DIE AARD VAN DIE KURATOR SE BEVOEGDHEDE INGEVOLGE ARTIKEL 21 VAN DIE INSOLVENSIEWET

Navorsingsverslag ingedien en geslaag ter gedeeltelike voldoening aan die vereistes vir die graad **Meesters in Boedelbeplanning** aan die Noordwes Universiteit te Potchefstroom kampus.

Deur

JACO BRITS

“Alle eer aan God”

Bedankings

Graag bedank ek die volgende persone en instansies:

In besonder bedank ek my **Hemelse Vader** sonder wie se genade hierdie studie onmoontlik sou wees.

'n Spesiale woord van dank aan my ouers, **Johan en Malanda Brits,** vir hulle onderskraging, motivering en finansiële bydra. Ek waardeer dit opreg.

Mev. Rolien Roos en **Prof. Leonie Stander** vir hul studieleiding.

Die personeel van die **Ferdinand Postma Biblioteek** vir navorsing.

Mev. C. Van der Walt vir die taalversorging.

Laastens bedank ek elkeen wat my gemotiveer en ondersteun het.

Die aard van die kurator se bevoegdhede ingevolge artikel 21 van die *Insolvensiewet*

Preamble

Article 21 of the *Insolvency Act* states that the estate of the solvent spouse transfers to the curator of the insolvent spouse's sequestrated estate. The solvent spouse then has the burden to request the release of property vested in the curator of the insolvent estate. In accordance with Article 21(2), the spouse is required to prove a lawful title on the property. Should the spouse be able to prove a lawful title on the property, the curator is obligated to release the property. Although the constitutionality of this temporarily "deprivation" of the solvent spouse of her rights has already been confirmed by the Constitutional Court; it imposes drastic limitations to his/ her rights.

The *Insolvency Act* does not incorporate procedural measures by means of which the curator has to establish whether the solvent spouse has exempted his/ her from the proof burden. In the same breath, the *Constitution* and the *Promotion of Administrative Justice Act* warrant that "everyone has the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair." If the curator's actions, in accordance with Article 21, conform to the administrative procedures as set out in the *Promotion of Administrative Justice Act*, the spouse shall be entitled to administrative actions which are procedurally fair as concluded within the *Promotion of Administrative Justice Act*. The conclusion is proof that the actions of the curator, in accordance with Article 21 of the *Insolvency Act*, is indeed administrative by nature and that the solvent spouse has the right to administrative actions which is procedurally fair as prescribed in the *Promotion of Administrative Justice Act*, as well as the right to reasons for not being granted the release of property.

Keywords: Administrative law, Insolvency law, Administrative action, Solvent spouse

Die aard van die kurator se bevoegdhede ingevolge artikel 21 van die *Insolvensiewet*

Opsomming

Artikel 21 van die *Insolvensiewet* hou in dat 'n solvente eggenoot se boedel ook op die kurator van haar man se gesekwestreerde boedel oorgaan. Hierdie solvente eggenoot dra dan die las om vrystelling van haar bates aan te vra, nadat sy, kragtens artikel 21(2), 'n regsgeldige titel oor haar bates bewys het. Indien sy hierdie regsgeldige titel kan bewys, **moet** die kurator haar bates vrygee. Hoewel die grondwetlikheid van hierdie tydelike "ontneming" van die solvente eggenoot se beheer oor haar eiendom reeds deur die Konstitusionele Hof bevestig is, bring dit 'n drastiese inperking van haar regte mee.

Die *Insolvensiewet* maak nie voorsiening vir prosedurele maatstawwe waarvolgens die kurator moet vasstel of die solvente eggenoot haar van die bewyslas gekwyt het nie. Terselfdertyd waarborg die *Grondwet* en die *Promotion of Administrative Justice Act* elkeen se reg op 'n administratiewe optrede wat prosedureel billik en regverdig is. Indien die kurator se optrede kragtens artikel 21 aan die omskrywing vir 'n administratiewe optrede soos in die *Promotion of Administrative Justice Act* voldoen, sal die solvente eggenoot op die prosedurele billikheidsregte van die *Promotion of Administrative Justice Act* geregtig wees. Die gevolgtrekking is dan dat die kurator se optrede ingevolge artikel 21 van die *Insolvensiewet* inderdaad administratief van aard is en dat die solvente eggenoot dienooreenkomstig geregtig is op die prosedurele billikheidsregte wat die *Promotion of Administrative Justice Act* bied. Daarbenewens is die solvente eggenoot ook op die ontvang van redes geregtig, sou die kurator weier om haar bates vry te gee.

Kernwoorde: Administratiefreg, Insolvensiereg, Administratiewe optrede, Solvente eggenoot

DIE AARD VAN DIE KURATOR SE BEVOEGDHEDE INGEVOLGE ARTIKEL 21 VAN DIE *INSOLVENSIEWET*

Navorsingsverslag ingedien ter gedeeltelike voldoening aan die vereistes vir die graad LL.M (*Legum Magister*) in Boedelbeplanning aan die Noordwes Universiteit (Potchefstroom Kampus)

deur

Jacobus Strydom Brits
12257184

MODULES GESLAAG: - ERFREG
- FAMILIEREG
- BOEDELBEPLANNING
- BELASTINGREG
- SAKEREG

STUDIELEIERS: MEV. M.C. ROOS
PROF. A.L. STANDER

Oktober 2006

Inhoudsopgawe

	Bladsyno.
1 Inleiding	**1**
2 Die *Insolvensiewet*	***3***
2.1 Artikel 21	***3***
2.2 Oogmerke van artikel 21	***8***
2.3 Die bewyslas	***9***
2.4 Grondwetlikheid van artikel 21	***11***
2.5 Die kurator se bevoegdhede ingevolge artikel 21	***13***
2.5.1 Aanstelling van die kurator	*13*
2.5.1.1 Voorlopige kurator	13
2.5.1.2 Aanstelling van die kurator	15
2.6 Die aard van die kurator se amp	***17***
2.7 Gevolgtrekking	***21***
3 Die administratiewe aardvan die optrede van die kurator	**23**
3.1 Inleiding	***23***
3.2 Die omskrywing van administratiewe geregtigheid	***23***
3.3 'n Bespreking van die vereistes vir 'n administratiewe optrede	***24***
3.3.1 'n Besluit of voorgenome besluit van 'n administratiewe aard	*24*
3.3.2 'n Besluit kragtens 'n magtigende bepaling	*27*
3.3.3 Gemaak deur 'n staatsorgaan of privaat persoon	*28*
3.3.4 Nadelige beinvloeding van regte	*37*
3.3.4.1 Ontneming en bepaling van regte	37
3.3.4.2 Regte wat nadelig beinvloed word	39
3.3.4.3 Die legitieme verwagting	*40*

3.3.5 Direkte eksterne regswerking *41*
3.3.5.1 Direkte werking 42
3.3.5.2 Regswerking 42
3.3.5.3 Eksterne werking 43

3.3.6. Uitsluitings **43**

3.4 Gevolgtrekking ***44***

4 Samehang tussen die releavante wetgewing **46**

4 .1 Inleiding ***46***

4.2 Die algemene verhouding tussen die magtigende wetgewing en die PAJA ***47***

4.2.1 Versoenbaarheid van die magtigende wetgewing en die PAJA *48*

4.3 Hersieningsgronde ***49***

4.3.1 Prosedurele billikheid *50*
4.3.1.1 Redelike administratiewe optrede 51
4.3.1.2 Regmatige administratiewe optrede 54

4.4 Redes ***54***

4.5 Remedies ***57***

4.6 Gevolgtrekking ***59***

5. Gevolgtrekking **61**

Bibliografie **64**

1 Inleiding

Wanneer 'n skuldenaar se boedel gesekwestreer word, gaan sy[1] insolvente boedel kragtens artikel 20 van die *Insolvensiewet*[2] op die Meester en daarna op 'n kurator oor. Ten spyte daarvan dat die solvente eggenoot[3] se boedel nie gesekwestreer word nie, sal haar solvente boedel ook kragtens artikel 21(1) van die *Insolvensiewet* op die kurator[4] van die insolvente boedel oorgaan.[5] Sy verloor as't ware daadwerklike beheer oor haar boedel tot tyd en wyl sy 'n regsgeldige titel oor haar eiendom kan bewys.[6] Indien die solvente eggenoot nie daarin kan slaag om 'n regsgeldige titel oor haar eiendom te bewys nie, sal die betrokke eiendom die insolvente boedel toeval en tot voordeel van die insolvente boedel se skuldeisers verkoop word. Hoewel die solvente eggenoot op bepaalde regte onder die *Insolvensiewet* geregtig is, is die ontneming van haar eiendom 'n drastiese inperking van haar regte. Dit is goed denkbaar dat sy ernstig benadeel kan word. Die grondwetlikheid van hierdie inbreukmaking op haar regte is egter reeds in die saak van *Harksen v Lane NO and Others*[7] bevestig.

Artikel 33 van die *Grondwet*[8] waarborg elkeen se reg op 'n administratiewe optrede wat regmatig, redelik en prosedureel billik is. Daarbenewens verskaf die *Promotion of Administrative Justice Act*[9] die vereistes waaraan 'n optrede moet voldoen voordat dit as 'n administratiewe optrede kan kwalifiseer, gepaardgaande met die voorskrifte vir billike en regverdige administratiewe optrede. Indien die kurator se optrede ingevolge artikel 21 van die *Insolvensiewet* aan die voorgeskrewe vereistes vir 'n administratiewe optrede, kragtens artikel 1 van die *PAJA* voldoen, sal die solvente eggenoot waarskynlik ook geregtig wees op die prosedurele billikheidsregte soos in artikel 3 van die *PAJA* vervat, gepaard met ander regte deur die *PAJA* verleen.

---

1 Gerieflikheidshalwe word daar na die insolvent as 'n manlike persoon verwys.
2 Die *Insolvensiewet* 24 van 1936, hierna die *Insolvensiewet*.
3 Hoewel dit taalkundig korrek sou wees om na 'n man as eggenoot en na 'n vrou as eggenote te verwys, sal daar in hierdie navorsing nie 'n onderskied tussen die eggliede getref word nie. Daarbenewens sal beide egliede as "eggenoot" in die enkelfout en "eggenote" in die meervoud bekend staan.
4 Gemakshalwe sal daar na die kurator as 'n manlike persoon verwys word.
5 Gerieflikheidshalwe sal daar voortaan na die solvente eggenoot as vroulik verwys word. In die bekende saak van *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others* 2000 2 SA 1 (KH) het die Konstitusionele Hof bevind dat begrip "eggenoot," of te wel *spouse*, ook persone in 'n eengeslag-verhouding insluit. Daar sal egter later meer lig op hierdie onderwerp gewerp word.
6 A 21(1) van die *Insolvensiewet*.
7 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 332.
8 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996, hierna die *Grondwet*.
9 *Promotion of Administrative Justice Act* 3 van 2000, hierna die *PAJA*.

Die navorsingsvraag is derhalwe of die kurator se optrede ingevolge artikel 21 van die *Insolvensiewet* inderdaad 'n administratiewe optrede kragtens artikel 1 van die *PAJA* meebring. Indien wel, moet verder bepaal word wat die samehang van die onderskeie wette behels en op watter regte die solvente eggenoot geregtig behoort te wees.

Vervolgens sal die werking en effek van artikel 21 in Hoofstuk 2 ondersoek word. 'n Bespreking van die administratiewe vereistes sal in Hoofstuk 3 uiteengesit word. Die samehang van die betrokke wetgewings en relevante remedies sal in Hoofstuk 4 bespreek word. 'n Gevolgtrekking sal in Hoofstuk 5 volg.

2 Die *Insolvensiewet*

2.1 Artikel 21

Dit is nie die solvente eggenoot wie se boedel gesekwestreer word nie, maar die boedel van haar insolvente eggenoot. Desnieteenstaande sal die solvente eggenoot, kragtens artikel 21 van die *Insolvensiewet*, beheer oor haar eie afsonderlike boedel verloor. Kragtens artikel 21(1) sal al haar bates op die kurator van haar eggenoot se gesekwestreerde boedel oorgaan en sal die kurator daarmee handel asof dit die bates van die insolvente boedel is - onderworpe aan die verdere bepalings van artikel 21[10] In *De Villiers NO v Delta Cables (Pty) Ltd*[11] het die hof *obiter* bevind dat hierdie **oorgaan** van die solvente eggenoot se bates op die Meester, beteken dat al die bates wat aan die solvente eggenoot behoort die *dominium* van die kurator word. In *Harksen v Lane and Others*[12] het die Konstitusionele Hof bevind dat die solvente eggenoot in werklikheid nie soseer haar eiendomsreg verloor nie, maar net tydelik daarvan ontneem word tot tyd en wyl sy haar regsgeldige titel kan bewys:

> The legal presumption is that property was owned by the insolvent and not by the solvent spouse. The effect is hence that the solvent spouse has not been divested of what was her or his property. And one must remember that the facts in issue will be peculiarly within the knowledge of the spouses themselves.

Meskin wys daarop dat die solvente eggenoot se boedel dus onmiddellik met die sekwestrasie van haar eggenoot se boedel op die kurator sal oorgaan en dat sy die *onus* dra om haar titel te bewys. Sodra sy haar titel bewys het, **moet** die kurator haar bates vrygee.[13] Artikel 21 bring dus mee dat die hande van die gereg op die bates van die

---

10 Hierdie bepaling behels die volgende: "Die sekwestrasie van die afsonderlike boedel van een van twee eggenote wat nie geskeie leef nie kragtens 'n regterlike skeidingsbevel, het verder ten gevolge dat alle goedere (met inbegrip van goedere of die opbrengs daarvan, wat op grond van 'n lasbrief tot beslaglegging in hande van 'n balju of geregsbode is) van die eggenoot wie se boedel nie gesekwestreer is nie (hieronder die solvente eggenoot genoem) oorgaan op die meester totdat 'n kurator aangestel is en na aanstelling van 'n kurator, op hom, asof dit goedere van die gesekwestreerde boedel was, en dat die Meester of kurator bevoeg word om met daardie goedere dienooreenkomstig te handel, behoudens die volgende bepalings van hierdie artikel." Sien ook Meskin *Law of Insolvency* 85; Sharrock *Hockly's Insolvency Law* 43-47; Smith *The Law of Insolvency* 108-110; De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 166 vir 'n volledige bespreking van a 21.

11 *De Villiers NO v Delta Cables (Pty) Ltd* 1992 1 SA 9 (A) 13.

12 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 329.

13 Meskin *Law of Insolvency* 88-5.

solvente eggenoot geplaas word, ongeag die feit dat sy solvent is. Haar belange word as't ware ondergeskik gestel aan die belange van die skuldeisers van die insolvente boedel.[14]

Ten einde die werking van artikel 21 te verstaan, moet daar eerstens vasgestel word wie almal as 'n **solvente eggenoot** sal kwalifiseer? In die saak van *Badenhorst v Bekker NO en andere*[15] het die hof bevind dat artikel 21 slegs op huwelike buite gemeenskap van goedere van toepassing kan wees. Wanneer 'n man en 'n vrou binne gemeenskap van goedere met mekaar getroud is, bestaan daar slegs een gesamentlike boedel en is beide eggenote gebonde mede-eienaars in onverdeelde helftes van die gesamentlike boedel.[16] Albei die eggenote is skuldenaars en met sekwestrasie van die gesamentlike boedel gaan die hele boedel op die Meester en daarna op 'n kurator oor. Albei eggenote is insolvent en daarom is daar geen sprake van 'n "solvente eggenoot" nie.[17] Dit bring mee dat die eggenote as medeskuldenaars teenoor die insolvente boedel se skuldeisers staan.[18] Hahlo wys soos volg daarop:

> The Insolvency Act 1936 does not deal explicitly with the position where there are, together with the community estate, separately owned assets of the wife. Where spouses are married out of community, the wife's separate estate vests in the trustee of her husband's insolvent estate under s 21(1), but the wife can claim under s 21(2) the release, inter alia, of any property which she had brought into the marriage or acquired during the marriage by a title valid as against her husband's creditors.[19]

Artikel 21(13) van die *Insolvensiewet* identifiseer die persone wat as solvente eggenote kwalifiseer, soos volg:

> In hierdie artikel beteken "eggenoot" nie alleen 'n eggenoot in die wettige sin nie, maar ook 'n eggenote of eggenoot kragtens 'n huwelik volgens enige regstelsel of gebruik en ook 'n vrou wat met 'n man as sy eggenoot leef of 'n man wat met 'n vrou as haar eggenoot leef, hoewel hulle nie met mekaar getroud is nie.

Eggenote verwys dus na die manlike en vroulike vorm en na enige twee persone van die **teenoorgestelde geslag**[20] wat as getroudes saamleef.[21] Die begrip **solvente eggenoot**

---

14 Stander 2001 *TRW* 93.

15 *Badenhorst v Bekker NO* en andere 1994 2 SA 155 (N) 160.

16 *Estate Sayle v CIR* 1945 AD 388 394. Sien ook *Du Plessis v Pienaar NO and Others* 2002 4 SA 311 (A) 314.

17 Sien ook Meskin *Law of Insolvency* 5-85; Smith *The Law of Insolvency* 109.

18 Sien ook Meskin *Law of Insolvency* 5-85; Smith *The Law of Insolvency* 109.

19 Hahlo *South African Law of Husband and Wife* 169.

20 Sien a 21(13) van die *Insolvensiewet;* Smith *The Law of Insolvency* 66.

21 Sien Meskin *Law of Insolvency* 86; Smith *The Law of Insolvency* 66; Sharrock *Hockly's Insolvency Law* 109.

wys weer op die eggenoot wie se boedel nie gesekwestreer is nie, maar wie se boedel ook op die kurator oorgaan.[22] Artikel 21(13) stel dit duidelik dat die sogenaamde eggenote nie getroud hoef te wees om in die konteks van artikel 21 gebring te word nie. In die saak van *Chaplin, NO v Gregory*[23] het die hof dit soos volg bewoord:

> By introducing this section the legislature quite obviously intended to bring into the net those persons who while not married were occupying the *de facto* position of husband and wife.

Die vraag wat onstaan is: Wat sal gebeur indien twee persone van dieselfde geslag as getroudes saamleef en een van hierdie persone se boedel gesekwestreer word? Sal artikel 21 hierdie persone wat in 'n eengeslag-verhouding[24] as eggenote saamleef bind en die eengeslag-paartjie[25] se bates ook op die Meester oorgaan? Tans maak die *Insolvensiewet* nie voorsiening daarvoor nie. Die bewoording van subartikel 13 behels slegs gevalle waar 'n **man met 'n vrou** as sy eggenoot of 'n **vrou met 'n man** as haar eggenoot saamleef.

In Desember 2005 het die grondslag van die Suid-Afrikaanse huweliksreg 'n radikale verskuiwing ondergaan toe die Konstitusionele Hof in *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another; Lesbian and Gay Equality Project and eighteen Others*[26] bevind het dat daar voortaan nie meer teen persone in 'n eengeslag-verhouding gediskrimineer sal word nie. In *casu* het me Fourie en me Bonthuys, wat gegrief was omdat hulle nie met mekaar in die huwelik verbind kon word nie, 'n aansoek voor die Konstitusionele Hof gebring. Volgens hulle was die gemeenregtelike definisie van 'n huwelik en artikel 30(1) van die *Wet op Huweliksgoedere*[27] strydig met die waardes van die *Grondwet* en in besonder strydig met die bepalings van artikel 9 daarvan. Volgens die gemenereg bestaan 'n huwelik slegs uit **een man en een vrou** wat met mekaar in die eg verbind is, terwyl artikel 30(1) die uitwerking meebring dat 'n eengeslag-paartjie nie 'n geldige huwelik in die Suid-Afrikaanse reg kan voltrek nie. In stryd hiermee bepaal

---

22 De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 165.

23 *Chaplin, NO v Gregory* 1950 3 SA 555 (K) 564.

24 Aangesien daar tans nog geen erkende Afrikaanse begrip vir die Engelse begrip *same sex relationship* is nie, sal die begrip "eengeslag-verhouding" voortaan gebruik word.

25 Eie vertaling van *same-sex partners* na Afrikaans.

26 *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another; Lesbian and Gay Equality Project and eighteen Others* CCT 60/40; CCT 10/05.

27 *Wet op Huweliksgoedere* 88 van 1984, hierna die *Huweliksgoederewet* genoem.

artikel 9 van die *Grondwet* dat daar op geen van die volgende gronde teen iemand gediskrimineer mag word nie:

> ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, **seksuele georiënteerdheid**, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal of geboorte.

Die Konstitusionele Hof het bevind dat daar 'n *severe historic prejudice* teen eengeslag-paartjies bestaan, dat hierdie bevooroordeelde verbod op eengeslag-huwelike inderwaarheid teen eengeslag-paartjies, op grond van hulle seksuele georiënteerdheid, diskrimineer. Hierdie diskriminasie is dus in stryd met die *Grondwet* en daarom onbestaanbaar.[28] Verder het die hof bevind dat die eengeslag- paartjie dieselfde **privaat- en publiekregtelike status** as 'n getroude man en vrou moet geniet. Terselfdertyd moet hulle ook dieselfde **verpligtinge** nakom:

> What justice and equity would require, then, is both the law of marriage be kept due and that same-sex couples be enable to enjoy the status and benefits coupled **with responsibilities** that it gives to heterosexual couples...[29]

Die Konstitusionele Hof het die Parlement beveel om die *Huweliksgoederewet* binne een jaar so aan te pas dat dit persone in 'n eengeslag-verhouding akkommodeer en hulle dus dieselfde status en voordele, gekoppel aan verantwoordelikhede, as hetroseksuele paartjies moet geniet. Hierdie wetsontwerp is tans nog onder parlementêre bespreking en behoort eersdaags die lig te sien.

Die omskrywing van "eggenoot" is lank reeds onder die soeklig gebring. In die saak van *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others*[30] het die hof bevind dat die woord *spouse* ook persone in 'n permanente eengeslag-verhouding insluit. Hoewel dit seker is dat die huidige omskrywing van 'n **solvente eggenoot** nie 'n permanente eengeslag verhouding insluit nie, wil dit tog voorkom of die posisie deur die Konstitusionele Hof se uitspraak verander het.[31]

---

28 *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another; Lesbian and Gay Equality Project and eighteen Others* CCT 60/40 76-78.

29 *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another; Lesbian and Gay Equality Project and eighteen others* CCT 60/40 158 (eie kursivering).

