

10/92

1

Saabeu. 254/90

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

APPÈLAFDELING

In die saak tussen:

BRIAN ST CLAIR COOPER NO Eerste Appellant

HENDRIK JACOBUS FREDERIK STEYN N O Tweede Appellant

DIE TRUST BANK VAN AFRIKA BPK Derde Appellant

en

DIE MEESTER VAN DIE HOOGGEREGSHOF O V S .. Eerste Respondent

SENTRAALWES (KOÖPERATIEF) BPK Tweede Respondent

Coram : JOUBERT, E M GROSSKOPF, VIVIER, F H GROSSKOPF ARR

et VAN COLLER Wnd AR.

Verhoor: 7 November 1991

Gelewer: 5 Maart 1992

/2....

U I T S P R A A K

JOUBERT AR :

Hierdie is 'n appèl teen die afwysing deur OLIVIER R (met wie SMUTS R P saamgestem het) van die appellante se aansoek teen die respondente in die Oranje-Vrystaatse Provinsiale Afdeling. Die uitspraak van die Hof a quo is gerapporteer as Cooper N O en Andere v Die Meester en 'n Ander, 1991(3) S A 158 (O). Met verlof van die Hof a quo kom die appellante tans in hoër beroep na hierdie Hof.

Die relevante feite is eenvoudig en gemene saak. Op 1 April 1985 is 'n notariële verband in die Akteskantoor te Bloemfontein geregistreer. Daarin het ene Aldrich as verbandgewer 'n verband oor sy roerende sake, soos beskryf in Bylae "A" daartoe, as sekuriteit vir 'n bedrag van R150 000-00 aan die tweede respondent ("Sentraalwes")

/3....

as verbandnemer verleen. Hierdie verband is derhalwe n
spesiale notariële verband oor bepaalde roerende sake wat
nie aan Sentraalwes as verbandhouer gelewer is nie. Die
 boedel van Aldrich is op 30 April 1987 gesekwestreer. Tot
 op daardie tydstip was Aldrich in besit van die beswaarde
 roerende sake. Sentraalwes was as verbandnemer op geen
 stadium in besit van die beswaarde roerende sake nie.

Die opbrengs van die beswaarde roerende
 sake soos deur die appellante per openbare veiling verkoop,
 was R138 895-50. Sentraalwes het as verbandhouer uit hoofde
 van die spesiale notariële verband n eis van R148 128-
 38 teen die insolvente boedel bewys. Die eerste twee
 appellante het as trustees in hul eerste en finale likwidasië
 - en distribusierekening (die "boedelrekening") in die insolvente
 boedel Sentraalwes se eis van R148 128-38 as n gewone konkurrente
 eis met geen preferensie daarop nie behandel. Hulle het

/4....

aan Sentraalwes h konkurrente dividend van R6 540-28 daarvoor uit die vrye oorskotrekening van R138 895-50 toegeken.

Op 8 Augustus 1988 het Sentraalwes beswaar teen die eerste twee appellante se boedelrekening aangeteken. Sy beswaar was dat hy op grond van sy spesiale notariële verband h voorkeur op die R138 895-50 as opbrengs van die beswaarde roerende sake het.

Die Meester wat homself gebonde geag het aan die uitspraak in die saak Vrede Koöp Landboumaatskappy Bpk v Uys, 1964(2) SA 283 (O), het die beswaar van Sentraalwes gehandhaaf en die eerste twee appellante opdrag gegee om hul boedelrekening te wysig ten einde uitvoering aan die beswaar te gee.

Die eerste twee appellante het egter in terme van art 111 (2)(a) van die Insolvensiewet 24 van 1936 (die "1936 Insolvensiewet") die Meester se beslissing op

/5....

hersiëning in die Hof a quo geneem en o.a. 'n verklarende bevel gevra dat die spesiale notariële verband geen preferensie op die opbrengs van die beswaarde roerende sake aan Sentraalwes verleen nie.

Die derde appellant ("Trustbank") het 'n eis van R2032 880-83 gebaseer op 'n notariële verband (wat per incuriam in die boedelrekening as 'n notariële algemene dekkingsverband beskryf is) in die insolvente boedel bewys. Dit is deur die eerste twee appellante as 'n konkurrente eis behandel waarvoor 'n konkurrente dividend van R89 757-28 toegeken is. Die standpunt van Trustbank is dat hy deur die Meester se beslissing benadeel word aangesien sy konkurrente dividend daardeur verminder word indien Sentraalwes geregtig sou wees op 'n voorkeur bo ander konkurrente skuldeisers t.o.v. die vrye oorskot.

Die regsvraag in die onderhawige geval

/6....

is of Sentraalwes as verbandhouer van h geregistreeerde notariële verband oor bepaalde roerende sake wat in die besit van die verbandgewer Aldrich gebly het totdat sy boedel gesekwestreer is, enige preferensie of voorrang het bo ander konkurrente skuldeisers t.o.v. die opbrengs van die te gelde gemaakte beswaarde roerende sake wat die vrye oorskot uitmaak.

Die gemene reg.

In die Romeinse reg is h verband (hypotheca) deur h verbandooreenkoms tussen verbandgewer en verbandhouer gevestig om aan laasgenoemde saaklike sekerheid te verleen oor die beswaarde saak vir h skuldordering van die verbandhouer teenoor die verbandgewer. Uit hoofde van die verband het die verbandhouer h saaklike reg (ius in re aliena) oor die beswaarde saak. Anders as by pand (pignus) waar die verpande saak in die besit van die pandhouer is, bly die beswaarde saak in die besit van die verbandgewer. Die

/7....

verbandhouer kon egter sy saaklike reg oor die beswaarde saak beskerm of handhaaf met sy saaklike actio quasi serviana / actio hypothecaria indien die beswaarde saak in die besit van 'n derde party beland. Inst. 4.6.7, Cod. 8. 13 (14), 15 et 18. Deurdat die verbandgewer in besit van die beswaarde saak was, kon hy agtereenvolgens meerdere verbande daaroor vestig. Daarom het die Romeinse reg voorsiening gemaak vir 'n rangorde van verbandhouders. Hierdie rangorde is gebaseer op die tydstip van 'n verband se vestiging : qui prior est in tempore, potior est in iure. Dit word hoofsaaklik in D 20 tit 4 en Codex 8 tit 18 (19) behandel. Die verbandhouer wat eerste in rangorde is en sy skuldvordering afdwing, kry voldoening daarvan indien die opbrengs van die beswaarde saak voldoende is. Enige balans van die opbrengs word tussen die ander verbandhouders volgens hul rangorde verdeel. As daar dan nog 'n balans oor is, kom dit toe

aan die verbandgewer. In die latere Romeinse reg is sekere gepriviligeerde verbande wat veral legale verbande (hypothecae legales) was as uitsonderings op die prioriteit in tyd beginsel erken. Raadpleeg Buckland, A Text-Book of Roman Law, 2e druk, p 475-481, Van Oven, Leerboek van Romeinsch Privaatrecht, 3e druk, p 176-182, Hijmans, Romeinsch Zakenrecht 2e geheel herziene druk, 1926, p 306-311.

Na die resepsie van die Romeinse reg in die Nederlande het die vernaamste indeling van verbande of hipoteke in provinsie Holland en Wes-Friesland uit twee groepe bestaan, nl. bedonge of konvensionele verbande gebaseer op 'n uitdruklike verbandooreenkoms tussen verbandgewer en verbandhouer, en legale of stilswyende verbande (hypothecae legales / tacitae) wat van regsweë ontstaan.

Die Hollandse juriste het na 'n verband verwys as verband, hypothecq, onderzetting, hypotheca.

Soms het hulle dit selfs pignus genoem wat baie verwarrend is omdat die verbandhouer anders as die pandhouer nie in besit van die beswaarde saak is nie.

Die bedonge of konvensionele verbande het uit die volgende soorte bestaan al na gelang die aard van die beswaarde saak of sake :

1. generale verband (generalis hypotheca) oor al die goedere en regte van die verbandgewer, (De Groot 2.48.23; Van Leeuwen R H R 4.12.3, C F 1.4.7.7; Voet 20.1.6; Lybrechts, Redenerend Vertoog over 't Notaris ampt, 2e deel 36 hoofstuk para 7).

