

SAFLII Note: This case was originally published by Juta and Company (Pty) Ltd. Juta retains copyright as far as it subsists.

**IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(TRANSVAALSE PROVINSIALE AFDELING)**

In die saak tussen:

EIGHT KAYA SANDS

APPELLANT

V

VALLEY IRRIGATION EQUIPMENT

RESPONDENT

Parallel citation: 2003 (2) SA 495 (T)

Coram: van der Walt R, Van der Westhuizen R en Preller Wn R

Heard: August 9, 2000

Judgment: April 4, 2001

UITSPRAAK

Case Information

Appèl teen 'n beslissing van 'n enkel Regter in die Transvaalse Provinsiale Afdeling.

Die feite blyk uit die uitspraak.

P J van Blerk SC namens die appellant.

A B Rossouw namens die respondent.

Cur adv vult.

Postea (4 April 2001).

Judgment

Van der Walt R: Die onderliggende feite in hierdie appèl is kortliks die volgende; die feite blyk volledig uit die uitspraak van die Hof a quo wat hiermee saamgelees moet word.

Die respondent is die eienaar van sekere masjinerie wat op alle tersaaklike tye op die appellant se perseel was. Die masjinerie was op die perseel gebring vir die gebruik deur 'n huurder van die perseel, wat toe

2003 (2) SA p499

VAN DER WALT R

gelikwadeer is, en 'n volgende huurder, New Africa Moulders (Pty) Ltd, het daarna ingetree met 'n nuwe huurkontrak met appellant.

Die huurder, New Africa, het ook die gebruik/huur van die masjien met toe stemming van die respondent voortgesit. New Africa het ook sy huurkontrak verbreek en agterstallig geraak met betaling van huurgeld aan appellant.

'n Skikking is bereik tussen appellant en New Africa wat 'n nuwe huurkontrak daarstel en wat 'n novasie is van die ou skuld uit die vorige huurkontrak.

Ook hierdie nuwe huurkontrak is deur die huurder, New Africa, verbreek deur versuim om tydig betalings te maak. Ingevolge die ooreenkoms is die huurder, New Africa, uitgesit uit die perseel uit. Op 18 Oktober 1998 is die huurder, New Africa, op aansoek van die appellant op 20 Oktober 1998 gelikwadeer. Die appellant het besit van die verhuurde perseel na uitsetting teruggeneem.

Uit hoofde van die agterstallige huurgeld verskuldig deur die huurder, New Africa, aan appellant het daar 'n stilswyende hipoteek ontstaan ten gunste van appellant as verhuurder oor die roerende goed van die huurder op die perseel. Deel van die roerende goed was gemelde masjinerie die eiendom van respondent.

Respondent het aanvanklik met die wete dat die masjinerie op appellant se perseel is, nagelaat om appellant in kennis te stel dat appellant en nie die huurder nie, eienaar is van die masjinerie.

Op 3 Desember 1998, indien nie vroeër nie, is appellant egter per brief namens respondent in kennis gestel dat die masjinerie die eiendom van respondent is alhoewel dit nog steeds op die perseel van appellant was. Die appellant het geweier dat respondent die masjinerie, die eiendom van respondent, van die perseel verwyder. Die likwidateur van New Africa het egter tot die verwydering toegestem, met ander woorde geen aanspraak gemaak op die masjinerie as eiendom van die huurdermaatskappy in likwidasie nie.

Respondent doen nou aansoek om lewering van die masjinerie en die appellant bring 'n teenaansoek vir 'n verklarende bevel dat die masjinerie onderhewig is aan die stilswyende hipoteek van appellant en dat respondent belet word om die masjinerie te verwyder.

Die Hof a quo gelas die lewering van die masjinerie aan respondent en wys die teenaansoek van die hand.

Die regsvraag wat hieruit ontstaan is die volgende.

Die aard van 'n stilswyende hipoteek - is dit sonder meer 'n saaklike reg ter versekering van die verskuldigde huur op die roerende goed op die perseel, of is dit slegs 'n reg tot beslaglegging wat eers as saaklike reg gevestig word deur 'n beslagleggingsbevel deur die hof uitgereik.

Wat goed van derdes betref, verval die verhuurder se aanspraak op daardie goedere indien hy voor beslaglegging deur die eienaar van die goed van sy eiendomsreg in kennis gestel word? Indien wel, verval dit geheel of slegs vanaf die tyd wat die verhuurder in kennis gestel is?

Waar die verhuurder besit van die verhuurde perseel terugneem en roerende goed is op die perseel moet hy steeds 'n beslagleggingsbevel verkry of het hy 'n reg om daardie goed as sekerheid vir betaling van die

2003 (2) SA p500

VAN DER WALT R

huurgeld te hou insluitend dié van die derde party bloot omdat hy die perseel en die goedere in sy besit het?

Is die reg tot beslaglegging bloot 'n meegaande reg met die stilswyende hipoteek of is daar inderdaad geen retensiereg sonder 'n beslagleggingsbevel nie?

Wat gebeur wanneer die hof soos in onderhawige geval gelyktydig oor die aansprake van die eienaar van die goed en van die verhuurder moet beslis?

Watter verskil - indien enige - maak die likwidasie/sekwestrasie van die huurder aan die lotgevalle van die roerende goed?

Die aard van die sogenaamde stilswyende hipoteek 'Hypotheca - ae (f)' in Latyn het oorspronklik geslaan op 'n pand of sekerheidstelling ten aansien van onroerende goed. 'Pignus' daarteenoor het geslaan op roerende goed.

In Sakereg van C G van der Merwe (1979) op 439 skryf die outeur in 'n historiese oorsig:

"n Derde Romeinsregtelike vorm van saaklike sekerheidstelling was hypotheca, wat as sekerheidstelling of ondersetting vertaal kan word. Omdat nòg eiendom nòg besit van die sekerheidsvoorwerp oorgedra is, is dit ook "besitlose pand" genoem. Aanvanklik, is hypotheca slegs in verband met die huur van grond gebruik. Dit was toe 'n vorm van sekerheidstelling waarvolgens die huurder van grond 'n sekerheidsreg ten aansien van sogenaamde *invecta et illata*, dit wil sê vee, slawe en landbougereedskap wat deur die huurder op die grond gebring is, verkry het ter versekering van die betaling van huurgeld. Later is hierdie vorm van saaklike sekerheidstelling ook buite die huurreg toegepas en het dit ten aansien van eniges saak, nie slegs *invecta et illata* nie, gegeld. Aanvanklik kon die skuldeiser slegs met behulp van besitsinterdikte verhinder dat die sekerheidsvoorwerp van die perseel van die skuldenaar verwyder word, maar deur die toedoen van die praetor het hy 'n saaklike aksie verkry wat hom in staat gestel het om die sekerheidsvoorwerp ook in die hande van derdes, selfs die wat die saak *bona fide* verkry het, op te volg.