30 *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others* 2000 (1) BCLR 39 (KH) 83.

31 Eengeslag-paartjies word reeds as eggenote behandel vir doeleindes van boedelbelasting en gesinsgeweld. Sien in hierdie verband die bespreking in *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another; Lesbian and Gay Equality Project and eighteen Others* CCT 60/40 115.

Daar kan dus twee argumente wees. Eerstens word geredeneer dat die woord **solvente eggenoot** slegs na 'n **man of vrou** wat as getroudes saamleef, verwys. Eers wanneer die omskrywing deur wetgewing verander word, sal 'n persoon in 'n eengeslag-verhouding as 'n solvente eggenoot geag kan word.

Myns insiens sal dit billik en regverdig wees om persone wat in 'n eengeslag-verhouding saamleef, binne die trefwydte van 'n eggenoot vir doeleindes van die *Insolvensiewet* tuis te bring.[32] Dit sal meebring dat persone in so 'n eengeslag-verhouding se bates ook op die Meester oorgaan, sou een van die partye tot die eengeslag-verhouding se boedel gesekwestreer word. Daarby sal dit diskriminerend van aard wees om persone in 'n heteroseksuele verhouding van samespanning te verdink, maar persone in 'n eengeslag-verhouding bo verdenking te plaas. Hierdie eengeslag-paartjies bevind hulle immers in dieselfde posisie as persone van die teenoorgestelde geslag wat as getroudes saamleef.[33] Beide is in die posisie om die kurator maklik oor die ware toedrag van sake te bedrieg.

---

32 In die lig van uitsprake, sowel as in die lig van die *Draft Insolvency Bill*, 2000 sluit "solvente ggenoot" na my mening nou reeds ook eengeslag-huwelike in. Eggenote word i n die genoemde wetsontwerp omskryf as:"Spouse in the legal sense, and even if there is such a spouse, also spouse according to any law or custom of a person of any sex living with another as if married."

33 In *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another; Lesbian and Equality Gay Project and eighteen Others* CCT 60/40 73 bewoord die hof dit soos volg: "There is nothing to suggest that *same-sex couples* are less affected than heterosexual ones by emotional and material consequences of a rupture of their union."

2.2 *Oogmerke van artikel 21*

In *De Villiers NO v Delta Cables (Pty) Ltd*[34] het die hof bevind dat artikel 21 ten doel het "...to prevent or at least hamper collusion between spouses to the detriment of creditors of the spouse." Artikel 21 is dus ontwerp om samespanning tussen eggenote te voorkom en nie soseer om die solvente eggenoot te benadeel nie.[35] Hierdie beweegrede is te verstane, want nie alleen is eggenote in 'n goeie posisie om saam te span nie, maar dit vind ook gereeld in die praktyk plaas dat eggenote die insolvente boedel van sy regmatige eiendom beroof en sodoende die skuldeisers benadeel. Die saak van *Maudsley's Trustee v Maudsley*[36] is 'n tipiese voorbeeld van so 'n geval. Die hof het soos volg bevind:

> One knows that before the amendment of the law in 1926, it was common practice for traders (and perhaps others) to seek to avoid payment of their debts by putting property in their wives' names; on insolvency the burden rested on the trustees to attack the wife's title.

Artikel 21 plaas dus 'n billike bewyslas op die solvente eggenoot om 'n regsgeldige titel oor al haar bates te bewys, ten einde te verhoed dat die eggenote saamspan teen die kurator en sodoende die skuldeisers onbillik benadeel word. Die solvente eggenoot kan haar regsgeldige titel bewys deur 'n aansoek aan die kurator te rig kragtens artikel 21(2) of deur 'n aansoek kragtens artikel 21(4) van die *Insolvensiewet* voor die hof te bring.[37] Sodra sy haar regsgeldige titel bewys het, hetsy voor die hof of aan die kurator, **moet** haar bates vrygegee word.[38] Meskin wys daarop dat sy bloot moet bewys dat sy haar bates met haar eie geld gekoop het. Daar is ongelukkig **geen standaard** neergelê waarvolgens die kurator sy besluit moet neem nie.[39] Volgens De la Rey moet die kurator **behoorlike oorweging** aan die saak skenk voordat hy kan weier om die bates vry te gee.[40] Myns insiens is selfs hierdie standaard nie 'n behoorlike maatstaf waarteen die kurator se optrede getoets kan word nie, en nog minder is dit bepaalbaar of die kurator

---

34 *De Villiers NO v Delta Cables (Pty) Ltd* 1992 1 SA 9 (A) 13. Sien ook *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 325; Sharrock *Hockly's Insolvency Law* 65.

35 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 328.

36 *Maudley's Trustee v Maudley* 1940 TPD 399 404. Sien ook *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 326 waar bevind is dat eggenote gewoonlik teen die kurator saamspan.

37 Sy kan ook ingevolge a 21(10) van die *Insolvensiewet* by die hof aansoek doen vir die uitstel van die letterlike "oorgaan" van haar bates op die kurator. Daarvoor dra sy ook 'n bepaalde bewyslas. Vir doeleindes van hierdie ondersoek is a 21(10) egter nie relevant nie.

38 Meskin *Law of Insolvency* 88-2; De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 108; Smith *The Law of Insolvency* 42-43. Sy bewys sy 'n regsgeldige titel deur beëdigde verklarings met stawende dokumente aan die kurator of die hof voor te lê.

39 Meskin *Law of Insolvency* 91.

40 De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 91.

daaraan voldoen het. Geen ander outeur bied egter 'n aanvaarbare verduideliking of toets waaraan die kurator se optrede moet voldoen nie.

In *Harksen v Lane NO and Others*[41] het die Konstitusionele Hof bevind dat dit die plig van die Parlement is om die publiek se belange te beskerm. Daarom het die Parlement artikel 21 gepromulgeer om skuldeisers teen bedrieglike eggenote te beskerm.[42] Die hof het verder bevind dat iemand die bewyslas moet dra. Solank die bewyslas nie arbitrêr op die skouers van die solvente eggenoot rus nie, is dit grondwetlik dat die solvente eggenoot haar titel moet bewys. In hierdie geval wys die hof daarop dat dit logies en billik is om die bewyslas op die solvente eggenoot te plaas, aangesien die kurator van buite af die proses betree en nie dieselfde kennis rakende die solvente eggenoot se sake het as waaroor dié behoort te beskik nie.

2.3 Die bewyslas

Die solvente eggenoot word nie aan die genade van die kurator uitgelewer nie. Die *onus*[43] rus wel op haar om 'n regsgeldige titel te bewys, maar indien sy haar van die bewyslas kwyt, **moet** die kurator haar bates vrygee. Ingevolge artikel 21(2) moet sy bewys dat haar bates onder een van die volgende kategorieë ressorteer:

> Die kurator moet alle goedere van die solvente eggenoot vrygee waarvan bewys word-
>
> *(a)* dat hulle die eiendom van daardie eggenoot was onmiddellik voor haar of sy huwelik met die insolvent of voor die eerste dag van Oktober 1926; of
>
> *(b)* dat hulle deur daardie eggenoot verkry is kragtens 'n huwelikskontrak; of
>
> *(c)* dat hulle deur daardie eggenootgedurende die huwelik mat die insolvent verkry is kragtens 'n titel wat regsgeldig is teenoor die skuldeiser aan die skuldeisers van die insolvent; of
>
> (d) dat hulle ten behoewe van daardie eggenoot gevrywaar is deur artikel agt-en-twintig[44] van hierdie Wet of deur die "Verzekeringswet 1923"[45] (Wet 37 van 1923); of

41 In *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 329 het die hof bevind dat die doel nie is om, behalwe tydelik, die solvente eggenoot van haar eiendomsreg te ontneem nie, maar bloot te voorkom dat die insolvente boedel van sy eiendom ontneem word.

42 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 329.

43 A 21(2) van die *Insolvensiewet*; Meskin *Law of Insolvency* 88-2; Smith *The Law of Insolvency* 109.

44 A 28 is herroep deur a 78 van Wet 27 van 1943.

45 Waarskynlik sal die opbrengs van 'n polis wat kragtens a 63 van die *Langtermynversekeringswet* 52 van 1998 vrygestel is, hieronder ingesluit wees.

(e) dat hulle met sodanige goedere as voormelde, of met die inkomste of opbrings daarvan verkry is.

Subartikel 2 (a),(b),(c),(d) en (e) is heel duidelik en besorg nie veel probleme in die praktyk nie. Daarom sal dit verder onnodig wees om in hierdie studie daarop te fokus. Die meerderheid problemesituasies sentreer rondom die vrystelling van bates kragtens subartikel 2(c). Dit is so omdat subartikel 2(c) alle bates insluit wat die solvente eggenoot uit ander bronne, sowel as vanaf haar eggenoot, tydens die bestaan van hulle huwelik ontvang het.

Volgens die uitspraak in *Beddy NO v Van der Westhuizen*[46] behels die bewysmaatstaf bloot dat die solvente eggenoot die egtheid van die transaksie uit hoofde waarvan sy die bates verkry het, oftewel 'n egte *bona fide* bedoeling met die verkryging daarvan,[47] moet bewys. Hieronder moet verstaan word dat sou sy byvoorbeeld die bates van haar eggenoot ontvang het, die eggenote nie van plan was, of die bedoeling gehad het, om samespanning te bewerkstellig nie. Wanneer sy die bates nie by wyse van 'n fisiese skenking ontvang het nie, moet sy bewys dat sy die bates met haar eie fondse bekom het en nie met bedrieglike kontant-skenkings vanaf haar eggenoot nie. Sy moet dus bewys dat geen samespanning tussen haar en die insolvent plaas gevind het nie. Die skenking moet 'n ware skenking wees.[48]

Hierdie bewyslas is te verstane, want sedert die inwerkingtrede van artikel 22 van die *Huweliksgoederewet* is skenkings tussen eggenote geldig en sal geen skenking nietig wees teenoor die skuldeisers bloot omdat dit 'n skenking tussen eggenote was nie. In die saak van *Enyati Resources Ltd and Another v Thorne NO and Others*[49] het meneer Thorne twee jaar voor sy onverwagte sekwestrasie eiendom aan sy vrou geskenk. Aangesien die eggenote nie op die datum van die skenking die moontlike sekwestrasie voorsien het nie, het die hof bevind dat geen samespanning tussen hulle plaasgevind het nie en dat die skenking daarom gehandhaaf moes word. Die hof het dus vasgestel dat die skenking 'n **ware skenking** was.[50]

---

46 *Beddy NO v Van der Westhuizen* 1999 3 SA 913 (A) 917.
47 Sien ook *Snyman v Rheeder NO* 1989 4 SA 469 (T) 505.
48 Meskin *Law of Insolvency* 88-2; Smith *The Law of Insolvency* 113.
49 *Enyati Resources Ltd and Another v Thorne NO and Another* 1984 2 SA 551 (K) 565.
50 Dit wil sê dat die skenking nie 'n skyn skenking was nie. Sien *Snyman v Rheeder NO* 1989 4 SA 469 (T) 505-506.

In die saak van *Jooste v De Wit NO*[51] het die gades gepoog om die insolvente boedel van sy bates te ontneem deurdat meneer De Wit 'n beslote korporasie gestig het en vir R 10-00 aan sy vrou verkoop het. 'n Jaar later het meneer De Wit sy plaas aan die beslote korporasie verkoop. Die hof het bevind dat hier samespanning was deurdat die eggenote ten doel gehad het om die skuldeisers te benadeel.[52] In die saak van *Killburn v Estate Killburn*[53] het regter Wessels soos volg bevind:

> It is a well known principle of our law that Courts of law will not be deceived by form of a transaction: it will rend aside the veil in which the transaction is wrapped and examine its true nature and substance.

Die kurator dra min of geen kennis van die solvente eggenoot se sake.[54] Dit sal vir hom uiters moeilik wees om die geldigheid van haar titel vas te stel en te bewys. Die kurator tree as 'n buitestander tot die boedel toe. Hy dra geen kennis van die eggenote se sake nie en loop die gevaar om bedrieglik deur die eggenote om die bos gelei te word. Dit terwyl die solvente eggenoot oor eksklusiewe kennis van haar eie sake beskik.[55] Sy besit gewoonlik kwitansies, fakture, dokumentasie en ander bewyse. Stander wys daarop dat die bewyslas nie te moeilik vir die solvente eggenoot behoort te wees nie.[56] Sy moet bloot enige "agterdog van simulasie met 'n aanvaarbare verduideliking uit die weg ruim."[57] Myns insiens behoort daar bepaalde maatstawwe en prosedures neergelê te word waarvolgens die kurator moet optree in die vasstelling of die solvente eggenoot haar van die bewyslas gekwyt het. Die blote aanvaarding dat die kurator billik sal optree, is nie voldoende nie.

2.4 Grondwetlikheid van artikel 21

Die Konstitusionele Hof het in *Harksen v Lane NO and Others*[58] die grondwetlikheid van artikel 21 bevestig. In hierdie saak was meneer Harksen se boedel onder sekwestrasie. Mevrou Harksen, met wie hy in daardie stadium buite gemeenskap van goedere getroud

---

51 *Jooste v De Wit NO* 1999 2 SA 355 (T).
52 *Jooste v De Wit NO* 1999 2 SA 355 (T) 346. Dit was dus 'n gesimuleerde transaksie. Sien ook *Snyman v Rheeder NO* 1989 4 SA 469 (T) 505-506.
53 *Killburn v Estate Killburn* 1931 AD 501 507.
54 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 327.
55 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 326.
56 Stander 2001 *TRW* 96-98.
57 Stander 2001 *TRW* 96-98. Die bewysmaatstaf behels dan 'n "oorwig van waarskynlikhede"; Sien Meskin *Law of Insolvency* 94 in hierdié verband.
58 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 332.

was, se boedel het kragtens artikel 21 op die Meester en daarna op die kurator van die insolvente boedel oorgegaan.[59]

Mevrou Harksen het onder andere betoog dat artikel 21 inbreuk maak op haar grondwetlike **reg op eiendom**.[60] Die hof het hierop bevind dat die solvente eggenoot nie permanent van haar eiendomsreg ontneem word nie, maar slegs tot tyd en wyl sy 'n regsgeldige titel[61] kan bewys. Daar is dus geen sprake van onteiening nie.[62] Hierdie uitspraak ten spyt, kan dit egter gebeur dat die solvente eggenoot nie in staat is om haar regsgeldige titel te bewys nie, bloot omdat sy nie haar bewyse beskikbaar het nie. In so 'n geval, hoewel dit inderdaad haar eiendom is, sal sy haar eiendomsreg verloor en onbillike skade lei.[63] Die bewyslas bring verder ook finansiële implikasies vir die solvente eggenoot mee. Dit terwyl die solvente eggenoot dikwels nie oor die nodige finansies beskik om haar tot regsadvies en regshulp te wend nie.[64] Daarbenewens gaan dit gepaard met ongerief en 'n graad van potensiële verleentheid omdat litigasie die aangeleentheid openbaar sal maak.

Die Konstitusionele Hof het verder bevind dat artikel 21 wel teen die solvente eggenoot diskrimineer, maar dat die diskriminasie billik is vanweë die legitieme doel om samespanning te voorkom.[65] In sy minderheidsuitspraak wys regter Sachs, in teenstelling met die meerderheidsuitspraak, daarop dat artikel 21(1) die solvente eggenoot, as onafhanklike persoon, se reg op **persoonlike integriteit** skend.[66]

Dit is die meerderheid se bevinding dat die kurator weerloos gestel sal word indien artikel 21 afgeskaf sou word. So 'n werkswyse sal tot voordeel van samespannende eggenote uitloop.[67] Dit is vervolgens belangrik om ondersoek in te stel na 'n manier waarop dit redelik en billik sal wees om die situasie rakende die bewyslas te hanteer. Daarom is dit

---

59 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 307.
60 A 28 van die *Grondwet van die Republiek van SuidAfrika*, 1993. Voortaan die 1993 *Grondwet*.
61 Met 'n "regsgeldige titel" word bedoel dat sy kan bewys dat haar bates onder een van die vyf kategorieë van a 21(2) figureer.
62 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 318.
63 Behoudens natuurlik die bepalings van a 21(3) met betrekking tot goedere wat **oënskynlik** aan die solvente eggenoot behoort het.
64 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 329.
65 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 327.
66 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 347.
67 Die ernstige kritiek van die minderheidsuitspraak en ook dié van ander skrywers wys op die behoefte daaraan dat 'n minder drastiese bepaling verkiesliker sou wees.

nodig om die aard van die kurator se optrede te ondersoek, want indien die kurator se optrede, kragtens artikel 21, administratief van aard is, sal die solvente eggenoot moontlik ook op die prosedurele billikheidsregte van die *PAJA* kan aanspraak maak.

2.5 Die kurator se bevoegdhede ingevolge artikel 21

2.5.1 Aanstelling van die kurator

Hoewel die hof in *AAA Investments (Pty) Ltd v Micro Finance Terglatory Council and Another*[68] bevind het dat daar nie op die **amp van die funksionaris**[69] gelet moet word nie, maar bloot **op sy funksies,**[70] sal daar tog op sy aanstelling[71] ingegaan word om die aard van sy optrede vas te stel.[72] Dit kan immers 'n aanduiding wees van die kurator se moontlike amptelike hoedanigheid en moontlike invloed op die openbare belang. Vir doeleindes van die *Insolvensiewet* hehels die begrip kurator ook 'n **voorlopige kurator**.

2.5.1.1 Voorlopige kurator

Kragtens artikel 21 van die *Insolvensiewet* gaan die insolvent se boedel met die sekwestrasie van die insolvent se boedel op die Meester en daarna op 'n gekose kurator oor. Aangesien die Meester gewoonlik nie oor die middele[73] of die arbeidskragte[74] beskik om die bates van die insolvente boedel te beskerm nie, en die kurator nog verkies te staan word, kan die Meester 'n voorlopige kurator ingevolge artikel 18 van die *Insolvensiewet* aanstel om die boedel in die tussentyd te administreer.[75] Hierdie **voorlopige kurator** bly in sy pos totdat die skuldeisers ingevolge artikel 54 'n permanente kurator[76] verkies het. Die Meester, en net hy, kan die voorlopige kurator

---

68 *AAA Investments (Pty) Ltd v Micro Finance Regulatory Council and Another* 2004 6 SA 557 (T) 563-564. Sien ook *President of the Republic of South Africa and Others v South African RugbyFootball Union and Others* 2000 1 SA 1 (KH) 63.

69 In hierdie geval is die kurator die funksionaris.

70 Die ondersoek sluit ook die uitwerking van die funksionaris se optrede in.

71 Myns insiens beklee enige persoon wat aangestel word, 'n amp. 'n Aangestelde persoon kan immers vanuir sy amp ontslaan word en dit, ondermeer, dui op sy amptelike hoedanigheid. So word die kurator aangestel deur die Meester en kan weer deur die Meester afgedank word.

72 *AAA Investments (Pty) Ltd v Micro Finance Regulatory Counci and Another* 2004 6 SA 557 (T) 563-564.

73 Afrikaans vir *means.*

74 Afrikaans vir *manpower.*

75 Sien ook De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 4-1.

76 Voortaan die kurator genoem.

aanstel. Volgens Smith[77] doen die Meester hierdie aanstellings in sy absolute diskresie. Die aanstelling is dan ook hersienbaar kragtens artikel 151 van die *Insolvensiewet.*

In *Lipschitz v Watrus NO*[78] het die hof bevind dat die Meester se diskresionêre aanstelling van die voorlopige kurator, administratief van aard is:

> As to any such provisional appointments the Master clearly has an unfettered and sole administrative discretion and it is within his enacted powers to give directions to his staff about such appointments.[79]

Meskin sluit hierby aan en wys daarop dat die voorlopige kurator se aanstelling inderdaad ingevolge die *PAJA* administratief van aard is en kragtens die *PAJA* hersien kan word.[80] Meskin wys verder daarop dat daar geen vasgestelde prosedures bestaan waarvolgens die Meester sy aanstelling doen nie, behalwe dat hy gewoonlik 'n genomineerde persoon in die pos sal aanstel.[81]

Hoewel tussentydse optrede nie voor die voet hersienbaar is nie, en dikwels nie aan die vereistes vir 'n administratiewe optrede voldoen nie,[82] het die voorlopige kurator kragtens die *Insolvensiewet* bykans al die bevoegdhede en verpligtinge van die kurator, behalwe dat hy sonder magtiging van die hof geen ander regsgeding mag instel of verdedig nie as om sodanige verlof te verkry, en dat hy sonder magtiging van die hof of van die Meester geen goed wat aan die betrokke boedel behoort, mag verkoop nie.[83] Daarby ingesluit is enkele spesifieke handelinge.[84] Aangesien die voorlopige kurator oor bykans dieselfde regte en pligte as die kurator beskik, wys die hof in die saak van *Shapiro's Trustee v Livingstone*[85] daarop dat hy met uiterse sorg sal moet optree, aangesien sy optrede die skuldeisers bind sonder dat hulle eens kennis van sy optrede dra of dit goedgekeur het.[86]

---

77 Smith *The Law of Insolvency* 174.

78 *Lipschitz v Watrus NO* 1980 1 SA 662 (T) 671; Sharrock *Hockley's Insolvency Law* 91.

79 *Lipschitz v Watrus NO* 1980 1 SA 662 (T) 671.

80 Meskin *Law of Insolvency* 4-1.

81 Meskin *Law of Insolvency* 4-1.

82 *Gamevest (Pty) Ltd v Regional Land Claims Commissioner, Northern Province & Mpumalanga* 2003 1 SA 373 (HHA) 86; *AAA Investments (Pty) Ltd v Micro Finance Regulatory Council and Another* 2004 6 SA 557 (T) 565-566.

83 A 18(3) van die *Insolvensiewet;* sien ook De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 4-23; Smith *The Law of Insolvensie* 178.

84 Sien A 18 (3) van die *Insolvensiewet.*

85 *Shapiro's Trustee v Livingstone* 1907 TS 957 959. Smith *The Law of Insolvency* 178 wys daarop dat die voorlopige kurator meestal in sy eie diskresie sal optree, behalwe waar hy die Meester se toestemming benodig.

