

**AL Stander**

Professor, Fakulteit  
Regsgeleerdheid,  
Noordwes-Universiteit

**H Kloppers**

Mede-Professor, Fakulteit  
Regsgeleerdheid,  
Noordwes-Universiteit

---

DOI: [https://dx.doi.org/  
10.18820/24150517/  
JJS42.v1.6](https://dx.doi.org/10.18820/24150517/JJS42.v1.6)

ISSN 0258-252X (Print)  
ISSN 2415-0517 (Online)

Journal for Juridical  
Science

2017 42(1):100-120  
© UV/UFS

# Het ‘n eerste verbandhouer werklik ‘n “vry hand”-voorkeur ten opsigte van sy sekuriteit as vervreembare goed kragtens artikel 8(b) van die *Insolvensiewet*? Absa Bank Ltd V Collier 2015 4 Sa 364 (WCC)

## 1. Inleiding

Met ‘n vlugtige lees van die opsomming van hierdie saak was die skrywers van mening dat die uitspraak nie juis noemenswaardig is nie, maar met nadere ondersoek het dit geblyk dat dit uiters belangrike kwessies aanroer. Dit wil veral voorkom of daar steeds ‘n ongemaklikheid bestaan oor die interpretasie van “vervreembare goed” soos dit in art. 8(b) van die *Insolvensiewet* 24 van 1936 (hierna die *Insolvensiewet*) verstaan moet word, veral as dit met reël 46(1) en (5) van die Eenvormige Hofreëls saamgelees word. Artikel 8(b) bepaal dat ‘n skuldenaar ‘n daad van insolvensie begaan

as ‘n hof ‘n vonnis teen hom gevel het en hy in gebreke bly om, op verlange van die beamptes belas met die tenuitvoerlegging van die vonnis, aan die vonnis te voldoen of om aan daardie beamppte vervreembare goed aan te wys wat voldoende is om aan die vonnis te voldoen of as uit die relaas van daardie beamppte blyk dat hy nie genoeg vervreembare goed gevind het nie om aan die vonnis te voldoen.

Die aspekte wat in *ABSA Bank Ltd v Collier*<sup>1</sup> grootliks die aandag gekry het, was eerstens die kwessie of onroerende eiendom waaroor die vonnisskuldeiser ‘n eerste verband geregistreer het, as “vervreembare goed” kwalifiseer. In die tweede plek het die hof veral ook gekyk na die inhoud van die *nulla bona*-relaas self. ‘n Aspek wat nie direk aangespreek is nie, is die effek daarvan as die onroerende eiendom daarbenewens die primêre woning van die skuldenaar is. Hierdie kwessies is vervolgens aan die orde.

---

1 *ABSA Bank Ltd v Collier* 2015 4 SA 364 (WCC) (hierna *Collier*).

## 2. Uiteensetting van die feite

Saam met sy vrou was die respondent (Collier) die mede-eienaars van onroerende eiendom in Sandbaai, Wes-Kaap. Hulle was volgens Moslem-gebruik getroud en volgens die feite van die saak het elkeen oor 'n onverdeelde halwe aandeel in die onroerende eiendom beskik. 'n Dekkingsverband was ten gunste van die appellant (ABSA) oor hierdie eiendom geregistreer as sekuriteit vir 'n skuld van R858,000 deur die respondent aan die appellant verskuldig (par. 3). Na die uitreiking van 'n lasbrief vir eksekusie ten gunste van die appellant ten opsigte van die respondent se roerende goed, is 'n *nulla bona*-relaas uitgereik (par. 2). In die *nulla bona*-relaas het die balju aangedui dat die respondent te kenne gegee het dat "it was impossible to pay the amount claimed or any sum" en behalwe vir eiendom wat regtens uit hoofde van art. 39 van die *Wet op die Hooggeregshof* 59 van 1959 uitgesluit is, kon geen bates op navraag aangedui word om aan die lasbrief te voldoen nie (hierdie *Wet* is in Augustus 2013 deur Die *Wet op Hoër Howe* 10 van 2013 herroep). Daar was ook 'n stelling in die relaas deur die balju dat hy die skuldenaar (Collier) versoek het om te verklaar of hy enige onroerende goed het wat vervreem kan word, waarop die volgende antwoord gegee is: "I do not own movable or immovable property" (par. 2).

Die appellant was van mening dat hierdie 'n daad van insolvensie op grond van art. 8(b) van die *Insolvensiewet* was en het aansoek gedoen vir die sekwestrasie van die respondent se boedel. Die respondent het die aansoek teengestaan en ontken dat hy die balju meegedeel het dat hy nie roerende of onroerende bates het nie of dat dit vir hom onmoontlik was om die genoemde bedrag te betaal. Volgens hom het hy die balju uitdruklik meegedeel van sy eienaarskap in die Sandbaai-eiendom, waarvan die waarde voldoende was om aan die vonnisskuld te voldoen (par. 4).

Die bestuurder van die appellant-bank het namens die appellant die beëdigde verklaring in die sekwestrasie-aansoek gemaak. In hierdie verklaring het hy aangedui dat die respondent permanent in Marsdenweg 19, Walmer Estate, Woodstock, Kaapstad, Wes-Kaap gedomisilieerd was. Hierop het die respondent verklaar dat hy vir doeleindes van sy werk net tydelik daar woon. Al sy besigheid was in die Kaapstad-omgewing. As hy nie gewerk het nie, naweke en vakansies het hy by sy "eie" huis in Sandbaai, Wes-Kaap gewoon (par. 4). Dit blyk dus, maar dit word nie uitdruklik in die verslag gestel nie, dat die Marsdenweg- woning nie die respondent se eiendom was nie (hy was moontlik slegs 'n huurder), maar die Sandbaai eiendom wel.

Interessant in hierdie geval is dat die balju ook 'n beëdigde verklaring saam met die appellant se repliserende verklarings geliasseer het, om die akkuraatheid van die inhoud van die *nulla bona*-relaas te bevestig (par. 5). Hierin het hy bloot verklaar:

I confirm that the *nulla bona* return followed upon the respondent's inability to make payment of the amount claimed and his failure to

point out any movable assets to satisfy a judgment or any portion thereof as I requested him to do. [Par. 5.]

Dit is opvallend dat die aanvanklike bewerings wat hierbo genoem is, nie in hierdie verklaring herhaal is nie.

'n Voorlopige sekwestrasiebevel teen die respondent is toegestaan. Op die keerdatum het die hof *a quo* geweier om die aansoek vir 'n finale bevel toe te staan op grond daarvan dat die appellant nie daarin geslaag het om 'n daad van insolvensie soos in art. 8(b) beoog, te bewys nie. Die hof het beslis dat die appellant, as verbandhouer, in staat was om die respondent se onverdeelde halwe-aandeel in die eiendom te verkoop. Die respondent se onverdeelde halwe-aandeel in die onroerende eiendom is nie immuun teen eksekusie nie (parr 7 & 10). Die appellant het na die volbank van die Hoë Hof geappelleer, maar die appèl is met koste afgewys.

### 3. Die huweliksbedeling van die betrokke partye

Voor 'n uiteensetting van hierdie beslissing, wil skrywers, met die risiko van kritiek, tog daarop wys dat die hof in *Collier* (hoewel dit weliswaar ook nie nodig was nie) nie uitdruklik die grondslag gelê het vir die bevinding dat die respondent se onverdeelde halwe-aandeel in die eiendom in Sandbaai ingevolge art. 8(b) "vervreembaar" was nie. Moontlik het die hof gemeen dat die vermoënsregtelike gevolge van 'n huwelik volgens die Moslem-gebruik algemene kennis is. Die hof het nie verduidelik of dit 'n regtens erkende huwelik is, of dit 'n huwelik binne of buite gemeenskap van goed is en wat met die bates van die gades gebeur met sluiting van die huwelik nie. Dit is egter so dat daar baie onsekerheid oor die status van die vrou in 'n Moslem-huwelik is.<sup>2</sup> Ons meen dat dit sinvol sou wees om kortliks te verduidelik óf mev *Collier* 'n eie boedel gehad het wat sy tydens die huwelik verder kon opbou en óf, soos in die geval van 'n burgerlike huwelik, die verstekposisie 'n huwelik binne gemeenskap van goedere is. Dit wil voorkom dat die hof aanvaar het dat die partye buite gemeenskap van goedere getroud was, want indien dit 'n huwelik binne gemeenskap van goed sou wees, sou die algehele gemeenskaplike boedel vir die betaling van die man en vrou se skulde aangewend kon word.<sup>3</sup>