In die latere klassieke reg het die instellings *pignus* en *hypotheca* volkome saamgesmelt.'

Vergelyk Joubert (red) *The Law of South Africa* band 17 (1ste heruitgawe) paras 437 en 439.

Soos blyk uit die oorsig in *The Law of South Africa* band 17 para 547 is die enigste oorblywende stilswyende hipoteek uit die gemenereg wat tans nog by ons geld die stilswyende hipoteek van die verhuurder ten aansien van die roerende goed van die huurder op die verhuurde perseel vir agterstallige huurgeld. Dit geniet ook erkenning kragtens art 85(1) van die *Insolvensiewet* 24 van 1936.

Die aard en omvang van hierdie stilswyende hipoteek word behandel in die rigtinggewende uitspraak in *Webster v Ellison* 1911 AD 73 waar elk van die vyf Appèlregters 'n eie uitspraak geskryf het. Die ratio is dat om die hipoteek regsrag te gee daar as algemene reël op die roerende goed beslag gelê moet word terwyl dit nog op 'n verhuurde perseel is. Word die roerende goed egter verwyder en nie onmiddellik op beslag gelê nie verval die hipoteek.

Daar moet op gelet word dat normaalweg kom 'n pand oor roerende goed en verband oor onroerende goed deur 'n ooreenkoms tussen die

VAN DER WALT R

partye tot stand. Maar by die stilswyende hipoteek is daar geen sodanige ooreenkoms nie.

Verder geld die hipoteek ten aansien van die roerende goed op die perseel wat deur die huurder daar gebring is òf as sy eie goed òf as goed wat deur hom gebruik word. As dit die goed van 'n ander persoon as die huurder is en die skyn word deur daardie persoon geskep dat die goed aan die huurder behoort dan is daardie goed ook onderhewig aan die hipoteek van die verhuurder. Die hipoteek geld ook net wanneer en tot die mate wat die huurder agterstallig is met die huurgeld. Ten aansien van die roerende goed van 'n ander persoon geld die hipoteek net tot op die tydstip waarop die verhuurder in kennis gestel word dat die goed aan 'n derde, en nie aan die huurder nie, behoort.

By insolvensie/likwidasië van die huurder, uit hoofde van die bepalings van die Insolvensiewet 24 van 1936 en wel art 85 is die verhuurder se eis vir betaling van huurgeld 'n eis wat voorkeur geniet bo ander skuldeisers uit hoofde van die stilswyende hipoteek.

Dit moet egter in gedagte gehou word dat die balju kragtens art 19 van die Insolvensiewet op die roerende goed beslag gelê het en dat al die bates by insolvensie, ook roerende goed, oorgaan in besit van die kurator ingevolge art 20. Alhoewel dit voldoende is om die verhuurder teenoor ander skuldeisers voorkeur te verleen ten aansien van sy eis om agterstallige huurgeld, is dit onvoldoende om beslaglegging ooreenkomstig die hipoteek teenoor derdes wat op die roerende goed aanspraak maak daar te stel. Indien 'n derde soos in die onderhawige aansoek na vore kom en sy masjinerie opeis moet die verhuurder sy hipoteek bevestig het deur 'n hofbevel wat op die masjinerie beslag lê.

Dit is na my mening ondoenlik om 'n beslagleggingsbevel aan te vra na die derde as werklike eienaar die feit van sy eienaarskap aan die verhuurder bekend gemaak het. Daar moet onthou word dat ten aansien van agterstallige huur die huurder die skuldenaar en die verhuurder die skuldeiser is. Die huurooreenkoms waaruit die skuld ontstaan bestaan tussen daardie twee partye. Vir daardie skuld van agterstallige huurgeld gee die stilswyende hipoteek aan die skuldeiser/verhuurder 'n reg tot beslaglegging om 'n saaklike reg te vestig oor die roerende goed van die skuldenaar/huurder as sekerheidstelling vir betaling van die agterstallige huurgeld.

'n Derde party wie se roerende eiendom tot beskikking van die huurder op die verhuurde perseel gestel is en wat daardeur die skyn skep dat die goed aan die huurder behoort stel daardie goed ook bloot aan die stilswyende hipoteek van die verhuurder. Sodra die derde sy eiendomsreg in die goed aan die verhuurder bekend maak, dan verander die regsverhoudinge. Die skyn het verdwyn. Daar is geen regsverbintenis tussen die derde as eienaar en die verhuurder as skuldeiser van die huurder nie. Daar kan dan geen regverdiging wees daarvoor dat die eiendom van 'n derde moet dien ter sekerheidstelling van die skuld van die huurder nie. Die enigste manier waarop dit wel kan geskied is dat dit skyn van die huurder se eiendomsreg bestaan het totdat daar op die goed as oënskynlike eiendom van die huurder deur die verhuurder regtens beslag gelê is.

2003 (2) SA p502

VAN DER WALT R

Is daardie beslaglegging nie uitgevoer voor die skyn verdwyn het nie, dan moet die verhuurder die goedere aan die werklike eienaar laat toekom.

Namens appellant is betoog, onder andere, dat solank die goedere op die verhuurde perseel bly dan het die verhuurder 'n sterker aanspraak daarop as die eienaar, al is daar geen geregtelike beslaglegging deur die verhuurder uitgevoer nie.

Myns insiens is dit 'n poging om die hipoteek sonder 'n meegaande beslaglegging te verhef tot 'n soort van retensiereg of pand. 'n Retensiereg kan dit egter nie wees nie - dit val in geen kategorie van retensieregte nie. Pand kan dit ook nie wees nie want daar is geen ooreenkoms tot pandgewing nie. Sonder geregtelike beslaglegging het daar ook nie 'n volwaardige saaklike reg oor die roerende goed ontstaan nie.

