

# Vonnisbespreking: Nog 'n vriendskaplike-sekwestrasie-aansoek sneuwel

**Botha v Botha [2017] JOL 38011 (VB)**

**Melanie Roestoff**

---

Melanie Roestoff, Fakulteit Regsgeleerdheid, Universiteit van Pretoria

---

## *Abstract*

### **Another friendly sequestration application bites the dust**

*Botha* is one of many friendly sequestration applications that was dismissed because the applicant failed to prove that it would be to the advantage of creditors to sequester the respondent-debtor's estate. Daffue J suggested that *Botha* was a typical case where the debtor should rather have pursued his rights regarding debt review under the National Credit Act (NCA) 34 of 2005 in order to find a way out of his financial dilemma. However, unlike the position regarding rehabilitation after sequestration under the Insolvency Act 24 of 1936, debt review does not provide for any discharge of debt, since the NCA's objective of providing debt relief is subject to the principle of satisfaction by the debtor of all financial obligations.

The aim of this case note is to analyse and evaluate the facts and decision in *Botha* in light of international trends and guidelines that all "honest but unfortunate debtors" who land in a hopeless financial situation due to factors beyond their control, should be provided relief in the form of a discharge. The legal implication of the decision, namely that the current South African system provides discharge relief only to debtors who have sufficient assets to prove advantage, is important. Therefore, recent law reform proposals that provision be made for a procedure of debt intervention as well as the proposals for a pre-liquidation composition are also discussed. However, it is argued that the proposed procedures would not have provided a viable solution to the debtor's financial predicament in *Botha*.

The conclusion is that the shortcomings of the system should be addressed in a holistic and comprehensive manner. Unnecessary restrictions on access to debt relief and the overlap between the various procedures should be eliminated. Ultimately it is imperative that all debtors, from both the lower income and middle income groups, should be offered equal protection and relief by means of a discharge from debt.

**Keywords:** abuse of process; access to debt relief; administration; advantage of creditors; consumer insolvency; creditor; debt intervention; debtor; debt relief; debt restructuring; debt review; discharge of debt; extinguish; fresh start; friendly sequestration; income restructuring; Insolvency Act; international guidelines; international trends; law reform proposals; National Credit Amendment Bill; National Credit Act; NINA debtors; no income no asset debtors; pre-liquidation composition; rehabilitation; sequestration; SALRC (South African Law Reform Commission); suspension; voluntary surrender; World Bank.

**Trefwoorde:** administrasie; *fresh start*; inkomsteherstrukturering; insolvensie; Insolvensiewet; internasionale riglyne; internasionale tendense; misbruik van proses; Nasionale Kredietwet; National Credit Act; National Credit Amendment Bill; NINA-skuldenaars; *no income no asset*-skuldenaars; opskorting; regshervormingsvoorstelle; rehabilitasie; sekwestrasie; skuldeiser; skuldenaar; skuldher siening; skuldherstrukturering; skuldintervensie; skuldkwytskelding; skuldverligting; SARK (Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie); toegang tot skuldverligting; uitwissing; vars begin; verbruikersinsolvensie; voorlikwidasie-akkoord; voordeel vir skuldeisers; vriendskaplike sekwestrasie; vrywillige boedeloorgawe; Wêreldbank.

## 1. Inleiding

*Botha v Botha* [2017] JOL 38011 (VB) is maar net nog een van vele vriendskaplike-sekwestrasie-aansoeke wat van die hand gewys is omdat die hof van mening was dat dit nie tot voordeel van die skuldeisers sou wees om die skuldenaar se boedel te sekwestreer nie. Volgens die hof was *Botha* 'n tipiese geval waar die skuldenaar eerder die skuldher sieningsproses ingevolge die National Credit Act 34 van 2005 (hierna die Nasionale Kredietwet of Kredietwet) moes ingestel het ten einde 'n hofbevel te bekom ingevolge waarvan sy skuld in paaiemente terugbetaal kon word. Die vraag is egter of skuldher siening 'n werkbare opsie vir die skuldenaar in *Botha* sou gewees het. Soos hier onder aangedui word, maak die skuldher sieningsproses, in teenstelling met rehabilitasie na sekwestrasie ingevolge die Insolvensiewet 24 van 1936, nie vir enige skuldkwytskelding voorsiening nie en moet die skuldenaar alle skuld terugbetaal. Hierdie feit is veral van belang in die lig van internasionale riglyne en tendense wat inhou dat alle eerlike skuldenaars wat as gevolg van teenspoed (soos *in casu*-werkverlies) insolvent geraak het, die geleentheid gebied moet word om 'n skuldkwytskelding en derhalwe skuldverligting en 'n sogenaamde *fresh start* (oftewel 'n vars begin) te bekom (vgl. World Bank 2013, par. 70).

Die doel van hierdie bydrae is om die feite en uitspraak in *Botha* met verwysing na bovermelde internasionale tendense en riglyne te ontleed en te evalueer. Die regsimplikasie van die uitspraak, naamlik dat die huidige verbruikersinsolvensiestelsel 'n skuldkwytskelding bied slegs aan skuldenaars wat voldoende bates het om voordeel te bewys, is van belang. Gevolglik word die regshervormingsvoorstelle wat tans op die tafel is, naamlik die skuldintervensieprosedure (*debt intervention* – sien die National Credit Amendment Bill van 2018 en die gepaardgaande Memorandum on the Objects of the National Credit Amendment Bill, 2018 – hierna die 2018-wetsontwerp en 2018-memorandum) en die voorlikwidasie-akkoordprosedure (sien die SARK (2000) – hierna die 2000-insolvensiewetsontwerp) met verwysing na die feite en uitspraak in *Botha* ook bespreek. Die vraag is of hierdie

voorgestelde skuldverligtingsmaatreëls moontlik 'n oplossing vir die geldelike verknorsing van die skuldenaar in *Bothasou* kon gebied het.

## 2. Agtergrond

Alvorens die feite en uitspraak in *Botha* ontleed en evalueer word, is dit dienstig om eers die regsontwikkeling met betrekking tot vriendskaplike-sekwestrasie-aansoeke oorsigtelik te bespreek.

'n Vriendskaplike sekwestrasie is in werklikheid 'n gedwonge sekwestrasie wat deur 'n familielid of vriend van die skuldenaar aanhangig gemaak word met die doel om die skuldenaar in staat te stel om die skuldverligting te bekom wat die Insolvensiewet bied, naamlik dat alle voorsekwestrasieskuld na rehabilitasie van die insolvent "gedelg" word (sien art. 129(1)(b)).

Vriendskaplike sekwestrasies het in die praktyk ontstaan eerstens omdat die bewyslas met betrekking tot die voordeelvereiste strenger is by vrywillige boedeloorgawe as by gedwonge-sekwestrasie-aansoeke (vgl. die bewoording m.b.t. die voordeelvereiste in artt. 6(1), 10(c) en 12(1)(c)), en tweedens weens die streng formaliteitsvereistes wat ingevolge artikel 4 by aansoeke om vrywillige boedeloorgawe, maar nie by gedwonge-sekwestrasie-aansoeke nie, nagekom moet word (vgl. Smith 1981:59). In die praktyk word vriendskaplike sekwestrasie-aansoeke gewoonlik op 'n daad van insolvensie ingevolge artikel 8(g) gefundeer, naamlik dat die skuldenaar skriftelik aan 'n skuldeiser kennis gegee het dat hy nie in staat is om al of enige van sy skuld te vereffen nie.

Van meet af aan was ons howe se ergernis met vriendskaplike-sekwestrasie-aansoeke duidelik. In *Craggs v Dedekind; Baartman v Baartman; Van Jaarsveld v Roebuck; Van Aardt v Borrett* 1996 1 SA 935 (K) 937 omskryf die hof byvoorbeeld 'n vriendskaplike sekwestrasie soos volg:

Friendly sequestrations seem to share certain characteristics. Although, like pornography, they may be hard to define, they are easy to recognise. The debt which the sequestrating creditor relies upon is almost always a loan. It is usually quite a small loan, very often made in circumstances where it would have been apparent to the whole world that the respondent was in serious financial difficulty. Despite this, the loan is customarily made without security of any sort. It is seldom evidenced by a written agreement, or even subsequently recorded in writing. The only writing that is produced to the Court is the letter stating, with appropriate expressions of dismay that the debt cannot be paid, and, sometimes, for good measure, setting out details of the respondent's assets and liabilities. Very often debtor and creditor are related: fathers commonly sequester sons, wives sequester husbands and sweethearts sequester each other, without, I am sure, any damaging effect on their relationship.

In enkele sake het ons howe 'n meer simpatieke houding jeens vriendskaplike sekwestrasies ingeneem en is beklemtoon dat 'n blote vriendelike motief nie beteken dat die aansoek op samespanning neerkom en derhalwe afgewys moet word nie (vgl. *Yenson and Co v Garlick*

1926 WLD 53, 57; *Beinash and Co v Nathan (Standard Bank of South Africa Ltd Intervening)* 1998 3 SA 540 (W)).

In 'n ongerapporteerde uitspraak van regter Flemming in *Sellwell Shop Interiors v Van der Merwe* 1990-11-16 saaknr. 27527/90 (W) bevraagteken die hof die doelmatigheid van die huidige insolvensiewetgewing en maak die volgende insiggewende opmerking:

[T]he indications from time to time that the creditor is subjectively more driven by concern for the debtor than the object of squeezing out a dividend, has led to some irritation. That should not be allowed to cloud the objective assessment of evidence or the introduction of limitations which unduly forgets the misery of the debtor and his family – and the rubbing off of that consequence on the creditor who happens to be the friendly party. The correct view may indeed be that insolvency legislation has fallen behind the needs of present times and merits reconsideration in so far as it requires advantage to creditors in all cases.