Wat beswaarde roerende sake betref, het dit dieselfde werking gehad as n spesiale verband oor bepaalde roerende sake wat nie in die verbandhouer se besit is nie. (De Groot 2.48.23, Van der Keessel ad Gr 2.48.23). Wat beswaarde onroerende sake betref,

het dit alleen regs krag gehad indien dit voor enige
 gereg in provinsie Holland en Wes-Friesland verly
 en geregistreer is. Hierdie vereiste is gestel
 deur die Hollandse juriste na aanleiding van art
 35 van die Politieke Ordonnansie van 1 April 1580,
 1 Groot Placaat Boek ("G.P.B.") 330. Raadpleeg
 De Groot 2.48.23, Voet 20.1.10, Van Leeuwen C F
 1.4.7.9. n Verdere vereiste is gestel deur plakkaat
 Waerschouwinge van die Staten van Holland en Wes-
 Friesland van 5 Februarie 1665 (3 G.P.B. 1005-1006)
 wat betaling van die 40 ste penning vereis het alvorens
 n generale of spesiale verband preferensie of voorrang
 oor beswaarde roerende of onroerende sake kon verleen
 (behoudens sekere uitsonderings). Raadpleeg Van
 Leeuwen R H R 4.12.4, Voet 20.1.10 et 12, Van
 der Keessel ad Gr 2.48.23, Van der Linden 1.12.3.

Die saaklike sekerheid wat 'n generale verband aan 'n verbandhouer verleen, verdwyn indien die verbandgewer die beswaarde roerende of onroerende sake aan 'n verkryger titulo oneroso sou vervreem.

(De Groot 2.48.24, Van Leeuwen C F 1.4.7.9, Van der Keessel ad Gr 2.48.24).

2. spesiale verband (specialis hypotheca) oor bepaalde onroerende sake moes volgens keiser Karel V se plakkaat van 10 Mei 1529 (1 G.P.B. 374) "voor den Rechter ende ter Plecken daer die goeden gelegen zyn" verly en geregistreer word anders sal dit "nul, egeen ende van onwaerden" wees met die uitsondering van leengoedere. 'n Verdere vereiste is die betaling van die 40 ste penning volgens die plakkaat Waerschouwinge van 5 Februarie 1665. (De Groot 2.48.30, Van Leeuwen C F 1.4.7.6, R H R 4.12.4,

Voet 20.1.9, Van der Linden 1.12.3 in fine, Van der Keessel ad Gr 2.48.30). Die geregistreerde spesiale verband het die beswaarde bepaalde of spesifieke onroerende saak "geaffekteer" sodat dit daarmee beswaar bly al sou die verbandgewer dit vervreem. Sodoende verleen dit van al die bedonge geregistreerde of konvensionele verbande die grootste saaklike sekerheid aan die verbandhouer. Hoe dit deur preferensie of voorrang geraak word, sal ek straks aandui.

3. spesiale verband (specialis hypotheca) oor bepaalde roerende sake wat nie in besit van die verbandhouer is nie. Solank die beswaarde roerende saak in besit van die verbandgewer is, kan die verbandhouer dit teenoor hom en sy erfgename afdwing selfs waar dit deur middel van 'n privaat dokument geskep is

solank die 40 ste penning volgens die plakkaat
 Waerschouwinge van 5 Februarie 1665 by die aangaan
 van die verband aan die fiscus betaal is. Waar
 die verbandgewer in besit van die beswaarde roerende
 sake is, kan die verbandhouer die saaklike sekuriteit
 teenoor ander skuldeisers handhaaf indien die spesiale
 verband voor getuies of 'n notaris en twee getuies
 aangegaan is. (De Groot 2.48.28, Van der Keessel
ad Gr 2.48.28, Van Leeuwen C F 1.4.7.8, Voet
 20.1.12). Dog indien die verbandgewer die beswaarde
 roerende saak vervreem dan geld die Germaanse stelreël
mobilis non habent sequelam ex causa hypothecae
 sodat die verband sy saaklike sekuriteit teenoor
 'n bona fide koper verloor. (De Groot 2.48.29,
 Voet 20.1.13, Lybrechts, op.cit., 2.36.8, Van
 der Keessel ad Gr 2.48.29).

In die praktyk is dikwels 'n clausule vande
generale hypotheecque (clausula hypothecae generalis) in
 spesiale verbande gevoeg soos o.a. blyk uit art 35 van die
 Politieke Ordonnansie van 1 April 1580 en Van der Keessel
ad Gr 2.48.30 et 40. Dit het die vorm geneem waarvolgens
 die verbandgewer "generaal zijn persoon en alle zijne goederen"
 teenoor die verbandhouer verbind, soos bv. blyk uit 4
Observationes Tumultuariae 3307. Ek sal daarna verwys
 as die "algemene klousule" (general clause) soos dit in Suid-
 Afrika bekend was totdat dit met ingang van 1 Januarie 1917
 deur art 87(1) van die Insolvensiewet 32 van 1916 sy
 preferensie ontnem is. Die effek van die algemene klousule
 was dat dit 'n generale verband oor al die goedere en regte,
 bestaande sowel as toekomstige, van die verbandgewer in die
 lewe geroep het. Ek het reeds supra met die regsgevolge van
 'n generale verband volgens die Romeins-Hollandse reg gehandel.

Waar 'n algemene klousule in 'n spesiale verband gevoeg is, behoort die verbandhouer eers die spesiale verband af te dwing alvorens hy kragtens die algemene verband optree. Van der Keessel ad Gr 2.48.32.

Amsterdam.

Die Staten van Holland en Wes-Friesland het deur verskeie handveste privilegies aan Amsterdam ter wille van die handel verleen waarvolgens daar op verskeie aspekte van die gemene reg betreffende verbande ten gunste van die Romeinse reg afgewyk is. Raadpleeg Groenewegen ad Cod 8.18(17).6, Van der Keessel ad Gr 2.48.28, 38, 39. Vir doeleindes van hierdie uitspraak is dit nie nodig om daarop in te gaan nie.

Preferensie en Voorrang.

Ek het reeds supra daarop gewys dat daar

/16....

in die Romeinse reg voorsiening gemaak is vir h rangorde van verbandhouders waar daar h botsing van belange tussen meerdere verbandhouders en selfs ander skuldeisers ontstaan. Wat die preferensie (jus praelationis) van verbandhouders betref, is daar onderskei tussen hypothecae privilegiatae / hypothecae cum privilegio en hypothecae non privilegiatae / hypothecae sine privilegio. Die privilegium was nie gebaseer op tydsberekening nie maar weens die rede (causa) vir die verlening van die verband soos uitgedruk deur die juris Paulus in D 42.5.32 : Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa - - - . Die rangorde van die verbandhouders is wel gebaseer op die tydstip van die verbande se vestiging of verlening volgens die beginsel : qui prior est tempore, potior est jure. Die hele aangeleentheid word besonder volledig behandel deur die bekende Duitse juris Von Glück (1755-1831) in sy Ausführliche Erläuterung der Pandecten,

band 19, 1818, ad D 20 tit 4 para 1093-1097. Aangesien die Romeins-Hollandse reg met sekere aanpassings betreffende preferensie en voorrang van verbandhouders op die Romeinse reg gebaseer is, is ek nie van voorneme om die Romeinse reg op hierdie gebied te ontgin nie.

