maatskappy.

Die hof het egter die korrektheid van die formulering van die eis aanvaar. Om te slaag met die eis moes die eiser bewys dat die persoon nie eerlik oortuig was dat die skulde reëlmatig terugbetaal sou word nie. Die eis het egter misluk, aangesien die eiser nie kon aantoon dat die persoon nie eerlik geglo het dat die maatskappy die betrokke skuld reëlmatig sou kon delg nie.

Daar word in oorweging gegee dat oorhaling wel 'n basis vir deliktuele

---

291 Sien *Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Moriates* 1957 3 SA 113 (T) 115H-116A. Die *McDonnell*-tipe argument, nl dat 'n direkteur wat die denksentrum van die maatskappy is nie met daardie maatskappy kan saamsweer nie, is nie in die saak geopper nie. Ivm met hierdie argument, sien die bespreking in par 3.4.1 van hierdie hoofstuk. Dit blyk egter duidelik uit die uitspraak dat die gedagte dat die direkteure van 'n maatskappy hulle maatskappy tot 'n delik kan oorhaal, nie vir die Hof vreemd voorgekom nie.

292 1959 4 SA 121 (T).

293 *Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Adelson* 1959 4 SA 121 (T) 122A-B.

294 1957 3 SA 113 (T).

295 Die gesofistikeerde argumente rakende die afwesigheid van 'n meervoudige bewussyn en die afwesigheid van 'n persoonlike regsplig van die direkteur teenoor die misleide is ook nie in hierdie uitspraak geopper nie. Sien die bespreking in par 3.4.1 van hierdie hoofstuk.

aanspreeklikheid kan vorm, maar dat dit met groot versigtigheid hanteer behoort te word. Indien die afleiding rakende oorhaling te vrylik gemaak word, kan dit lei tot outomatiese persoonlike aanspreeklikheid van direkteure van klein maatskappye. Dit is duidelik dat daar 'n groot mate van ooreenstemming is tussen die breë feitesituasies waarin beweer kan word dat 'n direkteur die maatskappy tot wanvoorstelling oorgehaal het en die gevalle waar beweer kan word dat die direkteur die maatskappy as verteenwoordiger of instrument gebruik het. In laasgenoemde gevalle word streng vereis dat bewys word dat die maatskappy op sodanige wyse gebruik is en kan die gevolgtrekking rakende die gebruik van die maatskappy nie bloot gemaak word op grond van die feit dat die persoon die amp van direkteur van die maatskappy bekleë het nie.[296] Daar word aan die hand gedoen dat dieselfde benadering moet geld ten aansien van oorhaling en dat 'n eiser gevolglik sal moet bewys dat sodanige oorhaling inderdaad plaasgevind het.

4.3.3. Verdere fasette

Dit blyk uit hierdie uitsprake dat 'n direkteur wel aanspreeklik gehou kan word, waar hy 'n krediettransaksie namens die maatskappy sluit of opdrag gee tot sodanige sluiting of die maatskappy daartoe oorhaal, terwyl hy nie eerlik glo dat die maatskappy die skuld reëlmatig sal kan delg nie.[297] Terwyl daar gesag vir hierdie standpunte in ons reg te vinde is, is daar ander verbandhoudende feitekomplekse wat hulle in die praktyk mag voordoen ten aansien waarvan direkte gesag ontbreek. Ter wille van die afronding van hierdie bespreking, word enkele fasette van sodanige problematiek kortliks aangeraak. Aangesien direkte gesag ontbreek, kan sodanige bespreking nie ontsnap aan 'n mate van noodgedwonge spekulasie nie.

4.3.3.1 VERSUIM OM KREDIETTRANSAKSIE TE VOORKOM

Sal 'n skuldeiser skadevergoeding van direkteure kan verhaal, indien dit blyk dat die direksie bewus was dat die maatskappy besig was om skulde op grond van wanvoorstelling op te loop en bloot versuim het om dit te voorkom? Die direkteure is gevolglik nie direk betrokke by die transaksie en by die maak van enige

296 Sien par 3.4.2 van hierdie hoofstuk en vgl *Rainham Chemical Works v Belvedere Guano Co* 1921 AC 465 488; *Thomson-Houston Co Ltd v Sterling Accessories Ltd* 1924 2 Ch 33; *Mentmore Manufacturing Co Ltd v National Merchandising Manufacturing Co Inc* 1978 89 DLR 3d 195.

297 Vgl *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1992 2 SA 95 (W) 144E-146C.

wanvoorstellings nie, maar gryp nie as bestuurders van die maatskappy in ten einde die dryf van besigheid op hierdie wyse te voorkom nie.

Waar die direkteure besef dat die maatskappy nie sy skulde kan delg nie en die maatskappy desnieteenstaande voortgaan om skuld op te loop, maak die maatskappy 'n opsetlike geïmpliseerde wanvoorstelling rakende sy terugbetalingsverwagting. Die direkteure staan in 'n trouverhouding teenoor die maatskappy. Daar kan dus algemeen van direkteure verwag word dat hulle die maatskappy sal verhoed om 'n misdryf te pleeg en om hom aan deliktuele eise bloot te stel. Die optrede stel ook die direkteure bloot aan strafregtelike aanspreeklikheid ingevolge artikel 332(5) van die Strafproseswet en ingevolge artikel 135(3) van die Insolvensiewet, saamgelees met artikel 425 van die Maatskappywet. Laasgenoemde artikels plaas inderwaarheid 'n verpligting op direkteure en beamptes van maatskappye om te verhoed dat hulle 'n skuld namens die maatskappy oploop, sonder 'n redelike verwagting dat dit terugbetaal sal word. Die direksie is voorts in beheer van die maatskappy en sal in die algemeen met redelike gemak sodanige transaksies kan verhoed.

'n Skuldeiser sal op bogenoemde feite kan steun om aan te toon dat daar in hierdie omstandighede 'n regsplig op die direksie gerus het om die maatskappy te verhoed om verdere skulde op te loop en dat hulle hierdie verpligting ook aan die skuldeisers verskuldig was.[298] Die onregmatigheidskriterium in ons deliktereg en die algemene benadering ten aansien van hierdie problematiek is egter te soepel om tans alle kredietaankope wanneer die maatskappy se terugbetalingsvermoë betwyfel word, as onregmatig aan te merk. Die feite van die spesifieke geval en die optrede en rol van elke direkteur sal die deurslag gee.

---

298 Vgl *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1992 2 SA 95 (W) 144E-146C. Op 144H-145B neem Stegmann R die volgende standpunt in: "... [C]onsideration must be given to a delictual action against such directors and other officers on the basis of Aquilian principles governing liability for negligence, and on the basis of principles derived from the *actio doli* governing liability for fraud. With regard to negligence ... it may be worthwhile (for the trade creditors, at least) to require the liquidators to examine more carefully the question whether it can be proved on a balance of probabilities (a) that the directors ... as a result of a negligent failure to perform the duty of causing the company to raise such capital to restore its solvency as a reasonable man could and would have raised, or as a result of negligent failure to perform the duty of causing the company to be wound up when a reasonable man would have done so, caused the trade creditors who have since remained unpaid ... to suffer foreseeable loss." Afgesien van die feit dat Stegmann R die redelike man-toets ipv die redelike direkteur of beampte-toets benut, word die kwelvrae rakende die regsplig tot optrede van die direkteure teenoor skuldeisers in hierdie verband en die samehang tussen so 'n plig en hulle trouplig teenoor die maatskappy nie in hierdie passasie aangespreek nie. Vgl ook McLennan "The liability of agents for debts contracted on behalf of insolvent companies" 1995 *SA Merc LJ* 68 72.

Indien die direkteure die krisis na behore waardeer het, maar nie ingegryp het nie, aangesien hulle besig was om verantwoordelik alle redelike stappe te neem ten einde verdere kapitaalinspuitings in die maatskappy te verkry, sal die *boni mores* waarskynlik 'n redelike tydperk van speling aan die direkteure gun. So 'n moontlikheid is sterker in 'n geval waar die staking van kredietaankope tot die onmiddellike ineenstorting van die maatskappy sou lei, terwyl daar realistiese moontlikhede bestaan het dat die maatskappy uit die verknorsing gered sou kon word. In hierdie gevalle kan ook geredeneer word dat direkteure wel ingevolge die norme van die markplek 'n eerlike terugbetalingsverwagting ten aansien van daardie skulde gehuldig het. Sou die maatskappy egter 'n realistiese punt van redding verbygesteek het en die direkteure die inligting verswyg het ten einde tyd te wen om hulle persoonlike posisies te verbeter en hulle eie beleggings in die maatskappy te gelde te maak, sal 'n hof meer geredelik hulle optrede as skuldig en onregmatig aanmerk.

Waar daar wel 'n regsplig tot stopsetting van sodanige optrede bestaan het, sal 'n eiser voorts moet aantoon dat die plig teenoor hom of 'n klas van persone waarvan hy deel uitmaak, bestaan het.[299] 'n Maatskappyskuldeiser sal rekening moet hou met die heersende konserwatiewe benadering in die maatskappyereg rakende die verhouding tussen direkteure en maatskappyskuldeisers. Daar sal gevolglik spesifieke omstandighede, soos hierbo uiteengesit, teenwoordig moet wees tesame met 'n buitengewone verhouding tussen die betrokke direkteure en die skuldeisers of betrokke skuldeisers, alvorens 'n goeie kans op sukses sal bestaan. Waar die direksie kennis gedra het van die spesifieke transaksie sal so 'n plig teenoor daardie skuldeiser makliker aangetoon kan word. Die eiser sal natuurlik ook die ander deliktuele elemente, waaronder kousaliteit, moet aantoon, alvorens hy met 'n eis teen die direkteure sal kan slaag.

4.3.3.2 OPENBAARMAKINGSPLIG NA KONTRAKSLUITING

Die gevalle wat tot dusver bespreek is, handel primêr met situasies waar daar voor of ten tyde van die sluiting van die krediettransaksie besef is dat die maatskappy nie die skuld reëlmatig sal kan delg nie. Rus daar egter 'n plig op die direksie om die kredietgewer te verwittig, indien die maatskappy na sluiting van die transaksie finansieël in duie stort en hulle besef dat daar geen redelike kans meer bestaan dat die maatskappy in staat sal wees om die skuld te delg nie?

In gevalle waar 'n versuim om die nodige inligting te verstrek, die skuldeiser

299 Sien par 3.1.2 van Hoofstuk 2.

wesenlik sal benadeel, behoort daar so 'n openbaarmakingsplig op die maatskappy te rus.[300] Die skuldeiser sal op hierdie wyse benadeel kan word, as die inligting hom in staat sou stel om 'n likwidasiebevel aan te vra en hy op daardie basis 'n beter likwidasiedividend sou ontvang as die dividend wat uiteindelik beskikbaar was.

Hierdie verpligting op die maatskappy kan egter nie bloot op maatskappydirekteure van toepassing gemaak word nie. Die direkteure staan in 'n trouverhouding tot die maatskappy. Hulle moet dus versigtig te werk gaan om inligting aan buitestanders te openbaar, wat die maatskappy se belange kan skaad. Daar word gevolglik in oorweging gegee dat so 'n openbaarmakingsplig net onder spesifieke omstandighede op direkteure sal rus. Indien die direkteure egter die inligting opsetlik verswyg ten einde tyd te wen om hulle persoonlike finansiële posisie ten koste van die skuldeiser te verbeter, behoort hulle verswyging as bedrieglik aangemerk te word.

4.3.3.3 DIE REGPOSISIE VAN DIE INDIVIDUELE DIREKTEUR

Die opmerkings ten aansien van die aanspreeklikheid van lede van die direksie waar die direksie bewus was van die ware feite, maar dit verswyg het of versuim het om die nodige stappe te neem, is *mutatis mutandis* van toepassing op 'n persoon wat die enigste direkteur van 'n maatskappy is en sy regsplig op soortgelyke wyse versuim. Die beginsels kan egter nie so geredelik van toepassing gemaak word op 'n persoon wat as nie-uitvoerende minderheidsdirekteur op 'n groter direksie dien nie.

Indien so 'n minderheidsdirekteur kennis dra of vermoed dat die maatskappy handelsinsolvent is, behoort hy normaalweg nie aanspreeklikheid teenoor skuldeisers op te loop, indien hy geen kontak met die skuldeisers het nie en die ander lede van die direksie nie sy kennis of vermoede deel nie. Sy blote individuele kennis behoort dus nie 'n plig teenoor die skuldeisers te laat ontstaan nie. Sy trouplig teenoor die maatskappy sal egter van hom verg om sy kennis aan sy mede-direkteure mee te deel en onmiddellike alle redelike remediërende stappe te neem.

---

300 Sien in die alg par 3.2.2 van Hoofstuk 2. Vgl ook *S v Harper* 1981 2 SA 638 (D).

4.3.3.4 NALATIGE WANVOORSTELLING

Die bespreking het tot dusver primêr gehandel met die regspligte en moontlike aanspreeklikheid wanneer die geïmpliseerde voorstelling rakende die terugbetalingsverwagting gemaak word, terwyl die maatskappy, direkteure of verteenwoordigers bewus is dat die maatskappy nie in staat is om sy skulde terug te betaal nie.

Indien die persone weens nalatigheid nie bewus is van die stand van sake in die maatskappy nie en dus nalatig die stilswyende voorstelling maak dat hulle glo dat die maatskappy in staat is om die skuld te delg, word 'n nalatige wanvoorstelling gemaak. 'n Afleiding dat 'n persoon so 'n voorstelling gemaak het en dat die voorstelling nalatig gemaak is, kan nie te geredelik gemaak word nie. In hierdie verband sal rekening gehou moet word met die praktiese begrensing wat die howe ten aansien van die strekking van die verpligting tot sorg en vaardigheid van direkteure stel.[301] Indien daar wel 'n nalatige wanvoorstelling gemaak is, sal die ander elemente van die delik en, in die besonder, onregmatigheid aangetoon moet word.

Ten einde onregmatig te wees, moes daar 'n plig op die persoon gerus het om nie sodanige wanvoorstelling teenoor die skuldeiser te maak nie.[302] 'n Argument ten gunste van sodanige plig, sal aansluiting kan vind by artikel 135(3) van die Insolvensiewet. Hierdie artikel, saamgelees met artikel 425 van die Maatskappywet, skep indirek 'n verpligting vir direkteure en beamptes van maatskappye om nie 'n skuld namens die maatskappy op te loop, sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting nie. Hierdie bepaling verplig direkteure en beamptes indirek om hulle redelikerwys te vergewis van die maatskappy se finansiële stand, alvorens hulle skulde namens die maatskappy oploop.[303] 'n Verdere basis vir so 'n plig kan gevind word in die algemene verpligting van direkteure om hulle te vergewis van die maatskappy se finansiële stand ten einde hulle bestuurstaak na behore te kan uitvoer en aan hulle statutêre verslagdoeningsverpligtinge[304] te kan

301 *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen* 1980 4 SA 156 (W); Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die posisie van direkteure en besturende direkteure* LLD 1990 [UOVS] 80-83; McLennan "Duties of care and skill of company directors and their liability for negligence" 1996 *SA Merc LJ* 94.

302 Vgl McLennan "The liability of agents for debts contracted on behalf of insolvent companies" 1995 *SA Merc LJ* 68.

303 Sien ook Luiz & Van der Linde "Trading in insolvent circumstances - its relevance to sections 311 and 424 of the Companies Act" 1993 *SA Merc LJ* 230 237.

304 Vgl bv die verpligting tav 'n direkteursverslag ingevolge a 299 van die Maatskappywet. Sien in hierdie verband ook Institute of Directors in Southern Africa *The King report on corporate governance* [1994] 21: "1. The South African Companies Act already requires directors to

voldoen.

Die erkenning van so 'n wye algemene regsplig ten aansien van alle direkteure, uitvoerend en nie-uitvoerend, en alle beamptes van die maatskappy ten aansien van alle krediettransaksie van die maatskappy sal 'n swaar las op die skouers van die persone plaas en sal in elk geval strydig wees met die praktiese benadering wat gevolg word ten aansien van die begrensing van die sorg en vaardigheidsverpligting van direkteure. Daar sal gevolglik slegs onder spesifieke omstandighede sprake kan wees van so 'n verpligting. Sodanige omstandighede sal makliker aangetoon kan word waar daar persoonlike kontak tussen die betrokke persoon en die skuldeiser bestaan het, waar die persoon kennis gedra het van die sluiting van die spesifieke transaksie of spesifieke tipe transaksie en waar die persoon kon voorsien het dat die versuim om die finansiële posisie van die maatskappy te monitor of te laat moniteer, die skuldeiser wesenlik kan benadeel.[305]

5 SLOT

Die ondersoek in Hoofstuk 2 het aangedui dat 'n skuldeiser 'n billike mate van beskerming gebied word deur die gemenereg en veral statutêre reëls in die Insolvensiewet teen die bedrieglike en nalatige oploop van skuld deur natuurlike persone. Die beskerming teen bedrieglike wanvoorstelling is in effek sterker as die beskerming teen nalatige wanvoorstelling weens die historiese voorsprong in ontwikkeling van die toepaslike reëls. Die basiese reëls rakende wanvoorstelling is egter nou op 'n gesonder ontwikkelingspad geplaas en die agterstand behoort gaandeweg te verklein.

'n Skuldeiser geniet egter nie dieselfde mate van beskerming, wanneer 'n maatskappy as kredietnemer optree nie. Hoewel die basiese reëls aanwending vind ten aansien van die maatskappy, is dit prakties van groot belang om die individue wat verantwoordelik was vir die wanvoorstelling, deliktueel vir

include in their report every fact or circumstance which is material to an appreciation of the company's affairs. 2. This clearly covers going concern problems which a company might be facing and it is incumbent on the directors (and the auditors) under these circumstances to make a suitable reference to the situation in the director['s] report."

305 Sien in die alg tav die faktore wat oorweeg is ten einde vas te stel of daar 'n regsplig in die spesifieke omstandighede op die verweerder gerus het, die bespreking in parr 3.1.2 en 3.2.2 van Hoofstuk 2 en *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost* 1991 4 SA 559 (A); *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A) 769I-771D; *Bowley Steels (Pty) Ltd v Dalian Engineering (Pty) Ltd* 1996 1 All SA 383 (T).

wanvoorstelling aanspreeklik te hou. Prakties gesproke is die direkteure van die maatskappy die belangrikste groep individue in hierdie verband. Die ondersoek in hierdie hoofstuk het aangetoon dat die vraagstukke rakende persoonlike aanspreeklikheid van direkteure en die ontsluiering van die maatskappy die toepassing van die reëls bemoeilik. Daar is geargumenteer dat die basiese reëls van die deliktereg *mutatis mutandis* toegepas moet word op die deliktuele aanspreeklikheid van ander persone, maar dit blyk ook duidelik dat daar 'n historiese tradisie van beskerming van direkteure teen deliktuele aanspreeklikheid bestaan, wat sodanige toepassing in die praktyk kan bemoeilik. Die struktuur van die maatskappy en die strukturering van direkteursverpligtinge belemmer ook pogings van skuldeisers om te bewys dat direkteure 'n regsplig het om sekere inligting aan hulle te openbaar. Hierdie dilemma vergroot waar opsetlike wanvoorstelling nie bewys kan word nie en die skuldeisers hulle op nalatige wanvoorstelling moet verlaat. Die situasie is veral problematies waar die skuldeiser nie soseer op nalatige wanvoorstelling deur die direksie kan steun nie, maar sy eis moet baseer op nalatige bestuur van die maatskappy, aangesien die direkteure versuim het om kredietverkryging deur wanvoorstelling te voorkom.

Die maatskappy as ondernemingsvorm in Suid-Afrika word egter ook statutêr gereël. Daar kan dus 'n geregverdigde verwagting bestaan dat die wetgewing die gemeenregtelike problematiek ondervang het. Met hierdie verwagting word artikel 424 van die Maatskappywet, synde die belangrikste statutêre bepaling vir doeleindes van hierdie studie, in die volgende hoofstuk van nader beskou.

HOOFSTUK 4

DIE BEDRIEGLIKE OF ROEKELOSE DRYF VAN BESIGHEID IN DIE STATUTÊRE MAATSKAPPYEREG

1 INLEIDING 156

2 "FRAUDULENT TRADING" IN DIE ENGELSE MAATSKAPPYWETGEWING 158
2.1 Statutêre ontwikkeling van die "fraudulent trading"-bepaling 158
2.2 Uitleg en toepassing deur die howe in Engeland 161
2.2.1 Afbakening van die bespreking 161
2.2.2 Die reikwydte van die bepaling 161
2.2.3 "Intent to defraud creditors or for any fraudulent purpose" 163
2.2.4 Onredelike oploop van skulde 165
2.2.5 "Carried on business" 167
2.2.6 Die aanspreeklike partye 168
2.2.7 Die applikant 171
2.2.8 Verjaring 171
2.2.9 Die bevel van die hof 172
2.2.10 Strafregtelike aanspreeklikheid 177
2.3 Die verdere ontwikkeling van die statutêre bepaling 178
2.3.1 Die Jenkins-komitee 178
2.3.2 "Wrongful trading" 180

3 DIE ROEKELOSE EN BEDRIEGLIKE DRYF VAN BESIGHEID IN DIE SUID-AFRIKAANSE MAATSKAPPYWETGEWING 180
3.1 Die ontwikkeling van die bepaling 180
3.1.1 Die Lansdown-kommissie 180
3.1.2 Die Millin-kommissie 182
3.1.3 Die Van Wyk de Vries-kommissie 183
3.1.4 Artikel 424 185
3.2 Die uitleg van die bepaling deur die Suid-Afrikaanse howe 186
3.2.1 Bedrieglike dryf van besigheid 187
3.2.2 Roekelose dryf van besigheid 188
3.2.2.1 Geskiedenis en motivering 188
3.2.2.2 Algemene betekenis van "roekeloos" 191
3.2.2.3 Maatstaf vir bepaling van roekeloosheid 193
3.2.3 Die "dryf van besigheid" 197
3.2.4 Die aanspreeklike partye 198
3.2.5 Aansoek- of aksieprosedure 203
3.2.6 Die applikant 205
3.2.7 Die bewyslas 207
3.2.8 Die hofbevel 208
3.2.8.1 Omvang van die bedrag 208
3.2.8.2 Bestemming van die bedrag 211
3.2.8.3 Effek van die bevel 212
3.3 Die invloed van reëlings en skikkings op eise 213
3.3.1 Die Pressma-uitspraak 215
3.3.2 Die Re Carbon Developments-uitspraak 217

	3.3.3 Die Appèlhof se standpunt	218
	3.3.4 Perspektiewe	218
3.4	Artikel 424 as voorbeeld van ontsluiering	221
3.5	Artikel 424 as kodifiserend van gemeenregtelike remedies	222
3.6	Ondersoek- en rapporteringverpligtinge van likwidateurs en geregtelike bestuurders	223
	3.6.1 Statutêre verpligtinge	223
3.7	Skuldrangering	227
	3.7.1 Kansellasie	231
	3.7.2 Inmenging met die *pari passu*-verdelingsbeginsel	233
	3.7.3 Insolvensie van junior skuldeiser	234
	3.7.4 Gevolgtrekking	235
3.8	Ouditeure en artikel 424	236
	3.8.1 Statutêre rapporteringsplig	237
	3.8.2 "Wesenlike onreëlmatigheid"	238
	3.8.3 Rapportering	240
	3.8.4 Rapportering van die roekelose en bedrieglike dryf van besigheid	242
	3.8.5 Aanspreeklikheid van die ouditeur	243
	3.8.6 Kommentaar	244
3.9	Verbandhoudende statutêre bepalings	246
	3.9.1 Artikel 423 en 426	246
	3.9.2 Artikel 247 en 248	248
3.10	Artikel 424 as verhalingsmeganisme en sanksie	251
	3.10.1 Artikel 424 as strafregtelike bepaling	252
	3.10.2 Artikel 424 as skuldverhalingsmeganisme	254
3.11	Problematiek verbonde aan artikel 424	256
	3.11.1 Bewys van onregmatige optrede	256
	3.11.2 Juridiese oordeel	257
	3.11.3 Konseptuele problematiek	259
	3.11.3.1 Praktiese reikwydte van die bepaling	259
	3.11.3.2 Dualistiese karakter	261
	3.11.3.3 Onvoldoende sanksionering van versuim	262
4	GEVOLGTREKKING	263

1 INLEIDING

Die promulgering van algemene maatskappywetgewing wat regspersoonlikheid vir ingelyfde maatskappye en beperkte aanspreeklikheid vir aandeelhouers[1] algemeen beskikbaar gestel het, het kredietbestellingsbedrogskemas gefasiliteer.[2] Die wetgewing het bedrieërs die verdere fasette van regspersoonlikheid en beskerming teen ondernemingskulde gebied om in hulle skemas te eksploiteer. Direkte teenreaksie op kredietbestellingsbedrogskemas is egter relatief laat in die Engelse[3] en Suid-Afrikaanse maatskappywetgewing

1 Sien par 3.4 van Hoofstuk 3.

2 Sien par 2.3 van Hoofstuk 2. Sien ook Levi *The phantom capitalists - the organisation and control of long-firm fraud* [1981] 146 ev.

3 In hierdie hoofstuk word verwys na "Engelse reg" en nie na "Britse reg" nie, aangesien die klem geplaas word op die reg wat voor 1985 in Engeland gegeld het en nie na die

verwoord. Die belangrikste bepaling in hierdie verband is eers in 1928 in Engeland in die *Companies Act* ingevoeg en het gehandel met die bedrieglike dryf van besigheid.[4] Suid-Afrika het die Engelse voorbeeld in 1939 nagevolg en die bepaling is tans verwoord as artikel 424 van die Maatskappywet 61 van 1973. Hierdie bepaling verleen aan 'n hof die bevoegdheid om 'n persoon wat wetens 'n party was tot die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid deur 'n maatskappy, persoonlik vir die skulde en verpligtinge van die maatskappy aanspreeklik te stel. Die bepaling maak ook voorsiening vir die kriminalisering van die deelname aan die dryf van besigheid op so 'n wyse.

Hierdie bepaling is al beskryf as "a very remarkable section which is by no means easy to construe".[5] Die problematiek wat die uitleg van hierdie bepaling vanaf 1928 omgewe, bevestig die korrektheid van hierdie beskrywing. Ten einde groter duidelikheid rakende die uitleg en toepassing van die bepaling te verkry, word die historiese ontwikkeling en uitleg van die bepaling in die Engelse en Suid-Afrikaanse reg in hierdie hoofstuk ondersoek. Die ondersoek word onderneem ten einde vas te stel in welke mate die Suid-Afrikaanse maatskappywetgewing daarin slaag om die leemtes in die algemene regsbeskerming van maatskappyskuldeisers teen kredietverkryging deur misleiding,[6] aan te vul.

Aangesien die uitleg van die Engelse bepaling 'n sentrale rol in die uitleg van die Suid-Afrikaanse artikel speel, word die geskiedenis en toepassing van die Engelse bepaling eerste bespreek. In die bespreking van hierdie bepaling word gekonsentreer op die uitleg van artikel 275 van die *Companies Act* 1929 en artikel 332 van die *Companies Act* 1948. Hoewel die bepaling alreeds in 1928 op die Engelse statuutboek geplaas is, handel die meeste gerapporteerde beslissing oor die 1929- en 1948-bepalings. Die bewoording van hierdie artikels en artikel 424 stem ook nou ooreen. Hierdie artikels vorm gevolglik 'n natuurlike fokuspunt vir 'n studie uit 'n Suid-Afrikaanse oogpunt. Die bespreking in hierdie hoofstuk konsentreer op die reg rakende *fraudulent trading* in die Engelse reg voor 1985. Die interessante ontwikkelings rakende *fraudulent* en *wrongful trading* na 1985 word gereserveer vir die regsvergelykende bespreking in Hoofstuk 5.[7]

---

regsposisie in die Verenigde Koninkryk in die breë nie. In die mate wat dit van belang is, sal die aandag egter op verbandhoudende uitsprake in oa die Skotse reg gevestig word.

4 A 75 van die Companies Act 1928.

5 *In re Patrick and Lyon Ltd* 1933 1 Ch 786 789-790.

6 Sien Hoofstuk 3.

7 Sien par 2 van Hoofstuk 5.

2 "FRAUDULENT TRADING" IN DIE ENGELSE MAATSKAPPYWETGEWING

2.1 Statutêre ontwikkeling van die "fraudulent trading"-bepaling

In 1926 het die Greene-komitee ondersoek ingestel na en aanbevelings gemaak oor moontlike wysigings aan die Engelse maatskappywetgewing.[8] In hulle ondersoek na die misbruik van die maatskappyvorm en bedrog binne maatskappyverband, is 'n spesifieke tipe kredietbestellingsbedrogskema onder die komitee se aandag gebring:[9]

> "Our attention has been directed particularly to the case (met with principally in private companies) where the person in control of the company holds a floating charge and, while knowing that the company is on the verge of liquidation, 'fills up' his security by means of goods obtained on credit and then appoints a receiver."[10]

Die beheerder van die maatskappy verkry dus groter sekuriteit onder sy verband deur manipulasie van die onderneming se kredietaankope, terwyl die leweransiers, as konkurrente skuldeisers, aan verliese blootgestel word.[11] Om hierdie praktyk te verhoed, het die komitee die volgende aanbeveling gemaak:[12]

> "... [W]e consider that not only should the person whom the Court finds to have been guilty of fraudulent trading, etc., be subjected to unlimited personal liability but any security over assets of the company held by him ... should be charged with the liability. Further, trading of this character should be made a criminal offence in the directors in so far as it may not be one already, and should be a ground for disqualification to act as a director ..."[13]

---

8 Sien in die alg Wortley "The interpretation of the new 'fraudulent trading section' of the Companies Act 1929" 1934 *LQR* 405.

9 Company Law Amendment Committee *Report* Cmd 2657 [1926] 28. Sien ook Wortley "The interpretation of the new 'fraudulent trading section' of the Companies Act 1929" 1934 *LQR* 405; Farrar "Corporate insolvency and the law" 1976 *JBL* 214; Farrar "Fraudulent trading" 1980 *JBL* 336; *R v Kemp* 1988 1 WLR 975.

10 'n *Floating charge* is 'n Engelsregtelike figuur wat 'n ooreenkoms met 'n notariële verband oor roerende goedere toon. Hiemstra en Gonin *Drietalige regswoordeboek* [1986] 56. Sien in die alg Rajak "The rescue of insolvent companies in the United Kingdom" 1995 *TRW* 1 8-10.

11 Hierdie tipe kredietbestellingsbedrogskema val normaalweg in die kategorie wat Levi identifiseer as *slippery slope frauds*. Sien Levi *The phantom capitalists - the organisation and control of long-firm fraud* [1981] 1-2; *R v Kemp* 1988 2 WLR 975 209 en die bespreking in par 2.3 van Hoofstuk 2. Sien *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 vir 'n SA voorbeeld van so 'n bedrogskema.

12 Company Law Amendment Committee *Report* Cmd 2657 [1926] 28-29.

13 Die Greene-komitee het die volgende konsep-artikel voorgestel [Company Law Amendment Committee *Report* Cmd 2657 [1926] 29-30]: "Where in the course of winding up a company it appears that any business of the company has been carried on with the

Die Greene-komitee se aanbevelings ten aansien van *fraudulent trading* is in beginsel aanvaar en verwoord in artikel 75 van die *Companies Act* 1928.[14] In die daaropvolgende jaar is die bepaling vervat in artikel 275 van die konsoliderende *Companies Act* 1929.[15]

In 1945 het die Cohen-komitee[16] aanbeveel dat die maksimum straf vir 'n oortreding van die artikel vanaf een jaar na twee jaar gevangenisstraf verhoog moet word en dat die kategorie van aanspreeklike persone uitgebrei moet word orn enige ander persoon wat wetens aan die bedrieglike dryf van besigheid deelgeneem het, in te sluit.[17] Die aanbevelings is aanvaar en die bepaling het

intent to defraud creditors of the company or of any other company or person or for any fraudulent or illegal purpose the Court should be empowered upon application of the official receiver or of the liquidator or of any creditor or contributory to declare that all or any of the responsible directors of the company present or past shall be subject to unlimited personal liability in respect for all or any debts or other liabilities of the company and to make any necessary consequential orders for the purpose of enforcing such liability." Tav strafregtelike aanspreeklikheid het die voorgestelde subartikel soos volg gelui: "The carrying on of any business of a company with any such intent or any such purpose and the obtaining of credit by or for the company in such circumstances that, if an individual were concerned, the offence of obtaining credit by fraud would have been committed should (so far as not already a criminal offence) be declared to be a criminal offence and every director who is knowingly a party to such carrying on or such obtaining of credit should be liable to imprisonment. Verdere konsep-subartikels het ondermeer gereël dat die hof enige verpligting van so 'n direkteur 'n las kon maak oa teen enige skuld of verpligting wat daardie maatskappy aan daardie direkteur verskuldig is; dat die hof 'n direkteur teen wie 'n bevel gemaak word kan diskwalifiseer om as direkteur op te tree vir 'n periode van nie meer as vyf jaar nie; en dat die definisie van "direkteur" ook 'n persoon moet insluit op wie se instruksies die direkteure gewoond was om te handel.

14 Enkele veranderings is egter aangebring. Wat die kernartikels aanbetref het die dryf van besigheid vir 'n onwettige doel ["illigal purpose"] bv weggeval. Die vae frase "responsible directors" is vervang met die duideliker frase "directors, whether past or present, of the company who were knowingly parties to the carrying on of the business in manner aforesaid". A 75 van die Companies Act 1928: "If in the course of a winding-up it appears that any business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person or for any fraudulent purpose, the court, on the application of the official receiver, or the liquidator or any creditor or contributory of the company, may, if it thinks proper to do so, declare that any of the directors, whether past or present, of the company who were knowingly parties to the carrying on of the business in manner aforesaid shall be personally responsible, without any limitation of liability, for all or any debts or other liabilities of the company as the court may direct. ... (3) Where any business of a company is carried on with such intent or for such purpose as is mentioned in subsection (1) of this section, every director of the company who was knowingly a party to the carrying on of the business in manner aforesaid, shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding one year."

15 Sien *DPP v Schildkamp* 1971 AC 1 vir 'n ontleding van die statutêre geskiedenis van hierdie bepaling. Vgl ook Farrar "Fraudulent trading" 1980 *JBL* 336. 'n Enkele klein bewoordingsverandering het in die eerste frase verskyn: "If in the course of the winding up *of a company* it appears that any business of the company has been carried on ..." [eie kursivering].

16 *Report of the Committee on Company Law Amendment* Cmd 6659 [1945].

17 *Report of the Committee on Company Law Amendment* Cmd 6659 [1945] 93.

soos volg sy beslag in artikel 332 van die Companies Act 1948 verkry:

> "(1) If in the course of the winding up of a company it appears that any business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person or for any fraudulent purpose, the court, on the application of the official receiver, or the liquidator or any other creditor or contributory of the company, may, if it thinks proper to do so, declare that *any persons* who were knowingly parties to the carrying on of the business in the manner aforesaid shall be personally responsible, without any limitation of liability, for all or any of the debts or other liabilities of the company as the court may direct ...
>
> (3) Where any business of a company is carried on with such intent or for such purpose as is mentioned in subsection (1) of this section, every person who was knowingly a party to the carrying on of the business in manner aforesaid, shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding two years or to a fine not exceeding five hundred pounds or to both." [eie kursivering]

Die laaste belangrike amendament aan die bepaling in die vorm waarin dit hierbo gegiet was, is in 1981 aangebring. Tot en met 1981 kon *fraudulent trading* as statutêre misdryf nie gepleeg word as die maatskappy nie gelikwideer was nie. Hierdie beperking is verwyder deur die invoeging van die volgende subartikel:[18]

> "Section 332(3) of the 1948 Act (criminal liability of persons concerned in fraudulent trading by company) shall apply whether or not the company has been or is in the course of being wound up."[19]

In 1985 is 'n nuwe era ingelui met die *Companies Act* 1985, die *Insolvency Act* 1985 en die konsolidasie van insolvensie- en likwidasiewetgewing in die *Insolvency Act* 1986. Die hervorming en herordening van die reg op hierdie gebied het tot gevolg gehad dat die bepaling soos wat dit in artikel 332 van die *Companies Act* 1948 verskyn het, verdeel is. 'n Deel van die bepaling verskyn in die *Companies Act* 1985 en ander deel in die *Insolvency Act* 1986. Tesame hiermee is 'n nuwe grond vir persoonlike aanspreeklikheid, *wrongful trading*, daargestel. Hierdie ontwikkelinge tesame met die konsep *wrongful trading* en die statutêre vernuwings ten aansien van *fraudulent trading* sal regter in groter besonderhede in die volgende hoofstuk bespreek word.[20]

---

18 A 96 van die *Companies Act* 1981.

19 Die motivering vir hierdie amendament word in groter besonderhede later in par 2.2.10 van hierdie hoofstuk bespreek.

20 Sien par 2 van Hoofstuk 5.

2.2 Uitleg en toepassing deur die howe in Engeland

2.2.1 Afbakening van die bespreking

Die kernbepalings rakende *fraudulent trading* in die Engelse reg is vir 'n tydperk van meer as vyftig jaar in artikel 275 van die *Companies Act* 1929 en artikel 332 van die *Companies Act* 1948 verwoord. Hierdie bespreking fokus gevolglik op die bewoording en uitleg van hierdie twee artikels deur die Engelse howe. Verskeie lande in die Gemenebes het, soos Suid-Afrika, die Engelse voorbeeld nagevolg en die bepaling ook in hulle maatskappywette geïnkorporeer. Waar howe in daardie jurisdiksies se uitleg van die bepaling van waarde is, word dit ook by hierdie bespreking ingesluit. In die mate wat dit relevant is, word die uitleg van die opvolgbepalings van artikel 332, dit wil sê artikel 630 van die *Companies Act* 1985 en die huidige artikel 458 van die *Companies Act* 1985 soos saamgelees met artikels 213 en 215 van die *Insolvency Act* 1986, ook verreken.[21] Die hoofbespreking van die huidige bepalings word egter gereserveer vir die regsvergelykende studie in Hoofstuk 5.

2.2.2 Die reikwydte van die bepaling

Die *fraudulent trading*-bepaling het klassiek die volgende wyses van dryf van besigheid omvat:

a) die dryf van besigheid met die opset om die skuldeisers van die maatskappy te bedrieg;

b) die dryf van besigheid met die opset om die skuldeisers van enige ander persoon te bedrieg; en

c) die dryf van besigheid vir enige bedrieglike doel.[22]

Veral die laaste breë oortreding, die dryf van besigheid vir *enige* bedrieglike doel, het 'n besondere wye trefkrag aan die bepaling verleen. Dit is egter opmerklik uit die gerapporteerde uitsprake dat *fraudulent trading* in die praktyk primêr daargestel word deur die oploop van skulde sonder 'n terugbetalingsbedoeling.[23]

---

21 Die samehang tussen hierdie bepalings word bespreek in par 2 van Hoofstuk 5.

22 Sien *R v Kemp* 1988 2 WLR 975.

23 Sien bv *Re William C Leitch Bros Ltd* 1932 2 Ch 71; *Re William C Leitch Bros Ltd (2)* 1933 1 Ch 261; *Re Patrick and Lyon Ltd* 1933 1 Ch 786; *R v Inman* 1966 3 All ER 414; *Re Cyona Distributors Ltd* 1967 1 All ER 281; *R v Rollafson* 1969 2 All ER 833; *R v Schildkamp* 1969 2 All ER 835; *Re Maidstone Buildings Provisions Ltd* 1971 3 All ER 363; *DPP v Schildkamp*

Hoewel die bepaling dus 'n veel wyer strekking het, word die aanwending daarvan meerendeels beperk tot kredietbestellingsbedrogskemas. Hierdie waarneming word gestaaf deur die argumente ten gunste van die beskuldigde in *R v Kemp*.[24] In laasgenoemde geval was die bedrog nie pertinent op die skuldeisers van die maatskappy gerig nie.

In *R v Kemp*[25] is beweer dat die beskuldigde bedrieglik besigheid gedryf het met die oogmerk om kliënte van die maatskappy te bedrieg. Op appèl is namens die beskuldigde betoog dat hier nie van *fraudulent trading* sprake kan wees nie, aangesien slegs kliënte en nie skuldeisers nie, om die bos gelei is. Daar kon verwag word dat so 'n argument uit die staanspoor verwerp sou word op grond van die wye bewoording van die bepaling. Die *Court of Appeal* het egter die argument met groot omsigtigheid ontleed en eers na afloop van 'n deurtastende ondersoek van die geskiedenis en uitleg van die bepaling tot die gevolgtrekking gekom dat die blote feit dat kliënte en nie skuldeisers die teiken van die bedrog was, nie 'n struikelblok vir 'n aanklag van *fraudulent trading* was nie.[26]

Hoewel die bewoording van die bepaling wyd is en duidelik veel meer as bloot net bedrieglike kredietverkryging omvat, moet gevolglik in gedagte gehou word dat die bepaling se aanwending in die praktyk grotendeels beperk is tot hierdie tipe bedrog en kredietverwante oortredings.[27]

Die uitleg en benadering wat die Engelse howe ten aansien van hierdie bepaling

---

1971 AC 1; *Re Gerald Cooper Chemicals Ltd* 1978 2 All ER 49; *Re Sarflax Ltd* 1979 1 All ER 529; *R v Cox, R v Hodges* 1983 BCLC 169; *R v Grantham* 1984 3 All ER 166; *Re Augustus Barnett* 1986 PCC 167; *R v Lockwood* 1986 2 BCC 99333; *Re EB Tractors Ltd* 1987 PCC 313; *Re a Company No 001418 of 1988* 1990 BCC 526; *Re Esal (Commodities) Ltd London and Overseas (Sugar) Co Ltd v Punjab National Bank* 1993 BCLC 872.

24 1988 2 WLR 975. Vir 'n bespreking sien Sievers "Fraudulent trading" 1988 *Company and Securities Law Journal* 192.

25 1988 2 WLR 975.

26 Vgl ook *Re Gerald Cooper Chemicals Ltd* 1978 2 All ER 49 52J-53F waar die regter gepoog het om 'n onderskeid te tref tussen bedrog wat 'n skuldeiser en bedrog wat 'n kliënt as slagoffer het. In die lig van die wye bewoording van die bepaling en spesifiek van die frase "for any fraudulent purpose" is dit interessant dat die regter in bg uitspraak sowel as in *R v Kemp* 1988 2 WLR 975 soveel moeite gehad het om die gevalle as *fraudulent trading* te klassifiseer. Vgl bv die uitspraak van die *Court of Appeal* in *R v Christakis Philippou* 1989 89 Cr App R 290 301 waar die hof geen probleme ondervind het om te bevind dat die maatskappy bedrieglik handel gedryf het, aangesien dit die besigheid se lisensieowerheid opsetlik mislei het.

27 Die beperkte toepassing kan nie voor die howe se deur gelê word nie. Die howe het inderwaarheid soms uit hulle weg gegaan om die bepaling so prakties as moontlik uit te lê en om nie die werking van die bepaling met 'n onnodig eng uitleg te belemmmer nie. Sien bv Lord Denning se benadering in *Re Cyona Distributors Ltd* 1967 1 All ER 281 284: "In my judgement, that section is deliberately phrased in wide terms so as to enable the court to bring fraudulent persons to book."

gevolg het, word vervolgens van nader beskou. Die uitleg van spesifieke kernfrases en die hantering van bepaalde fasette sal aandag geniet.

2.2.3 "Intent to defraud creditors or for any fraudulent purpose"[28]

Die frases "defraud" en "fraudulent purpose" in die bepaling het reeds vroeg regterlike aandag ontvang. In *Re Patrick and Lyon Ltd*[29] het Maugham J hom soos volg oor hierdie frases in die bepaling uitgespreek:

> "... I will express the opinion that the words 'defraud' and 'fraudulent purpose' where they appear in the section in question, are words which connote actual dishonesty involving, according to current notions of fair trading among commercial men, real moral blame."[30]

Oneerlikheid staan gevolglik sentraal tot hierdie gewraakte optrede. Dit is so 'n kardinale element van *fraudulent trading* dat die *Court of Appeal* in *R v Cox, R v Hodges*[31] 'n skuldigbevinding ter sydē gestel het, aangesien die regter in die hof *a quo* vir die jurie aangedui het dat oneerlikheid nie 'n noodsaaklike element van *fraudulent trading* was nie.[32]

"Oneerlikheid" is 'n vae begrip. Dit behels 'n doelbewuste gebrek aan openhartigheid deur die verswyging of wanvoorstelling van belangrike feite onder omstandighede waar die gemeenskapsnorme openbaarmaking verg.[33] Die norme van die gemeenskap dien dus as maatstaf om eerlike en oneerlike optrede te onderskei. Die toets wat 'n jurie in die moderne Engelse reg aan die dag moet lê om te oordeel of 'n beskuldigde oneerlik opgetree het, is soos volg deur die *Court of Appeal* in *R v Ghosh*[34] saamgevat:

> "... [A] jury must first of all decide whether according to the ordinary standards of reasonable and honest people what was done was dishonest. If it was not dishonest by those standards, that is the end of the matter and the prosecution fails. If it was dishonest by those standards, then the jury must consider whether the defendant

28 A 332(1) van die *Companies Act* 1948.

29 1933 1 Ch 786.

30 *Re Patrick and Lyon Ltd* 1933 1 Ch 786 790. Sien Wortley "The interpretation of the new 'fraudulent trading section' of the Companies Act 1929" 1934 *LQR* 405 vir 'n kritiese bespreking van hierdie uitspraak sowel as *Re Sarflax Ltd* 1979 1 All ER 529; *R v Grantham* 1984 3 All ER 166. Sien ook Arlidge & Parry "Fraud" 1 *The Criminal Law Library* [1985] 10 ev.

31 1983 BCLC 169. Sien Williams *Textbook of criminal law* [1983] 900 n 2.

32 Oneerlikheid word ook vereis, alvorens 'n bevel tot persoonlike aanspreeklikheid weens *fraudulent trading* gemaak sal word. Vgl *Re a Company No 001418 of 1988* 1990 BCC 526 527.

33 Sien in die alg *R v Ghosh* 1982 2 All ER 689; *R v Grantham* 1984 3 All ER 166.

34 1982 2 All ER 689 696.

himself must have realised that what he was doing was by those standards dishonest.

Die algemene toets vir oneerlikheid in die Engelse reg is gevolglik tweeledig. In die eerste plek moet geoordeel word of die optrede as oneerlik geklassifiseer kan word ingevolge die heersende moraliteit. Indien wel, moet verder vasgestel word of die betrokke persoon besef het dat die optrede oneerlik is.

Dit is opvallend dat die *Patrick and Lyon*-toets oneerlikheid in die konteks van *fraudulent trading* nie aan die norme van die algemene gemeenskap meet nie, maar spesifiek aan die norme van die sakegemeenskap ["current notions of fair trading among commercial men"]. In 'n artikel wat reeds in 1934 gepubliseer is, het Wortley daarop gewys dat hierdie vereiste die howe die moeilike las oplê om vas te stel wat die heersende norme van die sakegemeenskap behels, alvorens dit tot 'n beslissing kan kom.[35] Sy voorstel was dat eerder gehou moet word by die tradisionele maatstawwe van die breë gemeenskapsnorme. 'n Ontleding van die uitsprake waarin die *Patrick and Lyon*-toets nagevolg is, wys egter dat hierdie problematiek nie werklik in die praktyk figureer nie.[36] Dit sou wel problematies gewees het, indien die howe gepoog het om die norme van die sakegemeenskap toe te pas. Dit skyn egter uit die gerapporteerde uitsprake dat die howe gewoonlik verwys na die norme van die sakegemeenskap, maar inderwaarheid norme van gewone moraliteit toepas.[37] Daar word byvoorbeeld nie ernstige pogings aangewend om getuienis in te win oor moontlike spesiale reëls wat in die sakegemeenskap geld nie.[38] Waar daar in sodanige gevalle beweer word dat die norme van die sakegemeenskap as maatstaf aangewend word, gebruik die howe inderwaarheid hulle veronderstelling van wat die algemene gemeenskap van die sakegemeenskap sou verg. 'n Goeie voorbeeld van so 'n benadering blyk uit die

35 Wortley "The interpretation of the new 'fraudulent trading section' of the Companies Act 1929" 1934 *LQR* 405 409: "Is it not somewhat strange to find the standards of commercial men taken as a guide for the Court of Chancery in the interpretation of a section designed to stop fraudulent trading? Apart from the inherent difficulty of ascertaining the standards of morality among commercial men, if there be a recognized standard nowadays, would it not be simpler to keep to the traditional standards of the Court of Conscience ...".

36 Vir Engelsregtelike uitsprake waarin hierdie aanhaling figureer sien *Re Sarflax Ltd* 1979 1 All ER 529 542F-G; *R v Cox, R v Hodges* 1983 BCLC 169 174H; *R v Grantham* 1984 3 All ER 166 169H; *R v Lockwood* 1986 2 BCC 99333 99340.

37 Vir kritiek op 'n soortgelyke benadering in SA, sien Levin "Commercial morality a la *Ex parte de Villiers*" 1992 *De Rebus* 913 917: "I believe that in future courts should not be persuaded to base judgements ... on ideals of commercial morality, particularly when they display an inadequate knowledge of the practicalities of the business world and especially what the business world perceives to be commercially moral."

38 Op die meeste word daar soms getuienis gelei rakende spesiale sakepraktyke. Vgl ook *Re a Company No 001418 of 1988* 1990 BCC 526 waar die deskundige getuienis daarop gerig was om vas te stel of die betrokke persoon op grond van die inligting tot sy beskikking eerlikerwys kon glo dat die maatskappy in staat sou wees om die skulde wat opgeloop is, af te betaal. Die getuienis was egter nie gelei ten einde aan te toon dat die gewraakte optrede oneerlik volgens die heersende handelsmoraliteit was nie.

volgende opmerking van Harman J in *Re L Todd (Swanscombe) Ltd*:[39]

> "In my judgement, to deliberately set out to cheat Her Majesty's Commissioners of Excise of large sums for VAT must be regarded by all commercial men (even those who wish they could get away with such an act) as requiring real moral blame."

2.2.4 Onredelike oploop van skulde

Daar is vroeër daarop gewys dat *fraudulent trading* in die praktyk primêr verwys na bedrieglike kredietverkryging deur 'n maatskappy.[40] In *Re William C Leitch Bros Ltd*[41] het Maugham J bevind:

> "... [I]f a company continues to carry on business and to incur debts at a time when there is to the knowledge of the directors no reasonable prospect of the creditors receiving payments of those debts it is, in general, a proper inference that the company is carrying on business with intent to defraud ...".[42]

Dit blyk uit die konteks van die aanhaling dat Maugham J nie gepoog het om 'n materieelregtelike reël te skep nie.[43] Sy stelling is eerder bewysregtelik van aard en kom daarop neer dat 'n hof normaalweg 'n afleiding van bedrieglikheid kan maak, indien bewys is dat skulde opgeloop is, terwyl die direkteure geen redelike verwagting gehad het dat dit gedelg kan word nie. Afwesigheid van 'n redelike terugbetalingsverwagting, dit wil sê blote onredelike optrede, is weliswaar nie gelykstaande aan die opset om te bedrieg nie.[44] In die praktyk oorvleuel

39 1990 BCC 125 128.

40 Sien par 2.2.2 van hierdie hoofstuk.

41 *Re William C Leitch Bros Ltd* 1932 2 Ch 71.

42 *Re William C Leitch Bros Ltd* 1932 2 Ch 71 77. Sien ook Wortley "The interpretation of the new 'fraudulent trading section' of the Companies Act 1929" 1934 *LQR* 405; Farrar "Corporate insolvency and the law" 1976 *JBL* 214; Farrar "Fraudulent trading" 1980 *JBL* 336 341. Sien ook *Hardie v Hanson* 1960 105 CLR 451; *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1968 NZLR 624; *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1969 NZLR 116; *R v Grantham* 1984 3 All ER 166 169G-H; *Re EB Tractors Ltd* 1987 PCC 313 317.

43 Vir 'n goeie uiteensetting van die problematiek, sien Williams "Fraudulent trading" 1986 *Company and Securities Law Journal* 14 23-25; Farrar "The responsibility of directors and shareholders for a company's debt" 1989 *Canterbury Law Review* 12 30-31.

44 Vir 'n streng toepassing in hierdie verband, vgl tav 'n soortgelyke bepaling in die vroeëre maatskappywetgewing van Wes-Australië die volgende opmerkings van die Australiese *High Court* in *Hardie v Hanson* 1960 105 CLR 451 463-464: "An actual purpose, consciously pursued, of swindling creditors out of their money had to be established against the appellant before a declaration under the section could be made. It was not enough for the respondent to prove that the appellant acted with blameworthy irresponsibility, knowing that he was gambling (in effect) with much more of their money than of his." [467]: "... [E]ven if the chances of payment of all creditors in full were so remote that it belonged to the realms of hope rather than belief, it seems to me that the fault, grievous though it may be, falls short of fraud unless it is coupled with something else, such as misrepresentation of the position or an intention to use goods purchased on

voortgesette kredietverkryging sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting egter dermate met opsetlike misleiding van skuldeisers, minstens in Suid-Afrikaanse verband in die vorm van *dolus eventualis*, dat die feite normaalweg 'n afleiding van bedrieglikheid regverdig. Alvorens so 'n afleiding egter in 'n spesifieke geval gemaak word, sal 'n hof oortuig moet wees dat daar nie ander feite teenwoordig is wat eweseer op onderliggende eerlikheid aan die kant van die betrokke persone kan dui nie.[45]

Maugham J se toets verwys voorts na die afwesigheid van 'n redelike vooruitsig dat die kredietgewer *ooit* betaling van die skuld sou ontvang [*ever receiving payment*]. Hierdie uitleg is nagevolg deur Buckley J In *Re White and Osmond (Parkstone) Ltd*.[46] In *R v Grantham* het Lord Lane die basiese benadering wat die toets onderlê, ondersteun, maar dit strenger geformuleer:[47]

> "[T]he appellant was acting dishonestly and fraudulently if he realised at the time when the debts were incurred that there was *no reason* for thinking that funds would become available to pay the debt *when it became due or shortly thereafter*." [eie kursivering]

Die *Grantham*-toets koppel die terugbetalingsverwagting aan die ooreengekome terugbetalingsdatum. Hierdie standpunt word, met respek, ondersteun. Dit is ook in pas met die Suid-Afrikaanse howe se interpretasie van die implisiete voorstelling rakende reëlmatige skulddelging wat deur 'n kredietnemer gemaak

---

credit for the purposes of dishonest gain, which gives it a fraudulent character." Hierdie streng benadering het die effektiwiteit van die *fraudulent trading* bepaling in Australië wesenlik verwater. Vgl McPherson *The law of company liquidation* [1968] 307-308 en sien die bespreking in par 4.2 van Hoofstuk 5.

45 Boyle (red) *Gore-Brown on companies* vol 2 [diensuitgawe] 35.4.1. Vgl ook *Simon NO v Mitsui & Co Ltd* 1996 3 All SA 353 (W) 400H-401E vir ondersteuning vir 'n soortgelyke interpretasie in SA verband.

46 *Re White and Osmond (Parkstone) Ltd* 30 Junie 1960 (ongerapporteer). Hierdie uitspraak en problematiek is reeds in groter besonderhede in par 4.1.1 van Hoofstuk 2 bespreek.

47 *R v Grantham* 1984 3 All ER 166 170A. Sien ook *Re Augustus Barnett* 1986 BCLC 170 175C vir implisiete steun vir hierdie standpunt en *Re a Company No 001418 of 1988* 1990 BCC 526 527 vir direkte navolging. Murray J het in 1987 die volgende kommentaar in die Noord-Ierse uitspraak *In re EB Tractors Ltd* 1987 PCC 313 Ch (NI) 321 gelewer: "It seems to me to emerge from the *Grantham* case that mere proof that when he incurred the relevant debt the debtor had no prospect of paying the debt on the due date or shortly thereafter is not sufficient to establish an intention to defraud ... Many a person who has been leniently treated by his creditor in the past ... incurs a further debt with little or no hope of paying on the due date or near it, but such a person is not guilty of fraud. An essential *additional* element which must be proved - and I stress this - is 'deliberate dishonesty'." Uit die aanhaling uit die *Grantham*-beslissing blyk dit egter dat die blote besef by die aangaan van die skuld dat daardie skuld nie bevredigend binne die afgesproke tyd gedelg sal word nie, opsigself voldoende is om 'n afleiding van "deliberate dishonesty" te regverdig. Sien ook *R v Lockwood* 1986 2 BCC 99333 99339-99340.

word.[48]

2.2.5 "Carried on business"

Die "dryf van besigheid" is nie sinoniem met die aktiewe dryf van handel nie. Hierdie uitlegbeginsel is neergelê in *Re Sarflax Ltd*.[49]

Terwyl 'n aksie teen Sarflax Ltd, 'n filiaalmaatskappy, reeds langer as 'n jaar hangende was, het die maatskappy opgehou om handel te dryf. Hy het feitlik al sy bates aan die houermaatskappy oorgedra in skuldvergelyking met 'n lening wat hy aan sy houermaatskappy verskuldig was. Gedurende die volgende twee jaar is die oorblywende bates te gelde gemaak en aangewend om die maatskappy se skulde te betaal. Nadat die maatskappy formeel vrywillig gelikwideer is, het die aksie geslaag en is 'n eis teen hom toegestaan. Geen bates was egter meer beskikbaar om hierdie eis te delg nie. Die eisers het gevolglik die maatskappy beskuldig dat hy deur die verdeling van al sy bates onder die ander skuldeisers, sy besigheid bedrieglik gedryf het.

Die maatskappy en die verweerders het in hulle verweer aangevoer dat daar nie beweer kan word dat hy enige besigheid bedrieglik gedryf het nie, aangesien hy tydens die gewraakte tydperk nie besigheid gedryf het nie. Hy het juis sy handelsbedrywighede gestaak en was besig om sy boedel te likwideer. Oliver J het egter hierdie verweer verwerp:[50]

> "[I] feel quite unable to say that the expression 'carrying on business' in the section is necessarily synonymous with actively carrying on trade or that the collection of assets acquired in the course of business and the distribution of the proceeds of those assets in the discharge of business liabilities cannot constitute the carrying on of 'any business' for the purposes of the section." [51]

Daar kon egter nie bewys word dat die afbetaling van die lening en die voorkeur wat aan die ander skuldeisers verleen was, bedrieglik was nie. Die optrede het

---

48 Sien par 4.1.1 van Hoofstuk 2. Mbt onwillekeurige skuldeisers, dws, nie-kontraktuele skuldeisers soos die *fiscus* tav die betaling van belasting, het Bromley J die bedrieglikheid soos volg geïdentifiseer in *Re a Company No 001418* 1990 BCC 526 528: "The intent to defraud in my view lies in continuing to incur liability for tax or national insurance contributions or VAT when there is no honest belief that those liabilities will be discharged when they become due or shortly thereafter."

49 1979 1 All ER 529.

50 *Re Sarflax Ltd* 1979 1 All ER 529 534H-J; 535A-B.

51 In *R v Christakis Philippou* 1989 89 Cr App R 290 is bevind dat die blote verkryging, instandhouding en/of hernuwing van 'n maatskappy se spesialislisensie, bv 'n lugreisorganiseerderslisensie deur 'n toeroperateursmaatskappy, in gegewe omstandighede die dryf van besigheid vir die doeleindes van hierdie bepaling kan daarstel.

gevolglik nie as *fraudulent trading* gekwalifiseer nie.

Die dryf van besigheid beteken ook nie dat 'n aantal bedrieglike transaksies gesluit moet word, alvorens hierdie oortreding gepleeg word nie. In *Re Gerald Cooper Chemicals Ltd*[52] is bevind dat selfs net een bedrieglike transaksie voldoende sal wees om 'n persoon kragtens artikel 332 aanspreeklik te stel,[53] mits aangetoon kan word dat die transaksie gesluit is in die loop van die dryf van besigheid deur die maatskappy.[54]

2.2.6 Die aanspreeklike partye

Die frase "any persons who were knowingly parties to the carrying on of the business in the manner aforesaid",[55] is besonder omvattend.

Die uitleg van hierdie frase het ter sprake gekom in *Re Maidstone Buildings Provisions Ltd.*[56] Pennyquick V-C moes beslis of 'n maatskappysekretaris ingevolge hierdie artikel aangespreek kan word. Die regter het twee konserwatiewe standpunte ingeneem:

1) In die eerste plek het die regter bevind dat 'n sekretaris nie deelneem aan die dryf van die maatskappy se besigheid, terwyl hy besig is om bloot sy sekretariële pligte uit te voer nie.[57]

2) In die tweede plek, het die regter geoordeel dat die frase aktiewe stappe en die positiewe deelname aan die dryf van die besigheid impliseer. Hy het

52 1978 2 All ER 49.

53 *Re Gerald Cooper Chemicals Ltd* 1978 2 All ER 49. In hierdie uitspraak is die enger interpretasie van Oliver J van hierdie frase in *Re Murray-Watson Ltd* 6 April 1977 (ongerapporteer) verwerp. In daardie uitspraak was Oliver J van mening dat die artikel na die dryf van besigheid in die breë en nie na individuele transaksies verwys nie. (53A-B) Na aanleiding van die *Gerald Cooper Chemicals*-uitspraak het Oliver J in *Re Sarflax Ltd* 1979 1 All ER 529 534F-G verklaar dat hy moontlik sy standpunt sal moet wysig. Vir 'n bespreking van hierdie uitsprake, sien Davies "Fraudulent trading" 1978 *JBL* 180; Farrar "Fraudulent trading" 1980 *JBL* 336 en Farrar "British business law - insolvency" 1979 *JBL* 373.

54 *Re Gerald Cooper Chemicals Ltd* 1978 2 All ER 49 52. Ondersteuning vir hierdie standpunt is ook uitgespreek in *R v Lockwood* 1986 2 BCC 99333 99341.

55 A 332(1) van die *Companies Act* 1948.

56 1971 3 All ER 363.

57 *Re Maidstone Buildings Provisions Ltd* 1971 3 All ER 363 368H-J: "So far as the position of a secretary as such is concerned, it is established beyond all question that a secretary, while merely performing the duties appropriate to the office of the secretary, is not concerned in the management in the company. Equally I think he is not concerned in carrying on the business of the company."

bevind dat blote versuim van die sekretaris om sekere advies aan die direkteure te verskaf, nie voldoende is om hom te laat kwalifiseer as 'n party tot die dryf van die besigheid nie.[58]

Beide standpunte kan egter nie ongekwalifiseerd onderskryf word nie.

Farrar[59] wys daarop dat die *Court of Appeal*[60] in 'n latere uitspraak, *Panorama Developments (Guildford) Ltd v Fidelis Furnishings Fabrics Ltd* bevind het dat 'n moderne maatskappysekretaris nie meer 'n blote klerk is nie. In sy hoedanigheid as hoof-administratiewe beampte van die maatskappy, kan hy oor die bevoegdheid beskik om die maatskappy minstens in administratiewe aangeleenthede te verteenwoordig. Verder sal die tipe amp van 'n persoon of die gebrek aan 'n amp hom nie *per se* teen aanspreeklikheid beskerm nie. 'n Persoon se aanspreeklikheid kragtens hierdie bepaling sal afhang van sy optrede onder die omstandighede en die rol wat hy inderwaarheid binne die betrokke maatskappy vervul het.

Die besondere sterk klem wat Pennyquick V-C op aktiewe deelname aan die dryf van besigheid geplaas het, is ook nie in verdere uitsprake nagevolg nie. In *Re Gerald Cooper Chemicals*[61] is daarop gewys dat 'n skuldeiser wat geld aanvaar terwyl hy besef dat ander skuldeisers bedrieg is ten einde daardie betaling aan hom te kan maak, ook aanspreeklikheid op grond van *fraudulent trading* kan oploop. Die aanvaarding van die geld met daardie besef, is voldoende om deelname aan die bedrieglike dryf van die besigheid daar te stel. Hierdie breë uitleg van deelname aan die dryf van die besigheid is in 1986 in *Re Augustus Barnett*[62] gesteun:

> "The words 'persons ... party to' may be wide enough to cover outsiders who could not be said to have carried on or even assisted the carrying on of the company's

58 *Re Maidstone Buildings Provisions Ltd* 1971 3 All ER 363 368F: "... [T]he expression 'party to' must on its natural meaning indicate no more than 'participates in', 'takes part in', or 'concurs in'. And that, it seems to me, involves some positive steps of some nature. I do not think that it can be said that someone is party to carrying on a business if he takes no positive steps at all ... [369C] All that is alleged is his omission to take steps to prevent the company trading fraudulently. The steps he omitted to take were to give certain advice to the directors. It seems to me impossible to say that mere inertia ... could represent being a party to the carrying on of the business of the company." Sien Farrar "Fraudulent trading and the company secretary" 1972 *NLJ* 13 14.

59 Farrar" Fraudulent trading and the company secretary" 1972 *NLJ* 13; Farrar "Corporate insolvency and the law" 1976 *JBL* 214; Farrar "Fraudulent trading" 1980 *JBL* 336 343.

60 *Panorama Developments (Guildford) Ltd v Fidelis Furnishings Fabrics Ltd* 1971 3 All ER 16.

61 1978 2 All ER 49.

62 1986 BCLC 170 173.

business but who nevertheless in some way participated in fraudulent acts."[63]

Deelname aan die bedrieglike dryf van besigheid behels gevolglik nie noodwendig die aktiewe deelname aan die maatskappy se bestuur- en besigheidsaktiwiteite nie.[64]

In die lig van bogenoemde moet die standpunte van Pennyquick V-C met betrekking tot die aanspreeklikheid van 'n maatskappysekretaris en die aktiewe deelname aan die dryf van besigheid met omsigtigheid benader word.

Die kategorie van persone wat ingevolge hierdie artikel aangespreek kan word, is onbeperk.[65] Direkteure,[66] skadu-direkteure[67] en maatskappye[68] is al ingevolge hierdie artikel aangespreek en die houermaatskappy,[69] die ouditeur van die maatskappy en ander derdes kan hulleself ook aan aanspreeklikheid blootstel.[70] Buitestanders sal hulle egter alleen aan die bedrieglike dryf van besigheid skuldig maak, indien die persone in daadwerklike beheer van die maatskappy hulle ook daaraan skuldig maak[71] of waar die persone in beheer die nodige handelinge as onskuldige werktuie van 'n bedrieglike buitestander uitvoer.

---

63 *Re Augustus Barnett* 1986 BCLC 170 173. Vir 'n bespreking van hierdie uitspraak, sien Prentice "Fraudulent trading: parent company's liability for the debts of its subsidiary" 1987 *LQR* 11.

64 Sien *R v Lockwood* 1986 2 BCC 99333 99339.

65 Vir 'n besonder konserwatiewe benadering sien *R v Miles* 1992 Crim LR 657. In hierdie uitspraak ingevolge a 458 van die *Companies Act* 1985, die opvolgbepaling van a 332, het die *Court of Appeal [Criminal Division]* skynbaar die aanspreeklikes beperk tot die persone in beheer van die maatskappy se besigheid. Die saak is egter slegs in breë trekke gerapporteer en dit is nie moontlik om daaruit vas te stel waarom daar afgewyk is van die breër benadering wat in die ander uitsprake gevolg is nie.

66 Sien bv *Re William C Leitch Bros Ltd* 1932 2 Ch 71; *Re Patrick and Lyon Ltd* 1933 1 Ch 786; *Hardie v Hanson* 1960 105 CLR 451; *R v Inman* 1966 3 All ER 414; *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1968 NZLR 624; *R v Rollafson* 1969 2 All ER 833; *DPP v Schildkamp* 1971 AC 1; *Re Sarflax Ltd* 1979 1 All ER 529; *R v Grantham* 1984 3 All ER 166; *Re EB Tractors Ltd* 1987 PCC 313.

67 Vir 'n goeie voorbeeld sien die uitspraak in *Re Peake and Hall Ltd* 1985 PCC 87 wat tav 'n soortgelyke bepaling in die Maatskappywet van die eiland Man gelewer is.

68 *R v Inman* 1966 3 All ER 414; *Re Gerald Cooper Chemicals Ltd* 1978 2 All ER 49; *Re Augustus Barnett* 1986 PCC 167.

69 Sien bv *Re Augustus Barnett* 1986 PCC 167.

70 Sien *Re Esal (Commodities) Ltd London and Overseas (Sugar) Co Ltd v Punjab National Bank* 1993 BCLC 872 vir 'n voorbeeld van 'n eis teen 'n bank van 'n gelikwideerde maatskappy ingevolge hierdie bepaling. Die betrokke eis is egter geskik.

71 Sien in die alg *Re Augustus Barnett* 1986 BCLC 170 173.

2.2.7 Die applikant

Ingevolge die bepaling mag die "official receiver or the liquidator or any creditor or contributory" aansoek doen dat die hof 'n verklaring kragtens hierdie artikel uitreik. Hierdie kategorie persone word so duidelik afgebaken dat geen ander persoon *locus standi* sal hê om so 'n aansoek te bring nie.

Indien die likwidateur die aansoek bring, tree hy op as 'n verteenwoordiger van die skuldeisers. In *Liquidator of Upper Clyde Shipbuilders Ltd v Noter*[72] het die likwidateur 'n kundige geraadpleeg oor die vraag of hy 'n aansoek ingevolge hierdie artikel moet bring. Die hof het bevind dat hy verplig is om daardie verslag onder die krediteure te versprei, aangesien hy as die verteenwoordiger van die skuldeisers beskou word en hulle geregtig is om insae te hê in 'n dokument wat op hulle remedie betrekking het.

2.2.8 Verjaring

Verjaring het as 'n verweer ter sprake gekom in 'n uitspraak van die Nieu-Seelandse *Court of Appeal*, *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney*.[73] Die appellant is deur die hof *a quo* skuldig bevind aan die bedrieglike dryf van besigheid ingevolge 'n bepaling van die Nieu-Seelandse maatskappywet wat op artikel 332 geskoei was.[74] Die hof het bevind dat die appellant sy maatskappy se besigheid bedrieglik bedryf het vir 'n tydperk van ongeveer tien jaar voor die likwidasie van die maatskappy. Die appellant het geappelleer op die grond dat die eis ingevolge die bepaling verjaar het weens die werking van die Nieu-Seelandse *Limitation Act* 1950. Kragtens hierdie wet het die reg om 'n aksie in te stel in die algemeen na ses jaar sedert die ontstaan van die eisgrond verjaar. Die kernvraag was of die eis ingevolge die bepaling ontstaan op die moment wat die betrokke bedrieglike handeling aangegaan is en of dit eers ontstaan by likwidasie van die maatskappy.

Die *Court of Appeal* het bevind dat die bepaling 'n grond vir aanspreeklikheid daarstel wat nuut is, dit wil sê addisioneel is tot enige ander eise teen die betrokke

---

72 1975 SLT 39. Sien Wilson "British business law - companies" 1975 *JBL* 223 vir 'n bespreking van die uitspraak.

73 1969 NZLR 116. Die hof *a quo* se uitspraak is gerapporteer as *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1968 NZLR 624.

74 A 320 van die Nieu-Seelandse *Companies Act* 1955 se voorganger, a 268 van die *Companies Act* 1933, was geskoei op a 275 van die Engelse *Companies Act* 1929. Sien *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1969 NZLR 116 128 en die bespreking in par 5.2 van Hoofstuk 5.

persoon.[75] Verder ontstaan die eis ingevolge die bepaling eers by die likwidasie van die maatskappy.[76] Die *Court of Appeal* het gevolglik tot die bevinding gekom dat verjaring eers begin loop na likwidasie van die maatskappy. North RP het dit soos volg opgesom:[77]

> "I am accordingly of opinion that the liquidation is a material part of the cause of action and therefore the period of limitation does not begin to run until the commencement of the winding up and perhaps not until the appointment of a liquidator (a distinction which is of no importance in the present case)."

Die feit dat die handelinge waarop die bewering van bedrieglike dryf van besigheid gebaseer is, meer as tien jaar voor die likwidasie van die maatskappy verrig is, was gevolglik irrelevant vir doeleindes van verjaring. Hierdie uitleg het die afskrikkingswaarde van die *fraudulent trading*-bepaling vergroot, aangesien 'n oortreding 'n persoon vir 'n lang tydperk aan aanspreeklikheid blootstel. In die mate wat dit die regverdige werking van die reëls van die verjaringsreg belemmer, is hierdie interpretasie van die reikwydte van die bepaling egter baie onbillik ten aansien van die betrokke persoon.

2.2.9 Die bevel van die hof

Afgesien van die strafregtelike skuldigbevinding wat kan volg op 'n vervolging ten aansien van 'n oortreding van die bepaling,[78] kan die hof, op aansoek, verklaar dat 'n persoon onbeperk aanspreeklik is vir al of enige van die skulde of ander verpligtinge van die maatskappy.[79] Die hof moet 'n vasgestelde bedrag in sy bevel bepaal.[80]

Die omvang van 'n persoon se aanspreeklikheid berus in die hof se diskresie.[81] Die aard van die bepaling en, meer spesifiek, die vraag of die bepaling primêr

---

75 Haslam J het dit soos volg uitgedruk in *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1969 NZLR 116 135: "...[S.] 320 confers upon the persons entitled a new cause of action, 'new in its species, new in its quality, new in its principle, in every way new' ... I agree therefore that s. 320 is more than procedural in character, and enables the claimant to set up a fresh cause of action which did not exist before liquidation."

76 Turner J het geredeneer dat geen eiser die reg het om 'n eis in te stel alvorens dit in die loop van die likwidasie van die maatskappy geblyk het dat die besigheid bedrieglik bedryf is nie. Verder, in die mate wat die likwidateur as eiser optree, bestaan daar nie so 'n eiser voor likwidasie nie. Sien *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1969 NZLR 116 131.

77 *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1969 NZLR 116 128.

78 A 332(1) van die *Companies Act* 1948.

79 A 332(1) van die *Companies Act* 1948.

80 *Re William C Leitch Bros Ltd* 1932 2 Ch 71; *Re a Company No 001418* 1990 BCC 526 531.

81 A 332(1) van die *Companies Act* 1948.

vergoedend of bestraffend is, is op uiteenlopende wyses geïnterpreteer. Die oorwig van die opinie meen egter dat die bevel oorwegend bestraffend van aard is.[82] Die strafkarakter van die bepaling bring teweeg dat die bedrag dus nie beperk hoef te wees tot die bedrag waarmee derdes inderwaarheid bedrieg is nie.[83] Dit blyk egter duidelik uit die bepaling dat die hof die persoon nie aanspreeklik kan stel vir 'n bedrag wat die skulde of verpligtinge van die maatskappy oorskry nie.[84]

Die debat rakende die vergoedende of bestraffende aard van die bepaling is ook gevoer ten aansien van die bestemming van die bedrag ingevolge die bevel. Indien die bevel vergoedend is, behoort die misleide skuldeisers die bevoordeeldes van die bevel te wees. Indien die bevel bestraffend is, is die bestemming van die bedrag nie werklik relevant nie. Verskillende standpunte is deur die jare deur Engelse howe in hierdie verband ingeneem.

In *Re William C Leitch Bros Ltd (No 2)*[85] is 'n bedrag geld deur 'n voormalige direkteur aan die likwidateur van 'n maatskappy oorbetaal uit hoofde van 'n aanspreeklikheidsbevel kragtens hierdie bepaling. Vanweë die onsekerheid oor die aanwending van die geld het die likwidateur die hof genader om instruksies. Namens die likwidateur is betoog dat die bepaling die oortreder teenoor die maatskappy aanspreeklik stel. Enige bedrag wat uit hoofde van so 'n bevel betaal word, moet gevolglik in die boedel van die maatskappy gestort word. Hierdie bedrag moet dan volgens die gewone reëls van insolvensie onder al die skuldeisers verdeel word. Die skuldeisers wat bedrieg is, geniet gevolglik nie 'n

---

82 *Re Cyona Distributors Ltd* 1967 1 All ER 281 284. Sien egter *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1969 NZLR 116 129 waar North P bevind het: "... I am of the opinion that there is no room for the argument that s. 320 creates a liability in the nature of a penalty. I think that Maugham J. and Lord Denning meant no more than that the damages may be 'punitive' in the sense in which that word is used in actions to recover damages at common law." Indien die hof egter anders bevind het in lg uitspraak, sou die eis teen 'n selferkende bedrieër verjaar het ingevolge die Nieu-Seelandse verjaringsreg en sou hy aan aanspreeklikheid ontsnap het. Die hof se ongeneëndheid om 'n wesenlike strafkarakter aan die bepaling toe te dig, moet gevolglik teen die agtergrond van die feite in die betrokke aangeleentheid geïnterpreteer word. In *Re a Company No 001418* 1990 BCC 526 is die *Cyona*-uitspraak nagevolg. Die hof het 'n vergoedende bevel gemaak en die bedrag is aangevul met 'n addisionele strafbedrag.

83 *Re William C Leitch Bros Ltd* 1932 2 Ch 71 79-80: "I am inclined to the view that s. 275 is in the nature of a punitive provision, and that ... it is in the discretion of the Court to make an order without limiting the order to the amount of the debts of those creditors proved to have been defrauded by the acts of the director in question, though no doubt the order would in general be so limited."

84 *Re Cyona Distributors Ltd* 1967 1 All ER 281 284C.

85 1933 1 Ch 261.

voorkeur ten aansien van die bedrag nie.[86]

Die bedriegde skuldeisers het egter aangevoer dat die bedrag uitsluitlik vir die betaling van hulle eise aangewend moet word. Indien dit nie gebeur nie en hulle eise nie ten volle betaal word nie, het hulle regsverteenwoordigers geredeneer, sal die direkteur nog steeds aanspreeklik teenoor hulle bly vir die restant van die skade wat die skuldeisers weens die bedrog gely het. Hierdie aanspreeklikheid sal voortduur totdat die bedriegde skuldeisers se skulde ten volle betaal en hulle skade daardeur vergoed is.[87] Dit kon nie die bedoeling van die wetgewer gewees het nie en gevolglik moet die bepaling so uitgelê word dat daar 'n voorkeur aan die bedriegde skuldeisers verleen word.

Eve J het bevind dat die bewoording van die bepaling nie daarop dui dat die gewone wyse van verdeling van 'n insolvente boedel gewysig moet word nie:[88]

> "It may well be that the liability it imposes is measured by the debts of the defrauded creditors. But this is not in itself a ground for holding that the ordinary rules of equality are to be disregarded and a preference created in favour of the defrauded class."

Gevolglik het hy geoordeel dat die bedrag die insolvente boedel van die maatskappy toeval en verdeel moet word onder al die skuldeisers,[89] hetsy hulle slagoffers van die bedrieglike dryf van besigheid was, al dan nie.

Eve J se uitleg is ondersteun deur Russel LJ in sy minderheidsuitspraak deur die *Court of Appeal* in *Re Cyona Distributors Ltd*.[90] Russel LJ het geoordeel dat 'n alternatiewe uitleg groot praktiese probleme vir die likwidasieproses sal inhou. Dit sou tot gevolg hê dat 'n hof te eniger tyd gedurende die likwidasieproses genader kon word om 'n bevel kragtens die bepaling. 'n Bevel wat die skuldeiser bevoordeel, sal die verdelingsproses van die boedel bemoeilik, aangesien dit die grootte van die skuldeisers se eise en hulle rangorde te eniger tyd kon wysig.[91]

Lord Denning MR en Danckwerz LJ het egter in hulle meerderheidsuitspraak in

86 *Re William C Leitch Bros Ltd (2)* 1933 1 Ch 261 262.

87 *Re William C Leitch Bros Ltd (2)* 1933 1 Ch 261 263.

88 *Re William C Leitch Bros Ltd (2)* 1933 1 Ch 261 266.

89 Sien in die alg Wortley "The interpretation of the new 'fraudulent trading section' of the Companies Act 1929" 1934 *LQR* 405. In *Hardie v Hanson* 1960 105 CLR 451 459 het Dixon CJ soos volg *obiter* kommentaar op hierdie bevinding gelewer: "Inevitable as the reasoning of Eve J makes this result appear, it is impossible to resist the conclusion that the purpose of the provision has miscarried." Sien ook McPherson *The law of company liquidation* [1968] 309.

90 1967 1 All ER 281. Vir die hof *a quo* se uitspraak sien *Re Cyona Distributors Ltd* 1966 1 All ER 825. Sien Thompson "Winding up; fraudulent trading" 1966 *JBL* 258 vir 'n kort bespreking van die uitspraak van die hof *a quo*. Die uitspraak van die *Court of Appeal* word bespreek deur Thompson "Winding-up; fraudulent trading" 1967 *JBL* 233.

Re Cyona Distributors Ltd[92] van hierdie standpunt verskil. Hulle het sterk klem gelê op die diskresie wat die artikel aan die hof toeken. Volgens die meerderheidsuitspraak sal die hof gewoonlik beveel dat die bedrag deel vorm van die algemene bates van die maatskappy, wanneer die likwidateur die aansoek bring. Die hof is egter nie gebonde daartoe nie. Wanneer die aansoek deur 'n bedriegde skuldeiser gebring word, kan die hof gelas dat die bedrag persoonlik aan die skuldeiser betaalbaar is. Ter beskerming van die ander krediteure het Lord Denning in so 'n geval vereis dat die skuldeiser die likwidateur as party sal voeg.[93]

Hoewel die opmerkings van die meerderheid *obiter* was, is die bepaling op soortgelyke wyse in 'n latere uitspraak, *Re Gerald Cooper Chemicals*,[94] geïnterpreteer.[95] In 'n eienaardige nadraai, het die interpretasie van hierdie faset van artikel 332 enkele jare na die herroeping en vervanging daarvan deur die *Companies Act* 1985, weer in *Re Esal (Commodities) Ltd London and Overseas (Sugar) Co Ltd v Punjab National Bank*[96] ter sprake gekom.

In hierdie geding het die likwidateurs van 'n maatskappy die maatskappy se bank gedagvaar op die basis dat die bank wetens 'n party was tot die bedrieglike dryf van besigheid deur die maatskappy. Die partye het egter 'n skikking bereik ingevolge waarvan die bank 'n bedrag aan die likwidateurs oorbetaal het en die likwidateurs onder andere in ruil onderneem het om die saak terug te trek en geen voordeel te ontvang uit hoofde van enige geding wat deur enige ander party op grond van die beweerde deelname aan die bedrieglike dryf van besigheid ingestel sou word nie. 'n Skuldeiser van die maatskappy was ongelukkig met die skikking en het reeds voor die finalisering daarvan kennis gegee dat hy persoonlik sou voortgaan om 'n eis vir die volle omvang van sy skuld teen die bank in te stel. Toe hy daad by woord voeg en onder andere 'n aansoek ingevolge artikel 332 teen die bank bring, het die bank die hof genader en gevra dat die eis geskrap word aangesien 'n redelike eisoorsaak ontbreek.

---

91 *Re Cyona Distributors Ltd* 1967 1 All ER 281 287C-G.

92 1967 1 All ER 281. Sien ook Farrar "Corporate insolvency and the law" 1976 *JBL* 214; Farrar "Fraudulent trading" 1980 *JBL* 336.

93 *Re Cyona Distributors Ltd* 1967 1 All ER 281 284C: "...[W]hen an application is made by a liquidator, the court will usually order the sum to go into the general assets, ... but I do not think that it is bound to do so. Certainly when an application is made by a creditor who has been defrauded, the court has the power, I think, to order the sum to be paid to that creditor ... No doubt, however, the creditor should always be made a party to the proceedings: so that interests of the other creditors can be safeguarded."

94 1978 2 All ER 49.

95 *Re Gerald Cooper Chemicals* 1978 2 All ER 49 54D-F. Sien Davies "Fraudulent trading" 1978 *JBL* 180 vir 'n bespreking van hierdie uitspraak.

96 1993 BCLC 872.

'n Kernvraag wat die hof moes beantwoord het gehandel oor die bestemming van die eisbedrag. Indien die eisbedrag die likwidateurs moes toeval, sou hulle ingevolge die skikkingsooreenkoms nie die bedrag kon aanvaar nie. In so 'n geval sou die eis futiel wees en moes dit deur die hof geskrap word. In sy uitspraak het Lindsay J die *Cyona*-uitspraak ontleed. Aangesien die meerderheidsopmerkings in die *Cyona*-uitspraak rakende die reg van die hof om betaling aan 'n skuldeiser te laat toeval, *obiter* was, het die Lindsay J bevind dat hy nie daardeur gebind was nie. Hy het gevolglik, in navolging van Russel LJ, tot die gevolgtrekking gekom dat die opbrengs van 'n bevel ingevolge artikel 332 die likwidateur en die insolvente boedel toeval, vir *pari passu* verdeling onder alle skuldeisers. Die eis van die individuele skuldeiser is gevolglik geskrap.

Die argumente in die debat rakende die bestemming van die opbrengs berus in 'n groot mate op tegniese interpretasies van die bewoording van artikel 332. Dit is egter belangrik om perspektief te behou ten aansien van die breër implikasies van altwee standpunte. Indien individuele skuldeisers die reg sou hê om aansoeke ingevolge die bepaling te bring en die voordeel daaruit te trek, kan dit die likwidasieproses vertraag weens onsekerheid oor die uiteindelike grootte van 'n skuldeiser se eis. Dit kan ook aanleiding gee tot 'n wedloop onder skuldeisers om eerste voordeel te trek uit 'n bevel. Hierdie gevolge was so negatief dat 'n sterk standpunt ontwikkel het dat die geld die insolvente boedel moet toeval.

Die gevolge van laasgenoemde standpunt is egter ook nie deurgaans positief nie. Die slagoffers van die bedrieglike dryf van besigheid het nie 'n sterker reg op die opbrengs ingevolge die bevel as die ander skuldeisers wat nie mislei is nie. Hierdie benadering stroop die bepaling van sy remediërende karakter, aangesien 'n bevel die onbenadeelde skuldeisers ook bevoordeel. Waar die bedrag ingevolge die bevel bepaal word met verwysing na die betrokke skulde wat bedrieglik opgeloop is, sou die slagoffers van die bedrog volle of substansiële[97] skadevergoeding kon ontvang, indien hulle die enigste bevoordeeldes van die bevel was. Waar daardie bedrag met al die ander skuldeisers gedeel moet word, word 'n kleiner gedeelte van hulle skade deur die bevel vergoed. Dit sou ook kon impliseer dat elkeen van daardie skuldeisers 'n individuele aksie vir die restant teen die oortreders moet instel.[98] In so 'n geval sal die wedloopgevolge van private aksies deur skuldeisers waarteen hierdie skool van denke waarsku, maar bloot net uitgestel word tot hierdie fase.

Dit blyk, met respek, administratief sinvol te wees om die likwidateur 'n sentrale rol

97 Die kostes verbonde aan die likwidasieproses kan die bedrag wat vir verdeling beskikbaar is, verminder.

98 Sien *Re Esal (Commodities) Ltd London and Overseas (Sugar) Co Ltd v Punjab National Bank* 1993 BCLC 872 884 vir ondersteunende argumente in hierdie verband.

in die aansoek te laat speel. Ruimte moet egter vir geordende private aksies geskep word, indien die likwidateur of die meerderheid van skuldeisers nie belangstel daarin om teen die betrokke persone op te tree nie. Dit is verder duidelik dat die aard van die bevel problematies is, aangesien die sanksionerende karakter van die bepaling die remediërende effek daarvan belemmer.

2.2.10 Strafregtelike aanspreeklikheid

Die reikwydte van die misdryf wat deur die artikel geskep word, het 'n aantal jare lank 'n geskilpunt en 'n bron van teenstrydige uitsprake[99] gevorm, totdat die geskil gesaghebbend deur 'n uitspraak van die *House of Lords*[100] bygelê is. Die belangrikste vraagstuk was of die misdryf *fraudulent trading* gepleeg kon word in omstandighede waar die maatskappy nie gelikwideer is nie. Hierdie probleem is geskep deur die konteks waarin die strafbepaling verskyn het.

Volgens die eerste subartikel van die bepaling moet die gewraakte feite tydens die likwidasie van die maatskappy blyk, alvorens die betrokke individue persoonlik aanspreeklik gestel kan word.[101] Indien die feite dus tydens die normale en suksesvolle dryf van 'n maatskappy se besigheid ontdek word, kan niemand kragtens hierdie artikel persoonlik aanspreeklik gestel word nie. Die derde subartikel verklaar bloot dat die optrede wat in die eerste subartikel omskryf is, 'n misdryf is. Hierdie subartikel het egter nie verwys na die vereiste dat die betrokke feite tydens die likwidasie van die maatskappy aan die lig moet kom nie.[102]

Volgens sommige howe se interpretasie van hierdie subartikel, kon 'n persoon dus te eniger tyd strafregtelik vir sy bedrog aanspreeklik gehou word, maar kon hy slegs persoonlike aanspreeklikheid kragtens hierdie artikel oploop, indien sy bedrog tydens likwidasie geblyk het.[103] Hierdie standpunt is egter nie allerweë

---

99 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962] "Memorandum by the Board of Trade" *Minutes of evidence taken before the Company Law Committee* 1605. Sien ook *R v Rollafson* 1969 2 All ER 833; *R v Schildkamp* 1969 2 All ER 835; *DPP v Schildkamp* 1971 AC 1 13D: "The case [*DPP v Schildkamp*] is of obvious importance, as we are told indictments had been framed in this form for many years and that many people were in prison following on convictions under this subsection."

100 *DPP v Schildkamp* 1971 AC 1.

101 A 332(1) van die *Companies Act* 1948.

102 A 332(3) van die *Companies Act* 1948: "Where any business of a company is carried on with such intent or for such purpose as is mentioned in subsection (1) of this section, every person who was knowingly a party to the carrying on of the business in manner aforesaid, shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding two years or to a fine not exceeding five hundred pounds or to both."

103 Sien *R v Rollafson* 1969 2 All ER 833; *R v Schildkamp* 1969 2 All ER 835.

aanvaar nie.[104]

In 1971 het die aangeleentheid voor die *House of Lords* in *DPP v Schildkamp*[105] gedien. In die uitspraak het die konteks van die subartikel, veral die verband tussen die eerste en die derde subartikel en die feit dat die totale bepaling geplaas was saam met ander bepalings wat met likwidasiemisdrywe handel, die deurslag gegee. Die meerderheid het bevind dat die bepaling nie 'n wye, selfstandige misdryf daarstel nie, maar gekoppel is aan die likwidasie van die maatskappy.[106] Slegs indien die feite tydens likwidasie aan die lig gebring word, kon die betrokke partye dus strafregtelik vir *fraudulent trading* vervolg word. Hierdie beperking op die misdryf is uiteindelik in 1981 verwyder deur die *Companies Act* 1981.[107]

2.3 Die verdere ontwikkeling van die statutêre bepaling

2.3.1 Die Jenkins-komitee

In 1960 is die Jenkins-komitee aangestel om ondersoek in te stel na moontlike wysigings aan die *Companies Act* 1948 en ander verbandhoudende wetgewing.[108] Twee spesifieke voorleggings oor die herbewoording van artikel 332 is aan die komitee gemaak.

Die *Institute of Chartered Accountants in England and Wales* het aangevoer dat die wetgewing onvoldoende is om direkteure te ontmoedig om voort te gaan met die dryf van besigheid, waar hulle weet dat die maatskappy nie in staat sal wees om sy skulde terug te betaal nie. Hulle het daarop gewys dat artikel 332 opset vereis alvorens aanspreeklikheid kan volg en dat dit moeilik is om sodanige opset te bewys, al is die skulde roekeloos opgeloop.[109] Hulle het aanbeveel dat die bepaling gewysig moet word om die hof die bevoegdheid te gee om 'n bevel uit te

104 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962] "Memorandum by the Board of Trade" *Minutes of evidence taken before the Company Law Committee* 1605.

105 *DPP v Schildkamp* 1971 AC 1. Sien ook *R v Kemp* 1988 4 BCC 203.

106 Lord Upjohn het soos volg verklaar *DPP v Schildkamp* 1971 AC 1 26E: "... [M]y opinion ... is that Parliament never intended ... to create an offence capable of prosecution before commencement of the winding up."

107 A 96 van die *Companies Act* 1981. Sien par 2.1 van hierdie hoofstuk vir die teks van die artikel.

108 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962].

109 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962] "Memorandum by the Council of the Institute of Chartered Accountants in England and Wales" *Minutes of evidence taken before the Company Law Committee* 1433: "This section requires fraudulent intent, which it may not be possible to establish even though the directors have incurred debts in a reckless manner."

reik:[110]

> "... that any director or other officer who has been responsible for incurring debts on behalf of the company in a reckless manner shall be liable without any limitation of liability for all or any of the debts or other liabilities so incurred."

Dit is interessant om daarop te let dat die aanbeveling gespruit het uit frustrasie met die maatskappywetgewing rakende kredietverkryging deur misleiding en beperk was tot die oploop van skulde op 'n roekelose wyse.

Die *Board of Trade* het aangevoer dat die konteks van die strafbepaling die indruk wek dat die misdryf slegs vervolg kan word, nadat likwidasie 'n aanvang geneem het. Hulle het aanbeveel dat dit moontlik moet wees om die tipe misdryf te vervolg selfs al is die maatskappy nog besig om aktief handel te dryf.[111]

Op grond van die inligting wat voor hulle geplaas is, het die komitee aanbeveel dat artikel 332 uitgebrei moet word om persone ook aanspreeklik te stel op grond van die roekelose dryf van besigheid. Sodanige optrede moes egter slegs 'n grond vir persoonlike aanspreeklikheid en nie ook vir strafregtelike aanspreeklikheid daarstel nie.[112] Verder is aanbeveel dat likwidasie nie 'n voorvereiste vir die pleeg of vervolging van die misdryf moet wees nie.[113] Geeneen van hierdie aanbevelings is egter in die Companies Act 1967 geïmplementeer nie.[114] Soos reeds uitgewys is die tweede aanbeveling, naamlik die skrapping van die beperking op die misdryf, uiteindelik in die *Companies Act* 1981 verwoord.[115]

---

110 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962] "Memorandum by the Council of the Institute of Chartered Accountants in England and Wales" *Minutes of evidence taken before the Company Law Committee* 1433.

111 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962] "Memorandum by the Board of Trade" *Minutes of evidence taken before the Company Law Committee* 1605.

112 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962] 195: "[S]ection 332(1) should be extended to make directors and others, who have carried on the business of the company in a reckless manner, personally responsible without any limitation of liability, for all or any of the debts or other liabilities of the company, if the Court so declares ... The criminal penalty provided for in section 332(3) should not, however, extend to reckless trading." Sien in die alg Farrar "Corporate insolvency and the law" 1976 *JBL* 214; Farrar "Fraudulent trading" 1980 *JBL* 336 345-346; Williams "Liability for reckless trading by companies: the South African experience" 1984 *International and Comparative Law Quarterly* 684.

113 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962] 195: "[I]t should be made clear that section 332(3) provides a penalty for fraudulent trading where the facts are discovered in other circumstances than in the course of winding up."

114 Farrar "Corporate insolvency and the law" 1976 *JBL* 214 227.

115 A 96 van die *Companies Act* 1981.

2.3.2 "Wrongful trading"

Die maatskappyregtelike bedeling ten aansien van *fraudulent trading* het 'n nuwe fase betree toe 'n aanvullende begrip, *wrongful trading*, deur die *Insolvency Act* 1986 ingevoer is.[116] Hierdie begrip en die uitleg daarvan word regsvergelykend in Hoofstuk 5 bespreek.

3 DIE ROEKELOSE EN BEDRIEGLIKE DRYF VAN BESIGHEID IN DIE SUID-AFRIKAANSE MAATSKAPPYWETGEWING

3.1 Die historiese ontwikkeling van die bepaling

3.1.1 Die Lansdown-kommissie

Die invoering van 'n statutêre verbod op die bedrieglike dryf van besigheid van 'n maatskappy en gepaardgaande persoonlike aanspreeklikheid vir direkteure, is in die dertigjare deur die Lansdown-kommissie[117] aanbeveel.

Die Lansdown-kommissie het hulle ondersoek onderneem teen die agtergrond van die destyds-resente Engelse maatskappywetgewing van 1928 en veral 1929. Hoewel die kommissie ook aandag geskenk het aan maatskappyregtelike ontwikkelinge in Kanada en Nieu-Seeland,[118] het die Engelsregtelike ontwikkelinge die meeste aandag ontvang. In die opstel van die konsepwetsontwerp het die kommissie ook sover moontlik gepoog om die bewoording van die ooreenstemmende Engelsregtelike bepalings na te volg.[119]

Die Lansdown-kommissie het spesifiek aandag geskenk aan die aanspreeklikheid van direkteure vir die bedrieglike dryf van besigheid. Die kommissie het daarop gewys dat die Maatskappywet van 1926 reeds voorsiening gemaak het vir die strafregtelike aanspreeklikheid van persone wat handelinge verrig het in verband met 'n insolvente maatskappy se boedel onder omstandighede waar sodanige handeling 'n oortreding van die insolvensiewetgewing sou uitmaak, indien dit verrig was ten aansien van 'n individu se boedel.[120] Sodanige aanspreeklikheid

116 A 214 van die *Insolvency Act* 1986. Sien die Review Committee on Insolvency Law and Practice *Report* Cmnd 8558 [1982] hfst 44. Sien die bespreking in par 2.2 van Hoofstuk 5.

117 Sien die *Verslag van die Maatskappywetkommissie* UG 45 [1936].

118 Sien die *Verslag van die Maatskappywetkommissie* UG 45 [1936] par 8.

119 *Verslag van die Maatskappywetkommissie* UG 45 [1936] par 11.

120 Sien die besprekings van die relevante bepalings in par 4.3 van Hoofstuk 2 en par 3.5.1

was egter slegs strafregtelik van aard.[121] Ten aansien van moontlike persoonlike aanspreeklikheid, het die kommissie die volgende opgemerk:[122]

> "Die Engelse Maatskappywet, 1929, maak ook voorsiening vir 'n siviele regsmiddel teen 'n direkteur indien dit by die likwidasie van 'n maatskappy blyk dat die besigheid van die maatskappy gedryf is met die doel om krediteure of iemand anders te bedrieg of vir ander bedrieglike doeleindes ... Dis aan ons voorgestel dat so 'n bepaling tot die Uniewet gevoeg behoort te word. Ons gaan akkoord met die voorstel; en die hof behoort gemagtig te word om te kan beveel dat 'n oneerlike direkteur nie as direkteur of bestuurder van enige maatskappy vir sodanige tydperk as wat die hof mag voorskryf sal optree nie."[123]

Dit wil voorkom asof die kommissie so sterk op internasionale ontwikkelings en veral die Engelsregtelike posisie gefokus het, dat daar nie ag geslaan is op die gemeenregtelike posisie in Suid-Afrika nie. Reeds vyftien jaar voor die Lansdown-kommissie se verslag uitgebring is, het die Transvaalse volbank in *Orkin Bros Ltd v Bell*[124] direkteure van 'n maatskappy persoonlik aanspreeklik gestel vir skulde wat hulle maatskappy in die loop van die bedrieglike dryf van besigheid opgeloop het.[125] Indien die kommissie wel die bestaan van die gemeenregtelike remedies verreken het, sou 'n verwysing na die samehang tussen die voorgestelde statutêre en die bestaande gemeenregtelike remedie verwag kon word. Dit ontbreek egter. Die vermoede dat die gemeenregtelike posisie nie na behore verreken is nie, word versterk deur die parlementêre kommentaar oor die betrokke artikel in die voorgestelde wysigingswet. In sy inleidende toespraak het

van Hoofstuk 3.

121 *Verslag van die Maatskappywetkommissie* UG 45 [1936] par 139: "Artikel 185 van die Maatskappywet, 1926, bepaal dat as 'n direkteur, bestuurder, sekretaris, of ander beampte van 'n maatskappy, wat kragtens die Wet gelikwideer word of gelikwideer is en nie in staat is of was om al sy skulde te betaal nie, 'n daad gepleeg of versuim begaan het in verband met enige bate, boeke of stukke of besigheid of aangeleenthede van die maatskappy, wat 'n oortreding ingevolge die wet op insolvensie sou uitgemaak het as dit begaan was deur 'n persoon wie se boedel gesekwestreer is, in verband met enige bate, boeke of stukke, besigheid of aangeleenthede van homself of sy boedel, dan is daardie direkteur, bestuurder, sekretaris of ander beampte skuldig aan sodanige oortreding en strafbaar met die strawwe wat daarvoor voorgeskryf is. Dit sal opgemerk word dat daar slegs kriminele aanspreeklikheid is."

122 *Verslag van die Maatskappywetkommissie* UG 45 [1936] par 140 en 141.

123 Op grond van hierdie aanbeveling het die kommissie die volgende artikel in a 86 van hulle konsepwet verwoord: "185*bis*. (1) Indien in die loop van 'n likwidasie van 'n maatskappy blyk dat besigheid van die maatskappy gedryf is met die voorneme om skuldeisers van die maatskappy of skuldeisers van 'n ander persoon te bedrieg, of met enige frauduleuse doel, kan die hof op applikasie van die Meester of die likwidateur of 'n skuldeiser of kontribuant van die maatskappy, as hy dit reg ag om sulks te doen, beslis dat enigeen van die direkteure van die maatskappy, hetsy gewese of teenwoordige, wat wetens medepligtig was daaraan dat die besigheid op die voormelde wyse gedryf is, persoonlik verantwoordelik is sonder beperking van aanspreeklikheid vir alle of sommige van die skulde of ander laste van die maatskappy, soas die hof mag beveel."

124 1921 TPA 92. Sien die bespreking van die uitspraak in par 4.3.1 van Hoofstuk 3.

die destydse Minister van Justisie, genl Jan Smuts, hom soos volg daaroor uitgelaat:[126]

> "Then directors are made liable for fraudulent trading just as ordinary debtors are made liable for fraudulent trading. So far it has been merely a criminal liability, but we are now extending the provision of the law so that in case of fraudulent trading directors shall be liable civilly also for what they have done."

Hierdie uiteensetting was nie korrek in die mate wat dit geïmpliseer het dat die Suid-Afrikaanse gemenereg in daardie stadium nie reeds voorsiening gemaak het vir die persoonlike aanspreeklikheid van direkteure in sodanige omstandighede nie.

Die Maatskappy-wysigingswet 23 van 1939 is deur die Parlement gepromulgeer en sodoende is die bepalings rakende die bedrieglike dryf van besigheid in die Maatskappywet 46 van 1926 ingevoer as artikel 185*bis*:[127]

> "(1) Indien in die loop van 'n likwidasie van 'n maatskappy blyk dat besigheid van die maatskappy gedryf is met die voorneme om skuldeisers van die maatskappy of skuldeisers van 'n ander persoon te bedrieg, of met enige frauduleuse doel, kan die hof op applikasie van die Meester of die likwidateur of 'n skuldeiser of kontribuant van die maatskappy, as hy dit reg ag om sulks te doen, beslis dat enigeen van die direkteure van die maatskappy, hetsy gewese of teenwoordige, wat wetens medepligtig was daaraan dat die besigheid op die voormelde wyse gedryf is, persoonlik verantwoordelik is sonder beperking van aanspreeklikheid vir alle of sommige van die skulde of ander laste van die maatskappy, soas die Hof mag beveel."[128]

3.1.2 Die Millin-kommissie

In 1952[129] is enkele wysigings op aanbeveling van die Millin-kommissie aan die bepaling aangebring.[130] In ooreenstemming met die Engelsregtelike ontwikkelinge en die aanbevelings van die Cohen-komitee,[131] is die bepaling uitgebrei om ook ander persone buiten die direkteure aanspreeklik te stel.[132] Die

---

125 Sien par 4.3.1 van Hoofstuk 3.

126 *Debatte van die Volksraad* [3 Februarie 1939 - 31 Maart 1939] kol 1638.

127 A 102 van die Maatskappy-wysigingswet 23 van 1939.

128 A 185(*bis*)(4) het aan die hof die bevoegdheid verleen om 'n persoon wat strafregtelik of persoonlik ingevolge die bepaling aanspreeklik bevind is, op voorwaardes wat die hof goedvind van deelname aan die bestuur van 'n maatskappy te diskwalifiseer.

129 A 106 van die Wysigingswet op Maatskappye 46 van 1952.

130 *Verslag van die Kommissie van Ondersoek insake die wysiging van die Maatskappywet* UG 69 [1948].

131 *Report of the Committee on Company Law Amendment* Cmd 6659 [1945].

132 A 106(a) van die Wysigingswet op Maatskappye 46 van 1952.

strawwe wat ten aansien van die misdryf opgelê kon word, is ook verhoog.[133] Verder is die trefwydte van die artikel vergroot, deurdat die vereiste dat die feite tydens likwidasie moet blyk, uitgebrei is om ook feite wat in die loop van die geregtelike bestuur van 'n maatskappy na vore kom, in te sluit.

3.1.3 Die Van Wyk de Vries-kommissie

Die Van Wyk de Vries-kommissie[134] het ook in hulle hersiening van die Suid-Afrikaanse maatskappyereg aandag aan hierdie bepaling geskenk.

Getuienis is voor die kommissie gelê wat daarop gedui het dat groep artikels, waarvan die bepaling 'n deel gevorm het, so problematies in die praktyk was, dat hulle nie effektief benut kon word nie.[135] Die kommissie het 'n aantal voorstelle ontvang wat daarop gerig was om die effektiwiteit van die bepaling te verhoog.

Daar is byvoorbeeld voorgestel die Engelse Jenkins-komitee se aanbevelings[136] nagevolg moes word deur die bepaling uit te brei om ook die roekelose of grofnalatige dryf van besigheid te omvat.[137] Daar is ook aan die hand gedoen dat die artikel spesifiek die dryf van besigheid in insolvente omstandighede en die dryf van besigheid terwyl die laste die waarde van die bates oorskry, moes insluit.[138] Terwyl die voorstel rakende die roekelose dryf van besigheid aanvaar is, het die kommissie die ander aanbeveling van die hand gewys. Die kommissie het daarop gewys dat geargumenteer kan word dat insolvente handeldrywing en handeldrywing terwyl die laste die bates oorskry, sonder uitsondering elemente sal wees van die misdryf ten aansien van die oploop van skulde sonder 'n redelike verwagting om dit te kan terugbetaal en dat die roekelose dryf van besigheid laasgenoemde misdryf sal insluit.[139] Die kommissie het derhalwe volstaan met die aanbeveling dat die artikel uitgebrei moet word om die roekelose dryf van besigheid te ondervang.[140]

Die kommissie het ook die praktiese toepassing van die bepaling ondersoek en bevind dat nóg die Meester, nóg 'n skuldeiser of aandeelhouer effektief in staat is

133 A 106(c) van die Wysigingswet op Maatskappye 46 van 1952.

134 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 [1970].

135 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 [1970] par 44.23; 44.27.

136 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962]. Sien par 2.3.1 van hierdie hoofstuk vir 'n bespreking van hierdie aanbevelings.

137 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 [1970] par 44.24.

138 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 [1970] par 44.24.

139 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 [1970] par 44.24.

om die aanspreeklikheid kragtens die bepaling af te dwing.[141] Sonder om daaroor uit te wy, het die kommissie bevind dat posisie van die Meester nie vergelyk kan word met die posisie van die toenmalige Britse *Board of Trade* nie en dat hy gevolglik nie die aanspreeklikheid effektief kan afwing nie. Skuldeisers en aandeelhouers beskik, aan die ander kant, gewoonlik nie oor voldoende inligting om die nodige aansoek te bring nie. Gevolglik rus die *onus* op die likwidateur om die moontlikheid van persoonlike aanspreeklikheid namens die skuldeisers te ondersoek en verslag daaroor te doen.[142]

Die kommissie het ook aandag geskenk aan die invloed van skikkings op persoonlike aanspreeklikheid wat uit die bepaling voortvloei. Die kommissie het kennis geneem dat skikkings en reëlings met skuldeisers op groot skaal gebruik word om aan persoonlike aanspreeklikheid kragtens die bepaling te ontkom.[143] Die bepaling was alleen van toepassing wanneer 'n maatskappy gelikwideer of onderworpe was aan 'n geregtelike bestuursbevel. 'n Skikking of reëling het tot gevolg gehad dat sodanige aanspreeklikheid verval het, ondermeer omdat die gepaardgaande opheffing van die likwidasiebevel of geregtelike bestuursbevel die betrokke handelinge buite die kader van die bepaling verwyder het.[144]

Ten einde die geïdentifiseerde probleme aan te spreek, het die kommissie aanbeveel dat 'n uitdruklike plig op die likwidateur en geregtelike bestuurder geplaas moet word om ondersoek in te stel na en verslag te doen oor die moontlike persoonlike aanspreeklikheid van die direkteure en om geregtelike stappe ingevolge die betrokke bepalings in te stel.[145] Die kommissie het voorts aanbeveel dat die hof by goedkeuring van 'n skikking of reëling nie 'n likwidasie- of geregtelike bestuursbevel moet ophef nie, tensy die likwidateur of geregtelike bestuurder verslag gedoen het oor die moontlike persoonlike aanspreeklikheid van die direkteure en dat sodanige aanspreeklikheid nie geraak sal word deur die skikking of reëling nie.[146] Die eerste gedeelte van laasgenoemde aanbeveling is vervat in artikel 311 van die konsepwet wat die Kommissie voorgestel het.[147] Die tweede gedeelte van die aanbeveling, naamlik dat die aanspreeklikheid nie

140 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 [1970] par 44.25.

141 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 [1970] par 44.26-27.

142 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 [1970] par 44.27.

143 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 [1970] par 44.26.

144 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 [1970] par 44.26.

145 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 [1970] par 44.28.

146 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 [1970] par 44.26. Sien in die alg De la Rey *Skikkings in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg* LLD UP [1983] 377.

147 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Aanvullende verslag* RP 31 [1972]. Die voorgestelde artikel het egter nie die verwysing na die geregtelike bestuursbevel bevat nie,

geraak sou word deur 'n reëling of skikking nie, het egter glad nie in die konsepartikel verskyn nie.[148]

Hoewel die Kommissie geen uitdruklike aanbeveling daaroor gemaak het nie, het die konsepartikel rakende die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid die streng vereiste dat die betrokke feite tydens likwidasie of geregtelike bestuur moes blyk, laat vaar. Hierdie uitbreiding is bewerkstellig deur die invoeging van die frase "of andersins" in die frase "hetsy in 'n likwidasie, geregtelike bestuur of andersins".[149] Die bepaling verskyn egter steeds in die hoofstuk van die Maatskappywet wat met likwidasies handel. In die Engelse reg het die *House of Lords* die plasing en konteks van die artikel in aanmerking geneem toe hulle in *DPP v Schildkamp*[150] bevind het dat die bepaling slegs aanwending kan vind waar die feite tydens likwidasie blyk. Die plasing van die Suid-Afrikaanse bepaling laat dus ruimte vir 'n argument dat die bepaling nog steeds aan likwidasie, geregtelike bestuur en verwante gevalle gekoppel is.[151]

Hoewel die Kommissie se konsepwet nie in alle opsigte met die Kommissie se aanbevelings gestrook het nie, het dit as basis van die daaropvolgende maatskappyregtelike hervorming gedien. Die konsepwet is in wese gepromulgeer as die Maatskappywet 61 van 1973 en die betrokke bepaling verskyn tans as artikel 424 in die Maatskappywet.

3.1.4 Artikel 424

Die kernbepaling van artikel 424 lui soos volg:

> "Wanneer dit blyk, hetsy in likwidasie, geregtelike bestuur of andersins, dat enige besigheid van die maatskappy roekeloos of met die opset om skuldeisers van die maatskappy of skuldeisers van 'n ander persoon te bedrieg, of met 'n bedrieglike oogmerk gedryf is of gedryf word, kan die Hof, op aansoek van die Meester, die

aangesien dit ondervang is in a 439.

148 Hierdie weglating word nie in die verslag verduidelik nie. Sien Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Aanvullende verslag* RP 31 [1972] 253-254.

149 Vgl *Philotex (Pty) Ltd v Snyman, Textilaties (Pty) Ltd v Snyman* 1994 1 SA 710 (T) 713H-I: "Though the fact of reckless trading may come to light during the winding-up or judicial management process, it is not a prerequisite for the applicability of the section that that process should exist, though it will be so in most cases. The section uses the words 'or otherwise' as well." Vir kritiek tav die vaagheid van die huidige formulering, sien Du Plessis "Direkteure se pligte teenoor partye anders as die maatskappy" 1992 *De Jure* 378 390.

150 *DPP v Schildkamp* 1971 AC 1. Sien die bespreking van hierdie uitspraak in par 2.2.10 van hierdie hoofstuk.

151 Sien tav soortgelyke kritiek op die Ierse eweknie van die bepaling [a 297 van die Ierse *Companies Act* 1963] Duffy "Fraudulent trading and the decision in O'Keeffe v Ferris" 1994 *Commercial Law Practitioner* 255. Sien ook die bespreking in par 3.4 van Hoofstuk 5.

> likwidateur, die geregtelike bestuurder, 'n skuldeiser of lid of kontribuant van die maatskappy, verklaar dat 'n persoon wat wetens 'n party was by die dryf van die besigheid op die voormelde wyse, persoonlik verantwoordelik is, sonder beperking van aanspreeklikheid, vir al of enige van die skulde of ander verpligtinge van die maatskappy soos die Hof gelas."

Die ander subartikels van artikel 424 maak voorsiening vir die tipe bevele wat die hof kan verleen en vir die strafregtelike aanspreeklikheid vir 'n persoon wat hom skuldig maak aan die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid.

3.2 Die uitleg van die bepaling deur die Suid-Afrikaanse howe

Hoewel daar nie 'n groot aantal gerapporteerde uitsprake sedert 1939 oor die bepaling was nie, is daar voldoende uitsprake, ook Appèlhofuitsprake, wat die howe se benadering duidelik uitwys. Algemene indrukke wat blyk uit die uitsprake is dat Suid-Afrikaanse howe sterk aansluiting vind by Engelsregtelike gesag en dat die howe 'n wye uitleg van die bepaling ondersteun.

Die Engelsregtelike herkoms van die bepaling en die groot ooreenstemming in bewoording tussen die Suid-Afrikaanse en die Engelse bepaling, het teweeggebring dat die Engelsregtelike uitleg van die *fraudulent trading*-bepaling groot oortuigingskrag in die uitleg van sy Suid-Afrikaanse eweknie geniet.[152] Die insluiting van roekeloosheid in die bepaling het die Suid-Afrikaanse artikel op 'n eiesoortige ontwikkelingspad geplaas en gelei tot 'n afname in die belang van Engelsregtelike gesag. Leiding word egter nog steeds uit Engelse gesag geput ten aansien van die uitleg en toepassing van ooreenstemmende begrippe en frases.

Die Suid-Afrikaanse howe het al telkemale hulle bereidwilligheid getoon om 'n uitleg aan die bepaling te koppel wat die effektiwiteit daarvan te ondersteun.[153] In *Gordon and Rennie v Standard Merchant Bank Ltd*[154] het De Kock R hom soos volg uitgespreek:[155]

> "It seems to me ... that ... the section is deliberately phrased in wide terms so as to enable the Court to bring fraudulent, and now also reckless, persons to book and that the words of the section must be given their full width."[156]

---

152 Sien Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 15.

153 Sien *S v Goertz* 1980 1 SA 269 (K) 271F-H; *Gordon and Rennie v Standard Merchant Bank Ltd* 1984 2 SA 519 (K).

154 1984 2 SA 519 (K).

155 *Gordon and Rennie v Standard Merchant Bank Ltd* 1984 2 SA 519 (K) 527H. Harper *The liability of directors for fraudulent and/or reckless trading - section 424 of the Companies Act 61 of 1973* LLM UK [1993] 5-6.

