

DE REDACTIE PRIVAAT

ONVERWAGTE RAAKPUNTE TUSSEN MENSEREGTE EN SAAKLIKE SEKERHEIDSREGTE?

I. Inleidend

1. Sedert die demokratiserende omwentelinge wat gedurende die laaste dekade van die vorige eeu in Suid-Afrika deurgevoer is, word die Suid-Afrikaanse bestel gekenmerk deur 'n nuutgevonde bewustheid van die algehele deurwerking van 'n Handves van Regte wat luidens artikel 7(1) van die Grondwet 106 van 1996 die „hoeksteen van die demokrasie” vorm(1). Die howe en praktisyns staan egter nog dikwels effe verbaas oor waar die in hoofstuk 2 van die Grondwet vervatte „menseregte” hulself oral behoort te laat geld in die lig van die uitdruklike bepaling dat die Handves én vertikale én horisontale werking geniet.

II. Perfekteringsklousules in notariële verbandaktes

2. In 'n ongekodeerde regstelsel soos die Suid-Afrikaanse waar die gemoderniseerde Romeins-Hollandse reg toepassing vind, geld in beginsel die gemeenregtelike regsreëls van die oud-vaderlandse reg van vóór die eerste kodifiseringsarbeid aan die begin van die negentiende eeu(2), maar soos aangepas deur regspraak en individuele wetgewing. Daardie regsreëls soos verwoord in die geskryfte van ou skrywers soos Hugo de Groot(3), Johannes Voet(4), Simon Groenewegen van der Made(5), Van der Keessel(6) en Simon Van Leeu-

(1) Sien JC Sonnekus „Legal problems of transition to democracy: the case of South Africa” in DF Vagts en WF Ebke (reds) *Democracy, Market Economy, and the Law. Legal, Economic and Political Problems of Transition to Democracy* 77-133 (1995), Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft.

(2) Sien Theo Veen „En voor berisping is hier ruime stof” — *over codificatie van het burgerlijk recht, legistische rechtsbeschouwing en herziening van het Nederlandse privaatrecht in de 19de en de 20ste eeuw* (2001), Amsterdam, Stichting tot uitgaaf der bronnen van het Oud-Vaderlandse Recht.

(3) *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* — Lund-bewerking deur F Dovring, HFWD Fischer en EM Meijers (1965), UP Leiden.

(4) *Commentarius ad Pandectas* — vertaling P Gane (1956), Durban, Butterworths.

(5) *Tractatus de Legibus Abrogatis et Inusitatis in Hollandia Vicinisque Regionibus* — vertaling B Beinart (1974), Johannesburg, Lex-Patria.

(6) *Praelectionis Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Iurisprudentiam Hollandicam* — vertaling P van Warmelo *et al* (1963), Amsterdam, Balkema.

wen(7) was eens gemeen aan sowel wat vandag as die Nederlandse as die Belgiese reg bekend staan(8). Die raakpunte na die Suid-Afrikaanse reg is dikwels insiggewend.

3. In beginsel ken die gemenerereg slegs vuistpand as saaklike sekerheidsreg op roerende sake. Hipoteek ofte wel verbande is tradisioneel beperk tot onroerende goed as regsobjek. Die beperkende beheersvereistes eie aan pandgewing begrens egter die toepassingsmoontlikhede van dié tradisieryke sekerheidsfiguur in die moderne praktyk tot pandsetting van ontbeerlike roerende goed soos die spreekwoordelike familiesilwer. Aangesien familiesilwer selde buite die skoolvoorbeeld in regshandboeke opduik, is die werklike benutting van dié sekerheidsstellende figuur gering — tendens dalend.

4. Danksy 'n konsekwente renons in die wanaanwendings van afgeleide leweringsvorme soos *constitutum possessorium* ter omseiling van die gemelde beheersverskaffingsvereistes van pandgewing, ken die Suid-Afrikaanse reg geen oorvloed suksesvolle nuutskeppings à la fidusiëre eiendomsoordragsfiguur nie(9). Anders as die Nederlandse reg het die Suid-Afrikaanse reg dus ook nie éérs 'n formele ontgragting via artikel 3:84.3 BW en 'n daaropvolgende „liberaliserende” *Mr Keereweer qq / Sogelease*-arrest van die Hoge Raad(10) in die verband beleef nie(11).

