

VRYSTAAT HOË HOF, BLOEMFONTEIN
REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA

Aansoeknommer : 2270/2010

In die aansoek tussen:-

HIGH POINT TRADING 733 BK

t/a HIGH POINT BRIDGING

Applikant

en

CORNELIUS JOHANNES POTGIETER

Respondent

**Gebore 27 Januarie 1956 en getroud buite
gemeenskap van goed**

UITSPRAAK DEUR:

VAN ZYL, R

AANGEHOOR OP:

21 OKTOBER 2010

GELEWER OP:

4 NOVEMBER 2010; 12 APRIL 2011

1] Op 4 November 2010 het ek in hierdie verrigtinge, synde die verlengde keerdag van 'n voorlopige sekwestrasiebevel wat verleen was op 24 Junie 2010 en waarin applikant se vordering van 'n finale sekwestrasiebevel deur respondent geopponeer was, die volgende bevel verleen:

“1. Die voorlopige sekwestrasiebevel word bekragtig.

2. Die oorgestane koste van 23 September 2010 is koste in die sekwestrasie.”

Voormelde bevel was in die tersaaklike Mosiehof van die dag deur die tersaaklike voorsittende Regter uitgelees nadat my sekretaris op my versoek beide partye se onderskeie prokureurs van rekord vooraf geskakel het om hul te verwittig dat die bevel aldus gelewer sou word. Vanweë oorsig, welke opreg betreur word, is die skriftelike redes vir voormelde bevel nie destyds verskaf op die stadium wat dit reeds klaar getik was nie en word dit dus nou verskaf na aanleiding van navrae daaromtrent wat op 11 April 2011 gerig was en die oorsig aan die lig gekom het.

- 2] Ter aanvang moet vermeld word dat die aansoekstukke en die voorlopige bevel nie persoonlik op respondent beteken kon word nie. Dit is egter op respondent se prokureur beteken, voortspruitend waaruit 'n kennisgewing van opponering namens respondent geliasseer is op 22 September 2010 en is sy opponerende verklaring ook op gemelde datum geliasseer. Gevolglik blyk dit duidelik dat die verlening van die voorlopige sekwestrasiebevel en die

inhoud van die funderende aansoekstukke beslis tot respondent se persoonlike kennis gekom het. Dus kan die feit dat die aansoekstukke en die voorlopige sekwestrasiebevel nie persoonlik op respondent beteken is nie, gekondoneer word in die omstandighede waar die doel van persoonlike betekening wel vervul is. Wat die verdere formaliteitsvereistes betref is dit deur applikant nagekom en was die aansoek derhalwe ryp vir die beregting van die meriete daarvan.

Funderende verklaring:

3] Applikant se besigheid behels die verskaffing van bedryfs- en oorbruggingskapitaal. Hoewel applikant hierdie kapitaal beskikbaar stel op versoek van 'n verskeidenheid van kliënte, spits applikant hom hoofsaaklik toe op die verskaffing van oorbruggingskapitaal vir hangende eiendomstransaksies. Die funderende verklaring is afgelê deur ene mnr. B.J. Venn, synde 'n lid van applikant en behoorlik daartoe gemagtig ooreenkomstig 'n besluit geneem tydens 'n vergadering van die lede van applikant. Daarin is die feitelike agtergrond uiteengesit ten opsigte van

twee skriftelike koopkontrakte wat applikant beweer gesluit is tussen applikant en respondent, tesame met aanverwante dokumentasie wat ten opsigte daarvan onderteken is, voortspruitend waaruit applikant beweer die bedrag van R970 000.00 deur applikant aan respondent oorbetaal is, ter staving waarvan applikant verwys na internet oorbetalingsstrokies, aangeheg as aanhangsels “BJ4” tot “BJ7” tot die funderende verklaring. Voormelde koopkontrakte is egter deur applikant gekanselleer voortspruitend uit respondent se beweerde wesenlike kontrakbreuk ten opsigte daarvan. Dit is nodig om te vermeld dat by nalees van die twee koopkontrakte, welke aangeheg is as aanhangsels “BJV2” en “BJV3” onderskeidelik tot die funderende verklaring, blyk dit dat die koopkontrak, aanhangsel “BJV2”, egter nie gesluit is tussen applikant en respondent soos deur applikant beweer nie, maar inderdaad deur applikant en die maatskappy bekend as Seriso 724 (Edms) Beperk, ten tyde van welke kontraksluiting die maatskappy verteenwoordig is deur respondent in sy hoedanigheid as direkteur van die maatskappy. Hoe dit ookal sy, is ek vanweë redes wat hierinlater sal blyk van mening dat hierdie feite nie van

belang is vir doeleindes van die oorweging van die basis waarop applikant die Hof nader nie. Namens applikant is dan voorts beweer dat voortspruitend uit voormelde kansellasië van die koopkontrakte, respondent aan applikant die bedrag van R970 000.00 verskuldig was, welke bedrag respondent versuim het om aan applikant te betaal.