Dit moet in gedagte gehou word dat in die Romeins-Hollandse reg kon daar 'n kompetisie tussen meerdere verbandhouders ontstaan waar 'n verbandhouer beslag lê op die beswaarde saak en dit te gelde laat maak of waar die verbandgewer insolvent is. Die onderwerp word behandel deur Van Leeuwen R H R 4 deel 13, C F 1.4 cap 11; Voet 20 tit 4; Kersteman, Hollandsch Rechtsgeleert Woordenboek, 1768, s.v. Praeferentie; Wassenaer, Practyck Judicieel, 1729, cap 22, nr 44 seqq. Matthaeus 11 De Auctionibus libri duo, 1653, lib 1 cap 19. Waar 'n botsing van belange tussen meerdere verbandhouders is, vind daar 'n proces van praeferentie en concurrentie (judicium

concursum aut praelationis) plaas waar die verbandhouders hul verbande moet bewys en hul reg van preferensie vasgestel moet word. Voet 20.4.10. By sy bespreking van die preferensies van verbande het Voet 20.4.17 in fine homself soos volg bekla:

Qua de causa etiam ex hoc creditorum labyrintho & tortuosis ac salebrosis Juris-consultorum in hac materia aufractibus non aliter felicius me evasurum credidi, quam si primo loco illos recensuerim, quibus in re singulari hypotheca cum privilegio nata est, simulque, quoad ejus fieri potest, definiverim, quid juris sit, si forte plures concurrant, qui in eadem re ex causis diversis hypothecam specialem habent praelationem.

(Gane se vertaling: "For that reason I am also persuaded that I shall only escape with happiness from this maze of creditors and from the sinuous and uneven turnings of the jurists on this subject after I have in the first place run over those for whom a hypothec with privilege has been created

over an individual thing; and have at the same time settled, so far as that can be done, what is the law if perchance a number of persons compete who hold a special hypothec and preference over the same thing on different causes."

Weens praktiese en doelmatigheidsoorwegings ag ek dit gerade om die rangorde van betalings uit die opbrengs van die tegeldegemaakte beswaarde saak in die volgende groepe in te deel, nl.

Groep 1 behels items soos koste van tegeldemaking asook

doodskulde waaronder medisyne, mediese uitgawes,

begrafniskoste wat op die verbandgewer betrekking

het. Van Leeuwen R H R 4.13.9, Van der Keessel

ad Gr 2.48.14, Matthaeus 11 lib. 1 cap 19

nrs 1 - 9, Wassenauer, cap 22 nr 54, 1 Observationes

Tumultuariae 77, 2 Observationes Tumultuariae

1155, 1166. Hier geld die beginsel qui prior est tempore potior est jure glad nie.

Groep 2 bestaan uit sekere hypothecae legales cum privilegio wat minder in getal as in die Romeinse reg was.

Die vernaamste in hierdie groep was die fiscus se hypotheca legalis vir die verbandgewer se agterstallige belastinge oor al die sake van die verbandgewer.

Die Hooge Raad het in 1 Observationes Tumultuariae 58 vir die laaste 3 jaar se agterstallige belastinge preferensie verleen maar in 2 Observationes Tumultuariae 1208 vir die laaste 5 jaar. Verder kan daardie bevoorregte legale verbande oor bepaalde beswaarde sake vermeld word soos die verhuurder s'n oor invecta et illata, vir geld of materiaal wat verskaf is vir die opbou van vervalde huise of die bou van 'n skip asook vir timmerliede en

messelaars se reparasies van geboue. By hierdie groep bevoorregte legale verbande het die beginsel qui prior est tempore potior est jure gegeld.

Raadpleeg Voet 20.4.19, 20.2.28 et 29, Van Leeuwen R H R 4.13.7,12, Wassenauer cap 22 nr 55, 59, 60, Matthaeus 11 lib 1 cap 19 nrs 12-45, Neostadius, decis 35, 1 Observationes Tumultuariae 444,

2 Observationes Tumultuariae 1166, 1187,

3 Observationes Tumultuariae Novae 1610.

Groep 3 bestaan uit nie-bevoorregte verbande (hypothecae sine / absque privilegio). Hulle word ook hypothecae simplices genoem. Hulle het uit bedonge sowel as legale of stilswyende verbande bestaan. Wassenauer cap 22 nr 61, Matthaeus 11 lib 1 cap 19 nr 46. Laasgenoemde was daardie hypothecae legales wat nie bevoorregte verbande (hypothecae

privilegiatae) was nie. Wat rangorde betref, is die Romeinse beginsel qui prior est tempore potior est jure gehandhaaf tussen meerdere bedonge verbande inter se sowel as tussen meerdere niebevoorregte legale verbande inter se. De Groot 2.48.35, Voet 20.4.28, Van der Linden 1.12.4, Van der Keessel ad Gr 2.48.35. Insgelyks het die beginsel qui prior est tempore potior est jure ook gegeld om die rangorde tussen bedonge verbande en nie-bevoorregte legale verbande te bepaal. De Groot 2.48.36, Voet 20.4.28. 1 Hollandsche Consultatien 247, De Blécourt-Fischer, Kort Begrip van het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht, 6e druk p 253. Dog hierdie regsreël was aan die volgende uitsondering onderhewig:

Volgens art 35 van die Politieke Ordonnansie

van 1 April 1580 het h geregistreerde
 spesiale bedonge verband oor onroerende
 sake preferensie bo vroeëre generale
 (bedonge) verbande verleen. Van Leeuwen
 R H R 4.13.18, Groenewegen ad Cod
 8.18(17).6. In 3 Observationes Tumultuariae
Novae 1254 het die Hooge Raad op 17 Maart
 1774 beslis dat h spesiale bedonge verband
 oor grond van 1767 preferensie geniet
 bo h ouer legale verband van 1765 oor
 al die goedere van die verbandgewer.
 Dog op 18 Maart 1785 het die Hooge Raad
 in 3 Observationes Tumultuariae Novae
 1733 beslis dat art 35 van die Politieke
 Ordonnansie van 1 April 1580 verwys na
 bedonge verbande en nie na legale verbande

/24....

nie soos Voet 20.1.16 en 4 Hollandsche

Consultatien 189 nr 6 aangetoon het.

Gevolglik geniet h algemene legale verband

van 1772 preferensie bo h jonger spesiale

bedonge verband van 1773 oor twee huise.

Groep 4 word saamgestel deur chirographarii creditores
 wat nie verbandskuldeisers (creditores hypothecarii)
 is nie. Voet 20.4.36 et 37, Matthaeus 11 lib
 1 cap 20. Hulle behoef geen spesiale aandag nie
 omdat hulle in dieselfde posisie as gewone skuldeisers
 met persoonlike vorderings teen die skuldeiser is.
 Hier geld die beginsel qui prior est tempore potior
est jure nie. In konkurrensie met medeskuldeisers
 deel hulle pro rata parte net soos gewone skuldeisers.
 Van der Linden 1.12.4 in fine.

Hierdie onderwerp van preferensie en rangorde

/25....

kan afgerond word deur daarop te wys dat daar baie plaaslike wetgewing (keure) in provinsie Holland en Wes-Friesland was wat daarmee gehandel het. Van der Keessel ad Gr 2.48.44 (band 3 p 485 seqq) ontleed die nuwe keur van Haarlem wat oor hierdie aangeleentheid handel.

Uit die voorgaande blyk dit dat 'n spesiale bedonge verband oor bepaalde roerende sake in 'n proses van praeferentie en concurrentie 'n nie-bevoorregte verband was wat in Groep 3 (supra) tuishoort waarop die beginsel qui prior est tempore potior est jure toepaslik is en wat 'n preferensie in rangorde bo gewone skuldeisers verleen het waar die verbandgewer in besit van die roerende beswaarde sake was by beslaglegging daarvan of toe die verbandgewer insolvent geraak het.

Suid-Afrikaanse regspraak tot 1910.

Plakkaat Waerschouwinge van 5 Februarie

/26....

1665 was n fiskale wet wat nooit aan die Kaap toegepas is nie. In Re Insolvent Estate of Loudon. Discount Bank v Dawes, (1829) 1 Menz 380 op p 388. Dit is ook nooit elders in Suid-Afrika toegepas nie.

By die bespreking van die relevante regspraak moet in gedagte gehou word wat die registrasie-formaliteite van bedonge verbande sowel as die bepalings van die toepaslike insolvensiereg is.

