IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(ORANJE VRYSTAATSE PROVINSIALE AFDELING)

Appèlnommer. : A258/2005

In die saak tussen:

EUGENE FREDERICK SAFFY N.O. 1ste Appellant
RUDOLF JOHANNES BRITZ N.O. 2de Appellant
JACOB JOHANNES VAN ZYL N.O. 3de Appellant
NICOLAAS JACOBUS NAUDE N.O. 4de Appellant
JACOBUS MICHIEL BURGER N.O. 5de Appellant
CHRISTIAAN JACOBUS GERHARDUS DREYER N.O. 6de Appellant
CHRISTIAAN JACOBUS POTGIETER N.O. 7de Appellant
HENRY LINDO BUCHNER N.O. 8ste Appellant
(in hulle hoedanigheid as Trustees van die
H & P BUSINESS TRUST, Nr. IT2340/2000)

en

PIETER VILJOEN N.O. 1ste Respondent
ARNO VILJOEN N.O. 2de Respondent
NEIL VILJOEN N.O. 3de Respondent
(in hulle hoedanigheid as Trustees van die
LEEUPOORT FAMILIE TRUST, Nr. IT387/1997)

CORAM: HATTINGH, Wnd RP *et* BECKLEY R *et* CILLIé R

UITSPRAAK GELEWER DEUR: DIE HOF

GELEWER OP: 25 MEI 2006

INLEIDING:

[1] Die appellante was die applikante in die hof *a quo*. Die 1ste en 3de respondente is die trustees van die Leeupoort Familie Trust ("die Trust"). Waar nodig sal die trustees by die naam genoem word.

[2] Die appellante het 'n dringende aansoek geloods vir spesifieke nakoming van 'n opsie-ooreenkoms ("die opsie") ingevolge waarvan die Trust gebonde was om 'n sekere eiendom aan appellante oor te dra nadat appellante inderdaad die opsie uitgeoefen het.

[3] In die hof *a quo* het die respondente drie punte *in limine* geopper. Die eerste punt was dat die trustees nie gesamentlik ooreenkomstig die trustakte opgetree het nie. Meer in die besonder het die hof bevind dat Pieter Viljoen nie behoorlik gemagtig was om namens die Trust die opsie-ooreenkoms te onderteken nie. Die oorblywende twee punte *in limine* is nie deur die Verhoorregter behandel nie en is dit buitendien so vergesog dat dit nie weer in hierdie hof geargumenteer is nie.

[4] Teen hierdie bevinding kom die appellante nou in hoër beroep. Op appèl het Mnr. Knoetze, namens respondente, die

bevinding van gebrek aan magtiging probeer regverdig en nog twee "verweersgronde" geopper. Vervolgens word daar met elkeen van daardie gronde *seriatim* gehandel.

<u>GEBREK AAN 'N MAGTIGING</u>

[5] Hierdie verweer is, nieteenstaande die uitoefening van die opsie deur appellante, op 22 November 2004 en nieteenstaande die pogings van die Trust se regsverteenwoordigers om 'n gedwonge verkoping van die Trust se eiendom af te weer, vir die eerste keer in die beantwoordende verklaring geopper.

[6] Pieter Viljoen was feitlik die alter ego van die Trust en virtueel in beheer daarvan. Soveel so dat hy sonder enige beletsel, en na eie goeddunke, gedurende sy leeftyd skriftelik enige trustee kan ontslaan en iemand anders in sy plek aanstel. (Vergelyk Klousule 5.3.2 van die trustakte).

[7] Ingevolge Klousule 8.2.2 word die besluite van die twee trustees met regskrag beklee, indien daar 'n eenstemmige besluit is "van albei van hulle".

[8] Van besondere belang is klousule 28.2 en 28.4. Hierdie klousules lees soos volg:

> "28.2 'n Besluit wat op skrif gestel en deur al die trustees onderteken is, het dieselfde regskrag as 'n besluit wat op 'n vergadering van trustees geneem is."

> "28.4 Die trustees kan een of meer van hulle magtig om alle dokumente vir amptelike doeleindes wat vir die administrasie van die Trust en ter uitvoering van enige transaksie wat met die Trust se sake verband hou, nodig is, namens die trustees te teken en enige besluit wat deur 'n trustee gesertifiseer is as 'n ware uittreksel uit die notule van 'n besondere besluit van al die trustees, het in alle opsigte die regskrag as 'n besluit wat deur die trustees onderteken is."