4] Dit word voorts namens applikant beweer dat applikant vonnis teen respondent verkry het, 'n afskrif van welke vonnis aangeheg is tot die funderende verklaring as aanhangsel "BJV8". 'n Lasbrief vir eksekusie is daaropvolgend uitgereik en het die Balju 'n relaas tesame met 'n inventaris uitgereik, 'n afskrif waarvan aangeheg is tot die funderende verklaring as aanhangsels "BJV9" en "BJV10" onderskeidelik. In paragrafe 11.1 en 11.2 van die funderende verklaring is dan as volg namens applikant beweer:

"11.1 ...Dit blyk duidelik uit die inventaris dat daar nie genoegsame roerende bates is om aan die applikant se eis te voldoen nie.

11.2 Daar word respekvol aangevoer dat die respondent *de facto* insolvent is deurdat hy ingevolge artikel 8(b) van die Insolvensie Wet, 24 van 1936, 'n daad van insolvensie begaan het. Alhoewel die balju beslag gelê het op roerende eiendom soos blyk uit die balju se relaas aanhangsel "BJV9" en "BJV10", is daar 'n aanspraak op gemelde eiendom. Ek voer respekvol aan dat daar inderdaad afgelei kan word dat die balju nie andersins voldoende vervreembare goed kon vind om aan die vonnis te voldoen nie."

5] Ten opsigte van die beweerde voordeel vir skuldeisers indien respondent gesekwestreer sou word, ag ek dit doelmagtig om die bewerings hieromtrent vervat in die funderende verklaring, aan te haal:

"14.1 Die respondent is tans insolvent en nie in staat om sy skuld te betaal nie.

14.2 Indien die respondent gesekwestreer word, kan die kurator 'n behoorlike soektog na die bates van die respondent loods en hierdie bates te gelde maak waar dit moontlik nie aan die balju geopenbaar is nie.

- 14.3 Die kurator sal ook die bevoegdheid hê om vas te stel of die respondent vervreemdings gemaak het strydig met die Insolvensiewet en kan die kurator hierdie vervreemdings ter syde stel en die bedrae terugvorder.
- 14.4 Daar is veral twyfel in my gemoed rondom die bedrag van R970 000.00 wat aan die respondent betaal is en wat hy daarmee gedoen het. Dit kan nie net verdwyn het nie en het hy waarskynlik debiteure.
- 14.5 Ek doen eerbiediglik aan die hand dat 'n ondersoek deur die kuratore van die respondent bates sal uitwys wat 'n voordeel vir skuldeisers sal veroorsaak.
- 14.6 Daar kan dan 'n substansiële dividend aan die applikant betaal word."

Opponerende Verklaring:

6] Respondent het in sy opponerende verklaring in 'n lang verduideliking uiteengesit hoe die sluiting van die twee koopkontrakte waarna in die funderende verklaring verwys is, tot stand gekom het. In breë trekke kom dit daarop neer

dat respondent beweer dat hy teen ongeveer 2006 twee erwe in Parys, naamlik erfnommers 397 en 399, synde die twee erwe wat ook die onderwerp van die twee koopkontrakte vorm, aangekoop het ten einde meenthuse daarop te ontwikkel. Hoewel respondent die eiendom in sy persoonlike naam aangekoop het, was dit die bedoeling om dit later in 'n maatskappy te ontwikkel en is die maatskappy waarna ek reeds in die funderende verklaring verwys het, naamlik Seriso 724 (Edms) Beperk (hierinlater na verwys as "Seriso"), as 'n rakmaatskappy bekom vir doeleindes van hierdie ontwikkeling en ten einde finansiering daarvoor te bekom. Dit het eventueel geblyk dat Seriso R1,3 miljoen benodig in oorbruggingsfasiliteit. Daar is toe deur respondent met mnr. Venn van applikant onderhandel en is daar ooreengekom dat applikant R1,3 miljoen aan Seriso beskikbaar sou stel. Na aanleiding van 'n verdere verduideliking wat respondent in die opponerende verklaring uiteensit, beweer hy dan dat die koopkontrakte gesimuleerde kontrakte was en dat dit nooit die bedoeling van enige van die partye was dat die eiendomme inderdaad aan applikant verkoop sou word nie. Die ondertekende dokumente sou slegs 'n vorm van sekuriteit aan applikant

verleen. Respondent beweer voorts dat applikant in ieder geval die ooreenkoms wat tussen hulle bestaan het met betrekking tot die voorskiet van R1,3 miljoen repudieer het, welke repudiasie respondent noodgedwonge destyds moes aanvaar. Respondent ontken dat hy in sy persoonlike hoedanigheid die bedrag van R970 000.00 verskuldig is.

Respondent het ook verskeie aspekte van die bepalinge van die Nasionale Kredietwet, 34 van 2005, geopper, op grond waarvan hy beweer dat die koopkontrakte die bepalinge van die Kredietwet omseil, dat die koopkontrakte saamgelees met die skulderkenning onwettige ooreenkomste is en dat indien applikant respondent sou dagvaar op die feite wat respondent beweer die ware feite is, applikant eers aan die bepalinge van Artikel 129(1)(a) saamgelees met Artikel 68(10) en 130 van die Nasionale Kredietwet sou moes voldoen, welke op geen stadium in die onderhawige geval gedoen is nie.