86 Aangesien daar in hierdie staduim nog geen vergadering van skuldeisers plaasgevind het nie.

Uit die aard van die bobespreekte, kan die voorlopige kurator se optrede nie tussentyds van aard wees nie.[87]

Volgens Smith vervul die voorlopige kurator 'n aktiewe rol in die sekwestrasieprosedure en dien hy nie as blote opsigter daarvan nie.[88] Sodra die voorlopige kurator aangestel is, sal die insolvente boedel immers onmiddellik op hom oorgaan.[89] Die voorlopige kurator sal dan oor bykans al die regte en verpligtinge van 'n kurator beskik, behalwe dat hy die uitdruklike toestemming van die hof nodig het om regsgedinge in te stel of te verdedig en nie sonder die toestemming van die hof of die Meester enige bates van die insolvente boedel mag verkoop nie. Sulke verkopings moet verder voorafgegaan word deur kennisgewings en is onderworpe aan watter voorwaardes die Meester ook al mag stel.[90] Sharrock wys daarop dat die voorlopige kurator nie fisiese stappe in die **bereddering** van die insolvente boedel sal doen nie.[91] Hy sal wel begin met die administrering van die insolvent se boedel, hoewel in 'n beperkte hoedanigheid, en dikwels sal die Meester of die hof se toestemming benodig word.[92] Sodra die kurator verkies is, sal die voorlopige kurator verantwoording aan die kurator moet doen oor die administrasie tydens sy voorlopige termyn.[93] Desnieteenstaande sal die voorlopige kurator, sowel as die kurator, in belang van die skuldeisers moet optree[94] en sal die Meester 'n wakende oog oor die administrasie hou.[95]

2.5.1.2 Aanstelling van die kurator

Anders as die voorlopige kurator, word die **kurator** nie bloot deur die Meester aangestel nie, maar ingevolge artikel 54(1) van die *Insolvensiewet* deur die skuldeisers verkies.[96]

---

87 Artikel 18(3) van die *Insolvensiewet* 24 van 1936. Sien ook Stander 1996 *TSAR* 335.
88 Smith *The Law of Insolvency* 174.
89 Smith *The Law of Insolvency* 178; Stander 1996 *TSAR* 335.
90 A 18(3) van die *Insolvensiewet.*
91 Sharrock *Hockly's Insolvency Law* 98; De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 4-24. Stander 1996 *TSAR* 337 wys daarop dat fisiese stappe wel deur die voorlopige kurator geneem sal word indien dit redelik noodsaaklik is, byvoorbeeld: kontrakte in stand te hou of te repudieer, bederfbare produkte en transaksies by aandelemarkte. Let wel dat daar veel meer gevalle is.
92 De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 4-26.
93 De la Rey *Mars:Law of Insolvency* 4-25.
94 Sharrock *Hockly's Insolvency Law* 97.
95 A 18 (2) en (3) van die *Insolvensiewet.*
96 Die vergadering van skuldeisers bestaan uit skuldeisers wat hulle eise teen die insolvente boedel bewys het Sien Meskin *Law of Insolvency* 5-20; Smith *The Law of Insolvency* 4 vir 'n bespreking rakende die *concursus creditorum.*

Die verkiesing geskied volgens 'n meerderheid van stemme[97] van die stemgeregtigdes op 'n vergadering van skuldeisers.[98] Die Meester staan nie onbetrokke by die proses nie, want ingevolge artikel 56(1) van die *Insolvensiewet* moet die Meester die verkose kurator se aanstelling goedkeur deurdat hy 'n sertifikaat van aanstelling aan die kurator uitreik.[99] Dit hou in dat die Meester ingevolge artikel 57(1) mag weier om 'n kurator se aanstelling te bekragtig:[100]

> As iemand wat as kurator gekies is, nie regmatig gekies is nie of kragtens artikel vyf-en-vyftig onbevoeg is om as kurator gekies of aangestel te word of onbevoeg is om kurator van die betrokke boedel te wees, of in gebreke gebly het om binne 'n termyn van sewe dae vanaf die dag waarop hy kennis ontvang het dat die Meester sy verkiesing bekragtig het of binne so 'n verdere termyn as wat die Meester mag toestaan, die sekuriteit bedoel in sub-artikel (2) van artikel *ses-en-vyftig* te stel, of na die Meester se mening die persoon wat gekies is nie as kurator van die betrokke boedel aangestel moet word nie, dan moet die Meester aan die aldus gekosene skriftelik kennis gee dat hy weier om sy verkiesing te bekragtig of om hom as kurator aan te stel en moet in daardie kennisgewing die rede aangee waarom hy weier om sy verkiesing te bekragtig of om hom aan te stel: Met dien verstande dat as die Meester weier om die verkiesing van 'n kurator te bekragtig omdat hy van mening is dat die gekosene nie as kurator aangestel moet word nie, dit voldoende is as die Meester in daardie kennisgewing as voormelde rede aangee dat hy van mening is dat die gekosene nie as kurator van die betrokke boedel aangestel moet word nie.[101]

Wanneer die Meester wel 'n kurator se aanstelling bekragtig, moet hierdie kurator sekuriteit aan die Meester verskaf.[102]

Die kurator word aangestel as die "likwidateur" in beheer van die bereddering van die insolvente boedel. So sal hy onmiddellik na sy aanstelling die beheer van die insolvente

---

97 Die meerderheid van stemme behels 'n meerderheidstem in getal en waarde van alle bewese eise. Sien Meskin *Law of Insolvency* 4-5 en 4-6; Smith *The Law of Insolvency* 247-248; De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 182.

98 A 56(1) van die *Insolvensiewet*; Meskin *Law of Insolvency* 4-5; Smith *The Law of* Insolvency 247-248; De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 182.

99 A 56(1) van die *Insolvensiewet*; Meskin *Law of Insolvency* 4-23. Smith *The Law of Insolvency* 248;

100 A 57(1) van die *Insolvensiewet*; Meskin *Law of Insolvency* 4-7 en Smith *The Law of Insolvency* 248.

101 A 57(1) van die *Insolvensiewet*. Smith *The Law of Insolvency* 248-249 wys daarop dat sou die Meester weier om die kurator se verkiesing te bekragtig, hy slegs as rede hoef aan te voer dat hy van oordeel is dat die kurator nie aangestel moet word nie. In hierdie geval sal die skuldeisers weer moet stem. Dieselfde kandidaat kan weer ingestem word. Indien die Meester nie die aanstelling op grond van a 57(1) kan weier nie, moet hy die kandidaat as kurator aanstel. Volgens Meskin *Law of Insolvency* 4-6 is die regverdiging vir hierdie artikel die feit dat die Meester moet verseker dat die verkiesing legitiem is en dat die kurator geskik is vir sy optrede. Meskin wys verder daarop dat die kurator mag slegs weier om die aanstellingsertifikaat uit te reik op grond van die bepalings in a 57(1) van die *Insolvensiewet*. Indien enige belanghebbende ontevrede is met die Meester se besluit, mag hy die Meester versoek om die redes vir sy besluit aan die Minister van Justisie bekend te maak. Sien Meskin *Law of Insolvency* 4-7 -4-9; Smith *The Law of Insolvency* 248-249; De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 182 vir 'n deeglike bespreking oor die prosedures en gevalle waar die Meester mag weier om 'n verkiesing te bekragtig.

A 56(2) van die *Insolvensiewet*; De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 183;

102 Smith The *Law of Insolvency* 249; Meskin *Law of Insolvency* 4-23.

boedel oorneem.[103] Hoewel die Meester nie daadwerklik by die bereddering of tegeldemaking van die boedel betrokke is nie, sal hy steeds 'n wakende oog oor die optrede van die kurator hou. Stander sluit hierby aan en wys daarop dat die Meester wel opdragte ten opsigte van die administrasie van die boedel kan gee, maar dat die Meester nie daartoe verplig word nie.[104] Dit wil voorkom of die Meester sy bevoegdhede aan die kurator delegeer en 'n geringe mate van beheer vir homself reserveer. Daar sal later meer lig gewerp word op hierdie onderwerp.

2.6 Die aard van die amp van die kurator

Die doel van sekwestrasie is om al die bates van die insolvent so spoedig moontlik bymekaar te maak, te realiseer en die opbrengs daarvan onder die skuldeisers, volgens 'n bepaalde voorkeurorde, te verdeel.[105] Hierdie realiserings- en verdelingsproses van die insolvent se bates kan slegs geskied wanneer die kurator, as administrateur van die insolvente boedel, sonder vrees en onnodige inmenging kan optree. Die kurator word dan aangestel om hierdie doel van realisering en verdeling van die insolvente boedelbates te verwesenlik. Hy tree as't ware as *a financial overseer, controller and liquidator* van die boedel op.[106] Sy magte en verpligtinge spruit voort uit die *Insolvensiewet* en dien verstande is hy ***a creature of the Insolvency act.***[107] Volgens die uitspraak in *Swadif (Pty) Ltd v Pyke*[108] behoort die kurator as 'n amptenaar van die hof beskou te word. In *Gilbert v Bekker and Another*[109] het die hof egter bevind dat hierdie benaming onvanpas is. Die kurator is eerder die bekleër van 'n amp wat deur verskillende wetgewing geskep word, byvoorbeeld direkteure, eksekuteurs, burgemeesters, stadsklerke en so meer. Volgens hierdie saak is die kurator dus 'n **statutêre amptenaar.**[110] Die kurator is nie onder die

---

103 A 22(1)(a) van die *Insolvensiewet*; Smith *The Law of Insolvency* 266; De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 186.

104 Stander 1996 *TSAR* 337.

105 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 310; *Walker v Syfret NO* 1911 AD 141 166; Meskin *Law of Insolvency* 4-26(1); De la Rey: *Mars: Law of Insolvency* 245. Sharrock *Hockly's Insolvency Law* 110.

106 Smith *The Law of Insolvency* 177.

107 *Thorne v The Master* 1964 3 SA 38 (N) 51. Sien ook Meskin *Law of Insolvency* 4-26(1); De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 245; Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 33.

108 *Swadif (Pty) Ltd v Pyke* 1978 1 SA 928 (A) 938; Meskin *Law of Insolvency* 4-27.

109 *Gilbert v Bekker and Another* 1984 3 SA 774 (W) 781; Meskin *Law of Insolvency* 4-27. Sien Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 33.

110 *Trustee, Assigned Estate Wall v Illovo Trading Co* 1909 NLR 522 528; Smith *The Law of Insolvency* 186. Sien ook Meskin *Law of Insolvency* 4-27; Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 33.

hof se beheer nie, maar onder dié van die Meester.[111] Die hof sal bloot die reg in gegewe gevalle toepas.[112] Stander wys daarom tereg daarop dat die kurator eerder as die bekleër van 'n amp gesien moet word.[113] Volgens haar is hy 'n statutêre ampsbekleër in 'n fidusiêre posisie[114] en is hy nie 'n gedelegeerde van die hof nie. Daarby word die kurator in sy persoonlike kapasiteit[115] aangestel, maar verrig dan slegs administratiewe take. Hy kan nie sy verpligtinge delegeer nie.[116] Alhoewel die Meester nie aktief by die sekwestrasieprosedure betrokke is nie, moet hy 'n wakende oog oor die kurator hou.[117] Die kurator moet kragtens artikel 72(1) sekuriteit aan die Meester stel en enige *mala fide*-optrede sal strafbaar wees.[118] Wanneer die *concursus creditorum* geen instruksies gee nie, moet die kurator ingevolge artikel 82(1) van die *Insolvensiewet* die bates op 'n veiling verkoop:

> Met dien verstande dat, as die skuldeisers voor die finale sluiting van die tweede vergadering van skuldeisers van daardie boedel geen instruksies gegee het nie, die kurator die goedere by openbare veiling of openbare inskrywing moet verkoop.

Hoewel die kurator die bereddering van die insolvente boedel tot voordeel van die skuldeisers behartig,[119] staan hy nie net in 'n vertrouensverhouding met skuldeisers nie, maar staan hy ook in 'n vertrouensverhouding met die insolvent.[120] Die "vertrouensverhouding" maak nie van die kurator 'n verteenwoordiger nie. Inteendeel, Stander wys daarop dat die kurator nóg as verteenwoordiger van die insolvent, nóg as verteenwoordiger van die skuldeisers optree. Sy wys daarop dat die kurator beslis nie in die uitvoering van sy beheer- en beskikkingsbevoegdhede as verteenwoordiger van die insolvent beskou kan word nie,[121] want die kurator verkry meer regte as wat die insolvent

---

111 Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 33.

112 *Thorne v The Master* 1964 3 SA 38 (N) 51; Smith *The Law of* Insolvency 185; Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 34.

113 Sien ook *Trustee, Assigned Estate Wall v Illovo Trading Co* 1909 NLR 522 528; Smith *The Law of Insolvency* 186; sien ook Meskin *Law of Insolvency* 4-27.

114 Sien ook Meskin *Law of Insolvency* 4-27.

115 Sien ook De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 245.

116 Stander *Die Invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 28.

117 Sien a 60(b) van die *Insolvensiewet.*

118 Sien ook a 116*bis* van die *Insolvensiewet*; Meskin *Law of Insolvency* 4-3; De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 245; Sharrock *Hockly's Insolvency Law* 110.

119 In *Harksen v Lane NO and Others* 1998 (1) SA 300 (KH) 329 het die Konstitusionele Hof bevind dat die insolvensieproses ook ter **beskerming van die publiek** moet geskied.

120 Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 27. Sien ook *Desai v Assignee Estate Desai* 1935 CPD 503 508; De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 244 wys daarop dat die kurator 'n *position of trust* teenoor beide die insolvent en die skuldeisers beklee. Sien ook Smith *The Law of Insolvency* 186.

121 Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 28.

gehad het.[122] Verder, tydens die verrigting van sy werksaamhede, is die kurator nie geheel en al vry nie.[123] Deur op 'n vergadering van skuldeisers te stem, bepaal die skuldeisers op watter wyse die boedel beredder moet word. Dus voer die kurator die skuldeisers se opdragte uit.[124] Die algemene standpunt is dat die kurator eienaar van die bates word, wat dan hierdie bates ten behoewe van die skuldeisers moet verkoop. Die *concursus creditorum* oefen dus 'n beslissende effek op die hele administrasieproses uit.[125] Steeds tree die kurator nie as verteenwoordiger van die skuldeisers op nie. Die skuldeisers kan nie oor die **wyse** waarop die boedel verdeel moet word, besluit nie.[126] In gepaste gevalle kan die hof die *concusus creditorum* se besluit tersyde stel. Dus, hoewel die kurator op instruksies van die skuldeisers handel, verteenwoordig hy nie die skuldeisers op dieselfde voet as 'n agent wat die mandaat van sy prinsipaal uitvoer nie.[127] Stander kan dus onderskryf word wanneer sy daarop wys dat die kurator 'n fidusiêre posisie beklee, met 'n verantwoordelikheid teenoor beide die insolvent en die skuldeisers.[128] Die primêre doel is immers steeds om die opbrengs van die insolvent se bates onder sy skuldeisers te verdeel en dit is die plig van die kurator om toe te sien dat dit bereik word.[129] Hy moet daarom eerder as 'n onafhanklike figuur beskou word.[130] Toesig sal egter gehou moet word om te verhoed dat die kurator buite sy bevoegdhede optree.[131]

Stander kom tot die gevolgtrekking dat, met sekwestrasie van 'n spesifieke boedel, die bevoegdhede van 'n reeks opeenvolgende, statutêre en amptelike bestuursfunksionarisse in werking tree. Die bestuursfunksionarisse bestaan uit die volgende persone wat mekaar in volgorde van rang opvolg: [132]

---

122 Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 28.

123 Sien Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 27.

124 De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 244 wys daarop dat die kurator kan in bepaalde gevalle die skuldeisers se opdragte ignoreer. Sien ook Stander *Die Invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 28.

125 Sharrock *Hockly's Insolvency Law* 120; sien ook De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 120.

126 A 53(1) van die *Insolvensiewet*; Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 29 35.

127 Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 35. Sien ook De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 244; Smith *The Law of Insolvency* 186; Sharrock *Hockly's Insolvency Law* 110; Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 35.

128 Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 33.

129 Sharrock *Hockly's Insolvency Law* 4. Smith *The Law of Insolvency* 186.

130 *Goldseller v Hill* 1908 TS 822 833-835; De la Rey *Mars: Law of Insolvency* 244; Smith *The Law of Insovency* 186; Sharrock *Hockly's Insolvency Law* 110.

131 Sien Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 34.

132 Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 43.

> Die hof wat in 'n belangrike mate oor die likwidasie van insolvente boedels toesig hou en as opper-bestuurder sekere regshandelinge deur bestuurders van laer rang kan magtig; die Meester van die hooggeregshof ... wat enersyds hul funksie onder toesig van die hof vervul en andersyds as bestuurders van die tweede rang toesig oor die likwidasie van die insolvente boedel hou; een of meer van die volgende bestuurders van die laagste rang en hulle ampsopvolgers, afhangende daarvan of hulle in 'n bepaalde geval aangestel is, naamlik 'n voorlopige kurator en een of meer kurators.[133]

Die submissie is dus dat die kurator 'n statutêre amptenaar is met 'n fidusiêre verantwoordelik teenoor beide die skuldenaar en die skuldeisers. Sy doel is om die insolvente boedel te gelde te maak en so spoedig moontlik onder die skuldeisers te verdeel, terwyl sy regte en bevoegdhede daartoe uit die *Insolvensiewet* voortspruit. In die uitvoering van sy taak sal die Meester 'n wakende oog oor die kurator hou, terwyl die hof as opper-figuur in rangorde dien. Die hof, die Meester en die kurator tree dus tesame as funksionarisse op om die insolvensieproses tot **voordeel van die skuldeisers** af te handel.

Hoewel geen outeur uitdruklik meld dat die insolvensieproses ter beskerming van die **publiek** is nie, het die Konstitusionele Hof in die saak van *Harksen v Lane NO and Others*[134] bevind dat artikel 21 juis ten doel het om die skuldeisers te beskerm en daarom sal die solvente eggenoot, as onafhanklike persoon met haar eie integriteit, se bates onder die beheer van die kurator gebring word. Die kurator se optrede het dus 'n invloed op die belange van die solvente eggenoot en die publiek.[135] Dit is derhalwe my mening dat die kurator se optrede rakende die solvente eggenoot se bates kwalik as dié van 'n privaat handeling afgemaak kan word. Die aard van die kurator se optrede behels dus om die skuldeisers en die publiek teen samespannende eggenote te beskerm.[136] Hierdie standpunt sluit as't ware aan by die hierbo bespreekte outeurs se standpunt, en is dus nie teenstrydig daarmee nie. Daarom is dit, inteendeel, bloot 'n uitbou van die gemelde opvatting.

---

133 Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 43.

134 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 (1) SA 300 (KH) 329.

135 Deurdat die solvente eggenoot nie gesekwestreer word nie, is sy 'n eksterne persoon wie se belange geskend word.

136 Hierdie siening sluit dus aan by wat die skrywers hierbo geskryf het. Die Konstitusionele Hof se bevinding oor artikel 21 is bloot 'n verdere uitbou van die gemelde opvattings van die skrywers se bespreekte standpunte.

2.7 Gevolgtrekking

Artikel van 21(1) van die *Insolvensiewet* hou in dat die solvente eggenoot se boedel ook op die kurator van die insolvente eggenoot se gesekwestreerde boedel oorgaan. Die solvente eggenoot word dan van haar eiendomsregte ontneem tot tyd en wyl sy, in ooreenstemming met subartikel 2, 'n regsgeldige titel oor haar eiendom kan bewys. Dit moet sy doen deur onder andere die egtheid van enige transaksie uit hoofde waarvan sy haar bates ontvang het, te bewys. Met ander woorde die solvente eggenoot moet bewys dat skenkings komende van die insolvent 'n ware skenking was en nie die bedoeling openbaar om samespanning te bewerkstellig nie. Hoewel hierdie ontneming 'n skending van die solvente eggenoot se regte meebring, is die grondwetlikheid daarvan reeds bevestig. Die rede hiervoor is dat die bewyslas ten doel het om samespanning tussen bedrieglike eggenote te voorkom. Indien die solvente eggenoot haar van die bewyslas kwyt, **moet** die kurator haar bates kragtens artikel 21(2) van die *Insolvensiewet* vrygee. Hierdie bewyslas is te verstane, want anders as die solvente eggenote, dra die kurator min of geen kennis van die solvente eggenoot se sake nie.

Die kurator moet behoorlik oorweeg voordat hy weier om die solvente eggenoot se bates vry te gee. Desnieteenstaande maak die *Insolvensiewet* nie voorsienning vir prosedurele maatstawwe waarvolgens die kurator moet handel in die uitoefening van sy diskresionere bevoegdhede nie. Daarby maak die *Insolvensiewet* ook nie voorsienning vir maatstawwe om vastestel of die kurator sy diskresie redelik en billik uitgeoefen het nie

Hoewel die kurator in sy persoonlike kapasiteit aangestel word, verrig hy administratiewe take in belang van die insolvente boedel se skuldeisers, as 'n statutêre ampsbekleder in 'n fidusiêre possie. Terselfdertyd hou die die Meester bloot 'n wakende oog oor die administrasie. Die bestuursfunksionaris betsaan uit die Hof as opper-figuur, die Meester wat 'n wakende oog oor die administrasie van die insolvensiewet hou en die kurator as administrateur in die laagste rang. 'n Vraagstuk doen hom voor rakende die voorlopige kurator se optrede. Die voorlopige kurator beskik immers oor bykans al die regte van die kurator en bind die skuldeisers sonder hulle medewete of goedkeuring. Daar is ook vasgestel dat die kurator se optrede kwalik as 'n privaat handeling tussen die insolvent en die skuldeisers is. So word die solvente eggenoot en haar skuldeisers onwillekeurig in 'n verhouding met die kurator gedwing.

Myns insiens behoort daar voorgeskrewe maatstawwe en prosedures te bestaan waarvolgens die kurator tot sy besluit moet kom. Hierdie maatstawwe sal dan tot die beskerming van beide die skuldeisers, die publiek en eerlike solvente eggenote se belange dien. Die blote aanvaarding dat 'n kurator ten alle tye billik sal optree, is nie 'n voldoende maatstaf nie. Daar sal vervolgens vasgestel moet word of die kurator se optrede 'n administratiewe optrede is. Indien wel, sal die kurator volgens die voorgeskrewe maatstawwe en prosedures van die *PAJA* moet handel ten einde tot sy besluit te kom. In die volgende hoofstuk sal op die moontlike administratiewe aard van die kurator se optrede gelet word.