Na my mening het hierdie betoog geen meriete nie.

Verder is betoog dat die beslaglegging slegs nodig is om te keer dat die roerende goed van die verhuurde perseel verwyder word en nie om geldigheid aan die hipoteek as saaklike reg te gee nie. Die argument is egter selfvernietigend. As die hipoteek volle regsrag as saaklike reg het dan is geen beslaglegging nodig nie. Die saaklike reg geld teenoor almal, waar die roerende goed ook al mag wees.

Beslaglegging kan geen verdere regsrag aan die saaklike reg verleen nie. Ook hierdie betoog gaan nie op nie.

Na my mening op die feite van hierdie saak is die uitspraak van die Hof a quo korrek en onderskryf ek dit en word die appèl met koste van die hand gewys.

Preller Wn R: Ten spyte van die omvang van die rekord was die feite van die saak vir praktiese doeleindes gemene saak. Dit word volledig genoeg uiteengesit in die uitspraak van die Hof a quo en hoef nie hier herhaal te word nie. Ek noem slegs die kern daarvan:

Die respondent is die eienaar van 'n groot en waardevolle masjien wat op die appellant se grond gestaan het vir etlike jare. Die masjien was te alle tersaaklike tye gehuur van die respondent deur 'n maatskappy wat intussen gelikwideer is. Die maatskappy het ook die grond van die appellant gehuur. Op 27 Februarie 1998 het die landdros 'n beslagleggingsbevel ingevolge art 32 van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 toegestaan ten gunste van die appellant en op 2 Maart 1998 het die balju ter uitvoering daarvan beslag gelê op die maatskappy se invecta et illata op die huurperseel, wat die masjien ingesluit het. Die Hof a quo het bevind dat die appellant sy hipoteek daarmee 'geperfekteer' het. Op 11 Mei 1998 is verstekvonnis toegestaan teen die maatskappy vir agterstallige huurgeld. Die partye het daarna 'n ooreenkoms aangegaan wat die skuld waarvoor die vonnis toegestaan is noveer het en die huurverhouding voortgesit het. Ingevolge die skikking is ook 'n bedrag betaal wat waarskynlik voldoende was om aan die vonnis te voldoen. Die maatskappy het in Junie 1998 weer agterstallig geraak met sy huurgeld en agterstallig gebly totdat die maatskappy in Oktober 1998 op aansoek van die appellant gelikwideer was. Die appellant het met toestemming van die likwidateur besit geneem van die grond, waar die masjien steeds

2003 (2) SA p503

PRELLER WN R

gestaan het. Dit is blykbaar 'n artikel wat nie oornag verwyder kan word nie en dit het daar bly staan vir so lank as wat relevant is.

Ten spyte van 'n mate van onduidelikheid daaroor, meen ek nie dat die appellant voor ongeveer Desember 1998, en toe daar reeds weer 'n aansienlike bedrag huurgeld agterstallig was, verneem het dat die masjien nie aan die gelikwideerde maatskappy behoort nie. Die argument is voor ons ook op daardie basis gevoer. In November 1998 het die respondent begin stappe neem om besit van sy masjien terug te kry. Die likwidateur het die respondent meegedeel dat hy nie daarop aanspraak maak nie en dat, wat hom betref, die respondent dit kan verwyder. Sy houding is egter irrelevant sover dit die dispuut tussen die appellant en die respondent betref. Mens kry die indruk dat die appellant nie geweet het wat om te

doen nie en aan die begin verdragingsaktiek toegepas het, maar wat vasstaan is dat die appellant nooit toegestem het dat die masjien van die perseel verwyder word nie. Op 20 Januarie 1999 het hy selfs probeer beslag lê op die masjien, nie ter versekering van sy hipoteek nie, maar in eksekusie van die voormelde vonnis. Die ondeugdelikheid van hierdie poging blyk verder daaruit dat die maatskappy toe reeds in likwidasie was, en die appellant in elk geval geweet het dat die masjien nie aan die maatskappy behoort nie.

In Januarie 1999 het die respondent 'n dringende aansoek gerig tot die Hof a quo vir lewering van sy masjien, waarop die appellant geantwoord het met 'n teenaansoek om:

- (a) 'n verklarende bevel dat die masjien onderhewig is aan sy stilswyende verhuurdershipoteek, en
- (b) 'n interdik wat die respondent verbied om die masjien van die perseel te verwyder.

Indien dit geslaag het sou die teenaansoek dus 'n behoorlike 'perfektering' van die verhuurder se stilswyende hipoteek, volgens die Hof a quo se siening, daargestel het.

As rede vir die dringendheid van die aansoek het die respondent aangevoer dat hy in Desember die masjien vir byna R700 000 verkoop het aan Duys Engineers en dat hy die masjien aan sy koper moes lewer ten einde te verhoed dat die kontrak gekanselleer word. Daar was dus geen lewering aan die koper nie, eiendomsreg het nie oorgegaan nie, en die situasie soos uiteengesit in Webster v Ellison 1911 AD 73 op 84 het nooit ontstaan nie. Dit was ook nie die respondent se saak in die Hof a quo of voor ons nie.

Die aansoek om lewering van die masjien is toegestaan en die teenaansoek is afgewys, beide met koste. Soos ek die uitspraak lees was die redes daarvoor die volgende:

1. Voor perfektering van die hipoteek het die verhuurder geen saaklike reg oor die betrokke goed nie, en is die hipoteek niksseggend.
2. Voor perfektering het die verhuurder geen reg om die huurder te verhinder om die goed van die perseel te verwyder nie. Sy weiering om die masjien te lewer is onregmatig.
3. Die appellant steun op sy verhuurdershipoteek wat ontstaan het toe die huurgeld agterstallig geraak het en wat geperfekteer is met

2003 (2) SA p504

PRELLER WN R

die beslaglegging op 2 Maart 1998. Ingevolge Landdroshofreël 41(7)(e) verval so 'n beslaglegging egter na vier maande soos beslis is in *Letsoho Developers (Pty) Ltd v Messenger of the Magistrate's Court, Alberton, and Another* 1993 (2) SA 634 (W) op 636D.