Wat die registrasie van generale bedonge verbande asook van spesiale bedonge verbande oor bepaalde onroerende sake en spesiale bedonge verbande oor bepaalde roerende sake sedert 1685 in Suid-Afrika betref, is dit gebaseer op die registrasiestelsel wat in provinsie Holland en Wes-Friesland in swang was. Vergelyk Wessels, History of the Roman-Dutch Law, 1908, p 498-499, Houtpoort Mining & Estate Syndicate Ltd v Jacobs, 1904 TS 105 op p 109, Coronel's

Curator v Estate Coronel, 1941 AD 323 op p 338.

(a) Kaap.

Aanvanklik was bedonge verbande aan die Kaap voor Commissarissen van die Raad van Politie aangegaan. Die Proklamasie van 19 Junie 1714 het egter vereis dat verbande oor onroerende sake voor Commissarissen van die Raad van Justisie aangegaan moes word en deur die Sekretaris in die Register van Skulde geregistreer word. Versuim om hieraan te voldoen, sou meebring dat ongeregistreerde verbande oor grond hul preferensie bo ander skuldeisers verloor. Raadpleeg Statutes of the Cape of Good Hope 1652 - 1905, vol 1, p 1-2. In 1793 het notaris hul verskyning aan die Kaap gemaak en aan die einde van daardie jaar is die eerste notariële algemene verband geregistreer. Die afskaffing van die Raad van Justisie (Court of Justice) het meebring dat Ordonnansie 39 van 1828 (K) op 19 Januarie 1829 die amp van Registrateur

/28....

van Aktes met sy Akteskantoor te Kaapstad in die lewe geroep

het. Geo. Denoon, The Development of the Methods of Land

Registration in South Africa, 1943 S A L J p 182-183, 457,

463, Statutes of the Cape of Good Hope 1652-1905, vol 1 p

35. Ordonnansie 21 van 1846 (K) het aangedring op die

registrasie van bedonge verbande. Art 4 daarvan verwys

na "general or special" bedonge verbande wat toekomstige

verbandskulde betref. Statutes of the Cape of Good Hope

1652-1905, vol 1 p 411-413.

The Tacit Hypothec Amendment Act 5 of

1861 (C) het in arts 2 tot 5 sekere legale verbande van die

gemene reg aangepas by omstandighede aan die Kaap. Sekere

gemeenregtelike legale verbande is deur art 8 afgeskaf.

Volgens art 4 van Wet 19 van 1891 (K)

moes die regters regulasies opstel om die registrasie van

verbande deur die registrateur van aktes voor te skryf. Die

/29....

regulasies was nie vir my beskikbaar nie.

Wat insolvensie betref, is die gemene reg toegepas. Arts 33 en 38 van Ordonnansie 6 van 1843

(C) het by die distribusie van 'n insolvente boedel onderskei tussen preferente skuldeisers en gewone konkurrente skuldeisers. Die preferensie moes aan die hand van die gemene reg bepaal word.

'n Ongeregistreerde notariële verband wat bepaalde roerende sake beswaar wat nie aan die verbandhouer in besit verleen is nie en wat 'n algemene klousule bevat het om al die roerende en onroerende sake van die verbandgewer te beswaar, was ter sprake in In re Insolvent Estate of Loudon (supra). Die Kaapse Hof het daarop gewys dat anders as in die provinsie Holland en Wes-Friesland het die gewoonte-reg aan die Kaap registrasie van 'n notariële verband vereis ten einde preferensie oor bepaalde roerende sake te verleen

wat nie aan die verbandhouer in besit gelewer was nie (p 390).

Tereg is daar beslis dat die betrokke notariële verband geen preferensie aan die verbandhouer verleen het nie. Insgelyks kon die algemene klousule in die betrokke notariële verband geen preferensie oor al die roerende sake van die verbandgewer verleen nie. Die verbandhouer was derhalwe slegs 'n konkurrente skuldeiser.

In Mangold Brothers v Eskell, (1884)

3 S C 48, het die Kaapse Hof van appèl tereg beslis dat 'n geregistreerde notariële verband oor bepaalde gereedskap wat nie aan die verbandhouer Eskell in besit gelewer is nie en waarop Mangold Brothers as vonnis-skuldeiser van die verbandgewer Johnstone Bros beslag gelê het, geen regs-krag teenoor Mangold Brothers het nie.

In Hare v Trustee of Heath, (1884)

3 S C 32, was die posisie dat die verbandgewer Heath gedurende

Mei 1882 n spesiale bedonge verband oor n sekere stuk grond ten gunste van Hare passeer het met n algemene klousule waarvolgens hy al sy roerende en onroerende sake beswaar het. Dieselfde dag het Heath n tweede spesiale bedonge verband oor dieselfde stuk grond ten gunste van Louw passeer met n spesiale klousule waarvolgens hy bepaalde roerende sake beswaar het sonder om hulle aan Louw in besit te lewer. Toe Heath se boedel sekwestreer is, was die bepaalde roerende sake nog in sy besit. Die opbrengs daarvan is in die distribusierekening deur die trustee aan Louw toegeken. Die Kaapse Hof het Hare se aansoek om die distribusierekening te wysig tereg toegestaan. Hare was immers die verbandhouer van n geregistreerde spesiale bedonge verband oor n sekere stuk grond wat ook n algemene klousule bevat het waarvolgens hy n algemene verband oor al die roerende sake van die verbandgewer Heath het. Deurdat hierdie algemene verband ouer in tydsorde

as Louw se spesiale verband oor bepaalde roerende sake was, volg dit dat Hare op preferensie bo Louw geregtig was volgens die gemene reg se beginsel qui prior est tempore potior est jure. Raadpleeg Groep 3 (supra). Dit is ook volkome in ooreenstemming met die beslissing in In re Russouw, (1830) 1 Menz. 479, dat h vroeëre algemene verband preferensie geniet bo h latere spesiale verband van bepaalde roerende sake wat in die besit is van die verbandgewer wanneer sy boedel sekwestreer word. Insgelyks volg dit dat Hare gemeenregtelik preferensie geniet het bo konkurrente skuldeisers wat in Groep 4 (supra) val.

(b) Transvaal.

Die transport van grond en verbande oor grond "en andere dokumenten van gelijken aard" is volgens die aanhef van Ordonnansie 3 van 1866 (T) onderteken en registreer deur landdroste van die distrikte waar hulle gepasseer

is. Ordonnansie 3 van 1866 (T) het voorsiening gemaak vir die aanstelling van 'n Registrateur van Aktes met 'n akteskantoor. Die funksie van landdroste is nie uitgeskakel by die aangaan en registrasie van transportaktes en verbande oor grond nie maar hulle het alleen regsrag verkry deurdat die Registrateur van Aktes hul deur sy handtekening bekragtig (art 7).

Wet 8 van 1880 (T) het vereis dat transportaktes en verbandaktes oor grond deur 'n transportbesorger (conveyancer) opgestel moes word alvorens die Registrateur van Aktes hul deur sy handtekening registreer (arts 1-4, 8). Verder is hy gemagtig om dokumente te registreer wat "gewoonlik voor Notarissen gepasseerd worden" (art 1). Die funksie van die transportbesorger is egter deur art 17 van Wet 5 van 1882 (T) uitgeskakel.

Volgens art 2 van Wet 5 van 1882 (T) het

die Registrateur van Aktes alle transportaktes en verbandaktes oor grond geregistreer. Alle transportaktes, verbandaktes oor grond en alle notariële verbandaktes moet deur hom geregistreer word alvorens hulle regsrag het (art 5). Die tussenkoms van 'n aktevervaardiger of notaris om transportaktes of verbandaktes op te stel, was egter nie nodig nie. Art 1 van Wet 3 van 1874 het elke burger gemagtig om sy transportakte of verbandakte "uit te maken".

Art 1 van Wet 8 van 1895 het 'n sertifikaat van 'n verbandgewer verlang dat hy die betekenis van 'n algemene klousule wat in die betrokke spesiale verband opgeneem is, verstaan.

Vir Transvaal as 'n Britse Kolonie het art 5(1)(d) van Wet 25 van 1909 (T) die bevoegdheid van die registrateur van aktes in breë trekke vermeld.