7] Ten opsigte van die dagvaarding en die vonnis, beweer respondent dat hy op geen stadium 'n dagvaarding in die aksie ontvang het nie. Volgens hom is hy gedurende

middel Februarie 2010 deur sy buurman telefonies geskakel, wie hom meegedeel het dat 'n dokument deur die Balju Parys by sy (respondent se) huis gelos is. Tydens sy aandoen by sy huis het hy gemerk dat daar 'n inventaris was wat teen die deur vasgekap was. Respondent beweer dan as volg in paragraaf 6.1 van die opponerende verklaring:

“Ek het op daardie stadium al 'n ooreenkoms aangegaan met Mnre. Katota Prop Co 2. Die maatskappy sou die ontwikkelde eiendom aankoop teen 'n bedrag van R11,9 miljoen. Ek het gewag vir hierdie finansiering om deur te kom. Ek was verder in afwagting vir gelde verskuldig aan my na werk verrig in die buiteland, en sou regshulp bekom sodra dit betaal word. Ek het beperkte fondse op daardie stadium gehad. My bedoeling was om regsadvies in te win sodra my finansiële posisie dit regverdig.”

Nadat die huidige aansoek vroeg Mei 2010 op respondent beteken is, het respondent geld bekom om 'n advokaat en prokureur te konsulteer. Hoewel 'n advokaat respondent van regsadvies verleen het, was dit respondent se indruk dat die advokaat nie behoorlik voorbereid was nie. Die

saak het toe op 3 Junie 2010 voor die Hof gedien, maar was daar geen verskyning namens applikant nie en is die aansoek van die rol verwyder. Respondent het op 23 Junie 2010 van sy prokureur in Potchefstroom verneem dat die saak die volgende dag op die rol is en het respondent weer in persoon verskyn. Dit was tydens hierdie verskyning wat die voorlopige bevel verleen is. Respondent het egter intussen regsadvies ingewin by 'n advokaat te Pretoria Balie, wie bekend is aan respondent, en wat *pro bono* die opponerende stukke opgestel het deur die tussenkoms van 'n prokureursfirma.

Respondent beweer dat indien die voorlopige sekwestrasie-bevel opgehef sou word, hy onverwyld aansoek gaan doen vir tersydestelling van die vonnis wat teen hom verleen is.

- 8] Verdermeer en as deel van die inleidende gedeelte tot die opponerende verklaring, wys respondent daarop, soos ek ook vroeër hierin vermeld het, dat op applikant se eie weergawe gesteun word op twee koopkontrakte, maar waarvan slegs die een in respondent se naam gesluit is. Respondent beweer gevolglik dat enige vonnis in terme

waarvan die bedrag van R970 000.00 van respondent verhaal word, op applikant se eie weergawe verkeerd is.

9] Respondent het ook verwys na die vonnis wat toegestaan is, aanhangsel “BJV8” tot die funderende verklaring, en beweer dat dit nie duidelik blyk dat daar hoegenaamd vonnis teen hom verleen is nie, aangesien die vonnis lees dat dit verleen word “teen die verweerder”, maar dat daar twee verweerders in die kopskrif daarvan ter sprake is, synde respondent as eerste verweerder en Seriso as tweede verweerder. Gevolglik ontken respondent dat die lasbrief wat uitgereik is voortspruitend uit die vonnis, regsgeldig uitgereik is.

Repliserende Verklaring:

10] Uit die repliserende verklaring blyk dit dat respondent op 14 September 2009 te Potchefstroom in teenwoordigheid van sy vorige prokureur, mnr. André Muller van Awie Wright Prokureurs, Potchefstroom, skriftelik toegestem het tot vonnis ooreenkomstig die bepalings van Hofreël 31. Hierdie toestemming tot vonnis, tesame met mnr. Muller se

verklaring dat die toestemming tot vonnis deur respondent in sy teenwoordigheid onderteken is, is aangeheg tot die repliserende verklaring as aanhangsels “X” en “Y” onderskeidelik. Dit blyk uit aanhangsel “X”, die toestemming tot vonnis, dat respondent in sy persoonlike hoedanigheid, sowel as namens en ten behoeve van Seriso, behoorlik daartoe gemagtig ingevolge ’n besluit van Seriso, toestem tot vonnis ten gunste van eiser in die bedrag van R970 000.00 tesame met rente daarop bereken teen ’n koers van 15,5% *a tempora morae*, welke bedrae betaalbaar is deur respondent en tweede verweerder (Seriso) gesamentlik en afsonderlik.

Met verwysing na hierdie toestemming tot vonnis, beweer applikant gevolglik dat respondent se vooruitsigte op sukses om te slaag met ’n aansoek vir die tersydestelling van die vonnis, uiteraard skraal is.

11]Namens applikant word daar in die repliserende verklaring ook uitgewys dat respondent nie ontken dat die bedrag van R970 000.00 deur applikant oorbetal was nie. Dit is ook namens applikant beweer dat respondent nie enige verweer

teen applikant se skuldoorsaak uitgemaak het nie en alwaar dit blyk dat respondent nie in staat is om die verskuldigde bedrag terug te betaal nie en/of nalaat en/of weier om dit te doen, behoort sy boedel tot voordeel van sy krediteure te gelde gemaak word by wyse van die bekragtiging van die voorlopige sekwestrasiebevel.