In die meeste vriendskaplike-sekwestrasie-aansoeke het ons howe egter nie veel meegevoel met die skuldenaar en sy geldelike verknorsing gehad nie. Waar dit geblyk het dat 'n vriendskaps- of familieband tussen die applikant en die skuldenaar bestaan, was die howe deurgaans onversetlik in hul benadering dat noukeurig nagegaan moet word of daar inderdaad 'n vooruitsig op voordeel vir skuldeisers is en dat skuldeisers nie benadeel sal word nie (vgl. *Van Rooyen v Van Rooyen (Automutual Investments (EC) (Pty) Ltd, Intervening Creditor* [2000] 2 All SA 485 (SOK) 490; *Lemley v Lemley (ABSA Bank Ltd Intervening)* [2014] JOL 31782 (SOK) 4). Die howe het ook al hoe meer riglyne en bykomende vereistes gestel waaraan by vriendskaplike sekwestrasies voldoen moet word. In 'n ongerapporteerde uitspraak van regter Van Dijkhorst in *Vermeulen v Hubner* (datum onbekend) saaknr. 1165/90 (T) wys hy byvoorbeeld daarop dat applikante by vrywillige boedeloorgawe aan die formaliteitsvereistes van artikel 4 moet voldoen. Hierdie vereistes is hoofsaaklik op die beskerming van skuldeisers gemik. By vriendskaplike sekwestrasies word hierdie vereistes egter oorboord gegooi. Gevolglik beslis die hof dat voortaan in alle vriendskaplike-sekwestrasie-aansoeke aan bepaalde formaliteitsvereistes voldoen moet word, naamlik dat 'n volledige staat van bates en laste, 'n lys van skuldeisers en kennis van die aansoek aan skuldeisers verskaf moet word. In *Sellwell* beslis regter Flemming egter dat die vereistes in *Vermeulen* gestel nie gehandhaaf kan word nie. Volgens hom is 'n hof nie by magte om bykomende voorvereistes te stel nie en is dit die taak van die wetgewer om die wet te wysig indien die regsposisie onbevredigend is. Bykomende voorvereistes sal geregverdig wees slegs waar daar van misbruik van die regsproses sprake is (sien Boraïne en Roestoff 1993:240–3 vir 'n bespreking van die uitsprake in *Sellwell* en *Vermeulen*).

In *Mthimkhulu v Rampersad (BOE Bank Ltd, Intervening Creditor* [2000] 3 All SA 512 (N) 514 wys die hof daarop dat vriendskaplike-sekwestrasie-aansoeke dikwels die gevolg is van 'n dreigende verkoping van die skuldenaar se onroerende eiendom deur die verbandhouer. 'n Dringende aansoek word dan gewoonlik die dag voor die verkoping gebring. Indien die voorlopige bevel toegestaan word, is die eienaardige verskynsel, volgens die hof, dat die skuldenaar wat tot in daardie stadium so mooi saamgewerk het, nie met die hofbevel bedien kan word nie omdat, onder andere, hy betekening ontduik, elders woonagtig of uitstedig met besigheid is. Die gevolg is dat die keerdag herhaaldelik uitgestel word totdat die ware skuldeisers belangstelling verloor en die bevel *nisi* uiteindelik opgehef word. So nie word die voorlopige bevel bekragtig, die vriendskaplike skuldeiser wend geen poging aan om 'n

kurator aangestel te kry of om sy eis te bewys nie, en geeneen van die ander skuldeisers doen enige stappe om eise te bewys nie, omdat hulle bang is dat hulle moontlik vir kontribusie weens die tekort in die vrye oorskot om die sekwestrasiekoste te dek, aanspreeklik gehou kan word.

Om hierdie misbruik van proses te verhoed, het die hof die volgende bykomende vereistes vir vriendskaplike sekwestrasies neergelê (517):

- Bewys van die applikant se *locus standi*. Dit moet duidelik blyk hoe die skuld waarop die applikant steun, ontstaan het.
- Redes moet aangevoer word waarom applikant oor geen sekuriteit vir sy vordering beskik nie. Die hof sal uiteraard skepties staan teenoor 'n onversekerde lening wat gemaak is toe die skuldenaar in 'n geldelike verknorsing verkeer het.
- 'n Volledige lys van die respondent se bates moet ingedien en aanvaarbare getuienis gelewer word op grond waarvan die hof kan vasstel welke prys by 'n gedwonge verkoping na sekwestrasie behaal kan word.
- In geval van onroerende eiendom moet die waardeerder sy kwalifikasies en ondervinding met betrekking tot waardasies bewys.
- In geval van 'n dringende aansoek om 'n eksekusieverkoping te stuit, moet redes aangevoer word waarom die aansoek op die laaste oomblik gebring is. Besonderhede van die skuldenaar se pogings om die bates uit die hand te verkoop, moet ook gegee word.
- Indien daar 'n verbandhouer is, moet kennis van die aansoek aan hom gegee word.
- Waar aansoek gedoen word om die verlenging van 'n voorlopige bevel, moet volledige en aanvaarbare redes, gesteun deur 'n beëdigde verklaring, verskaf word.

Waar die skuldeiser se vordering klein is, het die howe by verskeie geleenthede vereis dat die applikant in 'n vriendskaplike sekwestrasie moet verduidelik waarom sekwestrasie 'n meer gepaste regsmiddel as gedingvoering en eksekusie sou wees (vgl. *De Beer v Coverdale; Els v Rossou* [2015] JOL 34058 (GNP) par. 31 en regspraak in parr. 5–6).

Weens die howe se weerstand teen vriendskaplike-sekwestrasie-aansoeke het skuldenaars hulle weer begin wend tot die vrywillige-boedeloorgawe-proses (Boraine en Roestoff 2014a:354; sien *Botha* par. 11). Die howe het egter volhard met hul proskuldeiserbenadering, en sekwestrasie-aansoeke wat gebring word met die uitsluitlike doel om skuldverligting te bekom, is dikwels as oneerlik en as 'n misbruik van proses gebrandmerk (vgl. *Ex parte Shmukler-Tshiko* [2013] JOL 29999 (GSJ); *Ex parte Arntzen (Nedbank Ltd as intervening creditor)* 2013 1 SA 49 (KZP); *Coverdale*; sien ook Mabe en Evans 2014:651). Die howe se huidige ingesteldheid jeens sekwestrasie-aansoeke wat daarop gemik is om skuldverligting te bekom, blyk uit die volgende opmerking van regter Satchwell in *Shmukler-Tshiko*:

Since 2008 economies of the world have been faltering and, in some cases, stalling and in certain sectors there has been partial or almost total collapse. The South African economy has not been immune from these economic crises. One day in the insolvency Motion Court in the South Gauteng Division of the High Court indicates the extent to which South African consumers and their legal representatives are doing their best to further exacerbate this ... The range of dishonesty and abuse of both the Insolvency Act and the court process has ceased to surprise me since this is

encountered every day in the insolvency Motion Court. However, it is worth reminding consumers and bankers, creditors and debtors, legal representatives and the courts of the lengths to which individuals can and will go in order to evade the personal consequences of their indebtedness and to pass on such burdens to their creditors including shareholders, taxpayers and the general South African economy.

### 3. Feite en uitspraak

Ten aanvang meld regter Daffue dat die saak 'n tipiese vriendskaplike-sekwestrasie-aansoek is waar een familielid (die applikant en vader van die respondent) sy uiterste bes probeer om 'n ander familielid (die respondent) uit die kake van laasgenoemde se skuldeisers te red (parr. 1, 2).

In Desember 2015, kort nadat die respondent sy betrekking as bedryfsbestuurder verloor het en in welke hoedanigheid hy R40 000 per maand verdien het, het die applikant R60 000 aan die respondent geleen. In Januarie 2016 het die respondent 'n nuwe diensbetrekking verkry, maar sy aanvanklike salaris van R22 000 per maand is vanaf 1 Oktober 2016 na R15 000 per maand verminder (par. 16). Die respondent was dus duidelik in 'n geldelike verknorsing en het, ten einde die skuldverligting te bekom wat die sekwestrasieproses bied, die gebruikelike brief, met die strekking dat hy nie in staat is om sy skuld te vereffen nie, aan sy vader geskryf. 'n Daad van insolvensie ingevolge artikel 8(g) is dus begaan en ten einde die respondent uit sy geldelike verknorsing te help, het die applikant, op sterkte van die geldlening aan sy seun, om die gedwonge sekwestrasie van sy seun se boedel aansoek gedoen (par. 17).

Ingevolge die funderende eedsverklaring was die enigste bates in die respondent se boedel 'n woonhuis in Ladybrand en 'n voertuig, onderskeidelik teen R1 100 000 en R219 980 gewaardeer. Die waarde in geval van 'n gedwonge verkoping van die woonhuis en die voertuig is onderskeidelik op R850 000 en R153 986 geraam. Die inventaris wat die balju ingevolge artikel 19 van die Insolvensiewet opgestel het, het na vermelde twee bates asook na 'n vierwielmotorfiets ter waarde van R10 000 verwys. Geen waardasie is egter vir die vierwielmotorfiets bekom nie en daar was geen getuienis dat dit in 'n werkende toestand was nie (par. 15).

Ten einde te bewys dat sekwestrasie tot voordeel van skuldeisers sal wees, het die applikant bereken dat 'n dividend van 30 sent in die rand vir konkurrente skuldeisers beskikbaar sou wees nadat vir die beredderingskoste ten bedrae van R30 000 voorsiening gemaak is (par. 23).

'n Voorlopige sekwestrasiebevel is op 29 September 2016 met 'n keerdatum van 17 November 2016 verleen. Op 17 November 2016 is die saak voor regter Daffue gebring met 'n versoek vir die verlening van 'n finale sekwestrasiebevel (par. 3). Die aansoek is egter van die hand gewys en die bevel *nisi* tersyde gestel (par. 4).



#### 4. Redes vir die uitspraak

Volgens regter Daffue is die saak 'n kenmerkende voorbeeld van die foutiewe, onware en/of onbetroubare getuienis wat dikwels in vriendskaplike-sekwestrasie-aansoeke verskaf word (par. 1).

Regter Daffue verwys ten aanvang na die bepalings van artikel 12 van die Insolvensiewet wat met finale sekwestrasie of die afwysing van 'n versoek om sekwestrasie handel (par. 5). Ingevolge artikel 12(1)(c) kan die hof die skuldenaar se boedel sekwestreer indien die hof oortuig is dat “daar rede bestaan om aan te neem dat dit tot voordeel van die skuldeisers van die skuldenaar sal strek as sy boedel gesekwestreer word”.