### 4. Vervreembare goed

Om terug te keer na die fokus van hierdie bespreking, is 'n ontleding van die begrip "vervreembare goed" relevant. Dit moet egter in gedagte gehou word dat, as eiendom vervreembaar is, dan mag die balju dit in aanmerking neem om te bepaal of die opbrengs daarvan (saam met moontlike ander bates) die vonnisskuld sal kan delg. Indien dit nie as vervreembare goed geklassifiseer kan word nie, mag die balju dit nie in ag neem wanneer hy

2 Sien veral Schoeman-Malan 2015:267-290.

3 Sien *Badenhorst v Bekker* 1994 2 SA 155 (N); *Du Plessis v Pienaar* NO 2003 1 SA 671 (HHA).

moet bepaal of daar voldoende bates is om die vonnisskuld te delg nie. Dit beteken gewoonlik dat, as dit nie in aanmerking geneem mag word nie, daar (afhangede van die omstandighede van elke geval) dan te min of geen bates is om te verkoop om aan die vonnisskuld te voldoen. 'n *Nulla bona*-relaas sal vervolgens uitgereik word en dit is die daad van insolvensie. As die goed dus wel vervreembare goed is en ook voldoende blyk te wees, sal dit in beslag geneem word om verkoop te word en die opbrengs sal gebruik word om die vonnisskuld te delg. In so 'n geval word daar nie 'n *nulla bona*-relaas uitgereik nie en gevolglik nie 'n daad van insolvensie gepleeg nie. Anders gestel, indien iets wel as vervreembare goed kwalifiseer, is daar gewoonlik nie 'n daad van insolvensie nie (in die meerderheid gevalle is onroerende goed betrokke en is daar dan voldoende bates om vrylik te verkoop). As goed nie as vervreembare goed kwalifiseer nie, is daar gewoonlik 'n daad van insolvensie, want in die meerderheid gevalle is daar sonder (die betrokke) onroerende goed dan nie voldoende bates om vrylik te verkoop nie.

In die geval onder bespreking was die partye *ad idem* dat die appellant die houer van 'n eerste verband oor die Sandbaai-eiendom was, waarvan die respondent die mede-eienaar was. Die appèl het derhalwe, in die eerste instansie, gewentel om die vraag of die respondent se onroerende eiendom vervreembare goed volgens die betekenis van art. 8(b) daargestel het of nie (par. 10).

Die hof het die volgende sake deeglik ondersoek, bespreek en ontleed: *Van der Poel v Langerman*,<sup>4</sup> *Marsh v Makein*,<sup>5</sup> *Dell v McHattie*,<sup>6</sup> *De Waard v Andrew & Thienhaus Ltd*,<sup>7</sup> *Fourie v Bezuidenhout*,<sup>8</sup> *Matthiessen v Glas*,<sup>9</sup> *Tewari v Secura Investments*,<sup>10</sup> *Saber Motors (Pty) Ltd v Morophane*,<sup>11</sup> *Moodley v Hedley*,<sup>12</sup> *Rodrew (Pty) Ltd v Rossouw*,<sup>13</sup> *Western Bank Ltd v Els*,<sup>14</sup> *Nedbank Ltd v Norton*.<sup>15</sup> Die volgende beginsels is uit hierdie sake geabstraheer:

- Die woord “goed” (*property*) sluit roerende sowel as onroerende goed in, ongeag daarvan dat die lasbrief net teen die roerende goed gerig is (parr 12 & 27);

---

4 *Van der Poel v Langerman* 3 Menz 307.

5 *Marsh v Makein* (1882) 2 SC 104.

6 *Dell v McHattie* 1 SAR 113.

7 *De Waard v Andrew & Thienhaus Ltd* 1907 TS 727.

8 *Fourie v Bezuidenhout* 1932 TPD 110.

9 *Matthiessen v Glas* 1940 TPD 147.

10 *Tewari v Secura Investments* 1960 3 SA 432 (N).

11 *Saber Motors (Pty) Ltd v Morophane* 1961 1 SA 759 (W).

12 *Moodley v Hedley* 1963 3 SA 453 (N).

13 *Rodrew (Pty) Ltd v Rossouw* 1975 3 SA 137 (O).

14 *Western Bank Ltd v Els* 1976 2 SA 797 (T).

15 *Nedbank Ltd v Norton* 1987 3 SA 619 (N).

- Eksekusie moet egter eerstens teen die roerende goed gerig word en, in die geval waar dit nie voldoende is om die vonnisskuld te delg nie, dan alleen teen die onroerende goed (par. 26);
- “Vervreembare goed” beteken eiendom wat onmiddellik gerealiseer kan word, want die skuldeiser is geregtig op onmiddellike betaling van sy skuld (par. 17);
- Die uitwys van grond sal ‘n voldoende uitwys van vervreembare goed wees binne die betekenis van die artikel, maar die grond moet werklik vrylik vervreembaar wees (par. 14);
- Beswaarde eiendom is nie eiendom wat onmiddellik vervreem kan word nie. Dit kan slegs verkoop word nadat sekere prosesse plaasgevind het (par. 17);
- Beswaarde onroerende eiendom is nie vervreembare goed nie, want dit is met ‘n verband beswaar en gevolglik nie so vrylik vervreembaar nie (par. 19). Dit beteken dat die skuldenaar, die eienaar van die eiendom, nie die vrye reg het om daarvan afstand te doen nie omdat die verbandhouer die vervreemding daarvan kan beheer en die skuldenaar derhalwe die toestemming van die verbandhouer nodig het vir ‘n vervreemding daarvan (par. 18);
- Onroerende eiendom waaroor die vonnisskuldeiser ‘n eerste verband hou, is wel “vrylik vervreembare goed” vir die voldoening aan die vonnis (par. 22). Dit kan vir daardie doeleindes deur beslaglegging en ‘n geregtelike verkoping deur die eiser vervreem word, so maklik en so vinnig as met sekwestrasie van die skuldenaar se boedel (par. 13);
- Dit is onnodig vir die verweerder om die verbandbeswaarde onroerende eiendom aan die balju uit te wys, want die eiser se eie verband sou die balju daarvan ingelig het; die eiser behoort, na die terugkeer op die lasbrief teen die verweerder se roerende bates, ‘n lasbrief vir die beslaglegging en eksekusie van daardie onroerende goed te laat uitreik (par. 13);
- Grond wat ten gunste van ‘n derde persoon beswaar is, sal nie in die kategorie van vervreembare goed val nie, want die toestemming van hierdie verbandhouer sal verkry moet word (parr 14 & 20);
- Indien die onroerende eiendom ten gunste van ‘n derde persoon beswaar was wie se toestemming nie verkry is nie, sal die *nulla bona*-relaas korrek wees (want dit is nie vervreembare goed nie) en ‘n daad van insolvensie sal gepleeg wees (par. 15);
- Ten spyte daarvan dat die skuldenaar die eienaar van verskeie onroerende eiendomme is, waar die skuldeiser nie die verbandhouer is nie, is die beswaarde eiendomme nie vervreembare goed nie en die balju hoef dit nie in sy relaas te noem nie (par. 18).

Logies uit hierdie beginsels volg die reël en by hierdie opsomming kan gevoeg word dat grond wat ten gunste van ‘n persoon as tweede,

derde of verdere verbandhouer beswaar is, ook nie in die kategorie van vervreembare goed sal val nie, want die toestemming van die eerste verbandhouer sal steeds verkry moet word.

## 5. Die balju se relaas

Die hof in *Collier* het die volgende beginsels met betrekking tot 'n balju se *nulla bona*-relaas bevestig:

- 'n Balju se relaas is *prima facie* bewys van die inhoud daarvan (par. 36);
- Die *onus* skuif daarna oor na die respondent om (die inhoud van) die relaas aan te val (par. 37);
- Dit moet gedoen word op “the clearest and most satisfactory evidence” (par. 37);
- Die respondent mag nie die relaas op “flimsy grounds” aanval of dit ontken indien daar nie 'n redelike basis bestaan waarop dit gedoen word nie (par. 37);
- Waar die relaas egter self nie aandui dat die vereistes van die subartikel nagekom is nie, dan verskuif die *onus* nie. Dit rus steeds op die applikant om aan te toon dat die vereistes inderdaad nagekom is en dat die relaas inderdaad 'n *nulla bona*-relaas is (par. 37).