Tersaaklike regsbeginsels en oorweging van die meriete:

12]In terme van artikel 12 van die Insolvensiewet, No. 24 van 1936 (hierinlater na verwys as “die Wet”), kan die Hof ’n finale sekwestrasiebevel uitreik indien dit oortuig is dat:

- “(a) Die petisionerende skuldeiser ’n vordering soos bedoel in subartikel (1) van artikel 9 teen die skuldenaar bewys het; en
- (b) die skuldenaar ’n daad van insolvensie begaan het of insolvent is; en
- (c) daar rede bestaan om aan te neem dat dit tot voordeel van skuldeisers van die skuldenaar sal strek as sy boedel gesekwestreer word.”

Die bewyslas ten opsigte hiervan rus op die applikant, welke op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys moet word.

13]Ek gaan eers met die tweede vereiste handel, synde dat applikant die Hof moet oortuig dat respondent 'n daad van insolvensie begaan het of insolvent is. In die verband het mnr. Grewar, namens respondent, betoog dat applikant in terme van die funderende verklaring op 'n sekere skuldoorsaak in die verband die Hof genader het, maar toe dit aangeveg is in die opponerende verklaring, het applikant sy skuldoorsaak in die repliserende verklaring gewysig deur te steun op die toestemming tot vonnis. Dit het, aldus mnr. Grewar se betoog, tot gevolg dat applikant nie 'n behoorlike saak in sy funderende verklaring uitgemaak het nie en het dit voorts tot gevolg dat respondent nie die geleentheid gehad het om te antwoord op applikant se bewerings ten opsigte van die toestemming tot vonnis nie.

14]Ek kan nie met voormelde argument saamstem nie. Hoewel dit inderdaad so is dat applikant in sy funderende verklaring na die onderskeie kontrakte verwys het en

beweer het dat respondent wesenlike kontrakbreuk ten opsigte daarvan gepleeg het, is dit duidelik dat hierdie bewerings slegs as agtergrond uiteengesit is. Dit is dan ook onder die opskrif “Agtergrond” vervat. Dit blyk onteenseglik duidelik uit paragrawe 11.1 en 11.2 van die funderende verklaring, welke ek reeds aangehaal het in paragraaf 4 hierbo, dat applikant daarop steun dat respondent ’n daad van insolvensie ooreenkomstig die bepalings van artikel 8(b) van die Wet begaan het. Artikel 8(b) van die Wet 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 beampte belas met die tenuitvoerlegging van die vonnis, aan die vonnis te voldoen of aan daardie beampte vervreemdbare goed aan te wys was voldoende is om aan die vonnis te voldoen of as uit die relaas van daardie beampte blyk dat hy nie genoeg vervreemdbare goed gevind het nie om aan die vonnis te voldoen”.

In die verband het applikant gesteun op die vonnis wat aangeheg is tot die funderende verklaring as aanhangsel “BJV8”, saamgelees met die Balju se relaas en inventaris aangeheg tot die funderende verklaring as onderskeidelik

aanhangsels “BJV9” en “BJV10”.

Respondent het in die opponerende verklaring, onder andere spesifiek in paragraaf 6.4 daarvan, beweer dat die vonnis, alwaar daar aldus respondent deur applikant gesteun word op gesimuleerde koopkontrakte, duidelik verkeerd is. Respondent het dan ook in paragraaf 15 van sy opponerende verklaring beweer dat hy voornemens is om aansoek te doen vir die tersydestelling van die vonnis, aangesien die vonnis verkeerdelik verleen is.

Na my mening blyk dit duidelik dat applikant as gevolg van voormelde bewerings van respondent genoodsaak was om dit in die repliserende verklaring te weerspreek deur uit te wys dat die vonnis nie verleen is op die basis van die kontrakte nie, maar inderdaad op basis van respondent se skriftelike toestemming tot vonnis. (Dit moet vermeld word dat ek voorafgaande die aanhoor van hierdie aansoek die lêer onder saaknommer 3486/09 laat trek het, synde die aangeleentheid ten opsigte waarvan vonnis by verstek verleen is. Uit die nalees van daardie hofstukke blyk dit dat die aansoek om vonnis by verstek inderdaad gevorder en

verleen is op die basis van die skriftelike toestemming tot vonnis.) In applikant se repliserende verklaring het applikant derhalwe steeds op dieselfde skuldoorsaak/daad van insolvensie gesteun, synde die vonnis wat verkry is en die versuim om daaraan te voldoen op die wyse uiteengesit in Artikel 8(b) van die Wet. Applikant se verwysing na die skriftelike erkenning van skuld in die repliserende verklaring, het na my mening nie die basis van applikant se aansoek gewysig nie en alwaar applikant op die vonnis as sulks in die funderende verklaring gesteun het, was dit nie nodig vir applikant om in die funderende verklaring te verwys na die basis waarop sodanige vonnis by verstek verkry is nie. Dit het eers nodig geword na aanleiding van respondent se bogemelde bewerings dat die vonnis verkeerdelik verkry is. Daar is dus geen benadeling vir respondent insoverre applikant eers in die repliserende verklaring na die skriftelike toestemming tot vonnis verwys het nie en, indien en insoverre respondent dit nodig gehad het om daarop te antwoord, kon respondent aansoek gedoen het om verlof tot die liassering van 'n dupliserende verklaring, welke nie gedoen is nie.