Die regter wys daarop dat selfs indien aan al drie die vereistes van artikel 12(1) voldoen is, die hof steeds 'n diskresie het wat ten gunste van of teen die applikant uitgeoefen mag word. In geval van vriendskaplike sekwestrasies word dikwels aanvaar dat die respondent duidelik insolvent is en/of 'n daad van insolvensie, gewoonlik ingevolge artikel 8(g) van die Insolvensiewet, begaan het. Regter Daffue wys daarop dat die howe meestal die applikant se weergawe, naamlik dat hy inderdaad 'n skuldeiser van die respondent is, aanvaar. Verskeie howe het egter in die verlede hul afkeuring van sodanige blote bewering uitgespreek indien daar geen daadwerklike bewys was dat die lening inderdaad toegestaan is nie (par. 6). Regter Daffue bevraagteken die applikant se bewering, maar gee hom tog die voordeel van die twyfel (par. 6). Die hof aanvaar gevolglik dat aan die eerste twee vereistes van artikel 12 voldoen is, naamlik dat die applikant 'n vordering teen die skuldenaar bewys het (art. 12(1)(a)) en dat hy insolvent is of 'n daad van insolvensie begaan het (art. 12(1)(b); par. 9).

Die hof wys egter daarop dat daar dikwels nie aan die derde en belangrikste vereiste, naamlik voordeel vir skuldeisers, voldoen word nie. Boonop is die Meester van die Hooggeregshof se verslag ingevolge artikel 9(4) van die Insolvensiewet meestal nie van enige nut nie (par. 7). Volgens regter Daffue behoort van die Meester verwag te word om die howe in alle sekwestrasie-aansoeke, veral vriendskaplike-sekwestrasie-aansoeke, by te staan (par. 8).

Artikel 9(4) vereis dat die applikant, alvorens hy sy kennisgewing van mosie aan die hof voorlê, eers 'n afskrif daarvan, asook van die toepaslike beëdigde verklaring(s), by die Meester moet indien. Die Meester *kan* dan “aan die hof verslag doen van alle feite wat hy te wete gekom het wat volgens sy opvatting die hof sou regverdig om die verhoor uit te stel of die versoek af te wys”. Alhoewel die woord “*kan*” volgens die hof nie op 'n dwingende bepaling dui nie, wys regter Daffue daarop dat ons howe nog altyd, voor verlening van die finale bevel, op 'n verslag aangedring het (par. 8). Artikel 4(4), wat met vrywillige boedeloorgawe handel, verleen verder die bevoegdheid aan die Meester om die applikant te gelas om van sy bates deur 'n geswore waardeerder te laat waardeer, en alhoewel artikel 4 swyg oor 'n verslag, is dit gebruikelik om by vrywillige-boedeloorgawe-aansoeke 'n verslag in te dien (par. 8). Volgens die hof is die Meester vertrouwd met wat die beredderingskoste van insolvente boedels behels en die regter beskou artikel 9(4) derhalwe as 'n bepaling wat 'n verpligting oplê (sien par. 34). Die hof verduidelik (par. 7):

It is time that the allegations of applicants in friendly sequestrations and voluntary surrender applications are considered carefully, specifically in respect of the calculations to show what dividends might be paid to concurrent creditors. The personnel of the Master's office are *au fait* with administration and sequestration costs

as they on a daily basis have to consider liquidation and distribution accounts in insolvent estates presented to them for approval. They know what fees may be charged by trustees of insolvent estates, what the standard costs of auctioneers are, how Master's fees and premiums on security bonds are calculated and generally, what are the costs of advertising, bank costs, sequestration costs and other expenses.

Regter Daffue verwys vervolgens na een van sy eie vorige uitsprake (*Ex parte Snooke* 2014 5 SA 426 (VB) par. 25) waar hy na Bertelsmann e.a. (2008:64) se standpunt verwys, naamlik dat dit 'n leemte in ons huidige wetgewing is dat daar geen voorsiening vir regterlike oorsig oor die daadwerklike gevolge van die uiteindelijke tegeldemaking van die bates van die insolvente boedel is nie. Regters word nie ingelig of die dividend wat aan skuldeisers voorgehou is, inderdaad gerealiseer het nie. In *Snooke* wys regter Daffue op 'n besluit wat hy voorheen geneem het om in alle rehabilitasie-aansoeke die toepaslike sekwestrasie- of vrywillige-boedeloorgawe-aansoeke na te gaan en sodoende eerstehandse kennis van die bewerings onder eed te verkry. Volgens die hof (in *Snooke*) is die bewerings met betrekking tot die voordeelvereiste in vriendskaplike sekwestrasies en vrywillige boedeloorgawes meestal onwaar en is sekwestrasie in die meerderheid van gevalle dus nie tot voordeel van skuldeisers nie. Dit blyk ook, volgens die hof in *Snooke*, uit die ondersoek wat meer as drie dekades gelede in die Meesterskantoor te Pretoria gedoen is (SARK 1989; *Hillhouse v Stott; Freban Investments (Pty) Ltd v Itzkin; Botha v Botha* 1990 4 SA 580 (W)). Uit hierdie ondersoek het dit geblyk dat konkurrente skuldeisers slegs in 28,6% van die gevalle wat by die ondersoek ingesluit is, dividende ontvang het, terwyl skuldeisers in 40,6% van die gevalle vir kontribusie aanspreeklik gehou is. Volgens regter Daffue is daar geen rede om te glo dat die posisie in die Vrystaat opmerklik anders sal wees nie (par. 10).

Regter Daffue verwys vervolgens na een van sy eie vorige ongerapporteerde uitsprake (*Ex parte Lorraine Jordaan* 2014-03-27 saaknr. 386/2014 (VB)) waarin die applikante se aansoeke om vrywillige boedeloorgawe in vier afsonderlike sake van die hand gewys is. In *Jordaan* het regter Daffue met die sogenaamde misbruik van proses gehandel deur omvattend na sy eie uitspraak in *Ex parte Cloete* (2013) JDR 0854 (VB) te verwys. In *Botha* beskou hy dit as gepas om weer paragrawe 9 tot 21 van die *Cloete*-uitspraak aan te haal. Alhoewel die vereistes vir vrywillige en gedwonge sekwestrasie verskil, is die beginsels en waarnemings van die howe wat in vermeldde aanhaling uiteengesit is, volgens hom *mutatis mutandis* op beide hierdie prosesse van toepassing (par. 12). In breë trekke behels dit die volgende (sien *Botha* par. 11 vir die aanhaling uit *Cloete*):

- 'n Volledige en openhartige openbaarmaking van inligting aan die hof word vereis en applikante moet minstens aan die riglyne soos uiteengesit in *Mthimkhulu* voldoen (*Cloete* parr. 9, 16, 21).
- Die hoofdoelwit van die Insolvensiewet is om voordeel vir skuldeisers te bewerkstellig en nie om skuldverligting te verleen aan skuldenaars wat deur hul skuldeisers geteister word nie (*Cloete* par. 10). Ons howe moet waak teen die verwaarlosing van skuldeisers se belange (*Cloete* par. 17).
- In die meeste van die sekwestrasie-aansoeke wat in die onlangse verlede gebring is met die doel om skuldverligting te bekom, was daar nie voldoende bates om die voordeel vir skuldeisers te bewys nie. Die waardasies van die bates is dikwels te betwyfel, of die koste met betrekking tot die tegeldemaking en verdeling van die insolvente boedel is foutief bereken, wat uiteindelik 'n verkeerde prentjie skilder van



die uiteindelijke dividend wat vir konkurrente skuldeisers beskikbaar sal wees (*Cloete* parr. 11, 12).

- Die hof moet waak teen die misbruik van proses. Die belange van skuldeisers, veral dié van konkurrente skuldeisers vir wie dit nie sinvol is om by regsgeginge betrokke te raak waar die koste meer as die bedrag van hul eise sal bedra nie, moet beskerm word (*Cloete* par. 13).
- Waardasies van onroerende eiendom moet nie net 'n blote bewering van die waarde wees nie, en die waarde wat in geval van 'n gedwonge verkoping behaal sal word, moet in ag geneem word. Die hof is nie net 'n rubberstempel vir die deskundige se mening nie, en 'n volledige verduideliking moet verskaf word. Getuienis van die feite waarop die deskundige vir sy mening steun, asook die redes daarvoor, moet voor die hof geplaas word. Die onafhanklikheid van die deskundige is belangrik. Ten einde enige agterdog uit die weg te ruim, behoort waardeerders onder eed te bevestig dat hulle die waardasies voorberei het sonder enige kennis van die feite van die toepaslike aansoek, veral die waarde wat die bates na tegeldemaking moet behaal om voordeel vir skuldeisers daar te stel. Foto's van die onroerende eiendom en die roerende bates van die insolvente boedel, asook 'n gedetailleerde beskrywing van die fisiese toestand van die bates en die effek wat dit op die waarde sal hê, moet verskaf word om sodoende bewys van die fisiese inspeksie van die eiendom daar te stel (*Cloete* parr. 15, 18, 19, 20).

Met verwysing na *Ex parte Erasmus* 2015 1 SA 540 (GP), beklemtoon regter Daffue weer eens die belang daarvan dat die waardeerder die betrokke bates persoonlik moet inspekteer om sodoende 'n onafhanklike bevestiging dat die bates inderdaad bestaan, daar te stel (par. 13).

Laastens, alvorens die hof na die feite voor hande terugkeer, waarsku die hof, met verwysing na *Ex parte Concato* 2016 3 SA 549 (WKK), weer teen die misbruik van proses en die gepaardgaande ondermyning van die belange van skuldeisers in vriendskaplike en vrywilligsekwestrasië-aansoeke. Regter Daffue verwys na die volgende kommentaar deur die hof in *Concato* (par. 38) wat volgens hom ook vir vriendskaplike sekwestrasië geld (par. 14):

In these circumstances it seems to be that the interests served by such voluntary-surrender orders are those of professional persons involved, namely the attorneys, the valuator and the trustee, besides, of course, those of the insolvent him- or herself.

Regter Daffue se ergernis met die valsheid van vriendskaplike sekwestrasië-aansoeke is duidelik. Die hof bevraagteken die applikant se optrede om betaling van die lening terug te eis op 'n tydstip toe die respondent in 'n ernstiger geldelike verknorsing verkeer het as 'n jaar vantevore. Volgens die hof sou mens verwag dat die teenoorgestelde moet gebeur. Die hof verduidelik (par. 17):

A father who is prepared to lend money to his son when he is in serious financial trouble would rather write off the debt instead of claiming it when his son is finding himself in such dire financial straits. However, and notwithstanding this comment, the Insolvency Act provides for such measures to be taken. This kind of action is all too frequently experienced in friendly sequestrations.

Met verwysing na die funderende eedsverklaring en die inventaris van die balju wat die tersaaklike bates asook die waardasies daarvan vermeld (par. 15), asook die applikant se berekeninge om voordeel vir skuldeisers te bewys (parr. 25 e.v.), meld die hof dat daar verskeie probleme en/of foute uit die stukke blyk (par. 15).