3 Die Administratiewe aard van die optrede van die kurator

3.1 Inleiding

Voordat die solvente eggenoot op die prosedurele billikheidsregte van die *PAJA* kan aandring, moet sy eers die administratiewe aard van die kurator se optrede bewys. Dit moet sy doen deur te bewys dat die kurator se besluit, kragtens artikel 21 van die *Insolvensiewet,* aan die vereistes vir administratiewe optredes, soos in artikel 1 van die *PAJA* vervat is, voldoen. Indien die kurator se optrede aan hierdie vereistes vir administratiewe optredes voldoen, sal die solvente eggenoot geregtig wees op die prosedurele billikheidsregte wat die *PAJA* bied. In haar poging om die administratiewe aard van die kurator se optrede te bewys, hoef die solvente eggenoot haar nie soseer met die aard van die kurator se amp te bemoei nie,[137] maar moet sy bloot bewys dat die **spesifieke optrede** van die kurator aan die vereistes vir administratiewe optredes voldoen.[138] Ten einde vas te stel of die kurator se optrede aan die vereistes vir 'n administratiewe optrede voldoen, sal die vereistes vir administratiewe optrede eerstens bespreek word.[139]

3.2 Die omskrywing van administratiewe optrede

Artikel 33 van die *Grondwet* verskans elkeen se reg op administratiewe optrede wat prosedureel billik en regverdig is. Hoewel die *Grondwet* nie administratiewe optrede omskryf nie, maak die *Grondwet* wel voorsiening vir die promulgering van nasionale wetgewing om doeltreffende administrasie te bevorder.[140] Ten einde aan hierdie grondwetlike vereiste te voldoen, het die Parlement in 2000 die *Promotion of Administrative Justice Act* gepromulgeer. Artikel 1 van hierdie wet omskryf dan die definisie waarin die **basiese vereistes** vir administratiewe optrede uiteengesit word. Gevolglik moet die kurator se optrede aan al hierdie vereistes voldoen voordat sy optrede

---

137 Tog kan die kurator se amp 'n aanduiding wees van sy openbare bevoegdhede en die invloed van sy optrede op die openbare belang.

138 *President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others* 2000 1 SA 1 (KH) 67.

139 Die aard van die kurator se optrede is bespreek as moontlike aanduiding van die kurator se amptelike optrede.

140 A 33(3)(a),(b),(c),(d) en (e) van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika,* 1996.

as administratief beskou sal word. Artikel 1(i) van *PAJA* omskryf 'n administratiewe optrede soos volg:

> **"administrative action"** means any decision taken, or any failure to take a decision, by—
>
> (*a*) an organ of state, when—
>
> (i) exercising a power in terms of the Constitution or a provincial constitution; or
>
> (ii) exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation; or
>
> (*b*) a natural or juristic person, other than an organ of state, when exercising a public power or performing a public function in terms of an empowering provision, which adversely affects the rights of any person and which has a direct, external legal effect, but does not include—

'n Lys uitsluitsels volg dan in artikel (1)(i)(aa)-(ii), maar sal later in hierdie ondersoek bespreek word.

3.3 'n Bespreking van die vereistes vir 'n administratiewe optrede

Ten aansien van die wetlike definisie vir administratiewe optrede is daar vyf basiese vereistes waaraan die kurator se optrede moet voldoen voordat sy optrede[141] as 'n administratiewe besluit beskou kan word. Hierdie vyf vereistes word vervolgens bespreek.

3.3.1 'n Besluit of voorgenome besluit van 'n administratiewe aard

Die vereiste van 'n besluit of voorgenome besluit van 'n administratiewe aard hou in dat die funksionaris[142] 'n daadwerklike besluit moes neem of moes versuim het om 'n besluit te neem.[143] Die toepassingsveld van hierdie vereiste is egter so wyd van aard dat dit feitlik enige besluit[144] wat die geaffekteerde se regte **nadelig beïnvloed**, sal insluit.[145] Enige besluit, soos uiteengesit in 3.1 hierbo, sal daarom binne die trefwydte van 'n

141 In hierdie geval is die kurator se "optrede" die besluit wat hy kragtens a 21 van die *Insolvensiewet* neem.

142 Die administrateur staan dikwels ook as die funksionaris onder die magtigende bepaling bekend. Gemakshalwe sal daar na die kurator as die funksionaris onder die *PAJA* verwys word.

143 A 1(v) van die *PAJA*.

144 Let wel dat die neem van 'n besluit voortaan ook die versuim daarvan om 'n besluit te neem, sal insluit.

145 De Ville *Judicial Review* 38; Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 99-101.

administratiewe optrede figureer. Uit die aard van die saak word selfs hierdie wye toepassing nog verder uitgebrei deurdat artikel 1(1)(v)(a)-(e) van die *PAJA* voorsiening maak vir die volgende uitdruklik ingeslote administratiewe optredes:

> (a) making, suspending, revoking or refusing to make an order, award or determination; or
> (b) giving, suspending, revoking or refusing to give a certificate, direction, approval, consent or permission; or
> (c) issuing, suspending, revoking or refusing to issue a licence, authority or other instrument; or
> (d) imposing a condition or restriction; or
> (e) making a declaration, demand or requirement; or
> (f) retaining, or refusing to deliver up, an article; or
> (g) doing or refusing to do any other act or thing of an administrative nature, and a reference to a failure tot take a decision must be constructed.

Kortliks bestaan hierdie vereiste dus uit twee elemente: Die eerste element behels die neem van 'n besluit,[146] terwyl die tweede element behels dat die besluit administratief van aard moet wees. Hierdie elemente is met mekaar verweef, en beide moet aanwesig wees voordat daar aan hierdie vereiste voldoen kan word. Anders gestel: Die **besluit** moet **administratief** van aard wees.

Ten spyte van die wye toepassingsveld van die "besluit-vereiste," sal steeds nie enige besluit 'n administratiewe optrede bewerkstellig nie. In die saak van *Nephawe v Premier, Limpopo Province, and Another*[147] is bevind dat nie alle optredes van die uitvoerende gesag administratief van aard is nie. Dit ten spyte daarvan dat die uitvoerende gesag 'n "staatsorgaan" is. In *casu* het die Premier 'n kommissie van ondersoek aangestel. Toe die kommissie hul verslag voor die Premier gelê het, het hy die verslag na die minister vir besluitneming verwys. Die vraag het onstaan of hierdie verwysing van die verslag na die Minister 'n administratiewe besluit was. Die hof het bevind dat, hoewel die Premier se optrede ter uitvoering van sy **uitvoerende amp** was, nie alle optredes van die uitvoerende gesag *per se* 'n administratiewe besluit is nie. Daar moet vasgestel word of die **funksie** wat verrig was, aan die wetlike vereistes vir administratiewe optrede voldoen het. Die Premier se optrede om die verslag na die minister te verwys, het nie aan die vereistes vir administratiewe optrede voldoen nie. Hy het immers **nie 'n besluit geneem of nagelaat om 'n besluit te neem nie. Daarby bet hy ook nie kragtens 'n magtigende bepaling gehandel nie.** Sy optrede was suiwer ter uitvoering van die nasionale beleid en binne die

146 Vanselfsprekend ook die veruim om 'n besluit te neem.
147 *Nephawe v Premier, Limpopo Province, and Another* 2003 5 SA 245 (T) 260-263.

sfeer van die funksionaris. Die optrede het ook geen "nadelige aantasting van regte" meebring nie[148] en dus geen administratiewe optrede bewerkstellig nie.

In *President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others* -saak[149] het die Konstitusionele Hof bevind dat sodra 'n administrateur 'n wet implementeer, die implementering administratief van aard is en daarom 'n administratiewe optrede meebring. Wanneer dit egter by die promulgering van 'n wet of die maak van beleid kom, sal die optrede nie administratief van aard wees nie. Daar kan dus van die standpunt uitgegaan word dat die vraag nie soseer op die aard van die administrateur se amp konsentreer nie, maar eerder na die vraag of sy **optrede,** in die omstandighede, administratiewe optrede bewerkstellig. Selfs regsprekende beamptes kan dus van tyd tot tyd administratiewe besluite neem.[150]

Ter vasstelling of 'n optrede inderdaad administratief van aard is, het Currie en Klaaren 'n onderskeid tussen twee moontlikhede getref. Die eerste moontlikheid behels die aanname dat die **besluit-vereiste** enige besluit, behalwe die uitdruklike uitgeslote gevalle, insluit. 'n Tweede moontlikheid is om die Australiese model na te volg. Die Australiese model hou in dat slegs judisiële administratiewe optrede, kwasi-judisiële optrede, wetgewende optrede en suiwer administratiewe optrede onder die definisie van administratiewe optrede tuis te bring is.[151] De Waal en Currie ondersteun nie hierdie standpunt aan nie. Inteendeel, volgens hulle is die Australiese model op hersieningsgronde gebaseer en verdien nie die aandag wat ander outeurs daaraan gee nie. Hulle ondersteun die eerste moontlikheid, want 'n wye interpretasie sal, na hulle mening, uitdrukking gee aan hierdie grondwetlike waarborg.[152] Hoewel die omskrywing omvattend van aard is, moet die besluit egter steeds 'n openbare uitwerking meebring. Privaat-aangeleenthede sal nie as 'n administratiewe besluit kwalifiseer nie.[153]

Die submissie is dat 'n wye interpretasie aan die begrip **besluit** gegee moet word. Enige besluit wat nie deur artikel 1(i)(b)(aa)-(ii) uitgesluit is nie, behoort as 'n **besluit** vir doeleindes van administratiewe optrede geag te word. Hierdie standpunt dat die "besluit-

148 *Nephawe v Premier, Limpopo Province, and Another* 2003 5 SA 245 (T) 260- 261.

149 *President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others* 2000 1 SA 1 (KH) 67; *Pennington v Friedgood and Others* 2002 1 SA 251 (K) 259.

150 *President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others* 2000 1 SA 1 (KH) 67.

151 Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 102.

152 De Waal en Currie *Bill of Rights* 503.

153 Burns *Administrative Law* 22.

vereiste" wyd geinterpreteer moet word, speel in die hand van die solvente eggenoot. So voldoen die kurator se optrede aan die eerste element van hierdie vereiste vir administratiewe optrede. Die kurator neem 'n daadwerklike besluit kragtens artikel 21(2) van die *Insolvensiewet* deurdat hy moet **bepaal** of die solvente eggenoot haar regsgeldige titel bewys het. Aangesien daar geen maatstaf is waarvolgens die kurator sy besluit moet neem nie, geniet hy 'n wye diskresie. Sy besluit kan egter ernstige nadele vir die solvente eggenoot inhou, veral aangesien sy reeds met haar man se sekwestrasie van haar bates ontneem sal word. Hoewel die kurator 'n daadwerklike besluit kragtens a 21(2) van *die Insolvensiewet* neem, sal hierdie besluit steeds **administratief van aard** moet wees. Ten einde'n administratiewe besluit te wees, moet sy besluit kragtens 'n magtigende bepaling geneem moet word.[154]

3.3.2 'n Besluit kragtens 'n magtigende bepaling

Die funksionaris moet sy besluit kragtens 'n magtigende bepaling neem voordat sy besluit administratief van aard sal wees.[155] Artikel 1(vi) van die *PAJA* definieer 'n magtigende bepaling soos volg:

> **empowering provision** means a law, a rule of common law, customary law, or an agreement, instrument or other document in terms of which an administrative action was purportedly taken.

In die saak van *Fedsure Life Assurances Ltd and Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitian Council and Others*[156] is daarop gewys dat selfs gedelegeerde wetgewing as 'n magtigende bepaling kan dien. Die hof het soos volg daarop gewys:

> Laws are frequently made by functionaries in whom the power to do so has been vested by a competent legislature. Although the result of the action taken in such circumstances may be "legislation", the process by which the legislation is made is in substance "administrative". The process by which such legislation is made is different in character to the process by which laws are made by deliberative legislative bodies such as elected municipal councils. Laws made by functionaries may well be classified as administrative; laws made by deliberative legislative bodies can seldom be so deseribed.[157]

---

154 A 1(i)(v) van die *PAJA*.

155 A 1 van die *PAJA*; *New Clicks SA (Pty) Ltd v Tsabalala- Msimang NO and Others: Pharmaceutical Society of SA and Others v Minister of Health and Another* 2005 1 SA 196 (K) 215; *Nephawe v Premier, Limpopo Province, and Another* 2003 5 SA 245 (T) 260-261.

156 *Fedsure Life Assurance Ltd and Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council and Others* 1998 12 BCLR 1458 (KH) 1474 ; Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 102.

157 *Fedsure Life Assurance Ltd and Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council and Others* 1998 12 BCLR 1458 (KH) 1474.

Volgens Hoexter en Lyster is hierdie vereiste van 'n "magtigende bepaling" so wyd van aard is dat dit feitlik enige besluit, met die kwalifisering dat die besluit kragtens die **magtigende bepaling** geneem is, insluit.[158]

Die kurator tree kragtens artikel 21 van die *Insolvensiewet*, as magtigende bepaling, op. Artikel 21 van die *Insolvensiewet* is immers op die wetboek geplaas met die doel om samespanning tussen eggenote te voorkom. Die oorgaan van die solvente eggenoot se bates op die kurator is aan die gemenereg onbekend en daarom het die wetgewer by wyse van artikel 21 hierdie doelstelling bereik.[159] Dit is dan ook artikel 21 wat aan die kurator sy bevoegdhede en verpligtinge rakende die solvente eggenoot se bates verleen. Die kurator oefen dan sy diskresionêre bevoegdhede, rakende die vasstelling of die solvente eggenoot haar regsgeldige titel bewys het, kragtens artikel 21(2) van die *Insolvensiewet* uit. Wanneer die solvente eggenoot haar van die statutêre bewyslas van artikel 21(2) gekwyt het, móét die kurator, kragtens artikel 21(2), haar bates vrygee. Hy het geen ander keuse as om streng volgens die voorskrifte van artikel 21 te handel nie. Myns insiens sal dit ondenkbaar wees om artikel 21 as magtigende bepaling te ontken.

3.3.3 Gemaak deur 'n staatsorgaan of 'n privaat persoon

Die administratiewe besluit moet deur 'n staatsorgaan[160] of 'n privaat persoon in die uitvoering van 'n openbare bevoegdheid of deur 'n privaat persoon in die uitoefening van 'n openbare funksie uitgevoer word.[161] Daar moet dus vasgestel word of die kurator enigsins 'n staatsorgaan of 'n privaat persoon met 'n openbare bevoegdheid of openbare privaat persoon met 'n openbare funksie is. Ten einde vas te stel of die kurator 'n staatsorgaan is, moet daar eers gelet word op wie almal as staatsorgane kwalifiseer. Die begrip "staatsorgaan" word soos volg in artikel 239 van die *Grondwet* omskryf:

> (a) enige staatsdepartement of administrasie in die nasionale, provinsiale of plaaslike regeringsfeer; of
>
> (b) enige ander funksionaris of instelling-
>
> (i) wat ingevolge die Grondwet of provinsiale Grondwet 'n bevoegdheid uitoefen of 'n funksie verrig; of

158 Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 102.
159 Sien weer Hoofstuk 2.
160 A 239 van die *Grondwet*.
161 A 1 van die *PAJA*.

(ii) Ingevolge wetgewing 'n openbare bevoegdheid uitoefen of 'n openbare funksie verrig, maar nie ook 'n hof of 'n regterlike beampte.

Voor die inwerkingtreding van die *Grondwet* is die "beheertoets" aangewend as maatstaf waarvolgens vasgestel is of die funksionaris as't ware binne die trefwydte van 'n staatsorgaan gefigureer het. Hierdie beheertoets het meegebring dat sodra die funksionaris deur die staat beheer is, die funksionaris 'n staatsorgaan was.[162] Die "beheertoets" is egter in die saak van *Western Cape Minister of Education and Others v Governing Body of Micro Primary School and Others*[163] deur die Hoogste Hof van Appèl verwerp. Die maatstaf vir 'n staatsorgaan het dus verander en daar word voortaan na die grondwetlike definisie gelet as maatstaf ter vasstelling of die funksionaris 'n staatsorgaan is. Die hof wys soos volg daarop:

> Organ of State is differently and comprehensively defined in the Constitution, and whether a statutory body is an organ of State within the meaning of the Constitution naturally depends on whether that statutory body is a body as defined in the Constitution. In terms of the definition in the Constitution any institution exercising a public power or performing a public function in terms of any legislation is an organ of State. [164]

In casu het dit gehandel oor die vraag of 'n staatskool 'n openbare funksie verrig. 'n Aansoek is voor die hof gebring met die doel om 'n primêre skool in Kuilsrivier te verplig om klasse in beide Engels en Afrikaans aan te bied. Ingevolge die *Suid-Afrikaanse Skolewet*[165] is staatskole 'n juridiese entiteit[166] wat deur die beheerliggaam bestuur word.[167] Die beheerliggaam bestuur die skool binne die perke wat die wet neerlê. Terselfdertyd behartig die prinsipaal die professionele bestuur van die skool onder die beheer van die provinsiale onderwysdepartement. Ingevolge artikel 6(2) word die beheerliggaam van skole toegelaat om 'n taalbeleid goed te keur. In hierdie spesifieke skool is Afrikaans as taal aanvaar. Die hof het bevind dat die skool se optrede die publiek in so mate beïnvloed dat die skool inderdaad 'n openbare funksie verrig.

---

162 *Western Cape Minister of Education and Others v Governing Body of Micro Primary School and Others* 2006 1 SA 1 (HHA) 15.

163 *Western Cape Minister of Education and Others v Governing Body of Mikro Primary School and Others* 2006 1 SA 1 (HHA) 20.

164 *Western Cape Minister of Education and Others v Governing Body of Mikro Primary School and Others* 2006 1 SA 1 (HHA) 15.

165 Die *Suid-Afrikaanse Skolewet* 84 van 1996. Voortaan die *Skolewet* genoem.

166 Artikel 15 van die *Skolewet*.

167 Artikel 16(1) van die *Skolewet*.

Die *Grondwet* bied **twee moontlikhede** vir 'n staatsorgaan.[168] Eerstens die moontlikheid van 'n staatsdepartement of administrasie. Dit is egter vanselfsprekend dat die kurator nie 'n staatsdepartement is nie en ook nie 'n administrasie in enige van die drie regeringsfere verrig nie. Daarby tree die kurator nóg kragtens die *Grondwet,* nóg kragtens 'n provinsiale *Grondwet* op. Die tweede moontlikheid, ingevolge subartikel (b) behels 'n funksionaris of instelling wat nie deel van die staatstrukture uitmaak nie, maar wel aan die verdere vereistes voldoen. Die feit dat 'n staatsorgaan ook 'n funksionaris kan wees wat ingevolge wetgewing 'n openbare bevoegdheid uitoefen of 'n openbare funksie verrig, bied 'n moontlike argument wat in die hand van die solvente eggenoot kan werk. Die kurator is egter 'n natuurlike persoon wat in belang van die skuldeisers en onder direkte beheer van die Meester optree.[169] Die kurator is nie 'n hof of 'n regterlike beampte nie. Daarom moet daar vasgestel word of die kurator 'n openbare bevoegdheid het of 'n openbare funksie verrig in die uitoefening van sy artikel 21-diskresie.[170] Hierdie diskresie hou ondermeer in dat die kurator se **funksie** die **bevoegdheid insluit** om die solvente eggenoot se eiendomsreg te bepaal. Die enigste oorblywende vraag is daarom of die kurator se funksie 'n **openbare funksie** is.

In die saak van *Cronjé v United Cricket Board of South Africa*[171] het die hof bevind dat privaat persone heel dikwels openbare funksies kragtens **wetgewing** verrig. Hierdie magtigende wetgewing kan dan eksplisiet of by wyse van implikasie die reëls en prosedures vir die spesifieke administratiewe optrede reël. Indien die funksionaris nie volgens hierdie voorgeskrewe reëls handel nie, sal sy optrede hersienbaar wees.[172] *In casu* het die saak gehandel oor die ontslag van die destydse krieketkaptein, Hansie Cronjé, wat hom aan korrupsie skuldig gemaak het. Tydens die verhoor het die United Cricket Board aangevoer dat hulle nie 'n staatsorgaan is nie, maar dat die verhouding tussen hulle en Cronjé op 'n kontrak berus het. Die United Cricket Board was verder van mening dat hulle optrede nie die publiek beïnvloed het nie, maar bloot 'n privaat aangeleentheid was. Die hof het bevind dat, hoewel privaat instansies hul oorsprong uit wetgewing kan geniet en in daardie gevalle aan die publiekreg gehoor moet gee, dit hier

168 A239 van die *Grondwet.*
169 Sien weer par 2.5.1; *Lipschitz v Watrus NO* 1980 1 SA 662 (T) 671.
170 A 21 van die *Insolvensiewet.*
171 *Cronjé v United Cricket Board v South Africa* 2001 4 SA 1361 (T) 1375.
172 Sien ook *New Clicks SA (Pty) Ltd v Tsabalala- Msimang NO and Another;* 2005 1 SA 196 (K) 215. In hierdie onlangse saak het die hof weereens bevind dat 'n funksionaris moet ingevolge die magtigende bepaling optree.

nie die geval was nie. Die verhouding tussen Cronjé en die United Cricked Board was nie op 'n kontrak gebasseer was[173] en die United Cricket Board se besluit om Cronjé op grond van korrupsie te skors, was egter nie op grond van hierdie kontrak tussen hulle gebasseer nie, want in daardie stadium het daar geen geskrewe kontrak tussen hulle bestaan nie. In die saak van *Cape Metropolitan Council v Metro Inspection Services Western Cape CC and Others*[174] het die Appèlhof bevind dat gewone konratktuele optrede wat deur staatsorgane uitgevoer word, nie administratief van aard is nie.

Ferreira wys in haar bespreking van die *Cronjé v United Cricket Board v South Africa* - beslissing dat die hof nie bedoel het dat administratiewe optrede slegs van toepassing is in vertikale verhoudings nie. Inteendeel, administratiewe optrede vind ook toepassing in horisontale verhoudings. So bind die *Grondwet* ook **natuurlike persone**, afhangende van die reg en die aard van die verpligting wat deur hierdie reg op natuurlike persone geplaas word.[175]

Die fokus skuif dus na die aard van die kurator se optrede.[176] Die vraag na presies wat onder die begrip **openbare funksie** of openbare bevoegdheid bedoel word, is ingewikkeld, veral aangesien die moontlike openbare aard van die kurator se optrede nog nooit werklik deur die hof oorweeg is nie.