Volgens Insolvensiewet 13 van 1895 (T)

moes alle sekwestrasiekoste eers uit die opbrengs van die bates betaal word maar die koste van tegeldemaking van bates onderhewig aan spesiale verbande moes uit die opbrengs van sodanige bates betaal word (art 70 en 113). Eers het preferente skuldvorderings aan die beurt gekom en daarna konkurrente skuldvorderinge (art 70). Die distribusierekening moes eers die preferente skuldeisers in die rangorde van hul "wettige preferenten" vermeld gevolg deur die konkurrente skuldeisers (art 114). Dit was 'n simplistiese navolging van die gemene reg. Vergelyk Groep 3 en Groep 4 (supra). Hierdie benadering was in ooreenstemming met die regspraak soos blyk uit Francis v Savage and Hill, (1881) 1 S A R 33, wat beslis het dat 'n geregistreerde notariële verband oor bepaalde roerende sake wat in die besit van die verbandgewer ten tyde van sy boedel se sekwestrasie is 'n preferensie aan die verbandhouer bo die konkurrente skuldeisers verleen.

Sien ook Meyer v Botha and Hergenröder, (1881) 1 S A R 47.

Vir die preferensie en rangorde van verbande in Transvaal raadpleeg Maurits Josson, Schets van het Recht van de Zuid-Afrikaansche Republiek, Gent, 1897, p 488-489.

Waar die verbandgewer van spesiale verbande oor onroerende sake solvent is en die eerste verbandhouer die verband oproep, beslaglegging en eksekusie bekom terwyl daar 'n tweede verbandhouer of meerdere verbandhouders is, geld die beginsel qui prior est tempore potior est jure. Vergelyk Nederlandsch Z.A. Hypotheek Bank v Marais, 1907 T S 28.

(c) Natal.

Ordonnansie 2 van 1846 (N) het 'n registrasie van akteskantoor in die lewe geroep en dieselfde metode van registrasie as in die Kaap ingevoer.

Art 122 van Insolvensiewet 47 van 1887

/37....

(N) het 'n generale verband asook 'n algemene klousule se preferensie oor enige bates in 'n insolvente boedel wat nie in die besit van die verbandhouer was ten tyde van die sekwestrasie nie, ontnem. Verder het 'n spesiale verband aan die verbandhouer 'n preferensie verleen oor die beswaarde saak behalwe teenoor ouer spesiale verbande (art 119, 123). In die distribusierekening moes eers preferente skuldeisers se skuldvorderinge in rangorde van preferensie volgens die gemene reg vermeld word en daarna die konkurrente skuldeisers se skuldvorderinge (art 128, 137). Benewens statutêre preferente skulde was verskuldigde lone van werknemers gedurende 'n tydperk van 6 maande voor die sekwestrasie tot 'n bedrag van £50 preferente skulde (art 129).

Volgens die beslissing in London & South African Bank v The Trustees of the Estate of T P James, 1869 N L R 129, het 'n geregistreerde spesiale notariële verband

oor 12 bote wat in die besit van die insolvent was toe sy boedel gesekewestreer is, 'n preferensie aan die verbandhouer verleen bo konkurrente skuldeisers.

In Natal, anders as in die Kaap, Transvaal en die Oranje-Vrystaat, het 'n spesiale notariële verband oor bepaalde roerende sake aan die verbandhouer wat nie in besit daarvan was nie, preferensie verleen oor die opbrengs van die beswaarde sake behalwe teenoor ouer spesiale verbande, ongeag of die verbandgewer insolvent of solvent was. Die verbandhouer was gevolglik in 'n analoë posisie met 'n verbandhouer wat 'n spesiale verband oor bepaalde onroerende sake gehad het. Raadpleeg In re Umlaas Wool Washing and Milling Co Ltd (in liquidation) (1), 1934 N P D 18 op p 21.

(d) Oranje-Vrystaat.

Hoofstuk 104 van die Wetboek van den Oranje-

Vrijstaat 1891 het insolvensie gereël. Die basis vir distribusie van die bates van 'n insolvente boedel was eerstens aan die preferente skuldeisers volgens hul rangorde van preferensie soos deur die gemene reg gereël en daarna die konkurrente skuldeisers.

Ordonnansie 33 van 1902 (O) het voorsiening gemaak vir 'n registrasie van akteskantoor te Bloemfontein (art 2). Regulasies skryf die wyse voor waarvolgens verbande geregistreeer word. Hierdie regulasies was nie vir my beskikbaar nie.

Wetgewing na 1910.

Uit die voorgaande blyk dit dat die beginsels van die Romeins-Hollandse reg ten aansien van verbande

/40....

en insolvensie aanpassing aan inheemse Suid-Afrikaanse
omstandighede en behoeftes geverg het. Gebrek aan
eenvormigheid het die aandag van die Unie wetgewer geverg.
Insolvensiewet 32 van 1916.

Dit het op 1 Januarie 1917 in werking
getree. Vir doeleindes van hierdie uitspraak kan die
volgende relevante aspekte van Insolvensiewet 32 van 1916
aangestip word:

1. 'n Algemene klousule in 'n spesiale verband wat na
1 Januarie 1917 geregistreer word, verleen geen
preferensie oor onroerende sake nie (art 87 (1)).
2. 'n Algemene klousule in 'n spesiale verband wat na
1 Januarie 1917 geregistreer word, verleen geen
preferensie ten aansien van roerende sake wat nie
aan die verbandhouer gelewer is by die aangaan van
die verband en in sy besit tydens die bestaan van

die verband gebly het nie (art 87 (1)).

3. In Generale of algemene verband wat na 1 Januarie 1917 geregistreer word, verleen geen preferensie ten aansien van onroerende sake nie (art 87 (1)).
4. Preferensie "in regard to any claim in an estate under sequestration shall mean the right to have assets of the estate applied in satisfaction of that claim in preference to other claims " (art 2 s v "preference").
5. Vrye oorskot beteken "that portion of an estate under sequestration which is not subject to any right of preference by reason of any special mortgage, pledge, or right of retention " (art 2 s v "free residue"). Hierdie omskrywing was egter gebrekkig omdat dit weens n oorsig nagelaat het om naas spesiale verband, pand (pignus) en retensiereg (ius retentionis)

ook na legale verband, wat in art 86 gemeld word, te verwys. Die wetgewer het dit egter deur art 3 van Wet 29 van 1926 reggestel deur "legal hypothec" in die gewysigde omskrywing van "free residue" in art 2 op te neem.

6. Geen omskrywing van 'n spesiale verband word gegee nie sodat die vraag ontstaan het of dit na 'n spesiale verband van onroerende sake sowel as 'n spesiale notariële verband van roerende sake verwys.
7. Geen omskrywing van sekuriteit word verstrek nie. Insgelyks word geen omskrywing van 'n versekerde vordering (secured claim) gegee nie.

Na die tegeldemaking van die insolvente boedel se bates word daar by die distribusie van die opbrengs onderskei tussen die opbrengs van sekuriteite en die opbrengs van nie-sekuriteite wat die vrye oorskot uitmaak.

(a) Opbrengs van sekuriteite. Sekuriteite is daardie

bates waaroor die volgende versekerde vorderinge

bestaan, nl. :

(i) die verhuurder se legale of stilswyende

verband oor die huurder se invecta et

illata op die gehuurde perseel vir

agterstallige huurgeld (art 86).

(ii) spesiale verband. Raadpleeg art 88(1)

gelees met art 89(1).

(iii) pand (pignus). Raadpleeg art 88(1) gelees

met art 89(1).

(iv) retensiereg (ius retentionis). Raadpleeg

art 88(1) gelees met art 89(1).

In die omskrywing van "security" in art 2, soos

gewysig deur art 3 van Wet 29 van 1926, het die

wetgewer vermelde versekerde vorderinge opgeneem

met die volgende kwalifikasie : "but shall not include property over which the creditor has, or purports to have, a preferent right by reason of a mortgage or pledge of the general assets of the estate or of the general assets of any business belonging to the estate". 'n Algemene verband verleen nie 'n versekerde vordering nie. Dit verleen wel ten aansien van die vrye oorskot 'n preferensie oor roerende sake bo konkurrente skuldeisers soos infra sal blyk.

