

## **GRONDWETLIKE HERVORMING : VONNISSE, UITWINNING VAN ONROERENDE EIENDOM EN UITSETTING**

Die reg van toepassing op verstekvonnisse en uitwinning van onroerende eiendom, in besonder waar die eiendom die primêre woning van die verweerder is, is die afgelope tyd ingrypend hervorm. Dit is van kardinale belang dat alle praktisyns daarvan kennis neem. Ten einde die tans geldende beginsels te verstaan en in perspektief te sien, is dit nodig om die verloop van die debat volledig te skets.

In ***Jaftha v Schoeman and Others; Van Rooyen v Stoltz and Others***, 2005 (2) SA 140 (KH) het die Konstitusionele Hof riglyne gegee vir beslaglegging op eiendom uit hoofde van vonnisse wat nie verband hou met die eiendom nie, met ander woorde, vonnisse nie gegrond op die oproep van 'n verband nie. Die volgende is beslis :

- Die Hof bevind dat Art 66(1)(a) van die Wet op Landdroshowe strydig is met Art 26 van die Grondwet tot die mate dat dit beslaglegging magtig van eiendom wat die eksekusieskuldenaar se woning is, sonder die behoorlike oorweging van die hof. Die Hof gelas gevolglik dat woorde in die artikel ingelees moet word tot dien effek dat beslaglegging van onroerende eiendom slegs kan plaasvind "*op bevel van 'n hof, na oorweging van alle relevante omstandighede*". (Terloops, die wetgewer het tot datum nog nie die Wet op Landdroshowe dienoreenkomstig gewysig nie en daardie woorde moet steeds bloot in die artikel ingelees word.) Die bevinding bring mee dat 'n substantiewe aansoek in die Landdroshof gebring moet word na vonnis en 'n *nulla bona* relaas ten aansien van roerende goedere, ten einde uitwinning van onroerende eiendom te magtig.
- Relevante omstandighede behels onder andere die opweeg van die belange van die partye met die gevolg dat eksekusieverkopings ten aansien van onroerende eiendom nie geregverdig is in gevalle waar die vonnisskuld 'n *relatiewe klein* bedrag is nie.
- Die Art 66(1)(a) aansoek moet in die eedsverklaring bewerings bevat wat tot die eiser se kennis is ten aansien van die persoonlike omstandighede van die verweerder en enige kwesbare inwoners, of die eiendom residensieël is (kommersiële eiendom word nie geraak nie), of dit die verweerder se primêre woning is, enige ander wyses om die skuld te delg sonder beslaglegging van die eiendom en in die algemeen, redes waarom beslaglegging geregverdig is.
- In ***Mkhize v Umvoti Municipality*** 2010 (4) SA 509 (KZH) beslis die hof dat 'n lasbrief wat voor die uitspraak in *Jaftha* toegestaan is deur die klerk van die hof, nie tersyde gestel kan word indien die eiendom nie die primêre woning van die verweerder is nie aangesien die uitspraak in *Jaftha*, *alhoewel terugwerkend van krag*, nie op sulke sake van toepassing is nie en die hof dus iedergeval 'n Art 66 aansoek sou toegestaan het.

Let egter daarop dat wat die Landdroshof betref, selfs al is die eiendom kommersieël, die aansoek, as gevolg van *Jaftha*, steeds geloods moet word aangesien daar geen ander wyse vir 'n Hof is om vas te stel wat die aard van die eiendom is nie. Indien in die dagvaarding gevra word vir spesiale uitwinning, sal die Landdros uiteraard die vonnis en lasbrief oorweeg en is 'n verdere Art 66 aansoek nie nodig nie, alhoewel die aansoek vir verstekvonnisse en die spesiale uitwinningsbevel vergesels moet gaan van 'n beëdigde verklaring wat die relevante omstandighede soos hierbo na verwys, aanspreek.

### **Toepassing van *Jaftha* op Hooggeregshof-verrigtinge**

In ***Nedbank Ltd v Mortinson*** 2005 (6) SA 462 (W) by 470E het die toepassing van *Jaftha* op

hooggeregshofvonnisse wat verhipotikeerde eiendom behels, ter sprake gekom en die hof beslis dat die beperking van 'n eienaar se eiendomsreg in Art 26(3) van die Grondwet in terme van Art 36(1) regverdigbaar en redelik is in gevalle van beslaglegging op verhipotikeerde eiendom. In alle ander gevalle waar uitwinning van onroerende eiendom verlang word, geld die *Jaftha* beslissing (*supra*) indien die omstandighede met dié van *Jaftha* ooreenstem.