> "Administrative Action" is the conduct of public authorities and indeed private entities when they exercise public powers, perform public functions or are obliged to exercise authority in the public interest."[177]

In *Dawnlaan Beleggings (Edms) Bpk v Johannesburg Stock Exchange and Others*[178] het die hof daarop gewys dat oënskynlike privaat optrede wel administratief van aard kan wees. *In casu* het dit oor die optrede van die effektebeurs gehandel. Die hof het bevind dat, alhoewel die effektebeurs 'n statutêre liggaam is, sy optrede nie net sy kontraktante nie, maar ook die breë **publiek** en die Suid-Afrikaanse ekonomie in geheel beïnvloed.

---

173 *Cronjé v United Cricket Board v South Africa* 2001 4 SA 1361 (T) 1376; Ferreira 2002 *De Jure* 382.

174 *Cape Metropolitan Council v Metro Inspection Services Western Cape CC and Others* 2001 JOL 8130 (A) 19.

175 Ferreira 2002 *De Jure* 382.

176 Currie en Klaaren *Benchbook* 72. Sien ook *President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others* 2000 1 SA 1 (KH) 67.

177 *Cronjé v United Cricket Board v South Africa* 2001 4 SA 1361 (T) 1375.

178 *Dawnlaan Belegings (Edms) Bpk v Johannesburg Stock Exchange and Others* 1983 3 SA 344 (W) 361-365. Sien ook *Pennington v Friedgood and Others* 2002 1 SA 251 (K) 261-264.

Daarby voer die effektebeurs ook sy bevoegdhede kragtens wetgewing uit. Hierdie wetgewing dien dan as magtigende bepaling.[179] Die hof lê duidelik klem op die beskerming van die **openbare belang** en wys daarop dat aangesien die besluite van die effektebeurs dus die publieke belang beïnvloed, die beurs nie as privaat instansie geag behoort te word nie. Die hof het soos volg daarna verwys:[180]

> Strictly speaking, a stock exchange is not a statutory body. However, unlike companies or commercial banks or building societies formed under their respective statutes, the decisions of the committee of a stock exchange affect not only its members or persons in contractual privacy with it, but the general public and indeed the whole economy. It is for that reason that the Act makes the public interest paramount. To regard the JSE as a private institution would be to ignore commercial reality and would be to ignore the provisions and intention of the Act itself. It would also be to ignore the very public interest which the Legislature has sought to protect and safeguard in the Act.

Regter Goldstone het verder daarop gewys dat sodra die funksionaris 'n bepaalde bevoegdheid kragtens wetgewing uitvoer, daardie optrede as administratiewe optrede hersienbaar behoort te wees.[181] Daar is reeds gewys op die feit dat hierdie vereiste tans een van vele is om die administratiewe aard van 'n optrede te bepaal, al dan nie.

In *Johannesburg Stock Exchange and Another v Witwatersrand Nigel Ltd and Another*[182] het die Appèlhof ook die **openbare belang** bevestig en bevind dat aangesien die Johannesburg effektebeurs 'n verpligting teenoor die publiek het om hulle te **beskerm**, sy optrede aan die omskrywing van 'n staatsorgaan voldoen. In sy oorweging tydens die *Pennington v Friedgood and Others*-saak, het regter Hodes[183] bevind dat die optrede van die Johannesburgse effektebeurs juis as 'n openbare funksie hersienbaar was, vanweë die effektebeurs se bogenoemde openbare verpligting.

Dit laat die vraag ontstaan na wanneer 'n privaat instansie se optrede van so 'n aard is dat dit die **openbare belang** beïnvloed en as't ware die uitwerking van 'n staatsorgaan

---

179 *Dawnlaan Beleggings (Edms) Bpk v Johannesburg Stock Exchange and Others* 1983 3 SA 344 (W) 361.

180 *Dawnlaan Beleggings (Edms) Bpk v Johannesburg Stock Exchange and Others* 1983 3 SA 344 (W) 361

181 *Dawnlaan Beleggings (Edms) Bpk v Johannesburg Stock Exchange and Others* 1983 3 SA 344 (W) 364. Sien ook *Pennington v Friedgood and Others* 2002 1 SA 251 (K) 261-263.

182 *Johannesburg Stock Exchange and Another v Witwatersrand Nigel Ltd and Another* 1988 3 SA 132 (A) 152.

183 Sien ook *Pennington v Friedgood and Others* 2002 1 SA 251 (K) 261.

meebring. In *Korf v Health Profession Council of South Africa*[184] is bevind dat **openbare funksie** nooit buite die konteks van "engaged in the affairs or service of the public" ofte wel die bedoeling van "open to or shared by all the people" geïnterpreteer moet word nie. Ferreira wys daarop dat die woorde "public power" en "public function" niks anders as die **publieke belang** beteken nie.[185] Onder openbare funksie word dus bedoel **enige optrede wat die publiek in so 'n mate beïnvloed dat die publiek 'n daadwerklike belang in die aangeleentheid verkry.** Aangesien die kurator ingevolge artikel 21 van die *Insolvensiewet*, as magtigende bepaling, optree, moet daar nou vasgestel word of die kurator 'n openbare funksie verrig. Indien wel, sal sy optrede dan dié van 'n staatsorgaan wees.

In *Ex parte Steenkamp*[186] het die hof bevind dat wanneer die insolvent om rehabilitasie aansoek doen, die hof ter beskerming van die openbare belang sal optree. *In casu* het dit oor die rehabilitasie van 'n insolvent gehandel. Die hof het bevind dat die insolvent geen reg op rehabilitasie het nie, en dat die weiering van rehabilitasie nie as straf vir sy dade voor insolvensie bedoel is nie. Dit is eerder **'n handelsbeperking** om die **publiek te beskerm** teen persone wat hulle finansies so swak bestuur dat die publiek daardeur benadeel kan word of skade sal ly. Daarom sal sekwestrasie nie opgehef word bloot omdat die insolvent sy skuldeisers ten volle vergoed het nie. Dit sal eers opgehef word op 'n datum wat die hof as redelik beskou. Hierdie uitspraak dui aan dat sekwestrasie nie as 'n blote verhouding tussen die insolvent en skuldeisers beskou moet word nie, juis omdat rehabilitasie van die insolvent nou verweef is met die openbare belang. Die hof bevind soos volg:

> By die oorweging van 'n aansoek om rehabilitasie tree die hof op as beskermer van die **openbare belang.** 'n Oordeel word gevel of die insolvent op die waarskynlikhede by sy beoogde deelname aan die handelsverkeer in teenstelling met die verlede gesonde finansiële bestuursbeginsels sal toepas en nie 'n buitengewone risiko sal wees vir toekomstige kredietverleners nie. Hiervan moet die aansoeker om rehabilitasie die hof oortuig. Die nodige bewerings en feite moet dus in die aansoek vervat wees.[187]

Meskin wys ook daarop dat die hof tydens rehabilitasie 'n wye diskresie het om rehabilitasie toe te staan of te weier, omrede die hof nie net die skuldeisers se belange

184 *Korf v Health Professions Council of South Africa* 2000 3 BCLR 309 (T) 315.
185 Ferreira 2002 *De Jure* 384.
186 *Ex Parte Steenkamp* 1997 JOL 640 (T) 9.
187 *Ex Parte Steenkamp* 1997 JOL 640 (T) 9 (eie kursivering).

beskerm nie, maar ook die belange van die publiek en veral die **korporatiewe publiek**. Dit wil voorkom of die algemene gees en strekking van die insolvensiereg die beskerming van die publiek se belange inhou.[188]

So ook het die Konstitusionele Hof in *De Lange v Smuts NO and Others*[189] bevind dat die ondervraging van getuies tydens sekwestrasie, sowel as die verpligting op die insolvent om relevante boeke en getuienis te verskaf, in belang van die publiek is:

> Although insolvency procedings are civil in nature, the **public interest** in compelling the insolvent to disclose all such information regarding the insolvent estate would in many instances be even greater than in the case of a witness at a criminal trial who is compelled to testify by the provisions of section 189 of the CPA, because the insolvent is very often the only source of particular information.

Hoewel hierdie saak oor die ondervraging van getuies gehandel het, wys dit tog daarop dat sekwestrasie nie sonder meer 'n blote privaat aangeleentheid tussen die skuldeisers en die insolvent is nie. Inteendeel, dit sal absurd wees om die kurator se werksaamhede bloot as privaat aangeleenthede, waarby die publiek geen belang het nie, af te maak. Reeds tydens die Twaalf Tafels moes die skuldenaar in die openbaar gebring verskyn en sy skuld op die markplein aan die publiek bekend gemaak word.[190] Hierdie openbaarmaking was waarskynlik om die publiek te waarsku en hulle teen die handelinge van die skuldenaar te beskerm.

In die saak van *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* het die Konstitusionele Hof bevind dat sodra 'n se reputasie of eiendomsreg in die gedrang kom, daardie geaffekteerde geregtig is op prosedureel billike optrede.[191] Tog het die hof die moontlikheid dat 'n likwidateur 'n administratiewe optrede verrig, verwerp. In sy minderheidsuitspraak het regter Kriegler[192] daarop gewys dat hy versigtig sal wees om die administratiewe aard van likwidasie[193] te ontken, want die hof hersien alreeds onbillike optredes van **likwidateurs**.

---

188 Meskin *Law of Insolvency* 14-19.

189 *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 7 BCLR 779 (KH) 795 [eie kursivering].

190 Smith *The Law of Insolvency* 5. Waarskynlik omdat insolvensie reeds tydens die Twaalf Tafels van openbare belang beskou was.

191 *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 801; sien ook *Du Preez v Truth and Reconciliation Commission* 1997 4 BCLR 531 (A) 541

192 *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 801.

193 Let wel dat volgens die uitspraak in *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 801 bevind dat likwidasie en sekwestrasie inderwaarheid dieselfde belange dien.

Wat die aard van artikel 21 betref, het die Konstitusionele Hof, soos reeds hierbo na verwys, in *Harksen v Lane NO and Others*[194] bevind dat **artikel 21** ten doel het om die **belange van die publiek** teen bedrieglike gades te beskerm:

> In this case the power was exercised by Parliament which has the right and duty to protect **the public interest.**[195]

Ingevolge die gemenereg het die kurator geen bevoegdhede geniet rakende die solvente eggenoot se eiendom geniet nie. Dit is immers die rede waarom artikel 21 van die *Insolvensiewet* geïmplementeer is, sodat die kurator op die solvente eggenoot se bates beslag kan lê en sodoende die skuldeisers (en die publiek) teen samespannende eggenote te kan beskerm.[196] Artikel 21 verleen uitdruklik hierdie bevoegdheid aan die kurator en daarom moet dit as die magtigende bepaling geag word.

Onder werking van die die *Insolvensiewet*[197] wend die solvente eggenoot haar na die hof wanneer sy gegrief word deur die kurator se optrede en nie na die Meester nie. Desnieteenstaade hou die Meester 'n wakende oog in die algemeen.[198] Soos reeds genoem, is die kurator 'n statutêre amptelike reghebbende van die insolvent se boedel[199] en staan hy in 'n administratiewe hoedanigheid en fidusiêre posisie.[200] Die solvente eggenoot en haar skuldeisers word sodoende in 'n verhouding met die kurator gedwing. Die verhouding is geensins op 'n kontak gebaseer nie, maar op artikel 21 van die *Insolvensiewet*. Met die beslaglegging van die solvente eggenoot se bates, verkry die kurator nog meer regte as waaroor die insolvent beskik het. Tog is die kurator nie 'n agent vir die skuldeisers nie,[201] maar beklee 'n amp soortgelyk aan dié van burgemeesters en stadsklerke.[202]

Die kurator staan in 'n betreklike magsposisie teenoor die solvente eggenoot, want nie alleen oefen hy 'n diskresie uit om te bepaal of sy 'n geldige titel het nie, maar kan hy die

194 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 329.
195 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 329 [eie kursivering].
196 *Maudley's Trustee v Maudley* 1940 TPD 399 404.
197 A 21 van die *Insolvensiewet*.
198 Sien weer par 2.5.1; *Lipschitz v Watrus NO* 1980 1 SA 662 (T) 671.
199 Sien a 21 van die *Insolvensiewet*.
200 Sien weer *Gilbert v Bekker and Another* 1984 3 SA 774 (W) 781.
201 Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 35.
202 Sien weer par 2.6.

solvente eggenoot en enige ander relevante persoon dagvaar om as getuie op te tree. Daarby word selfs onskuldige solvente eggenote aan die skuldeisersmag van die gesekwestreerde boedel onderhewig gestel. Hoewel die kurator 'n verantwoordelikheid teenoor die skuldeisers en die insolvent het, het hy geen werklike verpligting, behalwe vir die bepalings in artikel 21, teenoor die solvente eggenoot nie.[203] Wat artikel 21 dus betref, staan die kurator inderdaad onder beheer van die hof [204] en magtig teenoor die solvente eggenoot.

So is daar vasgestel dat wanneer die bevoegdhede of funksies van die funksionaris statutêr verleen is, dit aanduidend kan wees dat die funksionaris se optrede openbaar van aard is. Daar moet dus 'n openbare element of dimensie aanwesig wees. Dit wil sê dat die optrede 'n openbare doel moet dien of beskerm.

Toegepas op die probleemstelling kan die volgende aanvaar word: Die kurator se optrede, ingevolge artikel 21, is statutêr gemagtig. Die verhouding tussen die kurator en solvente eggenoot is nie kontraktueel van aard nie, maar eerder 'n magsverhouding waarin die kurator onder beheer van die hof optree. Die openbare dimensie (of element) is dus teenwoordig. Verder is alreeds bevind dat die totale sekwestrasie, maar ook spesifiek die optrede van die kurator ingevolge artikel 21, in belang van die skuldeisers en ter die beskerming van die breë **korporatiewe publiek** is.

Die gevolgtrekking is dat die kurator se optrede, kragtens artikel 21, openbaar van aard is en sy optrede inderwaarheid aan die vereistes van 'n staatsorgaan, kragtens artikel 239 van die *Grondwet,* voldoen. Aangesien sy optrede aan hierdie vereistes voldoen, behoort die kurator as 'n privaat persoon met 'n openbare funksie gesien te word. Dus is die kurator 'n staatsorgaan vir doeleindes van sy optrede ingevolge artikel 21 van die *Insolvensiewet.* Die volgende stap sal wees om te bepaal of die kurator se optrede 'n negatiewe beïnvloeding van die solvente eggenoot se regte inhou.

---

203 Stander *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* 33.
204 Ingevolge a 21(4) van die *Insolvensiewet.*

3.3.4 Nadelige beïnvloeding van regte

Voordat die funksionaris se optrede administratief van aard kan wees, moet sy optrede eers 'n nadelige uitwerking op die geaffekteerde se regte meebring.[205] Ten einde vas te stel of die geaffekteerde persoon se regte nadelig beïnvloed word, sal 'n onderskeid tussen **ontneming van regte** en die **bepaling van regte** en die moontlike **legitieme verwagting**, as middeweg, getref word.

3.1.4.1 Ontneming en bepaling van regte

Die ontneming van regte hou in dat 'n persoon se bestaande regte, en in besonder die reg op eiendom en vryheid, van haar ontneem word. Hierby ingeslote die **negatiewe** beïnvloeding van haar regte.[206] In die saak van *Harksen v Lane NO and Others*[207] is daarop gewys dat die tydelike ontneming van die solvente eggenoot se eiendomsregte nie soseer onteiening is nie, maar inhou dat die tydelike ontneming in perspektief tot die doel van artikel 21 gesien moet word. Die doel van hierdie tydelike ontneming is immers nie soortgelyk aan doel van permanente onteiening kragtens die Sakereg nie,[208] maar met die doel om te verseker dat die insolvente boedel nie van sy eiendom besteel word nie. Dus word die solvente eggenoot net tydelik van haar bates ontneem, totdat haar regte bepaal is.

> Again, on the assumption that the effect of s 21 is to 'transfer' ownership of the property of the solvent spouse to the Master or the trustee, the section does not contemplate or intend that such transfer should be permanent or for any purpose other than to enable the Master or the trustee to establish whether any such property is in fact that of the insolvent spouse.again, there is no intention to divest the solvent spouse permanently of what is rightfully hers or his...The statutory mechanism employed is temporarily to lay the hand of the law upon the property of both the insolvent spouse and the spouse and to create a procedure for release...[209]

Die **bepaling van regte** hou in dat 'n verpligting op die geaffekteerde persoon geplaas word om iets te moet verduur, of verbied word om iets te doen. Hoewel die bepaling van regte 'n wyer speelveld as die "ontneming" daarvan geniet, is beide bepalings, sowel as ontneming, skakels van dieselfde ketting en enige van hierdie skakels kan 'n

---

205 A 1(i)(b) van die *PAJA*.

206 Currie en Klaaren *Benchbook* 77; Burns *Administrative Law* 27; Hoexter en Lyster *Constitutional law* 105; De Waal en Currie *Bill of Rights* 506-507.

207 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 318.

208 Die sakeregtelike onteiening behels die openbare belang en vergoeding.

209 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 318.

administratiewe optrede meebring. In die bepaling van die solvente eggenoot se eiendomsregte het daarom met tydelike ontneming en die **bepaling** van regte te make. Die kurator moet immers "bepaal" of die solvente eggenoot 'n regsgeldige titel oor haar eiendom het, terwyl sy reeds van haar eiendomsregte ontneem is, hoewel net tydelik.

Die volgende voorbeeld illustreer die ingewikkeldheid daarvan om regte te bepaal. Wanneer 'n applikant om 'n dranklisensie aansoek doen, geniet so 'n applikant nog geen bestaande regte op daardie lisensie of die regte daaronder nie. Die applikant kan bloot die verwagting koester dat haar aansoek aangehoor sal word en 'n prosedureel billike en regverdige besluit geneem sal word. Govender wys daarop dat, hoewel hierdie applikant nie op die lisensie geregtig is nie, die applikant geregtig sal wees daarop dat die besluit op 'n prosedureel billike en regverdige wyse geneem sal word.[210] So het artikel 21 ook te make met die bepaling van die solvente eggenoot se eiendomsreg, as bestaande regte. Dit sal onbillik wees indien die applikant nie op die administratiewe billikheidsregte geregtig is nie, omdat haar verwagting om 'n regverdige en billike besluit met betrekking tot die bates waartoe sy haar regsgeldige titel bewys het, geskend kan word.[211]

Ten einde aan artikel 33 van die *Grondwet* te voldoen, sal 'n wye interpretasie aan artikel 1(i)(bb) van die *PAJA* gegee moet word.[212] In die lig hiervan is Burns van mening dat beide ontneming en die bepaling van regte toegepas moet word om vas te stel of 'n persoon se regte benadeel is.[213]

Wanneer die solvente eggenoot se eiendom op die kurator oorgaan, word sy tydelik van haar eiendomsreg **ontneem**, terwyl sy haar titel moet bewys.[214] Haar regte moet dus **bepaal** word, aangesien die kurator net die bates waaroor sy 'n regsgeldige titel kan bewys, sal vrygee. Indien sy haarself nie van die bewyslas kwyt nie, sal sy permanent

210 Govender 2003 *SAPR* 414.

211 Sien ook De Waal en Currie *Bill of Rights* 507. Die outeurs maak van 'n soortgelyke voorbeeld gebruik.

212 Currie en Klaaren *Benchbook* 77; De Waal en Currie *Bill of Rights* 506.

213 Burns *Administrative Law* 28. Sien ook Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 104; De Waal en Currie *Bill of Rights* 506-508.

214 Die solvente eggenoot kan wel ingevolge a 21(10) van die *Insolvensiewet* om tydelike vrystelling by die hof aanvra en daarna permanente vrystelling ingevolge artikels 21(2) en 21(4), maar die onmiddellike ontneming staan vas en het tog effek.

van haar eiendom ontneem word.[215] Wanneer die solvente eggenoot haar bewyse voor die kurator lê, is sy geregtig op 'n prosedureel billike en regverdige besluit. Daar kan dus aanvaar word dat die solvente eggenoot se regte nadelig beïnvloed word deur die tydelike ontneming van haar eiendomsreg en die die plig om die **vasstelling** (ook bepalings prosedures) van haar eiendomsregte (regsgeldige titel) te verduur.

3.3.4.2. Regte wat beïnvloed moet word

Daar moet nou ingegaan word op die regte wat beïnvloed moet word om die administratiewe geregtigheidsreëls van toepassing te bring. In die saak van *Transnet Ltd v Goodman Brothers (Pty) Ltd*[216] het die hof bevind dat **regte** as fundamentele regte sowel, as die reg op redes verstaan moet word.[217] In *Van Zyl v NNP and Others*[218] is bevind dat regte nie net grondwetlike regte insluit nie, maar enige regte in die **wye sin**. Die grondwetlike beslissing van *Bernstein and Others v Bester and others NNO*[219] vind aanklank hierby. In hierdie saak is bevind dat wanneer 'n persoon van haar grondwetlike regte ontneem word, so 'n persoon se regte nadelig geskend word en die prosedures daartoe billik en regverdig moet wees.

> Consequently, because civil litigation is almost invariably directed at intrusion upon the parties' constitutionally protected rights,[220] they are entitled to demand that the process by which it is done, be procedurally fair. If not, the deprivation of the entrenched right is unconstitutional. The need for civil judicial process to be fair is emphasized by the Constitution's insistence that the judiciary be independent and impartial...

Volgens De Ville is die reg op 'n administratiewe optrede wat prosedureel billike en regverdig is, gekwalifiseer.[222] So sal slegs 'n persoon wat 'n direkte **substansiële** belang in die besluit, prosedures of optrede het, op administratiewe hersiening geregtig wees.[223] De Ville wys ook op twee moontlike interpretasies van hierdie vereiste. Eerstens kan die vereiste as 'n beperking vir die hersieningsgronde ingevolge artikel 6 van die *PAJA*

215 As die hof (a 21(4)) besluit haar bewyse is onvoldoende, beteken dit dat die goed die insolvente boedel toeval. Dit is nie haar eiendom nie. Maar waar die kurator (a 21(2)) so besluit, is dit nie finaal nie, omdat sy haar nog na die hof kan wend, en kan die ontneming 'n effek hê.

216 *Transnet Ltd v Goodman Brothers (Pty) Ltd* 2000 1 SA 835 (HHA) 867-869.

217 A 33(1) van die *Grondwet*.

218 *Van Zyl v NNP and Others* 2003 JOL 11360 (K) 45.