Uit die opbrengs van sekuriteite word eerste sterfbedkoste en begrafniskoste gedelg indien die vrye oorskot ontoereikend daarvoor is (art 82). Daarna word die koste vir die onderhoud, bewaring en tegeldemaking van die beswaarde bates bestry (art 88(1)). Vervolgens word die opbrengs van elke beswaarde bate tot die betaling van die

versekerde vordering daarop ooreenkomstig die rangorde van preferensie aangewend (art 89(1)). Die rangorde van preferensie word behandel deur prof Wille in sy Mortgage and Pledge in South Africa, 1920, p 423-440 asook in sy Mercantile Law of South Africa, 1925, p 153-156.

Prof Wille het in eersgenoemde handboek pp 423, 447 en in laasgenoemde handboek p 156 die standpunt gehuldig dat 'n spesiale notariële verband oor roerende sake wat in die besit van die verbandgewer is ten tyde van die sekwestrasie van sy boedel nie onderhewig aan 'n versekerde vordering is nie. Volgens hom het 'n dergelike spesiale verband egter 'n preferensie verleen ten aansien van die vrye oorskot bo konkurrente skuldeisers. Dog die Natalse volle hof het In re Insolvent Estate Carter, 1923

N P D 248, beslis dat die uitdrukking "special mortgage" in die Insolvensiewet 32 van 1916 nie alleen op 'n spesiale verband van onroerende sake betrekking het nie maar ook op 'n geregistreerde spesiale notariële verband van bepaalde roerende sake wat in die besit van die verbandgewer gebly het totdat sy boedel gesekwestreer is sodat sodanige roerende sake met 'n versekerde vordering beswaar is en die opbrengs daarvan nie deel van die vrye oorskot uitmaak nie (p 253). Die Hof a quo het tot dieselfde gevolgtrekking geraak (p 167 B). In hierdie Hof het die partye se advokate nie die korrektheid van hierdie gevolgtrekking betwis nie. Myns insiens is dit vir doeleindes van hierdie uitspraak nie nodig om daaroor uitsluitel te gee nie.

(b) Vrye oorskot. Dit bestaan uit die opbrengs van nie-sekuriteite asook die balans van sekuriteite se opbrengs nadat daar aan die versekerde vorderings en arts 82 en 88(1) voldoen is. Die rangorde van preferensie wat distribusie van die vrye oorskot betref, is die volgende:

- (i) sterfbedkoste en begrafniskoste indien die vrye oorskot toereikend daarvoor is (art 82).
- (ii) sekwestrasiekoste (art 83).
- (iii) eksekusiekoste (art 84).
- (iv) salarisse van werknemers (art 85).
- (v) generale of algemene verband geregistreer na 1 Januarie 1917 ten aansien van roerende sake. Wille, Mortgage and Pledge in South Africa, p 447, Mercantile Law

of South Africa, p 256, met verwysings na art 87(1). Sien ook omskrywings van "free residue" en "sekuriteit" in art 2.

- (vi) konkurrente skuldeisers in verhouding tot hul bewese vorderinge (art 89(2)).

Die Hof a quo het afdoende gehandel met die wysigings wat deur Wet 29 van 1926 aangebring is (p 168 G-169 E) asook met die strekking van die Wet op Notariële Verbande (Natal) 18 van 1932 (p 169 F-H).

Insolvensiewet 24 van 1936.

Hierdie wet wat op 1 Julie 1936 in werking getree het, is gewysig deur Wet 16 van 1943.

Die relevante woordskrywings in art 2 is die volgende:

'sekuriteit', "met betrekking tot die vordering

van 'n insolvente boedel, beteken goed van daardie boedel waarop die skuldeiser 'n preferente reg het kragtens 'n spesiale verband, stilswyende hipoteek van 'n verhuurder, pand of retensiereg."

'preferensie', "met betrekking tot 'n vordering teen 'n insolvente boedel, beteken die reg op betaling van daardie vordering uit die bate van die boedel met voorkeur bo ander vorderings, en 'preferent' het 'n daarmee ooreenstemmende betekenis."

(My onderstreping. Die woord bate behoort bates te wees. Vergelyk die aanwending van assets in die Engelse teks van die woord "preference" in art 2.)

'spesiale verband' "beteken 'n verband wat enige onroerende goed verhipotikeer of 'n notariële verband wat losgoed spesiaal daarin beskryf verhipotikeer

ingevolge artikel een van die Wet op Notariële Verbande (Natal) 1932 (Wet No 18 van 1932), maar sluit nie in enige ander verband wat losgoed verhipotikeer nie" (soos ingevoeg deur art 2(c) van Wet 16 van 1943).

'vrye oorskot', "met betrekking tot 'n insolvente boedel, beteken daardie deel van die insolvente boedel wat nie aan 'n preferente reg onderhewig is nie op grond van 'n spesiale verband, stilswyende hipoteek, pand of retensiereg" (soos gewysig deur art 2(a) van Wet 16 van 1943).

Aangesien die wetgewer die legale of stilswyende verband (hypotheca legalis/tacita) 'n stilswyende hipoteek noem, sal ek dit gerieflikheidshalwe ook doen.

Daar behoort gelet te word op die volgende relevante aspekte van die Insolvensiewet 24 van 1936:

/51.....

1. 'n Algemene klousule in 'n spesiale verband wat na 31 Desember 1916 geregistreer word, verleen geen preferensie ten aansien van enige sake nie (art 86).
2. 'n Algemene verband wat na 31 Desember 1916 geregistreer word, verleen geen preferensie ten aansien van onroerende sake nie (art 86).
3. Die omskrywing van "spesiale verband" in art 2, soos ingevoeg deur art 2(c) van Wet 16 van 1943, sluit 'n spesiale notariële verband van roerende sake (behalwe in Natal kragtens art 1 van die Wet op Notariële Verbande (Natal) 18 van 1932) uit sodat dit nie 'n versekerde vordering oor die beswaarde roerende sake verleen nie.
4. Geen omskrywing van die uitdrukking "versekerde vordering" (secured claim) word verstrek nie ofskoon

dit wel in die Insolvensiewet 24 van 1936 aangetref word, bv in art 89(3), 94(a) en 95(1). Uit die samehang waarin dit gebruik word, is dit egter duidelik dat dit op 'n vordering wat op 'n sekuriteit betrekking het, slaan.

Na die tegeldemaking van die insolvente boedel se bates word daar by die distribusie onderskei tussen die opbrengs van sekuriteite en die opbrengs van nie-sekuriteite wat die vrye oorskot uitmaak.

(a) Opbrengs van sekuriteite. Sekuriteite is daardie bates waaroor die volgende versekerde vorderinge bestaan nl :

(i) Die verhuurder se stilswyende hipoteek oor die huurder se invecta et illata op die gehuurde perseel vir agterstallige huurgeld (art 85(2)) en die verkoper se

stilswyende hipoteek oor goedere deur
 die insolvent onder 'n afbetalings-
 verkooptransaksie kragtens die Wet op
 Kredietooreenkomste 75 van 1980 gekoop
 (art 84(1)).

(ii) Spesiale verband van bepaalde onroerende
 sake. Raadpleeg die woordomskrywings
 van "sekuriteit" en "spesiale verband"
 gelees met art 95(1).

(iii) Pand (pignus). Raadpleeg art 89(1) gelees
 met art 95(1).

(iv) Retensiereg (ius retentionis). Raadpleeg
 art 89(1) gelees met art 95(1).

Uit die opbrengs van 'n sekuriteit word
 eers die koste van instandhouding en tegeldemaking daarvan,
 die trustee se vergoeding en onkoste ten opsigte daarvan asook

heweredige deel van die Meester se fooie ens. bestry (art 89(1)). Waar die vrye oorskot onvoldoende is, is versekerde skuldeisers verplig om bydraes tot die sekwestrasiekoste te maak (art 106). Die opbrengs van elke beswaarde bate word tot die betaling van die versekerde vordering daarop ooreenkomstig die rangorde van preferensie aangewend (art 95(1)).