4. Artikel 85(2) van die Insolvensiewet 24 van 1936 help die appellant ook nie, want dit het nie betrekking op die goed van derdes nie, soos beslis in *Kleinsakeontwikkelingskorporasie Bpk v Santambank Bpk* 1988 (3) SA 266 (K).

5. Sonder perfektering het die appellant geen saaklike reg op die goed nie. Hy het geen reg om besit van die goed te neem nie en sy weiering om die masjien te lewer is in alle opsigte onregmatig. Sy teenaansoek kan dus nie slaag nie.

Punte 1, 2 en 5 hang af van die status van 'n hipoteek wat nie geperfekteer is deur 'n beslaglegging nie. Dit is die kern van my verskil van die siening van die Hof a quo, en dit is miskien gerieflik om punte 3 en 4 eerste te oorweeg.

Die derde punt moet ook staan of val by die siening dat 'n beslaglegging 'n vereiste is vir die afdwingbaarheid van die hipoteek, maar die Hof a quo het daarbenewens 'n bevinding gemaak oor die gevolge van sekere bepalinge in die Landdroshowereëls. Artikel 31 van die Landdroshowewet skep die bekende outomatiese huurgelde interdik wat ingesluit kan word in 'n dagvaarding waarin huurgeld gevorder word, en art 32 skep 'n aparte prosedure ingevolge waarvan op aansoek magtiging verleen kan word vir 'n beslaglegging op roerende goed wat op die huurperseel is en onderhewig is aan die verhuurder se hipoteek. Landdroshofreëls 41 en 42 handel met tenuitvoerlegging teen roerende goed. Reël 42(3) bepaal dat 'n beslaglegging op goed ingevolge art 32 van die Wet, mutatis mutandis op dieselfde wyse geskied as 'n beslaglegging in tenuitvoerlegging. Die bepaling gaan oor die wyse waarop die beslaglegging gedoen moet word en nie oor die effek of die verdere lotgevalle daarvan nie.

Reël 41 beskryf in die eerste drie subreëls (waarvan daar 11 in totaal is) presies hoe die balju te werk moet gaan wanneer hy 'n beslaglegging doen en subreël (4) bepaal dan:

'(4) Sodra die balju die voorgaande voorskrifte van hierdie Reël nagekom het, word die goed aldus deur hom geïnteriseer geag geregtelik op beslag gelê te wees.'

Dit kan kwalik duideliker gemaak word dat die beslaglegging daarmee voltooi is.

(Sien ook Letsoho Developers (supra op 635B).)

Dit is die punt waar die toepaslikheid van Reël 41 op beslagleggings ingevolge art 32 [wat bepaal word deur Reël 42(3)] eindig. Benewens Reël 41(5) wat voorskryf dat die balju daarna 'n afskrif van sy inventaris aan die eksekusieskuldenaar moet oorhandig, bevat die res van die subreëls voorskrifte oor die verwydering en bewaring van die goed en oor die verkoping in eksekusie. Reël 41(7)(e) bepaal dat tensy die balju anders gelas word deur 'n hofbevel, of daar 'n verkoping hangende is, die balju die goedere na twee maande moet vrylaat van die beslaglegging. Subreëls (6) tot (11) het dus met die wyse van die beslaglegging niks te

2003 (2) SA p505

PRELLER WN R

doen nie en word nie deur Reël 42(3) van toepassing gemaak op 'n beslaglegging ingevolge art 32 nie.

Die Hof a quo het die volgende passasie aangehaal uit Letsoho Developers (supra op 636D):

'Moreover, on a plain reading, Rule 42(3) does apply Rule 41(7)(a) to a s 32 attachment, as it must also apply the rest of Rule 41(7) to the same. If it were not so, where is the messenger to find directions as to the manner of his attachment, his right to force entry and his duties in making an inventory and so on. Accordingly I find that Rule 41(7)(a) does apply in this case. . .'

en sê dan: 'Na my beskeie mening is hierdie siening korrek en ek stem daarmee saam.'

Ek stem met eerbied nie daarmee saam nie om die volgende redes:

1. Die duidelike bewoording van Reël 42(3) maak slegs die wyse van beslaglegging, dws die inhoud van subreëls (1) tot (3) van Reël 41 van toepassing op beslagleggings ingevolge art 32.
2. Die balju vind sy voorskrifte omtrent die wyse van sy beslaglegging en sy plig om 'n inventaris op te stel in Reël 41(1) en sy reg om, desnoods met geweld, toegang te kry in Reël 41(2).

3. Die enigste instruksies wat ter sprake is in Reël 41(7) is instruksies van die eksekusieskuldeiser om die goedere wat in beslag geneem is te verwyder en wat met die wyse van beslaglegging niks te doen het nie.
4. Dit kan nie die bedoeling wees om so 'n radikale ingreep op die gemeenregtelike regte van die verhuurder te maak met 'n terloopse bepaling oor prosedure in 'n hofreël nie.

Die gevolge van 'n beslaglegging ingevolge art 32 moet elders gevind word as in Reël 41.

My gevolgtrekking is dus dat die beslaglegging van 2 Maart 1998 nie outomaties deur tydsverloop verval het soos bepaal in Landdroshofreël 41(7)(e) nie. Vir sover 'n beslaglegging nodig was om die hipoteek te perfekter het die appellant se reg daardie verhoogde status bereik met die beslaglegging van 2 Maart 1998. Selfs die beslissings en die skrywers wat die sterkste staan op die nodigheid om 'n hipoteek te perfekter oorweeg nie die vraag of daardie status weer verlaag word tot 'n waardelose reg indien die beslaglegging opgehef of om een of ander rede sou verval nie. Die vierde punt hierbo is blykbaar geopper voor die Hof a quo.

Artikel 85(1) bepaal dat geen ander hipoteek as die van die verhuurder enige preferente reg verleen teenoor 'n insolvente boedel nie. Subartikel (2) bepaal dan die mate van preferensie wat 'n verhuurder geniet: hy kry preferensie oor 'n voorwerp wat aan die hipoteek onderworpe is vir hoogstens drie maande se huurgeld in die geval waar die huur maandeliks betaalbaar is. Die artikel bepaal die regte wat die verhuurder in vergelyking met ander skuldeisers teen die insolvent het en raak derdes glad nie.

