Bib.

85/93

Saaknommer 679/91

whn

BANKORP TRUST BPK .... APPELLANT

en

CHARLEEN PIENAAR .... EERSTE RESPONDENTE

en

DIE MEESTER VAN DIE HOOGGEREGSHOF .... TWEEDE RESPONDENT

JOUBERT AR:

Saak No 679/91

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPèLAFDELING)

In die saak tussen:

BANKORP TRUST BPK .... Appellant

en

CHARLEEN PIENAAR .... Eerste Respondente

en

DIE MEESTER VAN DIE HOOGGEREGSHOF .....Tweede Respondent

Coram: JOUBERT SMALBERGER MILNE NIENABER ARR

et HOWIE Wnd AR.

Verhoor: 3 Mei 1993

Gelewer: 28 Mei 1993

UITSPRAAK

JOUBERT A R:

Op 11 September 1990 het die Eerste Respondente ("mev Pienaar") en haar eggenoot Johannes Hendrikus Pienaar ("die oorledene") wat binne gemeenskap van goedere met mekaar getroud was, 'n gesamentlike testament te Pietersburg verly. Daarin is die langslewende van hulle as die enigste erfgenaam van die eerssterwende se boedel benoem. Hulle het Bankorp Trust Bpk ("Bankorp Trust") as eksekuteur van hul onderskeie boedels ingestel. "Bankorp Trust te magtig om volgens diskresie gebruik te maak van die dienste van enige filiaal of verwante maatskappy en sal gevolglik geregtig wees op enige vergoeding vir sodanige dienste gelewer". Die ander bepalings van die gesamentlike testament is nie relevant vir doeleindes van hierdie appèl nie.

Die oorledene is onverwags op 9 Augustus 1991 dood as gevolg van die plaasvind van 'n motorbotsing. By sy afsterwe was daar geen onroerende bates in die gemeenskaplike boedel nie. Afgesien van versekeringspolisse was die vernaamste bate 'n besigheid wat te Pietersburg,

Potgietersrus en Pretoria afvalpapier ingesamel het. Na kompaktering van die afvalpapier is dit aan Sappi verkoop. Daarbenewens is kartondose vervaardig en verkoop vir die verspreiding van bierbottels. Die maandelikse omset van die besigheid was ongeveer R120 000-00. Die netto waarde van die boedel was ongeveer R300 000-00. Die oortrokke bankrekening van die oorledene by Trust Bank te Pietersburg was ongeveer R40 000-00 in debiet. Mev Pienaar het die oorledene "intens en nou bygestaan" by die bestuur van die besigheid. Sy het "intieme kennis van die besigheid, die probleme en die bestuur en beheer van die personeel en finansies" gehad.

Mev Pienaar het in die Transvaalse Provinsiale Afdeling 'n dringende aansoek teen Bankorp Trust en die Meester van die Hooggeregshof as Eerste en Tweede Respondente respektiewelik gebring. Die relevante regshulp wat sy in haar Kennisgewing van Mosie, gedateer 8 Oktober 1991, aangevra het, is soos volg:

"2. Dat BANKORP TRUST BEPERK onthef word van sy benoeming as eksekuteur in die boedel van wyle JOHANNES HENDRIKUS PIENAAR (Boedel No 13079/91);

3. Dat CHARLEEN PIENAAR (gebore Primmer) aangestel word as eksekutrise, met die mag van assumpsie, in die boedel van wyle JOHANNES HENDRIKUS PIENAAR (Boedel No 13079/91);

4. Dat die koste van hierdie aansoek betaal word uit die boedel, behalwe in geval van opposisie in welke geval gelas word dat die opponerende party die koste van hierdie aansoek sal betaal."

In haar funderende beëdigde verklaring het mev Pienaar daarop gewys dat daar 'n ernstige vertrouensbreuk tussen haar en die oorledene aan die een kant en Trust Bank aan die ander kant ontstaan het. Die oorsaak daarvoor was dat Trust Bank hul prokureur, Kampherbeek, meegedeel het van Trust Bank se voorneme om regstappe te neem om die uitstaande bedrag op die oortrokke rekening in te vorder. Sy en die oorledene het dit oorweeg om hul bankrekening na 'n

ander bank oor te plaas en om die benoeming in hul gesamentlike testament van Bankorp Trust as eksekuteur te verander. Voordat dit kon geskied, het die oorledene egter gesterf.