15]Die enigste aspek wat dus in die verband beslis moet word, is die vraag of applikant 'n behoorlike saak uitgemaak het met betrekking tot sy bewering dat respondent 'n daad van insolvensie begaan het. Soos reeds in paragraaf 4 hierbo aangehaal, het die relaas van die Balju, aanhangsel "BJV9" tot die funderende verklaring, slegs verwys na "roerende eiendom" waarop die Balju beslag gelê het. Daar is nie 'n verwysing na "vervreembare" goed soos vereis in Artikel 8(b) van die Wet nie, welke vervreembare goed beide roerende en onroerende goed, wat onbelas is, insluit. Sien **Insolvency Law and its Operation in Winding-Up**, P.M. Meskin, op p. 2-8 en die gesag aldaar aangehaal.

16]Mnr. Cilliers, namens applikant, het gevolglik van meet af aan, na my mening heeltemal tereg, toegegee dat die relaas nie 100% korrek is in hierdie verband nie. Hierdie gebrek het na my mening tot gevolg dat die relaas *per se* nie aantoon dat daar nie voldoende vervreembare goed beskikbaar was nie. Hierdie gebrek en die gevolg daarvan, synde dat die relaas nie voldoen aan die vereistes van Artikel 8(b) van die Wet nie, is ook deur mnr. Grewar in sy betoogshoofde uitgewys en het hy ook in sy mondelinge

betoog dit herhaal. Sien **CORNELISSEN N.O. vs WELKOM TRACTORS AND AUTO'S LTD** 1971(3) SA 114 (O) en **RODREW (PTY) LTD vs ROSSOUW** 1975(3) SA 137 (O) op 138 H.

17]Mnr. Cilliers het egter betoog dat die gemelde gebrek in die relaas geag moet word aangevul te wees deur die bewering gemaak in paragraaf 11.2 van die funderende verklaring tot dien effekte dat daar “afgelei kan word dat die Balju nie andersins voldoende vervreembare goed kon vind om aan die vonnis te voldoen nie”, welke bewering nie in die opponerende verklaring ontken is nie. Hierdie submissie kan egter na my mening nie opgaan nie, aangesien die relaas opsigself moet voldoen aan die vereistes van Artikel 8(b) van die Wet. In die verband is daar as volg in **NEDBANK LTD vs THORPE** [2005] JOL 13772 (D) op p. 11 tot 12 van die uitspraak beslis:

“Counsel for the respondent submitted that where an applicant relies upon a nulla bona return he has to be meticulous in his averments. He referred to the following passage in Smith The Law of Insolvency (supra) at 35, with which I respectfully agree:

‘From the numerous cases in which a decision is required regarding the adequacy of nulla bona returns either by deputy-sheriffs or by messengers, it is apparent that many of these officers do not exercise sufficient care in the preparation of returns. ... If the return is defective it should be returned to the officer in question for amendment or amplification before the application is drawn up. That sequestration proceedings based on an inadequate or defective return may prove abortive, is clear from decisions of our courts which have held that an applicant must stand or fall by the return upon which he has relied.’

I do not think the fact that the respondent signed the ‘Nulla bona Certificate’ can cure any defects in the nulla bona return itself. The nulla bona return must stand alone and must itself comply with the requirements of section 8(b) of the Act.”

18]In ieder geval, en indien en insoverre dit aanvaar sou word dat 'n applikant geregtig sou wees om 'n gebrekkige relaas te probeer aanvul, is ek van mening dat gegewe die spesifieke bewoording van Artikel 8(b) van die Wet, enige beëdigde verklaring wat gebruik word in 'n poging om die gebreke in die relaas aan te vul, gemaak sal moet word

deur die “beampte belas met die tenuitvoerlegging van die vonnis” en nie `n applikant nie. Dit is wat gepoog was om gedoen te word, hoewel ook sonder sukses, in **CORNELISSEN N.O. vs WELKOM TRACTORS AND AUTO’S LTD**, *supra*, op 117 E - H.

19]Gevolgtrek is ek van mening dat applikant nie in die onderhawige geval `n behoorlike saak uitgemaak het vir die bekragtiging van die voorlopige sekwestrasiebevel gebaseer op `n daad van insolvensie in terme van Artikel 8(b) van die Wet nie.

20]Anders as in voormelde uitspraak van **NEDBANK LTD vs THORPE**, waar die aansoek uitsluitlik gebaseer was op die bewering dat respondent `n daad van insolvensie in terme van die bepaling van Artikel 8(b) van die Wet begaan het, blyk dit dat die omstandighede in die onderhawige geval anders is.

21]In **Mars The Law of Insolvency in South Africa**, Bertelsmann *et al*, 9de uitgawe, op p. 135 -136 is as volg deur die geleerde skrywers vermeld:

“If he (the sequestrating creditor) relies in his application on an act of insolvency and is unable to establish that it was committed, but it is quite clear that the debtor is in fact insolvent, the court may grant a final sequestration order on the latter ground, even if not specifically relied on in the application.”

Sien ook **CORNERSHOP (PTY) LTD vs MOODLEY** 1950(4) SA 55 (T) op 59; **SABER MOTORS (PTY) LTD vs MOROPHANE** 1961(1) SA 759 (W) op 763 en **SMITH AND WALTON SA (PTY) LTD vs HOLT** 1961(4) SA 157 (N) op 166

22]Wat die bewys van sodanige insolvensie betref, is dit gesaghebbend in **Mars The Law of Insolvency in South Africa**, *supra*, op p. 136 as volg gestel:

“Such proof need not be direct. It is enough if facts are proved from which the inference of insolvency is fairly and properly deducible. As far as the debtor is concerned, the best proof of his solvency is payment of his debts and consequently his failure to pay is itself of significance, particularly if he fails to

pay a judgment debt. Thus the facts that ... or that judgments obtained against him remain unpaid, though not conclusive, are presumptive proof of insolvency.”