5. Dit spreek egter vanself dat 'n moderne kredietgedrewe handelsgemeenskap behoefte het aan 'n alternatiewe sekerheidsstellingsfiguur. Daardie alternatief staan in die Suid-Afrikaanse regs konteks bekend as 'n geregisteerde notariële verband oor gespesifiseerde roerende goed.

(7) *Censura Forensis* — vertaling M Hewett (1991), Pretoria, Suid-Afrikaanse Regskommissie.

(8) Sien oor die kortstondige versoek tot 'n eenvormige kodifisering van die reg in sowel die suidelike as die noordelike dele van die Koninkrijk der Nederlande en die finale keldering van sodanige pogings met die afskeiding van België in 1830, naas Veen (n 2 hierbo 13 ev) en die daar vermelde gewysdes, ook HD Ploeger „Het dossier Reuvens” 1996:2 *Ius Civile* 11 ev.

(9) Sien JC Sonnekus „*Constitutum possessorium* en die oordrag van saaklike regte” 1979 *TSAR* [Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg] 41-47 en 119-139.

(10) HR 19 mei 1995 *NJ* 1996 118.

(11) Sien oor die arrest WHM Reehuis „Omvang en werking van het Nederlandse 'fiducia-verbod'” 1997 *TSAR* 66 en die daar vermelde verwysings en oor die Suid-Afrikaanse regsposisie JC Sonnekus „Sekerheidsregte — 'n nuwe rigting?” 1983 *TSAR* 97-117 en 230-257; „Enkele opmerkings na aanleiding van voorrangs- en sekerheidsregte op roerende sake in die Nederlandse reg” 1983 *De Jure* 244-257 en 1984 *De Jure* 101-114; „Die publiseits- en *paritas creditorum*-beginsel by mobiliëre sekerheidsregte in die Duitse reg” 1984 *TSAR* 53-71 en 105-120.

Verwysings na 'n notarieel verleide verband oor roerende goed kan in die oud-vaderlandse reg aangetoon word en uit die gerapporteerde regspraak van destyds kan ook die aanwending daarvan konkretiseer word(12). In beginsel is onderskei tussen 'n algemene notarieel verleide verband oor alle roerende goed van die kredietopnemer en daarnaas 'n spesiale notariële verband oor spesifieke individuele roerende sake.

6. Die algemene notariële verband mis iedere kenmerk van 'n saaklike reg danksy die totale afwesigheid van voldoening aan enige bepaaldheidsvereiste. Die tipiese formulering maak voorsiening vir die vestiging van die geregistreerde voorkeurreg oor alle roerende goed van die kredietopnemer en verleen aan die reghebbende slegs 'n geregistreerde en dus publiseerde voorrangsposisie kragtens artikel 102 van die Insolvensiewet by 'n bankrotkatastrofe in die boedel van die kredietopnemer as insolvente debiteur. In daardie geval geniet die reghebbende van 'n algemene notariële verband maar 'n onversekerde aanspraak op bevrediging ten aansien van die vrye oorskot en is daar slegs 'n aks beter aan toe as die konkurrente skuldeisers.

7. Daarteenoor geniet die reghebbende van 'n geregistreerde spesiale notariële verband op 'n bepaalde roerende saak iedere voordeel van 'n reghebbende van 'n saaklike sekerheidsreg. Hy is 'n versekerde skuldeiser met gewaarborgde voorrang ten aansien van die opbrengs van die objek van sy beperkte saaklike reg. Die verskil tussen die twee kategorieë notariële verbandreghebbendes sit duidelik nie in die publisiteitsvereiste nie aangesien statutêr openbare registrasie in die akteskantoor vereis word vir die regsgeldige vestiging van beide vorme(13). Die wesenlike verskil sit in die voldoening aan die bepaaldheidsvereiste as klassieke onomgangbare vereiste van saaklike regte in die geval van die spesiale notariële verband.