[9] Die hof *a quo* het nie na hierdie klousules verwys nie. Dit is gevolglik nie in oorweging geneem nie. Die hof het slegs na Klousule 9 verwys wat handel met die "ondertekening van dokumente". Die tersaaklike Klousule word soos volg verwoord:

> "9.1 Die trustees bepaal welke trustee(s) tekenmagte het ten

aansien van kontrakte, aktes en ander dokumente met betrekking tot trust sake.

9.2 Tekenmagte van die trustees met betrekking tot die Trust se bankrekening word deur die trustee gereël.
9.3 Behoorlik genotuleerde besluit van die trustee is 'n voorvereiste vir enige handeling ingevolge 9.1 en 9.2."

[10] Klousule 28.2 is duidelik en ondubbelsinnig. Dit beteken eenvoudig dat die hou van 'n vergadering deur die trustees nie 'n wesenlike voorvereiste is vir die neem van 'n regsgeldige besluit nie. Wat wel vereis word is dat sodanige besluit op skrif gestel en deur al die trustees onderteken moet word.

[11] Dit beteken ook dat die besluit nie gelyktydig deur die trustees onderteken hoef te word nie. Dit is 'n verstandige klousule wat in die vooruitsig stel dat wanneer een trustee byvoorbeeld oorsee is die Trust nog steeds aan die handelsverkeer kan deelneem sonder dat daar 'n vergadering van trustees belê moet word, solank die besluit op skrif gestel word en eventueel deur al die trustees onderteken is. Dit is 'n eenvoudige klousule wat die vereiste vir die hou van 'n vergadering onnodig maak wanneer beide trustees begerig is dat die Trust op 'n bepaalde wyse moet optree, veral waar die

trustees op dié tersaaklike tyd van optrede fisies van mekaar verwyderd is.

[12] Klousule 28.2 verwys na ‘n besluit wat geneem is buite-om ‘n formele vergadering, en is dit sinneloos om te verwys na die notulering van die besluit geneem in terme van Klousule 28.2. Gevolglik staan Klousule 9 nie in die weg nie van die regsgeldigheid van ‘n besluit geneem deur al die trustees wat later in skrif bevestig en deur hulle onderteken is.

[13] Die besluit wat op ‘n “vergadering” geneem is wat Pieter Viljoen magtig om alle dokumente ten aansien van die opsie-kontrak, namens die Trust te teken is ingevolge Klousule 28.2 regsgeldig en afdwingbaar. Die feit dat daar nooit ‘n “vergadering” gehou was nie is irrelevant. Van belang is die feit dat daar ‘n skriftelike besluit is wat deur beide die trustees onderteken is. Dit maak nie saak wanneer hulle dit onderteken het nie, solank dit maar net onderteken is. Dit is gemene saak dat beide Pieter en Niel die besluit onderteken het.

[14] Daar is geen meriete in die submissie dat die voorskrifte van Klousule 9 die besluit ongeldig maak nie. Word Klousules 8, 9 en 28 saamgelees verkeer hulle in harmonie. Die een klousule beperk en kortwiek nie die ander nie.

Die bevinding van die Verhoorregter dat daar nie die nodige magtiging was nie, kan gevolglik nie staande gehou word nie.

AKADEMIESE APPèL

[15] Mnr Knoetze, namens die respondent, het by sy betoogshoofde aangeheg ‘n afskrif van ‘n dagvaarding wat voorgee deur die appellante teen die respondente uitgereik is uit hierdie Hof op 2 Maart 2006.

[16] In die besonderhede van vordering word deur die appellante beweer dat hulle ‘n skriftelike sessie-ooreenkoms met Nedbank aangegaan het op 16 Januarie 2006 in terme waarvan Nedbank alle eise wat Nedbank teen die Trust het, aan die appellante sedeer. Dit word dan voorts beweer dat die leningsooreenkoms wat Nedbank met die Trust gesluit het, nie nagekom is nie en dat die volle uitstaande bedrag derhalwe vorderbaar en betaalbaar geraak het. Appellante

vorder dan as sessionaris die bedrag van die lening van die respondente as trustees van die Trust. Voorts beweer die appellante in die besonderhede van eis dat hulle as borge van die Trust deur Nedbank aangespreek was vir 'n rentepaaiement wat die Trust versuim het om te betaal en wat die appellante toe verplig was om namens die Trust aan Nedbank te betaal. In die smeekbedes word die kapitaal voormeld asook die rente voormeld dan van die respondente gevorder.

[17] Op grond hiervan betoog mnr Knoetze dat die appèl akademies geword het. Hy voer aan dat omdat die appellante se borgskap teenoor Nedbank die basis van die regshulp waarvoor in die aansoek gevra is vorm, daardie basis vanweë die sessie nou nie meer bestaan nie.