Hierdie beginsels is ook as volg in **ABSA BANK LIMITED vs RHEBOKSKLOOF (PTY) LTD AND OTHERS** 1993(4)

SA 436 (CPD) op 443 D - F uiteengesit, op welke passasie mnr. Cilliers ook tydens sy betoog gesteun het:

“Even, however, where a debtor has not committed an act of insolvency and it is incumbent on his unpaid creditors seeking to sequester the former’s estate to establish actual insolvency on the requisite balance of probabilities, it is not essential that in order to discharge the onus resting on the creditor if he is to achieve this purpose that is set out chapter and verse (and indeed figures) listing the assets (and their value) and the liabilities (and their value) for he may establish the debtor’s insolvency inferentially. There is no exhaustive list of facts from which an inference of insolvency may be drawn, as for example an oral admission of a debt and failure to discharge it may, in appropriate circumstances which are sufficiently set out, be enough to establish insolvency for the purpose of the prima facie case which the creditor is required to initially make out. It is then for the debtor to rebut this prima

facie case and show that his assets have a value exceeding the sum total of his liabilities. See Mars The Law of Insolvency in South Africa 8th ed at 108; MacKay vs Cahill 1962(4) SA 193 (O) at 194 F - H, 195 C - E, 204 F - H.”

23]In die onderhawige geval is reeds in paragraaf 11.2 van die funderende verklaring deur applikant beweer dat respondent *de facto* insolvent is. In dieselfde paragraaf is daar met verwysing na die roerende eiendom waarop die Balju beslag gelê het soos blyk uit die Balju se relaas, beweer dat daar 'n aanspraak op gemelde eiendom is en is voorts beweer dat daar afgelei kan word dat die Balju nie andersins voldoende vervreembare goed kon vind om aan die vonnis te voldoen nie. “Vervreembare goed”, wanneer gelees in die konteks van die paragraaf, blyk duidelik te slaan op beide roerende en onroerende goed. Wanneer paragraaf 15 van die opponerende verklaring gelees word, synde die paragraaf wat as antwoord dien op paragraaf 11 van die funderende verklaring, blyk dit dat daar geen ontkenning van hierdie bewerings deur respondent gemaak is nie en is daar ook geen bewering tot die teendeel deur respondent hierin gemaak nie.

Verdermeer is daar in paragraaf 14.1 van die funderende verklaring pertinent beweer dat die respondent insolvent is en nie in staat is om sy skuld te betaal nie. In sy antwoord hierop het respondent in paragraaf 16 van die opponerende verklaring bloot ontken dat applikant 'n saak uitgemaak het dat respondent insolvent is, welke ontkenning daarop gebaseer is dat “gesteun word op 'n vonnis wat verkeerdelik verleen is”. Weereens is daar geen pertinente ontkenning deur respondent dat hy insolvent is en/of dat hy nie in staat is om sy skuld te betaal nie.

Addisioneel tot voormelde en wat na my mening uiters insiggewend in hierdie omstandighede is, is die feit dat respondent nêrens in die opponerende verklaring:

23.1 ontken het dat hy insolvent is nie; en/of

23.2 enigsins gepoog het om 'n uiteensetting te gee van sy bate- en lasteposisie ten einde ter weerlegging van die bewerings dat hy insolvent is, aan te toon dat hy inderdaad solvent is nie.

24]Al waarop respondent in wese steun in sy opponerende verklaring, is die bewerings dat die vonnis verkeerdlik verleen is en indien die bevel nie op die keerdatum bekragtig gaan word nie, respondent gaan aansoek doen om 'n bevel vir die tersydestelling van die vonnis.

25]Wat die vonnis as sulks betref, is dit inderdaad so, soos deur respondent in sy opponerende verklaring uitgewys en ook deur mnr. Grewar betoog, dat die vonnis/hofbevel wat aangeheg is as aanhangsel “BJV8” tot die funderende verklaring, in terme waarvan applikant die eiser was en respondent die eerste verweerder en Seriso die tweede verweerder was, dit slegs lees dat vonnis by verstek teen “ve weerder” (*sic*) toegestaan is. Mnr. Grewar se betoog was dus dat insoverre daar twee verweerders is, maar daar slegs na 'n enkele verweerder in die vonnis verwys word, dit nie duidelik is dat vonnis teen respondent in sy hoedanigheid as eerste verweerder ook verleen is nie.

Na my mening kan voormelde argument nie opgaan nie. Gegewe die totaliteit van die stukke voor die Hof, in

besonder die toestemming tot vonnis wat aangeheg is tot die repliserende verklaring as aanhangsel “X” en boonop die skriftelike bevestiging daarvan deur respondent se destydse prokureur aangeheg tot die repliserende verklaring as aanhangsel “Y”, is dit duidelik dat dit die bedoeling van respondent en dus ook van die vonnis/hofbevel was dat vonnis teen beide verweerders toegestaan word. Die afwesigheid van die “s” aan die einde van die woord verweerder ten einde meerdere verweerders aan te toon, blyk duidelik bloot ’n tikfout te wees, net soos wat die woord “ve weerder” ook blyk ’n tikfout te gewees het insoverre dit duidelik bedoel het om “verweerder” te lees.