Wat betref die waardasies van die onroerende eiendom en voertuig, wys die hof daarop dat die besigheidperseel van die waardeerder en die dorp waar die bates geleë is, 'n wesentlike afstand uitmekaar is (par. 18). Volgens die hof is dit onaanvaarbaar dat die applikant nie die dienste van 'n waardeerder of eiendomsagent wat in Ladybrand woon en as sodanig daar besigheid bedryf, bekom het nie. Die hof herhaal sy standpunt dat dit nie 'n rubberstempel vir 'n deskundige se mening is nie. Volgens regter Daffue is daar buitendien glad nie eers sprake van 'n deskundige mening nie (par. 22).

Oorspronklike waardasieverslae en foto's en/of gesertifiseerde afskrifte van die ondersteunende dokumente is nie aan die hof verskaf nie. Bevestigende beëdigde verklarings van die waardeerders is ook nie by die stukke aangeheg nie. Volgens die hof is hierdie getuienis dus streng gesproke ontoelaatbaar (par. 18).

Alhoewel die waardeerder blykbaar die motorvoertuig geïnspekteer het, het hy nie die onroerende eiendom geïnspekteer nie, ten spyte van die feit dat die waardasies na bewering op dieselfde datum (14 September 2016) gedoen is (par. 19). Die waardasieverslae dui nietemin aan dat “the property is overall in a very good condition”. Volgens regter Daffue is dit onverstaanbaar dat 'n deskundige in die betrokke omstandighede so 'n opmerking kan maak (par. 19).

Alhoewel die waardeerder die markwaarde van die onroerende eiendom probeer bepaal het deur na twee vergelykbare eiendomme in Ladybrand te verwys, is dit betekenisloos omdat daar geen aanduiding is dat hy inderdaad die twee eiendomme geïnspekteer het nie (par. 20). Regter Daffue kom dus tot die gevolgtrekking dat die waardasies inderwaarheid 'n nuttelose oefening was en dat geen waarde aan enige van die twee waardasies geheg kan word nie. Vir doeleindes van sy eie berekeninge aanvaar die hof geriefshalwe egter die waardeerder se waardasies in geval van 'n moontlike gedwonge verkoping. Die hof wys daarop dat daar geen twyfel kan wees dat die tegeldemaking van bates gedurende insolvensieverrigtinge binne die omskrywing van gedwonge verkopings val nie (par. 21):

The trustee must liquidate as soon as possible and does not have the luxury of keeping property in the market for three to six months and making use of several estate agents who are all of them too willing to advertise the property to the best of their ability.

Die hof wys daarop dat groot foute begaan is met die berekeninge van die dividend op 'n bedrag van 30 sent in die rand. Volgens die hof is dit egter nie van belang of dit opsetlik, nalatig of weens onbekwaamheid gebeur het nie (par. 25). Daar word op gewys dat die applikant in sy berekeninge waarskynlik aanvaar het dat die onroerende eiendom 'n opbrengs van R1,1 miljoen sou lewer. Hiervan sou R950 000 afgetrek word as synde die bedrag wat aan Standard Bank, die verbandhouer, verskuldig was, wat 'n balans van R150 000 sou laat. Sodra die administrasiekoste ten bedrae van R30 000 afgetrek word, sou 'n balans van R120 000 vir verdeling onder die konkurrente skuldeisers met totale vorderings van R403 520 beskikbaar wees. Die regter toon aan dat hy op grond van hierdie aannames by 'n dividend van 29,7% uitgekome het (par. 24).

Alvorens die regter met sy eie berekeninge voortgaan, meen hy dat dit gepas is om te meld dat die bedrae verskuldig aan die respondent se kommersiële skuldeisers in afgeronde bedrae verskaf word, onder andere: R405 000 verskuldig aan Wesbank (vir die motorvoertuig), R70 000 aan Standard Bank vir 'n oortrokke rekening, R55 000 aan Standard Bank vir 'n persoonlike lening, R25 000 aan Absa op 'n kredietkaartrekening en R950 000 aan Standard Bank op die verband. Daar is geen aanduiding wanneer hierdie afgeronde bedrae, insluitende die rente tot op datum van die funderende eedsverklaring, bekom is nie en dit is hoogs onwaarskynlik dat hierdie bedrae onlangse en/of wesenlik korrekte bedrae is. Die hof wys daarop dat die maandelikse paaielement op 'n lening van R950 000, gebaseer op 'n rentekoers van 10%, ongeveer R7 900 per maand bedra. In ag genome die respondent se finansiële probleme oor die afgelope jaar is dit volgens die hof onwaarskynlik dat hy in staat sou gewees het om die paaielemente soos hulle verskuldig word, te betaal.

Die foutiewe berekening van die dividend is volgens die hof eerstens geleë in die feit dat die applikant nie in ag geneem het dat die vordering ten bedrae van R5 554 met betrekking tot munisipale skuld (die sg. *rates and taxes*) op die onroerende eiendom, en die vordering van R2 500 met betrekking tot “salaris”, preferente eise is wat by uitbetaling voorkeur bo die vorderings van konkurrente skuldeisers moet geniet nie (parr. 23, 27).

Verder is ook nie in ag geneem dat 'n deel van die versekerde skuldeisers (Standard Bank en Wesbank) se vorderings konkurrent sou wees omdat die opbrengs van die betrokke beswaarde bates (berekende teen die waarde wat in gedwonge verkopings behaal sal word) onvoldoende sou wees om die volle uitstaande vorderings te delg nie (par. 27). Die opbrengs van die woonhuis sou byvoorbeeld (indien die waarde in geval van 'n gedwonge verkoping van R850 000 toegepas sou word) minus die toegelate kuratorsfooie (teen 3% plus 14% BTW – R29 070) en afslaaerskommissie (6% plus 14% BTW – R58 140) die verbandhouer met 'n tekort van R187 210 op sy vordering van R950 000 laat. Die bedrag van R187 210 sou dus konkurrent wees tensy die verbandhouer bereid sou wees om slegs op sy sekuriteit te steun (par. 28).

Die applikant se berekeninge dat 'n dividend van 30 sent in die rand beskikbaar sal wees, is op reël 9.4.1 van die Vrystaatse Praktykshandleiding gefundeer ingevolge waarvan alle aansoeke vir voorlopige sekwestrasie en vrywillige boedeloorgawe “will be approached by this Court on the basis that the cost of sequestration and administration will amount to R30 000” (par. 23). Die hof wys egter daarop dat hierdie bedrag betaalbaar is uit die vrye oorskot, naamlik die opbrengs van die onbeswaarde bates (par. 29). Dit sluit dus nie afslaaerskommissie en kuratorsfooie, wat ongeveer R100 000 bedra, in (wat uit die opbrengs van die beswaarde bates betaal moes word) en wat die applikant glad nie in sy berekeninge in ag geneem het nie (parr. 28, 29).

Na aanleiding van sy eie berekeninge (wat kostes soos die Meestersfooie, die koste om sekuriteit te verskaf, advertensiekoste, bankkoste en ander kleiner uitgawes uitsluit) kom regter Daffue tot die gevolgtrekking dat daar geen dividend vir konkurrente skuldeisers beskikbaar sal wees nie en dat enige skuldeiser wat 'n vordering teen die insolvente boedel bewys, vir kontribusie met betrekking tot die sekwestrasie- en administrasiekoste aanspreeklik sal wees (parr. 28, 29).

Volgens die hof is hierdie geval 'n tipiese geval waar die skuldenaar eerder sy onroerende eiendom uit die hand moes verkoop het om die verbandhouer se vordering te delg, en indien

dit nie moontlik was nie, om 'n reëling met die verbandhouer te tref om die eiendom namens hom te verkoop. Dieselfde geld ook die motorvoertuig wat vrywillig aan die versekerde skuldeiser oorhandig moes word. Die hof doen aan die hand dat “[t]he expensive machinery of the Insolvency Act should not be applied in friendly sequestrations where it is clear that concurrent creditors will not receive any dividends at all, or at best an insignificant dividend” (par. 30).

Die hof wys daarop dat die Kredietwet ingevoer is om skuldenaars wat oorverskuldig is, of aan wie roekelose krediet toegestaan is, tegemoet te kom. Volgens die hof is die onderhawige aansoek 'n tipiese geval waar die skuldenaar die skuldher sieningsproses moes gebruik het om 'n herstrukturierungsbevel te bekom ingevolge waarvan sy skuld oor 'n verlengde tydperk in paaiemente terugbetaal sou word. Sodoende kon die skuldenaar moontlik besit van sy motorvoertuig en woonhuis behou het (par. 31).

Volgens regter Daffue is die doel van die Insolvensiewet egter om voordeel vir skuldeisers te bekom en nie om skuldenaars wat in 'n geldelike verknorsing verkeer, tegemoet te kom nie. Hy merk soos volg op (par. 32):

Although I am not immune to the hardship and emotional stress caused to debtors due to financial difficulties, especially in the present uncertain times, I am more so mindful of the fact that our insolvency law should not be applied to the extent that the rights of debtors take precedence over creditors' and especially concurrent creditors' rights. In most insolvency matters concurrent creditors suffer severely in so far as they often do not even lodge claims and rather opt to write off their claims. This is not [what] was intended by the Legislature when the Insolvency Act was promulgated.

Die hof kom tot die gevolgtrekking dat die applikant nie bewys het dat daar rede is om te aanvaar dat daar voordeel vir skuldeisers – veral vir die konkurrente skuldeisers – sal wees indien die respondent se boedel gesekwestreer word nie. Die aansoek word gevolglik van die hand gewys en die bevel *nisi* tersyde gestel (par. 33).

Laastens word die griffier aangesê om 'n afskrif van die beslissing na die Meesterskantoor van die Vrystaatse Hooggeregshof te versend en laasgenoemde se aandag op die hof se beslissing met betrekking tot artikel 9(4) en die Meester se verpligting ingevolge daarvan te vestig (par. 34).

## 5. Ontleding en evaluasie van die uitspraak

### 5.1 Voordeel vir skuldeisers

Die uitspraak in *Botha* is 'n goeie voorbeeld van ons howe se streng toepassing van die voordeelvereiste in gevalle waar die sekwestrasie-aansoek gebring word met die uitsluitlike doel om die skuldverligting ingevolge die wet te bekom. Dit blyk onder andere uit die groot aantal vereistes en riglyne wat die hof met betrekking tot die waardasie van die bates van 'n insolvente boedel neergelê het, asook die klem wat geplaas word op die noukeurige en korrekte berekening van die dividend wat uiteindelik vir konkurrente skuldeisers beskikbaar sal wees.