Trust Bank en Bankorp Trust is filiale van die houermaatskappy Bankorp Bpk. Daar is geen direkte <u>nexus</u> tussen Bankorp Trust en Trust Bank nie.

Na die afsterwe van die oorledene het die vertrouensbreuk tussen mev Pienaar en Trust Bank "en by implikasie ook die eerste respondent" (Bankorp Trust) groter geword. Dit was veroorsaak deur die feit dat Trust Bank versuim het om die boedel by die Meester aan te meld. Dit is gemene saak dat dit eers omstreeks die helfte van September 1991 gebeur het. Mev Pienaar het nie belang gestel om met Trust Bank en Bankorp Trust enigsins geassosieer te wees nie. Geensins wil sy met Bankorp Trust saamwerk om die boedel te beredder nie. Sy het daarop aangedring dat Bankorp Trust nie die benoeming as eksekuteur

aanvaar nie omdat Bankorp Trust dit vanuit Pretoria wou doen. Haar houding was dat indien sy as eksekutrise aangestel word, sy die bestuur van die boedel se lopende besigheid beter kon behartig en ook die boedel beter kon beredder.

In sy antwoordende beëdigde verklaring het Bankorp Trust daarop gewys dat dit eers teen die middel van September 1991 kennis van die oorledene se afsterwe gekry het. Dit het ontken dat daar 'n vertrouensbreuk tussen hom en mev Pienaar plaasgevind het. Verder is daarop gewys dat Trust Bank nie'n filiaal of divisie van Bankorp Trust is nie maar wel van Bankorp Trust Bpk wat die houermaatskappy van Bankorp Trust sowel as Trust Bank is. Bankorp Trust beskik oor opgeleide en ervare personeel om die bereddering van boedels te behartig. Gevolglik is Bankorp Trust nie van voorneme om afstand van sy benoeming as eksekuteur te doen nie. Daar was geen sprake van 'n vertrouensbreuk tussen Bankorp Trust en mev Pienaar nie. Haar aansoek vertraag die aanstelling van Bankorp Trust as eksekuteur.

In haar repliserende beëdigde verklaring opper mev Pienaar 'n geheel en al nuwe grond vir haar regsvordering, nl. "dat die Eerste Respondent 'n belang in die boedel het as gevolg van die feit dat sy houermaatskappy 'n eis teen die boedel het en dat die Eerste Respondent derhalwe nie geskik is om as eksekuteur aangestel te word nie."

Die Meester het in sy verslag daarop gewys dat die aansoek nie nodig was nie. Kragtens art 14 van Boedelwet 66 van 1965 is hy verplig om Bankorp Trust as benoemde eksekuteur aan te stel sodra dit daarvoor aansoek doen. Mev Pienaar kon aansoek gedoen het vir die aanstelling van 'n tussentydse kurator kragtens art 12 van Wet 66 van 1965. Die Meester het hom berus by die beslissing van die Hof.

Die aansoek is aangehoor deur ROUX R. Op 21 Oktober 1991 het hy 'n bevel uitgereik wat soos volg lui:

"1. Die tweede respondent word verbied om enige genomineerde van die eerste respondent as

eksekuteur in die boedel van Johannes Hendrikus Pienaar (boedel nr 13979/91) aan te stel of om 'n eksekuteursbrief aan so 'n genomineerde uit te reik.

2 Die koste van hierdie aansoek sal deur die voormelde boedel betaal word."

Die boedel van die oorledene is gelas om die koste van die aansoek te betaal.

Met verlof van die Hof a quo kom Bankorp Trust as appellant in hoër beroep teen sy uitspraak en bevel na hierdie Hof. Mev Pienaar is die Eerste Respondente terwyl die Meester die Tweede Respondent is. Daar was geen verskyning namens die twee respondente wat albei by die beslissing van hierdie Hof berus.

In die onderhawige geval is daar drie vrae wat beslis moet word.