Vervolgens het die *Collier*-hof gewys op die feit dat die balju se beëdigde verklaring wat saam met die appellant se repliserende verklarings geliasseer is, nie ooreengestem het met die inhoud van die relaas self nie. In die beëdigde verklaring is gemeld dat die *nulla bona*-relaas uitgereik is nadat die respondent nie aan die vonnis kon voldoen nie en hy versuim het om enige roerende goed aan te dui om aan die skuld te voldoen. Soos ook hierbo uiteengesit is, het die balju in die relaas self uitdruklik verwys na onvoldoende roerende én onroerende goed. Die hof was bygevolg van mening dat die gebrek aan akkuraatheid aan die kant van die balju, toe hy 'n kans in replisering gehad het om te verduidelik, hom geensins gehelp het nie. Die hof het gemeen dat die beëdigde verklaring nie voldoen het aan die presisie wat nodig was om die inhoud van die relaas te bevestig nie – en dit op grond van die stelling wat hy in sy latere beëdigde verklaring in replisering gemaak het dat die respondent versuim het om (slegs) roerende bates uit te wys (par. 38).

Wat dus hier gebeur het, was dat die relaas op die oog af korrek was. Dit is die latere beëdigde verklaring wat twyfel geskep het. Bygevolg het die hof die reël in *Plascon-Evans Paints Ltd v Van Riebeeck Paints (Pty) Ltd*<sup>16</sup> toegepas. Hierdie reël spesifiseer dat, as feitegeskille op die beëdigde verklarings in mosie-prosedures ontstaan, sal 'n finale bevel

---

16 *Plascon-Evans Paints Ltd v Van Riebeeck Paints (Pty) Ltd* 1984 3 SA 623 (A):634E-635D.

slegs toegestaan kan word as die feite wat in die applikant se verklaring beweer is, wat deur die respondent erken is en daardie feite wat hy (die respondent) aanvoer, so 'n bevel regverdig. Dit is die geval tensy die respondent se weergawe bestaan uit “bold or uncreditworthy denials, raises fictitious disputes of fact, is palpably implausible, far-fetched or so clearly untenable that the court is justified in rejecting them merely on the papers” (par. 39). Die hof het uiteindelik bevind dat, in die lig van die feitegeskil rakende die waarheid van die balju se relaas en die feit dat die aangeleentheid nooit vir mondelinge getuienis verwys is nie, die hof *a quo* verplig was om die dispuut op die basis van *Plascon-Evans* téén die applikant te beslis, omdat die respondent se weergawe nie “untenable, palpably implausible or far-fetched” was nie (par. 39).

Die hof het opgemerk dat 'n applikant wat druk vir 'n beslissing op die stukke terwyl daar 'n feitegeskil bestaan, by noodwendige implikasie toestem dat die aangeleentheid volgens die *Plascon-Evans*-reël beslis word. Die interessante beginsel hier is, en die hof wys daarop, dat hierdie reël nie teenoorgestel teen die respondent werk nie, selfs waar die *onus* op die respondent rus (par. 40). Daarom word 'n respondent op wie die *onus* rus nie nou *pro tanto* as die applikant vir doeleindes van die *Plascon-Evans*-reël geag nie (par. 41).

Die hof het ten slotte opgemerk dat die rede waarom hierdie reël toegepas word, nie is omdat die bewyslas op die applikant gerus het nie maar omdat die applikant *dominus litis* was; dit kan aanvaar word dat hy weet dat die hof nie in bestrede mosie-prosedures feitegeskille op waarskynlikhede of op bewyslas kan beslis nie (par. 40).

Nog 'n aspek wat belangrik ten opsigte van die toepassing van art. 8(b) is, raak die vereistes van 'n akkurate *nulla bona*-relaas en word vervolgens uiteengesit met verwysing na die opmerkings van die regter in *Barclays Nasionale Bank Bpk v Badenhorst*.<sup>17</sup> Die hof in *Collier* het opgemerk dat die regter in *Badenhorst* (ten spyte van die bogenoemde, goed gekristalliseerde beginsels ten opsigte van “vervreembare goed”) anders beslis het (par. 21).

In daardie saak het die regter bevind dat selfs onroerende goed wat met 'n eerste verband beswaar was, nie vervreembare goed vir doeleindes van art. 8(b) daargestel het nie. Die rede wat die regter in *Badenhorst* aangegee het, was dat 'n bevel om die eiendom spesiaal vatbaar vir beslaglegging te verklaar, nog nodig was voor die eiendom in beslag geneem en in eksekusie verkoop kon word.

Ons stem saam met die siening in *Collier* dat die *Badenhorst*-saak nie die aangeleentheid onder bespreking moet bepaal nie, aangesien daar ten opsigte van art. 8(b) na ons mening 'n paar twyfelagtige stellings in *Badenhorst* gemaak is. So, byvoorbeeld, sê die regter in *Badenhorst* dat selfs 'n skuldeiser wie se eis met 'n eerste verband verseker word, nie

---

17 *Barclays Nasionale Bank Bpk v Badenhorst* 1973 1 SA 333 (N) (hierna *Badenhorst*).

daardie vaste eiendom wat spesiaal in sy guns beswaar is, mag verkoop sonder dat hy die Hof *vooraf* versoek het om dit vatbaar vir uitwinning te laat verklaar nie (op 338H). Nietemin wys die hof net daarna, en heeltewel tereg, op die neteligheid dat, as so 'n skuldeiser 'n aansoek vir sekwestrasie wil rig, dit nodig sal wees om twee lasbriewe aan te vra met eers 'n hofaansoek om die vaste eiendom vatbaar vir beslaglegging te verklaar. Daarna moet die balju dan sy ondersoek gaan instel. Die hof sê hieroor: “'n Mens kan jou dit indink wat al die komplikasies is wat kan ontstaan” (op 339A).

Nog 'n wankelrige stelling vind 'n mens op 337 van die verslag waar die regter in *Badenhorst* verklaar dat die relaas van die balju *prima facie* korrek was. Nogtans was daar geen uitdruklike en direkte verwysing na roerende én onroerende goed in die relaas nie. Dit is tog 'n leemte. Die woordskrywingsartikel in die *Insolvensiewet* beskryf “goed” as “roerende goed of onroerende goed, waar ook al in die Republiek geleë ...” en die inhoud van hierdie twee begrippe is totaal verskillend. Bygevolg speel onroerende goed tog een of ander rol by art. 8(b), en moet daarna verwys word. Met die gebruik van die begrip “goed” in art. 8(b) moes die wetgewer in gedagte gehad het dat onroerende goed ook relevant kan wees. Die vraag is bloot wanneer? Daar bestaan voldoende gesag dat die woord “goed” roerende sowel as onroerende goed insluit, *ongeag* die feit dat die lasbrief self uitdruklik net teen die roerende goed gerig is.<sup>18</sup> Eksekusie moet net eerste teen die roerende goed gerig word en, in die geval waar dit nie voldoende is om die vonnisskuld te delg nie, dan eers teen die onroerende goed.

As 'n mens reël 45(1) mooi lees,<sup>19</sup> is dit na ons mening duidelik dat, eers nadat 'n lasbrief ten opsigte van die roerende goed uitgereik was, daar 'n lasbrief ten opsigte van ook die onroerende goed uitgereik kan word. Die roerende eiendom moet gevolglik eerste uitgewin word. Reël 46(1) (hieronder aangehaal) sê ook uitdruklik dat, as die skuldeiser eerste die onroerende goed wil laat uitwin (met ander woorde vóór die roerende goed), dán moet daar 'n spesiale verklaring deur die hof wees.