[18] Die toelaatbaarheid daarvan om hierdie feite op so 'n informele wyse onder die Hof se aandag te bring, is nie deur mnr Kemp, namens die respondente, bevraagteken nie. Hy het verkies om die geopperde punt op die meriete daarvan te beantwoord. Die feit dat in hierdie uitspraak die geopperde

punt op appèl oorweeg word, moet gevolglik nie as ‘n presedent vir so ‘n prosedure beskou word nie.

[19] Mnr Kemp, namens die appellante, betoog dat as die appèl slaag, sal die latere aksie verval en nie andersom nie en wel omdat die aansoek eerste in tyd is. Hy verduidelik dat die dagvaarding bloot as voorsorg uitgereik is omdat aspekte soos verjaring ter sprake mag raak en die appellante nie kon voorsien wanneer ‘n hofdatum vir die appèl beskikbaar sou wees nie.

[20] Die betoog van mnr Knoetze verloor uit die oog dat nie alleen die skuldoorsake nie, maar ook die regshulp gevorder in die aansoek wat op appèl is, geheel en al verskil van die regshulp aangevra in die latere dagvaarding. In die aansoek word gevra vir ‘n bevel wat die respondente gelas om oordrag van die tersaaklike onroerende eiendom aan die appellante te bewerkstellig. Dit word gedoen op sterkte van ‘n opsie wat deur die appellante uitgeoefen is. In die latere dagvaarding word die kapitaal en rente verskuldig in terme van die leningsooreenkoms gevorder. Die basis van eersgemelde is

‘n skriftelike opsie-ooreenkoms tussen appellante en die respondente. Die basis van laasgemelde is ‘n sessie van ‘n skriftelike leningsooreenkoms tussen Nedbank en respondente verseker met ‘n verband oor die onroerende eiendom wat die onderwerp van die opsie is.

[21] Vir gemelde redes asook die rede aangevoer deur mnr Kemp kan mnr Knoetze nie gelyk gegee word dat hierdie appèl bloot akademies geword het nie. Trouens, die uitslag van hierdie appèl kan verreikende gevolge ten aansien van die geskil tussen die partye hê. Indien die bevel wat ten aansien van hierdie appèl gemaak word, sou meebring dat die respondente ontoelaatbaar aan dubbele aanspreeklikheid blootgestel word, kan dit as verweer in die aksie geopper word.

PACTUM COMMISSORIUM

[22] Mnr Knoetze het ook, as ’n verdere rede waarom die appèl moet misluk, betoog dat die gesamentlike effek van die opsie en die koopkontrak neerkom op ’n *pactum commissorium*, wat tot gevolg het dat die opsie-ooreenkoms vir daardie rede

onwettig en onafdwingbaar is. Mnr Kemp se houding hieromtrent was dat, desnieteenstaande die feit dat hierdie verweer nêrens in die stukke voorkom of ooit ter sprake was tydens die beredenering van die aansoek voor die Hof *a quo* nie, die respondente nie belet moet word om dit op hierdie stadium te opper nie. Hy het egter betoog dat die betrokke leerstuk nie aanwending vind op die feite in die onderhawige aangeleentheid nie. Ons ag dit derhalwe nodig om te beslis of dit inderdaad aanwending vind al dan nie.

[23] Die *pactum commissorium* was reeds 'n bekende leerstuk in die Romeinse Reg. In **GRAF v BUECHEL** 2003 (4) SA 378 (A) handel Cloete AR met die geskiedenis daarvan, en, in die besonder, die verbod op afdwinging daarvan. Hy verwys na gesag in die Romeinse Reg, na die daaropvolgende situasie in die Romeins-Hollandse Reg en selfs in die hedendaagse Suid-Afrikaanse Reg. (Vergelyk bl. 382 E tot 383 G.) Na aanleiding van die omskrywing van die *pactum commissorium* in die Romeinse Reg van Justinianus (C 8.35 (34).3), die omskrywing in die Romeins Hollandse Reg, soos uiteengesit deur Grotius (Introduction to Roman Dutch Law 2.48.41), Van

Leeuwen, (Censura Forensis 1.4.8.7) en Voet (Commentary on the Pandects, 20.1.25) is dit in ons reg as volg omskryf:

> "(T)he very essence of that pact is that the creditor is entitled to retain the article pledged, however great the value may be, in satisfaction of a debt, however small in amount. And it was because of the harshness and injustice of such an arrangement made with the debtor in straitened circumstances that the Emperor Constantine decreed that such pacts should for the future be prohibited."

Per Solomon AR in **<u>SUN LIFE ASSURANCE COMPANY OF CANADA v KURANDA</u>** 1924 AA 20 te 24.