In hierdie geval is die huurder insolvent en nie die eienaar van die masjien (die respondent) nie. Artikel 85 en die Insolvensiewet het met hierdie saak niks te doen nie. Artikel 85(2) plaas wel 'n beperking op die verhuurder se regte in geval van die insolvensie van sy huurder, maar

2003 (2) SA p506

PRELLER WN R

origens raak sy insolvensie nie die bestaan van die hipoteek nie - Fryer v Farquhar's Trustee 1879 Buch 226.

Voordat ek kom by die oorweging van die aard en inhoud van die verhuurder se reg wys ek daarop dat die regte van die huidige partye teenoor mekaar iets anders is as wat geld tussen 'n huurder en 'n verhuurder. Dit is so dat, ten spyte van die ontstaan

van die verhuurder se hipoteek sodra daar agterstallige huurgeld is, die huurder nog steeds na willekeur goedere op die perseel kan bring en verwyder. Sien bv die posisie van 'n handelaar, soos bespreek op 100 - 1 van Webster v Ellison (supra) en Goldinger's Trustee v Whitelaw & Sons 1916 TPD 230 op 239. Daardie reg van die huurder spruit uit sy reg om die huurperseel te benut ingevolge die huurkontrak, waarvan die bestaan nie geraak word deur die feit dat daar huurgeld agterstallig is of 'n hipoteek ontstaan het nie. Die respondent as eienaar van die masjien het nooit dieselfde reg van toegang tot die perseel gehad as die huurder of die reg om na willekeur sy goed te verwyder nie, temeer nog nadat die huurkontrak gekanselleer is en die appellant besit van die perseel verkry het. Dit lyk met eerbied of die Hof a quo hierdie belangrike onderskeid uit die oog verloor het. Op bl 8 van sy uitspraak maak die geleerde Regter die volgende opmerking:

'Voor perfektering van die hipoteek vestig geen saaklike reg in die betrokke roerende goed nie en het die verhuurder geen reg om die huurder te verhinder of te verhoed om roerende goedere van die huurperseel te verwyder nie. Des te meer geld hierdie reël ten aansien van die eiendom van derdes in die besit van die huurder en wat op die huurperseel is.'

Die gelikwideerde huurder van die grond was reeds sedert Oktober nie meer in besit van die grond nie, en die masjien was nie meer in sy besit nie, maar in die besit van die verhuurder. Die eienaar van die masjien het nooit 'n reg gehad om die perseel te betree nie, en sy posisie verskil van die van die handelaar waarna hierbo verwys is. Die appellant se besitname van die perseel en ook van die masjien wat toevallig daarmee saamgekom het was regmatig en hy was geregtig om daarin te volhard totdat die respondent by wyse van 'n suksesvolle rei vindicatio geregtig word op besit van die masjien. Sien Olivier and Havenga v Moyes 1916 OPD 40 op 43.

Dit handel die tweede sin van punt 5 hierbo af, en dit bring my by die oorweging van die aard van die verhuurder se regte.

Oor sekere aspekte van die hipoteek was daar geen dispuut voor ons nie en dit is miskien raadsaam om hulle hier aan te stip:

(a) Die stilswyende hipoteek ontstaan deur regswerking en onafhanklik van enige ooreenkoms tussen die partye, sodra en vir solank as huurgeld agterstallig is. Dit is gemeensaak dat die huurder agterstallig was met sy huur toe die likwidasiebevel in Oktober toegestaan is.

(b) Die hipoteek strek oor al die invecta et illata van die huurder op die huurperseel en onderhewig aan sekere kwalifikasies wat tans nie tersake is nie, ook oor die goed van derdes wat op die huurperseel aanwesig is. (Dit was, behoudens die aspek van kennis waarmee later gehandel word, nie die saak van die respondent dat die onderhawige masjien op grond van enige van die bogenoemde

2003 (2) SA p507

PRELLER WN R

kwalifikasies nie aan die appellant se stilswyende hipoteek onderhewig is nie.)

(c) Die derde se aanspreeklikheid is 'n uitsondering op die reël dat 'n skuldeiser nie eksekusie kan hef teen die goed van 'n derde nie. Joubert (red) The Law of South Africa band 17 (eerste heruitgawe) para 552; Van der Merwe Sakereg op 700; MacKay Bros v Cohen 1894 (1) OR 342 op 344. Hierdie uitsondering op die reël het om geldige redes ontstaan in die evolusieproses van die betrokke regsfiguur, en as dit as beginsel aanvaar word is dit makliker om vrede te maak met die ietwat onverteerbare gedagte dat die goed van 'n (relatief) onskuldige derde moet instaan vir die skuld van die huurder. Die uitsondering word tradisioneel geregverdig op die basis van die stilswyende toestemming van die derde dat sy goed onderhewig sal wees aan die hipoteek. Bloemfontein Municipality v Jacksons Ltd 1929 AD 266. Die hedendaagse neiging skyn te wees om dit te regverdig op grond van die skyn wat die eienaar verwek: LAWSA (supra para 552); De Wet en Van Wyk Die Suid-Afrikaanse Kontrakereg en Handelsreg 5de uitg op 364 - 5.

(d) As dit vasstaan dat die goed van die derde onderhewig is aan die hipoteek, word dit oor presies dieselfde kam geskeer as die goed van die huurder. Sien Lazarus v Dose (1884 - 85) 3 SC 42 op 43. Hierdie stelling is onderhewig aan sekere kwalifikasies wat nie nou ter sake is nie bv dat die derde se goed slegs dien as sekuriteit vir sover die huurder se goed nie voldoende oplewer om die huurgeld te betaal nie.

(e) Dit moet beklemtoon word dat die hipoteek nie die derde se goed tref as die verhuurder weet dat daardie goed nie aan die huurder behoort nie.