Soos reeds genoem is die appèl met koste afgewys. Dit is weliswaar ook ons mening dat *Barclays Nasionale Bank Bpk v Badenhorst* nie as akkurate gesag gesien moet word nie.<sup>20</sup>

---

18 Sien *Collier* par. 12 en die gesag daar aangehaal.

19 Hierdie reël handel oor die eksekusie van roerende goed.

20 Die hof in *Badenhorst* is daarbenewens nie presies seker watter tipe verbande ter sprake is nie. Op 337-338 verduidelik die hof dat dit lyk of daar meer as een eerste verband op die betrokke ses eiendomme is, maar weet nie hoeveel presies en watter van die ses eiendomme ter sprake is nie. Hierdie hof sê ook nie of die spesifieke grond waarop die bank 'n eerste verband het, ook 'n eerste verband ten gunste van iemand anders het nie. Die hof noem ook nie of daar tweede en derde verbande op daardie eiendomme is nie en onderskei geensins wat die effek van so 'n situasie sal wees nie. Dit is tog belangrik.



## 6. Preferente skuldeisers

Een vraag wat *Collier* nog nie in hierdie stadium geantwoord het nie maar wel na verwys het, was die kwessie wat in *De Waard v Andrew & Thienhaus Ltd*<sup>21</sup> geopper was, naamlik of die onroerende eiendom vervreembare goed kan wees as die skuldenaar, wanneer hy die eiendom uitwys, terselfdertyd ook 'n toestemming of 'n prokurasie van die verbandhouer oorhandig, en die eiendom dan wel vervreembaar mag wees en verkoop kan word (par. 17).

Die submissie is dat dit tipies die geval is waar die bepalings van reël 46(5) 'n rol kan speel en dat so 'n situasie goed denkbare en heel moontlik is. Hoewel hierdie reël die optrede van die eksekusieskuldeiser in sulke omstandighede bepaal, behoort dieselfde vereistes te geld waar die skuldenaar die inisiatief neem om die nodige toestemming van die preferente skuldeiser (verbandhouer) te verkry. Dit impliseer dat, indien die skuldenaar in besit is van 'n skriftelike dokument waarin die preferente skuldeiser 'n reserweprys stipuleer of 'n skriftelike toestemming verskaf het om te verkoop sonder 'n reserweprys, is die betrokke eiendom vervreembare goed. Indien dit voldoende sou wees om aan die vonnisskuld te voldoen, sal geen daad van insolvensie gepleeg word nie. Indien dit steeds nie voldoende sou wees nie, sal dit wel as 'n daad van insolvensie kragtens art. 8(b) wees – onvoldoende vervreembare eiendom. Die feit dat dit dan as “vervreembare goed” kwalifiseer, beteken egter nie dat daar nie aan die reëls wat hieronder bespreek word, voldoen hoef te word nie.

## 7. Reël 46(1)(a) en (5) van die Eenvormige Hofreëls

### 7.1 Voorafgaande verklaring deur die hof rakende uitwinbaarheid

Die volgende belangrike aspek en fokus van hierdie bespreking is die wyse hoe die regters in *Collier* die toepassing van art. 8(b) van die *Insolvensiewet* saamgelees met reël 46(1) en (5) interpreteer. Hofreël 46(1)(a) bepaal die volgende:

Geen uitwinningslasbrief teen die onroerende goed van enige vonnisskuldenaar sal uitgeneem word nie totdat-

- (i) 'n relaas gemaak is teen enige lasbrief wat uitgereik kon wees teen die roerende goed van die vonnisskuldenaar en waaruit dit voorkom dat sodanige persoon nie voldoende roerende goed besit om die lasbrief na te kom nie; of
- (ii) in sodanige onroerende goed spesiaal as vatbaar vir eksekusie deur die hof verklaar is of, in die geval waar vonnis neergelê is ooreenkomstig reël 31(5), deur die griffier: Met

---

21 *De Waard v Andrew & Thienhaus Ltd* 1907 TS 727.

dien verstande dat, waar die eiendom waarop beslag gelê gaan word, die primêre woning van die vonnisskuldenaar is, geen lasbrief uitgereik sal word nie behalwe as die hof, nadat alle toepaslike omstandighede in oorweging gebring is, 'n bevel teen sodanige eiendom uitvaardig.

Hofreël 46(5) bepaal die volgende:

Onroerende goed wat onderworpe is aan 'n eis wat voorkeur geniet bo dié van die vonnisskuldeiser word nie ter uitwinning verkoop nie tensy-

- (a) die vonnisskuldeiser 'n skriftelike kennisgewing van die voorgenome verkoping per geregistreerde pos aan die preferente skuldeiser laat stuur het indien sy adres bekend is en, as die eiendom belasbaar is, ook aan die betrokke plaaslike bestuur, waarby hulle opgeroep word om binne tien dae na 'n bepaalde datum 'n redelike reserweprys vas te stel of skriftelik toe te stem tot 'n verkoping sonder reserwe; en hy aan die adjunk-balju bewys gelewer het dat die preferente skuldeiser aldus vasgestel of toegestem het; of
- (b) die adjunk-balju oortuig is dat dit onmoontlik is om enige preferente skuldeiser ingevolge hierdie reël van die voorgenome verkoping kennis te gee of so 'n skuldeiser, nadat aan hom kennis gegee is, nagelaat het om binne die gestelde tyd 'n reserweprys te bepaal of skriftelik toe te stem tot 'n verkoping sonder reserwe soos in paragraaf (a) bedoel.

Met hierdie in gedagte het die Hof van Appèl in *Collier*, met verwysing na gesag wat ook hierbo aangedui is, verduidelik dat die howe konsekwent bevind het dat vervreembare goed vir doeleindes van art. 8(b) onroerende eiendom insluit, ongeag daarvan dat die lasbrief net teen roerende bates alleen gerig was (par. 12). Die reël is bloot, net soos hierbo aangedui is, dat eksekusie eers teen die roerende goed van die skuldenaar gerig moet word en, in die geval waar dit nie voldoende is om die vonnisskuld te delg nie, dan alleen teen die onroerende goed (par. 26). Die hof gaan verder en verklaar:

*It is immaterial that if the property found by the sheriff is unbonded immovable property, an order of special execution against such property under the provisions of rule 46(1) remains a requirement, regardless of the identity of either the judgment creditor or the debtor, whether the property is a primary residence or not, or is owned by an individual or a company. [Par. 27.] [Klem ingevoeg.]*

Desondanks meen die hof, is die regsposisie van 'n vonnisskuldeiser wat die eerste verbandhouer ten opsigte van die skuldenaar se onroerende eiendom is, wesenlik anders as dié van ander vonnisskuldeisers en daaropvolgende verbandhouders. Hierdie stelling kan misleidend wees, maar dit word wel verduidelik. Die hof verklaar dat die verskil is dat die eerste verbandhouer as preferente skuldeiser 'n lasbrief vir eksekusie met

verwysing na die onroerende eiendom kan aanvra om die vonnis skuld te delg, sonder enige kennisgewing soos wat in reël 46(5) van ander skuldeisers (aan die eerste verbandhouer) vereis word. Dit is inderdaad korrek. Die eerste verbandhouer het “eerste preferensie” op die opbrengs van die beswaarde eiendom. Derhalwe is die hof se standpunt dat eksekusie teen die onroerende eiendom mag volg op versoek van die eerste verbandhouer, ‘n voordeel wat nie toeganklik vir ander skuldeisers is sonder die toestemming van die eerste verbandhouer nie (par. 30). Hierdie is egter die enigste onderskeid in die onderhawige konteks en situasie.

As much as the fact that an asset subject to a mortgage does not immunise it from execution at the instance of an unsecured creditor, execution by a subsequent mortgagee may proceed subject to there being a yield to the preferent claim of the prior mortgagee. What permits a conclusion that immovable property, in respect of which a preferent creditor may obtain a writ and execute, is disposable is that there exists no restriction on such execution, save that the requirements of rule 46(1) have been met, and no consent of other mortgagees or judgment creditors is required in order to proceed against the property. [Par. 33.]

Wat die ander vereistes van reël 46(1) betref, is die eerste verbandhouer gebonde. Hy moet gevolglik ook ‘n spesiale uitwinningsbevel aanvra wanneer hy vonnis vir die betaling van die skuld aanvra. Die hof verduidelik verder dat, indien ingevolge art. 8(b) vereis word dat ‘n bevel vir spesiale beslaglegging ten opsigte van die onroerende goed *reeds* toegestaan moes wees vóórdat die onroerende goed as vervreembare goed oorweeg kan word, dit eksekusie teen onroerende goed sou aanmoedig of veroorsaak selfs vóór ‘n lasbrief teen net eers die roerende goed uitgevoer is. Volgens die hof is die bedoeling juis dat die skuldenaar se roerende goed eerste uitgewin moet word (par. 28).