156 Argumente dat die strafkarakter van die bepaling 'n restriktiewe uitleg verg, is verwerp op

Teen die agtergrond van hierdie breë waarnemings sal die uitleg van verskillende kernfrases en -begrippe van die bepaling deur die Suid-Afrikaanse howe vervolgens van nader beskou word.

3.2.1 Bedrieglike dryf van besigheid

Terwyl die term "bedrog" 'n spesifieke juridiese inhoud het, dra "bedrieglik" nie 'n bepaalde tegniese juridiese betekenis in die Suid-Afrikaanse reg nie.[157] Die begrip sluit nou aan by die misdryf "bedrog" en by "opsetlike wanvoorstelling" as delik. Sonder dat dit 'n element van die misdryf of delik uitmaak, beskryf dit die wese van die gewraakte optrede van 'n dader wat 'n ander opsetlik tot daardie persoon se nadeel mislei. Dit verwoord die misleidingselement, die oneerlikheid en die onderliggende bedoeling, hetsy direk of by implikasie, om te benadeel.

Die Suid-Afrikaanse howe het hulle in die uitleg van die frase grotendeels deur die Engelse uitsprake laat lei.[158] Veral Maugham J se uitsprake rakende die interpretasie van die frase het 'n belangrike aanknopingspunt vir die Suid-Afrikaanse howe gebied.[159] Hiervolgens omvat "bedrieglikheid" 'n element van daadwerklike oneerlikheid sowel as morele blaamwaardigheid. 'n Bedrieglike opset is subjektief en gevolglik moeilik bewysbaar. By gebrek aan 'n erkenning van die betrokke persoon, word die aanwesigheid van so 'n subjektiewe bedoeling gewoonlik uit die optrede van die persoon en die feite van die saak afgelei.[160] Die bewys dat skulde sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting opgeloop is, bied normaalweg gronde vir 'n afleiding dat 'n bedrieglike bedoeling aanwesig was. Indien die feite egter eweseer op 'n eerlike bedoeling kan dui, sal so 'n afleiding van bedrieglikheid egter nie geregverdig wees nie.[161] Hoewel geensins deurslaggewend nie, kan die aanwesigheid van 'n element van persoonlike selfverryking ten koste van maatskappyskuldeisers ook die vermoede

die basis dat die bewoording van die bepaling ondubbelsinnig is. Die Hof het ook daarop gewys dat die klem hedendaags eerder geplaas word op 'n uitleg wat die doelstellings van die bepaling bevorder. Sien in die alg *Gordon and Rennie v Standard Merchant Bank Ltd* 1984 2 SA 519 (K) 527H en 528A-B.

157 Sien Van der Westhuizen *Section 424 of the Companies Act, No 61 of 1973: civil liability of directors and others for fraudulent or reckless conduct of the business of a company* LLM UNISA [1994] 21-22.

158 Sien bv *R v Wax* 1957 4 SA 399 (K); *Dorklerk Investments (Pty) Ltd v Bhyat* 1980 1 SA 443 (W); *S v Harper* 1981 2 SA 676 (D); *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd* 1989 3 SA 71 (T) 103A-105D.

159 *Re William C Leitch Bros Ltd* 1932 2 Ch 71 77; *Re Patrick and Lyon Ltd* 1933 1 Ch 786 790. Sien parr 2.2.3 en 2.2.4 van hierdie hoofstuk vir 'n bespreking van lg uitsprake.

160 Sien tav die vasstelling van 'n persoon se kennis *Frankel Pollak Vinderine Inc v Stanton* 1996 2 All SA 582 (W) 598C-D.

161 Sien *Simon NO v Mitsui & Co Ltd* 1996 3 All SA 353 (W) 400H-401E.

van bedrieglike optrede versterk.[162]

Die beperkte aanwending wat die bepaling in die Engelse reg geniet, vind ook weerklank in Suid-Afrika.[163] Hoewel die bewoording van die bepaling wyd genoeg is en die dryf van besigheid vir enige bedrieglike doel omvat, word dit meerendeels toegepas ten aansien van die misleiding van skuldeisers weens die oploop van skulde sonder 'n eerlike terugbetalingsverwagting en verbandhoudende optrede.

3.2.2 Roekelose dryf van besigheid

Die kernprobleem in verband met die toepassing van die bepaling rakende die bedrieglike dryf van besigheid, is dat die vereiste opset om te bedrieg bewys moet word. 'n Bewering van bedrieglikheid kan gemaklik geneutraliseer word deur bloot aan te voer dat naïef, maar eerlik, geglo is dat die finansiële posisie van die maatskappy sou verbeter.[164] In die bespreking van die ontwikkeling van die Engelse bepaling is daarop gewys dat hierdie problematiek aanleiding gegee het tot die Jenkins-komitee se aanbeveling dat die bepaling uitgebrei moet word om ook die roekelose dryf van besigheid te omvat.

"Roekeloos" is egter 'n relatief vreemde begrip in die Suid-Afrikaanse reg. Die interpretasie daarvan deur die Suid-Afrikaanse howe was dus nie probleemvry nie. Ter inleiding van die bespreking rakende die interpretasie van die begrip word die geskiedenis van en motivering vir die invoering van die begrip kortliks bespreek.

3.2.2.1 GESKIEDENIS EN MOTIVERING

Die meeste Suid-Afrikaanse getuies wat voorleggings rakende hierdie bepaling aan die Van Wyk de Vries-kommissie gemaak het, het die aanbeveling van die Jenkins-komitee ten aansien van die roekelose dryf van besigheid ondersteun.[165] In hulle aanvaarding van die voorstel, het die kommissie die volgende

---

162 *Mafikeng Mail (Pty) Ltd v Centner (No 2)* 3 CLD 378 (W) 382: "Although by no means conclusive, a good indication of commercial fraud is the concomitant attempt at self-enrichment."

163 Sien par 2.2.2 van hierdie hoofstuk.

164 Sien *R v Grantham* 1984 3 All ER 166 169C-D en die bespreking in par 2.2.4 van hierdie hoofstuk.

165 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 [1970] par 44.24(b).

kommentaar gelewer:[166]

> "Ons is oortuig dat 'n hof, wanneer hy tot 'n beslissing met betrekking tot roekeloosheid kom, sal huiwer om die kennis wat hy agterna verwerf het in die plek te plaas van die vooruit beoordeling van die direkteure in gewone besigheidsaangeleenthede. Vir ons kom dit voor of die invoering van roekeloosheid ... in praktyk hoofsaaklik daarop sal neerkom dat die uiterste gevalle van blameerbaarheid in besigheidsaangeleenthede ... in die net betrek word. Die skeidslyn tussen roekeloosheid en bedrog in besigheidsaangeleenthede skyn dun te wees."[167]

Die voorstelle wat in hierdie verband aan die Van Wyk de Vries-kommissie gemaak is, het gehandel oor die uitbreiding van die bepaling ten einde die "roekelose" of "grof-nalatige" dryf van besigheid te omvat.[168] Roekeloosheid is 'n begrip wat nie 'n bekende juridiese inhoud in ons reg gehad het nie. "Growwe nalatigheid", aan die ander kant, was 'n begrip wat ingeburger was in ons reg.[169] Geen verklaring word egter in die verslag gebied waarom die kommissie die begrip "roekeloosheid" bo "growwe nalatigheid" gekies het nie.

Die keuse tussen die twee begrippe het ook in die Parlement ter sprake gekom. Tydens die parlementêre debat oor die voorgestelde Maatskappywet het LG Murray, 'n lid van die Volksraad, in 'n amendament voorgestel dat "roekeloos" met "op 'n grof nalatige wyse" vervang moes word.[170] Sy motivering vir die amendament was dat laasgenoemde begrip in 'n reeks sake omskryf en behandel is en maklik uitgedruk en begryp kan word vir sover dit die dryf van besigheid aanbetref. "Roekeloos", aan die ander kant, het die konnotasie van 'n motor wat roekeloos of nalatig bestuur word en is 'n minder gepaste term binne maatskappyverband.

In sy antwoord op die amendament, het die Minister van Ekonomiese Sake breedvoerig uit die aanbevelings van die Nasionale Raad van Geoktrooieerde Rekenmeesters aangehaal.[171] Hierdie liggaam het, net soos hulle eweknie in Engeland,[172] klaarblyklik deurslaggewende voorleggings rakende die invoering van die verbod op die roekelose dryf van besigheid gemaak. Dit blyk uit die Minister se aanhaling dat die Raad begaan was oor die effektiwiteit van die bepalings rakende 'n ouditeur se aanmeldingsplig ten aansien van wesenlike

166 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 [1970] par 44.25(c).

167 Die Engelse teks van die laaste sinsnede lui: "[T]he dividing line between *gross* recklessness and fraud in business matters seems to be tenuous." [eie kursivering].

168 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 [1970] par 44.24(b).

169 Sien bv *S v Van Zyl* 1969 1 SA 553 (A).

170 *Debatte van die Volksraad* [14-18 Mei 1973] kol 6895.

171 *Debatte van die Volksraad* [14-18 Mei 1973] kol 6896-6897.

172 Sien par 2.3.1 van hierdie hoofstuk.

onreëlmatighede. Hierdie plig word later in groter besonderhede bespreek.[173] In die mate wat dit vir die bespreking van hulle voorlegging van belang is, word die belangrikste aspekte van hierdie aanmeldingsplig kortliks uitgelig.

Die Raad het daarop gewys dat 'n ouditeur statutêr verplig is om die direksie van 'n maatskappy se aandag daarop te vestig, indien hy van oordeel is dat die maatskappy skulde oploop sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting.[174] Die dryf van besigheid onder sodanige omstandighede, is vervolg, stel 'n wesenlike onreëlmatigheid ingevolge die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 51 van 1951[175] daar. Wanneer die ouditeur die feit onder die aandag van die direksie bring, versoek hy hulle ook om onmiddellik remediërende stappe te neem. Regstelling geskied in hoofsaak deur die verbetering van die finansiële posisie van die maatskappy. Indien die stappe nie geneem word nie, doen die ouditeur verslag aan die Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs Raad. Die aanbeveling vervolg dan verder:

> "It is submitted ... that when these steps have been taken and the directors fail to remedy the situation, they are conducting the business recklessly and steps should be taken to prevent them from doing so ... The introduction of the word "reckless" is therefore essential to enable the Public Accountants' and Auditors' Board to take the steps which were envisaged when section 26(3) of the Public Accountants' and Auditors' Act was enacted."

In bogenoemde omstandighede, het die Minister gesê, is die term growwe nalatigheid meer onvanpas as roekeloos. Sodanige direkteure se versuim om remediërende stappe te neem, kan nie as 'n vorm van nalatigheid bestempel word nie.[176] Weens die Minister se verduideling is die amendament teruggetrek.[177]

Hoewel bogenoemde 'n goeie verklaring bied waarom die wetgewer uiteindelik "roekeloos" bo "grof-nalatig" verkies het, plaas dit 'n interessante vraagteken oor die beginselbegronding van die werklike motivering agter die invoering van die

---

173 Sien die bespreking van die rapporteringsverpligting later in par 3.8 van hierdie hoofstuk.

174 Sien par 4.3 van Hoofstuk 2 en par 3.5.1 van Hoofstuk 3 vir 'n bespreking van die tersaaklike misdrywe.

175 Sien a 26(3) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 51 van 1951.

176 Sien ook *Debatte van die Volksraad* [14-18 Mei 1973] kol 6898: "In die omstandighede in die stuk wat ek aan u voorgelees het, sal 'n mens nie growwe nalatigheid kan bewys nie. Dit is iets anders. 'Roekeloos' is meer gepas." Die Minister se kommentaar was duidelik nie juridies begrond nie. Dit word egter nie hier aangehaal vanweë die juridiese sinvolheid daarvan nie, maar bloot om die belangrikste gedagtestrominge wat die invoering van "roekeloosheid" in die bepaling onderlê het, uit te lig.

177 *Debatte van die Volksraad* [14-18 Mei 1973] kol 6898. In sy afsluiting het LG Murray egter die kommentaar gelewer dat eerlike direkteure wat nie onmiddelik die aanbevelings van die ouditeur implementeer nie, moontlik nalatig optree en nog nie roekeloos nie, met die gevolg dat hulle nie aanspreeklik gehou sal kan word ingevolge die bepaling nie. Sien *Debatte van die Volksraad* [14-18 Mei 1973] kol 6898.

begrip. Indien die feite van die probleemsituasie wat deur die Nasionale Raad van Geoktrooieerde Rekenmeesters geskets is van nader beskou word, blyk dit dat die direkteure se optrede in daardie omstandighede nie noodwendig as die nalatige of grof-nalatige dryf van besigheid bestempel kan word nie, maar eerder as die bedrieglike dryf van besigheid. Die direkteure gaan in daardie gevalle onverstoord voort met die dryf van besigheid en die oploop van skulde ondanks die feit dat die maatskappy se ouditeur hulle daarop gewys het dat hulle geen redelike verwagting meer kan koester dat die skulde terugbetaal kan word nie. Opset, minstens in die vorm van *dolus eventualis*, sal teenwoordig wees, behalwe in die uitsonderingsgevalle waar die direkteure kan aantoon dat hulle nogtans eerlik geglo het dat die skulde betaal sal kan word, ongeag 'n kundige se verslag tot die teendeel. Dit was dus streng gesproke nie nodig om die bepaling te verbreed deur die invoering van "roekeloosheid" ten einde die meeste gevalle waarna die Raad verwys het, statutêr te ondervang nie.

Ondanks die moontlike onsuiwerheid van die werklike motivering vir die verbreding van die bewoording, het "roekeloosheid" wel 'n integrale deel van die artikel geword. Die uitleg wat die Suid-Afrikaanse howe aan die term gekoppel het, word vervolgens bespreek.

3.2.2.2. ALGEMENE BETEKENIS VAN "ROEKELOOS"

In die eerste gerapporteerde uitspraak waar gehandel is met die uitleg van "roekeloos" binne die konteks van die dryf van besigheid, *S v Parsons*,[178] is geensins verwys na die geskiedenis of motivering vir die invoering van die nuwe begrip nie.[179] Daar is bloot aansluiting gevind by Engelse gewysdes, die algemene betekenis van die begrip,[180] en die Appèlhof se uitleg daarvan in *S v*

178 1980 2 SA 397 (D).

179 Die konserwatiewe benadering dat verslae en parlementêre debatte nie in ag geneem mag word vir doeleindes van wetsuitleg nie, het waarskynlik bygedra tot die gebrek aan verwysing na die geskiedenis van die bepaling in die argumente voor die Hof. Sien in die alg *Mathiba v Moschke* 1920 AA 311; *Hopkinson v Bloemfontein District Creamery* 1966 1 SA 159 (O). Daar is tans 'n denkskool wat sterk ten gunste van die gebruik van sodanige materiaal is. Hierdie skool van denke meen dat die oorsprong en geskiedenis van 'n wetsbepaling 'n belangrike hulpmiddel is om die doel van die bepaling vas te stel. Vir 'n uiteensetting van die onderskeie standpunte en internasionale ontwikkelings op die gebied, sien Labuschagne "Die rol van voorafgaande ondersoeke en beraadslagings by wetsuitleg" 1987 *SAPR* 89; Labuschagne "Gebruik van Hansards by wetsuitleg" 1994 *SAPR* 464.

180 Die alg betekenis van "roekeloos" is "onverskillig", "onbesonne", "sonder bekommernis oor die gevolge van jou dade" of "sonder om op die gevaar te let". Sien in die alg Allen *The pocket Oxford dictionary* [1984] - "reckless ... regardless of consequences or danger etc., rash." *S v Van Zyl* 1969 1 SA 553 (A) 558B: "In die woordeboeke word aan die woord "roekeloos" betekenisse toegeskryf wat verskillende grade van onvoorsigtigheid uitdruk, soos sonder sorg, sonder sorg met betrekking tot gevolge of gevaar, onverskillig vir

Van Zyl.[181]

Die uitspraak in *S v Van Zyl*[182] het gehandel oor die uitleg van "roekeloos" in 'n artikel van die Kaapse Ordonnansie op Padverkeer wat die roekelose of nalatige bestuur van 'n voertuig tot misdryf verklaar het.[183] Die Appèlhof het in hierdie uitspraak bevind dat die gewone betekenis van "roekeloosheid" growwe sowel as bewuste nalatigheid insluit.[184] Growwe nalatigheid is 'n ernstige vorm van nalatigheid. Dit is dus 'n vorm van nalatigheid in die oortreffende trap.[185] Bewuste nalatigheid, aan die ander kant, is waar 'n persoon die moontlike gevolg van sy optrede voorsien, maar dan onredelikerwys tot die gevolgtrekking kom dat die gevolg nie sal intree nie.[186]

Dieselfde uitleg van "roekeloosheid" in hierdie konteks is nagevolg in *S v Goertz*.[187] In die loop van sy uitspraak in *S v Goertz*[188] het Fagan R verklaar:

> Proof of gross negligence is sufficient to obtain a conviction. I leave open the question as to whether lesser negligence could amount to recklessness in terms of

---

gevaar, nie op gevaar lettende, onbesonne, baie onbesonne, onberade. Vir die ooreenstemmende woord in die Engelse teks, 'recklessly', word naas 'in a reckless manner', die betekenis aangegee van 'without regard to consequences, rashly', terwyl 'reckless' sou beteken 'careless, heedless, lacking in prudence or caution, characterised or distinguished by heedless rashness', en ook 'destitute of heed or concern for consequences, foolishly heedless of danger, headlong, rash, not caring or noting, neglectful, indifferent."

181 1969 1 SA 553 (A).

182 1969 1 SA 553 (A).

183 A 138 van die Kaapse Ordonnansie op Padverkeer 21 van 1966. Hoewel die artikel ook 'n spesifieke betekenis aan "roekeloos" toegedig het, het dit uitdruklik verklaar dat hierdie definisie nie die gewone betekenis van "roekeloos" in die artikel beperk het nie.

184 1969 1 SA 553 (A). Sien *S v Jan S Marais* SS75/1994 17 Julie 1995 (K) ongerapporteer 74-75; Du Plessis "Direkteure se pligte teenoor partye anders as die maatskappy" 1992 *De Jure* 378 391; Smukler "Theft by corporate controllers" deel 2 1995 *SA Merc LJ* 380 394.

185 *S v Smith* 1973 3 SA 217 (T) 219A-C: "Growwe nalatigheid is nalatigheid van 'n baie ernstige aard of dit kan beskou word as 'n besondere hoë graad van nalatigheid." Sien ook *S v Dhlamini* 1988 2 SA 302 (A) 308D-E: "Gross negligence in our common law, both criminal and civil, connotes a particular attitude or state of mind characterised by an entire failure to give consideration to the consequences of one's actions, in other words, an attitude of reckless disregard of such consequences."

186 Dit verskil van opset in die vorm van *dolus eventualis*, aangesien die dader hom in lg geval met die moontlike gevolg versoen. Versoening met die gevolg is egter afwesig by bewuste nalatigheid. Sien in die alg *S v Van Zyl* 1969 1 SA 553 (A) 557A-E; *S v Ngubane* 1983 3 SA 677 (A) 685A-G.

187 1980 1 SA 269 (K). Vir kritiek op hierdie benadering wat gegrond is op 'n meer Engelsregtelike interpretasie van die betekenis van "roekeloosheid", sien Williams "Liability for reckless trading by companies: the South African experience" 1984 *International and Comparative Law Quarterly* 684 690-698.

188 1980 1 SA 269 (K).

section 424(3)."[189]

Fagan R wou nie in die *Goertz*-uitspraak 'n mening uitspreek oor die vraag of gewone nalatigheid voldoende gronde sou bied vir 'n bevinding van roekeloosheid nie. Die gewone betekenis van "roekeloosheid" dui egter duidelik op nalatigheid in 'n oortreffende trap. Gewone nalatigheid kan dus nie geredelik daaronder tuisgebring word nie.[190]

3.2.2.3 MAATSTAF VIR BEPALING VAN ROEKELOOSHEID

Die maatstaf waaraan 'n persoon se optrede getoets moet word ten einde te bepaal of die persoon besigheid roekeloos bedryf het, is soos volg deur Van Deventer R in *Ozinsky v Lloyd*[191] saamgevat:[192]

> "The test to be applied is an objective one, namely the standard of care that would be observed by a reasonable businessman in conducting the company's business in similar circumstances."[193]

Persone wat betrokke raak by die dryf van besigheid waag hulle op 'n spesialiteitsterrein. Die objektiewe redelike man-toets ten aansien van nalatigheid[194] word gevolglik aangepas deur die optrede van die betrokke persoon te meet aan die optrede van 'n redelike besigheidspersoon met dieselfde kennis en ondervinding en wat in dieselfde posisie verkeer as die betrokke

189 *S v Goertz* 1980 1 SA 269 (K) 272A-B. Vir navolging van die uitspraak sien *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgenson, Fisheries Development Corporation of SA Ltd v AWJ Investments (Pty) Ltd (Fisheries Development Corporation v AWJ Investments)* 1980 4 SA 156 (T) 169A-C; 170A-E; *S v Harper* 1981 2 SA 676 (D) 681A-D; *Anderson v Dickson* 1985 1 SA 93 (N) 110G-H; *Cronje v Stone* 1985 3 SA 597 (T) 613H-J; 614A-H; *Food and Nutritional Products (Pty) Ltd v Neumann* 1986 3 SA 464 (W) 476E-F; *Ex parte Lebowa Development Corporation* 1989 3 SA 71 (T) 102G-104F en 111C-I; *Ozinsky v Lloyd* 1995 2 SA 915 (A) 923D-E.

190 Hyman wys daarop dat die wetgewer die term "nalatigheid" sou gebruik het, indien bedoel was dat gewone nalatigheid 'n voldoende skuldvorm sou wees. Hyman "Directors' liability for company's debts" 1980 *South African Company Law Journal* E-1. Lg mening is met goedkeuring aangehaal in *Fisheries Development Corporation v AWJ Investments* 1980 4 SA 157 (W). Sien ook *Food and Nutritional Products (Pty) Ltd v Neumann* 1986 3 SA 464 (W) 476F. Roekeloosheid moet duidelik onderskei word van *dolus eventualis* wat Engelsregtelik soms binne die konteks van bedrieglikheid as *recklessness* bestempel word. Sien *Ex parte Lebowa Development Corporation* 1989 3 SA 71 (T) 111H. Sien in die alg Flynn "A comparative study of statutory liability for culpable mismanagement" 1992 *TRW* 39 51-56.

191 1992 3 SA 396 (K).

192 *Ozinsky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K) 414B-C.

193 Vgl ook *S v Goertz* 1980 1 SA 269 (K) 272A: "What was required was proof that the appellant acted recklessly judged by the standards of reasonable businessmen. The test is an objective one, not a subjective one."

194 Sien par 3.1.3 van Hoofstuk 2.

persoon.[195]

Die persone wat meesal in die spervuur van die bepaling beland, is maatskappydirekteure. 'n Maatskappydirekteur het 'n plig tot sorg en vaardigheid jeens die maatskappy.[196] Die maatstaf om te bepaal of 'n maatskappydirekteur hierdie plig behoorlik vervul het, is ook 'n subjektief-objektiewe toets: die direkteur se optrede word gemeet aan die hand van 'n redelike direkteur met dieselfde kennis en ondervinding en wat in dieselfde posisie is, as die direkteur wie se optrede ondersoek word.[197] Dit is duidelik dat die maatstaf wat gebruik word om 'n direkteur se nalatigheid teenoor die maatskappy te bepaal en die maatstaf waarvolgens bepaal word of hy die besigheid van die maatskappy roekeloos bedryf het, in beginsel dieselfde is. Sorg moet egter gedra word om nie 'n direkteur se verbreking van trou of sy verbreking van sy plig tot sorg en vaardigheid met die roekelose dryf van besigheid te verwar nie. Dit kan oorvleuel, maar oorvleueling vind nie noodwendig plaas nie. 'n Enkele direkteur kan byvoorbeeld sy plig tot sorg en vaardigheid skend deur 'n nalatige en ondeurdagte aanbeveling aan die direksie te maak. Die direksie kan egter die aanbeveling van die hand wys. In so 'n geval is daar geen sprake van roekelose dryf van besigheid nie.

Wanneer die maatstaf geformuleer word vir toepassing op 'n spesifieke feitestel, behoort 'n verskeidenheid van elemente en kriteria verreken te word. Die posisie en pligte van die betrokke persoon in die onderneming moet byvoorbeeld verreken word.[198] Alle aspekte wat eie is aan die onderneming moet ook in ag geneem word. In *Ozinsky v Lloyd*[199] is die volgende elemente as voorbeelde uitgelig:[200]

> "... [T]he scope of its business operations, its assets and liabilities, working capital,

---

195 *Cronje v Stone* 1985 3 SA 597 (T).

196 Sien par 3.4.4 van Hoofstuk 3.

197 *Fisheries Development Corporation v AWJ Investments* 1980 4 SA 156 (T) 165F-G. Sien ook *Cronje v Stone* 1985 3 SA 597 (T); McLennan "Duties of care and skill of company directors and their liability for negligence" 1996 *SA Merc LJ* 94.

198 Die sorgpligte van 'n spesifieke direkteur hang egter nou saam met daardie direkteur se posisie binne die maatskappy, die pligte aan hom opgedra, sy toegang tot inligting ens. Sien *Fisheries Development Corporation v AWJ Investments* 1980 4 SA 156 (T) 165G-166B. Daar is geen beginselverskil tussen die sorgpligte van 'n uitvoerende direkteur en 'n nie-uitvoerende direkteur nie [*Howard v Herrigel* 1991 2 SA 660 (A) 628D-E]. Prakties word die verskil egter verreken, aangesien hulle pligte en die verwagting van hulle optrede verskil. Gevolglik sal 'n uitvoerende direkteur makliker sy plig tot sorg en vaardigheid kan versuim as 'n nie-uitvoerende direkteur. Sien in die alg Dillon *The non-executive director in modern company law* LLM UNISA [1986].

199 1992 3 SA 396 (K).

200 *Ozinsky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K) 414D.

> cash flow, access to capital and the prospects of payment when particular debts were incurred."

In die toepassing van die toets moet egter streng gewaak word dat optrede nie *ex post facto* gemeet word met die voordeel van kennis van die gevolge daarvan in gedagte nie.[201]

Die roekelose dryf van besigheid is 'n vae begrip, aangesien dit nie die inhoud van die term is wat die deurslag gee nie, maar die soepel maatstaf wat hierbo bespreek is. In die algemeen egter is roekeloosheid onagsame of ondeurdagte optrede van 'n ernstige graad.[202] Oordeelsfoute of navolging van swak professionele advies word gewoonlik nie as roekeloos aangemerk nie.[203] Met betrekking tot oordeelsfoute het Van Schalkwyk R tereg in *Mafikeng Mail (Pty) Ltd v Centner (No 2)*[204] opgemerk:[205]

> "An error of judgement may not even amount to negligence for business decisions, involving as they do the risk of an unknown future, will sometimes be wrong even if taken by the most circumspect manager."

In die *Mafikeng Mail*-beslissing het Van Schalkwyk R van die standpunt uitgegaan dat besigheidshandelinge en veral 'n besigheidsoordeel normaalweg as roekeloos bestempel kan word as daar nie 'n element van oorweging van optrede teenwoordig was nie:[206]

> "Recklessness is not an error of judgment, nor even a gross error of judgement for, provided the defendant has an explanation which shows that he was confronted by a choice, and that thought and reflection went into the decision taken, the decision cannot be characterised as reckless if it turns out to be wrong."

Risiko is inherent aan die sakemilieu. 'n Weldeurdagte besluit kan weens eksterne faktore 'n suksesvolle of rampspoedige gevolg hê.[207] Die kwaliteit van die besluit en optrede kan dus nie aan die gevolge daarvan gemeet word nie.[208] 'n

---

201 *Ozinsky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K) 414F: "... [T]he Court should always be careful in adjudging conduct with the wisdom of hindsight."

202 Sien bv *Anderson v Dickson* 1985 (1) SA 93 (N) 110H; *Ozinsky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K) 413D-E. Sien ook *S v Dhlamini* 1988 2 SA 302 (A) 308D-E.

203 *Ozinsky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K) 413F-G.

204 3 CLD 378 (W).

205 *Mafikeng Mail (Pty) Ltd v Centner (No 2)* 3 CLD 378 (W) 383.

206 *Mafikeng Mail (Pty) Ltd v Centner (No 2)* 3 CLD 378 (W) 383: "Generally it may be said that business conduct is reckless where there is no plausible explanation for the conduct complained of." Dit blyk uit die konteks dat die regter hier nie *ex post facto* verontskuldigings in gedagte het nie, maar eerder optrede wat weldeurdag was, hoewel die gevolge nie die gewensde was nie.

207 Sien in die alg McLennan "Duties of care and skill of company directors and their liability for negligence" 1996 *SA Merc LJ* 94 95.

208 Die besluit en sy gevolge kan egter, weens praktiese faktore, nie geskei word nie. Die

Ondersoek rakende die redelikheid van die besluit moet dus fokus op die besluitnemingsfase. Die algemene strekking van die toets in die *Mafikeng Mail*-uitspraak word gevolglik ondersteun. Indien aandag geskenk is aan die besluit en daaroor besin is, sal die besluit gewoonlik nie as roekeloos bestempel kan word nie.[209] Die voorvereiste vir die korrektheid van hierdie toets bly natuurlik die redelikheid van die besinning en die besluit. As daar oor die besluit besin is maar die besinningsproses onredelik onvoldoende was en die uiteindelike keuse nie die keuse van 'n redelike sakeman onder soortgelyke omstandighede sou wees nie, sal die besluit, afhangend van die graad van afwyking van die redelikheidsmaatstaf, nogtans as nalatig of roekeloos aangemerk kan word.

Roekeloosheid verg 'n onagsaamheid ten aansien van sekere aspekte en sekere belange. Daar bestaan 'n standpunt dat die belange wat in die konteks van die roekelose dryf van besigheid ter sprake is, die belange van die maatskappy behels. In *Anderson v Dickson*[210] is hierdie standpunt soos volg onderskryf:[211]

> "It seems to me that the learned authors of Henochsberg *On the Companies Act* 3rd ed at 741 correctly submit 'that the carrying on of any business of a company recklessly means carrying it on by actions which evinces a lack of genuine concern for its prosperity.'"

Die suiwerheid van hierdie benadering kan egter bevraagteken word.[212] In vele gevalle waar skulde roekeloos opgeloop word, word 'n laaste finale risiko geneem in die onrealisties-optimistiese hoop dat dit sal slaag en die maatskappy uit die finansiële verknorsing sal red. So 'n risiko word juis in belang van die maatskappy geneem. Die feit dat dit in belang van die maatskappy is, beteken egter geensins dat die besigheid in sodanige omstandighede nie roekeloos gedryf word nie. Die

vraag rakende die kwaliteit van die besluit ontstaan in die meeste gevalle slegs weens die verliese wat daaruit voortvloei. 'n Roekelose besluit met suksesvolle gevolge, aan die ander kant, kom in die meeste gevalle slegs in dissiplinêre stappe ter sprake.

209 Vir ondersteuning van hierdie standpunt uit 'n ondernemingsbestuursoogpunt sien Louw *Die regsposisie van die maatskappydirekteur en die invloed daarvan op die uitoefening van sy bestuursfunksie in die onderneming* MCom RAU [1991] 78: "Uit 'n bestuursoogpunt kan 'n direkteur nooit nalatig wees as hy 'n berekende risiko neem nie, al is dit 'n baie hoë risiko." Sien ook Institute of Directors in Southern Africa *The King report on corporate governance* [1994] 9: "3.4 It seems to us that [a] director[s] should not be liable for a breach of the duty of care and skill if they have exercised a business judgment in good faith in a matter in which the undermentioned three criteria are satisfied, viz.: 3.4.1 that the decision is an informed one based on all the facts of the case; and 3.4.2 that the decision is a rational one; and 3.4.3 that there is no self-interest." Vir kommentaar, sien McLennan "Duties of care and skill of company directors and their liability for negligence" 1996 *SA Merc LJ* 94 99-100.

210 1985 1 SA 93 (N).

211 *Fisheries Development Corporation v AWJ Investments* 1980 4 SA 156 (T) 169H; 170A; *Ozinsky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K) 413D-E.

212 Vgl Williams "Liability for reckless trading by companies: the South African experience" 1984 *International and Comparative Law Quarterly* 684 696-698.

belange van die maatskappy en van die persone betrokke word in hierdie gevalle op 'n onaanvaarbare wyse bo die belange van die skuldeisers van die maatskappy gestel. Daar word dus aan die hand gedoen dat roekelose dryf van besigheid eerder 'n sorgeloosheid ten aansien van die belange van skuldeisers impliseer as 'n belangeloosheid ten aansien van die welstand van die maatskappy.

3.2.3 Die "dryf van besigheid"

Artikel 424 is van toepassing op gevalle waar die besigheid van 'n maatskappy roekeloos of bedrieglik "gedryf" word. Daar is reeds vroeër daarop gewys dat die Engelse howe bevind het dat "dryf" nie sinoniem met aktiewe handeldrywing is nie en gevolglik ook op transaksies tydens die likwidasieproses kan slaan.[213] Hierdie uitleg word, met respek, ondersteun en 'n soortgelyke uitleg kan deur die Suid-Afrikaanse howe verwag word.

'n Enkele transaksie wat roekeloos of bedrieglik gesluit word, kan ook die "dryf van besigheid" daarstel.[214] Hierdie aangeleentheid is spesifiek in *Gordon and Rennie v Standard Merchant Bank Ltd*[215] aangespreek. In hierdie geding is 'n eksepsie teen die aansoek ingevolge artikel 424 opgewerp, aangesien die aansoek gebaseer was op 'n enkele transaksie. De Kock R het die Engelsregtelike gesag in hierdie verband ontleed, onder andere *Re Gerald Cooper Chemicals* en *Re Sarflax Ltd*,[216] en die eksepsie verwerp. Hoewel "dryf van besigheid" gewoonlik verwys na 'n aantal transaksies, het die regter bevind dat artikel 424 bloot vereis dat "enige" besigheid van die maatskappy roekeloos of bedrieglik gedryf moet word. Die gebruik van die woord "enige" sowel as die bedoeling van die wetgewer met die bepaling, het die regter oortuig dat die artikel wel op 'n enkele transaksie van toepassing kan wees:[217]

> "The intention of the Act is plainly to render personally liable any person who is knowingly a party to the carrying on of *any* business of the company in a reckless or fraudulent manner... [T]here is no justification for thinking that Parliament intended to exclude from liability a director who has committed a massive fraud on a single occasion but to render liable a director who has stolen small amounts of money on a few occasions."

Die huidige regsposisie is gevolglik dat 'n enkele transaksie, hetsy dit deel

213 Sien par 2.2.5 van hierdie hoofstuk.

214 *S v Harper* 1981 2 SA 676 (D) 683D-E.

215 1984 2 519 (K). Harper *The liability of directors for fraudulent and/or reckless trading - section 424 of the Companies Act 61 of 1973* LLM UK [1993] 5-6.

216 Sien par 2.2.5 van hierdie hoofstuk vir 'n bespreking van die uitsprake.

217 *Gordon and Rennie v Standard Merchant Bank Ltd* 1984 2 519 (K) 528G-H.

uitmaak van 'n reeks transaksies al dan nie, artikel 424 kan aktiveer.[218] Hierdie uitleg van die bepaling word ondersteun. Afgesien van die onwenslikheid van die skuiwergat wat die teenoorgestelde uitleg sal open, word in oorweging gegee dat die uitleg van "dryf van besigheid" in hierdie konteks nie konserwatief ten aansien van maatskappye benader moet word nie. Anders as 'n natuurlike persoon is die maatskappy by uitstek 'n handelsentiteit wat primêr 'n bestaan voer ten einde besigheid te dryf. 'n Transaksie wat deur 'n maatskappy gesluit word, staan gevolglik gestempel binne hierdie bestaanskonteks van 'n maatskappy en sal dus die dryf van besigheid daarstel in omstandighede waar 'n soortgelyke transaksie wat deur 'n natuurlike persoon gesluit word, nie sondermeer as sodanig aangemerk kan word nie.

3.2.4 Die aanspreeklike partye

'n Persoon kan slegs aanspreeklikheid kragtens artikel 424 oploop, indien hy wetens 'n party tot die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid is of was.[219] "Wetens" is deur die Appèlhof uitgelê as "met kennis van die feite waarop 'n gevolgtrekking dat die besigheid roekeloos of bedrieglik gedryf word, gebaseer word".[220] Bewys word dus nie vereis dat die betrokke persoon inderwaarheid ook kennis gedra het van die regsimplikasies van daardie feite nie.[221] Daar word in oorweging gegee dat laasgenoemde benadering met omsigtigheid ten aansien van die bedrieglike dryf van besigheid toegepas moet word. Bedrog vereis opset en by gebrek aan bewyse of ruimte vir 'n geregverdigde afleiding dat die persoon die nodige gevolgtrekkings uit die feite gemaak het en hom met die bedrieglike aard van die handelinge versoen het, behoort 'n gevolgtrekking van deelname

---

218 *Gordon and Rennie v Standard Merchant Bank Ltd* 1984 2 519 (K) 528H; *Ex parte Lebowa Development Corporation* 1989 3 SA 71 (T) 110G-H.

219 *Ensor v Syfret's Trust and Executor Company (Natal) Ltd* 1976 3 SA 762 (D) 765A.

220 *Howard v Herrigel* 1991 2 SA 660 (A) 673I: "...[T]he applicant must prove, on a balance of probabilities, that the person sought to be held liable had knowledge of the facts from which the conclusion is properly to be drawn that the business of the company was or is being carried on recklessly or with intent to defraud ...". Sien ook *R v Thornton* 1960 3 SA 600 (A); *S v Parsons* 1980 2 SA 397 (D) 400G; *Fisheries Development Corporation v AWJ Investments* 1980 4 SA 156 (T) 169G; *S v Jan S Marais* SS75/1994 17 Julie 1995 (K) ongerapporteer 74; *Simon NO v Mitsui & Co Ltd* 1996 3 All SA 353 (W). Sien in die alg *Cronje v Stone* 1985 3 SA 597 (T) waar aanvanklik aan die hand gedoen is dat die verweerder roekeloos opgetree het omdat sy bewus moes gewees het van die wanbestuur van die maatskappy. Daar word, met respek, aan die hand gedoen dat die uitspraak korrek begrond was op haar ware kennis aangaande die maatskappy se sake en haar versuim om die nodige stappe te neem. (612I-J; 615D-E). Sien Luiz "Extending the liability of directors" 1988 *SALJ* 788 792 wat tot die gevolgtrekking kom dat die uitspraak gelewer is op grond van die kennis waaroor die verweerder moes beskik.

221 *Howard v Herrigel* 1991 2 SA 660 (A) 673I-J.

aan die bedrieglike dryf van besigheid nie te volg nie.[222] Persoon wat homself opsetlik blind hou vir die feite of vir die logiese implikasies van die feite, kan egter nie onkunde pleit nie.[223]

Dit is duidelik dat dit nie alleen positiewe stappe is wat 'n persoon aanspreeklikheid kan laat oploop nie. 'n Indien 'n persoon in beheer van 'n maatskappy versuim om op te tree waar daar 'n regsplig tot optrede op hom rus, kan sy versuim die basis van aanspreeklikheid vorm.[224] Die Appèlhof het dit soos volg uitgedruk in *Howard v Herrigel*:[225]

> "...[I]t follows that, when the person sought to be held liable under s 424(1) is a director, he may well be a 'party' to the reckless or fraudulent conduct of the company's business even in the absence of some positive steps by him in the carrying on of the company's business. His supine attitude may, I suppose, even amount to concurrence in that conduct. Whether such an inference could properly be drawn will depend upon the facts and circumstances of the particular case."

'n Nie-uitvoerende direkteur[226] is in *S v Jan S Marais*[227] juis strafregtelik aanspreeklik gehou op grond van sy versuim om in te gryp in die maatskappybestuur, nadat dit duidelik geword het dat die uitvoerende direkteure oneerlik was:[228]

> "For the accused to have allowed Fundstrust to simply trade as before, under the sole control of its dishonest executive directors is in the Court's view to have been party to the reckless carrying on of the business. The accused ought by 8 November 1991 to have taken steps to ensure that Fundstrust ceased operating until proper steps were taken to ensure that its operations were responsibly controlled ... As a director of Fundstrust the accused did nothing to stop the rot. He simply sat by and with the knowledge he had, he let the situation continue. In so doing he made himself a party to the business of the company being carried on recklessly."[229]

---

222 Sien ook die bespreking van die uitspraak in *Fourie v Braude* 1996 1 SA 610 (T) later in hierdie paragraaf.

223 *Frankel Pollak Vinderine Inc v Stanton* 1996 2 All SA 582 (W); *Simon NO v Mitsui & Co Ltd* 1996 3 All SA 353 (W) 401I-J.

224 Versuim van persone wat nie in beheer van die maatskappy is nie, sal, in die afwesigheid van 'n samespanningselement, nie geredelik tot aanspreeklikheid ingevolge a 424 kan lei nie. Sien *Powertech Industries Ltd v Mayberry* 1996 1 All SA 561 (W) 568B-569D.

225 1991 2 SA 660 (A) 674G-H.

226 Tav die regsposisie van die nie-uitvoerende direkteur sien *Howard v Herrigel* 1991 2 SA 660 (A). Sien ook Dillon *The non-executive director in modern company law* LLM UNISA [1986].

227 Ongerapporteer SS75/1994 17 Julie 1995 (K).

228 *S v Jan S Marais* SS75/1994 17 Julie 1995 (K) ongerapporteer 76.

229 In *S v Jan S Marais* SS75/1994 17 Julie 1995 (K) ongerapporteer 76 het Selikowitz R hom soos volg uitgespreek oor stappe wat die betrokke direkteur onder die omstandighede kon neem: "The accused was only one of three directors and had he acted responsibly he may nonetheless have been outvoted by the other people, had that happened he would have been able to resign forthwith." Daar word egter met respek aan die hand gedoen dat 'n

In *Fourie v Braude*[230] is onder andere aangevoer dat die direkteure van 'n maatskappy hulle skuldig gemaak het aan die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid. Hoewel aanvaar is dat die direkteure nie kennis gedra het van die gewraakte optrede nie, is aangevoer dat hulle roekeloos versuim het om die nodige inligting in te win. Ondanks die gebrek aan direkte kennis, is geargumenteer dat die direkteure aanspreeklik bevind moet word as partye tot die dryf van die besigheid op 'n roekelose of bedrieglike wyse. Van Dijkhorst R het onder andere bogenoemde passasie uit die *Herrigel*-beslissing aangehaal en vervolg:[231]

> "In my view the above quotation ... evidences that a director may well be regarded as a party to reckless or fraudulent conduct where he does nothing, provided his supine attitude can on the facts be interpreted as condonation of and concurrence in the conduct complained of."

Hierdie situasie, het die regter bevind, is vêr verwyder van die geval waar die betrokke direkteur hoegenaamd geen kennis dra van die gewraakte optrede nie.[232] Kennis waaroor die direkteur moes beskik het as hy sy verantwoordelikhede met ywer nagekom het, kan nie aan 'n direkteur toegereken word nie.

Waar 'n direkteur dus weens sy versuim om sy pligte na behore te vervul, geen kennis dra aangaande die gewraakte transaksies nie, kan hy nie aanspreeklikheid ingevolge artikel 424 oploop nie. Die direkteur sal in hierdie geval sy sorgsaamheidsverpligtinge teenoor die maatskappy verbreek, maar dit is duidelik dat slegs 'n geforseerde uitleg van die bewoording van artikel 424 daardie direkteur wetens 'n party sal maak tot die dryf van die besigheid op 'n wyse waarvan hy geen kennis gedra het nie. 'n Direkteur wat sy pligte roekeloos versuim en eerlik geen kennis dra van die maatskappy se sake nie, is gevolglik veiliger as 'n direkteur wat net sy pligte ten dele versuim en wel kennis dra van sekere transaksies en sekere handelinge.

Indien die aanhaling uit die Appèlhofuitspraak in die *Herrigel*-beslissing van nader beskou word, is dit duidelik dat die Appèlhof van mening is dat versuim tot

direkteur nie noodwendig aan verdere aanspreeklikheid kan ontkom, deur bloot te bedank nie. Bedanking behoort slegs 'n billike verweer onder hierdie omstandighede te wees, indien bedank is na alle ander redelike metodes om die maatskappy uit die hande van die mede-direkteure te red en die skuldeisers te beskerm, beproef is. Sien in hierdie verband par 2.4.5 van Hoofstuk 5 tav 'n soortgelyke verweer teen 'n beskuldiging van *wrongful trading*.

230 1996 1 SA 610 (T).

231 *Fourie v Braude* 1996 1 SA 610 (T) 614H.

232 *Fourie v Braude* 1996 1 SA 610 (T) 614I: "By knowledge I do not mean detailed knowledge but at least knowledge that something fishy is being perpetrated and the refusal or wilful neglect to make enquiries."

aanspreeklikheid kan lei **en** dat sodanige versuim selfs moontlik mag neerkom op goedkeuring van die optrede wat die direkteur versuim het om te verhoed. Volgens Van Dijkhorst R in die *Braude*-beslissing kan sodanige versuim tot aanspreeklikheid lei, **mits** die versuim geïnterpreteer kan word as 'n kondonasie van die gewraakte optrede. Wat die Appèlhof dus as 'n moontlikheid gepostuleer het, word deur Van Dijkhorst R as voorwaarde gestel.[233]

Daar word in oorweging gegee dat Van Dijkhorst R se interpretasie korrek is ten aansien van die bedrieglike dryf van besigheid. Dit sal nie regverdig wees om 'n direkteur aanspreeklik te stel op grond van die bedrieglike dryf van besigheid as hy nie kennis van die basiese feite gedra het en dit minstens op 'n wyse gekondoneer het nie. Bedrog vereis opset en 'n direkteur behoort nie weens blote nalatigheid aanspreeklikheid op te loop vir die bedrieglike dryf van besigheid nie. Daar word egter aan die hand gedoen dat die vereiste van kondonasie van optrede te streng is, wanneer deelname aan die roekelose dryf van besigheid beweer word. 'n Direkteur moet wel kennis dra van die betrokke feite alvorens hy aanspreeklikheid ingevolge die bepaling kan oploop. Kennis van die feite impliseer egter nie in alle gevalle kondonasie of toestemming tot die betrokke optrede nie. Die blaamwaardigheid van 'n direkteur kan juis geleë wees in sy versuim om redelike stappe te neem om optrede van werknemers of mede-direkteure wat hy afkeur, stop te sit.[234]

Die vereiste dat 'n persoon wetens moet deelneem aan die dryf van besigheid, bring teweeg dat 'n persoon nie middellike aanspreeklikheid ingevolge die bepaling kan oploop nie.[235] In *Ensor v Syfret's Trust and Executor Company (Natal) Ltd*[236] het Hefer R bevind dat die bewoording van die bepaling nie ruimte skep vir middellike aanspreeklikheid nie:

> "[I] can conceive of no reason whatsoever for extending the words used to cover other persons as well (other than persons who are knowingly parties to the fraud) ... It might be very reasonable and even desirable to extend their provision to such cases, but the Legislature has either overlooked them or advisedly not dealt with them ...".[237]

'n Persoon het nie noodwendig nodig om beheer oor 'n maatskappy uit te oefen

233 *Fourie v Braude* 1996 1 SA 610 (T) 614H.

234 Vgl bv *S v Jan S Marais* SS75/1994 17 Julie 1995 (K) ongerapporteer.

235 Sien *R v Smith* 1960 4 SA 364 (O); *Ensor v Syfret's Trust and Executor Company (Natal) Ltd* 1976 3 SA 762 (D); *Fisheries Development Corporation v AWJ Investments* 1980 4 SA 156 (W); *Anderson v Dickson* 1985 1 SA 93 (N). Sien in die alg Cassim "Fraudulent or 'reckless' trading and section 424 of the Companies Act" 1981 *SALJ* 162 168.

236 1976 3 SA 762 (D).

237 *Ensor v Syfret's Trust and Executor Company (Natal) Ltd* 1976 3 SA 762 (D) 766B-C. Hierdie standpunt van Hefer R is in daaropvolgende uitsprake ondersteun. Sien *Fisheries Development Corporation v AWJ Investments* 1980 4 SA 156 (W) 167F; *Anderson v*

ten einde te kwalifiseer as 'n party tot die dryf van besigheid van die maatskappy binne hierdie konteks nie. 'n Skuldeiser wat 'n maatskappy dwing om besigheid bedrieglik te dryf ten einde sy betrokke skuld te delg[238] of wat bedrieglik met die direkteure van 'n maatskappy saamspan om krediet vir die maatskappy te verkry,[239] kan byvoorbeeld kwalifiseer as 'n party tot die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid.[240] 'n Buitestander sal egter net aanspreeklikheid kan oploop, indien die persone in beheer van die maatskappy die besigheid in stryd met artikel 424 bedryf[241] of waar die persone in beheer as onskuldige werktuie van 'n bedrieglike buitestander optree.[242] 'n Element van samespanning, beïnvloeding of samewerking tussen die buitestander en die denksentrum van die maatskappy word dus benodig.[243]

Uitvoerende direkteure,[244] nie-uitvoerende direkteure,[245] regspersone[246] en

Dickson 1985 1 SA 93 (N) 110D-E.

238 Daar word nie vereis dat die persoon die besigheid van die maatskappy bedrieglik gedryf het nie, maar alleenlik dat hy 'n party tot die bedrieglike dryf van besigheid was. Sien*Re Gerald Cooper Chemicals* 1978 2 All ER 49; *Re Augustus Barnett* 1986 PCC 167.

239 *Fisheries Development Corporation v AWJ Investments* 1980 4 SA 156 (T) 168F-H; *Anderson v Dickson* 1985 1 SA 93 (N) 110D-E.

240 Sien ook *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments* 1992 2 SA 95 (W) 126C.

241 Sien *Re Augustus Barnett* 1986 PCC 167 tav die Engelsregtelike posisie.

242 *Ozinsky v Lloyd* 1995 2 SA 915 (A) 925C-D.

243 Sien in die alg *Powertech Industries Ltd v Mayberry* 1996 1 All SA 561 (W) 567J-568A: "A 'party' to the carrying on of a company's business is one who has joined with the company in a common pursuit. Generally this would include its directors and managers, all of whom are acting in common pursuit of the company's business." Sien ook *Ozinsky v Lloyd* 1995 2 SA 915 (A) 925C-D; *Simon NO v Mitsui & Co Ltd* 1996 3 All SA 353 (W) 401G.

244 Vgl *R v Wax* 1957 4 SA 399 (K); *S v Goertz* 1980 1 SA 269 (K); *Joh-Air (Pty) Ltd v Rudman* 1980 2 SA 420 (T); *Fisheries Development Corporation v AWJ Investments* 1980 4 SA 156 (W); *Gordon and Rennie v Standard Merchant Bank Ltd* 1984 2 519 SA (K); *Food and Nutritional Products (Pty) Ltd v Neumann* 1986 3 SA 464 (W); *Cronje v Stone* 1985 3 SA 597 (T). Sien Williams "Liability for reckless trading by companies: the South African experience" 1984 *International and Comparative Law Quarterly* 684 700 tav die aanspreeklikheid van nomineerders van direkteure: "... [T]he acts of a director *qua* director in participating in the reckless or fraudulent carrying on of a business of the company cannot be regarded as the acts of the company who procured his appointment unless it can be shown that, in breach of his fiduciary duty, he in fact acted upon the instructions and under the control of the company which has appointed him, and was not exercising an independent judgement." Sien ook *Fisheries Development Corporation v AWJ Investments* 1980 4 SA 156 (W).

245 *Cronje v Stone* 1985 3 SA 597 (T); *Howard v Herrigel* 1991 2 SA 660 (A); *S v Jan S Marais* SS75/1994 17 Julie 1995 (K) ongerapporteer. Sien in die alg Flynn "A comparative study of statutory liability for culpable mismanagement" 1992 *TRW* 39 57-60.

246 *Frame Textiles Corporation v Ciskei Peoples Development Bank* 1995 2 SA 177 (Ck) 181C: "The reference to 'a person' [in s 424] includes a natural person or any other legal personality. A corporation as an entity with legal personality falls within the category of 'any person'." Sien ook *Simon NO v Mitsui & Co Ltd* 1996 3 All SA 353 (W).

geregtelike bestuurders[247] is al in die Suid-Afrikaanse reg ingevolge hierdie bepaling aangespreek.[248] Die ouditeur van die maatskappy kan ook aanspreeklikheid oploop, maar nie wanneer hy bloot net besig is om sy gewone pligte as ouditeur uit te oefen nie. Terwyl hy sy professionele funksies as ouditeur uitoefen, is hy nie besig om deel te neem aan die dryf van die maatskappy se besigheid nie.[249] Indien hy egter die grense van sy professionele taakterrein oorskry en saamspan met die maatskappy ten einde byvoorbeeld finansiële inligting op 'n bedrieglike wyse vir skuldeisers te verberg, sal hy homself aan aanspreeklikheid blootstel.[250] 'n Maatskappy sal ook aanspreeklikheid ingevolge die bepaling kan oploop, indien dit 'n party tot die roekelose of bedrieglike dryf van 'n ander maatskappy se besigheid is. Indien byvoorbeeld bewys word dat 'n maatskappy deur middel van sy denksentrum aan die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid van 'n ander maatskappy deelgeneem het, sal hy aanspreeklik gestel kan word.[251]

3.2.5 Aansoek- of aksieprosedure

Hoewel die term "aansoek" in artikel 424 gebruik word, beteken dit nie dat slegs die aansoekprosedure gebruik kan word om die aangeleentheid voor die hof te plaas nie.[252]

Die aansoekprosedure is die aangewese prosedure indien feitegeskille afwesig is of van so 'n beperkte omvang is dat die geskille op die pleitstukke beredder kan word.[253] As die feitegeskille egter sodanig is dat dit nie bevredigend sonder die voordele van 'n verhoor en die aanhoring en toetsing van getuies afgehandel kan word nie, behoort die aksieprosedure gevolg te word.[254]

In die meeste gevalle waar beweer word dat die besigheid van 'n maatskappy

247 *Rennie v Holzman* 1987 4 SA 938 (K).

248 Sien Brusser "Actions against delinquent directors" 1985 *South African Company Law Journal* 33 38-40 vir ander moontlike aanspreeklike partye.

249 *Powertech Industries Ltd v Mayberry* 1996 1 All SA 561 (W).

250 *Powertech Industries Ltd v Mayberry* 1996 1 All SA 561 (W) 565H-J.

251 *Ensor v Syfret's Trust and Executor Company (Natal) Ltd* 1976 3 SA 762 (D) 767H; 768A-B; *Fisheries Development Corporation v AWJ Investments* 1980 4 SA 156 (T) 167H; *Anderson v Dickson* 1985 1 SA 93 (N) 110D-F; *Simon NO v Mitsui & Co Ltd* 1996 3 All SA 353 (W). Sien ook Williams "Liability for reckless trading by companies: the South African experience" 1984 *International and Comparative Law Quarterly* 684 699-700.

252 Sien in die alg Havenga "Creditors, directors and personal liability under section 424 of the Companies Act" 1992 *SA Merc LJ* 63 66.

253 *Room Hire Co (Pty) Ltd v Jeppe Street Mansions (Pty) Ltd* 1949 3 SA 1155 (T).

254 *De Mata v Otto* 1972 3 SA 858 (A) 865G-H; *Tamarillo (Pty) Ltd v B N Aitken (Pty) Ltd* 1982 1

bedrieglik of roekeloos gedryf is, sal daar feitegeskille bestaan wat so wesenlik en omvangryk is, dat dit inderwaarheid die gebruik van die aksieprosedure sal noodsaak.[255] In *Food and Nutritional Products (Pty) Ltd v Neumann*[256] het hierdie werklikhede die hof tot die gevolgtrekking laat kom dat die aksieprosedure toelaatbaar is ingevolge artikel 424.[257]

Indien die aansoekprosedure gevolg word en 'n wesenlike feitegeskil ontstaan, kan die hof die aansoek van die hand wys. Die hof het ook die opsie om te beveel dat mondelinge getuienis aangehoor word[258] of om te beveel dat die saak vir verhoor verwys word.[259] Laasgenoemde twee stappe word egter nie ligtelik deur 'n hof geneem nie. In *Joh-Air (Pty) Ltd v Rudman*[260] is die hof se dilemma soos volg verwoord:

> "It requires in my view a bold step, by a presiding Judge in an opposed application, to refer the matter to evidence or trial *mero motu*, because it is a real possibility that the applicant had decided not to ask for such procedure to be followed because: he may not want to be involved in the cost thereof; his prospects of success, after studying the answering affidavits, may be slender; it may possibly lead to an undesired protracted hearing; the amount involved may be small; the respondent may be a man of straw or on account of any of the other usual considerations in deciding whether or not to apply for the provisions of Rule 6(5)(g) to be invoked."

'n Verdere moontlike opsie is om die aansoek op die stukke te bereg op 'n basis wat goedgekeur is deur die Appèlhof in *Tamarillo (Pty) Ltd v B N Aitken (Pty) Ltd*:[261]

> "... [I]f, notwithstanding that there are facts in dispute on the papers before it, the Court is satisfied that on the facts stated by the respondent, together with the admitted facts in the applicant's affidavits, the applicant is entitled to relief ... it will make an order giving effect to such a finding with an appropriate order as to costs."

Die praktiese effek hiervan is dat die verweerder se weergawe aanvaar word en

SA 398 (A).

255 *Room Hire Co (Pty) Ltd v Jeppe Street Mansions (Pty) Ltd* 1949 3 SA 1155 (T); *Tamarillo (Pty) Ltd v B N Aitken (Pty) Ltd* 1982 1 SA 398 (A).

256 1986 3 SA 464 (W). Sien *Joh-Air (Pty) Ltd v Rudman* 1980 2 SA 420 (T) waar hierdie vraag onbeantwoord gelaat is.

257 In *Howard v Herrigel* 1991 2 SA 660 (A) 664G het die Appèlhof aangeneem dat hierdie beslissing korrek is en sy uitspraak op die aanname gebaseer. Vgl ook *Adfin (Pty) Ltd v Durable Engineering Works (Pty) Ltd* 1991 2 SA 366 (K) 369E-F.

258 *Joh-Air (Pty) Ltd v Rudman* 1980 2 SA 420 (T); *Food and Nutritional Products (Pty) Ltd v Neumann* 1986 3 SA 464 (W); *Tamarillo (Pty) Ltd v B N Aitken (Pty) Ltd* 1982 1 SA 398 (A).

259 *Dorklerk Investments (Pty) Ltd v Bhyat* 1980 1 SA 443 (W) 448D; *Tamarillo (Pty) Ltd v B N Aitken (Pty) Ltd* 1982 1 SA 398 (A). Sien *Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler* 1990 2 SA 411 (K) vir 'n voorbeeld van 'n geding waar die hof die betrokke aangeleentheid vir verhoor verwys het.

260 1980 2 SA 420 (T) 428F-429A.

daar dan geoordeel word of die aansoeker op grond van daardie weergawe van die feite op regshulp geregtig is.[262]

Dit is dus duidelik dat 'n party 'n groot risiko neem om die hof by wyse van aansoek om 'n bevel ingevolge artikel 424 te nader. So 'n aansoek sal gewoonlik geopponeer word. Die feitegeskille sal normaalweg so wesenlik wees, dat dit nie op grond van die pleitstukke opgelos kan word nie. Die howe is om 'n verskeidenheid van redes traag om die aangeleentheid vir verhoor of vir die aanhoor van mondelinge getuienis te verwys. Daar bestaan dus 'n wesenlike moontlikheid dat die aansoek afgewys sal word. Waar die hof egter bereid is om die saak op die stukke te bereg, sal, in geval van 'n dispuut, die verweerder se weergawe as korrek aanvaar word. In die lig van die groot aantal dispute in 'n normale geskil van hierdie aard, is die applikant se kanse op sukses in so 'n geval gering.[263]

Die eiser of applikant hoef nie in die stukke 'n spesifieke bedrag aan te dui wat van die betrokke persoon gevorder word nie.[264] In sommige gevalle bring 'n likwidateur, die Meester of geregtelike bestuurder 'n aansoek kragtens artikel 424 in 'n stadium wanneer die maatskappy se finansiële posisie onduidelik is.[265] Baie skuldeisers is versigtig om 'n eis in te stel in 'n geval waar hulle moontlik kontribusiepligtig kan word. Waar 'n aansoek kragtens artikel 424 gebring gaan word, sal sodanige skuldeisers eerder hulle eise terughou totdat die aansoek geslaag het. Eers daarna sal die finansiële posisie van die maatskappy uitkristalliseer. Daar kan gevolglik nie van 'n likwidateur in so 'n geval verwag word om in sy aansoek 'n bepaalde bedrag te meld nie.[266]

3.2.6 Die applikant

Artikel 424 verklaar dat die Meester, die likwidateur,[267] die geregtelike bestuurder, 'n skuldeiser, lid of kontribuant van 'n maatskappy as applikant in die aansoek kan optree. Die duidelike bewoording van die artikel beperk die reg van aansoek

261 1982 1 SA 398 (A) 430H-431A.

262 *Howard v Herrigel* 1991 2 SA 660 (A) is op so 'n basis bereg.

263 Vgl *Howard v Herrigel* 1991 2 SA 660 (A). Sien in die alg Havenga "Creditors, directors and personal liability under section 424 of the Companies Act" 1992 *SA Merc LJ* 63 66.

264 *Cronje v Stone* 1985 3 SA 597 (T) 604C. Sien ook die bespreking in par 3.2.8.1 van hierdie hoofstuk.

265 *Cronje v Stone* 1985 3 SA 597 (T) 602D-E.

266 *Cronje v Stone* 1985 3 SA 597 (T) 604C.

267 Die likwidateur bring natuurlik nie die aansoek in sy persoonlike hoedanigheid nie, maar namens die maatskappy. Vir die korrekte sitering van die applikant in sodanige geval, sien *Fundstrust (Edms) Bpk (in likwidasie) v Marais* 1996 3 All SA 574 (K).

tot hierdie belanghebbendes. Hierdie beperking word ook streng deur ons howe toegepas.[268] Die aansoek van 'n voormalige likwidateur van 'n maatskappy is byvoorbeeld in *Bowman v Sacks*[269] van die hand gewys, aangesien die likwidasieproses afgeloop was en die persoon dus nie meer as die likwidateur van die maatskappy beskryf kon word nie.[270]

Ten einde *locus standi* aan te toon, moet 'n skuldeiser bewys dat hy oor 'n eis teen die maatskappy beskik.[271] In *Dorklerk Investments (Pty) Ltd v Bhyat*[272] het die hof hom soos volg oor die posisie van 'n skuldeiser uitgespreek:

> "In my view, before the Court should make a declaration against a director under s 424(1), it should require to be satisfied on the balance of probabilities that the creditor's claim exists and that it is quantified by acceptable evidence."[273]

Die vraag rakende aanvaarbare bewyse vir die kwantifisering van die eis het ter sprake gekom in 'n aantal uitsprake. In die *Dorklerk*-beslissing het die Hof die standpunt ingeneem dat die blote bewys en toestaan van die eis teen die boedel nie bewys bied van die bestaan en omvang van die betrokke skuld nie.[274] In *Retail Management Services (Pty) Ltd v Schwartz*[275] het die Hof het daarop gewys dat 'n likwidateur nie noodwendig die direkteure en ander betrokkenes ken in die toelating van 'n eis nie. Indien die toelating van 'n eis as voldoende bewys aanvaar word, sou dit beteken dat die direkteur hom gebonde daaraan sal vind in 'n artikel 424-aansoek, tensy hy die vordering ter syde laat stel.[276] Die Hof het

---

268 In *Fundstrust (Edms) Bpk (in likwidasie) v Marais* 1996 3 All SA 574 (K) is bv bevind dat 'n maatskappy nie oor die reg beskik om ingevolge a 424 te dagvaar nie.

269 1985 4 SA 459 (W).

270 In *Bowman v Sacks* 1985 4 SA 459 (W) het die regter *obiter* opgemerk dat waar die bedrog of roekeloosheid eers na ontbinding geblyk het, die hof genader kan word om die ontbinding kragtens a 420 van die Maatskappywet nietig te verklaar om sodoende van die a 424-remedie gebruik te kan maak.

271 *Retail Management Services (Pty) Ltd v Schwartz* 1992 2 SA 22 (W) 28H. Sien ook *Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler* 1990 2 SA 411 (K) tav die *locus standi* van 'n skuldeiser.

272 1980 1 SA 443 (W) 447F. Sien Fourie "Roekelose of bedrieglike dryf van besigheid - artikel 424 van die Maatskappywet 61 van 1973" 1980 *THRHR* 328 vir 'n bespreking van die uitspraak.

273 Daar word in oorweging gegee dat die aard en die kwantum van die eis ondersoek behoort te word ten einde die *locus standi* van die aansoeker vas te stel. Die kwantum sal weer ter sprake kom wanneer die hof 'n aanspreeklikheidsbevel ingevolge die bepaling uitreik.

274 *Dorklerk Investments (Pty) Ltd v Bhyat* 1980 1 SA 443 (W) 447F-G.

275 1992 2 SA 22 (W). Sien Larkin "Company law (including close corporations)" 1992 *Annual Survey of South African Law* 249 271-272 vir 'n kritiese bespreking van die uitspraak.

276 *Retail Management Services (Pty) Ltd v Schwartz* 1992 2 SA 22 (W) 28F-G; *Dorklerk Investments (Pty) Ltd v Bhyat* 1980 1 SA 443 (W) 447G.

egter die *Dorklerk*-benadering as te konserwatief beskou[277] en gevolglik bevind dat die toelating van die eis 'n *prima facie*-bewys van die skuld daarstel.[278] Laasgenoemde benadering val as billik en prakties op.

Die teenkant van hierdie redenasie is geopper in *Mafikeng Mail (Pty) Ltd v Centner (No 1)*.[279] In hierdie saak het die verweerder geargumenteer dat die applikant nie oor *locus standi* beskik nie, aangesien hy as skuldeiser van die maatskappy nie 'n eis teen die boedel van die maatskappy bewys het nie. Hierdie argument is tereg verwerp. Van Schalkwyk R het daarop gewys dat die skuldeisers uit vrees vir kontribusiepligtigheid kan besluit om nie 'n eis teen die boedel in te stel nie. Hoe groter die bedrog en onreëlmatigheid in 'n gegewe geval was, hoe groter is die moontlikheid van kontribusiepligtigheid. Indien die term "skuldeiser" in artikel 424 beperk sou word tot "skuldeiser wat 'n eis bewys het", sou dit skuldeisers juis van 'n remedie ontneem in die omstandighede waar hulle dit die nodigste het.[280] Aangesien die wetgewer die term "skuldeiser" sonder enige verdere kwalifikasie gebruik het, behoort dit die algemene ongekwalifiseerde betekenis te dra.[281] Van Schalkwyk R het gevolglik beslis dat 'n skuldeiser se reg om 'n aansoek ingevolge artikel 424 te bring, nie aangetas word deur 'n versuim om 'n eis teen die insolvente boedel te bewys nie.[282]

3.2.7 Die bewyslas

Die applikant in 'n aansoek om 'n bevel ten aansien van persoonlike aanspreeklikheid ingevolge artikel 424, moet die vereiste elemente vir aanspreeklikheid ingevolge artikel 424 bewys.[283] Aangesien dit 'n siviele geding is,

---

277 Vir navolging van hierdie standpunt, sien *Mafikeng Mail (Pty) Ltd v Centner (No 1)* 3 CLD 374 (W) 377.

278 *Retail Management Services (Pty) Ltd v Schwartz* 1992 2 SA 22 (W) 29C.

279 3 CLD 374 (W).

280 *Mafikeng Mail (Pty) Ltd v Centner (No 1)* 3 CLD 374 (W) 376.

281 *Mafikeng Mail (Pty) Ltd v Centner (No 1)* 3 CLD 374 (W) 376.

282 *Mafikeng Mail (Pty) Ltd v Centner (No 1)* 3 CLD 374 (W) 377.

283 *Joh-Air (Pty) Ltd v Rudman* 1980 2 SA 420 (T) 425H; 426A-B. Vir 'n opmerking oor die weerleggingslas wat 'n hof moontlik behoort te struktureer as die applikant sekere feite bewys het, sien *Fourie v Braude* 1996 1 SA 610 (T) 615D per Van Dijkhorst R: "In my view *prima facie* proof of the fact that a defendant was a director during the relevant period, that the acts were reckless etc and that he had knowledge thereof, would be adequate to require from him an explanation as to the extent of his participation therein and concurrence therewith. There is much to be said for a pragmatic approach that as such director has intimate knowledge of his own role in such sordid affair and the plaintiff often has no or little means of obtaining evidence from insiders, that such director be called upon to adduce evidence to explain his conduct." So 'n pragmatiese benadering sal die effektiwiteit van die bepaling verhoog. Ongelukkig was die regter *in casu* nie bereid om 'n

sal hy hom van sy bewyslas kwyt, indien hy sy beweringe op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys.[284] Om bloot 'n *prima facie* saak uit te maak, is onvoldoende.[285]

3.2.8 Die hofbevel

Wanneer 'n hof bevind dat 'n persoon wetens 'n party tot die roekelose of die bedrieglike dryf van besigheid was, kan hy die persoon persoonlik aanspreeklik stel vir al of enige van die skulde of ander verpligtinge van die maatskappy.

Daar is vroeër gewys op die debat in die Engelse reg rakende die presiese aard van die bepaling en spesifiek of dit remediërend en of dit bestraffend van aard is.[286] Indien dit remediërend is, sal die bevel ten doel hê om die skade wat 'n skuldeiser gely het, te ondervang. Die omvang van die bedrag sal dan bepaal word aan die hand van die nadeel en die opbrengs van die bevel sal die benadeeldes toekom. Indien dit egter bestraffend is, sal die bevel nie noodwendig verband hou met die benadeling nie en kan die bedrag die maatskappyboedel toeval. Enkele aspekte rakende die omvang van die bedrag en die bestemming daarvan in die Suid-Afrikaanse reg, word vervolgens van nader beskou.

3.2.8.1 OMVANG VAN DIE BEDRAG

Artikel 424 bied in teorie 'n wye diskresie aan die hof om die omvang van die aanspreeklikheid vas te stel. Die belangrikste beperking is dat die aanspreeklikheid nie die skulde of verpligtinge van die maatskappy te bowe mag gaan nie. Binne daardie perk staan dit in teorie die hof vry om die persone aanspreeklik te stel vir daardie skulde wat roekeloos of bedrieglik opgeloop is of om die veld van aanspreeklikheid wyer te trek en die persone ook aanspreeklik te stel vir die betaling van skulde wat regmatig opgeloop is.

Daar word egter in oorweging gegee dat hierdie teoreties-wye aanspreeklikheid met groot versigtigheid benader behoort te word. In die mate wat persone aanspreeklik gestel word vir die betaling van 'n bedrag wat die skade van die

finale mening oor hierdie aspek te lug nie.

284 *Dorklerk Investments (Pty) Ltd v Bhyat* 1980 1 SA 443 (W) 447F-G; *Joh-Air (Pty) Ltd v Rudman* 1980 2 SA 420 (T) 425H; *Ozinsky v Lloyd* 1992 3 SA 396 (K) 418E.

285 *Joh-Air (Pty) Ltd v Rudman* 1980 2 SA 420 (T) 425H: "It must appear to the Court that any business of the company was carried on recklessly as a final determination of liability. Such a final determination can only, in my view, be made on a balance of probabilities and most certainly not on a mere *prima facie* case."

286 Sien par 2.2.9 van hierdie hoofstuk.

skuldeisers oorskry, stel daardie bedrag 'n strafbedrag daar. Indien 'n persoon 'n straf opgelê word, sonder dat hy die nodige konstitusionele beskerming gegun word ten aansien van die proses wat die strafoplegging voorafgegaan het, sal geargumenteer kan word dat sy konstitusionele reg op 'n billike strafverhoor geskend is.

Hierdie argument is in Ierland geoppper ten aansien van artikel 297 van die *Companies Act* 1963, die Ierse ekwivalent van artikel 424.[287] In *O'Keeffe v Ferris, Ireland and the Attorney-General* (hierna *O'Keeffe v Ferris*)[288] het 'n persoon wat blootgestel was aan 'n *fraudulent trading*-bevel die hof op haar beurt genader om 'n bevel dat artikel 297(1) onkonstitusioneel was, aangesien dit 'n prosedure daarstel ingevolge waarvan 'n strafregtelike aangeleentheid bereg kan word, sonder die vereiste elemente van 'n billike strafproses.

Volgens die regter was die sterkste argument ten aansien van die strafregtelike aard van die bepaling, die feit dat 'n bevel ingevolge artikel 297(1) nie tipies vergoedend van aard is nie: die applikant hoef nie 'n persoon te wees wat deur die bedrieglike dryf van besigheid benadeel is nie en die benadeelde skuldeisers is nie die enigste persone wat voordeel kan trek uit die aanspreeklikheidsbevel nie.[289] Nieteenstaande hierdie kenmerke, het die regter nogtans bevind dat die bepaling sivielregtelik van aard was:[290]

> "Nevertheless, sub-s.1 is expressed in general terms and confers upon the court the power to impose a burden in very special and limited circumstances on the

287 A 297 van die Ierse *Companies Act* 1963 stem in wese ooreen met die pre-1985 Engelse *fraudulent trading*-bepaling en die pre-1974 SA bepaling. Ussher het aanvanklik die argument in sy standaardwerk oor die Ierse maatskappyereg, *Company law in Ireland* [1986], uiteengesit en op 525 die vlg opmerking oor die bepaling gemaak: "It is in form civil, and proceedings taken under it are not in practice treated as being criminal. Nonetheless, orders made under section 297(1) create fresh liabilities as opposed to enforcing existing liabilities; they do not enforce private rights, being neither restitutionary, compensatory, nor made in aid of the rights of any person. They do not therefore bear the hall-mark of civil proceedings. They are in essence punitive." Indien die proses ingevolge artikel 297(1) as wesenlik strafregtelik van aard geklassifiseer word, sou dit in terme van die Ierse reg en die Ierse konstitusie tot gevolg hê dat 'n verweerder oor alle regte beskik waaroor 'n beskuldigde in 'n strafverhoor beskik en dat die proses ook aan al die konstitusionele vereistes van 'n strafverhoor moet voldoen. Dit sou oa impliseer dat die bewyslas nie sivielregtelik is nie, maar die hoër strafregtelike bewyslas is, dws, bo redelike twyfel. Sien Forde *The law of company insolvency* [1993] 261.

288 1993 3 IR 165. Vir 'n omvattende bespreking van die uitspraak, sien Duffy "Fraudulent trading and the decision in O'Keeffe v Ferris" 1994 *Commercial Law Practitioner* 255.

289 *O'Keeffe v Ferris* 1993 3 IR 165 173: "The high watermark of the plaintiff's claim, as I see it, is that the nature of the sanction is such that it so transcends the boundary of reparation or compensation as to constitute a punishment which could only be meted out as part of a sentence imposed by a judge following a conviction by a jury who have been convinced of the guilt of the accused 'beyond all reasonable doubt'."

290 *O'Keeffe v Ferris* 1993 3 IR 165 174-175.

> management of a company who have engaged in fraudulent practices in a way that the burden is not immediately and directly reflected in the benefit to parties who have sustained a loss as a result of the misconduct of the defendants. As I say, the subsection would appear to be unusual and perhaps anomalous but it does not seem to me that the sanction is necessarily criminal."

Hoewel sivielregtelik, het die regter egter bevind dat die hof steeds sy diskresie konstitusioneel moet uitoefen. In die mate wat dit konstitusioneel geverg word dat die las wat op 'n verweerder in sivielregtelike verrigtinge geplaas word eweredig moet wees aan die skade wat die eiser gelei het, moet aangeneem word dat die subartikel ook so deur die howe uitgelê en aangewend sal word.[291]

Hierdie uitspraak is van belang uit 'n Suid-Afrikaanse oogpunt, aangesien dit dui op moontlike konstitusionele problematiek waar 'n hof die bedrag primêr as 'n strafbedrag in plaas van 'n vergoedende bedrag beskou. Daar is genoeg fasette van die bepaling wat nie reëlmatig sivielregtelik van aard is nie. 'n Suid-Afrikaanse hof mag nie so geredelik soos die Ierse hof bevind dat die bepaling wel sivielregtelik en nie strafregtelik is nie. In 'n gegewe geval waar die bedrag primêr as strafbedrag bepaal is, mag dit voldoende wees om die hof tot die teendeel te oortuig. Indien die verweerder in so 'n geval nie byvoorbeeld die konstitusionele beskerming van 'n beskuldigde soos vervat in artikel 25 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993 geniet het nie, sal 'n sterk argument oor die konstitusionaliteit van die verrigtinge aangevoer kan word.

Daar word gevolglik in oorweging gegee dat 'n aanspreeklikheidsbevel eweredig moet wees aan die benadeling wat uit die optrede voortgevloei het. Sodanige verband tussen die bevel en die benadeling sal ook geverg word in die mate wat die Suid-Afrikaanse konstitusie eweredigheid in sivielregtelike verband vereis.[292]

In *Cronje v Stone*[293] is bevind dat die hof nie 'n bepaalde bedrag in die hofbevel hoef te meld nie. Die hof kan bloot die persoon aanspreeklik stel vir alle skulde wat die maatskappy na 'n sekere datum opgeloop het.[294] In sodanige

---

291 *O'Keeffe v Ferris* 1993 3 IR 165 174: "The sub-section confers a wide discretion on the court and it must be assumed that the court will exercise those powers, not merely in a responsible but also in a constitutional fashion. If the Constitution does require that in civil proceedings the burden imposed on the defendants should in general be commensurate with the loss suffered by the plaintiff ... then it must be assumed that the sub-section will be so construed and applied."

292 Sien in hierdie verband in die alg Milton, Cowling, Van der Leeuw, Francis, Schwikkard & Lund "Procedural rights" in Van Wyk, Dugard, De Villiers & Davis [red] *Rights and constitutionalism - the new South African legal order* [1994] 401 417 ev.

293 1985 3 SA 597 (T).

294 Hierdie posisie verskil van die Engelse benadering tav a 332 van die *Companies Act* 1948, aangesien 'n Engelse hof 'n bedrag in sy hofbevel kragtens hierdie bepaling moes vasstel. Sien die bespreking in par 2.2.9 van hierdie hoofstuk. In *Cronje v Stone* 1985 3 SA 597 (T) is kennis geneem van die Engelsregtelike benadering, maar is bevind dat dieselfde nie tav

> bevind dat blote versuim van die sekretaris om sekere advies aan die direkteure te verskaf, nie voldoende is om hom te laat kwalifiseer as 'n party tot die dryf van die besigheid nie.[58]

Beide standpunte kan egter nie ongekwalifiseerd onderskryf word nie.

Farrar[59] wys daarop dat die *Court of Appeal*[60] in 'n latere uitspraak, *Panorama Developments (Guildford) Ltd v Fidelis Furnishings Fabrics Ltd* bevind het dat 'n moderne maatskappysekretaris nie meer 'n blote klerk is nie. In sy hoedanigheid as hoof-administratiewe beampte van die maatskappy, kan hy oor die bevoegdheid, beskik om die maatskappy minstens in administratiewe aangeleenthede te verteenwoordig. Verder sal die tipe amp van 'n persoon of die gebrek aan 'n amp hom nie *per se* teen aanspreeklikheid beskerm nie. 'n Persoon se aanspreeklikheid kragtens hierdie bepaling sal afhang van sy optrede onder die omstandighede en die rol wat hy inderwaarheid binne die betrokke maatskappy vervul het.

Die besondere sterk klem wat Pennyquick V-C op aktiewe deelname aan die dryf van besigheid geplaas het, is ook nie in verdere uitsprake nagevolg nie. In *Re Gerald Cooper Chemicals*[61] is daarop gewys dat 'n skuldeiser wat geld aanvaar terwyl hy besef dat ander skuldeisers bedrieg is ten einde daardie betaling aan hom te kan maak, ook aanspreeklikheid op grond van *fraudulent trading* kan oploop. Die aanvaarding van die geld met daardie besef, is voldoende om deelname aan die bedrieglike dryf van die besigheid daar te stel. Hierdie breë uitleg van deelname aan die dryf van die besigheid is in 1986 in *Re Augustus Barnett*[62] gesteun:

> "The words 'persons ... party to' may be wide enough to cover outsiders who could not be said to have carried on or even assisted the carrying on of the company's

---

58 *Re Maidstone Buildings Provisions Ltd* 1971 3 All ER 363 368F: "... [T]he expression 'party to' must on its natural meaning indicate no more than 'participates in', 'takes part in', or 'concurs in'. And that, it seems to me, involves some positive steps of some nature. I do not think that it can be said that someone is party to carrying on a business if he takes no positive steps at all ... [369C] All that is alleged is his omission to take steps to prevent the company trading fraudulently. The steps he omitted to take were to give certain advice to the directors. It seems to me impossible to say that mere inertia ... could represent being a party to the carrying on of the business of the company." Sien Farrar "Fraudulent trading and the company secretary" 1972 *NLJ* 13 14.

59 Farrar" Fraudulent trading and the company secretary" 1972 *NLJ* 13; Farrar "Corporate insolvency and the law" 1976 *JBL* 214; Farrar "Fraudulent trading" 1980 *JBL* 336 343.

60 *Panorama Developments (Guildford) Ltd v Fidelis Furnishings Fabrics Ltd* 1971 3 All ER 16.

61 1978 2 All ER 49.

62 1986 BCLC 170 173.

business but who nevertheless in some way participated in fraudulent acts."[63]

Deelname aan die bedrieglike dryf van besigheid behels gevolglik nie noodwendig die aktiewe deelname aan die maatskappy se bestuur- en besigheidsaktiwiteite nie.[64]

In die lig van bogenoemde moet die standpunte van Pennyquick V-C met betrekking tot die aanspreeklikheid van 'n maatskappysekretaris en die aktiewe deelname aan die dryf van besigheid met omsigtigheid benader word.

Die kategorie van persone wat ingevolge hierdie artikel aangespreek kan word, is onbeperk.[65] Direkteure,[66] skadu-direkteure[67] en maatskappye[68] is al ingevolge hierdie artikel aangespreek en die houermaatskappy,[69] die ouditeur van die maatskappy en ander derdes kan hulleself ook aan aanspreeklikheid blootstel.[70] Buitestanders sal hulle egter alleen aan die bedrieglike dryf van besigheid skuldig maak, indien die persone in daadwerklike beheer van die maatskappy hulle ook daaraan skuldig maak[71] of waar die persone in beheer die nodige handelinge as onskuldige werktuie van 'n bedrieglike buitestander uitvoer.

---

63 *Re Augustus Barnett* 1986 BCLC 170 173. Vir 'n bespreking van hierdie uitspraak, sien Prentice "Fraudulent trading: parent company's liability for the debts of its subsidiary" 1987 *LQR* 11.

64 Sien *R v Lockwood* 1986 2 BCC 99333 99339.

65 Vir 'n besonder konserwatiewe benadering sien *R v Miles* 1992 Crim LR 657. In hierdie uitspraak ingevolge a 458 van die *Companies Act* 1985, die opvolgbepaling van a 332, het die *Court of Appeal [Criminal Division]* skynbaar die aanspreeklikes beperk tot die persone in beheer van die maatskappy se besigheid. Die saak is egter slegs in breë trekke gerapporteer en dit is nie moontlik om daaruit vas te stel waarom daar afgewyk is van die breër benadering wat in die ander uitsprake gevolg is nie.

66 Sien bv *Re William C Leitch Bros Ltd* 1932 2 Ch 71; *Re Patrick and Lyon Ltd* 1933 1 Ch 786; *Hardie v Hanson* 1960 105 CLR 451; *R v Inman* 1966 3 All ER 414; *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1968 NZLR 624; *R v Rollafson* 1969 2 All ER 833; *DPP v Schildkamp* 1971 AC 1; *Re Sarflax Ltd* 1979 1 All ER 529; *R v Grantham* 1984 3 All ER 166; *Re EB Tractors Ltd* 1987 PCC 313.

67 Vir 'n goeie voorbeeld sien die uitspraak in *Re Peake and Hall Ltd* 1985 PCC 87 wat tav 'n soortgelyke bepaling in die Maatskappywet van die eiland Man gelewer is.

68 *R v Inman* 1966 3 All ER 414; *Re Gerald Cooper Chemicals Ltd* 1978 2 All ER 49; *Re Augustus Barnett* 1986 PCC 167.

69 Sien bv *Re Augustus Barnett* 1986 PCC 167.

70 Sien *Re Esal (Commodities) Ltd London and Overseas (Sugar) Co Ltd v Punjab National Bank* 1993 BCLC 872 vir 'n voorbeeld van 'n eis teen 'n bank van 'n gelikwideerde maatskappy ingevolge hierdie bepaling. Die betrokke eis is egter geskik.

71 Sien in die alg *Re Augustus Barnett* 1986 BCLC 170 173.

2.2.7 Die applikant

Ingevolge die bepaling mag die "official receiver or the liquidator or any creditor or contributory" aansoek doen dat die hof 'n verklaring kragtens hierdie artikel uitreik. Hierdie kategorie persone word so duidelik afgebaken dat geen ander persoon *locus standi* sal hê om so 'n aansoek te bring nie.

Indien die likwidateur die aansoek bring, tree hy op as 'n verteenwoordiger van die skuldeisers. In *Liquidator of Upper Clyde Shipbuilders Ltd v Noter*[72] het die likwidateur 'n kundige geraadpleeg oor die vraag of hy 'n aansoek ingevolge hierdie artikel moet bring. Die hof het bevind dat hy verplig is om daardie verslag onder die krediteure te versprei, aangesien hy as die verteenwoordiger van die skuldeisers beskou word en hulle geregtig is om insae te hê in 'n dokument wat op hulle remedie betrekking het.

2.2.8 Verjaring

Verjaring het as 'n verweer ter sprake gekom in 'n uitspraak van die Nieu-Seelandse *Court of Appeal*, *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney*.[73] Die appellant is deur die hof *a quo* skuldig bevind aan die bedrieglike dryf van besigheid ingevolge 'n bepaling van die Nieu-Seelandse maatskappywet wat op artikel 332 geskoei was.[74] Die hof het bevind dat die appellant sy maatskappy se besigheid bedrieglik bedryf het vir 'n tydperk van ongeveer tien jaar voor die likwidasie van die maatskappy. Die appellant het geappelleer op die grond dat die eis ingevolge die bepaling verjaar het weens die werking van die Nieu-Seelandse *Limitation Act* 1950. Kragtens hierdie wet het die reg om 'n aksie in te stel in die algemeen na ses jaar sedert die ontstaan van die eisgrond verjaar. Die kernvraag was of die eis ingevolge die bepaling ontstaan op die moment wat die betrokke bedrieglike handeling aangegaan is en of dit eers ontstaan by likwidasie van die maatskappy.

Die *Court of Appeal* het bevind dat die bepaling 'n grond vir aanspreeklikheid daarstel wat nuut is, dit wil sê addisioneel is tot enige ander eise teen die betrokke

---

72 1975 SLT 39. Sien Wilson "British business law - companies" 1975 *JBL* 223 vir 'n bespreking van die uitspraak.

73 1969 NZLR 116. Die hof *a quo* se uitspraak is gerapporteer as *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1968 NZLR 624.

74 A 320 van die Nieu-Seelandse *Companies Act* 1955 se voorganger, a 268 van die *Companies Act* 1933, was geskoei op a 275 van die Engelse *Companies Act* 1929. Sien *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1969 NZLR 116 128 en die bespreking in par 5.2 van Hoofstuk 5.

persoon.[75] Verder ontstaan die eis ingevolge die bepaling eers by die likwidasie van die maatskappy.[76] Die *Court of Appeal* het gevolglik tot die bevinding gekom dat verjaring eers begin loop na likwidasie van die maatskappy. North RP het dit soos volg opgesom:[77]

> "I am accordingly of opinion that the liquidation is a material part of the cause of action and therefore the period of limitation does not begin to run until the commencement of the winding up and perhaps not until the appointment of a liquidator (a distinction which is of no importance in the present case)."

Die feit dat die handelinge waarop die bewering van bedrieglike dryf van besigheid gebaseer is, meer as tien jaar voor die likwidasie van die maatskappy verrig is, was gevolglik irrelevant vir doeleindes van verjaring. Hierdie uitleg het die afskrikkingswaarde van die *fraudulent trading*-bepaling vergroot, aangesien 'n oortreding 'n persoon vir 'n lang tydperk aan aanspreeklikheid blootstel. In die mate wat dit die regverdige werking van die reëls van die verjaringsreg belemmer, is hierdie interpretasie van die reikwydte van die bepaling egter baie onbillik ten aansien van die betrokke persoon.

2.2.9 Die bevel van die hof

Afgesien van die strafregtelike skuldigbevinding wat kan volg op 'n vervolging ten aansien van 'n oortreding van die bepaling,[78] kan die hof, op aansoek, verklaar dat 'n persoon onbeperk aanspreeklik is vir al of enige van die skulde of ander verpligtinge van die maatskappy.[79] Die hof moet 'n vasgestelde bedrag in sy bevel bepaal.[80]

Die omvang van 'n persoon se aanspreeklikheid berus in die hof se diskresie.[81] Die aard van die bepaling en, meer spesifiek, die vraag of die bepaling primêr

---

75 Haslam J het dit soos volg uitgedruk in *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1969 NZLR 116 135: "...[S.] 320 confers upon the persons entitled a new cause of action, 'new in its species, new in its quality, new in its principle, in every way new' ... I agree therefore that s. 320 is more than procedural in character, and enables the claimant to set up a fresh cause of action which did not exist before liquidation."

76 Turner J het geredeneer dat geen eiser die reg het om 'n eis in te stel alvorens dit in die loop van die likwidasie van die maatskappy geblyk het dat die besigheid bedrieglik bedryf is nie. Verder, in die mate wat die likwidateur as eiser optree, bestaan daar nie so 'n eiser voor likwidasie nie. Sien *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1969 NZLR 116 131.

77 *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1969 NZLR 116 128.

78 A 332(1) van die *Companies Act* 1948.

79 A 332(1) van die *Companies Act* 1948.

80 *Re William C Leitch Bros Ltd* 1932 2 Ch 71; *Re a Company No 001418* 1990 BCC 526 531.

81 A 332(1) van die *Companies Act* 1948.

vergoedend of bestraffend is, is op uiteenlopende wyses geïnterpreteer. Die oorwig van die opinie meen egter dat die bevel oorwegend bestraffend van aard is.[82] Die strafkarakter van die bepaling bring teweeg dat die bedrag dus nie beperk hoef te wees tot die bedrag waarmee derdes inderwaarheid bedrieg is nie.[83] Dit blyk egter duidelik uit die bepaling dat die hof die persoon nie aanspreeklik kan stel vir 'n bedrag wat die skulde of verpligtinge van die maatskappy oorskry nie.[84]

Die debat rakende die vergoedende of bestraffende aard van die bepaling is ook gevoer ten aansien van die bestemming van die bedrag ingevolge die bevel. Indien die bevel vergoedend is, behoort die misleide skuldeisers die bevoordeeldes van die bevel te wees. Indien die bevel bestraffend is, is die bestemming van die bedrag nie werklik relevant nie. Verskillende standpunte is deur die jare deur Engelse howe in hierdie verband ingeneem.

In *Re William C Leitch Bros Ltd (No 2)*[85] is 'n bedrag geld deur 'n voormalige direkteur aan die likwidateur van 'n maatskappy oorbetaal uit hoofde van 'n aanspreeklikheidsbevel kragtens hierdie bepaling. Vanweë die onsekerheid oor die aanwending van die geld het die likwidateur die hof genader om instruksies. Namens die likwidateur is betoog dat die bepaling die oortreder teenoor die maatskappy aanspreeklik stel. Enige bedrag wat uit hoofde van so 'n bevel betaal word, moet gevolglik in die boedel van die maatskappy gestort word. Hierdie bedrag moet dan volgens die gewone reëls van insolvensie onder al die skuldeisers verdeel word. Die skuldeisers wat bedrieg is, geniet gevolglik nie 'n

---

82 *Re Cyona Distributors Ltd* 1967 1 All ER 281 284. Sien egter *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1969 NZLR 116 129 waar North P bevind het: "... I am of the opinion that there is no room for the argument that s. 320 creates a liability in the nature of a penalty. I think that Maugham J. and Lord Denning meant no more than that the damages may be 'punitive' in the sense in which that word is used in actions to recover damages at common law." Indien die hof egter anders bevind het in lg uitspraak, sou die eis teen 'n selferkende bedrieër verjaar het ingevolge die Nieu-Seelandse verjaringsreg en sou hy aan aanspreeklikheid ontsnap het. Die hof se ongeneëndheid om 'n wesenlike strafkarakter aan die bepaling toe te dig, moet gevolglik teen die agtergrond van die feite in die betrokke aangeleentheid geïnterpreteer word. In *Re a Company No 001418* 1990 BCC 526 is die *Cyona*-uitspraak nagevolg. Die hof het 'n vergoedende bevel gemaak en die bedrag is aangevul met 'n addisionele strafbedrag.

83 *Re William C Leitch Bros Ltd* 1932 2 Ch 71 79-80: "I am inclined to the view that s. 275 is in the nature of a punitive provision, and that ... it is in the discretion of the Court to make an order without limiting the order to the amount of the debts of those creditors proved to have been defrauded by the acts of the director in question, though no doubt the order would in general be so limited."

84 *Re Cyona Distributors Ltd* 1967 1 All ER 281 284C.

85 1933 1 Ch 261.

voorkeur ten aansien van die bedrag nie.[86]

Die bedriegde skuldeisers het egter aangevoer dat die bedrag uitsluitlik vir die betaling van hulle eise aangewend moet word. Indien dit nie gebeur nie en hulle eise nie ten volle betaal word nie, het hulle regsverteenwoordigers geredeneer, sal die direkteur nog steeds aanspreeklik teenoor hulle bly vir die restant van die skade wat die skuldeisers weens die bedrog gely het. Hierdie aanspreeklikheid sal voortduur totdat die bedriegde skuldeisers se skulde ten volle betaal en hulle skade daardeur vergoed is.[87] Dit kon nie die bedoeling van die wetgewer gewees het nie en gevolglik moet die bepaling so uitgelê word dat daar 'n voorkeur aan die bedriegde skuldeisers verleen word.

Eve J het bevind dat die bewoording van die bepaling nie daarop dui dat die gewone wyse van verdeling van 'n insolvente boedel gewysig moet word nie:[88]

> "It may well be that the liability it imposes is measured by the debts of the defrauded creditors. But this is not in itself a ground for holding that the ordinary rules of equality are to be disregarded and a preference created in favour of the defrauded class."

Gevolglik het hy geoordeel dat die bedrag die insolvente boedel van die maatskappy toeval en verdeel moet word onder al die skuldeisers,[89] hetsy hulle slagoffers van die bedrieglike dryf van besigheid was, al dan nie.

Eve J se uitleg is ondersteun deur Russel LJ in sy minderheidsuitspraak deur die *Court of Appeal* in *Re Cyona Distributors Ltd*.[90] Russel LJ het geoordeel dat 'n alternatiewe uitleg groot praktiese probleme vir die likwidasieproses sal inhou. Dit sou tot gevolg hê dat 'n hof te eniger tyd gedurende die likwidasieproses genader kon word om 'n bevel kragtens die bepaling. 'n Bevel wat die skuldeiser bevoordeel, sal die verdelingsproses van die boedel bemoeilik, aangesien dit die grootte van die skuldeisers se eise en hulle rangorde te eniger tyd kon wysig.[91]

Lord Denning MR en Danckwerz LJ het egter in hulle meerderheidsuitspraak in

86 *Re William C Leitch Bros Ltd (2)* 1933 1 Ch 261 262.

87 *Re William C Leitch Bros Ltd (2)* 1933 1 Ch 261 263.

88 *Re William C Leitch Bros Ltd (2)* 1933 1 Ch 261 266.

89 Sien in die alg Wortley "The interpretation of the new 'fraudulent trading section' of the Companies Act 1929" 1934 *LQR* 405. In *Hardie v Hanson* 1960 105 CLR 451 459 het Dixon CJ soos volg *obiter* kommentaar op hierdie bevinding gelewer: "Inevitable as the reasoning of Eve J makes this result appear, it is impossible to resist the conclusion that the purpose of the provision has miscarried." Sien ook McPherson *The law of company liquidation* [1968] 309.

90 1967 1 All ER 281. Vir die hof *a quo* se uitspraak sien *Re Cyona Distributors Ltd* 1966 1 All ER 825. Sien Thompson "Winding up; fraudulent trading" 1966 *JBL* 258 vir 'n kort bespreking van die uitspraak van die hof *a quo*. Die uitspraak van die *Court of Appeal* word bespreek deur Thompson "Winding-up; fraudulent trading" 1967 *JBL* 233.

Re Cyona Distributors Ltd[92] van hierdie standpunt verskil: Hulle het sterk klem gelê op die diskresie wat die artikel aan die hof toeken. Volgens die meerderheidsuitspraak sal die hof gewoonlik beveel dat die bedrag deel vorm van die algemene bates van die maatskappy, wanneer die likwidateur die aansoek bring. Die hof is egter nie gebonde daartoe nie. Wanneer die aansoek deur 'n bedriegde skuldeiser gebring word, kan die hof gelas dat die bedrag persoonlik aan die skuldeiser betaalbaar is. Ter beskerming van die ander krediteure het Lord Denning in so 'n geval vereis dat die skuldeiser die likwidateur as party sal voeg.[93]

Hoewel die opmerkings van die meerderheid *obiter* was, is die bepaling op soortgelyke wyse in 'n latere uitspraak, *Re Gerald Cooper Chemicals*,[94] geïnterpreteer.[95] In 'n eienaardige nadraai, het die interpretasie van hierdie faset van artikel 332 enkele jare na die herroeping en vervanging daarvan deur die *Companies Act* 1985, weer in *Re Esal (Commodities) Ltd London and Overseas (Sugar) Co Ltd v Punjab National Bank*[96] ter sprake gekom.

In hierdie geding het die likwidateurs van 'n maatskappy die maatskappy se bank gedagvaar op die basis dat die bank wetens 'n party was tot die bedrieglike dryf van besigheid deur die maatskappy. Die partye het egter 'n skikking bereik ingevolge waarvan die bank 'n bedrag aan die likwidateurs oorbetaal het en die likwidateurs onder andere in ruil onderneem het om die saak terug te trek en geen voordeel te ontvang uit hoofde van enige geding wat deur enige ander party op grond van die beweerde deelname aan die bedrieglike dryf van besigheid ingestel sou word nie. 'n Skuldeiser van die maatskappy was ongelukkig met die skikking en het reeds voor die finalisering daarvan kennis gegee dat hy persoonlik sou voortgaan om 'n eis vir die volle omvang van sy skuld teen die bank in te stel. Toe hy daad by woord voeg en onder andere 'n aansoek ingevolge artikel 332 teen die bank bring, het die bank die hof genader en gevra dat die eis geskrap word aangesien 'n redelike eisoorsaak ontbreek.

---

91 *Re Cyona Distributors Ltd* 1967 1 All ER 281 287C-G.

92 1967 1 All ER 281. Sien ook Farrar "Corporate insolvency and the law" 1976 *JBL* 214; Farrar "Fraudulent trading" 1980 *JBL* 336.

93 *Re Cyona Distributors Ltd* 1967 1 All ER 281 284C: "...[W]hen an application is made by a liquidator, the court will usually order the sum to go into the general assets, ... but I do not think that it is bound to do so. Certainly when an application is made by a creditor who has been defrauded, the court has the power, I think, to order the sum to be paid to that creditor ... No doubt, however, the creditor should always be made a party to the proceedings: so that interests of the other creditors can be safeguarded."

94 1978 2 All ER 49.

95 *Re Gerald Cooper Chemicals* 1978 2 All ER 49 54D-F. Sien Davies "Fraudulent trading" 1978 *JBL* 180 vir 'n bespreking van hierdie uitspraak.

96 1993 BCLC 872.

'n Kernvraag wat die hof moes beantwoord het gehandel oor die bestemming van die eisbedrag. Indien die eisbedrag die likwidateurs moes toeval, sou hulle ingevolge die skikkingsooreenkoms nie die bedrag kon aanvaar nie. In so 'n geval sou die eis futiel wees en moes dit deur die hof geskrap word. In sy uitspraak het Lindsay J die *Cyona*-uitspraak ontleed. Aangesien die meerderheidsopmerkings in die *Cyona*-uitspraak rakende die reg van die hof om betaling aan 'n skuldeiser te laat toeval, *obiter* was, het die Lindsay J bevind dat hy nie daardeur gebind was nie. Hy het gevolglik, in navolging van Russel LJ, tot die gevolgtrekking gekom dat die opbrengs van 'n bevel ingevolge artikel 332 die likwidateur en die insolvente boedel toeval, vir *pari passu* verdeling onder alle skuldeisers. Die eis van die individuele skuldeiser is gevolglik geskrap.

Die argumente in die debat rakende die bestemming van die opbrengs berus in 'n groot mate op tegniese interpretasies van die bewoording van artikel 332. Dit is egter belangrik om perspektief te behou ten aansien van die breër implikasies van altwee standpunte. Indien individuele skuldeisers die reg sou hê om aansoeke ingevolge die bepaling te bring en die voordeel daaruit te trek, kan dit die likwidasieproses vertraag weens onsekerheid oor die uiteindelike grootte van 'n skuldeiser se eis. Dit kan ook aanleiding gee tot 'n wedloop onder skuldeisers om eerste voordeel te trek uit 'n bevel. Hierdie gevolge was so negatief dat 'n sterk standpunt ontwikkel het dat die geld die insolvente boedel moet toeval.

Die gevolge van laasgenoemde standpunt is egter ook nie deurgaans positief nie. Die slagoffers van die bedrieglike dryf van besigheid het nie 'n sterker reg op die opbrengs ingevolge die bevel as die ander skuldeisers wat nie mislei is nie. Hierdie benadering stroop die bepaling van sy remediërende karakter, aangesien 'n bevel die onbenadeelde skuldeisers ook bevoordeel. Waar die bedrag ingevolge die bevel bepaal word met verwysing na die betrokke skulde wat bedrieglik opgeloop is, sou die slagoffers van die bedrog volle of substansiële[97] skadevergoeding kon ontvang, indien hulle die enigste bevoordeeldes van die bevel was. Waar daardie bedrag met al die ander skuldeisers gedeel moet word, word 'n kleiner gedeelte van hulle skade deur die bevel vergoed. Dit sou ook kon impliseer dat elkeen van daardie skuldeisers 'n individuele aksie vir die restant teen die oortreders moet instel.[98] In so 'n geval sal die wedloopgevolge van private aksies deur skuldeisers waarteen hierdie skool van denke waarsku, maar bloot net uitgestel word tot hierdie fase.

Dit blyk, met respek, administratief sinvol te wees om die likwidateur 'n sentrale rol

97 Die kostes verbonde aan die likwidasieproses kan die bedrag wat vir verdeling beskikbaar is, verminder.

98 Sien *Re Esal (Commodities) Ltd London and Overseas (Sugar) Co Ltd v Punjab National Bank* 1993 BCLC 872 884 vir ondersteunende argumente in hierdie verband.

in die aansoek te laat speel. Ruimte moet egter vir geordende private aksies geskep word, indien die likwidateur of die meerderheid van skuldeisers nie belangstel daarin om teen die betrokke persone op te tree nie. Dit is verder duidelik dat die aard van die bevel problematies is, aangesien die sanksionerende karakter van die bepaling die remediërende effek daarvan belemmer.

2.2.10 Strafregtelike aanspreeklikheid

Die reikwydte van die misdryf wat deur die artikel geskep word, het 'n aantal jare lank 'n geskilpunt en 'n bron van teenstrydige uitsprake[99] gevorm, totdat die geskil gesaghebbend deur 'n uitspraak van die *House of Lords*[100] bygelê is. Die belangrikste vraagstuk was of die misdryf *fraudulent trading* gepleeg kon word in omstandighede waar die maatskappy nie gelikwideer is nie. Hierdie probleem is geskep deur die konteks waarin die strafbepaling verskyn het.

Volgens die eerste subartikel van die bepaling moet die gewraakte feite tydens die likwidasie van die maatskappy blyk, alvorens die betrokke individue persoonlik aanspreeklik gestel kan word.[101] Indien die feite dus tydens die normale en suksesvolle dryf van 'n maatskappy se besigheid ontdek word, kan niemand kragtens hierdie artikel persoonlik aanspreeklik gestel word nie. Die derde subartikel verklaar bloot dat die optrede wat in die eerste subartikel omskryf is, 'n misdryf is. Hierdie subartikel het egter nie verwys na die vereiste dat die betrokke feite tydens die likwidasie van die maatskappy aan die lig moet kom nie.[102]

Volgens sommige howe se interpretasie van hierdie subartikel, kon 'n persoon dus te eniger tyd strafregtelik vir sy bedrog aanspreeklik gehou word, maar kon hy slegs persoonlike aanspreeklikheid kragtens hierdie artikel oploop, indien sy bedrog tydens likwidasie geblyk het.[103] Hierdie standpunt is egter nie allerweë

---

99 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962] "Memorandum by the Board of Trade" *Minutes of evidence taken before the Company Law Committee* 1605. Sien ook *R v Rollafson* 1969 2 All ER 833; *R v Schildkamp* 1969 2 All ER 835; *DPP v Schildkamp* 1971 AC 1 13D: "The case [*DPP v Schildkamp*] is of obvious importance, as we are told indictments had been framed in this form for many years and that many people were in prison following on convictions under this subsection."

100 *DPP v Schildkamp* 1971 AC 1.

101 A 332(1) van die *Companies Act* 1948.

102 A 332(3) van die *Companies Act* 1948: "Where any business of a company is carried on with such intent or for such purpose as is mentioned in subsection (1) of this section, every person who was knowingly a party to the carrying on of the business in manner aforesaid, shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding two years or to a fine not exceeding five hundred pounds or to both."

103 Sien *R v Rollafson* 1969 2 All ER 833; *R v Schildkamp* 1969 2 All ER 835.

aanvaar nie.[104]

In 1971 het die aangeleentheid voor die *House of Lords* in *DPP v Schildkamp*[105] gedien. In die uitspraak het die konteks van die subartikel, veral die verband tussen die eerste en die derde subartikel en die feit dat die totale bepaling geplaas was saam met ander bepalings wat met likwidasiemisdrywe handel, die deurslag gegee. Die meerderheid het bevind dat die bepaling nie 'n wye, selfstandige misdryf daarstel nie, maar gekoppel is aan die likwidasie van die maatskappy.[106] Slegs indien die feite tydens likwidasie aan die lig gebring word, kon die betrokke partye dus strafregtelik vir *fraudulent trading* vervolg word. Hierdie beperking op die misdryf is uiteindelik in 1981 verwyder deur die *Companies Act* 1981.[107]

2.3 Die verdere ontwikkeling van die statutêre bepaling

2.3.1 Die Jenkins-komitee

In 1960 is die Jenkins-komitee aangestel om ondersoek in te stel na moontlike wysigings aan die *Companies Act* 1948 en ander verbandhoudende wetgewing.[108] Twee spesifieke voorleggings oor die herbewoording van artikel 332 is aan die komitee gemaak.

Die *Institute of Chartered Accountants in England and Wales* het aangevoer dat die wetgewing onvoldoende is om direkteure te ontmoedig om voort te gaan met die dryf van besigheid, waar hulle weet dat die maatskappy nie in staat sal wees om sy skulde terug te betaal nie. Hulle het daarop gewys dat artikel 332 opset vereis alvorens aanspreeklikheid kan volg en dat dit moeilik is om sodanige opset te bewys, al is die skulde roekeloos opgeloop.[109] Hulle het aanbeveel dat die bepaling gewysig moet word om die hof die bevoegdheid te gee om 'n bevel uit te

104 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962] "Memorandum by the Board of Trade" *Minutes of evidence taken before the Company Law Committee* 1605.

105 *DPP v Schildkamp* 1971 AC 1. Sien ook *R v Kemp* 1988 4 BCC 203.

106 Lord Upjohn het soos volg verklaar *DPP v Schildkamp* 1971 AC 1 26E: "... [M]y opinion ... is that Parliament never intended ... to create an offence capable of prosecution before commencement of the winding up."

107 A 96 van die *Companies Act* 1981. Sien par 2.1 van hierdie hoofstuk vir die teks van die artikel.

108 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962].

109 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962] "Memorandum by the Council of the Institute of Chartered Accountants in England and Wales" *Minutes of evidence taken before the Company Law Committee* 1433: "This section requires fraudulent intent, which it may not be possible to establish even though the directors have incurred debts in a reckless manner."

reik:[110]

> "... that any director or other officer who has been responsible for incurring debts on behalf of the company in a reckless manner shall be liable without any limitation of liability for all or any of the debts or other liabilities so incurred."

Dit is interessant om daarop te let dat die aanbeveling gespruit het uit frustrasie met die maatskappywetgewing rakende kredietverkryging deur misleiding en beperk was tot die oploop van skulde op 'n roekelose wyse.

Die *Board of Trade* het aangevoer dat die konteks van die strafbepaling die indruk wek dat die misdryf slegs vervolg kan word, nadat likwidasie 'n aanvang geneem het. Hulle het aanbeveel dat dit moontlik moet wees om die tipe misdryf te vervolg selfs al is die maatskappy nog besig om aktief handel te dryf.[111]

Op grond van die inligting wat voor hulle geplaas is, het die komitee aanbeveel dat artikel 332 uitgebrei moet word om persone ook aanspreeklik te stel op grond van die roekelose dryf van besigheid. Sodanige optrede moes egter slegs 'n grond vir persoonlike aanspreeklikheid en nie ook vir strafregtelike aanspreeklikheid daarstel nie.[112] Verder is aanbeveel dat likwidasie nie 'n voorvereiste vir die pleeg of vervolging van die misdryf moet wees nie.[113] Geeneen van hierdie aanbevelings is egter in die Companies Act 1967 geïmplementeer nie.[114] Soos reeds uitgewys is die tweede aanbeveling, naamlik die skrapping van die beperking op die misdryf, uiteindelik in die *Companies Act* 1981 verwoord.[115]

---

110 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962] "Memorandum by the Council of the Institute of Chartered Accountants in England and Wales" *Minutes of evidence taken before the Company Law Committee* 1433.

111 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962] "Memorandum by the Board of Trade" *Minutes of evidence taken before the Company Law Committee* 1605.

112 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962] 195: "[S]ection 332(1) should be extended to make directors and others, who have carried on the business of the company in a reckless manner, personally responsible without any limitation of liability, for all or any of the debts or other liabilities of the company, if the Court so declares ... The criminal penalty provided for in section 332(3) should not, however, extend to reckless trading." Sien in die alg Farrar "Corporate insolvency and the law" 1976 *JBL* 214; Farrar "Fraudulent trading" 1980 *JBL* 336 345-346; Williams "Liability for reckless trading by companies: the South African experience" 1984 *International and Comparative Law Quarterly* 684.

113 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962] 195: "[I]t should be made clear that section 332(3) provides a penalty for fraudulent trading where the facts are discovered in other circumstances than in the course of winding up."

114 Farrar "Corporate insolvency and the law" 1976 *JBL* 214 227.

115 A 96 van die *Companies Act* 1981.

2.3.2 "Wrongful trading"

Die maatskappyregtelike bedeling ten aansien van *fraudulent trading* het 'n nuwe fase betree toe 'n aanvullende begrip, *wrongful trading*, deur die *Insolvency Act* 1986 ingevoer is.[116] Hierdie begrip en die uitleg daarvan word regsvergelykend in Hoofstuk 5 bespreek.

3 DIE ROEKELOSE EN BEDRIEGLIKE DRYF VAN BESIGHEID IN DIE SUID-AFRIKAANSE MAATSKAPPYWETGEWING

3.1 Die historiese ontwikkeling van die bepaling

3.1.1 Die Lansdown-kommissie

Die invoering van 'n statutêre verbod op die bedrieglike dryf van besigheid van 'n maatskappy en gepaardgaande persoonlike aanspreeklikheid vir direkteure, is in die dertigjare deur die Lansdown-kommissie[117] aanbeveel.

Die Lansdown-kommissie het hulle ondersoek onderneem teen die agtergrond van die destyds-resente Engelse maatskappywetgewing van 1928 en veral 1929. Hoewel die kommissie ook aandag geskenk het aan maatskappyregtelike ontwikkelinge in Kanada en Nieu-Seeland,[118] het die Engelsregtelike ontwikkelinge die meeste aandag ontvang. In die opstel van die konsepwetsontwerp het die kommissie ook sover moontlik gepoog om die bewoording van die ooreenstemmende Engelsregtelike bepalings na te volg.[119]

Die Lansdown-kommissie het spesifiek aandag geskenk aan die aanspreeklikheid van direkteure vir die bedrieglike dryf van besigheid. Die kommissie het daarop gewys dat die Maatskappywet van 1926 reeds voorsiening gemaak het vir die strafregtelike aanspreeklikheid van persone wat handelinge verrig het in verband met 'n insolvente maatskappy se boedel onder omstandighede waar sodanige handeling 'n oortreding van die insolvensiewetgewing sou uitmaak, indien dit verrig was ten aansien van 'n individu se boedel.[120] Sodanige aanspreeklikheid

116 A 214 van die *Insolvency Act* 1986. Sien die Review Committee on Insolvency Law and Practice *Report* Cmnd 8558 [1982] hfst 44. Sien die bespreking in par 2.2 van Hoofstuk 5.

117 Sien die *Verslag van die Maatskappywetkommissie* UG 45 [1936].

118 Sien die *Verslag van die Maatskappywetkommissie* UG 45 [1936] par 8.

119 *Verslag van die Maatskappywetkommissie* UG 45 [1936] par 11.

120 Sien die besprekings van die relevante bepalings in par 4.3 van Hoofstuk 2 en par 3.5.1

was egter slegs strafregtelik van aard.[121] Ten aansien van moontlike persoonlike aanspreeklikheid, het die kommissie die volgende opgemerk:[122]

> "Die Engelse Maatskappywet, 1929, maak ook voorsiening vir 'n siviele regsmiddel teen 'n direkteur indien dit by die likwidasie van 'n maatskappy blyk dat die besigheid van die maatskappy gedryf is met die doel om krediteure of iemand anders te bedrieg of vir ander bedrieglike doeleindes ... Dis aan ons voorgestel dat so 'n bepaling tot die Uniewet gevoeg behoort te word. Ons gaan akkoord met die voorstel; en die hof behoort gemagtig te word om te kan beveel dat 'n oneerlike direkteur nie as direkteur of bestuurder van enige maatskappy vir sodanige tydperk as wat die hof mag voorskryf sal optree nie."[123]

Dit wil voorkom asof die kommissie so sterk op internasionale ontwikkelings en veral die Engelsregtelike posisie gefokus het, dat daar nie ag geslaan is op die gemeenregtelike posisie in Suid-Afrika nie. Reeds vyftien jaar voor die Lansdown-kommissie se verslag uitgebring is, het die Transvaalse volbank in *Orkin Bros Ltd v Bell*[124] direkteure van 'n maatskappy persoonlik aanspreeklik gestel vir skulde wat hulle maatskappy in die loop van die bedrieglike dryf van besigheid opgeloop het.[125] Indien die kommissie wel die bestaan van die gemeenregtelike remedies verreken het, sou 'n verwysing na die samehang tussen die voorgestelde statutêre en die bestaande gemeenregtelike remedie verwag kon word. Dit ontbreek egter. Die vermoede dat die gemeenregtelike posisie nie na behore verreken is nie, word versterk deur die parlementêre kommentaar oor die betrokke artikel in die voorgestelde wysigingswet. In sy inleidende toespraak het

van Hoofstuk 3.