Mnr Rossouw het namens die respondent aangevoer dat die effek van die kennis wat die appellant in Desember 1998 opgedoen het, is dat die hipoteek retrospektief vernietig word. Hy het bevestigend geantwoord op my vraag of dit beteken dat as 'n

verhuurder op pad is na die landdroshof met sy stukke om 'n interdik ingevolge art 31 of 32 van die Landdroshofwet te verkry, die derde sy hele hipoteek kan verydel deur hom 'n briefie in die hand te stop waarin hy meegedeel word dat die goed nie aan die huurder behoort nie. Mnr Van Blerk het aan die ander kant aangevoer dat kennis wat aan die verhuurder gegee word van die derde se eienaarskap, die derde wel beskerm teen aanspreeklikheid vir verdere huurgeld wat agterstallig mag raak, maar geen effek het op sy aanspreeklikheid vir agterstallige huurgeld wat reeds opgeloop het voor die kennisgewing hom bereik het nie. Mnr Rossouw het egter in die aanvullende betoog wat hy op ons versoek ingedien het, hierdie standpunt laat vaar en ons verwys na die beslissings in *Noble v Heatley* 1905 TS 433, en *Goldinger's Trustee v Whitelaw & Sons* 1916 TPD 230, wat mnr Van Blerk se standpunt steun.

In *Noble v Heatley* het die presiese punt wat hier oorweeg word opgeduik: Op 2 Februarie het huurgeld agterstallig geraak terwyl die betrokke meubels op die huurperseel was. Op 14 Februarie gee die eienaar kennis van sy reg aan die verhuurder, wat op 20 Februarie

2003 (2) SA p508

PRELLER WN R

die huurder dagvaar vir die agterstallige huurgeld en op 9 Maart vonnis neem. Die Hof (Innes HR en Solomon R) beslis dat die kennis wat op 14 Februarie aan die verhuurder gegee is, nie sy hipoteek raak wat reeds op 2 Februarie ontstaan het nie. Dit is 'n uitspraak van 'n Volle Regbank van hierdie Afdeling wat reeds vir byna 'n eeu gevolg word en waarvan die logika onaanvegbaar is.

De Wet en Van Wyk Kontraktereg en Handelsreg 5de uitg op 365 voetnoot 66 steun hierdie standpunt maar met 'n beroep op *Mackay Bros v Eaglestone* 1932 TPD 301. Soos ek die verslag lees het die verhuurder egter reeds op die goedere beslag gelê voordat die eienaar hom van sy reg in kennis gestel het, en die beslissing is dus neutraal.

Aan die einde van hulle argument het ons die advokate versoek om skriftelike argument aan ons voor te lê oor sekere aspekte. My formulering van die vrae wat ons aan hulle gestel het is die volgende:

1. Wat is die aard en inhoud van die verhuurder se regte ingevolge sy stilswyende hipoteek?

2. Ondergaan die inhoud van daardie reg 'n verandering deur die beslaglegging? Anders gestel kan gevra word of die reg 'geperfekteer' word deur so 'n beslaglegging.
3. Die derde vraag, wat eintlik volg uit die vorige twee, is of so 'n beslaglegging nodig is vir beskerming van die huurder se regte waar hy reeds in besit is van die goedere en wat steeds op die huurperseel is.
4. Watter effek het 'n kennisgewing van die derde se belang op die verhuurder se hipoteek?
5. Kan die derde sy goed opvorder met die rei vindicatio waar die verhuurder in besit is daarvan en steun op sy hipoteek? Anders gestel kom dit daarop neer of die aansoek dan wel die teenaansoek moes geslag het.

Ek meen dat die eerste drie vrae gerieflik saam oorweeg kan word.

Van der Merwe Sakereg 2de uitg op 604 ev klassifiseer stilswyende hipoteke onder saaklike sekerheidsregte en sê (op 605) dat die houer van 'n saaklike sekerheidsreg 'n beperkte saaklike reg ten opsigte van die betrokke voorwerp kry ter versekering van sy skuld. LAWSA band 17 para 547 sê die volgende:

'Roman-Dutch law accorded tacit hypothecs, that is real rights of security arising by operation of law . . . to a wide variety of persons. These real rights of security . . . operated without . . . registration or possession of the subject-matter by the creditor. . . .'

(Klem bygevoeg.)

In *Lieberman v Guardian Assurance and Trust Co of Port Elizabeth* 1909 TS 1050 verwys Innes HR (miskien obiter) driekeer na die verhuurder se reg as 'n 'real right'. Ek oorweeg die toonaangewende beslissing in *Webster v Ellison* 1911 AD 73 meer volledig hieronder.

Laastens het mnr Rossouw in sy aanvullende skriftelike argument (para 3.6.1 daarvan) ook tot die gevolgtrekking gekom dat 'n stilswyende hipoteek 'n saaklike sekerheidsreg is.

Ek meen dat daar geen twyfel is nie dat die verhuurder se stilswyende
2003 (2) SA p509

PRELLER WN R

hipoteek aan hom 'n saaklike reg verleen wat hy teen die wêreld kan afdwing. Wat presies die inhoud van daardie reg is, is egter 'n ander vraag.

Die meeste van ons handboekskrywers vermeld dat 'perfektering' van die hipoteek nodig is voordat die verhuurder die 'voordeel' daarvan kan geniet. Die skrywers word gelys in die Kleinsake-saak supra op 270. Ek kon egter by geeneen van hulle 'n volledige oorweging vind van die herkoms van die vereiste van perfektering en die effek daarvan op die inhoud van die verhuurder se reg nie. Hulle menings kom soms met respek ietwat ondeurdag voor en is soms gebaseer op 'n wanbegrip van gerapporteerde uitsprake. As voorbeeld verwys ek na die volgende stelling in Cooper Landlord and Tenant 2de uitg op 193:

'Upon the hypothec coming into operation a lessor does not acquire a real right in the invecta et illata.'

(Die 'coming into operation' geskied sodra huurgeld verskuldig raak - op 192.) In voetnoot 272 verwys die geleerde skrywer na Webster v Ellison (supra op 94) as gesag vir sy stelling. Op die gemelde bladsy maak Solomon R die opmerking:

'In other words, his right, in my opinion, is not a real right over the goods, but a personal right against the person who removed them',

wat op die oog af staving is vir die skrywer se standpunt. Die aanhaling wat Solomon R in bogenoemde passasie parafraseer, en ook die aanhaling uit Voet 20.2.3 wat voorkom in die volgende paragraaf van die uitspraak, maak dit egter duidelik dat wat die geleerde Regter oorweeg die (moontlike) persoonlike reg is van die verhuurder om te eis dat die huurder die goed wat hy (moontlik onregmatig) verwyder het, moet terugbring, en nie die aard van sy hipoteek nie. Die tersaaklike deel wat die geleerde regter aanhaal uit Voet 20.2.3 lees:

'. . . (A)nd, therefore, only a personal obligation is imposed on the tenant for their actual replacement in order that the right of pledge may be removed by and after such replacement.'