Daarna het die Hoogste Hof van Appél in ***Standard Bank of South Africa Ltd v Sanderson*** 2006 (2) SA 264 (HHA) beslis dat Art 26(1) van die Grondwet ter sprake was in *Jaftha* eerder as a 26(3) en dat tensy 'n verbandgewer kan aandui dat uitwinning inbreuk maak op sy of haar regte in terme van Art 26(1), daar geen verpligting op die bank (verbandnemer) is om die toestaan van 'n uitwinningsbevel ten aansien van onroerende eiendom te motiveer of te regverdig nie. Die hof bevind ook dat alle lasbriewe 'n verwysing na Reël 31(5)(d) moet bevat ingevolge waarvan die skuldenaar die reg het tot 'n *de novo* aanhoring in gevalle waar die vonnis deur die griffier toegestaan is. Die griffier kan egter sodanige verstekvonnisse oorweeg.

In ***Absa Bank Ltd v Ntsane*** 2007 (3) SA 554 (T) het die hof bevind dat indien die bedrag verskuldig aan die bank (verbandnemer) op 'n uitstaande verband verhaal kan word deur beslag te lê op roerende bates, daar van die bank vereis word om feite aan die hof voor te hou wat daarop dui dat daar geen redelike of billike alternatief is anders as uitwinning van die onroerende eiendom nie.

In ***Standard Bank of SA Ltd v Hunkydory Investments 188 (Pty) Ltd and others*** [2009] 4 All SA 448 (WKH) het die Hof beslis dat Art 26(1) van die Grondwet nie aan 'n welgestelde okkuperder van verhipotikeerde eiendom die reg verleen tot huisvesting van sy eie keuse nie.

#### **DIE TANS GELDENDE REG : die beslissings in *Gundwana, Folscher en Bekker***

In ***Gundwana v Steko Development CC & others*** 2011 (3) SA 608 (KH) is verstekvonnis toegestaan teen die applikant tesame met 'n bevel vir spesiale uitwinning van haar onroerende eiendom wat met verband beswaar was. Die eiendom is in eksekusie verkoop en aan die respondent getransporteer. 'n Uitsettingsaansoek is toegestaan. Die Applikant doen aansoek vir tersydestelling van die vonnis en ten aansien van die uitsettingsaansoek vir direkte toegang tot die Konstitusionele Hof. Die Konstitusionele Hof bevind soos volg :

- Verstekvonnisse toegestaan deur die griffier in 'n geval waar verhipotikeerde eiendom spesiaal uitwinbaar verklaar word en waar die verweerder se woning ter sprake is, is ongrondwetlik. Regterlike oorsig is dus nie beperk tot gevalle waar die skuld nie aan die verband gekoppel is nie, soos in *Jaftha*.
- Sedert die verstekvonnis in gemelde saak is Reël 46(1) van die Hooggeregshofreëls gewysig om vir regterlike oorsig voorsiening te maak, dog die wysiging is nie terugwerkend nie.
- Alhoewel die verbandgewer sy of haar eiendom vrywillig as sekuriteit gegee het beteken dit nie dat,

-die verbandskuld sonder sanksie van 'n hof afdwing kan word nie; of

-die verbandgewer sy of haar reg tot voldoende behuising in terme van art 26 van die Grondwet prysgegee het nie; of

-die verbandhouer die eksekusiestappe *mala fide* kan afdwing nie.