121 *Verslag van die Maatskappywetkommissie* UG 45 [1936] par 139: "Artikel 185 van die Maatskappywet, 1926, bepaal dat as 'n direkteur, bestuurder, sekretaris, of ander beampte van 'n maatskappy, wat kragtens die Wet gelikwideer word of gelikwideer is en nie in staat is of was om al sy skulde te betaal nie, 'n daad gepleeg of versuim begaan het in verband met enige bate, boeke of stukke of besigheid of aangeleenthede van die maatskappy, wat 'n oortreding ingevolge die wet op insolvensie sou uitgemaak het as dit begaan was deur 'n persoon wie se boedel gesekwestreer is, in verband met enige bate, boeke of stukke, besigheid of aangeleenthede van homself of sy boedel, dan is daardie direkteur, bestuurder, sekretaris of ander beampte skuldig aan sodanige oortreding en strafbaar met die strawwe wat daarvoor voorgeskryf is. Dit sal opgemerk word dat daar slegs kriminele aanspreeklikheid is."

122 *Verslag van die Maatskappywetkommissie* UG 45 [1936] par 140 en 141.

123 Op grond van hierdie aanbeveling het die kommissie die volgende artikel in a 86 van hulle konsepwet verwoord: "185*bis*. (1) Indien in die loop van 'n likwidasie van 'n maatskappy blyk dat besigheid van die maatskappy gedryf is met die voorneme om skuldeisers van die maatskappy of skuldeisers van 'n ander persoon te bedrieg, of met enige frauduleuse doel, kan die hof op applikasie van die Meester of die likwidateur of 'n skuldeiser of kontribuant van die maatskappy, as hy dit reg ag om sulks te doen, beslis dat enigeen van die direkteure van die maatskappy, hetsy gewese of teenwoordige, wat wetens medepligtig was daaraan dat die besigheid op die voormelde wyse gedryf is, persoonlik verantwoordelik is sonder beperking van aanspreeklikheid vir alle of sommige van die skulde of ander laste van die maatskappy, soas die hof mag beveel."

124 1921 TPA 92. Sien die bespreking van die uitspraak in par 4.3.1 van Hoofstuk 3.

omstandighede sal die Hof egter daarteen moet waak dat die bevel nie so vaag is dat dit onreëlmatig is nie.[295] Die bevel moet voorts, in ooreenstemming met die aansoek, teen 'n spesifieke persoon of persone gerig wees.[296]

3.2.8.2 *BESTEMMING VAN DIE BEDRAG*

Die presiese bestemming van die opbrengs van die bevel het lank 'n geskilpunt in Engeland gevorm. Die vraag was of die hof kan beveel dat die geld aan die skuldeiser betaal moet word en of dit alleen betaalbaar is aan die maatskappy sodat dit deel uitmaak van die insolvente maatskappyboedel en beskikbaar is vir verdeling onder al die skuldeisers.[297] Soos uitgewys, is in *Re Cyona Distributors Ltd*[298] bevind dat die Engelse howe wel kan gelas dat die bedrag aan 'n spesifieke skuldeiser betaalbaar is, wanneer die aansoek deur daardie skuldeiser gebring word. Hierdie benadering is egter verwerp in *Re Esal (Commodities) Ltd London and Overseas (Sugar) Co Ltd v Punjab National Bank*[299] en daar is bevind dat die geld die insolvente boedel toeval.[300]

Dit blyk implisiet uit enkele uitsprake dat die Suid-Afrikaanse standpunt die *Cyona*-uitspraak navolg en dat die howe gevolglik bereid is om 'n skuldeiser deur 'n bevel te bevoordeel.[301] So 'n standpunt word ondersteun. Die skrywer huldig die mening dat die bepaling 'n remedie moet bied vir die benadeelde skuldeisers en nie bloot 'n meevaller moet daarstel vir skuldeisers wat nie mislei is onder artikel 424-omstandighede nie. Daar word dus aan die hand gedoen dat die heersende Engelsregtelike benadering nie nagevolg moet word nie[302] en dat 'n hof dus die

---

die SA bepaling geld nie. Le Roux R het in die *Cronje*-beslissing daarop gewys dat 'n bevel kragtens a 332(4) van die *Companies Act* 1948 as 'n finale bevel kragtens a 1(g)(1) van die *Bankruptcy Act* 1914 geag is. Aangesien dieselfde reëling nie tav die SA bevel geld nie, het die regter die Engelse gesag in hierdie verband as ontoepaslik tav die SA regsposisie beskou. Sien *Cronje v Stone* 1985 3 SA 597 (T) 604G-I.

295 Blackman *Companies* LAWSA 4.1 [1996] 304.

296 *Joh-Air (Pty) Ltd v Rudman* 1980 2 SA 420 (T).

297 Sien par 2.2.9 van hierdie hoofstuk.

298 1967 1 All ER 281.

299 1993 BCLC 872 884.

300 Sien par 2.2.9 van hierdie hoofstuk.

301 Sien *Dorklerk Investments (Pty) Ltd v Bhyat* 1980 1 SA 443 (W); *Mafikeng Mail (Pty) Ltd v Centner (No 1)* 3 CLD 374 (W) 376; *Mafikeng Mail (Pty) Ltd v Centner (No 1)* 3 CLD 378 (W). Sien ook Williams "Liability for reckless trading by companies: the South African experience" 1984 *International and Comparative Law Quarterly* 684 698. Vir bevoordeling van die maatskappy waar die likwidateur die aansoek bring, sien *Bowman v Sacks* 1985 4 SA 459 (W) en *Fundstrust (Edms) Bpk (in likwidasie) v Marais* 1996 3 All SA 574 (K) 578H.

302 Sien in die alg Havenga "Creditors, directors and personal liability under section 424 of the Companies Act" 1992 *SA Merc LJ* 63 68-69.

keuse moet hê of die bevel 'n skuldeiser of groep skuldeisers moet bevoordeel. So 'n bevoegdheid sal ook meewerk om die konstitusionele problematiek waarop hierbo gewys is, te ondervang.[303]

3.2.8.3 EFFEK VAN DIE BEVEL

Die bevel hef nie die maatskappy se primêre aanspreeklikheid vir die betrokke skuld of die betrokke gedeelte van so 'n skuld op nie.[304] Dit het in effek tot gevolg dat die maatskappy en die betrokke persoon afsonderlik vir die betaling van dieselfde skuld aanspreeklik word. Of die wetgewer bedoel het dat 'n maatskappy wat 'n skuld betaal het, geregtig kan word op 'n bydrae deur die betrokke persone, indien die maatskappy 'n bevel ingevolge artikel 424 verkry, is onseker.[305] Dit is egter hoogs onwaarskynlik dat die aanspreeklikes die reg het om so 'n bydra van die maatskappy te verhaal, op die basis dat hulle gesamentlik vir dieselfde skuld aanspreeklik staan.[306]

'n Bevel ingevolge artikel 424 stel die betrokke persoon bloot aan diskwalifikasie van deelname aan die bestuur van die maatskappy, hetsy as direkteur of in 'n ander hoedanigheid.[307] 'n Skuldigbevinding aan 'n artikel 424-misdryf sowel as 'n aanspreeklikheidsbevel ingevolge artikel 424 bied gronde vir diskwalifikasie ingevolge artikel 219 van die Maatskappywet.[308] Indien dit in die loop van die likwidasie of geregtelike bestuur van 'n maatskappy blyk dat 'n persoon hom skuldig gemaak het aan 'n artikel 424-misdryf kan die hof hom op dieselfde wyse diskwalifiseer, ongeag of hy aan die misdryf skuldig bevind is al dan nie.[309] Die wering van onbedrewe en oneerlike persone uit maatskappybestuur bied 'n belangrike beskermingsmeganisme vir skuldeisers in die algemeen. Dit is gevolglik ongelukkig dat die diskwalifikasieprosedure ingevolge artikel 219 in die praktyk onderbenut word.[310]

---

303 Sien par 3.2.8.1 van hierdie hoofstuk.

304 Sien in die alg Blackman *Companies* LAWSA 4.1 [1996] 295.

305 *Ex parte Lebowa Development Corporation* 1989 3 SA 71 (T) 110C.

306 Sien in die alg De Koker "Gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid in die maatskappye- en beslote korporasiereg" 13 *MED SOR* [1990] 30-43.

307 Die bewoording van a 218 en 219 van die Maatskappywet skep ruimte vir 'n argument dat so 'n bevel 'n persoon nie outomaties diskwalifiseer om as direkteur van 'n maatskappy op te tree nie. Sien in hierdie verband De Villiers "Oortreding van artikel 424(1) gelees met artikels 1, 337, 424(3) en 441(1)(d) van die Maatskappywet 61 van 1973: wetlike diskwalifikasie" 1995 *De Jure* 405.

308 Vgl a 219(1)(a) en (d) van die Maatskappywet.

309 Vgl a 219(1)(c)(i) van die Maatskappywet.

310 Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 123.

3.3 Die invloed van reëlings en skikkings op eise

Daar bestaan tans onduidelikheid oor die presiese invloed van 'n suksesvolle reëling of skikking[311] op die reg om 'n aansoek[312] om persoonlike aanspreeklikheid ingevolge artikel 424 te bring.[313]

'n Skuldeiser se reg om die hof te nader met 'n aansoek ingevolge artikel 424 berus op die betrokke skuld wat die maatskappy aan hom verskuldig is. 'n Skema in hierdie konteks het gewoonlik tot gevolg dat bestaande skuldeisers hulle regte teen die maatskappy aan 'n nuwe skuldeiser sedeer, in ruil vir 'n bedrag geld wat meer is as die likwidasiedividend wat hulle kon verwag uit die maatskappy se insolvente boedel. Die vraag het ontstaan of die bestaande skuldeisers na afhandeling van die transaksie nog steeds die hof kan nader om 'n aanspreeklikheidsbevel ingevolge artikel 424. Eenstemmigheid oor die korrekte antwoord op hierdie vraag ontbreek.

Artikel 311 tot 313 van die Maatskappywet stel die raamwerk vir reëlings en skikkings daar.[314] Artikel 311 maak voorsiening vir 'n prosedure ingevolge waarvan die hof kan beveel dat 'n vergadering van die skuldeisers, die lede van die maatskappy, 'n klas van die skuldeisers en/of 'n klas van die lede byeengeroep word om 'n voorgestelde reëling of skikking te bespreek. Indien 75 persent van die vergadering in getal of stemme, na gelang van die geval, die skikking of reëling ondersteun, kan die hof dit van toepassing maak op al die lede of skuldeisers van die maatskappy of, in die geval waar dit slegs op 'n klas

311 Sien in die alg Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 448; De la Rey *Skikkings in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg* LLD UP [1983]; Getz *Recent developments in South African company law in respect of offers of compromise and schemes of arrangement between a company and its creditors and/or members in terms of section 311 of the Companies Act No 61 of 1973, as amended* LLM UK [1993]; Hambidge & Luiz "Compromise and personal liability under section 424 of the Companies Act: two judicial approaches" 1991 *SA Merc LJ* 123; *Ex parte Kaplan: In re Robin Consolidated Industries Ltd* 1987 3 SA 413 (W); *Ex parte NBSA Centre Ltd* 1987 2 SA 783 (T); *Ex parte Millman: Re Multi-Bou (Pty) Ltd* 1987 4 SA 405 (K); *Ex parte Strydom: In re Central Plumbing Works (Natal) Pty Ltd / Ex parte Spendiff: In re Candida Footwear Manufacturers (Pty) Ltd / Ex parte Spendiff: In re Jerseytex (Pty) Ltd* 1988 1 SA 616 (D); *Namex (Edms) Bpk v Kommissaris van Binnelandse Inkomste* 1994 2 SA 265 (A).

312 Strafregtelike aanspreeklikheid verval nie, wanneer 'n reëling of skikking aanvaar word nie. Vgl bv *Ensor v South Pine Properties (Pty) Ltd* 1978 2 SA 755 (N) 770H; *Singer v MJ Greeff Electrical Contractors (Pty) Ltd* 1990 1 SA 530 (W) 534F-G.

313 Sien in die alg Anoniem "Section 424 of the Companies Act - a useful weapon" 1988 *SA Accountancy* 71; *Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd* 1990 4 SA 59 (W); *Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler* 1990 2 SA 411 (K).

314 Sien in die alg De la Rey *Skikkings in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg* LLD UP [1983]; Getz *Recent developments in South African company law in respect of offers of compromise and schemes of arrangement between a company and its creditors and/or members in terms of section 311 of the Companies Act No 61 of 1973, as amended* LLM

skuldeisers en/of lede van toepassing is, op al die lede van daardie betrokke klas.

Aangesien hierdie skemas in die verlede misbruik was om aan persoonlike aanspreeklikheid te ontkom,[315] is artikels 311(4) en (5) op aanbeveling van die Van Wyk de Vries-kommissie in die Maatskappywet geïnkorporeer.[316] Waar die reëling of skikking voorsiening maak vir die opheffing van 'n likwidasiebevel ten aansien van die betrokke maatskappy of vir die ontbinding van die maatskappy sonder likwidasie, bepaal artikel 311(4) dat die likwidateur van die maatskappy 'n verslag by die Meester moet indien rakende moontlike strafregtelike[317] en persoonlike aanspreeklikheid van die huidige of voormalige direkteure of beamptes van die maatskappy.[318] Die Meester, op sy beurt, lê dan 'n verslag aan die hof voor. Artikel 311(5) vereis van die hof om die Meester se verslag in aanmerking te neem in die besluit om die reëling of skikking goed te keur.[319]

Die Van Wyk de Vries-kommissie het voorts aanbeveel dat die betrokke bepaling uitgebrei moet word ten einde dit duidelik te stel dat persoonlike aanspreeklikheid vir die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid nie beïnvloed word deur 'n reëling of skikking nie.[320] Hierdie aanbeveling is ongelukkig nie in die Wet geïmplementeer nie.[321] Die regsonsekerheid wat ontstaan het uit die nie-navolging van hierdie aanbeveling, blyk duidelik uit die teenstrydige uitsprake in *Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler*[322] en *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments*.[323]

UK [1993].

315 Sien par 3.1.3 van hierdie hoofstuk.

316 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 [1970] par 44.28: "Ons beveel aan ... dat artikels 103 en 103 *bis* so gewysig word dat die hof by die goedkeuring van 'n skikking of reëling nie 'n likwidasie- of geregtelike bestuursbevel moet ophef nie tensy die likwidateur of geregtelike bestuurder gerapporteer het of enige direkteur blyk aanspreeklik te wees ingevolge artikels 184 of 185 *bis* of nie, *en dat sodanige aanspreeklikheid nie deur die skikking of reëlings geraak sal wees nie* ..." [eie kursivering]. Vir kritiek op die huidige reëling, sien De la Rey *Skikkings in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg* LLD UP [1983] 377-379.

317 A 400(2) van die Maatskappywet.

318 Vgl a 311(4) van die Maatskappywet.

319 Sien *Ensor v South Pine Properties (Pty) Ltd* 1978 2 SA 755 (N) vir 'n geval waar die hof bereid was om 'n skema goed te keur al het dit geblyk dat daar moontlike onreëlmatighede in die bestuur van die maatskappy was.

320 Sien par 3.1.3 van hierdie hoofstuk vir 'n bespreking van die aanbevelings.

321 Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Aanvullende verslag* RP 31 [1972] 253-254.

322 1990 2 SA 411 (K).

323 1992 2 SA 95 (W). Sien ook *Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd* 1990 4 SA 59 (W) 83D-E.

3.3.1 Die Pressma-uitspraak

In *Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler*[324] is die Kaapse Hof gekonfronteer met die dilemma van 'n minderheidskuldeiser wat hom gebonde gevind het aan 'n skikking. Die skema het basies behels dat die skuldeisers se eise teen die maatskappy verval het en beperk is tot die aanbod soos uiteengesit in die skikking. Hoewel *Pressma Services (Edms) Bpk* (*Pressma*), 'n minderheidskuldeiser, teen die skikking gestem het, het die voorstel die nodige ondersteuning van die ander skuldeisers ontvang en is dit later deur die hof goedgekeur. *Pressma* het homself gevolglik teen sy sin gebonde gevind aan die skikking.

Na goedkeuring van die skikking het *Pressma* 'n aansoek kragtens artikel 424 gebring ingevolge waarvan die hof versoek is om die voormalige direkteure van die maatskappy persoonlik aanspreeklik vir die skulde van die maatskappy te stel. Die direkteure het die eis teengestaan op die basis dat *Pressma* na goedkeuring van die skikking nie meer 'n skuldeiser van die maatskappy was nie en gevolglik nie *locus standi* gehad het om so 'n aansoek te bring nie. Hierdie regsvraag moes *in limine* beantwoord word.

Die Hof het eerstens die moontlikheid ondersoek of die skikking die skuldeiser outomaties van sy reg om die aansoek te bring, ontneem het. Die Hof het bevind dat hierdie reg nie outomaties verval het nie. Hierdie bevinding was gegrond op drie oorwegings.

In die eerste plek het die Hof aansluiting gevind by die feit dat artikel 311 slegs 'n verslag rakende die persoonlike aanspreeklikheid van huidige en voormalige direkteure en beamptes vereis. Die aanspreeklikheid ingevolge artikel 424 strek veel wyer as net direkteure en beamptes van 'n maatskappy. Indien die goedkeuring van 'n reëling of skikking die persoonlike aanspreeklikheid van alle partye sou ophef, het die Hof geredeneer, sou die wetgewer tog ook 'n verslag ten aansien van alle partye en nie net ten aansien van die direkteure en beamptes vereis het nie.[325] Die verslag word ook net vereis waar die skema voorsiening maak vir die opheffing van die likwidasiebevel of die ontbinding van die maatskappy sonder likwidasie. Indien 'n skema dus nie een van hierdie gevolge inhou nie, word 'n verslag nie vereis nie.

Die Hof het in die tweede plek geoordeel dat dit ondenkbaar is dat die wetgewer sy doelstellings met artikel 424 deur 'n skema sou laat frustreer, te meer aangesien 'n skema van toepassing gemaak kan word op minderheidskuldeisers

324 1990 2 SA 411 (K).

wat die aanvaarding van die skema teenstaan. In die derde plek het die Hof verwys na artikel 311(3) wat uitdruklik bepaal dat reëlings en skikkings nie die aanspreeklikheid van 'n persoon wat 'n borg van die maatskappy is, wysig nie. Die borg bly statutêr aanspreeklik, ongeag die sanksionering en implementering van die skema. In die lig van die uitdruklike behoud van die borgaanspreeklikheid, het die Hof geredeneer, sou die wetgewer tog nie bedoel het dat die skuldeisers hulle regte ingevolge artikel 424 verloor nie.[326]

Na sy bevinding dat die goedkeuring van 'n skema nie *ipso iure* die regte van skuldeisers kragtens artikel 424 aantas nie, het die Hof die vraag ondersoek welke skuldeiser die *locus standi* het om 'n hof ingevolge artikel 424 te nader. Hierdie antwoord hang af van die definisie wat aan "skuldeiser" gekoppel word. "Skuldeiser" kan verwys na 'n persoon wat as sodanig kwalifiseer wanneer die hof genader word met 'n aansoek ingevolge artikel 424 ["nuwe skuldeiser"] of na 'n persoon wat 'n skuldeiser was voor goedkeuring van die skema ["bestaande skuldeiser"].[327]

Die Hof het bevind dat die bedoeling van die wetgewer met artikel 424 is om die persone wat deelgeneem het aan die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid, persoonlik aanspreeklik te stel en om 'n effektiewe remedie vir skuldeisers daar te stel. Indien "skuldeiser" as "nuwe skuldeiser" uitgelê word, beteken dit dat die bestaande skuldeisers van die maatskappy van 'n effektiewe remedie ontneem sal word.[328] Die Hof het gevolglik geoordeel dat "skuldeiser" ook bestaande skuldeisers insluit en dat 'n bestaande skuldeiser gevolglik na goedkeuring van 'n skema *locus standi* behou om 'n aansoek ingevolge artikel 424 te bring:[329]

> "I am accordingly of the view that the words 'creditor ... of the company' in s 424(1) must be construed so as to include a person in respect of whom there was an existing indebtedness at the time when the compromise is sanctioned. In the light of the aforegoing, it follows that the further possibility put to counsel, viz that the right conferred upon creditors by s 424(1) passes to the offeror upon the compromise being sanctioned and implemented, falls away. As I have held, the right continues to vest in the creditor."

---

325 *Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler* 1990 2 SA 411 (K) 416C-H.

326 *Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler* 1990 2 SA 411 (K) 418B-D.

327 *Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler* 1990 2 SA 411 (K) 417B-E.

328 *Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler* 1990 2 SA 411 (K) 417G: "The second object, however, would in my view not be attained if the remedy provided by the subsection were to be lost to creditors for, in the final analysis, it is to them that the debts of the company in respect of which personal liability is created by the subsection are owed." Dit blyk nie uit hierdie frase of die regter oorweging geskenk het aan die alternatief nie, nl dat die reg aan die skuld bly kleef en waar die skulde ingevolge die skema gesedeer word, die sedent die reg verkry om die aansoek te bring.

329 *Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler* 1990 2 SA 411 (K) 418E-F.

Die resultaat van die Hof se bevindings was dat die vraag *in limine* in die guns van die applikant beslis is en dat die geskil vir verhoor verwys is.

3.3.2 Die Re Carbon Developments-uitspraak

Dieselfde vraagstuk het na vore gekom in *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (in liquidation)*.[330] In hierdie uitspraak is egter bevind dat 'n skema wel 'n skuldeiser van sy regte ingevolge artikel 424 kan ontneem.[331]

Stegmann R het daarop gewys dat artikel 424-aanspreeklikheid slegs toepaslik is waar die maatskappy skulde of ander verpligtinge het. Waar 'n reëling of skikking tot gevolg het dat al die skulde en verpligtinge van die maatskappy uitgewis word, kan artikel 424 nie meer aangewend word nie, want die maatskappy het nie meer skulde of verpligtinge waarvoor die betrokke persone aanspreeklik gestel kan word nie. Indien die skulde behoue bly, maar deur die bestaande skuldeisers aan die nuwe skuldeisers gesedeer word, het Stegmann R bevind dat die reg om 'n aansoek ingevolge artikel 424 te bring, normaalweg op die nuwe skuldeisers sal oorgaan as aanvullende reg tot die eise wat gesedeer is.[332] Indien die skuldeiser reeds 'n verklaring van persoonlike aanspreeklikheid ingevolge artikel 424 verkry het, kan hy sy eis teen die maatskappy ingevolge artikel 311 kompromitteer sonder om sy regte ingevolge artikel 424 te skaad. Wanneer hy daardie regte egter afdwing, moet hy die voordele wat hy ingevolge die skema verkry het in berekening bring ten einde dubbele verhaling en verryking te verhoed. In effek kom dit daarop neer dat enige bedrag wat die skuldeiser ingevolge 'n artikel 311-skema ontvang, sy hoofeis teen die maatskappy verminder en gevolglik sy vorderingsregte kragtens artikel 424 ook verminder.

Die implikasie van bogenoemde benadering is dat 'n skuldeiser sy reg om die hof ingevolge artikel 424 te nader, kan verloor. Gevolglik moet hierdie reg deeglik ondersoek word en moet 'n omvattende verslag aan die skuldeisers voorgelê

---

330 1992 2 SA 95 (W). Sien ook *Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd* 1990 4 SA 59 (W) 83D-E waar Stegmann R van die standpunt uitgegaan het dat die voorgestelde skema daartoe sou lei dat die skuldeisers vir 'n paar sent in die rand al hulle eise aan die voorsteller van die skema sou sedeer en dat dit hulle effektief sou ontneem van die moontlikheid om die persoonlike aanspreeklikheid van die direkteure en beamptes op te volg.

331 Stegmann R is in die uitspraak gekonfronteer met 'n argument wat gebaseer was op 'n liberale interpretasie van die *Pressma*-uitspraak, nl dat die Kaapse Hof bevind het dat 'n skuldeiser se regte ingevolge a 424 nie vatbaar was vir uitwissing, skikking of vervreemding ingevolge 'n skema nie. Vgl *Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd* 1990 4 SA 59 (W) 105E.

332 *Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd* 1990 4 SA 59 (W) 108C-D.

word, alvorens die skuldeisers daaroor kan besluit.[333]

3.3.3 Die Appèlhof se standpunt

Appèl is aangeteken teen Stegmann R se beslissing en die Appèlhof is die geleentheid gebied om die regsonsekerheid ten aansien van hierdie vraagstuk te beëindig.[334] In die argumentasie voor die Appèlhof was die regsverteenwoordigers en die *amici curiae* dit eens dat die goedgekeuring van 'n skema ingevolge artikel 311 nie 'n hof verhoed om 'n verklaring ingevolge artikel 424 te maak nie. Ooreenkomstig die *Pressma*-benadering is geargumenteer dat "skulde" ingevolge artikel 424 verwys na die skulde wat deur die onregmatige optrede opgeloop is en nie noodwendig na die skulde wat nog uitstaande was op die stadium toe die aansoek gebring is nie.[335]

Die Appèlhof het die vraagstuk as interessant en ingewikkeld bestempel, maar het dit in die lig van die benadering wat die Hof ten aansien van die spesifieke aangeleentheid gevolg het, onnodig gevind om oor die korrektheid van die argumentasie te beslis. Vir doeleindes van die beslissing het die Appèlhof egter aangeneem dat die goedkeuring van 'n skikking, die reg van 'n skuldeiser tot 'n remedie ingevolge artikel 424 sal uitsluit.[336]

'n Gulde geleentheid om klarigheid rakende hierdie vraagstuk te bewerkstellig, het sodoende verbygegaan.

3.3.4 Perspektiewe

Die basiese vraag wat hierdie debat onderlê is of enige regte ingevolge artikel 424 kan verval by goedkeuring van 'n skema.

In die *Pressma*-uitspraak is beslis dat sodanige regte nie aangetas word nie, terwyl Stegmann R in *Carbon Developments* beslis het dat 'n skema sodanige regte kan laat verval. Die *Pressma*-uitspraak is gelewer ten aansien van 'n spesifieke skema, waar 'n bevinding tot die teendeel baie onregverdig sou gewees het ten aansien van die spesifieke applikant. Algemene beginsels moet

333 *Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd* 1990 4 SA 59 (W) 109A-G.

334 *Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd* 1993 1 SA 493 (A).

335 Sien *Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd* 1993 1 SA 493 (A) 501F-G.

336 *Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd* 1993 1 SA 493 (A) 501H. Hoewel die Appèlhof nie uitdruklik sy stelling beperk het nie, word in oorweging gegee dat hier alleen gehandel word met 'n skikking wat tot gevolg het dat die skulde van 'n maatskappy uitgewis word.

dus met groot versigtigheid uit hierdie uitspraak afgelei word. Die algemeen-onderliggende beginsels het, aan die ander kant, spesifieke aandag ontvang in die *Carbon Developments*-uitspraak en die slotsom van hierdie uitspraak kom gevolglik beter gefundeer voor.[337]

Daar word in oorweging gegee dat 'n skema noukeurig ondersoek moet word ten einde die effek wat dit op regte ingevolge artikel 424 het, te bepaal. Indien die skema al die verpligtinge van die maatskappy laat verval, behoort die reg om stappe ingevolge artikel 424 te neem, ook te verval. 'n Persoon kan ingevolge artikel 424 slegs aanspreeklikheid oploop vir "skulde of ander verpligtinge" van die maatskappy. Waar 'n skema tot gevolg het dat al die skulde of verpligtinge van die maatskappy tot niet gaan, kan artikel 424 dus nie meer aangewend word nie.

Waar 'n skema egter nie al die skulde van die maatskappy ophef nie, bly die regte ingevolge artikel 424 behoue. Die volgende belangrike vraag is wie oor hierdie regte beskik. In die *Pressma*-uitspraak is bevind dat die bestaande skuldeisers sodanige regte behou. In hierdie uitspraak is die hof egter gekonfronteer met 'n ongelukkige feitekompleks waar 'n bevinding tot die teendeel 'n minderheidskuldeiser teen sy sin van sy regte sou ontneem. Stegmann R het, aan die ander kant, die voordeel gehad dat hy die aangeleentheid in beginsel kon bespreek. Hy het op sy beurt bevind dat die regte ingevolge artikel 424 as aanvullende reg tot die skulde van die maatskappy noodwendigerwys op die nuwe skuldeiser moet oorgaan, wanneer die bestaande skuldeisers al hulle eise teen die maatskappy aan die nuwe skuldeiser sedeer. Stegmann R se benadering skyn op hierdie punt beter gefundeer te wees.

Die algemene gevolge van die regsreëls kan egter gewysig word deur 'n uitdruklike reëling tot die teendeel tussen die partye tot die skema. Ten einde vas te stel wat die regsposisie in 'n gegewe geval is, moet die bewoording en inkleding van die betrokke skema gevolglik oorweeg word. In sommige skemas word by ooreenkoms bepaal wie die reghebbendes sal wees.[338] Indien die skema egter daaroor swyg en al die eise van skuldeisers aan die nuwe skuldeiser gesedeer word, behoort die regte ingevolge artikel 424 noodwendigerwys op die nuwe skuldeisers oor te gaan. 'n Redenasie tot die teendeel kan aanleiding gee tot 'n dubbele verhaalsreg: die bestaande skuldeisers sal oor 'n reg beskik om 'n verdere dividend op hulle eise ingevolge 'n artikel 424-bevel te verhaal, terwyl die nuwe skuldeisers die onderliggende gesedeerde eise teen die maatskappy kan

337 Vir ondersteuning van die *Carbon Developments*-benadering, sien Blackman *Companies* LAWSA 4.1 [1996] 298.

338 Sien bv die skema in *Carlkim (Pty) Ltd v Shaffer* 1986 3 SA 613 (N) 620H: "No creditor shall be deemed to have lost or given up his rights to proceed under s 424 of the Companies Act against me or any other person liable under the said section in respect of the balance

afdwing. Statutêre riglyne rakende die voorkoming van verryking waar die bestaande skuldeisers voor sessie 'n bevel ingevolge artikel 424 verkry het, ontbreek. Die voorstel van Stegmann R rakende die verrekening van voordele in sodanige omtandighede blyk billik te wees. Waar die voorwaardes van die skema nie sodanige verrekening reël nie, sal 'n verpligting tot verrekening egter moeilik in die Maatskappywet ingelees kan word.[339]

Die debat het tans nog nie 'n bevredigende konklusie bereik nie en regsekerheid ontbreek. Die Appèlhof se afwysing van die geleentheid om die verskille in die *Carbon Developments*-uitspraak te beredder, bring teweeg dat 'n statutêre bepaling in hierdie verband vereis word. So 'n bepaling behoort die voortbestaan van regte ingevolge artikel 424 te reël.[340]

Daar word in oorweging gegee dat dit nie werklik van fundamentele belang is of so 'n bepaling die reg om 'n aansoek ingevolge artikel 424 te bring aan die nuwe skuldeisers of aan die bestaande skuldeisers toeken nie. Al wat basies nodig is, is dat daar ten tyde van die onderhandeling van die skema regsekerheid bestaan oor welke partye oor die reg beskik. Indien daar duidelikheid daaroor bestaan, sal markkragte teweegbring dat dit verreken word in die skikkingsaanbod wat gemaak word. Indien die nuwe skuldeiser die reg verkry, behoort die moontlike sukses van so 'n eis weerspieël te word in die bedrag wat aan bestaande skuldeisers aangebied word. Dieselfde markkragte sal die aanbod afwaarts beïnvloed, indien die bestaande skuldeisers daardie reg behou. In die lig van die Van Wyk de Vries-kommissie se aanbevelings in hierdie verband, word voorgestel dat artikel 311 bloot uitgebrei word met 'n subartikel wat bepaal dat 'n skema nie outomaties bestaande skuldeisers van hulle regte ingevolge artikel 424 ontneem nie.

Ongeag 'n statutêre reëling in hierdie verband, rus daar 'n belangrike verpligting op howe om streng te waak oor die billikheid van skemas. Waar skuldeisers oor 'n reg ingevolge artikel 424 beskik en 'n skema die minderheidskuldeisers teen hulle sin van hulle regte in hierdie verband sal ontneem, moet 'n hof die partye se regsposisies versigtig opweeg, alvorens die skema gesanksioneer word.[341] Noukeurige aandag behoort ook geskenk te word aan die effek van 'n skema op enige regte ingevolge artikel 424 ten einde te verseker dat billike reëlings rakende

---

of his claim ...".

339 Vgl *Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd* 1990 4 SA 59 (W) 108D-G.

340 Vgl Hambidge & Luiz "Compromise and personal liability under section 424 of the Companies Act: two judicial approaches" 1991 *SA Merc LJ* 123 128.

341 Vgl *Ensor v South Pine Properties (Pty) Ltd* 1978 2 SA 755 (N). Sien De la Rey *Skikkings in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg* LLD UP [1983] 340-341 vir voorbeelde van gevalle waar die hof met groter omsigtigheid te werk kon gaan.

verrekening en ander relevante aspekte getref is.

3.4 Artikel 424 as voorbeeld van ontsluiering

Die aanspreeklikheid ingevolge artikel 424 word soms bestempel as 'n voorbeeld van die statutêre ontsluiering van 'n maatskappy.[342] In die bespreking van ontsluiering in Hoofstuk 3[343] is daarop gewys dat persoonlike aanspreeklikheid vir die skulde van die maatskappy kan volg in die gevalle waar die maatskappy ontsluier word.[344] Dit is dus duidelik dat die gevolge van 'n aanspreeklikheidsbevel ingevolge artikel 424 en die gevolge van die ontsluiering van 'n maatskappy kan ooreenstem. Die aanspreeklikheid ingevolge artikel 424 kan egter nie bloot geklassifiseer word as 'n voorbeeld van die ontsluiering van die maatskappy nie, aangesien ontsluiering nie 'n volledige verklaring bied vir die aanspreeklikheid ingevolge die bepaling nie.

Ontsluiering van die maatskappy lei klassiek tot die persoonlike aanspreeklikheid van daardie persone wat andersins die beskerming van die skild van regspersoonlikheid sou geniet het.[345] Die persone wat hierdie beskerming geniet, is primêr die lede en sekondêr die beheerders van die maatskappy. Ontsluiering behels gevolglik die aanspreeklikheid van persone wat in hierdie kategorieë geplaas kan word. Aanspreeklikheid ingevolge artikel 424 strek egter verder en omvat ook buitestanders wat deelgeneem het aan die dryf van die besigheid van die maatskappy op 'n roekelose of bedrieglike wyse. 'n Buitestander soos 'n skuldeiser, ouditeur of bank van die betrokke maatskappy kan dus ingevolge die artikel aanspreeklik gestel word vir die skulde van die maatskappy. Hierdie persone sal nie in die gewone loop van sake aanspreeklikheid oploop as die maatskappy ontsluier word nie. Hierdie persone se aanspreeklikheid vloei voort uit hulle deelname aan die onregmatige dryf van besigheid en hulle aanspreeklikheid kan gevolglik gemakliker op deliktuele gronde as op grond van

342 Sien bv Fourie "Roekelose of bedrieglike dryf van besigheid - artikel 424 van die Maatskappywet 61 van 1973" 1980 *THRHR* 328: "'n Voorbeeld van die statutêre miskenning van die maatskappy as regspersoon word gevind in artikel 424 van die Maatskappywet 61 van 1973." Sien ook Gower *Gower's Principles of modern company law* [1992] 110 ev. Die siening word ook in Nieu-Seelandse uitsprake aangetref. Vgl tav van soortgelyke bepalings *Thompson v Innes* 1985 2 NZCLC 99463 99470-99471 en *Re Petherick Exclusive Fashions Ltd (In liquidation)* 1987 3 NZCLC 99946 99957.

343 Sien par 3.1 van Hoofstuk 3 ev.

344 Vgl *Botha v Van Niekerk* 1983 3 SA 513 (W); *Atlas Maritime Co SA v Avalon Maritime Ltd; The Coral Rose (No 1)* 1991 4 All ER 769 779g; *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1993 2 SA 784 (K) 819A; *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A). Sien die bespreking in par 3.1 van Hoofstuk 3 ev.

345 Sien par 3.1 van Hoofstuk 3 ev.

ontsluiering verklaar word.[346] Die unieke aard van die statutêre aanspreeklikheid ingevolge artikel 424 het egter tot gevolg dat hulle aanspreeklikheid nie bloot as deliktueel bestempel kan word nie.[347]

3.5 Artikel 424 as kodifiserend van gemeenregtelike remedies

In *Food and Nutritional Products (Pty) Ltd v Neumann*[348] is die volgende stelling opsommenderwys oor artikel 424 gemaak:[349]

> "The effect of the aforegoing is that s 424 must be construed as comprising a single remedy in respect of a common law right (relating to fraud) and a statutory right (relating to recklessness) against the persons contemplated therein. The common law right was codified to the extent it was enacted in the provision and the statutory right was created therein."

Die stelling dat artikel 424 die gemeenregtelike remedie ten aansien van bedrog gekodifiseer het, kan egter betwyfel word.

'n Eiser wat 'n aansoek ingevolge artikel 424 bring, moet aantoon dat die betrokke persone wetens deelgeneem het aan die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid van die maatskappy, maar het nie nodig om skade of benadeling te bewys ten einde 'n hofbevel rakende die persoonlike aanspreeklikheid van die betrokke persone te verkry nie. Waar skade wel gely is, hoef geen kousale verband tussen die skade en die betrokke skulde of verpligtinge aangetoon te word nie. Die gemeenregtelike remedie ten aansien van opsetlike wanvoorstelling is deliktueel van aard. 'n Eiser wat hierdie remedie wil benut moet gevolglik al die deliktuele elemente, waaronder skade en kousaliteit, aantoon.[350] Die afwesigheid

346 Sien McLennan "The liability of agents for debts contracted on behalf of insolvent companies" 1995 *SA Merc LJ* 68-69. Sien *O'Keeffe v Ferris* 1993 3 IR 165 173-174 tav die aanspreeklikheid wat voortvloei uit die Ierse ekwivalent van a 424: "One explanation offered for this unusual procedure and the consequences is the fact that limited liability is (in general) the creature of legislation and what the legislature grants the legislature can withdraw and furthermore that it would be well justified in doing so where the company engaged in trade for a fraudulent purpose. *That explanation is unsustainable. The burden imposed by the sub-section is not confined to or indeed directly related to the shareholders in or proprietors of the company.* The liability, where it arises, is imposed upon persons 'who are knowingly parties to the carrying on of the business' of the company with intent to defraud creditors thereof. That is to say the executives or management of the company whether or not they were shareholders therein." Vgl ook *In re Hefferon Kearns Ltd (No 1)* 1993 3 IR 177 185-186.

347 Sien die bespreking wat hierop volg in par 3.5 van hierdie hoofstuk.

348 *Food and Nutritional Products (Pty) Ltd v Neumann* 1986 3 SA 464 (W).

349 *Food and Nutritional Products (Pty) Ltd v Neumann* 1986 3 SA 464 (W) 477A-B. Sien *Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler* 1990 2 SA 411 (K) 415H-I vir ondersteuning vir die standpunt.

350 Sien in die alg par 3 van Hoofstuk 2 ev.

van hierdie twee elemente in die statutêre bepaling bring teweeg dat die karakter van die statutêre remedie so ingrypend verskil van die deliktuele remedie dat daar kwalik van kodifisering sprake kan wees.

Artikel 424 kodifiseer en vervang dus nie die gemeenregtelike remedies nie,[351] maar bied 'n unieke verhalingsmeganisme vir 'n skuldeiser van 'n maatskappy. Waar die skuldeiser oor deliktuele remedies teenoor die maatskappy beskik, stel artikel 424 'n addisionele meganisme tot sy beskikking.[352] Waar 'n skuldeiser egter nie oor 'n deliktuele remedie beskik nie, aangesien hy nie skade gelei het of nie 'n kousale verband tussen 'n gewraakte handeling en sy gelede skade kan aantoon nie, kan hy artikel 424 benut om 'n bedrag gelykstaande aan sy skuldvordering te verhaal, indien hy in staat is om te bewys dat die betrokke persone wetens deelgeneem het aan die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid ingevolge die bepaling.

3.6 Ondersoek- en rapporteringverpligtinge van likwidateurs en geregtelike bestuurders

Skuldeisers bevind hulle nie altyd in 'n sterk posisie om moontlike onreëlmatighede te ondersoek ten einde aansoeke ingevolge artikel 424 te bring nie. Die wetgewer het daarom sekere statutêre verpligtinge op likwidateurs en geregtelike bestuurders geplaas om inligting rakende die moontlike persoonlike aanspreeklikheid van maatskappydirekteure en -beamptes aan belanghebbendes beskikbaar te stel.[353] Die belangrikste verpligtinge in hierdie verband word vervolgens kortliks bespreek.

3.6.1 Statutêre verpligtinge

Daar is 'n aantal artikels in die Maatskappywet wat 'n likwidateur en 'n geregtelike bestuurder verplig om ondersoek in te stel en verslag te doen oor die moontlike persoonlike aanspreeklikheid van direkteure en beamptes van die betrokke

351 Sien *Food and Nutritional Products (Pty) Ltd v Neumann* 1986 3 SA 464 (W) 477B: "On the authority of cases mentioned above it would follow with reference to the common law right that the remedy provided in terms of s 424 was not intended to be in substitution of any remedy available under the common law." Vgl ook *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd* 1989 3 SA 71 (T) 109E; *Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler* 1990 2 SA 411 (K) 415H-I.

352 *Food and Nutritional Products (Pty) Ltd v Neumann* 1986 3 SA 464 (W) 477B; *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd* 1989 3 SA 71 (T) 109E; *Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler* 1990 2 SA 411 (K) 415H-I.

353 Sien par 3.1.3 van hierdie hoofstuk.

maatskappy.

Artikel 400 van die Maatskappywet verplig 'n likwidateur om die sake en transaksies van die maatskappy te ondersoek ten einde vas te stel of die direkteure of enige beamptes van die maatskappy 'n misdryf gepleeg het of sodanig opgetree het dat hulle blootgestel is aan diskwalifikasie van die direkteursamp ingevolge artikel 219 van die Maatskappywet.[354] Voordat die likwidateur sy finale rekening by die Meester indien, moet hy 'n verslag aan die Meester voorlê rakende enige sodanige oortreding of diskwalifikasiegrond.[355] Indien die verslag op moontlike oortredings dui, moet die Meester op sy beurt 'n afskrif van die verslag aan die betrokke Prokureur-generaal stuur.[356] Die likwidateur moet verder bystand in verband met 'n vervolging of beoogde vervolging verleen in die mate wat die Meester of Prokureur-generaal dit vereis.[357] Bogemelde verslag is vertroulik en nie beskikbaar vir algemene insae nie.[358] Artikel 402 verplig gevolglik die likwidateur om in alle likwidasies, behalwe 'n vrywillige likwidasie deur lede, binne drie maande na sy aanstelling 'n verslag aan 'n algemene vergadering van skuldeisers en kontribuante van die maatskappy voor te lê. Hierdie verslag moet handel met 'n aantal onderwerpe waaronder die redes vir die mislukking van die betrokke maatskappy, die moontlike voorlegging van 'n artikel 400-verslag aan die Meester en die moontlike aanspreeklikheid van direkteure en beamptes van die maatskappy vir skadevergoeding teenoor die maatskappy of vir skulde van die maatskappy.[359]

Om ekwivalensie tydens geregtelike bestuur te bewerkstellig, maak artikel 433 voorsiening vir ondersoeke deur die geregtelike bestuurder na moontlike misdrywe en persoonlike aanspreeklikheid deur huidige of voormalige beamptes en direkteure en vir verslagdoening aan die Meester en, in die geval van persoonlike aanspreeklikheid, aan die lede en skuldeisers van die maatskappy.

Artikel 311 vereis van 'n likwidateur om soortgelyke verslae by die Meester in te handig as daar 'n reëling of skikking voorgestel word ten aansien van 'n

354 A 400(1) van die Maatskappywet.

355 A 400(2) van die Maatskappywet.

356 A 400(3) van die Maatskappywet. A 426 skep 'n direkte verpligting vir 'n likwidateur om inligting rakende misdrywe ingevolge die Maatskappywet of gemeenregtelike misdrywe tav die maatskappy of skuldeisers aan die betrokke Prokureur-generaal voor te lê. Indien die Prokureur-generaal sertifiseer dat hy weier om te vervolg, kan die likwidateur met die nodige magtiging 'n private vervolging instel.

357 A 400(4) van die Maatskappywet.

358 A 400(3)(a) van die Maatskappywet. A 402(c) maak egter voorsiening daarvoor dat die likwidateur verslag moet doen aan die lede en kontribuante van die maatskappy rakende die indiening of moontlike indiening van sodanige verslag.

359 A 402 van die Maatskappywet.

maatskappy in likwidasie en die reëling of skikking voorsiening maak vir die opheffing van die likwidasie of vir die ontbinding van die maatskappy sonder likwidasie.[360] Ingevolge artikel 311(4) moet die Meester verslag doen aan die hof oor die inligting wat die likwidateur aan hom beskikbaar gestel het en enige ander aspek wat hy relevant ag.[361] Laasgenoemde verslag moet ingehandig word, wanneer die hof genader word om goedkeuring van die skema. As die Meester egter inligting tot sy beskikking het wat hy as relevant beskou, moet hy op 'n vroeër stadium 'n voorlopige verslag indien.[362]

Die Maatskappywet verplig dus 'n likwidateur en geregtelike bestuurder van 'n maatskappy om die sake en transaksies van die maatskappy te ondersoek ten einde vas te stel of artikel 424 aanwending vind.[363] Hierdie ondersoek is ongelukkig beperk tot die aanspreeklikheid van huidige en voormalige direkteure en beamptes van die maatskappy en sluit dus nie die moontlike aanspreeklikheid van ander partye in nie.

In die ondersoek kan 'n verskeidenheid van bronne benut en magte aangewend word om die nodige feite vas te stel. Die likwidateur het die rekeningkundige rekords en finansiële state van die maatskappy tot sy beskikking.[364] Daar is ook ook ander moontlike inligtingsbronne byvoorbeeld direkteursverslae ingevolge artikel 363 van die Maatskappywet en ouditeursverslae. Die ouditeursverslag rakende wesenlike onreëlmatighede wat die likwidateur ingevolge a 20(6)(b) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 80 van 1991 van die ouditeur mag verlang, kan van besondere hulp wees.[365] Die ondervragingsprosedures ingevolge die Maatskappywet kan ook onder sekere omstandighede benut word

---

360 A 311(4) van die Maatskappywet. Sien ook par 3.1.3 van hierdie hoofstuk.

361 *Ex parte Strydom: In re Central Plumbing Works (Natal) Pty Ltd / Ex parte Spendiff: In re Candida Footwear Manufacturers (Pty) Ltd / Ex parte Spendiff: In re Jerseytex (Pty) Ltd* 1988 1 SA 616 (D) 625F-G.

362 *Ex parte Strydom: In re Central Plumbing Works (Natal) Pty Ltd / Ex parte Spendiff: In re Candida Footwear Manufacturers (Pty) Ltd / Ex parte Spendiff: In re Jerseytex (Pty) Ltd* 1988 1 SA 616 (D) 625F. Relevante inligting waaronder die moontlikheid van persoonlike aanspreeklikheid van die betrokkenes sowel as die moontlikheid dat die skema daartoe kan lei dat die skuldeisers hulle remedie ingevolge a 424 kan verloor, moet ook aan skuldeisers verstrek word. Sien a 312 van die Maatskappywet en Meskin *Henochsberg on the Companies Act* [diensuitgawe] 635; *Ensor v South Pine Properties (Pty) Ltd* 1978 2 SA 755 (N); *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments* 1993 1 SA 493 (A).

363 A 402(d) vereis verslagdoening, maar, anders as a 400, verg dit nie pertinent dat die likwidateur 'n ondersoek moet loods nie. A 433(k) maak, anders as a 402, voorsiening vir 'n ondersoekverpligting vir 'n geregtelike bestuurder na moontlike persoonlike aanspreeklikheid. Daar word egter in oorweging gegee hierdie verskil nie veelseggend is nie. Die opstelling van die verslag impliseer in elk geval 'n ondersoekverpligting.

364 *Singer v MJ Greeff Electrical Contractors (Pty) Ltd* 1990 1 SA 530 (W) 537E-F.

365 Sien par 3.8 van hierdie hoofstuk ev.

om die nodige ondersoeke uit te voer.[366] Die geregtelike bestuurder beskik eweneens oor wye magte ingevolge die Maatskappywet.[367] Ongeag hierdie wye bevoegdhede van die likwidateur en geregtelike bestuurder kom daar egter telkemale in die praktyk nie veel van hierdie verslae tereg nie. Skerp kritiek is al van die regbank af gelewer oor onvolledige verslae wat in hierdie verband ingedien is.[368]

Namens likwidateurs en geregtelike bestuurders word soms aangevoer dat kostes die belangrikste faktor is wat hulle beperk om 'n volledige en betekenisvolle verslag te lewer.[369] Die howe is egter duidelik sensitief oor die koste-aspek en verg basies dat die ondersoekers die rekords tot hulle beskikking ontleed.[370] Addisionele uitgawes byvoorbeeld ten aansien van duur ondervragings behoort ook nie aangegaan te word sonder om die skuldeisers daarin te ken nie.[371] Kostes behoort egter nie as verskoning te dien om die basiese ondersoekverpligtinge ten aansien van die beskikbare dokumentasie en bronne te ontduik nie.

---

366 Sien a 415-418 van die Maatskappywet. Sien ook Meskin *Henochsberg on the Companies Act* [diensuitgawe] 854.

367 Vgl bv die bevoegdhede wat geïmpliseer word in a 430 en 433 van die Maatskappywet.

368 Vgl bv *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd* 1989 3 SA 71 (W) en *Ex parte Clifford Homes Construction (Pty) Ltd* 1989 4 SA 610 (W) 613D: "In five years on the Bench, in which I have read a good many applications for s 311 schemes of compromise or arrangement relating to insolvent companies, I have not seen a single instance of such a thorough report to creditors by a liquidator. In many cases the performance of that duty has simply been ignored, and in others it has received no more than a cursory nod. The liquidator has simply alleged baldly that no director or officer ... appears to be personally liable." Vir kommentaar sien Katz "Personal liability for directors and responsibilities of liquidators" Desember 1989 *The Wale Street Journal* 4.

369 Katz "Personal liability for directors and responsibilities of liquidators" Desember 1989 *The Wale Street Journal* 4.

370 Sien bv die Appèlhof se standpunt tav die insameling van inligting deur die likwidateurs vir doeleindes van a 312 in *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A) 509D: "In my judgement, the appellants are not required to furnish information other than that which is in their possession or readily available to them. If, on the basis of such information, the creditors require further investigations to be conducted, that is their affair, and the costs thereof should be payable out of their pockets."

371 Stegmann R het hom soos volg in *Singer v MJ Greeff Electrical Contractors (Pty) Ltd* 1990 1 SA 530 (W) 537E-F uitgespreek oor die omvang van die verslag en die verpligtinge van die verslagdoener: "What is needed is that the liquidator should duly perform his duty to investigate the possible personal liability of Greeff, or the company's other officers, in the way I have indicated. This need not put the creditors to any further expense. The liquidator is to be paid his fee in any event. He should be required to do the work which the Act enjoins him to do in order to earn the fee ... [N]o case is made out for an expensive enquiry under s 415. What is needed is that the liquidator should perform his task of examining the company's records and reporting on the facts and details of what is to be gathered in this regard from that source. There is no reason to assume that this will cost

3.7 Skuldrangering[372]

Skuldrangering (of te wel "debt subordination") behels die toestemming van 'n skuldeiser om die afdwinging van sy eis teen die maatskappy (te wete die "junior skuld") uit te stel totdat ander eise teen die maatskappy (te wete die "senior skuld") eers gedelg is onder omstandighede waar die junior skuld andersins voorrang bo of gelyke status met die senior skuld sou geniet het.[373] Die verskyningsvorms wat so 'n tipe ooreenkoms kan aanneem, is so divers[374] dat 'n bespreking van skuldrangering binne die konteks van hierdie studie kwalik aan veralgemening kan onstnap.

Die algemene praktiese effek van skuldrangering is dat die aflossing van die junior

the creditors anything."

372 'n Verskeidenheid van terme bestaan in Afrikaans, oa "ondergeskikstelling" en "agterweëhouding". "Skuldrangering" word egter verkies.

373 'n Skuldrangeringsooreenkoms word soos volg in SAIGR *Trading when the liabilities of an undertaking exceed its assets* Oudit- en Rekeningkundige Riglyn [1984] par 32 beskryf: "This is an agreement by a substantial creditor or substantial creditors (usually, but not necessarily, shareholders in the client company) whereby they bind themselves either indefinitely, or for a limited period, and either unconditionally or subject to specific conditions, not to claim or accept payment of the amounts owing to them until the happening of a particular event (for example the restoration of the finances of the undertaking to a position of solvency, or the payment of all other creditors.)" Sien in die alg Wood "Debt subordination under English law" 1985 *International Financial Law Review* 11; Johnston "Debt subordination: the Australian perspective" 1987 *Australian Business Law Review* 80; Goode *Legal problems of credit and security* [1988] 23-24; 95-97; McCormick "Current English legal issues affecting debt financing" 1988 *International Business Lawyer* 397; Johnston "Contractual debt subordination and legislative reform" 1991 *JBL* 225; Vermaas "Subordination agreements and the auditor's duty to report a material irregularity" 1993 *Codicillus* 19; Getz *Recent developments in South African company law in respect of offers of compromise and schemes of arrangement between a company and its creditors and/or members in terms of section 311 of the Companies Act No 61 of 1973, as amended* LLM UK [1993]; Larkin "Company law (including close corporations)" 1993 *Annual Survey of South African Law* 425 444-446; McLennan "Abuse of limited liability, 'insider debts' and subordination agreements" 1993 *SALJ* 686; Drew *The legal consequences of trading in insolvent circumstances* LLM UNISA [1994] 7-13; Aitken "Contractual debt subordination: English and Australian developments" 1994 *Company and Securities Law Journal* 392. Vir belangwekkende internasionale regspraak tav skuldrangering sien *National Westminister Bank Ltd v Halesowen Presswork & Assemblies Ltd* 1972 AC 785; *British Eagle International Air Lines Ltd v Compagnie Nationale Air France* 1975 1 WLR 758; *Carreras Rothmans Ltd v Freeman Matthews Treasure Ltd* 1985 1 All ER 155; *Horne v Chester & Fein Property Developments Pty Ltd* 1987 11 ACLR 485; *In re Maxwell Communications Corporation Plc* 1993 1 WLR 1402.

374 *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A) 504G-H: "Subordination agreements may take many forms. They may be bilateral, ie between the debtor and the creditor. They may be multilateral and include other creditors as parties. They may be in the form of a *stipulatio alteri*, ie for the benefit of other and future creditors and open to acceptance by them. The subordination agreement may be a term of the loan or it may a collateral agreement entered into some time after the making of the loan."

skuld uitgestel word, totdat die senior skuld afgelos is.[375] Skuldrangering kan 'n praktiese uitweg bied vir 'n maatskappy wat nie meer in staat is om al sy skulde te delg nie. Dit behels 'n vorm van skuldskedulering wat die maatskappy in staat stel om eers aandag aan die afbetaling van die senior skuld te skenk, alvorens delging van die junior skuld ter sprake kom.

Skuldrangering is nie 'n nuwe konsep nie. Johnston wys daarop dat dit reeds in die dertigerjare in die Verenigde State gebruik was en sedert die sestigerjare aangewend word in Engeland.[376] Hoewel dit internasionaal 'n algemene konsep is, is dit nie sonder problematiek wat die regsteorie sowel as die praktyk aanbetref nie.[377] Die belangrikste vraag vir die doeleindes van hierdie studie is die invloed van die sluiting van 'n skuldrangeringsooreenkoms op die moontlike aanspreeklikheid van beheerders van 'n maatskappy ingevolge artikel 424.

Die belang van skuldrangering binne die konteks van die roekelose en bedrieglike dryf van besigheid van 'n maatskappy is grotendeels te wyte aan 'n sterk standpunt wat die Suid-Afrikaanse Instituut vir Geoktrooierde Rekenmeesters [SAIGR] in 1984 ingeneem het. Die SAIGR het gedurende Mei 1984 'n gids uitgereik om advies te verskaf aan ouditeurs van maatskappye wat handel dryf, terwyl hulle laste hulle bates oorskry.[378] Hierdie advies is verskaf as riglyn vir ouditeure in die nakoming van hulle statutêre rapporteringsverpligting. 'n Ouditeur het 'n verpligting om 'n sogenaamde wesenlike onreëlmatigheid in sy kliënt-maatskappy te rapporteer, indien die onreëlmatigheid skade vir die lede of die skuldeisers van die maatskappy tot gevolg gehad het of mag hê.[379] Hierdie plig

---

375 *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A) 504F-G: "The essence of a subordination agreement, generally speaking, is that the enforceability of a debt, by agreement with the creditor to whom it is owed, is made dependent upon the solvency of the debtor and the prior payment of its debts to other creditors."

376 Johnston "Debt subordination: the Australian perspective" 1987 *Australian Business Law Review* 81.

377 Vir praktiese besprekings van die problematiek en moontlike oplossings binne verskillende regsisteme, sien McCormick "Current English legal issues affecting debt financing" 1988 *International Business Lawyer* 397; Johnston "Debt subordination: the Australian perspective" 1987 *Australian Business Law Review* 81; McLennan "Abuse of limited liability, 'insider debts' and subordination agreements" 1993 *SALJ* 686.

378 SAIGR *Trading when the liabilities of an undertaking exceed its assets* Oudit- en Rekeningkundige Riglyn [1984]. Tav die gesag van die gids, word voorin soos volg verklaar: "Although Audit and Accounting Guides do not have the authority of Statements on Auditing Standards, in the event of significant deviation from the guidance given, an auditor may be required to demonstrate that deviation did not result from failure to comply with generally accepted auditing standards." Sien Vermaas "Subordination agreements and the auditor's duty to report a material irregularity" 1993 *Codicillus* 19.

379 Sien a 20(1) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 80 van 1991.

word later van nader beskou.[380] Vir doeleindes van hierdie bespreking is dit voldoende om daarop te wys dat 'n ouditeur van 'n maatskappy wat handel dryf, terwyl sy laste sy bates oorskry, noukeurig moet oorweeg of die besigheid roekeloos of bedrieglik gedryf word, aangesien sodanige optrede 'n rapporteerbare onreëlmatigheid mag daarstel.

Die gids neem as vertrekpunt dat handeldrywing deur 'n maatskappy terwyl sy laste sy bates oorskry, in sommige gevalle die roekelose dryf van besigheid kan daarstel.[381] Die roekelose dryf van besigheid sal rapporteerbaar wees, indien dit skade teweegbring of skade kan teweegbring.[382] Die gids het die standpunt ingeneem dat 'n onderneming wat handel dryf terwyl sy laste sy bates oorskry, skade en gevolglik rapportering kan voorkom, deur die sluiting van 'n skuldrangeringsooreenkoms.[383]

In die gids word 'n konsepskuldrangeringsooreenkoms ten aansien van maatskappye in finansiële verknorsing voorgestel. In wese kom die voorgestelde skuldrangeringsooreenkoms op die volgende neer:[384]

1 Die ooreenkoms word gesluit tussen die maatskappy en 'n substansiële skuldeiser en bevat 'n skuldrangering in die vorm van 'n *stipulatio alteri* ten gunste van al die ander huidige en toekomstige skuldeisers van die maatskappy.

2 Ingevolge die skuldrangering stel die junior skuldeiser sy eis teen die maatskappy ondergeskik aan die ander skuldeisers se eise. Hy onderneem in die besonder om nie enige bedrag van die maatskappy ten aansien van sy eis op te eis of betaling daarvoor te ontvang of skuldvergelyking ten opsigte daarvan te aanvaar nie en ook om geen eis in

---

380 Sien par 3.8 van hierdie hoofstuk ev.

381 SAIGR *Trading when the liabilities of an undertaking exceed its assets* Oudit- en Rekeningkundige Riglyn [1984] par 23. Sien Vermaas "Subordination agreements and the auditor's duty to report a material irregularity" 1993 *Codicillus* 19.

382 SAIGR *Trading when the liabilities of an undertaking exceed its assets* Oudit- en Rekeningkundige Riglyn [1984] par 23: "The auditor's duty to report in terms of section 26(3) arises from that subsection and not from section 424 of the Companies Act or any other legal rule. His primary concern in complying with section 26(3) is the danger of financial loss to the client or to its members or creditors. Other than complying with section 26(3), it is not his function to ensure that criminal prosecutions against the client or its directors are instituted."

383 Vgl *Ex parte Spendiff: In re Candida Footwear Manufacturers (Pty) Ltd / Ex parte Spendiff: In re Jerseytex (Pty) Ltd* 1988 1 SA 616 (D) 623H-I.

384 Die konsepooreenkoms is gedurende Mei 1990 aangevul by wyse van SAIGR *Handeldryf wanneer die laste van 'n onderneming sy bates oorskry* Omsendskrywe 4/90 [1990]. Die wysiging wat aangebring is, is egter nie binne hierdie konteks van belang nie.

te stel teen die insolvente boedel van die maatskappy, indien dit die uitbetaling van dividende aan die ander skuldeisers sal verminder nie.

3 Die ooreenkoms sal bly voortbestaan slegs vir die tydperk wat die maatskappy se laste sy bates oorskry. Die ooreenkoms verval sodra die ouditeur sertifiseer dat hy redelikerwys tevrede is dat die maatskappy se bates sy skulde oorskry en herleef nie as die skulde weer in 'n later stadium die bates begin oorskry nie.[385]

4 Die ooreenkoms kan gekanselleer of gewysig word deur die maatskappy en die junior skuldeiser, mits skriftelike kennis van sodanige stap vooraf aan die ouditeur gegee word.

Die gids stel dit egter duidelik dat 'n ouditeur 'n skuldrangeringsooreenkoms noukeurig moet ondersoek ten einde sy afdwingbaarheid en effektiwiteit te bepaal.[386] Indien die ooreenkoms effektief en afdwingbaar is, sal die voortsetting van handeldrywing deur die tegnies-insolvente maatskappy nie skade vir sy lede of skuldeisers inhou nie en sal die ouditeur gevolglik nie nodig hê om die rapporteringsprosedure te volg nie.

Skuldrangeringsooreenkomste het erkenning van die Appèlhof verkry in *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments*.[387] In hierdie uitspraak het die Appèlhof bevind dat die bestaan en bepalings van 'n skuldrangeringsooreenkoms wesenlik en relevant sal wees, wanneer geoordeel moet word of die persone in beheer van die betrokke onderneming skulde opgeloop het met 'n redelike verwagting dat

---

385 SAIGR *Trading when the liabilities of an undertaking exceed its assets* Oudit- en Rekeningkundige Riglyn [1984] kl 4 van die konsepskuldrangeringsooreenkoms: "The subordination ... shall remain in force and effect for so long as the liabilities of Y [the company] exceed its assets, fairly valued, and shall lapse immediately upon the date that the assets of Y exceed its liabilities and shall not, except by further agreement in writing, be reinstated if thereafter the liabilities of Y again exceed its assets ...".

386 SAIGR *Trading when the liabilities of an undertaking exceed its assets* Oudit- en Rekeningkundige Riglyn [1984] par 38.

387 1993 1 SA 493 (A). Vir ander uitsprake wat krities met skuldrangering handel, sien *Ex parte Kaplan: In re Robin Consolidated Industries Ltd* 1987 3 SA 413 (W); *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd* 1989 3 SA 71 (W) 92H-95A, 115D-I; *Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd* 1990 4 SA 59 (W) 85C-86H; *Cooper v A & G Fashions (Pty) Ltd; Ex parte Millman* 1991 4 SA 204 (K); *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments* 1992 2 SA 95 (W). In sy erkenning van skuldrangering, het die Appèlhof nie volledig gehandel met die problematiese aspekte van hierdie tipe ooreenkoms nie. Vir 'n kritiese bespreking van die problematiek en voorstelle dat dit statutêr beredder moet word, sien McLennan "Abuse of limited liability, 'insider debts' and subordination agreements" 1993 *SALJ* 686. Lg artikel moet saamgelees word met die bondige kommentaar in Wunsh "Subordination agreements" 1994 *SALJ* 443 en die reaksie in McLennan "Subordination agreements" 1994 *SALJ* 803. Vgl ook *In re Maxwell Communications Corporation Plc* 1993 1 WLR 1402 1417-1419.

hulle reëlmatig gedelg sou word:[388]

> "As indicated earlier in this judgement, the fact that the liabilities of a company exceed its assets does not necessarily mean that the incurring of further debts would constitute fraudulent or reckless conduct. In that context, the existence and terms of a subordination agreement would be material and relevant in deciding whether the persons conducting such business incurred the debts with a reasonable expectation of their being paid in the ordinary course. The fact that a major creditor has subordinated its claim and to that extent created a *moratorium* for the benefit of other creditors is obviously relevant in determining the subjective state of mind of the debtor or those conducting its business."

Dit blyk egter duidelik uit die aanhaling dat die Appèlhof nie ongekwalifiseerde erkenning aan die uitwerking van skuldrangeringsooreenkomste verleen nie. Die Appèlhof vereis, soos die SAIGR, dat die bestaan en voorwaardes van die ooreenkoms oorweeg moet word alvorens 'n gevolgtrekking oor die verwagtings en bedoeling van die maatskappy se beheerders gemaak kan word.

Die voorwaardes van die betrokke ooreenkoms en die konteks waarbinne dit gesluit is, het weens 'n verskeidenheid van faktore 'n wesenlike effek op die waarde van 'n skuldrangeringsooreenkoms. Daar is 'n aantal aspekte wat die effektiwiteit van so 'n ooreenkoms kan aantas. Probleme wat al in hierdie verband uitgewys is,[389] sluit in die moontlike kansellasie van die ooreenkoms, die moontlike onafdwingbaarheid van die ooreenkoms weens skending van die *pari passu*-beginsel en die insolvensieregtelike probleme wat kan volg as die junior skuldeiser insolvent verklaar word. Hierdie problematiek word vervolgens kortliks aangeraak.

3.7.1 Kansellasie

Daar bestaan 'n gevaar dat 'n skuldrangeringsooreenkoms, na afloop van die oudit, deur die maatskappy en die junior skuldeiser gekanselleer kan word.[390] In die geval van kansellasie sal die skuldeisers wat reeds hulle regte ingevolge die *stipulatio alteri* aanvaar het, wel sekere beskerming geniet, maar die skuldeisers wat nog nie die voordele aanvaar het nie, sal blootgestel wees aan skade. Die

388 *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments* 1993 1 SA 493 (A) 505D-E.

389 Sien veral *Ex parte Kaplan: In re Robin Consolidated Industries Ltd* 1987 3 SA 413 (W); *Cooper v A & G Fashions (Pty) Ltd; Ex parte Millman* 1991 4 SA 204 (K); *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1992 2 SA 95 (W). Sien ook SAIGR *Trading when the liabilities of an undertaking exceed its assets* Oudit- en Rekeningkundige Riglyn [1984] en McLennan "Abuse of limited liability, 'insider debts' and subordination agreements" 1993 *SALJ* 686 vir 'n bondige samevatting van die problematiek.

390 SAIGR *Trading when the liabilities of an undertaking exceed its assets* Oudit- en Rekeningkundige Riglyn [1984] par 43. Sien Vermaas "Subordination agreements and the

konsepskuldrangeringsooreenkoms wat deur die SAIGR voorgestel word, maak nie voorsiening daarvoor dat die skuldeisers ingelig word oor die skuldrangeringsooreenkoms nie. Hulle word gevolglik nie in 'n sterk posisie geplaas om die voordele van die *stipulatio alteri* te aanvaar nie.[391]

Stegmann R was van mening dat die moontlikheid van kansellasie die waarde van 'n skuldrangeringsooreenkoms ernstig ondermyn. Hy het daarop gewys dat die junior skuldeiser in baie gevalle in beheer van die onderneming staan en in sodanige omstandighede die ooreenkoms met gemak kan kanselleer.[392] Die SAIGR huldig egter die standpunt dat 'n ouditeur volle gewig aan die skuldrangeringsooreenkoms kan verleen, mits dit nie gekanselleer is in die stadium wat hy sy opinie moet vorm nie.[393] Die gids gee basies vir 'n ouditeur die reg om aan te neem dat die kansellasie van die ooreenkoms in 'n daaropvolgende oudit ontdek sal word en dat die onreëlmatigheid wat deur die kansellasie sal ontstaan, in daardie stadium ondersoek sal word. Die gids wys daarop dat geargumenteer kan word dat so 'n ontdekking te laat sal plaasvind, maar neem die standpunt in dat dit ook die geval ten aansien van ander onreëlmatighede kan wees.[394] Die Appèlhof het redelik afwysend gereageer op kritiek rakende die moontlike kansellasie van die skuldrangeringsooreenkoms:[395]

> "This problem, I would suggest, would be a rare occurrence. In any event it only arises when such a cancellation has occurred."

Hoewel die SAIGR en die Appèlhof nie baie waarde aan die moontlikheid van kansellasie heg nie, word in oorweging gegee dat hierdie aspek van 'n

auditor's duty to report a material irregularity" 1993 *Codicillus* 19 23.

391 Sien *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1992 2 SA 95 (W) 118E.

392 *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1992 2 SA 95 (W) 118D-E.

393 SAIGR *Trading when the liabilities of an undertaking exceed its assets* Oudit- en Rekeningkundige Riglyn [1984] par 44: "While recognising the difficulties of evaluating the force of a backranking agreement, and the overriding possibility that after its existence has been proved to the satisfaction of the auditor the agreement may be cancelled between the undertaking and the creditor, the Institute is of the opinion that the auditor should not refuse to give full weight to such an agreement if he is satisfied that it is valid, adequate, and in force at the time when he has to make his decision."

394 SAIGR *Trading when the liabilities of an undertaking exceed its assets* Oudit- en Rekeningkundige Riglyn [1984] par 46: "The auditor is entitled to assume that he or a subsequent auditor will detect any such reversal, and that a fresh irregularity will have arisen at that stage and will be reported on. It may be argued that the discovery will take place too late, but this could also be the case in other circumstances.". Vir kritiek sien *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1992 2 SA 95 (W) 119C-D.

395 *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A) 506 A-B.

ooreenkoms aandag behoort te geniet, alvorens 'n gevolgtrekking oor sy effektiwiteit gemaak word.[396] 'n Ooreenkoms wat veiligheidsmeganismes vir skuldeisers bevat en die moontlikheid van kansellasie verklein, bied beter bewys van die *bona fides* van die betrokke partye as 'n ooreenkoms sonder sodanige meganismes. Waar so 'n ooreenkoms strydig met die gees van die ooreenkoms en strydig met die belange van die ander skuldeisers gekanselleer word, sal dit natuurlik dui op die afwesigheid van *bona fides* aan die kant van die beheerders van die maatskappy.

3.7.2 Inmenging met die pari passu-verdelingsbeginsel

Daar bestaan 'n moontlikheid dat 'n skuldrangeringsooreenkoms strydig kan wees moet die *pari passu*-verdelingsbeginsel in die insolvensiereg.[397]

Die *pari passu*-beginsel is bevestig in ons reg in *Lind v Lefdal's Pianos Ltd (In liquidation)*.[398] In hierdie uitspraak het die Hof geweier om effek te verleen aan 'n ooreenkoms tussen 'n maatskappy en sy konkurrente skuldeisers wat die likwidateur sou bind om die skulde van die maatskappy op 'n ooreengekome wyse en strydig met die statutêre verdelingrangorde te delg. Die Hof het hom soos volg uitgespreek:[399]

> "In my opinion, the provisions of the Insolvency Law 32 of 1916 precluded the liquidators from complying with any obligation which the company assumed under this agreement to give effect to the arrangement as to priority as between these concurrent creditors, and therefore the liquidators were right in disregarding this

396 Sien McLennan "Abuse of limited liability, 'insider debts' and subordination agreements" 1993 *SALJ* 686 698: "Whether or not Goldstone JA is correct in thinking this would be a 'rare occurrence', I cannot say. The fact remains, however, that the problem *does* exist." Sien ook Larkin "Company law (including close corporations)" 1993 *Annual Survey of South African Law* 425 446.

397 SAIGR *Trading when the liabilities of an undertaking exceed its assets* Oudit- en Rekeningkundige Riglyn [1984] par 36-37; *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1992 2 SA 95 (W) 119E-122D. Vir besprekings van die problematiek in terme van Engelsregtelike sisteme sien Johnston "Debt subordination: the Australian perspective" 1987 *Australian Business Law Review* 81; McCormick "Current English legal issues affecting debt financing" 1988 *International Business Lawyer* 397. Sien ook Vermaas "Subordination agreements and the auditor's duty to report a material irregularity" 1993 *Codicillus* 19 23; McLennan "Abuse of limited liability, 'insider debts' and subordination agreements" 1993 *SALJ* 686; Aitken "Contractual debt subordination: English and Australian developments" 1994 *Company and Securities Law Journal* 392. Vgl ook *British Eagle International Air Lines Ltd v Compagnie Nationale Air France* 1975 1 WLR 758; *Carreras Rothmans Ltd v Freeman Matthews Treasure Ltd* 1985 1 All ER 155; *Horne v Chester & Fein Property Developments Pty Ltd* 1987 11 ACLR 485; *Cheah v Equiticorp Finance Group Ltd* 1991 4 All ER 989; *In re Maxwell Communications Corporation Plc* 1993 1 WLR 1402.

398 1929 TPA 241.

> agreement, and the question of claims made under clause 4 of the agreement is a question between the concurrent creditors with which the company itself is not concerned."[400]

Die Appèlhof het in die *Carbon Developments*-uitspraak die moontlike skending van hierdie beginsel deur 'n skuldrangeringsooreenkoms afgemaak:[401]

> "In the case of debt subordination, the creditor has no claim unless the other creditors receive payment in full. There is no question of a rearrangement of the claims of the creditors who are to be paid out of the unencumbered assets of the company. The position would be no different in principle from the case of a debtor who, for whatever reason, decided not to prove a claim with the liquidator ... In my opinion, the liquidator of a company would be obliged to have regard to a subordination agreement which was valid and in force as at the date of winding up."[402]

Skuldrangering kan egter op 'n groot verskeidenheid van wyses geskied. Inmenging met die *pari passu*-beginsel bly 'n wesenlike moontlikheid en die voorwaardes van 'n spesifieke ooreenkoms sal ontleed moet word ten einde te bepaal of dit afdwingbaar sal wees ten tyde van die maatskappy se insolvente likwidasie.

3.7.3 Insolvensie van junior skuldeiser

Regsprobleme kan ontstaan as die junior skuldeiser gesekwestreer word en die skuldrangeringsooreenkoms aangeveg word as 'n vervreemding sonder teenwaarde.

Die SAIGR doen aan die hand dat 'n hof waarskynlik sal bevind dat die junior skuldeiser waarde ontvang het in ruil vir die rangering in die sin dat die maatskappy in staat gestel is om sy besigheid tot die uiteindelike voordeel van die

---

399 *Lind v Lefdal's Pianos Ltd (In liquidation)* 1929 TPA 241 248.

400 Die hof het egter daarop gewys dat, hoewel die ooreenkoms nie bindend is op die likwidateurs nie, dit nog steeds van krag bly tav die partye *inter se*. *Lind v Lefdal's Pianos Ltd (In liquidation)* 1929 TPA 241 249.

401 *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1993 1 SA 493 (A) 504H-I.

402 Die benadering van Appèlhof word krities bespreek in McLennan "Abuse of limited liability, 'insider debts' and subordination agreements" 1993 *SALJ* 686 695-697. Sien 696-697: "[T]he court seemed to regard subordination as being the equivalent of the *abandonment* of a claim ... The learned judge assumes that, on winding-up, the subordinated creditor is entitled to nothing ... [T]his is by no means necessarily the case ... Only if and when it becomes clear, in the course of winding-up, that there will be insufficient money to pay the senior debts (or only just sufficient) will the subordinated creditor's claim become worthless." Die herrangskikking van skuldeisers wat op hierdie wyse teweeggebring is, kan moeilik van die posisie in die *Lind*-geval onderskei word. Sien ook *In re Maxwell Communications Corporation Plc* 1993 1 WLR 1402 1418-1419.

skuldeiser voort te sit.[403] Ouditeurs word in die besonder aanbeveel om met omsigtigheid te werk te gaan waar die skuldrangering binne 'n maatskappygroep plaasvind. As die betrokke skuldeiser 'n filiaalmaatskappy is wat deur die houermaatskappy gedwing was om sy skuld te rangeer, kan teenwaarde moontlik afwesig wees en staan die rangering bloot aan tersydestelling.[404]

'n Skuldrangeringsooreenkoms is meer effektief en seker as die junior skuldeiser se finansies gesond is.[405] Indien die junior skuldeiser egter in 'n finansiële verknorsing verkeer, behoort die feite van die geval noukeurig oorweeg te word, alvorens die skuldrangering na waarde geskat kan word.

3.7.4 Gevolgtrekking

Dit blyk uit bogenoemde dat die bestaan van 'n skuldrangeringsooreenkoms verreken moet word, wanneer aanspreeklikheid ingevolge artikel 424 te sprake kom. Die skuldrangeringsooreenkoms moet egter nie op blote sigwaarde aanvaar word nie. Die posisie van die maatskappy, die finansiële posisie van die junior skuldeiser en die voorwaardes van die ooreenkoms moet ontleed word ten einde te oordeel of die beheerders van die maatskappy eerlik en redelikerwys kon glo dat die ooreenkoms die maatskappy in staat sou stel om sy skulde reëlmatig terug te betaal.

Die hof behoort ook ondersoek in te stel na die rede waarom die beheerders van die maatskappy 'n skuldrangeringsooreenkoms bo verdere finansiering deur middel van aandelekapitaal verkies het. In *Ex parte Kaplan: In re Robin Consolidated Industries Ltd*[406] het die hof die standpunt ingeneem dat 'n korrek-bewoorde skuldrangeringsooreenkoms aanvaarbaar is, maar dat die verdere finansiering by wyse van aandelekapitaal steeds die beste wyse van finansiering van 'n maatskappy in finansiële verknorsing bly.[407] Daar word aangevoer dat hierdie standpunt 'n gesonde vertrekpunt vir 'n ondersoek ten aansien van die onregmatige dryf van besigheid is. Die rede waarom die beheerders skuldrangering verkies het bo die verdere belegging van persoonlike kapitaal in

403 SAIGR *Trading when the liabilities of an undertaking exceed its assets* Oudit- en Rekeningkundige Riglyn [1984] par 39-43. Sien ook McLennan "Abuse of limited liability, 'insider debts' and subordination agreements" 1993 *SALJ* 686 699-700.

404 SAIGR *Trading when the liabilities of an undertaking exceed its assets* Oudit- en Rekeningkundige Riglyn [1984] par 42.

405 SAIGR *Trading when the liabilities of an undertaking exceed its assets* Oudit- en Rekeningkundige Riglyn [1984] par 43.

406 1987 3 SA 413 (W) 427C-G.

407 Sien ook *Cooper v A & G Fashions (Pty) Ltd.* Vir kritiek, sien *Ex parte Strydom: In re Central Plumbing Works (Natal) Pty Ltd / Ex parte Spendiff: In re Candida Footwear Manufacturers*

die maatskappy, behoort verken te word. In sommige gevalle mag die traagheid aan die kant van die beheerders van die maatskappy om verdere geld, en veral hulle eie geld, in die maatskappy te belê, aanduidend wees van 'n besef dat die maatskappy nie meer 'n redelike hoop op finansiële herstel het nie.[408]

3.8 Ouditeure en artikel 424

Die ouditeur se statutêre plig om sogenaamde wesenlike onreëlmatighede te rapporteer het reeds telkemale in die loop van die bespreking ter sprake gekom.[409] Die verpligting is teoreties van belang binne die konteks van die studie, aangesien daar 'n noue samehang was tussen hierdie verpligting en die aandrang om die bepaling te verbreed om die roekelose dryf van besigheid te omvat.[410] Hierdie plig is ook van praktiese belang, aangesien dit die ouditeur in sommige gevalle verplig om die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid op die voorgeskrewe wyse te rapporteer. Hierdie verslag bied in sekere gevalle die eerste eksterne waarskuwing dat daar 'n bestuursprobleem by die maatskappy bestaan. In die gevalle waar die besigheid van die maatskappy roekeloos of bedrieglik gedryf is sonder dat die ouditeur dit gerapporteer het, ontstaan die vraag voorts of die ouditeur nalatig opgetree het in die nakoming van sy verpligtinge en of daar 'n siviele eis op grond van sy nalatigheid gebaseer kan word.[411] Weens die velerlei raakpunte tussen hierdie plig en die onderwerp van die studie, word die belangrikste aspekte van die rapporteringsverpligting

(Pty) Ltd / Ex parte Spendiff: In re Jerseytex (Pty) Ltd 1988 1 SA 616 (D).

408 Sien *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPA 92 waar die hof so 'n afleiding gemaak het.

409 Sien parr 3.2.2.1 en 3.7 van hierdie hoofstuk.

410 Sien par 3.2.2.1 van hierdie hoofstuk.

411 Hierdie vraag sluit nou aan by die debat rakende die ouditeur se aanspreeklikheid teenoor derdes in die geval waar 'n oudit nie bedrog in die maatskappy blootgelê het nie. Vir 'n seleksie van die groot aantal publikasies en menings oor hierdie onderwerp sien Naudé "Auditors' liability to third parties" 1979 *MB* 121; Lubbe *Inleiding tot die ouditkunde* [1983] 11-17; Savage "Auditors: a critical review of their role" 1983 *The Company Lawyer* 187; Pretorius *Die aanspreeklikheid van maatskappy-ouditeure teenoor derdes op grond van wanvoorstelling in die finansiële state* [1985]; Pretorius "Die rol en funksie van die maatskappy-ouditeur by finansiële verslagdoening" 1986 *MB* 82; Weir "Statutory auditor not liable to purchaser of shares" 1990 *CLJ* 212; Du Preez "Illegal acts and irregularities - the auditor's responsibility" 1990 *Accountancy SA* 132; McGee "The 'true and fair view' debate: a study in the legal regulation of accounting" 1991 *MLR* 874; Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 395-430; Wilmot "The role of directors and external auditors in the prevention and detection of white collar crime" 1994 *Accountancy SA* 4; Mulcahy "Accountable to whom? Auditors liability" 1994 *The Company Lawyer* 126; Fourie "Auditors and corporate illegality and fraud" 1994 *SA Merc LJ* 178; *Re Kingston Cotton Mill Co (2)* 1896 2 Ch 279 (CA); *Tonkwane Sawmill Co Ltd v Filmalter* 1975 2 SA 453 (W); *Lipschitz v Wolpert and Abrahams* 1977 2 SA 732 (A); *Caparo Industries plc v Dickman* 1990 2 WLR 358; *Al Saudi Banque v Clarke Pixley* 1990 2 WLR 344; *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A).

vervolgens bondig bespreek.

3.8.1 Statutêre rapporteringsplig[412]

Die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 80 van 1991[413] skep 'n rapporteringsverpligting[414] vir 'n persoon wat in die hoedanigheid van ouditeur van 'n onderneming optree.[415] Indien so 'n persoon oortuig is of rede het om te glo dat daar by die bestuur van die sake van die onderneming 'n wesenlike onreëlmatigheid plaasgevind het of plaasvind wat geldelike verlies aan die onderneming of aan enige van sy skuldeisers of lede berokken het of waarskynlik sal berokken, moet hy kragtens artikel 20(5)(a) die feit onverwyld per skriftelike verslag onder die aandag bring van die persoon in beheer van die onderneming.[416] Indien remediërende stappe nie binne dertig dae geneem is nie, vereis die Wet dat hy dit onverwyld onder die aandag van die Openbare Rekenmeesters- en Ouditeursraad bring. Die Raad beskik op sy beurt oor die reg om die inligting onder ander belanghebbendes se aandag te bring.

---

412 Die hulp van me Jane O'Connor en die Openbare Rekenmeesters- en Ouditeursraad sowel as van mnr Colin Dickenson en die Suid-Afrikaanse Instituut van Geoktrooieerde Rekenmeesters in die beskikbaarstelling van relevante materiaal en hulle argiewe word graag erken.

413 Die verpligting het oorspronklik in a 26(3) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 51 van 1951 verskyn. Die aanvanklike bepaling was baie wyd en vaag verwoord. Dit is gevolglik deur a 8 van die Wysigingswet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 30 van 1962 tot sy huidige formulering gewysig.

414 Uit die parlementêre debat wat die aanvaarding van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 51 van 1951 voorafgegaan het, blyk dat die rapporteringsverpligting as kompromie deur die professie aanvaar is, in ruil vir statutêre erkenning van die professie deur die Regering. Die mate waarin die plig deur die Regering op die professie afgedwing is, was 'n geskilpunt in die parlementêre debat. Sien *Debatte van die Volksraad* [9 April 1951] kol 4127-4128 [Mnr Higgerty]; 4137-4138 [Mnr Henderson]; 4140-4140 [Mnr Warren]; 4406 [Mnr Bloomberg].

415 Stegmann R het die doel van die betrokke bepaling soos volg in *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1992 2 SA 95 (W) 138E saamgevat: "The purpose ... was to require an intervention by the auditor of an undertaking which was intended to be effective both to ensure the recovery of losses that has already occurred as a result of irregularities, and to ensure the prevention of future losses through such irregularities."

416 Sien in die alg Pretorius *Die aanspreeklikheid van maatskappy-ouditeure teenoor derdes op grond van wanvoorstelling in die finansiële state* [1985] 39-41; Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 407. Sien ook oa a 63 van die Bankwet 94 van 1990 en a 67(14) van die Wet op Onderlinge Bouverenigings 24 van 1965 vir soortgelyke aanmeldingspligte wat op ouditeurs geplaas word. Aa 277 en 278 van die Maatskappywet beskerm 'n ouditeur van 'n maatskappy wat so 'n verslag aan die direkteure gelewer het teen ontslag uit sy amp alvorens die vereistes van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs nagekom is.

Die rapporteringsplig is geskep ten aansien van sogenaamde "wesenlike onreëlmatighede". Hierdie begrip word vervolgens van nader beskou.

3.8.2 "Wesenlike onreëlmatigheid"

Die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs bied nie 'n omskrywing van "wesenlike onreëlmatigheid" nie. In 'n Standpunt oor Ouditstandaarde, *Die ouditeur se verantwoordelikheid om onwettige optrede, ander onreëlmatighede en foute op te spoor en daaroor verslag te doen*,[417] word "onreëlmatigheid" vir die doeleindes van die Standpunt gedefinieer as:[418]

> "... 'n daad of versuim wat 'n skending van statutêre bepalings of die gemenereg van die land of lande waar die entiteit bedrywig is, of die entiteit se eie grondwet is."[419]

Alle onwettige optrede is gevolglik onreëlmatig, hoewel onreëlmatighede nie beperk is tot onwettige optrede nie.[420] So 'n onreëlmatigheid sal egter slegs rapporteerbaar wees as dit aan die vereistes van artikel 20(5) voldoen. Dit moet dus addissioneel wesenlik wees, in die bedryf van die sake van die onderneming voorgekom het en finansiële verlies vir die onderneming, die lede van die onderneming of die skuldeisers van die onderneming teweegbring of moontlik kan teweegbring.[421]

"Wesenlikheid" is nie gedefinieer in die Wet nie. "Wesenlikheid" is inderwaarheid 'n waarde oordeel wat die ouditeur oor die aard en omvang van die betrokke onreëlmatigheid vel. Ten einde te bepaal of 'n sekere onreëlmatigheid wesenlik is al dan nie, moet dit in konteks geplaas word deur die ouditeur en moet die aard

---

417 OU 005.

418 SAIGR *Die ouditeur se verantwoordelikheid om onwettige optrede, ander onreëlmatighede en foute op te spoor en daaroor verslag te doen* Standpunt oor Ouditstandaarde OU 005 par 04.

419 SAIGR *Ouditeur se verantwoordelikheid om onwettige optrede, ander onreëlmatighede en foute op te spoor en daaroor verslag te doen* Standpunt oor Ouditstandaarde OU 005 par 05: "'Onreëlmatighede' kan optrede soos die volgende behels: manipulasie, vervalsing of wysiging van rekeningkundige rekords of ondersteunende dokumente waarvolgens finansiële state opgestel moet word, wanvoorstelling of opsetlike weglating van gebeure, transaksies of ander wesenlike inligting, of doelbewuste verkeerde toepassing van rekeningkundige praktyke wat bedrag, klassifikasie, wyse van aanbieding of openbaarmaking betref."

420 SAIGR *Die ouditeur se verantwoordelikheid om onwettige optrede, ander onreëlmatighede en foute op te spoor en daaroor verslag te doen* Standpunt oor Ouditstandaarde OU 005 par 04.

421 Die vereistes is bespreek in Bylaag 1 tot die SAIGR se Standpunt oor Ouditstandaarde *Die ouditeur se verantwoordelikheid om onwettige optrede, ander onreëlmatighede en foute op te spoor en daaroor verslag te doen* OU 005. Die bylaag dien as algemene riglyn maar vorm nie deel van die standpunt nie. Sien par 01 van die Bylaag.

en die uitwerking van die onreëlmatigheid op die onderneming oorweeg word.[422] 'n Onbenullige aangeleentheid behoort dus nie as 'n wesenlike onreëlmatigheid geïdentifiseer te word nie. Onbenulligheid moet egter nie alleen aan die finansiële omvang daarvan beoordeel te word nie. 'n Ernstige misdaad soos omkopery of korrupsie kan somtyds 'n relatiewe klein bedrag ten aansien van 'n groot maatskappy behels. Afgesien van die feit dat 'n ernstige misdaad gepleeg is, kan die onderneming 'n finansiële verlies ly as die oortreding vervolg word en die onderneming 'n boete opgelê word of die omkoopbedrag verbeur.[423] Die breër implikasies van die onreëlmatigheid is dus ernstig genoeg om die oortreding as wesenlik te kwalifiseer.

Die onreëlmatigheid moet voorts plaasvind of plaasgevind het by die bestuur van die sake van die onderneming alvorens dit rapporteerbaar sal wees. Aangeleenthede wat nie verband hou met die bestuur van die sake van die onderneming nie, byvoorbeeld optrede deur 'n werknemer wat nie in 'n bestuursposisie staan nie, sal dus normaalweg nie binne die artikel se vereistes val nie. Indien so 'n onreëlmatigheid egter met die medewete of goedkeuring van die bestuur geskied, sal dit meer sekuur binne die kader van die vereiste val.[424]

Die laaste vereiste is dat die onreëlmatigheid finansiële verliese vir die onderneming of sy lede of sy skuldeisers berokken het of waarskynlik sal berokken. Daar is geargumenteer dat 'n onreëlmatigheid wat die maatskappy bevoordeel, nie rapporteerbaar is nie. Hierdie argument is egter deur die ouditeursprofessie verwerp:[425]

> "It has been suggested ... [that] if the act (say a bribe) results in a profit, then the act is not reportable because it does not result in a 'loss' to the company, its shareholders or creditors. The ASC [Auditing Standards Committee] rejects this suggestion outright as it does not believe illegal acts or irregularities should be measured in terms of whether or not they are profitable. The view is supported by

422 SAIGR *Die ouditeur se verantwoordelikheid om onwettige optrede, ander onreëlmatighede en foute op te spoor en daaroor verslag te doen* Standpunt oor Ouditstandaarde OU 005 Bylaag 1 "Wesenlike onreëlmatighede kragtens artikel 20 (5) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeure, 1991" par 04-07.

423 SAIGR *Die ouditeur se verantwoordelikheid om onwettige optrede, ander onreëlmatighede en foute op te spoor en daaroor verslag te doen* Standpunt oor Ouditstandaarde OU 005 Bylaag 1 "Wesenlike onreëlmatighede kragtens artikel 20 (5) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeure, 1991" par 07; Du Preez "Illegal acts and irregularities - the auditor's responsibility" 1990 *Accountancy SA* 132 133.

424 SAIGR *Die ouditeur se verantwoordelikheid om onwettige optrede, ander onreëlmatighede en foute op te spoor en daaroor verslag te doen* Standpunt oor Ouditstandaarde OU 005 Bylaag 1 "Wesenlike onreëlmatighede kragtens artikel 20 (5) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeure, 1991" par 09.

425 Du Preez "Illegal acts and irregularities - the auditor's responsibility" 1990 *Accountancy SA* 132 133.

legal opinion received by the Institute."[426]

Die aanvanklike winsgewendheid van die misdryf behoort dus nie 'n ouditeur te verhoed om dit te rapporteer, mits dit aan die ander statutêre vereistes voldoen nie. Indien die oortreding geopenbaar en vervolg word, is die onderneming in elk geval aan geldelike verlies blootgestel.

Die Wet verleen 'n wye bevoegdheid aan die ouditeur om die ondersoek in te stel wat hy goedvind[427] en om alle inligting vanuit enige bron in ag te neem in sy besluit.[428] Elke geval moet beoordeel word op eie meriete en in hierdie besluit moet die ouditeur sy subjektiewe oordeel redelik en professioneel vel:[429]

> "Waar die feite sodanig is dat 'n ouditeur wat redelik optree, tevrede sou wees dat 'n onreëlmatigheid soos in die subartikel beoog, plaasgevind het, sal dit nie die ouditeur baat om op persoonlike oordeel wat in die omstandighede onredelik was, staat te maak nie. Die ouditeur sou dan sy/haar statutêre plig versuim."

3.8.3 Rapportering

Indien die ouditeur 'n onreëlmatigheid identifiseer, moet hy sekere stappe neem.

Die ouditeur moet in die eerste plek toesien dat sy kliënt ingelig word oor sy bevinding. Indien die onreëlmatigheid die finansiële state op so 'n wyse beïnvloed dat dit, volgens die ouditeur se oordeel, nie 'n redelike weergawe van die maatskappy se finansiële stand daarstel nie, moet hy 'n gekwalifiseerde verslag

---

426 Hierdie siening is ook verwoord in SAIGR *Die ouditeur se verantwoordelikheid om onwettige optrede, ander onreëlmatighede en foute op te spoor en daaroor verslag te doen* Standpunt oor Ouditstandaarde OU 005 Bylaag 1 "Wesenlike onreëlmatighede kragtens artikel 20 (5) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeure, 1991" par 11.

427 A 20(5)(d) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 80 van 1991. Hierdie subartikel ontbreek tav die ouditeur se bevoegdhede na likwidasie of sekwestrasie van die onderneming.

428 A 20(7) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 80 van 1991. Indien die ouditeur van 'n onderneming in 'n dubbele hoedanigheid ook as konsultant van die onderneming optree en hy word in sy hoedanigheid as konsultant bewus van die wesenlike onreëlmatigheid, sal hy verplig wees om dit aan te meld. Sou hy egter slegs as konsultant en nie ook as ouditeur van die onderneming aangestel wees nie, sal daar onder sodanige omstandighede nie 'n openbaarmakingsplig op hom rus nie. Sien SAIGR *Die ouditeur se verantwoordelikheid om onwettige optrede, ander onreëlmatighede en foute op te spoor en daaroor verslag te doen* Standpunt oor Ouditstandaarde OU 005 Bylaag 1 "Wesenlike onreëlmatighede kragtens artikel 20 (5) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeure, 1991" par 15-17.

429 SAIGR *Die ouditeur se verantwoordelikheid om onwettige optrede, ander onreëlmatighede en foute op te spoor en daaroor verslag te doen* Standpunt oor Ouditstandaarde OU 005 Bylaag 1 "Wesenlike onreëlmatighede kragtens artikel 20 (5) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeure, 1991" par 12.

uitreik.[430] Weens sy vertrouensverhouding met sy kliënt, sal die ouditeur normaalweg nie die aangeleentheid meld aan buitestanders nie, tensy dit deur wetgewing vereis word.[431]

Indien die ouditeur verder oordeel dat die onreëlmatigheid wesenlik en rapporteerbaar is in terme van die Wet, moet hy 'n skriftelike verslag op die voorgeskrewe wyse aan die persone in beheer van die onderneming lewer. Indien die ouditeur nie binne dertig dae na versending van so 'n verslag tot die oortuiging geraak het dat daar geen onreëlmatigheid is nie of dat doeltreffende stappe geneem is om enige verliese wat daardeur berokken is te verhaal of te voorkom nie,[432] moet hy onverwyld 'n afskrif van sy verslag aan die Openbare Rekenmeesters- en Ouditeursraad verskaf tesame met enige ander relevante materiaal.[433] Alvorens die aangeleentheid na die ouditeur se goeddunke in die reine gebring is, mag hy ook nie verslag doen of 'n mening uitspreek dat 'n finansiële staat van daardie onderneming 'n redelike voorstelling is of 'n ware en redelike uiteensetting bied of 'n juiste weergawe is van die sake van die onderneming of die aangeleenthede wat in daardie finansiële staat behandel word nie.[434]

Die Raad het 'n diskresie om die inligting te openbaar aan 'n prokureur-generaal, die Registrateur van Banke, 'n beampte in die Staatsdiens, 'n lid of krediteur van die onderneming of enige regspersoon van wie die onderneming 'n lid is of wat bevoeg is om dissiplinêre stappe teen die onderneming te doen of aan die komitee van enige effektebeurs waarop die aandele van die onderneming genoteer is.[435]

Enige persoon wat onmiddellik voor likwidasie of sekwestrasie van die onderneming as ouditeur van die onderneming optree en wat glo dat daar so 'n wesenlike onreëlmatigheid voor sekwestrasie of likwidasie geskied het, moet 'n

430 SAIGR *Die ouditeur se verantwoordelikheid om onwettige optrede, ander onreëlmatighede en foute op te spoor en daaroor verslag te doen* Standpunt oor Ouditstandaarde OU 005 par 31.

431 SAIGR *Die ouditeur se verantwoordelikheid om onwettige optrede, ander onreëlmatighede en foute op te spoor en daaroor verslag te doen* Standpunt oor Ouditstandaarde OU 005 par 32. Du Preez "Illegal acts and irregularities - the auditor's responsibility" 1990 *Accountancy SA* 132 134. Sien ook a 63 van die Bankwet 94 van 1990, a 67(14) van die Wet op Onderlinge Bouverenigings 24 van 1965 en a 9 van die Versekeringswet.

432 Een van die metodes waarop 'n ouditeur oortuig kan word dat daar nie 'n moontlikheid van geldelike verlies bestaan nie, is deur die sluiting van 'n effektiewe skuldrangeringsooreenkoms. Sien die bespreking in par 3.7 van hierdie hoofstuk ev.

433 A 20(1)(g) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 80 van 1991.

434 A 20(6)(a) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 80 van 1991.

435 A 20(5)(c) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 80 van 1991.

verslag in verband daarmee aan die betrokke trustee of likwidateur, die persoon in beheer van die onderneming en die Raad lewer, indien die gewone rapporteringsprosedure ingevolge artikel 20(5) nie reeds gevolg is nie.[436] Indien so 'n verslag nie gelewer is nie, kan die kurator of likwidateur die ouditeur versoek om hom in kennis te stel of daar so 'n verslag onder die omstandighede vereis word, en, indien wel, moet dit onverwyld aan die betrokke persone gelewer word.[437] Afskrifte van so 'n verslag moet tegelykertyd aan die persoon in beheer van die onderneming en die Raad verskaf word.[438]

3.8.4 Rapportering van die roekelose en bedrieglike dryf van besigheid

Die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid, synde misdrywe ingevolge artikel 424(3) van die Maatskappywet, kwalifiseer as 'n onreëlmatigheid. Die aard van hierdie misdryf bring teweeg dat dit feitlik sonder uitsondering as 'n wesenlike en dus 'n rapporteerbare onreëlmatigheid geklassifiseer moet word.

Die blote dryf van besigheid terwyl die bates die laste oorskry, stel nie noodwendig die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid daar nie.[439] Wanneer dit egter blyk dat daar nie 'n redelike verwagting kan bestaan dat die maatskappy in staat sal wees om verdere skulde reëlmatig terug te betaal nie en die maatskappy gaan voort om skulde op te loop, word die risiko-terrein betree. Die maatskappy-beheerders dryf dan besigheid strydig met artikel 135(3)(a) van die Insolvensiewet soos saamgelees met artikel 425 van die Maatskappywet.[440] Die potensieël-strafregtelike aard van die optrede sowel as die groot risiko van benadeling van die skuldeisers bring teweeg dat sodanige dryf van besigheid normaalweg as 'n wesenlike onreëlmatigheid geklassifiseer kan word.[441]

Indien die maatskappy voortgaan om na ontvangs van die ouditeursverslag skulde op te loop, sonder om remediërende stappe te neem, sal die besigheid in die meeste gevalle bedrieglik bedryf word. In sodanige omstandighede sal die direkteure voortgaan met die oploop van skulde na professionele advies tot die teendeel en 'n statutêre waarskuwing dat hulle die risiko-terrein ten aansien van

436 A 20(6)(a) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 80 van 1991.

437 A 20(6)(b) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 80 van 1991.

438 A 20(6)(b) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 80 van 1991.

439 Sien par 4.1.2 van Hoofstuk 2.

440 Sien par 3.5.1 van Hoofstuk 3. Die misdryf sal egter slegs gepleeg word as 'n insolvente likwidasiebevel tav die maatskappy verleen word.

441 Die moontlikheid van nalatige en opsetlike wanvoorstelling tav die terugbetalingsverwagting behoort ook in hierdie verband verreken te word. Sien par 4.3

artikel 135(3)(a) betree het. Sodanige optrede behoort in die meeste gevalle die bedrieglike dryf van besigheid daar te stel.[442]

Waar die onderneming binne die 30 dae tydperk reageer deur remediërende stappe te neem, byvoorbeeld die sluiting van 'n effektiewe skuldrangeringsooreenkoms,[443] rus daar geen verdere verpligting op die ouditeur om die aangeleentheid aan die Raad te meld nie.

3.8.5 Aanspreeklikheid van die ouditeur

'n Ouditeur kan nie bloot uit hoofde van die nie-nakoming van die rapporteringsvereistes aanspreeklikheid teenoor 'n buitestander oploop nie. Artikel 20(5)(e) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs bepaal uitdruklik dat die subartikels rakende die rapportering van wesenlike onreëlmatighede nie so vertolk moet word dat dit aan enigiemand 'n reg verleen om 'n eis teen 'n ouditeur in te stel wat hy by ontstentenis van hierdie subartikel nie sou gehad het nie.[444]

'n Ouditeur se versuim van sy rapporteringsverpligting sal hom ook nie in die gewone loop van sake aan aanspreeklikheid ingevolge artikel 424 blootstel nie. Die ouditeur is nie normaalweg 'n party tot die dryf van die maatskappy se besigheid nie.[445] Sy versuim om 'n professionele verpligting na te kom, is ook nie voldoende om hom 'n party tot die onregmatige dryf van besigheid te maak nie. 'n Ouditeur kan egter toetree tot die dryf van die maatskappy se besigheid as hy die grense van sy professie oorskry en byvoorbeeld bedrieglik saamspan met die persone in beheer van die maatskappy om die besigheid van die maatskappy op

---

van Hoofstuk 3 ev.

442 Dit blyk uit die vroeëre bespreking in par 3.2.2.1 van hierdie hoofstuk dat die invoering van die begrip "roekelose dryf van besigheid" op aandrang van die ouditeursprofessie geskied het, ten einde die posisie waar die direksie voortgaan om handel te dryf nadat die ouditeur hulle handeldrywing as wesenlike onreëlmatigheid aan hulle gerapporteer het, statutêr aan te spreek. Die voorsetting van besigheid in sodanige omstandighede sal in die meeste gevalle egter kwalik slegs as roekeloos bestempel kan word.

443 Sien tav skuldrangering par 3.7 van hierdie hoofstuk ev. Vgl ook *Ex parte Spendiff: In re Candida Footwear Manufacturers (Pty) Ltd / Ex parte Spendiff: In re Jerseytex (Pty) Ltd* 1988 1 SA 616 (D) 623H-I.

444 In die Parlement is geargumenteer dat hierdie bepaling nodig was om 'n ouditeur wat ter goeder trou 'n aangeleentheid aangemeld of nie aangemeld het nie, teen derdes se eise te beskerm. *Debatte van die Volksraad* [19 Februarie 1962] kol 1357 [Minister Dönges]. Sien ook *Powertech Industries Ltd v Mayberry* 1996 1 All SA 561 (W) 566I-J waar die hof die beskerming verklaar op die basis dat hierdie verpligting buite die normale rol en funksie van 'n ouditeur val.

445 *Powertech Industries Ltd v Mayberry* 1996 1 All SA 561 (W) 565H.

die gewraakte wyse te dryf.[446] Indien hy in so 'n geval sy rapporteringsverpligtinge bedrieglik versuim, sal hy wel aanspreeklikheid ingevolge artikel 424 kan oploop.[447]

Indien 'n ouditeur se versuim om te rapporteer gepaardgaan met 'n nalatige of bedrieglike ongekwalifiseerde sertifisering van die finansiële state van die maatskappy, kan die ouditeur deliktuele aanspreeklikheid oploop. Sy aanspreeklikheid sal egter in so 'n geval op die bedrieglike of nalatige sertifisering berus. Persoonlike eise teen 'n ouditeur op hierdie gronde sal egter die statutêre beperking op aanspreeklikheid van ouditeure soos vervat in artikel 20(9)-(12) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs moet verreken. Hierdie bepalings sluit skuldlose aanspreeklikheid uit en stel streng beperkings aan eise op grond van nalatigheid.[448]

3.8.6 Kommentaar

Dit is duidelik dat die verpligting wat op die ouditeur rus om 'n wesenlike onreëlmatigheid te rapporteer, 'n belangrike meganisme daarstel ingevolge waarvan die betrokke onreëlmatigheid onder die aandag van die persone in beheer van die onderneming gebring kan word en, uiteindelik, as die nodige positiewe stappe nie gevolg word nie, onder die Raad en derdes se aandag gebring word.[449] Na sekwestrasie van die onderneming stel dit ook 'n meganisme

446 *Powertech Industries Ltd v Mayberry* 1996 1 All SA 561 (W) 567J-568A; 569C: "The essential difficulty faced by the plaintiff is that an auditor, while carrying out his statutory functions, is not carrying on the company's business. However negligent his acts or omissions may be they are not the acts or omissions of the company. An auditor may well make himself a party to the company's conduct, but in my view he cannot do so by accident. It would require conduct on his part designed to enable the company to achieve its ends, or in other words, collusion."

447 Sien *S v Rosenthal* 1980 1 SA 65 (A) 90A-91A vir 'n bewering van bedrieglike verswyging van onreëlmatigheid waar die statutêr-vereiste verslag nie verskaf is nie. Ongelukkig het die Appèlhof bevind dat die Staat reeds die spesifieke klag voor die hof *a quo* laat vaar het en is hulle nie toegelaat om die aanklag tydens die appèl op te volg nie. Sien ook *Lipschitz v Wolpert and Abrahams* 1977 2 SA 732 (A) waar 'n aansoek ingevolge a 423 oa gebaseer is op 'n versuim om die nodige verslag te lewer.

448 Die Raad kan natuurlik dissiplinêre stappe neem teen 'n ouditeur as bevind word dat 'n persoon wat as rekenmeester of ouditeur ingevolge die Wet geregistreer is, versuim het om sy pligte as ouditeur met die nodige versigtigheid en bedrewendheid te vervul of nalatig is by die verrigting van daardie pligte. Sien a 20(8) van die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 80 van 1991. Sien ook Lubbe *Inleiding tot die ouditkunde* [1983] 17-26.

449 Tav die ouditeur se belang vir derdes, sien Pretorius "Die rol en funksie van die maatskappy-ouditeur by finansiële verslagdoening" 1986 *MB* 82 90: "Omrede derdes nie toegang het tot die rekeningkundige rekords van 'n maatskappy nie, is hulle aangewese om op die professionele, onafhanklike, deskundige oordeel van die ouditeur met betrekking tot finansiële verslagdoening te vertrou." Sien ook *Lipschitz v Wolpert and*

daar waarvolgens die likwidateur die nodige inligting kan bekom. Dit is egter duidelik dat hierdie meganisme nie foutloos en effektief funksioneer nie.

Slegs daardie wesenlike onreëlmatighede wat deur die ouditeur opgemerk of onder sy aandag gekom het, moet aangemeld word. Die oudit se primêre doel is nie om bedrog en wesenlike onreëlmatighede aan die lig te bring nie. 'n Behoorlike oudit kan dus steeds daarin faal om wesenlike onreëlmatighede aan die dag te bring.[450] Indien 'n onreëlmatigheid blyk, moet die ouditeur 'n opinie vorm of dit rapporteerbaar is, al dan nie. Aangesien die ouditeur in die algemeen in 'n primêre verhouding met die onderneming as kliënt staan en daar in baie gevalle al 'n persoonlike verhouding tot stand gekom het, sal 'n ouditeur menslikerwys versigtig wees om so 'n kras opinie te vorm.[451] Indien hy wel die onreëlmatigheid as wesenlik klassifiseer en die maatskappy versuim om remediërende stappe na rapportering te neem, word die verslag aan die Raad gestuur. Hoewel die Raad sekere inligting aan sekere instansies meld, word daar gewoonlik nie aktiewe stappe geneem om die inligting onder die skuldeisers van die maatskappy se aandag te bring nie.

Hierdie aspekte bring teweeg dat die identifisering- en openbaarmakingsprosedures ten aansien van wesenlike onreëlmatighede nie werklik die regte van buitestanders en veral skuldeisers van maatskappye effektief beskerm nie. Die beskerming van sodanige buitestanders word verder afgewater deur die statutêre beperkings wat op die deliktuele aanspreeklikheid van die ouditeur geplaas is.

Abrahams 1977 2 SA 732 (A) 740D-E.

450 Lubbe "Ouditrisiko in die kontemporêre oudit" Intreerede UOVS [1984]; Wilmot "The role of directors and external auditors in the prevention and detection of white collar crime" 1994 *Accountancy SA* 4 6. Sien SAIGR *Die ouditeur se verantwoordelikheid om onwettige optrede, ander onreëlmatighede en foute op te spoor en daaroor verslag te doen* Standpunt oor Ouditstandaarde OU 005 par 10: "'n Oudit verskaf redelike, maar nie volkome versekering nie, dat wesenlike wanvoorstellings in die finansiële inligting as gevolg van onwettige optrede, ander onreëlmatighede of foute opgespoor sal word."

451 Stegmann R het 'n aspek van die problematiek soos volg saamgevat in *Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation)* 1992 2 SA 95 (W) 139D: "... [S] 26(3(e) of Act 51 of 1951 largely exempted auditors from responsibility for what they did or failed to do under s 26(3); and that, human nature being what it is, auditors cannot be expected, any more than anyone else, to be enthusiastic about applying a measure which sometimes requires them to bite the hand that feeds them." Sien ook Wilmot "The role of directors and external auditors in the prevention and detection of white collar crime" 1994 *Accountancy SA* 4 6.

3.9 Verbandhoudende statutêre bepalings

3.9.1 Artikel 423 en 426[452]

Indien dit tydens die likwidasie of geregtelike bestuur van die maatskappy blyk dat 'n persoon wat betrokke was by die oprigting van die maatskappy of 'n huidige of voormalige direkteur van die maatskappy geld of goedere van die maatskappy wanaangewend of weerhou het of daarvoor aanspreeklik of verantwoordelik geword het of troubreuk gepleeg het teenoor die maatskappy, kan die hof op aansoek van die Meester, likwidateur, skuldeiser, lid of kontribuant van die maatskappy ondersoek instel na die persoon se gedrag en hom beveel om die geld of goedere terug te gee of enige bedrag by te dra as vergoeding vir sy optrede.[453]

Artikel 423 maak gevolglik voorsiening vir 'n buitengewone proses waardeur ondersoek ingestel kan word na die beweerde optrede van 'n spesifieke persoon en vir die maak van 'n vergoedende bevel, indien die bewerings korrek blyk te wees.[454] Artikel 423 kan egter slegs benut word in die eng-omskrewe gevalle waarvoor dit voorsiening maak.[455] Die prosedure is byvoorbeeld slegs beskikbaar

452 A 425 is ook van belang binne die konteks van hierdie bespreking. Hierdie bepaling maak voorsiening vir die strafregtelike aanspreeklikheid van 'n huidige of voormalige direkteur of beampte van 'n maatskappy wat 'n handeling verrig het met betrekking tot die maatskappy, wat 'n misdryf sou daarstel ingevolge die insolvensiewetgewing, indien die handeling verrig was tav sy eie boedel. Die bepaling is egter binne konteks tesame met a 135(3)(a) in par 3.5.1 van Hoofstuk 3 bespreek.

453 Vir die direkte voorganger van a 423, sien a 184(1) van die Maatskappywet 46 van 1926. Vir die geskiedkundige agtergrond van die bepaling, sien *Rennie v Holzman* 1989 3 SA 706 (A) 709E-710A. Sien in die alg Meskin *Henochsberg on the Companies Act* [diensuitgawe] 905-911; *Kelly and Hingle v Cohen* 1923 WPA 140; *Liquidator, Zululand Motor Co (Maritzburg) Ltd v Boswell* 1928 NPA 376; *Waisbrod v Potgieter* 1953 4 SA 502 (W); *Du Plessis v Gunn* 1962 4 SA 7 (O); *L Suzman (Rand) Ltd v Yamoyani (2)* 1972 1 SA 109 (W); *Ensor v Syfret's Trust and Executor Company (Natal) Ltd* 1976 3 SA 762 (D); *Lipschitz and Schwartz v Markowitz* 1976 3 SA 773 (W); *Lipschitz v Wolpert and Abrahams* 1977 2 SA 732 (A); *Spansteel (Pty) Ltd v Timmers* 1979 1 SA 564 (W); *Timmers v Spansteel (Pty) Ltd* 1979 3 SA 242 (T); *Rennie v Holzman* 1987 4 SA 938 (K); *Rennie v Holzman* 1989 3 SA 706 (A).

454 *Timmers v Spansteel (Pty) Ltd* 1979 3 SA 242 (T) 247C-D: "This examination into the conduct of another person is a departure from the basic principles of our adversary system of litigation. It has indeed inquisitorial elements and can only take place after the Court has ordered so upon application for this definite and distinct relief." Sien ook *Rennie v Holzman* 1987 4 SA 938 (K) 944G-H. A 423 skep nie enige nuwe substantiewe regte of eisgronde nie, maar stel bloot 'n buitengewone proses vir ondersoek en verhaling daar. Sien *Du Plessis v Gunn* 1962 4 SA 7 (O) 11B; *L Suzman (Rand) Ltd v Yamoyani (2)* 1972 1 SA 109 (W) 112B-C; *Ensor v Syfret's Trust and Executor Company (Natal) Ltd* 1976 3 SA 762 (D) 765G.

455 Vanweë die drastiese aard van die artikel, gee die howe voorts ook voorkeur aan 'n beperkende uitleg daarvan en moet dus streng gelet word op die bewoording van die

wanneer die betrokke feite tydens die likwidasie of geregtelike bestuur van die maatskappy blyk. Die bepaling is voorts slegs van toepassing op persone wat betrokke was by die oprigting van die maatskappy of huidige of voormalige direkteure of beamptes van die maatskappy.[456] 'n Geregtelike bestuurder en 'n ouditeur kan byvoorbeeld nie aanspreeklik gehou word ingevolge artikel 423 nie, aangesien hulle nie kwalifiseer as beamptes van die maatskappy nie.[457] Die gronde vir aanspreeklikheid ingevolge artikel 423 is ook beperk.[458] Die aanspreeklikheid moet voortspruit uit die wanaanwending of weerhouding van sekere bates van die maatskappy of uit troubreuk teenoor die maatskappy.[459] Eise wat nie hiermee verband hou nie, resorteer dus nie onder hierdie artikel nie.[460]

Wanneer 'n aangeleentheid wel onder artikel 423 resorteer, kan die Meester, likwidateur, skuldeiser, lid of kontribuant van die maatskappy die hof om regshulp nader. Die applikant moet 'n *prima facie* saak uitmaak vir die uitreiking van 'n hofbevel dat die nodige ondersoek onderneem moet word.[461] Wanneer die applikant so 'n saak uitgemaak het, berus dit in die diskresie[462] van die hof om te gelas dat 'n ondersoek na die beweerde optrede geloods moet word.[463] Indien so

---

bepaling. Sien *Ensor v Syfret's Trust and Executor Company (Natal) Ltd* 1976 3 SA 762 (D) 766A: "It seems to me clear that the Legislature intended a very special remedy which would be available in strictly circumscribed circumstances only, and to extend it to cover other cases, would be to offend against every principle of construction known to me." Vgl ook *Lipschitz v Wolpert and Abrahams* 1977 2 SA 732 (A) 744A.