(Die woord 'removed' is 'n skryffout en moet lees 'renewed'.)

'n Ander voorbeeld is die volgende stelling in De Wet en Van Wyk Kontraktereg op 365 voetnoot 69:

'Alhoewel daar al in D 20.2 van stilswyende hipoteek (hypotheca) of pand (pignus) gepraat word, het mens nie met 'n hipoteek of pand te doen nie, maar met 'n pandingsreg of beslagleggingsreg.'

Geen gesag word vir die stelling aangehaal nie maar dit strook met die twyfel uitgespreek deur Hertzog R in Leech v Gardiner 15 Cape Law Journal 206, of die

stilswyende hipoteek enigiets meer is as in pandingsreg. Sy twyfel is egter uitdruklik verwerp in die toonaangewende uitspraak Webster v Ellison (supra op 94).

Die gesag wat die skrywers aanhaal vir hulle standpunt is hoofsaaklik die volgende: Voet 20.2.3; Webster v Ellison (supra); Reddy v Johnson 1923 NPD 190; Frank v Van Zyl 1957 (2) SA 207 (K); Elliott Bros (EL) (Pty) Ltd v Smith 1958 (3) SA 858 (OK); Isaacs v Hart & Henochsberg (1887) 8 NLR 18; en Goldberg v Lubber's Trustee 1911 TPD 254.

Ek is nie van plan om die beslissings volledig te ontleed nie en volstaan met enkele opmerkings.

2003 (2) SA p510

PRELLER WN R

Webster v Ellison en die vertolking daarin van Voet 20.2.3 word later meer volledig oorweeg.

In Reddy v Johnson ('n uitspraak deur drie Regters) kom die volgende voor op 194:

'It seems to me therefore that although, without the intervention of the court, the lien does exist over goods on the premises, it is not effectual to prevent their removal without due attachment. . . .'

Dit is 'n herhaling van die bekende beginsel dat die goed vryelik verwyder kan word voordat daar 'n beslaglegging is, en dit sê allermens dat daar geen reg is voor beslaglegging (of 'perfektering') nie. Die stelling strook ten volle met die betekenis van 'effectual' (die term wat Voet gebruik, sien infra) soos vertolk in Webster v Ellison.

In Frank v Van Zyl vind ek geen gesag vir enigiets meer as die aanvaarde beginsel dat die hipoteek verval as die goed voor beslaglegging van die perseel verwyder word nie. Die beslissing neem die vraag niks verder as Webster nie.

Elliott Bros gaan oor arts 31 en 32 van die Landdroshowewet en neem die saak nie verder nie.

Isaacs v Hart: Soos ek die beslissing verstaan gaan dit nie verder as Voet se stelling dat beslaglegging nodig is om die hipoteek 'effectual' te maak nie. Ek bespreek dit verder wanneer ek Webster oorweeg hieronder.

In Goldberg v Lubber's Trustee sê Mason R op 258 die volgende:

'The preference which the landlord has arises from his tacit or legal hypothec, and that resembles in many respects a mortgage of movables without delivery.'

Die geleerde Regter gaan dan voort om die reg van die huurder om te handel met die goed en die verval van die hipoteek met die verwydering van die goed uit die perseel te oorweeg, en maak die stelling dat die verhuurder sy hipoteek kan beskerm deur die proses van praecusio, in die plek waarvan hedendaags 'n proses van beslaglegging of interdik gestel is. Dit strook ten volle met die uitspraak van Innes R in Webster en ek vind in die uitspraak geen aanduiding dat 'perfektering' nodig is voordat die verhuurder 'n saaklike reg verkry nie.

Op 270H in Kleinsake merk Tebbutt R op dat al die skrywers vir hulle standpunt steun op Webster en dit strook met wat ek in die handboeke lees.

Die Hof a quo se bevinding word saamgevat in die volgende passasie op bl 10 reëls 16 - 27 van die uitspraak:

'Ek bevind dus dat die beslaglegging van 2 Maart 1998 verval het en dat die perfektering van die verhuurdershipoteek insgelyks verval het. Die gevolg is dat eerste respondent geen saaklike reg op die masjien gevestig het nie. Die eerste respondent het geen reg om applikant te verhoed om besit daarvan te neem nie. Sy weiering om die masjien aan applikant te lewer is in alle opsigte onregmatig. Ek het reeds bevind dat eerste respondent geen saaklike reg op die masjien gevestig of verkry het nie en dus is eerste respondent ook nie geregtig op die verklarende bevel nie.'

Dit volg na die volgende passasie op bl 7 reël 25 tot bl 8 reël 10:

'Die eerste respondent voer aan dat sy verhuurdershipoteek gevestig het op die masjien toe huurgelde agterstallig geword het. Op daardie stadium was die eerste respondent onbewus van applikant se eiendomsreg in die masjien. Dit is

2003 (2) SA p511

PRELLER WN R

natuurlik korrek maar die hipoteek is niksseggend tot tyd en wyl die hipoteek geperfekteer is deur 'n beslaglegging. Voor perfektering van die hipoteek vestig geen saaklike reg in die betrokke roerende goed nie en het die verhuurder geen reg om die huurder te verhinder of te verhoed om roerende goedere van die huurperseel te verwyder nie. Des te meer geld hierdie reël ten aansien van die eiendom van derdes in die besit van die huurder wat op die huurperseel is.'

Die Hof a quo verwys as gesag na die beslissings van Webster in Kleinsake (supra) en ook na Barclays Western Bank Ltd v Dekker and Another 1984 (3) SA 220 (D). Laasgenoemde beslissing is gegee op die basis dat die eienaar van die goed nie die nodige toestemming gegee het dat die goed onderhewig raak aan die hipoteek nie, soos vereis in Bloemfontein Municipality v Jacksons Ltd 1929 AD 266. Die Hof het verder beslis dat die beslaglegging op die insolvent se bates deur die kurator nie 'n voldoende beslaglegging was om die huurder se hipoteek te 'perfekteer' oor die bates van derdes nie. Sien ook Kleinsake (supra).