(b) Vrye oorskot. Dit bestaan uit die opbrengs van nie-sekuriteite asook die balans van sekuriteite se opbrengs nadat daar aan die versekerde vorderings en art 89(1) voldoen is. Die rangorde van statutêre preferensies rakende die distribusie van die vrye oorskot is soos volg:

(i) Begrafnis- en sterfbed-onkoste (art 96(1)).

(ii) Sekwestrasiekoste (art 97(1)).

(iii) Eksekusiekoste (art 98(1)).

(iv) Sekere statutêre verpligtinge (art 99(1)).

(v) Salarisse van werknemers (art 100(1)(a)).

(vi) Belastings op persone, inkomste of
winste art 101).

(vii) Algemene verband volgens art 102 wat soos
volg lui:

"Daarna word die orige van die vrye oorskot
aangewend tot betaling van vorderings wat
teen die betrokke boedel bewys is en wat
deur n algemene verband verseker was, en
wel volgens hul rangorde, met rente daarop
bereken volgens voorskrif van sub-artikel
(2) van artikel honderd-en-drie."

(viii) Onversekerde of nie-preferente vorderinge
van konkurrente skuldeisers (art 103).

Om terug te keer na die hierbo vermelde

regsvraag, nl. of Sentraalwes as verbandhouer van die geregistreerde spesiale notariële verband van die bepaalde roerende sake wat in die besit van die verbandgewer Aldrich gebly het totdat sy boedel gesekwestreer is, h preferensie het bo konkurrente skuldeisers ten aansien van die opbrengs van die bepaalde roerende sake wat die vrye oorskot uitmaak. Dit was gemene saak dat hierdie spesiale notariële verband nie h versekerde vordering oor die beswaarde roerende sake verleen het nie. Die beswaarde roerende sake was derhalwe nie sekuriteite nie en hul opbrengs van R138 895-50 het die vrye oorskot uitgemaak.

h Algemene verband word nie in die Insolvensiewet 24 van 1936 omskryf nie. OLIVIER R het beslis dat h algemene verband in art 102 "die tegniese betekenis dra van 'nie h spesiale verband wat sekuriteit gee nie' en daarom sou art 102 dan wel h spesiale notariële verband van

bepaalde roerende sake insluit omdat 'n dergelike verband nie sekuriteit gee nie" (behalwe in Natal). (p 173 F-I).

Adv Edeling het namens die appellante die korrektheid van hierdie vertolking deur OLIVIER R van 'n algemene verband in art 102 betwis. Hy het myns insiens tereg betoog dat dit die wetgewer se bedoeling was om in arts 96(1) tot 102 inklusief 'n geslote lys van rangorde van statutêre preferensies rakende die distribusie van die vrye oorskot te skep. Art 96(1) verwys uitdruklik na "in die eerste plek" terwyl arts 97(1) tot 102 opvolgend aan mekaar gekoppel word met die woorde "daarna" terwyl artikel 103 dit afrond met die woorde "nadat voorsiening gemaak is vir die uitgawe vermeld in artikels ses-en-negentig tot en met honderd-en-twee." Daar is geen ruimte om in hierdie geslote lys van rangorde van statutêre preferensies een op te neem wat nie daarin uitdruklik vermeld is nie. Hy het voorts betoog

dat die uitdrukking "algemene verband" onteenseglik nie 'n "spesiale verband", soos 'n spesiale notariële verband, kan insluit nie. Hy het verder daarop gewys dat sodanige insluiting anomalieë sou meebring. OLIVIER R het naamlik beslis dat die insluiting van die spesiale notariële verband as 'n vrye oorskot-preferensie meebring dat die boedelrekening op so 'n wyse opgestel moet word om aan te toon dat sodanige preferensie slegs "tot die opbrengs van die versekerde goed wat dan nog in die vrye oorskot beskikbaar is," geld (p 174 F-G). Van die vernaamse anomalieë wat deur sodanige opstel van die boedelrekening veroorsaak word of kan word, is die volgende:

- (1) Wat van die koste van die instandhouding en tegeldemaking van die betrokke beswaarde bates ?
Moet dit van die opbrengs van die betrokke beswaarde bates afgetrek word ? Anders as wat die geval

is met art 89(1) ten aansien van die opbrengs van elke sekuriteit, soos supra aangetoon, het die wetgewer nie voorsiening gemaak vir 'n soortgelyke bepaling ten aansien van die opbrengs van bates onderhewig aan 'n vrye-oorskot preferensie nie.

- (2) Die vrye oorskot is 'n enkele omvattende fonds van die opbrengs van nie-sekuriteite wat distribueer moet word ooreenkomstig die voorgeskrewe rangorde van statutêre preferensies (arts 96 tot 103). Die wetgewer maak geen voorsiening daarvoor om die opbrengs van nie-sekuriteite in die vrye oorskot te oormerk nie. Ten einde die opbrengs van die spesiale notariële verband as 'n vrye oorskot-preferensie te oormerk en afsonderlik te hou van die opbrengs van die ander nie-sekuriteite se opbrengs in die vrye oorskot om uitvoering aan OLIVIER R

se uitspraak te gee, sal spesiale wetgewing verg.

- (3) Dit gebeur dikwels in die praktyk dat die trustee nie-sekuriteit bates en masse te gelde maak in welke geval dit onmoontlik sal wees om die opbrengs van roerende bates wat deur 'n spesiale notariële verband beswaar is, vas te stel.

b.p.f. Hierdie anomalieë is indicia wat daarop dui dat dit nie die bedoeling van die wetgewer was om in art ¹⁰³~~102~~ 'n spesiale notariële verband as 'n vrye oorskot preferensie op te neem nie maar om dit eerder as 'n onversekerde of nie-preferente vordering met konkurrente skuldeisers se vorderings in art 103 te beskou.

Adv Brand het namens Sentraalwes nie die ratio decidendi van OLIVIER R se uitspraak ondersteun nie.

Sy submissie was dat art 102 nóg met algemene notariële verbande nóg met spesiale notariële verbande handel. Die begrip "algemene verband" word afgesien van art 102 ook in arts 86

en 88 aangetref. In art 102 beteken "algemene verband" nie h algemene notariële verband nie. Volgens hom het die algemene verband oor onroerende goed bestaan totdat die registrasie daarvan deur art 53(1) van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 verbied is. (Ek mag tussen hakies daarop wys dat art 53(1) die registrasie van h notariële verband oor onroerende goed verbied). Volgens art 86 verleen h algemene verband wat na 31 Desember 1916 geregistreer is geen preferensie oor onroerende goed nie. Hy het voorts gesteun op die uitsprake in Adolph Mosenthal and Co v The Master and Feinberg's Trustees, 1931 C P D 155, en B. Ebrahim Ismail & Co v Khan's Trustee, 1930 N P D 136, as gesag vir die stelling dat h spesiale notariële verband van roerende goed wat nie aan die verbandhouer gelewer is nie, glad nie h "special mortgage" in terme van art 87(1) van die Insolvensiewet 32 van 1916 is nie maar dit verleen

wel 'n gemeenregtelike preferensie oor die beswaarde roerende bates bo konkurrente skuldeisers. Hierdie gemeenregtelike preferensie van 'n spesiale notariële verband van roerende goed is nooit deur die Insolvensiewet 24 van 1936 afgeskaf nie. Ten slotte het hy aangevoer dat Vrede Koöp Landbou Maatskappy Bpk v Uys, 1964(2) S A 283 (O), korrek beslis is, nl dat 'n geregistreerde spesiale notariële verband van roerende sake wat nie aan die verbandhouer gelewer was nie maar in besit van die verbandgewer gebly het 'n gemeenregtelike voorkeur bo konkurrente vorderings van onversekerde skuldeisers verleen het.