456 Die *onus* rus op die applikant om aan te toon dat die persoon 'n lid is van die kategorie wat deur a 423 geskep word. Sien *L Suzman (Rand) Ltd v Yamoyani (2)* 1972 1 SA 109 (W) 115H.

457 *Lipschitz v Wolpert and Abrahams* 1977 2 SA 732 (A); *Rennie v Holzman* 1987 4 SA 938 (K); *Rennie v Holzman* 1989 3 SA 706 (A). 'n Persoon wat middellik aanspreeklik staan vir die dade van 'n ander kan ook nie ingevolge a 423 vir daardie dade aanspreeklik gehou word nie. Sien *Ensor v Syfret's Trust and Executor Company (Natal) Ltd* 1976 3 SA 762 (D) 766B-C.

458 *Du Plessis v Gunn* 1962 4 SA 7 (O) 11D; *Ensor v Syfret's Trust and Executor Company (Natal) Ltd* 1976 3 SA 762 (D) 765H.

459 Die gewraakte handelinge moes voorts geskied het in die uitoefening van die persoon se ampspligte en moes in sy hoedanigheid as ampsdraer van die maatskappy plaasgevind het. Sien *Du Plessis v Gunn* 1962 4 SA 7 (O) 12E-H.

460 *Ensor v Syfret's Trust and Executor Company (Natal) Ltd* 1976 3 SA 762 (D) 767C; *Timmers v Spansteel (Pty) Ltd* 1979 3 SA 242 (T).

461 *Du Plessis v Gunn* 1962 4 SA 7 (O) 9H-10B; *L Suzman (Rand) Ltd v Yamoyani (2)* 1972 1 SA 109 (W) 116B; *Timmers v Spansteel (Pty) Ltd* 1979 3 SA 242 (T) 249F-G: "It is not a *prima facie* case for a claim for the payment of money which must be made out. All that the applicant has to establish is a *prima facie* case for the grant of an order for the holding of an enquiry."

462 *Du Plessis v Gunn* 1962 4 SA 7 (O) 14G-H; *Timmers v Spansteel (Pty) Ltd* 1979 3 SA 242 (T) 247E: "This is discretionary relief ...".

463 *Timmers v Spansteel (Pty) Ltd* 1979 3 SA 242 (T) 246H.

'n bevel uitgereik word, word die aangeleenthede wat ondersoek moet word, normaalweg gespesifiseer.[464] Die presiese reëlings ten aansien van die betrokke proses en aangeleenthede soos blootlegging, voorverhoorkonferensies, ondervraging en kruisverhoor word ook normaalweg in die hofbevel aangetref.[465]

Artikel 423 en 424 kan in sekere gevalle van toepassing wees op dieselfde feite. In sodanige gevalle sal die betrokke persone die voordele van die prosesse ingevolge die twee bepalings noukeurig moet opweeg alvorens 'n keuse uitgeoefen word.[466] In sodanige gevalle bied artikel 423 'n aantreklike alternatief in die vorm van 'n vinnige en relatief goedkoop proses waardeur 'n maatskappyboedel skade kan verhaal.[467]

3.9.2 Artikel 247 en 248

Artikel 247 bepaal dat 'n bepaling in die statute van 'n maatskappy of in 'n kontrak ingevolge waarvan 'n direkteur of 'n beampte of die ouditeur van die maatskappy vrygestel word van aanspreeklikheid vir nalatige optrede of vertroueskending, of skadeloos gestel word teen sodanige aanspreeklikheid, nietig is.[468] Artikel 247 is op die wetboek geplaas om die gebruik van maatskappye om wye vrystelling van aanspreeklikheid aan direkteure te verleen, hok te slaan.[469] Artikel 247 verbied

464 Vanweë die drastiese aard van die ondersoek, moet dit nie ontaard in 'n algemene ondersoek nie. Sien *Timmers v Spansteel (Pty) Ltd* 1979 3 SA 242 (T) 252H: "... [I]t is not a vague, undefined, roving enquiry which is envisaged."

465 *Timmers v Spansteel (Pty) Ltd* 1979 3 SA 242 (T) 252H-253H.

466 'n Applikant kan beide bepalings benut deur sy aansoek in die alternatief te stel. Sien *Ensor v Syfret's Trust and Executor Company (Natal) Ltd* 1976 3 SA 762 (D).

467 Sien *Waisbrod v Potgieter* 1953 4 SA 502 (W) waar die likwidateur 'n aksie teruggetrek het, toe dit geblyk het dat dit tot lang en duur litigasie aanleiding gaan gee en toe 'n goedkoper aansoek ingevolge a 423 op grond van dieselfde feite gebring het.

468 Sien a 247(2) van die Maatskappywet vir spesifieke uitsonderings op die verbod. Sien ook in die alg Havenga *Fiduciary duties of company directors with specific regard to corporate opportunities* LLD UNISA [1995] 350-533; Blackman "Exemption of directors from liability and section 247(1) of the Companies Act, 1973" 1993 *THRHR* 537. Die aanspreeklikheid van die ouditeur moet natuurlik geïnterpreteer word teen die agtergrond van a 8 van die Maatskappywet en die beperkings op aanspreeklikheid wat vervat is in die Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 80 van 1991. Sien die bespreking in par 3.8.5 van hierdie hoofstuk tav die aanspreeklikheid van ouditeurs.

469 Vir voorbeelde van sodanige verlening van vrystelling, sien *Re Brazilian Rubber Plantations and Estates Ltd* 1911 1 Ch 425 en *Re City Equitable Fire Insurance Co Ltd* 1925 1 Ch 407. Die opspraak wat lg gevalle teweeggebring het, het aanleiding gegee tot die voorstel dat die verbodsbepaling in die Maatskappywet vervat moet word. Sien Company Law Amendment Committee *Report* Cmd 2657 [1926] 19-20 vir die aanbevelings in hierdie verband. Sien voorts Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 78-79; Fourie "Enkele historiese perspektiewe op die vertrouenspligte van direkteure en artikel 248 van die Maatskappywet" 1991 *Stell LR* 339 346-347; Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 154-155.

egter nie ratifikasie van sodanige optrede deur die algemene vergadering nie. Laasgenoemde bied gevolglik 'n moontlike vrystellingswyse aan 'n direkteur, beampte of ouditeur.[470]

Artikel 248 van die Maatskappywet stel 'n statutêre vrystellingsprosedure daar.[471] Ingevolge artikel 248 kan 'n hof 'n direkteur, beampte of ouditeur van 'n maatskappy in die geheel of gedeeltelik van aanspreeklikheid onthef, indien hulle aangespreek word of kan word op grond van nalatigheid, versuim, pligsversuim of vertroueskending, indien dit vir die hof voorkom dat die persoon eerlik en redelik gehandel het en billikheidshalwe verskoon behoort te word vir die betrokke optrede. In sy besluit kan die hof al die omstandighede van die geval, insluitende daardie omstandighede wat met die aanstelling van die persoon in verband staan, in ag neem.[472]

Artikel 248 se bewoording is ongelukkig. Die artikel maak byvoorbeeld voorsiening daarvoor dat 'n persoon se nalatigheid verskoon kan word, indien die hof bevind dat hy eerlik en redelik opgetree het en gevolglik billikerwys in die geheel of ten dele verskoon behoort te word. Nalatigheid, wat per definisie onredelike optrede is, is dus verskoonbaar, mits dit redelik was.[473] Die bewoording van die artikel skep dus 'n regsteoretiese spanning, wat dit moeilik maak om te peil wat die wetgewer se bedoeling was. In *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd*[474] het Stegmann R gespekuleer dat die wetgewer

470 Sien Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 78-79.

471 Sien in die alg Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 79, 274-275, 452-454; Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 155; Fourie "Enkele historiese perspektiewe op die vertrouenspligte van direkteure en artikel 248 van die Maatskappywet" 1991 *Stell LR* 339; Havenga *Fiduciary duties of company directors with specific regard to corporate opportunities* LLD UNISA [1995] 350-533; Meskin *Henochsberg on the Companies Act* [diensuitgawe] 460; *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd* 1989 3 SA 71 (T) 107A-109A.

472 A 248 van die Maatskappywet. Die frase wat handel met die omstandighede rakende die aanstelling van die persoon is voorgestel ten einde voorsiening te maak vir die posisie van die nie-uitvoerende direkteur. Company Law Amendment Committee *Report* Cmd 2657 [1926] 21: "Such a provision would meet the case of a director who has been appointed because of his special knowledge or for a special purpose and not to direct the business of the company generally."

473 In *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd* 1989 3 SA 71 (T) 108E-F: "The provision therefore envisages a situation in which a director's act or omission may be found to be both 'negligent' and 'reasonable' at the same time. Since an act (or omission) is only 'negligent' if it is something which would not have been done ... by a reasonable man acting reasonably, there is some uncertainty as to what the Legislature had in mind when it empowered the Court to relieve a director from liability to the company for his negligence, provided he acted reasonably. The concept of 'reasonable negligence' appears on the face of it to be self-contradictory."

474 1989 3 SA 71 (T).

moontlik bedoel het dat die Hof 'n mindere graad van nalatigheid kan verskoon.[475] Meskin, aan die ander kant, doen aan die hand dat "redelik" met verwysing na "nalatigheid" as "verstaanbaar" of "begryplik" geïnterpreteer moet word.[476] Dit word in oorweging gegee dat die artikel hom nie leen tot 'n uitleg wat ten volle bevredigend is nie en dat 'n wetswysiging genoodsaak word.

Die presiese reikwydte van die artikel is ook onseker. Sommige regsgeleerdes redeneer dat artikel 248 gerig is op die interne maatskappyverband. Die konklusie van die argument is dat die bepaling slegs van toepassing is op eise wat deur die maatskappy of sy likwidateur teen die betrokke persoon ingestel word en dus nie beskikbaar is waar derdes so 'n eis instel nie.[477] Teenstanders van so 'n argument beweer egter dat die bewoording van die bepaling nie gronde vir so 'n beperkte uitleg bied nie.[478] Sommige ondersteuners van die beskikbaarbaarheid van die vrystelling ten aansien van eise deur derdes neem egter die standpunt in dat die vrystelling nie beskikbaar is ten aansien van artikel 424-aanspreeklikheid nie. Meskin verwoord die argument soos volg:[479]

> "The liability ... in terms of a declaration under s 424(1) is predicated on his having been found by the Court to have been knowingly a party to the carrying on of the business ... in the particular manner envisaged ... It is respectfully submitted that such liability is not one in respect of negligence, default, breach of duty or breach of trust within the meaning of s 248(1) and accordingly no relief therefrom can be obtained in terms of this section ...".

Meskin verwys na die Engelsregtelike uitspraak in *Re Produce Marketing*

---

475 In *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd* 1989 3 SA 71 (T) 108G-109A.

476 Meskin *Henochsberg on the Companies Act* [diensuitgawe] 460: It is submitted that, in the context, where the question is whether or not relief should be granted in respect of 'negligence' 'reasonably' should be interpreted as meaning 'understandably'".

477 Sien *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd* 1989 3 SA 71 (T) 107F-G. Sien tav die Engelsregtelike eweknie van a 248 *Customs & Excise Commissioners v Hedon Alpha Ltd* 1981 2 All ER 697 701: "...[T]he language of s 448 was apt to describe the area in which a company director might be in breach of his duties to the company, and the ambit and concern, the context or matrix, of the section was company law and the relation of the officer (or auditor) of a company to the company and not to third persons." [Per Stephenson LJ]. Vgl ook Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stell LR* 148 169. Sien *contra* Du Plessis *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD UOVS [1990] 453; Meskin *Henochsberg on the Companies Act* [diensuitgawe] 460.

478 Meskin *Henochsberg on the Companies Act* [diensuitgawe] 460: "It is respectfully submitted that, in the context, and on the ordinary meaning of the language, the provisions of the sections apply in respect of any proceedings by anyone against a director, officer or auditor provided only that they are proceedings for negligence, default, breach of duty or breach of trust by the defendant in his capacity as director, officer or auditor of the company ...".

479 Meskin *Henochsberg on the Companies Act* [diensuitgawe] 461.

Consortium Ltd[480] as gesag. Laasgenoemde beslissing het gehandel met die toepaslikheid van artikel 727(1) van die *Companies Act,* die eweknie van artikel 248, binne die konteks van die *wrongful trading*-bepaling. Die spesifieke bepaling maak voorsiening vir die persoonlike aanspreeklikheid van 'n direkteur van 'n maatskappy as dit blyk dat hy onder sekere omstandighede nalatig opgetree het. Die artikel skryf sekere toetse vir nalatigheid voor en maak ook voorsiening vir kwytskelding onder sekere omstandighede. Die hof was in die *Produce Marketing*-beslissing gekonfronteer met die dilemma dat die kwytskeldingstoets in artikel 727(1) en die toetse wat kragtens die *wrongful trading*-bepaling voorgeskryf word, nie versoenbaar met mekaar is nie.[481] Gevolglik het die hof geoordeel dat die artikel 727(1)-kwytskelding nie toepaslik is binne die konteks van *wrongful trading* nie. Daar word, met respek, in oorweging gegee dat 'n soortgelyke probleem nie bestaan tussen artikel 424 en artikel 248 nie en dat die regshulp van artikel 248 beskikbaar behoort te wees binne die konteks van artikel 424.

Welke standpunt ook al gehuldig word rakende die reikwydte van artikel 248, is dit duidelik dat die belang daarvan binne die konteks van artikel 424 grotendeels teoreties van aard is. Regshulp kan nie toegestaan word aan 'n persoon wat wetens 'n party tot die dryf van besigheid op 'n bedrieglike wyse was nie, aangesien die persoon nie eerlik gehandel het nie.[482] Prakties laat dit slegs ruimte dat 'n persoon wat wetens 'n party tot die roekelose dryf van besigheid was, met so 'n aansoek kan slaag. Die kanse dat so 'n persoon kan aantoon dat hy nogtans redelik gehandel het en billikheidshalwe van aanspreeklikheid verskoon moet word, is skraal.[483]

3.10 Artikel 424 as verhalingsmeganisme en sanksie

Dit blyk uit die vroeëre bespreking van die geskiedenis van artikel 424 in die Suid-Afrikaanse reg dat die voorganger van die bepaling in navolging van die Engelse maatskappyeregontwikkelings in die Maatskappywet ingevoer is, sonder dat voldoende ag geslaan is op die Suid-Afrikaanse gemenereg.[484] Die Suid-

480 1989 3 All ER 1.

481 Sien die opsomming van die uitspraak in *Re Produce Marketing Consortium Ltd* 1989 3 All ER 1: "... [W]hether a director had taken every step to minimise creditors' losses was required to be answered objectively ...; whereas the question under s 727(1) whether he had acted honestly and reasonably was to be answered [essentially] subjectively." Vgl die passasie by 6A vir die invoeging van "essentially".

482 *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd* 1989 3 SA 71 (T) 107D-E.

483 A 248 se kwytskelding is voorts beperk tot direkteure, beamptes en ouditeure en ander persone kan hulle dus in elk geval nie daarop beroep nie.

484 Sien die bespreking par 4 van Hoofstuk 2 ev.

Afrikaanse insolvensiereg, strafreg en deliktereg het in daardie stadium reeds basiese sanksies en remedies bevat ten aansien van die bedrieglike dryf van besigheid. Die spesifieke feitestel wat die Greene-komitee[485] deur middel van hulle konsep-bepaling in die Engelse reg wou beredder, is alreeds in 1920 bevredigend in *Orkin Bros Ltd v Bell*[486] met behulp van die reëls van Suid-Afrikaanse gemenereg aangespreek. Die betrokke optrede wat die feitestel onderlê is ook voor invoering van die bepaling in Suid-Afrika talle male bevredigend strafregtelik ingevolge die insolvensiewetgewing en maatskappywetgewing bestraf.[487]

Die gemeenregtelike reëls en ander reëls het sedertdien ontwikkeling ondergaan. Die bepaling is ook by verskeie geleenthede opgeknap ten einde die effektiwiteit daarvan te verhoog. Die vraag ontstaan gevolglik in welke mate die regsontwikkelings op die onderskeie terreine daarin geslaag het om 'n effektiewe en geïntegreerde stel reëls daar te stel. Teen die agtergrond van die bespreking van die relevante reëls in die vorige hoofstukke, word die aanwendingsmoontlikhede van artikel 424 van nader beskou.

3.10.1 Artikel 424 as strafregtelike bepaling

Artikel 424(3) bepaal dat 'n persoon wat wetens deelneem aan die dryf van besigheid op 'n roekelose of bedrieglike wyse, homself aan 'n misdryf skuldig maak.[488]

Waar die besigheid bedrieglik gedryf is, kan strafregtelike vervolging op grond van gemeenregtelike bedrog oorweeg word. Ten einde te slaag met 'n vervolging vir bedrog, moet bloot bewys word dat die beskuldigde wederregtelik en opsetlik 'n wanvoorstelling gemaak het met die doel om 'n ander persoon te benadeel.[489] Die geredelikheid waarmee ons howe 'n afleiding maak ten aansien van direkteure en verteenwoordigers se implisiete voorstelling rakende hulle terugbetalingsverwagting van skulde wat hulle namens die maatskappy oploop, verhoog die kanse op sukses vir so 'n vervolging.[490] Die nadeel bly egter dat opset om te mislei bewys moet word en dat sodanige bewys moeilik gebied word.

---

485 Company Law Amendment Committee *Report* Cmd 2657 [1926] 29.

486 1921 TPA 92.

487 Sien par 4.3 van Hoofstuk 2 en par 3.5.1 van Hoofstuk 3.

488 Artikel 441(1)(d) maak voorsiening vir 'n boete van hoogstens R 8000 en/of gevangenisstraf van hoogstens twee jaar. Die maksimum boete-bedrag word natuurlik opwaarts verstel ingevolge die aanpasbare formule ingevolge die Wet op die Aanpassing van Boetes 101 van 1991. Sien in die alg Dendy "The cost of crime" 1993 *JBL* 98.

489 Sien par 3.3 van Hoofstuk 2.

490 Sien par 4.3 van Hoofstuk 3 ev.

Artikel 424 stel 'n aantreklike alternatief vir 'n vervolging weens bedrog daar, aangesien dit voorsiening maak vir vervolging op grond van deelname aan die roekelose dryf van besigheid. Die objektiewe aard van laasgenoemde maak dit makliker bewysbaar as gemeenregtelike bedrog. Dit vereis ook nie die bewys dat die betrokke persoon 'n wanvoorstelling aan die misleide skuldeiser gemaak het nie. Aangesien die misdryf "roekelose dryf van besigheid" makliker bewysbaar is as gemeenregtelike bedrog of as die misdryf "bedrieglike dryf van besigheid", word in die praktyk dikwels gevind dat vervolgings wat op laasgenoemde twee gronde ingestel kan word, dikwels op eersgenoemde grond ingestel word.

Daar bestaan egter ook 'n ander belangrike statutêre alternatief vir 'n vervolging ingevolge artikel 424. In die praktyk behels die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid meerendeels die oploop van skulde deur die maatskappy, terwyl die betrokke beheerders van die maatskappy nie beoog dat die maatskappy die skulde reëlmatig sal delg nie of grof-onredelik glo dat die maatskappy wel in staat sal wees om die skulde reëlmatig te delg. Die feite blyk gewoonlik ten tyde van geregtelike bestuur of likwidasie van die maatskappy. Die situasie waar die strafsanksie ingevolge artikel 424 in die praktyk aangewend word, oorvleuel met die aanwendingsterrein van artikel 135(3) van die Insolvensiewet soos saamgelees met artikel 425 van die Maatskappywet ["die insolvensiebepalings"]. Ingevolge hierdie bepalings is 'n huidige en voormalige direkteur of beampte van 'n insolvente, gelikwideerde maatskappy skuldig aan 'n misdryf indien hy die maatskappy voor likwidasie 'n skuld laat oploop het, sonder 'n redelike verwagting dat die maatskappy die skuld sal kan betaal.[491]

Die insolvensiebepalings geniet in beginsel veel wyer toepassing as artikel 424, aangesien dit die blote nalatige oploop van skulde bestraf, terwyl artikel 424 eers aanwending vind wanneer die terugbetalingsverwagting op 'n grof-nalatig wyse gehuldig was. Die insolvensiebepalings het dus 'n veel laer aanwendingsdrumpel. Ongelukkig is daar enkele verdere praktiese beperkings wat die aanwendingsterrein van die insolvensiebepalings inkort. Die bepalings is alleen van toepassing waar 'n likwidasiebevel verleen is ten aansien van 'n maatskappy wat nie in staat was om sy skulde te betaal nie. Verder kan slegs direkteure en beamptes van die maatskappy aanspreeklikheid ingevolge die bepalings oploop. Artikel 424, aan die ander kant, se toepassing is nie beperk tot die likwidasiefase nie en is voorts van toepassing op enige persoon wat wetens aan die dryf van besigheid op die gewraakte wyse deelgeneem het.

In die eng-omskrewe gevalle waar die insolvensiebepalings aanwending vind, vorm dit egter 'n aantrekliker basis vir 'n vervolging as artikel 424, aangesien

491 A 135(3) van die Insolvensiewet. Die straf vir hierdie misdryf beloop gevangenisstraf van hoogstens twee jaar.

nalatigheid makliker bewysbaar is as roekelose of bedrieglike optrede.[492] Die insolvensiebepalings het in die verlede die verdere voordeel gebied dat 'n vervolger kon staatmaak op die statutêre vermoedens wat die bepalings skep. Indien die skulde opgeloop is op 'n tydstip toe die maatskappy se laste sy bates oorskry het of binne 'n tydperk van ses maande voor insolvente likwidasie van die maatskappy, word weerlegbaar vermoed dat hy nie 'n redelike verwagting gehad het om dit te kan terugbetaal nie. Die konstitusionele vraagtekens wat tans oor sodanige vermoedens hang,[493] doen nie afbreuk aan hulle praktiese belang in die verlede nie.

Uit 'n historiese en 'n insolvensieregtelike oogpunt blyk dat artikel 424 nie ongekwalifiseerd as 'n verbetering van die statutêre posisie in Suid-Afrika beskou kan word nie. Terwyl die gemeenregtelike reëls van die strafreg wel deur die toevoeging van die statutêre reëls rakende die roekelose dryf van besigheid aangevul is, strek die insolvensiebepalings konseptueel veel wyer as artikel 424. Die gewone nalatige oploop van skulde is in daardie konteks bestraf lank voordat die wetgewer en die howe bereid was om die grof-nalatige oploop van skulde ingevolge artikel 424 aan te spreek. Die effektiwiteit van hierdie bepalings is verder verhoog deur kragtige vermoedens, terwyl die Staat gebuk moet gaan onder die volle bewyslas om roekelose optrede ingevolge artikel 424 te bewys.

3.10.2 Artikel 424 as skuldverhalingsmeganisme

Dit blyk uit die ondersoeke in Hoofstuk 2 en 3 dat die wanvoorstellingsreg en in die besonder die reëls van die deliktereg kragtige remedies aan misleide skuldeisers in die algemeen bied. Die dinamiese ontwikkeling van die reëls rakende nalatige wanvoorstelling in die besonder, het die beskerming wat hierdie reëls bied, aansienlik vergroot.

Die deliktuele beskerming is egter gegrond op wanvoorstelling en is primêr van toepassing op die wanvoorsteller en die prinsipaal van die wanvoorsteller. In maatskappyverband beteken dit dat die verteenwoordiger wat die wanvoorstelling gemaak het, sowel as die maatskappy deliktueel vir die skade van die misleide skuldeiser aanspreeklik staan. Waar die verteenwoordiger welgesteld is, is 'n deliktuele aksie teen die betrokke persoon of persone op grond van wanvoorstelling 'n aantreklike alternatief vir 'n aansoek ingevolge artikel 424.[494] Hoewel die skuldeiser in 'n deliktuele aksie in teorie 'n swaarder bewyslas dra

492 Sien par 4.3 van Hoofstuk 2 en par 3.5.1 van Hoofstuk 3.

493 Sien par 4.3 van Hoofstuk 2.

494 Vgl McLennan "The liability of agents for debts contracted on behalf of insolvent companies" 1995 *SA Merc LJ* 68.

omdat hy skade en kousaliteit moet bewys, word sy taak aansienlik verlig, aangesien hy bloot gewone nalatigheid deur die betrokke persone hoef te bewys en nie roekeloosheid nie. Skade en kousalititeit is in elk geval in die praktyk nie moeilik om aan te toon, waar 'n skuldeiser deur misleiding oorgehaal is tot kredietgewing aan insolvente maatskappy, wat kort daarna gelikwideer is weens onvermoë om sy skulde te delg nie. 'n Suksesvolle deliktuele aksie sal ook vir die skuldeiser inhou dat hy die volle bevoordeling van die opbrengs van die hofbevel sal ontvang. Artikel 424 skep ruimte vir 'n bevel dat die aanspreeklikheidsbedrag die maatskappy se insolvente boedel toeval en beskikbaar is vir gelyke verdeling onder misleide en nie-misleide skuldeisers.[495]

Die reëls van die deliktereg en maatskappyereg is egter minder effektief waar die wanvoorstelling nie deur 'n gewone verteenwoordiger gemaak word nie, maar deur 'n direkteur van die maatskappy. Weens 'n verskeidenheid van faktore word die reëls van die deliktereg in so 'n geval in die praktyk deur maatskappyregtelike leerstukke verwring ten einde die direkteur teen wye aanspreeklikheid te beskerm. Die deliktereg is ook nie effektief om direkteure aanspreeklik te stel vir nalatige bestuurshandelinge in die afwesigheid van direkte wanvoorstellings teenoor 'n skuldeiser nie. Waar die bestuurders die maatskappy as instrument in hulle bedrogskema misbruik het, kan ontsluiering tot hulle aanspreeklikheid lei en kan hulle ook deliktuele aanspreeklikheid vir die skade van skuldeisers oploop. Waar nalatigheid egter ter sprake is, belemmer die historiese tradisie van beskerming van direkteure teen deliktuele aanspreeklikheid en die strukturering van die regspligte van direkteure die kanse op sukses van 'n deliktuele aksie.

In laasgenoemde geval, bied artikel 424 'n verhalingsmeganisme waardeur 'n skuldeiser die bestuur van die maatskappy kan bereik. Artikel 424 verg egter bewys van roekelose optrede en stel dus die aanspreeklikheidsdrumpel aansienlik hoër as die deliktereg. Waar die hof bevind dat die aanspreeklikheidsbedrag die maatskappy se boedel toeval, sal die skuldeiser ook slegs 'n deel van sy skuldbedrag kan verhaal.

Wanneer artikel 424 as siviele verhalingsmeganisme uit die oogpunt van die aanspreeklike beskou word, vertoon dit nie genaakbaar nie. Die deliktereg het deur die eeue ontwikkel tot 'n billike stel reëls wat skadeverhaling beheers. Twee van die vyf kernelemente van 'n delik, naamlik skade en kousaliteit, word nie deur artikel 424 vereis nie. Teoreties kan artikel 424 dus tot gevolg hê dat 'n persoon aanspreeklik gestel word om 'n bedrag aan 'n derde te betaal wat nie skade gelei het uit die persoon se optrede nie. Wanneer artikel 424 gevolglik uit die perspektief van die deliktereg beskou word, blyk die aanspreeklikheid onbillik wyd

495 Sien parr 2.2.9 en 3.2.8.2 van hierdie hoofstuk. Sien ook Havenga "Creditors, directors and personal liability under section 424 of the Companies Act" 1992 *SA Merc LJ* 63 68-69.

te wees.[496]

Artikel 424 hang gevolglik as verhalingsmeganisme ongemaklik saam met die heersende reëls van die gemenereg. Artikel 424 bied wel 'n handige meganisme om maatskappybestuurders en ander persone aan te spreek, maar die drumpel van aanspreeklikheid is veel hoër as die algemene drumpel wat die reëls van die deliktereg tans vereis. Die feit dat die basiese elemente van die deliktuele verhaalsreg nie voldoende in artikel 424 teregkom nie, bring ook teweeg dat die bepaling onregverdig teenoor die aanspreeklike kan werk.

3.11 Problematiek verbonde aan artikel 424

3.11.1 Bewys van onregmatige optrede

In bogenoemde bespreking is artikel 424 as sanksie en meganisme vergelyk met ander alternatiewe sanksies en meganismes. 'n Praktiese probleem wat al die alternatiewe, die insolvensiebepalings in hulle huidige vorm uitgesluit, onderlê, is die bewys dat die maatskappy se besigheid roekeloos of bedrieglik gedryf is.

In vele gevalle is die rekeningkundige rekords van die maatskappy onvolledig en kan die gehalte van die bestuursbesluitneming nie bloot op grond van die beskikbare rekeningkundige rekords beoordeel word nie. Die plig om rekeningkundige rekords te hou, word gereël in artikel 284 van die Maatskappywet. Nie-nakoming van die bepaling stel 'n misdryf daar en is strafbaar met 'n boete van hoogstens R 8000[497] en/of gevangenisstraf van hoogstens twee jaar.[498] 'n Oortreding van die bepaling kan egter nie lei tot persoonlike aanspreeklikheid nie en 'n oortreder van artikel 424 mag oordeel dat dit goedkoper en veiliger sal wees om nie volledige rekeningkundige rekords te hou nie of om die rekords te verlê ten einde persoonlike aanspreeklikheid ingevolge artikel 424 te vermy.

Waar die rekords wel beskikbaar is, moet die inligting professioneel ontleed word. Deskundige ontleding van soms ingewikkelde transaksies word normaalweg geverg alvorens die nodige gronde kan blyk waarop 'n aansoek gebaseer kan word.[499] Die ontleding mag voorts uitwys dat addisionele nie-rekeningkundige

496 Die aanspreeklikheid kan wel getemper word deur die hof, maar sodanige tempering kan nie as noodwendig aanvaar word nie.

497 Die maksimum boete-bedrag word natuurlik opwaarts verstel ingevolge die formule van die Wet op die Aanpassing van Boetes 101 van 1991.

498 A 441(1)(d) van die Maatskappywet.

499 Katz "Personal liability for directors and responsibilities of liquidators" Desember 1989 *The*

ondersoeke benodig word, alvorens betroubare gevolgtrekkings gemaak kan word. Dikwels word verdere inligting benodig aangaande aangeleenthede wat binne die eksklusiewe kennis van die direkteure of hoofbeamptes val. Hierdie persone verleen soms nie hulle heelhartige ondersteuning aan 'n ondersoek nie, wat die gebruik van die duur ondervragingsprosedures ingevolge artikel 415 en 417 van die Maatskappywet noodsaak. Indien skuldeiser gelukkig is en die ontleding en ondersoeke 'n goeie saak uitwys, mag die betrokke direkteure en partye bereid wees om die saak te skik. Indien hulle egter nie bereid is om dit te doen nie, moet verdere kostes aangegaan word ten einde 'n suksesvolle aansoek te bring.[500]

Die aansoeker bevind hom gevolglik in 'n onbenydenswaardige posisie. Die gemeenregtelike remedies kan nie afgedwing word of 'n aansoek ingevolge artikel 424 gebring word, sonder verdere koste nie. 'n Ondersoek kan uitwys dat daar nie voldoende gronde vir sodanige stappe bestaan nie. Die koste in sodanige geval sal dus verspil wees en moet bygevoeg word by die skuldeiser se verliese ten aansien van die skuldbedrag. Indien die skuldeiser wel regstappe neem en slaag met sy aansoek, kan hy vind dat hy 'n Piriese oorwinning behaal het. Die direkteur of beampte se verdediging van die aansoek kon sy boedel tot so 'n mate verarm het, dat die skuldeiser nie sy skuld en regskoste, in die mate wat laasgenoemde wel verhaalbaar is, kan verhaal nie. Sy ellende kan vergroot, indien die Hof bevind dat die aanspreeklikheidsbedrag die maatskappy se insolvente boedel toeval en vir verdeling onder al die skuldeisers beskikbaar is. In so 'n geval sou die skuldeiser die aansoek gefinansier het tot voordeel van al die skuldeisers.

3.11.2 Juridiese oordeel

Artikel 424 skep egter ook spesifieke praktiese probleme vir sakelui wat blootstaan aan die werking van die bepaling. Ten einde aanspreeklikheid te

Wale Street Journal 4 5: "Even should the liquidator, based on his investigations, consider a director to be personally liable, the costs and expense of civil proceedings culminating in a Supreme Court trial will have to be incurred. Accountants and other experts will have to give evidence to unravel the often complicated and convoluted dealings of such a director."

500 Sien bv Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stell LR* 148 170-171: "... [I]t should be noted that an investigation in terms of sections 415 and 417 of the Companies Act can be costly and may deter liquidators or creditors since 'they would then have to throw good money after bad.' However, in my view, the most important factor for company directors not being held personally liable for the debts of companies whilst trading in insolvent circumstances is the onus of proof which is required from a liquidator or creditor trying to prove liability. Most applications take place *ex post facto* and deal with facts and figures which may be known to the directors involved but which are hard to

vermy, moet sakelui voorkom dat hulle wetens deelneem aan die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid. Die grense ten aansien van die bedrieglike dryf van besigheid is nie moelik om te bepaal in die mate wat dit opsetlike bedrieglikheid of kondonering van bedrieglike optrede verg nie.[501] Die grens ten aansien van die roekelose dryf van besigheid is egter nie so goed gedefinieer nie.

Die gemeenskap verwag van sakelui om besigheidsrisikos te neem.[502] Die invoering van die verbod op die roekelose dryf van besigheid impliseer 'n onderskeid tussen die toelaatbare en ontoelaatbare neem van risikos. Die bepaling verskaf egter nie duidelikheid oor die wyse waarop hierdie onderskeid getref moet word nie. Dit skep 'n besondere dilemma vir 'n sakeman wat moet oordeel of hy met veiligheid 'n spesifieke risiko kan neem en of hy hom daardeur aan aanspreeklikheid en vervolging sal blootstel.

Daar is vroeër daarop gewys dat die howe in sommige uitsprake die standpunt ingeneem het dat die norme van die sakegemeenskap as maatstaf toegepas moet word ten einde tussen regmatige en onregmatige optrede te onderskei.[503] Daar kom egter nie veel van hierdie teoreties-suiwer standpunt tereg nie, aangesien die howe meerendeels hulle eie veronderstelling van wat hierdie norme sou behels, aanwend.[504] 'n Sakeman moet gevolglik rekening hou met die moontlike oordeel wat 'n regsgeleerde sonder sakekennis en ondervinding oor sy optrede sal vel. Die sakeman se dilemma word nie net teweeggebring deur die algemene regsgeleerde se gebrek aan sakekennis nie, maar ook deur fundamentele verskille ten aansien van risikoneming. Regsgeleerdes is van nature versigtig om risikos te neem. Hulle word vertrou met kliënte se belange en soms met kliënte se finansies en word opgelei en georiënteer om daardie belange nie aan onnodige risikos bloot te stel nie. Hierdie oriëntering bring teweeg dat regsgeleerdes moeilik billike oordele oor sakelui se besluite rakende risikoneming kan vel. Die regsgeleerde se oordeel sal in die algemeen óf te konserwatief wees óf moontlik te liberaal in daardie gevalle waar hy sy inherente versigtigheid en gebrek aan sakekennis waardeer en poog om daarvoor te kompenseer.[505]

---

ascertain once the company has gone into liquidation and 'the horses have bolted'."

501 Sien parr 2.2.3 en 3.2.1 van hierdie hoofstuk.

502 Sien ook par 3.4 van Hoofstuk 3.

503 Sien par 2.2.3 van hierdie hoofstuk.

504 Sien par 2.2.3 van hierdie hoofstuk.

505 Die reaksie op die *Carbon Developments*-uitsprake bied 'n goeie 'n illustrasie van die sakegemeenskap se ontevredenheid met 'n regsoordeel tav die roekelose en bedrieglike dryf van besigheid en vir beweerde onbegrip vir die werklikhede van die sakewêreld. Sien bv Katz "Personal liability for directors and responsibilities of liquidators" Desember 1989 *The Wale Street Journal* 4; Levin "Commercial morality a la *Ex parte de Villiers*" 1992 *De Rebus* 913; Jooste "Gremlins in the *Carbon Developments* judgement" 1994 *SALJ* 473.

Die onsekerheid oor die presiese skeidslyn belemmer die werking van artikel 424. Dit verwater die vermoë van die bepaling om duidelike riglyne oor korrekte, en by implikasie ook oor strafbare, gedrag te verskaf. Dine doen aan die hand dat 'n strafbepaling in die handelsreg effektief kan werk, indien dit meerendeels op 'n enkele aspek of spesifiek-omskrewe gewraakte optrede fokus.[506] Hierdie standpunt, word in oorweging gegee, geniet ook wyer gelding ten aansien van statutêre bepalings in die algemeen. Die onsekerheid wat die grense van roekelose optrede in artikel 424 omhul, het tot gevolg dat artikel 424 sy fokus verloor en dienooreenkomstig sy effektiwiteit as reguleringsriglyn en sy billikheid as aanspreeklikheidsgrond inboet.

3.11.3 Konseptuele problematiek

Afgesien van bogenoemde praktiese probleme is daar sekere probleme wat so nou verweef is met die aard, karakter en strekking van die bepaling dat hulle as konseptuele problematiek geklassifiseer kan word.

3.11.3.1 PRAKTIESE REIKWYDTE VAN DIE BEPALING

Die bepaling is aanvanklik deur die Greene-komitee voorgestel ten einde 'n situasie te beredder waar 'n beheerder van 'n maatskappy goedere op krediet namens die maatskappy aangekoop het, ten einde sy *floating charge* tot verlies van die betrokke skuldeisers aan te vul.[507] Aangesien die beheerder geen bedoeling gehad het dat die maatskappy die skuld sal delg nie, is die skuld inderwaarheid op grond van opsetlike wanvoorstelling opgeloop.

Hoewel die sluiting van die krediettransaksie deur wanvoorstelling dus prakties die kern van gewraakte optrede gevorm het, het die bewoording van die bepaling soos voorgestel deur die komitee en geïmplementeer deur die wetgewer, veel meer omvat as bloot net die bedrieglike oploop van skulde. Die bewoording van die bepaling en spesifiek die gebruik van die frase "trading" en "dryf van

506 Sien in hierdie verband Dine *Criminal law in the company context* [1995] 1: "It is the thesis of this work that it is wholly inappropriate to attempt to deal with complicated patterns of behaviour by using penal rules. While the criminal law can deal with complicated legal *concepts* of which intention, recklessness and negligence are examples, it cannot deal with the prohibition of complicated patterns of behaviour. What happens when it attempts to do so is that very complicated offences emerge which are difficult to prosecute ... Attempts to control complicated commercial behaviour by the criminal law either leads to impossibly complicated crimes or an attempt to simplify commercial patterns of behaviour." Vgl ook in die besonder Dine *Criminal law in the company context* [1995] 73-75.

507 Sien par 2.1 van hierdie hoofstuk.

besigheid" was van meet af aan wyd genoeg om die bedrieglike bestuur van die maatskappy te omvat, hetsy die bedrog gemik was op skuldeisers, aandeelhouers of enige ander persoon of groepering. Ongeag die wye bewoording van die bepaling het die bepaling egter selde gerapporteerde aanwending gevind in gevalle waar die bedrog uit ander handelinge as die bedrieglike oploop van skulde bestaan het.

Die uitbreiding van die bepaling ten einde ook die roekelose dryf van besigheid te omvat, was meerendeels te wyte aan die frustrasie met die onvermoë van die reg om direkteure aan te spreek wat toegelaat het dat hulle maatskappye op roekelose wyse skulde oploop.[508] Die gewraakte handeling het weereens bestaan uit die sluit van krediettransaksies op grond van wanvoorstelling. Die terminologie wat gebruik was, te wete "reckless trading" en "die roekelose dryf van besigheid", het die patroon van die bedrieglike handeldrywing-bepaling nagevolg en strek ook wyer as die blote oploop van skulde.

Die bepaling soos tans verwoord, is gevolglik van toepassing op besluite en handelinge wat in verband staan met die sluiting van krediettransaksies, maar is grammaties ook wyer van toepassing op gewone bestuursbesluite en handelinge wat nie primêr met die sluiting van krediettransaksies te doen het nie. Die bepaling was egter nooit primêr ontwerp met so 'n wye aanwending in gedagte nie.

Nieteenstaande hierdie problematiek, vind die bepaling heel suksesvol breër aanwending ten aansien van bedrieglike bestuurhandelinge. Die sukses is waarskynlik te wyte aan die feit dat die grense tussen eerlike en oneerlike bestuursoptrede geredelik peilbaar is en die bepaling netjies ingepas het in die gevestigde stel reëls rakende bestuursbesluitneming en bestuurshandelinge. Een gaping in die wetgewing wys egter terug na die kredietsluitingsherkoms van die bepaling: persoonlike aanspreeklikheid vir die bedrieglike dryf van besigheid kan slegs volg, indien die maatskappy skulde of verpligtinge het. Waar 'n maatskappy nie sodanige verpligtinge het nie, kan die direkteur bedrieglik handel, sonder dat enige persoonlike aanspreeklikheid ingevolge artikel 424 daaruit kan voortvloei.

Die wyer aanwending van die bepaling is egter minder suksesvol ten aansien van roekelose optrede. Verskeie logikaspanninge is waarneembaar, wanneer die bepaling ontleed word as 'n statutêre reguleringsinstrument van nalatige en grof-nalatige bestuurshandelinge. In die eerste plek, word daar in die algemene maatskappyereg van maatskappydirekteure verwag om besluite te neem in goeie trou en sonder verbreking van hulle verpligting tot sorg en vaardigheid. Indien 'n direkteur 'n besluit nalatig neem, staan hy aanspreeklik teenoor die maatskappy. Aanspreeklikheid ingevolge artikel 424 kan egter eers volg, wanneer die direkteur

508 Sien parr 2.3.1 en 3.1.3 van hierdie hoofstuk.

grof-nalatig gehandel het. Indien artikel 424 primêr bedoel was om bestuursbesluitneming te reguleer, sou verwag kon word dat die gewone nalatigheidsmaatstaf wat ten aansien van sodanige besluitneming geld, benut sou word. In die tweede plek is persoonlike aanspreeklikheid as sanksie slegs effektief waar die maatskappy skulde of verpligtinge het. Waar 'n maatskappy nie sodanige verpligtinge het nie, kan die direkteur roekeloos bestuursbesluite neem, sonder dat enige persoonlike aanspreeklikheid ingevolge die bepaling daaruit kan voortvloei. 'n Algemene bepaling wat bestuursbesluitneming sou beheers, sou ook in sodanige gevalle van toepassing gewees het ten einde aandeelhouers en ander belanghebbende partye te beskerm. In die derde plek, is die term "roekeloos" vaag en vreemd as reguleringsmaatstaf in 'n milieu waar daar deurlopend van direkteure verwag word om risiko-besluite te neem. Indien die bepaling primêr bestuursbesluitneming sou reguleer, sou 'n duideliker riglyn rakende regmatige optrede verwag kon word. In die vierde plek, is die bepaling nie effektief om nalatige bestuurshandelinge te sanksioneer van bestuurders wat hulle bestuurstaak dermate versuim het, dat hulle nie kennis gedra het van die gewraakte optrede nie.[509] 'n Bestuursreguleringsbepaling sou, aan die ander kant, nalatige handelinge sowel as nalatige versuim ewe sterk gesanksioneer het.

Hierdie probleme bestaan, aangesien die bepaling primêr bedoel was om die oploop van skulde te reguleer en nie om alle bestuurshandelinge en bestuursbesluitneming te beheers nie. Die wye bewoording versluier die kern van die bepaling en lei daartoe dat dit toepassing vind buite die logiese raamwerk van die situasies waarvoor dit bedoel was. Terwyl die wyer strekking van die bepaling binne die kader van bedrieglikheid nie beginselprobleme oplewer nie, is dit duidelik dat daar grondige spanninge en gapings bestaan wanneer die bepaling so wyd geïnterpreteer word binne die verband van die roekelose dryf van besigheid.

3.11.3.2 DUALISTIESE KARAKTER

Sedert die artikel 424-tipe bepaling as verhalingsmeganisme in die maatskappyereg ingevoer is, vertoon dit 'n dualistiese vergoedende/bestrawwende karakter.[510] Die strafkarakter vorm die mees dominante sy van die bepaling.[511] Die sterk bestrawwende aard van die bepaling werk ongelukkig belemmerend in op die regverdigheid van die vergoedende

509 Sien par 3.11.3.3 van hierdie hoofstuk.

510 Williams "Liability for reckless trading by companies: the South African experience" 1984 *International and Comparative Law Quarterly* 684 686. Sien *O'Keeffe v Ferris* 1993 3 IR 165 en die besprekings in parr 2.2.9 en 3.2.8.2 van hierdie hoofstuk.

511 Vgl *O'Keeffe v Ferris* 1993 3 IR 165 en die bespreking in par 3.2.8.2 van hierdie hoofstuk.

werking van die artikel.

Daar is reeds gewys op die wye strekking van die statutêre verhaalsreg en op die afwesigheid van enige vereistes rakende skade of kousaliteit.[512] Hierdie opvallende leemtes maak sin in die lig van die bestrawwende karakter van die bepaling. Dit verleen aan die hofbevel 'n boete-karakter. Die hooffokus is die bestrawwing van die skuldige en die bevoordeling van 'n skuldeiser, hetsy dit 'n benadeelde persoon is al dan nie, vloei bloot insidenteel uit die straf voort.

Die bestrawwende karakter belemmer ook die vloei van kompenserende fondse na benadeeldes.[513] Waar klem op die sanksionerende aard van die bepaling geplaas word, maak dit sin vir 'n hof om te beveel dat die fondse die insolvente boedel van die maatskappy moet toeval vir effektiewe verdeling onder al die skuldeisers. Die feit dat nie-misleide en nie-benadeelde skuldeisers daardeur bevoordeel gaan word en dat benadeelde skuldeisers nie behoorlike kompensasie gaan ontvang nie, sal uit so 'n oogpunt nie as vreemd opval nie.

Artikel 424(3) maak in elk geval voorsiening vir strafregtelike sanksies. Die verdere bestrawwing by wyse van persoonlike aanspreeklikheid val gevolglik as onregverdig en onnodig op. Daar word gevolglik in oorweging gegee dat die verhalingsmeganisme in die bepaling herstrukturering verg ten einde die vergoedende werking van die bepaling op 'n regverdige en effektiewe grondslag te plaas.[514]

3.11.3.3 ONVOLDOENDE SANKSIONERING VAN VERSUIM

Artikel 424 bestraf persone wat wetens deelneem aan die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid. Daar is vroeër daarop gewys dat "wetens" deur die Appèlhof uitgelê is as "met kennis van die feite waarop 'n gevolgtrekking dat die besigheid roekeloos of bedrieglik gedryf word, gebaseer word".[515] 'n Persoon kan dus nie aanspreeklikheid oploop sonder kennis van die feite nie.

Artikel 424 vind gevolglik nie aanwending ten aansien van 'n persoon wat nie kennis dra van die gewraakte optrede nie, al is die gebrek aan kennis te wyte aan sy eie grof-nalatige versuim van sy verpligtinge as direkteur of beampte van die

512 Sien parr 3.5 en 3.10.2 van hierdie hoofstuk.

513 Vgl Havenga "Creditors, directors and personal liability under section 424 of the Companies Act" 1992 *SA Merc LJ* 63 68-69.

514 Vgl Williams "Liability for reckless trading by companies: the South African experience" 1984 *International and Comparative Law Quarterly* 684 686; Havenga "Creditors, directors and personal liability under section 424 of the Companies Act" 1992 *SA Merc LJ* 63 69.

515 Sien *Howard v Herrigel* 1991 2 SA 660 (A) 673I en die bespreking in par 3.2.4 van hierdie

maatskappy. So 'n persoon sal wel sy sorgsaamheidsverpligtinge teenoor die maatskappy verbreek, maar dit is duidelik dat hy nie geredelik bestempel kan word as wetens 'n party tot die dryf van die besigheid op 'n wyse waarvan hy nie daadwerklik kennis gedra het nie.[516]

'n Direkteur wat sy pligte roekeloos versuim en geen kennis dra van die maatskappy se sake nie, is gevolglik veiliger ingevolge artikel 424 as 'n direkteur wat net sy pligte ten dele versuim en wel kennis dra van sekere transaksies en sekere handelinge. Hierdie leemte kan besonder onregverdig wees teenoor 'n skuldeiser wat skade gelei het omdat so 'n direkteur sy plig op sodanige wyse versuim het.

Die leemte in artikel 424 bring teweeg dat die bepaling 'n gebrek aan balans en fokus vertoon. Dit doen ook afbreuk aan die regulerende karakter van die bepaling deurdat dit 'n direkteur wat niks doen nie bevoordeel bo 'n direkteur wat nie genoeg doen nie.

4 GEVOLGTREKKING

Die bepaling rakende die bedrieglike dryf van besigheid is aanvanklik deur die Greene-komitee voorgestel ten einde 'n besondere feitestel in die Engelse reg aan te spreek. Die bepaling was egter in sodanige wye terme gegiet, dat dit spoedig breër aanwending geniet het. Hierdie wyer aanwending het probleme teweeggebring, aangesien die bepaling nie daarvoor ontwerp was nie.

Die problematiek het verhoog in Suid-Afrikaanse konteks toe die bepaling in ons maatskappyereg ingevoer is, sonder dat voldoende aandag aan die bestaande reëls van die gemenereg en insolvensiereg geskenk is. Dit het teweeggebring dat die bepaling ongemaklik saamhang met hierdie ander reëls van ons reg. Die dinamiese ontwikkeling van hierdie reëls het hierdie spanning verhoog en die problematiek is nie verminder deur die invoering van die terminologies-vreemde konsep van "roekelose dryf van besigheid" nie.

Deur die jare is artikel 424 telkemale by wyse van wetswysgings opgeknap en verbeter. Sentrale leemtes wat in die bepaling bestaan het, is sodoende aangespreek. Die wysigings was egter nie van so 'n diepgaande aard dat dit die konseptuele problematiek van die bepaling en die samehang daarvan met die ander reëls van ons reg kon aanspreek nie. Veral die erkenning vir deliktuele

---

hoofstuk.

516 Sien par 3.2.4 van hierdie hoofstuk.

aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling het teweeggebring dat die aard en die doel van die bepaling indringend ondersoek moet word.

'n Ideale bepaling sal die reëls van die gemenereg aanvul. Dit sal gebaseer wees op die grondslae van ons reg en die gewraakte optrede effektief kriminaliseer, terwyl dit 'n effektiewe en regverdige verhalingsmeganismes aan diegene wat deur die gewraakte optrede benadeel is, bied. Hierdie studie het talle postiewe aspekte van artikel 424 geïdentifiseer, wat verreken moet word in die daarstelling van so 'n bepaling. Verskeie leemtes wat in 'n verbeterde bepaling ondervang moet word, het egter ook geblyk.

Afgesien van die verrekening van die grondslae van ons eie regsisteem, moet op handelsregterrein voortdurend rekening gehou word met belangwekkende internasionale ontwikkelinge op die terrein. Die vervaging van die belang van landsgrense op handelsregterrein, bring teweeg dat jurisdiksies moet waak teen die promulgering van unieke reëlings wat uit pas is met die internasionaal-aanvaarde norme. In die volgende hoofstuk word resente ontwikkelings in Engeland, Ierland, Australië en Nieu-Seeland gevolglik ondersoek ten einde die breë benadering in daardie jurisdiksies ten aansien van onregmatige handeldrywing te identifiseer.

HOOFSTUK 5

REGSVERGELYKENDE ONDERSOEK

1 INLEIDING 267

2 ENGELAND 267
2.1 Inleiding 267
2.2 Voorstelle vir 'n nuwe bedeling 269
2.2.1 Kritiek teen artikel 332 277
2.2.2 "Wrongful trading" soos voorgestel 271
2.2.3 Implementering van die aanbevelings 273
2.3 "Fraudulent trading" 275
2.4 "Wrongful trading" 277
2.4.1 Direkteure en skadu-direkteure 281
2.4.2 Insolvente likwidasie 282
2.4.3 Redelikheid - die graad van sorg 283
2.4.4 Toepassing van die statutêre toets deur die howe 284
2.4.5 Verweer 286
2.4.6 Verpligtinge ingevolge artikel 214 288
2.4.7 Die bevel 289
2.4.8 Bestemming van die bydrae 290
2.5 Diskwalifikasie as direkteure 292
2.6 Feniksmaatskappye 294
2.7 Gevolge van die implementering van "wrongful trading" 295
2.7.1 Invloed op "fraudulent trading" 295
2.7.2 Verhoging van minimumstandaarde 296
2.8 Problematiek ten aansien van "wrongful trading" 297
2.9 Die sukses van die nuwe maatreëls 298
2.10 Slot 299

3 IERLAND 301
3.1 "Fraudulent trading" voor 1990 301
3.2 Hervormingsvoorstelle 303
3.3 Regshervorming in 1990 305
3.4 "Fraudulent trading" as misdryf na 1990 305
3.5 Persoonlike aanspreeklikheid op grond van "fraudulent" of "reckless trading" 307
3.5.1 Voorwaardes vir aanspreeklikheid 308
3.5.2 Aanspreeklike partye 310
3.5.3 Gronde vir aanspreeklikheid op grond van "reckless trading" 311
3.5.3.1 Onredelike optrede 311
3.5.3.2 Oploop van skulde 312
3.5.3.3 "Reckless trading" in die algemeen 313
3.5.4 Verweer 315
3.5.5 Verrekening van bydraende nalatigheid 316
3.5.6 Die bevel 317
3.6 Verwante bepalings 318
3.6.1 Beperkings op maatskappye 318
3.6.2 Diskwalifikasie van direkteure 320

3.6.3 Rekeningkundige rekordhouding 321
3.6.4 Kapitaal en boedel van maatskappy 322
3.7 Gevolge van die nuwe bepalings 323
3.8 Positiewe aspekte 325
3.9 Problematiese aspekte 326
3.10 Slot 310

4 AUSTRALIë 327
4.1 Inleiding 327
4.1.1 Ontwikkeling van die maatskappyeregsisteem 327
4.1.2 Statutêre bepaling rakende oploop van skulde 329
4.2 "Fraudulent trading" 330
4.2.1 Belangrike kenmerke en elemente 332
4.2.2 Evaluering 334
4.3 "Insolvent trading" 336
4.3.1 "Insolvent trading" in artikel 592 en 593 336
4.3.1.1 Uitleg van die bepalings 339
4.3.1.2 Oploop van 'n skuld 339
4.3.1.3 Redelike gronde 341
4.3.1.4 Verwere 344
4.3.2 Die Harmer-verslag 347
4.3.2.1 "Insolvent trading" soos aanbeveel 348
4.3.3 Die nuwe "insolvent trading"-bepalings 351
4.3.3.1 Direkteur 351
4.3.3.2 Insolvensie 352
4.3.3.3 Redelike gronde om insolvensie te vermoed 354
4.3.3.4 Verpligting 354
4.3.3.5 Verwere 355
4.3.3.6 Regsgevolge van nie-nakoming 357
4.3.3.7 Aanspreeklikheid van die houermaatskappy 359
4.4 Diskwalifikasie van deelname aan bestuur 359
4.5 Evaluering 361
4.5.1 Positiewe aspekte 362
4.5.2 Problematiese aspekte 363
4.6 Slot 364

5 NIEU-SEELAND 364
5.1 Inleiding 364
5.2 "Fraudulent trading" en "insolvent trading" voor 1980 365
5.2.1 "Fraudulent trading" 365
5.2.2 "Insolvent trading" 366
5.3 "Fraudulent trading" en "insolvent trading" na 1980 368
5.3.1 Eiesoortige uitleg 371
5.3.2 Verbandhoudende bepalings 373
5.4 Verslag van die New Zealand Law Commission 374
5.5 Companies Act 1993 377
5.6 Onregmatige handeldrywing ingevolge die Companies Act 1993 378
5.6.1 "Fraudulent trading" 378
5.6.2 "Reckless trading" en "insolvent trading" 379
5.6.3 Verbandhoudende bepalings 382
5.7 Evaluering 384

6 SAMEVATTING 386
6.1 Strafsanksie 386
6.2 Nalatige dryf van besigheid 387
6.3 Aansoek 388

6.4 Vermoedens en verwere 388
6.5 Verdere maatreëls 389

7 SLOT 390

1 INLEIDING

Uit 'n Suid-Afrikaanse oogpunt bied Engeland, Ierland, Australië en Nieu-Seeland vrugbare grond vir 'n regsvergelykende studie van die statutêre regulering van onregmatige handeldrywing in maatskappyverband. Ierland, Australië en Nieu-Seeland het, soos Suid-Afrika, die Engelse maatskappyeregmodel in hulle jurisdiksies nagevolg en waardevolle leiding uit die Engelse howe se uitleg en toepassing van die maatskappyereg geput. Hierdie drie jurisdiksies het ook die klassieke Engelse *fraudulent trading*-bepaling in hulle maatskappywetgewing ingevoer. Engeland en hierdie drie jurisdiksies het egter daardie bepaling sedertdien met nuwe bepalings vervang.

Die gedeelde historiese raamwerk op maatskappyeregterrein en gesamentlike vertrekpunt ten aansien van die bedrieglike dryf van besigheid verleen groot waarde aan 'n regsvergelykende studie van hierdie vier jurisdiksies. Dit bied 'n basis vir 'n ondersoek van die motivering vir die wysiging of vervanging van die *fraudulent trading*-bepaling in elke jurisdiksie asook 'n basis waarop die relatiewe voordele en nadele van die huidige bepalings rakende die onregmatige dryf van besigheid in elke jurisdiksie bepaal kan word. Aangesien 'n soortgelyke basis ten aansien van byvoorbeeld die Amerikaanse en Duitse sisteme ontbreek en die regsbeskerming van maatskappyskuldeisers in daardie sisteme eiesoortig is, word hierdie studie beperk tot die genoemde vier jurisdiksies.

Aangesien die motivering vir die promulgering van die nuwe bepalings rakende onregmatige handeldrywing van belang vir hierdie studie is, sal aandag in die besonder geskenk word aan die verslae en ondersoeke wat die vervanging van die *fraudulent trading*-bepalings voorafgegaan het. Voorts sal die nuwe bepalings, hulle uitleg en die breër reguleringskonteks in elke jurisdiksie ook aandag geniet.

2 ENGELAND

2.1 Inleiding

Weens die historiese belang van die Engelse maatskappyeregbepalings binne

die konteks van hierdie studie, vorm die bespreking van die huidige Engelse reg[1] 'n natuurlike vertrekpunt vir hierdie hoofstuk.

Ter oriëntering is dit belangrik om daarop te wys dat daar tans[2] diepgaande verskille tussen die huidige Engelse en die Suid-Afrikaanse insolvensie- en likwidasiesisteme bestaan. Die likwidateursberoep is byvoorbeeld gedurende die tagtigerjare op 'n professionele grondslag in Engeland geplaas.[3] Dit het 'n groter mate van beheer oor en monitering van die behoorlike nakoming van likwidateursverpligtinge in Engeland tot gevolg gehad. Die *Department of Trade and Industry* onderneem ook veel meer aktief ondersoeke na wanbestuur en na maatskappye wat finansieel in duie gestort het, as sy Suid-Afrikaanse ewe-knie.[4] 'n Veel strenger *regime* rakende direkteursdiskwalifikasie[5] en sogenaamde feniksmaatskappye[6] is ook in die tagtigerjare in Engeland ingevoer. Hierdie verskille bring teweeg dat die twee sisteme tans nie met presies dieselfde insolvensieregtelike problematiek worstel nie. Die algemene problematiek rakende die regulering van die onregmatige dryf van besigheid deur 'n maatskappy word egter in voldoende mate deur beide sisteme ervaar dat die Engelse ontwikkelingsgang op hierdie gebied wel met vrug uit 'n Suid-Afrikaanse oogpunt ondersoek kan word.

---

1 Die bespreking fokus op die bepalings wat geld in Engeland en Wallis. Soortgelyke bepalings geld in Noord-Ierland en ook in Skotland en, waar van belang, sal daar ook na relevante beslissings in daardie gebiede verwys word. Aangesien die klem op die ontwikkelings in die eersgenoemde jurisdiksies val, word, volgens gebruik, na die betrokke reg as "Engels" verwys.

2 Sien Suid-Afrikaanse Regskommissie *Review of the law of insolvency* Projek 63 Gespreksdokument 66 [1996] vir voorstelle wat die SA sisteem nader aan die Engelse sisteem sal bring.

3 Sien die *Insolvency Act* 1986 vir die daarstelling en regulering van die *insolveny practitioner*-beroep. Sien ook Wheeler "Disqualification of directors: a broader view" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 187 197.

4 Vgl Anoniem "Annual report on UK companies published: 'Companies in 1989-1990'" 1991 *Practical Law for Companies* 43: "1989-1990 saw an increased level of activity by the DTI itself as well as by other prosecutors and regulators. Requests were received for investigation into 616 companies (of which 167 were accepted) ... As a result of investigations carried out by the Division [Investigations Division of the DTI], 18 companies were wound up by the Court ... During the year, as a result of investigations, there were also 19 successful trials resulting in the conviction of two companies and 26 individuals. Sien ook Department of Trade and Industry *Investigations - how they work* [1990]. Vir 'n bondige uiteensetting van die beperkte rol van die inspeksiebepalings in die SA Maatskappywet, sien Cilliers *et al Korporatiewe reg* [1992] 303.

5 Vgl die bepalings van die *Company Directors Disqualification Act* 1986.

6 Sien par 2.6 van hierdie hoofstuk vir 'n bespreking van die statutêre maatreëls tav sg feniksmaatskappye.

2.2 Voorstelle vir 'n nuwe bedeling

Die Engelse statutêre reg rakende die onregmatige dryf van besigheid deur maatskappye het belangrike veranderinge tydens die tagtigerjare ondergaan.[7] Hierdie veranderinge was hoofsaaklik die gevolg van die aanbevelings van die *Review Commitee on Insolvency Law and Practice* onder leiding van Sir Kenneth Cork. Die omvattende verslag van hierdie komitee, wat algemeen bekend staan as die Cork-verslag,[8] het die basis gelê vir die diepgaande hervorming en modernisering van die Engelse insolvensie- en likwidasiereg gedurende die tagtigerjare. Hierdie verslag het ook die basis gelê vir die invoering van 'n nuwe regskonsep genaamd *wrongful trading* wat die ou gevestigde konsep van *fraudulent trading* aanvul.

Die opdrag aan die Cork-komitee het gespruit uit wydlopende ontevredenheid met die gebreke van die vorige sisteem, waaronder algemene ontevredenheid oor die hantering van direkteure van insolvente maatskappye.[9] In hulle ondersoeke het die komitee verskeie klagtes ontvang oor die skynbare onvermoë van die reg om oneerlikheid en wanpraktyke van maatskappydirekteure en insolvente persone aan bande te lê.[10] Die komitee het gevolglik spesifiek aandag geskenk aan die statutêre reg rakende die onregmatige dryf van besigheid en 'n paar hoofstukke van die verslag aan die probleem en die voorgestelde oplossing gewy.[11]

---

7 Sien par 2.2 van Hoofstuk 4 ev vir 'n bespreking van die regsposisie ingevolge a 332 van die *Companies Act* van 1948.

8 Die Cork-komitee is in 1977 aangestel om die reg rakende insolvensie en likwidasie in Engeland en Wallis grondig te ondersoek en aanbevelings tav die hervorming van die sisteem te maak. Die komitee se finale verslag is in Junie 1982 aan die Britse parlement voorgelê. Sien Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982].

9 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1739-1744.

10 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1742. Die problematiek wat ontleed is, het nie net op *fraudulent trading* gefokus nie, maar het ook gewone verbruikersbedrog en die misbruik van regspersoonlikheid omvat [par 1742]: "We have received many complaints about the apparant inability of the law to deal adequately with dishonesty or malpractices on the part of bankrupts and company directors. The activities of 'cowboys' and 'fly-by-night' operators are much publicised ... It will, however, be a matter for reproach if the law remains complacent and fails to make any attempt to deal with everyday problems created by firms or companies which cease to trade, leaving work which has been paid for in advance uncompleted, but whose promotors are at liberty immediately to start afresh under a new name. [1743] While this type of sharp practice indirectly involves the trading community in substantial financial loss, its immediate victims are ordinary and unsophisticated members of the general public who can often ill afford to lose their money."

11 Sien in die besonder Hoofstukke 43, 44 en 45 van die Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982].

2.2.1 Kritiek teen artikel 332

Die basiese statutêre reg rakende die bedrieglike dryf van besigheid deur Engelse maatskappye was in daardie stadium in artikel 332 van die *Companies Act* 1948 vervat. Hierdie artikel[12] het die bedrieglike dryf van besigheid tot misdryf verklaar en 'n siviele verhalingsmeganisme daargestel. Die bewoording en inkleding van die bepaling het egter probleme geskep. Kritiek is veral uitgespreek teen die feit dat die siviele en strafregtelike reëling gesamentlik in een bepaling vervat was.[13]

Die vermenging van die siviele en strafregtelike reëling het teweeggebring dat die likwidateur in 'n siviele geding 'n onredelike swaar bewyslas gedra het om die bedrogelement te bewys. Aangesien die misdryf en die siviele verhalingsmeganisme dieselfde elemente gehad het, was die siviele remedie nie beskikbaar in die afwesigheid van oneerlikheid nie. Die howe het voorts aangedring op 'n hoë bewysstandaard.[14] Hierdie problematiek rakende die bewys van oneerlikheid, het die komitee bevind, het in vele gevalle die benutting van die verhalingmeganisme bemoeilik.[15] Die vermenging het voorts aanleiding gegee tot vertragings in siviele aksies, aangesien 'n likwidateur verhoed was om 'n aansoek te bring, terwyl 'n strafregtelike vervolging op dieselfde feite nog nie afgehandel was nie. Die effektiwiteit van die verhalingsmeganisme is voorts beperk deur die vereiste dat die maatskappy in likwidasie moet wees alvorens 'n aansoek gebring kan word.[16]

Teen die agtergrond van bogenoemde kritiek, het die komitee as uitgangspunt aanvaar dat daar tussen oneerlike optrede en onbedrewe optrede onderskei moet word. Die komitee was van mening dat oneerlikheid 'n kernelement van 'n statutêre misdryf ten opsigte van die onregmatige dryf van besigheid moet wees. Oneerlikheid behoort egter nie vereis te word, alvorens 'n verhalingsmeganisme statutêr beskikbaar gestel word nie. Vergoeding behoort dus beskikbaar te wees, nie alleen vir daardie persone wat skade gely het weens die oneerlike dryf van besigheid nie, maar ook vir persone wat verliese

12 Sien die bespreking van hierdie bepaling in par 2 van Hoofstuk 4 ev.

13 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1759: "The main complaints are, first, that by its intermixture of criminal with civil liability, it imposes upon a liquidator, in any civil proceedings, an unduly stringent burden of proof in relation to the ingredient of fraud and, secondly, that its ambit is confined to situations where the company is in liquidation. It is also a common experience to find that the liquidator is inhibited from commencing civil proceedings, by the imminence or currency of criminal proceedings against the same defendants based on the same evidence."

14 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1776. Sien ook Hadden *Company law and capitalism* [1972] 205.

15 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1776.

gely het uit hoofde van die onredelike dryf van besigheid.[17]

Die komitee het gevolglik aanbeveel dat *fraudulent trading* as misdryf en as grond vir 'n verhalingsmeganisme behou moet word, maar dat dit aangevul moet word deur 'n verhalingsmeganisme op grond van sogenaamde *wrongful trading*.[18]

2.2.2 "Wrongful trading" soos voorgestel

Die Cork-komitee het 'n spesifieke interpretasie aan die begrip *wrongful trading* geheg. Hoewel die wetgewer die voorstel aanvaar en *wrongful trading* tans statutêr gereguleer word, bestaan daar bepaalde verskille tussen die begrip soos voorgestel en die begrip wat tans statutêr verwoord is. Vanweë hierdie verskille, word die voorstel van die Cork-komitee in groter besonderhede beskou.

Die Cork-komitee het *wrongful trading* soos volg gevisualiseer:[19]

> "In future, we propose that a company shall be trading wrongfully if, being insolvent or unable to pay its debts as they fall due, it incurs liabilities to other persons without a reasonable prospect of meeting them in full; and that a person who was party to the carrying on of the company's trading may be made personally liable for the debts of the company if he knew or, as an officer, ought to have known that the trading was wrongful."[20]

Wrongful trading sou dus hiervolgens plaasvind indien skulde opgeloop word sonder 'n redelike verwagting dat dit ten volle afgelos sal kan word.[21] Blote nalatigheid in die oploop van skulde sou voldoen.[22] Hierdie begrip toon gevolglik groot ooreenkomste met die basiese feitestel wat deur artikel 135(3)(a) van die

16 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1759.

17 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1777.

18 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1779.

19 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1781.

20 Die definisie in die konsepartikel is soos volg in Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1806 verwoord: "(1) A company shall be trading wrongfully within the meaning of this section if: (a) any business of the company is carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person or otherwise for any fraudulent purpose; or (b) at a time when the company is insolvent or unable to pay its debts as they fall due it incurs further debts or other liabilities to other persons without a reasonable prospect of meeting them in full."

21 Vir voorlopers van hierdie voorstel, sien die voorstelle in Hadden *Company law and capitalism* [1972] 206.

22 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1784: "The essence of wrongful trading is the incurring of liabilities with no reasonable prospect of meeting them; whether by incurring debts with no reasonable prospect of paying them, or by taking payment in advance for goods to be supplied with no reasonable prospect

Suid-Afrikaanse Insolvensiewet saamgelees met artikel 425 van die Maatskappywet, gereël word.[23]

Die komitee het oorweeg of die aanspreeklikheid beperk moes word tot gevalle waar die maatskappy vervolgens gelikwideer is. Hulle was van mening dat so 'n beperking ongeregverdig sou wees, maar het nogtans gemeen dat so 'n verhalingsmeganisme slegs beskikbaar behoort te wees binne die raamwerk van likwidasies en situasies analoog aan likwidasies, byvoorbeeld administrasie of die Engelsregtelike *receivership*.[24]

Die komitee het beoog dat hulle voorstelle nie net van toepassing sou wees op maatskappye wat handelsinsolvent is nie, maar ook op maatskappye wie se laste hulle bates oorskry.[25] Dit sou tot gevolg hê dat handeldrywing waar 'n maatskappy ernstig ondergekapitaliseer was, onder sekere omstandighede as *wrongful trading* sou kwalifiseer.[26] Die voorstel, het die komitee gemeen, sou gevolglik direkteure aanmoedig om te verseker dat hulle maatskappye voldoende gekapitaliseer was.[27]

Die komitee het voorts aanbeveel dat direkteure wat glo dat hulle maatskappy insolvent is, 'n plig moet hê om onmiddellike stappe te neem ten einde die maatskappy te likwideer of om dit onder administrasie of *receivership* te laat plaas. Hierdie plig, wat later 'n baie belangrike rol in die uiteindelike *wrongful trading*-bepaling sou speel, is egter nie in groot besonderhede deur die Cork-komitee bespreek nie en is ook nie in hulle voorstel ten aansien van die teks van so 'n bepaling verwoord nie.[28]

Daar is voorsien dat die voorgestelde bepaling direkteure, oornemers en veral finansierders van finansieel-ongesonde maatskappye in 'n groot dilemma kan plaas, waar hulle die besigheid sou wou voortsit ten einde die maatskappy se finansiële posisie te verbeter. Hulle eerlike reddingsaksies sou hulle in so 'n geval aan persoonlike aanspreeklikheid blootstel. Ten einde hulle tegemoet te kom, het die komitee voorgestel dat die hof die bevoegheid moet verkry om

---

of being able to supply them or return the money in default."

23 Sien par 4.3 van Hoofstuk 2 en par 3.5.1 van Hoofstuk 3.

24 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1791-1792. Weens die Engelsregtelike aard van die *floating charge* en die gepaardgaande begrippe *receiver* en *receivership* word hierdie terme in Engels gebruik.

25 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1784.

26 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1785.

27 Die komitee het ook voorsien dat so 'n bepaling die kritiek jeens die afwesigheid van 'n alg statutêre minimum aandelekapitaal vir alle handeldrywende maatskappye in 'n groot mate sou ondervang. Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1785.

28 Vgl Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1806.

vooraf op aansoek verdere handeldrywing deur die maatskappy te sanksioneer en vrystelling van persoonlike aanspreeklikheid te verleen.[29] So 'n bevel sou uitgereik kon word waar daar 'n redelike kans bestaan dat die maatskappy sy verdere skulde reëlmatig sal kan terugbetaal. Die bevel sou onderhewig aan sekere voorwaardes verleen kon word, byvoorbeeld handeldrywing tot 'n sekere datum, handeldrywing op 'n kontantbasis of handeldrywing ten einde 'n spesifieke projek of kontrak te voltooi.[30] Aangesien die openbaarmaking van 'n aansoek om so 'n bevel opsigself die vertroue in die maatskappy sou kon skend en die maatskappy gevolglik finansieel kon kelder, het die komitee aanbeveel dat die aansoek in kamers gebring kan word.[31]

Afgesien van bogenoemde vrywaringsbevel het die komitee ook gemeen dat die bepaling in die algemeen 'n hof uitdruklik moet magtig om 'n persoon op aansoek in die geheel of gedeeltelik van aanspreeklikheid vry te stel, indien die hof sou bevind dat so 'n persoon eerlik opgetree het en redelikerwys verskoon behoort te word.[32]

Die komitee het sy bespreking rakende *wrongful trading* afgesluit deur daarop te wys dat die vorming en groei van ondernemings nie gestrem moet word nie, al hou dit onvermydelik risikos vir skuldeisers in. Aan die ander kant moet daar 'n klimaat bestaan waarin onverantwoordelikheid ontmoedig word en waarin diegene wat beperkte aanspreeklikheid misbruik, persoonlik aanspreeklik gestel kan word vir die gevolge van hulle optrede. Die voorstelle rakende *wrongful trading*, het die komitee gemeen, handhaaf 'n billike ewewig tussen die twee botsende behoeftes en die aanbevelings behoort gevolglik as 'n saak van dringendheid geïmplimenteer te word.[33]

2.2.3 Implementering van die aanbevelings

Die kern van die Cork-komitee se aanbevelings is geïmplementeer met die hervorming en die konsolidasie van die Engelse maatskappyereg en insolvensiereg in 1985 en 1986. Aangesien die hervormingsprogram nie 'n

---

29 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1798-1803.

30 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1798.

31 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1801. Die komitee het voorsien dat so 'n vrystellingsbevoegdheid nie probleemvry uitgeoefen sal word nie. Howe sou byvoorbeeld versigtig wees om optrede te kondoneer, aangesien dit agterna mag blyk dat die handelinge inderwaarheid die onregmatige dryf van handel daargestel het. Dit sou voorts van 'n hof verg om 'n oordeel te vel oor die redelikheid van die kommersiële vooruitsigte van die besigheid.

32 Sien Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1793.

33 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1805.

logiese ontwikkelingsgang gevolg het nie, verg die verdere bespreking 'n kort uiteensetting van die geskiedenis van die huidige wetgewing.

Die huidige *Companies Act*[34] is in 1985 gepromulgeer. Hierdie wet het die Engelse maatskappywette gekonsolideer en gemoderniseer.[35] In 1985 het Engeland ook 'n nuwe en omvattende *Insolvency Act*[36] gekry. Hoewel die wetgewing gevolg het op die Cork-verslag, was die aanbevelings van die verslag nie presies nagevolg nie en was die wet in die algemeen nie 'n weldeurdagte stuk wetgewing nie.[37] Partypolitiek het verder daartoe gelei dat die konsepwetgewing 'n groot aantal wysigings tydens die parlementêre proses ondergaan het.[38] Die resulterende wet was gevolglik nie die indrukwekkende en vernuwende konsoliderende wet wat aanvanklik deur die Cork-komitee voorgestel was nie.

Hoewel die *Insolvency Act* die bankrotskap van individue volledig gereël het, was daar ontevredenheid omdat die bepalings ten aansien van die bankrotskap van maatskappye deels in die *Companies Act* 1985 en deels in die *Insolvency Act* 1985 vervat was. Na aanleiding van hierdie kritiek, is al die bepalings rakende die likwidasie en bankrotskap van maatskappye uit die *Companies Act* 1985 verwyder en tesame met die bepalings van die *Insolvency Act* 1985 in die *Insolvency Act* 1986 gekonsolideer.[39] Terselfdertyd is die bepalings rakende die diskwalifikasie van direkteure uit beide die 1985-wette geneem en gekonsolideer in die *Directors Disqualification Act* 1986.

Die hervormingsproses het belangrike vernuwing ten aansien van die regulering van onregmatige handeldrywing teweeggebring. In navolging van die kern van die Cork-komitee se voorstelle in hierdie verband is *fraudulent trading* as misdryf en as grond vir 'n verhalingsmeganisme behou[40] en is dit aangevul deur die nuwe begrip *wrongful trading*.[41] Die konsolidasieproses het teweeggebring dat die stel bepalings verdeel is tussen die *Insolvency Act* 1986 en die *Companies*

34 *Companies Act* 1985.

35 Carter "Consolidation of the Companies Acts" 1984 *JBL* 126.

36 *Insolvency Act* 1985.

37 Sien Fletcher *The law of insolvency* [1990] 16-17.

38 Fletcher *The law of insolvency* [1990] 17 wys daarop dat daar 'n ongeveer 1200 amendamente ter tafel gelê was.

39 Fletcher *The law of insolvency* [1990] 17. Vir kritiek op die wetgewing, sien Milman "Insolvency Act 1986: how not to legislate" 1988 *The Company Lawyer* 178.

40 Die reëling rakende *fraudulent trading* het aanvanklik in a 630 in die *Companies Act* 1985 verskyn. Sien *Re a Company No 001418 of 1988* 1990 BCC 526 en *Re L Todd (Swanscombe) Ltd* 1990 BCC 125 vir voorbeelde van geslaagde likwidateursaansoeke ingevolge a 630.

41 Die bepaling rakende *wrongful trading* het aanvanklik as a 15 in die *Insolvency Act* 1985 verskyn.

Act 1985. Artikel 458 van die *Companies Act* 1985 reël tans die strafregtelike aanspreeklikheid vir *fraudulent trading*, terwyl die persoonlike aanspreeklikheid wat daaruit kan voortvloei deur artikels 213 en 215 van die *Insolvency Act* 1986 gereël word. *Wrongful trading* word afsonderlik van *fraudulent trading* in artikels 214 en 215 van die *Insolvency Act* 1986 gereël.[42]

Hierdie bepalings rakende die onregmatige dryf van besigheid word vervolgens van nader beskou.

2.3 "Fraudulent trading"

Artikel 458 van die *Companies Act* 1985 lui soos volg:

> "If any business of a company is carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person, or for any fraudulent purpose, every person who was knowingly a party to the carrying on of the business in that manner is liable to imprisonment or a fine, or both.
>
> This applies whether or not the company has been, or is in the course of being, wound up.

Hierdie strafregtelike bepaling word soos volg aangevul deur artikel 213 van die *Insolvency Act* 1986:

> (1) If in the course of the winding up of a company it appears that any business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person, or for any fraudulent purpose, the following has effect.
>
> (2) The court, on the application of the liquidator may declare that any persons who were knowingly parties to the carrying on of the business in the manner above-mentioned are to be liable to make such contributions (if any) to the company's assets as the court thinks proper.

Verdere formele bepalings rakende onder andere die reg van die likwidateur om te getuig en getuies te roep vir die doeleindes van 'n aansoek op grond van *fraudulent trading*, sekere voorwaardes wat die hof in die bevel kan vervat en 'n uitdruklike reëling dat die betrokke bepalings toepassing vind, ongeag enige moontlike strafregtelike aanspreeklikheid wat uit dieselfde feite kan voortspruit, is vervat in artikel 215 van die *Insolvency Act* 1986. Artikel 215 verleen spesifiek aan 'n hof die bevoegdheid om, in die geval waar die verweerder self 'n skuldeiser van die maatskappy is, te verklaar dat die verweerder se skuld ondergeskik gestel word aan al die ander skulde van die maatskappy en dus

---

42 Verbandhoudende bepalings verskyn in die *Company Directors Disqualification Act* 1986. 'n Bevel op grond van *fraudulent trading* of *wrongful trading* kan lei tot 'n diskwalifikasiebevel ingevolge hierdie Wet. Sien par 2.5 van hierdie hoofstuk vir 'n bondige bespreking van die wetgewing.

eers betaalbaar is nadat al die ander skulde afgelos is.[43] Die bepalings van artikel 215 is ook van toepassing op *wrongful trading* en verseker sodoende ekwivalensie in hierdie verband tussen die twee stelle bepalings.

Die ooreenkomste tussen die bewoording van die huidige *fraudulent trading*-bepalings en artikel 332 van die *Companies Act* 1948 is wesenlik. Dit bring teweeg dat die gesag en regspraak ten opsigte van laasgenoemde bepaling baie relevant is ten aansien van die uitleg van die nuwe bepalings.[44] Daar is egter ook duidelike afwykings van die bewoording van die 1948-bepaling. Die reg om 'n aansoek ingevolge artikel 213 te bring, word byvoorbeeld beperk tot die likwidateur van die betrokke maatskappy.[45] Die geykte frase "responsible for all or any of the debts or other liabilities of the company" is voorts vervang met die frase "liable to make such contributions (if any) to the company's assets". Die doel van hierdie wysigings is om dit duidelik te stel dat die persoon slegs aanspreeklik gestel kan word teenoor die maatskappy en dat geen skuldeiser die reg het om direk 'n aansoek om 'n hofbevel ingevolge die bepaling te bring en alleen voordeel daaruit te trek nie.[46] Hiermee is 'n moontlike debat oor die bestemming van die opbrengs van 'n hofbevel ondervang.[47]

---

43 A 215(4) van die *Insolvency Act* 1986. Sien ook Sealy *Disqualification and personal liability of directors* [1989] 34.

44 Sien par 2.2 van Hoofstuk 4 ev tav die uitleg van a 332 van die *Companies Act* 1948. Vir besprekings van die *fraudulent trading*-bepalings sien Barc (red) *Tolley's company law* [diensuitgawe] I4512; Beckman & Ross "Fraudulent or wrongful trading" 1991 *NLJ* 1744; 1992 *NLJ* 62; Boyle (red) *Gore-Brown on companies* [diensuitgawe] 35.4.2 - 35.4.3; Dine "Wrongful trading - quasi-criminal law?" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 163; Dine "Punishing directors" 1994 *JBL* 325; Dine *Criminal law in the company context* [1995] 65-78; Doyle "Everything to lose - trading while insolvent" 1991 *Solicitors Journal* 1110; Doyle "Anomalies in the wrongful trading provisions" 1992 *The Company Lawyer* 96; Finch "Directors' duties: insolvency and the unsecured creditor" in Clarke (red) *Current issues in insolvency law* [1991] 87; Fletcher "Directors' responsibility and wrongful trading" 1989 *The Law Society's Gazette* 19; Fletcher *The law of insolvency* [1990] 522-523; Goode *Principles of corporate insolvency law* [1990] 201-203; Loose, Yelland & Impey *The company director - powers and duties* [1993] 225-227; McCormack *The new Companies legislation* [1991] 210; Milman & Durrant *Corporate insolvency: law and practice* [1987] 164-166; Milman "Personal liability and disqualification of company directors: something old, something new" 1992 *Northern Ireland Legal Quarterly* 1; Morse (alg red) *Palmer's company law* [1992] 15.456-15.458; Prentice "Fraudulent trading: parent company's liability for the debts of its subsidiary" 1987 *LQR* 11; Rajak "Company directors - the end of an era" 1989 *NLJ* 1374; Sealy *Disqualification and personal liability of directors* [1989] 32-34; Snaith *The law of corporate insolvency* [1990] 686-693; St Clair & Drummond Young *The law of corporate insolvency in Scotland* [1988] 158-160; Wheeler "Swelling the assets for distribution in corporate insolvency" 1993 *JBL* 256 263-264.

45 a 213(2) van die *Insolvency Act* 1986.

46 a 213(2) van die *Insolvency Act* 1986. Sien ook *Re Esal (Commodities) Ltd London and Overseas (Sugar) Co Ltd v Punjab Bank* 1993 BCLC 872 waar die hof a 332 van die *Companies Act* 1948 op dieselfde wyse uitgelê het.

47 Sien die bespreking in par 2.2.9 van Hoofstuk 4. Sien ook *Re William C Leitch Bros Ltd*

Die verskil in reikwydte tussen die strafbepaling en die verhalingsmeganisme wat in die finale teks van artikel 332 aangetref is,[48] het behoue gebly. Die strafbepaling is gevolglik nie aan die likwidasie van die maatskappy gekoppel nie, maar persoonlike aanspreeklikheid kan slegs volg waar die maatskappy gelikwideer word.[49] Sou dit voorts tydens die likwidasie van 'n maatskappy blyk dat 'n persoon hom skuldig gemaak het aan bedrog of aan *fraudulent* of *wrongful trading*, kan die hof hom vir 'n tydperk van tot vyftien jaar diskwalifiseer om as 'n direkteur op te tree ingevolge artikels 4 en 10 van die *Company Directors Disqualification Act* 1986.[50]

2.4 "Wrongful trading"

Wrongful trading word in artikel 214 van die *Insolvency Act* 1986 gereël. Vanweë die belang van die bewoording van hierdie bepaling vir hierdie bespreking word dit omvattend aangehaal:

> "(1) Subject to subsection (3) below, if in the course of the winding-up of a company it appears that subsection (2) of this section applies in relation to a person who is or has been a director of the company, the court, on the application of the liquidator, may declare that that person is to be liable to make such contribution (if any) to the company's assets as the court thinks proper.
>
> (2) This subsection applies in relation to a person if -
>
> (a) the company has gone into insolvent liquidation,
>
> (b) at some time, before the commencement of the winding up of the company, the person knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation, and
>
> (c) that person was a director of the company at that time ...
>
> (3) The court shall not make a declaration under this section with respect to any person if it is satisfied that after the condition specified in subsection 2(b) was first satisfied in relation to him that person took every step with a view to minimising the potential loss to the company's creditors as (assuming him to have known that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation) he ought to have taken.

---

(2) 1933 1 Ch 261; *Re Cyona Distributors Ltd* 1966 1 All ER 825 en *Re Esal (Commodities) Ltd London and Overseas (Sugar) Co Ltd v Punjab National Bank* 1993 BCLC 872 tav hierdie debat tov a 332 van die *Companies Act* 1948.

48 A 96 van die *Companies Act* 1981 het a 332 van die *Companies Act* 1948 gewysig deur dit duidelik te stel dat die strafbepalings tav *fraudulent trading* geld ongeag of die feite tydens likwidasie van die maatskappy of andersins geblyk het. Sien par 2.2.10 van Hoofstuk 4.

49 In die geval van *fraudulent trading* word egter nie vereis dat die maatskappy in insolvente omstandighede gelikwideer moet word nie, terwyl aanspreeklikheid vir *wrongful trading* net kan volg na insolvente likwidasie. Sien a 214(2)(a) van die *Insolvency Act* 1986 en par 2.4.2 van hierdie hoofstuk.

50 Sien par 2.5 van hierdie hoofstuk vir 'n bespreking van hierdie wetgewing.

(4) For the purposes of subsections (2) and (3), the facts which a director of a company ought to know or ascertain, the conclusions which he ought to reach and the steps which he ought to take are those which would be known or ascertained, or reached or taken, by a reasonably diligent person having both -

(a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as are carried out by that director in relation to the company, and

(b) the general knowledge, skill and experience that that director has.

(5) The reference in subsection (4) to the functions carried out in relation to a company by a director of the company includes any functions which he does not carry out but which have been entrusted to him.[51]

Artikel 214 is 'n ingewikkelde bepaling.[52] In effek bepaal dit dat 'n direkteur of

51 Die verdere subartikels lui soos volg: "(6) For the purposes of this section a company goes into insolvent liquidation if it goes into liquidation at a time when its assets are insufficient for the payment of its debts and other liabilities and the expenses of winding up. (7) In this section 'director' includes a shadow director. (8) This section is without prejudice to section 213." A 213 waarna a 214(8) verwys, bevat die reëling rakende persoonlike aanspreeklikheid voortspruitend uit *fraudulent trading*. A 215 is op beide *fraudulent* en *wrongful trading* van toepassing. Sien par 2.3 van hierdie hoofstuk vir 'n bespreking van die inhoud van Ig bepaling.

52 Vir besprekings van die *wrongful trading*-bepaling sien Barc (red) *Tolley's company law* [diensuitgawe] I4513; Bhattacharyya "Re Hydrodan (Corby) Ltd - shadow directors and wrongful trading" 1994 *The Company Lawyer* 151; [die artikel verwys na *Re Hydrodan (Corby) Ltd* terwyl die uitspraak soos gerapporteer in 1994 2 BCLC 180 na *Re Hydrodam (Corby) Ltd* verwys - vir doeleindes van verwysing word die artikelopskrif en uitspraak aangehaal soos gepubliseer]; Bhattacharyya "Shadow directors and wrongful trading revisited" 1995 *The Company Lawyer* 313; Boyle (red) *Gore-Browne on companies* [diensuitgawe] 35.4.1; Campbell "Wrongful trading and company rescue" 1994 *The Cambrian Law Review* 69; Cooke & Hicks "Wrongful trading - predicting insolvency" 1993 *JBL* 338; Dine "Wrongful trading - quasi-criminal law?" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 163; Dine "Punishing directors" 1994 *JBL* 325; Dine *Criminal law in the company context* [1995] 65-78; Doyle "Everything to lose - trading while insolvent" 1991 *Solicitors Journal* 1110; Doyle "Anomalies in the wrongful trading provisions" 1992 *The Company Lawyer* 96; Finch "Directors' duties: insolvency and the unsecured creditor" in Clarke (red) *Current issues in insolvency law* [1991] 87; Fletcher *The law of insolvency* [1990] 523-525; Fletcher "Directors' responsibility and wrongful trading" 1989 *The Law Society's Gazette* 19; Flynn "Statutory liability for culpable mismanagement" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 135, ook gepubliseer as Flynn "A comparative study of statutory liability for culpable mismanagement" 1992 *TRW* 39; Fourie "Insolvent liability and insolvent trading" 1994 *Stell LR* 148; Girvin "Statutory liability of shadow directors" 1995 *The Juridical Review* 414; Godfrey & Nield "The wrongful trading provisions - all bark and no bite?" 1995 *Tolley's Insolvency Law & Practice* 139; Goode "Wrongful trading and the balance sheet test of insolvency" 1989 *JBL* 436; Goode *Principles of corporate insolvency law* [1990] 203-213; Grawehr "A comparison between Australian and European insolvent trading laws" 1996 *Company and Securities Law Journal* 16 24-27; Hicks "Wrongful trading - has it been a failure?" 1993 *Insolvency Law and Practice* 134; Hicks "Advising on wrongful trading" deel 1 1993 *The Company Lawyer* 16, deel 2 1993 *The Company Lawyer* 55; Loose, Yelland & Impey *The company director - powers and duties* [1993] 213-225; Luiz "Liability of directors for 'wrongful trading' in terms of English law" 1989 *THRHR* 582; McCormack *The new Companies legislation* [1991] 210; Milman & Durrant *Corporate insolvency: law and practice* [1987] 166-170; Milman "Personal liability and disqualification of company directors: something old, something new" 1992 *Northern Ireland Legal Quarterly* 1; Milman "Wrongful trading actions: smoke without fire?" 1995 8

sogenaamde skadu-direkteur van 'n insolvente maatskappy persoonlike aanspreeklikheid kan oploop, indien hy versuim om redelike stappe te neem ten einde die potensiële verliese van die maatskappy se skuldeisers te beperk, wanneer hy besef of moet besef dat die maatskappy nie insolvente likwidasie kan vermy nie.

Artikel 214 strek in wese veel wyer as die bepaling wat die Cork-komitee voorgestel het. Volgens hulle voorstel sou *wrongful trading* primêr daargestel word deur die bedrieglike dryf van besigheid en die oploop van skulde deur die maatskappy sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting.[53] Artikel 214 verg egter dat die direkteure van 'n insolvente maatskappy alle redelike stappe moet neem om die skuldeisers se moontlike verliese te beperk. Die artikel omvat 'n verpligting op direkteure om die onredelike oploop van skulde te vermy, maar strek ook duidelik verder. Die wye reikwydte van die bepaling word bevestig deur die afwesigheid van enige verwysing na "handeldrywing" as sodanig. Hoewel die gewraakte optrede algemeen bekend staan as *wrongful trading*, word hierdie term nie in artikel 214 gebruik nie. Die term *wrongful trading* verskyn wel in die kantskrif van die artikel, maar so 'n kantskrif het geen invloed op die interpretasie daarvan nie.[54] Dit het tot gevolg dat die direkteure se plig verder strek as bloot om toe te sien dat die maatskappy nie onregmatig besigheid dryf nie.[55] Die aard van die stappe wat ingevolge die bepaling van

---

Palmer's in Company 1; Oditah "Wrongful trading" 1990 *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 205; Morse (alg red) *Palmer's company law* [1992] 15.459-15.461; Pennington *Company law* [1990] 44-46; Piers & Donelly "The personal liability for directors and officers" 1989 3 *Insolvency Intelligence* 17; Prentice "Fraudulent trading: parent company's liability for the debts of its subsidiary" 1987 *LQR* 11; Prentice "Creditor's interests and director's duties" 1990 *Oxford Journal of Legal Studies* 265; Rajak "Company directors - the end of an era" 1989 *NLJ* 1374; Rajak "Wrongful trading" 1989 *NLJ* 1458; Sealy "Insolvent company - wrongful trading" 1989 *CLJ* 375; Sealy *Disqualification and personal liability of directors* [1989] 35-42; Snaith *The law of corporate insolvency* [1990] 676-686; St Clair & Drummond Young *The law of corporate insolvency in Scotland* [1988] 153-165; Stephenson "Liability for wrongful trading: the first case to reach judgement" 1989 *Solicitors Journal* 1103; Wheeler "Swelling the assets for distribution in corporate insolvency" 1993 *JBL* 256 264-269; Williams "Section 214 of the Insolvency Act 1986 and the private company: why it may fall short of the mark" 1990 *The Company Lawyer* 222; Ziegel "Creditors as corporate stakeholders: the quiet revolution - an Anglo-Canadian perspective" 1993 *University of Toronto Law Journal* 511 521-523.

53 Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1806.

54 Sien Sealy *Disqualification and personal liability of directors* [1989] 36.

55 Sien Goode *Principles of corporate insolvency law* [1990] 204-205; Rajak "Wrongful trading" 1989 *NLJ* 1458; Sealy *Disqualification and personal liability of directors* [1989] 36. Die vermindering van maatskappybates deur die betaling van buitensporige vergoeding aan die direkteure van 'n insolvente maatskappy kan bv *wrongful trading* daarstel, al word geen verdere skulde opgeloop nie. Sien Sealy *Disqualification and personal liability of directors* [1989] 601.

direkteure verwag word, sal egter later in groter besonderhede bespreek word.[56]

Die bepaling is wel in sekere opsigte enger as wat die Cork-komitee aanbeveel het.[57] Die verhalingsmeganisme is byvoorbeeld net beskikbaar waar die maatskappy in insolvente omstandighede gelikwideer word en nie ook waar die maatskappy in *receivership* is of onder administrasie geplaas is nie.[58] Die bepaling is voorts alleen van toepassing op direkteure en skadu-direkteure[59] en die aansoek om aanspreeklikheidsverklaring kan slegs gebring word deur die likwidateur van die maatskappy.[60]

Hoewel *wrongful trading* afsonderlik van *fraudulent trading* gereël word, is dit belangrik om daarop te wys dat eersgenoemde in beginsel laasgenoemde omvat. Oneerlike optrede is *per se* onredelik en kan gevolglik *wrongful trading* daarstel in die gevalle waar die optrede binne die kader van artikel 214 val. Enige persoon wat deelneem aan die bedrieglike dryf van besigheid kan egter aanspreeklikheid oploop op grond van *fraudulent trading*, terwyl slegs direkteure en sogenaamde skadu-direkteure aanspreeklikheid op grond van *wrongful trading* kan opdoen. Aanspreeklikheid vir *wrongful trading* kan voorts net volg na insolvente likwidasie, terwyl aanspreeklikheid op grond van *fraudulent trading* kan volg ongeag die rede vir die likwidasie. Die kader van artikel 214 is gevolglik meer beperk as artikel 213 en alle gevalle van *fraudulent trading* sal dus nie geredelik daaronder tuisgebring kan word nie.

Die basiese elemente wat bewys moet word, alvorens 'n persoon aanspreeklik gehou kan word vir *wrongful trading* is die volgende:

1 Dat die persoon 'n direkteur of skadu-direkteur van 'n maatskappy is of was;

2 Dat die maatskappy in insolvente likwidasie is;

3 Dat die persoon besef het of moes besef het voor likwidasie van die

---

56 Sien par 2.4.5 van Hoofstuk 5.

57 Sien in die alg Campbell "Wrongful trading and company rescue" 1994 *The Cambrian Law Review* 69 69-70.

58 Vgl Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1791-1792. Sien ook Snaith *The law of corporate insolvency* [1990] 676.

59 Die Cork-komitee het voorgestel dat dit van toepassing moet wees op alle persone wat wetens deelgeneem het aan die onregmatige dryf van besigheid sowel as maatskappybeamptes wat moes geweet het dat die handeldrywing onregmatig was. Sien Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1806.

60 Die Cork-komitee het voorgestel dat die aansoek ook deur 'n *receiver*, administrateur, skuldeiser of kontribuant gebring kan word. Sien Review Committee *Insolvency law and practice* Cmnd 8558 [1982] par 1806.

maatskappy dat daar geen redelike vooruitsig is dat die maatskappy insolvente likwidasie kan vermy nie; en

4 Dat die persoon, nadat hy besef het of moes besef het dat insolvente likwidasie redelikerwys onvermydelik was, versuim het om elke stap te neem wat hy moes geneem het ten einde die maatskappy se skuldeisers se verliese te beperk.

Hierdie elemente word vervolgens van nader beskou.

2.4.1 Direkteure en skadu-direkteure[61]

Die terme "direkteur" en "skadu-direkteur" is beide in die *Companies Act* gedefinieer.[62] "Direkteur" sluit 'n persoon in wat die posisie van 'n direkteur beklee, welke titel hy ook toegedig word.[63] Die definisie van "direkteur" is wyd genoeg om persone te omvat wat geldig aangestel is as direkteure en wat as direkteure van die maatskappy optree [*de jure* direkteure] sowel as persone wat voorgehou word en optree as direkteure sonder dat hulle geldig in daardie amp aangestel is [*de facto* direkteure].[64]

Die term "skadu-direkteur" verwys na 'n persoon wat instruksies of opdragte uitreik, waarop die direksie[65] van die maatskappy gewoond is om te handel.[66]

61 In *Re Sherborne Associates Ltd* 1995 BCC 41 is bevind dat 'n aansoek gebring kan word teen die boedel van 'n direkteur wat oorlede is. Sien 45H-46A: "The general intention of the section is to provide that a director should re-establish a company's assets where he has permitted it to trade on when insolvent liquidation was the only reasonable prospect. This is a commercial purpose and there is no reason to suppose that Parliament intended that it should be defeated by the death of a director where his estate remains sufficient to effect the purpose."

62 Vir 'n bespreking van die terminologie en die definisie van 'n skadu-direkteur uit 'n SA oogpunt, sien Du Plessis "Some subtle distinctions in the term 'director'" 1995 *TSAR* 153; Du Plessis "Nominee directors *versus* puppet, dummy and stooge directors: reflections on these directors and their nominators or appointors" 1995 *TSAR* 310.

63 A 741 van die *Companies Act* 1985.

64 *Re Hydrodam (Corby) Ltd* 1994 2 BCLC 180 183. Sien Bhattacharyya "Re Hydrodan (Corby) Ltd - shadow directors and wrongful trading" 1994 *The Company Lawyer* 151 en Girvin "Statutory liability of shadow directors" 1995 *The Juridical Review* 414 vir 'n bespreking van die uitspraak.

65 Waar die minderheidslede van die direksie op die instruksies van 'n buitestander handel, sal daardie persoon nie as skadu-direkteur kwalifiseer nie. Sien *Re Unisoft Group Ltd (No 2)* 1994 BCC 766 775C-D: "... [W]ith a multi-member board, unless the whole of the board or at the very least a governing majority of it ... are accustomed to act on the directions of an outsider such an outsider cannot be a shadow director."

66 *Re Unisoft Group Ltd (No 2)* 1994 BCC 766 775B: "The directors must be ... the 'cat's-paw' of the shadow director. They must be people who act on the directions or instructions of the shadow director as a matter of regular practice. That last requirement follows from the reference in the subsection to the directors 'being accustomed to act'.

Waar 'n direksie egter bloot op advies handel wat 'n persoon in sy professionele hoedanigheid verskaf, maak die definisie uitdruklik voorsiening dat so 'n persoon nie as 'n skadu-direkteur kwalifiseer nie.[67] 'n Skadu-direkteur tree gewoonlik nie op en word nie voorgehou as direkteur nie. Hy skuil eerder anoniem in die agtergrond, terwyl hy 'n maatskappy beheer wat onder die bevel staan van 'n direksie wat ingevolge sy instruksies handel.[68] Die term "skadu-direkteur" is so wyd dat dit selfs 'n ander regspersoon,[69] byvoorbeeld 'n houermaatskappy[70] of 'n bank,[71] kan omvat. 'n Professionele raadgewer en veral 'n sogenaamde "maatskappydokter", dit wil sê 'n persoon wat ingeroep word om 'n finansieel-wankelende maatskappy reg te ruk, kan ook as 'n skadu-direkteur kwalifiseer as hy die grense van sy professie oorskry en inderwaarheid die beheer van die maatskappy by die direksie oorneem.[72]

2.4.2 Insolvente likwidasie

"Insolvente likwidasie" word in artikel 214 gedefinieer as likwidasie van 'n maatskappy in omstandighede waar sy bates onvoldoende is om sy skulde te betaal, ander aanspreeklikheid af te los en die kostes van likwidasie te delg.[73] 'n

That must refer to acts not on one individual occasion but over a period of time and as a regular course of conduct. Tav hierdie uitspraak en die uitspraak in *Re PFTZM Ltd (in liq) Jourdain v Paul* 1995 2 BCLC 354 sien Milman "Wrongful trading actions: smoke without fire?" 1995 8 *Palmer's in Company* 1: "[These cases] have further limited the potential of wrongful trading actions by reducing the size of the potential target. Individuals controlling only a minority of board members and secured creditors will draw much comfort from the judicial utterings in these cases."

67 A 251 van die *Companies Act* 1985.

68 Vir 'n bespreking van die onderskeid tussen *de facto* direkteure en skadu-direkteure sien *Re Hydrodam (Corby) Ltd* 1994 2 BCLC 180 183.

69 Sien *Re PFTZM Ltd (in liq) Jourdain v Paul* 1995 2 BCLC 354 waar 'n ondersoek geloods is om vas te stel of die beamptes van 'n skuldeisermaatskappy as skadu-direkteure van die debiteurmaatskappy kon kwalifiseer.

70 Bhattacharyya "Re Hydrodan (Corby) Ltd - shadow directors and wrongful trading" 1994 *The Company Lawyer* 151 152; Bhattacharyya "Shadow directors and wrongful trading revisited" 1995 *The Company Lawyer* 313; Girvin "Statutory liability of shadow directors" 1995 *The Juridical Review* 414.

71 Sien *Re a Company (No 005009 of 1987), ex parte Copp* 1989 BCLC 13 waar die hof die moontlikheid nie uit die staanspoor wou verwerp nie. Bankaanspreeklikheid is ook geopper in *Re MC Bacon Ltd (No 2)* 1990 BCLC 324; 1990 BCLC 607 en *Kuwait Asia Bank EC v National Mutual Life Nominees Ltd* 1990 BCLC 868. Vir 'n bespreking van lg sien Keenan "Banks as shadow directors" 1991 *Accountancy* 41. Vgl ook *Re PFTZM Ltd (in liq) Jourdain v Paul* 1995 2 BCLC 354 vir moontlike skuldeiseraanspreeklikheid.

72 Vgl die uitspraak van die *Court of Appeal* in *Re Tasbian Ltd (No 3)* 1992 BCC 358 362D-364F.

73 A 214(6) van die *Insolvency Act* 1986. Vir 'n bespreking van die problematiek tav die toepassing van hierdie toets, sien Goode "Wrongful trading and the balance sheet test of insolvency" 1989 *JBL* 436.

Persoon kan slegs aanspreeklikheid op grond van *wrongful trading* oploop, indien die maatskappy hom in hierdie finansiële posisie bevind. Hierdie beperking op persoonlike aanspreeklikheid word geregverdig op die basis dat skuldeisers net skade kan lei waar die maatskappy in insolvente omstandighede gelikwideer word.[74]

2.4.3 Redelikheid - die graad van sorg

Wrongful trading word primêr daargestel deur optrede wat onredelik is.[75] 'n Persoon kan aanspreeklikheid oploop, indien hy voorsien het of *redelikerwys* moes voorsien het dat daar geen *redelike* vooruitsig was dat die maatskappy insolvente likwidasie kon vermy nie. Ten einde dan aan aanspreeklikheid te ontsnap, moet hy elke stap neem wat hy *redelikerwys* behoort te neem om die skuldeisers van die maatskappy se potensiële skade te beperk. Die gevolg moet dus redelikerwys voorsien word, insolvente likwidasie moet redelikerwys onvermybaar wees en die persoon moet redelike stappe neem om skuldeisers se verliese te beperk.

Die normale toets waaraan die redelikheid van optrede gemeet word, is objektief en neem die optrede van die redelike man as maatstaf. Waar direkteursoptrede ondersoek word, word die toets aangepas. 'n Redelike direkteur word dan gepostuleer, wat beklee word met sekere subjektiewe eienskappe, waaronder spesifiek die kennis en vaardigheid, van die betrokke direkteur.[76] Hierdie verrekening van die subjektiewe eienskappe van die betrokke direkteur bring in die meeste gevalle 'n verlaging van die toetsstandaard mee: hoe onkundiger 'n direkteur is, hoe moeiliker sal bevind kan word dat hy onredelik opgetree het.

Artikel 214 skryf egter 'n spesifieke maatstaf voor vir die bepaling van die redelikheid van 'n persoon se optrede, al dan nie. Ingevolge hierdie toets word die optrede van die betrokke persoon gemeet aan die optrede van 'n gepostuleerde redelike persoon. Die artikel omskryf egter met groot sorg die kennis en vermoëns wat daardie gepostuleerde persoon toegereken moet word. Vir die doeleindes van artikel 214 word die feite waaroor die gepostuleerde

74 Sien Snaith *The law of corporate insolvency* [1990] 678.

75 Daar is vroeër in par 2.4 van hierdie hoofstuk daarop gewys dat onredelikheid in hierdie verband wyd genoeg is om oneerlikheid in te sluit.

76 Vgl *Lagunas Nitrate Co v Lagunas Syndicate* 1899 2 Ch 392 435; *Re Brazilian Rubber Plantations and Estates Ltd* 1911 1 Ch 425 437. Sien *Re City Equitable Fire Insurance Co Ltd* 1925 1 Ch 407 428: "A director need not exhibit in the performance of his duties a greater degree of skill than may reasonably be expected from a person with his knowledge and experience." Sien ook in hierdie verband Sealy *Disqualification and personal liability of directors* [1989] 39; Snaith *The law of corporate insolvency* [1990] 680.

persoon beskik, die gevolgtrekkings wat hy daaruit moes maak en die stappe wat hy moes geneem het, geag die kennis, gevolgtrekkings en stappe te wees van 'n redelik ywerige persoon met sowel

* die algemene kennis, vaardigheid en ondervinding wat redelikerwys verwag kan word van 'n persoon wat die funksies uitvoer wat die betrokke persoon ten aansien van die maatskappy uitvoer of moes uitvoer,[77] en

* die algemene kennis, sorg en ondervinding waaroor die betrokke direkteur inderwaarheid beskik.[78]

Die noukeurige wyse waarop die maatstaf in die alternatief geformuleer is, het tot gevolg dat redelike dog hoë eise aan 'n persoon gestel word.[79] Waar 'n persoon se eie kundigheid en vaardigheid te kort skiet, kan hy die toets faal, aangesien sy optrede nie voldoen aan dit wat redelikerwys van 'n direkteur in dieselfde posisie verwag kan word nie. Indien 'n persoon se kennis en vaardigheid egter van 'n hoër as bloot redelike standaard is, sal die gehalte van sy optrede gemeet word aan dit wat redelikerwys van 'n persoon met so 'n hoër vlak van bekwaamheid verwag kan word.[80]

2.4.4 Toepassing van die statutêre toets deur die howe

Artikel 214 verleen nie wesenlike inhoud aan die begrip *wrongful trading* nie. Dit formuleer bloot die toets aan die hand waarvan 'n hof moet oordeel of *wrongful trading* in 'n gegewe geval plaasgevind het. Die bepaling plaas dus inderwaarheid 'n groot verantwoordelikheid op die howe om daadwerklike inhoud aan die begrip te verleen. Die eerste gerapporteerde uitspraak, *Re*

---

77 Die betrokke funksies sluit dus nie net die funksies in wat hy vervul het nie, maar ook daardie funksies wat aan hom opgedra is, al het hy dit nie uitgeoefen nie. Sien a 214(5) van die *Insolvency Act* 1986. Tav die uitleg van die funksies van 'n direkteur in hierdie verband, sien Boyle (red) *Gore-Browne on companies* [diensuitgawe] 35.4.1: "A director may be an executive or non-executive director, full-time or part-time; he may be elected for his financial acumen or business experience, for his knowledge of particular products or services or to provide, for example, technical expertise. All these are matters which may be relevant in determining what a particular director's functions are, although it will also be necessary to examine the 'functions' which are actually conferred upon him."

78 A 214(4) van die *Insolvency Act* 1986. Vir die toepassing van hierdie statutêre toets in 'n ondersoek na beweerde nalatige optrede van 'n direkteur buite die konteks van *wrongful trading*, sien *Norman v Theodore Goddard* 1991 BCLC 1028 1030-1031.

79 Sien bv *Re DKG Contractors Ltd* 1990 BCC 903 912.

80 Sien in die alg McLennan "Duties of care and skill of company directors and their liability for negligence" 1996 *SA Merc LJ* 94 100-101 vir 'n bespreking van die toets uit 'n SA oogpunt.

Produce Marketing Consortium Ltd - Halls v David and Murphy[81] [hierna verwys as *Re Produce Marketing Consortium Ltd*], is gevolglik met groot belangstelling afgewag.

In *Re Produce Marketing Consortium Ltd* het 'n likwidateur 'n aansoek gebring om 'n aanspreeklikheidsbevel teen twee direkteure op grond van *wrongful trading*. Die betrokke persone was direkteure van 'n klein maatskappy wat in 'n finansiële verknorsing was. Die direkteure het die maatskappy laat voortgaan om skulde op te loop sonder voldoende gronde om te glo dat die maatskappy in staat sal wees om sy groeiende skuldlas af te los. Daadwerklike inligting rakende die benarde finansiële toestand van die maatskappy was nie op die relevante stadium tot die direkteure se beskikking nie, aangesien hulle versuim het om toe te sien dat die finansiële jaarstate betyds binne die statutêr-voorgeskrewe tydperk opgestel word. Toe die state vir 1985 en 1986 uiteindelik in Februarie 1987 onderteken is, is die direkteure deur die ouditeur gewaarsku dat hulle moontlik aanspreeklikheid op grond van *fraudulent* of *wrongful trading* mag oploop. Hulle het egter hierdie waarskuwing geïgnoreer en voortgegaan om besigheid te dryf totdat die skuldeisers die maatskappy in Oktober 1987 laat likwideer het.

Die Hof het verskeie aspekte van die voorgeskrewe redelikheidstoets in die uitspraak bespreek. Knox J het in sy uitspraak aanvaar dat die voorgeskrewe toets nie alleen die verrekening van die eiesoortige posisie van die direkteur verg nie, maar ook, by implikasie, die verrekening van die eiesoortigheid van die betrokke maatskappy:[82]

> "I accept Mr Teverson's submission ... that the requirement to have regard to the functions to be carried out by the director in question, in relation to the company in question, involves having regard to the particular company and its business. It follows that the general knowledge, skill and experience postulated will be much less extensive in a small company in a modest way of business, with simple accounting procedures and equipment, than it will be in a large company with sophisticated procedures."[83]

---

81 1989 PCC 290. Vir besprekings van die uitspraak sien Doyle "Everything to lose - trading while insolvent" 1991 *Solicitors Journal* 1110; Fletcher "Directors' responsibility and wrongful trading" 1989 *The Law Society's Gazette* 19; Prentice "Creditor's interests and director's duties" 1990 *Oxford Journal of Legal Studies* 265; Sealy "Insolvent company - wrongful trading" 1989 *CLJ* 375; Stephenson "Liability for wrongful trading: the first case to reach judgement" 1989 *Solicitors Journal* 1103.

82 *In re Produce Marketing Consortium Ltd* 1989 PCC 290 297.

83 Hierdie opmerking moet nie geïnterpreteer word as die aanvaarding van 'n laer vaardigheids- en kennistoets tav direkteure van klein maatskappye in die alg nie. Die toets verreken die spesifieke aard van die betrokke maatskappy. Sommige klein maatskappye is hoogs-gesofistikeerd met goeie inligtingsisteme. Direkteure van sodanige maatskappye se optrede sal gemeet word aan dit wat redelikerwys van 'n direkteur van so 'n maatskappy geverg kan word.

Knox J het egter daarop gewys dat daar wel bepaalde minimum standaarde bestaan, wat binne die konteks van selfs die kleinste en mins-gesofistikeerde maatskappy nagestreef moet word.[84] Daar kan byvoorbeeld minstens van 'n direkteur verwag word om die statutêre verpligtinge wat die *Companies Act* op hom plaas, na te kom. Hierdie minimumstandaard stel 'n perk aan die minste wat 'n hof van 'n redelike direkteur sal verwag. Die aanvaarding van so 'n minimum perk blyk billik te wees. Dit verleen 'n belangrike mate van beskerming aan skuldeisers van 'n klein, minder-gesofistikeerde onderneming. Hulle staan, soos skuldeisers van groot ondernemings, aan verliese bloot en is dus net so geregtig op regsbeskerming teen die basiese onbedrewenheid van direkteure.[85]

Knox J het voorts daarop gewys dat die toets nie alleen verg dat die gepostuleerde persoon die daadwerklike kennis van die betrokke persoon toegereken moet word nie, maar ook daardie kennis waaroor die betrokke persoon redelikerwys moes beskik het.[86] Laasgenoemde kennis omvat die inligting in daardie finansiële state wat beskikbaar sou gewees het as die direkteure hulle statutêre plig nagekom het en toegesien het dat die state betyds voorberei was. Die regter het gevolglik bevind dat die finansiële jaarstate wat die finansiële verknorsing van die maatskappy duidelik uiteengesit het, reeds in Julie 1986 tot die beskikking van redelike direkteure gewees het.[87] Op daardie basis is bevind dat 'n redelike direkteur in Julie 1986 sou voorsien het dat daar nie 'n redelike vooruitsig was dat die maatskappy insolvente likwidasie sou vermy nie.