- **Sauderson & Mortison** se sake is omvergewerp, dog slegs tot die mate dat verhipotikeerde eiendom wat verweerders se wonings is, sondermeer uitgewin kan word en vir sover die griffier bevoeg is om sodanige uitwinning te oorweeg en te magtig.
- Indien daar geen ander billike wyse in verhouding tot die belange van die partye bestaan om die skuld te delg nie, mag eksekusie onvermydelik wees - die oneweredigheidsbeginsel, (*disproportionality*) is van toepassing.
- die bevel in *Gundwana* is terugwerkend, dog die hof stel die volgende vereistes ten aansien van toekomstige aansoeke vir tersydestelling van vonnis, waar die griffier die vonnis ongrondwetlik toegestaan het :

-Applikante moet eers aansoek doen vir tersydestelling; die vonnis is derhalwe nie sondermeer nietig nie;

-Ongrondwetlikheid is nie voldoende om alles ongedaan te maak wat na vonnis gevolg het nie;

-Die vereistes vir tersydestelling, naamlik rede vir versuim en *bona fide* verweer moet steeds aan voldoen word;

-Applikante moet bo en behalwe die normale vereistes vir tersydestelling ook aantoon dat 'n Hof met al die feite tot sy beskikking toe verstekvonniss toegestaan is, nie verlos tot eksekusie sou verleen het nie;

Die vraag ontstaan of 'n transport (in 'n geval waar 'n vonnis toegestaan deur die griffier tersyde gestel word), ook ter syde gestel kan word. Hoewel die hof in *Gundwana* bevind dat sodanige vonnisse ongrondwetlik is, bevind die hof ook dat so 'n vonnis nie sondermeer nietig is nie. Daar moet eers tersydestelling volg. Dus, waar tersydestelling geweier word, het dit die effek dat 'n "onggrondwetlike" vonnis bly staan. Indien die vonnis wel tersyde gestel word, is die vraag of dit *ab initio* nietig was. Dit is belangrik, want die Hof gee nie in *Gundwana* uitsluitel oor die tersydestelling van reeds getransporteerde eiendom nie en meld slegs dat die vraag volgens tans geldende regsbeginssels beslis moet word.

### **TERSYDESTELLING VAN TRANSPORTE**

Aangesien gevalle van tersydestelling van vonnisse in reeds getransporteerde eiendom mag voorkom, is dit goed om ag te slaan op die basiese regsbeginssels ten aansien van tersydestelling van transporte. 'n Transport aan 'n onskuldige derde party kan slegs tersyde gestel word indien beide die onderliggende ooreenkoms (verbintenisskeppend) asook die transport (saaklike ooreenkoms) defektief is. Indien die transport nie defektief is nie, kan dit nie tersyde gestel word nie, selfs al is die verbintenisskeppende ooreenkoms defektief. Die aard van die defek, synde bedrog, gebrek aan magtiging, ensovoorts, moet egter in gedagte gehou word. Die geldigheid van 'n transport uit hoofde van 'n eksekusieverkoping, waarvan die vonnis later tersyde gestel word omdat die griffier dit toegestaan het soos voormeld, sal afhang van die vraag of die vonnis nietig was, al dan nie. Sien vir meer besonderhede ***Legator McKenna Inc & another v Shea and others*** 2010 (1) SA 35 (HHA); ***Philani-Ma-Afrika v Mailula*** 2010 (2) SA 573 (HHA); ***Oriental Products (Pty) Ltd v Pegma 178 Investments Trading CC & others*** [2010]JOL 26586 (HHA).

'n Volbank is in die Noord Gauteng Hoë Hof die taak opgelê om praktyksreëls ten aansien van die toepassing van die nuwe reël 46 uit te vaardig en bevind in **First Rand Bank Ltd v Folscher en soortgelyke sake** 2011 (4) SA 314 (GNP) dat elke aansoek om verstekvonnis aan die griffier of die hof ten aansien van verhipotikeerde eiendom vergesel moet gaan van 'n beëdigde verklaring wat met die volgende aspekte handel :

- 1 Bedrag van agterstalligheid op datum van versoek om vonnis.
- 2 Of die eiendom bekom is met 'n staatsubsidie.
- 3 Of die eiendom geokkupeer is of nie, en deur wie.
- 4 Of die eiendom vir residensiële doeleindes of kommersieel benut word.
- 5 Of die vonnisskuld aangegaan is om die eiendom te bekom.
- 6 Enige saak waarvan die bedrag binne die Landdroshof jurisdiksie val, moet na die ope hof verwys word indien spesiale uitwinning gelyktydig met vonnis versoek word.
- 7 Die verweerder se aandag moet in die lasbrief gevestig word op sy reg om aansoek te doen vir heroorweging van vonnis ingevolge reël 31(5)(d).