8. Dit was jare lank praktyk dat kredietverskaffers vir hulself 'n sogenaamde perfekteringsklousule in notariële verbandaktes laat inskryf het. Daarvolgens sou die verbandreghebbende as perfekterings-geregigtigde die bevoegdheid bekom om na keuse in die toekoms aan te

(12) Sien vir 'n bespreking van die historiese vindplaatse en ontwikkeling JC Sonnekus „Besitlose pand — ideale sekerheidsreg op roerende goed ook met inagneming van die beginsels van die insolvensiereg?” 1989 *TSAR* 523-552 en „Die notariële verband, 'n bestoktigbare figuur teen heimlike sekerheidstelling vir 'n nuwe Suid-Afrika?” 1993 *TSAR* 110-138.

(13) Sien art 61 van die Registrasie van Akteswet 47 van 1937.

dring op die feitelike beheersverkryging ten aansien van die onder notariële verband belaste roerende sake ten einde sodoende die geregistreerde notariële verbandreg as vorderingsreg „te omskep” in ’n pandreg met sekerheidsregtelike voorrang.

9. Daar hang in die meeste gevalle ’n groot vraagteken oor die sinvolheid van sodanige perfekteringsklousules vir die betrokkenes, hoewel menige praktisyn goed aan die verlyding en registrasie van die aktes verdien(14). Myns insiens is dit verspilde uitgawes en nie die spreekwoordelike papier waarop dit vervat staan werd nie.

10. In die geval van die statutêre gereelde spesiale notariële verbandregte is perfektering niks werd nie aangesien die ratio vir sodanige omskepping van die onversekerde notariële verbandreg na ’n versekerde pandreg saam met die statutêre nuutreëling van die aangeleentheid verval het(15).

Die perfekteringsklousule het ten doel gehad om die verbandreghebbende die geleentheid te bied om in geval van betalingsprobleme of -swarigheid die beheer oor die tersake roerende sake van die kredietopnemer op te vorder ten einde daarna as beheerder oor die sake dan as pandreghebbende sy posisie ván die van onversekerde skuldeiser met weliswaar voorrang te omskep tót die van versekerde skuldeiser met die in pand gehoue verhaalsobjekte as sekerheid van verhaal. Wet 57 van 1993 bepaal egter uitdruklik dat die reghebbende van ’n geregistreerde spesiale notariële verbandreg vanaf die moment van registrasie reeds in dieselfde posisie is asof hy die sake feitelik in sy beheer het as pandreghebbende:

„1. Regsgevolge van spesiale notariële verband oor roerende goed. – (1) Indien ’n notariële verband waarby liggaamlike roerende goed wat in die verbandakte gespesifiseer en beskryf word op ’n wyse wat dit geredelik kenbaar maak, verhipotekeer word, na die inwerkingtreeding van hierdie Wet ooreenkomstig die Registrasie van Aktes Wet, 1937 (Wet No. 47 van 1937), geregistreer word, word sodanige goed–

(a) onderworpe aan enige beswaring wat op die datum van registrasie van die verband daarop gerus het; en

(14) Sien *Eerste Nasionale Bank van SA v Schulenburg* 1992 2 SA 827 (T); *Boland Bank v Spies* 1993 1 SA 402 (T); *Sentraalwes (Koöp) Bpk v Die Meester* 1992 3 SA 86 (A); *Cooper NO v Die Meester* 1992 3 SA 60 (A); *Trisilino v De Vries* 1994 4 SA 514 (O); *Bokomo v Standard Bank van SA Bpk* 1996 4 SA 450 (K); *Simon NO v Mitsui and CO Lid* 1997 2 SA 475 (W).

(15) Die Wet op Sekerheidstelling deur middel van Roerende Goed 57 van 1993, in werking sedert 7 Mei 1993.

(b) niesteenstaande die feit dat dit nie aan die verbandhouer gelewer is nie,

geag net so daadwerklik aan die verbandhouer verpand te wees asof dit uitdruklik aan die verbandhouer verpand en gelewer was.”

Die sin van ’n perfekteringsklousule het dus in daardie gevalle danksy die fiksie verval.