Aangesien die maatskappy nog vir langer as 'n jaar bly handel dryf het en in die proses verdere skulde opgeloop het, kon die Hof nie bevind dat die direkteure alle redelike stappe geneem het wat geneem moes word om die skuldeisers se verliese te beperk nie. Die Hof het gevolglik 'n bevel op grond van *wrongful trading* uitgereik.

2.4.5 Verweer

Artikel 214 stel 'n spesifieke verweer aan die direkteur beskikbaar. Indien die direkteur elke redelike stap neem wat hy behoort te neem om die verliese van die skuldeisers te beperk, wanneer hy besef het dat die maatskappy se insolvente likwidasie onvermydelik is, sal hy aan aanspreeklikheid vir *wrongful trading* kan ontsnap.

---

84 *In re Produce Marketing Consortium Ltd* 1989 PCC 290 297.

85 Sien in hierdie verband Boyle (red) *Gore-Browne on companies* [diensuitgawe] 35.4.1.

86 *In re Produce Marketing Consortium Ltd* 1989 PCC 290 298.

87 Vir 'n soortgelyke toepassing sien *Dyer v Hyslop* 1995 SCLR 161, die eerste gerapporteerde Skotse uitspraak oor *wrongful trading*.

In die oorweging van die aangewese optrede in die krisissituasie moet 'n direkteur daarteen waak om onredelik waagmoedig of onredelik versigtig op te tree:[88]

> "It seems that they are expected to be neither unduly rash nor unduly cowardly. Causing the company to cease to trade .... prematurely, can be as damaging to the interests of the creditors as causing the company to carry on trading against all odds. They must act responsibly, resisting, on the one hand, their natural tendency to be over-optimistic or to refuse to accept defeat and, on the other hand, the temptation to succumb to despair without considering the options available."

Dit sal wys wees van 'n direkteur om onafhanklike advies en professionele leiding oor korrekte optrede in die omstandighede in te win.[89] Indien 'n direkteur op grond van sodanige advies en leiding optree, behoort 'n hof nie te bevind dat hy onredelik opgetree het nie.[90] Tydige konsultasie met die skuldeisers van die maatskappy ten einde hulle instruksies te ontvang, behoort ook in gegewe gevalle die direkteur te beskerm.[91] Bedanking as direkteur is egter nie gerade nie, tensy die persoon 'n minderheidsdirekteur is wat alle redelike stappe geneem het om die meerderheid te oortuig om stappe te neem om die skuldeisers se skade te beperk.[92]

Wanneer 'n hof moet oordeel of die direkteur inderdaad alle redelike stappe geneem het om die skuldeisers se verliese te beperk, sal al bogenoemde faktore oorweging geniet. Dit is egter duidelik dat die verpligting wat op die direkteur rus, swaar is. Blote redelike optrede is onvoldoende. Die direkteur sal moet aantoon dat hy *elke* redelike stap geneem het wat hy moes neem om die verliese van die skuldeisers te beperk.

In 'n vroeër uitspraak in die *Produce Marketing*-saga[93] moes Knox J beslis of hierdie verweer die enigste verweer was wat tot 'n verweerder se beskikking was en of 'n verweerder ook die geykte maatskappyregtelike bepaling kan benut ingevolge waarvan 'n direkteur of maatskappybeampte hom op die hof kan beroep vir vrystelling van aanspreeklikheid wat uit nalatigheid, pligsversuim of

88 Barc (red) *Tolley's company law* [diensuitgawe] I4513(A). Goode *Principles of corporate insolvency law* [1990] 209 verskaf die volgende advies aan direkteure wat in hierdie dilemma verkeer: "Do not assume that the safest course is to stop trading ... You can be faulted as much for a premature cessation of trading as for continuing to trade while insolvent."

89 Hicks "Advising on wrongful trading" deel 2 1993 *The Company Lawyer* 55.

90 Barc (red) *Tolley's company law* [diensuitgawe] I4513(A).

91 Sien Goode *Principles of corporate insolvency law* [1990] 209-210 vir twaalf aanbevelings aan direkteure wat moet besluit oor die korrekte optrede onder die omstandighede.

92 Goode *Principles of corporate insolvency law* [1990] 210: "... [R]esignation is very much the last resort. A director who simply resigns without having taken every step he should have done to minimise loss to the creditors will not escape liability."

vertroueskending voorvloei.[94] Knox J het na 'n ontleding van die relevante bepalings tot die gevolgtrekking gekom dat die verweer soos vervat in artikel 214 en die kwytskeldingsgronde in artikel 727 nie saam toegepas kan word nie en dat die verweerder gevolglik slegs aangewese is op die artikel 214-verweer.[95]

2.4.6 Verpligtinge ingevolge artikel 214

Dit is duidelik dat hierdie bepaling belangrike en, in sekere opsigte, nuwe verpligtinge vir direkteure van maatskappye skep.[96]

Die bepalings rakende *fraudulent trading* verg bloot van 'n direkteur om te voorkom dat hy wetens 'n party tot die bedrieglike dryf van die maatskappy se besigheid word. Ten einde 'n bevel ingevolge artikel 214 te vermy, moet die direkteur egter veel meer doen as bloot om deelname aan of assosiasie met bedrog te vermy. Hy moet byvoorbeeld toesien dat hy op hoogte van sake van die finansies van die maatskappy bly in die mate wat 'n redelik ywerige direkteur in sy posisie dit sou doen.[97] Indien redelikerwys geoordeel kan word dat die beskikbare inligting onvoldoende is, moet die direkteur sekere aktiewe stappe neem om die nodige inligting te bekom.[98] Die kennis wat van 'n direkteur verwag word, omvat egter nie alleen kennis van die finansiële state nie, maar ook kennis van die regsverpligtinge en rol van 'n direkteur.[99] Afgesien van die vereiste kennis, word voorts van 'n direkteur verwag om redelike gevolgtrekkings uit die

93 *In re Produce Marketing Consortium Ltd* 1989 PCC 457.

94 Hierdie bepaling, wat ekwivalent is aan a 248 van die Maatskappywet 61 van 1973, is vervat as a 727 in die *Companies Act* 1985. Sien die bespreking van a 248 in par 3.9.2 van Hoofstuk 4.

95 Sien ook Oditah "Wrongful trading" 1990 *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 205 214. Sien ook die bespreking vroeër in par 3.9.2 van Hoofstuk 4.

96 Sien bv Boyle (red) *Gore-Browne on companies* [diensuitgawe] 35.4.2: "In covering the whole area of a company's financial affairs, and in attaching liability to omission as well as commission, the section imposes a potentially limitless duty on the director to pay constant attention to all aspects of his company's affairs, for fear that with hindsight a court may find that a reasonably diligent person in his position would have been able to evaluate the company's performance and prospects."

97 Sien die praktiese advies aan direkteure in Loose, Yelland & Impey *The company director - powers and duties* [1993] 217 - 219. Lg publikasie word in samewerking met die *Institute of Directors* gepubliseer. Sien ook Hicks "Advising on wrongful trading" deel 1993 *The Company Lawyer* 2 55.

98 'n Groter verpligting sal in hierdie verband op 'n uitvoerende as op 'n nie-uitvoerende direkteur rus. Lg sal egter ten minste moet sorg dat die finansiële state van die maatskappy binne die statutêr-voorgeskrewe tydperk vir voorlegging van daardie state tot sy beskikking gestel word. Sien Boyle (red) *Gore-Browne on companies* [diensuitgawe] 35.4.2; Loose, Yelland & Impey *The company director - powers and duties* [1993] 217-219.

99 Sien bv *Re DKG Contractors Ltd* 1990 BCC 903.

feite te maak en om op grond van daardie gevolgtrekkings redelik te handel.

Artikel 214 omvat dus die breë aspekte van algemene direkteursoptrede en dwing 'n direkteur om nie alleen eerlik nie, maar deurlopend redelik op te tree.

2.4.7 Die bevel

In teenstelling met die reëling ten aansien van *fraudulent trading* voor 1985, is die reg om die hof te nader om 'n bevel ingevolge artikel 214 beperk tot die likwidateur van die maatskappy.[100]

Die artikel verleen aan die hof 'n wye diskresie in die vasstelling van die bydrae wat die direkteur moet maak ("such contribution (if any) to the company's assets as the court thinks proper"). In *Re Produce Marketing Consortium Ltd* is die bevel ingevolge artikel 214 as primêr vergoedend eerder as vergeldend geïnterpreteer.[101] Ten aansien van verrekening van die aan- of afwesigheid van bedrog, het die Hof hom soos volg uitgespreek:[102]

> The fact that there was no fraudulent intent is not of itself a reason for fixing the amount at a nominal or low figure, for that would amount to frustrating what I discern as Parliament's intention in adding s 214 to s 213 in the Insolvency Act 1986 but I am not persuaded that it is right to ignore that fact completely."[103]

Die tipe bevel wat deur die bepaling voorgeskryf word, verskil wesenlik van die bevel ingevolge die vorige *fraudulent trading*-bepaling. In die verlede het die bevel 'n persoon aanspreeklik gestel vir al of enige van die skulde van die maatskappy. Die bevel ingevolge artikel 214 stel nie meer 'n persoon vir skulde aanspreeklik nie, maar stel hom aanspreeklik om sodanige bydrae tot die maatskappy se bates te maak wat die hof goedvind.[104] In *Re Produce Marketing*

---

100 A 214(1) van die *Insolvency Act* 1985.

101 *In re Produce Marketing Consortium Ltd* 1989 PCC 290 301.

102 *In re Produce Marketing Consortium Ltd* 1989 PCC 290 301.

103 Dine wys tereg daarop dat die inagneming van sodanige opset die vergoedende aard van die bevel vertroebel. Indien vergoeding die hoofdoel is, behoort die verliese van die skuldeisers die hooffokuspunt te wees en is die aanwesigheid van 'n bedrieglike opset irrelevant. 'n Bedrieglike opset is egter wel relevant indien die bydrae 'n strafkarakter dra. Dine "Wrongful trading - quasi-criminal law?" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 163; Dine "Punishing directors" 1994 *JBL* 325; Dine *Criminal law in the company context* [1995] 70. Vgl die uitspraak tav *fraudulent trading* in *Re a Company No 001418 of 1988* 1990 BCC 526 waar 'n verdere strafbedrag van £25 000 by die vergoedingsbedrag gevoeg is.

104 Dit is argumenteerbaar dat hierdie wysiging 'n boete-karakter aan die bydrae verleen. Williams "Section 214 of the Insolvency Act 1986 and the private company: why it may fall short of the mark" 1990 *The Company Lawyer* 222 223: "He is not being ordered to compensate a creditor but the company, in liquidation, and this, to a non-lawyer, may seem somewhat artificial. He may well feel that he is being punished for negligent or unreasonable behaviour with no suggestion of criminal liability." Die werklike karakter

Consortium Ltd het die Hof gesê dat daardie bydrae *prima facie* bepaal moet word aan die hand van die bedrag waarmee die maatskappy se bates verminder is deur die direkteur se optrede.[105] In die bepaling van die bydrae skenk die howe egter eerder aandag aan die skulde wat opgeloop is tydens die relevante tydperk.[106] Die bewoording van die artikel is egter wyd en gevolglik staan niks in 'n hof se weg om enige van hierdie maatstawwe of enige ander maatstawwe te gebruik nie.[107]

2.4.8 Bestemming van die bydrae

Die bydrae ingevolge artikel 214 word aan die maatskappy gemaak. In *Re Purpoint Ltd*[108] is bevind dat die doel van 'n bevel ingevolge artikel 214 is om al die maatskappy se skuldeisers te bevoordeel. Die hof het nie die bevoegdheid om te bepaal dat die bedrag slegs beskikbaar is vir verdeling onder die skuldeisers wie se skulde opgeloop is tydens die gewraakte periode nie.[109]

Dit wil voorkom asof die strukturering van die bydrae tot gevolg het dat die versekerde skuldeiser wat 'n algemene *floating charge* ten aansien van die maatskappy hou, die grootste voordeel sal trek uit die bydrae.[110] Die onversekerde en misleide skuldeisers sal dus nie in die praktyk die primêre bevoordeeldes wees nie.[111] Daar bestaan 'n meningsverskil oor die wenslikheid van so 'n gevolg. Een denkskool meen byvoorbeeld dat hierdie gevolg strydig is met die hele filosofie van die bemagtiging van die algemene handelskrediteure

---

daarvan sal egter afhang van die howe se interpretasie.

105 *In re Produce Marketing Consortium Ltd* 1989 PCC 290 301: "Prima facie the appropriate amount that a director is declared to be liable to contribute is the amount by which the company's assets can be discerned to have been depleted by the director's conduct which caused the discretion under sub-s (1) to arise." Hierdie stelling is met goedkeuring herhaal in *Re Purpoint Ltd* 1991 BCLC 491 499. Sien ook *Re Sherborne Associates Ltd* 1995 BCC 41.

106 Vgl bv *Re DKG Contractors Ltd* 1990 BCC 903 912; *Re Purpoint Ltd* 1991 BCLC 491 498.

107 Morse (alg red) *Palmer's company law* [1992] 15.460.

108 1991 BCLC 491.

109 *Re Purpoint Ltd* 1991 BCLC 491 499. Sien Flynn "Statutory liablity for culpable mismanagement" in Rajak *Insolvency law - theory and practice* [1993] 135 158. Sien ook Oditah "Wrongful trading" 1990 *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 205 vir dieselfde benadering.

110 Sonder dat spesifieke aandag aan hierdie aspek geskenk was, was die alg benadering in die *Produce Marketing*-uitspraak dat so 'n versekerde skuldeiser die voordeel van die bydrae sal verkry. Vgl *Re Produce Marketing Consortium Ltd* 1989 PCC 290.

111 Sien Anoniem "Wrongful trading" 1991 4 *Insolvency Intelligence* 40; Milman "Personal liability and disqualification of company directors: something old, something new" 1992 *Northern Ireland Legal Quarterly* 1; Hicks "Advising on wrongful trading" deel 1 1993 *The Company Lawyer* 16 19-20.

wat die wetgewing onderlê.[112]

Wheeler wys egter daarop dat 'n bepaling wat die bevoordeling aan die onversekerde skuldeisers laat toeval, hulle nie noodwendig in 'n sterk posisie gaan plaas nie.[113] In *Re MC Bacon (No 2)*[114] het Millett J bevind dat die kostes van 'n onsuksesvolle aansoek om 'n bevel op grond van *wrongful trading* slegs gedelg kan word uit die bates wat vir verdeling onder die algemene skuldeisers beskikbaar is en nie uit die bates wat onderhewig is aan 'n *floating charge* nie.[115] Die praktiese dilemma is egter dat 'n *floating charge* gewoonlik die meeste van die bates van 'n maatskappy omvat. Dit laat dus besonder min bates oor om 'n aansoek mee te finansier.[116] Indien die bates nie voldoende is om die aansoek mee te finansier nie, sal die gewone skuldeisers die aansoek uit eie fondse moet finansier[117] of die hulp van die houer van die *floating charge* benodig. Wheeler wys daarop dat die houer van 'n *floating charge* nie geneë sal wees om so 'n aansoek te finansier, indien hy nie gaan deel in die voordeel van die opbrengs nie.[118] Die algemene skuldeisers is gewoonlik ook nie te gretig op verdere geld te bestee in 'n poging om sommige van hulle verliese te verhaal nie.[119] So 'n strukturering van die verdeling van die opbrengs van 'n artikel 214-bevel, sal die gewone skuldeisers dus prakties van die voordele van die bepaling ontneem.

Dit wil dus voorkom asof die heersende regsposisie in hierdie verband

112 Vir argumente en standpunte teen die reg van die houer van so 'n *floating charge* op die bydrae, sien Goode *Principles of corporate insolvency law* [1990] 212; Boyle (red) *Gore-Browne on companies* [diensuitgawe] 35.4.3; Sealy "Insolvent company - wrongful trading" 1989 *CLJ* 375 377; Oditah "Wrongful trading" 1990 *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 205.

113 Wheeler "Swelling the assets for distribution in corporate insolvency" 1993 *JBL* 256 266.

114 1990 BCLC 607. Vgl ook *Re Oasis Merchandising Services Ltd* 1995 2 BCLC 493. Tav lg uitspraak, sien Walters "Foreshortening the shadow: maintenance, champerty and the funding of litigation in corporate insolvency" 1996 *The Company Lawyer* 165.

115 In die betrokke saak het die likwidateur gepoog om die *floating charge* as 'n vernietigbare voorkeur ter syde te laat stel en om die houer daarvan op grond van *wrongful trading* aanspreeklik te stel. *Re MC Bacon (No 2)* 1990 BCLC 607E-F: "The expense of the liquidator in bringing the proceedings to challenge the charge on the ground that it was a voidable preference and to obtain an order under s 214 of the 1986 Act were not expenses incurred for the purpose of realising or getting in any assets of the company since neither claim could have been made by the company."

116 Sien in die alg Hicks "Wrongful trading - has it been a failure?" 1993 *Insolvency Law and Practice* 134.

117 Sien Bhattacharyya "Re Hydrodan (Corby) Ltd - shadow directors and wrongful trading" 1994 *The Company Lawyer* 151; Hicks "Wrongful trading - has it been a failure?" 1993 *Insolvency Law and Practice* 134 136 en Williams "Section 214 of the Insolvency Act 1986 and the private company: why it may fall short of the mark" 1990 *The Company Lawyer* 222 224 vir praktiese aspekte rakende skuldeiserfinansiering van die aansoek.

118 Wheeler "Swelling the assets for distribution in corporate insolvency" 1993 *JBL* 256 267.

119 Godfrey & Nield "The wrongful trading provisions - all bark and no bite?" 1995 *Tolley's Insolvency Law & Practice* 139 140.

onbevredigend is, maar ook nie op 'n eenvoudige wyse geremedieer kan word nie.[120]

2.5 Diskwalifikasie as direkteure

Ten einde die nuwe bepalings in konteks te plaas, is dit belangrik op aandag te vestig op die verband tussen die onregmatige dryf van besigheid en die nuwe diskwalifikasiereëlings ten aansien van direkteure.[121]

Die reëlings betreffende die diskwalifikasie van direkteure is aansienlik strenger gemaak in die regshervormingsproses gedurende die tagtigerjare.[122] Bevele op grond van *wrongful* of *fraudulent trading* is ook uitdruklik ingesluit in die lys van diskwalifikasiegronde. Die huidige reëlings is gekonsolideer in die *Company Directors Disqualification Act* 1986.

Diskwalifikasie ingevolge die *Company Directors Disqualification Act* 1986 behels 'n verbod om, sonder die toestemming van die hof, vir 'n bepaalde tydperk as 'n direkteur, likwidateur, administrateur, *receiver* of bestuurder van die maatskappy se eiendom op te tree of om enigsins, hetsy direk of indirek, deel te neem aan of betrokke te wees by die promosie, oprigting of bestuur van

120 Vir spesifieke voorstelle sien Hicks "Wrongful trading - has it been a failure?" 1993 *Insolvency Law and Practice* 134 136.

121 Sien in die alg Campbell "Wrongful trading and company rescue" 1994 *The Cambrian Law Review* 69 81-82; Dine "Wrongful trading - quasi-criminal law?" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 163; Dine "Punishing directors" 1994 *JBL* 325; Dine *Criminal law in the company context* [1995] 79-104; Finch "Disqualifying directors: issues of rights, privileges and employment" 1993 *Industrial Law Journal* 35; Fletcher "Directors' responsibility and wrongful trading" 1989 *The Law Society's Gazette* 19; Fletcher *The law of insolvency* [1990] 528-535; Goode *Principles of corporate insolvency law* [1990] 213-219; Henry "Disqualification of directors: a view from the inside" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 179; Loose, Yelland & Impey *The company director - powers and duties* 1993 208-212; Milman & Durrant *Corporate insolvency: law and practice* [1987] 172-175; Milman "Personal liability and disqualification of company directors: something old, something new" 1992 *Northern Ireland Legal Quarterly* 1; Mithani "Appeals in disqualification proceedings" 1992 *The Law Society Gazette* 25; Pretorius & Du Plessis "Enkele aspekte rakende die diskwalifikasie van direkteure en andere in die Suid-Afrikaanse en Engelse reg" 1993 *SA Merc LJ* 144; Sealy *Disqualification and personal liability of directors* [1989]; Snaith *The law of corporate insolvency* [1990] 699-714; St Clair & Drummond Young *The law of corporate insolvency in Scotland* [1988] 165-170; Wheeler "Disqualification of directors: a broader view" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 187; Ziegel "Creditors as corporate stakeholders: the quiet revolution - an Anglo-Canadian perspective" 1993 *University of Toronto Law Journal* 511 523-524.

122 Sien Sealy *Disqualification and personal liability of directors* [1989] 13-15 en Wheeler "Disqualification of directors: a broader view" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 187 vir die agtergrond en ontwikkeling van die huidige sisteem.

'n maatskappy.[123] Indien 'n persoon die verbod ignoreer, pleeg hy 'n misdryf en is strafbaar met 'n boete en gevangenisstraf van tot twee jaar.[124] Die persoon sowel as enige persoon in die maatskappybestuur wat wetens gehandel het op die gediskwalifiseerde se instruksies of bereid was om daarop te handel, is voorts persoonlik aanspreeklik vir al die skulde wat die maatskappy opgeloop het, terwyl die verbod op hierdie wyse oortree is.[125]

Die gronde vir diskwalifikasie word in besonderhede in die Wet uiteengesit en omvat byvoorbeeld die nie-nakoming van statutêre vereistes, die skuldigbevinding aan sekere misdrywe in verband met die oprigting of bestuur van die maatskappy en die algemene ongeskiktheid om as direkteur op te tree. Twee stelle artikels handel met diskwalifikasie wat kan volg op *fraudulent* en *wrongful trading*. Waar 'n persoon hom skuldig gemaak het aan bedrog of *fraudulent trading*, bepaal artikel 4 soos volg:

> "(1) The court may make a disqualification order against a person if, in the course of the winding up of a company, it appears that he -
>
> (a) has been guilty of an offence for which he is liable (whether he has been convicted or not) under s 458 of the Companies Act (fraudulent trading), or
>
> (b) has otherwise been guilty, while an officer or liquidator of the company ..., of any fraud in relation to the company or of any breach of his duty as such officer ... [or] liquidator ..."

Dit is opvallend dat 'n persoon slegs gediskwalifiseer kan word, indien strafregtelike *fraudulent trading* tydens likwidasie blyk. Daar is vroeër daarop gewys dat hierdie beperking juis geskrap is ten aansien van die misdryf *fraudulent trading* en slegs behou is ten aansien van die persoonlike aanspreeklikheid wat daaruit voortvloei.

Diskwalifikasie waar 'n aanspreeklikheidsbevel op grond van *fraudulent* en *wrongful trading* verleen is, word in artikel 10 gereël.[126] Die artikel magtig 'n hof wat 'n bevel ingevolge artikel 213 of 214 van die *Insolvency Act* 1986 uitreik om, op aansoek of *mero moto*, die bevel met 'n diskwalifikasiebevel te kombineer.

Die algemene opknapping van die diskwalifikasiemaatreëls blyk suksesvol te wees. Na die implementering van die wetgewing het diskwalifikasies toegeneem van ongeveer 150 bevele in 1987 tot gemiddeld 300 bevele per jaar in die laat-

123 A 1 van die *Company Directors Disqualification Act* 1986.

124 A 13 van die *Company Directors Disqualification Act* 1986.

125 A 15 van die *Company Directors Disqualification Act* 1986.

126 A 10(1) van die *Company Directors Disqualification Act* 1986: "Where the court makes a declaration under section 213 or 214 of the Insolvency Act that a person is liable to make a contribution to a company's assets, then, whether or not an application for such an order is made by any person, the court may, if it thinks fit, also make a disqualification order against the person to whom the declaration relates."

tagtiger en vroeë negentigerjare.[127]

2.6 Feniksmaatskappye

Dit is vir die doeleindes van hierdie studie ook belangrik om aandag te vestig op die regsreëlings rakende sogenaamde feniksmaatskappye.

'n Feniksmaatskappy verrys as instrument in 'n bedrogskema uit 'n vorige maatskappy. Die bedrogskema word gewoonlik soos volg ingerig: Die aandeelhouers in 'n bestaande maatskappy sien toe dat hulle as versekerde skuldeisers 'n reg op die leeue-aandeel van die bates van die maatskappy verkry. Die maatskappy word dan deur die aandeelhouers in vrywillige insolvente likwidasie onder die beheer van 'n vriendskaplike likwidateur geplaas. Die handelskrediteure verhaal gewoonlik min uit die insolvente boedel, aangesien die aandeelhouers as versekerde skuldeisers die grootste gedeelte van die bates van die maatskappy vir hulleself opeis. Die likwidateur verkoop dan die besigheid van die gelikwideerde maatskappy op 'n lopende basis teen 'n nominale bedrag aan 'n nuwe maatskappy, die feniksmaatskappy, wat deur dieselfde aandeelhouers beheer word. Hierdie maatskappy benut gewoonlik die werfkrag van die vorige onderneming deur die gebruik van dieselfde of 'n gelykluidende handelsnaam[128] en sit gevolglik die besigheid van die vorige maatskappy gewoon voort. Die hele doel van die skema is om die aandeelhouers te verryk deur die skuldeisers van die eerste maatskappy te bedrieg. Daar is gevolglik 'n natuurlike verband tussen die dryf van besigheid op 'n onregmatige wyse en hierdie tipe skema.

Artikel 216 en 217 van die *Insolvency Act* 1986 spreek hierdie euwel aan.[129] Artikel 216 verbied 'n direkteur en skadu-direkteur van 'n maatskappy wat in insolvente likwidasie geplaas is om sonder die hof se toestemming binne 'n periode van vyf jaar betrokke te wees by die oprigting of bestuur van 'n maatskappy met dieselfde of 'n gelykluidende handels- of geregistreerde naam as die gelikwideerde maatskappy. 'n Oortreding stel 'n misdryf daar en die persoon kan voorts ingevolge artikel 217 aanspreeklikheid oploop vir gespesifiseerde skulde van die maatskappy.

---

127 Wheeler "Disqualification of directors: a broader view" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 187 198.

128 Sien in die alg Boyle (red) *Gore-Browne on companies* [diensuitgawe] 35.5.

129 Vir besprekings sien Boyle (red) *Gore-Browne on companies* [diensuitgawe] 35.5; Barc (red) *Tolley's company law* [diensuitgawe] I4312.

2.7 Gevolge van die implementering van "wrongful trading"

Die konseptuele gevolge van die implementering van die nuwe *wrongful trading* is divers en verreikend. Vir die doeleindes van hierdie studie word twee aspekte uitgelig, naamlik die verkleining van die rol van die *fraudulent trading*-bepaling en die algemene verhoging van die standaard van direkteursoptrede wat verwag word.

2.7.1 Invloed op "fraudulent trading"

Dit skyn asof aansoeke om aanspreeklikheidsverklaring op grond van *fraudulent trading* 'n rariteit sal word namate die praktiese fokus na die *wrongful trading*-bepaling verskuif.

Fraudulent trading bly wel van groot belang in strafregtelike verband. Die behoud van die begrip in hierdie konteks en die afsonderlike regulering van die betrokke optrede maak sin,[130] aangesien dit belangrik is om bedrieglike optrede as sodanig aan te merk en dit nie te laat vermeng met nalatige optrede deur beide as *wrongful trading* aan te merk nie. Dit is ook belangrik om die strafsanksie vir bedrog te behou, maar so 'n sanksie nie onregverdig wyd aan te wend deur dit ook op nalatige bestuursoptrede van toepassing te maak nie.

Terwyl *fraudulent trading* as konsep steeds 'n belangrike strafregtelike funksie behou, is sy sivielregtelike funksie grotendeels deur *wrongful trading* oorgeneem. Die verskille in aanwendingsgebied tussen die twee bepalings is prakties irrelevant. Enige persoon kan hom byvoorbeeld aan *fraudulent trading* skuldig maak, maar slegs direkteure en skadu-direkteure kan hulle aan *wrongful trading* skuldig maak. Die begrip "skadu-direkteur" is egter so wyd, dat die meeste persone wat prakties aan 'n *fraudulent trading*-bevel blootstaan, as skadu-direkteure kan kwalifiseer. *Wrongful trading*-aansoeke kan voorts net gebring word wanneer die maatskappy in insolvente likwidasie is, terwyl aansoeke om aanspreeklikheidstelling op grond van *fraudulent trading* ook tydens nie-insolvente likwidasie gebring kan word. Hierdie verskil is egter ook teoreties van aard, aangesien aanspreeklikheid op grond van die onregmatige dryf van besigheid gewoonlik net van praktiese belang is in die gevalle waar die skuldeisers se skulde nie betaal word nie, omdat die maatskappy insolvent is. Die aanwendingsgebied van die twee bepalings is gevolglik vir praktiese doeleindes dieselfde.

Waar 'n likwidateur die keuse het om die aansoek op *fraudulent trading* of op

130 Sien vir verdere motivering Rajak "Company directors - the end of an era" 1989 *NLJ*

wrongful trading te baseer, sal die keuse eerder op laasgenoemde val.[131] Die kanse om te slaag met 'n aansoek op grond van *wrongful trading* is beter, aangesien die aansoeker nie nodig het om oneerlikheid aan die kant van die respondent te bewys nie. Ten aansien van die toekoms van *fraudulent trading* in sivielregtelike verband, merk Milman soos volg op: [132]

> "... [O]ne suspects that fraudulent trading will be allowed to wither on the vine as a new seed that has been planted in this area of the law [wrongful trading] grows to supplant it."

2.7.2 Verhoging van minimumstandaarde

Die wetgewer het deur die invoering van die *wrongful trading*-begrip diepgaande regshervorming op die terrein van direkteursverpligtinge meegebring. Die eise wat nou aan direkteure van Engelse maatskappye gestel word, is veel hoër as in die verlede. Direkteure moet hulle nie alleen weerhou van oneerlikheid in die dryf van die maatskappy se besigheid nie, maar moet die maatskappy met redelike sorg en aandag bestuur. Waar gebrek aan kennis en vaardigheid 'n veilige hawe in die verlede aan onbedrewe direkteure gebied het, word hulle onbedrewenheid nou ten volle aan hulle toegereken en moet hulle skuldeisers vergoed vir die skade wat daaruit voortvloei. Die beskerming wat hierdeur aan skuldeisers, maar ook indirek aan aandeelhouers en die maatskappy, gebied word, is gevolglik veel beter as in die verlede.[133]

Die wetgewer het voorts sy erns met die wering van nalatigheid uit maatskappybestuur bevestig, deur die koppeling van die onregmatige dryf van besigheid met die diskwalifikasie van die betrokke direkteure. Die beskerming wat aan belanghebbendes gebied word is dus nie alleen meer geleë in die verhaling van hulle skade en die waarskynlike afskrikking van onbedrewe direkteure weens die moontlikheid van persoonlike aanspreeklikheid nie, maar word versterk deur die daadwerklike diskwalifikasie van persone wat hulle ongeskiktheid bewys het om in bestuurshoedanighede ten opsigte van

---

1374.

131 Sien bv *In re Produce Marketing Consortium Ltd* 1989 PCC 290 292 waar die aansoek aanvanklik op beide gronde gebring is, maar voor die hof slegs op grond van *wrongful trading* voortgesit is.

132 Milman "Personal liability and disqualification of company directors: something old, something new" 1992 *Northern Ireland Legal Quarterly* 1 7.

133 'n Praktiese gevolg hiervan is dat persone versigtiger sal wees om direkteurskappe te aanvaar. Veral die sg "statusaanstellings" van vername persone op direksies kan hierdeur getref word. Aan die ander kant is dit nie veel van 'n verlies vir die maatskappyeregsisteem nie. 'n Persoon wat nie redelikerwys na die belange van die maatskappy kan omsien nie, behoort nie op 'n direksie van 'n maatskappy te dien nie. Sien in die alg Sealy *Disqualification and personal liability of directors* [1989] 36-37.

maatskappye op te tree.

2.8 Problematiek ten aansien van "wrongful trading"

Die wye strekking van die *wrongful trading*-bepaling skep bepaalde praktiese probleme vir 'n direkteur wat wil verseker dat hy korrek en veilig handel wanneer die maatskappy in 'n finansiële verknorsing verkeer.

Die bepaling vereis van 'n direkteur om redelik op te tree. Die dilemma is om korrek te oordeel wat die redelike optrede in 'n hoogspanningsituasie sou wees.[134] Daar is vroeër daarop gewys dat die onredelike likwidasie van 'n maatskappy uit vrees vir moontlike aanspreeklikheid net soos die onredelik-optimistiese voortsetting van die dryf van besigheid tot aanspreeklikheid kan lei, waar die optrede die skade van die skuldeisers vergroot.[135] 'n Mate van beskerming kan geleë wees in die navolging van die algemeen-aanvaarde praktyk.[136] Navolging van hierdie praktyk en inwinning van objektiewe advies waarborg egter nie vrystelling van aanspreeklikheid nie.

Die bepalings stel groot eise aan 'n direkteur. Dit skep nie 'n bepaalde verpligting, byvoorbeeld die voorkoming van kredietverkryging in insolvente omstandighede nie, maar skep 'n breë en algemene verpligting tot redelike optrede. Die wetgewer verskaf geen duidelike riglyne aan direkteure oor welke optrede redelik geag sal word nie. Direkteure word inderwaarheid bloot gewaarsku dat 'n waarde-oordeel oor hulle optrede gevel sal word en dat hulle aanspreeklik sal staan indien hulle daardie toets faal. Hierdie benadering val as onregverdig op. In die mate wat die bepaling nie 'n duidelike riglyn rakende

---

134 Sien in die alg Barc (red) *Tolley's company law* [diensuitgawe] I4513(A); Sealy *Disqualification and personal liability of directors* [1989] 41.

135 Sien ook Goode "Wrongful trading and the balance sheet test of insolvency" 1989 *JBL* 436.

136 Die *Institute of Directors* het bv riglyne tav direkteursoptrede in 1991 gepubliseer. Die riglyne sluit in dat maatskappydirekteure te alle tye oor opgedateerde en akkurate finansiële inligting moet beskik en, waar die inligting op finansiële probleme dui, spoedeisend moet optree; dat direkteure van 'n maatskappy wat finansiële probleme ondervind, bekwame professionele advies behoort in te win; dat direkteure geregtig is om oorweging te skenk aan en om advies in te win oor die moontlikheid om 'n moratorium vir die maatskappy te verkry ten einde dit in staat te stel om te poog om die finansiële probleme te oorkom sonder om die formele insolvensieprosedures te benut, en, laastens, dat indien formele insolvensieprosedures [waaronder die implementering van reddingskemas en herstrukturering] onafwendbaar is, die direkteure moet poog om dit so spoedig doenlik te implementeer. Sien Institute of Directors "Company directors and wrongful trading" 1991 *Business Law Review* 78. Sien vir bespreking en kritiek Cooke & Hicks "Wrongful trading - predicting insolvency" 1993 *JBL* 338. Sien ook Milman "Personal liability and disqualification of company directors: something old, something new" 1992 *Northern Ireland Legal Quarterly* 1 18 n10.

korrekte optrede bied nie, is dit ook nie 'n werklik suksesvolle regulatiewe bepaling nie.

2.9 Die sukses van die nuwe maatreëls

Dit is nie eenvoudig om 'n opinie te vorm oor die sukses van die nuwe maatreëls in die praktyk nie. Milman het byvoorbeeld soos volg in September 1995 opgemerk:[137]

> "One of the great disappointments of the past decade has been the failure of the wrongful trading sanction ... to have a major impact in practice. After early successes (such as *Produce Marketing Consortium* ..., *Purpoint* ... and *DKG Contractors* ...) the cases seem to have dried up."

Die impak van die bepalings kan egter nie gemeet word aan die hand van die aantal gerapporteerde hofsake nie.[138] Hoe meer suksesvol die bepalings daarin gaan slaag om direkteure tot redelike en noukeurige optrede te dwing, hoe minder hofsake sal inderwaarheid daaruit voortspruit. Die beskerming vir skuldeisers is primêr geleë in die verhoging van die standaard van direkteursoptrede en nie bloot net in 'n meer gemaklike verhalingsmeganisme waar direkteursoptrede hulle skade berokken het nie. Hicks se empiriese navorsing in hierdie verband het aangetoon dat die *wrongful trading*-bepalings 'n waarneembare bydrae gelewer het tot die verhoging van die standaard van direkteursoptrede in insolvente omstandighede.[139] Die aantal professionele publikasies oor *wrongful trading* deur en vir praktisyns en direkteure dui ook op 'n veel hoër bewustheidsvlak rakende *wrongful trading* as ten aansien van die ou *fraudulent trading*-bepaling in die praktyk en bevestig Hicks se resultate.[140]

Die aantal gerapporteerde hofsake is ook nie 'n betroubare maatstaf om die sukses van die nuwe maatreëls as verhalingsmeganisme te meet nie.[141] Dit

137 Milman "Wrongful trading actions: smoke without fire?" 1995 8 *Palmer's in Company* 1.

138 Vir 'n verdere voorbeeld van kritiek gegrond op die aantal gerapporteerde uitsprake, sien Godfrey & Nield "The wrongful trading provisions - all bark and no bite?" 1995 *Tolley's Insolvency Law & Practice* 139 140: "Why have only four wrongful trading actions reached court despite the fact that between 1989 and 1993 alone there have been over 92500 corporate insolvencies in England and Wales?"

139 Hicks "Wrongful trading - has it been a failure?" 1993 *Insolvency Law and Practice* 134 135: "... [T]he preventative benefits of wrongful trading were widely recognised by respondents. Though unquantifiable, they do appear to be significant and valuable in improving standards of responsibility in the face of insolvency."

140 Vgl Ziegel "Creditors as corporate stakeholders: the quiet revolution - an Anglo-Canadian perspective" 1993 *University of Toronto Law Journal* 511 523. Sien Campbell "Wrongful trading and company rescue" 1994 *The Cambrian Law Review* 69 86 wat daarop wys dat die impak op direkteursoptrede in die praktyk moontlik nie so groot is as wat gereken word nie. Oortuigende impiriese ondersteuning vir so 'n standpunt ontbreek egter.

141 Ziegel "Creditors as corporate stakeholders: the quiet revolution - an Anglo-Canadian

weerspieël byvoorbeeld nie die skikkings wat in sekere gevalle tussen likwidateurs en direkteure bereik word nie.[142] Hicks se empiriese navorsing in hierdie verband[143] toon dat daar 'n beduidende aantal skikkings ten aansien van moontlike *wrongful trading*-aansoeke is en dat 'n aantal van hierdie skikkings 'n bydrae tot die maatskappyboedel tot gevolg het.[144]

Hoewel die presiese uitwerking van hierdie aspekte en die presiese omvang van die sukses van die nuwe bepalings 'n bron van spekulasie sal bly totdat omvattende impiriese studies onderneem is, is daar voldoende bewyse om te kan konkludeer dat die nuwe bepalings wel sukses behaal.

2.10 Slot

Dit is duidelik dat die hervormingsproses interessante konsepte opgelewer het, wat met groot vrug uit 'n Suid-Afrikaanse oogpunt verreken kan word.

Die mees voor die hand liggende aspek is die kwantumsprong wat *wrongful trading* in regsterme ten aansien van die regulering van die onregmatige dryf van besigheid daarstel. In plaas van die daarstelling van 'n gewone verbod op

---

perspective" 1993 *University of Toronto Law Journal* 511 523.

142 Piers & Donelly het reeds in 1989 voorspel dat die *wrongful trading*-bepalings likwidateurs eerder sal aanmoedig om redelike skikkings te bereik as om duur hofsake op 'n nuwe en onbekende regsgrond te voer. Sien Piers & Donelly "The personal liability for directors and officers" 1989 3 *Insolvency Intelligence* 17 17-18: "However, one of the ironies of the new insolvency framework is that a liquidator ... will be far keener on negotiating a reasonable settlement than on creating case law by pursuing a recalcitrant director all the way through the courts. That is likely to result in a paucity of precedent notwithstanding a considerable number of 'wrongful trading cases'." Sien ook Finch "Directors' duties: insolvency and the unsecured creditor" in Clarke (red) *Current issues in insolvency law* [1991] 87 97 waar dieselfde mening uitgespreek word. Die moontlikheid van skikkings word vergroot waar direkteure oor geldige versekering teen aanspreeklikheid op grond van *wrongful trading* beskik. Tav die geldigheid van sodanige versekering, sien Milman "Personal liability and disqualification of company directors: something old, something new" 1992 *Northern Ireland Legal Quarterly* 1 18 n14; Piers & Donelly "The personal liability for directors and officers" 1989 3 *Insolvency Intelligence* 17. Vir 'n omvattende ontleding van direkteurs- en beampte versekering teen aanspreeklikheid sien Finch "Personal accountability and corporate control: the role of directors' and officers' liability insurance" 1994 *MLR* 880. Vir 'n regsvergelykende studie uit 'n SA oogpunt, sien Spisto "D and O insurance for directors and officers - what is this and is it a viable option in South African law?" 1996 *CILSA* 61.

143 Hicks "Wrongful trading - has it been a failure?" 1993 *Insolvency Law and Practice* 134.

144 Hicks "Wrongful trading - has it been a failure?" 1993 *Insolvency Law and Practice* 134-135: "In more than half of liquidations, respondents reported actively considering a possible claim. In less than half of these some action was taken, generally negotiating for a settlement. A useful minority of these negotiations resulted in directors agreeing to make a contribution to the assets. Writs are being issued in a significant number of cases ...".

oneerlike optrede, verhoog dit 'n direkteur se sorgpligte in die bestuur van die maatskappy op 'n wesenlike wyse. Hoewel hierdie sprong in beginsel positief in die konteks van die Engelse reg is, moet noukeurig oorweging geskenk word aan die eiesoortigheid van die Suid-Afrikaanse maatskappyeregmilieu alvorens dit nagevolg word. Die reguleringsmetode vereis 'n groot mate van sofistikasie in maatskappybestuur. Die gebrek aan duidelike statutêre riglyne rakende korrekte optrede noodsaak voorts 'n gesofistikeerde ondersteuningsisteem ten aansien van professionele raadgewing.

Hoewel die beginsels onderliggend aan die konsep van *wrongful trading* heelhartig ondersteun word, word aan die hand gedoen dat so 'n kwantumsprong nie tans in Suid-Afrikaanse verband aangewese is nie. Wanneer die totale insolvensieregsisteem gewysig[145] en die algemene verpligtinge van maatskappydirekteure rakende insolvente handeldrywing grondig in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg aangespreek is, kan die invoering van so 'n breë konsep van redelike optrede egter wel oorweging geniet.

Praktiese fasette van die nuwe bepalings wat positief opval, is die skeiding tussen die strafartikel en die bepaling wat die verhalingsmeganisme daarstel, die skeiding tussen die maatreëls rakende opsetlike en nalatige optrede sowel as die noukeurige omskrywing van die nalatigheidstoets. Hierdie skeidings en omskrywing bring teweeg dat die bepalings 'n skerper fokus verkry. Die feit dat die bepalings gekoppel is aan direkteursdiskwalifikasie en aangevul word deur die bepalings rakende feniksmaatskappye, versterk die statutêre reguleringsnetwerk en stel 'n besliste verbetering op die ou bedeling daar.

Negatiewe aspekte wat die effektiwiteit van die verhalingsmeganisme aantas[146] sluit in die beperking van die reg van aansoek tot die likwidateur, die onsekerheid oor die bestemming van die opbrengs van 'n suksesvolle aansoek en die gepaardgaande probleme rakende die finansiering van die aansoek.[147] Laasgenoemde problematiek rakende die bestemming van die opbrengs en die gepaardgaande problematiek rakende finansiering van die aansoek is egter grotendeels te wyte aan die erkenning van die *floating charge* in die Engelse reg en sal gevolglik nie presies dieselfde probleme in die Suid-Afrikaanse regsisteem

145 Sien Suid-Afrikaanse Regskommissie *Review of the law of insolvency* Projek 63 Gespreksdokument 66 [1996] vir voorstelle tav die hervorming van die SA insolvensiereg.

146 Sien in die alg Campbell "Wrongful trading and company rescue" 1994 *The Cambrian Law Review* 69.

147 Milman "Wrongful trading actions: smoke without fire?" 1995 8 *Palmer's in Company* 1. Sien Hicks "Wrongful trading - has it been a failure?" 1993 *Insolvency Law and Practice* 134; Wheeler "Swelling the assets for distribution in corporate insolvency" 1993 *JBL* 256.

teweegbring nie.

3 IERLAND

Die Ierse reg[148] rakende die onregmatige dryf van besigheid deur 'n maatskappy, het tot onlangs groot ooreenkomste vertoon met die Engelse reg voor 1985. In 1990 is die *fraudulent trading*-konsep in die Ierse reg egter aangevul deur 'n nuwe begrip genaamd *reckless trading*. Ten einde hierdie begrip in konteks te plaas, sal die *fraudulent trading*-bepaling soos toegepas in Ierland van nader beskou word, alvorens die *reckless trading*-bepaling bespreek word.

3.1 "Fraudulent trading" voor 1990

Die Ierse statutêre reëling rakende *fraudulent trading* is in 1963 in artikel 297 van die *Companies Act* 33 van 1963 vervat. Hierdie bepaling is ekstensief gewysig in 1990 en artikel 297 reël nou slegs *fraudulent trading* as misdryf in 'n nuwe formaat.

Die inspirasie vir die invoering van die pre-1990 artikel was geput uit die Engelse reg[149] en die artikel was basies woordeliks geskoei op sy Engelsregtelike eweknie.[150] Die artikel het in effek bepaal dat belanghebbendes die hof kan nader om 'n bevel dat enige persoon wat wetens deelgeneem het aan die dryf van besigheid van die maatskappy met die opset om die skuldeisers van die maatskappy of van enige ander persoon te bedrieg of vir enige bedrieglike doel, aanspreeklik is vir al of enige van die skulde van die maatskappy. Die artikel het voorts bepaal dat die dryf van besigheid op hierdie wyse 'n misdryf daarstel.[151]

---

148 Die reg wat hier bespreek word, is die reg van die Republiek van Ierland. Die geldende reg in Noord-Ierland stem op hierdie gebied baie nou ooreen met die heersende Engelse reg. Sien Milman "Personal liability and disqualification of company directors: something old, something new" 1992 *Northern Ireland Legal Quarterly* 1. Sien in die alg Sanfey & Holohan *Bankruptcy law and practice in Ireland* [1991].

149 Sien Ussher *Company law in Ireland* [1986] 517-518 vir die agtergrond tot die bepaling.

150 Die kernbepaling het bv soos volg gelui: "If in the course of the winding up of a company it appears that any business of the company has been carried on with intent tot defraud creditors of the company or creditors of any other person or for any fraudulent purpose, the court on the application of the liquidator or any creditor or contributory of the company, may, if it thinks proper so to do, declare that any persons who were knowingly parties to the carrying on of the business in the manner aforesaid shall be personally responsible, without any limitation of liability, for all or any of the debts or other liabilities of the company as the court may direct."

151 A 297(3) van die *Companies Act* 1963.

Die artikel is minstens in drie gevalle suksesvol aangewend om persoonlike aanspreeklikheid teweeg te bring. In al drie gevalle was die besigheid gedryf met die opset om een spesifieke skuldeiser, die Ontvanger van Inkomste, te bedrieg.

In *Re Kelly's Carpetdrome Ltd*[152] het twee broers 'n reeks opeenvolgende maatskappye op 'n feniksmaatskappypatroon[153] bestuur. Wanneer maatskappy A insolvent was, het hy sy bates aan maatskappy B, wat ook deur die broers bestuur was, verkoop. Die koopprys was gewoonlik net voldoende om maatskappy A in staat te stel om sy handelskrediteure se eise te delg, maar nie voldoende om die belastingrekening van die Ontvanger van Inkomste te betaal nie. Toe die derde maatskappy op hierdie wyse sy belastingrekening onbetaal laat bly het, is ondersoek ingestel en die bedrogskema is blootgelê. Daar is ook vasgestel dat onvoldoende rekeningkundige rekords van die maatskappy se transaksies gehou was en dat sommige rekords inderwaarheid vernietig is ten einde die Ontvanger om die bos te lei. Kontantontvangste is ook in sommige gevalle nooit verklaar nie en daar was nie voldoende kommersiële regverdiging vir die oordrag van die bates van die een maatskappy aan die ander nie. Die hof het gevolglik nie veel moeite ondervind om te bevind dat die besigheid bedrieglik gedryf is met die doel om 'n spesifieke skuldeiser, naamlik die Ontvanger van Inkomste, te bedrieg nie. Die broers is gevolglik persoonlik aanspreeklik gestel ingevolge artikel 297.

In *Re Aluminium Fabricators Ltd (No 2)*[154] het die direkteure van die maatskappy 'n stel amptelike en 'n stel persoonlike rekeningkundige rekords gehou. Sekere kontantontvangste is net aangeteken in die persoonlike stel rekords. Hierdie geld is dan oorgeplaas na die direkteure se eie bankrekenings buite Ierland. Die transaksies is ontdek toe die maatskappy weens insolvensie gelikwideer is. Die besigheid van die maatskappy was duidelik gedryf met die opset om die Ontvanger van Inkomste en ander skuldeisers van die maatskappy te bedrieg en die hof het gevolglik 'n bevel op grond van *fraudulent trading* verleen.

In die derde saak in hierdie trilogie van *fraudulent trading*-uitsprake, *Re Hunting Lodges Ltd (in liquidation)*,[155] was 'n insolvente maatskappy 'n groot bedrag verskuldig aan die Ontvanger van Inkomste. Die belangrikste bate van die maatskappy is verkoop en, ten einde te voorkom dat 'n groot deel van die

152 1 Julie 1983 *High Court* ongerapporteer. Die uitspraak word bespreek in Forde *The law of company insolvency* [1993] 260; McCormack *The new Companies legislation* [1991] 209; Ussher *Company law in Ireland* [1986] 519.

153 Sien par 2.6 van hierdie hoofstuk tav feniksmaatskappye.

154 13 Mei 1983 *High Court* ongerapporteer. Die uitspraak word bespreek in Forde *Company law* [1992] 595; Forde *The law of company insolvency* [1993] 259-260; McCormack *The new Companies legislation* [1991] 209; Ussher *Company law in Ireland* [1986] 519.

155 1985 ILRM 75. Sien ook Ussher *Company law in Ireland* [1986] 519-521; Forde *The law*

koopprys in die hande van die Ontvanger beland, het die koper, volgens 'n onderlinge ooreenkoms, 'n deel van die koopprys onder die tafel deur aan een van die direkteure, wat ook die hoofaandeelhouer was, betaal. Die hof het bevind dat hierdie transaksie die bedrieglike dryf van besigheid daarstel en het die direkteure en die koper sowel as die maatskappy wat as genomineerde ingevolge die kontrak die nuwe eienaar van die bate geword het, persoonlik aanspreeklik gestel vir skulde van die maatskappy. Die koper, het die hof bevind, se deelname aan en fasilitering van die misleiding van die Ontvanger het hom persoonlik as 'n party tot die bedrieglike dryf van besigheid laat kwalifiseer.[156] Sy bedrieglike opset is ook sy maatskappy toegereken ten einde die maatskappy 'n addisionele party tot die bedrieglike dryf van besigheid te maak.[157] Hierdie uitspraak is interessant, aangesien dit 'n voorbeeld bied van 'n geval waar 'n onafhanklike kontraksparty weens samespanning met die maatskappybestuur homself aan aanspreeklikheid op grond van die bedrieglike dryf van besigheid blootgestel het.

3.2 Hervormingsvoorstelle

Ongeag die redelik robuuste toepassing van die artikel deur die Ierse howe soos blyk uit die beslissing hierbo, is relatief min aansoeke op grond van artikel 297 gebring. Ussher het die problematiek rakende die aanwending van die artikel soos volg ontleed:[158]

> "Lack of fraud in commercial life is certainly not the reason. Liquidators offer the explanation that fraud is difficult to prove. Certainly, it can be, but not where the schemes are as naive as those perpetrated in the three Irish cases in which the liquidator was successful. Proving fraud, even in blatant cases, is however time consuming and therefore costly. Costs are the nub of the difficulty, and explain why liquidators are not often inclined to take section 297 proceedings ... against wrongdoers."[159]

In die meeste gevalle, het Ussher bevind, sal 'n likwidateur onwys wees om sodanige stappe in te stel, tensy die skuldeisers hom ondersteun en bereid is om die koste van die aansoek te dra. In drie bekende gevalle waar die aansoek wel in die Ierse reg gebring was, was dit opvallend dat 'n welgestelde skuldeiser,

---

of company insolvency [1993] 261.

156 *Re Hunting Lodges Ltd (in liq)* 1985 ILRM 75 83.

157 *Re Hunting Lodges Ltd (in liq)* 1985 ILRM 75 83. Hulle gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid ingevolge die bevel was egter beperk tot 'n bedrag gelykstaande aan daardie gedeelte van die geheime koopsom wat die maatskappy nie kon verhaal nie.

158 Ussher *Company law in Ireland* [1986] 526-527.

159 Sien McCormack *The new Companies legislation* [1991] 209 wat ook aandui dat die problematiek rakende die bewys van oneerlikheid aangevoer word as rede waarom die artikel nie meer dikwels in Ierland aangewend is nie.

die Ontvanger van Inkomste, betrokke was.[160] Ussher het voorgestel dat 'n algemene oplossing gevind moet word wat voorsiening sal maak vir gevalle waar die skuldeisers nie in staat of bereid is om hulleself aan verdere verliese bloot te stel nie. As oplossing het hy aanbeveel dat 'n ondersoek- en vervolgingsfonds vir die likwidateur daargestel moet word.[161] So 'n regsbystandsfonds, het hy gemeen, kan byvoorbeeld daargestel word deur die heffing van sekere fooie deur die Registrateur van Maatskappye. Die sakegemeenskap kan ook vrywillig so 'n tipe fonds as 'n versekeringsfonds oprig.

Ussher het verder geïdentifiseer dat onvolledige boekhouding in baie gevalle ondersoeke bemoeilik of vertraag en op so 'n wyse die kostes van die ondersoek laat styg. Hy het gevolglik voorgestel dat waar 'n maatskappy versuim om behoorlike rekeningkundige rekords tot die likwidateur se beskikking te stel, die kostes van enige prosesse ten aansien van die tydperk waarvoor behoorlike rekeningkundige rekords ontbreek en ten aansien waarvan sodanige rekords wesenlik sou wees, deur die verantwoordelike direkteure gedra word, tensy hulle kan aantoon dat hulle redelik opgetree het en nie verantwoordelik was vir die versuim nie.[162]

Ussher was voorts van mening dat oneerlikheid as element van die onregmatige dryf van besigheid as misdryf behou moet word, maar dat dit aangevul behoort te word deur 'n nuwe statutêre remedie wat 'n ligter bewyslas op die likwidateur plaas. Hy het voorgestel dat so 'n remedie beskikbaar moet wees ten aansien van 'n transaksie wat deur 'n maatskappy gesluit word, waar die maatskappy vervolgens in insolvente likwidasie geplaas word en die likwidateur bewys dat daardie transaksie 'n skuldeiser of skuldeisers benadeel het. In so 'n geval behoort elke party tot daardie transaksie aanspreeklik te wees om 'n finansiële bydrae gelykstaande aan die benadeling tot die maatskappyboedel te maak, tensy so 'n party kan aantoon dat hy in alle opsigte eerlik opgetree het.[163] Daardie bydrae moet dan beskikbaar wees vir verdeling onder die benadeelde skuldeisers.

Laasgenoemde voorstel sal tot gevolg hê dat 'n likwidateur van 'n insolvente maatskappy slegs hoef te bewys dat 'n betrokke transaksie 'n skuldeiser of skuldeisers van die maatskappy benadeel het. In effek sal elke transaksie waardeur die insolvente maatskappy 'n skuld opgeloop het, as 'n benadelende transaksie kan kwalifiseer. Indien die likwidateur hom van hierdie bewyslas kwyt,

160 Ussher *Company law in Ireland* [1986] 527.

161 Ussher *Company law in Ireland* [1986] 527-529.

162 Ussher *Company law in Ireland* [1986] 529.

163 Ussher *Company law in Ireland* [1986] 530.

sal die betrokke persone aanspreeklik wees om 'n skadevergoedingsbedrag aan die maatskappy oor te betaal, tensy hulle kan aantoon dat hulle in alle opsigte eerlik opgetree het. Die bewys van benadeling laat dus in effek 'n vermoede van onreëlmatigheid in die bestuur van die maatskappy ontstaan.

Ussher het bogenoemde voorstelle gemaak ter stimulering van die gesprek rakende die hervorming van die *fraudulent trading*-bepaling in Ierland. Die voorstelle is gemaak teen die agtergrond van bespiegelings rakende die Ierse wetgewer se voorneme om die reg rakende die onregmatige dryf van besigheid te hervorm.[164] Toe die wysigings in 1990 aangebring is, het daar nie veel van die spesifieke voorstelle tereggekom nie, hoewel die gees en strekking van die laaste twee voorstelle wel in die nuwe wetgewing geïdentifiseer kan word.[165]

3.3 Regshervorming in 1990

Die *Companies Act* 1990 het sekere fasette van die *Companies Act* 1963 wesenlik gewysig.[166] Die wet het veral belangrike wysigings ten aansien van die statutêre reg rakende die onregmatige dryf van besigheid teweeggebring. Terwyl *fraudulent trading*, met enkele wysigings, as misdryf behou is, is 'n nuwe remedie ten aansien van *reckless* en *fraudulent trading* op die wetboek geplaas.[167] Hierdie twee begrippe soos tans gereguleer, word vervolgens bespreek.

3.4 "Fraudulent trading" as misdryf na 1990

Artikel 137 van die *Companies Act* 1990 het die teks van artikel 297 van die *Companies Act* 1963 met die volgende teks vervang:

> "(1) If any person is knowingly a party to the carrying on of the business of a company with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other

164 Ussher *Company law in Ireland* [1986] 516.

165 Dit is interessant dat sy koste-argument ook gefigureer het in die *Seanad*-debat wat die promulgering van die nuwe *reckless trading*-wetgewing voorafgegaan het. Sien McCormack *The new Companies legislation* [1991] 216.

166 McCormack *The new Companies legislation* [1991] 1-14.

167 'n Soortgelyke bepaling het aanvanklik as a 33 in die *Companies (Amendment) Act* 1990 verskyn tav aanspreeklikheid waar 'n reddingskema benut is. Dit is egter deur a 180(3) van die *Companies Act* 1990 herroep. Sien in die alg Flynn "Statutory liability for culpable mismanagement" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 135-40 en *Re Hefferon Kearns Ltd (No 1)* 1993 3 IR 177, *Re Hefferon Kearns Ltd (No 1)* 1993 3 IR 191 vir gedinge op grond van a 33.

person or for any fraudulent purpose, that person shall be guilty of an offence."[168]

Die nuwe bepaling toon groot ooreenkomste met die *fraudulent trading*-artikel in die pre-1990 wetgewing. Die Ierse regspraak ten aansien van daardie artikel wat vroeër bespreek is,[169] is dus ook toepaslik ten aansien van die nuwe bepaling. Daar is ook voldoende ooreenkoms met die huidige *fraudulent trading*-bepaling in die Engelse *Companies Act* 1985, sodat die Engelse uitleg van daardie bepaling ook van hulp kan wees in die uitleg van die Ierse artikel.

Ongeag die ooreenkomste verskil die nuwe bepaling wel van die vorige bepaling. Die nuwe bepaling het byvoorbeeld weggedoen met die geykte inleidende frase dat die nodige bewyse van die bedrieglike dryf van besigheid tydens likwidasie moet blyk ["If in the course of the winding up of a company ..."]. Hierdie frase en die plasing van die bepaling saam met die algemene likwidasiebepalings het die *House of Lords* genoop om in die *Schildkamp*-uitspraak te bevind dat die *fraudulent trading*-misdryf alleen vervolg kan word, indien die feite tydens die likwidasie van die maatskappy geblyk het.[170] Die Engelse wetgewing wat hierdie beperking in 1981 opgehef het, was duidelik verwoord en het spesifiek bepaal dat die strafbepaling geld ongeag of die betrokke maatskappy in likwidasie verkeer al dan nie. Die huidige Engelse *fraudulent trading*-bepaling is ook ondubbelsinnig op hierdie punt. Sorg is verder gedra dat die nuwe Engelse strafbepaling ten aansien van *fraudulent trading* nie vermeng word met die algemene likwidasiebepalings nie. Die strafbepaling verskyn tans in die *Companies Act* 1985 en dus verwyderd van die likwidasiebepalings wat in die *Insolvency Act* 1986 vervat is.

Anders as die Engelse bepaling, verskyn artikel 297 egter in die gedeelte van die *Companies Act* 1963 wat met maatskappylikwidasie handel. Die hoofstukopskrif van die betrokke groep artikels lui ook spesifiek "Offences antecedent to or in the course of Winding Up". Die artikel stel dit ook nie so duidelik soos die Engelse bepaling dat dit binne en buite die konteks van 'n likwidasie aanwending vind nie. Duffy wys gevolglik daarop dat die gebrek aan soortgelyke noukeurigheid aan die kant van die Ierse wetgewer, ruimte laat vir 'n argument dat die nuwe bepaling ook net afgedwing kan word in die geval waar die feite

168 A 297(2) lui soos volg: "(2) Any person who is convicted of an offence under this section shall be liable - (a) on a summary conviction to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to a fine not exceeding £ 1,000 or to both, or (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 7 years or to a fine not exceeding £50,000 or to both."

169 Sien par 3.1 van hierdie hoofstuk.

170 *DPP v Schildkamp* 1971 AC 1. Sien par 2.2.10 van Hoofstuk 4.

tydens die likwidasie van die betrokke maatskappy blyk.[171]

3.5 Persoonlike aanspreeklikheid op grond van "fraudulent" of "reckless trading"

Die belangrikste innovasie op hierdie terrein was die invoering van statutêre persoonlike aanspreeklikheid op grond van *reckless trading*.[172] Die aanspreeklikheid op grond van *reckless trading* en die aanspreeklikheid op grond van *fraudulent trading* word deur dieselfde bepaling, artikel 297A van die *Companies Act* 1963, gereël. Vanweë die belang van die bewoording van hierdie bepaling vir die bespreking, word die kerngedeeltes daarvan volledig aangehaal:

> "(1) If in the course of the winding-up of a company or in the course of proceedings under the Companies (Amendment) Act, 1990, it appears that -
>
> (a) any person was, while an officer of the company, knowingly a party to the carrying on of any business of the company in a reckless manner; or
>
> (b) any person was knowingly a party to the carrying on of any business of the company with intent to defraud creditors of the company, or creditors of any other person or for any fraudulent purpose;
>
> the court, on the application of the receiver, examiner, liquidator or any creditor or contributory of the company, may, if it thinks it proper to do so, declare that such person shall be personally responsible, without any limitation of liability, for all or any part of the debts or other liabilities of the company as the court may direct.
>
> (2) Without prejudice to the generality of subsection (1)(a), an officer of a company shall be deemed to have been knowingly a party to the carrying on of any business of the company in a reckless manner if -
>
> (a) he was a party to the carrying on of such business and, having regard to the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person in his position, he ought to have known that his actions or those of the company would cause loss to the creditors of the company, or any of them; or
>
> (b) he was a party to the contracting of a debt of the company and did not honestly believe on reasonable grounds that the company would be able to pay the debt when it fell due for payment as well as all its other debts (taking into account the contingent and prospective liabilities).
>
> (3) Notwithstanding anything contained in subsection (1) the court may grant a declaration on the grounds set out in paragraph (a) of that subsection only if -
>
> (a) paragraph (a), or (b) or (c) of section 214[173] applies to the company

171 Duffy "Fraudulent trading and the decision in O'Keeffe v Ferris" 1994 *Commercial Law Practitioner* 255.

172 A 297A van die *Companies Act* 1963. Hierdie bepaling is in die hoofwet ingevoer deur a 138 van die *Companies Act* 1990.

173 Hierdie bepaling, soos gewysig deur a 123 van die *Companies Act* 1990, reël die omstandighede waarin 'n maatskappy geag word nie in staat te wees om sy skulde te betaal nie. Die bepaling toon groot ooreenkomste met a 345 van die Maatskappywet 1973 en sluit in nie-betaling van 'n aanmaning van meer as £1000, 'n relaas van onvoldoende vervreembare goedere en bewys van onvermoë om skulde te betaal tot die

concerned, and

(b) an applicant for such a declaration, being a creditor or contributory of the company, or any person on whose behalf such application is made, suffered loss or damage as a consequence of any behaviour mentioned in subsection (1)."

Artikel 297A is nie 'n eenvoudige artikel om uit te lê nie.[174] Die bewoording en uitleg van die bepaling vereenvoudig ook nie die uitlegtaak nie. Basies kom die bepaling daarop neer dat enige persoon wat wetens deelgeneem het aan die bedrieglike dryf van besigheid van 'n maatskappy sowel as enige beampte wat deelgeneem het aan die dryf van besigheid van die maatskappy op 'n roekelose wyse, persoonlik aanspreeklik gestel kan word vir die skulde van die maatskappy. Daar word vermoed dat 'n beampte op hierdie wyse roekeloos opgetree het, indien 'n redelike beampte in sy posisie sou besef het dat sy handelinge of die maatskappy se handelinge skade vir die skuldeisers sou teweegbring, of indien hy deelgeneem het aan die oploop van 'n skuld van die maatskappy sonder dat hy eerlikerwys op redelike gronde geglo het dat die maatskappy sy skulde reëlmatig sal kan aflos.

Die hof sal egter alleen 'n bevel op grond van *reckless trading* kan uitreik waar die maatskappy weens insolvensie gelikwideer is en die aansoek deur of namens persone gebring word wat benadeel is deur die gewraakte optrede. Indien die *reckless trading*-aansoek gegrond word op die onredelike oploop van 'n skuld moes die benadeelde skuldeiser voorts nie die betrokke finansiële risiko waardeer en aanvaar het nie. Hierdie vereistes is nie van toepassing op 'n bevel op grond van *fraudulent trading* nie.

Enkele belangrike fasette van hierdie bepaling word vervolgens bespreek.

3.5.1 Voorwaardes vir aanspreeklikheid

Die bepaling is slegs van toepassing onder sekere omstandighede en wanneer aan spesifieke vereistes voldoen word.[175]

Die bepaling is byvoorbeeld net van toepassing as die betrokke feite tydens bepaalde omstandighede blyk. Die feite moet blyk óf tydens die likwidasie van die maatskappy óf tydens die implementering van 'n reddingskema vir 'n

bevrediging van die hof.

174 Sien in die alg O'Riordan *Companies Act 1990 - reckless trading, restrictions and disqualifications* [1993].

175 Sien in die alg O'Riordan *Companies Act 1990 - reckless trading, restrictions and disqualifications* [1993] 10-11.

maatskappy in finansiële verknorsing[176] óf in omstandighede waar die maatskappy insolvent en dormant agtergelaat is, sonder dat die nodige likwidasieproses gevolg is. Laasgenoemde situasie word gereël deur artikel 251 van die *Companies Act* 1990 en maak voorsiening vir die gevalle waar persone poog om persoonlike aanspreeklikheid te ontduik deur bloot te vermy om hulle insolvente maatskappy te likwideer.[177]

Hoewel 'n aansoek op grond van *reckless trading* tydens die implementering van 'n reddingskema[178] gebring gebring mag word indien dit blyk dat die besigheid roekeloos gedryf is in die tydperk voor die implementering van die skema, mag so 'n aansoek nie gebring word op grond van die dryf van besigheid ten tyde van die implementering van die skema nie.[179] Hierdie vrywaring van aanspreeklikheid stel maatskappybestuurders in staat om gedurende daardie periode sekere stappe te neem ter verbetering van so 'n maatskappy se finansiële posisie, wat hulle andersins nie so geredelik sou kon doen uit vrees vir aanspreeklikheid nie. Die beskerming van die belange van skuldeisers is onder hierdie omstandighede afhanklik van die formele reëls van die reddingskemaprosedure en nie van die gewone statutêre reëls van die maatskappyereg nie.

Indien dit onder enige van die voorgeskrewe omstandighede blyk dat die maatskappy se besigheid bedrieglik gedryf is, kan die hof 'n bevel op grond van *fraudulent trading* uitvaardig. Indien egter bewys word dat die besigheid slegs roekeloos gedryf is, mag die hof alleen 'n bevel op grond van *reckless trading* uitreik, indien aan die vereistes rakende insolvensie en benadeling voldoen word.[180]

---

176 Sien die *Companies (Amendment) Act* 1990. Vir 'n uiteensettings van die skema sien Forde *The law of company insolvency* [1993] 77-121 en McCormack "Rescue of ailing companies in Ireland" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 269.

177 A 251 van die *Companies Act* 1990. Sien Duffy "Fraudulent trading and the decision in O'Keeffe v Ferris" 1994 *Commercial Law Practitioner* 255 258-259. Tav die praktyk, sien Forde *The law of company insolvency* [1993] 140: "... [T]he practice is quite common of shareholders leaving behind their companies as defunct shells with hardly any assets in them and not liquidating them. Usually, they do not want to incur the costs of having a liquidator appointed. And if the company has creditors, usually it has so few assets that there seems little point in the creditors petitioning the court to have it wound up ... Section 251 now discourages this practice ...".

178 Sien in die alg McCormack "Rescue of ailing companies in Ireland" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 269 284 en *Dublin Heating Co Ltd v Hefferon* 1992 ILRM 51. Vir 'n bespreking van lg uitspraak, sien Milman "Court protection and reckless trading" 1994 *The Company Lawyer* 64.

179 A 297A(8) van die *Companies Act* 1963.

180 A 297A(3) van die *Companies Act* 1963. Sien die bespreking van die vereistes in par 3.5 van hierdie hoofstuk.

Laasgenoemde beperkings verleen aan die bevel 'n remediërende karakter. Slegs in die geval waar die maatskappy nie in staat is om sy skulde te delg nie, kan die skuldeisers skade ly. Hierdie voorwaarde word versterk deur die verdere vereiste dat die aansoek op benadeling gegrond moet word. Dit is egter interessant dat die bevel se remediërende aard nie verseker is deur 'n vereiste dat die aanspreeklikheidsbedrag vasgestel moet word met verwysing na die nadeel wat gely is nie. Die beperkings is ook nie van toepassing op *fraudulent trading* nie. Die voorwaardes wat gestel word, het dus nie die artikel van sy strafkarakter bevry nie.

3.5.2 Aanspreeklike partye

Die kategorie van persone wat moontlik aanspreeklikheid ingevolge hierdie artikel kan oploop, word duidelik in die bepaling uiteengesit.

Enige persoon wat wetens deelgeneem het aan die dryf van die maatskappy se besigheid op 'n bedrieglike wyse kan aanspreeklikheid op grond van *fraudulent trading* oploop. Die aanspreeklikheid op grond van die *reckless trading* is egter, in ooreenstemming met die Engelse reg rakende *wrongful trading*, meer beperk. Slegs persone wat deelgeneem het aan *reckless trading* terwyl hulle beamptes van die maatskappy was, kan aanspreeklik gehou word.[181] "Beamptes" van die maatskappy word, vir doeleindes van hierdie artikel, gedefinieer as insluitend enige ouditeur, likwidateur, *receiver* of skadu-direkteur.[182] Die definisie van skadu-direkteur in die Ierse reg stem ooreen met die definisie in die Engelse reg en verwys na 'n persoon op wie se instruksies die direkteure van die maatskappy gewoond is om te handel, maar sluit persone uit op wie se professionele advies gehandel word.[183] Die wye definisie van 'n "maatskappybeampte" bring teweeg dat die belangrikste persone wat hulle normaalweg aan die roekelose dryf van besigheid skuldig maak, binne die reikwydte van artikel 297 val.[184]

---

181 A 297A(1) van die *Companies Act* 1963. Sien in die alg McCormack "Swelling the assets of a company - new rules in Ireland" 1989 *The Company Lawyer* 160 162.

182 A 297A(10) van die *Companies Act* 1963: "For the purposes of this section - ... 'officer' includes any auditor, liquidator, receiver or shadow director." Sien Flynn "Statutory liability for culpable mismanagement" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 135 145.

183 A 27 van die *Companies Act* 1990. Sien in die alg McCormack *The new Companies legislation* [1991] 71. Sien ook par 2.4.1 van Hoofstuk 5.

184 Sien ook par 2.7.1 van Hoofstuk 5.

3.5.3 Gronde vir persoonlike aanspreeklikheid op grond van "reckless trading"

Die basiese gronde vir persoonlike aanspreeklikheid ingevolge artikel 297A van die *Companies Act* 1963 is deelname aan *fraudulent* of *reckless trading* met kennis van die aard van die aktiwiteit. Aangesien die vereistes vir persoonlike aanspreeklikheid op grond van *fraudulent trading* presies dieselfde is as die vereistes vir strafregtelike aanspreeklikheid wat vroeër bespreek is,[185] word hierdie bespreking spesifiek aan *reckless trading* gewy.

Sonder om die algemeenheid van *reckless trading* in te kort, skep die bepaling 'n vermoede dat 'n persoon wetens deelgeneem het aan *reckless trading* in twee gevalle, naamlik:

1 waar hy onredelik gehandel het met betrekking tot die benadeling van skuldeisers, en

2 waar hy meegedoen het aan die oploop van skulde deur die maatskappy sonder 'n eerlike en redelike verwagting dat dit reëlmatig terugbetaal sal word.

Hierdie twee vermoedens word vervolgens bondig bespreek.[186]

3.5.3.1 ONREDELIKE OPTREDE

Artikel 297A(2)(a) skep 'n vermoede dat 'n persoon wetens deelgeneem het aan *reckless trading*, indien hy deelgeneem het aan die dryf van besigheid, terwyl hy, met inagneming van die algemene kennis, vaardigheid en ondervinding wat redelikerwys verwag kan word van 'n persoon in sy posisie, moes geweet het dat sy handelinge of daardie handelinge van die maatskappy skade sou teweegbring vir enige van die skuldeisers van die maatskappy.[187]

Die maatstaf waaraan 'n persoon se optrede gemeet word, is suiwer objektief, dit wil sê, sy optrede word gemeet aan 'n gepostuleerde redelike direkteur, ouditeur of likwidateur in dieselfde posisie. Anders as ten aansien van *wrongful*

185 Sien par 3.4 van hierdie hoofstuk.

186 Sien in die alg *Re Hefferon Kearns Ltd (No 2)* 1993 3 IR 191; O'Riordan *Companies Act 1990 - reckless trading, restrictions and disqualifications* [1993] 13-15.

187 *Re Hefferon Kearns Ltd (No 2)* 1993 3 IR 191 223: "What sub-s. 2(a) requires is knowledge, or imputed knowledge, that the first defendant's actions or those of the company *would* cause loss to creditors: it is not sufficient that there might be some worry or uncertainty as to the ability to pay all creditors. The requirement is that the defendant knew or ought to have known that his actions or those of the company would

trading in die Engelse reg, word die redelike direkteur nie ook beklee met die subjektiewe eienskappe van die betrokke persoon in die geval waar die persoon oor buitengewone kennis, vaardigheid en ondervinding beskik nie.[188] Waar 'n buitengewoon bekwame direkteur onagsaam optree met verwysing na sy eie bekwaamheid, maar in sy onagsaamheid nog steeds die peil van 'n redelike direkteur handhaaf, sal hy die Ierse toets kan slaag, maar die Engelse toets druip.

Die Ierse bepaling verwys ook uitdruklik na onredelike optrede in die dryf van besigheid ["party to the carrying on of such business"].[189] Die Engelse bepaling is subtiel bewoord om nie alleen die handelinge nie, maar ook die versuim van 'n aanspreeklike persoon om redelik op te tree, te ondervang.[190] Hierdie verskil in bewoording bring mee dat 'n direkteur wat byvoorbeeld versuim om belangrike direksievergaderings by te woon, nie so geredelik onder die Ierse reg aanspreeklik gehou kan word as onder die Engelse reg nie.

3.5.3.2 OPLOOP VAN SKULDE

Ingevolge artikel 297A(2)(b) word vermoed dat 'n persoon wetens deelgeneem het aan *reckless trading*, indien hy deelgeneem het aan die oploop van 'n skuld deur die maatskappy en nie eerlik op redelike gronde geglo het dat die maatskappy in staat sal wees om die betrokke skuld sowel as die ander skulde van die maatskappy reëlmatig af te los nie.

Hierdie vermoede is slegs van toepassing waar die betrokke persoon deelgeneem het aan die betrokke transaksie ["was a party to the contracting of a debt"]. Volgens Forde impliseer dit "significant direct involvement ... in contracting the debt".[191] Hierdie vereiste versterk die aktiewe element in die

cause loss to creditors." Sien ook Forde *The law of company insolvency* [1993] 264.

188 Sien par 2.4.3 van hierdie hoofstuk tav die Engelse toets.

189 Forde *The law of company insolvency* [1993] 264 spreek die volgende mening uit oor die uitleg van die frase "carrying on business": "Use of this phrase suggests that the defendant should have been involved to a significant extent in managing the company's business. It is likely that his involvement in a single transaction (other than incurring a debt) does not suffice." Sedert die uitspraak in *Re Gerald Cooper Chemicals Ltd* 1978 2 All ER 49 word egter aanvaar dat een bedrieglike transaksie ook binne die betekeniskring van die frase val en daar blyk nie voldoende rede te wees om hierdie transaksie te beperk tot 'n transaksie waar 'n skuld opgeloop word nie.

190 Sien par 2.4 van hierdie hoofstuk.

191 Forde *The law of company insolvency* [1993] 263. Flynn wys egter daarop dat die Ierse howe mag besluit om die Nieu-Seelandse uitleg van 'n soortgelyke bepaling te volg en minstens direkteure aanspreeklikheid te hou vir die algemene goedkeuring van die oploop van gewone skulde in die normale loop van die besigheid van 'n maatskappy, hoewel die direkteure nie aktief betrokke was by die oploop van die onderskeie skulde nie. Sien die bespreking van *Vinyl Processors (New Zealand) Ltd v Cant* 1991 2 NZLR

aanspreeklikheidsgrond, en bring teweeg dat dit moeilik sal wees om 'n persoon wat bloot versuim het om redelike stappe te neem om sodanige transaksie te verhoed, aanspreeklik te stel.

Dit is interessant dat die bepaling nie net na die terugbetaling van die betrokke skuld verwys nie, maar 'n verwagting vereis dat die skuld tesame met al die ander skulde van die maatskappy reëlmatig terugbetaal sal word. Die artikel is dus ook van toepassing waar die terugbetaling van een skuld daartoe sal lei dat die maatskappy nie in staat is om sy ander skulde, insluitend die ander moontlike verpligtinge van die maatskappy ["contingent and prospective liabilities"], af te los nie. "Liabilities" is baie wyd en die frase is so bewoord dat dit moontlike deliktuele eise teen die maatskappy kan omvat.

3.5.3.3 "RECKLESS TRADING" IN DIE ALGEMEEN

Dit is belangrik om in gedagte te hou dat die subartikel rakende bogenoemde vermoedens noukeurig verwoord is om te verseker dat *reckless trading* nie beperk sou wees tot die twee gevalle waarop die statutêre vermoedens van toepassing is nie ["without prejudice to the generality of subsection 1(a)"].[192] Hoewel dit makliker gaan wees vir 'n aansoeker om sy saak te bewys in 'n geval waar 'n vermoede van toepassing is, staan dit hom vry om enige ander getuienis voor te lê wat *reckless trading* sal bewys.

Recklessness is 'n omstrede begrip in die Ierse en die Engelse reg.[193] In die strafreg het die begrip klassiek verwys na 'n geval waar 'n persoon sekere nadelige gevolge voorsien het, maar desondanks voortgegaan het om te handel.[194] Hierdie definisie van *recklessness* is egter in 1981 deur die *House of Lords* uitgebrei om ook die versuim te omvat om 'n risiko te voorsien in 'n geval waar dit duidelik sou wees as enige aandag daaraan geskenk was.[195] Die uitbreiding van *recklessness* vanaf 'n begrip wat verwys na 'n subjektiewe ingesteldheid na 'n begrip wat ook 'n objektiewe element omvat, het sterk kritiek uitgelok en 'n mate van verwarring meegebring oor die presiese betekenis van

---

416, soos bespreek in Flynn "Statutory liability for culpable mismanagement" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 135 151. Vir 'n bespreking van die Nieu-Seelandse benadering, sien par 5.3.1 van hierdie hoofstuk. Vgl ook die debat in Australië wat in par 4.3.1.3 van hierdie hoofstuk bespreek word.

192 Sien Forde *The law of company insolvency* [1993] 264.

193 Sien in die alg McCormack "Swelling the assets of a company - new rules in Ireland" 1989 *The Company Lawyer* 160; Flynn "Statutory liability for culpable mismanagement" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 135 146-151.

194 *R v Cunningham* 1957 2 All ER 412 414.

195 *R v Caldwell* 1982 AC 341; *R v Lawrence* 1982 AC 510.

recklessness.[196] Welke invloed hierdie debat op die uitleg van *recklessness* in hierdie artikel gaan uitoefen, is onseker.

In *Re Hefferon Kearns Ltd (No 2)*[197] het Lynch J hom soos volg oor die uitleg van *recklessness* en *knowingly* uitgespreek:[198]

> "The meaning of the expression 'reckless' has been considered under different branches of the law, including the criminal law and the law of tort. ... [T]he best and most realistic test of recklessness which has yet been propounded in cases of torts [is]: ... '... Recklessness is gross carelessness - the doing of something which in fact involves a risk whether the doer realises it or not; and the risk being such, having regard to all the circumstances that the taking of that risk would be described in ordinary parlance as 'reckless'. ... [T]he ordinary meaning of that word is a high degree of carelessness'. The inclusion of the word 'knowingly', in s. 33, sub-s. 1(a) ... requires that the director is party to carrying on the business in a manner which the director knows very well involves an obvious and serious risk of loss or damage to others, and yet ignores that risk, because he does not really care whether such others suffer loss or damage or because his selfish desire to keep his own company alive overrides any concern which he ought to have for others."

Hierdie uitleg dra nie werklik by tot groter helderheid oor die uitleg van *reckless trading* in die Ierse reg nie. *Recklessness*, hiervolgens, is growwe nalatigheid gemeet volgens 'n objektiewe maatstaf. Wanneer dit egter met *knowingly* gekombineer word, wil dit voorkom asof die totale begrip 'n subjektiewe karakter verkry. Die persoon moet dan nie net kennis dra van die feite waarop 'n bevinding van roekeloosheid gebaseer word nie, maar moet ook waardeer dat sy handelinge 'n ernstige risiko inhou, terwyl hy desondanks met sy optrede deurdruk. Die kennis- en waarderingsvereiste het tot gevolg dat die hele frase 'n subjektiewe kleur verkry.

Die vermoedens wat geskep word rakende die deelname aan *reckless trading*, dra ook nie by tot begripsverheldering nie. Die vermoedens vervat toetse wat berus op gewone redelikheidsgronde. Die toetse handel dus oor gewone nalatigheid, in teenstelling met die hoofbegrip, *recklessness*, wat as growwe nalatigheid geïnterpreteer word.

Ierse akademici wat aandag aan die uitleg van die bepaling geskenk het, het daarop gewys dat moontlike leiding geput kan word uit die Suid-Afrikaanse

---

196 Vir 'n bespreking van die kritiek op hierdie uitbreiding, sien Williams "The unresolved problem of recklessness" 1988 *Legal Studies* 74. Vgl ook Forde *The law of company insolvency* [1993] 265; McCormack *The new Companies' legislation* [1991] 212-213; Ussher *Company law in Ireland* [1986] 530-535.

197 *In re Hefferon Kearns Ltd (No 2)* 1993 3 IR 191. Sien ook Forde *The law of company insolvency* [1993] 265. Vir 'n bespreking, sien O'Riordan *Companies Act 1990 - reckless trading, restrictions and disqualifications* [1993] 18-21.

198 *In re Hefferon Kearns Ltd (No 2)* 1993 3 IR 191 220-222. Sien Forde *The law of company insolvency* [1993] 265-6.

uitleg van "die roekelose dryf van besigheid" in artikel 424.[199] Die Suid-Afrikaanse uitleg van "roekeloosheid" is wel ook objektief van aard en die term dra ook onder andere die betekenis van "growwe nalatigheid". Die Suid-Afrikaanse uitleg van "wetens" verskil egter. In Suid-Afrika word dit geïnterpreteer as "met kennis van die feite waaruit 'n gevolgtrekking van roekeloosheid gemaak kan word"[200] terwyl die *Hefferon Kearns*-benadering berus op kennis van die feite, daadwerklike waardering van die erns van die gevolge en onagsaamheid ten opsigte daarvan. Die Suid-Afrikaanse uitleg van "wetens" behou dus die objektiewe karakter van die frase terwyl die Ierse uitleg dit subjektief kleur. Hierdie verskil in benadering bemoeilik die aansluiting wat Ierse reggeleerdes in hierdie verband by Suid-Afrikaanse regspraak kan vind.

3.5.4 Verweer

Indien dit blyk dat 'n persoon deelgeneem het aan *reckless trading*, maar die hof bevind dat die betrokke persoon onder die omstandighede eerlik en verantwoordelik opgetree het, mag die hof, na oorweging van die feite van die geval, die persoon geheel of gedeeltelik en op die voorwaardes wat hy goedvind, van persoonlike aanspreeklikheid vrystel.[201]

Die vrystelling kan net verleen word waar 'n persoon eerlik en onredelik dog, onder die omstandighede, verantwoordelik opgetree het. Hierdie vrystelling is in *Re Hefferon Kearns Ltd (No 2)*[202] verleen aan 'n persoon wat betrokke was by die oploop van skulde sonder 'n redelike verwagting dat dit gedelg sou word, waar die skulde opgeloop is, terwyl eerlik en verantwoordelik gepoog is om die maatskappy uit sy finansiële verknorsing te red.[203]

Hierdie vrystellingsgrond toon ooreenkomste met die Engelse verweer teen 'n

199 Sien Forde *The law of company insolvency* [1993] 262-263; McCormack *The new Companies legislation* [1991] 213; Flynn "Statutory liability for culpable mismanagement" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 135.

200 *Howard v Herrigel* 1991 2 SA 660 (A) 673I. Sien ook *R v Thornton* 1960 3 SA 600 (A); *S v Parsons* 1980 2 SA 397 (D) 400G; *Fisheries Development Corporation v AWJ Investments* 1980 4 SA 156 (T) 169G; *Cronje v Stone* 1985 3 SA 597 (T); *S v Jan S Marais* SS75/1994 17 Julie 1995 (K) ongerapporteer 74.

201 A 297A(6) van die *Companies Act* 1963: "Where it appears to the court that any person in respect of whom a declaration has been sought under subsection (1)(a), has acted honestly and responsibly in relation to the conduct of the affairs of the company or any matter or matters on the grounds of which such declaration is sought to be made, the court may, having regard to all the circumstances of the case, relieve him either wholly or in part, from personal liability on such terms as it may think fit ...". Sien in die alg McCormack "Swelling the assets of a company - new rules in Ireland" 1989 *The Company Lawyer* 160 162.

202 1993 3 IR 191. Sien Forde *The law of company insolvency* [1993] 266-267.

aansoek op grond van *wrongful trading*, naamlik dat 'n persoon alle redelike stappe geneem het om die skuldeisers se verliese te beperk.[204] Die Ierse verweer omvat hierdie optrede as synde eerlike en verantwoordelike optrede, maar strek duidelik wyer, aangesien dit na meer as net die beperking van verliese verwys. Indien 'n Ierse hof bevind dat 'n persoon wel eerlik en verantwoordelik opgetree het, beskik dit oor 'n diskresie om die persoon in die geheel of gedeeltelik van aanspreeklikheid kwyt te skeld. 'n Engelse hof wat egter bevind dat 'n persoon alle redelike stappe geneem het om skuldeisers se verliese te beperk, mag nie 'n bevel op grond van *wrongful trading* maak nie. Die Ierse bepaling verleen gevolglik 'n wyer diskresie aan 'n Ierse hof. In hierdie opsig blyk die Ierse artikel gelukkiger verwoord te wees as die meer rigiede Engelse bepaling.

3.5.5 Verrekening van bydraende nalatigheid

Alvorens 'n hof 'n bevel rakende *reckless trading* op grond van die oploop van 'n skuld sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting kan maak, moet hy oorweeg of die betrokke skuldeiser ten tyde van die transaksie bewus was van die maatskappy se finansiële posisie en, nieteenstaande sy kennis, toegestem het tot die verlening van die krediet.[205] Hierdie bepaling verplig die hof om aandag te skenk aan die optrede van die skuldeiser en magtig die hof om regshulp te weerhou, waar daar byvoorbeeld nie sprake was van wanvoorstelling nie en die skuldeiser hom versoen het met die risiko. Hierdie bepaling verhoed ook dat 'n skuldeiser hom verlaat op die bestaan van hierdie statutêre remedie en, sonder verdere nadenke, vrygewig krediet toestaan aan 'n maatskappy, aangesien die statutêre remedie sy risiko ondervang.

Die verrekening van die mate waartoe die skuldeiser vir sy eie skade verantwoordelik was, is 'n besonder positiewe aspek van die Ierse wetgewing. Dit is egter opvallend dat hierdie vereiste nie gestel word ten aansien van

---

203 In *Re Hefferon Kearns Ltd (No 2)* 1993 3 IR 191 224-225.

204 Vgl a 214(3) van die *Insolvency Act* 1986.

205 A 297A(4) van die *Companies Act* 1963: "In deciding whether it is proper to make an order on the ground set out in subsection 2(b), the court shall have regard to whether the creditor in question was, at the time the debt was incurred, aware of the company's financial state of affairs, and, notwithstanding such awareness, nevertheless assented to the incurring of the debt...". Sien Forde *The law of company insolvency* [1993] 264. Sien O'Riordan *Companies Act 1990 - reckless trading, restrictions and disqualifications* [1993] 16: "No guidance is given as to the level of awareness which the creditor must possess for this 'defence' to apply ... The provision does not address how the creditor becomes aware of the financial state of affairs of the debtor company. The awareness of the creditor is a question of fact and each case will have to be looked at on its own merit."

reckless trading-bevele in die algemeen nie, maar slegs ten aansien van so 'n bevel op grond van die onredelike oploop van skulde. Daar blyk nie 'n dwingende rede te wees vir hierdie beperking ten aansien van die verrekening van die skuldeiser se skuld nie. Die verrekening van die skuldeiser se bydraende nalatigheid mag voorts die hof alleen beïnvloed om 'n bevel te maak of om die aansoek af te wys ["In deciding whether it is proper to make an order ..."]. Die bewoording laat dus nie toe dat die hof die bydraende nalatigheid in die omvang van die bevel verreken nie. Hierdie rigiditeit in die bewoording doen ongelukkig afbreuk aan die impak van die verrekeningsvereiste.

3.5.6 Die bevel

Die aansoek om persoonlike aanspreeklikheid kan gebring word deur 'n likwidateur, skuldeiser, kontribuant, *receiver* of *examiner*[206] van 'n maatskappy en het ten doel om die betrokke persoon aanspreeklik te stel vir enige van die skulde van die maatskappy. Die Ierse bepaling stem in hierdie opsig nader ooreen met die algemene reg rakende *fraudulent trading* wat voorheen in Engeland en Ierland gegeld het. Die Engelse reg rakende *wrongful trading* beperk, in teenstelling daarmee, die reg van aansoek tot die likwidateur en bepaal voorts dat die betrokke persoon aanspreeklik gestel word om 'n bydrae tot die maatskappybates te maak.

Die artikel verleen 'n wye diskresie aan die hof. In die besonder magtig dit die hof om te beveel dat enige som wat ingevolge hierdie bepaling verhaal word, betaal moet word aan 'n spesifieke persoon of klas persone vir sodanige doel en in sodanige bedrae, verhouding en voorkeurvolgorde as wat die hof mag bepaal.[207] Die bepaling verleen gevolglik aan die hof die reg om te beveel dat die bedrag slegs die benadeelde skuldeisers toeval.[208] Hierdie bevoegdheid het tot gevolg dat 'n Ierse hof kan verseker dat die betrokke bevel 'n billike remedie daarstel. Dit is egter interessant dat die wetgewer die Ierse hof magtig om so 'n bevel uit te vaardig, maar nie verplig nie. Die hof kan dus beveel dat die bedrag in die boedel van die maatskappy betaal moet word vir die voordeel van al die

206 Die *examiner* word deur die hof aangestel ingevolge die statutêre reddingskema vir 'n maatskappy in finansiële verknorsing. Hy beskik oor wye magte wat deur die hof uitgebrei kan word om ook die bestuur van die maatskappy in te sluit. Sien McCormack "Rescue of ailing companies in Ireland" in Rajak (red) *Insolvency law - theory and practice* [1993] 269 282-284.

207 A 297A(7) van die *Companies Act* 1963: "Where the court makes any such declaration, it may - (a) give such further directions as it thinks proper ... (b) provide that sums recovered under this section shall be paid to such person or classes of persons, for such purposes, in such amounts or proportions, at such time or times, and in such respective priorities among themselves as such declaration may specify."

208 Sien Flynn "Statutory liability for culpable mismanagement" in Rajak (red) *Insolvency law*

skuldeisers en verdeel moet word ooreenkomstig die algemene reëls van die insolvensiereg.

3.6 Verwante bepalings

Die Ierse hervorming op hierdie gebied het, soos die Engelse hervorming, nie in isolasie geskied nie. 'n Aantal verdere bepalings is ook ingevoer om die algemene integriteit van maatskappybestuur statutêr te verseker. In die besonder is die reëlings rakende direkteursdiskwalifikasie opgeknap en is voorsiening gemaak vir die oplegging van voorwaardes en beperkings aan sekere maatskappye.[209] Strenger reëlings rakende behoorlike rekeningkundige rekordhouding is ook getref. Hierdie maatreëls word aangevul deur beskermingsmeganismes rakende die verlies van aandelekapitaal en 'n moontlike bydrae deur 'n verwante maatskappy tot die boedel van 'n gelikwideerde maatskappy. Ten einde die bepalings rakende *fraudulent* en *reckless trading* in 'n breër konteks te plaas, word die belangrikste addisionele maatreëls bondig bespreek.

3.6.1 Beperkings op maatskappye

Die *Companies Act* 1990 maak daarvoor voorsiening dat sekere voorwaardes aan maatskappye opgelê word, indien hulle bestuurders betrokke was as direkteure of skadu-direkteure van ander maatskappye wat finansieel in duie gestort het.[210]

Indien dit tydens die likwidasie van maatskappy A blyk dat die maatskappy nie in staat is om sy skulde te betaal nie,[211] moet die hof gespesifiseerde beperkings of voorwaardes oplê aan enige maatskappy wat opgerig of bestuur word binne vyf jaar na datum van die likwidasie deur 'n direkteur of skadu-direkteur van maatskappy A.[212]

Die basiese voorwaarde behels dat 'n volgende maatskappy waarby so 'n persoon in die vyf jaar tydperk na likwidasie van maatskappy A op sodanige wyse betrokke is, 'n uitgereikte en kontantopbetaalde aandelekapitaal moet hê

- *theory and practice* [1993] 135 159.

209 Vir die agtergrond en aanloop tot die wetgewing, sien McCormack *The new Companies legislation* [1991] 138-139.

210 Sien O'Riordan *Companies Act 1990 - reckless trading, restrictions and disqualifications* [1993] 22-31.

211 A 149(1) van die *Companies Act* 1990.

212 Vgl a 149(2), 149(5) en 150(1) van die *Companies Act* 1990.

van minstens £100 000 in die geval van 'n publieke maatskappy en £20 000 in die geval van enige ander maatskappy.[213] Die reëls rakende kapitaalinstandhouding is ook strenger ten aansien van hierdie maatskappye, ten einde die minimumaandelekapitaal te beskerm.[214] 'n Maatskappy moet aan hierdie voorwaardes voldoen, indien die betrokke persoon direk of indirek as direkteur of as sekretaris optree of gemoeid is met of deelneem aan die promosie of oprigting van die maatskappy binne vyf jaar na likwidasie van maatskappy A. Die bepalings maak voorsiening vir die verslapping van die beperkings in meriete gevalle.[215]

'n Hof is verplig om sodanige beperkings op te lê, tensy die betrokke persoon eerlik en verantwoordelik opgetree het in die bestuur van die maatskappy en daar geen ander rede is waarom dit reg en billik sal wees dat hy gebuk moet gaan onder hierdie beperkings nie.[216]

Indien die daaropvolgende maatskappy ook in insolvente omstandighede gelikwideer word, moet die likwidateur die feite aan die hof vermeld en die hof mag dan daardie persoon diskwalifiseer om by maatskappybestuur betrokke te wees vir die tydperk en onderhewig aan sodanige voorwaardes wat die hof goeddunk.[217]

Die beperkings wat maatskappye ingevolge hierdie bepalings opgelê word, beskerm veral die skuldeisers teen moontlike verdere finansiële verliese wat uit die onbekwame of oneerlike bestuur van 'n maatskappy kan voortspruit.[218] Die

213 A 150(3) van die *Companies Act* 1990.

214 Sien in die alg Forde *Company law* [1992] 113-114; Forde *The law of company insolvency* [1993] 167; Linnane "Delinquent directors and others - the Irish approach" 1995 *The Company Lawyer* 26; McCormack *The new Companies legislation* [1991] 145-146.

215 Sien bv a 152 van die *Companies Act* 1990. Nie-nakoming van die beperkings kan lei tot persoonlike aanspreeklikheid. Sien a 163 van die *Companies Act* 1990.

216 A 150(2) van die *Companies Act* 1990. A 150(2)(b) en (c) maak uitdruklik daarvoor voorsiening dat dit as 'n verweer teen die oplegging van sodanige beperkings mag dien dat 'n persoon slegs as 'n direkteur van maatskappy A opgetree het omdat 'n finansiële instelling hom as sodanige genomineer het weens die verlening van krediet aan die maatskappy of omdat 'n waagkapitaalmaatskappy hom genomineer het ivm die aankoop of onderskrywing van aandele in die maatskappy. Die praktyk om genomineerde direkteure in die geval van sodanige transaksies te benoem ten einde die nomineerders se risiko te beperk, het die wetgewer genoop om hierdie twee verwere te skep. Die weglating van die verwere en gevolglike blootstelling van genomineerde direkteure aan sodanige beperkings, kon die handelsverkeer ontwrig. Sien McCormack *The new Companies legislation* [1991] 141.

217 A 161(5) van die *Companies Act* 1990.

218 Forde *The law of company insolvency* [1993] 167 en McCormack *The new Companies legislation* [1991] 154-155 wys daarop dat die voorkoming van sg feniksmaatskappye 'n groot bewegrede agter die wetgewing was. Die wetgewing het egter nie sover gegaan om die Engelse model na te volg en die gebruik van eenderse maatskappyname te

verdere maatskappye waarby die bestuurders van die insolvent-gelikwideerde maatskappy betrokke is, moet 'n sekere minimum aandelekapitaal hê en moet dit op 'n sekere wyse in stand hou. Op hierdie wyse word gepoog om die maatskappy minder afhanklik van krediet te maak. Die beskermingsfaktor van die bepalings word verhoog deurdat dit die *onus* op die bestuurders van 'n insolvent-gelikwideerde maatskappy plaas om te bewys dat hulle eerlik en verantwoordelik opgetree het.[219] Die hof word verplig om die beperkings van toepassing te maak, indien die bestuurders faal om die hof tot die teendeel te oortuig. Hierdie beskermingsmeganisme word ook aangevul deur die diskwalifikasieprosedure.

3.6.2 Diskwalifikasie van direkteure

Die diskwalifikasiereëlings ten aansien van direkteure is aansienlik verstreng deur die *Companies Act* 1990. Die huidige maatreëls toon ooreenkomste met die Engelse reg in hierdie verband, maar is veel minder verbesonder.[220]

'n Persoon kan op aansoek vir vyf jaar of sodanige periode wat die hof bepaal gediskwalifiseer word om as 'n direkteur, ouditeur, beampte, *receiver*, likwidateur, *examiner*, bestuurder of oprigter van 'n maatskappy op te tree of om op enige wyse, hetsy direk of indirek by die oprigting of bestuur van 'n maatskappy betrokke te wees, na skuldigbevinding op aanklag van 'n ernstige misdryf ten aansien van 'n maatskappy of enige ernstige oneerlikheidsmisdryf.[221] 'n Verdere aantal gevalle, waaronder 'n bevel op grond van *reckless* of *fraudulent trading* en troubreuk, word onderskei, waar 'n hof op aansoek of *mero moto* die bevoegdheid het om 'n persoon op sodanige wyse te diskwalifiseer.[222] Ignorering van die diskwalifikasiebevel lei tot strafregtelike aanspreeklikheid,[223] 'n verlenging van die diskwalifikasie,[224] restitusie van enige vergoeding wat die gediskwalifiseerde van die maatskappy ontvang het[225] en moontlike persoonlike aanspreeklikheid waar die betrokke maatskappy binne 'n

---

verbied nie.

219 Sien Linnane "Delinquent directors and others - the Irish approach" 1995 *The Company Lawyer* 26.

220 Sien McCormack *The new Companies legislation* [1991] 147-148; O'Riordan *Companies Act 1990 - reckless trading, restrictions and disqualifications* [1993] 32-43.

221 A 160(1) van die *Companies Act* 1990.

222 A 160(2) van die *Companies Act* 1990. Sien Forde *The law of company insolvency* [1993] 167.

223 A 161(1) van die *Companies Act* 1990.

224 A 161(3) van die *Companies Act* 1990.

225 A 163(2) van die *Companies Act* 1990.

voorgeskrewe tydperk gelikwideer word.[226]

3.6.3 Rekeningkundige rekordhouding

Artikel 202 van die *Companies Act* 1990 reël die verpligting van die maatskappy om behoorlike rekeningkundige rekords te hou. Die rekords moet onder andere die transaksies van die maatskappy korrek weergee en moet die vasstelling van die maatskappy se finansiële posisie met redelike noukeurigheid op enige gegewe moment moontlik maak.[227] 'n Maatskappy wat sy plig in hierdie verband versuim en 'n direkteur wat nie alle redelike stappe geneem het om nakoming deur die maatskappy van hierdie bepaling te verseker nie, pleeg 'n misdryf.[228] Dit is egter 'n geldige verweer indien die persoon bewys dat hy op redelike gronde geglo het dat 'n bekwame en verantwoordelike persoon getaak was om toe te sien dat die maatskappy aan hierdie verpligting voldoen.[229]

Indien 'n maatskappy wat versuim het om sy verpligtinge ingevolge artikel 202 na te kom in insolvente omstandighede gelikwideer word en 'n hof oordeel dat die versuim[230] bygedra het tot die maatskappy se onvermoë om al sy skulde te betaal, of gelei het tot wesenlike onsekerheid rakende die bates en laste van die maatskappy, of bloot die behoorlike likwidasie daarvan wesenlik belemmer het, kan die hof die beamptes van die maatskappy aan 'n misdryf skuldig bevind.[231] Die hof kan voorts die beamptes op aansoek persoonlik aanspreeklik stel vir sodanige skulde van die maatskappy wat die hof goedvind.[232] In hierdie gevalle sal dit 'n verweer wees vir 'n beampte om te bewys dat hy alle redelike stappe geneem het om nakoming met artikel 202 te verseker of redelikerwys geglo het dat 'n bekwame persoon getaak was met die toesig oor die nakoming van die rekordhoudingverpligting.[233]

Dit is duidelik dat die Ierse bepaling baie streng reëlings tref om behoorlike rekordhouding te verseker. Dit het tot gevolg dat maatskappye en beamptes gedwing word om toe te sien dat rekords wat die finansiële stand van die

226 A 163(3) van die *Companies Act* 1990. Sien in die alg Linnane "Delinquent directors and others - the Irish approach" 1995 *The Company Lawyer* 26 27; McCormack *The new Companies legislation* [1991] 153-154.

227 A 202(1) van die *Companies Act* 1990.

228 A 202(10) van die *Companies Act* 1990.

229 A 202(10)(a) van die *Companies Act* 1990.

230 Hierdie bepaling is geskoei op a 319 van die *Companies Act* 1955 van Nieu-Seeland. Sien die bespreking van hierdie bepaling in parr 5.3.2 en 5.6.3 van hierdie hoofstuk.

231 A 203 van die *Companies Act* 1990.

232 A 204 van die *Companies Act* 1990.

233 A 203(2) en 204(4) van die *Companies Act* 1990. Sien in die alg Campbell "Wrongful

maatskappy korrek weergee, beskikbaar is. Die beskikbaarheid van hierdie inligting sal die gehalte van die bestuursbesluitneming verhoog in veral daardie gevalle waar die maatskappy in finansiële verknorsing verkeer. Indien die rekords nie beskikbaar is nie en bydra tot die maatskappy se insolvensie of die likwidasieproses belemmer en gevolglik die likwidasiekostes verhoog, kan skuldeisers hulle skade verhaal deur 'n bevel om persoonlike aanspreeklikheid van die beamptes aan te vra. Die bepalings is gevolglik waardevolle meganismes om die probleme rakende rekeningkundige rekords wat deur Ussher uitgewys is, te ondervang.[234]

3.6.4 Kapitaal en boedel van maatskappy

Twee aspekte rakende die aandelekapitaal en boedel van die maatskappy verdien vermelding, ten einde die geheelbeeld te voltooi.

Die Ierse maatskappywetgewing verg, op Europese patroon, van direkteure van 'n maatskappy om 'n buitengewone algemene vergadering te belê, wanneer die netto bates van die maatskappy se waarde daal tot minder as helfte van die opbetaalde aandelekapitaal, dit wil sê wanneer die maatskappy basies meer as helfte van die aandeelhouers se belegging verloor het.[235] By die vergadering moet bespreek word welke, indien enige, stappe geneem sal word om die situasie aan te spreek. Versuim om die vergadering te belê, stel 'n misdryf daar.[236] Elke ouditeursverslag ten aansien van 'n maatskappy moet voorts meld of die maatskappy hom in 'n posisie bevind waar sodanige vergadering belê moet word.[237]

Hierdie verpligting het ten doel om aandeelhouers vroegtydig te waarsku dat die maatskappy groot finansiële verliese ly. Dit skep dus die geleentheid vir die aandeelhouers om die maatskappy vroegtydig te likwideer en sodoende hulle potensiële verliese te beperk en die skuldeisers teen skade te beskerm. Die aandeelhouers kan egter ook die geleentheid benut om addisionele finansiering aan die maatskappy beskikbaar te stel. In beide gevalle baat die skuldeisers van die maatskappy.

Die Ierse wetgewing magtig voorts 'n hof om 'n maatskappy [maatskappy A] te beveel om 'n bydrae tot die boedel van 'n gelikwideerde verwante[238]

trading and company rescue" 1994 *The Cambrian Law Review* 69 78-79.

234 Sien par 3.2 van hierdie hoofstuk tav Ussher se ontleding.

235 A 40 van die *Companies (Amendment) Act* 1983.

236 Sien in die alg Forde *Company law* [1992] 224.

237 A 193(4)(g) van die *Companies Act* 1990.

238 A 140(5) van die *Companies Act* 1990 definieer "related company". Die definisie is

maatskappy [maatskappy B] te maak. Alvorens die hof so 'n bevel kan uitreik, moet dit oortuig wees dat die omstandighede wat tot die insolvente likwidasie van maatskappy B gelei het, toegeskryf kan word aan die optrede van maatskappy A.[239] In die besluit of so 'n bevel reg en billik onder die omstandighede sal wees, moet die hof die betrokkenheid van maatskappy A in maatskappy B se bestuur, sy optrede ten aansien van maatskappy B se skuldeisers sowel as die invloed van so 'n bevel op die skuldeisers van maatskappy A oorweeg.[240]

Hierdie bepalings skep 'n waardevolle remedie in die gevalle waar 'n beherende maatskappy 'n ander maatskappy in die groep misbruik as voertuig vir hoë risiko finansiële transaksies wat die beherende maatskappy bevoordeel of waar die skuldeisers van die beheerde maatskappy krediet toestaan omdat hulle onder die indruk gebring word dat die beherende maatskappy sal intree, indien die beheerde maatskappy finansiële probleme ondervind. Waar die beherende maatskappy 'n party is tot *reckless trading* deur die beheerde maatskappy sal die skuldeisers 'n keuse hê of hulle 'n aansoek ingevolge hierdie bepaling of op grond van *reckless trading* sal bring.

3.7 Gevolge van die nuwe bepalings

Die basiese struktuur van die Ierse regshervorming op hierdie gebied, stem ooreen met die benadering wat in Engeland gevolg is: die strafregtelike bepalings rakende *fraudulent trading* is geskei van die remedie op grond van *fraudulent* en *reckless trading* en laasgenoemde begrip is ingevoer om die subjektiwiteit van *fraudulent trading* op objektiewe wyse aan te vul.

Afgesien van hierdie breë ooreenstemming, bestaan daar egter groot verskille tussen die Ierse en Engelse wetgewing. *Reckless trading* verskil wesenlik van *wrongful trading*. Die uitleg van *recklessness* en die aktiewe deelname wat geverg word aan die aktiwiteite van die maatskappy alvorens aanspreeklikheid ter sprake kom, bring byvoorbeeld teweeg dat die Ierse bepaling se reikwydte meer beperk is as die reikwydte van die Engelse bepaling.

---

omvattend. Dit is voldoende vir die doeleindes van hierdie bespreking om daarop te wys dat dit die houer-filiaal-verhouding tussen maatskappye insluit, maar ook wyer strek om die direkte of indirekte beheer oor meer as die helfte van die ekwiteitsaandelekapitaal van die junior maatskappy of oor meer as die helfte van die stemreg in die algemene vergadering van daardie maatskappy, in te sluit.

239 A 140(3) van die *Companies Act* 1990. Die blote bestaan van die verhouding tussen die maatskappye of die feit dat skuldeisers van maatskappy B krediet toegestaan het bloot met vanweë die bestaan van die verhouding, is nie voldoende gronde vir 'n bevel nie. Sien a 140(3) van die *Companies Act* 1990.

240 A 140(2) van die *Companies Act* 1990. Sien in die alg Forde *Company law* [1992] 602.

Die Ierse bepalings slaag egter daarin, soos die Engelse bepalings, om nie alleen die bedrieglike of roekelose dryf van besigheid aan bande te lê nie, maar om ook groter noukeurigheid van maatskappydirekteure en maatskappybeamptes te verg. Die wetgewing vereis basies van 'n direkteur en beampte om eerlik en verantwoordelik op te tree. In die besonder moet so 'n persoon wat persoonlike aanspreeklikheid wil vryspring, hom weerhou van onredelike optrede in die dryf van besigheid wat verliese vir skuldeisers teweegbring, en moet hy sorg dra dat hy nie 'n party is tot die oploop van 'n skuld, tensy hy eerlik op redelike gronde glo dat die skuld terugbetaal sal word nie.

Die gebruik van 'n objektiewe maatstaf bring ook teweeg dat aansoeke om persoonlike aanspreeklikheid op hierdie gronde 'n groter kans op sukses het as aansoeke op grond van *fraudulent trading*. Slegs maatskappybeamptes kan egter aanspreeklik gestel word op grond van *reckless trading*, terwyl die hof enige persoon wat wetens deelgeneem het aan *fraudulent trading* daarvoor aanspreeklik kan stel. Daar is egter reeds uitgewys dat 'n soortgelyke beperking van aanspreeklikheid op grond van *wrongful trading* tot direkteure en skadu-direkteure waarskynlik nie die sukses van die Engelse bepaling sal belemmer nie.[241] Hierdie argument is met meer krag van toepassing op die Ierse beperking, aangesien dit ruimer verwoord is as die Engelse beperking: afgesien van direkteure en skadu-direkteure sluit dit ook ouditeure, likwidateure en *receivers* in.[242] *Reckless trading* behoort gevolglik 'n meer vrugbare grond vir aanspreeklikheid as *fraudulent trading* te vorm.[243] *Fraudulent trading* behoort egter nog steeds 'n belangrike rol in strafregtelike verband te vervul.

Die hervormings rakende *fraudulent* en *reckless trading* het ook, soos in Engeland, nie in isolasie geskied nie, maar het deel uitgemaak van 'n breër proses waarin onder andere die beskermingsmeganismes rakende die verlies van aandelekapitaal en die likwidasiereg[244] opgeknap is. Die beskerming van

241 Sien par 2.7.1 van hierdie hoofstuk.

242 A 297A(11) van die *Companies Act* 1990.

243 Forde *The law of company insolvency* [1993] 261-261: "It is probable that henceforth, when creditors or others are seeking to render persons who managed a company personally responsible for its unpaid debts, applications ordinarily will be brought under this heading rather than for fraudulent trading. It is only in the clearest instances of unquestionable fraud that persons would be pursued on that ground rather than for reckless trading." Sien ook Duffy "Fraudulent trading and the decision in O'Keeffe v Ferris" 1994 *Commercial Law Practitioner* 255 262 wat meen dat die invoering van *reckless trading* "will ensure that the fraudulent trading provisions in their civil context will now effectively become redundant."

244 Hoewel Ierland nie sover gegaan het soos Engeland om professionele kwalifikasie vir insolvensiepraktisyns te vereis nie, is die reëls rakende die diskwalifikasie van likwidateurs ook opgeknap om die onafhanklikheid en onverbondenheid van die likwidateur te verseker. Dit sluit veral persone uit wat direk of indirek betrokke was by die

skuldeisers is ook uitgebrei deur die invoering van die beperkingsmaatreëls rakende sekere maatskappye en die opknapping van die diskwalifikasiereëlings ten aansien van direkteure. Die hervormingsproses stel gevolglik 'n ernstige poging daar om die integriteit van maatskappybestuur te verhoog en om die risiko vir skuldeisers in die algemeen te verklein.

Teen die agtergrond van bogenoemde algemene opmerkings, is dit belangrik om aandag aan spesifieke positiewe en negatiewe aspekte van die Ierse wetgewing te skenk.

3.8 Positiewe aspekte

'n Belangrike positiewe element van die Ierse bepaling is die sterk remediërende karakter wat veral die bevele op grond van *reckless trading* vertoon. Hierdie karakter word versterk deurdat die hof die reg gegee word om die bevoordeling van die bevel na goeddunke te rig, dit wil sê om die voordeel die maatskappyboedel, of 'n spesifieke skuldeiser of klas skuldeisers te laat toeval.[245] Die diskresie verleen aan die hof die vryheid om 'n billike verdeling te bewerkstellig en ook toe te sien dat die kostes van die bring van 'n aansoek en die risikos daaraan verbonde, na behore ondervang word.

Die remediërende aard van die bepaling word verder uitgebou deur die vereiste dat 'n skuldeiser van 'n insolvent-gelikwideerde maatskappy skade moes gely het, alvorens hy die hof om 'n aansoek op grond van *reckless trading* mag nader,[246] en dat die hof in so 'n geval waar die aansoek gegrond word op skulde wat sonder 'n redelike betalingsverwagting opgeloop is, die bydraende skuld van die skuldeiser moet verreken, alvorens 'n bevel gemaak word.[247] Die trefkrag van die eerste vereiste word ongelukkig verminder deurdat dit slegs op *reckless trading* en nie ook *fraudulent trading* van toepassing is nie. Laasgenoemde vereiste se effek word weer afgewater deurdat dit rigied bewoord is en voorts net van toepassing is op een verskyningsvorm van *reckless trading*.[248]

Die algemene remediërende aard van die bepaling word versterk deurdat die hof die reg verkry om na goeddunke 'n persoon in die geheel of gedeeltelik van

gelikwideerde maatskappy se bestuur. Sien a 300A van die *Companies Act* 1963 en Forde *The law of company insolvency* [1993] 186-187; McCormack *The new Companies legislation* [1991] 239-241.