Indien die applikant of sy prokureur bewus is van die feit dat die eiendom die verweerder se primêre woning is, moet die aansoek om verstekvonnis, die spesiale uitwinningsbevel en lasbrief geplaas word vir aanhoring in die ope hof. Indien die verhipotikeerde eiendom nie residensiël is nie, kan die aansoek, met die ondersteunende eedsverklaring wat met bogemelde feite handel, aan die griffier gerig word.

In gevalle waar 'n vonnis verkry is wat nie met die eiendom verband hou nie (nie ingevolge 'n opgeroepte verband nie) en die eiser, na 'n *nulla bona* relaas ten aansien van roerende goedere op onroerende eiendom wat die verweerder se primêre woning is, wil beslag lê, moet die aansoek vir magtiging van die lasbrief tot uitwinning by wyse van 'n substantiewe aansoek aan die Hof gerig word en nie die griffier nie. Dieselfde geld in gevalle waar in die dagvaarding gevra word vir 'n bevel tot spesiale uitwinning : dan word die aansoek vir vonnis, spesiale uitwinningsbevel en magtiging van die lasbrief gelyktydig aan die Hof gerig.

Alle aansoeke vir magtiging van 'n lasbrief waar die verweerder se primêre woning ter sake is, moet met die volgende aspekte handel :

- of die eiendom die verweerder se primêre woning is;
- omstandighede waaronder die skuld aangegaan is;
- agterstalligheid op datum toe die verband opgeroep is;
- agterstalligheid op datum van die aansoek om verstekvonnis;
- die totale bedrag verskuldig ten opsigte waarvan eksekusie verlang word;
- die skuldenaar se betalings-geskiedenis;
- die relatiewe finansiële krag van die verweerder en die eiser;
- enige moontlikheid om die skuld te delg sonder eksekusie;
- die afweeg van die partye se nadeel/voordeel sover dit uitwinning betref;
- of 'n kennisgewing kragtens Art 129 van die Nasionale Kredietwet die aksie vooraf gegaan het, indien van toepassing;
- of die eiendom met 'n staatsubsidie bekom is;

- of die eiendom geokkupeer is of nie, en indien wel of die verweerder dit okkupeer;
- of die eiendom bekom is met fondse uitgeleen deur die eiser;
- of die verweerder sy toegang tot voldoende behuising deur uitwinning sal verloor;
- enige aanduiding of die aksie deur die eiser met 'n onbehoorlike motief ingestel is;
- oorweging van die persoonlike omstandighede van die verweerder en sy/haar afhanklikes en ander okkupeerders indien dit regtens relevant en binne die eiser se kennis is.

Die Hof meld dat 'n volledige lys van alle relevante omstandighede nie geformuleer kan word nie en dat die lys slegs aanduidend is van sommige faktore wat 'n hof benodig om te beslis of uitwinning teen 'n verweerder se woning grondwetlik-gesproke geregverdig is.

**Die hof kom in *Folscher* tot die volgende algemene gevolgtrekkings ten aansien van die toepassing van reël 46 en die voormelde riglyne :**

- die gewysigde reël 46(1) geld net vir natuurlike persone, nie regspersone of trusts nie, al word die eiendom deur 'n trustee, skenker of begunstigde as sy/ haar primêre woning benut;
- die reël is beperk tot vonnisse ten aansien van verweerders se primêre wonings, nie vakansiewonings of tweede wonings nie;
- alle dagvaardings moet 'n verwysing na die verweerder se regte ingevolge Art 26 van Grondwet bevat. Dit word aan die hand gedoen dat enige proses wat potensieel tot uitsetting van die verweerder kan lei, so 'n paragraaf moet insluit. 'n Voorbeeld is soos volg :

*Die verweerder se aandag word gevestig op die bepalings van Art 26(1) van die Grondwet van die RSA wat aan elkeen die reg tot toegang tot voldoende behuising gee. Indien die verweerder van mening is dat die regshulp aangevra, wat beslaglegging van die eiendom en uitsetting tot gevolg kan hê, op sodanige regte sal inbreuk maak, is dit noodsaaklik dat hy/sy feite ter ondersteuning van sodanige bewering voor die hof moet plaas.*