Alhoewel die vraag na die korrekte berekening van die dividend nie 'n fokuspunt van die onderhawige bespreking is nie, is dit tog gepas om kommentaar te lewer op een van die hof se opmerkings hieroor. Volgens regter Daffue is die munisipale skuld ten bedrae van R5 554 (die sg. *rates and taxes*) met betrekking tot die onroerende eiendom en die vordering van R2 500 met betrekking tot "salaris" preferent en moet dit dus by uitbetaling voorkeur bo die vorderings van konkurrente skuldeisers geniet (par. 27).

Dit is inderdaad so dat munisipaliteite 'n voorkeurposisie in geval van sekwestrasie van 'n grondbelastingbetaler se boedel geniet (Bertelsmann e.a. 2008:495). Die rede is dat die oordrag van onroerende eiendom uit 'n insolvente boedel moontlik is slegs indien die betrokke munisipaliteit 'n klaringsertifikaat uitreik wat sertifiseer dat alle bedrae wat in verband met die betrokke eiendom gedurende die twee jaar voor datum van aansoek vir die sertifikaat verskuldig geraak het vir munisipale fooie, belasting, heffings en verpligtinge, ten volle betaal is (sien art. 118(1) van die Wet op Plaaslike Regering: Munisipale Stelsels 32 van 2000).

Indien die agterstallige munisipale skuld in *Botha* as periodieke belasting met betrekking tot onroerende goed soos omskryf in artikel 89(5) van die Insolvensiewet kwalifiseer, sal dit ingevolge artikel 89(1) 'n preferente vordering daarstel in soverre dit as deel van die koste van tegeldemaking van die betrokke beswaarde bate (die onroerende eiendom) eerste uit die opbrengs van die bate betaal sal word. Die bedrag wat preferent is, is egter ingevolge artikel 89(1) gelees met artikel 89(4) beperk tot agterstallige belasting vir die twee jaar onmiddellik voor sekwestrasie plus rente en boetes daarop tot en met datum van die oordrag van die onroerende eiendom uit die insolvente boedel (sien art. 118(2) van die Wet op Plaaslike Regering ingevolge waarvan art. 118, in geval van oordrag van eiendom deur 'n kurator van 'n insolvente boedel, aan art. 89 van die Insolvensiewet onderworpe is).

Indien die munisipale skuld in *Botha* egter nie binne die omskrywing van *belasting* ingevolge artikel 89(5) val nie, sal artikel 118(3) van toepassing wees ingevolge waarvan die verskuldigde bedrae 'n onbeperkte preferente eis teen die betrokke onroerende eiendom sal daarstel wat 'n preferente reg bo dié van bestaande verbandhouders verleen. Hierdie bedrae sal steeds deel van die artikel 89(1)-tegeldemakingskoste vorm en moet dus steeds deur die kurator betaal word (sien Bertelsmann e.a. 2008:497 e.v. en regspraak aldaar).

Om terug te keer na die feite in *Botha*: Daar kan met regter Daffue saamgestem word dat salarisse van voormalige werknemers ingevolge artikel 98A van die Insolvensiewet statutêr preferent is en gevolglik by betaling uit die opbrengs van die onbeswaarde bates (d.w.s. die *vrye oorskot*) voorkeur bo die vorderings van konkurrente skuldeisers geniet. Dit is nietemin belangrik om daarop te let dat die bedrae verskuldig aan die munisipaliteit nie, soos regter Daffue opmerk, 'n preferente eis met betrekking tot die opbrengs van die onbeswaarde bates verleen en dus voor die konkurrente skuldeisers uitbetaal sal word nie; dit is deel van die koste van tegeldemaking van die betrokke beswaarde bate wat 'n preferente reg met betrekking tot die opbrengs van die beswaarde bate sal verleen. Die koste vir tegeldemaking van enige beswaarde bate kan onder geen omstandighede uit die vrye oorskot betaal word nie en moet uit die opbrengs van die betrokke beswaarde bate betaal word (art. 89(1); Bertelsmann e.a. 2008:494).

'n Nuwe struikelblok vir skuldenaars wat hoop om die sekwestrasieproses as skuldverligtingsmaatreël te benut, is regter Daffue se verwysing na die Meester se verpligting



(soos die hof dit sien – vgl. *Botha* par. 34) ingevolge artikel 9(4) van die Insolvensiewet om aan die hof verslag te doen oor sy mening met betrekking tot die nakoming van die voordeelvereiste. Die hof gaan selfs so ver om die griffier aan te sê om ’n afskrif van die beslissing na die Meesterskantoor te versend en sy aandag op die hof se beslissing met betrekking tot artikel 9(4) te vestig (par. 34).

’n Verdere nuwe hindernis is regter Daffue se standpunt dat daar ’n leemte in ons stelsel is in soverre geen voorsiening gemaak word vir regterlike oorsig met betrekking tot die uiteindelijke gevolge van die tegeldemaking van die bates na verlening van die sekwestrasiebevel nie. Regter Daffue verwys na sy eie vorige beslissing in *Snooke* waar hy sy benadering om in alle rehabilitasie-aansoeke die betrokke sekwestrasie-aansoek na te gaan, verduidelik. Volgens hom stel dit die hof in staat om eerstehandse kennis van die bewerings met betrekking tot die voordeelvereiste te verkry en sodoende ’n oordeel te vel oor in watter mate uiteindelik wel aan die hierdie vereiste voldoen is. ’n Belangrike implikasie van die beslissing in *Snooke* (en dus ook *Botha*) is dat die voordeelvereiste nie net meer ’n struikelblok vir skuldenaars is wat om sekwestrasie aansoek wil doen nie, maar ook vir diegene wat hul hoop daarin vestig om voor die tien-jaar outomatiese rehabilitasietydperk te rehabiliteer (vgl. *Ex parte Purdon* 2014 JDR 0115 (GNP); Roestoff 2018:315).

Regter Daffue (par. 10) se waarneming dat sekwestrasie meestal nie tot voordeel van skuldeisers strek nie, is nie verbasend nie. Dit is ook die regsposisie in ander stelsels. Spooner (2017:390) wys daarop dat verbruikersinsolvensie wêreldwyd deesdae sogenaamde *no-asset*-verrigtinge is. Hy verduidelik soos volg:

There is simply nothing left to collect in any bankruptcies bar a small unrepresentative minority of high-value cases. Personal insolvency law may once have operated alongside corporate insolvency law as a commercial law designed to recover returns to investors from failed business debtors. It now operates, however, as social welfare law or “law of hardship”.

In teenstelling met die posisie in Suid-Afrika, waar die hoofdoelwit van die Insolvensiewet is om vir ’n kollektiewe invorderingsprosedure voorsiening te maak en die maksimum voordeel vir skuldeisers te bekom (Bertelsmann e.a. 2008:2–3), is die wêreldwye tendens om eerder voorkeur te verleen aan die skuldverligtingsdoelwit van verbruikersinsolvensie en die gepaardgaande sosialeversekeringsfunksie daarvan (vgl. Spooner 2017:390; Landry en Reid 2015:53). Die bewys van genoegsame bates om ’n finansiële voordeel vir skuldeisers daar te stel, is derhalwe nie ’n voorvereiste vir toegang tot insolvensieverrigtinge in ander verbruikersinsolvensiestelsels nie (sien Roestoff 2016a:605 e.v. vir ’n bespreking van die Anglo-Amerikaanse en Europese benaderings m.b.t. verbruikersinsolvensie en skuldverligting). Landry en Reid (2015:59) verduidelik die onderliggende filosofie van die Amerikaanse verbruikersinsolvensiereg (die sg. *fresh start*-beleid) soos volg:

[T]he fresh start provides powerful economic relief to qualifying overburdened debtors and can serve as the ultimate safety net. When an individual debtor can no longer meet financial obligations, due to health problems or economic downturns, among other reasons, bankruptcy’s fresh start policy provides broad protections to debtors who may not otherwise find relief – thus essentially remaining imprisoned to creditors – and may unnecessarily rely on welfare programs.

Volgens regter Daffue is die onderhawige saak 'n tipiese geval waar die skuldenaar, in plaas daarvan om hom tot die sekwestrasieproses te wend, eerder die motorvoertuig aan die versekerde skuldeiser moes afgestaan het en sy onroerende eiendom uit die hand verkoop het of 'n reëling met die verbandhouer getref het om dit namens hom te verkoop om sodoende die verbandhouer se vordering te delg (par. 30). Hierdie stappe sou egter nie 'n oplossing vir die skuldenaar se geldelike verknorsing bied nie en is duidelik daarop gemik om die maksimum voordeel vir skuldeisers daar te stel. Regter Daffue wys daarop dat dit nie gepas is om die duur sekwestrasieproses te implementeer waar daar duidelik nie voldoende bates is om minstens die sekwestrasiekoste te dek nie (par. 30). Dit is egter belangrik om te besef dat die proses gebruik word, of soos regter Daffue dit sien, misbruik word, omdat daar tans geen alternatiewe prosesse is wat skuldenaars in staat stel om 'n skuldkwytskelding en -verligting te bekom nie. Rehabilitasie na sekwestrasie ingevolge die Insolvensiewet is tans die enigste Suid-Afrikaanse proses wat skuldenaars in staat stel om 'n skuldkwytskelding en derhalwe effektiewe skuldverligting te bekom. Die proses van skuldherstrukturering ingevolge die Nasionale Kredietwet, asook administrasie ingevolge die Wet op Landdroshowe 32 van 1944, maak nie vir enige skuldkwytskelding voorsiening nie en die skuldenaar moet alle skuld terugbetaal (vgl. art. 3(g) en (i) van die Kredietwet en art. 74U van die Wet op Landdroshowe).