Die hof steun die standpunt dat regters moet waak teen die versoeking om die woorde wat werklik in ‘n artikel gebruik is, te vervang met wat hulle meen redelik, prakties, funksioneel, werkbaar en volgens besigheidsbeginsels is. Die onvermydelike uitgangspunt is die taal van die bepaling self, gelees in konteks en met inagneming van die doel van die bepaling en die agtergrond tot die voorbereiding en daarstel van die dokument (par. 32).

Verder motiverend en deurslaggewend vir hierdie standpunt van die hof is die uitspraak in die saak van *Gerber v Stolze*.<sup>22</sup> Die hof wys daarop dat hierdie saak beslis het dat die enigste rede waarom ‘n skuldeiser wie se eis met ‘n eerste verband oor die onroerende goed van die skuldenaar verseker is enigins by die hof vir so ‘n spesiale verklaring aansoek sal doen, is om ‘n kortpad te kry. Die hof word by voorbaat gevra om af te sien van die “rivier van woorde” wat in die relaas moet voorkom (naamlik om eers eksekusie teen die roerende bates te neem en slegs as daardie bates nie voldoende realiseer nie, dan verhaal teen die onroerende eiendom te

---

22 *Gerber v Stolze* 1951 2 SA 166 (T):172F-H.

neem). As die bevel toegestaan word wat die onroerende eiendom vatbaar vir eksekusie maak, laat daardie bevel die skuldeiser toe om direk teen die onroerende eiendom eksekusie te loods (par. 26). Ons is daarom van mening dat die hof so 'n bevel net moet toestaan as dit in daardie stadium reeds aangetoon en dit duidelik is dat die roerende bates ooglopend onvoldoende is om die vonnisskuld te delg.

Verbandbeswaarde onroerende eiendom is daarom vervreembare goed wanneer die eerste verbandhouer die vonnisskuldeiser is, “regardless of the fact that the property had not been declared specially executable” (par. 34). Hierdie spesiale bevel hoef derhalwe nie voortydig aangevra te word nie en kan terselfdertyd met die vonnis vir betaling van die skuld aangevra word. Uiteindelik is die konklusie van die hof dat die beslissing in *Van der Poel*<sup>23</sup> korrek en bindend op hierdie hof is. Die hof het vervolgens verklaar dat die respondent se onverdeelde halwe-aandeel in die eiendom ingevolge art. 8(b) “vervreembaar” was en aangesien die waarde daarvan voldoende was om die appellant se vonnisskuld te delg, is geen daad van insolvensie gepleeg nie. Daarom kon 'n finale sekwestrasiebevel nie toegestaan word nie (par. 34).

## 7.2 “Primary residence” soos gebruik in reël 46(1)(a)(ii)

Om die inhoud van die relevante reëls weer kortliks saam te vat, is die effek daarvan die volgende:

- Reël 46(1)(a) bepaal dat geen lasbrief vir eksekusie teen die onroerende goed van die skuldenaar gegee sal word totdat

- (i) 'n relaas ten opsigte van die roerende goed van die skuldenaar uitgereik is en dit blyk dat die roerende goed nie voldoende was om aan die lasbrief te voldoen nie

OF

- (ii) sulke onroerende goed spesiaal uitwinbaar verklaar is deur die hof (of die Griffier in geval van 'n verstekvonnis).

- Reël 46(5)(a) bepaal dat geen onroerende goed wat aan enige eis onderworpe is en wat preferent is bo die eis van die betrokke vonnisskuldeiser (soos die reg van 'n eerste verbandhouer) sal in eksekusie verkoop word nie tensy die vonnisskuldeiser aan die preferente skuldeiser 'n skriftelike kennisgewing van die verkoping per geregistreerde pos gestuur het nie, met die versoek om 'n reserweprys te bepaal of skriftelik tot die verkoop sonder reserweprys toe te stem.

Volgens ons beteken dit dat, waar (i) nie toepassing vind nie omdat die vonnisskuldeiser eksekusie dadelik teen die onroerende eiendom wil loods, opsie (ii) van toepassing is. 'n Aansoek vir die bogenoemde spesiale verklaring deur die hof word dan gewoonlik toegestaan as die

---

23 *Van der Poel v Langerman* 3 Menz 307.

vonnisskuldeiser 'n eerste verband oor die betrokke onroerende eiendom hou en gee dit hom die reg om dadelik eksekusie teen daardie eiendom aan te vra. In sulke gevalle word die bevel vir spesiale uitwinning teen die onroerende goed gelyktydig met die vonnis vir die betaling van die versekerde skuld aangevra. Daar is egter steeds gevalle waar verbandskuldeisers, soos in die *Collier*-saak, eksekusie oor die roerende en daarna eers die onroerende goed loods. Daarom moet die gevraagde inligting oor roerende goed ook in die relaas opgeneem wees en, as voorsien word dat die roerende goed moontlik voldoende sal wees, is die bevel vir spesiale beslaglegging of uitwinning in so 'n geval nie nodig nie.<sup>24</sup>

Die aanvaarde standpunt is dan dat alle verbandhouders (sonder dat hierdie persone gespesifiseer word as eerste en/of daaropvolgende verbandhouders) wat 'n lasbrief vir eksekusie teen die verbandbeswaarde eiendom aanvra, aan reël 46(1) gebonde is en aansoek moet doen vir 'n spesiale uitwinningsbevel.<sup>25</sup>

Hierdie interpretasie word versterk/bevestig deur die voorbehoudsbepaling in reël 46(1)(a)(ii). Die voorbehoudsbepaling lui:

Provided that, where the property sought to be attached is the primary residence of the judgment debtor, *no writ shall issue unless the court*, having considered all the relevant circumstances, orders execution against such property. [Klem ingevoeg.]

Die eerste verbandhouer is bygevolg ook onderworpe aan die bepaling in verband met die skuldenaar se primêre woning. Verskeie Grondwetlike Hof-uitsprake het die ontwikkeling van die eksekusieproses met betrekking tot residensiële eiendom beïnvloed. Dit spreek vanself dat reël 46 se eksekusieprosedures in lyn met die Grondwetlike Hof se remedies geïnterpreteer móét word. Hierdie remedies is gemik op die beskerming van 'n skuldenaar se fundamentele reg<sup>26</sup> tot toegang tot geskikte behuising soos in art. 26(1), (2) en (3) van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 108 van 1996 (hierna "die Grondwet") teen arbitrêre ontneming.<sup>27</sup>

Die agtergrond van hierdie benadering was die praktyk wat bestaan het dat, waar onroerende eiendom aan 'n verband onderworpe was, die verbandhouer terselfdertyd wanneer hy vir vonnis teen die skuldenaar aansoek gedoen het, ook aansoek gedoen het dat die onroerende eiendom spesiaal beslagbaar verklaar word. In so 'n geval word die betrokke

24 Is die teendeel van toepassing (die roerende goed is onvoldoende), is in *Standard Bank of South Africa Ltd v Bekker and Four Similar Cases* 2011 6 SA 111 (WCC):116-117 bevind dat die voorbehoud in subreël (ii) ook op subreël (i) van toepassing is. Met ander woorde, ook in die geval waar eerste 'n relaas van onvoldoende roerende goed uitgereik is, moet die hof sy diskresie gebruik en oorweging skenk aan die primêre woning-aspek.

25 Sien Van Loggerenberg & Bertelsmann 2016; Harms 2015.

26 Inderdaad 'n gekwalifiseerde reg. Sien Currie & De Waal 2013:584; De Vos & Freedman 2015:679.

27 Sien Currie & De Waal 2013:584; De Vos & Freedman 2015:706. Subreëls (2) en (3) van reël 46 is eweneens van belang.

onroerende eiendom dadelik in beslag geneem sonder die nodigheid om eers te poog om die skuldenaar se roerende goed in eksekusie te verkoop. Die probleem was egter dat die lasbrief vir eksekusie gewoonlik deur die Griffier of Klerk van die Hof uitgereik is, sonder enige geregtelike oorsig oor die proses. Hierdie prosedure het gou grondwetlike toetsing getrek.<sup>28</sup> Die verbandhouer kon ook by die Griffier aansoek gedoen het vir verstekvonniss en 'n bevel teen die vonnisskuldenaar kry wat die onroerende eiendom spesiaal uitwinbaar verklaar het. Weer was daar geen geregtelike oorsig nie.<sup>29</sup>

Vir doeleindes van hierdie ondersoek is dit onnodig om art. 26 van die *Grondwet* volledig en in detail te bespreek. Die fundamentele sosiale reg soos in die artikel beoog, kan geensins ontken word nie; dit bestaan; dit het werking; die grondslag daarvan is goed gevestig. Die fokus tans is om die toepassing daarvan by art. 8(b) van die *Insolvensiewet* en by sekwestrasies te verduidelik en dit is vervolgens aan die orde.