219 *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 803.

220 Dink aan die solvente eggenoot se reg op menswaardigheid en dan die ontneming van haar eiendomsregte en goeie reputasie wanneer haar bates op die kurator oorgaan.

221 *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 4 BCLR 449 (KH) 498.

222 De Ville *Judicial Review* 51.

223 De Ville *Judicial Review* 52.

gesien word. Daarteenoor kan geredeneer word dat die woord **vooroordeel** in die *PAJA* ingelees moet word. Ter oplossing van die vraagstuk redeneer De Ville dat die vereiste in konteks geplaas moet word. Dit bring mee dat enige optrede wat die geaffekteerde 'n *discernable effect* bied, hersienbaar moet wees. Currie en Klaaren wys ook daarop dat "regte" alle regte in die wye sin insluit en sodoende alle statutêre regte en privaatregtelike regte.[224] Myns insiens sal enige persoon wie se statutêre of privaatregtelike regte benadeel word, oor 'n substansiële belang beskik. Die begrip **regte** behoort daarom alle regte in die wye sin in te sluit en in besonder die bestaande regte van die geaffekteerde persoon.[225]

Govender[226] wys weer daarop dat daar nie op die aard van die optrede gelet moet word nie, maar eerder op die uitwerking daarvan. Wanneer iemand van haar bestaande regte ontneem word (wat volgens hom ook alle kontraktuele, deliktuele en **eiendomsregte** insluit) behoort so 'n persoon daarop geregtig te wees om haar kant van die saak te stel.[227] Volgens hom moet die besluit dus 'n las op die geaffekteerde persoon plaas, maar gee toe dat **nadelige beïnvloeding van regte** wyd geïnterpreteer moet word.

3.3.4.3 Die legitieme verwagting

Die legitieme verwagting[228] behels 'n middeweg tussen die ontnemingsteorie en die bepalingsteorie. Artikel 3 van die *PAJA* bepaal immers dat nie alleen daadwerklike optredes wat regte nadelig beïnvloed of ontneem as administratiewe optrede geag sal word nie, maar ook die skending van 'n persoon se legitieme verwagting:

> Administrative action which materially and adversely affects the rights or legitimate expectation of any person must be procedurally fair.[229]

Soos in die geval van ontneming, het die legitieme verwagting nie net te make met die skending van 'n geaffekteerde se bestaande eiendomsregte en vryheid[230] nie, maar ook die bepaling van haar regte en dus haar verwagting. Hoe groter die impak op die

224 De Waal en Currie *Bill of Rights* 507.
225 Daarby ingeslote die reg op eiendom en vryheid.
226 Govender 2003 *SAPR* 413.
227 Govender 2003 *SAPR* 414.
228 Afrikaans vir die begrip: *legitimate expectation.*
229 A 3 van die *PAJA*.
230 *Administrator, Transvaal v Traub* 1989 4 SA 731 (A) 748.

geaffekteerde se regte of verwagting is, hoe groter word haar verwagting om 'n billike besluit. Indien sy haar eiendom met 'n regsgeldige titel verkry het en die bewyse daarvoor aan die kurator voorgelê het, koester sy 'n legitieme verwagting dat die kurator alle bewyse behoorlik sal oorweeg. Indien die kurator egter weier om behoorlike oorweging aan haar bewyse te skenk, skend hy die solvente eggenoot se legitieme verwagting.

Hierdie legitieme verwagting word bepaal deur die meriete van elke saak.[231] So bevind die hof in *Strauss and Others v The Master NNO*[232] dat nie enige ontevrede persoon daarop kan aanspraak maak dat haar legitieme verwagting geskend is nie. Die geaffekteerde moes *an aggrieved person* wees:

> But the words 'person aggrieved' do not really mean a man who is dispossessed of a benefit which he might have received if some other had been made. A person aggrieved must be a man who has suffered a legal grievance, a man against whom a decision has been pronounced which has wrongfully deprived him of something of wholly refused him something affected **his title** to something.

Volgens Burns stel die legitieme verwagting die howe in staat om 'n goue middeweg te volg. Dit wil voorkom of die legitieme verwagting wel as 'n middeweg tussen die ontneming en bepaling gebruik kan word. Sodra die solvente eggenoot se bestaande eiendomsreg beperk word en in 'n sekere sin van haar bevoegdhede (met betrekking tot haar eiendomsreg) **ontneem** word en die kurator haar regte, ofte wel haar regsgeldige titel, moet **bepaal**, ontstaan daar 'n legitieme verwagting dat die kurator alle bates sal vrygee waarvan sy haar titel bewys het en dat hy behoorlik sal **oorweeg** voordat hy weier om haar bates vry te gee.[233] Daarby bestaan die voortdurende legitieme verwagting dat die kurator altyd sonder vooroordeel sal optree.

3.3.5 Direkte eksterne regswerking

Die funksionaris se optrede moet 'n direkte eksterne regsuitwerking meebring voordat die optrede as 'n administratiewe optrede ingevolge artikel 1 van die *PAJA* geag kan word. Dit behels bloot dat 'n persoon buite die administratiewe struktuur deur die besluit geraak

---

231 *Sien President of the Republic of South Africa and Others v South African Football Rugby Union and Others* 2000 1 SA 1 (KH) 94.

232 *Strauss v The Master and Others NNO* 2001 1 SA 649 (T) 660; Sien ook De Ville *Judicial Review* 52.

233 Sien weer par. 2.3.

moes word en nie net persone binne die organisasie nie. Vir hierdie optrede is daar drie vereistes waaraan voldoen moet word. Dit is vervolgens aan die orde.[234]

3.3.5.1 Direkte werking

Volgens Currie en Klaaren behels **direkte werking** dat die funksionaris se besluit 'n **finale besluit** moet wees.[235] Hoexter en Lyster sluit hierby aan. Na hulle mening sal dit sinloos wees om die howe se tyd te verspil met 'n besluit wat nog deur die funksionars herroep of verander kan word.[236] Burns lê egter die klem op 'n uitsondering: Indien die funksionaris bevooroordeeld is, sal die voorgenome besluit reeds hersienbaar wees nog voordat die interne remedies uitgeput is.[237]

Daar kan dus met gemak aanvaar word dat 'n besluit eers finaal moet wees voordat dit hersienbaar is, maar indien die voorlopige besluit op grond van vooroordeel geneem is, bestaan die uitsondering dat die besluit dadelik hersienbaar sal wees.

3.3.5.2 Regswerking

Regswerking behels 'n besluit waardeur iemand se regte ontneem of nadelig beïnvloed word. Currie en Klaaren is van mening dat die geaffekteerde persoon se regte dus vasgestel of verander moet word.[238] De Ville wys daarop dat hierdie vereiste bloot as beperking vir administratiewe optrede dien en daarom moet hierdie element eerder geïnterpreteer word as die blote vereiste dat die besluit 'n *discernable effect* vir die geaffekteerde moes meebring. De Waal en Currie wys verder daarop dat sodra 'n besluit regswerking geniet, dit 'n bindende bepaling op die geaffekteerde se regte en verpligtinge meebring.[239] De Ville wys ook daarop dat regswerking die volgende inhou:

---

234 In *Earthlife Africa (CT) v DC: Dept of Environ Affairs and Tourism* 2005 3 SA 156 (K) 163 moes die Direkteur Generaal 'n besluit neem. Daar is aangevoer dat die besluit nie administratief van aard is nie, want daar was geen **direkte eksterne werking** aanwesig nie. Die hof het by monde van Regter Griesel bevind dat daar egter geen substansie in die vasstelling van hierdie vereiste, dit wil sê direkte eksterne werking, is nie.

235 Currie en Klaaren *Benchbook* 82.

236 Hoexter en Lyster *Constitutional Law*.

237 Burns *Administrative Law* 30.

238 Currie en Klaaren *Benchbook* 82.

239 De Waal en Currie *Bill of Rights* 508.

an individual right be established, withdrawn, changed or determined.[240]

Wanneer die geaffekteerde 'n belang in die funksionaris se besluit het, haar regte beïnvloed word, haar regte verander word of selfs wanneer haar regte bepaal word, sal die funksionaris se optrede regswerking meebring.

3.3.5.3 Eksterne werking

Hierdie vereiste spruit voort uit die Duitse reg en hou in dat die geaffekteerde iemand buite die funksionaris of administratiewe struktuur moet wees.[241] Hoexter en Lyster steun hierdie standpunt en wys daarop dat die geaffekteerde nie 'n persoon binne die funksionaris mag wees nie.[242] De Ville werp meer lig op die vereiste: Volgens hom moet die besluit buitestanders beïnvloed. Hy wys op die reël in die Duitse reg dat dit nie 'n interne aangeleentheid of 'n aangeleentheid tussen departemente van dieselfde organisasie of funksionaris mag wees nie.[243]

Die gevolgtrekking is dus dat, sodra die funksionaris, ofte wel die kurator, se besluit finaal is, die geaffekteerde se regte deur hierdie besluit beïnvloed word en die geaffekteerde nie deel van die organisasiestruktuur uitmaak nie, sal die funksionaris se optrede direkte eksterne regswerking meebring. Die kurator se besluit is finaal, tensy die solvente eggenoot die hof nader om vrystelling en dus geniet sy optrede direkte eksterne regswerking.

3.3.6 Uitsluitings

Artikel 19(i)(b) lys die uitsluitingsgronde. Indien die administrateur se optrede onder enige van hierdie uitsluitings tuis te bring is, sal die optrede nie as 'n administratiewe optrede beskou word nie. Hierdie uitgeslote bepalings hou in enige uitvoerende funksie van die nasionale uitvoerende gesag, die provinsiale uitvoerende gesag en die plaaslike owerhede; tweedens enige wetgewende funksie van die nasionale wetgewer, provinsiale

240 De Ville *Judicial Review* 55; sien ook Pfaff and Schneider 2001 *SAJHR* 71.
241 De Waal en Currie *Bill of Rights* 508; Currie en Klaaren *Benchbook* 81; Govender 2003 *SAPR* 413; Ferreira 2002 *De Jure* 384.
242 Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 108.
243 De Ville *Judicial Review* 58.

wetgewers of plaaslike owerhede; derdens enige regsprekende funksies; vierdens enige besluite rakende die vervolging van persone; vyfdens enige besluite rakende die aanstelling van regters; in die sesde plek enige besluite ingevolge die *Promotion of Access to Information Act,* 2000; laastens enige versuim om 'n besluit kragtens artikel 4 van die *PAJA* te neem.[244]

Hoewel die uitsluitings vanselfsprekend is, wys Currie en De Waal daarop dat besluite kragtens die *Promotion of Access to Information Act* gerig is op die immunisering van besluite ingevolge artikel 4(1) van die *PAJA*.[245] Hierdie bespreking val egter buite die bestek van hierdie studie.

Die uitsluiting van artikel 4(1) voorkom enige moontlike hersiening van die administrateur se besluit om spesifieke prosedures te volg. Volgens Currie en De Waal is die doel hiervan om enige hersiening van die administrateur se diskresie, behalwe sy statutêre optrede, te voorkom.[246]

Die kurator se besluitneming kragtens artikel 21 figureer nie onder een van die uitsluitings nie. Inteendeel, die kurator beskik oor geen uitvoerende gesag op enige vlak nie, hy beskik oor geen wetgewende funksie nie deurdat hy nie wette maak nie, hy geniet geen regsprekende gesag nie, hy vervolg geen persoon nie, hy stel nie regters aan nie en laastens neem hy geen besluite kragtens die *Promotion of Access to Information Act* nie en versuim hy nie om kragtens artikel 4 van die *PAJA* te neem nie.

3.4 Gevolgtrekking

Die kurator se besluit kragtens artikel 21 van die *Insolvensiewet* voldoen aan die vereistes vir 'n administratiewe optrede ingevolge artikel 1 van die *PAJA*. Uit die aard van die saak is die kurator se besluit 'n administratiewe besluit. Hy neem immers 'n **besluit** kragtens wetgewing. Hierdie besluit resorteer nie onder die lys uitsluitsels onder artikel 1 van die *PAJA* nie. Daarby neem die kurator sy besluit uit hoofde van artikel 21(2) van die *Insolvensiewet* as **magtigende bepaling.** Die openbare dimensie vind aanklank by die kurator se optrede, deurdat hy 'n **privaat persoon met 'n openbare funksie** is, wie

244 A 1(i)(b)(aa)-(ii) van die *PAJA*.
245 De Waal en Currie *Bill of Rights* 505.
246 De Waal en Currie *Bill of Rights* 505.

se optrede ter beskerming van die skuldeisers en die korporatiewe publiek is. Sy optrede beinvloed die openbare belang en is dus openbaar van aard. Dien ten gevolge is hy 'n staatsorgaan vir doeleindes van administratiewe geregtigheid.

Die kurator se besluit het verder 'n **negatiewe uitwerking** op die solvente eggenoot se regte. So word sy van haar bestaande eiendomsregte ontneem, tot tyd en wyl die kurator bepaal of die solvente eggenoot haar van die voorgeskrewe bewyslas gekwyt het. Hoewel hierdie bewyslas te verstane is, bring dit steeds 'n las vir die solvente eggenoot mee. Dit werk immers negatief op haar regsposisie in, want sou sy nie daarin slaag om 'n regsgeldige titel op haar eiendom te bewys nie, sal haar bates die insolvente boedel toeval. Terselfdertyd koester die solvente eggenoot 'n **legitieme verwagting** dat die kurator al die bewyse behoorlik sal oorweeg. Indien hy dit nie doen nie, is dit 'n skending van haar legitieme verwagting en bring 'n negatiewe uitwerking vir haar mee.

Die kurator se besluit is ook nie sonder **direkte eksterne regswerking** nie. Inteendeel, sy optrede het 'n direkte werking deurdat dit 'n finale besluit is. Indien die kurator bevind die solvente eggenoot in haar bewyslas gefaal het, sal haar bates die insolvente boedel toeval. Dit is so tensy sy haar tot die hof wend vir 'n moontlike remedie. Sy besluit is dus bindende en geniet regswerking. Die regswerking geniet op sy beurt weer **eksterne regswerking** deurdat die solvente eggenoot 'n persoon buite die administratiewe struktuur is. Einde ten laaste figureer die kurator se optrede nie onder die uitsluitings van artikel 19(i)(b) van die *PAJA* nie. Die die kurator tree nie in opdrag van die nasionale uitvoerende gesag, provinsiale uitvoerende gesag of plaaslike owerhede op nie. Die kurator verrig geen wetgewende funksie of regsprekende funksie nie. Hy besluit nie oor die aanstelling van regters nie. Laastens neem hy nie besluite kragtens die *Promotion of Access to Information Act* nie. Die kurator se besluit (optrede) voldoen dus aan al die vereistes wat deur artikel 1 van die *PAJA* neergelê is en is dus 'n **administratiewe optrede kragtens artikel 1 van die *PAJA*.**

Aangesien die kurator se optrede administratief van aard is, is die solvente eggenoot geregtig op administratiewe optrede wat prosedureel billik en regverdig is. In die volgende hoofstuk sal daar ondersoek ingestel word na die solvente eggenoot se posisie en na watter regte haar toegedig moet word.

4 Samehang tussen die relevante wetgewing

4.1 Inleiding

Dit is nie die solvente eggenoot wie se boedel gesekwestreer word nie. Inteendeel, dit is die boedel van haar insolvente man. Desnieteenstaande sal die solvente eggenoot van haar eiendomsreg ontneem word tot tyd en wyl sy daarin kan slaag om 'n regsgeldige titel oor haar eiendom te bewys.[247] Hierdie bewyslas hou in dat die solvente eggenoot die kurator van haar regsgeldige titel oor die eiendom moet oortuig. Indien sy haar van hierdie bewyslas kwyt, moet die kurator haar eiendom vrygee. Ongelukkig vir die solvente eggenoot lê die *Insolvensiewet* geen prosedure of maatstaf neer waarvolgens die kurator sy oordeel moet maak nie. Daar bestaan dus geen voorgeskrewe prosedures om toe te sien dat prosedurele geregtigheid aan 'n eerlike solvente eggenoot geskied nie - met die uitsondering van die alternatief om die hof te nader. Die bewyslas is egter te verstane vanweë twee gereelde gevalle wat in die praktyk voorkom. Eerstens vanweë solvente eggenote se bewese geneigdheid om met die insolvent saam te span en sodoende die kurator 'n rat voor die oë te draai wat betref die ware eienaarskap van die insolvente boedel se eiendom.[248] Tweedens vanweë die solvente eggenoot se kennis rakende die oorsprong van haar titel.[249]

Terselfdertyd is daar vasgestel dat die kurator se diskresionêre besluitneming, kragtens artikel 21 van die *Insolvensiewet,* aan die vereistes vir 'n administratiewe optrede, ooreenkomstig artikel 3 van die *PAJA,* voldoen. Dit bring mee dat die solvente eggenoot, kragtens artikel 33 van die *Grondwet,* geregtig is op die prosdedurele geregtigheidsreëls van die *PAJA* wat **prosedurele** billik en regverdigheid sal bied.

---

247 In die saak van *De Villiers NO v Delta Cables (Pty) Ltd* 1992 1 SA 9 (A) 15 het die hof obiter bevind dat die solvente eggenoot haar *dominium* verloor. In die grondwetlike uitspraak van *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 339 het die hof nie uitspraak hieroor gemaak nie, maar wel bevind dat die effek van die ontneming *severe* is.

248 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 328.

249 A 21(2) van die *Insolvensiewet.*

Die vraag ter beantwoording blyk dan soos volg te wees: Is die die *PAJA* van toepassing tydens die bepaling van die solvente eggenoot se eiendomsregte?[250] Indien wel, watter wetgewing geniet voorrang in geval van teenstrydige bepalings?

4.2 Die algemene verhouding tussen die magtigende wetgewing en die PAJA

Dit is vanselfsprekend dat die *Insolvensiewet* van toepassing is by die **bepaling** van die solvente eggenoot se eiendomsregte. Dit is immers te wyte aan artikel 21(1) van die *Insolvensiewet* dat die solvente eggenoot haar eiendomsregte (of eiendomsbevoegdhede) verloor en nou die bewyslas dra.[251] Hoewel die *Insolvensiewet* juis uitgevaardig is om alle insolvente aangeleenthede te reguleer,[252] verhef die wet nie sy eie status bo die rangorde van ander wetgewings nie. Inteendeel, die *Insolvensiewet* maak slegs voorsiening vir die verskansing van enkele definisies.[253] Terselfdertyd verhef die *PAJA* ook nie sy eie status bo dié van ander wetgewings nie. Desnieteenstaande het die *PAJA* op 'n besondere wyse en met 'n besondere doel tot stand gekom: Artikel 33(1) van die *Handves van Regte* verskans **elkeen se reg op 'n administratiewe optrede wat prosedureel billik en regverdig** is. Hoewel die *Handves van Regte* nie 'n administratiewe optrede definieer nie en ook nie aandui wat presies onder die begrippe **redelik** en **billik** bedoel word nie, maak artikel 33(3) voorsiening vir die skep van wetgewing om uitvoering te gee aan hierdie bogenoemde doelstelling van administratiewe geregtigheid. In 2000 is die *PAJA* dan gepromulgeer met die volgende doelstellings gepromulgeer:

> To give effect to the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair and tot the right to written reasons for administrative action as contemplated in section 33 of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996; and to provide matters incidental there to.

Die *PAJA* het dus sy oorsprong aan die *Grondwet* te danke. In *Eastern Metropolitan Substructure v Peter Klein Investments (Pty) Ltd*[254] het die hof bevestig dat die *PAJA* ten doel het om administratiewe geregtigheid, soos in artikel 33 van die *Grondwet* verskans

---

250 Dit wil sê die uitoefening van die diskresie waardeur vasgestel word of die solvente eggenoot haar van die a 21 bewyslas gekwyt het.

251 Die gemenereg maak geen voorsiening daarvoor dat die solvente eggnoot se eiendom op die kurator van die insolvente boedel oorgaan nie.

252 A 1 van die *Insolvensiewet.*

253 Sien a 2 van die *Insolvensiewet.*

254 *Eastern Metropolitan Substructure v Peter Klein Investments (Pty) Ltd* 2001 4 SA 661 (W) 665.

is, te bevorder – hoewel hierdie administratiewe geregtigheid nie sy bestaansreg vanuit die *PAJA* geniet nie, maar vanuit die *Grondwet*. Terselfdertyd skep die *Grondwet* die *societal values* wat inhou dat alle wetgewing aan die *Grondwet* onderhewig getsel is.[255] Daarbenewens moet die gees, strekking en oogmerke van die *Grondwet* in ag geneem word met die uitleg van alle wetgewings.[256]

Hoexter en Lyster sluit hierby aan. Na hulle mening het die *Grondwet* bloot die gemeenregtelike administratiewe remedies wat oor 'n aantal jare deur die hof ontwikkel is en nou in die *Grondwet en PAJA* vervat is, verskans. Myns insiens is die *PAJA* bloot 'n **geleibuis** vir die grondwetlike waardes na die praktiese toepassing daarvan. Daarom behoort 'n aanval teen die **doelstellings** van die *PAJA* 'n indirekte aanval teen die waardes van artikel 33 van die *Grondwet* geag te word. Nie alle aanvalle teen die *PAJA* sal egter as aanvalle teen die grondwetlike waardes geag word nie, aangesien die *PAJA* steeds 'n parlementswet met gewoon parlementêre status is. Die **doelstellings** behoort egter verhoogde status te geniet. Aangesien die solvente eggenoot geregtig is op 'n administratiewe optrede wat prosedureel billik en regverdig is, sal die insolvensiepraktyk bloot gehoor moet gee aan die *PAJA* en sodoende administratiewe geregtigheid in die insolvensiepraktyk teweeg te bring. Dit wil sê dat elke solvente eggenoot geregtig is op die prosedurele billikheidsreëls van die *PAJA*.