Eerste vraag

Die eerste vraag is of mev Pienaar geregtig was op

die regshulp wat sy in bede 2 van haar Kennisgewing van Mosie aangevra het, nl dat Bankorp Trust onthef moes word van sy benoeming as eksekuteur. Bankorp Trust is in die gesamentlike testament as eksekuteur benoem of aangewys. Geen aanstelling as eksekuteur het egter plaasgevind nie omdat die Meester geen eksekuteursbrief aan Bankorp Trust kragtens art 14(1) van Boedelwet 66 van 1965 uitgereik het nie. Weliswaar verleen art 99 die bevoegdheid aan 'n hof om 'n aangestelde eksekuteur in bepaalde omstandighede te skors (suspend) of te onthef (remove). Hierdie bevoegdheid dek egter nie die geval waar 'n eksekuteur bloot in 'n testament benoem of aangewys is, soos in die onderhawige geval, nie.

Nóg in haar funderende beëdigde verklaring nóg in haar repliserende beëdigde verklaring het mev Pienaar regsgronde met steunende feite aangevoer waarop bede 2 gebaseer is. Die antwoord op die eerste vraag is derhalwe dat mev Pienaar nie 'n saak uitgemaak het wat haar geregtig

maak op die regshulp wat sy in bede 2 aangevra het nie.

Tweede vraag

Is mev Pienaar geregtig op die regshulp in bede 3 van haar Kennisgewing van Mosie, nl dat die Hof haar as eksekutrise aanstel ? Vir redes wat straks sal blyk, is dit nodig om die antwoord in ons gemene reg sowel as in die wettereg te soek.

Die eksekuteur was onbekend aan die Romeine omdat sy funksie deur 'n erflater se erfgename vervul is. Die gangbare opvatting is dat die oorsprong van die eksekuteur in die Middeleeuse Kanonieke reg te vind is. Raadpleeg De Blécourt-Fischer, Kort Begrip van het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht, 7e druk, p 375. Volgens die Romeins-Hollandse reg het 'n erflater se erfgename outomaties sonder lewering of oordrag van sy bates eiendomsreg daarvan verkry. Sien L C Steyn, Die Eiendomsreg by Bestorwe Boedels, 1938 T v H R H R p 268-279. Die erfgename het die bestorwe boedel administreer, beredder en verdeel. In Provinsie

Holland en Wes-Friesland was die eksekuteurskap 'n privaat en vrywillige amp (officium privatum) omdat die eksekuteur testamentêr nie van owerheidsweë (a lege constitutus) aangestel is nie. Hy het sy benoeming en aanstelling ontleen aan die testateur se testament, kodisil of notariële akte. Kersteman (1728-1793) stel dit soos volg in sy Hollandsch Rechtsgeleert Woorden-Boek, 1768, s.v. Executeur:

> "Een qualiteit die iemandt niet verkrygt uit kragte van de Wet, maar uit hoofde van een vrywillige verkiezing en aanstelling van een Testateur by uiterste wille en tot het bekleden van welke Consequentelyk niemandt kan worden geconstringeert en gedwongen. Ten zy aan zodanig een Executeur voor zyne Administratie, en Boedelredding een Legaat by het zelve Testament gemaakt was, in hoedanig geval het buiten contradictie is, dat hy of den hem geconfereerde, en opgedragen last van Boedelredding moet aanvaarden, of anderzints de gelegateerde voordelen missen. - - - - - - - -
> De qualiteit van een Executeur begint met de Dood van de Perzoon die hem daartoe aangesteld heeft, en eindigt zoo dra hy den Boedel tot een volkomen liquiditeit, en vereffening heeft gebragt :

En de aanstelling van een Boedelredder geschiet by Testament, Codicil, of by een Separate Acte Notariaal."

So ook Van Zutphen (+ 1685), Practycke der Nederlandsche Rechten, 1655, s.v. Executeurs van een Testament, nr 1; Lybrechts (+ 1758), Redenerend Vertoog over't Notaris Ampt, 1780, le Deel *Hoofstuk* 30 nr 4; Van der Keessel (1738-1816) ad Gr 2.21.7; Van der Linden (1756-1835) 1.9.10. Die eksekuteur testamentêr verteenwoordig die testateur (mandatarius testatoris). Nergens is daar enige gesag in die Romeins-Hollandse reg dat 'n eksekuteur testamentêr deur 'n hof aangestel of onthef is nie.