Met verwysing na die hofreëls oor eksekusie van onroerende eiendom, beteken die voorbehoud wat hierbo aangehaal is dat, waar 'n vonnisskuldeiser aansoek doen dat die verbandbeswaarde onroerende eiendom spesiaal uitwinbaar verklaar word, en daardie eiendom is die primêre woning van die skuldenaar, is die hof verplig om alle "legally relevant circumstances" te oorweeg.<sup>30</sup> 'n Evaluasie van die feite van elke geval moet deur die hof gemaak word.<sup>31</sup> Faktore wat deur die hof oorweeg sal word, is byvoorbeeld die omstandighede waaronder die skuld aangegaan is, pogings deur die skuldenaar om die skuld te betaal, die finansiële posisie van die partye, die bedrag van die skuld, of die skuldenaar werksaam is of 'n bron van inkomste het om die skuld te kan afbetaal, asook enige ander faktor wat relevant tot die feite van die saak is.<sup>32</sup> Gevolglik moet die vonnisskuldeiser se dagvaarding, waar 'n verklaring van spesiale beslaglegging bykomend tot die vonnis op die geldeis aangevra word, 'n toepaslike bewering ten opsigte van die aspek "primêre woning" bevat.<sup>33</sup>

'n Eerste verbandhouer is dan nie een honderd persent "veilig" soos in die opvatting van die gewone mens op straat nie – soos wat die gewone skuldeiser waarskynlik glo nie. Selfs waar hy hom wel eerste na die roerende goed wend, kan hy nie sonder hierdie evaluasie deur die hof met die beslaglegging daarna op die betrokke onroerende eiendom voortgaan

---

28 Sien, byvoorbeeld, *Gundwana v Steko Development* CC 2011 3 SA 608 (KH):621 (hierna *Gundwana*).

29 Sien Van Loggerenberg & Bertelsmann 2016; Harms 2015.

30 *FirstRand Bank Ltd v Folscher, and Similar Matters* 2011 4 SA 314 (GNP):330; *Standard Bank of South Africa Ltd v Bekker and Four Similar Cases* 2011 6 SA 111 (WCC):129.

31 *Gundwana en Standard Bank of South Africa Ltd v Bekker and Four Similar Cases* 2011 6 SA 111 (WCC):117.

32 Sien *Jaftha v Schoeman; Van Rooyen v Stolz* 2005 2 SA 140 (KH):par. 60 (hierna *Jaftha*).

33 Sien Van Loggerenberg & Bertelsmann 2016; Harms 2015.

nie. Die feit dat die onroerende goed spesiaal en eerste verhipotekeer is as sekuriteit vir die skuld wat aanleiding tot die vonnis gegee het, is nie voldoende “beskerming” vir hom nie.<sup>34</sup>

Die vereiste dat die hof in elke geval die relevante omstandighede moet oorweeg, het ‘n spesifieke geskiedenis of verloop. *Jaftha* is ‘n uitstekende voorbeeld van die skepping van ‘n beskermingsmaatreël wat deur die hof aangewend moet word in die uitvoering van sy plig om die reg om toegang te hê tot geskikte behuising,<sup>35</sup> te beskerm.<sup>36</sup> In *Jaftha* het dit nie spesifiek oor ‘n verband gegaan nie. Die hof het nietemin ‘n paar interessante punte uitgestip vir die geval waar ‘n verbandskuldeiser betrokke sou wees. Dit was die hof se mening dat, as ‘n huis as sekuriteit vir ‘n skuld gedien het, ekskusie in die algemeen behoort plaas te vind. Die hof moet egter nie ‘n misbruik van die proses duld nie. Selfs al is ‘n verbandskuldeiser tegnies geregtig op ongekwalfiseerde en direkte eksekusie teen die huis, moet die howe oorweeg of daar dalk alternatiewe is wat tot skuldinvordering kan lei en die verlies van ‘n woonhuis kan voorkom. Met verwysing na die voorbehoudsbepaling waarsku *Jaftha* dat eksekusie teen onroerende eiendom wat die primêre woning<sup>37</sup> van ‘n vonnisskuldenaar is, potensieel op die regte in art. 26 van die *Grondwet* inbreuk kan maak. Daarom, sê *Jaftha*, moet die eksekusie van sulke onroerende goed in alle gevalle onder geregtelike toesig plaasvind (*Jaftha* 1611-163B).

In *Gundwana* het die hof hierdie beginsels van *Jaftha* van toepassing gemaak ook in gevalle waar onroerende eiendom waaroor ‘n verband geregistreer was, ter sprake was. Die hof volg ‘n baie billike benadering in hierdie opsig:

The change to the original position has been necessitated by constitutional considerations not in existence earlier, but these considerations do not challenge the principle that a judgment creditor is entitled to execute upon the assets of a judgment debtor in satisfaction of a judgment debt sounding in money. What it does is to caution courts that, in allowing execution against immovable property, due regard should be taken of the impact that this may have on judgment debtors who are poor and at risk of losing their homes. If the judgment debt can be satisfied in a reasonable manner, without involving those drastic consequences, that alternative course should be judicially considered before granting execution orders. [Par. 53.]

Die hof het bevind dat ‘n verbandgewingssooreenkoms nie inhou dat die skuldenaar afstand gedoen het van sy regte ingevolge art. 26 van die *Grondwet* nie. Bygevolg, al het die skuldenaar toegestem tot ‘n verband en dit is teen sy huis geregistreer, maak dit nie die skuldeiser geregtig om eksekusie in kwader trou of onverskillig af te dwing nie. *Gundwana* verklaar

34 Sien, byvoorbeeld, die sake van *Jaftha* en *Gundwana* in geheel.

35 Art. 26 van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

36 Sien Currie & De Waal 2013:584-591; De Vos & Freedman 2015:678-688.

37 Of huis (*Firststrand Bank Ltd v Folscher and Another, and Similar Matters* 2011 4 SA 314 (GNP):314, 326).

dat die howe moet waak teen disproporsionaliteit. Disproporsionaliteit verwys na die metodes wat gebruik is teenoor die metodes wat beskikbaar is om dieselfde doel te bereik. Redelike alternatiewe moet deur die howe oorweeg word voordat eksekusie teen 'n woning toegestaan word. As daar geen ander proporsionele metode is om dieselfde doel te bereik nie, kan eksekusie uit die aard van die saak nie vermy word nie (par. 54). Die proporsionaliteitsbeginsel van (a) die benadeling wat die skuldeiser kan lei as die eksekusie geweier word en (b) die nadeel wat die skuldenaar sal ly as die eksekusie voortgaan en hy sy woning verloor, is dus relevant (*Jaftha* par. 43). Disproporsionaliteit kan ook gemeet word met verwysing na die skuld wat aan die skuldeiser verskuldig is en die skuldenaar se reg tot sekuriteit van verblyf. Dit kan ongeregverdig wees dat 'n skuldenaar uit sy woning uitgesit word waar die skuld wat hy verskuldig is 'n baie klein bedrag en relatief onbenullig vir die betrokke skuldeiser is (*Jaftha* par. 57).