[24] In **<u>MEYER v HESSLING</u>** 1992 (3) SA 851 (NMS) handel Mahomed Wnd AR, soos hy destyds was, met die leerstuk as volg te bl. 863 par. H – 864 par. B:

> "The classical example of a *pactum commissorium* which the common law refuses to countenance arises from an agreement in terms of which the lender of money secures the debt of the borrower through a mortgage or pledge over the property of the borrower and there is a stipulation that, if the money so loaned is

> not paid on due date, the lender would be entitled to become the owner of the security pledged or mortgaged, regardless of its value. The public policy objection to this kind of arrangement seems to be based on two grounds. The first ground is that such an agreement is oppressive to the borrower because his position is weaker than that of the lender at the time when the agreement is entered into and such an agreement gives to the lender the unfair advantage of being able to take for himself property far in excess of the *quantum* of the loan when the date for the payment of the loan arrives and the borrower is unable to repay. The second objection is that such an agreement would often result in *parate executie* or some other form of self-help without recourse to the Courts."

[25] In **GRAF v BUECHEL**, *supra*, omskryf Cloete AR dit as volg:

> "A *pactum commissorium* in the context of a pledge is an agreement that, if the pledgor defaults, the pledgee may keep the security as his own property. Such an agreement was prohibited in the Roman Law by the Emperor Constantine early in the fourth century A.D."

[26] Mnr Kemp het daarop gewys dat die verbod nie van toepassing in sekere gevalle is nie, te wete

(a) waar die *pactum* beoog dat die skuldeiser die pand mag oorneem teen 'n ooreengekome prys (Voet, *op cit*, par. 20.1.21 en *ex parte* Mabunya, 1905 (20 SC 165) en,

(b) waar die skuldeiser die pand mag behou met die toestemming van die skuldenaar. (Van Leeuwen, *op cit*, par. 4.8.7 en **Mapenduka v Ashington** 1919 AA 343 te 353.)

Dit is egter duidelik dat die uitsonderings voormeld nie aanwending vind op die feite in die onderhawige aansoek nie.

[27] Dit blyk duidelik uit al die beslissings waarin die *pactum commissorium* ter sprake is dat dit slegs aanwending vind waar die een party 'n pandreg of verband oor 'n ander se eiendom het. Trouens, die erkenning van die verbod het juis ten doel om die pandskuldenaar in 'n ongunstige bedingingsposisie ten tyde van die aangaan van die leningstransaksie teen 'n hardvogtige skuldeiser te beskerm. In die onderhawige geval is daar egter geen sprake dat die appellante enigiets van die respondente in pand hou of 'n verbandhouer is oor eiendom van die respondente nie. Die enigste regsverhouding tussen die partye is dat die appellante 'n opsie-ooreenkoms het ingevolge waarvan hulle geregtig sal

wees om die vaste eiendom van die respondente te koop, indien die respondente nie hul verpligtinge teenoor Nedbank, synde die skuldeiser, nakom nie.

[28] Inaggenome die volgende faktore, meen ons dat die verbod in die onderhawige saak geensins aanwending vind nie:

(a) Die verhouding tussen die partye is nie ’n verhouding tussen skuldeiser en skuldenaar nie;

(b) Die appellante is nie in besit van die eiendom van die respondente nie;

(c) Die appellante hou allermins die eiendom as sekuriteit; en

(d) Vanweë die feit dat die appellante nie ’n leningsooreenkoms met die respondente aangegaan het nie, was die appellante nooit in ’n posisie van ’n hardvogtige skuldeiser nie, en was die respondente ook nie *vis-a-vis* die appellante in ’n ongunstige bedingingsposisie nie. Daar is geen sprake daarvan dat die appellante op enige wyse of op enige stadium aangedring het op die invoeging van sekere terme in die leningsooreenkoms tussen die respondente en die bank nie.

[29] Hierdie leerstuk is duidelik nie op die onderhawige feitestel van toepassing nie. Dit kan ook nie, soos wat die betoog lui, aanwending as verweersgrond dien nie.

[30] (a) Gevolglik slaag die appèl met koste.

(b) Die bevinding van die Hof *a quo* word omver gewerp.

(c) 'n Bevel in terme van smeekbedes 2, 3 en 4 van die Kennisgewing van Mosie word toegestaan.

G.A. HATTINGH, Wnd RP

Ek stem saam.

A.P. BECKLEY, R

Ek stem saam.

____

C.B. CILLIé, R

Namens die appellante:	Advokaat Kemp J. Kemp SC In opdrag van: Honey en Vennote BLOEMFONTEIN
Namens die respondente:	Advokaat B. Knoetze SC In opdrag van: Andries Spangenberg Ingelyf BLOEMFONTEIN

/em