11. Wat van die verbasend genoeg immer nog populêre algemene notariële verbande? Eerder is reeds aangedui dat die reghebbende van ’n algemene notariële verband vandag danksy die gemelde Wet 57 van 1993 in ’n nog meer bejammerenswaardige en klaaglike posisie as vóór die wisselverleggende uitsprake van die hoogste hof van appèl in *Cooper NO v Die Meester*(16) en *Sentraalwes (Koöp) Bpk v Die Meester* is(17). Hy het geen saaklike sekerheid nie en is bloot ’n onversekerde skuldeiser met weliswaar die skrale troos van voorrang darem nog voor die konkurrente skuldeisers. Vaak word deur praktisyns beweer dat dit wel nog vir diesulkes die moeite werd is om steeds ’n perfekteringsklousule in hul verbandaktes in te bou. Myns insiens nie.

12. In die praktyk dut die notariële verbandreghebbendes ooreenkomstig die gerapporteerde regspraak té lank voor hulle reageer. Indien gedagtig aan die feite in *Trisilino v De Vries*(18)die skuldeiser wag tot direk voor die sekwestrasie of likwidasiëgebeure om sy ingevolge die perfekteringsklousule verleende bevoegdhede te wil uitoefen ten einde sodoende sy posisie te verbeter tot die van ’n versekerde skuldeiser, gaan hy hom vir seker vasloop teen die duidelike voorskrifte van artikel 30 van die Insolvensiewet 24 van 1936:

„30 Onbehoorlike voorkeur aan skuldeisers

(1) As ’n skuldenaar sy goed vervreem het op ’n tydstip toe sy skulde sy bate te bo gegaan het, met die bedoeling om aan een van sy skuldeisers bo ’n ander voorkeur te verleen en sy boedel word daarna gesekwestreer, dan kan die hof die vervreemding tot niet maak.”

Die artikel moet gelees word saam met die woordomsrywingsartikel van daardie wet:

„’vervreemding’ of ’vervreem’ beteken ’n oordrag of afstand van regte op goed en omvat ’n verkoop, huur, verband, pand, lewering,

(16) 1992 3 SA 60 (A).

(17) 1992 3 SA 86 (A).

(18) 1994 4 SA 514 (O).

betaling, kwytstelling, skikking, skenking of 'n kontrak in die sin, maar omvat nie 'n vervreemding tot voldoening aan 'n order van die hof nie.”

13. Die gevolglike in pand gewing van bepaalde roerende goed wat die resultaat van 'n suksesvolle perfektering sou wees, kom dus per definisie altyd neer op 'n „besmette vervreemding” vir doeleindes van die Insolvensiewet en kan deur die hof op aansoek van die kurator of likwidateur van die insolvente boedel tot niet gemaak word.

14. Daar is geen twyfel nie dat in die meeste gevalle pas op die perfekteringsklousule teruggeval word wanneer die skuldenaar se laste reeds in feite sy bates oorskry en hy inderdaad later gesekwestreer of gelikwieder word terwyl die enigste rede vir die verslaapte perfektering gesoek moet word in 'n laaste benoude poging om vir die verbandreghebbende tog nog 'n voordeel bó die ander skuldeisers te bekom!(19) In *Chesterfin (Pty) Ltd v Contract Forwarding (Pty) Ltd*(20) het die hof die voorlopige perfekteringsbevel van die hof van eerste instansie om daardie rede by 'n nadere lesing opgehef omdat blyk dat die perfekterende verbandreghebbende pas in die laaste plek aan die orde kon kom nadat vyf ander kredietverskaffers wat op soortgelyke wyse op 'n gepubliseerde voorrangsposisie steun, bevredig sou wees. Sy poging om sy rang- of voorkeursposisie via perfektering te verbeter en boonop die mantel van 'n versekerde skuldeiser te bekom, was onbillik(21).

15. Die beskerming wat die reg binne 'n vrye markgerigte ekonomie aan deelnemers verleen om hulself te verryk, het immer grense:

„Im Wirtschaftskampf kann es niemandem verwehrt werden, seine eigenen Belange auch dann zu verfolgen, wenn dadurch ein Anderer geschädigt wird.”(22)

Een van die uitgekristalliseerde grense is die norme om *paritas creditorum* by 'n *concursum creditorum* van 'n gemeenskaplike skul-

(19) Sien oor die jongste interpretasie deur die appèlhof van die tersake formulering in a 29 van die Insolvensiewet, *Cooper v Merchant Trade Finance Ltd* 2000 3 SA 1009 (HHA).