4.2.1 Versoenbaarheid van die magtigende wetgewing en die PAJA

Die *Insolvensiewet* en die *PAJA* staan nie in stryd met mekaar nie. Inteendeel, elkeen van hierdie twee wette vind toepassing op sy eie helfte van dieselfde speelveld. Met ander woorde: Artikel 21 van die *Insolvensiewet* het ten doel om samespanning tussen die solvente eggenoot en die insolvent te voorkom.[257] Die *Insolvensiewet* maak daarom voorsiening vir die oorgaan van die solvente eggenoot se eiendomsreg op die kurator van die insolvente boedel tot tyd en wyl sy 'n regsgeldige titel oor die eiendom kan bewys.[258] Tot op hierdie punt is die *PAJA* geensins van toepassing nie. Eers wanneer die solvente eggenoot 'n poging aanwend om haar regsgeldige titel te bewys, tree die *PAJA* met sy waarborg vir 'n administratiewe optrede wat prosedureel billik en regverdig is, in

255 *Nortje v Attorney General, Cape* 1995 2 SA 460 (K) 471.
256 A 2 van die *Grondwet*; *S v Arendse* 1991 2 SA 805 (NmHc) 813.
257 *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) 328.
258 A 21 van die *Insolvensiewet*.

werking om die **prosedurele billikheid** van die kurator se optrede te verseker. Solank die kurator op 'n billike en regverdige wyse tot sy besluit kom, het hy niks te vrees nie. Die *PAJA* bied as't ware geen beskerming aan 'n bedrieglike solvente eggenoot nie, belas nie die kurator met 'n bewyslas nie en druis daarom geensins in teen die doel van artikel 21 nie. Die kurator moet net voorsien dat die prosedure waarmee hy tot sy administratiewe besluit kom, 'n prosedureel billike en regverdige prosedure is. Die *PAJA* dra dus geen substansiële regte tot die geding by nie – dit tref bloot voorsorg dat die **eerlike** solvente eggenoot 'n **behoorlike kans** gegun word om haar regsgeldige titel te bewys.

Daarom is dit nie nodig om te bepaal watter wet voorrang geniet nie, want die *PAJA* vul bloot die werking van die *Insolvensiewet* aan. Aangesien nie een van hierdie wette dieselfde regte en verpligtinge vir die betrokke partye meebring nie, sal 'n vergelyking tussen die volgende kernaspekte daarvan getref word:

4.3 Hersieningsgronde

Daar word deeglik onderskeid getref tussen appèl en hersiening. Appèl behels die moontlikheid om die **meriete** van 'n saak voor 'n verdere besluitnemer te bring in die hoop op 'n ander beslissing. Dit wil sê 'n tweede geleentheid om 'n saak te laat aanhoor. Daarteenoor word hersiening nie as 'n tweede kans gesien nie. Dit is eerder die vasstelling of dié beslissing op 'n aanvaarbare wyse gemaak is.[259] In die lig van hierdie onderskeid maak artikel 21 van die *Insolvensiewet* nie voorsiening vir hersiening nie, maar vir appèl: Indien die solvente eggenoot deur die kurator se besluit verontreg en haar kragtens artikel 21(4) van die *Insolvensiewet* tot die hooggeregshof wend, sal die hof nie die kurator se besluit hersien nie, maar die saak op eie meriete aanhoor.[260]

Die *Insolvensiewet* voorsien ook geen gronde vir hersiening of appèl ten opsigte van artikel 21 nie, maar bied wel aan die solvente eggenoot 'n onvoorwaardelike reg om haar saak na die hof te neem - ongeag of die kurator reeds 'n besluit geneem het.[261] Scharrock

259 Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 64.
260 Sharrock en Smith *Hockly se Insolvensiereg* 74; Hockly *Law of Insolvency* 166.
261 A 21(4) van die *Insolvensiewet*; Hockley *Law of Insolvency* 46.

en Smith,[262] sowel as Hockly[263] is dit almal eens dat 'n direkte aansoek voor die hof 'n duursame proses met koste-implikasies vir die solvente eggenoot meebring, maar terselfdertyd haar enigste hoop onder die bepalings van die huidige *Insolvensiewet* is. Dan kom die bekende spreuk dat die reg slegs daar is om die rykes se belange te beskerm, onwillekeurig in die gedagte op .

In stryd met die *Insolvensiewet* maak die *PAJA* voorsiening vir goedkoper prosedures in die vorm van hersiening. Artikel 6(1) van die *PAJA* hou in dat enige persoon die hof of 'n tribunaal kan nader vir die hersiening van 'n onbillike administratiewe optrede. Artikel 6 (2)(C) stel **prosedureel onbillike optrede** as 'n pertinente hersieningsgrond.

4.3.1 Prosedurele billikheid

Die *PAJA* hou in dat elkeen geregtig is op 'n administratiewe optrede wat **prosedureel billik** en regverdig is.[264] Hierdie wet bring verder mee dat die funksionaris by wyse van 'n prosedureel billike en regverdige **prosedure** tot sy besluit moes kom. In *Du Preez v Truth and Reconciliation Commission*[265] het die appèlhof bevind dat beide **prosedurele en substantiewe billikheid** aanwesig moet wees om 'n billike en regverdige administratiewe optrede te bewerkstellig.[266]

Hoexter en Lyster beskryf 'n substantiewe legitieme verwagting as die verwagting, gekoester deur die belanghebbende, dat haar vetroue in 'n gunstige besluit nie beskaam word nie. Daarteenoor hou 'n prosedurele legitieme verwagting in dat die belanghebbende 'n kans gegun moet word om haar kant van die saak te stel voordat die funksionaris sy besluit neem. Ongeag die verskille tussen substantiewe en prosedurele legitieme verwagtings, is hierdie twee verwagtings onlosmaaklik aan mekaar verbind ten einde prosedurele billikheid in die hand te werk.[267] Met ander woorde die solvente

262 Sharrock en Smith *Hockly se Insolvensiereg* 74.
263 Hockley *Insolvency Law* 166.
264 A 3(1) van *PAJA*..
265 *Du Preez v Truth and Reconciliation Commission* 1997 4 BCLR 531 (A) 231.
266 Die solvente eggenoot kan daarom die reg koester dat die kurator nie net tot 'n billike besluit sal kom ingevolge artikel 21 van die *Insolvensiewet* nie, maar ook dat die kurator deur 'n billike en regverdige prosedure tot sy besluit kom. Sy het as't ware 'n substantiewe– en prosedurele legitieme verwagting.
267 Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 217-219. Die Prosedurele legitieme verwagting moet daarom aan die vereistes vir natuurlike geregtigheid voldoen. Daar sal egter later dieper op hierdie onderwerp ingegaan word.

eggenoot is substansieël daarop geregtig dat die kurator haar eiendom terug besorg indien sy oor 'n regsgeldige titel beskik. Sy is prosedureel daarop geregtig dat die prosedure tot en met die kurator se besluit 'n prosedureel billike en regverdige prosedure is. Artikel 3 van die *PAJA* bepaal dat sodra die regte, of legitieme verwagting, van 'n geaffekteerde persoon nadelig beïnvloed word, die optrede **prosedureel billik** moet geskied. Artikel 3 lys dan ook die vereistes waaraan optrede moet voldoen om prosedureel billik te wees:

4.3.1.1 Redelike administratiewe optrede

Die administratiewe optrede moet **redelik** geskied.[268] In die saak *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Enviromental Affairs and Others*[269] het die Konstitusionele Hof daarop gewys dat 'n redelike besluit van die spesifieke omstandighede van die saak afhang. Desnieteenstaande wys die hof op 'n paar faktore wat sal bepaal of die besluit redelik is of nie:

> ... nature of decision, the identity and expertise of the decision-maker, the range of factors relevant to the decision, the reasons given for the dicision, the nature of the competing interests involved and the impactof the dicision on the lives and well-being of those affected[270]

Die hof het verder bevind dat die howe krediet sal gee aan die *findings of fact and policy decisions* van kundiges op hul gebied. Die mate waarin die hof krediet sal gee, hang af van die aard van die besluit en die identiteit van die besluitnemer.[271]

Die administratiewe optrede moet regverdigheid in die hand werk.[272] Daar moet dus 'n feitelike korrekte verhouding bestaan tussen die besluit en die redes wat daarvoor aangebied word.[273] Die Konstitusionele Hof het in die saak van *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others*[274] bevind dat die redes

---

268 A 33(1) van die *Grondwet;* a 3 van die *PAJA*..

269 *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Enviromental Affairs and Tourism and Others* 2004 4 SA 490 (KH) 513.

270 *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Enviromental Affairs and Tourism and Others* 2004 4 SA 490 (KH) 514.

271 *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Enviromental Affairs and Tourism and Others* 2004 4 SA 490 (KH) 514.

272 A 33(1) van die *Grondwet.*

273 A 6(2)(f)(ii)(cc) van die *PAJA*.

274 *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others* 2004 4 SA 490 (KH) 510.

proporsioneel tot die besluit moet wees, aangesien proporsionaliteit die grondslag vir billikheid is.

Burns onderskraag die hof se bevinding wanneer sy die mening uitspreek dat die woord **redelik,** soos dit in artikel 33(1) van die *Grondwet* vervat is, juis op proporsionaliteit tussen die optrede en die redes daarvoor is.[275] Hoexter en Lyster onderskraag wanneer hulle weer daarop wys dat **'n redelike optrede** slegs bereik kan word indien die optrede proporsioneel tot die redes daarvoor is.[276] Met ander woorde die redes moet ten minste die administratiewe besluit kan verklaar.[277] De Ville verduidelik eenvoudiger wanneer hy daarop wys dat die vereistes vir proporsionaliteit van die Duitse reg afkomstig is en inderwaarheid die beantwoording van die volgende vraag inhou: Bereik die gevraagde maatstawwe die gewenste doel?[278] Die besluit moet dus redelikerwys in verhouding tot die redes daarvoor staan en indien nie, is die besluit hersienbaar onder artikel 6 van die *PAJA*.[279]

De Ville onderskraag Hoexter en Lyster in hul siening dat 'n **administratiewe optrede redelik is** indien die funksionaris se optrede deur wetgewing gemagtig word en die funksionaris volgens al die voorskrifte van hierdie magtigende wet handel.[280] Artikel 6(2)(ii)(bb) van die *PAJA* bepaal dat geen besluit die doel van die magtigende bepaling mag verydel nie. Indien 'n optrede dan wel die doel verydel, sal daardie optrede *ultra vires* en kragtens artikels 6 en 7 van die *PAJA* hersienbaar wees. In die lig hiervan kom die kurator se diskresionêre bevoegdhede onder artikel 21 van die *Insolvensiewet* onder die soeklig. Artikel 21 magtig nie alleen die kurator om te bepaal of die solvente eggenoot 'n regsgeldige titel bewys het nie, maar lys ook 'n reeks omstandighede waaronder die solvente eggenoot se bates vrygegee **moet** word. Artikel 21 hou dan verder in dat die kurator alle bates **moet** vrygee waarvan die solvente eggenoot haar titel bewys het. Die kurator moet dus 'n diskresie uitoefen rakende die solvente eggenoot se bewyse en indirek haar eiendomsreg.

---

275 Burns *Administrative law* 149.
276 Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 183; Burns *Administrative Law* 231.
277 Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 242-244; sien ook De Ville *Judicial Review* 291; Currie en Klaaren *Benchbook* 136-138.
278 De Ville *Judicial Review* 200.
279 A 6(2)(c) en a 6(2)(e)(iii). Sien ook Burns *Administrative Law* 226.
280 De Ville *Judicial Review* 89.

Volgens Hoexter en Lyster is die funksionaris verplig om hierdie diskresie, wat deur die magtigende wetgewing op hom geplaas word, uit te oefen. Indien hy sou weier, is die blote weiering hersienbaar. So ook sal die kurator se besluit hersienbaar wees indien hy nie sy diskresie **behoorlik** uitoefen nie.[281] Indien hy dus sy plig versuim, tree hy buite sy bevoegdhede op. Ongelukkig is die posisie nie so duidelik nie, want daar word geensins 'n voorgeskrewe maatstaf neergelê waarvolgens die kurator moet vasstel of die solvente eggenoot haar regsgeldige titel bewys het nie. Wanneer die solvente eggenoot die aangeleentheid na die hof neem, sal die hof egter op 'n oorwig van waarskynlikheid die saak besleg.

Ten einde vas te stel of die funksionaris se optrede redelik was, maak die howe van die **redelikepersoon-toets** gebruik. In hierdie geval dan die redelike kurator-toets. Indien die **redelike kurator**[282] op grond van dieselfde redes tot 'n ander besluit as die huidige kurator sou kom, sal die huidige kurator se optrede dus onredelik en hersienbaar wees onder artikel 6 (2)(h) van die *PAJA.*[283] Die saak van *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Enviromental Affairs and Tourism and Others* [284] verduidelik soos volg:

> Section 6(2)(h) should then be understood to require a simple test, namely, that an administrative decision will be reviewable if, in Lord Cooke's words, it is one that a reasonable decision-maker could not reach.

Die kurator moet dus sy diskresionêre bevoegdhede op 'n redelike wyse uitoefen. Indien die redelike kurator op grond van dieselfde oordeel tot 'n ander besluit sal kom, is die kurator se optrede nie redelik nie en is die solvente eggenoot geregtig op hersiening van sy besluit.

---

281 Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 161.
282 Die kurator is immers 'n kenner op sy gebied.
283 A 6(2)(h) van die *PAJA*..
284 *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Enviromental Affairs and Tourism and Others* 2004 (4) SA 490 (KH) 511-512.Vir verdere bespreking oor a 6(2)(h) sien Burns *Administrative Law* 241-258.

4.3.1.2 Regmatige administratiewe optrede

Die Grondwet maak slegs voorsiening vir administratiewe optrede wat prosedureel billik en regverdig is. Verskeie outeurs het egter begin om die vereiste vir regmatigheid onder die sambreel van redelikheid tuis te bring. Aangesien regmatigheid nie vir doeleindes van hierdie navorsing relevant is nie, sal dit nie bespreek word nie.[285]

4.4 Redes

Die *Insolvensiewet* plaas geen verpligting op die kurator om die solvente eggenoot van redes te voorsien, wanneer hy sou weier om haar bates vry te gee nie. Inteendeel, die kurator hoef nie eens te noem dat die solvente eggenoot hom nie van haar regsgeldige titel oortuig het nie. Anders as die *Insolvensiewet,* verskans die *Grondwet*[286] die **verstrek van redes** as een van die vereistes vir 'n prosedureel billike en regverdige administratiewe optrede. Nog tot onlangs toe was daar onsekerheid oor presies watter persone dit is by wie daar op redes aangedring kon word en onder watter omstandighede. Die koms van artikel 5 van die *PAJA* egter lig op die onderwerp gewerp. Hiervolgens is **elkeen** wie se regte geskend word, geregtig op redes.[287] Ten spyte van artikel 5 het die hof in *Strauss v The Master and Others NNO*[288] bevind dat nie almal op redes kan aandring bloot omdat hulle wil **vasstel** of hulle regte geskend is nie. Hierdie standpunt is egter nie deur die Konstitusionele Hof gehandhaaf nie. In die saak van *Transnet Limited v Goodman Brothers (Pty) Ltd*[289] het die Konstitusionele Hof juis bevind dat **enigeen** op redes geregtig behoort te wees, ten einde **vas te stel of haar belange geskend is**:

> One needs hardly look further for a more obvious fundamental right which justifies the application of section 33 of the Constitution to the present case. The right to equal treatment pervades the whole field of administrative law, where the opportunity for nepotism and unfair discrimination lurks in every dark corner. **How can such right be protected other than by insisting that reasons be given for an adverse decision?** It is cynical to say to an individual: you have a constitutional right to equal treatment, but you are not allowed to know whether you have been treated equally. The right to be furnished with reasons for an administrative decision is the bulwark of the right to just administrative action.[290]

285 Vir 'n bespreking rakende "Regmatigheid" sien Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 125-169.
286 A 33(3) van die *Grondwet.*
287 *Transnet Ltd v Goodman Brothers (Pty) Ltd* 2000 1 SA 835 (HHA) 866-867.
288 Sien *Strauss v The Master and Others NNO* 2001 1 SA 649 (T) 666.
289 *Transnet Ltd v Goodman Brothers (Pty) Ltd* 2000 1 SA 835 (HHA) 866-867.
290 *Transnet Ltd v Goodman Brothers (Pty) Ltd* 2000 1 SA 835 (HHA) 866-867 [eie beklemtoning].

Die toepassing van artikel 5(1) word gekwalifiseer deurdat steeds nie almal op redes kan aandring nie, maar slegs persone **wie se regte aangetas** word. Hou dit dan in dat nie enige persoon voor die voet op redes kan aandring nie? De Ville bied hier 'n antwoord: Volgens hom moet óf die geaffekteerde se **materiële regte** óf haar **legitieme verwagting** geskend wees. In die lig van De Ville se standpunt tref Currie en De Waal 'n onderskeid tussen **ontneming** en **beperking van regte**. Sodra 'n persoon se bestaande regte, eiendomsreg of vryheid in die gedrang kom, dit wil sê van haar ontneem word, bring dit 'n aantasting van haar regte mee.[291] So 'n persoon sal dan ook op redes geregtig wees. De Ville is verder van mening dat die funksionaris ook die statutêre prosedures van die magtigende bepaling moet nakom.[292] Indien hy versuim, sal dit 'n skending van die geaffekteerde se legitieme verwagting meebring wat inderwaarheid 'n skending van haar regte is .[293]

Wanneer die funksionaris redes verstrek, moet hierdie redes **geskrewe** en **gepas** wees.[294] Hoewel die hof in *Rèan International Supply Company (Pty) Ltd and Others v Mpumalanga Gaming Board*[295] bevind het dat gepaste redes afhang van die omstandighede van elke saak afhang, wys Currie en De Waal daarop dat die funksionaris bloot redes moet verstrek om die geaffekteerde[296] teen **onbillike optrede** te beskerm.[297] Burns verduidelik verder dat gepaste redes die volgende behels: Eerstens moet die redes die besluit uiteensit. Tweedens moet die redes die geaffekteerde in haar reg op hersiening of appèl kan steun. Laastens moet die redes rasionele besluitneming in die hand werk. Ten einde hierdie doeleindes te kan bereik, het die wetgewer in artikel 5(4)(b) die volgende stappe uiteengesit wat in aanmerking geneem moet word:

> In determining whether a departure as contemplated in ... is reasonable and justifiable, an administrator must take into account all relevant factors, including-
>
> (i) the objects of the empowering decision;
> (ii) the nature, purpose and likely effect of administrative action concerned
> (iii) nature and extent of the departures
> (iv) the relation between the departure and its purpose;
> (v) the importance of the purpose of the departure; and

291 Sien weer par 3.3.3; Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 219.
292 Burns *Administrative Law* 262;
293 Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 219.
294 A 5(2) van *PAJA*; Burns *Administrative Law* 264; Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 253.
295 *Rèan International Supply Company (Pty) Ltd and Others v Mpumalanga Gaming Board* 1999 8 BCLR 918 (T) 925-927.
296 Dit wil sê die solvente eggenoot.
297 De Waal en Currie *Bill of Rights* 521.

(vi) the need to promote an efficient administration and good governance.

De Ville wys daarop dat beide die versuim om redes te verstrek, sowel as die verstrek van **ongepaste redes** die feitelike aanname meebring dat die **besluit sonder goeie redes geneem** is. In so 'n geval sal die *onus* op die funksionaris rus om die regmatigheid van die besluit te bewys.[298] Die hof sal egter nie die funksionaris wys op watter redes relevant sou wees nie, maar slegs die funksionaris se besluit hersien.[299]

Wanneer die funksionaris redes verstrek, moet hy gehoor gee aan die formele vereistes van item 27 van die *Regulations on Fair Administrative Prosedures.*[300] Hierdie regulasies bepaal:

> **27.** (1) A request in terms of section 5 of the Act for reasons for administrative action which materially and adversely affected a person's rights must be-
>
> (a) in writing.
> (b) addressed to the administrator concerned; and
> (c) sent to the administrator by post, fax or electronic mail or delivered to the administrator by hand.
>
> (2) If an administrator receives an oral request from a person who cannot write or otherwise needs assistance, the administrator or a person designated by the administrator must give reasonable assistance to that person to submit such request in writing.
>
> (3) A request for reasons contemplated in this Chapter must-
>
> (a) indicate-
> (i) the administrative action which affected the rights of the person making the request; and
> (ii) which rights of that person were materially and adversely affected by the administrative action; and
>
> (b) state-
> (i) the full name and postal and, if available, electronic mail address of that person; and
> (ii) any telephone and fax numbers where that person may be contacted.

Indien die solvente eggenoot op die prosedurele remedies van die *PAJA* steun, sal die kurator verplig wees om redes vir sy besluit te verstrek. Met ander woorde die kurator kan steeds weier om die solvente eggenoot se bates vry te gee indien sy nie haar regsgeldige titel kan bewys nie, maar hy moet gepaste redes kan verstrek waarom sy nie in haar bewyslas slaag nie. Indien die kurator nie gepaste redes verstrek nie, sal die

298 De Ville *Judicial Review* 295-296. Sien ook Currie en Klaaren *Benchbook* 296.
299 *Rèan International Supply Company (Pty) Ltd and Others v Mpumalanga Gaming Board* 1999 8 BCLR 918 (T) 925-927; De Ville *Judicial Review* 296.
300 PC 1022/ 2002 27.

solvente eggenoot kragtens artikel 33 van die *Grondwet* en artikel 5 van die *PAJA* by die hof kan aansoek doen om die kurator daartoe te verplig. Die verkry van redes sal egter steeds nie 'n vereiste wees om 'n aansoek voor die hof te bring nie. Desnieteenstaande sal die hof ingevolge die *Insolvensiewet*, op die meriete van die saak ingaan.[301]

Dit is te verstane dat die hof in die saak van *ABBM Printing & Publishing (Pty) Ltd v Transnet Ltd*[302] die gesamentlike aanwending van hierdie twee substansiële elemente bevestig, deurdat die hersiening dikwels bemoeilik word sonder dat redes vir die besluit verstrek word.

4.5 Remedies

Wanneer die solvente eggenoot oor 'n regsgeldige titel beskik en die kurator steeds weier om haar eiendom vry te gee, bied artikel 21(4) van die *Insolvensiewet* 'n remedie. Kragtens hierdie wetsbepaling kan sy by die hof aansoek doen om vrygawe van haar bates. Hierdie aansoek hou in 'n gewone **mosie-aansoek** voor die hooggeregshof. Hierdie remedie sal egter koste-implikasies vir die solvente eggenoot inhou. Nie alleen moet sy 'n regsverteenwoordiger betaal nie, maar natuurlik ook reiskoste, oornagkoste en dies meer. Dít terwyl sy waarskynlik nie oor die fondse beskik nie en die hof weer met die meriete van die saak bemoei word.