In die lig van internasionale tendense om die *fresh start*-doelwit van verbruikersinsolvensie en die gepaardgaande sosialeversekeringsfunksie daarvan te beklemtoon, ontstaan die vraag dus of die voordeelvereiste nie dalk uitgedien is nie (vgl. die opmerking van regter Flemming in *Sellwell* en die bespreking hier bo). Volgens Coetzee (2016:36) is die voordeelvereiste eintlik ongrondwetlik, omdat dit die gelykheidswaarborg van die Grondwet skend in soverre dit tussen skuldenaars “met” en skuldenaars “sonder” bates en inkomste (die sg. *no income no asset*- of NINA-skuldenaars) onderskei deur 'n skuldkwytskelding net aan skuldenaars wat oor genoegsame bates beskik om voordeel vir skuldeisers te bewys, te verleen. Volgens Coetzee (2016:54) kom sodanige differensiasie op ongeregverdigde, onbillike diskriminasie op grond van die NINA-skuldenaars se sosio-ekonomiese status neer (vgl. die aanhef tot die 2018-wetsontwerp en die 2018-memorandum, par. 1, wat na Coetzee se standpunt verwys).

In *Botha* bevestig regter Daffue weer eens, soos wat die howe by verskeie geleenthede in die verlede gedoen het (vgl. *Ex parte Ford* 2009 3 SA 376 (WKK); *Shmukler-Tshiko* par. 8; *Arntzen* par. 13.), dat sekwestrasie nie ten doel het om skuldenaars tegemoet te kom nie, maar dat dit 'n proses is wat daargestel is om voordeel vir skuldeisers te bewerkstellig (par. 32). Sedert die inwerkingtreding van die Insolvensiewet meer as 80 jaar gelede is dit steeds die regspisite. Die howe het deurgaans min meegevoel gehad vir skuldenaars wat te goeder trou en weens teenspoed in 'n geldelike verknorsing beland het (vgl. Mabe en Evans 2014:651). 'n Goeie voorbeeld hiervan is die uitspraak van regter Satchwell in *Shmukler-Tshiko* en veral haar opmerking dat sekwestrasie-aansoeke wat daarop gemik is om skuldverligting te bekom, bloot 'n poging deur hierdie skuldenaars is om hul skuldverpligtinge te ontduik en die las op die ekonomie af te wentel (sien die bespreking hier bo). Die teenargument, wat deur internasionaal-erkende beste-praktyke vir verbruikersinsolvensiereg gerugsteun word, is egter dat insolvensiestelsels wat skuldverligting as een van hul hoofdoelwitte nastreef, nie 'n las op die ekonomie plaas nie, maar eerder ekonomiese groei bevorder (World Bank 2013, par. 6; vgl. Boraine en Roestoff 2014b:542).

Rochelle (1996:315) verduidelik dit soos volg:

Improving the citizen's economic lot is a central priority for most national governments. Insolvency laws can have a significant role to play in this work. Were the penalties for failure lowered from their current levels in South Africa, citizens and companies would take more economic risks to succeed. More businesses would start, more jobs would be created, and society as a whole would benefit. Those who fail would not become modern lepers, but instead would receive another chance to be productive for themselves and society.

## 5.2 Alternatiewe vir sekwestrasie en regshervormingsvoorstelle

Soos reeds vermeld, is regter Daffue van mening dat die skuldenaar-respondent, indien hy nie die motorvoertuig vrywillig aan die versekerde skuldeiser wou afstaan en die onroerende eiendom uit die hand verkoop nie, eerder die skuldher sieningsproses ingevolge die Kredietwet moes gebruik het om 'n oplossing vir sy geldelike verknorsing te bekom. Sodoende kon die skuldenaar moontlik 'n skuldherstruktureringsbevel verkry en die onroerende eiendom en motorvoertuig behou het terwyl hy sy skuld oor 'n verlengde tydperk terugbetaal (par. 31).

Een van die uitdruklike oogmerke van die Nasionale Kredietwet is om skuldverligting (art. 3(g)) aan 'n verbruiker wat oorverskuldig is (sien art. 79), te verleen deur hom in staat te stel om kragtens artikel 86(1) by 'n skuldberader om die hersiening van sy skuldverpligtinge ingevolge kredietooreenkomste soos omskryf in die wet (art. 8) aansoek te doen. Sodanige aansoek kan uiteindelik lei tot 'n aansoek by 'n landdroshof om 'n bevel ingevolge waarvan die skuldverpligtinge ooreenkomstig die voorstel van die skuldberader herstruktureer word (art. 86(7)(c) gelees met artt. 86(8)(b) en 87(1)). In die praktyk behels 'n herstrukturering gewoonlik 'n verlenging van die tydperk van die kredietooreenkoms gekoppel aan 'n vermindering van die bedrag van die paaielemente wat ingevolge die ooreenkoms betaalbaar is (art. 86(7)(c)(ii)).

Soos reeds vermeld, maak skuldher siening ingevolge die Kredietwet, in teenstelling met wetgewing wat in ander lande met betrekking tot inkomsteherstruktureringsmaatreëls geld, nie vir enige skuldkwytskelding of maksimum terugbetalingstydperke voorsiening nie (vgl. Roestoff 2016a:605 e.v. vir 'n bespreking van die Anglo-Amerikaanse en die Europese benaderings tot inkomsteherstrukturering en skuldverligting). Die skuldverligting wat deur die skuldher sieningsproses gebied word, streef dus nie werklik die oogmerk om skuldverligting te verleen na nie. Dit behels bloot die moontlikheid van 'n skuldherstrukturering gekoppel aan 'n moratorium op skuldafdwinging ingevolge artikel 88(3) (vgl. Roestoff 2016b:144). Verder, indien die verbruiker te eniger tyd gedurende die terugbetalingstydperk nie aan die bepalings van die herstruktureringsbevel voldoen nie, kan onmiddellik met stappe vir skuldafdwinging voortgegaan word en sal die skuldverligting wat deur die bevel verleen is, onmiddellik tot 'n einde kom (*Ferris v Firstrand Bank Ltd* 2014 3 SA 39 (KH) par. 17). Dit is so omdat die Kredietwet nie vir die tersydestelling of wysiging van 'n herstruktureringsbevel voorsiening maak nie (vgl. Roestoff 2016b:135).

Die wetgewer se versuim om vir 'n skuldkwytskelding en 'n maksimum terugbetalingstermyn voorsiening te maak, en die gevolglike onvermoë van die skuldher sieningsproses om effektiewe skuldverligting aan oorverskuldigde verbruikers te verleen, is al deur verskeie kommentators gekritiseer (vgl. Borraine en Roestoff 2014a:353 e.v. en bronne daar aangehaal). In die meeste gevalle is dit van meet af aan duidelik dat die betrokke

voorgestelde terugbetalingsplan bestem is om te misluk en uiteindelik bloot die verbruiker se oorverskuldigheid sal bestendig (vgl. Roestoff en Coetzee 2012:69; Roestoff 2016b:144). 'n Studie wat in 2012 by 'n groot Suid-Afrikaanse skuldberadersmaatskappy gedoen is, dui daarop dat skuldher siening nie 'n werkbare oplossing vir talle oorverskuldigde verbruikers, veral lae-inkomste-verbruikers, is nie (De Jager en Tillemans 2014:2, 25; World Bank 2015:8). Ook die groot aantal hofsake wat met skuldafdwingingsaksies en beëindiging van die skuldher sieningsproses ingevolge artikel 86(10)) handel, is aanduidend van die onvermoë van die skuldher sieningsproses om effektiewe skuldverligting aan alle oorverskuldigde verbruikers te bied (Roestoff 2016b:144). In teenstelling met ander stelsels, waar 'n sogenaamde zero-plan nie 'n aanvaarbare rede vir die weiering van 'n terugbetalingsplan is nie (sien Roestoff en Coetzee 2017:261 e.v. vir 'n bespreking van die Duitse en Franse verbruikersinsolvensiestelsels) is die posisie in Suid-Afrika tans dat ons howe slegs 'n ekonomies uitvoerbare terugbetalingsplan ingevolge waarvan alle skuld oor 'n verlengde tydperk terugbetaal word, sal goedkeur (*Seyffert v Firstrand Bank Ltd* 2012 6 SA 581 (HHA) parr. 5, 13, 16).

Om terug te keer na die feite in *Botha*, waar die skuldenaar ten tye van sy sekwestrasie-aansoek 'n karige salaris van R15 000 verdien het, maar ongeveer R1,5 miljoen aan sy kommersiële skuldeisers geskuld het: dit is duidelik dat hy waarskynlik nie 'n werkbare terugbetalingsplan op die tafel sou kon plaas nie. Verder, selfs indien hy daarin sou slaag om 'n skuldherstruktureringsbevel te bekom, is dit in die lig van sy swak geldelike posisie onwaarskynlik dat hy met die betaling van die paaielemente sou kon volhou. Soos reeds uitgewys, sou die betrokke skuldeiser dan onmiddellik met stappe vir skuldafdwinging kon voortgaan. Skuldher siening en skuldherstrukturering ingevolge die Kredietwet sou dus duidelik nie 'n werkbare oplossing vir die skuldenaar se geldelike verknorsing bied nie. Ook die administrasieproses ingevolge artikel 74 van die Wet op Landdroshowe sou nie 'n oplossing bied nie, aangesien slegs skuldenaars met 'n maksimum uitstaande skuld van R50 000 die prosedure kan gebruik (sien art. 74(1)(b) gelees met GK R1411 in SK 19435 van 30 Oktober 1998).

Die vraag wat vervolgens beantwoord moet word, is of die nuwe voorgestelde skuldintervensiematreël 'n oplossing vir die skuldenaar in *Botha* se geldelike verknorsing sou kon bied (sien Coetzee 2018 vir 'n evaluasie van die eerste weergawe van die voorgestelde skuldintervensieprosedure). Die oogmerk van die skuldintervensiematreël is om 'n remedie daar te stel vir skuldenaars wat tans uitgesluit is van die skuldverligting wat sekwestrasie, skuldher siening en administrasie bied (d.w.s. die NINA-skuldenaars – vgl. die aanhef tot die 2018-wetsontwerp en die omskrywing van *debt intervention* in klousule 1 van die wetsontwerp en 2018-memorandum par. 1). Klousule 2 van die 2018-wetsontwerp wysig dus artikel 3 van die bestaande wet om vir skuldintervensie as “one of the tools to promote and advance the social and economic welfare of South Africans” voorsiening te maak (vgl. 2018-memorandum par. 3.2). Klousule 13 (wat die nuwe art. 86A in die bestaande Kredietwet voeg) sit die skuldverligting wat skuldintervensie bied, uiteen. Ingevolge die nuwe artikel 86A kan die skuldintervensie-applikant by die Nasionale Kredietreguleerder (NKR) aansoek doen om oorverskuldig verklaar te word mits sy totale onversekerde skuld nie die bedrag van R50 000 oorskry nie (art. 86A(1)). Artikel 86A(6)(d) (gelees met art. 87A(5)(b)(i)) verleen aan die NKR die bevoegdheid om 'n vasstelling te maak of die herstrukturering van die skuld van die applikant binne 'n tydperk van vyf jaar (of sodanige langer tydperk wat voorgeskryf mag word) haalbaar sal wees en indien wel, om 'n aanbeveling aan die Tribunaal vir 'n herstruktureringsbevel ingevolge artikel 87(1A) te maak.