(20) 2002 1 SA 155 (T).

(21) 168F en 169H.

(22) Uitspraak van die *Reichsgericht* aangehaal deur Harry Westermann *Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen* (1954) 33. Dieselfde beginsel onderlê Jean-Paul Sartre se formulering aangehaal deur EJH Schrage: „On existe toujours aux dépens d'autrui” — een se bestaan is immer ten koste van 'n ander — „Unjust enrichment: A historical and comparative overview” in *Unjust Enrichment and the Law of Contract* (2002), Den Haag, Kluwer Law Int, 3.

denaar wat slegs aanvaarbaar deurbreek word deur diegene met afdoende gepubliseerde saaklike sekerheidsregte wat reeds gevestig is vóór die onderliggende „vervreemding” vir doeleindes van die Insolvensiewet as „besmet” tipeer sou word(23).

III. Perfektering as dekmantel vir eierigting en die mensereg van 'n beroep op beslegting voor 'n gepaste forum

16. In meerdere notariële verbandaktes word oënskynlik voorsiening gemaak dat die kredietverskaffer na keuse by vervulling van bepaalde onsekere toekomstige gebeure soos die gemanifesteerde betalings-traagheid van die kredietopnemer die besigheid van die kredietopnemer mag oorneem en voortsit(24). Die tipiese gedagtegang is dat die handelssaak van die kredietopnemer daarna as lopende bedryf vir en namens die kredietuskuldenaar deur die kredietverskaffer voortgesit word met die agterliggende vertroue dat sodoende 'n ommeswaai in die fortuin van die saak bewerkstellig kan word sodat die kredietverskaffer 'n wesenlike deel indien dan nie al sy uitstaande vorderings kan verhaal.

17. Reeds in *SAPDC (Trading) Ltd v Immelman*(25) was dit duidelik dat nie alles met die konstruksie pluis is nie. In daardie geval het die notariële akte met verwysing na die omstandigheid waar die apteker as kredietopnemer nie op aanvraag die gevorderde bedrag kan betaal nie, onder andere in klousule 17 bepaal:

„Respondent is then bound to give possession of his business and other assets in pledge. Clause 17 secondly spells out that applicant may then carry on the business at the cost, expense and risk of respondent and may do what it thinks fit for the continuation of the business. Applicant is thirdly authorised, after some such continuation or in its stead, to sell the respondent's licences, business and assets either piecemeal or as a going concern on such terms as it may deem fit. To enable applicant to carry out the selling, the clause authorises applicant 'irrevocably and *in rem suam*' to take related steps. A further lengthy paragraph which forms part of clause 17 makes it clear that applicant acts as agent of the respondent in doing all those acts.

(23) *Walker v Syfret* NO 1911 AD 141.

(24) Sien reeds *Eerste Nasionale Bank van SA Bpk v Schulenburg* 1992 2 SA 827 (T). Mi is die afspraak nie afdwingbaar indien dit eensydige beheersverkryging deur die kredietgewer impliseer nie — dit sou in stryd wees met die beginsels wat die gevestigde regspraak soos in *Nino Bonino v De Lange* 1906 TS 120 en *Erasmus v Dorsyd Farms Pty Ltd* 1982 2 SA 107 (T) onderlê.

(25) 1989 3 SA 506 (W) 508F-G.

Applicant is also declared entitled to apply the proceeds of any sale to the payment of its claim against respondent.”

Die konstruering van ’n „onherroeplike volmag” om aan ’n sekerheidsreghebbende in stryd met die erkende aard van ’n beperkte saaklike reg plotseling beskikkings- en selfs vervreemdingsbevoegd-hede te verleen, staan net té dwars op die normale aard van dié kategorie regte om heelhuids gesluk te kan word.

18. In *Findevco (Pty) Ltd v Faceformat SA (Pty) Ltd* wentel die uitspraak om die alte breed geformuleerde bevoegdheid van die kredietverskaffer om luidens die algemene notariële verbandakte in die voortsetting van die besigheid van die kredietopnemer na besits-verkryging ook sommer na goeddunke sy bates te mag vervreem(26). Word die tersake klousules van die notarieel verlyde akte dus letterlik uitgelê, behels dit oënskynlik ’n verlening van ’n onherroeplike ver-vreemdingsbevoegdheid aan die verbandreghebbende om quasi as mandaathouer namens die verbandgewer willekeurig met laasge-noemde se bates te mag omspring na „perfektering”(27).