Teenoor die *Insolvensiewet* bied die *PAJA* prosedureel billike remedies vir gevalle waar die kurator nie prosedureel billik en regverdig optree nie. So maak die *PAJA* voorsiening dat die kurator se besluit nie net deur die hooggeregshof nie, maar ook deur 'n tribunaal of 'n geskikte **landdroshof** "hersien" kan word.[303] Met ander woorde wanneer die solvente eggenoot verontreg voel deurdat die kurator sy besluit deur 'n onbillike en onregverdige prosedure maak, of buite bestek van die magtigende bepaling optree, kan sy die hooggeregshof kragtens hooggeregshofreël 53 om hersiening nader.[304] Hierdie hersiening sal soortgelyk wees aan gemeenregtelike hersiening wat ook ingevoge

---

301 Sharock en Smith *Hockley se Insolvensiereg* 74.

302 *ABBM Printing and Publishing (Pty) Ltd v Transnet Ltd* 1998 2 SA 100 (W) 109.

303 Sien a 1 (iv) van die *PAJA*. Ingevolge hierdie artikel sal landdroshowe opgelei moet word om administratiewe optredes te hersien. Tot op hede is geen landdoshof egter gemagtig om hersieningsaansoeke ingevolge die *PAJA* aan te hoor nie. Die moontlikheid bestaan egtr steeds dat landdroshowe in die toekoms gemagtig kan word om administratiewe optredes te hersien.

304 De Ville *Judicial Review* 297.

hooggeregshof reël 53 geskied. Hierdie **hersieningsaansoek** hou voordele in bo die mosie-aansoek kragtens artikel 21(4) van die *Insolvensiewet.* So sal die solvente eggenoot nie weer die meriete van haar aansoek voor die hof hoef te bewys nie. Sy sal bloot moet bewys dat die kurator nie prosedureel billik en regverdig opgetree het in die uitoefening van sy artikel 21(2) diskresionêre optrede nie. Dit sluit onder meer in dat die kurator redes vir sy besluit moet verstrek.[305] Daar bestaan natuurlik die nadeel dat die solvente eggenoot eers die kurator, as interne remedie, moet uitput voordat sy die hof met haar aansoek belas.[306]

'n Verdere moontlikheid is om die kurator se besluit[307] voor 'n **gemagtigde landdroshof** te laat hersien. Hoewel hierdie moontlikheid nie deur die omskrywing van howe in die *Insolvensiewet* uitgesluit word nie,[308] bepaal artikel 1(iv) van die *PAJA* uitdruklik dat die omskrywing vir howe ook gemagtigde landdroshowe insluit. Harms wys daarop dat die geaffekteerde solvente eggenoot die keuse behoort te hê of sy die funksionaris se optrede voor die hooggeregshof of 'n landdroshof wil laat hersien.[309] Dit sal natuurlik afhang van die landdroshofreëls en beperking op bedrae daarvan.. Met ander woorde die solvente eggenoot sal nie meer die hooggeregshof hoef te nader nie, maar kan ook 'n plaaslike landdroshof[310] nader in geval van kleiner boedels en beperkte fondse. Deur die hersieningsaansoek voor 'n plaaslike landdroshof te bring, sal dus drastiese finansiële voordele inhou.[311] Indien sy verkies om nie van die hersieningsprosedures gebruik te maak nie, kan sy steeds die meriete van die saak kragtens artikel 21(4)[312] in die hooggeregshof gaan beveg.

Indien die kurator se besluit op **hersiening** geneem word en die hof, hetsy die hooggeregshof of die landdroshof, die solvente eggenoot gelyk gee, is sy op die remedies onder artikel 8 van die *PAJA* geregtig.[313] Hierdie remedies hou ondermeer in dat die solvente eggenoot kragtens artikel 8(1)(a)(i) op die verstrek van redes kan aandring.

---

305 Dit hou ondermeer in dat die kurator se redes in verhouding tot sy besluit moet staan.
306 Sien weer par 4.3 en par 4.4; a 7(2) van die *PAJA.*
307 As administratiewe optrede.
308 A 2 van die *Insolvensiewet;* Sharrock en Smith *Hockly se Insolvensiereg* 6.
309 Harms *Civil Procedures* 311.
310 A 1(iv) van die *PAJA;* Sien ook Harms *Civil Procedures* 311.
311 So sal sy haar eie saak kan stel en die duur fooie van regsverteenwoordiging vryspring, hoef sy nie lang afstande na die hooggeregshof te onderneem nie en sal die prosedure minder troumaties vir die leek wees.
312 Sharock en Smith *Hockley se Insolvensiereg* 74.
313 A 8(1) van die *PAJA;* Burns *Administrative Law* 312; Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 290.

Indien die kurator nie behoorlik opgetree het nie, kan die solvente eggenoot ingevolge artikel 8(c) eis dat die kurator se besluit tersyde gestel word.[314] Hoewel die howe by magte is om die besluit nietig te verklaar en met 'n gepaste besluit te vervang,[315] sal die howe nie sommer die kurator se besluit vervang nie, maar eerder ongeldig maak en na die kurator terug stuur vir behoorlike besluitneming.[316] Aangesien artikel 21(4) die solvente eggenoot in staat stel om die hof direk te nader en die hof by magte is om **enige bevel** uit te vaardig wat hy goed ag, sal die howe nie net tot die hersiening van besluite beperk wees nie. Indien die kurator weier om 'n besluit te neem, kan die solvente eggenoot ingevolge artikel 8(2)(a)-(d) steeds die hooggeregshof of landdroshof vir 'n remedie nader. In hierdie geval kan die hof enige van die volgende remedies toestaan:

> The court... may grant any order that is **just and equitable,** including orders-
>
> (a) **directing** the taking of the decision;
> (b) **declaring the rights** of the parties in relation to the taking of the decision;
> (c) directing any parties to do, or to refrain from doing, any act or thing the doing.which the court considers necessary between the parties;
> (d) as to costs.[317]

Selfs die howe kan baat by die werking van die *PAJA,* want sodra die solvente eggenoot verplig word om eers die kurator te nader, sal dit voorkom dat desperate eggenote die howe met onsuksesvolle aansoeke oorspoel. Daarby sal die blote hersien van die kurator se prosedures minder tyd in beslag neem as die vasstelling van die solvente eggenoot se regsgeldige titel.

4.6 Gevolgtrekking

Die kurator se optrede is administratief van aard. Uit die aard van die saak is die solvente eggenoot geregtig op die prosedurele billikheidsreëls van die *PAJA.* Die *Insolvensiewet,* as magtigende bepaling, en die *PAJA* moet nie in kontras met mekaar gesien word nie. Inteendeel, die *PAJA* vul bloot die werking van die *Insolvensiewet* aan met prosedurele billikheidsreëls.

---

314 A 8(1)(c) van die *PAJA.*
315 A 8(1)(c)(ii) van die *PAJA;* Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 290.
316 Burns *Administrative Law* 312. Sien ook Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 290.
317 A 8(2)(a)-(d) van die *PAJA* [eie beklemtoning]. Vir 'n verdere bespreking sien Hoexter en Lyster *Constitutional Law* 290-310.

Aangesien die solvente eggenoot nie net op die regte van die *Insolvensiewet* geregtig is nie, maar ook op die prosedurele billikheidsregte van die *PAJA,* kan sy die kurator se besluit by wyse van hooggeregshofreël 53 op hersienning neem. Onder die *Insolvensiewet* geniet sy nie hierdie reg tot hersienning nie, maar sal die hof weer na die **meriete** van die saak let indien sy ingevolge artikel 21 die hof nader. Daarby is die solvente eggenoot ook nog geregtig op prosedurele billikheid, wat insluit dat die optrede redelikheid in die hand moet werk. Dit wil sê dat 'n feitelike korrekte verhouding tussen die kurator se besluit en redes daarvoor aangebied, moet bestaan. Ten einde vas te stel of die kurator se optrede redelik was, sal die **redelike kurator-toets** aangewend word om vas te stel of daar 'n proporsionêle verhouding tussen die optrede en die redes daarvaar bestaan. Anders as onder die *Insolvensiewet,* het die solvente eggenoot kragtens die *Grondwet* en die *PAJA* ook die reg om redes te ontvang na waarom haar bates nie vrygegee word nie. Hierdie redes moet dan gepas wees deurdat dit die die kurator se besluit moet kan verduidelik.

Die werking van die *PAJA* bring ook mee dat die solvente eggenoot daarop geregtig is om die kurator se besluit voor die hooggeregshof of 'n gemagtigde landdroshof te laat hersien. Hoewel daar tans nog geen gemagtigde landdroshowe bestaan nie, bestaan die moontlikheid steeds dat landdroshowe nog gemagtig kan word.

5 Gevolgtrekking

Artikel 21 van die *Insolvensiewet* hou in dat die solvente eggenoot van haar bates ontneem word tot tyd en wyl sy 'n regsgeldige titel oor haar bates kan bewys. Hierdie bewyslas is te verstane vanweë eggenote se bewese gedrag om saam te span om sodoende die insolvente boedel van sy bates te ontneem. Die solvente eggenoot het vervolgens die bewyslas om te bewys dat sy 'n regsgeldige titel kragtens artikel 21(2) het. Die solvente eggenoot moet onder andere die egtheid van die transaksie bewys. Die kurator dra immers min of geen kennis van die solvente eggenoot se sake nie, terwyl die solvente eggenoot oor al die nodige inligting beskik. Hoewel hierdie "ontneming" van die solvente eggenoot se regte 'n drastiese inperking op haar regte meebring, is die grondwetlikheid daarvan reeds bevestig. Die rede is onder andere naamlik om te verhoed dat die insolvente boedel van sy regmatige eiendom beroof word.

Die kurator staan nie in 'n privaatregtelike verhouding met die skuldeisers nie. Sy amp is 'n "creature of the *Insolvency act.*" Die kurator het statutêre verpligtinge en hy beklee 'n fidusiêre posisie. Die Meester hou 'n wakende oog oor die kurator se optrede. Hy is dus 'n statutêre amptenaar wat die insolvente boedel tot voordeel van die skuldeisers moet verdeel. Desnieteenstaande maak die *Insolvensiewet* geen voorsiening vir enige prosedures waardeur die kurator moet bepaal of die solvente eggenoot 'n regsgeldige titel oor haar bates bewys het nie. Daarteenoor vereis artikel 32 van die *Grondwet* dat elkeen geregtig is op administratiewe optrede wat prosedureel billik en regverdig is.

Die kurator se optrede is administratief van aard omdat dit aan die vereistes, soos in artikel 1 van die *PAJA* vervat, voldoen. Sodoende kom die *PAJA* ook in werking ter versekering dat 'n administratiewe besluit wat prosedureel billik en regverdig is, geneem word. Die *PAJA* hou dus geen bedreiging vir die werking van artiktel 21 van die *Insolvensiewet* in nie. Dit vul bloot die prosedures aan ten einde regverdigheid en billikheid te verseker. In die lig hiervan behoort die solvente eggenoot geregtig te wees op al die regte onder die magtigende bepaling en ook die prosedurele billikheidsregte van die *PAJA*. Laasgenoemde hou onder andere dat die solvente eggenoot geregtig is op die ontvang van redes, sou die kurator weier om haar bates vry te gee.

Die solvente eggenoot is geregtig daarop dat die kurator se besluit prosedureel billik moet wees. Hierdie reg hou onder meer in dat die solvente eggenoot 'n legitieme verwagting koester dat die kurator die bewyse voor hom behoorlik sal oorweeg voordat hy weier om haar bates vry te gee sodat sy 'n kans gegun word om haar kant van die saak te stel. Die besluit moet ook redelik wees. Dit hou in dat die kurator volgens die voorskrifte van artikel 21 van die *Insolvensiewet* moet handel. Sy besluit moet proporsioneel tot die redes daarvoor staan. Die vraag wat gestel moet word, is: Bereik die gevraagde maatstawwe die gewenste doel? Ten einde die redelikheid van die kurator se besluit vas te stel, sal die redelikepersoon toets aangelê word. Hierdie toets hou die vraag in of die "redelike kurator" tot dieselfde besluit sou kom. Indien die kurator se besluit nie aan die billikheids– of redelikheidsvereistes voldoen nie, behoort die solvente eggenoot die besluit op hersiening te kan neem. Dit behels hersiening voor die hooggeregshof ingevolge hooggeregshofreël 53 maar selfs ook voor 'n geskikte tribunaal of geskikte landdroshof[318] ingevolge artikel 1(iv) van die *PAJA*. Hierdie hersiening hou voordele bo die mosie-aansoek van artikel 21(4) in deurdat die solvente eggenoot nie weer met die volle bewyslas van haar regsgeldige titel belas word nie, maar sy bloot moet bewys dat die kurator nie prosedureel billik en regverdig opgetree het met die neem van sy besluit nie. Hersiening hou ook ander noemenswaardige voordele in, soos dat dit 'n goedkoper prosedure vir beide die solvente eggenoot as die kurator inhou as die mosie-aansoek voor die hooggeregshof, as dit ook in landdroshowe geloods sou kan word.

Laastens behoort die solvente eggenoot ook geregtig te wees op die ontvang van redes vir die kurator se optrede. Die verstrek van redes is immers een van die verskanste vereistes van die *Grondwet*. Dit hou in dat die redes geskrewe moet wees en aan die formele vereistes van regulasie 27 moet voldoen. Hierdie redes moet ook gepas wees. Die redes moet dus die regmatigheid van die besluit weerspieël, want indien daar nie gepaste redes verstrek word nie, bestaan die feitelike aanname dat die besluit sonder goeie redes geneem is.

Die gevolgtrekking is dus dat die kurator se optrede uit hoofde van artikel 21 van die *Insolvensiewet* administratiewe optrede kragtens artikel 1 van die *PAJA* is. Die onderskeie wetgewings moet nie in stryd met mekaar geag te word nie. Die *PAJA* vul

318 Hoewel daar nog geen "geskikte landroshowe" bestaan nie, bestaan die moontlikhied steeds dat landdroshowe in die toekoms gemagtig kan word om administratiewe optredes te hersen.

bloot artikel 21 van die *Insolvensiewet* (as magtigende bepaling) aan ten einde administratiewe optrede wat prosedureel billik en regverdig is, te bereik. Die solvente eggenoot is dus steeds geregtig op alle regte ingevolge artikel 21 van die *Insolvensiewet* - daarbenewens ook op die prosedurele billikheidsregte van die *PAJA*.

Bibliografie

Boeke

B

Burns *Administrative Law*

Burns YB *Administrative Law under the 1996 Constitution* 2e uitg (Durban Butterwoths 2003)

C

Currie en Klaaren *Benchbook*

Currie I en Klaaren J *The Promotion of Administrative Justice Act Benchbook* (Kaapstad SiberInk 2001)

D

De la Rey *Mars: Law of Insolvency*

De la Rey E *Mars: Law of Insolvency in South Africa* 8e uitg (Kenwyn Juta 1988)

De Ville *Judicial Review*

De Ville JR *Judicial Review of Administrative Action in South Africa* (Durban Butterwoths 2003)

De Waal *Bill of Rights*

De Waal J en Currie I en Erasmus G *The Bill of Rights Handbook* 4e uitg (Landsdowne Juta 2001)

H

Harms *Civil Procedure*

Harms *Civil Prosedure in Superior Courts Student Edition* 3e uitg (Durban Butterworths 2003)

Hoexter en Lyster *Constitutional Law*

Hoexter C en Lyster R *The New Constitutional and Administrative Law Vol II* (Landsdowne Juta 2002)

Hockley *Law of Insolvency*

Hockly H *The Law of Insolvency in South Africa* 6e uitg (Wynberg Juta 1968)

Hahlo

Hahlo HR *The South African Law of Husband and Wife* 5e uitg (Kenwyn Juta 1985)

M

Meskin *Law of Insolvency*

Magid PAM en Boraine A en Kunst JA *et al Insolvency Law and its Operation in Winding-up* Diensuitgawe 26 (LexisNexis Butterworths Durban JUN 2006)

S

Sharrock *Insolvency Law*

Sharrock R en Van der Linde K en Smith A *Hockly's Insolvency Law* 7e uitg (Landsdowne Juta 2005)

Sharrock en Smith *Hockly se Insolvensiereg*

Sharrock R en Van der Linde K en Smith A *Hockly se Insolvensiereg* 2e uitg (Landsdowne Juta 2002)

Smith *The law of Insolvency*

Smith C *The Law of Insolvency* (Durban Butterworths 1988)

Regspraak

A

AAA Investments (Pty) Ltd v Micro Finance Regulatory Council and Another 2004 6 SA 557 (T)

ABBM Printing and Publishing (Pty) Ltd v Transnet Ltd 1998 2 SA 100 (W)

Administrator, Transvaal and Others v Traub and Others 1989 4 SA 731 (A)

B

Badenhorst v Bekker NO en andere 1994 2 SA 155 (N)

Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Enviromental Affairs and Tourism and Others 2004 4 SA 490 (KH)

Beddy NO v Van der Westerhuizen 1999 3 SA 913 (A)

Bernstein and Others v Bester and Others NNO 1996 2 SA 751 (KH)

C

Carephone (Pty) Ltd v Marcus NO and Others 1998 10 BCLR 1326 (LAC)

Cape Metropolitan Council v Metro Inspection Services Western Cape CC and Others 2001 JOL 8130 (A)

Chaplin, NO v Gregory 1950 3 SA 555 (K)

Cronje v United Cricket Board v South Africa 2001 4 SA 1361 (T)

D

Dawnlaan Belegings (Edms) Bpk v Johannesburg Stock Exchange and Others 1983 3 SA 344 (W)

De Lange v Smuts NO and Others 1998 7 BCLR 779 (KH)

Desai v Assignee Estate Desai 1935 CPD 503

De Villiers NO v Delta Cables (Pty) Ltd 1992 1 SA 9 (A)

Distillers Corporation Ltd v Modise 2001 4 1071 (O)

Du Plessis v Pienaar NO and Others 2002 4 SA 311 (A)

Du Preez v Truth and Reconciliation Commission 1997 4 BCLR 531 (A)

E

Earthlife Africa (CT) v DC: Dept of Enviroment Affairs and Tourism 2005 3 SA 156 (K)

Eastern Metropolitan Substructure v Peter Klein Investments (Pty) Ltd 2001 4 SA 661 (W)

Enyati Resources Ltd and Another v Thorne NO and Another 1984 2 SA 551 (K)

Estate Sayle v CIR 1945 AD 388

Ex Parte Steenkamp 1997 JOL 640 (T)

F

Fedsure Life Assurance Ltd and Others v Great Johannesburg Transitional Metropolitan Council and Others 1998 12 BCLR 1458 (KH)

G

Gamevest (Pty) Ltd v Regional Land Claims Commissioner, Northern Province & Mpumalanga 2003 1 SA 373 (HHA)

Gilbert v Bekker and Another 1984 3 SA 774 (W)

Goldseller v Hill 1908 TS 822

H

Harksen v Lane NO and Others 1998 1 SA 300 (KH)

J

Johannesburg Stock Exchange and Another v Witwatersrand Nigel Ltd and Another 1988 3 SA 132 (A)

Jooste v De Wit NO 1999 2 SA 355 (T)

K

Killburn v Estate Killburn 1931 AD 501

Korf v Health Professions Council of South Africa 2000 3 BCLR 309 (T)

L

Lipschitz v Watrus NO 1980 1 SA 662 (T)

M

Maudley's Trustee v Maudley 1940 TPD 399

Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another; Lesbian and Gay Equility Project and eighteen Others CCT 60/40; CCT 10/05

Minister van Vervoer v Bekker 1975 3 SA 128 (O)

N

National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others 2000 2 SA 1 (KH); 2000 1 BCLR 39 (KH)

Nephawe v Premier, Limpopo Province, and Another 2003 5 SA 245 (T)

New Clicks SA (Pty) Ltd v Tsabalala-Msimang NO and Others: Pharmaceutical Society of SA and Others v Minister of Health and Another 2005 1 SA 196 (K)

Nortje v Attorney General, Cape 1995 2 SA 460 (K)

P

Pennington v Friedgood and Others 2002 1 SA 251 (K)

President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others 2000 1 SA 1 (KH)

R

Rèan International Supply Company (Pty) Ltd and Others v Mpumalanga Gaming Board 1999 8 BCLR 918 (T)

S

Shapiro's Trustee v Livingstone 1907 TS 957

Snyman v Rheeder NO 1989 4 SA 469 (T)

Strauss v The Master and Others NNO 2001 1 SA 649 (T)

S v Arendse 1991 2 SA 805 (NmHc)

Swadif (Pty) Ltd v Pyke 1978 1 SA 928 (A)

T

Thorne v the Master 1964 3 SA 38 (N)

Transnet Ltd v Goodman Brothers (Pty) Ltd 2000 1 SA 835 (HHA)

Trustee, Assigned Estate Wall v Illovo Trading Co 1909 NLR 522

V

Van Zyl v NNP and Others 2003 JOL 11360 (K)

W

Walker v Syfret NO 1911 AD 141

Western Cape Minister of Education and Others v Governing Body of Micro Primary School and Others 2006 1 SA 1 (HHA)

Wetgewings

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996

Insolvensiewet 24 van 1936

Langtermynversekeringswet 52 van 1998.

Promotion of Administrative Justice Act 3 van 2000

Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996

Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984

Konferensies

Stander AL "Artikel 21 van die Insolvensiewet - Reg of weg?" in Inourele rede gehou op 15 Oktober 2004 Potchefstroom 1-18

Proefskrifte

Stander Al *Die invloed van sekwestrasie op onuitgevoerde kontrakte* (LLD-Proefskrif PUCHO 1994)

Tydskrifte

Stander AL "Weer artikel 21 van die *Insolvensiewet* – Het ons iets beter?" 2001 *TRW* 93-103

Stander AL "Die onuitgevoerde kontrak en die posisie van die voorlopige kurator" 1996 *TSAR* 311-344

Fereira MP "Cronje v United Cricket Board of South Africa 2001 4 SA 1361 (T) 2002" *De Jure* 381-390

Govender K "An assessment of section 4 of the Promotion of Administrative Justice Act 2000 Act as a means of advancing participatory democracy in South Africa" 2003 *SAPR* 404-429

Pfaff R en Schneider H "The Promotion of Administrative Justice Act from German Perspective" 2001 *SAJHR* 59-86

Staatskoerant

SOUTH AFRICA (Republic) *Promotion of Administrative Justice Act,* 2000 Regulations on Fair Administrative Procedures PC 1022/ 2002 (Cape Town 2002)