Indien die applikant se inkomste en bates egter onvoldoende is om 'n werkbare herstrukturering binne die vyfjaartydperk (of langer tydperk wat voorgeskryf mag word) daar te stel, kan die NKR 'n aanbeveling aan die Tribunaal maak vir 'n bevel om die opskorting (*suspension*) van die geheel of 'n gedeelte van die skuld vir 'n tydperk van 12 maande. Hierdie tydperk, met inagneming van die faktore in subartikel 3 vermeld, onder andere dat die applikant moontlik gestremd is, of 'n minderjarige of vrou is wat die hoof van 'n huishouding is (art. 87A(3)(a)), mag vir 'n verdere tydperk van 12 maande verleng word (sien art. 86A(6)(e) gelees met artikel 87A(2)(b)(i)). Na verstryking van 'n tydperk van agt maande na elke bevel vir opskorting moet die NKR die finansiële posisie van die applikant hersien (art. 87A(5)(a)) en indien die skuldenaar steeds, na 'n tydperk van 24 maande, nie sy verpligtinge kan nakom nie, mag die Tribunaal 'n bevel vir die uitwissing van die skuld of 'n gedeelte daarvan verleen (art. 87A(5)(c)(ii) – sien klousule 15 wat die nuwe art. 87A invoeg). Uitwissing van skuld (*extinguish* – sien die omskrywing in klousule 1 van die 2018-wetsontwerp) beteken:

(a) the cessation of all rights and obligations inherent to, or resulting from, a credit agreement; and

(b) the cessation of any rights or any rights or obligations that may arise in law, whether statutory or otherwise, because of the cessation contemplated in paragraph (a)

prospectively from the date on which the act of extinguishment becomes effective.

Die aanbeveling na die Tribunaal vir 'n uitwissing van skuld is egter slegs vir 'n tydperk van vier jaar vanaf datum van inwerkingtreding van die toepaslike bepaling (d.w.s. art. 86A(6)(e)) moontlik, tensy die betrokke minister die vierjaartydperk na oorlegpleging met die Nasionale Vergadering verleng (sien art. 86A(12)(b) en (c) en vgl. 2018-memorandum par. 3.13).

Slegs 'n natuurlike persoon, of natuurlike persone met 'n gesamentlike boedel, wat op die datum van die aansoek om skuldintervensie 'n bruto inkomste van hoogstens R7 500 per maand verdien en wat oorverskuldig is (ongegag of dit weens 'n verandering in persoonlike omstandighede of ander omstandighede veroorsaak is) en nie aan 'n sekwestrasie- of administrasiebevel onderworpe is nie, kwalifiseer om vir skuldintervensie aansoek te doen. Versekerde skuld en skuld wat nie uit 'n kredietooreenkoms ingevolge die wet voortspruit nie, word uitgesluit, en slegs 'n verbruiker met onversekerde kredietooreenkoms, onversekerde korttermynkrediettransaksies of onversekerde kredietfasiliteite kwalifiseer gevolglik as 'n skuldintervensie-applikant (vgl. die omskrywing van *debt intervention applicant* in kl. 1).

Die nuwe artikel 88B bepaal dat 'n skuldintervensie-applikant aan wie 'n bevel vir die uitwissing van sy skuld verleen is, by die NKR om die verlening van 'n rehabilitasiebevel deur die Tribunaal aansoek kan doen (art. 88B(1)). Die skuldenaar moet bewys dat hy die koste van die krediet ingevolge artikel 101(1) ten volle of ingevolge 'n skikkingsooreenkoms met sy kredietgewers betaal het (art. 88B(2)). Verder moet hy ook die inligting verskaf wat die minister moontlik kan voorskryf, onder andere dat sy finansiële omstandighede sodanig verbeter het dat hy weer in die kredietmark kan deelneem en dat hy 'n finansiëlegeletterdheidsprogram bygewoon het (art. 88B(3)). 'n Rehabilitasiebevel het tot gevolg dat enige beperkings op die reg van die skuldenaar ingevolge artikel 60 om krediet op te neem vanaf die datum van die bevel opgehef word (art. 88B(8)).



Die skuldverligting wat skuldintervensie bied, behels dus eerstens 'n skuldherstrukturering binne 'n maksimum van vyf jaar of sodanige langer tydperk wat moontlik voorgeskryf kan word. Dit is nie duidelik uit die wetsontwerp wie sodanige langer tydperk mag voorskryf of in welke omstandighede dit voorgeskryf mag word nie. Die vraag is of die NKR dit kan doen indien hy byvoorbeeld van mening is dat 'n skuldherstrukturering oor 'n langer tydperk haalbaar kan wees.

Tweedens, indien die skuldenaar nie oor voldoende bates of inkomste beskik om 'n skuldherstrukturering ingevolge artikel 86A moontlik te maak nie, maak die wetsontwerp vir 'n opskorting van die skuld en 'n uiteindelijke skuldkwytskelding na verstryking van 'n maksimum tydperk van twee jaar voorsiening. In ooreenstemming met die wetgewing wat tans in ander lande van toepassing is, word NINA-skuldenaars derhalwe in staat gestel om 'n "vars begin" te bekom (vgl. Roestoff en Coetzee 2012; Coetzee en Roestoff 2013 en Roestoff en Coetzee 2017 vir 'n bespreking van NINA-prosedures in Engeland, Nieu-Seeland, Frankryk en Duitsland), maar ook 'n sogenaamde *new start* (oftewel nuwe begin) in soverre 'n rehabilitasiebevel ingevolge artikel 88B die skuldenaar in staat stel om weer 'n aktiewe lid van die kredietmark te word en derhalwe ekonomies te rehabiliteer en 'n nuwe begin te maak (vgl. Howell 2014:52; Howard 1987:1062). Hierdie "vars en nuwe begin" is egter slegs vir skuldenaars wat aan die toegangsvereistes vir skuldintervensie voldoen, beskore (sien kl. 2 wat par. (gA) tot art. 3 toevoeg).

Dit is verblydend om te sien dat die bestaande artikel 86 van die Kredietwet, wat met skuldherstrukturering handel, gewysig word om vir 'n bevel wat die maksimum rentekoerse, kostes en fooie ingevolge 'n kredietooreenkoms vir 'n maksimum van vyf jaar tot nul te verklaar, as een van die moontlike herstruktureringsbevele voorsiening te maak (sien kl. 12 en 2018-memorandum par. 3.12). Dit is egter belangrik om daarop te let dat skuldherstrukturering en -herstrukturering ingevolge die bestaande artikels 86 en 87 van die Kredietwet nie gewysig is om, soos in die geval van skuldintervensie, vir 'n skuldherstrukturering binne 'n beperkte tydperk, of indien dit nie haalbaar is nie, vir 'n volledige kwytskelding van skuld en uiteindelik rehabilitasie voorsiening te maak nie. Die doelwit van die Kredietwet is steeds (sien art. 3(g) – my kursivering):

to protect consumers, by addressing and preventing over-indebtedness of consumers, and providing mechanisms for resolving over-indebtedness based on the principle of satisfaction by the consumer of *all* responsible financial obligations.

Dit is duidelik dat die skuldenaar in *Botha* nie vir skuldintervensie sou kwalifiseer nie. Alhoewel hy duidelik oorverskuldig was, het sy totale uitstaande onversekerde skuld die bedrag van R50 000 oorskry (nl. R150 000) en het hy meer as R7 500 per maand verdien. Die anomalie is dus dat NINA-skuldenaars die geleentheid gebied sal word om 'n "vars en nuwe begin" te bekom, maar dat dit nie beskore is vir ander skuldenaars wat te "arm" is om vir sekwestrasie te kwalifiseer, maar steeds te "ryk" is om vir skuldintervensie te kwalifiseer nie.

Die vraag wat vervolgens beantwoord moet word, is of die voorlikwidasië-akkoordprosedure wat al byna twee dekades gelede deur die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie voorgestel is, 'n werkbare oplossing vir die skuldenaar in *Botha* se geldelike verknorsing sou kon bied (sien Coetzee 2017 vir 'n evaluasie van hierdie voorstel binne die konteks van NINA-skuldenaars).

Die oogmerk van die voorgestelde akkoordprosedure is om skuldverligting te bied aan natuurlike persone wat nie hul skuld kan vereffen nie, maar ook nie voordeel kan bewys nie en dus uitgesluit is van die verligting wat die sekwestrasieproses bied (vgl. 2014 verduidelikende memorandum, 201). Die huidige weergawe van die wetsvoorstel (2015-insolvensiewetsontwerp) maak vir 'n bindende akkoord tussen 'n skuldenaar en sy skuldeisers voorsiening indien dit deur die vereiste meerderheid skuldeisers in getal en tweederdes in waarde van die konkurrente skuldeisers wat op die akkoord gestem het, aanvaar word (kl. 118(17)). Volgens die huidige weergawe van die wetsontwerp kan die prosedure slegs deur skuldenaars met skuld wat minder as R200 000 bedra, ingestel word (kl. 118(1)). Die wetsontwerp bepaal nie uitdruklik of hierdie beperking op beide onversekerde en versekerde skuld betrekking het nie. Versekerde skuld kan egter wel deur die akkoord gereël word. Klousule 118(17) bepaal dat “the right of a secured or otherwise preferent creditor is not prejudiced by the composition unless he or she consents to the composition in writing”, en dit blyk dus dat versekerde skuld wel by die R200 000-perk ingesluit is.

Die akkoordprosedure word ingestel deurdat die skuldenaar 'n getekende afskrif van die akkoord en 'n beëdigde verklaring by 'n administrateur indien (kl. 118(1)). Die administrateur moet 'n verhoor belê (kl. 118(7)) waar skuldeisers hul eise bewys en, indien nodig, die skuldenaar deur die administrateur, skuldeisers en ander belanghebbende partye ondervra mag word met betrekking tot sy bates, laste, inkomste, lewenstandaard en enige ander aangeleentheid wat na die mening van die administrateur van belang is (kl. 118(10)(e)). Die prosedure maak voorsiening vir 'n moratorium op skuldafdwinging vir die tydperk tussen die vasstelling van 'n datum vir die verhoor en die afhandeling daarvan (kl. 118(23)). Die wetsontwerp maak ook vir 'n wysiging van die akkoord voorsiening indien die skuldenaar redelikerwys nie aan die akkoord kan voldoen nie (kl. 118(19)(b)(ii)).