245 Sien par 3.5.6 van hierdie hoofstuk.

246 Sien par 3.5 van hierdie hoofstuk.

247 Sien par 3.5.5 van hierdie hoofstuk.

248 Sien par 3.5.5 van hierdie hoofstuk.

aanspreeklikheid vry te stel, wanneer dit blyk dat die persoon redelik en verantwoordelik opgetree het.[249] Hierdie bevoegdheid dra by tot die billikheid van die bevel wat die hof verleen. Weens die soepelheid van die bewoording van hierdie bevoegdheid is die betrokke subartikel 'n besliste verbetering op die Engelse bepaling in hierdie verband.

Die effektiwiteit van die bepalings word verhoog deur 'n aantal maatreëls. In die eerste plek word spesifieke billike vermoedens geskep, wat dit makliker maak om met 'n aansoek te slaag.[250] Tweedens bring die strenger vereistes rakende rekeningkundige rekordhouding en veral die koppeling van persoonlike aanspreeklikheid met die gevalle waar swak rekordhouding aanleiding gegee het tot problematiek wat verband hou met *fraudulent* en *reckless trading*, teweeg dat dit makliker en goedkoper vir skuldeisers is om 'n persoonlike verhaalsreg te verkry.[251] Derdens dra die uitbreiding van aanspreeklikheid op grond van onregmatige handeldrywing na gevalle waar insolvente maatskappye ongelikwideer en dormant agtergelaat word, ook by tot die verhoging van die effektiwiteit van die stel bepalings.[252]

3.9 Problematiese aspekte

Die mees opvallende problematiese aspekte van die bepaling hang saam met die ingewikkelde bewoording daarvan en die gebruik van die kontroversiële term *reckless*. Die bepaling se ingewikkeldheid word verhoog deur die feit dat *fraudulent* en *reckless trading* as verhalingsgronde deur dieselfde bepaling gereguleer word. Die Ierse bepaling het 'n skerper fokus as die Engelse bepaling, aangesien dit 'n duideliker omskrywing bied van die gewraakte optrede. Die gebruik van die term *recklessness* en die onsekerhede wat die inhoud van hierdie term omgewe, verwater egter die regsekerheid wat die nouer omskrywing teweeg kon bring.

Die Ierse bepaling is in drie spesifieke opsigte minder suksesvol as die Engelse bepaling:

1 Die Ierse bepaling stel dit nie so ondubbelsinnig soos die Engelse bepaling dat die misdryf gepleeg kan word ongeag of die feite tydens likwidasie of onder ander omstandighede blyk nie.[253]

249 Sien par 3.5.4 van hierdie hoofstuk.

250 Sien par 3.5.3 van hierdie hoofstuk.

251 Sien par 3.6.3 van hierdie hoofstuk.

252 Sien par 3.5.1 van hierdie hoofstuk.

253 Sien par 3.4 van hierdie hoofstuk.

2 Die toets vir die redelikheid van die optrede van die beampte is ook minder geslaagd as die Engelse toets. Laasgenoemde is soepel genoeg om die buitengewone vaardighede van die beampte te verreken, terwyl die Ierse toets bloot op die vaardighede van 'n redelike beampte afgestem is.[254]

3 Die Ierse bepaling is beperk tot die aktiewe deelname aan die dryf van besigheid terwyl die Engelse bepaling wyd genoeg is om ook die versuim om sekere stappe te neem en 'n aktiewe belangstelling in die dryf van besigheid te openbaar, te omvat.[255]

3.10 Slot

Ongeag die problematiese aspekte van die nuwe bepalings, stel dit 'n besliste verbetering op die vorige *fraudulent trading*-bepaling daar. Die Ierse wetgewer het ook daarin geslaag om op enkele aspekte van die Engelse wetgewing te verbeter. Die geheelindruk is egter dat die geleentheid nie optimaal benut is om 'n eenvoudige en effektiewe stel remediërende en regulerende bepalings op die wetboek te plaas nie.

4 AUSTRALIë

4.1 Inleiding

Die Australiese maatskappyereg op die terrein van hierdie studie vertoon 'n eiesoortige karakter. Geskiedkundige faktore wat verband hou met die federale bestel van Australië, 'n strewe na maatskappyregtelike eenvormigheid en maatskappyregtelike innovasies het in 'n groot mate bygedra tot die vorming van die eiesoortige karakter van die Australiese maatskappyeregsisteem. Ten einde die huidige reëls rakende die onregmatige dryf van besigheid in konteks te plaas, is dit nodig om inleidend 'n bondige oorsig oor die huidige struktuur en ontwikkeling van die heersende Australiese *Corporations Law* te bied.

4.1.1 Ontwikkeling van die maatskappyeregsisteem

Australië is 'n federale gemenebes van state. In die verlede het die onderskeie state verskillende maatskappyeregsisteme gehad. Hierdie sisteme was

254 Sien par 3.5.3.1 van hierdie hoofstuk.

grotendeels gebaseer op die Engelsregtelike maatskappyeregmodel, maar het met verloop van tyd 'n eiesoortige karakter in elke staat ontwikkel. In 1961 is gepoog om die diversiteit in maatskappyregtelike reëls aan te spreek en eenvormigheid te bevorder.[256] Elkeen van die state het in daardie jaar 'n *Uniform Companies Act* wat op dieselfde wetsontwerp gebaseer was, gepromulgeer.[257] Aangesien elkeen van die state die reg gehad het om hulle wet afsonderlik te wysig, was eenvormigheid op hierdie gebied egter gou iets van die verlede.[258]

In 1978 is 'n nuwe poging tot eenvormigheid van stapel gestuur.[259] Die Australiese Gemenebes en al die state het ooreengekom dat die state onder andere maatskappywette sou promulgeer wat gelykluidend is met die Gemenebeswetgewing. Ingevolge die ooreenkoms het die *Companies Act* 1981 die basis gevorm van eenvormige *Company Codes* wat deur die state aangeneem is.[260] Sekere liggame is ook in die lewe geroep om die skema te administreer. Die totale skema was egter nie baie effektief nie[261] en in 1990 is 'n nuwe ooreenkoms gesluit op grond waarvan 'n nuwe regs- en administratiewe sisteem vir onder andere die regulering van maatskappye in die lewe geroep is.[262] Ingevolge hierdie ooreenkoms het elkeen van die state die *Corporations Law* as staatlike wetgewing aangeneem[263] en word die *Australian Securities Commission* [*ASC*] erken as die administrateur van onder andere alle

255 Sien par 3.5.3.1 van hierdie hoofstuk.

256 Vir 'n goeie uiteensetting van die ontwikkelings rakende eenvormigheid op maatskappyeregterrein in Australië, sien Brooks "Uniform company law in federal states and economic communities" 20 *Med SOR* 1993 21-28. Sien ook Mason & O'Hair *Australian company law* [1973] xiii.

257 Sealy "Corporate law reform - the Commonwealth experience" 1 *Corporate Law Development Series* 1 12.

258 Burnett *Australian corporations law guide* [1993] 3; Sealy "Corporate law reform - the Commonwealth experience" 1 *Corporate Law Development Series* 1 12. Sien ook *CCH Guide book to the Australian company law* [1976] 4.

259 Sien *CCH Guide book to the Australian company law* [1988] 2-4.

260 Brooks "Uniform company law in federal states and economic communities" 20 *Med SOR* 1993 24-25.

261 Brooks "Uniform company law in federal states and economic communities" 20 *Med SOR* 1993 26. 'n Poging van die Gemenebes om die skema te verbeter deur oa die promulgering van die *Close Corporations Act* 1989 het skipbreuk gelei toe die wetgewing onkonstitusioneel bevind is in *New South Wales, South Australia and Western Australia v The Commonwealth* 1990 90 ALR 355. Sien in die alg Henning & Wandrag "'n Oorsig van die herkoms van die private maatskappy en die huidige posisie in enkele regstelsels" 1993 *De Jure* 14 40; Wandrag *The distinction between private and public companies in South African company law: a historical analysis and comparative evaluation* LLM UOVS [1994] 128-129; Henning "Closely held corporations: perspectives on developments in four jurisdictions" 1995 *THRHR* 100 102-103.

262 Sien in die alg Brooks "Uniform company law in federal states and economic communities" 20 *Med SOR* 1993 24-27; Du Plessis "Enkele internasionale maatskappyregtelike ontwikkelings: moet ons navolg?" 1992 *TSAR* 561 565.

maatskappyereg in Australië.[264]

Die relatief-vinnige opeenvolging van maatskappywette wat bogenoemde proses in Australië tot gevolg gehad het, het dit moontlik gemaak om ingrypende regshervorming op baie terreine van die maatskappyereg redelik snel teweeg te bring. Hierdie proses het onder andere Australië in staat gestel om op 'n groot aantal terreine van die maatskappyereg wesenlik van die Engelse maatskappyeregmodel weg te breek en 'n eie karakter te vorm.[265] Die geleentheid tot regshervorming tesame met 'n beleid dat reëls verbesonder moet word ten einde onduidelikheid uit te skakel, het ongelukkig daartoe gelei dat die *Corporations Law* onhanteerbare afmetings aangeneem het. Hierdie wet bestaan, sonder inagneming van die verbandhoudende wetgewing, uit meer as 1400 hoofartikels. Die omvang van die wetgewing het gevolglik 'n projek tot vereenvoudiging en afskaling genoop.[266]

4.1.2 Statutêre bepāling rakende oploop van skulde

Die eiesoortigheid van die Australiese maatskappyeregsisteem kom onder andere na vore in die statutêre maatreëls rakende die onregmatige dryf van besigheid deur 'n maatskappy.

Die basiese statutêre maatreëls in hierdie verband in Australië was, soos in die vorige jurisdiksies wat bespreek is, ook grotendeels op die voorstelle van die Greene-komitee geskoei.[267] In 1961 het Australië egter 'n nuwe bepaling bykomend tot *fraudulent trading* ingevoer, wat dit tot misdryf verklaar het vir 'n maatskappybeampte om deel te neem aan die oploop van 'n skuld deur die maatskappy, sonder 'n redelike verwagting dat die skuld gedelg kan word. Hierdie optrede is as *insolvent trading* bestempel. Die state het gaandeweg ook

263 Die heersende wetgewing staan tans bekend as die *Corporations Law*.

264 Brooks "Uniform company law in federal states and economic communities" 20 *Med SOR* 1993 27; Sealy "Corporate law reform - the Commonwealth experience" 1 *Corporate Law Development Series* 1 14.

265 Tav direkteursverpligtinge sien Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* [1988]; Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs *Company directors' duties* [1989]; House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs *Corporate practices and the rights of shareholders* [1991].

266 Sien in die alg Sealy "Corporate law reform - the Commonwealth experience" 1 *Corporate Law Development Series* 1 17; Henning "Closely held corporations: perspectives on developments in four jurisdictions" 1995 *THRHR* 100 104; Jewell "Relevant interest and entitlement: an assessment of the Corporations Law Simplification Task Force's proposals" 1996 *Company and Securities Law Journal* 273.

267 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] 123; Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stell LR* 148 155.

siviele aanspreeklikheid vir *insolvent trading* ingevoer.[268]

Die invoering van die *insolvent trading*-bepaling het teweeggebring dat die praktiese klem in Australië op hierdie gebied van *fraudulent trading* na *insolvent trading* verskuif het. In Australië het die primêre regsontwikkeling op hierdie terrein die afgelope dekades gevolglik ten aansien van *insolvent trading* plaasgevind en min aandag is aan *fraudulent trading* bestee.

Hierdie bespreking van die Australiese reg fokus op daardie aspekte van die eenvormige bepalings rakende *fraudulent* en *insolvent trading* wat vir die doeleindes van hierdie studie van belang is. In die lig van die uitgebreide reëls op die terrein, word die klem geplaas op die relevante bepalings van die *Companies Act* 1981 en die *Corporations Law*.[269] Hoewel die aksent in Australië op *insolvent trading* geplaas word, word *fraudulent trading* steeds gereël in die *Corporations Law*. Ter wille van volledigheid word die bepalings rakende *fraudulent trading* vervolgens bespreek. Die res van die bespreking word egter gewy aan die belangwekkende maatreëls rakende *insolvent trading.*

4.2 "Fraudulent trading"

In 1931 het Queensland die eerste Australiese staat geword wat die Greene-komitee se voorstelle in hulle wetgewing geïnkorporeer het.[270] Die ander state het gaandeweg Queensland se voorbeeld nagevolg.[271] Die relevante bepalings in die *Companies Act* 1961 het grotendeels ooreengestem met die *fraudulent trading*-bepaling soos verwoord in artikel 332 van die Engelse *Companies Act* 1948.[272] Die bepaling het egter deur die loop van die jare belangrike veranderinge ondergaan en sy geykte formaat verloor.[273] In die *Companies Act* 1981 is die bepaling heeltemal anders gestruktureer en die bewoording is ook wesenlik gewysig.[274] Die bepaling is, behoudens enkele klein wysigings, in sy 1981-formaat in die *Corporations Law* oorgeneem, waar die operatiewe

268 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] 123.

269 Sien Trethowan "Directors' personal liability to creditors for company debts" 1992 *Australian Business Law Review* 41 tav ander moontlik-toepaslike statutêre maatreëls in die Australiese handelswetgewing.

270 Griggs "Inactive directors - under attack" 1992 *University of Tasmania Law Review* 75 76.

271 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] 123; Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stell LR* 148 155.

272 Sien a 304 van die *Companies Act* 1961.

273 Sien die latere a 374 van die *Companies Act* 1961. Sien *CCH Guide book to the Australian company law* [1976] 143-145; Williams "Fraudulent trading" 1986 *Company and Securities Law Journal* 14 16 n14.

274 Vir 'n bespreking sien Lipton & Herzberg *Understanding company law* [1984] 238.

gedeeltes tans soos volg verwoord is:

> "**592(6) [Liability of persons concerned in fraudulent act]** Where:
>
> (a) a company does any act (including the making of a contract or the entering into of a transaction) with intent to defraud creditors of the company or of any other person or for any fraudulent purpose; and
>
> (b) the company was at the time when it does the act, or becomes at a later time, a company to which this section applies;
>
> any person who was knowingly concerned in the doing of the act with that intent or for that purpose contravenes this subsection.
>
> **593(2) [Court to determine liability to company]** Where a person has been convicted of an offence under sub-section 592(6), the Court, on the application of the Commission or of a prescribed person, may, if it thinks it proper to do so, declare that the first-mentioned person shall be personally responsible without any limitation of liability for the payment to the company of the amount required to satisfy so much of the debts of the company as the Court thinks proper."

Artikel 592(6)(b) stel dit duidelik dat aanspreeklikheid net volg waar die bepaling van toepassing is op die betrokke maatskappy ["the company was ... a company to which this section applies"]. Die gevalle waar die bepaling van toepassing is, word gelys in artikel 589.[275] Hierdie lys verwys onder andere na maatskappye wat gelikwideer is of in die proses van likwidasie is, maatskappye wat onder administrasie is of was, maatskappye wat 'n reëlingskema of skikking met sy skuldeisers aangegaan het en maatskappye wat opgehou het om besigheid te dryf of wat nie in staat is om sy skulde te vereffen nie.[276] Die voorgeskrewe persoon ["prescribed person"] wat geregtig is om die hof te nader om 'n aanspreeklikheidsbevel ingevolge artikel 593(2) word in artikel 593(3)

---

275 "**589(1) [Application to certain companies]** Sections 590 to 593 (inclusive) apply to a company:

(a) that has been wound up or is in the course of being wound up;

(b) that has been in the course of being wound up, where the winding up has been stayed or terminated by an order under section 482;

(ba) of which a provisional liquidator has been appointed;

(c) that is or has been under administration;

(ca) that has executed a deed of company arrangement, even if the deed has since terminated;

(d) affairs of which are or have been under investigation;

(e) in respect of property of which a receiver, or a receiver and manager, has at any time been appointed ... whether or not the appointment has been terminated;

(f) that has ceased to carry on business or is unable to pay its debts; or

(g) that has entered into a compromise or arrangement with its creditors."

Sien Herzberg "Insolvent trading" 1991 *Company and Securities Law Journal* 285 289-291 en Young "Corporations - personal liability of directors" 1992 *The Australian Law Journal* 606 vir uitlegprobleme rakende a 589.

276 Sien in die alg Griggs "Inactive directors - under attack" 1992 *University of Tasmania Law Review* 75 78.

gedefinieer as die betrokke beampte, 'n krediteur of kontribuant van die maatskappy wat magtiging van die *ASC* ontvang het om die aansoek te bring en, waar die maatskappy onder administrasie is, 'n lid van die maatskappy.

4.2.1 Belangrike kenmerke en elemente

Verskeie aspekte val op, wanneer hierdie *fraudulent trading*-bepalings van nader beskou word.

In die eerste plek omskryf artikel 592(6)(a) die gewraakte handeling met 'n groter mate van presisie as die tradisionele *fraudulent trading*-bepaling. Waar die tradisionele bepaling bloot verwys na "any business" wat met die nodige opset verrig word, verwys die Australiese bepaling na "any act (including the making of a contract or the entering into of a transaction)". Die Australiese bepaling omvat dus baie duidelik 'n enkele transaksie.[277]

In die tweede plek wyk die bewoording af van die geykte vereiste dat die betrokke persoon "knowingly a party to the carrying on of the business in the manner aforesaid" moet wees en vereis in stede dat so 'n persoon "knowingly concerned in the doing of the act with that intent or for that purpose" moet wees. Laasgenoemde frase is meer presies as die eerste, aangesien betrokkenheid by die gewraakte handeling vereis word en nie net blote deelname aan die dryf van die besigheid nie. Alle onsekerhede word egter nog nie deur die verbeterde bewoording ondervang nie, aangesien daar steeds spekulasie bestaan oor die korrekte uitleg daarvan.[278]

In die derde plek word *fraudulent trading* in terme van die bepaling beperk tot die aantal gevalle waar hierdie bepaling van toepassing is op 'n maatskappy, dit wil sê daardie gevalle waar die maatskappy onder artikel 589 resorteer.[279] Indien die betrokke maatskappy nie onder die artikel 589 tuisgebring kan word nie, kan *fraudulent trading* ingevolge die bepaling nie in daardie maatskappy plaasvind nie.

In die vierde plek is daar belangrike verskille tussen hierdie bepalings en die klassieke *fraudulent trading*-bepaling ten aansien van die siviele verhaalsreg. Enige bedrag ingevolge 'n Australiese *fraudulent trading*-bevel is betaalbaar aan die maatskappy en nie direk aan 'n skuldeiser of groep skuldeisers nie. Aangesien die bedrag aan die maatskappy betaalbaar is, is *locus standi*

277 Sien Williams "Fraudulent trading" 1986 *Company and Securities Law Journal* 14 27.

278 Sien Williams "Fraudulent trading" 1986 *Company and Securities Law Journal* 14 28 vir spekulasie oor 'n meer beperkte uitleg en Austin *et al Australian corporation law - principles and practice* vol ii [diensuitgawe] 5.8.0105 vir 'n breër benadering.

ingevolge artikel 593(2) beperk. Die aansoek kan basies gebring word deur die likwidateur, administrateur of *receiver* van die maatskappy, deur die *ASC* of deur krediteure of kontribuante wat gemagtig is deur die *ASC* en, slegs waar die maatskappy in administrasie is, deur 'n lid van die maatskappy.[280] Die verhaalsreg word voorts afhanklik gestel van 'n suksesvolle strafregtelike vervolging vir *fraudulent trading* ["Where a person has been convicted of an offence under sub-section 592(6) ..."]. Slegs waar 'n persoon skuldig bevind is aan die misdryf *fraudulent trading*, beskik die hof dus oor die bevoegdheid om 'n siviele bevel ingevolge artikel 593 teen die persoon uit te reik.

Die laaste aspek van belang handel oor die interpretasie van die kardinale frase "intent to defraud". Hoewel die Australiese bepaling gelykluidend met die Suid-Afrikaanse, Engelse en Ierse bepalings is wat hierdie frase betref, word dit op 'n besonder konserwatiewe wyse in Australië uitgelê. Die Australiese *High Court* het in *Hardie v Hanson*[281] bevind dat 'n suiwer subjektiewe toets toegepas moet word om vas te stel of 'n persoon met die nodige bedrieglike opset gehandel het.[282] Die *High Court* was nie bereid om te bevind dat 'n krediettransaksie bedrieglik gesluit was, bloot omdat daar by kontraksluiting geen redelike hoop bestaan het om die kredietskuld te delg nie.[283] Die onwilligheid van die *High Court* om die aanwesigheid van 'n bedrieglike opset uit die hopeloosheid van die maatskappy se finansies af te lei, het dit besonder moeilik gemaak om die vereiste opset te bewys. Engelse en Suid-Afrikaanse howe, aan die ander kant, het hulleself meer gewillig getoon om af te lei dat 'n persoon bedrieglik opgetree het, wanneer hy skuld oploop sonder enige redelike vooruitsig dat hy dit reëlmatig sal kan delg.[284] Die strenger benadering van die Australiese hof het die kanse op 'n suksesvolle vervolging en 'n suksesvolle eis op grond van *fraudulent trading* aansienlik bemoeilik. Dit het ook bygedra tot die groter belang van die maatreëls rakende *insolvent trading*, welke maatreëls kort na die uitspraak in *Hardie v Hanson* deel geword het van die Australiese

279 Sien par 4.2 van hierdie hoofstuk vir die teks van hierdie artikel.

280 Sien a 593(3) en a 589(5) van die *Corporations Law*.

281 1960 105 CLR 451. Sien in die alg Williams "Fraudulent trading" 1986 *Company and Securities Law Journal* 14 23-25; McPherson *The law of company liquidation* [1968] 307.

282 Sien ook parr 2.2.3 en 2.2.4 van Hoofstuk 4.

283 *Hardie v Hanson* 1960 105 CLR 451 467: "[E]ven if the chances of payment of all creditors in full were so remote that it belonged to the realms of hope rather than belief, it seems to me that the fault, grievous though it may be, falls rather short of fraud unless it is coupled with something else, such as misrepresentation of the position or an intention to use goods purchased on credit for the purposes of dishonest gain, which gives it a fraudulent character."

284 Sien *Re Grantham Ltd* 1984 3 All ER 166 en die bespreking van die SA reg in hierdie verband in par 4.1.1 van Hoofstuk 2.

maatskappyereg.[285]

4.2.2 Evaluering

Die eiesoortighede in die Australiese *fraudulent trading* bepaling val nie almal as ewe gelukkig op nie. Terwyl die groter presisie van die bewoording positief is, staan veral drie aspekte as negatief uit.

In die eerste plek is dit opvallend dat beide strafregtelike en siviele aanspreeklikheid ingevolge die bepaling beperk word tot maatskappye wat onder artikel 589 resorteer, dit wil sê maatskappye wat ondersoek word, gelikwideer of insolvent is of hulleself in verbandhoudende omstandighede bevind.[286] Hoewel die lys van relevante maatskappye redelik lywig is, sluit dit nogtans die grootste gros maatskappye uit. Indien die maatskappy nie onder artikel 589 resorteer nie, is die bepaling nie van toepassing nie, al is die besigheid van die maatskappy bedrieglik gedryf.[287] Gewone strafregtelike en sivielregtelike gevolge op grond van die algemene bedrogreg vloei natuurlik nog steeds daaruit voort, maar statutêre aanspreeklikheid ingevolge hierdie artikel kan nie volg nie.[288] Terwyl regverdiging nog gevind kan word vir die beperking van die siviele verhaalsreg tot maatskappye in insolvente omstandighede,[289] kan die beperking op die strafregtelike aanspreeklikheid moeilik geregverdig word. Williams wys tereg daarop dat:[290]

> "[t]he anti-social act is the fraudulent trading itself, and this is not purged simply because the company manages to remain solvent."

Die tweede aspek wat opval, is die eienaardige wyse waarop die siviele verhaalsreg gestruktureer word. Die verhaalsreg ontstaan eers nadat 'n persoon

---

285 Austin *et al Australian corporation law - principles and practice* vol ii [diensuitgawe] 5.8.0100. McPherson *The law of company liquidation* [1968] 307 koppel die invoering van die *insolvent trading*-bepaling direk aan ontevredenheid oor die konserwatiewe bewysriglyne wat die *High Court* tav *fraudulent trading* neergelê het.

286 Sien die teks van die bepaling soos aangehaal in par 4.2 van hierdie hoofstuk vir die volledige lys.

287 Een praktiese gevolg van hierdie onlogiese benadering is dat die bepaling nie van toepassing is waar die besigheid van 'n maatskappy so suksesvol bedrieglik gedryf is, dat die maatskappy 'n gesonde wins getoon het sonder om die aandag van die *ASC* te trek nie. Sien Williams "Fraudulent trading" 1986 *Company and Securities Law Journal* 14 17.

288 Austin *et al Australian corporation law - principles and practice* vol ii [diensuitgawe] 5.8.0090 n20.

289 Vgl bv die regverdiging vir 'n soortgelyke beperking in die Engelse reg in par 2.2.2 van hierdie hoofstuk.

290 Williams "Fraudulent trading" 1986 *Company and Securities Law Journal* 14 17.

skuldig bevind is aan *fraudulent trading*.[291] Indien 'n vervolging om welke rede ook al nie ten aansien van die misdryf ingestel word nie, kan geen verhaalsreg ingevolge die bepaling uitgeoefen word nie. Indien die vervolging wel ingestel word, maar nie daarin slaag om die saak bo redelike twyfel te bewys nie, sal 'n benadeelde oor geen verhaalsreg ingevolge die bepaling beskik nie, al is die bewyse voldoende om die saak op 'n oorwig van waarskynlikheid te bewys. Hierdie beperkinge op die verhaalsreg bring teweeg dat dit in sommige gevalle eerder gerade sal wees om 'n eis op grond van wanvoorstelling teen die betrokke party in te stel, as om die statutêre meganisme op grond van *fraudulent trading* te probeer benut.[292]

Die derde aspek handel oor die misleide skuldeiser se reg op skadeloosstelling. Indien die aansoek om siviele aanspreeklikheid slaag, is die bedrag ingevolge artikel 593(2) betaalbaar aan die maatskappy. Die bedrag maak deel uit van die boedel van die maatskappy en is beskikbaar vir verdeling onder al die skuldeisers, ongeag of hulle die slagoffers van *fraudulent trading* was, al dan nie.[293] Daar is gevolglik nie 'n daadwerklike finansiële insentief vir 'n misleide skuldeiser om die hof te nader om 'n hofbevel op grond van *fraudulent trading* nie. Die koste en risiko van die aansoek sal vir sy rekening wees, terwyl al die skuldeisers in die voordeel van 'n suksesvolle aansoek sal baat. Selfs indien die skuldeiser besluit om die waagmoed aan die dag te lê om so 'n aansoek te bring, sal hy toestemming moet verkry by die *ASC* alvorens hy oor *locus standi* sal beskik.[294] Die stief wyse waarop hierdie artikel met 'n individuele skuldeiser handel, staan in direkte kontras met die statutêre verhaalsreg wat 'n individuele skuldeiser in die geval van *insolvent trading* geniet. Die doelbewuste wering van enige direkte eis en verhaling deur 'n individuele misleide skuldeiser, doen afbreuk aan die effektiwiteit van die bepaling as remedie.

Bogenoemde drie aspekte tesame met die konserwatiewe benadering ten aansien van die bewys van 'n bedrieglike opset, ontneem die *fraudulent trading*-bepaling grotendeels van die impak wat so 'n bepaling behoort te hê. Beide strafregtelik en sivielregtelik val die Australiese bepaling as minder gelukkig op as die ander bepalings wat tot dusver ontleed is. Hoewel die verbesondering van

---

291 Sien Williams "Fraudulent trading" 1986 *Company and Securities Law Journal* 14 18 vir 'n kritiese bespreking van hierdie strukturering.

292 Williams "Fraudulent trading" 1986 *Company and Securities Law Journal* 14 18. Vir kritiek rakende die koppeling tussen die siviele en strafregtelike aanspreeklikheid, sien Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] 328-329.

293 Austin *et al Australian corporation law - principles and practice* [diensuitgawe] vol ii 5.8.0090: "The requirement significantly undermines the utility of the civil remedy for fraudulent trading, a remedy already disadvantaged relative to s 592(1) [insolvent trading] by the need to prove fraud and to wait upon conviction under s 592(6)."

294 A 593(3)(b) van die *Corporations Law*.

die bewoording van die artikel as 'n verbetering opval, is dit duidelik dat die bepaling met te veel beperkings belas is om werklik 'n effektiewe strafsanksie en siviele remedie daar te stel.

4.3 "Insolvent trading"

Die *Corporations Law* bevat tans twee stelle bepalings rakende *insolvent trading*. Die eerste stel, wat ook die ouer stel bepalings is, is tesame met die *fraudulent trading*-bepaling verwoord in artikels 592 en 593. Die nuwe stel bepalings is vervat in Deel 5.7B van die *Corporations Law* en maak deel uit van artikel 588. Die nuwe bepalings is deur die *Corporate Law Reform Act* 1992 in die *Corporations Law* ingevoer en is gebaseer op die aanbevelings van die *Law Reform Commission*.[295]

Altwee stelle bepalings geld tans in die Australiese reg. Die ouer stel geld egter slegs ten aansien van skulde wat voor 23 Junie 1993 opgeloop is, terwyl die nuwe stel bepalings aanwending vind ten aansien van alle transaksies wat na daardie datum gesluit is.[296]

Aangesien die ouer stel bepalings steeds aanwending vind, word hierdie bepalings vervolgens bespreek. Die voorstelle van die *Law Reform Commission* en die nuwe bepalings sal dan teen die agtergrond van die ouer bepalings ontleed word.

4.3.1 "Insolvent trading" in artikel 592 en 593

Die eerste *insolvent trading*-bepaling het een subartikel in die *Companies Act* 1961 beslaan.[297] Hierdie beskeie ontstaan is veral opvallend in die lig van die omvang van die nuwe geslag bepalings op hierdie terrein. Die bepaling het

295 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988]. Sien par 4.3.2 van hierdie hoofstuk ev vir 'n bespreking van die aanbevelings.

296 Hoewel onsekerheid daaroor bestaan, wil dit voorkom asof die *fraudulent trading*-bepaling in aa 592 en 593 nie beïnvloed word deur die inwerkingtreding van die nuwe *insolvent trading*-bepalings nie en dus steeds bly geld tav die bedrieglike oploop van nuwe skulde. Sien Austin *et al Australian corporation law - principles and practice* vol ii [diensuitgawe] 5.8.0090.

297 A 303(3) van die *Companies Act* 1961: "If in the course of the winding up of a company it appears that an officer of the company who was knowingly a party to the contracting of a debt provable in the winding up had, at the time the debt was contracted, no reasonable or probable ground of expectation, after taking into consideration the other liabilities, if any, of the company at the time, of the company being able to pay the debt, the officer shall be guilty of an offence against this Act." Sien Paterson & Ednie *Australian company law* [1962] 599-600; Pollard "Fear and loathing in the boardroom: directors confront new insolvent trading provisions" 1994 *Australian Business Law Review* 392 393.

sekere wysiginge ondergaan[298] en het in 'n nuwe formaat in die *Companies Act* 1981 verskyn.[299] Die bepaling is, behoudens enkele kleiner wysigings, in sy 1981-formaat in die *Corporations Law* oorgeneem.[300] Weens die belang van die bewoording van die bepalings vir hierdie bespreking, word die kerngedeeltes daarvan volledig aangehaal:

> **"592(1) [Management jointly and severally liable]** Where:
>
> (a) a company has incurred a debt before the commencement of Part 5.7B;
>
> (b) immediately before the time when the debt was incurred:
>
> (i) there were reasonable grounds to expect that the company will not be able to pay all its debts as and when they become due; or
>
> (ii) there were reasonable grounds to expect that, if the company incurs the debt, it will not be able to pay all its debts as and when they become due; and
>
> (c) the company was, at the time when the debt was incurred, or becomes at a later time, a company to which this section applies;
>
> any person who was a director of the company or took part in the management of the company, at the time when the debt was incurred contravenes this section and the company and that person or, if there are 2 or more such persons, those persons are jointly and severally liable for the payment of the debt.
>
> **592(2) [Defence]** In any proceeding against a person under subsection (1), it is a valid defence if it is proved:
>
> (a) that the debt was incurred without the person's express or implied authority or consent; or
>
> (b) that at the time when the debt was incurred, the person did not have reasonable cause to expect:
>
> (i) that the company would not be able to pay all its debts as and when they became due; or
>
> (ii) that, if the company incurred that debt, it would not be able to pay all its debts as and when they became due."
>
> **593(1) [Court to determine personal liability]** Where a person has been convicted of an offence under subsection 592(1) in respect of the incurring of a debt, the Court, on the application of the Commission or the person to whom the debt is payable, may, if it thinks it proper to do so, declare that the first-mentioned person shall be personally responsible without any limitation of liability for the payment to the person to whom the debt is payable of an amount equal to the whole of the debt or such part of it as the Court thinks proper."

Die bepaling kan bondig soos volg saamgevat word: enige persoon wat

---

298 Sien die latere a 374 van die *Companies Act* 1961. Een van die sentrale wysigings was die uitbreiding van die aanvanklike strafregtelike bepaling om ook siviele aanspreeklikheid in te sluit. Sien bv *Wren v Lyndon* 1971-1973 ACLC 27383; *Re Klintworth Homes Pty Ltd (In liq) & the Companies Act* 1977 2 NSWLR 904.

299 Aa 556 en 557 van die *Companies Act* 1981. Vir 'n bespreking sien Lipton & Herzberg *Understanding company law* [1984] 237-238; *CCH Guide book to the Australian company law* [1988] 179-181.

300 Sien Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stell LR* 148 156.

deelgeneem het aan die bestuur van die maatskappy toe die maatskappy 'n skuld opgeloop het, terwyl redelike gronde bestaan het om te verwag dat die maatskappy nie in staat sal wees om al sy skulde reëlmatig terug te betaal nie, pleeg 'n misdryf en is gesamentlik en afsonderlik saam met die maatskappy aanspreeklik vir die terugbetaling van die betrokke skuld. Die betrokke persoon kan homself geldig verweer deur aan te voer dat die skuld sonder sy toestemming opgeloop is of dat dit opgeloop is in 'n stadium toe die persoon geen redelike gronde gehad het om te verwag dat die maatskappy nie in staat sal wees om al sy skulde reëlmatig af te betaal nie.

Twee bepalings, artikel 592(3) en artikel 593(1), maak voorsiening vir persoonlike aanspreeklikheid op grond van *insolvent trading*. Artikel 592(3) maak voorsiening vir die afdwinging van persoonlike aanspreeklikheid ongeag of die betrokke persoon aan 'n misdryf ingevolge artikel 592(1) skuldig bevind is, al dan nie.[301] Indien die persoon egter skuldig bevind is aan die tersaaklike misdryf mag die *ASC* of die skuldeiser die hof ingevolge artikel 593(1) nader om 'n bevel dat die persoon 'n bedrag gelykstaande aan die betrokke skuldbedrag, of sodanige gedeelte daarvan as wat die hof billik ag,[302] aan die skuldeiser moet betaal.[303] Die reg om aansoek te doen om 'n bevel ingevolge artikel 593(1) is beperk tot die *ASC* en die betrokke skuldeiser. Die likwidateur van die maatskappy beskik gevolglik nie oor *locus standi* nie.[304]

Die aanspreeklikheid vestig nie elke keer wanneer 'n skuld namens 'n maatskappy opgeloop word, terwyl 'n redelike terugbetalingsverwagting ontbreek nie. Artikel 592(1)(c) beperk die aanwending van hierdie bepalings tot daardie maatskappye wat ten tyde van die betrokke transaksie of op 'n later stadium onder artikel 589 resorteer.[305]

---

301 Sodanige eis hoef slegs op 'n oorwig van waarskynlikheid bewys te word. Sien a 592(4) van die *Corporations Law* en *Rema Industries and Services Pty Ltd v Coad* 1992 7 ACSR 251 257. Die betaling van enige gedeelte van 'n maatskappy se skuld ingevolge artikel 592(1) skep geen verpligting op die maatskappy om die betrokke persoon vir die betaling te vergoed nie. Sien a 592(5) van die *Corporations Law*. Die aanspreeklike persoon beskik egter oor 'n verhaalsreg tav ander persone wat soortgelyke aanspreeklikheid opgeloop het. Sien a 594 van die *Corporations Law* en *Spika Trading Pty Ltd v Harrison* 1990 8 ACLC 310.

302 Sien *Corporate Affairs Commission v Karounos* 1985 3 ACLC 410 rakende die uitoefening van die diskresie.

303 Sien *3M Australia Pty Ltd v Watt: NEC Home Electronics Australia Pty Ltd v White* 1985 9 ACLR 203; *Ross McConnell Kitchen & Co Pty Ltd v Ross* 1985 9 ACLR 532 534 vir problematiek rakende die samehang tussen die aanspreeklikheid ingevolge a 592(1) en a 593(1).

304 *Ross McConnell Kitchen & Co Pty Ltd v Ross* 1985 9 ACLR 532.

305 Sien par 4.2 van hierdie hoofstuk vir die tersaaklike teks van a 589. Sien ook Herzberg "Insolvent trading" 1991 *Company and Securities Law Journal* 285 289-291 en Young "Corporations - personal liability of directors" 1992 *The Australian Law Journal* 606 vir

4.3.1.1 UITLEG VAN DIE BEPALINGS

Interessante uitlegprobleme is ervaar met die bewoording van die bepalings.[306] Die belangrikste problematiek in hierdie verband, word vervolgens bondig bespreek.

4.3.1.2 OPLOOP VAN 'N SKULD

Heelwat aandag is al deur Australiese howe en regsgeleerdes afgestaan aan die uitleg van die frase "incurred a debt" en spesifiek die stadium waarop 'n skuld opgeloop word.[307]

---

problematiek tav die uitleg van a 589.

306 Vir besprekings van die uitleg van hierdie bepalings, sien Austin *et al Australian corporation law - principles and practice* vol ii [diensuitgawe] 5.8.0040-5.8.008; Batten "Group Four Industries Pty Ltd v Brosnan (1992 8 ACSR 463)" 1993 *Company and Securities Law Journal* 53; Baxt "Directors' liability for debts - a cutting back of the expansive interpretation" 1992 *Company and Securities Law Journal* 68; Baxt "Liability of shadow directors for insolvent trading - Australian authorities start to bite" 1996 *Company and Securities Law Journal* 121; Brown "Does section 592 apply to guarantees? The risks increase after the Hawkins case" 1993 *Company and Securities Law Journal* 34; Dodds "New developments in directors' duties - the Victorian stance on financial competence" 1991 *Monash University Law Review* 132; Grawehr "A comparison between Australian and European insolvent trading laws" 1996 *Company and Securities Law Journal* 16; Griggs "Inactive directors - under attack" 1992 *University of Tasmania Law Review* 75; Herzberg "The Metal Manufacturers case and the Australian Law Reform Commission's insolvent trading recommendations" 1989 *Company and Securities Law Journal* 177; Herzberg "Heide v Lester (1990 8 ACLC 958)" 1991 *Company and Securities Law Journal* 104; Herzberg "Insolvent trading" 1991 *Company and Securities Law Journal* 285; Noble Antrobus "Section 556 - when does a company incur a debt?" 1990 *Company and Securities Law Journal* 324; Noble Antrobus "Section 556 (Corporations Law s 592): Is a debt a debt?" 1991 *Company and Securities Law Journal* 349; Noble "A creditor's right under Corporations Law s 486 to inspect, for purposes of a s 592 action, the books of a company in liquidation" 1992 *Company and Securities Law Journal* 346; Noble "When does a company incur a debt under the insolvent trading provisions of the Corporations Law?" 1994 *Company and Securities Law Journal* 297; Noble "Recent decisions on section 592 of the Corporations Law" 1995 *Company and Securities Law Journal* 530; Tomasic *Australian corporate insolvency law* [1993] 349-359; Trethowan "Directors' personal liability to creditors for company debts" 1992 *Australian Business Law Review* 41; Trethowan "Directors' personal liability for insolvent trading: at last a degree of consensus" 1993 *Company and Securities Law Journal* 102; Worthington "Liability for insolvent trading: routes and rules in reform" 1992 *Company and Securities Law Journal* 214; Young "Corporations - personal liability of directors" 1992 *The Australian Law Journal* 606.

307 Sien bv Brown "Does section 592 apply to guarantees? The risks increase after the Hawkins case" 1993 *Company and Securities Law Journal* 34; Herzberg "Insolvent trading" 1991 *Company and Securities Law Journal* 285 292-295; Noble Antrobus "Section 556 - when does a company incur a debt?" 1990 *Company and Securities Law Journal* 324; Noble Antrobus "Section 556 (Corporations Law s 592): Is a debt a debt?" 1991 *Company and Securities Law Journal* 349; Noble "When does a company incur a debt under the insolvent trading provisions of the Corporations Law?" 1994 *Company*

Volgens Herzberg word "skulde" in hierdie konteks beskou as:[308]

> "liabilities incurred by a company as a consequence of breaching a contract freely entered into and where breach is due to non-payment of the price."

'n Positiewe handeling deur die maatskappy word dus vereis ten einde 'n skuld op te loop. Daar is gevolglik al bevind dat 'n vonnisskuld[309] en 'n verpligting om verkoopbelasting aan die staat oor te betaal[310] nie as 'n skuld in die konteks van hierdie bepaling kwalifiseer nie.

Die moment waarop 'n skuld opgeloop word, is van kardinale belang ten aansien van *insolvent trading*, aangesien die toets ten aansien van die redelike terugbetalingsverwagting op hierdie moment konsentreer. Die howe het verskillende standpunte in hierdie verband ingeneem.

In *Russell Halpern Nominees Pty Ltd v Martin*[311] het die *Supreme Court* van *Western Australia* bevind dat 'n skuld ingevolge 'n huurkontrak opgeloop word by aanvanklike sluiting van die huurkontrak. Sou die huurdermaatskappy gevolglik later in 'n finansiële verknorsing beland en in besit bly van die huurperseel, terwyl die bestuur besef dat die maatskappy nie in staat sal wees om die verskuldigde huur ten aansien van daardie periode te betaal nie, sal geen aanspreeklikheid op grond van *insolvent trading* volg nie.[312] In *Hussein v Good*[313] het die *Supreme Court* van *Victoria* bevind dat "skuld" vir die doeleindes van hierdie bepaling nie 'n kontingente skuld insluit nie.[314] Indien 'n maatskappy dus 'n bestelling vir goedere plaas op die basis dat betaling by lewering sal geskied, word die skuld opgeloop op die datum van lewering van die goedere en nie op die datum waarop die goedere bestel word nie. Indien die maatskappy

and Securities Law Journal 297.

308 Herzberg "Insolvent trading" 1991 *Company and Securities Law Journal* 285 292.

309 Sien *Jelin Pty Ltd v Johnson* 1987 5 ACLC 463. Sien ook Noble "When does a company incur a debt under the insolvent trading provisions of the Corporations Law?" 1994 *Company and Securities Law Journal* 297 299.

310 *Castrisios v McManus; McManus v Castrisios* 1991 9 ACLC 287. Sien ook Noble Antrobus "Section 556 (Corporations Law s 592): Is a debt a debt?" 1991 *Company and Securities Law Journal* 349; Noble "When does a company incur a debt under the insolvent trading provisions of the Corporations Law?" 1994 *Company and Securities Law Journal* 297 299-300. Sien ook *Commissioner of State Taxation (WA) v Pollock* 1993 11 ACLC 16.

311 1986 4 ACLC 393.

312 Sien Herzberg "Insolvent trading" 1991 *Company and Securities Law Journal* 285 292-295 vir kritiese kommentaar. Sien ook Grawehr "A comparison between Australian and European insolvent trading laws" 1996 *Company and Securities Law Journal* 16 18.

313 1990 1 ACSR 710.

314 Sien *contra TCN v Scotney* 1995 17 ACSR 116 119. Sien Noble "When does a company incur a debt under the insolvent trading provisions of the Corporations Law?" 1994 *Company and Securities Law Journal* 297 vir 'n kritiese bespreking van die vraag of die

dus na die aanvanklike plasing van die bestelling vir die goedere sy vermoë om daarvoor te betaal verloor, moet die maatskappy weier om lewering van die goedere te aanvaar ten einde die bestuur teen aanspreeklikheid vir *insolvent trading* te vrywaar.[315] Hoewel die *Russel Halpern*-benadering ten aansien van die ontstaan van 'n skuld uit hoofde van 'n huurkontrak en die *Hussein v Good*-benadering rakende die ontstaan van 'n skuld uit hoofde van 'n bestelling vir goedere duidelik teenstrydig is, weerspieël hierdie uitsprake die heersende reg in Australië.[316]

Die uiteenlopende benaderings ten aansien van die moment waarop 'n skuld opgeloop word, skep regsonsekerheid. Hierdie onsekerheid verminder die doeltreffendheid van die bepaling. In 'n geval waar die direkteure van 'n maatskappy onder die indruk is dat die skuld ingevolge 'n betrokke kontrak eers op 'n later datum opgeloop word, terwyl die hof dit aan 'n vroeër datum koppel, kan die gevolge ook onregverdig wees.

4.3.1.3 REDELIKE GRONDE

Die kern-toets van die bepaling handel oor die aanwesigheid of afwesigheid van 'n redelike verwagting dat die maatskappy in staat sal wees om die betrokke skuld sowel as sy ander skulde reëlmatig terug te betaal. Terwyl die Australiese howe eensgesind is daaroor dat redelikheid die toepassing van 'n objektiewe maatstaf impliseer,[317] heers daar nie eenstemmigheid oor die inkleding van die maatstaf nie. Die bepaling bied ook nie leiding rakende die wyse waarop die toets toegepas moet word nie.

Ten einde te bepaal of daar redelike gronde vir 'n betalingsverwagting was, moet bewys word dat 'n redelike persoon so 'n verwagting onder die omstandighede sou gekoester het. In *3M Australia Pty Ltd v Kemish*[318] het die *Supreme Court* van *New South Wales* daarop gewys dat die bepaling nie leiding verskaf oor die tipe persoon wat as maatstaf gebruik moet word ten einde te

term "skuld" in hierdie bepaling 'n kontingente skuld insluit.

315 Austin *et al Australian corporation law - principles and practice* vol ii [diensuitgawe] 5.8.0059. Sien ook *Hamilton v Abbott* 1980 5 ACLR 391.

316 Sien *Rema Industries and Services Pty Ltd v Coad* 1992 7 ACSR 251. Sien ook Grawehr "A comparison between Australian and European insolvent trading laws" 1996 *Company and Securities Law Journal* 16 17-18; Noble "When does a company incur a debt under the insolvent trading provisions of the Corporations Law?" 1994 *Company and Securities Law Journal* 297 307.

317 Vgl bv *Pioneer Concrete Pty Ltd v Ellston* 1986 10 ACLR 289; *3M Australia Pty Ltd v Kemish* 1986 10 ACLR 371; *Commonwealth of Australia v Friedrich* 1991 9 ACLC 946 954; *Rema Industries and Services Pty Ltd v Coad* 1992 7 ACSR 251; *TCN v Scotney* 1995 17 ACSR 116 118.

bepaal of spesifieke feite redelike gronde vir so 'n verwagting sou vorm, al dan nie. Faktore wat redelike gronde vir so 'n verwagting deur 'n ouditeur sal daarstel, mag nie redelike gronde vir 'n bode daarstel om dieselfde verwagting te koester nie. Die hof het na 'n ondersoek van die regsbeginsels tot die gevolgtrekking gekom dat 'n eiser faktore sal moet aantoon wat aanwesig was ten tyde van kontraksluiting, welke faktore:"[319]

> "would reasonably induce a director or manager of ordinary competence to anticipate or predict that the company would clearly be unable to pay all its debts as and when they became due."

Die hof het bevind dat hierdie toets suiwer objektief is en nie enige kennis of persoonlike eienskappe van die betrokke persoon verreken nie.[320]

In *Heide Pty Ltd (t/as Farmhouse Smallgoods) v Lester*[321] het die *Supreme Court* van Victoria 'n teenoorgestelde standpunt ingeneem en bevind dat die betrokke direkteur of bestuurder se optrede gemeet moet word aan die optrede van 'n redelike en verstandige persoon in dieselfde posisie as die direkteur of bestuurder en met daardie direkteur of bestuurder se kennis van die maatskappy. Die hof het ook die toets as objektief beskou, maar was van mening dat die toetsmodel die subjektiewe kennis van die betrokke persoon moet verreken.

In *Commonwealth of Australia v Friedrich*[322] het die *Supreme Court* van Victoria van altwee hierdie standpunte verskil. Die hof het bevind dat die bepaling se bewoording nie ruimte skep vir die subjektief-objektiewe toets wat in *Heide Pty Ltd (t/as Farmhouse Smallgoods) v Lester* voorgestaan is nie.[323] Die hof het egter ook die toets soos verwoord in *3M Australia Pty Ltd v Kemish* verwerp. Hoewel die hof ook bevind het dat die toets 'n suiwer objektiewe toets was wat nie die persoonlike faktore van die persoon verreken het nie,[324] was die hof van mening dat die toets wat in *3M Australia Pty Ltd v Kemish* geformuleer was, te vaag was. Die hof het in stede bevind dat die toepaslike toets verwys na "a

---

318 1986 10 ACLR 371.

319 *3M Australia Pty Ltd v Kemish* 1986 10 ACLR 371 378.

320 Sodanige faktore word wel verreken by die verwere wat die bepaling vir die persoon skep. Sien *3M Australia Pty Ltd v Kemish* 1986 10 ACLR 371 373, 376.

321 1990 8 ACLC 958. Vir 'n bespreking sien Herzberg "Heide v Lester (1990 8 ACLC 958)" 1991 *Company and Securities Law Journal* 104.

322 1991 9 ACLC 946. Sien Herzberg "Insolvent trading" 1991 *Company and Securities Law Journal* 285 310-312 vir 'n bespreking van die uitspraak.

323 *Commonwealth of Australia v Friedrich* 1991 9 ACLC 946 954.

324 *Commonwealth of Australia v Friedrich* 1991 9 ACLC 946 954. Sien ook *TCN v Scotney* 1995 17 ACSR 116 118.

person seeking properly to perform the duties of a director of the company":[325]

> "To speak of a director of ordinary, reasonable or average competence or prudence, or indeed of an ordinary reasonable or average director is to give no very useful description, whereas a person seeking properly to perform the duties of a director of a particular company can be identified by reference to more specific criteria of which ordinariness, reasonableness and averageness are, or may be, merely ingredients."

Die *Federal Court - General Division* van Australië het hierdie debat nie beëindig nie. In 1992 het die hof hom in *Rema Industries and Services Pty Ltd v Coad*[326] by die toets soos uiteengesit in *3M Australia Pty Ltd v Kemish* geskaar.[327] In 1995 het hierdie afdeling van die *Federal Court* egter die toets wat in *Commonwealth of Australia v Friedrich* toegepas is, onderskryf, maar, na 'n verwysing na onder andere *3M Australia Pty Ltd v Kemish*, voortgegaan om te vra welke verwagting 'n redelike direkteur onder die omstandighede sou koester.[328]

Die debat handel oor 'n kardinale aspek van die wetgewing. Hoewel daar in die praktyk nie veel verskil blyk tussen die resultate van die verskillende toetse nie, kan een toets denkbaar in 'n gegewe geval tot aanspreeklikheid lei, waar 'n ander toets dit sou uitsluit. Die oorheersende indruk waarmee die verskillende uitsprake 'n leser laat, is dat 'n duideliker omskrywing van die toepaslike toets in die bepaling die debat sou ondervang en die effektiwiteit van die bepaling sou bevorder.

In die ontleding van die omstandighede wat moes aanleiding gee tot 'n redelike terugbetalingsverwagting, het die Australiese howe 'n baie realistiese standpunt ingeneem.[329] In *Dunn v Shapowloff*[330] het die *Supreme Court* van *New South*

---

325 *Commonwealth of Australia v Friedrich* 1991 9 ACLC 946 955.

326 1992 7 ACSR 251.

327 *Rema Industries and Services Pty Ltd v Coad* 1992 7 ACSR 251 258-259.

328 *TCN v Scotney* 1995 17 ACSR 116 118.

329 Vir 'n goeie voorbeeld van 'n geval waar 'n hof bevind het dat daar onvoldoende redelike gronde vir 'n terugbetalingsverwagting teenwoordig was, sien *Grimm v Roy Galvin & Co Ltd* 1988 ACLC 852. In daardie geval was daar oa 'n netto tekort aan kapitaal in die maatskappy, die maatskappy het nie substansiële bates besit nie, die direkteure het besluit dat die maatskappy nie verdere kontrakte sal werf nie, die bankrekening van die maatskappy was op alle relevante tye wesenlik oortrokke, substansiële kontantbedrae is tydens die betrokke tydperk aan verwante maatskappye oorbetaal, die maatskappy het betaling van skuldeisers weerhou en kontantvloeiprobleme erken en daar is gepoog om 'n kontrak met 'n derde te wysig vanweë die maatskappy se desperate finansiële omstandighede. Sien ook *Pioneer Concrete Pty Ltd v Ellston* 1986 10 ACLR 289; *John Graham Reprographics Pty Ltd v Steffens* 1987 5 ACLC 904.

330 1978 3 ACLR 775.

Wales die vraagstuk op die volgende wyse benader:[331]

> "[I]t is necessary to examine what is meant by ability to pay. That which is in question is not whether the company, at the relevant time, will be solvent or whether it will, on an assumed and instant liquidation, have a surplus sufficient to meet the debt, though these may be relevant in considering the statutory question. What will constitute ability to pay must be determined in a realistic way by reference to the facts of the particular case after taking into consideration, *inter alia*, the company's assets and liabilities and the nature of them, and the nature and circumstances of the company's activities."[332]

Die feit dat die maatskappy se laste sy bates oorskry, is gevolglik relevant, maar nie deurslaggewend nie.[333] Dit is byvoorbeeld belangrik om te oorweeg of die maatskappy realisties daarop kon reken om die nodige geld betyds te leen om die skuld af te betaal.[334] Waar die maatskappy daarop gereken het om die nodige bedrag te verkry deur die verkoping van 'n bate, moet oorweeg word of sodanige verkoping redelikerwys binne die tydperk kon plaasvind en welke prys sodanige bate onder daardie omstandighede sou behaal.[335] Daar moet ook aandag geskenk word aan die vraag of die maatskappy en die beamptes 'n regsplig sou skend of die reëls van die insolvensiereg sou verbreek, indien so 'n transaksie gesluit sou word. 'n Belofte van finansiële bystand is ook 'n voorbeeld van 'n relevante faktor wat oorweeg moet word.[336] Faktore wat intree nadat die skuld opgeloop was en wat nie redelikerwys voorsienbaar was op die relevante datum nie, mag natuurlik nie in ag geneem word nie.[337]

4.3.1.4 VERWERE

Wanneer 'n eiser aangetoon het dat redelike gronde om te verwag dat die maatskappy nie in staat sal wees om al sy skulde reëlmatig terug te betaal nie

---

331 *Dunn v Shapowloff* 1978 3 ACLR 775 784.

332 Vir goedkeuring en navolging vgl *3M Australia Pty Ltd v Kemish* 1986 10 ACLR 371 374-375; *Commonwealth of Australia v Friedrich* 1991 9 ACLC 946 957.

333 Die *Federal Court - General Division* het dit soos volg in *TCN v Scotney* 1995 17 ACSR 116 118 saamgevat: "The question is one of fact. Attention should be directed to whether a reasonable director or manager operating in a practical business environment would expect that at some point the company would be unable to meet a liability. The question involves consideration of the timing of revenue flow and debts incurred, and contingencies including the ability to raise funds. The conclusion ought to be clear from consideration of the debtor's financial position in its entirety and generally speaking ought not to be drawn simply from evidence of a temporary lack of liquidity." Sien ook Herzberg "Insolvent trading" 1991 *Company and Securities Law Journal* 285 297.

334 Sien in die alg *Dunn v Shapowloff* 1978 3 ACLR 775 784-785.

335 Sien *Dunn v Shapowloff* 1978 3 ACLR 775 784-785.

336 *Dunn v Shapowloff* 1978 3 ACLR 775 784. Sien ook *Flavel v Day* 1985 9 ACLR 502.

337 *3M Australia Pty Ltd v Kemish* 1986 10 ACLR 371 377-378; *TCN v Scotney* 1995 17 ACSR 116 118.

op die relevante tydstip aanwesig was, verskuif die aandag na die twee verwere waarvoor die bepaling voorsiening maak. Die betrokke persoon sal aan aanspreeklikheid kan ontsnap as hy kan bewys dat die skuld sonder sy toestemming opgeloop is of dat hy nie redelike gronde gehad het om te verwag dat die maatskappy nie sy skulde reëlmatig sal kan delg nie.[338]

Die mees problematiese verweer is die afwesigheid van toestemming. Hierdie verweer is ontleed in drie uitsprake, waar basies dieselfde tipe feite hulle voorgedoen het. Die tersaaklike maatskappy was telkemale 'n klein familiemaatskappy waar een persoon in effektiewe beheer van die maatskappy se besigheid was en die ander persone formeel aangestel was as direkteure, sonder om werklik hulle verpligtinge na te kom. In al drie gevalle het die maatskappy skulde in insolvente omstandighede opgeloop en het die vraag ontstaan of die versuimende direkteure geldig as verweer kan aanvoer dat die skuld sonder hulle volmag en toestemming opgeloop is.

In *Metal Manufacturers v Lewis*[339] het die *Supreme Court* van *New South Wales* by wyse van meerderheidsbesluit bevind dat 'n direkteur moet kennis dra of rede hê om te vermoed dat die spesifieke skuld opgeloop gaan word en in die posisie moet wees om dit te kan verhoed, alvorens aanspreeklikheid ter sprake kan kom.[340] 'n Argument dat die versuimende direkteure aanspreeklik gestel kan word, aangesien hulle by implikasie volmag aan die beherende direkteur verleen het om die skuld op te loop, is verwerp. Daar is bevind dat die beherende direkteur sy volmag aan sy amp ontleen en dat daar gevolglik nie geargumenteer kan word dat sy mede-direkteure dit aan hom verleen nie.[341]

Hierdie benadering het 'n perfekte verweer vir die versuimende direkteur gevorm: hoe minder moeite hy doen om sy ampsverpligtinge na te kom en ingelig te bly oor die maatskappy se sake, hoe groter is sy beskerming teen aanspreeklikheid ingevolge die bepaling.[342] Die minderheidsuitspraak het hierdie

338 A 592(2) van die *Corporations Law*.

339 1988 6 ACLC 725. Die uitspraak van die hof *a quo* is gerapporteer as *Metal Manufacturers Ltd v Lewis* 1986 11 ACLR 122. Vir 'n bespreking van hierdie uitspraak sien Herzberg "The Metal Manufacturers case and the Australian Law Reform Commission's insolvent trading recommendations" 1989 *Company and Securities Law Journal* 177 178; Dodds "New developments in directors' duties - the Victorian stance on financial competence" 1991 *Monash University Law Review* 132 142-143.

340 *Metal Manufacturers v Lewis* 1988 6 ACLC 725 735-736. Sien Pascoe "Coates v Hardwick (1988 6 ACLC 266)" 1988 *Company and Securities Law Journal* 218.

341 *Metal Manufacturers v Lewis* 1988 6 ACLC 725 733, 734.

342 Vir 'n kritiese bespreking van hierdie uitspraak, sien Herzberg "The Metal Manufacturers case and the Australian Law Reform Commission's insolvent trading recommendations" 1989 *Company and Securities Law Journal* 177; Herzberg "Insolvent trading" 1991 *Company and Securities Law Journal* 285 298-302; Trethowan "Directors' personal liability for insolvent trading: at last a degree of consensus" 1993 *Company and*

problematiese gevolg uitgewys en skerp van die meerderheidsuitspraak verskil.[343]

Die meerderheidsbenadering in die *Metal Manufacturers*-uitspraak is verwerp deur die *Supreme Court (Full Court)* van *Victoria* in *Morley v Statewide Tobacco Services Ltd*[344] en deur die *Supreme Court* van *South Australia* in *Group Four Industries Pty Ltd v Brosnan*.[345] Die aanvaarde benadering is tans dat afgelei kan word dat 'n versuimende direkteur geïmpliseerde volmag of toestemming aan die beherende direkteur ten aansien van die oploop van *gewone* bedryfskulde verleen. So 'n direkteur kan gevolglik aanspreeklikheid ten aansien van sodanige skulde oploop, al het hy nie kennis gedra van die spesifieke transaksie nie.[346]

'n Persoon wat hom op die tweede verweer wil beroep, naamlik 'n afwesigheid van redelike gronde om te verwag dat die maatskappy nie in staat sal wees om sy skulde terug te betaal nie, moet aantoon dat hy ten tyde van die transaksie nie oor enige redelike gronde beskik het om te verwag dat die maatskappy nie sy skulde sal kan terugbetaal nie. In die oorweging van hierdie verweer neem die howe 'n verskeidenheid faktore in ag,[347] byvoorbeeld die posisie wat die betrokke persoon in die maatskappy beklee het, sy spesifieke verantwoordelikhede, sy toegang tot inligting, en selfs persoonlike faktore soos

Securities Law Journal 102.

343 *Metal Manufacturers v Lewis* 1986 6 ACLC 725. Sien in die alg Herzberg "The Metal Manufacturers case and the Australian Law Reform Commission's insolvent trading recommendations" 1989 *Company and Securities Law Journal* 177.

344 1992 8 ACSR 305. Vir 'n bespreking van die uitspraak sien Herzberg "Insolvent trading" 1991 *Company and Securities Law Journal* 285 302-304; Trethowan "Directors' personal liability for insolvent trading: at last a degree of consensus" 1993 *Company and Securities Law Journal* 102. Die hof *a quo* se beslissing is gerapporteer as *Statewide Tobacco Services v Morley* 1990 2 ACSR 405. Vir 'n saakbespreking sien Dodds "New developments in directors' duties - the Victorian stance on financial competence" 1991 *Monash University Law Review* 132 145-146.

345 1992 8 ACSR 463. Vir 'n bespreking van die uitspraak sien Batten "Group Four Industries Pty Ltd v Brosnan (1992 8 ACSR 463)" 1993 *Company and Securities Law Journal* 53; Trethowan "Directors' personal liability for insolvent trading: at last a degree of consensus" 1993 *Company and Securities Law Journal* 102. Die uitspraak van die hof *a quo* is gerapporteer as *Group Four Industries Pty Ltd v Brosnan* 1991 5 ACSR 649 en word bespreek in Baxt "Directors' liability for debts - a cutting back of the expansive interpretation" 1992 *Company and Securities Law Journal* 68.

346 Sien in die alg *Morley v Statewide Tobacco Services Ltd* 1992 8 ACSR 305; *Group Four Industries Pty Ltd v Brosnan* 1992 8 ACSR 463. Sien ook Austin *et al Australian corporation law - principles and practice* vol ii [diensuitgawe] 5.8.0087; Trethowan "Directors' personal liability for insolvent trading: at last a degree of consensus" 1993 *Company and Securities Law Journal* 102; Baxt "Liability of shadow directors for insolvent trading - Australian authorities start to bite" 1996 *Company and Securities Law Journal* 121 123-125.

347 Sien in die alg *3M Australia Pty Ltd v Kemish* 1986 10 ACLR 371 377-380; *Commonwealth*

swak gesondheid op die relevante tydstip.[348] Aandag word ook in die algemeen geskenk aan die kennis waaroor die persoon inderdaad beskik het sowel as die kennis waaroor die persoon sou beskik het as hy sy verpligtinge as direkteur na behore nagekom het.[349]

4.3.2 Die Harmer-verslag

Die *Law Reform Commission* het in 1988 'n verslag uitgebring wat met 'n verskeidenheid van insolvensie-aangeleenthede gehandel het.[350] Hierdie verslag, wat bekend staan as die Harmer-verslag, het ook spesifieke aanbevelings rakende *insolvent trading* gemaak.[351]

Die Harmer-verslag was krities oor die *insolvent trading*-bepalings wat hierbo bespreek is. Die vermenging van strafregtelike en sivielregtelike aspekte in die bepalings,[352] die gebrek aan beskerming vir skuldeisers wat nie die nodige fondse het om 'n persoonlike aansoek om aanspreeklikheid te bring nie, die gebrek aan *locus standi* vir die likwidateur van die maatskappy en die tegniese gebreke in die bepalings wat aanleiding gegee het tot die verskille in uitleg deur die howe in verskillende state, is onder andere uitgelig as problematies.[353] Die kommissie was nogtans van mening dat daar wel spesifieke bepalings rakende

---

of Australia v Friedrich 1991 9 ACLC 946 959.

348 *Metal Manufacturers v Lewis* 1987 11 ACLR 122 129.

349 *Metal Manufacturers v Lewis* 1987 11 ACLR 122 129; *Statewide Tobacco Services Ltd v Morley* 1990 2 ACSR 405 431; *Morley v Statewide Tobacco Services Ltd v Morley* 1992 8 ACSR 305 320; *Group Four Industries Pty Ltd v Brosnan* 1992 8 ACSR 463; *Commonwealth of Australia v Friedrich* 1991 9 ACLC 946 957-959; *Rema Industries and Services Pty Ltd v Coad* 1992 7 ACSR 251 259.

350 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* [1988]. Vir die agtergrond tot hierdie verslag sien Dabner "Trading whilst insolvent - a case for individual creditor rights against directors" 1994 *University of New South Wales Law Journal* 546.

351 Vir besprekings van die voorstelle sien Herzberg "The Metal Manufacturers case and the Australian Law Reform Commission's insolvent trading recommendations" 1989 *Company and Securities Law Journal* 177 182-185; Herzberg "Insolvent trading" 1991 *Company and Securities Law Journal* 285 306-310; Dabner "Trading whilst insolvent - a case for individual creditor rights against directors" 1994 *University of New South Wales Law Journal* 546 552-556. Sien ook Sievers "Fraudulent trading" 1988 *Company and Securities Law Journal* 192; Pascoe "Coates v Hardwick (1988 6 ACLC 266)" 1988 *Company and Securities Law Journal* 218.

352 Vir gedetailleerde kommentaar rakende die negatiewe gevolge van hierdie vermenging op die uitleg van die bepalings deur Australiese howe, sien Pollard "Fear and loathing in the boardroom: directors confront new insolvent trading provisions" 1994 *Australian Business Law Review* 392 396-398.

353 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] par 279.

insolvente handeldrywing in die Wet moet verskyn:[354]

> "... [T]he history of the development of company law has demonstrated a need for a provision which turns the minds of directors to their responsibilities when incurring debts."

Die kommissie het gevolglik voorgestel dat die bestaande bedeling vervang moet word met 'n nuwe stel bepalings wat duidelik, rasioneel en geredelik afdwingbaar sal wees en wat skuldeisers in staat sal stel om op 'n gelyke basis in die opbrengs van 'n eis te deel.[355]

4.3.2.1 "INSOLVENT TRADING" SOOS AANBEVEEL

Die kommissie het aanbeveel dat 'n regsplig op direkteure[356] geplaas moet word om te voorkom dat die maatskappy in insolvente omstandighede skulde oploop [*insolvent trading*]. "Insolvente omstandighede" bestaan, ingevolge die voorstel, wanneer daar redelike gronde is om te vermoed dat die maatskappy nie in staat is om sy skulde te betaal nie. Verbreking van hierdie regsplig moet nie strafregtelike gevolge hê nie, maar moet tot siviele aanspreeklikheid teenoor die maatskappy aanleiding gee, indien die maatskappy weens insolvensie gelikwideer word. Die siviele eis moet deur die likwidateur van die maatskappy afgedwing word of deur 'n skuldeiser wat daartoe gemagtig is[357] en die bedrag moet beskikbaar wees vir verdeling onder die onversekerde skuldeisers.[358]

Die kommissie het 'n sterk standpunt ingeneem oor direkteursverpligtinge in insolvente omstandighede:[359]

> "...[T]he Commission intends that a rigorous standard be applied to directors. It is one thing to trade with shareholders' money. It is another thing to trade relying on the credit provided by third parties. Directors should be responsible for ensuring that the solvency of their company be monitored on a continuing basis. If they even suspect that the company may be trading while insolvent, they should examine its

354 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] par 276.

355 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] par 280.

356 Hoewel voorstelle ontvang is dat die plig uitgebrei moet word na senior beamptes van die maatskappy, het die kommissie gemeen dat die verpligting beperk moet word tot die direkteure. Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] par 324: "The duty focusses on preventing the company from engaging in a course of insolvent trading rather than the incurring of a particular debt. It is therefore appropriate to look to those who are entrusted with the overall management of the company rather than those who may have authority to take some part in its management. It is the directors who have a duty to oversee the whole management of the company. Only they should owe the duty to prevent insolvent trading."

357 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] par 283.

358 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] par 320.

359 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] par 304.

> affairs closely to ensure that there are reasonable grounds to expect that it will be able to pay its debts."

Die kommissie het ook die problematiek rakende die bewys van die staat van insolvensie op die betrokke tydstip aangespreek. Die kommissie was van mening dat die bepaling sekere vermoedens moet skep, ten einde die likwidateur in staat te stel om 'n siviele eis af te dwing:[360]

> The fact of insolvency may be proved in various ways. However a liquidator, being stranger to the past business operations of a company, is often confronted with considerable difficulty in affirmatively establishing that a company was insolvent at a time prior to the winding up, even though there may be every indication that this was the case. In many cases the liquidator will have to cope with either inadequate or meaningless company accounting records or no accounting records at all. To meet some of these difficulties it is proposed that there should be some presumptions to assist the liquidator in certain circumstances."

Die kommissie het gemeen dat statutêre vermoedens gepas sal wees in hierdie geval, aangesien die vermoedens die maatskappydirekteure met 'n weerleggingslas gaan belas. Die direkteure, het hulle gemeen, is weens hulle posisie en kennis van die maatskappy in staat om die vermoedens te weerlê, indien dit weerlegbaar is.[361] Drie vermoedens ten aansien van die bestaan van insolvente omstandighede is gevolglik voorgestel:

1 'n vermoede dat 'n maatskappy nie in staat is om sy skulde te betaal nie, indien sy laste (voorwaardelik sowel as toekomstig)[362] sy bates oorskry;[363]

2 'n vermoede dat insolvente omstandighede bestaan, waar behoorlike en voldoende rekeningkundige rekords wat die maatskappy se finansies verbesonder nie gehou is of nie tot die beskikking van die likwidateur

---

360 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] par 290.

361 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] par 290: "Statutory presumptions sometimes give rise to difficulties, but in this area they are considered appropriate because the presumptions proposed may be rebutted and affect the directors of a company who, because of their very position, may be expected to have a close knowledge of and access to the means of rebutting the presumptions (if that is possible)."

362 Sien in die besonder Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] parr 295 en 296 vir kritiek op die evaluering van 'n maatskappy se finansiële stand en die kommissie se pragmatiese reaksie daarop.

363 Ten einde probleme rakende waardasie van die betrokke bates en laste te vermy, is die aanbeveling soos volg verwoord: "The Commission recommends that there be a presumption that circumstances of insolvency exist at a particular time where it can be shown that the liabilities of the company, including its contingent and prospective liabilities, exceeded its assets at that time. The Commission further recommends that there be a similar presumption where current liabilities exceed current assets and there are insufficient assets reasonably capable of being realised or charged so as to enable the company to pay its current liabilities." Law Reform Commission *General Insolvency*

gestel is nie en die maatskappy waarskynlik nie in staat is om sy onversekerde skuldeisers meer as 50c in die dollar uit te betaal nie;[364] en

3 'n vermoede dat insolvente omstandighede voortgeduur het, indien bewys kan word dat sodanige omstandighede binne 12 maande voor likwidasie bestaan het.

Die voorstel het ook voorsiening gemaak vir verwere vir 'n persoon, indien bewys word dat die maatskappy in insolvente omstandighede handel gedryf het. Daar is aanbeveel dat 'n direkteur aan aanspreeklikheid moet ontkom, indien hy bewys dat hy redelike gronde gehad het om te verwag dat die maatskappy sy skulde uit sy eie bronne sal kan afbetaal. 'n Direkteur sal hom van hierdie bewyslas kan kwyt deur aan te toon dat 'n vaardige en betroubare persoon die verantwoordelikheid gehad het om hom van die nodige finansiële inligting te voorsien en dat die persoon skynbaar sy verpligtinge nagekom het.[365] Verdere verwere wat voorgestel is, is dat 'n direkteur redelike stappe geneem het om die skuldeisers se verliese te beperk[366] of dat 'n direkteur weens siekte of 'n ander goeie rede nie op die relevante tydstip aan die bestuur van die maatskappy deelgeneem het nie.[367]

Die basiese aanbevelings van die Harmer-verslag[368] ten aansien van *insolvent trading* is vervat in die *Corporate Law Reform Act* 1992.[369] Hierdie Wet het artikels 588G tot 588Z in die *Corporations Law* ingevoer. Laasgenoemde bepalings is van toepassing op alle skulde wat deur maatskappye opgeloop is sedert 23 Junie 1993, die datum van inwerkingtreding van die *Corporate Law Reform Act* 1992, terwyl die ouer stel *fraudulent trading*-bepalings in artikels 592 en 593 van die *Corporations Law* van toepassing is op skulde wat voor hierdie

---

Inquiry vol 1 [1988] par 296.

364 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] par 300.

365 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] par 309.

366 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] par 311.

367 Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] par 312.

368 Vir verdere verbandhoudende verslae sien oa Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs *Company directors' duties* [1989]; House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs *Corporate practices and the rights of shareholders* [1991].

369 Vir alg besprekings sien Dabner "Trading whilst insolvent - a case for individual creditor rights against directors" 1994 *University of New South Wales Law Journal* 546; Dabner "Insolvent trading: recent developments in Australia, New Zealand and South Africa" 1995 *JBL* 282; Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stell LR* 148 158-159; Pollard "Fear and loathing in the boardroom: directors confront new insolvent trading provisions" 1994 *Australian Business Law Review* 392.

datum opgeloop is.[370]

4.3.3 Die nuwe "insolvent trading"-bepalings

Die nuwe wetgewing is besonder omvattend en gedetailleerd. Die kernbepaling, artikel 588G, lui soos volg:

> **588G(1) [Application of section]** This section applies if:
>
> (a) a person is a director of a company at the time when the company incurs a debt; and
>
> (b) the company is insolvent at that time, or becomes insolvent by incurring that debt, or by incurring at that time debts including that debt; and
>
> (c) at that time, there are reasonable grounds for suspecting that the company is insolvent, or would so become insolvent, as the case may be; and
>
> (d) that time is at or after the commencement of this Part.
>
> **588G(2) [Contravention]** By failing to prevent the company from incurring the debt, the person contravenes this section if:
>
> (a) the person is aware at that time that there are such grounds for so suspecting; or
>
> (b) a reasonable person in a like position in a company in the company's circumstances would be so aware."

Die bepaling is basies van toepassing waar 'n persoon ten tyde van die sluiting van 'n krediettransaksie namens 'n maatskappy 'n direkteur van die maatskappy is en die maatskappy op daardie oomblik insolvent is of insolvent sal word, terwyl daar redelike gronde was om te vermoed dat die maatskappy insolvent is of insolvent sal word en die direkteur bewus was van die gronde of redelikerwys daarvan bewus moes gewees het. Hierdie vereistes word kortliks bespreek.

4.3.3.1 DIREKTEUR

Die verpligting wat die artikel skep, is alleen op maatskappydirekteure van toepassing.[371] Die ouer stel *insolvent trading*-bepalings is, aan die ander kant, van toepassing op direkteure sowel as op persone wat deelgeneem het aan die bestuur van die maatskappy. Die definisie van "direkteur" omvat egter persone wat optree as direkteure ongeag of hulle as sodanig beskryf word of nie, sowel as persone wat instruksies gee op grond waarvan die direkteure van die maatskappy gewoond is om te handel, dit wil sê skadu-direkteure.[372] Hierdie

370 Sien par 4.3.1 van hierdie hoofstuk ev vir die bespreking van hierdie bepalings.

371 Tomasic *Australian corporate insolvency law* [1993] 351.

372 A 60 van die *Corporations Law*. Sien ook Grawehr "A comparison between Australian and European insolvent trading laws" 1996 *Company and Securities Law Journal* 16 17; Baxt "Liability of shadow directors for insolvent trading - Australian authorities start to

wye definisie van "direkteur" vernou die verskil tussen die toepassingsgebiede van die twee stelle bepalings ten aansien van hierdie aspek.

Die bepaling is van toepassing indien die persoon 'n direkteur van 'n maatskappy is, wanneer die maatskappy 'n skuld oploop.[373] Soos in die vorige geslag *insolvent trading*-bepalings, ontbreek statutêre riglyne rakende die vasstelling van die presiese datum waarop 'n bepaalde tipe skuld opgeloop word. Die onsekerheid en teenstrydighede ten aansien van hierdie aspek waarop hierbo gewys is,[374] is gevolglik nie uit die weg geruim nie.

4.3.3.2 INSOLVENSIE

Die verpligting om die sluiting van die krediettransaksie te voorkom, ontstaan wanneer die maatskappy insolvent is ten tyde van die transaksie of waar die transaksie tot die insolvensie van die maatskappy sal lei.[375] "Insolvensie" in hierdie konteks verwys na die onvermoë om alle skulde terug te betaal, wanneer hulle verskuldig en betaalbaar word.[376] Die insolvensie van die maatskappy kan op die gewone wyses bewys word, maar die *Corporations Law* skep twee vermoedens wat benut kan word ten aansien van die siviele eis.[377] Die vermoedens is weerlegbaar en is nie van toepassing in strafregtelike vervolgings nie.

In die eerste plek, volg die *Corporations Law* die voorstelle van die Harmer-verslag en skep 'n vermoede dat 'n maatskappy insolvent was vanaf 'n spesifieke datum tot en met die likwidasie van die maatskappy, indien aangetoon kan word dat die maatskappy insolvent was op daardie datum en die datum binne 'n twaalf maande tydperk voor die likwidasie van die maatskappy val.[378]

---

bite" 1996 *Company and Securities Law Journal* 121.

373 "Oploop van skulde" dra klaarblyklik dieselfde betekenis as wat daaraan toegedig word in die uitleg van a 592. Sien Austin *et al Australian corporation law - principles and practice* vol ii [diensuitgawe] 5.7B.0525.

374 Sien par 4.3.1.2 van hierdie hoofstuk.

375 Anders as tav a 592, is die werking van hierdie bepaling nie beperk tot die a 589-gevalle nie. Al vereiste vir die toepassing van die bepalings is insolvensie ten tyde of as gevolg van 'n transaksie waardeur 'n skuld opgeloop word. Sien Grawehr "A comparison between Australian and European insolvent trading laws" 1996 *Company and Securities Law Journal* 16 19; Pollard "Fear and loathing in the boardroom: directors confront new insolvent trading provisions" 1994 *Australian Business Law Review* 392 404.

376 A 95A van die *Corporations Law*.

377 Sien Pollard "Fear and loathing in the boardroom: directors confront new insolvent trading provisions" 1994 *Australian Business Law Review* 392 402-404.

378 A 588E(3) van die *Corporations Law*.

Die tweede vermoede lui soos volg:

> "**588E(4) [Presumption of insolvency ...]** Subject to subsections (5), (6) and (7), if it is proved that the company:
>
> (a) has contravened subsection 289(1) by failing to keep accounting records that correctly record and explain:
>
> (i) its transactions (including any transactions as trustee) during a particular period ("the relevant period"); and
>
> (ii) its financial position during the relevant period;
>
> or by failing to keep such accounting records in the manner required by paragraph 289(1)(b); or
>
> (b) has contravened subsection 289(2) by failing to retain such accounting records for the period required by that subsection;
>
> it must be presumed that the company was insolvent throughout the relevant period."
>
> **588E(5) [Minor or technical contravention]** Paragraph (4)(a) does not apply in relation to a contravention of subsection 289(1) that is only minor or technical.
>
> **588E(6) [Where subs (4) has no effect]** Subsection (4)(a) does not have effect, in so far as it would prejudice a right or interest of a person for the company to be presumed insolvent because of a contravention of subsection 289(2), if it is proved that:
>
> (a) the contravention was due solely to someone destroying, concealing or removing accounting records of the company; and
>
> (b) none of those accounting records was destroyed, concealed or removed by the first-mentioned person, and
>
> (c) the person was not in any way, by act or omission, directly or indirectly, knowingly or recklessly, concerned in, or party to, destroying, concealing or removing any of those accounting records."

Hierdie twee vermoedens bring 'n aansienlike verligting mee van die bewyslas wat op 'n eiser se skouers rus. Dit is egter interessant dat die aanbevelings van die Harmer-verslag nie in die geheel nagevolg is nie. Die vermoede van insolvensie waar die maatskappy se laste sy bates oorskry, is byvoorbeeld nie in die wetgewing verwoord nie. In die verslag is ook aanbeveel dat die afwesigheid van rekeningkundige rekords slegs aanleiding moet gee tot 'n vermoede van insolvensie waar die maatskappy waarskynlik nie in staat is om sy onversekerde skuldeisers meer as 50c in die dollar uit te betaal nie. Hierdie beperking is nie in die uiteindelike vermoede vervat nie, hoewel ander beperkings ten aansien van die persoonlike betrokkenheid en die irrelevansie van geringe en tegniese oortredings in die plek daarvan ingevoeg is.[379]

379 Sien in die alg Dabner "Trading whilst insolvent - a case for individual creditor rights against directors" 1994 *University of New South Wales Law Journal* 546 558-559.

4.3.3.3 *REDELIKE GRONDE OM INSOLVENSIE TE VERMOED*

Die laaste vereiste ten einde die bepaling van toepassing te maak, is die bestaan, ten tyde van kontraksluiting, van redelike gronde vir 'n vermoede dat die maatskappy insolvent is of insolvent sal word. Die bestaan al dan nie van sodanige gronde word by wyse van 'n objektiewe toets vasgestel.[380]

4.3.3.4 *VERPLIGTING*

Indien daar aan bogenoemde drie vereistes voldoen word, rus 'n verpligting op die direkteur om die maatskappy te verhoed om 'n skuld op te loop, indien hy bewus is van redelike gronde om te vermoed dat die maatskappy insolvent is of insolvent sal word ["is aware ... that there are such grounds"] of redelikerwys daarvan bewus moet wees.

Dit is interessant dat die bepaling nie verg dat die direkteur kennis gedra het van die gronde en 'n korrekte afleiding rakende die insolvensie van die maatskappy op grond daarvan moes gemaak het nie.[381] Die toets handel bloot net oor sy kennis van die bestaan van die gronde.[382] Wanneer die direkteur nie kennis gedra het van die gronde nie, maar 'n redelike persoon in sy posisie in 'n maatskappy in die maatskappy se omstandighede ["reasonable person in a like position in a company in the company's position"] daarvan bewus sou wees, en die direkteur verhoed nie die maatskappy om die skuld op te loop nie, word die bepaling ook oortree. In die *Exposure Draft and Explanatory Paper* wat die *Corporate Law Reform Bill* 1992 vergesel het,[383] is daarop gewys dat van 'n hof verwag kan word om aan twee verskillende aspekte aandag te skenk, wanneer geoordeel moet word oor welke kennis die betrokke direkteur moes beskik. In die eerste plek moet die omstandighede van die maatskappy ondersoek word. Faktore soos die grootte van die maatskappy, die tipe maatskappy, die aard van sy besigheid, die bepalings van sy konstitusie, die samestelling van die direksie en die taakverdeling tussen die direksie en die senior amptenare moet onder andere oorweeg word. In die lig van die besondere omstandighede moet

380 Sien in die alg Austin *et al Australian corporation law - principles and practice* vol ii [diensuitgawe] 5.7B.0550.

381 Worthington "Liability for insolvent trading: routes and rules in reform" 1992 *Company and Securities Law Journal* 214 215.

382 Austin *et al Australian corporation law - principles and practice* vol ii [diensuitgawe] 5.7B.0550: "It would appear, however, that the limb is satisfied if a director has actual knowledge of facts or circumstances concerning the company's financial condition which comprise reasonable grounds for suspecting insolvency, even though the director fails to appreciate their significance and, in particular, their implications for the company's solvency."

383 *Corporate Law Reform Bill 1992 Public Exposure Draft and Explanatory Paper* par 1229.

tweedens ondersoek word wat 'n redelike persoon in die betrokke persoon se posisie in so 'n maatskappy sou doen om te verseker dat hy kennis dra van enige probleem rakende die solvensie van die maatskappy. Daar is daarop gewys dat 'n hof onder andere mag verwag dat 'n direksie van 'n groot maatskappy sal verseker dat daar persone met korporatiewe finansiële bestuursagtergrond in hulle geledere is, dat hulle die belangrikste finansiële inligting wat voor hulle geplaas word, kan ontsluit, dat hulle voldoende inligting ontvang alvorens belangrike besluite geneem sal word, dat maatskappykontrakte gemoniteer sal word en dat hulle meer versigtig sal handel waar die maatskappy se finansiële posisie sensitief of in gedrang is.[384]

4.3.3.5 VERWERE

Indien 'n eiser hom kwyt van die bewyslas ten aansien van die aspekte wat hierbo uiteengesit is, staan die direkteur bloot aan aanspreeklikheid, tensy hy hom tereg op een van die statutêre verwere in artikel 588H kan beroep.

Die artikel 588H-verwere is met groter presisie as die verwere ten aansien van die ouer stel *insolvent trading*-bepalings verwoord en stel 'n direkteur wat met die nodige sorg en vaardigheid opgetree het, maar nogtans nie handeldrywing in insolvente omstandighede kon verhoed het nie, in staat om aan aanspreeklikheid te ontkom. Die verwere behels die volgende:

1 dat die direkteur op redelike gronde verwag het[385] dat die maatskappy solvent is en solvent sal bly as dit die betrokke skulde oploop;[386]

---

384 *Corporate Law Reform Bill 1992 Public Exposure Draft and Explanatory Paper* par 1229.

385 Dit is interessant dat die verwere rakende solvensie van die direkteur vereis om op redelike gronde te verwag ["expect"] dat die maatskappy solvent is, terwyl die verpligting ingevolge a 588G ontstaan waar daar redelike gronde is om te vermoed ["suspect"] dat die maatskappy insolvent is. Austin *et al Australian corporation law - principles and practice* vol ii [diensuitgawe] 5.7B.0570: "In consequence, liability is triggered by matters which merely provide reasonable grounds for suspecting that the company is trading while insolvent, while the defences under s 588H(2) is satisfied only by such inquiry or other knowledge which gives reasonable grounds to expect that the company is and will remain solvent." 'n Hoër vereiste word dus aan die verweer gestel. Hierdie verskil is doelbewus en is daarop gemik om direkteursverpligtinge in hierdie verband te verswaar. Sien Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* vol 1 [1988] par 304. Sien ook in die alg Grawehr "A comparison between Australian and European insolvent trading laws" 1996 *Company and Securities Law Journal* 16 19-20; Dabner "Trading whilst insolvent - a case for individual creditor rights against directors" 1994 *University of New South Wales Law Journal* 546 562-563; Pollard "Fear and loathing in the boardroom: directors confront new insolvent trading provisions" 1994 *Australian Business Law Review* 392 399 vir kritiese kommentaar.

386 A 588H(2) van die *Corporations Law:* "It is a defence if it is proved that, at the time when the debt was incurred, the person had reasonable grounds to expect, and did expect, that the company was solvent at that time and would remain solvent even if it incurred

2 dat die direkteur op redelike gronde geglo het dat die maatskappy solvent was, aangesien 'n bekwame persoon verantwoordelik was om hom op hoogte van sake betreffende die maatskappy se solvensie te hou en die persoon sy verantwoordelikhede in hierdie verband inderdaad nagekom het;[387]

3 dat die direkteur op die tydstip toe die betrokke skuld opgeloop is, weens siekte of 'n ander goeie rede nie aan die bestuur van die maatskappy deelgeneem het nie;[388] of

4 dat die direkteur alle redelike stappe geneem het om die maatskappy te verhoed om die skuld op te loop.[389]

Hierdie verwere is egter nie die enigste verwere wat tot die beskikking van 'n direkteur is nie. Ingevolge die algemene bepalings van die *Corporations Act* kan die direkteur hom ook op kwytskelding beroep, waar die hof oordeel dat hy eerlik opgetree het en billikerwys van die gevolge van sy optrede kwytgeskeld moet word.[390]

---

that debt and any other debts that it incurred at that time."

387 A 588H(3) van die *Corporations Law*: "Without limiting the generality of subsection (2), it is a defence if it is proved that, at the time when the debt was incurred, the person:

a) had reasonable grounds to believe, and did believe:

(i) that a competent and reliable person ('the other person') was responsible for providing to the first-mentioned person adequate information about whether the company was solvent; and

(ii) that the other person was fulfilling that responsibility; and

(b) expected, on the basis of information provided to the first-mentioned person by the other person, that the company was solvent at that time and would remain solvent even if it incurred that debt and any other debts that it incurred at that time."

388 A 588H(4) van die *Corporations Law*: "If a person was a director of the company at the time when the debt was incurred, it is a defence if it is proved that, because of illness or for some other good reason, he or she did not take part at that time in the management of the company."

389 A 588(5) en (6) van die *Corporations Law:* "(5) It is a defence if it is proved that the person took all reasonable steps to prevent the company from incurring the debt.

(6) In determining whether a defence under subsection (5) has been proved, matters to which regard is to be had include, but are not limited to:

(a) any action the person took with a view to appointing an administrator of the company; and

(b) when that action was taken; and

(c) the results of that action."

390 Vgl a 1318 en 1317JA(2) van die *Corporations Act*. Sien ook Pollard "Fear and loathing in the boardroom: directors confront new insolvent trading provisions" 1994 *Australian Business Law Review* 392 408-410.

4.3.3.6 *REGSGEVOLGE VAN NIE-NAKOMING*

Die gevolge van die nie-nakoming van die verpligting ingevolge artikel 588G, is kompleks. Dit kom basies daarop neer dat die betrokke direkteur persoonlik aanspreeklik staan vir sy versuim en, indien hy oneerlik opgetree het, ook strafregtelik vervolg kan word.

Die prosedures rakende die afdwinging van persoonlike aanspreeklikheid is vervat in die verdere subartikels van artikel 588. In wese maak dit voorsiening vir die *ASC* of 'n likwidateur van die maatskappy om 'n eis vir verbreking van die artikel 588-verpligting ten behoewe van die maatskappy in te stel.[391] Indien die hof bevind dat die direkteur sy plig ingevolge artikel 588G versuim het, dat die betrokke skuld geheel of gedeeltelik onversekureer was en dat die betrokke skuldeiser skade gely het as gevolg van die maatskappy se insolvensie, mag die hof beveel dat die direkteur vergoeding gelykstaande aan daardie skadebedrag aan die maatskappy moet betaal.[392] Die vergoedingsbedrag moet eerstens aangewend word vir die betaling van die eise van onversekerde[393] skuldeisers.[394] Indien dit blyk dat 'n skuldeiser kennis gedra het van die insolvensie van die maatskappy, kan die hof beveel dat die skuldeiser nie sal deel in die opbrengs van die vergoedingsbedrag nie, alvorens al die ander onversekureerde skulde van die maatskappy ten volle gedelg is.[395] Voorsiening word ook gemaak dat 'n skuldeiser met toestemming 'n eis in sy eie naam kan instel en die voordeel van enige betaling ingevolge daardie eis kan ontvang.[396]

---

391 A 588K van die *Corporations Law* verleen aan 'n hof die reg om betaling van vergoeding te beveel, na skuldigbevinding aan 'n oortreding wat spruit uit die nie-nakoming van a 588G. Sien die bespreking van *civil penalty*-bepalings hieronder.

392 Vgl a 588J(1) 588K, 588M(1) van die *Corporations Law*.

393 A 588(Y)(1) van die *Corporations Law*. Sien Dabner "Trading whilst insolvent - a case for individual creditor rights against directors" 1994 *University of New South Wales Law Journal* 546 569 vir kritiek op hierdie gelyke behandeling van skuldeisers. Volgens Dabner verskil onversekerde skuldeisers onderling en word gefouteer indien gepoog word om hulle as gelykes te behandel: "Some unsecured creditors will have obtained personal guarantees against corporate executives, have cross guarantees from other companies, have supplied goods under various retention of title or arrangements (including consignment), have proceeded to a judgement debt against the company and may have available to them the debt collection remedies of the courts, may have entered into individual compromises, may have taken out some form of insurance or simply may have built the risk of non-payment into their pricing structure."

394 *Corporate Law Reform Bill 1992 Public Exposure Draft and Explanatory Paper* par 1241: "Secured creditors only receive money through this route to the extent that they prove as outstanding unsecured creditors, or where there are no unsecured debts."

395 A 588(Y)(2) van die *Corporations Law*.

396 A 588(M)(3) van die *Corporations Law*. Sien ook *Corporate Law Reform Bill 1992 Public Exposure Draft and Explanatory Paper* par 1242. Vir kritiek op die beperking van die reg van 'n skuldeiser om 'n eis in te stel, sien Dabner "Trading whilst insolvent - a case for

Artikel 588G is ook 'n sogenaamde *civil penalty*-bepaling. Die gevolge van die oortreding van so 'n bepaling word gereël deur Deel 9.4B van die *Corporations Law*. 'n Oortreding van 'n *civil penalty*-bepaling kan lei tot 'n boete sowel as 'n verbod om vir 'n gespesifiseerde tyd aan die bestuur van 'n maatskappy deel te neem.[397] 'n Persoon wat so 'n bepaling wetens oortree, hetsy opsetlik of roekeloos, met die doel om iemand te mislei of om oneerlik 'n voordeel te behaal, pleeg ook 'n misdryf.[398] 'n Oortreding van artikel 588G met hierdie opset kan dus aanleiding gee tot 'n strafregtelike vervolging ingevolge Deel 9.4B.[399] Deel 9.4B maak ook voorsiening vir siviele eise namens of deur die maatskappy ten aansien van verliese gely weens so 'n oortreding of vir wins gemaak op grond daarvan deur die oortreder. Hierdie remedies is beskikbaar tesame met die siviele remedies ingevolge artikel 588 wat hierbo bespreek is.[400] Laasgenoemde remedies is egter primêr beskikbaar ten aansien van onversekerde of gedeeltelik-onversekerde skulde, terwyl die remedies ingevolge Deel 9.4B benut kan word ten aansien van die oploop van versekerde skulde.

Die kompleksiteit van die maatreëls is deels te wyte aan die soepelheid wat ingebou is. In hoofsaak maak dit voorsiening vir die *ASC* of die likwidateur van die maatskappy om 'n eis namens die maatskappy ten behoewe van die onversekerde skuldeisers van die maatskappy in te stel. Voorsiening is egter ook gemaak dat 'n skuldeiser die reg kan verkry om so 'n eis persoonlik en vir sy persoonlike voordeel in te stel. Verdere maatreëls bestaan ingevolge waarvan die maatskappy in sommige gevalle vergoeding kan verhaal en ingevolge waarvan 'n vergoedingsbevel met 'n strafsanksie gekombineer kan word. 'n Groot aantal ingewikkelde bepalings moes gevolglik noukeurig gestruktureer word ten einde die samehang van al hierdie moontlikhede op 'n billike en effektiewe wyse te reguleer.

---

individual creditor rights against directors" 1994 *University of New South Wales Law Journal* 546. Dabner meen dat die bestaande sisteem tesame met die Australiese klasaksie en ander wyses van gesamentlike gedingvoering in wese voldoende was om billike beregtiging van skuldeisers teweeg te bring en dat die nuwe sisteem op onregverdige wyse poog om ongelyke onversekerde skuldeisers gelyk te hanteer.

397 A 1317EA van die *Corporations Law*. Sodanige bevel word deur die *ASC* of 'n gemagtigde persoon aangevra en die oortreding word bewys op 'n oorwig van waarskynlikhede.

398 A 1317FA van die *Corporations Law*. Sien Pollard "Fear and loathing in the boardroom: directors confront new insolvent trading provisions" 1994 *Australian Business Law Review* 392 396.

399 Sodanige oortreding sal egter gewoonlik *fraudulent trading* daarstel, sodat, waar toepaslik, die vervolging ook op daardie grond ingestel kan word.

400 Sien ook spesifiek die bepalings van a 588K van die *Corporations Law*.

4.3.3.7 AANSPREEKLIKHEID VAN DIE HOUERMAATSKAPPY

Artikel 588V tot 588Y van die *Corporations Law* maak voorsiening vir die aanspreeklikheid van 'n houermaatskappy teenoor 'n filiaal, indien die filiaal 'n onversekerde of gedeeltelik-onversekerde skuld oploop in insolvente omstandighede en sy houermaatskappy ten tyde van die transaksie bewus is of bewus moes gewees het dat daar redelike gronde is om te vermoed dat die filiaal insolvent is.[401] Die betrokke bepalings spieël die soortgelyke bepalings ten aansien van die aanspreeklikheid van 'n enkele direkteur *mutatis mutandis*. Anders as ten aansien van die enkele direkteur word daar egter nie uitdruklik addisioneel vereis dat die houermaatskappy moes versuim het om die oploop van die betrokke skuld te voorkom nie. Al wat vereis word, is die bestaan van die houer-filiaalverhouding in die vereiste omstandighede.[402]

Die likwidateur van die filiaal kan ingevolge hierdie bepalings 'n bedrag van die houermaatskappy verhaal, wat gelykstaande is aan die betrokke skuldeiser se skade of verlies.[403] Die verhaalsreg is beperk tot die likwidateur en 'n skuldeiser van die filiaalmaatskappy geniet gevolglik nie *locus standi* nie.[404] Geen strafregtelike gevolge vloei uit 'n oortreding van die bepalings voort nie en die bepaling is ook nie 'n sogenaamde *civil penalty*-bepaling nie.[405]

4.4 Diskwalifikasie van deelname aan bestuur

Ten einde die *fraudulent trading*- en *insolvent trading*-bepalings in breër konteks te plaas, word die huidige reëling rakende die diskwalifikasie van direkteure in die *Corporations Law* bondig uiteengesit.

Die *Corporations Law* maak voorsiening vir 'n uitgebreide diskwalifikasiesisteem ten einde ongewensde en onbekwame direkteure uit maatskappybestuur te weer.[406] Persone kan byvoorbeeld gediskwalifiseer word of gediskwalifiseer

401 Sien in die alg Austin *et al Australian corporation law - principles and practice* vol ii [diensuitgawe] 5.7B.0700-5.7B0715; Tomasic *Australian corporate insolvency law* [1993] 353; Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stell LR* 148 162. Vir 'n kritiese bespreking van die ontwikkeling van hierdie bepalings sien Dabner "Trading whilst insolvent - a case for individual creditor rights against directors" 1994 *University of New South Wales Law Journal* 546.

402 A 588(V) van die *Corporations Law*.

403 A 588(W) van die *Corporations Law*.

404 Sien Dabner "Trading whilst insolvent - a case for individual creditor rights against directors" 1994 *University of New South Wales Law Journal* 546 561.

405 A 588(W) van die *Corporations Law*.

406 Sien in die alg Cassidy "Disqualification of directors under the Corporations Law" 1995 *Company and Securities Law Journal* 221.

wees om as 'n direkteur of promotor van 'n maatskappy op te tree of om op enige wyse, hetsy direk of indirek, gemoeid te wees by of deel te neem aan die bestuur van 'n maatskappy,[407] indien:

1 die persoon onder andere 'n ongerehabiliteerde insolvent is;[408]

2 die persoon sekere ernstige misdrywe gepleeg het, waaronder ernstige bedrog en *fraudulent trading*- of *insolvent trading*-misdrywe ingevolge artikel 592 van die *Corporations Law*;[409]

3 die persoon herhaaldelik[410] die *Corporations Law* oortree het, of versuim het om te verhoed dat die maatskappy dit herhaaldelik oortree of oneerlik of sonder die nodige sorg en vaardigheid gehandel het, en die hof op aansoek van die *ASC* 'n diskwalifikasiebevel uitreik;[411]

4 die persoon gediskwalifiseer word op aansoek van die *ASC*, aangesien hy binne 'n sewe jaar tydperk aan die bestuur van twee of meer maatskappye wat finansieel misluk het, deelgeneem het en sodanige mislukking in die geheel of gedeeltelik aan die bestuur van die maatskappy toegereken kan word;[412] of

5 die *ASC* die persoon verbied het om aan die bestuur van 'n maatskappy deel te neem, nadat die persoon 'n direkteur was van twee of meer maatskappye wat gelikwideer is en die likwidateurs verslae uitgereik het weens die optrede van die persone of weens die feit dat die maatskappy nie sy onversekerde skuldeisers meer as 50c in die dollar kon betaal nie.[413]

Die diskwalifikasie is gewoonlik vir 'n gespesifiseerde tydperk en in verdienstelike gevalle mag 'n hof die diskwalifikasie ophef.[414] Optrede in stryd met die diskwalifikasie kan lei tot persoonlike aanspreeklikheid vir die maatskappy se skulde en verpligtinge ingevolge artikel 588Z. Hierdie artikel magtig die likwidateur van die maatskappy om 'n hof te nader om sodanige

407 A 91A(2) van die *Corporations Law*.

408 A 229(1) van die *Corporations Law*.

409 A 229(3) van die *Corporations Law*.

410 "Herhaaldelik" word omskryf as oa 'n oortreding van die bepalings op twee of meer geleenthede of oortreding van twee of meer bepalings van die *Corporations Law*. Sien a 230(5) van die *Corporations Law*.

411 A 230 van die *Corporations Law*.

412 A 599 van die *Corporations Law*.

413 A 600 van die *Corporations Law*.

414 Sien in die alg Cassidy "Disqualification of directors under the Corporations Law" 1995 *Company and Securities Law Journal* 221.

bevel.[415]

4.5 Evaluering

Die Australiese reg ten aansien van *fraudulent trading* en *insolvent trading* is duidelik eiesoortig. Hoewel die bepalings en reguleringstruktuur afwyk van die geykte Engelsregtelike formaat van die ander jurisidiksie wat bespreek is, is die patroon van die huidige wetgewing in ooreenstemming met die hervormingstappe wat in die ander jurisdiksies geneem is. Breë punte van ooreenstemming sluit die volgende in:

1 Bedrieglike handeldrywing en die nalatige bestuursoptrede in insolvente omstandighede word afsonderlik gereël.

2 'n Verpligting word op die maatskappydirekteure geplaas om toe te sien dat hulle maatskappye nie 'n skuld oploop, wanneer daar nie redelike gronde bestaan om te glo dat die maatskappy dit reëlmatig sal kan delg nie. Maatskappydirekteure word inderwaarheid 'n algemene verpligting opgelê om deurlopend die finansiële posisie van die maatskappy te monitor of toe te sien dat dit bekwaam gemonitor word.

3 Waar die maatskappydirekteure hulle verpligtinge verbreek, ontstaan 'n statutêr-gereguleerde plig om die skuldeisers wat skade gelei het, te vergoed. Die klem val op skadevergoeding en die strafreg speel 'n beperkte rol.

4 'n Uitgebreide sisteem van direkteursdiskwalifikasie bestaan ten einde onbedrewe en oneerlike direkteure uit maatskappybestuur te weer.

Terwyl sekere breë paralelle tussen veral die Engelse en Australiese hervormingspatrone op hierdie terrein bestaan, is daar 'n belangrike verskil in benaderingswyse:[416] die Australiese sisteem fokus op die oploop van skulde in insolvente omstandighede, terwyl die Engelse *wrongful trading*-bepaling op die algemene bestuurshandelinge van direkteure van insolvente maatskappye fokus. Die Australiese bepalings is primêr daarop gemik om die direkteur te verplig om sy maatskappy te verhoed om skulde in insolvente omstandighede op te loop, terwyl die Engelse bepalings ook aktiewe en kreatiewe optrede ter beskerming van die maatskappyskuldeisers verg.[417] In hierdie opsig rus daar

415 Tomasic *Australian corporate insolvency law* [1993] 354-355.

416 Vir perspektiewe op verskille tussen die twee sisterne sien Grawehr "A comparison between Australian and European insolvent trading laws" 1996 *Company and Securities Law Journal* 16 24-25.

417 Vgl Pollard "Fear and loathing in the boardroom: directors confront new insolvent trading

dus 'n groter las op die skouers van Engelse maatskappydirekteure as wat daar op Australiese direkteure rus.[418]

Die nouer fokus van die Australiese bepalings bring egter nie teweeg dat dit afsteek by die Engelse bepalings nie. Die eiesoortigheid van die Australiese sisteem is hoofsaaklik deur eiesoortige historiese oorwegings genoodsaak. Die konserwatiewe uitleg wat die Australiese howe aan *fraudulent trading* gekoppel het, het die Australiese wetgewer genoop om die *fraudulent trading*-bepaling te reduseer tot die werklike kernprobleem, naamlik insolvente handeldrywing, en om daardie probleem op 'n selfstandige wyse naas bedrieglike handeldrywing te reguleer. Australië het daarin geslaag om 'n stel reëls rakende insolvente handeldrywing te ontwikkel wat, na alle aanduidings, effektief funksioneer. Die nouer fokus van die Australiese bepaling bring ook teweeg dat dit regulatiewe sekerheid aan maatskappybesture rakende korrekte en foutiewe optrede bied. In hierdie verband is die Australiese *insolvent trading*-bepaling beslis beter geformuleer as die Engelse *wrongful trading*-bepaling.[419]

Weens die eiesoortigheid van die Australiese reguleringsisteem en die breër konteks van die bepalings is daar min waarde te put uit 'n vergelykende studie wat daarop gemik is om aspekte wat meer postief of negatief as soortgelyke aspekte in die ander jurisdiksies wat bespreek is, te identifiseer. Sonder om sodanige vergelyking te tref, word aspekte wat in hulle eie reg of in vergelyking met die ouer Australiese bepalings as positief en negatief opval, egter uitgelig.

4.5.1 Positiewe aspekte

Die duideliker bewoording van die *fraudulent trading*-bepaling sowel as die helder wyse waarop die meeste aspekte van die nuwe geslag *insolvent trading*-bepalings verwoord is, is 'n besonder positiewe kenmerk van die Australiewe wetgewing in hierdie verband. Dit het ongelukkig 'n hoë tol geëis, aangesien dit lang en kompleks-gestruktureerde statutêre bepalings tot gevolg gehad het.

Die sorg waarmee die wetgewer gepoog het om die effektiwiteit van die *insolvent trading*-bepalings as remedie te verseker, val ook op. 'n Verskeidenheid van persone word byvoorbeeld die reg gegee om die hof om 'n siviele bevel te nader. Die taak van sodanige persone word vergemaklik deur die billike vermoedens wat die nuwe geslag *insolvent trading*-bepalings rakende die

provisions" 1994 *Australian Business Law Review* 392 396.

418 Grawehr "A comparison between Australian and European insolvent trading laws" 1996 *Company and Securities Law Journal* 16 24.

419 Sien par 2.8 van hierdie hoofstuk vir kritiek tav die Engelse bepaling.

insolvensie van die maatskappy skep. Die direkteur word egter ook sekere billike verwere gebied, waarmee hy onbillike aanspreeklikheid kan afweer. Waar so 'n eis slaag, val die bevoordeling van die bevel die onversekerde skuldeisers toe en 'n skuldeiser wat bygedra het tot sy eie benadeling, kan gedeeltelik van bevoordeling uitgesluit word. Die bepalings stel gevolglik 'n billike en soepel verhalingsmeganisme daar.

Die beskerming van die skuldeisers word ook verhoog deur die uitbreiding van aanspreeklikheid vir *insolvent trading* na houermaatskappye. Hoewel die gronde vir sodanige aanspreeklikheid as onbillik wyd bestempel mag word, is dit positief dat die *insolvent trading*-verpligtinge en aanspreeklikheid wel na houermaatskappye uitgebrei word, aangesien dit houermaatskappye tot groter bestuurs- en aandeelhouersverantwoordelikheid dwing.

4.5.2 Problematiese aspekte

Die mees opvallende problematiese aspek van die bepalings, is die bewoording en inkleding van die wetgewing. Die bepalings is geweldig kompleks en is voorts ook omslagtig verwoord.[420] Die duidelike statutêre riglyne is positief, aangesien dit die blootstelling van direkteure aan aanspreeklikheid weens onwetende oortredings kan verminder. Die woordrykheid en sofistikasie van die bepalings verstrengel egter regsekerheid en mag maatskappye opsaal met onnodige kostes ten aansien van regsadvies. Die presiese gevolge van die inkleding van die bepalings sal egter net duidelik word na 'n aantal jaar se ondervinding van die uitleg en toepassing daarvan in die praktyk.

Dit blyk voorts dat die wyse waarop die verhaalsreg op grond van *fraudulent trading* gestruktureer is en die beperkte terrein van die *fraudulent trading*-bepaling nie navolgenswaardig is nie. Die feit dat die siviele verhaalsreg afhanklik gestel word van 'n suksesvolle strafregtelike vervolging doen ernstige afbreuk aan die remediërende werking van die bepaling.

Hoewel die nuwe geslag *insolvent trading*-bepalings 'n verbetering op die ouer stel bepalings daarstel, is dit opvallend dat die geleentheid nie ten volle benut is om bestaande uitlegproblematiek in die Australiese reg op te los nie. Verskille in die howe se benadering rakende die moment waarop skulde opgeloop word, het byvoorbeeld aanleiding gegee tot groot onsekerheid. Hierdie onsekerheid is nie uitgeskakel in die nuwe geslag *insolvent trading*-bepalings nie. Die kontroversiële redelikheidsmaatstaf wat in die kern van die bepalings staan, is

420 Sien Pollard "Fear and loathing in the boardroom: directors confront new insolvent trading provisions" 1994 *Australian Business Law Review* 392 396 vir positiewe kommentaar oor die regsekerheid wat die bewoording teweegbring.

ook nie gewysig ten einde die heersende debat in die Australiese howe voldoende te ondervang nie.

4.6 Slot

Die Australiese reg rakende die onregmatige dryf van besigheid het 'n eie koers ingeslaan. Weens historiese faktore is 'n stel statutêre reëls rakende die oploop van skulde in insolvente omstandighede geformuleer. Hierdie aspek vorm die fokuspunt van die Australiese regulering in hierdie verband. Hoewel die laaste regshervormingsgeleentheid nie ten volle benut is om lastige uitlegprobleme op te los nie, blyk dit uit die aantal uitsprake en besprekings van die bepalings dat die *insolvent trading*-bepalings bevredigend funksioneer. Dit is inderwaarheid so suksesvol dat dit die *fraudulent trading*-bepalings grotendeels in onbruik laat verval het. Die Australiese regulatiewe sisteem van onregmatige handeldrywing bied gevolglik 'n voorbeeld van 'n sisteem wat 'n effektiewe stel maatreëls rakende die onregmatige dryf van besigheid geformuleer het deur spesifiek op die oploop van skulde in insolvente omstandighede te fokus.

5 NIEU-SEELAND

5.1 Inleiding

Die maatskappyereg van Nieu-Seeland, soos die ander maatskappyeregsisteme wat tot dusver in hierdie studie bespreek is, was in die verlede baie sterk deur die Engelse maatskappyereg beïnvloed.[421] In die negentigerjare is die maatskappyereg van Nieu-Seeland egter op 'n totaal nuwe weg geplaas deur die promulgering van 'n rewolusionêre *Companies Act* 1993. Hierdie wet en die vorige *Companies Act* 1955 geld gelyklopend tot 1997.[422] 'n Unieke stel statutêre reëls rakende die onregmatige dryf van besigheid deur 'n maatskappy geld ook sedert 1993.

Hierdie bespreking van die statutêre reëls aangaande die onregmatige dryf van besigheid fokus eerstens op die regsreëls rakende *fraudulent* en *insolvent trading* wat voor die nuwe regbedeling op die terrein gegeld het. Die

421 New Zealand Law Commission *Company law - reform and restatement* [1989] par 29: "The New Zealand Companies Act was passed in 1955. At that time it was an almost exact copy of the United Kingdom Act of 1948. The following of English precedent has been a tradition of New Zealand company law since the first Act of 1860."

422 Vir 'n uiteensetting van die huidige regsposisie, sien die bespreking in par 5.5 van hierdie hoofstuk.

regshervorming op die terrein en die relevante bepalings in die *Companies Act* 1993 sal vervolgens teen die agtergrond van die ouer stel bepalings bespreek word.

5.2 "Fraudulent trading" en "insolvent trading" voor 1980

5.2.1 "Fraudulent trading"

Nieu-Seeland het die voorstelle van die Greene-komitee en die resulterende wetgewing in Engeland nagevolg[423] en in 1933 'n *fraudulent trading*-bepaling in hulle maatskappywet ingevoer.[424] Hierdie bepaling was in die geykte formaat gegiet en het die bewoording van die Engelse *fraudulent trading*-bepaling nagevolg. Vanweë die ooreenstemming in die bewoording tussen die Engelse, Australiese[425] en Nieu-Seelandse *fraudulent trading*-bepalings, het die Nieu-Seelandse howe leiding geput uit die Engelse en Australiese howe se uitleg van die soortgelyke bepalings in hulle onderskeie jurisdiksies.[426] Ten aansien van die interpretasie van die bedrieglikheidselement het die Nieu-Seelandse howe egter nouer aansluiting by die Australiese benadering as by die Engelse benadering gevind. Die Nieu-Seelandse howe verg gevolglik spesifieke bewys van 'n bedrieglike opset alvorens hulle bereid is om die onredelike oploop van skulde as bedrieglike handeldrywing aan te merk. Hulle is dus nie geneë om die aanwesigheid van so 'n opset uit die hopeloosheid van die maatskappy se

423 Sien die bespreking in par 2.1 van Hoofstuk 4.

424 A 268 van die *Companies Act* 1933. Sien Farrar "The responsibility of directors and shareholders for a company's debt" 1989 *Canterbury Law Review* 12; Dabner "Insolvent trading - recent development in Australia, New Zealand and South Africa" 1994 *Bond Law Review* 1 15; Dabner "Insolvent trading: recent developments in Australia, New Zealand and South Africa" 1995 *JBL* 282 299. Die kerngedeelte van hierdie bepaling het soos volg as a 320 in die *Companies Act* 1955 verskyn: "(1) If in the course of the winding up of a company it appears that any business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person or for any fraudulent purpose, the Court, on the application of the Official Assignee or the liquidator or any other creditor or contributory of the company, may, if it thinks proper so to do, declare that any persons who were knowingly parties to the carrying on of the business in manner aforesaid shall be personally responsible, without any limitation of liability, for all or any of the debts or other liabilities of the company as the Court may direct ...".

425 Sien die bespreking van die Australiese *fraudulent trading*-bepaling in par 4.2 van hierdie hoofstuk ev.

426 Sien bv *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1966 NZLR 624, 1969 NZLR 116; *Re Casual Capers Ltd (in liq)* 1983 NZCLC 98591. Vir 'n bespreking van ig uitspraak sien Williams "Directors' liability for fraudulent trading" 1984 *New Zealand Universities Law Review* 189. Vgl *Harvey v Townley* 1993 Morison's Company Law Reports 249.

finansiële posisie ten tyde van kontraksluiting af te lei nie.[427] Hierdie streng benadering het, soos in Australië, tot gevolg gehad dat *fraudulent trading* baie moeilik bewysbaar is.[428] Die praktiese effektiwiteit van die *fraudulent trading*-bepaling is wesenlik deur hierdie interpretasie aangetas.[429]

5.2.2 "Insolvent trading"

Nieu-Seeland het vir baie jare 'n maatskappyregtelike *insolvent trading*-bepaling op die wetboek gehad. Hierdie bepaling is egter slegs op private maatskappye van toepassing en is indirek aan die insolvensiereg ontleen.