Die submissie is dat, behalwe vir hierdie aspekte, aanvaar moet word dat eksekusie teen wonings in die algemeen 'n normale kenmerk van die hedendaagse ekonomiese lewe is en inderdaad gereeld voorkom. 'n Vonnisskuldeiser is tog geregtig op delging van die vonnisskuld tot in die mate wat die vonnisskuldenaar se eiendom toelaat.<sup>38</sup> Nietemin is dit duidelik dat die howe wegbeweeg het van die argument dat, omdat die skuldenaar ingestem het tot 'n verband oor sy huis, die beginsel van proporsionaliteit nie toepassing vind nie. Reeds in etlike hofsake is instemmend na die beslissings in *Gundwana* en *Jahfta* verwys.<sup>39</sup> In *Maphango v Aengus Lifestyle Prop (Pty) Ltd*<sup>40</sup> verklaar die hof dat die impak van die reg aan almal om toegang te hê tot geskikte behuising nie slegs op die Staat is nie en dat die impak op twee wyses wyer gaan:

First, the right of access to adequate housing imports an inhibitory duty not to impede or impair access to housing. This rests not only on public bodies but also on private parties. This court held in *Grootboom* that the right imports 'at the very least, a negative obligation ... upon the State and all other entities and persons to desist from preventing or impairing the right of access to adequate housing'. [Par. 32.]

Dit kan gevolglik aanvaar word dat in *alle gevalle* waar 'n mens te doen het met 'n *primêre woning* waaroor 'n verband geregistreer is, vereis word dat 'n regter 'n *judisiële oorweging* moet uitoefen voordat hy 'n eksekusiebevel

---

38. Sien, byvoorbeeld, *Jaftha*:parr 37-42; *Standard Bank of SA Ltd v Sanderson* 2006 2 SA 264 (HHA):par. 19.

39. Sien, byvoorbeeld, *Sarrahwitz v Maritz* NO 2015 4 SA 491 (KH):parr 40-46; *Nkata v FirstRand Bank Ltd* 2016 4 SA 257 (KH):261; *Maphango v Aengus Lifestyle Prop (Pty) Ltd* 2012 3 SA 531 (KH):28; *Mkhize v Umvoti Municipality and Others* 2012 1 SA 1 (HHA):9-11.

40. *Maphango v Aengus Lifestyle Prop (Pty) Ltd* 2012 3 SA 531 (KH):544 (parr 32-33).



daaroor uittrek.<sup>41</sup> In die bogenoemde *Maphango*-saak<sup>42</sup> wys die hof daarop dat latere beslissings aangedui het dat 'n progressiewe realisering van hierdie reg van die skuldenaar inderdaad 'n ernstige impak kan hê op ander partye. Daarom is eksekusie onderworpe gestel aan judisiële oorweging van die reg, want

while a private landowner cannot be expected to house unlawful occupiers indefinitely, its right not to be arbitrarily deprived of property<sup>43</sup> must be interpreted in conjunction with the constitutional requirement that every eviction be made by court order after considering all the relevant circumstances. [Par. 33.]

Hierdie stelling kan volgens ons ook in die geval onder bespreking geld. Die verbandhouer behoort eksekusie ten opsigte van die woning te kan loods solank dit met verwysing na al die relevante omstandighede nie 'n onbillike, onredelike praktyk daarstel nie. In *Mkhize v Umvoti Municipality and Others*<sup>44</sup> verklaar die hof dat dit net moet oorweeg of die spesifieke konstitusionele remedie wat dit toepas om die verskanste reg op geskikte behuising te beskerm, nodig is of essensieel is vir daardie beskerming. Die hof moet geensins verder as dit gaan nie.<sup>45</sup> Die hof bevestig ook die standpunt dat die enigste manier om vas te stel of die reg op geskikte behuising in gevaar gestel is, is om judisiële oorsig in alle gevalle van eksekusies teen onroerende eiendom te vereis.<sup>46</sup> Die logiese konsekwensie is dat waar beskerming nie nodig is nie, met ander woorde indien die vonnisskuldenaar se reg nie geraak word of in gevaar is nie, sal die hof 'n bevel vir spesiale uitwinning verleen. Verder, indien eksekusie in so 'n geval (waar beskerming nie nodig is nie) inderdaad plaasgevind het sonder enige judisiële oorsig, behoort die eksekusie bygevolg nie sonder meer ongeldig wees nie.<sup>47</sup>

Die hof sal in elke geval voor hom twee kompeterende waardes moet oorweeg en balanseer: aan die een kant die belangrikheid van behuising en aan die ander kant die belangrikheid daarvan om kontrakte af te dwing en skulde te betaal. Die howe kan nie, wanneer besluit moet word of art. 26(1) regte in gedrang is, sonder 'n behoorlike ondersoek hulle oorsig-rol uitvoer nie en dit is nodig in elke geval van eksekusie.<sup>48</sup> Die maatstaf van

41 *Mkhize v Umvoti Municipality* 2012 1 SA 1 (HHA):9-11; *Ekurhuleni Metropolitan Municipality v Various Occupiers, Eden Park Extension 5* [2014] 1 All SA 386 (HHA):396 (par. 19).

42 *Maphango v Aengus Lifestyle Prop (Pty) Ltd* 2012 3 SA 531 (KH):544 (parr 32-33).

43 Art. 25(1) van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996.

44 *Mkhize v Umvoti Municipality and Others* 2012 1 SA 1 (HHA).

45 *Mkhize v Umvoti Municipality and Others* 2012 1 SA 1 (HHA):12 (par. 19).

46 Sien veral *Mkhize v Umvoti Municipality and Others* 2012 1 SA 1 (HHA):12 (par. 19).

47 *Standard Bank of SA Ltd v Saunderson* 2006 2 SA 264 (HHA):276; *Mkhize v Umvoti Municipality and Others* 2012 1 SA 1 (HHA):13 (par. 21). Sien ook die algemene strekking van die uitspraak in *Ekurhuleni MM v Various Occupiers, Eden Park Extension 5* [2014] 3 SA 23 (HHA), veral 393-397.

48 *Mkhize v Umvoti Municipality and Others* 2012 1 SA 1 (HHA):13-14 (parr 22, 26).

“redelik en billik” verwys volgens ons na die belange-afwegingsproses – die belange van die vonnisskuldenaar sowel as die vonnisskuldeiser en die howe moet elke omstandigheid in ag neem wat nodig sal wees om ‘n billike beslissing in die situasie te maak. Daarom moet beklemtoon word dat die applikant-skuldeiser seker moet maak dat die inligting wat hy voor die hof plaas, indien dit onbetwis is, voldoende sal wees sodat die hof ‘n billike en regverdige beslissing kan maak.

Die prosedurele verpligtinge waaraan ‘n verbandhouer moet voldoen as hy dadelik ‘n spesiale bevel vir eksekusie teen ‘n skuldenaar se primêre woning aanvra, is uitgespel in *Standard Bank of SA Ltd v Saunderson*.<sup>49</sup> Daarvolgens móét die skuldeiser se dagvaarding die vonnisskuldenaar inlig van sy regte kragtens art. 26 van die *Grondwet*.

### 7.3 Die regsposisie by sekwestrasie

Die vraag is of hierdie bo-bespreekte regsposisie ook toepassing vind indien die skuldenaar se boedel gesekwestreer word? Gewoonlik het so ‘n skuldenaar slegs een huis (indien enige) wat dan ook as primêre woning kwalifiseer. Dit is gewoonlik ook sy enigste bate van waarde. Watter faktore sal nou in aanmerking geneem word? Die situasie is dat skuldeisers van die gesekwestreerde boedel benadeel word. Hulle kry óf niks óf bitter min van wat aan hulle verskuldig is en moet dikwels selfs ‘n bydrae maak tot betaling van die sekwestrasiekoste. Dit is goed denkbaar dat sulke skuldeisers as gevolg van hierdie nie-betaling self finansiëel in die verknorsing raak. Daarom is ons submissie dat die sekwestrasie van ‘n skuldenaar se boedel ‘n wesentliche faktor is wat as relevant beoordeel moet word. Sekwestrasie is volgens ons inderdaad “enige ander faktor wat relevant tot die feite van die saak is”.

Nietemin is die kurator volgens ons ook aan die vereiste gebonde. Wanneer die kurator onroerende eiendom in die administrasie van die insolvente boedel moet verkoop en die onroerende eiendom is die primêre woning van die insolvent, is die verkoop aan judisiële oorsig onderworpe. Dit beteken nie dat daar ‘n verbod op die verkoop van onroerende eiendom uit die insolvente boedel is nie. Dit is bloot “toestemming” om te verkoop.