26]In ieder geval en in besonder alwaar daar in die onderhawige geval ook ’n lasbrief tot uitwinning teen respondent uitgereik was voortspruitend uit die vonnis, sowel as ’n beslaglegging op respondent se roerende goedere soos reeds hierin vroeër na verwys, stem ek saam met mnr. Cilliers se betoog dat die vonnis/hofbevel (en dus die voormelde regstappe wat daaruit voortgevloei het) geldend en bindend is totdat dit deur ’n bevoegde Hof tersyde gestel word. Sien **WRIGHT vs WESTELIKE**

PROVINSIE KELDERS BPK 2001(4) SA 1165 (CPD) op
1180 C - D.

27]Wat respondent se beweerde beoogde aansoek om tersydestelling van die vonnis betref, blyk dit dat respondent, op sy eie weergawe, reeds gedurende middel Februarie 2010 bewus geword het dat die Balju by sy huis aangedoen het en duidelik, nadat respondent daaropvolgend self by sy huis aangedoen het, uiteraard ook moes bewus geword het van die vonnis wat verleen is. Hoewel die onderhawige aansoek eers op 21 Oktober 2010 aangehoor is, dit wil sê nagenoeg agt maande later, het respondent steeds tot op hede nie 'n aansoek om tersydestelling van die vonnis geloods nie. Die enigste verduideliking wat respondent poog om in die verband aan die Hof voor te hou, is dat hy "beperkte fondse op daardie stadium gehad het". Dit is egter duidelik dat respondent planne kon beraam en/of fondse kon bekom om die onderhawige aansoek te opponeer. Indien respondent dus *bona fide* en werklik die bedoeling gehad het en/of steeds het om aansoek te doen om tersydestelling van die vonnis, sou redelikerwys verwag word dat respondent ook 'n plan

sou beraam om dienooreenkomstig reeds sodanige aansoek te geloods het.

28]Gevolgtlik ag ek die vonnis as geldig en bindend, soos ook as volg in **Mars The Law of Insolvency in South Africa**, *supra*, op p. 110 vermeld word:

“When the sequestrating creditor relies on a judgment, the court must, in the absence of any proceedings to set it aside, even though an allegation of its having been collusively obtained is made, regard it as valid. A creditor who has obtained a default judgment has a liquidated claim if the period allowed for setting aside the judgment has expired ...”

Ek moet ook vermeld dat ek addisioneel tot voormelde ek in ieder geval met mnr. Cilliers se betoog saamstem dat alwaar respondent in die onderhawige geval skriftelik toegestem het tot vonnis, respondent nie 'n redelike kans op sukses het met enige beweerde beplande aansoek om tersydestelling van sodanige vonnis nie.

29]’n Aspek wat egter wel ten opsigte van die vonnis vermeld moet word, hoewel dit nie respondent se saak is nie, is die

feit dat nieteenstaande die feit dat die skriftelike toestemming tot vonnis vermeld het dat toestemming verleen word tot vonnis teen respondent en Seriso gesamentlik en afsonderlik, die verstekvonniss wat wel verleen is, nie daardie bewoording bevat nie. By gebrek aan sodanige spesifieke bepaling in die hofbevel, blyk dit dat die vermoede bestaan dat respondent en Seriso slegs gesamentlik aanspreeklik is teenoor applikant vir die vonnisbedrag. Sien **Wille's Principles of South African Law**, 9 de uitgawe, F. Du Bois et al, op p.818. Dit sal tot gevolg hê dat applikant (by gebrek aan 'n gepaste regstelling/wysiging van die bevel) slegs geregtig is om die helfte van die vonnisbedrag vanaf respondent te vorder. Hoe dit ookal sy, het dit na my mening geen invloed op die meriete van applikant se vordering nie. In die verband is die volgende gesaghebbende passasie in **Mars the Law of Insolvency in South Africa**, *supra*, op p. 108 in die onderhawige geval van toepassing:

“Even if the debtor disputes the creditor’s claim the court may, if satisfied that the debtor’s opposition is not bona fide and that the debt substantially exceeds R100, grant a sequestration

order although unable to decide the exact amount of the debt.”

30]Selfs indien aanvaar sou word dat respondent, op die stukke soos dit tans lees, slegs die bedrag van R485 000.00 aan applikant verskuldig is, is ek steeds tevrede en oortuig dat die feite wat deur applikant beweer en bewys is, sodanig is dat applikant op 'n oorwig van waarskynlikhede die afleiding van insolvensie van respondent aangetoon het.

31]Gevollik is ek ook onder die omstandighede oortuig dat applikant dus 'n vordering het soos bedoel in artikel 9(1) van die Wet en het applikant hom dus van sy bewyslas ten opsigte van die eerste vereiste uiteengesit in artikel 12 van die Wet gekwyt.

32]Wat betref die voordeel vir skuldeisers, is die beginsels soos uiteengesit in **Insolvency Law and Its Operation in Winding-Up**, *supra*, op p. 2-20 tot p. 2-22 na my mening relevant in die onderhawige geval, gedeeltes waarvan as volg lees:

“The applicant bears the onus of establishing that there is reason to believe that sequestration will be to the advantage of creditors, ...