Wessels, History of the Roman-Dutch Law, p 530 wys daarop dat hy nergens in die regsbronne kon vind dat 'n executeur dativus aangestel is nie. Waar 'n erflater intestaat sterf, het sy intestate erfgename sy boedel beredder en verdeel behalwe waar hy minderjarige erfgename het in welke geval die plaaslike Keuren gereël

het dat 'n erfuiter deur die Weeskamer aangestel word om dit te verrig. Raadpleeg Wessels, op.cit., p 531; Steyn op.cit., p 277.

Aan die Kaap is die Hollandse regspraktyk toegepas. In 1691 is 'n Weeskamer te Kaapstad gestig om die bereddering van testate en intestate boedels waarin minderjariges belang gehad het, te behartig. Wessels, op.cit., p 531. Volgens die aanhef van Ordonnansie 104 van 1833 (K) is testamente van oorlede testateurs deur die Weeskamer geregistreer.

Ordonnansie 104 van 1833 (K) het die Weeskamer (Orphan Chamber) afgeskaf en sy bevoegdhede aan die Meester van die Hooggeregshof opgedra. Dit het ook uiters belangrike wysigings aan die Hollandse regspraktyk betreffende die bereddering van bestorwe boedels ingevoer. Die Meester hou 'n register of wills van alle oorlede testateurs se testamente wat hy geregistreer het (art 7). Hy hou ook 'n death register van oorlede persone (art 11).

Hy reik briewe van administrasie uit aan eksekuteurs testamentêr wat hy aanstel (art 20). Insgelyks reik hy briewe van administrasie aan eksekuteurs datief uit (art 21). Waar daar geldige besware teen die aanstelling van eksekuteurs testamentêr of datief is, kan 'n Regter 'n bevoegde eksekuteur aanstel (art 22). Insgelyks kan 'n Regter in bepaalde omstandighede die briewe van administrasie van eksekuteurs testamentêr of datief tersyde stel.

Volgens art 6(2) van Boedelwet 24 van 1913 geskied die bereddering deur 'n eksekuteur van 'n bestorwe boedel "onder het uitsluitend toezicht van de Meester." Die Meester reik briewe van administrasie aan eksekuteurs uit (art 38(1)). Die Hooggeregshof is bevoeg om 'n aangestelde eksekuteur te skors (suspend) of te onthef (remove) waar dit die bestorwe boedel sal benadeel indien hy in sy eksekuteursamp aanbly (art 99). Die Hof het egter geen bevoegdheid om 'n eksekuteur aan te stel in die plek van die eksekuteur wat onthef is nie. Ex Parte Hodgson, 1914

C P D 846.

Kragtens Boedelwet 66 van 1965 reik die Meester eksekuteursbriewe aan eksekuteurs uit (art 14(1)). Die Meester stel eksekuteurs datief aan (art 18). Geen bevoegdheid word aan die Hof verleen om 'n eksekuteur aan te stel nie. 'n Eksekuteur kan wel in bepaalde gevalle deur die Hof van sy amp onthef word (art 54(1)(a)). Insgelyks kan die Meester dit doen uit hoofde van art 54(1)(b).

ROUX R het egter as gesag vir die stelling "dat die bron van die hof se mag om die aanstelling van eksekuteurs en administrateurs in die gemene reg setel" op die beslissing van die Kaapse volle hof in Port Elizabeth Assurance Agency & Trust Co Ltd v Estate Richardson, 1965(2) SA 936 (C) gesteun. Die relevante passasie in die uitspraak van VAN WINSEN R, waarmee STEYN R en TEBBUTT Wnd R saamgestem het, is te vind op p 938 F-H. Dit lui soos volg :

"None of the Roman-Dutch authorities, however,

distinguishes between the powers of the Court in regard to the appointment and removal of executors and administrators, and appear to treat the Court's powers in this regard on the same basis as its powers relating to guardians. For instance Lybrechts, l.c., refers to the Court's powers of appointment of persons to all three of these offices on a similar basis and says that their appointments derive either (1) from the terms of the will; (2) from a notarial deed; (3) from an appointment made by

> 'den magistraat - - of dat de voogden overleden zyn, zonder andere personen te hebben gesurrogeert of aangesteld; insgelyks indien een der voogden komt te sterven, en aan den langstlevende gene macht gegeven is om een ander nevens hem t' assumeren, of by zich te nemen, of dat de voogden door redenen zich verschonen'

or (4) an appointment made by the Court of the Province in its capacity as the upper guardian (30.13)."