Die Nieu-Seelandse maatskappyereg het lank erkenning verleen aan private maatskappye[430] wat op 'n eiesoortige wyse gereguleer was.[431] Spesiale reëls, spesifiek ook ten aansien van likwidasie, was op hierdie maatskappye van toepassing. Een van hierdie bepalings, artikel 364 van die *Companies Act* 1955, lui soos volg:[432]

---

427 Sien *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1968 NZLR 624 628; *Re Lake Tekapo Motor Inn Ltd (In liq)* 1988 *New Zealand Recent Law* 193. Sien Russel "The Companies Amendment Act 1980 - protecting the company against its directors" 1981 *New Zealand Law Journal* 131; Williams "Directors' liability for fraudulent trading" 1984 *New Zealand Universities Law Review* 189; Farrar "The responsibility of directors and shareholders for a company's debt" 1989 *Canterbury Law Review* 12 26, 30-31.

428 Sien bv *Harvey v Townley* 1993 Morison's Company Law Reports 249.

429 Sien Farrar "The responsibility of directors and shareholders for a company's debt" 1989 *Canterbury Law Review* 12 26.

430 Sien in die alg Northey *Introduction to company law in New Zealand* [1976] 343-371. Hierdie maatskappy het regspersoonlikheid gehad. Sy statutêre verpligtinge was minder, maar in ruil moes die maatskappy die volgende beperkings aanvaar [343]: "[T]he membership of the company cannot exceed 25, the public cannot be invited to subscribe for shares by prospectus and it is usual to have restrictions on the right of members to transfer their shares." Sien in die alg Wandrag *The distinction between private and public companies in South African company law: a historical analysis and comparative evaluation* LLM UOVS [1994] 136-137.

431 Die maatskappye is ook deur die *Companies Act* 1955 gereguleer, maar afgesien van die ander bepalings van die Wet wat *mutatis mutandis* aanwending gevind het, is eiesoortige reëlings in Deel VIII *Companies Act* 1955 tav hierdie maatskappye getref. Sien *Re JE Hurdley and Son Ltd (in liq)* 1941 NZLR 686 722 vir 'n bespreking van die aard en geskiedenis van die tipe maatskappy in die Nieu-Seelandse reg. Sien in die alg Wandrag *The distinction between private and public companies in South African company law: a historical analysis and comparative evaluation* LLM UOVS [1994] 136 ev.

432 A 364 van die *Companies Act* 1955. Sien *Re JE Hurdley and Son Ltd (in liq)* 1941 NZLR 686 vir 'n uitspraak tav die voorganger van hierdie bepaling, a 170 van die *Companies Act* 1908. Sien in die alg Northey *Introduction to company law in New Zealand* [1976] 349; Dabner "Insolvent trading: recent developments in Australia, New Zealand and South Africa" 1995 *JBL* 282 297; *Re Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney* 1969 NZLR 116.

> "If it appears to the Court on the winding-up of a private company that any member of such company acting in its affairs has, before the winding-up, knowingly done or omitted any act, or been party or privy to any act or omission, which, if that member were a sole trader and had been adjudged bankrupt, would render him liable to the penalty imposed by section 126,127, and 128 of the Insolvency Act 1967, the Court may, if it finds that the act or omission has in fact prejudiced the creditors or any creditor of the company, order any such member to pay to the liquidator of the company such sum in addition to the amount for which he may be liable under the constitution of the company as to the Court may seem just."

Aanspreeklikheid ingevolge hierdie bepaling is gegrond op die oortreding van die genoemde artikels van die *Insolvency Act* 1967. Hierdie oortredings sluit in die oploop van skulde sonder enige redelike of waarskynlike verwagting van 'n vermoë om die skulde te kan delg, sowel as optrede met die bedoeling om skuldeisers te bedrieg.[433]

Waar sodanige oortreding dus begaan is en die oortreding tot benadeling van die maatskappy se skuldeisers gelei het, kan die hof die verantwoordelike lede van 'n private maatskappy gelas om 'n bydrae tot die maatskappyboedel te maak.[434] Artikel 364 verleen voorts aan die hof die bevoegdheid om, op sodanige voorwaardes wat die hof goedvind, te beveel dat die bedrag of enige gedeelte daarvan gebruik moet word om die eis van 'n spesifieke skuldeiser of groep skuldeisers te delg.[435] Ten aansien van die onredelike oploop van skulde kan hierdie bepaling beskou word as die sivielregtelike ekwivalent van artikel 135(3)(a) van die Suid-Afrikaanse Insolvensiewet, saamgelees met artikel 425 van die Maatskappywet.[436]

Die Nieu-Seelandse howe het deur hulle pragmatiese uitleg die effektiwiteit van die bepaling verseker. Ten aansien van die kenniselement is byvoorbeeld geargumenteer dat aanspreeklikheid slegs behoort te volg, indien bewys word dat die betrokke persone geweet het dat daar geen redelike kans was dat die skulde terugbetaal sou word nie ["... knew that there was no reasonable expectation of their being able to pay ..."].[437] Hierdie argument sou die werking van die bepaling in effek tot gevalle van bedrieglikheid beperk. Die howe het egter die argument verwerp en bevind dat blote nalatigheid voldoende was vir aanspreeklikheid, mits die persoon kennis gedra het van die sluiting van die betrokke transaksies.[438]

---

433 Sien Dabner "Insolvent trading: recent developments in Australia, New Zealand and South Africa" 1995 *JBL* 282 297; Northey *Introduction to company law in New Zealand* [1976] 349 n 27.

434 *Re JE Hurdley and Son Ltd (in liq)* 1941 NZLR 686 752.

435 A 364(2) van die *Companies Act* 1955.

436 Sien par 3.5.1 van Hoofstuk 3 vir 'n bespreking van hierdie bepalings.

437 *Re JE Hurdley and Son Ltd (in liq)* 1941 NZLR 686 743.

438 *Re JE Hurdley and Son Ltd (in liq)* 1941 NZLR 686 743. Sien Dabner "Insolvent trading:

Die effektiwiteit van die bepaling word egter gestrem, aangesien dit alleen op private maatskappye van toepassing is. Volgens Dabner was hierdie beperking nie 'n ernstige struikelblok in die praktyk nie:[439]

> "... [G]iven that reckless and fraudulent trading provisions were, initially at least, mainly directed at small private companies, and when the popularity of private company registration in New Zealand is appreciated, then this limitation is of less significance."[440]

Private maatskappye sowel as die eiesoortige reëlings ten aansien van die maatskappye word egter tans uitgefaseer as deel van die hervormingsprogram van maatskappyereg in Nieu-Seeland.[441] Die belang van hierdie bepaling is dus grotendeels histories van aard.

5.3 "Fraudulent trading" en "insolvent trading" na 1980

In 1980 is die Nieu-Seelandse reg rakende die onregmatige dryf van besigheid deur 'n maatskappy wesenlik gewysig in 'n poging om groter eenvormigheid tussen die Nieu-Seelandse en Australiese reg op die terrein teweeg te bring.[442] Terwyl artikel 364 ten aansien van private maatskappye behou is, is artikel 320 ingrypend gewysig.[443] Die misdryf en die siviele remedie ten aansien van *fraudulent trading* is geskei en die misdryf is soos volg gereël in artikel 461D van die *Companies Act* 1955:

> **"461D(1) [Intent to defraud creditors]** Every person who is knowingly a party to the carrying on of any business of a company with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person or for any fraudulent purpose commits an offence against this section."[444]

---

recent developments in Australia, New Zealand and South Africa" 1995 *JBL* 282 299.

439 Dabner "Insolvent trading - recent development in Australia, New Zealand and South Africa" 1994 *Bond Law Review* 1 17.

440 Vgl ook Northey *Introduction to company law in New Zealand* [1976] 343; Dabner "Insolvent trading: recent developments in Australia, New Zealand and South Africa" 1995 *JBL* 282 297.

441 Sien in die alg Henning & Wandrag "'n Oorsig van die herkoms van die private maatskappy en die huidige posisie in enkele regstelsels" 1993 *De Jure* 36-38; Wandrag *The distinction between private and public companies in South African company law: a historical analysis and comparative evaluation* LLM UOVS [1994] 135-141.

442 *Companies Amendment Act* 1980. Sien Russel "The Companies Amendment Act 1980 - protecting the company against its directors" 1981 *New Zealand Law Journal* 131; Dabner "Insolvent trading: recent developments in Australia, New Zealand and South Africa" 1995 *JBL* 282 299-300.

443 Sien in die alg Russel "The Companies Amendment Act 1980 - protecting the company against its directors" 1981 *New Zealand Law Journal* 131 133-134.

444 Die geleentheid is benut om die misdryf wyer te bewoord, sodat 'n skuldigbevinding kan volg, al blyk die feite nie tydens likwidasie van die maatskappy nie. Sien Dabner

Die straf vir 'n oortreding was gevangenisstraf van hoogstens twee jaar en/of 'n boete van hoogstens $1000.[445] Hierdie straf is in 1993 verhoog na gevangenisstraf van hoogstens vyf jaar en/of 'n boete van $200 000.[446]

Die siviele remedie is behou in artikel 320, maar die bewoording van die artikel is ekstensief gewysig om soos volg te lui:

> **"320 Responsibility of persons concerned for reckless or fraudulent trading**
>
> (1) If in the course of the winding up of a company it appears that -
>
> (a) Any person was, while an officer of the company, knowingly a party to the contracting of a debt by the company and did not, at the time the debt was contracted, honestly believe on reasonable grounds that the company would be able to pay the debt when it fell due for payment as well as all its other debts (including future and contingent debts); or
>
> (b) Any person was, while an officer of the company, knowingly a party to the carrying on of any business of the company in a reckless manner; or
>
> (c) Any person was knowingly a party to the carrying on of any business of the company with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person or for any fraudulent purpose, -
>
> the Court, on the application of the Official Assignee or the liquidator or any creditor or contributory of the company, may, if it thinks it proper to do so, declare that the person shall be personally responsible, without any limitation of liability, for all or any part of the debts and other liabilities of the company as the Court may direct ..."

Die nuwe artikel 320 het gevolglik vir drie gronde vir aanspreeklikheid voorsiening gemaak:

1 Die oploop van skulde sonder 'n eerlike en redelike verwagting dat die maatskappy in staat sal wees om dit terug te betaal;

2 Die roekelose dryf van besigheid; en

3 Die bedrieglike dryf van besigheid.

Die laaste grond is bloot die vorige *fraudulent trading*-aanspreeklikheidsgrond in 'n gewysigde formaat. Die eerste twee gronde val egter as interessant op. In die daarstelling van die 1980-wetgewing is sterk gesteun op die Jenkins-komitee se verslag[447] rakende die hervorming van die Engelse maatskappyereg asook op

---

"Insolvent trading: recent developments in Australia, New Zealand and South Africa" 1995 *JBL* 282 300. Die siviele aanspreeklikheid is egter nog steeds beperk tot gevalle waar die feite tydens likwidasie blyk. Vgl a 320 van die *Companies Act* 1955.

445 A 461E van die *Companies Act* 1955.

446 Sien a 461E van die *Companies Act* 1955, soos gewysig deur a 58(1) van die *Companies Amendment Act* 1993.

447 *Report of the Company Law Committee* Cmnd 1749 [1962]. Vir 'n bespreking van die relevante aanbevelings van die komitee, sien par 2.3.1 van Hoofstuk 4.

die ontwikkelinge in die Australiese maatskappyereg.[448] Soos uitgewys in die bespreking van die Jenkins-kommissie se verslag,[449] het die verslag die invoering van 'n *reckless trading*-bepaling in Engeland bepleit. Australië, aan die ander kant, het reeds sedert 1961 'n bepaling rakende die oploop van skulde sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting in hulle maatskappywetgewing gehad.[450] Die nuwe 1980-bepaling vertoon dus elemente van beide sisteme.[451] Die probleem is egter dat een van die nuwe gronde, die oploop van skulde sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting, histories as die kernelement van die tweede grond, die roekelose dryf van besigheid, beskou is.[452] Die Nieu-Seelandse howe was dus opgesaal met die taak om selfstandige inhoud aan beide van hierdie gronde te gee.

In *Thompson v Innes*[453] het die hof op die volgende wyse tussen die gronde onderskei:[454]

> "In considering sec 320(1)(b) it is a convenient starting point to inquire if the conduct of the directors was 'blameworthy' and this must in my view be considered objectively to distinguish it from those provisions in which an honest belief (sec 320(1)(a)) or an intent to defraud (sec 320(1)(c) are relevant and involve a subjective test ... I see in those three paragraphs of sec 320(1) a gradation of conduct sufficiently blameworthy to pierce that shield and to render a director ... personally liable ... Such liability may arise out of contracting one debt or out of fraudulent conduct or generally out of carrying on any business of the company in a reckless manner."[455]

Die toets vir roekeloosheid is soos volg saamgevat:[456]

> "Was there something in the financial position of this company which would have drawn the attention of an ordinary prudent director to the real possibility not so slight as to be a negligible risk, that his continuing to carry on the business of the company would cause the kind of serious loss to creditors of the company which sec 320(1)(b) was intended to prevent?"

---

448 New Zealand Law Commission *Company law - reform and restatement* [1989] par 31. Vgl ook Russel "The Companies Amendment Act 1980" 1981 *New Zealand Law Journal* 71.

449 Sien par 2.3.1 van Hoofstuk 4.

450 Sien par 4.1.2 van hierdie hoofstuk. Vgl Farrar "Fraudulent trading" 1980 *JBL* 336; Russel "The Companies Amendment Act 1980 - protecting the company against its directors" 1981 *New Zealand Law Journal* 131 133.

451 Russel "The Companies Amendment Act 1980 - protecting the company against its directors" 1981 *New Zealand Law Journal* 131 133-134.

452 Sien parr 2.3.1 en 3.2.2.1 van Hoofstuk 4.

453 1985 2 NZCLC 99463.

454 *Thompson v Innes* 1985 2 NZCLC 99463 99470-99471.

455 Uit die aanhaling blyk dit dat die hof die aanspreeklikheid as die deurdringing van die skild van beperkte aanspreeklikheid, dws as die ontsluiering van die maatskappy, beskou. Sien die kritiek op so 'n standpunt in par 3.4 van Hoofstuk 4.

456 *Thompson v Innes* 1985 2 NZCLC 99463 99472.

Ingevolge hierdie stellings, wat as gesaghebbend aanvaar en nagevolg is,[457] blyk dit dat die eerste grond [die oploop van skuld] geïnterpreteer is as verwysend na die oploop van 'n enkele skuld, terwyl die tweede grond [die roekelose dryf van besigheid] verwys na 'n patroon van optrede wat ernstige benadeling van die skuldeisers tot gevolg het, welke optrede nie bedrieglik is nie. Laasgenoemde patroon van optrede kan die oploop van skulde insluit. In so 'n geval kan dit grotendeels, indien nie totaal nie, met die eerste grond oorvleuel.[458] Waar die optrede egter nie die oploop van skulde ingesluit het nie, byvoorbeeld waar die bates van die maatskappy bloot roekeloos verspil is[459] of swak rekeningkundige rekords gehou is[460] vorm die tweede grond egter 'n selfstandige en afsonderlike grond vir aanspreeklikheid.[461]

5.3.1 Eiesoortige uitleg

Die Nieu-Seelandse howe het in die uitleg van artikel 320 baie sterk op die Engelse en Australiese gesag gesteun. Die uitleg van hierdie bepaling stem ooreen met die benaderings in daardie jurisdiksies en word daarom nie verder bespreek nie. Die Nieu-Seelandse howe het egter 'n spesifieke betekenis aan "knowingly" gekoppel en gevolglik word daar met 'n bespreking van hulle uitleg van hierdie term volstaan.

"Knowingly" in die frase "knowingly a party to the contracting of a debt" is in Nieu-Seeland op so 'n wyse uitgelê dat daadwerklike kennis van die transaksie van die betrokke persoon nie vereis is nie.[462] In *Vinyl Processors (New Zealand)*

---

457 Vgl bv *Re Petherick Exclusive Fashions Ltd (In liq)* 1987 3 NZCLC 99946; *Re Rex Woods Service Centre Ltd (In liq)* 1987 3 NZCLC 100199; *Re Lake Tekapo Motor Inn Ltd (In liq)* 1988 *New Zealand Recent Law* 193; *Re Bennet, Keane & White Ltd (in liq) (No 2)* 1988 4 NZCLC 96216; *Re Pacific Wools Ltd (In rec and liq)* 1992 6 NZCLC 67824. Vgl ook *Vinyl Processors (New Zealand) Ltd v Cant* 1991 2 NZLR 416.

458 Vgl bv *Re Petherick Exclusive Fashions Ltd (In liq)* 1987 3 NZCLC 99946 99959 waar die regter mbt 'n spesifieke datum tot die volgende bevinding gekom het: "In respect of any debt incurred subsequently Mr Petherick could not have had an honest belief that it would be met when due. To the extent that thereafter he incurred any significant liabilities, he knowingly carried on the business in a reckless manner." Tav enige skulde wat na die betrokke datum opgeloop is, het die direkteur homself aan aanspreeklikheid blootgestel ingevolge a 320(1)(a). Indien die skulde groot was en gevolglik 'n risiko van aansienlike verliese vir die skuldeisers ingehou het, het hy hom addisioneel ingevolge a 320(1)(b) ook aan aanspreeklikheid blootgestel.

459 Vgl bv *Re Lake Tekapo Motor Inn Ltd (In liq)* 1988 *New Zealand Recent Law* 193 vir 'n onsuksesvolle aansoek op grond van die beweerde roekelose verklaring van kapitaaldividende.

460 Vgl *Re Rex Woods Service Centre Ltd (In liq)* 1987 3 NZCLC 100199.

461 Vgl Farrar "The responsibility of directors and shareholders for a company's debts" 1989 *Canterbury Law Review* 12 24-25.

462 Sien *contra* Farrar "The responsibility of directors and shareholders for a company's

Ltd v Cant[463] is byvoorbeeld bevind dat die algemene goedkeuring wat 'n nie-uitvoerende direkteur aan die voortsetting van die dryf van besigheid deur 'n maatskappy verleen, voldoende is om so 'n direkteur 'n party te maak tot die oploop van skulde in die gewone loop van daardie maatskappy se besigheid.[464] Hierdie benadering het tot gevolg gehad dat die Nieu-Seelandse howe veel minder probleme as die Australiese howe ervaar het om nie-uitvoerende direkteure en versuimende direkteure ingevolge die bepaling aanspreeklik te stel.[465]

Ongelukkig is hierdie pragmatiese uitleg nie nagevolg in die uitleg van "knowingly" in die frase "knowingly a party to the carrying on of any business" nie. In *Re Pacific Wools Ltd (In rec and liq)*[466] het die hof bevind dat "knowingly" op 'n sekere mate van kennis dui en dat 'n persoon gevolglik slegs wetens kan deelneem aan die roekelose dryf van besigheid, indien hy daadwerklik kennis gedra het van sy maatskappy se finansiële verknorsing:[467]

> "In my view Mr Nancarrow was careless in not totalling the creditors' invoices from time to time. A prudent director would have. On the other hand, I have found that in fact Mr Nancarrow did not know the extent of his creditors, and did not think to check. What he did was careless, but not knowing ... I consider the distinction between this case and those such as *Thompson v Innes* ... lie in the actual knowledge of the company's position. In those cases the directors actually knew enough to alert them to the dangers of proceeding, here Mr Nancarrow did not know enough."

Aangesien die direkteur in hierdie geval deur sy eie nalatigheid en swak rekeningkundige rekordhouding nie besef het dat die maatskappy in 'n finansiële verknorsing verkeer het nie, wou die hof hom nie aanspreeklik stel as synde wetens 'n party tot die roekelose dryf van besigheid nie. Hierdie benadering het 'n uitstekende verweer vir 'n nalatige direkteur geskep en het die effektiwiteit van die bepaling ondergrawe.[468]

---

debt" 1989 *Canterbury Law Review* 12 20-21.

463 1991 2 NZLR 416.

464 *Vinyl Processors (New Zealand) Ltd v Cant* 1991 2 NZLR 416 428-429: "It is clear in my view that the section does cover the action of directors approving the incurring of debts in the ordinary conduct of a business. It obviously would not cover any extraordinary debt incurred by the management that the directors would not expect, but the debts that have been incurred in this company in respect of which the complaint has been made are the sort of debts the directors must have expected would be incurred."

465 Tav die Australiese debat sien die bespreking in par 4.3.1.3 van hierdie hoofstuk.

466 1992 6 NZCLC 67 824. Vir 'n bespreking van die uitspraak sien Pahl "Company liquidations - failure to keep proper accounts" 1993 *New Zealand Law Journal* 3.

467 *Re Pacific Wools Ltd (In rec and liq)* 1992 6 NZCLC 67824 67841-67842.

468 Sien in die alg Dabner "Insolvent trading: recent developments in Australia, New Zealand and South Africa" 1995 *JBL* 282 301-302. Vgl *Re Bennet, Keane & White Ltd (in liq) (No 2)* 1988 4 NZCLC 96216 vir 'n meer pragmatiese benadering.

5.3.2 Verbandhoudende bepalings

'n Belangrike verbandhoudende bepaling was vervat in artikel 319 van die *Companies Act* 1955.[469] Hierdie bepaling is ook ingevoeg deur die *Companies Amendment Act* 1980 en koppel persoonlike aanspreeklikheid aan 'n oortreding van artikel 151 van die *Companies Act* 1955.[470]

Artikel 151 van die *Companies Act* 1955 het 'n verpligting vir elke Nieu-Seelandse maatskappy geskep om sekere rekeningkundige rekords te hou.[471] Indien hierdie plig versuim is en die maatskappy in insolvente omstandighede gelikwideer is, het artikel 319 die hof gemagtig om, op aansoek,[472] enige van die beamptes van die maatskappy persoonlik aanspreeklik te stel vir al of enige van die skulde en ander verpligtinge van die maatskappy. Die hof het hierdie bevoegdheid gehad,[473] indien die hof bevind het dat die versuim om die verpligtinge ingevolge artikel 151 na te kom, bygedra het tot die maatskappy se onvermoë om sy skulde te betaal of tot wesenlike onsekerheid rakende die bates en laste van die maatskappy,[474] of dat dit die likwidasieproses wesenlik belemmer het of indien daar enige ander billike rede was om so 'n bevel te maak.

Die hof kon egter nie so 'n bevel maak, indien die hof van oordeel was dat die persoon alle redelike stappe geneem het om nakoming deur die maatskappy van die verpligtinge ingevolge artikel 151 te verseker nie of dat die persoon op redelike gronde geglo het dat 'n bekwame en betroubare persoon getaak was om sodanige nakoming te verseker en dat daardie persoon in 'n posisie was om die verpligting na behore uit te voer.[475]

In die gevalle waar artikel 319 van toepassing was, het daar dikwels ook

469 A 319 is herroep, maar 'n soortgelyke bepaling is deur die *Companies Amendment Act* 1993 as a 274 in die *Companies Act* 1955 ingevoeg. Vgl ook a 300 van die *Companies Act* 1993 en die bespreking in par 5.6.3 van hierdie hoofstuk.

470 Vgl *Re Rex Woods Service Centre Ltd (In liq)* 1987 3 NZCLC 100199 100202.

471 A 151 verskyn nog steeds in die *Companies Act* 1955 maar geld slegs vir die oorgangstydperk tav die maatskappye wat nog gereguleer word deur daardie wet. Die bepaling is gedeeltelik gewysig deur die *Financial Reporting Act* 1993 en die *Companies Amendment Act* 1993. Vir die status van hierdie wetgewing, sien die bespreking in par 5.5 van hierdie hoofstuk.

472 Ingevolge a 319(2) van die *Companies Act* 1955 kon so 'n aansoek gebring word deur die "Official Assignee or the liquidator or any creditor or contributory of the company".

473 A 319(1) van die *Companies Act* 1955.

474 Sien bv *Re Bennet, Keane & White Ltd (in liq) (No 2)* 1988 4 NZCLC 96216; *Re Pacific Wools Ltd (In rec and liq)* 1992 6 NZCLC 67 824. Sien ook Pahl "Company liquidations - failure to keep proper accounts" 1993 *New Zealand Law Journal* 3.

475 A 319(2) van die *Companies Act* 1955. 'n Soortgelyke bepaling is reeds in die konteks van die Ierse reg bespreek. Sien par 3.6.3 van hierdie hoofstuk.

omstandighede bestaan wat 'n aansoek ingevolge artikel 320 kon begrond. In so 'n geval kon 'n aansoek ingevolge beide bepalings gebring word.[476]

5.4 Verslag van die New Zealand Law Commission

In 1989 is 'n invloedryke en omvattende verslag rakende die hervorming van die maatskappyereg in Nieu-Seeland deur die *New Zealand Law Commission* vrygestel.[477] Die verslag het substansiële wysigings aan die Nieu-Seelandse maatskappyeregbedeling aanbeveel. Die aanbevelings was ook vergestalt in 'n konsepwet wat deel gevorm het van die verslag.

Die kommissie het uitgegaan van die standpunt dat 'n maatskappywet erkenning moet verleen aan die waardevolle rol van die maatskappy as voertuig vir die neem van besigheidsrisikos tot voordeel van die gemeenskap.[478] Verder is geoordeel dat maatskappywetgewing die doeltreffende bestuur van maatskappye moet aanmoedig deur direkteure 'n wye diskresie toe te laat in aangeleenthede wat 'n besigheidsoordeel verg, maar dat dit terselfdertyd aandeelhouers en skuldeisers teen magsmisbruik moet beskerm.[479] Teen hierdie agtergrond het die kommissie 'n nuwe bedeling ten aansien van onder andere direkteursverpligtinge en -aanspreeklikheid aanbeveel. Die 1980-bepalings rakende die roekelose dryf van besigheid is spesifiek gekritiseer en nie nagevolg nie:[480]

> "... [W]e have concluded that section 320 goes too far towards inhibiting the use of the company form as the vehicle for the taking of business risk. A company may be legitimately formed to embark on a speculative or very risky venture ... The chances of failure - and the prize for success - may be high. Indeed success may greatly benefit the community. ... Section 105 of the draft Act therefore imposes personal liability only where the directors have 'unreasonably' risked insolvency."[481]

Geen verdere verduideliking is gebied vir die kritiek van die kommissie op die reikwydte van artikel 320 nie. In die lig van die uitleg wat die Nieu-Seelandse

476 Vgl bv *Re Bennet, Keane & White Ltd (in liq) (No 2)* 1988 4 NZCLC 96216. Vgl ook *Re Pacific Wools Ltd (In rec and liq)* 1992 6 NZCLC 67824.

477 New Zealand Law Commission *Company law - reform and restatement* [1989]. Vir kommentaar op aspekte van die verslag sien Sealy "Company law: directors and the company they keep" 1990 *New Zealand Law Journal* 434; Grantham "Reforming the duties of company directors" 1991 *The Company Lawyer* 27.

478 New Zealand Law Commission *Company law - reform and restatement* [1989] par 516. Vgl ook a 2(b) van die *Draft Companies Act* wat as deel van die verslag gepubliseer is.

479 A 2(c) van die *Draft Companies Act* soos gepubliseer in New Zealand Law Commission *Company law - reform and restatement* [1989].

480 New Zealand Law Commission *Company law - reform and restatement* [1989] par 516.

481 Vgl New Zealand Law Commission *Company law - reform and restatement* [1989] par 214.

howe daaraan gekoppel het, kan die korrektheid van die stelling dat die bepaling die sukses van die maatskappyvorm in hierdie verband ondermyn, gedebatteer word. Die kritiese stelling is egter as vertrekpunt gebruik om 'n nuwe bedeling voor te stel, ingevolge waarvan skuldeisers se belange primêr beskerm sal word deur die handhawing van die maatskappy se solvensie.[482] Die kernbepalings in die voorgestelde *Draft Companies Act*, wat op 'n opvallend bondige en toeganklike wyse verwoord is, lui soos volg:

> "**105 Solvency**
>
> (1) A director of a company must not agree to the company entering into a contract or arrangement or acting in any other manner unless he or she believes at that time on reasonable grounds that the act concerned does not involve an unreasonable risk of causing the company to fail to satisfy the solvency test.
>
> (2) A director of a company must not agree to the company incurring an obligation unless he or she believes at that time on reasonable grounds that the company will be able to perform the obligation when required to do so."

Die verpligting in die eerste subartikel is gegrond op die handhawing van solvensie en hierdie begrip is soos volg in die *Draft Companies Act* gedefinieer:[483]

> "(3)(3) A company satisfies the solvency test if
>
> (a) it is able to pay its debts as they become due; and
>
> (b) the realisable value of the company's assets is greater than the aggregate of the present value of its liabilities, whether contingent or otherwise."

Hierdie toets vir solvensie kombineer die handelssolvensie- en die balansstaattoets. Artikel 3(3)(b) verwys pragmaties na die realiseerbare waarde van die maatskappy se bates. Waar hierdie waarde nie in 'n maatskappy se state gereflekteer word nie, verg die toets 'n herwaardering van die bates van die maatskappy, sodat 'n realistiese waarde daaraan gekoppel kan word.[484]

Ingevolge die *Draft Companies Act* is die direkteure die verpligtinge ten aansien van die handhawing van solvensie en die vermyding van onbetaalbare skulde aan die maatskappy verskuldig.[485] Wanneer 'n direkteur hierdie verpligting verbreek, kan hy aangespreek word deur die maatskappy of deur 'n aandeelhouer namens die maatskappy of deur die likwidateur, na likwidasie van

---

482 Sien in die alg New Zealand Law Commission *Company law - reform and restatement* [1989] par 214-221. Daar is voorts ook voorsiening gemaak vir die reg van 'n direkteur om in sekere omstandighede die regte van skuldeisers en werknemers in die maatskappy in ag te neem in die uitvoering van sy pligte teenoor die maatskappy.

483 A 3(3) van die *Draft Companies Act* soos gepubliseer in New Zealand Law Commission *Company law - reform and restatement* [1989].

484 New Zealand Law Commission *Company law - reform and restatement* [1989] par 330-333.

485 A 105 van die *Draft Companies Act* soos gepubliseer in New Zealand Law Commission

die maatskappy. Geen skuldeiser sal ingevolge die konsepwet enige eis teen 'n direkteur vir die verbreking van hierdie plig kan instel nie.[486] Skuldeisers sal egter, saam met onder andere aandeelhouers, die reg hê om 'n interdik aan te vra waar die maatskappy of die direksie van voornemens is om in stryd met die konstitusie van die maatskappy of in stryd met die *Companies Act* op te tree.[487]

Na ontvangs van kommentaar[488] het die *Law Commission* hulle voorstelle verfyn.[489] Die basiese bepalings ten aansien van insolvente handeldrywing het dieselfde gebly,[490] maar die definisie van "solvensie" is verder verbesonder op die volgende wyse [die byvoegings word uitgelig]:

> "*(a)* A company satisfies the solvency test if
>
> *(i)* it is able to pay its debts as they become due *in the normal course of business*; and
>
> *(ii)* the realisable value of the company's assets is greater than the aggregate of the present value of its liabilities, whether contingent or otherwise.
>
> *(b) In determining whether a company satisfies the solvency test regard may be had either to financial statements prepared on the basis of accounting practice and principles that are reasonable in the circumstances, or a fair valuation or other method that is reasonable in the circumstances.*
>
> *(c) In this subsection, 'realisable value', in relation to any asset, means the price that would be paid for that asset by a willing but not anxious buyer to a willing but not anxious seller.*"

Hierdie byvoegings bring 'n groter mate van duidelikheid en presisie teweeg. Die herbewoording van paragraaf (b) het ook tot gevolg dat direkteure ten aansien van die solvensie-toets hulle op redelike gronde en metodes kan verlaat,

---

Company law - reform and restatement [1989]. Vgl ook par 219 van die verslag.

486 Sien in die alg New Zealand Law Commission *Company law - reform and restatement* [1989] par 219.

487 Vgl a 126 van die *Draft Companies Act* soos gewysig en gepubliseer in New Zealand Law Commission *Company law reform - transition and revision* [1990].

488 Sien New Zealand Law Commission *Company law reform - transition and revision* [1990]; Sealy "Company law: directors and the company they keep" 1990 *New Zealand Law Journal* 434; Sealy "Corporate law reform - the Commonwealth experience" 1 *Corporate Law Development Series* 1 19-21.

489 New Zealand Law Commission *Company law reform - transition and revision* [1990].

490 Grantham is een van die min kritici van hierdie benadering. Hy het uitgewys dat die voorstel daarop neerkom dat direkteure in die beste belang van die maatskappy moet optree. Indien die maatskapy egter in 'n finansiële verknorsing verkeer, sal a 105 die direkteure verhoed om in die belang van die maatskappy 'n laaste finale risiko te neem wat die maatskappy mag red indien dit slaag, maar die skuldeisers gaan benadeel indien dit faal. Sien Grantham "Reforming the duties of company directors" 1991 *The Company Lawyer* 27. Die neem van die risiko sal egter slegs verhoed word, indien dit onredelik is. Wat redelik is, behoort ook bepaal te word deur die buitengewone omstandighede. 'n Pragmatiese benadering van die probleem behoort Grantham se kritiek gevolglik grotendeels te ondervang.

wanneer hulle oor die solvensie van die maatskappy moet oordeel.[491] Afgesien van hierdie wysiging het die kommissie ook 'n addisionele grond vir persoonlike aanspreeklikheid van 'n direkteur voorgestel in die geval waar 'n persoon in stryd met 'n diskwalifikasiebevel as 'n direkteur van 'n maatskappy optree.[492]

5.5 Companies Act 1993

Die Nieu-Seelandse statutêre maatskappyeregbestel is tans in 'n oorgangsfase.[493] 'n Nuwe maatskappywet, die *Companies Act* 1993, wat in wese op die voorstelle van die *Law Commission* gebaseer is, is gepromulgeer.[494] Die *Companies Act* 1955 bly egter geld tot 30 Junie 1997.[495] Geen nuwe maatskappye mag egter ingevolge die 1955-wet registreer nie.[496] Sodanige registrasies moet dus ingevolge die 1993-wet geskied. Aangesien die 1993-wet so rewolusionêr van aard is, word maatskappye wat onder die 1955-wet geregistreer is, die keuse gebied om vrywillig ingevolge die 1993-wet te registreer.[497] Indien die maatskappye vrywillig herregistreer, word hulle 'n mate van keusevryheid ten aansien van hulle interne reëls gebied. Sou hulle versuim om ingevolge die *Companies Reregistration Act* 1993 te herregistreer, word hulle geag geregistreer te wees ingevolge die 1993-wet en word sekere spesifieke interne reëls die maatskappye toegedig.[498]

Aangesien die *Companies Act* 1955 nog tot 1997 tesame met die *Companies Act* 1993 geld, is sekere wesenlike wysigings deur die *Companies Amendment Act* 1993 aan die 1955-wet aangebring om te verseker dat die twee maatskappyewette ten aansien van sekere bepalings nie uiteenlopende reëlings tref nie. Artikel 320 in die 1955-wet is byvoorbeeld vervang met 'n nuwe artikel

---

491 Sien New Zealand Law Commission *Company law reform - transition and revision* [1990] par 6 vir 'n bespreking van die nuwe definisie.

492 A 282 van die *Draft Companies Act* soos gewysig en gepubliseer in New Zealand Law Commission *Company law reform - transition and revision* [1990].

493 Sien in die alg Wishart "Progress of company law reform" 1991 *Company and Securities Law Journal* 419, 1992 *Company and Securities Law Journal* 75.

494 Vir die agtergrond tot hierdie wet sien Baxt "New Zealand Companies Bill - a new approach to corporate law?" 1991 *Company and Securities Law Journal* 46; Dabner "Insolvent trading: recent developments in Australia, New Zealand and South Africa" 1995 *JBL* 282 303-305; Wishart "Progress of company law reform" 1991 *Company and Securities Law Journal* 419, 1992 *Company and Securities Law Journal* 75. Die *Companies Act* 1993 het op 1 Julie 1994 in werking getree.

495 A 1 en 2 van die *Companies Act Repeal Act* 1993.

496 Sien a 2(1) van die *Companies Amendment Act* 1993.

497 Vgl die *Companies Reregistration Act* 1993.

498 A 13 van die *Companies Act Repeal Act* 1993.

189 rakende *reckless trading*.[499] Aangesien hierdie wysigings aangebring is ten einde die 1955-wet se bepaling in ooreenstemming met die 1993-wet te bring, fokus die bespreking eerder op die bepalings in die 1993-wet.

5.6 Onregmatige handeldrywing ingevolge die Companies Act 1993

Terwyl die basiese filosofie van die *Law Commission* se voorstelle ten aansien van direkteursverpligtinge nagevolg is, wyk die bewoording van die uiteindelike bepalings af van die voorgestelde bewoording.

Artikel 131 van die *Companies Act* 1993 bepaal dat 'n direkteur in goeie trou teenoor die maatskappy moet handel en moet optree ooreenkomstig dit wat hy glo in die beste belang van die maatskappy is ["act in good faith and in what the director believes to be the best interests of the company"]. Die direkteure word egter onder sommige omstandighede die reg gegee om die belange van 'n houermaatskappy van hulle maatskappy of 'n gesamentlike onderneming waarvan die maatskappy deel vorm, voorop te stel.[500] Direkteure word ook die reg gegee om voorsiening te maak vir die belange van die werknemers van die maatskappy, wanneer die maatskappy sy besigheid of 'n deel daarvan staak.[501] Spesifieke statutêre bepalings ter beskerming van skuldeisers se belange is ook in die wetgewing ingebou in die vorm van maatreëls rakende die bedrieglike, roekelose en insolvente dryf van besigheid.

5.6.1 "Fraudulent trading"

Hoewel die *Law Commission* se konsepwet geen bepaling in hierdie verband ingesluit het nie, bevat die *Companies Act* 1993 wel 'n bepaling rakende die bedrieglike dryf van besigheid. Die bepaling is slegs strafregtelik van aard en bied nie 'n direkte verhaalsreg vir die skuldeisers van die maatskappy nie.[502] Die bepaling is soos volg in artikel 380 verwoord:

---

499 A 319 is geskrap en vervang deur 'n nuwe a 274 van die *Companies Act* 1955. Hierdie artikel is geskoei op a 319. Dit beperk egter die reg van aansoek tot die likwidateur. Vgl ook die *Financial Reporting Act* 1993.

500 A 131 van die *Companies Act* 1993.

501 A 132 van die *Companies Act* 1993.

502 Hoewel die bepaling nie 'n verhaalsreg vir benadeelde skuldeisers bied nie, kan hulle 'n reg op skadevergoeding ingevolge a 301 van die *Companies Act* 1993 verkry. Hierdie artikel maak voorsiening vir 'n verhaalsreg na likwidasie teen die betrokke beamptes van die maatskappy op grond van oa die verbreking van die plig tot sorg en vaardigheid en troubreuk teenoor die maatskappy.

"**380(1) [Carrying on business fraudulently]** Every person who is knowingly a party to a company carrying on business with intent to defraud creditors of the company or any other person or for a fraudulent purpose commits an offence and is liable on conviction to the penalties in section 373(4) of this Act.

380(2) [Inducing giving credit; certain dealings with property] Every director of a company who, -

(a) By false pretences or fraud induces a person to give credit to the company; or

(b) With intent to defraud creditors of the company, -

(i) Gives, transfers, or causes a charge to be given on, property of the company to any person; or

(ii) Causes property to be given or transferred to any person; or

(iii) Caused or was a party to execution being levied against property of the company -

commits an offence and is liable on conviction to the penalties set out in section 373(4) of this Act."[503]

Indien artikel 380(1) met artikel 380(2) vergelyk word, is dit duidelik dat oorvleueling plaasvind. Die bedrieglike verkryging van krediet namens die maatskappy het nog altyd *fraudulent trading* daargestel.[504] Artikel 380(2) bied dus in 'n sekere sin 'n verbesondering van artikel 380(1), sonder om die algemeenheid van laasgenoemde subartikel te beperk. Hoewel die duidelikheid van die bepaling daardeur bevorder word, val dit tog as onelegant op om 'n bepaling op so 'n wyse te struktureer.

5.6.2 "Reckless trading" en "insolvent trading"

Roekelose en insolvente handeldrywing word bondig en eenvoudig soos volg deur twee agtereenvolgende artikels gereël:

"**135 Reckless trading** - A director of a company must not -

(a) Agree to the business of the company being carried on in a manner likely to create a substantial risk of serious loss to the company's creditors; or

(b) Cause or allow the business of the company to be carried on in a manner likely to create a substantial risk of serious loss to the company's creditors."

136 Duty in relation to obligations - A director of a company must not agree to the company incurring an obligation unless the director believes at that time on reasonable grounds that the company will be able to perform the obligation when it is required to do so.

Die wetgewer het nie die voorstel van die *Law Commission* dat die direkteursoptrede jeens maatskappyskuldeisers aan die handhawing van

503 Artikel 373(4) van die *Companies Act* 1993 maak voorsiening vir 'n maksimum vonnis van 5 jaar gevangenisstraf of 'n boete van hoogstens $200 000.

504 Sien parr 2.2.3 en 2.2.4 van Hoofstuk 4.

solvensie geoordeel moet word, nagevolg nie.[505] Daar is inderwaarheid teruggekeer na die breë gedagteraamwerk van artikel 320 van die *Companies Act* 1955 deurdat uitdruklike en aparte reëlings ten aansien van die roekelose dryf van besigheid en ten aansien van die nalatige oploop van skulde getref is.

Ingevolge artikel 135 mag 'n direkteur nie toestem, toelaat of veroorsaak dat die besigheid van die maatskappy gedryf word op 'n wyse wat waarskynlik 'n wesenlike risiko van ernstige verliese vir die skuldeisers van die maatskappy skep nie. Die direkteur is hierdie verpligting aan die maatskappy verskuldig en kan aangespreek word deur die maatskappy indien die plig verbreek word.[506] 'n Verbreking van hierdie verpligting bied nie 'n basis vir 'n direkte eis deur 'n skuldeiser nie en stel ook nie 'n misdryf daar nie. Indien die maatskappy egter versuim om op te tree en gelikwideer word, verkry 'n skuldeiser die reg om die hof te nader om 'n skadevergoedingsbevel. Sodanige bevel kan egter slegs verleen word in die mate wat die gewraakte optrede wanaanwending van die maatskappy se bates, troubreuk of nalatigheid ten aansien van die maatskappy daargestel het.[507]

Hoewel artikel 135 nie 'n kragtige remedie vir die skuldeisers van maatskappye bied nie, bied dit wel 'n mate van beskerming. Dit vereis minstens van die direkteure om oorweging te skenk aan die mate waarin skuldeisers aan risiko blootgestel word. Die werklike effektiwiteit van die bepaling sal afhang van die howe se interpretasie van begrippe soos "substantial risk" en "serious loss".[508] Aangesien die wetgewing nog so nuut is, is daar nie veel leiding te put uit regspraak nie. *Morison's company and securities law* bied die volgende interpretasie aan:

> "It appears that there can only be a substantial risk of serious loss where the company is already in some difficulty, or where action proposed by the directors would effectively jeopardise the company's solvency. The creditors can have no interest in even the riskiest of ventures where the company is well able to bear the loss resulting from complete failure. It is therefore suggested that this duty does not curtail the director's ability to take risks; it is aimed at requiring caution where failure could mean liquidation."

505 Die solvensietoets is wel in die Wet ingebou en die definisie is verder verbesonder as die finale voorstel van die *Law Commission*. Sien a 4 van die *Companies Act* 1993. Hierdie definisie is egter nie direk van toepassing gemaak op roekelose handeldrywing en die oploop van skulde nie.

506 Vgl a 169(3)(f) van die *Companies Act* 1993.

507 Sien a 301 van die *Companies Act* 1993. Vgl ook Thompson (red) *Morison's company and securities law* vol 2 [1995] par 24.16. Sien ook a 164 van die *Companies Act* 1993 tav aandeelhouers en die maatskappy se reg om 'n interdik aan te vra ten einde die optrede stop te sit.

508 Sien in die alg Dabner "Insolvent trading - recent development in Australia, New Zealand and South Africa" 1994 *Bond Law Review* 1 25; Dabner "Insolvent trading: recent developments in Australia, New Zealand and South Africa" 1995 *JBL* 282 305.

Indien hierdie uitleg deur die howe gevolg sal word, sal die bepaling in wese neerkom op die *Law Commission* se voorstel, naamlik dat 'n direkteur nie moet toestem tot 'n transaksie wat 'n onredelike risiko vir die maatskappy se solvensie inhou nie.

Ingevolge artikel 136 van die *Companies Act* 1993 mag 'n direkteur nie toestem tot die oploop van 'n skuld deur 'n maatskappy nie, tensy die direkteur op daardie stadium op redelike gronde glo dat die maatskappy in staat sal wees om sy verpligting reëlmatig na te kom. Die verpligting ingevolge artikel 136 is in wese dieselfde verpligting as wat deur artikel 320(1)(a) van die *Companies Act* 1955 daargestel is. 'n Direkteur verbreek hierdie verpligting indien hy nie glo dat die skuld terugbetaal sal kan word nie of indien hy wel glo dat dit gedelg sal kan word, maar daardie geloof nie op redelike gronde berus nie. Die remedies ten aansien van 'n verbreking van hierdie verpligting is dieselfde as die remedies ten aansien van artikel 135.[509]

Enkele aspekte van die wyse waarop artikel 136 bewoord is, val op as ongelukkig. Artikel 320(1)(a) van die *Companies Act* 1955 het byvoorbeeld verwys na die vermoë van die maatskappy "to pay the debt when it fell due for payment as well as all its other debts (including future and contingent debts)". Artikel 136, aan die ander kant, verwys slegs na die aflossing van die betrokke verpligting. Indien die betrokke transaksie tot gevolg sal hê dat die maatskappy nie sy ander skulde sal kan betaal nie, wil dit voorkom asof die transaksie nie geredelik onder artikel 136 sal resorteer nie. Indien die skulde nie van so 'n omvang is dat die nie-betaling daarvan ernstige skade vir die betrokke skuldeisers sal inhou nie, sal die transaksie ook nie onder artikel 135 resorteer nie. Hierdie wysiging in die bewoording van die bepaling doen gevolglik afbreuk aan die effektiwiteit van die artikel.

Bewoordingsverskille bestaan ook tussen artikel 135 en 136. Artikel 135 vereis van 'n direkteur om nie toe te stem, toe te laat of te veroorsaak dat die besigheid van die maatskappy roekeloos bedryf word nie. Aan elk van die woorde "agree", "cause" en "allow" moet dus 'n selfstandige betekenis toegeken word. Artikel 136 vereis egter alleen dat 'n direkteur nie moet toestem ["agree"] tot die oploop van die gewraakte skuld nie. Hierdie verskil in bewoording skep die ruimte vir 'n argument dat 'n direkteur wat deur sy versuim om voldoende beheer uit te oefen teweeggebring het dat sodanige transaksies gesluit is, nie aanspreeklik is nie, aangesien hy nie aktief sy toestemming daartoe verleen het nie. Hierdie debat is reeds binne die konteks van die Australiese reg bespreek, waar die

509 Sien in die alg Thompson (red) *Morison's company and securities law* vol 2 [1995] par 24.17.

aanspreeklikheid van 'n versuimende direkteur in geskil is.[510] Die verskil in bewoording van hierdie twee bepalings skep egter meer ruimte vir 'n soortgelyke debat in Nieu-Seeland.

Die huidige bewoording van artikel 136 blyk nie 'n verbetering op artikel 320(1)(a) van die *Companies Act* 1955 te wees nie en steek ook af by die bewoording van artikel 135 van die *Companies Act* 1993. Wanneer dit vergelyk word met die bewoording van die soortgelyke stel bepalings in die Australiese reg, is dit duidelik dat laasgenoemde bepalings met groter omsigtigheid verwoord is. Of die afwyking in bewoording die effektiwiteit van die bepaling sal knou, sal egter van die Nieu-Seelandse howe afhang. Die Nieu-Seelandse howe het 'n gevestigde uitlegtradisie wat daarop gemik is om die doelstellings van die wetgewer te bevorder en dit is dus denkbaar dat die gapings wat deur die bewoording geskep is, deur liberale uitleg ondervang kan word.[511]

5.6.3 Verbandhoudende bepalings

Ten einde die nuwe maatreëls in konteks te plaas is dit belangrik om kortliks die aandag te vestig op die reëls rakende rekeningkundige rekordhouding, die diskwalifikasie van maatskappydirekteure en die samevoeging van bates van verwante maatskappye vir likwidasiedoeleindes.

Die *Companies Act* 1993 bevat 'n bepaling wat soortgelyk aan artikel 319 van die *Companies Act* 1955 is.[512] Indien 'n maatskappy wat versuim het om aan die statutêre verpligtinge[513] rakende rekeningkundige rekordhouding te voldoen, in insolvente omstandighede gelikwideer word en die hof van oordeel is dat die versuim bygedra het tot die maatskappy se insolvente handeldrywing of tot onsekerheid oor die balansstaat van die maatskappy of tot die belemmering van die likwidasieproses of as die hof oordeel dat daar billike gronde daarvoor bestaan, kan dit, op aansoek, enige van die direkteure van die maatskappy aanspreeklik stel vir enige van die skulde van die maatskappy. Die artikel maak, soos artikel 319, voorsiening vir verwere vir die direkteur waar hy redelik gehandel het. Ander as ingevolge artikel 319, beskik slegs die likwidateur oor *locus standi* om so 'n hofbevel ingevolge die nuwe bepaling aan te vra en kan die aansoek dus nie deur 'n skuldeiser gebring word nie.

---

510 Sien par 4.3.1.3 van hierdie hoofstuk.

511 Sien in die alg Baxt "New Zealand Companies Bill - a new approach to corporate law? 1991 *Company and Securities Law Journal* 46 48.

512 Vgl a 300 van die *Companies Act* 1993.

513 A 300 van die *Companies Act* 1993 is soortgelyk aan die nuwe a 274 soos ingevoeg in die *Companies Act* 1955 en verwys na die statutêre vereistes in a 194 van die *Companies*

Die feit dat die wetgewer hierdie bepaling in sy tradisionele vorm behou het, is opvallend in die lig van die ingrypende wysigings wat die wetgewer aan die bepalings rakende die onregmatige dryf van besigheid aangebring het. Die behoud van hierdie bepaling is ook nie aanbeveel deur die *Law Commission* nie.[514] Die wetgewer se bereidwilligheid om hierdie grond vir aanspreeklikheid te behou, laat gevolglik die vraag ontstaan of dit werklik nodig was om soortgelyke aanspreeklikheid op grond van die onregmatige dryf van besigheid te laat verval.

Artikels 382, 383 en 385 van die *Companies Act* 1993 reël die diskwalifikasie van deelname aan maatskappybestuur, hetsy as oprigter, direkteur of andersins.[515] Artikel 382 maak voorsiening vir die outomatiese diskwalifikasie van 'n persoon wat skuldig bevind is aan 'n ernstige misdryf, waaronder *fraudulent trading*, binnekennishandeldrywing en oneerlikheidsmisdrywe. Die diskwalifikasietydperk is 5 jaar. 'n Persoon wat aan 'n ernstige misdryf skuldig bevind is of wat enige misdryf ingevolge die *Companies Act* gepleeg het of bloot getoon het dat hy oneerlik, roekeloos of onbekwaam as direkteur is, kan op aansoek deur die hof ingevolge artikel 383 vir 'n tydperk van tot 10 jaar gediskwalifiseer word om hetsy as oprigter, direkteur of andersins by maatskappybestuur betrokke te wees. Ingevolge artikel 385 beskik die Registrateur van Maatskappye ook oor die bevoegdheid om 'n persoon sodanig te diskwalifiseer vir 'n tydperk van vyf jaar, indien 'n persoon gemoeid was by die bestuur van onder andere 'n maatskappy wat in insolvente omstandighede gelikwideer is.

Indien 'n persoon in stryd met so 'n diskwalifikasie as 'n direkteur van 'n maatskappy optree, pleeg hy 'n misdryf. Hy staan ook aanspreeklik teenoor die likwidateur van die maatskappy vir elke onbetaalde skuld wat die maatskappy tydens sy ampstermyn opgeloop het en is teenoor die betrokke skuldeiser aanspreeklik vir die terugbetaling van die skuld.[516] Die diskwalifikasiereëlings stel dus 'n addisionele sanksie daar vir persone wat deelneem aan die onregmatige dryf van besigheid, terwyl dit derdes beskerm, deurdat dit onbekwaamheid en oneerlikheid uit maatskappybestuur weer.

Die laaste aspek waarop aandag volledigheidshalwe gevestig moet word, is die reëling betreffende bydraes deur 'n "verwante maatskappy" tydens likwidasie.[517]

Act 1993 en a 10 van die *Financial Reporting Act* 1993.

514 Vgl a 278 van die *Draft Companies Act* wat slegs voorsiening gemaak het vir 'n strafregtelike sanksie. Sien die teks van die bepaling in New Zealand Law Commission *Company law - reform and restatement* [1989] en New Zealand Law Commission *Company law reform - transition and revision* [1990].

515 Sien in die alg Thompson (red) *Morison's company and securities law* vol 2 [1995] par 23.10-23.12.

516 A 384 van die *Companies Act* 1993.

517 Die *Companies Amendment Act* 1980 het so 'n groep bepalings in die *Companies Act* 1955 ingevoeg. Ter wille van 'n ordelike bespreking, fokus hierdie uiteensetting egter op

Indien 'n maatskappy gelikwideer word, kan die hof, op aansoek van die likwidateur, 'n skuldeiser of 'n aandeelhouer van die maatskappy en indien die hof oordeel dat dit reg en billik is, beveel dat 'n maatskappy wat verwant is aan die maatskappy in likwidasie, 'n bydrae tot die gelikwideerde maatskappy se boedel moet maak. Waar beide maatskappye gelikwideer word, kan die hof beveel dat die likwidasies geadministreer moet word asof hulle een maatskappy was.[518] "Verwantskap" vir doeleindes van hierdie bepalings word duidelik omskryf. Dit sluit onder andere die bestaan van 'n houer-filiaal-verhouding in, maar strek ook verder om byvoorbeeld die situasie te omvat waar die afsonderlike besighede van die maatskappye nie geredelik onderskei kan word nie.[519] Ten einde te oordeel of dit reg en billik sou wees om so 'n bevel te maak, moet die hof onder andere aandag skenk aan die mate waarin die maatskappy aan die bestuur van die gelikwideerde maatskappy deelgeneem het, sy optrede teenoor die skuldeisers van die gelikwideerde maatskappy en die mate waarin die maatskappy verantwoordelik was vir die likwidasie.[520]

Soortgelyke bepalings is reeds in die Ierse[521] en Australiese[522] reg bespreek. Dit is duidelik dat hierdie tipe bepalings skuldeisers beskerm teen veral houermaatskappye wat hulle beheer oor filiale misbruik in gevalle waar die magsmisbruik aanleiding gee tot die dryf van besigheid op 'n onregmatige wyse deur die filiaal.

5.7 Evaluering

Die 1980-bepalings van die *Companies Act* 1955 rakende die roekelose, bedrieglike en insolvente dryf van besigheid het, volgens die aantal gerapporteerde beslissings, effektief binne die Nieu-Seelandse konteks gefunksioneer. Die kritiek van die *Law Commission*, synde dat die bepalings te ver gegaan het en inderwaarheid die neem van risikos deur maatskappye aan bande gelê het, is nie deur die kommissie gesubstansieer nie. Soortgelyke bepalings het nie sodanige kritiek in Australië uitgelok nie. Die korrektheid van hierdie kritiek, wat 'n belangrike bydrae gelewer het in die wysiging van die

die huidige bepalings in *Companies Act* 1993. Sien in die alg Nolan "The position of unsecured creditors of corporate groups: towards a group responsibility solution which gives fairness and equity a role" 1993 *Company and Securities Law Journal* 461; Fourie "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stellenbosch Law Review* 148 162.

518 A 271 van die *Companies Act* 1993.

519 A 2(3) van die *Companies Act* 1993.

520 A 271 van die *Companies Act* 1993.

521 Sien par 3.6.4 van hierdie hoofstuk. Die ooreenstemming tussen die Ierse en die Nieu-Seelandse bepalings in hierdie verband blyk duidelik.

522 Sien par 4.3.3.7 van hierdie hoofstuk.

bepalings, is gevolglik debatteerbaar.

Ongeag die moontlike ongeldigheid van hierdie kritiek, het die *Law Commission* met rewolusionêre voorstelle vorendag gekom ten aansien van die onregmatige dryf van besigheid. Die voorstel dat 'n solvensie-toets benut moet word as maatstaf vir direkteursoptrede in hierdie verband, is innoverend en, indien korrek geïmplementeer, kan dit 'n effektiewe riglyn daarstel. Ongelukkig is hierdie basiese voorstel nie aanvaar nie en is 'n nuwe stelsel daargestel wat inderwaarheid elemente van die vorige sisteem met die voorgestelde sisteem van die *Law Commission* vermeng. Dit wil voorkom asof nie daarin geslaag is om die beste elemente uit beide sisteme te kombineer nie. Dabner merk tereg soos volg op:

> "Ultimately it may be that these provisions are the result of an unhappy compromise and it may have been better for the legislature to have either retained the existing provisions or to have fully embraced the Law [Reform] Commission's solvency test. Certainly it is arguable that the solvency test more adequately addresses the underlying concern to which these provisions are directed."[523]

Dit is verder opvallend dat die *Law Commission* se konsepwet sowel as die *Companies Act* 1993 die regulerende aard van die bepalings rakende die onregmatige dryf van besigheid uitgebou het, terwyl die remediërende werking daarvan ingekort is. Die reg wat skuldeisers gehad het om die hof te nader ten einde die verantwoordelike persone vir die betrokke skulde aanspreeklik te stel, is slegs in 'n indirekte en gekwalifiseerde sin in die *Companies Act* 1993 behou.[524] Hierdie wysiging verswak die skuldeisers se regsposisie.[525] Dit staan ook in kontras met die remedies wat die Australiese wetgewing in hierdie verband bied.

Die nuwe Nieu-Seelandse maatreëls se mees positiewe eienskap is die saaklikheid en bondigheid van die betrokke bepalings. Die bondigheid eis egter 'n hoë tol, aangesien die bewoording ruimte skep vir uitlegproblematiek wat die effektiwiteit van die bepalings sal aantas.

In die geheel gesien, blyk dit dat veral die *Law Commission* se voorstelle stof tot nadenke bied. Die wyse waarop dit egter tans in die *Companies Act* 1993 verwoord is, val egter nie as navolgenswaardig op nie.

---

523 Dabner "Insolvent trading: recent developments in Australia, New Zealand and South Africa" 1995 *JBL* 282 305.

524 Vgl a 301 van die *Companies Act* 1993.

525 Vgl Thompson (red) *Morison's company and securities law* vol 2 [1995] par 24.8 vir die mening dat die skep van 'n indirekte verhaalsreg moontlik as 'n verstewiging van die skuldeiser se regsposisie beskou mag word. Geen gronde vir so 'n standpunt word egter aangevoer nie.

6 SAMEVATTING

Engeland, Ierland, Australië en Nieu-Seeland het in die verlede 'n *fraudulent trading*-bepaling op die patroon van die Greene-komitee[526] se aanbeveling op hulle wetboeke gehad. Elkeen van hierdie jurisdiksies het ondertussen daardie bepaling met 'n nuwe stel bepalings ten aansien van onregmatige handeldrywing vervang. Ongeag die feit dat die nuwe stelle bepalings uiteenlopend van aard is, is daar 'n breë mate van ooreenstemming tussen die benaderings wat die onderskeie wetgewers in die formulering van die nuwe bepalings gevolg het.

Die wetgewers in al vier jurisdiksies het byvoorbeeld 'n duidelike onderskeid tussen die strafregtelike en sivielregtelike gevolge van die onregmatige dryf van besigheid getref. Hierdie onderskeid is veral opvallend in die lig van die feit dat beide gevolge in die verlede gesamentlik in die klassieke *fraudulent trading*-bepaling gereël was. Verder is die sivielregtelike gevolge van die onregmatige dryf van besigheid deur al vier jurisdiksies op 'n suiwerder grondslag geplaas. Daar is algemeen geoordeel dat direkteure statutêr aanspreeklik moet wees vir die nalatige dryf van besigheid. Hierdie gevolge is ook met sorg in elke jurisdiksie statutêr gereël. Hoewel die jurisdiksies uiteenlopende reëlings in hierdie verband getref het, is dit duidelik dat die aanspreeklikheid vir nalatige optrede nie algemeen van aard is nie, maar beperk is tot spesifiek-omskrewe nalatige bestuursoptrede in spesifieke omstandighede.

Teen die agtergrond van bogenoemde algemene kenmerke word sekere uitstaande aspekte van die huidige statutêre maatreëls in hierdie jurisdiksies vervolgens bondig uitgelig.

6.1 Strafsanksie

Al die jurisdiksies het die strafsanksie meerendeels tot die bedrieglike dryf van besigheid beperk. Daar is algemeen geoordeel dat die strafreg en die strafsanksie nie gepas is om optrede te sanksioneer wat onredelik maar eerlik is nie.

Die ingrypende wysigings ten aansien van die persoonlike aanspreeklikheid wat uit die bedrieglike dryf van besigheid voortvloei, het nie 'n groot invloed uitgeoefen op die wese van die klassieke strafregtelike *fraudulent trading*-bepaling nie. Die bewoording van die klassieke *fraudulent trading*-bepaling kan

526 Company Law Amendment Committee *Report* Cmd 2657 [1926] 29-30. Sien die bespreking in par 2.1 van Hoofstuk 4.

nog steeds herken kan word in die nuwe strafregtelike bepalings in hierdie jurisdiksies.

6.2 Nalatige dryf van besigheid

Nalatige bestuursoptrede in die dryf van besigheid stel die direkteure van die maatskappy en soms ook die maatskappybeamptes in hierdie jurisdiksies aan persoonlike aanspreeklikheid bloot. Dit is egter nie enige nalatige optrede wat tot statutêre aanspreeklikheid aanleiding gee nie. Slegs optrede wat binne die grense van die spesifieke bepaling val, sal tot sodanige aanspreeklikheid kan lei. Die reikwydte van die bepaling en die mate van duidelikheid van die grense van die bepaling verskil egter van jurisdiksie tot jurisdiksie.

Die *wrongful trading*-bepaling in Engeland vereis byvoorbeeld omsigtige optrede van die maatskappydirekteure vanaf die moment wat dit duidelik word dat die maatskappy nie meer insolvente likwidasie kan vermy nie. Onder hierdie omstandighede word van die direkteure geverg om alle redelike stappe te neem ten einde die verliese van die maatskappy se skuldeisers te beperk. Hierdie plig is omvattend en die wetgewing verleen nie presiese inhoud daaraan nie. Die Australiese bepalings, aan die ander kant, skep 'n ligter, maar duideliker-omskrewe plig. Ingevolge hierdie bepaling moet 'n direkteur die maatskappy verhoed om 'n skuld op te loop, indien daar redelike gronde is om te vermoed dat die maatskappy insolvent is of insolvent sal word. Die Ierse en Nieu-Seeland maatskappywetgewing bevat ook soortgelyke maatreëls ten aansien van die sluiting van krediettransaksies.

Uit 'n reguleringsoogpunt is die Australiese bepalings meer geslaag as die Engelse bepaling. Die Australiese bepalings bied 'n duideliker riglyn aan 'n maatskappydirekteur en tref 'n duideliker onderskeid tussen die korrekte en die verkeerde optrede. Dit is gevolglik makliker vir die direkteure in hierdie jurisdiksies om te bepaal wat hulle verpligtinge ingevolge hierdie bepalings is. Die direkteure van Engelse maatskappye het, aan die ander kant, 'n moeiliker taak om te oordeel hoe hulle behoort op te tree ten einde aan *wrongful trading*-aanspreeklikheid te ontsnap. Aangesien 'n duidelike riglyn ontbreek, kan 'n direkteur makliker verkeerd optree terwyl hy onder die indruk is dat hy korrek en veilig handel.

Hierdie mate van sekerheid of onsekerheid is te wyte aan die bewoording en die reikwydte van die spesifieke bepaling. Terwyl die ruimte vir hierdie onsekerheid verminder kan word deur die inkleding en die bewoording van die bepaling, is daar ook 'n addisionele mate van vaagheid waaraan daar nie ontkom kan word nie. 'n Bepaling wat nalatige optrede sanksioneer, kan nie ontsnap aan 'n

inherente mate van speling en interpretasie nie. Nalatigheid is op stuk van sake 'n waarde oordeel wat gevel word oor gegewe optrede. Die spesifieke nalatige handelinge kan gewoonlik nie presies omskryf word in 'n effektiewe regulerende bepaling nie. 'n Bepaling in hierdie verband moet gewoonlik soepel ingeklee word en moet voorsiening maak vir die betrokke waarde-oordeel.

Die betrokke bepalings rakende die nalatige dryf van besigheid poog in 'n meerdere of mindere mate om riglyne rakende die uitoefening van die betrokke waarde-oordeel te bied. Die redelikheid van spesifieke optrede kan slegs geoordeel word aan die hand van 'n spesifieke objektiewe maatstaf. Die Engelse, Ierse en Australiese wetgewing bevat gevolglik duidelik-omskrewe toetse wat aangewend moet word. Hoe duideliker die betrokke toetsmodel geformuleer is, hoe groter is die regsekerheid ten aansien van die toepassing van die bepaling.

6.3 Aansoek

Die reg van maatskappyskuldeisers om die hof te nader ten einde die nalatige direkteur persoonlik aanspreeklik te stel vir die betaling van die betrokke skuld, is in al die jurisdiksies ingekort. Die reg om so 'n aansoek te bring, word meerendeels beperk tot die likwidateur van die insolvente maatskappy. Die bedrag is betaalbaar aan die maatskappy en moet dan deur die likwidateur verdeel word. Die jurisdiksies tref verskillende reëlings in hierdie verband. Australië bied byvoorbeeld in sekere omstandighede aan 'n skuldeiser die reg om 'n eis vir sy eie voordeel teen die direkteur in te stel. In Ierland word die aansoek deur die likwidateur gebring, maar die hof beskik oor die bevoegdheid om te beveel dat die opbrengs van die bevel tot voordeel van 'n sekere skuldeiser of klas skuldeisers aangewend moet word. In Engeland word die aansoek deur die likwidateur gebring en is die opbrengs van enige bevel beskikbaar vir verdeling onder al die skuldeisers, ongeag of hulle benadeel is deur die onregmatige dryf van besigheid al dan nie. Die reg van Nieu-Seelandse skuldeisers in hierdie verband is ook baie beperk. Die remediërende werking van die verhaalsmeganisme is die minste effektief in laasgenoemde jurisdiksies waar die benadeelde skuldeisers inderwaarheid nie 'n statutêre verhaalsreg gebied word nie.

6.4 Vermoedens en verwere

Dit blyk duidelik uit die studie dat die praktiese problematiek rakende die bewys van die onregmatige optrede die effektiwiteit van die bepaling in die praktyk bedreig. Dit is moeilik en duur om *ex post facto* voldoende getuienis te vind ten

einde te bewys dat 'n persoon 'n bestuursbesluit nalatig of bedrieglik geneem het.

Die Ierse en Australiese wetgewing skep spesifieke billike vermoedens ten gunste van 'n applikant. Terselfdertyd word daar egter ook voorsiening gemaak vir sekere billike verwere wat onskuldige direkteure aan onbillike aanspreeklikheid kan laat ontsnap. Hierdie strukturering van die bepaling blyk billik en prakties vir beide die applikant en respondent te wees.

6.5 Verdere maatreëls

Die bepalings rakende die onregmatige dryf van besigheid is nie in isolasie verbeter nie. Die jurisdiksies het byvoorbeeld ook strenger maatreëls ten aansien van die diskwalifikasie van direkteure en maatskappybeamptes aangeneem ten einde oneerlikheid en onbedrewenheid uit maatskappybestuur te weer.

Die Ierse, Australiese en Nieu-Seelandse wetgewing maak voorts voorsiening vir persoonlike aanspreeklikheid waar die maatskappy versuim het om die statutêre verpligting tot rekeningkundige rekordhouding na te kom en die versuim tot die skuldeisers se benadeling gelei het. Die Australiese wetgewing skep die ruimte vir sodanige aanspreeklikheid deur 'n statutêre vermoede van insolvensie te skep, waar die rekords nie behoorlik gehou is nie. Aanspreeklikheid in hierdie verband is van belang binne die konteks van hierdie studie, aangesien oneerlike en nalatige bestuurspraktyke dikwels gepaard gaan met onvolledige boekhouding van die transaksies van die maatskappy.

Ierland, Australië en Nieu-Seeland maak verder ook voorsiening vir aanspreeklikheid van 'n sogenaamde verwante maatskappy. Waar een maatskappy gelikwideer word, kan so 'n verwante maatskappy aanspreeklik gestel word om 'n bydrae tot die boedel van die eerste maatskappy te maak, indien dit onder andere 'n rol gespeel het in die likwidasie van die eerste maatskappy en die benadeling van daardie maatskappy se skuldeisers. Die misbruik van 'n beheerde maatskappy deur 'n beheerder-maatskappy tot nadeel van die beheerde maatskappy se skuldeisers word hierdeur aangespreek.

Hierdie verbandhoudende bepalings verseker dat daar 'n wyer net van statutêre bepalings is wat die oneerlike en bedrieglike dryf van besigheid verbied en bestraf. Dit vergroot die beskerming van maatskappyskuldeisers teen die onregmatige dryf van besigheid en dra by tot die skepping van 'n algemene klimaat van gesonde sake-praktyk.

7 SLOT

Terwyl die aspekte waarop hierbo gewys is tot 'n meerdere of 'n mindere mate deur die bespreekte jurisdiksies gedeel word, is dit duidelik dat die jurisdiksies ook eiesoortige reëlings getref het om hulle eie, unieke probleme aan te spreek. Sommige bewoordingsverskille is byvoorbeeld teweeggebring deur uitlegproblematiek ten aansien van die ouer geslag bepalings wat deur die betrokke land se howe geïdentifiseer is. Hoewel kruisbestuiwing plaasgevind het, is daar gevolglik verskille in die wyses waarop die onderskeie bepalings verwoord is. Hierdie verskille en benadering is gesond. Terwyl dit belangrik is vir 'n land om ontwikkelings in ander jurisdiksies te bestudeer en daarteen te waak dat die regsreëls rakende die onregmatige dryf van besigheid nie te skerp verskil van soortgelyke reëls van belangrike handelsvennote nie, moet die maatreëls wat uiteindelik gepromulgeer word ook die probleme van die betrokke land effektief aanspreek.

Wanneer artikel 424 van die Maatskappywet met die huidige reëlings in die bespreekte jurisdiksies vergelyk word, val die Suid-Afrikaanse wetgewing as lomp en verouderd op. Die kritiek op die klassieke *fraudulent trading*-bepaling wat in elke jurisdiksie die impetus verskaf het om 'n nuwe stel bepalings te promulgeer, is ook tot 'n sekere mate op die Suid-Afrikaanse bepaling van toepassing. Die bespreking van die Suid-Afrikaanse bepaling en van die gemenereg het duidelike leemtes in die Suid-Afrikaanse reguleringsnetwerk ten aansien van die onregmatige dryf van besigheid uitgewys. Hierdie leemtes blyk duideliker wanneer dit teen die agtergrond van internasionale ontwikkelinge op die terrein beskou word.

'n Nuwe regsbedeling in hierdie verband word benodig om die problematiek te ondervang. Enige wysigings wat aan die bestaande bepaling aangebring word, moet egter nie alleen geskied met inagneming van die internasionale ontwikkelinge op hierdie terrein nie, maar moet ook die sterk punte en die tekortkominge van die toepaslike Suid-Afrikaanse regsreëls deeglik verreken. Voorstelle rakende sodanige wysigings word gevolglik in Hoofstuk 6 aan die hand gedoen.

HOOFSTUK 6

GEVOLGTREKKINGS EN AANBEVELINGS

1	INLEIDING		391
2	DIE SKULDENAAR SE IMPLISIETE VOORSTELLING		394
3	ALGEMENE DELIKTUELE AANSPREEKLIKHEID IN MAATSKAPPYVERBAND		394
4	ALGEMENE AANSPREEKLIKHEID OP GROND VAN ONREGMATIGE HANDELDRYWING DEUR 'N MAATSKAPPY		396
5	ARTIKEL 424 VAN DIE MAATSKAPPYWET		398
6	INTERNASIONALE ONTWIKKELINGE		401
7	AANBEVELINGS		402
	7.1	Aspekte vir oorweging	402
	7.2	Kernaanbeveling	403
	7.3	Aanbevole statutêre bepalings	404
		7.3.1 Bedrieglike dryf van besigheid	404
		7.3.1.1 Remedie	405
		7.3.2 Insolvente handeldrywing	405
		7.3.2.1 Toepassing	405
		7.3.2.2 Aanspreeklikheid	406
		7.3.2.3 "Redelike gronde"	406
		7.3.2.4 Bewys	407
		7.3.2.5 Billike verwere	408
		7.3.2.6 Aansoek	409
		7.3.2.7 Omvang van aanspreeklikheid	409
		7.3.2.8 Verdeling	410
	7.4	Konsepartikels	410
	7.5	Alternatiewe implementering	414
8	VERDERE ASPEKTE		414
	8.1	Ander bestuursbesluite en -handelinge	414
	8.2	Reëlings en skikkings	415
	8.3	Diskwalifikasie	416
	8.4	Groepsaanspreeklikheid	416
	8.5	Feniksmaatskappye en ongelikwideerde maatskappye	417

1 INLEIDING

Enige skuldeiser is blootgestel aan die risiko dat die skuldenaar nie die skuldbedrag reëlmatig sal terugbetaal nie. Hierdie risiko is 'n normale sakerisiko. Die finansiële mislukking van 'n groot aantal maatskappye die afgelope jare met gepaardgaande verliese vir die maatskappyskuldeisers het tuisgebring dat die risiko waaraan maatskappyskuldeisers tans in die praktyk blootstaan, onaanvaarbaar hoog is. 'n Verskeidenheid van voorstelle rakende

maatskappyregtelike hervorming ter verbetering van die regsposisie van maatskappyskuldeisers word tans gedebatteer. In vele gevalle word die meriete van die voorstelle egter gedebatteer sonder dat voldoende aandag geskenk word aan die regsreëls op ander regsterreine wat algemene beskerming aan skuldeisers bied. Die feit dat hierdie reëls nie voldoende verreken word nie, verwring sommige van die standpunte en gevolgtrekkings in hierdie debat.

Hierdie studie het die reëls rakende die sogenaamde roekelose en/of bedrieglike dryf van besigheid deur 'n maatskappy ondersoek. Hierdie reëls staan sentraal tot die beskerming van maatskappyskuldeisers aangesien hulle beskerming bied teen die oneerlike en grof-nalatige dryf van besigheid. Ten einde hierdie reëls in hulle breër regskonteks te bestudeer, is 'n spesifieke invalshoek benut. Daar is spesifiek gefokus op sogenaamde insolvente handeldrywing, dit wil sê die verkryging van krediet namens 'n insolvente maatskappy op grond van 'n nalatige of opsetlike wanvoorstelling ten aansien van die terugbetalingsbedoeling en/of die terugbetalingsvermoë van die maatskappy. Hierdie tipe kredietverkryging staan histories en prakties baie nou verbonde met die handelinge wat algemeen as die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid bestempel word.

Die studie het uitgewys dat 'n kredietnemer by kontraksluiting, afgesien van ander moontlike voorstellings, 'n implisiete voorstelling maak dat hy eerlik van plan is om die skuld ooreenkomstig die ooreengekome voorwaardes te delg en dat hy op daardie oomblik glo dat hy die betrokke skuld op daardie wyse sal kan terugbetaal. Hierdie voorstelling speel 'n deurslaggewende rol in die besluit van die skuldeiser om krediet aan die kredietnemer te verleen. Indien die kredietnemer nie van plan is om die skuld reëlmatig te delg nie of nie eerlik op redelike gronde glo dat hy in staat sal wees om dit so te delg nie, maak hy 'n wanvoorstelling teenoor die kredietgewer, tensy hy die korrekte feite aan die kredietgewer meedeel. Die grondreëls rakende hierdie voorstelling is ingeburger in die Suid-Afrikaanse strafreg, deliktereg, kontraktereg en insolvensiereg. Die insolvensieregtelike sanksies in hierdie verband word deur die Maatskappywet ook van toepassing gemaak op maatskappydirekteure en beamptes van maatskappye wat 'n skuld namens die maatskappy oploop, terwyl redelike gronde om te verwag dat die maatskappy dit sal kan delg, ontbreek.

Hierdie reëls bied 'n dinamiese basis vir die strafregtelike en sivielregtelike beskerming van skuldeisers in die algemeen. Sonder voldoende verrekening van die bestaan van die reëls rakende hierdie implisiete wanvoorstelling in die Suid-Afrikaanse reg, is die klassieke Engelse *fraudulent trading*-bepaling in die Suid-Afrikaanse maatskappywetgewing ingevoer, waar dit tans verskyn as artikel 424 van die Maatskappywet. Hierdie bepaling is aanvanklik in Engeland ontwerp weens frustrasie met 'n spesifieke bedrogskema wat in noue verband staan met

die implisiete voorstelling wat ten tyde van die sluiting van 'n krediettransaksie gemaak word.

Die ondeurdagte invoering van die bepaling in die Suid-Afrikaanse reg was ongelukkig. Die samehang tussen die nuwe bepaling en die bestaande reëls is nooit behoorlik deurdink en afgerond nie. Die gevolg is dat daar sekere gapings in die totale reguleringsnetwerk ten aansien van hierdie probleem bestaan. Afgesien van die gapings is daar ook sekere logikaspanninge tussen die geldende reëls. Hierdie spanninge het vergroot weens die dinamiese ontwikkeling van die deliktereg en, in die besonder, die erkenning van 'n deliktuele aksie vir nalatige wanvoorstelling binne kontraktuele verband.

Afgesien van die spanning tussen die bepaling en die ander reëls is die bepaling self ook nie 'n indrukwekkende stuk wetgewing nie. Weens historiese oorwegings is die bepaling vreemd verwoord en vreemd gestruktureer. Die inkleding en uitleg van artikel 424 bring teweeg dat die artikel tans oneffektief as regulerende bepaling en onbillik as remediërende bepaling is.

Die regsvergelykende studie het uitgewys dat Engeland, Ierland, Australië en Nieu-Seeland die tradisionele *fraudulent trading*-bepaling met 'n nuwe stel bepalings vervang het. Die bepalings het breedweg ten doel om die bedrieglike dryf van besigheid te kriminaliseer en om 'n effektiewe remedie aan benadeelde skuldeisers te bied, waar die direkteure tydens die insolvensie van die maatskappy nalatig opgetree het. In die meeste van hierdie jurisdiksies, maar by uitstek in Australië, hou die gewraakte nalatige optrede verband met die oploop van skulde sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting.

Die oneffektiwiteit en onwenslikheid van artikel 424 in sy huidige formaat, noodsaak regshervorming op hierdie terrein. Die basiese reëls rakende wanvoorstelling en spesifiek die reëls rakende die oploop van skulde sonder 'n eerlike en redelike terugbetalingsverwagting, vorm in Suid-Afrika 'n natuurlike basis vir die formulering van 'n nuwe stel reëls op hierdie terrein wat die huidige blootstelling van maatskappyskuldeisers aan onbillike benadeling wesenlik kan verminder. Sodanige reëls sal nie die balans van die bestaande interne beheermaatreëls in die maatskappyereg versteur nie, maar sal duidelike eise aan direkteursoptrede stel, wanneer die maatskappy skulde oploop. Maatskappydirekteure sal voortdurend die handelsolvensie van die maatskappy moet monitor ten einde te verseker dat skulde nie opgeloop word in sodanige insolvente omstandighede nie. Waar hulle hierdie verpligting verbreek en die skuldeisers daardeur skade berokken, behoort die reëls die skuldeisers 'n billike en effektiewe statutêre remedie teen die verantwoordelike persone te bied.

Teen die agtergrond van hierdie breë samevatting en gevolgtrekking, word die basiese gevolgtrekkings van hierdie studie vervolgens saamgevat en word afgesluit met 'n verbesonderde aanbeveling.

2 DIE SKULDENAAR SE IMPLISIETE VOORSTELLING

Wanneer 'n skuld in die Suid-Afrikaanse reg opgeloop word, maak die kredietnemer implisiet die voorstelling dat hy gewillig is om die skuld ooreenkomstig die voorwaardes van die ooreenkoms te delg en dat hy op daardie moment glo dat hy in staat sal wees om die skuldbedrag op sodanige wyse terug te betaal. Hierdie implisiete voorstelling behels nie addisioneel dat die kredietnemer se bates sy laste oorskry nie, maar is, ten aansien van die reëlmatigheid van die lewering van die prestasie, duidelik gekoppel aan die ooreengekome terugbetalingsdatum.

Indien die kredietnemer in daardie stadium nie van plan is om die skuld op sodanige wyse te delg nie of nie glo dat hy in staat sal wees om dit op die ooreengekome wyse terug te betaal nie, maak hy 'n opsetlike wanvoorstelling teenoor die kredietgewer. Die opsetlike wanvoorstelling kan bedrog daarstel, mits al die elemente van die misdryf "bedrog" teenwoordig is en kan voorts aanleiding gee tot kontraktuele en deliktuele remedies vir die kredietgewer.

Indien die kredietnemer tydens kontraksluiting van plan is om die skuldbedrag reëlmatig terug te betaal en glo dat hy in staat sal wees om dit te doen, maar daardie geloof in die lig van die omstandighede so ongegrond en onredelik is dat dit inderwaarheid 'n blote hoop is dat hy in staat sal wees om dit te doen, maak hy implisiet 'n nalatige wanvoorstelling aan die kredietgewer. So 'n wanvoorstelling kan kontraktuele en deliktuele gevolge inhou. Die optrede kan ook 'n misdryf ingevolge die insolvensiereg daarstel. Ingevolge die Insolvensiewet pleeg 'n persoon 'n misdryf as hy 'n skuld oploop sonder redelike gronde om te vermoed dat hy in staat sal wees om die skuld terug te betaal en die feite tydens sy sekwestrasie blyk.

3 ALGEMENE DELIKTUELE AANSPREEKLIKHEID IN MAATSKAPPYVERBAND

Maatskappyverteenwoordigers en maatskappywerknemers wat delikte pleeg, staan persoonlik strafregtelik en deliktueel daarvoor aanspreeklik. Die maatskappy kan, as prinsipaal van so 'n verteenwoordiger en as werkgewer van

so 'n werknemer, middellik daarvoor aanspreeklik gehou word, indien die gewraakte optrede geskied in die loop van die uitvoering van so 'n persoon se taak en daar aan die verdere vereistes vir sodanige aanspreeklikheid voldoen word. Indien 'n maatskappyorgaan 'n wanvoorstelling maak, loop die maatskappy selfstandige aanspreeklikheid daarvoor op. Hierdie aanspreeklikheid word gebaseer op die sogenaamde orgaansteorie wat die handelinge van sekere individue en organe as maatskappyhandelinge aan die maatskappy toereken.

Terwyl die basiese reëls rakende aanspreeklikheid van die maatskappy en die persoonlike aanspreeklikheid van die verteenwoordigers en die werknemers van die maatskappy gevestig is in die reg, word teenstrydige standpunte ingeneem wanneer die aanspreeklikheid van 'n maatskappydirekteur in hierdie konteks ter sprake kom. Die teenstrydighede en onsekerheid is nie te wyte aan onduidelikheid rakende die reëls van die deliktereg nie, maar is te wyte aan spesifieke teorieë en standpunte wat in die maatskappyereg aangevoer word ter beskerming van die direkteur teen wye persoonlike aanspreeklikheid. Sodanige teorieë hang egter nie sinvol saam met die algemene reëls van die maatskappyereg nie en is ook nie versoenbaar met die algemene reëls van die Suid-Afrikaanse deliktereg nie. Laasgenoemde reëls, en spesifiek die reëls rakende die onregmatigheid van die optrede, is soepel genoeg om aanspreeklikheid te bewerkstellig waar dit sosiaal wenslik is en dit te vermy waar sodanige aanspreeklikheid onwenslik blyk. Hierdie reëls moet gevolglik konsekwent toegepas word, wanneer die deliktuele aanspreeklikheid van die direkteur ter sprake kom en die werking daarvan moet nie verwring word deur eiesoortige maatskappyregtelike teorieë nie.

Indien 'n maatskappydirekteur dus in die hoedanigheid van 'n verteenwoordiger of werknemer van die maatskappy 'n delik pleeg of opdrag gee of bewerkstellig dat 'n delik gepleeg word onder omstandighede waar 'n gewone verteenwoordiger of werknemer persoonlike deliktuele aanspreeklikheid daarvoor sou oploop, sal die direkteur ook persoonlik daarvoor aanspreeklik staan. Indien die direkteur 'n delik pleeg terwyl hy ingevolge die orgaansteorie as maatskappyorgaan handel, is die maatskappy selfstandig vir die delik aanspreeklik. Die feit dat die maatskappy aanspreeklikheid oploop, beteken egter nie dat die direkteur vrygestel word vir aanspreeklikheid vir sy optrede nie. Indien die direkteur persoonlik 'n delik onder die omstandighede gepleeg het, sal hy persoonlik vir die delik aanspreeklik staan.

In sodanige omstandighede pleeg die direkteur egter nie persoonlik 'n delik bloot omdat sy handelinge die basis vorm van die delik wat ingevolge die orgaansteorie deur die maatskappy gepleeg is nie. Die direkteur sal slegs 'n delik pleeg indien al die deliktuele elemente, waaronder veral onregmatigheid, in sy persoonlike

optrede onderskei kan word. Die regmatigheid al dan nie van die direkteur se persoonlike optrede, wat insluit die bestaan of afwesigheid van 'n persoonlike regsverhouding tussen die direkteur en die benadeelde en die skending daarvan, moet noukeurig aandag geniet.

Indien al die deliktuele elemente in sy persoonlike optrede onderskei word, het die direkteur persoonlik 'n delik gepleeg en staan hy persoonlik daarvoor aanspreeklik, ongeag die feit dat die maatskappy op grond van dieselfde handelinge selfstandige aanspreeklikheid opgeloop het.

4 ALGEMENE AANSPREEKLIKHEID OP GROND VAN ONREGMATIGE HANDELDRYWING DEUR 'N MAATSKAPPY

Die "roekelose en bedrieglike dryf van besigheid" is 'n frase met 'n geykte historiese en praktiese inhoud wat grotendeels fokus op die sluiting van krediettransaksies namens die maatskappy op grond van wanvoorstellings rakende die terugbetalingsbedoeling en/of die terugbetalingsverwagting. Die toepaslike nie-statutêre reëls rakende hierdie wyse van handeldrywing is gebaseer op 'n sintese van die reëls rakende hierdie tipe kredietverkryging en die reëls rakende deliktuele aanspreeklikheid binne maatskappyverband.

Wanneer 'n krediettransaksie namens 'n maatskappy gesluit word, maak die maatskappy en die betrokke partye teenoor die kredietgewer die implisiete voorstelling dat die maatskappy van plan is om die skuld reëlmatig terug te betaal en dat die maatskappy en die betrokke persone eerlik glo dat die maatskappy die skuld op so 'n wyse sal kan terugbetaal. Indien hierdie voorstelling oneerlik gemaak word en daar aan die verdere vereistes vir die misdryf voldoen word, pleeg die maatskappy en die betrokke partye bedrog. Afgesien van die blootstelling aan strafregtelike vervolging op grond hierdie misdryf, staan die maatskappy en die betrokke partye ook bloot aan moontlike kontraktuele en deliktuele aanspreeklikheid op grond van die opsetlike wanvoorstelling.

Indien dieselfde voorstelling eerlik maar onredelik gemaak word, is die maatskappy en die betrokke partye blootgestel aan moontlike kontraktuele en deliktuele aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling. Waar die maatskappy in insolvente omstandighede gelikwideer word, staan die betrokke direkteure en beamptes ook bloot aan vervolging ingevolge artikel 425 van die Maatskappywet saamgelees met artikel 135(3)(a) van die Insolvensiewet. Hierdie bepalings kriminaliseer die oploop van 'n skuld namens 'n maatskappy sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting.

Die kontraktuele en deliktuele aanspreeklikheid van die maatskappy vir hierdie wanvoorstelling is dikwels nie van groot praktiese belang nie. Die korrekte feite blyk gewoonlik eers na die insolvente likwidasie van die maatskappy en in daardie geval regverdig die finansiële stand van die maatskappy se boedel normaalweg nie die koste van die afdwinging van sodanige aanspreeklikheid nie. Kontraktuele remedies teen die betrokke verteenwoordigers en direkteure van die maatskappy is gewoonlik ook nie ter sprake nie, aangesien daar normaalweg nie 'n kontrak tussen die skuldeiser en die verteenwoordigers en direkteure in hulle persoonlike hoedanigheid tot stand kom nie. Die moontlike deliktuele aanspreeklikheid van die verteenwoordigers en direkteure vir die wanvoorstelling is egter wel van groot praktiese belang. 'n Deliktuele eis bied 'n geleentheid aan die skuldeiser om sy skade van die betrokke individue te verhaal. Aangesien die individue dikwels finansieel in 'n beter posisie as die insolvente maatskappy verkeer, is regstappe teen die individue gewoonlik meer lonend as soortgelyke stappe teen die maatskappy.

Die wanvoorstellingsreg bied in teorie 'n stewige raamwerk vir die beskerming van maatskappyskuldeisers teen die oneerlike en onredelike verkryging van krediet namens die maatskappy. Sekere praktiese probleme verwater egter die effektiwiteit van die beskerming. Dit is byvoorbeeld gewoonlik nie eenvoudig of goedkoop vir die skuldeiser as buitestander om te bewys dat die betrokke direkteure of verteenwoordigers oneerlik opgetree het of onredelik was in hulle verwagting dat die maatskappy in staat sal wees om die skuld terug te betaal nie. Die finansiële posisie van die maatskappy moet in sodanige omstandighede *ex post facto* deur die skuldeiser gerekonstrueer word en die skuldeiser het nie geredelik toegang tot al die inligting wat as basis kon dien vir die betrokkenes se optimisme nie. Die eis kan dus 'n lang en duur hofgeding tot gevolg hê. Die eiser se kanse op sukses met so 'n eis is dikwels ook beperk. In so 'n geding is die voormalige beheerders van die maatskappy prakties in 'n sterker posisie, aangesien hulle kennis dra van feite wat hulle optrede as regmatig kan bewys, in die mate wat sodanige feite teenwoordig is. Die praktiese gevolg is dat die benadeelde op eie koste en met 'n onregverdige agterstand die nodige geding moet voer.

Die reikwydte van die wanvoorstellingsreg skep 'n verdere sruikelblok in maatskappyverband. Die wanvoorstellingsreg bied 'n stewige basis vir 'n eis teen die persone wat betrokke was by die wanvoorstelling, hetsy deur die maak daarvan of deur die gee van die opdrag dat die betrokke voorstelling gemaak moet word. Waar 'n verteenwoordiger egter onskuldig die foutiewe voorstelling gemaak het, aangesien 'n direkteur nalatig versuim het om te voorkom dat die wanvoorstelling gemaak word, leen die huidige reëls en toepassing van die wanvoorstellingsreg hulle nie geredelik tot 'n remedie teen die betrokke direkteur

nie.

5 ARTIKEL 424 VAN DIE MAATSKAPPYWET

'n Bepaling rakende die bedrieglike dryf van besigheid is aanvanklik in 1928 in die Engelse maatskappywetgewing ingevoer om 'n situasie aan te spreek waar die maatskappybeheerders skulde opgeloop het deur goedere op krediet aan te koop, sonder enige bedoeling dat dit terug betaal sal word, ten einde die goedere as sekuriteit vir hulle eie verbande in te palm. Sonder voldoende oorweging van die Suid-Afrikaanse strafregtelike en deliktuele regsreëls om hierdie feitesituasie te beredder, is die Engelse maatskappywetbepaling in 1939 in die Suid-Afrikaanse Maatskappywet 46 van 1926 ingevoer.

Ondanks die feit dat die bepaling voorgestel was ten einde 'n spesifieke feitesituasie aan te spreek, was die bewoording van die bepaling van meet af aan besonder wyd. Die gebruik van die terme "trading" en "dryf van besigheid" het die bepaling op die oog af 'n veel wyer aanwending gebied as bloot net ten aansien van oneerlike kredietverkryging. Hierdie terme is wyd genoeg om, benewens besluite en handelinge rakende die sluiting van krediettransaksies, ook algemene bedrieglike besluite en handelinge te omvat. Ondanks hierdie wye bewoording is die bepaling egter selde buite die konteks van bedrieglike kredietverkryging toegepas.

Die betrokke bepaling is in die sewentigerjare in Suid-Afrika uitgebrei om ook die roekelose dryf van besigheid te ondervang. Hierdie uitbreiding was te wyte aan voorstelle wat daarop gemik was om voorsiening te maak vir die geval waar die maatskappybeheerders voortgaan om skulde op te loop, sonder om ag te slaan op die ouditeur van die maatskappy se waarskuwing dat die maatskappy die skulde sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting oploop. Hierdie uitbreiding het ook geskied sonder oorweging van die bestaande Suid-Afrikaanse regsreëls wat op so 'n feitekompleks van toepassing sou wees. Die uitbreiding is bewerkstellig deur basies die term "roekelose dryf van besigheid" in die bepaling in te voeg. Die wye bewoording van die ouer bepaling en die wye toepassing daarvan het dus ook van toepassing geword op die roekelose dryf van besigheid. Hierdie uitbreiding, wat primêr gemik was op die sluiting van krediettransaksies, het dus op die oog af ook aanwending verkry ten aansien van enige grof-nalatige bestuurshandeling, ongeag of dit gemoeid was met kredietverkryging al dan nie.

Die ondersoek het uitgewys dat artikel 424 tans om verskeie redes verouderd en onwenslik is:

1 Die bewoording van die bepaling is te vaag en te wyd en lei tot onsekerheid oor die aanwendingsgebied van die bepaling. Die bepaling wat aanvanklik voorgestel is om kredietsluiting te beheers, is in so 'n formaat gegiet dat dit op die oog af veel meer as bloot net die oneerlike en onredelike verkryging van krediet reguleer. Die bepaling is egter onlogies en onsuksesvol as reguleringsinstrument van algemene bestuursbesluite en bestuurshandelinge:

1.1 Die bepaling vind byvoorbeeld eers aanwending wanneer grof-nalatig gehandel is. 'n Direkteur kan egter ingevolge die algemene maatskappyereg aanspreeklikheid teenoor die maatskappy oploop vir die verbreking van die verpligting tot sorg en vaardigheid op grond van 'n nalatige bestuurshandeling. Die algemene reëls van die maatskappyereg sanksioneer gevolglik gewone nalatige optrede terwyl die statutêre bepaling slegs aanwending vind ten aansien van handelinge met 'n hoër graad van nalatigheid.

1.2 Persoonlike aanspreeklikheid ingevolge die bepaling kan verder slegs volg, indien die maatskappy uitstaande skulde of verpligtinge het. Waar 'n maatskappy nie sodanige verpligtinge het nie, kan die direkteur grof-nalatig en selfs bedrieglik handel, sonder dat enige persoonlike aanspreeklikheid ingevolge die bepaling daaruit kan voortvloei.

1.3 Die term "roekeloos" is te vaag en vreemd aan die sakewêreld om as reguleringsriglyn vir direkteursoptrede te dien. Maatskappydirekteure moet voortdurend besluite neem wat risikos vir die maatskappy en ander belanghebbende partye inhou. 'n Bepaling wat leiding wil bied rakende besluite wat nie geneem behoort te word nie, behoort 'n duideliker riglyn te verskaf as 'n blote verbod op "roekelose" optrede.

1.4 Laastens sanksioneer die bepaling die bestuurshandelinge van maatskappybestuurders wat kennis gedra het van die feite en nogtans grof-nalatig gehandel het. Aangesien die bepaling kennis van die feite vereis, bestraf dit nie die nalatige bestuurshandelinge van bestuurders wat hulle bestuurstaak dermate versuim het, dat hulle nie kennis gedra het van die gewraakte optrede nie.

Bogenoemde problematiek hou direk verband met die feit dat die bepaling wyer geïnterpreteer kan word as waarvoor dit aanvanklik beoog was.

2 Die invoeging van die bepalings rakende die roekelose dryf van besigheid was ongelukkig. Die uitbreiding het geskied sonder dat voldoende aandag geskenk is aan die reedsbestaande regsreëls rakende die problematiek.

Die oorweging van daardie reëls en die ontleding van die problematiek sou uitgewys het dat die uitbreiding van die bepaling nie werklik nodig was nie, aangesien die primêre feitestel wat dit moes aanspreek reeds deur die bestaande regsreëls beredder is. Sodanige oorweging sou moontlik ook aanleiding gegee het tot die invoering van verdere bepalings wat nie op dieselfde wyse bewoord was nie.

3 Die bepaling vereis 'n hoër graad van blaamwaardigheid as gewone nalatigheid, alvorens strafregtelike en remediërende gevolge daaruit kan voortspruit. In hierdie opsig steek dit af by die gewone deliktuele reëls rakende nalatige wanvoorstelling. Die moderne Suid-Afrikaanse deliktereg maak sedert die uitspraak in *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost* in 1991 voorsiening vir persoonlike aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling binne kontraktuele verband. Die gewone deliktuele reëls vertoon dus in hierdie opsig tans as meer genaakbaar ten aansien van 'n misleide skuldeiser as die statutêre bepaling. Die bepaling steek ook af by artikel 425 van die Maatskappywet wat voorsiening maak vir strafregtelike aanspreeklikheid in sekere gevalle waar skulde op grond van nalatig wanvoorstelling deur die maatskappy opgeloop is.

4 Selfs in die gevalle waar dit wel aanwending vind, stel die bepaling nie 'n volkome remedie vir die misleide skuldeiser daar nie. Die remediërende leemtes van die bepaling is grotendeels te wyte aan die invloed van die bestrawwende karakter van die artikel.

4.1 Die bepaling vereis byvoorbeeld nie enige benadeling van 'n skuldeiser of 'n kousale verband tussen die gewraakte optrede en sodanige benadeling, alvorens 'n persoonlike aanspreeklikheidsbevel gemaak kan word nie. Die aanspreeklikheid wat gevolglik uit die bepaling kan voortvloei, is wyer as gewone deliktuele aanspreeklikheid. Indien die omvang van die aanspreeklikheid uit die oogpunt van die deliktereg beskou word, blyk dit onregverdig wyd te wees.

4.2 Die bevel hoef voorts nie primêr daarop gemik te wees om die skade te ondervang van die skuldeisers wat deur die onregmatige handeldrywing benadeel is nie. Die bevel kan benadeelde en onbenadeelde skuldeisers gelyklik bevoordeel. Waar die benadeelde skuldeisers die opbrengs van die bevel met die onbenadeelde skuldeisers moet deel, sal dit tot gevolg hê dat die benadeelde skuldeisers slegs 'n gedeelte van hulle skade sal verhaal. In die mate wat 'n persoon wat geen nadeel gely het, bevoordeel kan word deur so 'n bevel, kan die bepaling ook nie as remediërend bestempel word nie.

4.3 Die bepaling slaag ook nie daarin om die praktiese problematiek wat verbonde is aan die verhaling van skade weens die gewraakte optrede te ondervang nie. Een van die belangrikste probleme wat 'n benadeelde skuldeiser ervaar is om te bewys dat die betrokke persone onredelik of oneerlik opgetree het. Artikel 424 kom die benadeeldes nie in hierdie verband tegemoet nie.

Ongeag die problematiek, hou artikel 424 wel 'n aantal voordele in. Die bepaling span byvoorbeeld die net van persoonlike aanspreeklikheid vir roekelose wanvoorstelling wyer as bloot net die persone wat direk by die wanvoorstelling betrokke was en ondervang sodoende die onsekerheid rakende die reikwydte van die gemeenregtelike remedies in hierdie verband. Verder verleen die bepaling publisiteit aan die verbod op onregmatige handeldrywing deur dit statutêr te verwoord. Hierdie publisiteit bevorder die regulerende werking van die betrokke reëls. Dit dra ook by tot die kristallisering van etiese reëls rakende handeldrywing in die sakewêreld deur 'n bepaalde en bekende minimumgraad van korrekte optrede daar te stel.

6 INTERNASIONALE ONTWIKKELINGE

Engeland sowel as 'n aantal jurisdiksies wat die Engelse modelartikel in hulle maatskappywetgewing nagevolg het, het die *fraudulent trading*-bepaling die afgelope jare met 'n meer regverdige en effektiewe stel maatreëls vervang. Hoewel daar groot onderlinge verskille ten aansien van die stelle bepalings bestaan, is daar 'n breë mate van ooreenstemming tussen benaderings wat die onderskeie wetgewers in die formulering van die nuwe bepalings gevolg het.

Die jurisdiksies het byvoorbeeld deurgaans 'n bepaling rakende die bedrieglike dryf van besigheid behou wat strafregtelike en sivielregtelike werking het. Bepalings wat gemik is op spesifieke nalatige optrede, is bykomend ingevoer. 'n Oortreding van laasgenoemde bepalings het gewoonlik nie strafregtelike gevolge nie, maar kan lei tot sivielregtelike optrede. Die nalatige optrede wat deur hierdie bepalings geteiken word, verskil van jurisdiksie tot jurisdiksie. In Engeland is dit byvoorbeeld geleë in die versuim om alle redelike stappe te neem ten einde die verliese van die maatskappy se skuldeisers te beperk, wanneer dit duidelik is dat die maatskappy nie meer insolvente likwidasie kan vermy nie [*wrongful trading*]. In Australië is dit geleë in die versuim om die maatskappy te verhoed om skulde op te loop wanneer 'n redelike terugbetalingsverwagting ontbreek [*insolvent trading*].

Die studie het uitgewys dat die nuwe bepalings klaarblyklik meer effektief as die

ouer stel bepalings is. Die regulerende werking van die bepalings ten aansien van *insolvent trading* is egter beter as die bepalings rakende *wrongful trading*, aangesien eersgenoemde die nalatige optrede duidelik omskryf en gevolglik groter sekerheid oor die grense van korrekte optrede bied as laasgenoemde.

7 AANBEVELINGS

Daar bestaan 'n behoefte aan 'n stel statutêre maatreëls wat billike en effektiewe beskerming aan maatskappyskuldeisers bied teen die sluiting van krediettransaksies namens die maatskappy op grond van misleiding. Artikel 424 voldoen nie aan hierdie vereistes nie. 'n Nuwe stel bepalings wat artikel 424 kan vervang moet gevolglik geformuleer word.

In die formulering van so 'n nuwe stel bepalings moet 'n aantal aspekte egter oorweeg en verreken word.

7.1 Aspekte vir oorweging

In die eerste plek moet rekening gehou word met die aard van die maatskappy as ondernemingsvorm. Die maatskappyvorm is 'n voertuig vir die neem van finansiële risiko in openbare belang. Daar moet gevolglik gewaak word teen onnodige of onredelike inbreukmaking op hierdie sentrale eienskap van 'n maatskappy.

Daar moet tweedens daarteen gewaak word dat die direkteure in 'n posisie geplaas word, waar hulle 'n keuse moet uitoefen tussen die bevordering van die beste belange van die maatskappy en die belange van die skuldeisers van die maatskappy. Die maatskappydirekteur staan in 'n primêre regsverhouding met die maatskappy en reëls wat op hierdie verhouding inbreuk maak, kan die sensitiewe balans van die maatskappyeregreëls versteur. Dit kan die direkteure voorts in 'n onhoudbare belangebotsingsdilemma plaas.

Enige nuwe regsreëls rakende handeldrywing moet derdens duidelike riglyne aan direkteure bied ten einde hulle in staat te stel om vooraf te oordeel of spesifieke optrede hulle aan aanspreeklikheid sal blootstel al dan nie. Die reëls moet egter soepel genoeg wees om voorsiening te maak vir al die verskillende tipes maatskappye en maatskappydirekteure wat deur die reëls geraak sal word.

Vierdens moet die regsreëls inpas en saamhang met die basiese reëls en die grondslae van die Suid-Afrikaanse reg en moet dit die praktiese problematiek wat

verbonde is aan die toepassing van die betrokke reëls in ons reg en rakende die toepassing van artikel 424 effektief verreken.

Vyfdens moet die regsreëls in pas wees met internasionaal-aanvaarde norme. Reëls wat strenger is as die toepaslike norme van Suid-Afrika se handelsvennote, kan maatskappyvorming in Suid-Afrika deur buitelandse beleggers belemmer. Indien die Suid-Afrikaanse reëls egter afsteek by die toepaslike internasionale norme, kan dit aanleiding gee tot 'n stelselmatige verswakking in Suid-Afrikaanse bestuurspraktyke en Suid-Afrika laat ontaard in 'n bestemming vir oneerlike sakelui wat die strenger reguleringsisteme van Suid-Afrika se handelsvennote wil ontduik.

7.2 Kernaanbeveling

Na verrekening van bogemelde aspekte, word aanbeveel dat 'n nuwe stel bepalings geformuleer word ingevolge waarvan die bedrieglike dryf van besigheid as statutêre misdaad en ook as basis vir 'n statutêre remedie vir benadeeldes behou moet word. Hierdie bepaling moet egter aangevul word deur 'n bepaling wat 'n remedie bied aan skuldeisers wat benadeel is, aangesien die maatskappy toegelaat is om skulde op te loop sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting, dit wil sê waar hulle benadeel is deur insolvente handeldrywing.

So 'n stel bepalings sal nie inbreuk maak op die waarde van die maatskappyvorm as voertuig vir risikoneming nie. Sodanige risikoneming moet binne die grense van die algemene reg geskied. Die algemene *boni mores* duld nie die oneerlike misbruik van die maatskappyvorm nie en ook nie die oploop van krediet op grond van opsetlike of nalatige wanvoorstelling nie. Statutêre reëls wat hierdie handelinge verbied en remedies aan persone bied wat deur sodanige optrede benadeel is, maak dus geensins inbreuk op die regmatige benutting van die maatskappyvorm vir risikoneming nie.

Die bepalings skep ook nie teenstrydige verpligtinge vir die direkteure nie. Daar word nie van hulle verwag om die belange van die maatskappy se skuldeisers te bevorder nie, maar bloot om te verhoed dat die skuldeisers bedrieg word of deur misleiding oorgehaal word tot kredietgewing aan die maatskappy. Die bepalings verskaf voorts duidelike riglyne aan maatskappydirekteure rakende korrekte optrede. Eerlikheid en redelikheid dien as basis vir die stel reëls. Die grense tussen eerlikheid en oneerlikheid is gewoonlik duidelik. Die gewraakte nalatige optrede word ook met 'n voldoende mate van duidelikheid afgebaken.

Die invoering van so 'n stel reëls is ook in pas met die basiese beginsels van die

Suid-Afrikaanse reg. Die oploop van 'n skuld sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting word al dekades lank verbied deur die Suid-Afrikaanse Insolvensiewet en deur die Maatskappywet saamgelees met die Insolvensiewet. In die moderne deliktereg stel sodanige handelinge verder die direkteure, beamptes en verteenwoordigers wat daarby betrokke is, aan deliktuele aanspreeklikheid op grond van wanvoorstelling bloot. 'n Nuwe stel bepalings op hierdie grondslag sal inderwaarheid bloot die bestaande reëls verfyn en moderniseer.

Die vervanging van die klassieke bepaling met so 'n nuwe stel bepalings rakende bedrieglike en insolvente handeldrywing sal ook nie sonder presedent wees nie. Die Australiese en Nieu-Seelandse reg bied goeie voorbeelde van jurisdiksies waar die klassieke bepaling vervang is met 'n stel bepalings rakende die bedrieglike en insolvente dryf van besigheid. Die ondervinding in daardie jurisdiksies het uitgewys dat die nuwe stel bepalings effektief funksioneer. Verdere aanpassing mag benodig word, maar die basiese gedagtegang wat die stel bepalings onderlê, is getoets in daardie jurisdiksies en gesond bevind.

Ten einde hierdie breë aanbeveling te konkretiseer, word verdere aanbevelings rakende die formulering van so 'n stel bepalings vervolgens gemaak.

7.3 Aanbevole statutêre bepalings

7.3.1 Bedrieglike dryf van besigheid

Die bedrieglike dryf van besigheid moet as 'n statutêre misdryf in die Maatskappywet behou word. Die bewoording van die huidige bepaling moet in wese behou word sodat die groot poel van bestaande gesag en ondervinding ten aansien van die bepaling behoue kan bly. Die geleentheid moet egter benut word om die probleme met die bepaling uit te stryk. Die bepaling moet dus verskuif word uit Hoofstuk 14 van die Maatskappywet wat met die likwidasie van maatskappye handel ten einde dit duidelik te stel dat die bepaling geensins beperk is tot gevalle waar die feite tydens die likwidasie van die maatskappy blyk nie.

Die motivering vir die behoud van sodanige bepaling is grotendeels pragmaties van aard. Die oorvleueling tussen hierdie misdryf en die gemeenregtelike misdryf "bedrog" is so wesenlik dat die strafbepaling nie 'n daadwerklik bydrae tot die strafreg maak nie. Die bewoording van die bepaling strek ook veel wyer as 'n verbod op die bedrieglike sluiting van krediettransaksies. Nogtans is die bepaling

een van die bekendste bepalings in die Maatskappywet. Dit verleen gevolglik belangrike publisiteit aan die betrokke reëls. Skrapping van so 'n bepaling uit die Maatskappywet of dekriminalisering daarvan sal voorts nie die gewensde boodskap uitdra rakende die wetgewer se erns met die bekamping van bedrog en ekonomiese misdaad nie. Die vervatting van so 'n bepaling in die Maatskappywet, bied ook die geleentheid om 'n billike remedie in die Wet te vervat.

7.3.1.1 REMEDIE

Voorsiening moet gemaak word vir 'n billike statutêre remedie vir die persone wat deur sodanige dryf van besigheid benadeel is. Indien die maatskappy solvent is, sal die skuldeisers hulle skade normaalweg van die maatskappy kan verhaal. Hierdie verhaalsreg behoef gevolglik nie statutêre regulering nie. Indien die maatskappy egter in insolvente omstandighede gelikwideer is, behoort statutêr voorsiening gemaak te word vir die persoonlike aanspreeklikheid van die betrokke individue.

7.3.2 Insolvente handeldrywing

'n Statutêre remedie moet daargestel word vir skuldeisers wat benadeel is deurdat die maatskappy skulde sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting opgeloop het. Sodanige optrede moet nie aanleiding gee tot 'n strafregtelike sanksie nie.

Kriminalisering van hierdie optrede sal ongewens wees, aangesien dit die sivielregtelike werking van die remedie kan verwring. Kriminalisering van eerlike, maar onagsame optrede behoort in elk geval vermy te word in die lig van die dekriminaliseringsbeleid wat tans in hierdie verband voorgestaan word.

7.3.2.1 TOEPASSING

Die bepaling behoort slegs van toepassing te wees waar die betrokke maatskappy in insolvente omstandighede gelikwideer word en behoort slegs die direkteure van die maatskappy aanspreeklik te stel. Die direkteure behoort aan sodanige aanspreeklikheid blootgestel te wees, aangesien die primêre verantwoordelikheid vir die beheer oor die finansies van die maatskappy en kontraksluiting namens die maatskappy, by die direkteure berus. Die net van aanspreeklikheid behoort egter wyer gespan te word om sogenaamde "skadu-

direkteure" te omvat.

7.3.2.2 AANSPREEKLIKHEID

Die hof behoort op aansoek 'n aanspreeklikheidsbevel te kan uitreik, indien die direkteur bewerkstellig, toegestem of toegelaat het dat die maatskappy 'n skuld oploop, terwyl die direkteur geweet het of terwyl daar redelike gronde was om te glo dat die maatskappy nie in staat sal wees om die skuld, sowel as al die ander skulde van die maatskappy, ooreenkomstig die voorwaardes van die betrokke ooreenkoms af te los nie.

'n Direkteur wat meewerk of toestem tot so 'n transaksie behoort aanspreeklikheid op te loop. Die bepaling moet egter wyd genoeg wees om 'n direkteur nie aan aanspreeklikheid te laat ontkom nie in 'n geval waar die direkteur sy beheerplig versuim en toelaat dat die maatskappy sodanige skuld oploop.

7.3.2.3 "REDELIKE GRONDE"

"Redelike gronde" moet gedefinieer word as gronde waarvan 'n direkteur met die algemene kennis, vaardigheid en ondervinding wat redelikerwys verwag kan word van 'n persoon wat dieselfde funksies as die betrokke direkteur in 'n soortgelyke maatskappy vervul, sowel as die algemene kennis, vaardigheid en ondervinding waaroor die betrokke direkteur beskik, bewus sal wees en op grond waarvan so 'n direkteur tot die gevolgtrekking sal kom dat die maatskappy nie in staat sal wees om die skuld reëlmatig terug te betaal nie.

Hierdie toets verwys na gronde waarvan 'n direkteur redelikerwys bewus behoort te wees. Indien daar gronde teenwoordig was waarvan die betrokke direkteur nie bewus was nie, maar waarvan hy bewus sou gewees het as hy redelik gehandel het deur byvoorbeeld die nodige ondersoek in te stel, sal kennis van daardie gronde vir doeleindes van die toets aan die modeldirekteur toegereken word. Ten einde vas te stel wat redelike optrede onder die omstandighede sou wees, word die modeldirekteur toegerus met die kennis en die vaardighede van 'n persoon in dieselfde posisie tesame met die spesifieke algemene kennis en vaardighede van die betrokke persoon.

Hierdie toets is geskoei op die Engelse toets ten aansien van *wrongful trading*. Die toets is presies en soepel genoeg om te kan onderskei tussen byvoorbeeld uitvoerende en nie-uitvoerende direkteure, tussen uitvoerende direkteure met verskillende take in dieselfde maatskappy en tussen uitvoerende direkteure van klein, groot en gespesialiseerde maatskappye.

7.3.2.4 BEWYS

'n Verpligting moet op die direkteur geplaas word om getuienis voor te lê ten aansien van die aanwesigheid van redelike gronde waar die betrokke skuld opgeloop is, terwyl die maatskappy se laste sy bates oorskry het en waar die rekeningkundige rekords opgestel ooreenkomstig die vereistes van die Maatskappywet ten aansien van die tydperk waarin die transaksie gesluit is, nie beskikbaar gestel word aan die likwidateur en die skuldeisers nie. In laasgenoemde geval moet die verpligting nie geplaas word op 'n persoon wat nie skuld het aan die versuim van die maatskappy om die nodige rekeningkundige rekords te hou nie of geen skuld daaraan het dat die rekords nie aan die likwidateur en die skuldeisers beskikbaar gestel word nie.

Een van die belangrikste belemmerende faktore ten aansien van die gemeenregtelike deliktuele remedies is die dilemma van buitestanders om na die likwidasie van die maatskappy die finansiële posisie van die maatskappy te herkonstrueer sodat hulle kan bewys dat die betrokke direkteure onredelik opgetree het. Ten einde die benadeeldes 'n billike geleentheid te bied om hulle skade in 'n hof te verhaal, is dit belangrik om hulle tegemoet te kom deur 'n redelike verpligting op die direkteure te plaas om getuienis voor te lê rakende die aanwesigheid van redelike gronde.