Actual advantage to creditors need not be established, but only that there is reason to believe that sequestration will be to creditors’ advantage. ...

Other than in the case of ‘friendly sequestrations’ it is sufficient if the applicant demonstrates, eg, that there are reasonable grounds for concluding that upon a proper investigation of the debtor’s affairs, or otherwise, a trustee may discover or recover assets for disposal for the benefit of creditors.”

33]Ek het reeds in paragraaf 5 hierbo applikant se bewerings aangehaal ten opsigte van die beweerde voordeel vir skuldeisers. Soos met vele aspekte in die onderhawige aansoek, blyk dit by ’n nalees van die opponerende verklaring dat respondent weereens nie net versuim het om op ondubbelsinnige wyse hierdie bewerings te ontken nie, maar ook versuim het om gegronde en substantiewe feitelike bewerings tot die teendeel aan die Hof voor te hou. Respondent se poging in paragraaf 16 van sy opponerende verklaring om te antwoord op paragraaf 14.4 van die

funderende verklaring ten opsigte van sy beweerde aanwending van die bedrag van R970 000.00, verskaf beslis nie 'n feitelik-gefundeerde verduideliking ten opsigte van die aanwending van die geld nie.

[34] Verdermeer meen ek dat die eiendomstransaksie of transaksies en gepaardgaande besigheidshandeling wat, selfs op respondent se eie weergawe, plaasgevind het tussen respondent en Seriso, sodanig vreemd opval dat ek oortuig is dat dit tot voordeel van skuldeisers sal wees indien 'n kurator 'n behoorlike ondersoek na hierdie transaksies kan loods en enige vervreemdings wat strydig met die Insolvensiewet gemaak is sal kan terugvorder.

[35] Gevolglik is ek tevrede dat applikant 'n behoorlike saak uitgemaak het ten opsigte van die drie wesenlike elemente wat op 'n oorwig van waarskynlikhede deur applikant bewys moes word. Desnieteenstaande het ek egter steeds 'n diskresie met betrekking tot die vraag of 'n finale bevel verleen moet word, aldan nie. Hierdie diskresie mag egter slegs ten gunste van respondent aangewend word indien respondent op 'n oorwig van waarskynlikhede aantoon dat

daar spesiale omstandighede bestaan wat regverdig dat 'n finale sekwestrasiebevel nie verleen moet word nie. Sien **BENADÉ vs BOEDEL ALEXANDER** 1967(1) SA 648 (O) op 655 - 656.

[36] In die onderhawige geval het respondent na my mening geen sodanige spesiale omstandighede aangetoon nie.

Inteendeel,

1. alwaar respondent nêrens in die opponerende verklaring ontken het dat die bedrag van R970 000.00 inderdaad oorbetaal is nie (hoewel hy ontken dat dit aan hom in sy persoonlike hoedanigheid oorbetaal is, maar dit onteenseglik uit ten minste aanhangsels "BJV6" en "BJV7" tot die funderende verklaring blyk dat ten minste die bedrag van R230 000.00 direk in respondent se persoonlike rekening betaal is),
2. respondent skriftelik toegestem het tot vonnis ook teen homself
3. en vonnis inderdaad teen respondent verleen is (selfs al word dit ook net geag vir die helfte van die bedrag

van R970 000.00 te wees),

vereenselwig ek my eerbiediglik met die volgende *dicta* in
DEWARD vs ANDREW AND THIENHAUS LTD 1907 TS
 727 op 733:

“To my mind the best proof of solvency is that a man should
 pay his debts; and therefore I always examine in a critical spirit
 the case of a man who does not pay what he owes.”

[37] Gevolglik was ek oortuig dat die voorlopige
 sekwestrasiebevel bekragtig moet word.

Koste:

[38] Wat die koste betref, is daar geen rede waarom die koste
 van die aansoek nie koste in die sekwestrasie moet wees
 soos voor voorsiening gemaak in die voorlopige
 sekwestrasiebevel nie. Die enigste verdere aspek, is die
 koste wat op 23 September 2010 oorgestaan het vir latere
 beregting. Gegewe dat die kennisgewing van opponering
 en die opponerende verklaring eers op 22 September 2010

onderteken is, dit wil sê een dag voor die verlengde keerdag op 23 September 2010, is die enigste redelike afleiding dat die verlenging van die keerdag op 23 September 2010 genoodsaak was vanweë die laat stadium waarop respondent sy kennisgewing van opponering en opponerende verklaring geliasseer het. Daar moes dus toe ook aan applikant die geleentheid gegee word om sy repliserende verklaring te liasseer. In sodanige omstandighede het ek gemeen dat hierdie oorgestane koste ook koste in die sekwestrasie moet wees.

[39] Gevolglik het ek die bevel op 4 November 2010 verleen soos reeds na verwys.

C. VAN ZYL, R

Namens die applikant:

Adv. H.J. Cilliers
In opdrag van:
Christo Dippenaar Prokureurs
BLOEMFONTEIN

Namens die respondent:

Adv. D.M. Grewar
In opdrag van:
M.C. Rijkheer Ingelyf
BLOEMFONTEIN