Die betrokke passasie is onvolledig ontleen aan Lybrechts, Redenerend Vertoog over 't Notaris Ampt, 1e Deel Hoofstuk 30

nr 13 waarvan die opskrif soos volg lees : Hoe werden de Voogden, Executeurs, Administrateurs, enz. ordinaris aangesteld ? Die volledige teks van die passasie lui soos volg :

"A. Door Testament, ofte separate Acte Notariaal, en zulks kan zo wel gedaan worden by de Moeder, als by den Vader. Grot (lib 1 part 7 nu 10) En by d' Eerstoverledene gesteld zynde, mag de Langstlevende insgelyks met gelyk recht Voogden aanstellen. En heeft zulks plaats, zo wel ten aanzien van d' ongeboorne als geboorne ibid.nu 12. En moet d' aangestelde persoon duidelyk omschreven worden. En by aldien zulks in 't Testament verzuimd was, ofte wel d' Ouders en Vrienden ab intestato quame t' overlyden, zo zyn daar toe in alle Steden en Plaatsen bequame Weesmeesters aangesteld; op dät de minderjarige Wesen niet voogdeloos zouden blyven, ofte hunne goederen verwaarloost worden.

B. Mitsgaders by den Magistraat, ingeval de Weeskamer uitgesloten is, of dat de Voogden overleden zyn, zonder andere personen te hebben gesurrogeert of aangesteld; insgelyks indien een der Voogden komt te sterven, en aan den langstlevende gene macht gegeven is om een ander nevens hem t' assumeren,

of by zich te nemen, of dat de Voogden door redenen zich verschonen.

C. Of door 't Hof Provinciaal, als synde Oppervoogden. En word in de twee laatste aanstellingen ordinair daar toe verkoren de naaste der Magen, als een van 's Vaders en een van 's Moeders zyde, of de bequaamste van beide, zo den anderen min onbequaam mochte zyn; door redenen daar toe dienende. En zo die niet sufficant mochten geoordeeld worden, ofte redenen van verschoninge bybragte, steld 't Hof Provinciaal of de Magistraat, na gedaan onderzoek en verhoring der Magen, andere Voogden. Grot. lib 1 part 7 nu 17. Hoedanig dezelve by de Romeinen door den Schout, Burgermeesteren, of 'd Overheden van de Steden, aangesteld wierden. Zie Voet beginz. lib 1 tit 20 nu 1 & 2."
(Onderstreping van Lybrechts).

Die opskrif van die passasie van Lybrechts word egter nie gesteun deur die inhoud van die passasie wat geheel en al toegespits is op die aanstelling van voogde nie. Geen enkele woord word oor die aanstelling van eksekuteurs en administrateurs gerep nie. Die Hof was wel 'n oppervoog,

soos tans ook die posisie in Suid-Afrika is, maar dit was nooit 'n oppereksekuteur nie en is dit tans ook nie. De Groot (1583-1645) boek 1 titel 7 se opskrif is: Van de onbejaarde wezen ende 't stellen haere voogden. Hy behandel voogdy van ouerlose minderjariges. So ook Van der Keessel ad Gr. 1.7. Voet se Beginselen des rechts volgens Justinianus is nie vir my beskikbaar nie maar wel sy Elementa Juris secundum ordinem Institutionum Justiniani, 1700, wat in lib 1 tit 20 tutela dativa behandel.