Aangesien so 'n verpligting die reg van 'n direkteur op 'n billike verhoor kan skend, moet sorg gedra word dat die inbreukmaking redelik en regverdigbaar is. Daar moet gevolglik eerder nie van vermoedens gebruik gemaak word nie. Dit sal minder skendend van die direkteur se regte wees, indien die bewys dat die transaksies onder bogenoemde omstandighede gesluit is, geag word as *prima facie* bewys van die afwesigheid van sodanige redelike gronde. Dit sal tot gevolg hê dat die direkteur getuienis moet voorlê wat daardie *prima facie*-getuienis neutraliseer of weerlê ten einde te verhoed dat dit as konklusief aanvaar word. Anders as in die geval van 'n vermoede sal dit direkteur hom dus nie op 'n oorwig van waarskynlikhede van die bewyslas moet kwyt nie.

Die strukturering van so 'n verpligting onder die twee spesifieke omstandighede is regverdigbaar. Die feite in die twee gevalle hou redelikerwys verband met die feite wat as *prima facie* bewys geag word. Dit slaan ook spesifiek op kennis waaroor die direkteure beskik en feite wat nie geredelik toeganklik is vir die benadeelde partye nie. Vanweë die ampsposisie en toegang tot maatskappyinligting wat 'n direkteur geniet het, is die direkteur ook in 'n uitstekende posisie om die nodige getuienis voor te lê, in die mate wat sodanige getuienis voorgelê kan word. Die verpligting is voorts noodsaaklik om die benadeeldes 'n billike geleentheid tot verhaling van hulle skade in 'n hof te bied.

Ingevolge die voorstel word geag dat redelike gronde om te glo dat die maatskappy nie in staat sou wees om die skuld af te los nie teenwoordig was, aangesien die maatskappy se laste sy bates ten tyde van kontraksluiting oorskry het. Die feit dat die maatskappy se laste sy bates oorskry, beteken nie dat die maatskappy nie in staat is om sy skulde te delg nie. Die omstandighede verg egter redelikerwys 'n verduideliking van die direkteure oor die wyse waarop hulle voorsien het dat die skulde gedelg sou word. Die redelikheid van hierdie verduideliking sal dan ook aan toetsing onderwerp kan word.

'n Las word voorts op die direkteure geplaas om getuienis voor te lê wat daarop dui dat hulle redelikerwys geglo het dat die maatskappy die skuld sal kan delg, waar hulle nie voldoende rekeningkundige rekords aan die likwidateur beskikbaar stel nie. Waar sodanige rekords afwesig is of wel gehou is, maar verdwyn, is dit baie moeilik en duur vir 'n buitestander om te bewys dat so 'n skuld sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting opgeloop is. Dit is gevolglik bloot billik om in so 'n geval so 'n las op die direkteure te plaas. 'n Direkteur wat bewys dat hy korrek en redelik opgetree het, moet egter nie aan die vermoede blootgestel wees as mede-direkteure byvoorbeeld sonder die direkteur se medewete die rekords vernietig nie.

7.3.2.5 BILLIKE VERWERE

Billike statutêre verwere moet egter ook tot die beskikking van die direkteur gestel word. Sodanige verwere moet beskikbaar wees waar die direkteur kan bewys:

1 Dat hy nie kennis van die betrokke transaksie gedra het nie en ook nie redelikerwys daarvan kennis moes dra nie; of

2 Dat hy op redelike gronde geglo het dat die maatskappy in staat sou wees om die skuld terug te betaal, aangesien 'n bekwame persoon getaak was om die maatskappy se solvensie te monitor en aan die direkteur te rapporteer en dat hierdie persoon inderdaad sy verpligtinge in hierdie verband nagekom het; of

3 Dat die direkteur weens siekte of 'n ander goeie rede nie aan die bestuur van die maatskappy deelgeneem het, toe die betrokke skuld opgeloop is nie; of

4 Dat hy alle redelike stappe geneem het om te verhoed dat sodanige skuld opgeloop word.

Hierdie verwere sal 'n direkteur in staat stel om gemaklik aan onbillike

aanspreeklikheid te ontsnap.

7.3.2.6 AANSOEK

Die likwidateur moet die reg hê om die hof te nader om 'n bevel ingevolge die bepaling. 'n Minderheidskuldeiser of groep minderheidskuldeisers moet egter ook oor so 'n reg beskik, indien die likwidateur nie so 'n aansoek bring nie.

Die beperking van die reg tot die likwidateur bring teweeg dat 'n ordelike reëling rakende aansoeke aan die hof en die verdeling van die opbrengs van die bevel getref kan word. Die bepaling moet egter soepel genoeg wees om minderheidskuldeisers in staat te stel om die aansoek te bring, indien die likwidateur versuim om dit te doen of die meerderheidskuldeisers opdrag gee dat die likwidateur nie die aansoek moet bring nie.

7.3.2.7 OMVANG VAN AANSPREEKLIKHEID

Die hof moet die aanspreeklike direkteur beveel om 'n bedrag wat gelykstaande is aan die benadeling wat vir die betrokke skuldeisers uit die gewraakte optrede voortgevloei het of sal voortvloei, te betaal.

Die direkteur moet dus nie aanspreeklik gestel word vir die terugbetaling van 'n skuldbedrag nie. Die doel van die artikel is om 'n remedie vir die benadeelde daar te stel. Die direkteur moet dus aanspreeklik gestel word vir die skade wat die optrede meegebring het of sal meebring.

Billikheid teenoor die direkteur verg dat die hof ook enige medewerkende nalatigheid van die skuldeiser moet verreken. Indien 'n skuldeiser byvoorbeeld bygedra het tot sy eie benadeling deur krediet aan die maatskappy te verleen onder omstandighede waar die krediteur moes besef het dat die maatskappy nie in staat sal wees om die skuld terug te betaal nie, moet die hof dus hierdie aspek billik in die bevel verreken. So 'n bepaling sal ook verhoed dat 'n skuldeiser roekeloos krediet aan 'n maatskappy verleen, aangesien die bepaling 'n mate van beskerming bied.

Waar daar meerdere partye is wat gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik gestel word vir die betaling van 'n bedrag aan die maatskappy, verg billikheid ook dat 'n reëling getref word ten aansien van onderlinge verhaling tussen die partye, indien 'n groter bedrag van sommige partye as van ander verhaal word.

7.3.2.8 VERDELING

Die bedrag moet betaalbaar wees aan die likwidateur vir verdeling onder die benadeelde skuldeisers of op sodanige wyse waartoe die hof versoek word en wat die hof in die omstandighede goedvind.

Die bevoordeeldes van die bevel moet die benadeelde skuldeisers wees. Ruimte moet egter geskep word vir 'n ander bevel, indien dit aangevra word en onder die omstandighede billik sou blyk. Indien nie-benadeelde skuldeisers bereid is om die aansoek te finansier mits hulle ook in die voordeel van 'n bevel kan deel, behoort die applikant die vryheid te geniet om die hof op daardie basis te nader. Hoewel laasgenoemde verdelingswyse nie suiwer remediërend sal wees nie, verg die praktiese problematiek rakende die befondsing van 'n aansoek so 'n kompromie.

7.4 Konsepartikels

Definisies

Vir doeleindes van hierdie bepalings beteken

"Direkteur" ook 'n persoon op wie se instruksies die direksie van die maatskappy gewoond is om te handel, maar nie 'n persoon wat bloot advies in sy professionele hoedanigheid verskaf waarop die direksie handel nie;

"Insolvente omstandighede" waar die maatskappy se bates onvoldoende is om sy skulde te delg, ander verpligtinge af te los en die kostes van likwidasie te betaal.

1 Bedrieglike handeldrywing

Enige persoon wat wetens 'n party is by die dryf van besigheid deur die maatskappy met die bedoeling om skuldeisers van die maatskappy of enige ander persoon te bedrieg of vir enige ander bedrieglike oogmerk, pleeg 'n misdryf en is by skuldigbevinding strafbaar met 'n boete of gevangenisstraf van hoogstens twee jaar.

2 Persoonlike aanspreeklikheid op grond van die bedrieglike dryf van besigheid

(1) Indien 'n maatskappy in insolvente omstandighede gelikwideer word, kan

die Hof op aansoek enige persoon wat wetens deelgeneem het aan die bedrieglike dryf van besigheid van daardie maatskappy soos uiteengesit in 1, aanspreeklik stel vir die betaling van 'n geldbedrag ingevolge hierdie artikel.

(2) Die aansoek verwys na in (1) word gebring deur die likwidateur van die maatskappy of, indien die likwidateur afstand doen van die reg, deur 'n minderheidskuldeiser of groep minderheidskuldeisers van die maatskappy.

(3) Die Hof sal die waarde van die geldbedrag wat betaalbaar is, bepaal aan die hand van die benadeling wat vir die betrokke skuldeisers uit die gewraakte optrede voortgevloei het of kan voortvloei.

(4) Die bedrag sal betaalbaar wees aan die maatskappy vir verdeling onder die benadeelde skuldeisers of vir verdeling op sodanige wyse waartoe die Hof versoek word en wat die Hof in die omstandighede goedvind.

(5) Aanspreeklikheid ingevolge hierdie bepaling kan volg ongeag die feit dat die persoon ook strafregtelik aanspreeklik staan vir dieselfde optrede.

3 Insolvente handeldrywing

(1) Indien 'n maatskappy in insolvente omstandighede gelikwideer word, kan die Hof op aansoek elke direkteur wat bewerkstellig, toegestem of toegelaat het dat die maatskappy 'n skuld oploop, terwyl die direkteur geweet het, of terwyl daar redelike gronde was om te glo, dat die maatskappy nie in staat sal wees om die betrokke skuld sowel as die ander skulde en verpligtinge van die maatskappy reëlmatig af te los nie, aanspreeklik stel ingevolge hierdie bepaling, tensy die direkteur hom of haar geldig op 'n verweer in (3) beroep.

(a) "Redelike gronde" vir doeleindes van hierdie subartikel is gronde waarvan 'n direkteur met -

> *die algemene kennis, vaardigheid en ondervinding wat redelikerwys verwag kan word van 'n persoon wat dieselfde funksies as die betrokke direkteur in 'n soortgelyke maatskappy vervul, sowel as*
>
> *die algemene kennis, vaardigheid en ondervinding van die betrokke direkteur*

bewus sal wees en op grond waarvan so 'n direkteur tot die gevolgtrekking sal kom dat die maatskappy nie in staat sal wees om die skulde reëlmatig

terug te betaal nie.

(b) Bewys dat:

(i) die betrokke skuld opgeloop is, terwyl die maatskappy se laste (voorwaardelik sowel as toekomstig) sy bates oorskry het; of

(ii) dat die betrokke direkteur ten aansien van die tydperk waartydens die skuld opgeloop is, 'n misdryf ingevolge artikel 284 gepleeg het of, waar sodanige rekords ten aansien van daardie tydperk wel gehou is, skuld daaraan het dat die rekords nie aan die likwidateur en skuldeisers beskikbaar gestel word nie,

is prima facie bewys dat sodanige redelike gronde ontbreek het toe die transaksie gesluit is.

(2) 'n Direkteur beskik oor 'n geldige verweer, indien hy kan bewys:

(a) dat hy nie kennis van die betrokke transaksie gedra het nie en ook nie redelikerwys daarvan kennis moes dra nie; of

(b) dat hy op redelike gronde geglo het dat die maatskappy in staat sou wees om die skuld terug te betaal, aangesien 'n bekwame persoon getaak was om die maatskappy se terugbetalingsvermoë te monitor en aan die direkteur te rapporteer en dat hierdie persoon inderdaad sy verpligtinge in hierdie verband nagekom het; of

(c) dat die direkteur weens siekte of 'n ander geldige rede nie aan die bestuur van die maatskappy deelgeneem het, toe die betrokke skuld opgeloop is nie; of

(d) dat die direkteur alle redelike stappe geneem het om te verhoed dat sodanige skuld opgeloop word.

(3) Die aansoek verwys na in (1) word gebring deur die likwidateur of, indien die likwidateur afstand doen van die reg, deur 'n minderheidskuldeiser of groep minderheidskuldeisers.

(4) Die Hof sal die waarde van die geldbedrag wat betaalbaar is, bepaal aan die hand van die benadeling wat vir die skuldeisers uit die gewraakte optrede voortgevloei het of kan voortvloei.

(a) *Indien 'n skuldeiser bygedra het tot sy eie benadeling, onder andere deur krediet aan die maatskappy te verleen onder omstandighede waar die krediteur redelikerwys moes besef het dat die maatskappy nie in staat sal wees om die skuld terug te betaal nie, moet die Hof hierdie aspek in die vasstelling van die bedrag verreken.*

(5) *Die bedrag sal betaalbaar wees aan die maatskappy vir verdeling onder die benadeelde skuldeisers of vir verdeling op sodanige wyse waartoe die Hof versoek word en wat die Hof in die omstandighede goedvind.*

(6) *Aanspreeklikheid ingevolge hierdie bepaling kan volg ongeag die feit dat die persoon ook strafregtelik aanspreeklik staan vir dieselfde optrede.*

4 Algemeen

(1) *Wanneer 'n Hof 'n bevel ingevolge artikel 2 of 3 maak, kan die Hof die verdere bevele gee wat hy paslik ag om uitvoering aan die verklaring te gee, en kan hy in die besonder daarvoor voorsiening maak dat die verpligting van so 'n persoon kragtens daardie bevel 'n las is teen 'n skuld of verpligting wat die maatskappy aan hom verskuldig is, of teen 'n verband of las of 'n belang in 'n verband of las op bates van die maatskappy wat gehou word deur of gevestig is in hom of 'n maatskappy of persoon ten behoewe van hom of 'n persoon wat beweer die regsverkrygende te wees van of deur die aanspreeklike persoon, of 'n maatskappy of persoon wat namens hom optree, en kan van tyd tot tyd sodanige verdere bevele gee wat nodig is ten einde 'n las wat kragtens hierdie subartikel opgelê is, af te dwing.*

(2) *Vir doeleindes van hierdie subartikel beteken 'regsverkrygende' 'n persoon aan wie of ten gunste van wie die skuld, verpligting, verband of las, in opdrag van die aanspreeklike persoon, tot stand gekom het, uitgereik is of oorgedra is, of die belang tot stand gekom het, maar nie ook 'n regsverkrygende op grond van 'n geldwaardige teenprestasie wat te goeder trou gegee is sonder kennis van enige van die aangeleenthede op grond waarvan die verklaring gedoen word nie.*

(3) *Indien die Hof meerdere persone gesamentlik en afsonderlik vir die betaling van 'n bedrag aanspreeklik stel, sal die Hof waar nodig in sy bevel of later op aansoek voorsiening maak vir billike verhaalsregte onderling tussen die aanspreeklike partye.*

7.5 Alternatiewe implementering

Bogenoemde aanbeveling stel 'n beginselmatige wyse daar vir die invoering van 'n insolvente handeldrywing-bepaling in die Suid-Afrikaanse maatskappywetgewing. Aangesien nalatige insolvente handeldrywing die historiese en praktiese kern vorm van die sogenaamde roekelose dryf van besigheid, is dit beginselmatig korrek dat die insolvente handeldrywing-bepaling die bepalings rakende die roekelose dryf van besigheid te vervang.

Die Nieu-Seelandse ondervinding wys egter uit dat 'n insolvente handeldrywing-bepaling ingevoer kan word bykomend tot 'n bepaling rakende die roekelose en bedrieglike dryf van besigheid. Die howe sal in so 'n geval die taak hê om selfstandige inhoud aan al drie begrippe te verleen.

In die Suid-Afrikaanse konteks kan die voorgestelde bepalings rakende insolvente handeldrywing gekombineer word met die bestaande bepaling rakende die roekelose en bedrieglike dryf van besigheid. Dit sal 'n besonder volledige stel bepalings rakende handeldrywing tot gevolg hê. Uit 'n vervolgingsoogpunt sal dit ook aantreklik wees om strafregtelike aanspreeklikheid vir die roekelose dryf van besigheid te behou. Hierdie aanspreeklikheid is in die praktyk makliker afdwingbaar as aanspreeklikheid vir die bedrieglike dryf van besigheid en gevolglik word vervolgings wat op laasgenoemde basis gebring kan word, dikwels op eersgenoemde gevoer. Die behoud van strafregtelike aanspreeklikheid vir die roekelose dryf van besigheid kan die vervolgingsisteem versterk en ook verseker dat die Staat persone kan sanksioneer in gevalle waar die skuldeisers van die maatskappy moontlik nie belangstel in die afdwinging van persoonlike aanspreeklikheid nie.

Hierdie alternatiewe wyse van implementering hou duidelike voordele vir die vervolgingsisteem in. Die behoud van die begrip "roekelose dryf van besigheid" sal egter tot gevolg hê dat aspekte van die praktiese en konseptuele problematiek rakende hierdie begrip ook in die Suid-Afrikaanse reg behoue bly. Sekere van hierdie aspekte sal egter in die praktyk deur die regulerende werking van die insolvente handeldrywing-bepalings ondervang word. Aangesien hierdie alternatief pragmaties van aard is en nie die problematiek ten volle sal aanspreek nie, word uit 'n akademiese oogpunt voorkeur aan die hoofvoorstelle in hierdie verband verleen.

8 VERDERE ASPEKTE

8.1 Ander bestuursbesluite en -handelinge

Ingevolge die voorgestelde bepalings word die direkteure verplig om toe te sien dat die maatskappy nie skulde oploop sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting en 'n eerlike terugbetalingsbedoeling nie. Direkteure word egter nie addisioneel 'n algemene positiewe plig opgelê om in die skuldeisers se belang op te tree, wanneer die maatskappy insolvent is en insolvente likwidasie nie meer vermy kan word nie.

Die studie het uitgewys dat die reg rakende so 'n plig tans in 'n ontwikkelingsfase is. Die huidige regsposisie is egter so onseker dat dit voordele sal inhou om sodanige reëls deur middel van wetgewing te kristalliseer. In hierdie verband sal waardevolle leiding uit veral die Engelsregtelike begrip van "wrongful trading" geput kan word.

Daar sal egter verreken moet word dat die invoering van die voorgestelde bepalings rakende insolvente handeldrywing die praktiese toepassingsgebied van 'n bepaling rakende die onregmatige dryf van besigheid aansienlik sal verklein. Laasgenoemde sal in effek net verwys na bestuurshandelinge wat nie gemoeid is met die oploop van verdere skulde nie.

'n Onregmatige handeldrywing-bepaling op die patroon van die *wrongful trading*-bepaling sal ook nie geïsoleerd in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg ingevoer kan word nie. Die studie het uitgewys dat *wrongful trading* 'n baie gesofistikeerde begrip is wat netjies inpas in die gesofistikeerde en professionele maatskappy- en likwidasiemilieu in Engeland. 'n Sekere mate van persoonlike kennis en 'n onafhanklike infrastruktuur van professionele kundigheid word vereis, alvorens 'n direkteur in billikheid aanspreeklik gestel kan word, aangesien hy versuim het om alle redelike stappe te neem ten einde die skuldeisers se benadeling te verklein. Die begrip sal dus nie met sukses uit sy huidige Engelse milieu geneem kan word en bloot statutêr in die huidige Suid-Afrikaanse reg ingevoer kan word nie. Die studie het ook uitgewys dat die *wrongful trading*-bepaling vaag is en nie duidelike riglyne aan direkteure rakende korrekte optrede bied nie. Indien 'n soortgelyke bepaling in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg geïnkorporeer word, sal verdere verbesondering wenslik wees.

Dit sal egter ongetwyfeld in die belang van maatskappyskuldeisers wees om die invoering van duidelike statutêre riglyne en veral die invoering van die begrip onregmatige handeldrywing bykomend tot insolvente en bedrieglike

handeldrywing te oorweeg, as deel van die totale hersiening van die insolvensie - en likwidasiereg in Suid-Afrika. Intussen en selfs na inkorporering van so 'n bepaling in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg, sal die voorgestelde bepalings ten aansien van bedrieglike en insolvente handeldrywing egter 'n belangrike mate van beskerming vir maatskappyskuldeisers teweegbring.

8.2 Reëlings en skikkings

Die studie het uitgewys dat die huidige onsekerheid rakende die vraag of skuldeisers se regte ingevolge artikel 424 die goedkeuring van 'n reëling of skikking ingevolge artikel 311 van die Maatskappywet oorleef, beëindig behoort te word. Daar word gevolglik aanbeveel dat artikel 311 van die Maatskappywet uitgebrei moet word met 'n subartikel wat dit duidelik stel dat enige regte ingevolge die voorgestelde bepalings ten aansien van die bedrieglike of insolvente handeldrywing, nie outomaties verval, wanneer 'n reëling of skikking goedgekeur word nie.

8.3 Diskwalifikasie

Dit blyk duidelik uit die regsvergelykende studie dat Engeland, Ierland, Australië en Nieu-Seeland hulle reg rakende die diskwalifikasie van maatskappydirekteure en maatskappybeamptes opgeknap het. Diskwalifikasie bied waardevolle beskerming aan skuldeisers aangesien dit 'n meganisme bied waarvolgens onbekwaamheid en oneerlikheid uit maatskappybestuur geweer word.

Daar word aanbeveel dat die Suid-Afrikaanse bepalings rakende diskwalifikasie aan grondige hersiening en opknapping onderwerp moet word. In die kort termyn word aanbeveel dat die verlening van 'n bevel op grond van insolvente handeldrywing 'n grond vir outomatiese diskwalifikasie ingevolge artikel 218 van die Maatskappywet moet wees.

8.4 Groepsaanspreeklikheid

Dit blyk uit die regsvergelykende studie dat Ierland, Australië en Nieu-Seeland tans voorsiening maak daarvoor dat 'n sekere maatskappy byvoorbeeld houermaatskappye of mede-filiale onder sekere omstandighede aanspreeklik gehou kan word, indien een van die filiale in die groep hom aan insolvente handeldrywing skuldig maak.

Aanspreeklikheid van verwante maatskappye vir die verpligtinge van 'n

maatskappy in die groep is 'n kontroversiële aspek wat veel wyer as die onderwerp van hierdie studie strek. Aangesien daar egter 'n beperkte raakvlak met hierdie onderwerp bestaan, word daar aan die hand gedoen dat aandag aan die invoering van sodanige aanspreeklikheid geskenk moet word, wanneer die hersiening van die reëls rakende maatskappygroepe in die Suid-Afrikaanse reg ter sprake kom.

Een aspek van sodanige aanspreeklikheid word egter wel in die voorstelle verreken. Die definisie van "direkteur" is wyd genoeg om 'n houermaatskappy wat totale beheer oor die direksie van 'n filiaalmaatskappy uitoefen, aanspreeklikheid te laat oploop indien die filiaalmaatskappy hom aan insolvente handeldrywing skuldig maak.

8.5 Feniksmaatskappye en ongelikwideerde maatskappye

Die Engelse reg maak tans voorsiening vir 'n beperking op die herrysing van 'n onderneming, dit wil sê waar dieselfde aandeelhouers en dieselfde bestuur 'n maatskappy bedryf met dieselfde naam en dieselfde besigheid as 'n vorige gelikwideerde maatskappy wat hulle beheer en bestuur het. Die moontlikheid van misleiding en misbruik is duidelik in sodanige omstandighede. Die Ierse reg maak ook tans voorsiening vir die toepassing van 'n aantal reëls rakende likwidasie op 'n maatskappy wat insolvent agtergelaat word, sonder dat dit gelikwideer word. Beide aspekte is van belang ten aansien van die beskerming van maatskappyskuldeisers, maar die implikasies daarvan strek veel verder as die onderwerp van hierdie studie. Daar word gevolglik volstaan met 'n aanbeveling dat sodanige bepalings oorweging moet geniet, wanneer die likwidasiebepalings van die Maatskappywet hersien word.

BIBLIOGRAFIE

1	BOEKE EN ARTIKELS	418
2	VERSLAE EN ANDER PUBLIKASIES	430
3	WETGEWING	431
4	VONNISREGISTER	433

1 BOEKE EN ARTIKELS

A

Aitken L "Contractual debt subordination: English and Australian developments" 1994 *Company and Securities Law Journal* 392

Alberts RW "Potensiële nadeel by bedrog: die *boni mores* as regshervormer" 1984 *De Jure* 115

Allen RE *The pocket Oxford dictionary* 7de uitgawe Clarendon Press Oxford 1984

Anoniem "Section 424 of the Companies Act - a useful weapon" 1988 *Accountancy SA* 71

Anoniem "Annual report on UK companies published: 'Companies in 1989-1990'" 1991 *Practical Law for Companies* 43

Anoniem "Wrongful trading" 1991 4 *Insolvency Intelligence* 40

Arlidge AJ & Parry J "Fraud" 1 *The Criminal Law Library* Waterlow Publishers Londen 1985

Aronstam P "Piercing the corporate veil" 1976 *Moderne Besigheidsreg* 101

Arora A "When directors are personally liable" 1981 *The Company Lawyer* 201

Austin RP (voorsitter: redaksionele raad) *Australian corporation law - principles and practice* Butterworths Sydney Diensuitgawe

B

Bailey S "The company director as employee" 1988 *Company Lawyer* 187

Barc S (red) *Tolley's company law* Tolley Publishing Company Croyden Diensuitgawe

Barlow TB *Offences under the Insolvency Act* Juta & Kie Bpk Kaapstad 1966

Batten S "Group Four Industries Pty Ltd v Brosnan (1992 8 ACSR 463)" 1993 *Company and Securities Law Journal* 53

Baxt R "New Zealand Companies Bill - a new approach to corporate law?" 1991 *Company and Securities Law Journal* 46

Baxt R "Directors' liability for debts - a cutting back of the expansive interpretation" 1992 *Company and Securities Law Journal* 68

Baxt R "Liability of shadow directors for insolvent trading - Australian authorities start to bite" 1996 *Company and Securities Law Journal* 121

Baxter C "Demystifying D&O insurance" 1995 *Oxford Journal of Legal Studies* 537

Beckman M & Ross S "Fraudulent or wrongful trading" 1991 *New Law Journal* 1744; 1992 *New Law Journal* 62

Benade ML *Die ultra vires leerstuk in die maatskappyereg* LLD Universiteit van Suid-Afrika Pretoria 1964

Benade ML "Verontagsaming van die selfstandigheid van die maatskappy-regspersoon"

1967 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 213
Beuthin RC "Theft by a director" 1965 *South African Law Journal* 479
Bhattacharyya G "Re Hydrodan (Corby) Ltd - shadow directors and wrongful trading" 1994 *The Company Lawyer* 151
Bhattacharyya G "Shadow directors and wrongful trading revisited" 1995 *The Company Lawyer* 313
Blackman MS *The fiduciary doctrine and its application to directors of companies* PhD Universiteit van Kaapstad Kaapstad 1970
Blackman MS "Exemption of directors from liability and section 247(1) of the Companies Act, 1973" 1993 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 537
Blackman MS "Companies" *The Law of South Africa* vol 4.1 Eerste heruitgawe Butterworths Durban 1996
Boberg PQR *The law of delict - Aquilian liability* vol 1 Juta & Kie Kaapstad 1984
Boltar JT "Company law (including close corporations)" 1994 *Annual Survey of South African Law* 402
Bonnet A "Die likwidasie van beslote korporasies met besondere verwysing na die bepalings van die Maatskappywet en die Insolvensiewet" 17 *Mededelings van die Sentrum vir Ondernemingsreg* Universiteit van die Oranje-Vrystaat Bloemfontein 1992
Borrowdale A & Simpson M "Directors' liability in tort: recent developments" 1995 *Company and Securities Law Journal* 400
Botha CR "Die maatstaf vir die bepaling van nadeel vir die doeleindes van die misdaad bedrog in die geval van wanvoorstellings by kontraksluiting" 1989 *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafregspleging* 89
Botha CR *Bedrog in die Suid-Afrikaanse strafreg* LLD Universiteit van Suid-Afrika Pretoria 1988
Botha D "Confusion in the King report" 1996 *South African Mercantile Law Journal* 26
Botha D "Directors' fiduciary duties to bondholders? Some relationships between corporate financial management and fiduciary law" 1993 *South African Mercantile Law Journal* 287
Boyle AJ (red) *Gore-Brown on companies* 44ste uitgawe-Jordans Londen Diensuitgawe
Brooks PEJ "Uniform company law in federal states and economic communities" 20 *Mededelings van die Sentrum vir Ondernemingsreg* Universiteit van die Oranje-Vrystaat Bloemfontein 1993
Brown AD "Does section 592 apply to guarantees? The risks increase after the Hawkins case" 1993 *Company and Securities Law Journal* 34
Brusser RA "Actions against delinquent directors" 1985 *South African Company Law Journal* 33
Buchanan J *Decisions in insolvency being the Insolvent Ordinance No 6 of 1843* JC Juta Kaapstad 1879
Burchell J & Milton J *Principles of criminal law* Juta & Kie Kaapstad 1991
Burnett B (konsultant redakteur) *Australian corporations law guide* 3de uitgawe CCH Australia North Ryde 1993

C

Campbell A "Wrongful trading and company rescue" 1994 *The Cambrian Law Review* 69
Carter G "Consolidation of the Companies Acts" 1984 *Journal of Business Law* 126
Cassidy J "Disqualification of directors under the Corporations Law" 1995 *Company and Securities Law Journal* 221
Cassim FHI "Fraudulent or 'reckless' trading and section 424 of the Companies Act" 1981 *South African Law Journal* 162
CCH Guide book to the Australian company law 3de uitgawe CCH Australia North Ryde 1976
CCH Guide book to the Australian company law 10de uitgawe CCH Australia North Ryde 1988
Christie RH *The law of contract in South Africa* 2de uitgawe Butterworths Durban 1991

Cilliers HS *A critical enquiry into the origin, development and meaning of the concept "limited liability" in company law* LLD Universiteit van Suid-Afrika Pretoria 1963
Cilliers HS & Benade ML *Maatskappyereg* 4de uitgawe Butterworths Durban 1982
Cilliers HS, Benade ML, Henning JJ, Du Plessis JJ & Delport PA *Korporatiewe reg* Butterworths Durban 1992
Cilliers JB & Luiz SM "The corporate veil - an unnecessarily confining corset?" 1996 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 523
Claassen CJ *Dictionary of legal words and phrases* Butterworths Durban 1975
Cohn EJ & Simitis C "Lifting of the veil in the company laws of the European continent" 1963 *International and Comparative Law Quarterly* 189
Cooke CA *Corporation, trust and company* Manchester University Press Manchester 1950
Cooke TE & Hicks A "Wrongful trading - predicting insolvency" 1993 *Journal of Business Law* 338

D

Dabner J "Directors' duties - the schizoid company" 1988 *Company and Securities Law Journal* 105
Dabner J "Trading whilst insolvent - a case for individual creditor rights against directors" 1994 *University of New South Wales Law Journal* 546
Dabner J "Insolvent trading - recent development in Australia, New Zealand and South Africa" 1994 *Bond Law Review* 1
Dabner J "Insolvent trading: recent developments in Australia, New Zealand and South Africa" 1995 *Journal of Business Law* 282
Darroll RW "Two thoughts with but a single mind" 1966 *South African Law Journal* 531
Davids LC "The lingering question: some perspectives on the lifting of the corporate veil" 1994 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 155
Davies PL "Fraudulent trading" 1978 *Journal of Business Law* 180
Davis DM *Gordon and Getz on The South African Law of Insurance* 4de uitgawe Juta & Kie Kaapstad 1993
De Koker L "Gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid in die maatskappye- en beslote korporasiereg" 13 *Mededelings van die Luyt Sentrum vir Ondernemingsreg* Universiteit van die Oranje-Vrystaat Bloemfontein 1990
De Koker L "Roekelose of bedrieglike dryf van besigheid - 'n verdere hoofstuk" 1995 *Tydskrif vir Regswetenskap* 10
De la Rey EM *Skikkings in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg* LLD Universiteit van Pretoria Pretoria 1983
Dendy M "The cost of crime" 1993 *Juta's Business Law* 98
Department of Trade and Industry *Investigations - how they work* HMSO Londen 1990
De Villiers WP "Oortreding van artikel 424(1) gelees met artikels 1, 337, 424(3) en 441(1)(d) van die Maatskappywet 61 van 1973: wetlike diskwalifikasie" 1995 *De Jure* 405
De Wet JC *De Wet en Swanepoel Strafreg* 4de uitgawe Butterworths Durban 1985
De Wet JC & Van Wyk AH *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* 5de uitgawe Butterworths Durban 1992
Dillon CAC *The non-executive director in modern company law* LLM Universiteit van Suid-Afrika Pretoria 1986
Dine J "Wrongful trading - quasi-criminal law?" gepubliseer in Rajak H (red) *Insolvency law - theory and practice* Sweet & Maxwell Londen 1993 163
Dine J "Punishing directors" 1994 *Journal of Business Law* 325
Dine J *Criminal law in the company context* Dartmouth Publishing Co Aldershot 1995
Dobson JM "Lifting the veil in four countries: the law of Argentina, England, France and the United States" 1986 *International and Comparative Law Quarterly* 839
Dodds J "New developments in directors' duties - the Victorian stance on financial competence" 1991 *Monash University Law Review* 132
Domanski A "Piercing the corporate veil - a new direction?" 1986 *South African Law*

Journal 224
Doyle LG "Everything to lose - trading while insolvent" 1991 *Solicitors Journal* 1110
Doyle LG "Anomalies in the wrongful trading provisions" 1992 *The Company Lawyer* 96
Drew CM *The legal consequences of trading in insolvent circumstances* LLM Universiteit van Suid-Afrika Pretoria 1994
Duffy G "Fraudulent trading and the decision in O'Keeffe v Ferris" 1994 *Commercial Law Practitioner* 255
Du Plessis AG "Agency and representation" *The Law of South Africa* 1 Eerste heruitgawe Butterworths Durban 1993
Du Plessis JJ "Die Nywerheidshof, werknemers en direkteure" 1988 *De Rebus* 119
Du Plessis JJ "Diskwalifikasie en persoonlike aanspreeklikheid van direkteure: belangwekkende ontwikkelings in die Engelse reg" 1989 *De Rebus* 435
Du Plessis JJ *Maatskappyregtelike grondslae van die regsposisie van direkteure en besturende direkteure* LLD Universiteit van die Oranje-Vrystaat Bloemfontein 1990
Du Plessis JJ "Die strafregtelike aanspreeklikheid van regspersone: 'n mensliker benadering" 1991 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 635
Du Plessis JJ "Direkteure se pligte teenoor partye anders as die maatskappy" 1992 *De Jure* 378
Du Plessis JJ "Enkele internasionale maatskappyregtelike ontwikkelings: moet ons navolg?" 1992 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 561
Du Plessis JJ "Die persoonlike deliktuele aanspreeklikheid van uitvoerende beamptes" 1994 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 135
Du Plessis JJ "Corporate governance and the Cadbury report" 1994 *South African Mercantile Law Journal* 81
Du Plessis JJ "Some subtle distinctions in the term 'director'" 1995 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 153
Du Plessis JJ "Nominee directors *versus* puppet, dummy and stooge directors: reflections on these directors and their nominators or appointors" 1995 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 310
Du Plessis JJ & Henning JJ "Die deliktuele aanspreeklikheid van persone wat as maatskappyorgane opgetree het" 1989 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 540
Du Preez J "Illegal acts and irregularities - the auditor's responsibility" 1990 *Accountancy SA* 132

E

Easterbrook FH & Fischel DR "Limited liability and the corporation" 1985 *The University of Chicago Law Review* 52
Edwards M "Company directors as employees" 1986 *Company Lawyer* 204
Epstein R (alg red) *West's law and commercial dictionary in five languages* West Publishing Co St Paul 1985

F

Farrar JH "Fraudulent trading and the company secretary" 1972 *New Law Journal* 13
Farrar JH "Corporate insolvency and the law" 1976 *Journal of Business Law* 214
Farrar JH "British business law - insolvency" 1979 *Journal of Business Law* 373
Farrar JH "Fraudulent trading" 1980 *Journal of Business Law* 336
Farrar JH "The responsibility of directors and shareholders for a company's debt" 1989 *Canterbury Law Review* 12
Finch V "Directors' duties: insolvency and the unsecured creditor" in Clarke A (red) *Current issues in insolvency law* Stevens & Sons Londen 1991
Finch V "Disqualifying directors: issues of rights, privileges and employment" 1993 *Industrial Law Journal* 35
Finch V "Personal accountability and corporate control: the role of directors' and

officers' liability insurance" 1994 *Modern Law Review* 880
Fletcher IF "Director's responsibility and wrongful trading" 1989 *The Law Society's Gazette* 19
Fletcher IF *The law of insolvency* Sweet & Maxwell Londen 1990
Flynn L "Statutory liability for culpable mismanagement" gepubliseer in Rajak H (red) *Insolvency law - theory and practice* Sweet & Maxwell Londen 1993 135
Flynn L "A comparative study of statutory liability for culpable mismanagement" 1992 *Tydskrif vir Regswetenskap* 39
Forde M *Company law* Mercier Press Dublin 1992
Forde M *The law of company insolvency* The Round Hall Press Dublin 1993
Fourie JSA "Roekelose of bedrieglike dryf van besigheid - artikel 424 van die Maatskappywet 61 van 1973" 1980 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 328
Fourie JSA "Enkele historiese perspektiewe op die vertrouenspligte van direkteure en artikel 248 van die Maatskappywet" 1991 *Stellenbosch Law Review* 339
Fourie JSA "Limited liability and insolvent trading" 1994 *Stellenbosch Law Review* 148
Fourie JSA "Auditors and corporate illegality and fraud" 1994 *South African Mercantile Law Journal* 178
Fourie OJS "Die plig van direkteure teenoor maatskappyskuldeisers" 1994 *South African Mercantile Law Journal* 25

G

Getz K *Recent developments in South African company law in respect of offers of compromise and schemes of arrangement between a company and its creditors and/or members in terms of section 311 of the Companies Act No 61 of 1973, as amended* LLM Universiteit van Kaapstad Kaapstad 1993
Girvin S "Statutory liability of shadow directors" 1995 *The Juridical Review* 414
Godfrey P & Nield S "The wrongful trading provisions - all bark and no bite?" 1995 *Tolley's Insolvency Law & Practice* 139 140
Goode RM *Legal problems of credit and security* 2de uitgawe Sweet & Maxwell Londen 1988
Goode RM "Wrongful trading and the balance sheet test of insolvency" 1989 *Journal of Business Law* 436
Goode RM *Principles of corporate insolvency law* Sweet & Maxwell Londen 1990
Gower LCB *Gower's Principles of modern company law* 5de uitgawe Sweet & Maxwell Londen 1992
Grantham R "Reforming the duties of company directors" 1991 *The Company Lawyer* 27
Grawehr P "A comparison between Australian and European insolvent trading laws" 1996 *Company and Securities Law Journal* 16
Griffen S "Corporate liability: the attribution of knowledge" 1996 6 *Palmer's in Company* 1
Griggs LD "Inactive directors - under attack" 1992 *University of Tasmania Law Review* 75
Grové NJ & Jacobs L *Basic principles of consumer credit law* Juta & Kie Kaapstad 1993

H

Hackwill GRJ *Mackeurtan's Sale of goods in South Africa* 5de uitgawe Juta & Kie Kaapstad 1984
Hadden T *Company law and capitalism* Weidenfeld & Nicolson Londen 1972
Hambidge EG & Luiz SM "Compromise and personal liability under section 424 of the Companies Act: two judicial approaches" 1991 *South African Mercantile Law Journal* 123
Harper GM *The liability of directors for fraudulent and/or reckless trading - section 424 of the Companies Act 61 of 1973* LLM Universiteit van Kaapstad Kaapstad 1993
Havenga MK "Creditors, directors and personal liability under section 424 of the Companies Act" 1992 *South African Mercantile Law Journal* 63

Havenga MK *Fiduciary duties of company directors with specific regard to corporate opportunities* LLD Universiteit van Suid-Afrika Pretoria 1995
Hawke N "Creditors' interests in solvent and insolvent companies" 1989 *Journal of Business Law* 54
Henning JJ "Closely held corporations: perspectives on developments in four jurisdictions" 1995 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 100
Henning JJ & Wandrag MS "'n Oorsig van die herkoms van die private maatskappy en die huidige posisie in enkele regstelsels" 1993 *De Jure* 14
Henry D "Disqualification of directors: a view from the inside" gepubliseer in Rajak H (red) *Insolvency law - theory and practice* Sweet & Maxwell Londen 1993 179
Herzberg A "The Metal Manufacturers case and the Australian Law Reform Commission's insolvent trading recommendations" 1989 *Company and Securities Law Journal* 177
Herzberg A "Heide v Lester (1990 8 ACLC 958)" 1991 *Company and Securities Law Journal* 104
Herzberg A "Insolvent trading" 1991 *Company and Securities Law Journal* 285
Hicks A "Wrongful trading - has it been a failure?" 1993 *Insolvency Law and Practice* 134
Hicks A "Advising on wrongful trading" deel 1 1993 *The Company Lawyer* 16; deel 2 1993 *The Company Lawyer* 55
Hiemstra VG & Gonin HL *Drietalige regswoordeboek* Juta & Kie Kaapstad 1986
Hunt PMA "General principles of the law of contract" 1963 *Annual Survey of South African Law* 104
Hyman A "Directors' liability for company's debts" 1980 *South African Company Law Journal* E-1

I

Institute of Directors "Company directors and wrongful trading" 1991 *Business Law Review* 78

J

Jefferson M "Theft by sole controllers of companies" 1993 *The Company Lawyer* 180
Jewell V "Relevant interest and entitlement: an assessment of the Corporations Law Simplification Task Force's proposals" 1996 *Company and Securities Law Journal* 273
Johnson CC "Purchase and sale" 1955 *Annual Survey of South African Law* 250
Johnston B "Debt subordination: the Australian perspective" 1987 *Australian Business Law Review* 80
Johnston B "Contractual debt subordination and legislative reform" 1991 *Journal of Business Law* 225
Jooste R "Gremlins in the *Carbon Developments* judgement" 1994 *South African Law Journal* 473
Joubert DJ *Die Suid-Afrikaanse verteenwoordigingsreg* Juta & Kie Kaapstad 1979
Joubert DJ "Loan" *The Law of South Africa* vol 15 Butterworths Durban 1981
Joubert DJ *General principles of the law of contract* Juta & Kie Kaapstad 1987

K

Katz L "Personal liability for directors and responsibilities of liquidators" Desember 1989 *The Wale Street Journal* 4
Keenan D "Banks as shadow directors" 1991 *Accountancy* 41
Kelling AS *Aspekte van die aard en uitwerking van arbeidsooreenkomste in die Suid-Afrikaanse arbeidsreg* LLD Universiteit van Pretoria Pretoria 1988
Kelling AS "'n Beskouing van die essentialia van die dienskontrak" 1990 *Tydskrif vir Regswetenskap* 107
Kerr AJ *The principles of the law of contract* 4de uitgawe Butterworths Durban 1989

Kriegler J *Hiemstra Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* 5de uitgawe Butterworths Durban 1993

Klopper CF "S v Coomer 1971 1 SA 543 (K)" 1971 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 203

Klopper HB *Die beskerming van kredietwaardigheid in die Suid-Afrikaanse reg* LLD Universiteit van die Oranje-Vrystaat Bloemfontein 1986

L

Labuschagne JMT "Die rol van voorafgaande ondersoeke en beraadslagings by wetsuitleg" 1987 *Suid-Afrikaanse Publiekreg* 89

Labuschagne JMT "Gebruik van Hansards by wetsuitleg" 1994 *Suid-Afrikaanse Publiekreg* 464

Lambiris MA *Orders of specific performance and restitutio in integrum in South African law* Butterworths Durban 1989

Larkin MP "Regarding judicial disregarding of the company's separate identity" 1989 *South African Mercantile Law Journal* 277

Larkin MP "Company law (including close corporations)" 1992 *Annual Survey of South African Law* 249

Larkin MP "Company law (including close corporations)" 1993 *Annual Survey of South African Law* 425

Lee RW *An introduction to Roman-Dutch Law* 4de uitgawe Clarendon Press Oxford 1946

Levi M "Long-firm fraud, sentencing, and the Advisory Council" 1979 *Howard Law Journal* 92

Levi M *The phantom capitalists - the organisation and control of long-firm fraud* Heinemann Londen 1981

Levi M "White-collar crime: the British scene" 1993 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 71

Levin E "Commercial morality a la *Ex parte de Villiers*" 1992 *De Rebus* 913

Lin L "Shift of fiduciary duty upon corporate insolvency: proper scope of directors' duties to creditors" 1993 *Vanderbilt Law Review* 1485

Link Newcomb R "The limitation of directors' liability: a proposal for legislative reform" 1987 *Texas Law Review* 411

Linnane H "Delinquent directors and other - the Irish approach" 1995 *The Company Lawyer* 26

Linnane H "Directors' duties to creditors: the adoption of *Kinsela* into irish law" 1995 *The Company Lawyer* 319

Lipton P & Herzberg A *Understanding company law* The Law Book Co Sydney 1984

Lobban M "Nineteenth century frauds in company formation: Derry v Peek in context" 1996 *Law Quarterly Review* 287

Loose P, Yelland J & Impey D *The company director - powers and duties* 7de uitgawe Jordans 1993

Lötz DJ "Nalatige wanvoorstelling binne kontraktuele verband" 1993 *De Jure* 427

Lötz DJ *Skadevergoeding op grond van nalatige wanvoorstelling in die Suid-Afrikaanse koopreg* LLD Universiteit van Pretoria Pretoria 1994

Lötz DJ "Nalatige wanvoorstelling: 'n skadevergoedingsaksie gesien deur 'n positiefregtelike bril" deel 1 1995 *De Jure* 1; deel 2 1995 *De Jure* 294

Louw L *Die regsposisie van die maatskappydirekteur en die invloed daarvan op die uitoefening van sy bestuursfunksie in die onderneming* MCom Randse Afrikaanse Universiteit Johannesburg 1991

Lubbe DS *Inleiding tot die ouditkunde* Butterworths Durban 1983

Lubbe DS "Ouditrisiko in die kontemporêre oudit" Intreerede Universiteit van die Oranje-Vrystaat Bloemfontein 8 November 1984

Lubbe DS "Die regsgeleerde en die omgewing - 'n ekonomiese oorsig" 1994 *Tydskrif vir Regswetenskap* 64

Lubbe DS "Die toename van die getal belanghebbendes in ondernemings in die lig van die sosiale verantwoordelikheid van ondernemings - 'n ekonomiese oorsig" 1995

Tydskrif vir Regswetenskap 53
Luiz SM "Liability of directors for 'wrongful trading' in terms of English law" 1989 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 582
Luiz SM & Van der Linde KE "Trading in insolvent circumstances - its relevance to sections 311 and 424 of the Companies Act" 1993 *South African Mercantile Law Journal* 230

M

Mason HH & O'Hair JS *Australian company law* 2de uitgawe McGraw-Hill Book Company Sydney 1973
McCormack G "Swelling the assets of a company - new rules in Ireland" 1989 *The Company Lawyer* 160
McCormack G *The new Companies legislation* The Round Hall Press Dublin 1991
McCormack G "Rescue of ailing companies in Ireland" gepubliseer in Rajak H (red) *Insolvency law - theory and practice* Sweet & Maxwell Londen 1993 269
McCormick R "Current English legal issues affecting debt financing" 1988 *International Business Lawyer* 397
McGee A "The 'true and fair view' debate: a study in the legal regulation of accounting" 1991 *Modern Law Review* 874
McLennan JS "Abuse of limited liability, 'insider debts' and subordination agreements" 1993 *South African Law Journal* 686
McLennan JS "Subordination agreements" 1994 *South African Law Journal* 803
McLennan JS "The liability of agents for debts contracted on behalf of insolvent companies" 1995 *South African Mercantile Law Journal* 68
McLennan JS "Duties of care and skill of company directors and their liability for negligence" 1996 *South African Mercantile Law Journal* 94
McPherson BH *The law of company liquidation* The Law Book Company Sydney 1968
McQuoid-Mason DJ "Vicarious and strict liability" *The Law of South Africa* vol 30 Butterworths Durban 1993
Meskin PM (red) *Henochsberg on the Companies Act* 5de uitgawe Butterworths Durban Diensuitgawe
Meskin PM *Insolvency law and its operation in winding-up* Butterworths Durban Diensuitgawe
Milman D "Insolvency Act 1986: how not to legislate" 1988 *The Company Lawyer* 178
Milman D "Personal liability and disqualification of company directors: something old, something new" 1992 *Northern Ireland Legal Quarterly* 1
Milman D "Court protection and reckless trading" 1994 *The Company Lawyer* 64
Milman D "Wrongful trading actions: smoke without fire?" 1995 8 *Palmer's in Company* 1
Milman D & Durrant C *Corporate insolvency: law and practice* Sweet & Maxwell Londen 1987
Milton J *Hunt South African criminal law and procedure - common law crimes* vol 2 2de uitgawe hersien en herdruk Juta & Kie Kaapstad 1992
Milton J, Cowling M, Van der Leeuw G, Francis M, Schwikkard PJ & Lund J "Procedural rights" in Van Wyk D, Dugard J, De Villiers B & Davis D (red) *Rights and constitutionalism - the new South African legal order* Juta & Kie Kaapstad 1994
Mithani A "Appeals in disqualification proceedings" 1992 *The Law Society Gazette* 25
Mngqibisa NP "Liability for negligent misstatement inducing a contract" 1992 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 504
Monteleone JP & Conca NJ "Directors and officers indemnification and liability insurance: an overview of legal and practical issues" 1996 *Business Lawyer* 573
Morse G (alg red) *Palmer's company law* 25ste uitgawe Sweet & Maxwell Londen Diensuitgawe
Mulcahy LM "Accountable to whom? Auditors liability" 1994 *The Company Lawyer* 126

N

Nakajima C "Attribution of guilty knowledge" 1996 *The Company Lawyer* 180
Nakajima C "Lifting the veil" 1996 *The Company Lawyer* 187
Naudé SJ *Die regsposisie van die maatskappydirekteur met besondere verwysing na die interne maatskappyverband* LLD Universiteit van Suid-Afrika Pretoria 1969
Naudé SJ "Auditors' liability to third parties" 1979 *Moderne Besigheidsreg* 121
Neethling J, Potgieter JM, Visser PJ *Deliktereg* 3de uitgawe Butterworths Durban 1996
Nekam A *The personality conception of the legal entity* Harvard University Press Cambridge (Massachusets) 1938
Newman E & McQuoid-Mason DJ *Lee and Honoré The South African law of obligations* Butterworths Durban 1978
Noble T "A creditor's right under Corporations Law s 486 to inspect, for purposes of a s 592 action, the books of a company in liquidation" 1992 *Company and Securities Law Journal* 346
Noble T "When does a company incur a debt under the insolvent trading provisions of the Corporations Law?" 1994 *Company and Securities Law Journal* 297
Noble T "Recent decisions on section 592 of the Corporations Law" 1995 *Company and Securities Law Journal* 530
Noble Antrobus T "Section 556 - when does a company incur a debt?" 1990 *Company and Securities Law Journal* 324
Noble Antrobus T "Section 556 (Corporations Law s 592): Is a debt a debt?" 1991 *Company and Securities Law Journal* 349
Nolan A "The position of unsecured creditors of corporate groups: towards a group responsibility solution which gives fairness and equity a role" 1993 *Company and Securities Law Journal* 461
Norman-Scoble C *Criminal insolvency* Juta & Kie Kaapstad 1941
Northey JF *Introduction to company law in New Zealand* 8ste uitgawe Butterworths Wellington 1976

O

O'Brien PH "Deliktuele remedie op grond van nalatige wanvoorstelling binne kontraktuele verband" 1992 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 134
Oditah F "Wrongful trading" 1990 *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 205
O'Riordan F "Companies Act 1990 - reckless trading, restrictions and disqualifications" ongepubliseerde referaat 1993

P

Pahl S "Company liquidations - failure to keep proper accounts" 1993 *New Zealand Law Journal* 3
Pascoe J "Coates v Hardwick (1988 6 ACLC 266)" 1988 *Company and Securities Law Journal* 218
Paterson WE & Ednie HH *Australian company law* Butterworths Sydney 1962
Pennington RR *Company law* 6de uitgawe Butterworths Londen 1990
Pettet B "Limited liability - a principle for the 21st century?" 1995 *Current Legal Problems* deel 2 125
Pickering MA "The company as a separate legal entity" 1968 *Modern Law Review* 481
Pienaar GJ *Die gemeenregtelike regspersoon in die Suid-Afrikaanse privaatreg* LLD Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys Potchefstroom 1982
Piers M & Donelly B "The personal liability for directors and officers" 1989 3 *Insolvency Intelligence* 17
Pollard SM "Fear and loathing in the boardroom: directors confront new insolvent trading provisions" 1994 *Australian Business Law Review* 392
Powles D "The see-through corporate veil" 1977 *Modern Law Review* 339
Prentice DD "Fraudulent trading: parent company's liability for the debts of its

subsidiary" 1987 *The Law Quarterly Review* 11
Prentice DD "Creditor's interests and director's duties" 1990 *Oxford Journal of Legal Studies* 265
Pretorius JA & Du Plessis JJ "Enkele aspekte rakende die diskwalifikasie van direkteure en andere in die Suid-Afrikaanse en Engelse reg" 1993 *South African Mercantile Law Journal* 144
Pretorius JT *Die aanspreeklikheid van maatskappy-ouditeure teenoor derdes op grond van wanvoorstelling in die finansiële state* Sentrum vir Bankreg Randse Afrikaanse Universiteit Johannesburg 1985
Pretorius JT "Die rol en funksie van die maatskappy-ouditeur by finansiële verslagdoening" 1986 *Moderne Besigheidsreg* 82

R

Rajak H "Company directors - the end of an era" 1989 *New Law Journal* 1374
Rajak H "Wrongful trading" 1989 *New Law Journal* 1458
Rajak H (red) *Insolvency law - theory and practice* Sweet & Maxwell Londen 1993
Rajak H "The rescue of insolvent companies in the United Kingdom" 1995 *Tydskrif vir Regswetenskap* 1
Robert-Tissot SP "A fresh insight into the corporate criminal mind: Meridian Global Funds Management Asia Ltd v The Securities Commission" 1996 *The Company Lawyer* 99
Rogers WVH *Winfield and Jolowicz on Tort* 14de uitgawe Sweet & Maxwell Londen 1994
Rubin GR "The director as employee of the company" 1978 *Journal of Business Law* 330
Russel M "The Companies Amendment Act 1980" 1981 *New Zealand Law Journal* 71
Russel M "The Companies Amendment Act 1980 - protecting the company against its directors" 1981 *New Zealand Law Journal* 131

S

Safa R "Directors' and officers' liability insurance and the theory of abuse of corporate assets under French law" 1993 *International Business Law* 365
Sanfey M & Holohan B *Bankruptcy law and practice in Ireland* The Round Hall Press Dublin 1991
Sappideen R "Fiduciary obligations to corporate creditors" 1991 *Journal of Business Law* 365
Savage N "Auditors: a critical review of their role" 1983 *The Company Lawyer* 187
Schmitthoff CM "Salomon in the shadow" 1976 *Journal of Business Law* 305
Scott J "Nalatige wanvoorstelling as aksiegrond in die Suid-Afrikaanse reg" 1976 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 347, 1977 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 58, 1977 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 166
Scott "Negligent misrepresentation in the guise of a non-disclosure" 1995 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 778
Sealy LS "Directors' 'wider' responsibilities - problems conceptual, practical and procedural" 1987 *Monash University Law Review* 164
Sealy LS "Directors' duties - an unnecessary gloss" 1988 *Cambridge Law Journal* 175
Sealy LS *Disqualification and personal liability of directors* 3de uitgawe CCH Editors Bicester 1989
Sealy LS "Insolvent company - wrongful trading" 1989 *Cambridge Law Journal* 375
Sealy "Company law: directors and the company they keep" 1990 *New Zealand Law Journal* 434
Sealy LS "Corporate law reform - the Commonwealth experience" 1 *Corporate Law Development Series* Koördinerende Navorsingsinstituut vir Korporatiewe Reg Universiteit van die Oranje Vrystaat Bloemfontein 1994 1
Sealy LS "The corporate ego and agency untwined" 1995 *Cambridge Law Journal* 507
Sievers S "Fraudulent trading" 1988 *Company and Securities Law Journal* 192

Skeen A "A Bill of Rights and the presumption of innocence" 1993 *South African Journal on Human Rights* 525
Smith C "Banking, financial institutions and currency" *The Law of South Africa* vol 1 Butterworths Durban 1976
Smukler E "Theft by corporate controllers" deel 1 1995 *South African Mercantile Law Journal* 155; deel 2 1995 *South African Mercantile Law Journal* 380
Snaith I *The law of corporate insolvency* Waterlow Publishers Londen 1990
Snyman CR "Die gemeenregtelike vermoënsmisdade en die eise van ons samelewing" 1977 *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreg en Kriminologie* 11
Snyman CR "Common law crimes" in "Criminal law" in *The Law of South Africa* vol 6 Butterworths Durban 1981
Snyman CR *Strafreg* 3de uitgawe Butterworths Durban 1992
Snyman CR *Criminal law* 3de uitgawe Butterworths Durban 1995
Suid-Afrikaanse Instituut vir Geoktrooieerde Rekenmeesters *Trading when the liabilities of an undertaking exceed its assets* Oudit- en Rekeningkundige Riglyn Suid-Afrikaanse Instituut vir Geoktrooieerde Rekenmeesters Johannesburg 1984
Suid-Afrikaanse Instituut vir Geoktrooieerde Rekenmeesters *Handeldryf wanneer die laste van 'n onderneming sy bates oorskry* Omsendskrywe 4/90 Suid-Afrikaanse Instituut vir Geoktrooieerde Rekenmeesters Johannesburg 1990
Spisto M "D and O insurance for directors and officers - what is this and is it a viable option in South African law?" 1996 *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 61
St Clair JB & Drummond Young JE *The law of corporate insolvency in Scotland* WE Green & Sons Edinburgh 1988
Stephenson "Liability for wrongful trading: the first case to reach judgement" 1989 *Solicitors Journal* 1103

T

Thompson JH "Winding up; fraudulent trading" 1966 *Journal of Business Law* 258
Thompson JH "Winding-up; fraudulent trading" 1967 *Journal of Business Law* 233
Thompson M (red) *Morison's company and securities law* vol 2 Butterworths Wellington 1995
Tomasic R *Australian corporate insolvency law* Butterworths Sydney 1993
Tredgold CH *Handbook of colonial criminal law* JC Juta & Kie Kaapstad 1897
Trethowan I "Directors' personal liability to creditors for company debts" 1992 *Australian Business Law Review* 41
Trethowan I "Director's personal liability for insolvent trading: at last a degree of consensus" 1993 *Company and Securities Law Journal* 102

U

Ussher P *Company law in Ireland* Sweet & Maxwell Londen 1986

V

Van Aswegen A "Die toets vir die bestaan van 'n 'onafhanklike delik' in die geval van kontrakbreuk" 1992 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 271
Van der Merwe NJ & Olivier PJJ *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg* 6de uitgawe JP van der Walt & Seun Pretoria 1989
Van der Merwe S & Van Huysteen LF "Improperly obtained consensus" 1987 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 78
Van der Walt JC *Risiko-aanspreeklikheid uit onregmatige daad* LLD Universiteit van Suid-Afrika Pretoria 1974
Van der Walt JC "Verborge gebreke: onskuldige wanvoorstellings en verrykingsaanspreeklikheid" 1964 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 212

Van der Walt JC *Delict: principles and cases* Butterworths Durban 1979
Van der Westhuizen JC *Section 424 of the Companies Act, No 61 of 1973: civil liability of directors and others for fraudulent or reckless conduct of the business of a company* LLM Universiteit van Suid-Afrika Pretoria 1994
Van Dorsten JL *Rights, powers and duties of directors* Obiter Publishers Sandton 1992
Van Jaarsveld SR (red) *Suid-Afrikaanse Handelsreg* vol 1 3de uitgawe Lex Patria Johannesburg 1988
Van Jaarsveld SR & Van Eck BPS *Kompendium van die Suid-Afrikaanse arbeidsreg* Lex Patria Johannesburg 1992
Van Wyk D, Dugard J, De Villiers B & Davis D (red) *Rights and constitutionalism - the new South African legal order* Juta & Kie Kaapstad 1994
Van Zyl DH *Geskiedenis en beginsels van die Romeinse Privaatreg* Butterworths Durban 1977
VerLoren van Themaat JP *Diefstal en, in verband daarmee, bedrog in die Romeins-Hollandse reg* AA Balkema Kaapstad 1949
Vermaas M "Subordination agreements and the auditor's duty to report a material irregularity" 1993 *Codicillus* 19
Verschoor T *Misdaad, verweer en straf* Butterworths Durban 1986
Visser C "Delictual liability for negligent misstatement inducing a contract: some questions answered at last" 1992 *South African Mercantile Law Journal* 227
Voet J *The selective Voet being the Commentary on the pandects* soos vertaal deur Gane P vol 3 Butterworth & Kie Durban 1956
Vorster JP "Misrepresentation" in *The Law of South Africa* vol 17 Butterworths Durban 1983

W

Walters A "Foreshortening the shadow: maintenance, champerty and the funding of litigation in corporate insolvency" 1996 *The Company Lawyer* 165
Wandrag MS *The distinction between private and public companies in South African company law: a historical analysis and comparative evaluation* LLM Universiteit van die Oranje-Vrystaat Bloemfontein 1994
Waters DF & Jooste RD *Mars The law of insolvency in South Africa* 7de uitgawe Juta & Kie Kaapstad 1980
Weir T "Statutory auditor not liable to purchaser of shares" 1990 *Cambridge Law Journal* 212
Welling B *Corporate law in Canada* 2de uitgawe Butterworths Toronto 1991
Wells C "Corporations and criminal liability" 1994 6 *Palmer's in Company* 1
Wells C "A quiet revolution in corporate liability for crime" 1995 *New Law Journal* 1326
Wheeler S "Disqualification of directors: a broader view" gepubliseer in Rajak H (red) *Insolvency law - theory and practice* Sweet & Maxwell Londen 1993 187
Wheeler S "Swelling the assets for distribution in corporate insolvency" 1993 *Journal of Business Law* 256
Williams C "Section 214 of the Insolvency Act 1986 and the private company: why it may fall short of the mark" 1990 *The Company Lawyer* 222
Williams G *Textbook of criminal law* 2de uitgawe Stevens & Sons Londen 1983
Williams G "Directors' liability for fraudulent trading" 1984 *New Zealand Universities Law Review* 189
Williams G "The unresolved problem of recklessness" 1988 *Legal Studies* 74
Williams RC "Liability for reckless trading by companies: the South African experience" 1984 *International and Comparative Law Quarterly* 684
Williams RC "Fraudulent trading" 1986 *Company and Securities Law Journal* 14
Wilmot PL "The role of directors and external auditors in the prevention and detection of white collar crime" 1994 *Accountancy SA* 4
Wilson WA "British business law - companies" 1975 *Journal of Business Law* 223
Wishart D "Progress of company law reform" 1991 *Company and Securities Law Journal* 419, 1992 *Company and Securities Law Journal* 75

Wishart D "The personal liability of directors in tort" 1992 *Company and Securities Law Journal* 363
Wolff HJ "On the nature of legal persons" 1938 *Law Quarterly Review* 494
Wood PR "Debt subordination under English law" 1985 *International Financial Law Review* 11
Worthington S "Liability for insolvent trading: routes and rules in reform" 1992 *Company and Securities Law Journal* 214
Wormser IM *Disregard of the corporate fiction and allied corporation problems* Baker Voorhis New York 1927 herdruk Fred B Rothman Colorado 1981
Wortley BA "The interpretation of the new 'fraudulent trading section' of the Companies Act 1929" 1934 *Law Quarterly Review* 405
Wunsh B "Subordination agreements" 1994 *South African Law Journal* 443

Y

Young PW "Corporations - personal liability of directors" 1992 *The Australian Law Journal* 606

Z

Ziegel JS "Creditors as corporate stakeholders: the quiet revolution - an Anglo-Canadian perspective" 1993 *University of Toronto Law Journal* 511
Zimmerman R *The law of obligations - Roman foundations of the civilian tradition* Juta & Kie Kaapstad 1990

2 VERSLAE EN ANDER PUBLIKASIES

Australië

Corporate Law Reform Bill 1992 Public Exposure Draft and Explanatory Paper 1992
House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs *Corporate practices and the rights of shareholders* 1991
Law Reform Commission *General Insolvency Inquiry* Report 45 1988
Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs *Company directors' duties* 1989

Engeland

Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance *Report* 1992
Company Law Amendment Committee *Report* Cmd 2657 1926
Report of the Committee on Company Law Amendment Cmd 6659 1945
Report of the Company Law Committee Cmnd 1749 1962
Review Committee on Insolvency Law and Practice *Report* Cmnd 8558 1982

Nieu-Seeland

New Zealand Law Commission *Company law - reform and restatement* Report No 9 1989

New Zealand Law Commission *Company law reform - transition and revision* Report No 16 1990

Suid-Afrika

Debatte van die Volksraad 3 Februarie 1939 - 31 Maart 1939
Debatte van die Volksraad 9 April 1951
Debatte van die Volksraad 19 Februarie 1962
Debatte van die Volksraad 14-18 Mei 1973
Institute of Directors in Southern Africa *The King report on corporate governance* 1994
Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Hoofverslag* RP 45 1970
Kommissie van Ondersoek na die Maatskappywet *Aanvullende verslag* RP 31 1972
Suid-Afrikaanse Instituut vir Geoktrooieerde Rekenmeesters *Die ouditeur se verantwoordelikheid om onwettige optrede, ander onreëlmatighede en foute op te spoor en daaroor verslag te doen* Standpunt oor Ouditstandaarde OU 005 1992
Suid-Afrikaanse Regskommissie *Ondersoek na deliktuele aanspreeklikheid by wanvoorstelling* Projek 36 1983
Suid-Afrikaanse Regskommissie *Risiko as aanspreeklikheidsgrond by die onregmatige daad* Projek 23 1986
Suid-Afrikaanse Regskommissie *Die Woekerwet en verwante aangeleenthede* Projek 67 Werkstuk 46 1991
Suid-Afrikaanse Regskommissie *Review of the law of insolvency* Projek 63 Gespreksdokument 66 1996
Verslag van die Kommissie van Ondersoek insake die wysiging van die Maatskappywet UG 69 1948
Verslag van die Maatskappywetkommissie UG 45 1936

3 WETGEWING

Australië

Close Corporations Act 1989
Companies Act 1961 (*Uniform Companies Acts*)
Companies Act 1981
Corporations Law soos vervat in artikel 82 van die *Corporations Act* 1989

Engeland

Companies Act 1928 (18 & 19 Geo 5 c 45)
Companies Act 1929 (19 & 20 Geo 5 c 23)
Companies Act 1948 (11 & 12 Geo 6 c 38)
Companies Act 1981 (1981 c 62)
Companies Act 1985 (1985 c 6)
Insolvency Act 1985 (1985 c 65)
Insolvency Act 1986 (1986 c 45)
Company Directors Disqualification Act 1986 (1986 c 46)

Ierland

Companies Act 33 of 1963
Companies Act 33 of 1990
Companies (Amendment) Act 27 of 1990

Nieu-Seeland

Companies Act 29 of 1933
Companies Act 63 of 1955
Companies Act 105 of 1993
Companies Act Repeal Act 126 of 1993
Companies Amendment Act 108 of 1993
Companies Reregistration Act 121 of 1993
Financial Reporting Act 106 of 1993

Suid-Afrika

Bankwet 94 van 1990
Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993
Insolvensiewet 24 van 1936
Insolvente Boedels Ordonnansie 6 van 1843 [Kaap]
Insolventie Wet 13 van 1895 [ZAR]
Insolventie Wet 32 van 1916
Insolventie Wet, 1916, Wijsigingswet 29 van 1926
Maatskappywet 46 van 1926
Maatskappy-wysigingswet 23 van 1939
Ordonnansie op Padverkeer 21 van 1966 [Kaapprovinsie]
Strafproseswet 56 van 1955
Strafproseswet 51 van 1977
Wet op de Kriminele Procedure en Bewijslevering 31 van 1917
Wet op Onderlinge Bouverenigings 24 van 1965
Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 51 van 1951
Wet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 80 van 1991
Wysigingswet op Maatskappye 46 van 1952
Wysigingswet op Openbare Rekenmeesters en Ouditeurs 30 van 1962

4 VONNISREGISTER

A

3M Australia Pty Ltd v Kemish 1986 10 ACLR 371
3M Australia Pty Ltd v Watt: NEC Home Electronics Australia Pty Ltd v White 1985 9 ACLR 203
A Company (No 005009 of 1987), ex parte Copp, Re 1989 BCLC 13
A Company No 001418 of 1988, Re 1990 BCC 526
Adderley Acceptances (Pty) Ltd v Florence Rochelle Rom 1988 2 PH A32 (A)
Adfin (Pty) Ltd v Durable Engineering Works (Pty) Ltd 1991 2 SA 366 (K)
Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk 1979 3 SA 824 (A)
Administrateur, Transvaal v Van der Merwe 1994 4 SA 347 (A)
Akbar v R 1915 NPA 497
Al Saudi Banque v Clarke Pixley 1990 2 WLR 344
Alex Murray (Pty) Ltd v Perry 1961 2 SA 154 (N)
Aluminium Fabricators Ltd (No 2), Re 13 Mei 1983 *High Court* - Ierland ongerapporteer
Anderson v Dickson 1985 1 SA 93 (N)
Anderson Shipping (Pty) Ltd v Guardian National Insurance Co Ltd 1987 3 SA 506 (A)
ANZ Executors & Trustee Co Ltd v Qintex Australia Ltd 1990 8 ACLC 980
Ashbury Railway Carriage and Iron Co v Richē 1875 LR 7 HL 653
Atlas Maritime Co SA v Avalon Maritime Ltd; The Coral Rose (No 1) 1991 4 All ER 769
Attorney-General's Reference (No 2 of 1982) 1984 1 QB 624
Augustus Barnett, Re 1986 PCC 167

B

Banco De Mocambique v Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd 1982 3 SA 330 (T)
Barkett v SA Mutual Trust & Assurance Co Ltd 1951 2 SA 353 (A)
Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost 1991 4 SA 559 (A)
Beeton & Co Ltd, Re 1913 2 Ch 279
Bellairs v Hodnett 1978 1 SA 1109 (A)
Bennet, Keane & White Ltd (in liq) (No 2), Re 1988 4 NZCLC 96216
Blower v Van Noorden 1909 TS 890
Botha v Van Niekerk 1983 3 SA 513 (W)
Bowditch v Peel and Magill 1921 AA 561
Bowley Steels (Pty) Ltd v Dalian Engineering (Pty) Ltd 1996 1 All SA 383 (T)
Bowman v Sacks 1985 4 SA 459 (W)
Bird v Murphy 1963 2 PH A42 (D)
Brazilian Rubber Plantations and Estates Ltd, Re 1911 1 Ch 425
Briggs v James Hardie & Co Pty Ltd 1989 7 ACLC 841
Brink v Abramowitz 1943 KPA 189
British Eagle International Air Lines Ltd v Compagnie Nationale Air France 1975 1 WLR 758
British Thomson-Houston Co Ltd v Sterling Accessories Ltd 1924 2 Ch 33
Burwood v R 1931 NPA 573

C

C Evans and Sons Ltd v Spritebrand 1985 2 All ER 415
Calder-Potts v McMillan 1956 3 SA 360 (OK)
Caparo Industries plc v Dickman 1990 2 WLR 358
Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd 1993 2 SA 784 (K)
Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd 1995 CLD 545 (A)
Cape Town Municipality v Clohessy 1922 AA 4

Cape Town Municipality v Paine 1923 AA 207
Carlkim (Pty) Ltd v Shaffer 1986 3 SA 613 (N)
Carreras Rothmans Ltd v Freeman Matthews Treasure Ltd 1985 1 All ER 155
Castrisios v McManus; McManus v Castrisios 1991 9 ACLC 287
Casual Capers Ltd (in liq), Re 1983 NZCLC 98591
Centrepac Partnership v Foreign Currency Consultants Ltd 1989 4 NZCLC 64940 64951
Cheah v Equiticorp Finance Group Ltd 1991 4 All ER 989
City Equitable Fire Insurance Co Ltd, Re 1925 1 Ch 407
Claude Neon Lights (SA) Ltd v Daniel 1976 4 SA 403 (A)
Cloete v Smithfield Hotel (Pty) Ltd 1955 2 SA 622 (O)
Coleman v Augood & Co Ltd 1921 TPA 493
Colonial Industries Ltd v Provincial Insurance Co Ltd 1922 AA 33
Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd v Macdonald 1931 AA 412
Commissioner for Inland Revenue v Malcomess Properties (Isando) (Pty) Ltd 1991 2 SA 27 (A)
Commissioner of State Taxation (WA) v Pollock 1993 11 ACLC 16
Commonwealth of Australia v Friedrich 1991 9 ACLC 946
Compass Motors Industries (Pty) Ltd v Callguard (Pty) Ltd 1990 2 SA 520 (W)
Cooper v A & G Fashions (Pty) Ltd; Ex parte Millman 1991 4 SA 204 (K)
Corbett v Harris 1914 KPA 535
Cornelissen v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd 1971 3 SA 158 (A)
Coronation Brick (Pty) Ltd v Strachan Construction Company (Pty) Ltd 1982 (4) SA 371 (D)
Corporate Affairs Commission v Karounos 1985 3 ACLC 410
Cronje v Stone 1985 3 SA 597 (T)
Culverwell v Brown 1990 1 SA 7 (A)
Customs & Excise Commissioners v Hedon Alpha Ltd 1981 2 All ER 697
Cyona Distributors Ltd, Re 1967 1 All ER 281

D

Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipal Council 1920 AA 530
Daimler Co Ltd v Continental Tyre and Rubber Co (Great Britain) Ltd 1916 2 AC 307
De Jager v Grunder 1964 1 SA 446 (A)
De Mata v Otto 1972 3 SA 858 (A)
Derry v Peek 14 AC 337
DHN Food Distributors Ltd v London Borough of Tower Hamlets 1976 3 All ER 462
Dibley v Furter 1951 4 SA 73 (K)
Diners Club SA (Pty) Ltd v Livingstone 1995 4 SA 493 (W)
Dithaba Platinum (Pty) Ltd v Erconovaal Ltd 1985 4 SA 615 (T)
DKG Contractors Ltd, Re 1990 BCC 903
Donners Motors (Pvt) Ltd v Kufinya 1968 1 SA 434 (RAA)
Dorklerk Investments (Pty) Ltd v Bhyat 1980 1 SA 443 (W)
DPP v Schildkamp 1971 AC 1
Dublin Heating Co Ltd v Hefferon 1992 ILRM 51
Dunn v Shapowloff 1978 3 ACLR 775
Du Plessis v Gunn 1962 4 SA 7 (O)
Du Plessis v Phelps 1995 4 SA 165 (K)
Du Toit v Atkinson's Motors Bpk 1985 2 SA 893 (A)
Dyer v Hyslop 1995 SCLR 161

E

EB Tractors Ltd, Re 1987 PCC 313
EG Electric Co (Pty) Ltd v Franklin 1979 2 SA 702 (OK)
Ensor v Syfret's Trust and Executor Company (Natal) Ltd 1976 3 SA 762 (D)
Ensor v South Pine Properties (Pty) Ltd 1978 2 SA 755 (N)

Eriksen Motors (Welkom) Ltd v Protea Motors Warrenton 1973 3 SA 685 (A)
Esal (Commodities) Ltd London and Overseas (Sugar) Co Ltd v Punjab National Bank, Re 1993 BCLC 872
Ex parte Clifford Homes Construction (Pty) Ltd 1989 4 SA 610 (W)
Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation) 1992 2 SA 95 (W)
Ex parte de Villiers: In re Carbon Developments (Pty) Ltd (In liquidation) 1993 1 SA 493 (A)
Ex parte de Villiers: In re MSL Publications (Pty) Ltd 1990 4 SA 59 (W)
Ex parte Kaplan: In re Robin Consolidated Industries Ltd 1987 3 SA 413 (W)
Ex parte Koch 1983 3 SA 700 (SOK)
Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd 1989 3 SA 71 (T)
Ex parte Millman: Re Multi-Bou (Pty) Ltd 1987 4 SA 405 (K)
Ex parte Minister of Justice: In re R v Bolon 1941 AA 345
Ex parte Minister of Justice: In re R v Gesa; R v De Jongh 1959 1 SA 234 (A)
Ex parte Minister of Justice: In re R v Jacobson & Levy 1931 AA 466
Ex parte Minister van Justisie: In re SAUK 1992 4 SA 804 (A)
Ex parte NBSA Centre Ltd 1987 2 SA 783 (T)
Ex parte Reynolds 1995 1 PH A2 (OK)
Ex parte Strydom: In re Central Plumbing Works (Natal) Pty Ltd / Ex parte Spendiff: In re Candida Footwear Manufacturers (Pty) Ltd / Ex parte Spendiff: In re Jerseytex (Pty) Ltd 1988 1 SA 616 (D)

F

Feinstein v Niggli 1981 2 SA 684 (A)
Ferguson v Wilson 1866 LR 2 Ch App 77
Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgenson, Fisheries Development Corporation of SA Ltd v AWJ Investments (Pty) Ltd (Fisheries Development Corporation v AWJ Investments) 1980 4 SA 156 (T)
Flaks v Sarne 1959 1 SA 222 (T)
Flavel v Day 1985 9 ACLR 502
Fluxman v Brittain 1941 AA 273
Food & Nutritional Products (Pty) Ltd v Neumann 1986 3 SA 464 (W)
Fourie v Braude 1996 1 SA 610 (T)
Frame Textiles Corporation v Ciskei Peoples Development Bank 1995 2 SA 177 (Ck)
Frankel Pollak Vinderine Inc v Stanton NO 1996 2 All SA 582 (W)
French Hairdressing Saloons Ltd v National Employers Mutual General Insurance Association Ltd 1931 AA 60
Frost v Leslie 1923 AA 276
Fundstrust (Edms) Bpk (in likwidasie) v Marais 1996 3 All SA 574 (K)

G

Geldenhuys and Neethling v Beuthin 1918 AA 426
Gerald Cooper Chemicals Ltd, Re 1978 2 All ER 49
Gien v Gien 1979 2 SA 1113 (T)
Gilford Motor Co Ltd v Horne 1933 1 Ch 935
Glaston House (Pty) Ltd v Inag (Pty) Ltd 1977 2 SA 846 (A)
Gordon v AA Mutual Insurance Association Ltd 1988 1 SA 398 (W)
Gordon and Rennie v Standard Merchant Bank Ltd 1984 2 SA 519 (K)
Greenfield Engineering Works (Pty) Ltd v NKR Construction (Pty) Ltd 1978 4 SA 901 (N)
Grimm v Roy Galvin & Co Ltd 1988 ACLC 852
Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd v Douglas 1956 3 SA 420 (A)
Group Four Industries Pty Ltd v Brosnan 1991 5 ACSR 649
Group Four Industries Pty Ltd v Brosnan 1992 8 ACSR 463
Grusd v Norwich Union Fire Insurance Co Ltd 1922 WPA 146

H

Hackett v G & C Radio and Refrigerator Corporation 1949 3 SA 664 (A)
Hall v Milner 1959 2 SA 304 (O)
Halliwell v Johannesburg Municipality 1912 AA 659
Hamilton v Abbott 1980 5 ACLR 391
Hamilton v Whitehead 82 ALR 626
Hamman v South West Africa People's Organisation 1991 1 SA 127 (SWA)
Hamman v Moolman 1968 4 SA 340 (A)
Hampshire Land Company, Re 1896 2 Ch 743
Hardie v Hanson 1960 105 CLR 451
Harnischfeger Corporation v Appleton 1993 4 SA 479 (W)
Harvey v Townley 1993 Morison's Company Law Reports 249
Hayne v Narun Bros 1926 OPA 207
Hefferon Kearns Ltd (No 1), Re 1993 3 IR 177
Hefferon Kearns Ltd (No 1), Re 1993 3 IR 191
Heide Pty Ltd (t/as Farmhouse Smallgoods) v Lester 1990 8 ACLC 958
Henderson v Bartlett 1950 3 SA 109 (W)
Herold NO v Johannesburg City Council 1947 2 SA 1257 (A)
Herschel v Mrupe 1954 3 SA 464 (A)
HL Bolton (Engineering) Co Ltd v TJ Graham and Sons Ltd 1956 3 All ER 624
Hoover plc v George Hulme Ltd 1982 FSR 565
Hopkinson v Bloemfontein District Creamery 1966 1 SA 159 (O)
Horne v Chester & Fein Property Developments Pty Ltd 1987 11 ACLR 485
Howard v Herrigel 1991 2 SA 660 (A)
Hunting Lodges Ltd (in liq), Re 1985 ILRM 75
Hussein v Good 1990 1 ACSR 710
Hydrodam (Corby) Ltd, Re 1994 2 BCLC 180

I

Indrieri v Du Plessis 1989 2 SA 721 (K)
International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley 1990 1 SA 680 (A)
Iscor Pension Fund v Marine & Trade Insurance Company Ltd 1961 1 SA 178 (T)

J

Jagwar Holdings Ltd v Julian 1992 6 NZCLC 68040
JC Hougton and Company v Nothard, Lowe and Wills Ltd 1928 1 AC 1
JE Hurdley and Son Ltd (in liq), Re 1941 NZLR 686
Jelin Pty Ltd v Johnson 1987 5 ACLC 463
Joh-Air (Pty) Ltd v Rudman 1980 2 SA 420 (T)
John Graham Reprographics Pty Ltd v Steffens 1987 5 ACLC 904
Jones v Lipman 1962 1 All ER 442
Jones v Mazza 1973 1 SA 570 (R)
Josephi v Parkes 1906 ODK 138

K

Kalil v Decotex (Pty) Ltd 1988 1 SA 943 (A)
Karabus Motors (1959) Ltd v Van Eck 1962 1 SA 451 (K)
Karroo & Eastern Board of Executors & Trust Company v Farr 1921 AA 413
Kearney v Standard Bank of South Africa Ltd 1961 2 SA 647 (T)
Kelly and Hingle v Cohen 1923 WPA 140
Kelly's Carpetdrome Ltd, Re 1 Julie 1983 *High Court* - Ierland ongerapporteer
Kempstone Hire (Pty) Ltd v Snyman 1988 4 SA 465 (T)
Kern Trust (Edms) Bpk v Hurter 1981 3 SA 607 (K)

Khan v Naidoo 1989 3 SA 724 (N)
Kingston Cotton Mill Co (2), Re 1896 2 Ch 279 (CA)
Kinsela v Russell Kinsela Pty Ltd (in liq) 1986 10 ACLR 395
Klintworth Homes Pty Ltd (In liq) & the Companies Act, Re 1977 2 NSWLR 904
Knight v Trollip 1948 3 SA 1009 (D)
Kommissaris van Binnelandse Inkomste v Willers 1994 3 SA 283 (A)
Kruger v Coetzee 1966 2 SA 428 (A)
Kuwait Asia Bank EC v National Mutual Life Nominees Ltd 1990 BCLC 868

L

L Suzman (Rand) Ltd v Yamoyani (2) 1972 1 SA 109 (W)
L Todd (Swanscombe) Ltd, Re 1990 BCC 125
Lagunas Nitrate Co v Lagunas Syndicate 1899 2 Ch 392
Laing v SA Milling Co 1921 AA 387
Lake Tekapo Motor Inn Ltd (In liq), Re 1988 *New Zealand Recent Law* 193
Lategan v Boyes 1980 4 SA 191 (T)
Lee v Lee's Air Farming 1961 AC 12
Lennard's Carrying Company Ltd v Asiatic Petroleum Company Ltd 1915 AC 705
Lennon Ltd v BSA Company 1914 AA 1 25
Levy v Central Mining & Investment Corporation Ltd 1955 1 SA 141 (A)
Lichaba v Shield Versekeringsmaatskappy Bpk 1977 4 SA 623 (O)
Lind v Lefdal's Pianos Ltd (In liquidation) 1929 TPA 241
Lipschitz and Schwartz v Markowitz 1976 3 SA 773 (W)
Lipschitz v Wolpert and Abrahams 1977 2 SA 732 (A)
Liquidator of Upper Clyde Shipbuilders Ltd v Noter 1975 SLT 39
Liquidator, Zululand Motor Co (Maritzburg) Ltd v Boswell 1928 NPA 376
Littlewoods Mail Order Stores Ltd v IRC 1969 3 All ER 855
London and Globe Finance Corporation Ltd 1903 1 Ch 728
Lourens v Genis 1962 1 SA 431 (T)

M

Macala v Maokeng Town Council 1993 1 SA 434 (A)
Macaura v Northern Assurance Co 1925 AC 619
Maidstone Buildings Provisions Ltd, Re 1971 3 All ER 363
Mafikeng Mail (Pty) Ltd v Centner (No 1) 3 CLD 374 (W) 377
Mafikeng Mail (Pty) Ltd v Centner (No 2) 3 CLD 378 (W)
Mahabeer v Sharma 1985 3 SA 729 (A)
Mancetter Developments Ltd v Garmanson Ltd 1986 1 All ER 449
Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney, Re 1968 NZLR 624
Maney & Sons De Luxe Service Station Ltd, Cowan v Maney, Re 1969 NZLR 116
Marais v Edlman 1934 KPA 212
Marais v Richards 1981 1 SA 1157 (A)
Marona v Blackbeard 21 SC 436
Mathiba v Moschke 1920 AA 311
Maxwell Communications Corporation Plc, Re 1993 1 WLR 1402
MC Bacon Ltd (No 2), Re 1990 BCLC 324
McCann v Goodall Group Operations (Pty) Ltd 1995 2 SA 718 (K)
Mentmore Manufacturing Co Ltd v National Merchandising Manufacturing Co Inc 1978 89 DLR 3d 195
Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission 1995 3 All ER 918
Meskin NO v Anglo-American Corporation of South Africa 1968 4 SA 793 (W)
Metal Manufacturers Ltd v Lewis 1986 11 ACLR 122
Metal Manufacturers v Lewis 1988 6 ACLC 725
Milne v Harilal 1961 1 SA 799 (D)

Minister of Law and Order v Ngobo 1993 3 SA 29 (A)
Minister of Police v Skosana 1977 1 SA 31 (A)
Minister van Polisie v Ewels 1975 3 SA 590 (A)
Minister van Polisie v Rabie 1986 1 SA 117 (A)
Moolchund v R 1902 23 NPA 76
Moresby White v Rangeland Ltd 1952 4 SA 285 (SR)
Morley v Statewide Tobacco Services Ltd 1992 8 ACSR 305
Mpotsang v Makgobi 1910 KPA 69
Multinational Gas and Petrochemical Co v Multinational Gas and Petrochemical Services Ltd 1983 2 All ER 563
Murray v McLean 1970 1 SA 133 (R)
Mutual and Federal Insurance Co Ltd v Oudtshoorn Municipality 1985 1 SA 419 (A)

N

Namex (Edms) Bpk v Kommissaris van Binnelandse Inkomste 1994 2 SA 265 (A)
Natal Fresh Produce Grower's Association v Agroserve (Pty) Ltd 1990 4 SA 749 (N)
National Westminister Bank Ltd v Halesowen Presswork & Assemblies Ltd 1972 AC 785
Nebendahl v Schroeder 1937 SWA 48
Neptune (Vehicle Washing Equipment Ltd v Fitzgerald) 1995 3 WLR 108
New South Wales, South Australia and Western Australia v The Commonwealth 1990 90 ALR 355
Nicholson v Permakraft (NZ) Ltd 1985 1 NZLR 242
Norman v Theodore Goddard 1991 BCLC 1028
Novick v Comair Holdings Ltd 1979 2 SA 116 (W)

O

Oasis Merchandising Services Ltd, Re 1995 2 BCLC 493
O'Keeffe v Ferris 1993 3 IR 165
Ongevallekommissaris v AVBOB 1976 4 SA 446 (A)
Orban v Stead 1978 2 SA 713 (W)
Orkin Bros Ltd v Bell 1921 TPA 92
Otto v Heymans 1971 4 SA 148 (T)
Ozinsky v Lloyd 1992 3 SA 396 (K)

P

Pacific Wools Ltd (In rec and liq), Re 1992 6 NZCLC 67824
Panorama Developments (Guildford) Ltd v Fidelis Furnishings Fabrics Ltd 1971 3 All ER 16
Parke v Hamman 1907 TS 47
Pathescope (Union) of SA Ltd v Mallinick 1927 AA 292
Patrick and Lyon Ltd, Re 1933 1 Ch 786
Peake and Hall Ltd, Re 1985 PCC 87
Peak Lode Gold Mining Co v Union Government 1932 TPA 48
Performing Right Society Ltd v Ciryl Theatrical Syndicate Ltd 1924 1 KB 1
Peri-Urban Areas Health Board v Munarin 1965 3 SA 367 (A)
Perlman v Zoutendyk 1934 KPA 151
Petherick Exclusive Fashions Ltd (In liq), Re 1987 3 NZCLC 99946
PFTZM Ltd (in liq) Jourdain v Paul, Re 1995 2 BCLC 354
Phame (Pty) Ltd v Paizes 1973 3 SA 397 (A)
Philotex (Pty) Ltd v Snyman, Textilaties (Pty) Ltd v Snyman 1994 1 SA 710 (T)
Pioneer Concrete Pty Ltd v Ellston 1986 10 ACLR 289
Powertech Industries Ltd v Mayberry 1996 1 All SA 561 (W)
Pressma Services (Pty) Ltd v Schuttler 1990 2 SA 411 (K)
Pretorius v Natal South Sea Investment Trust Ltd 1965 3 SA 410 (W)

Prima Toy Holdings (Pty) Ltd v Rosenberg 1974 2 SA 477 (K)
Produce Marketing Consortium Ltd, Re 1989 3 All ER 1
Produce Marketing Consortium Ltd - Halls v David and Murphy, Re 1989 PCC 290
Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries Ltd 1982 Ch 204
Purpoint Ltd, Re 1991 BCLC 491

R

R v Abrahams 1948 1 PH H25 (A)
R v Abrahamson 1920 AA 283
R v Abramoff 1956 3 SA 394 (A)
R v Adam 1955 2 SA 69 (W)
R v Allsop 1976 64 Cr App R 29
R v Asner 1938 AA 416
R v Baddock 1933 TPA 529
R v Bennett and Co (Pty) Ltd 1941 TPA 194
R v Berman 1932 KPA 133
R v Bester 1961 2 SA 52 (FH)
R v Bird 1944 KPA 105
R v Blackmore 1959 4 SA 486 (FH)
R v Burwood 1931 NPA 573
R v Bux 1956 2 PH E15 (K)
R v Caldwell 1982 AC 341
R v Caminsky 1915 TPA 129
R v Christakis Philippou 1989 89 Cr App R 290
R v City Silk Emporium (Pty) Ltd and Meer 1950 1 SA 825 (GW)
R v Columbic 1933 AA 85
R v Cox, R v Hodges 1983 BCLC 169
R v Cunningham 1957 2 All ER 412
R v Davies 1928 AA 165
R v Deal 1960 3 SA 846 (T)
R v Dyonta 1935 AA 52
R v Essa 1923 TPA 297
R v Faulding and Young 1924 AA 483
R v Ferguson 1967 2 SA 95 (RAA)
R v Fick 1933 TPA 124
R v Frankfort Motors (Pty) Ltd 1946 OPA 255
R v Ghosh 1982 2 All ER 689
R v Gilbert 1953 2 PH H165 (SR)
R v Gillett 1929 AA 364
R v Grantham 1984 3 All ER 166
R v Havenga 1925 TPA 349
R v Henkes 1941 AA 143 167
R v Herzfelder 1907 TH 244
R v Heyne 1956 3 SA 604 (A)
R v Ho Yee 1937 GW 8
R v Hulett 1958 2 PH C16 (O)
R v ICR Haulage Ltd 1944 All ER 691
R v Inman 1966 3 All ER 414
R v Janks 1931 AA 110
R v Jona 1961 2 SA 301 (W)
R v Jones & More 1926 AA 350
R v Jordaan 1956 4 SA 94 (T)
R v Joseph 1933 OPA 157
R v Kaloo 1941 AA 17
R v Kaplan and Fineman 1933 Justice Circulars par 636
R v Kemp 1988 1 WLR 975

R v Kruger 1956 2 SA 201 (A)
R v Kruse 1946 AA 524
R v Lala 1934 TPA 123
R v Landsman 1939 TPA 336
R v Latib 1973 3 SA 982 (A)
R v Lawrence 1982 AC 510
R v Limbada 1958 2 SA 481 (A)
R v Linn Yunn Chen 1908 TS 634
R v Lockwood 1986 2 BCC 99333
R v Louis Klein 8 SC 39
R v Mahomed 1942 AA 191
R v Maklaka 1929 TPA 336
R v Mall 1959 4 SA 607 (N)
R v Manasewitz 1934 AA 95
R v Manga 1958 1 SA 168 (FH)
R v Mankowitz 1932 ODP 330
R v Markins Motors (Pty) Ltd 1959 3 SA 508 (A)
R v McDonnell 1966 1 All ER 193
R v Miles 1992 Crim LR 657
R v Milne and Erleigh (7) 1951 1 SA 791 (A)
R v Mofoking 1939 OPA 117
R v Mohale 1950 1 SA 390 (G)
R v Mohr 1944 TPA 105
R v Myers 1948 1 SA 375 (A)
R v Nay 1934 TPA 52
R v Nel 1952 4 SA 535 (T)
R v Osman 1935 NPA 436
R v Persotam 1938 AA 92
R v Persotum 1934 TPA 118
R v Pletnick 1927 ODP 188
R v Revinson 1922 TPA 4
R v Rollafson 1969 2 All ER 833
R v Roziek 1 WLR 159
R v RSI (Pty) Ltd 1959 1 SA (OK)
R v Saevitzon 1955 3 SA 164 (K)
R v Salaam 1933 1 PH H74 (A)
R v Schildkamp 1969 2 All ER 835
R v Schreuder 1957 4 SA 27 (O)
R v Seabe 1927 AA 28
R v Sinclair 1968 3 All ER 241 (CA)
R v Smith 1960 4 SA 364 (O)
R v Theron 1960 3 SA 331 (T)
R v Thornton 1960 3 SA 600 (A)
R v Varachia 1958 4 SA 529 (T)
R v Vather 1961 1 SA 350 (A)
R v Wax 1957 4 SA 399 (K)
R v Woolf High 1930 TPA 610
Rainham Chemical Works Ltd (in liquidation) v Belvedere Fish Guano Co Ltd 1921 2 AC 465
Randbank Bpk v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk 1965 4 SA 363 (A)
Ranger v Wykerd 1977 2 SA 976 (A)
Ravene Plantations Ltd v Estate Abrey 1927 NPA 174
Regal v African Superslate (Pty) Ltd 1963 1 SA 102 (A)
Rema Industries and Services Pty Ltd v Coad 1992 7 ACSR 251
Rennie v Holzman 1987 4 SA 938 (K)
Rennie v Holzman 1989 3 SA 706 (A)
Retail Management Services (Pty) Ltd v Schwartz 1992 2 SA 22 (W)

Rex Woods Service Centre Ltd (In liq), Re 1987 3 NZCLC 100199
RMS Transport v Psicon Holdings (Pty) Ltd 1996 2 SA 176 (T)
Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd 1921 AA 168
Rodriques v Alves 1978 4 SA 841 (A)
Romansrivier Koöperatiewe Wynkelder Bpk v Chemserve Manufacturing (Pty) Ltd 1993 2 SA 358 (K)
Room Hire Co (Pty) Ltd v Jeppe Street Mansions (Pty) Ltd 1949 3 SA 1155 (T)
Ross McConnell Kitchen & Co Pty Ltd v Ross 1985 9 ACLR 532
Russell Halpern Nominees Pty Ltd v Martin 1986 4 ACLC 393
Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Adelson 1959 4 SA 120 (T)
Ruto Flour Mills (Pty) Ltd v Moriates 1957 3 SA 113 (T)

S

S v Andrews 1982 2 SA 269 (NKA)
S v Avion Motor Enterprises (Pty) Ltd 1978 4 SA 692 (T)
S v Avon Bottle Store (Pty) Ltd 1963 2 SA 839 (A)
S v Banur Investments (Pty) Ltd 1969 1 SA 231 (T)
S v Bell 1963 2 SA 335 (N)
S v Bhulwana; S v Gwadiso 1995 BCLR 1579 (KH)
S v Bledig 1974 2 SA 613 (RA)
S v Bloxam 1971 2 SA 488 (W)
S v Brande 1979 3 SA 371 (D)
S v Burstein 1978 4 SA 602 (T)
S v Campbell 1991 1 PH H34 (N)
S v Coetzee CCT 50/95 [uitspraak hangende]
S v Daniels 1983 3 SA 275 (A)
S v Deal Enterprises (Pty) Ltd 1978 3 SA 302 (W)
S v De Jager 1965 2 SA 616 (A)
S v Dhlamini 1988 2 SA 302 (A)
S v Film Fun Holdings (Pty) Ltd 1977 2 SA 377 (OK)
S v Fram 1968 3 SA 28 (OK)
S v Francis 1981 1 SA 230 (Z)
S v Friedman 1996 3 BCLR 347 (W)
S v Gani 1965 1 SA 222 (T)
S v Goertz 1980 1 SA 269 (K)
S v Haarhoff 1970 1 SA 253 (A)
S v Harper 1981 1 SA 88 (D)
S v Harper 1981 2 SA 638 (D)
S v Hassim 1976 1 SA 508 (T)
S v Heller (2) 1964 1 SA 524 (W)
S v Hepher 1973 1 PH E1 (W)
R v Hoosen 1954 3 SA 65 (T)
S v Huijzers 1988 2 SA 503 (A)
S v Isaacs 1968 2 SA 187 (D)
S v Jammy 1976 1 PH H34 (A)
S v Jan S Marais SS75/1994 17 Julie 1995 (K) ongerapporteer
S v Judin 1969 4 SA 425 (A)
S v Julies 1996 4 SA 313 (KH)
S v Kearney 1964 2 SA 495 (A)
S v Khan 1972 4 SA 331 (N)
S v Klopper 1975 4 SA 773 (A)
S v Kruger 1961 4 SA 816 (A)
S v Loewenthal 1983 3 430 (T)
S v Macdonald 1982 3 SA 220 (A)
S v Makwanyane 1995 3 SA 391 (KH)
S v Mbatha, S v Prinsloo 1996 2 SA 464 (KH)

S v Minnaar 1981 3 SA 767 (D & K)
S v Mokgethi 1989 1 SA 32 (A)
R v Motsieloa 1957 1 SA 226 (O)
S v Mphatswanyane 1980 4 SA 253 (B)
S v Ngubane 1983 3 SA 677 (A)
S v Ostilly 1977 2 SA 104 (D)
S v Ostilly (1) 1977 4 SA 699 (D)
S v Parsons 1980 2 SA 397 (D)
S v Reggis 1972 2 SA 670 (R)
S v Ressel 1968 4 SA 224 (A)
S v Rosenthal 1980 1 SA 65 (A)
S v Roux 1963 1 SA 377 (G)
S v Scheepers 1972 4 SA 604 (A)
S v Shaban 1965 4 SA 646 (W)
S v Shepard 1967 4 SA 170 (W)
S v Smith 1973 3 SA 217 (T)
S v Stevenson 1976 1 SA 636 (T)
S v Stojilkovic 1995 2 SA 951 (T)
S v Van Niekerk 1981 3 SA 787 (T)
S v Van Zyl 1969 1 SA 553 (A)
S v Veldthuizen 1982 3 SA 413 (A)
S v Wall 1979 2 PH H120 (A)
S v Yousuf 1965 3 SA 259 (T)
S v Zinn 1969 2 SA 537 (A)
S v Zuma 1995 2 SA 642 (KH)
SA Eagle Insurance Co Ltd v Norman Welthagen Investments (Pty) Ltd 1994 2 SA 122 (A)
Salomon v Salomon & Co Ltd 1897 AC 22
Sampson v Union and Rhodesia Wholesale Ltd 1929 AA 468
Sarflax Ltd, Re 1979 1 All ER 529
Savage and Lovemore Mining (Pty) Ltd v International Shipping Co (Pty) Ltd 1987 2 SA 149 (W)
Schmidt v Dwyer 1959 3 SA 896 (K)
Schultz v Butt 1986 3 SA 667 (A)
Secretary for Inland Revenue v Trust Bank of Africa Ltd 1975 2 SA 652 (A)
Service v Pondart-Diana 1964 3 SA 277 (D)
Shepherd v Farrell's Estate Agency 1921 TPA 62
Sherborne Associates Ltd, Re 1995 BCC 41
Shipping Corporation of India Ltd v Evdomon Corporation 1994 1 SA 550 (A)
Siman & Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd 1984 2 SA 888 (A)
Simon NO v Mitsui & Co Ltd 1996 3 All SA 353 (W)
Singer v MJ Greeff Electrical Contractors (Pty) Ltd 1990 1 SA 530 (W)
Small v Smith 1954 3 SA 434 (SWA)
Smith, Stone & Knight Ltd v Lord Mayor, Aldermen and Citizens of the City of Birmingham 1939 4 All ER 116
Spansteel (Pty) Ltd v Timmers 1979 1 SA 564 (W)
Spika Trading Pty Ltd v Harrison 1990 8 ACLC 310
Spindrifter (Pty) Ltd v Donovan (Pty) Ltd 1986 1 SA 303 (A)
Stainer v Palmer-Pilgrim 1982 4 SA 205 (O)
Standard Bank of South Africa Ltd v Coetsee 1981 1 SA 1131 (A)
Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd 1994 4 SA 747 (A)
Statewide Tobacco Services v Morley 1990 2 ACSR 405
St Marc v Harvey 1893 10 SC 267
Supply of Ready Mixed Concrete (No 2) Director of General Fair Trading v Pioneer Concrete (UK) Ltd 1995 1 All ER 135

T

Tamarillo (Pty) Ltd v BN Aitken (Pty) Ltd 1982 1 SA 398 (A)
Tasbian Ltd (No 3), Re 1992 BCC 358
TCN v Scotney 1995 17 ACSR 116
Terry v Senator Versekeringsmaatskappy Bpk 1984 1 SA 680 (A)
Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass 1971 2 All ER 127
Thomas v Henry 1985 3 SA 889 (A)
Thompson v Barkly East Rinderpest Committee 1897 SC 393
Thompson v Innes 1985 2 NZCLC 99463
Thomson-Houston Co Ltd v Sterling Accessories Ltd 1924 2 Ch 33
Timmers v Spansteel (Pty) Ltd 1979 3 SA 242 (T)
Tonkwane Sawmill Co Ltd v Filmalter 1975 2 SA 453 (W)
Trevor Ivory Ltd v Anderson 1992 2 NZLR 517
Trotman v Edwick 1951 1 SA 443 (A)
Trust Bank of Africa Ltd v Frysch 1977 3 SA 562 (A)
Tunstall v Steigmann 1962 2 All ER 417

U

Ullman Bros v Kroonstad Produce Co 1923 AA 449
Unisoft Group Ltd (No 2), Re 1994 BCC 766
Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk 1979 1 SA 441 (A)

V

Van der Merwe v Culhane 1952 3 SA 42 (T)
Van der Merwe v Meades 1991 2 SA 1 (A)
Van Heerden v Smith 1956 3 SA 273 (O)
Van Schalkwyk v Prinsloo 1961 1 SA 665 (T)
Van Zyl v African Theatres Ltd 1931 KPA 61
Vereeniging Consolidated Mills Ltd v Newman 1958 2 SA 20 (K)
Vinyl Processors (New Zealand) Ltd v Cant 1991 2 NZLR 416
Volkskas Bpk v Van Aswegen 1961 1 SA 493 (A)

W

Wah Tat Bank Ltd v Chan Cheng Kum 1975 2 All ER 257
Waisbrod v Potgieter 1953 4 SA 502 (W)
Walker v Wimborne 1979 ALJR 446
Wallersteiner v Moir (No 1) 1974 3 All ER 217
Wambach v Maizekor Industries (Edms) Bpk 1993 2 SA 669 (A)
Wellington Board of Executors Ltd v Schutex Industries (Pty) Ltd 1952 3 SA 170 (K)
Wells v SA Alumenite Co 1927 AA 69
West Mercia Safety Wear (in liq) v Dodd 1988 BCLC 250
White and Osmond (Parkstone) Ltd, Re 30 Junie 1960 Chancery Afdeling - Engeland ongerapporteer
White Horse Distillers Ltd v Gregson Associates Ltd 1984 RPC 61
William C Leitch Bros Ltd, Re 1932 2 Ch 71
William C Leitch Bros Ltd (2), Re 1933 1 Ch 261
Wilson v Spitze 1989 3 SA 136 (A)
Wincham Shipbuilding, Boiler and Salt Co (Poole, Jackson and Whyte's Case), Re 1878 9 Ch 322
Winkworth v Edward Baron Development Co 1987 1 All ER 114
Woodstock, Claremont, Mowbray and Rondebosch Municipality v Smith 1909 26 SC 681
Wren v Lyndon 1971-1973 ACLC 27383
Wright v Pandell 1949 2 SA 279 (K)

Y

Yuille v B & B Fisheries (Leigh) Ltd v Bates ("The Radiant") 1958 2 Ll L Rep 596

Z

Zygos Corporation v Salen Rederierna AB 1985 2 SA 486 (K)

OPSOMMING

In hierdie studie is die reëls rakende die sogenaamde roekelose en bedrieglike dryf van die besigheid van maatskappye ondersoek. Hierdie reëls bied 'n mate van beskerming aan die maatskappyskuldeisers aangesien hulle beskerming bied teen die oneerlike en grof-nalatige dryf van besigheid deur die maatskappybestuur. Ten einde hierdie reëls in hulle breër regskonteks te bestudeer, is 'n spesifieke invalshoek benut. Daar is spesifiek gefokus op sogenaamde insolvente handeldrywing, dit wil sê die verkryging van krediet namens 'n insolvente maatskappy op grond van nalatige of opsetlike wanvoorstelling ten aansien van die terugbetalingsbedoeling en/of die terugbetalingsvermoë van die maatskappy. Hierdie tipe kredietverkryging staan histories en prakties baie nou verbonde met die handelinge wat algemeen as die roekelose of bedrieglike dryf van besigheid bestempel word.

Die studie het uitgewys dat 'n kredietnemer by kontraksluiting, afgesien van ander moontlike voorstellings, 'n implisiete voorstelling maak dat hy eerlik van plan is om die skuld ooreenkomstig die ooreengekome voorwaardes te delg en dat hy op daardie oomblik eerlik glo dat hy die betrokke skuld op daardie wyse sal kan terugbetaal. Indien die kredietnemer nie van plan is om die skuld reëlmatig te delg nie of nie eerlik op redelike gronde glo dat hy in staat sal wees om dit so te delg nie, maak hy 'n wanvoorstelling teenoor die kredietgewer, tensy hy die korrekte feite aan die kredietgewer meedeel. Die grondreëls rakende hierdie voorstelling is ingeburger in die Suid-Afrikaanse strafreg, deliktereg, kontraktereg en insolvensiereg. Die insolvensieregtelike sanksies in hierdie verband word deur die Maatskappywet ook van toepassing gemaak op maatskappydirekteure en beamptes van maatskappye wat 'n skuld namens die maatskappy oploop, terwyl redelike gronde om te verwag dat die maatskappy dit sal kan delg, ontbreek.

Hierdie reëls bied 'n dinamiese basis vir die strafregtelike en sivielregtelike beskerming van skuldeisers in die algemeen. Sonder voldoende verrekening van die bestaan van hierdie reëls in die Suid-Afrikaanse reg, is die klassieke Engelse *fraudulent trading*-bepaling in die Suid-Afrikaanse maatskappywetgewing ingevoer, waar dit tans verskyn as artikel 424 van die Maatskappywet.

Die ondeurdagte invoering van die bepaling in die Suid-Afrikaanse reg was ongelukkig. Die samehang tussen die nuwe bepaling en die bestaande reëls is nooit behoorlik deurdink en afgerond nie. Die gevolg is dat daar sekere gapings in die totale reguleringsnetwerk ten aansien van hierdie probleem bestaan. Afgesien van die gapings is daar ook sekere logikaspanninge tussen die geldende reëls.

Hierdie spanninge het vergroot weens die dinamiese ontwikkeling van die deliktereg en, in die besonder, die erkenning van 'n deliktuele aksie vir nalatige wanvoorstelling binne kontraktuele verband. Die inkleding en uitleg van artikel 424 bring teweeg dat die artikel tans oneffektief as regulerende bepaling en onbillik as remediërende bepaling is.

Die regsvergelykende studie het uitgewys dat Engeland, Ierland, Australië en Nieu-Seeland die tradisionele *fraudulent trading*-bepaling met 'n nuwe stel bepalings vervang het. Die bepalings het breedweg ten doel om die bedrieglike dryf van besigheid te kriminaliseer en om 'n effektiewe remedie aan benadeelde skuldeisers te bied, waar die direkteure tydens die insolvensie van die maatskappy nalatig opgetree het. In die meeste van hierdie jurisdiksies, maar by uitstek in Australië, hou die gewraakte nalatige optrede verband met die oploop van skulde sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting.

Die studie kom tot die slotsom dat die oneffektiwiteit en onwenslikheid van artikel 424 in sy huidige formaat, regshervorming op hierdie terrein noodsaak. Die basiese reëls rakende wanvoorsteiling en spesifiek die reëls rakende die oploop van skulde sonder 'n eerlike en redelike terugbetalingsverwagting vorm in Suid-Afrika 'n natuurlike basis vir die formulering van 'n nuwe stel reëls rakende insolvente handeldrywing wat die huidige blootstelling van maatskappyskuldeisers aan onbillike benadeling wesenlik kan verminder. Die reëls moet maatskappydirekteure verplig om te verseker dat skulde nie opgeloop word sonder 'n redelike terugbetalingsverwagting nie. Waar hulle hierdie verpligting verbreek en die skuldeisers daardeur skade berokken, behoort die reëls die skuldeisers 'n billike en effektiewe statutêre remedie teen die verantwoordelike persone te bied. Die studie sluit af met konsepbepalings in hierdie verband.

SUMMARY

This study researched the rules regarding so-called reckless and fraudulent trading by companies. These rules provide a measure of protection to company creditors because they sanction dishonest and reckless trading by company management. In order to study these rules in their broader legal context, the specific angle of so-called insolvent trading was utilised. Insolvent trading, in this context, refers to the procuring of credit on behalf of an insolvent company on the basis of a negligent or intentional misrepresentation regarding the company's intention and/or ability to repay the debt. Historically as well as in practice procurement of credit by misrepresentation is intimately associated with the conduct which constitutes reckless or fraudulent trading.

The study determined that a debtor, apart from other potential representations, impliedly represents when he concludes a credit agreement that he honestly intends to repay the debt in accordance with the terms of the agreement and that he honestly believes at that moment that he will be able to repay the debt in that manner. If the debtor does not intend to repay the debt in accordance with the terms of the agreement or does not honestly believe on reasonable grounds that he will be able to repay the debt in this manner, he makes a misrepresentation to the creditor unless he discloses these facts to the creditor. The basic rules regarding this representation form part of the South African criminal law, the law of delict, the law of contract and the law of insolvency. The criminal sanctions of the law of insolvency in this respect are also applied by the Companies Act to a company director and an officer of a company who incur a debt on behalf of the company without reasonable grounds to expect that the company will be able to repay it.

These rules provide a dynamic foundation for the legal protection of creditors in general. Without sufficient consideration for the existence of these rules in our law the classic English *fraudulent trading*-provision was incorporated into the South African companies legislation where it appears at present as section 424 of the Companies Act.

The uncritical incorporation of this provision into the South African law was unfortunate. The relationship between the new provision and the other rules was never properly considered and co-ordinated. As a result there are certain gaps in the regulatory structure. Apart from these gaps there are also discrepancies among the applicable rules. These discrepancies became more prominent due to the dynamic development of the law of delict and especially the recognition of a

delictual action for a negligent misrepresentation which induces a contract. As a result of the wording and interpretation of section 424 the section is currently ineffective as a regulatory provision and inequitable as a remedial provision.

The comparative study determined that England, Ireland, Australia and New Zealand replaced the traditional *fraudulent trading* provision with a new set of provisions. These provisions are broadly aimed at criminalising fraudulent trading and at affording aggrieved creditors an effective remedy where directors of an insolvent company acted negligently. In the majority of these jurisdictions, but especially in Australia, the objectionable negligent conduct relates to incurring debts without reasonable grounds to expect that the company will be able to repay the debts.

The study concludes that the lack of effectiveness and the undesirability of section 424 in its present form necessitate legal reform in this field. The basic rules regarding misrepresentation and specifically the rules regarding incurring of debts without an honest and reasonable prospect of regular repayment provide a natural foundation for the formulation of a new set of rules regarding insolvent trading which will limit the present exposure of company creditors to prejudice. Such a set of rules should require of company directors to ensure that their companies do not incur debts without a reasonable belief in its ability to repay the debts regularly. Where they breach this duty and injure the creditors, the rules ought to provide the creditors with an equitable and effective statutory remedy against the responsible parties. The study concludes with draft legislative proposals in this respect.

bevindings het, ingevolge die aanvaarde reëls en kategorieë, voldoende gronde vir die Appèlhof gebied om die maatskappye te ontsluier. Dit blyk egter nie uit die uitspraak dat die Appèlhof hom deur hierdie reëls laat lei het nie. Die Appèlhof het in effek bevind dat wanneer bedrog of onbehoorlikheid blyk, 'n afwegingstoets toegepas moet word, ingevolge waarvan die beleidsoorwegings ten gunste van die instandhouding van die regspersoonlikheid van die maatskappy afgeweeg word teen die oorwegings ten gunste van ontsluiering.

Hoewel die afwegingstoets 'n kragtige beginselbenadering ten aansien van ontsluiering daar kan stel, het die Appèlhof die aanwending van hierdie toets deur sy opmerkings tot gevalle van bedrog, oneerlikheid of ander onbehoorlike optrede beperk.[97] Duidelikheid oor die wyse hoe so 'n toets in die toekoms deur die howe aangewend moet word, is ook nie verskaf nie.

3.1.2 Samevatting

Binne die warboel van verskillende mening en opinies rakende ontsluiering, kan daar wel 'n mate van ooreenstemming geïdentifiseer word. Daar bestaan byvoorbeeld konsensus dat die regspersoonlikheid van 'n maatskappy hoog geskat word in ons reg en dat inbreuk daarop gevolglik nie ligtelik gemaak mag word nie. Voorts heers 'n aanvaarbare mate van eenstemmigheid dat ontsluiering oorweeg kan word, waar bedrog, oneerlikheid of onbehoorlike optrede, waaronder die opsetlike misbruik of verslawing van die regspersoon, bewys word.

Voldoende eenstemmigheid oor verdere kategorieë of oor 'n beginselgerigte benadering ontbreek egter en, word aan die hand gedoen, sal nie ligtelik bewerkstellig kan word nie. Daar word in oorweging gegee dat die grondslag van ontsluiering deur die howe die kristallisering van duidelike riglyne verhoed. 'n Ontleding van die uiteenlopende gevalle waar die howe deur die jare maatskappye ontsluier het, laat die indruk dat die howe inderwaarheid in die belang van geregtigheid en die regverdige werking van die reg bereid is om in gepaste gevalle 'n maatskappy se regspersoonlikheid te negeer. Breë billikheid lê hierdie benadering ten grondslag. Howe in die algemeen, maar veral in Suid-Afrika, staan egter baie negatief teenoor 'n benadering wat op blote billikheid geskoei is.[98] Ander

"The misuse by Lubner of both LCI and GLI amounted to an abuse of their separate corporate indentities. In reality, in relation to their dealings with the Findon shares, both LCI and GLI were Lubner's alter egos."

97 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 CLD 545 (A) 556.

98 Cf bv *Botha v Van Niekerk* 1983 3 SA 513 (W) 521 523H-524A: "Blote billikheid, op sy beste 'n redelik onhanteerbare perd, is nie voldoende nie. Ek het genoeg vertroue in die regstelsel

U.O.V.S. • U.F.S.
BIBLIOTEEK • LIBRARY