Myns insiens is die volgende submissies van adv Brand onaanvaarbaar:

1. Sy ontkenning dat "algemene verband" in art 102 van die Insolvensiewet 24 van 1936 na 'n algemene notariële verband verwys.

/63.....

Wat sy submitisie oor die hoof sien, is
 dat met die inwerkingtreding van die Insolvensiewet
 24 van 1936 op 1 Julie 1936 De Wet op
 Registratiekantoren van Akten 13 van 1918 reeds
 sedert 1 Januarie 1919 gegeld het. Die bewoording
 van Insolvensiewet 24 van 1936 moet vertolk word
 (tensy latere wetgewing anders bepaal) soos hulle
 verstaan is toe hierdie wet in werking getree het.
 Raadpleeg Finbro Furnishers (Pty) Ltd v Registrar
of Deeds, Bloemfontein, and Others, 1985(4) SA
 773 (A) op p 804 D. In arts 3(e), 55 en 61 s
 v "mortgage bond" van Wet 13 van 1918 word voorsiening
 gemaak vir die registrasie van 'n "mortgage bond"
 oor bepaalde onroerende sake wat deur 'n
 aktevervaardiger opgestel is en deur 'n registrateur
 van aktes geattesteer en geregistreer is.

Daarbenewens het gemelde wet in arts 3(i), 17, 18 en 61 s v "notarial bond" die registrasie van "general and special bonds" wat deur h notaris opgestel is, gereël. Die regshandboeke is verdeeld oor die vraag of h notariële algemene verband roerende sowel as onroerende sake in die algemeen kon beswaar.

Prof Wille in sy Mortgage and Pledge in South Africa, 1920 p 137 het dit bevestigend beantwoord met h beroep op art 3(i) van Wet 13 van 1918 en In re Insolvent Estate of Loudon. Discount Bank v Dawes, (1829) 1 Menz 380, maar hierdie gesag ondersteun hom nie. Art 3(i) van Wet 13 van 1918 bepaal dat h registrateur van aktes bevoeg is om "general or special notarial bonds" te registreer, terwyl h spesiale notariële verband oor bepaalde roerende sake wat h algemene klousule bevat het in In re

Insolvent Estate of Loudon. Discount Bank v Dawes,
 (supra) ter sprake was. Prof Lee in sy Introduction
to Roman-Dutch Law, 5e druk, p 203 stel dit soos
 volg: "A general conventional mortgage, whether
 of immovables or of movables, is constituted by
 a general bond or by a general clause in a special
 bond. A general bond is executed before a notary
 and two witnesses." Aan die anderkant is daar
 regshandboeke wat die standpunt ingeneem het dat
 n algemene notariële verband al die roerende sake
 van die verbandgewer beswaar. Raadpleeg Nathan
 & Holmes, The Law of Deeds Registration in South
Africa, 1919, p 29, Van Zyl, The Theory of
Judicial Practice in South Africa, vol 2, 1923,
 3e druk, p 740, Nathan, Holmes & Craighead,
Land and Mining Title and Conveyancing in South

Africa, 1934, p 176: "A general bond mortgages

the whole of the movable property of the debtor."

(My emfase). Die Registrasie van Aktes Wet

47 van 1937 het dieselfde indeling van verbande

met dieselfde omskrywings behou soos blyk uit die

woordomskrywings van "mortgage bond" en "notarial

bond" in art 102. Nòg Wet 13 van 1918 nòg Wet

47 van 1937 het die registrasie van die gemeenregtelike

generale of algemene verband wat volgens art 35

van die Politieke Ordonnansie van 1 April 1580 oor

al die sake van 'n verbandgewer voor enige gereg

in provinsie Holland en Wes Friesland verly kon

word (soos supra aangetoon) moontlik gemaak.

In die gerapporteerde gewysdes kon ek geen voorbeeld

vind van 'n geregistreeerde algemene verband oor

onroerende sake nie. Ek is ook nie na 'n dergelike

voorbeeld verwys nie. Volgens art 86 van die
 Insolvensiewet 24 van 1936 (sowel as art 87(1) van
 die Insolvensiewet 32 van 1916 voorheen) verleen
 'n algemene verband wat na 31 Desember 1916 geregistreer
 is geen preferensie oor onroerende sake nie.
 'n Algemene klousule (supra) wat in 'n spesiale verband
 van onroerende sake gevoeg is en na 31 Desember
 1916 geregistreer is om die effek van 'n algemene
 verband oor al die sake van die verbandgewer te
 hê, verleen geen preferensie oor onroerende sake
 nie (art 87(1) van die Insolvensiewet 32 van 1916,
 art 86 van die Insolvensiewet 24 van 1936). Art
 53 van Wet 47 van 1937 verbied die registrasie van
 'n verband oor bepaalde onroerende sake wat 'n algemene
 klousule bevat ten einde al die sake (hetsy onroerend
 hetsy roerend) van die verbandgewer te beswaar.

Verder verbied dit ook die registrasie van 'n notariële verband oor onroerende sake.

Alles in ag geneem het die wetgewer na my oordeel met "algemene verband" in art 102 'n algemene notariële verband wat al die roerende sake van die verbandgewer beswaar, bedoel.

2. Sy beroep op bepalings van die Insolvensiewet 32 van 1916 en dicta in die beslissings in die Adolph Mosenthal and Co-saak (supra) en die B. Ebrahim Ismail Co-saak (supra) as gesag vir die stelling dat 'n spesiale notariële verband 'n gemeenregtelike preferensie oor die beswaarde roerende sake verleen het. Dit hou egter nie rekening met die bewoording en skema van die Insolvensiewet 24 van 1936 nie.
- 'n Dergelike gemeenregtelike preferensie sou in ieder geval onbestaanbaar met 'n geslote lys van

rangorde van statutêre preferensies in arts 96(1)

tot 102 inklusief van die Insolvensiewet 24 van 1936 wees.

Myns insiens is die submissies van adv Edeling juridies suiwer en korrek. Na my oordeel het hy gelyk dat arts 96(1) tot 102 inklusief van die Insolvensiewet 24 van 1936 'n geslote lys van rangorde van statutêre preferensies bevat. Dit volg dat die spesiale notariële verband van bepaalde roerende sake in die onderhawige geval nie 'n statutêre preferensie verleen nie en gevolglik het dit geen preferensie bo ander konkurrente skuldeisers t.o.v. die vrye oorskot nie.

Dit volg dat die appèl slaag en dat die uitspraak in Vrede Koöp Landbou Maatskappy v Uys (supra) nie nagevolg behoort te word nie.

Die resultaat is dan soos volg:

/70.....

1. Die appèl slaag met koste.
2. Die bevel van die Hof a quo word tersyde gestel en deur die volgende bevel vervang:

(a) An order is granted setting aside the decision of the First Respondent, as contained in two letters, dated 28 October 1988, and in terms of which:

(i) The Second Respondent's objection to the liquidation and distribution account in the insolvent estate of FRANCES POTTINGER ALDRICH (estate number B190/1987) was upheld;

(ii) The First Respondent instructed the First and Second Applicants to amend the said liquidation

/71.....

and distribution account, so
as to reflect a preference in
terms of the common law, in
respect of the Second Respondent's
claim, by virtue of a notarial
bond over specified movable
assets.

- (b) Declaring that notarial bond number
E N 3004/1985, in terms of which the debtor
F.P. ALDRICH notarially hypothecated certain
specified movable assets to the Second
Respondent, does not give rise to any
security or right of preference in respect
of the proceeds of such of the assets
thereby bonded as were not in the possession

/72.....

of the Second Respondent at the date of
sequestration of F.P. ALDRICH, or in respect
of any of the assets in the insolvent
estate of F.P. ALDRICH.

- (c) Dismissing the Second Respondent's objection
to the liquidation and distribution account
in the insolvent estate F.P. ALDRICH.
- (d) Ordering the Second Respondent to pay
the costs of the application.

C P JOUBERT AR.

E M GROSSKOPF	AR	
VIVIER	AR	Stem saam.
F H GROSSKOPF	AR	
VAN COLLER	Wn AR	