- alle dagvaardings, indien voorafgegaan deur 'n Art 129 kennisgewing in terme van die Nasionale Kredietwet, moet 'n kennisgewing bevat dat beslaglegging op die verweerder se woning asook uitsetting moontlike gevolge van die proses is;
- aansoeke vir verstekvonnis gerig aan die Hof of die griffier, asook aansoeke vir lasbriewe ten aansien van 'n verweerder se primêre woning, moet van 'n eedsverklaring vergesel wees wat handel met die onderskeie faktore hierbo na verwys;
- aksies gebaseer op 'n verband mag 'n bede vir spesiale uitwinning en magtiging van 'n lasbrief bevat, maar dan moet daar met bogemelde aspekte (die aspekte na verwys in die voormelde eedsverklarings) in die dagvaarding gehandel word en indien aansoek gedoen word vir 'n lasbrief saam met vonnis moet sodanige aansoek na die Hof verwys word.

In **Standard Bank van SA Bpk v Bekker and vier ander sake** 2011 (6) SA 111 beslis 'n volbank van die Wes-Kaapse Hoë Hof ietwat anders as die Hof in *Folscher*. Die Hof beslis dat:

- daar rus geen besondere plig op 'n verbandhouer om redes aan te voer waarom 'n verhipotikeerde eiendom uitwinbaar verklaar moet word nie, selfs al is die eiendom die verweerder se primêre woning; selfs al is die eiendom aangekoop met 'n staatsubsidie en ook is dit irrelevant of die eiendom aangekoop is met geld voorgeskiet deur die eiser;
- dit word aanbeveel (nie verpligtend) dat dagvaardings 'n aanduiding bevat, indien aan die eiser bekend, of die eiendom die verweerder se primêre woning is, by gebreke waarvan die hof versigtigheidshalwe dit sal aanvaar;
- dit word aanbeveel (nie verpligtend) dat in die dagvaarding besonderhede van die omvang van die verbandskuld, agterstalligheid met oproep van die verband of datum van dagvaarding en betalingsgeskiedenis vervat word;
- dagvaardings moet die verweerder se aandag vestig op sy of haar regte ingevolge Art 26(1) van die Grondwet soos hierbo na verwys;
- aansoeke vir spesiale uitwinbaarheid van eiendom wat die verweerder se primêre woning is, moet tesame met aansoek vir vonnis aan die hof gerig word, maar hoef nie vergesel te gaan van 'n beëdigde verklaring soos voorgeskryf in *Folscher* nie;
- die verweerder dra die onus (soos in geval van uitsettings in navolging van die HHA in *Ndlovu*) om ander relevante omstandighede wat deur uitwinning van die eiendom inbreuk sal maak op sy/haar regte in terme van Art 26 van die Grondwet, onder die hof se aandag te bring;
- aansoeke vir verstekvonnis van verhipotikeerde eiendom wat nie die verweerder se primêre woning behels nie, kan aan die griffier gerig word, vergesel van 'n beëdigde verklaring van iemand wat sodanige feit kan bevestig en daarna behou die griffier ingevolge reël 31(5)(vi) die reg om sodanige sake na die ope hof te verwys;
- reël 46(1)(a) in sy huidige vorm lê nie enige verdere substantiewe verpligting op verbandhouders wat uitwinning van verhipotikeerde eiendomme verlang nie: die *proviso* in die reël is slegs prosedureel relevant vir sover as wat uitwinning teen onroerende eiendom wat 'n persoon se woning is, potensieel inbreuk mag maak op sy/haar Art 26 regte en derhalwe onderhewig is aan juridiese oorsig;
- eisers moet slegs voldoen aan praktyksnota 33 [sien **Rossouw en 'n ander v Firstrand Bank Bpk** 2010 (6) SA 439 (HHA)] en die praktyksnota neergelê in *Saunderson* hierbo na verwys.

Praktisyns in die onderskeie howe moet derhalwe tans, aan die hand van *Folscher* en *Bekker* se sake, verskillende praktyksreëls volg in aansoeke vir uitwinning van onroerende eiendom wat verweerders se primêre wonings is.

**CHRISTO SMITH**  
NELSPRUIT  
16 Januarie 2012