19. Regter Froneman steun in die loop van sy uitspraak egter nie op die vertroude argumente om sodanige wydlopige perfekteringsklou-sules te ontmasker en te ontkragtig nie. Hy verkies om te steun op die bedenklikheid van die wye bevoegdhede van die verbandreghebbende in die lig van die grondwetlike vertrekpunt dat elkeen ’n reg op vrye toegang tot die howe het en kan verwag dat alleen die hof oor sy lot besleg(28). Volgens die hof kom sodanige wydlopige bevoegdheid wat aan die verbandreghebbende verleen word daarop neer dat die verbandreghebbende eintlik vir homself ’n bevoegdheid van *parate eksekutie* aanmatig.

20. Gemeenregtelik is ’n beding tot *parate eksekutie* nooit gehonoreer ten aansien van ’n verbandreghebbende nie hoewel ’n pandregheb-bende met die pandgewer op sodanige beding kon ooreenkom. Tipies is die formulering van die hoogste hof van beroep in *Mapenduka v*

(26) 2001 1 SA 251 (OK).

(27) Die howe het dit reeds by herhaling teen die erkening van sogenaamde onherroeplike volmag binne die sekerheidsregtelike figure uitgelaat as dit tot gevolg sou hê dat die sekerheidsreghebbende sonder tussenkoms van die hof beskikkingsbevoegdhede oor die sekerheids-objek sou bekom of vir homself sou toe-eien — sien *Mardin Agency (Pty) Ltd v Rand Townships Registrar* 1978 3 SA 947 (W) en *Tenner v Leeufontein Mines (Pty) Ltd* 1982 4 SA 586 (T). In *Iscor Housing Utility Co v Chief Registrar of Deeds* 1971 1 SA 613 (T) is met die premis in gedagte ook verwys na die sedert die Romeinse reg berugte *pactum commissoria*.

(28) 255A.

Ashington waar met 'n beroep op Voet beslis is dat 'n beding tot *parate eksekutie* wel by pandgewing geldig is mits die werking in belang van alle betrokkenes sou wees(29). In die lig van die beslissing in *Osry v Hirsch, Loubser & Co Ltd*(30) is weliswaar altoos aanvaar dat die aldus bedonge bevoegdheid tot *parate eksekutie* nooit 'n absolute bevoegdheid aan die pandreghebbende verleen nie en dat die pandgewer te enige tyd die hof kan nader om beheer oor die eksekusieverkope van die bates van die pandgewer uit te oefen.

21. In *De Beer v Keyser*(31) wys die hoogste hof van appèl daarop dat in meerdere uitsprake sedert die inwerkingtrede van die Handves bevind is dat statutêr verskanste vorme van *parate eksekutie* onaanvaarbaar is:

„Parate executie occurs where a creditor has the right to sell the property of a debtor in satisfaction of a debt. The principal objection to the practice is that without judicial control the property might be sold by the creditor on terms that are unduly prejudicial to the debtor. Until recently the practice has nevertheless been considered to be unobjectionable where it relates to movable property (*Osry v Hirsch, Loubser & Co Ltd* 1922 CPD 531 at 541-8; *Iscor Housing Utility Co v Chief Registrar of Deeds* 1971 (1) SA 613 (T) at 616B-D) but various statutory forms of *parate executie* have since been held to be constitutionally invalid (*Chief Lesapo v North West Agricultural Bank* 2000 (1) SA 409 (CC); *First National Bank of South Africa Ltd v Land and Agricultural Bank of South Africa*; *Sheard v Land and Agricultural Bank of South Africa* 2000 (3) SA 626 (CC)).”

22. In die *Findevco*-saak gaan die hof iets verder deur ook buite die statutêre gevalle die gemeenregtelike hantering van *parate eksekutie* teen die grondwetlike beginsels te toets en bevind die regter:

„If legislation which allows the attachment and sale of movable goods given as security without recourse to courts is unconstitutional, even where there is no dispute about the debtor's indebtedness, why should the common law allow it? I can see no valid reason why it should. Section 39(2) of the Constitution applies to the interpretation of both legislation and the common law.”(32)

(29) 1919 AD 343.