Eintlik was die betrokke passasie van Lybrechts geen gesag vir die aanstelling van 'n administrateur deur 'n Hof nie. Dit was die probleem waarmee VAN WINSEN R te kampe gehad het. Volgens die Romeins-Hollandse reg kon administrateurs egter wel deur 'n Hof aangestel word. Die betrokke passasie is geen gesag vir 'n Hof se regsbevoegdheid om 'n eksekuteur aan te stel of te onthef nie.

In die lig van die voorgaande is dit duidelik

dat die Hof a quo nóg volgens die gemene reg nóg volgens die Boedelwet 66 van 1965 regsbevoegdheid het om mev Pienaar as eksekutrise aan te stel. Die antwoord op die tweede vraag is derhalwe ontkennend. Die Hof a quo moes gevolglik weens my gevolgtrekking op die eerste en tweede vrae die aansoek van mev Pienaar afgewys het.

Derde vraag

Was 'n permanente interdik in die omstandighede van hierdie geval aangewese ?

ROUX R het Bankorp Trust sowel as Trust Bank as filiale van die houermaatskappy Bankorp Bpk beskou. Sy redenasie was dat laasgenoemde sou uit hoofde van die ootrokke bankrekening 'n groot eis teen die boedel hê en dit sou meebring dat Bankorp Trust as eksekuteur 'n dubbele lojaliteit sou hê. Wat hierdie redenasie uit die oog verloor, is dat daar glad nie 'n dispuut oor die bestaan of omvang van die oortrokke bankrekening was nie. Mev Pienaar het dit nie betwis nie. Daar was glad nie 'n

konfliksituasie tussen mev Pienaar en Trust Bank oor die oortrokke bankrekening nie. Daar was geen gronde vir die ontheffing van Bankorp Trust as eksekuteur indien dit as sulks deur die Meester aangestel sou word nie. Die uitlating van ROUX R in sy uitspraak dat indien Bankorp Trust reeds as eksekuteur aangestel was, sou hy hom ingevolge art 54(1)(a)(v) van die Boedelwet 66 van 1965 van sy amp onthef het, is ongegrond en onvanpas.

Wat ROUX R beoog het, was om te keer dat die Meester vir Bankorp Trust as eksekuteur testamentêr aanstel. Daardeur sou hy inmeng deur die Meester te verhinder om sy statutêre verpligting ingevolge art 14(1) van die Boedelwet 66 van 1965 uit te oefen. Kragtens welke regsbevoegdheid ? Die Hof a quo het immers nie die "exclusive supervision" oor die beredderlng van bestorwe boedels deur eksekuteurs nie. Dit is nie 'n oppereksekuteur nie.

ROUX R het in mosieprosedure sonder dat daar op die stukke melding van 'n interdik gemaak is sodat die

Meester, indien hy daarvan vooraf kennis gedra het, regsverteenwoordiging kon reël (wat hy geregtig was om te doen), besluit om 'n permanente interdik teen die Meester te verleen. Daardeur het hy die Meester verbied om Bankorp Trust se genomineerde as eksekuteur testamentêr in die oorledene se boedel aan te stel of om 'n eksekuteursbrief aan so 'n genomineerde uit te reik. Wat ROUX R oor die hoof gesien het, was die belangrike vereiste dat mev Pienaar geen "clear right" gehad het dat Bankorp Trust nie as eksekuteur testamentêr deur die Meester aangestel word nie. Nolte v Johannesburg Consolidated Investment Co Ltd, 1943 A D 295 per appèlregter TINDALL op p 318 : "If an applicant's right is clear, and it is beyond dispute that a breach of the right by the respondent is reasonably apprehended, an absolute interdict may be granted on motion." ROUX R moes nooit in die onderhawige geval die permanente interdik verleen het nie.

Dit is die antwoord op die derde vraag.

Dit volg noodwendig dat die appèl moet slaag. Adv. BURGER het namens die appellant afstand gedoen van koste in hierdie Hof sowel as in die Hof a quo indien die appèl slaag.

Die volgende bevele word verleen :

1. Die appèl slaag.
2. Die bevele van die Hof a quo word deur die volgende bevel vervang :

   "Die aansoek word afgewys."

C. P. JOUBERT AR.

SMALBERGER AR
MILNE AR Stem saam.
NIENABER AR
HOWIE Wnd AR