Indien die vereiste meerderheid nie die akkoord aanvaar nie en die skuldenaar nie in staat is om wesenlik meer te betaal as wat aangebied is nie, kan die Meester, indien hy van mening is dat die akkoord die beste aanbod is wat die skuldenaar aan sy skuldeisers kon maak, dat die onvermoë om sy skuldenaars te betaal nie aan kriminele of wangedrag te wyte was nie, en dat die skuldenaar nie vir 'n administrasiebevel kwalifiseer nie, op aansoek van die skuldenaar 'n kwytskelding van alle skuld, mits dit nie preferent of verseker is nie, verleen (kl. 118(22)(b)).

Coetzee (2017:25–6) meen dat die voorgestelde akkoordprosedure nie 'n werkbare oplossing vir NINA-skuldenaars sal bied nie. Dit is omdat hulle nie oor genoegsame bates of inkomste beskik om 'n sinvolle terugbetalingsplan met hul skuldeisers te beding of die koste van die proses te betaal nie. Vanweë die beperking wat die wetsontwerp op die uitstaande skuld las van die skuldenaar plaas, sal die voorlikwidasië-akkoordprosedure egter ook nie 'n oplossing vir die skuldenaar in *Botha* se geldelike verknorsing bied nie.

Dit is nie duidelik waarom 'n skuldbeperking by die wetsvoorstel ingesluit is nie (vgl. World Bank 2015:10). Soos Coetzee (2017:21 vn. 27) aandui, word groot bedrae skuld tans deur middel van die skuldheriensingsproses herstruktureer en skyn daar geen rede te wees waarom dit nie ook deur middel van die akkoordprosedure gedoen kan word nie. Die Wêreldbank meen dat die voorgestelde skuldbeperking “would deny relief to heavily indebted small entrepreneurs, exactly the group who stand to contribute the most to South Africa’s economic revitalization” (World Bank 2015:19). 'n Verwydering van die skuldbeperking sou tot gevolg hê dat die akkoordprosedure 'n oplossing vir die skuldenaar in *Botha* se geldelike verknorsing met betrekking tot sy onversekerde skuld (wat R150 000 bedra) en selfs sy versekerde skuld

(mits sy versekerde skuldeisers toestem) kon bied. Indien die vereiste meerderheid skuldeisers verder nie tot die akkoordaanbod wou instem nie, sou die skuldenaar selfs uiteindelik 'n skuldkwytskelding met betrekking tot sy onversekerde skuld kon bekom.

## 6. Gevolgtrekking

Die vriendskaplike-sekwestrasie-aansoek in *Botha* wat die hof as 'n misbruik van proses gebrandmerk het, is, in werklikheid, soos regter Flemming in *Sellwell* aangedui het, 'n uitvloeiende van tekortkominge in die stelsel. Vriendskaplike sekwestrasies is duidelik die gevolg van 'n leemte in ons stelsel, naamlik dat daar nie voorsiening gemaak word dat die oogmerke van 'n *concursum creditorum* en 'n skuldkwytskelding onafhanklik van mekaar nagestreef kan word nie (vgl. Borraine en Roestoff 1993:236; 1994:52). Die feit dat daar ook nie effektiewe alternatiewe skuldverligtingsprosedures is vir skuldenaars wat met skuld oorbelaas is nie, dra uiteraard verder tot hierdie probleem by. Ongelukkig, soos hier bo verduidelik is, sal die regshervormingsvoorstelle wat tans op die tafel is, ook nie 'n oplossing bied vir skuldenaars wat in 'n soortgelyke geldelike verknorsing as die skuldenaar in *Botha* verkeer nie.

Uit die evaluasie van die feite en uitspraak in *Botha* is dit duidelik dat regshervormers die tekortkominge in ons stelsel op 'n holistiese en omvattende wyse moet aanspreek. Alle bestaande en voorgestelde prosedures moet heroorweeg word en onnodige oorvleueling moet uitgeskakel word. So is die nodigheid vir twee inkomsteherstruktureringprosedures (administrasie en skuldheriensing) al voorheen bevestig (Borraine e.a. 2012:269). Onnodige struikelblokke vir toegang tot skuldverligting, soos beperkings op die skuldlas van die skuldenaar, moet uitgeskakel word. Dit is verder noodsaaklik dat die stelsel gelyke beskerming en skuldverligting bied aan alle skuldenaars wat met skuld oorbelaas is. Die gevolg van die voorgestelde skuldintervensiematreë, naamlik dat 'n skuldkwytskelding aan skuldenaars in die laerinkomstegroep, maar nie aan skuldenaars in die middelinkomstegroep nie, verleen word (soos die skuldenaar in *Botha*) is duidelik onbillik en ongeregverdig.

## Bibliografie

Bertelsmann, E., R.G. Evans, A. Harris, M. Kelly-Louw, A. Loubser, M. Roestoff, A. Smith, L. Stander en L. Steyn. 2008. *Mars: The law of insolvency in South Africa*. Kaapstad, Durban, Potchefstroom, Pretoria: Juta.

Borraine, A. en M. Roestoff. 1993. Vriendskaplike sekwestrasies – 'n produk van verouderde beginsels? (1). *De Jure*, 26(2):229–43.

—. 1994. Vriendskaplike sekwestrasies – 'n produk van verouderde beginsels? (2). *De Jure*, 27(1):31–53.

—. 2014a. Revisiting the state of consumer insolvency in South Africa after twenty years: The courts' approach, international guidelines and an appeal for urgent law reform (1). *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 77(3):351–74.

—. 2014b. Revisiting the state of consumer insolvency in South Africa after twenty years: The courts' approach, international guidelines and an appeal for urgent law reform (2). *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 77(4):527–46.

Boraine, A., C. van Heerden en M. Roestoff. 2012. A comparison between formal debt administration and debt review – the pros and cons of these measures and suggestions for law reform (1). *De Jure*, 45(1):80–103.

Boraine, A., C. van Heerden en M. Roestoff. 2012. A comparison between formal debt administration and debt review – the pros and cons of these measures and suggestions for law reform (2). *De Jure*, 45(2):254–71.

Coetzee, H. 2016. Is the unequal treatment of debtors in natural person insolvency justifiable?: A South African exposition. *International Insolvency Review*, 25:36–55.

—. 2017. Does the proposed pre-liquidation composition proffer a solution to the No Income No Asset (NINA) debtor's quandary and, if not, what would? *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 80(1):18–26.

—. 2018. An opportunity for No Income No Asset (NINA) debtors to get out of check? – An evaluation of the proposed debt intervention measure. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 81(4):593–611.

Coetzee, H. en M. Roestoff. 2013. Consumer debt relief in South Africa – should the insolvency system provide for NINA debtors? Lessons from New Zealand. *International Insolvency Review*, 22:188–210.

De Jager, P. en N. Tillemans. 2014. The behaviour of South African consumers under debt counselling. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2474540> (23 September 2018 geraadpleeg).

Howard, M. 1987. A theory of discharge in consumer bankruptcy. *Ohio State Law Journal*, 48(4):1047–88.

Howell, N. 2014. The fresh start goal of the Bankruptcy Act: Giving temporary reprieve or facilitating debtor rehabilitation? *QUT Law Review*, 14(3):29–52.

Landry, R.J. en D.W. Read. 2015. Erosion of access to consumer bankruptcy's "fresh start" policy in the United States: Statutory reforms needed to enhance access to justice and promote social justice. *William and Mary Policy Review*, 7(1):51–94.

Mabe, Z. en R.G. Evans. 2014. Abuse of sequestration proceedings in South Africa revisited. *South African Mercantile Law Journal*, 26(3):651–67.

Rochelle, M.R. 1996. Lowering the penalties for failure: Using the insolvency law as a tool for spurring economic growth; the American experience, and possible uses for South Africa. *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg*, 2:315–30.

Roestoff, M. 2016a. Rehabilitasie in die Suid-Afrikaanse verbruikersinsolvensiereg: Internasionale tendense en riglyne. *LitNet Akademies*, 13(2):594–648.

- . 2016b. *Ferris v Firststrand Bank Ltd* 2014 3 SA 39 (KH). Enforcement of a credit agreement after breach of a debt rearrangement order and the ineffectiveness of debt review in terms of the National Credit Act. *De Jure*, 49(1):134–55.
- . 2018. Rehabilitation of an insolvent and advantage to creditors under the Insolvency Act 24 of 1936. *Ex parte Purdon* 2014 JDR 0115 (GNP). *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 81(2):306–16.
- Roestoff, M. en H. Coetzee. 2012. Consumer debt relief in South Africa; Lessons from America and England; and suggestions for the way forward. *South African Mercantile Law Journal*, 24(1):53–76.
- . 2017. Debt relief for South African NINA debtors and what can be learned from the European approach. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 50(2):251–74.
- SARK (Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie). 1989. *Review of the Law of Insolvency: Prerequisites for and Alternatives to Sequestration (Project 63)*.
- . 2000. *Report on the Review of the Law of Insolvency (Project 63)*, vol. 1 (Explanatory memorandum) en vol. 2 (Draft bill).
- . 2014. Verduidelikende memorandum van die 2015-Insolvensiewetsontwerp ('n nie-amptelike werksdokument by die skrywer).
- . 2015. Nuutste weergawe van die Insolvensiewetsontwerp ('n nie-amptelike werksdokument by die skrywer).
- Smith, C. 1981. Friendly and not so friendly sequestrations. *Modern Business Law*, 3(2):58–63.
- Spooner, J. 2017. Seeking shelter in personal insolvency law: Recession, eviction, and bankruptcy's social safety net. *Journal of Law and Society*, 44(3):374–405.
- World Bank. 2013. *Working Group on the Treatment of the Insolvency of National Persons. Report on the treatment of the insolvency of natural persons Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force*. <http://bit.ly/Oft3hp> (24 September 2018 geraadpleeg).
- . 2015. *Draft Diagnostic Report on the Proposed Personal Insolvency System in the New South African Insolvency Bill*. <http://www.rebels.co.za/resources/Legislation/SA-Insolvency-Bill-evaluation-v3.pdf> (23 September 2018 geraadpleeg).