(30) 1922 CPD 531.

(31) 2002 1 SA 827 (HHA) 838F.

(32) 256E.

In die lig van die uitspraak moet moontlik met groot omsigtigheid omgegaan word met enige beding tot *parate eksekutie* in selfs die klassieke pandregoooreenkomste. Dit mag wees dat ook daardie bedinge in effek nie die toets teen die Grondwet sal kan deurstaan nie. Die haakplek sit in artikel 34 van die Grondwet:

„Elkeen het die reg dat ’n geskil wat deur die toepassing van die reg besleg kan word, in ’n billike openbare verhoor beslis word voor ’n hof of, waar dit gepas is, ’n ander onafhanklike en onpartydige tribunaal of forum.”

Die beroep op ’n oënskynlike ontlening van ’n eksekutorale titel aan ’n onbillike klousule in ’n kredietverleningooreenkoms wat reeds uit sy aard nie gekenmerk word deur ’n gelyke speelveld tussen kredietsoeker en -verlener nie, is bedenklik. Dit lyk te veel na eierigting wat slegs in die „ooreenkoms” verskans is danksy die inherente verhouding van ongelykheid wat die tipiese kredietgewingsooreenkoms oorheers.

Eksekutorale titel moet verkieslik in iedere geval wel van ’n hof verkry word en in belang van die applikant deur die balju uitgeoefen word. In die verband kan ’n hof met ’n beroep op artikel 39(2) van die handves regs wysigend optree deur te bevind dat die gemeenregtelike norme aangepas moet word om in harmonie met die beginsels van die Handves te kom(33).

23. Die „slim” praktisyn mag meen dat hy namens sy mandant die probleem kan omseil deur telkens wanneer dit spreekwoordelik begin brand op die werf van die versuimende kredietopnemer opnuut en afsonderlik met die kredietopnemer „ooreen te kom” dat die kredietverskaffer bepaalde bevoegdhede namens die reghebbende mag uitoefen met inbegrip van die vervreemding van sy bates. Hoewel formeel dan nog binne die *Mapenduka*-uitsondering beweeg mag word, is dit in die lig van die gemelde ongelykheidsverhouding wat die relasie tussen kredietskuldenaar en -krediteur kenmerk, skaats oor dun ys. Uiteraard kan dit ook formeel slegs mits die kredietopnemer nog nie sy handelingsbevoegdhede weens ’n voorlopige sekwestrasiebevel ingeboet het nie en mits die gevolglike „vervreemding” nie in alle geval in stryd met die bepalinge van artikel 30 van die Insolvensiewet sou wees nie.

(33) „By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemene reg of gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte bevorder” -art 39(2).

24. Tereg wys regter Froneman daarop dat indien 'n beding tot *parate eksekutie* ongrondwetlik sou wees, kan selfs 'n „ongrondwetlike” afspraak tussen die partye geen seën in stryd met die grondwet daaraan verleen nie(34).

IV. Terughouding gepas

25. In die lig van die feite van daardie arrest was die beroep op die Grondwet moontlik nie nodig nie. Die verbandgewer was reeds voorlopig gesekwestreer voor beheersverkryging deur die geregsbode van die tersake roerende goed kon plaasvind. Met voorlopige sekwestrasie boet die insolvent reeds sy handelingsbevoegdheid in en kan daarna nie langer regsgeldig enige regshandeling verrig wat nadelige inwerking op sy bates tot benadeling van sy skuldeisers tot gevolg mag hê nie. Die beroep op 'n perfekteringsbevoegdheid was dus ook in die saak mosterd na die maal en dan was dit nie nodig of geregverdig om die menseregte of die grondwet by te sleep nie.