Omdat ander partye (die *concursum creditorum*) se belange ook in gedrang kom, moet ‘n versigtige belange-afweging deur die hof plaasvind. Daarbenewens is die effek in geheel van ‘n sekwestrasie<sup>50</sup> en daarmee gepaardgaande verkoop van die huis in sekwestrasie ter realisering van die boedelbates, of die weiering deur die hof van ‘n bevel om te kan verkoop, ‘n belangrike aspek wat die kurator wat die verkoop wil bewerkstellig, onder die aandag van die hof moet bring. Ten slotte moet onthou word

---

49 *Standard Bank of SA Ltd v Saunderson* 2006 2 SA 264 (HHA):276C.

50 Met die ingrypende gevolge wat so ‘n bevel vir die insolvent en sy skuldeisers meebring.

dat eksekusie/realisering nie 'n afskuwelike daad is nie. Dit is deel van die normale ekonomiese lewe.<sup>51</sup>

#### 7.4 Primêre woning

Die laaste kwessie wat in hierdie opsig aangeroeer moet word, is die betekenis van “primêre woning”. Hoe word bepaal dat ‘n *primêre woning* ter sprake is? In *Lester v Ndlambe Muni*<sup>52</sup> laat die hof deurskemer wat dit nié as ‘n primêre woning beskou nie:

This court pointed out in *Standard Bank of South Africa Ltd v Saunderson* that what constitutes ‘adequate housing’ is always a factual enquiry and that executing a writ of execution in respect of a luxury home, which Lester’s dwelling undeniably is, has no bearing on the right of access to adequate housing. And the fact that the dwelling sought to be demolished is the person’s primary residence, as is the case here, does not detract from this principle. The cardinal question is whether demolition of Lester’s property would infringe upon his right to access to adequate housing. The answer, on the papers before us, must be an emphatic ‘no’. Lester’s counsel contended that such an interpretation of s 26(3) would render the words ‘an order of court made after considering all the relevant circumstances’ nugatory. I disagree. Even taking into account ‘relevant circumstances’ (which the court below in any event did), the primary consideration is whether the right of access to adequate housing would be compromised by the demolition. That is the import and effect of the judgment in *Jaftha* and the plain, unambiguous meaning of s 26.<sup>53</sup>

Du Plessis en Penfold<sup>54</sup> huldig dieselfde mening:

The real question is whether the defendant is likely to be deprived of access to adequate housing should he or she be deprived of the property in question — that is, whether he or she is likely to be left homeless as a result of the execution. ... Of course, the Supreme Court of Appeal [in *Saunderson*] is correct when it says (giving the example of a luxury or holiday home) that not all cases of execution of immovable property will have this effect. But how is one to know whether the registrar is dealing with a holiday home or the family’s only home? As the Constitutional Court stressed in *Jaftha*, *the only way to determine whether s 26(1) will be breached is on a case-by-case basis; hence the need to ensure judicial*

---

51 *Gundwana*:par. 54.

52 *Lester v Ndlambe Muni* 2015 6 SA 283 (HHA):290.

53 Sien ook *Standard Bank of SA Ltd v Saunderson* 2006 2 SA 264 (HHA):274 (par. 17): “But *Jaftha* did not decide that the ownership of all residential property is protected by s 26(1); nor could it have done so bearing in mind that what constitutes ‘adequate housing’ is necessarily a fact-bound enquiry. One need only postulate executing against a *luxury home* or a *holiday home* to see that this must be so, for there it cannot be claimed that the process of execution will implicate the right of access to adequate housing at all.” [Klem ingevoeg.]

54 Sien Du Plessis & Penfold 2005:77-87; Du Plessis & Penfold 2006:83-93.

*oversight of the process in all cases.* ... The Constitutional Court stressed in *Jaftha* that where property was put up as security for a debt, execution would ordinarily be appropriate, provided that there had been no abuse of the process. But again, we submit that the only way to determine whether a case is ordinary or extraordinary and to determine whether there was an abuse is to provide judicial oversight in *all* cases — including when the property has been put up for security. (Par. 87.) [Klem ingevoeg.]

Vir die identifisering van daardie aspekte wat relevant is vir die vasstelling van “primêre woning”, kan daar volgens ons met vrug ook na die omskrywing van primêre woning in par. 44 van die Agtste Bylae van die *Inskomstebelastingwet*, 58 van 1962 verwys word, naamlik:

“primêre woning” ‘n woning -

- (a) waarin ‘n natuurlike persoon of ‘n spesiale trust ‘n belang hou; en
- (b) wat daardie persoon of ‘n begunstigde van daardie spesiale trust of ‘n gade van daardie persoon of begunstigde-
  - (i) gewoonlik in woonagtig is of was as sy of haar hoofwoning; en
  - (ii) hoofsaaklik vir huishoudelike doeleindes gebruik of gebruik het.

Met die respondent se verduideliking dat hy net tydelik in Kaapstad woon vir doeleindes van sy werk, en wanneer hy nie werk nie en gedurende naweke en vakansies hy by sy huis in Sandbaai, Wes-Kaap woon, het hy blykbaar die hof oortuig dat hy gewoonlik in hierdie huis as sy hoofwoning woonagtig is en dit dus sy primêre woning is.

## 8. Ten slotte

Om vervolgens die gestelde vraag in die titel van hierdie bespreking te beantwoord, moet aangevoer word dat ‘n eerste verbandhouer nie ‘n ongekwalifiseerde “vry hand”-voorkeur ten opsigte van sy sekuriteit as vervreembare goed kragtens art. 8(b) van die *Insolvensiewet* het nie. Die aanvaarde standpunt is dat alle verbandhouders (sonder dat hierdie persone gespesifiseer word as eerste en/of daaropvolgende verbandhouders) wat ‘n lasbrief vir eksekusie teen die verbandbeswaarde eiendom aanvra, aan reël 46(1) gebonde is en gevolglik aansoek moet doen vir ‘n spesiale uitwinningsbevel. Ook die eerste verbandhouer is gebonde aan die nakoming van hierdie formaliteit alvorens daardie onroerende goed werklik vrylik vervreembaar is.

Dit is ons mening dat die effek van die *Collier*-uitspraak is dat, in terme van art. 8(b) van die *Insolvensiewet*, die onroerende goed waarop ‘n skuldeiser ‘n eerste verband het, vervreembare goed is sonder enige

kennisgewing aan enige ander skuldeiser.<sup>55</sup> Nietemin het hierdie eerste verbandhouer altyd 'n spesiale bevel<sup>56</sup> nodig om die onroerende goed uit te win, selfs in die geval van sekwestrasies. Indien die onroerende goed boonop die primêre woning van die vonnisskuldenaar is, moet judisiële oorweging deur 'n regter plaasvind wat beteken dat alle relevante omstandighede oorweeg sal word alvorens die bevel vir spesiale uitwinning gegee word. Dit word aangevoer dat hierdie vereiste ook die kurator bind. Dit beteken nie dat die kurator nie die onroerende eiendom mag verkoop nie. Geensins. Dit beteken dat waar 'n primêre woning betrokke is, judisiële oorsig moet plaasvind. Dit is dan die taak van die eerste verbandhouer (of die kurator afhange van die geval) om 'n versoek aan die hof te rig om diskresionêre leiding te gee rakende die primêre woning-aangeleentheid en sy saak so volledig moontlik te motiveer.

## Bibliografie

### CURRIE I EN DE WAAL J

2013. *The Bill of Rights handbook*. 6<sup>th</sup> ed. Cape Town: Juta.

### DE VOS P EN FREEDMAN W

2015. *South African constitutional law in context*. Cape Town: Oxford University Press.

### DU PLESSIS M & PENFOLD G

2005. Bill of Rights jurisprudence. *Annual Survey of South African Law* 27:77-81.

2006. Bill of Rights jurisprudence. *Annual Survey of South African Law* 45:83-93.

### HARMS D

2015. *Civil procedure in the Superior Courts. Part B*. LexisNexis Online.

### SCHOEMAN-MALAN L

2015. Is die Moslem-huwelik nou 'n erkende huwelik? *Faro v Bingham NO* [2013] ZAWCHC 159 (25 Oktober 2013). *LitNet Akademies (Regte)* 12(1):267-290.

### VAN LOGGERENBERG DE & BERTELSMANN E

2016. *Erasmus: Superior Court practice. Vol. 2, Part D1*. Jutastat e-publications. Internet: ISSN 1561-7475.

---

55 Dit is waar hierdie eerste verbandhouer die vonnisskuldeiser is.

56 Hierdie bevel is nodig ongeag of die eiendom verbandbeswaard is of nie.