Myns insiens was die beroep op die grondwet om in die bepaalde geval die juiste regsreël te vind nie alleen oorbodig nie, maar ook in beginsel foutief. As daardie vertrekpunt moet seëvier, gaan dit in die toekoms onmoontlik wees om hoegenaamd op 'n perfekteringsklousule 'n sinvolle beroep te doen ook wanneer die ander besware soos dié vervat in die Insolvensiewet of die bedenkinge oor die beskikingsbevoegdheid van die kredietopnemer nie toepaslik is nie. Nog lastiger is dat in die bepaalde geval juis nie buite die howe om geperfekteer is nie, maar juis 'n aansoek by die hof gebring was. Dieselfde het immers ook in die bovermelde *SAPDC*- en *Chesterfin*-sake gebeur sodat die onderliggende artikel 34 van die handves nie aan bot gekom het nie.

V. Wat van eierigting by retensieregte?

26. Ten slotte sal 'n starre beroep op en aanwending van die skans van artikel 34 van die Grondwet in feite enige beroep op 'n retensiereg ook kelder want die *retentor* tree per definisie juis altyd eiegeregtig buite die hof om op wanneer hy met 'n beroep op sy terughoudingsbevoegdheid as opskortingsbevoegdheid weier om beheer oor die saak van die ander as sy skuldenaar af te gee. Deur die eeue is die *ius retentionis* egter in alle verbandhoudende regstelsels as gesanksio-

(34) „If, however, the clause in the bond is invalid (as I consider it is), then it cannot logically be validated by asking the Court to ignore its constitutional invalidity and give effect to it. Courts cannot enforce specific performance of invalid contractual clauses” 2561.

neerde eierigting erken omdat dit as billike en sinvolle alternatief tot omslagtige en duur hofverrigtinge bestempel is en wat dikwels juis die kleinhandwerker wat nie die regsproses kan bekostig nie, help om geregtigheid te laat seëvier(35).

VI. Gevolgtrekking

27. Die aanvullende waarde van 'n handves van regte van die mens as bron van billikheidsbeginsels waarteen betrekkinge geakaats kan word, durf nie ontken word nie. Tog behoort gewaak te word daarteen dat regters wat vir die eerste keer met 'n vir hul vreemde oorhoofse kultuur van menseregte binne 'n handves van regte te doen kry, nie soos pasbekeerdes oorboord gaan en die ou beproefde billikheidsbeginsels waarmee die oeroue rigwaardes van die reg — om 'n billike afweging van botsende belange te bereik — effektief verwesenlik is, versaak ten gunste van die nuwe „menseregte“-geloof nie. 'n Nederlandse of Belgiese hof sal tog sekerlik geen behoefte hê om 'n beroep op die Europese Verdrag tot die Beskerming van die Regte van die Mens [EVRM] te doen as dieselfde resultaat aan die hand van 'n toepassing van die algemeen erkende beginsels van redelikheid en billikheid by 'n afweging van belange van gelyke regssubjekte(36) bereikbaar is nie. Die uitgewerkte privaatrek met 'n eeue-oue tradisie van billike belange afweging hoef in geen regstelsel sonder rede op leen te gaan by die relatiewe nuutvinding van „menseregte” wat eintlik uit die invalshoek van die publiekrek ontspring om aan sy doel van 'n vreedsame ordening van die gemeenskap te voldoen nie. Met Großfeld kan privatiste steeds beweer:

„Die Regelung der weiteren sozialen Wirklichkeit ist nach wie vor die Aufgabe des Zivilrechts, die es an uns als seine Treuhänder weitergibt. In diesem doppelten Sinne wolte ich bei der Besinnung eines Zivilrechtlers vom „Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe” sprechen.”(37)

JC SONNEKUS

(35) Sien JE Fesevur *Retentierecht* (1988), Deventer, Kluwer 15 ev; E Dirix en R de Corte *Zekerheidsrechten* (1996), Antwerpen, E Story-Scientia § 517 ev.

(36) Onderskei egter van 'n posisie tussen gelyke regssubjekte waarvan die verhouding deur hul ooreenkoms binne die beginsel van party-otonomie beheers word, die posisie van ongelykheid indien die staat dwangmatig beperkings op private regssubjekte se regte of bevoegdhede sou plaas — sien Hans Nieuwenhuis se bydrae „Een geheid groeifonds” in 2001:3 *TPR* 1225.

(37) B Großfeld *Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe* (1977), Karlsruhe, CF Müller Juristischer Verlag, 90.