Ek het reeds daarop gewys dat die Hof a quo moontlik nie duidelik onderskei het tussen die goed van die huurder en van die derde nie. Die masjien was deel van die invecta et illata en dus onderhewig aan die appellant se stilswyende hipoteek, wat hy nie verplig was om sonder slag of stoot prys te gee nie. Die huurder was in likwidasie, en het nie meer die reg gehad om op die perseel te kom en gaan soos hy wou nie, en die likwidadeur het te kenne gegee dat hy nie aanspraak maak op die masjien nie.

Verder meen ek nie dat die gemelde twee beslissings gesag is vir die proposisie dat die appellant geen reg gehad het wat beskerming verdien nie en dat hy nie geregtig was om sy besitsreg teenoor die respondent uit te oefen nie.

Soos ek die uitspraak in Kleinsake lees doen dit nie afbreuk aan my begrip van die beginsels wat neergelê is in Webster nie. Daar is ook 'n belangrike beginselverskil tussen die feitestel wat voor Tebbutt R gedien het en die onderhawige: In Kleinsake het die geregsbode heeltemal wettig en reëlmatig die betrokke masjiene ingevolge 'n hofbevel vanaf die huurperseel verwyder voor 'perfektering' en daarmee het die verhuurder se hipoteek verval. Ek meen terloops met eerbied dat die advokaat heeltemal korrek was in sy submitisie soos weergegee op 270J - 271B in Kleinsake, naamlik dat as Webster v Ellison versigtig nagelees word, dit geen gesag is vir die stelling dat 'n hipoteek geperfekteer moet word voordat dit enige waarde het nie. Ek meen verder dat selfs as Tebbutt R hom gelyk gegee het, dit geen verskil aan die uitspraak behoort te maak het nie. Dit sou 'n ander saak gewees het as die verhuurder in daardie saak 'n interdik teen die verwydering van die masjiene verkry het voordat die geregsbode daar opgedaag het met sy lasbrief. As hy die masjiene verwyder het in stryd met die interdik sou iets soortgelyk ontstaan het aan die situasie gekontempleer in Voet 20.2.3 soos bespreek deur Solomon R op 94 - 5 in Webster.

Ek stem met eerbied volkome saam met die siening van Tebbutt R dat

' . . . die applikant toe die masjiene nog op die perseel was, of terwyl hulle daaruit verwyder geword het, daarop beslag moes gelê het óf deur die verkryging van 'n interdik óf by wyse van 'n bevel van beslaglegging. Dit is gemene saak dat 'n

2003 (2) SA p512

PRELLER WN R

bevoegde hof nie die applikant se stilswyende hipoteek perfek gemaak of gevestig of bevestig het nie',

onderhewig daaraan dat met die tweede sin nie meer bedoel word nie as dat daar geen hofbevel was wat verwydering van die masjiene verbied het nie. Die feite van die saak bied 'n goeie illustrasie van die swakheid van die verhuurder se saaklike reg, naamlik dat dit veral as die goed van die huurperseel verwyder word. In die huidige geval was daar voor die respondent se rei vindicatio geen bedreiging vir die appellant se besit nie en die masjien was te alle relevante tye in besit van die verhuurder en op die huurperseel. As Tebbutt R bevind het (wat ek nie meen die geval is nie) dat die verhuurder geen reg of 'n waardelose reg het sonder 'n 'perfektering', sou ek met eerbied van hom verskil het.

Die sienswyse wat volgens die geleerde Regter vir meer as driekwart van 'n eeu as korrek aanvaar is (op 271E - F), is die van Lord De Villiers HR in Webster v Ellison (aangehaal op 271C), naamlik:

'To render this hypothec effectual it is necessary to attach the property.'

Om te bepaal wat die gevolg is van 'n 'effectual' making van die hipoteek is dit nodig dat Webster v Ellison versigtig nagelees word, soos die advokaat voorgestel het in Kleinsake.

Die feite in Webster v Ellison was kortliks dat die huurder van plaasgrond 'n aantal skape wat aan die verhuurder se hipoteek onderhewig was, aan 'n derde verkoop en gelewer het. Die skape is van die plaas verwyder voordat daar enige beletsel was om dit te doen en die verhuurder het twee dae nadat hy daarvan te hore gekom het, aansoek gedoen om 'n beslaglegging op die skape ingevolge die reg van 'quick pursuit' wat toe nog in Natal gegeld het. Die uitspraak het primêr gegaan oor die geldigheid van daardie Natalse gebruik, maar in die proses is heelwat aandag gegee aan ander aspekte van die hipoteek. Die onderskeidende faktor dat die skape van

die plaas verwyder is, moet in gedagte gehou word. Elk van die vyf Regters het sy eie uitspraak gelewer.

Lord De Villiers HR het verwys na die volgende passasie in Voet 20.2.3 (Gane se vertaling):

'We must remember that now with us and in many other countries the tacit hypothec in respect of the *invecta et illata* is not effectual unless the goods are sequestrated (*praeclaudantur*) by public authority while they are on the premises, or unless, while the tenant removes them, they are attached . . . in the very act, as it were, of removal. . . .'

Op 84 vind hy dan:

'The sheep had not been attached before their removal; and without such attachment the landlord's hypothec was ineffectual as against purchasers, without notice of the landlord's claim.'

Die geleerde Hoofregter sê nie wat die effek daarvan is dat die hipoteek nie 'effectual' is nie (behalwe dat daar dan geen beletsel teen die verwydering van die skape bestaan nie, wat een van die erkende eienskappe van hierdie regsfiguur is), maar dit blyk allermens dat hy die verhuurder se reg as waardeloos beskou.

Tweedens, impliseer die woorde 'without notice of the landlord's claim' aan die einde van laasgenoemde aanhaling dat teen 'n koper wat kennis gehad het van die verhuurder se aanspraak, die hipoteek selfs sonder beslaglegging nie 'ineffectual' sou wees nie.

2003 (2) SA p513

PRELLER WN R

Innes R oorweeg die herkoms en inhoud van die hipoteek op 86 - 8 van die uitspraak. Hy merk op dat, hoewel die verhuurder 'n voorkeur sou geniet by 'n concursus creditorum, 'n hipoteek oor 'n ongedefinieerde universitas van weinig praktiese nut is sonder 'n middel om dit af te dwing. 'n Beslaglegging hou dus die voordeel in dat die goed wat aan die hipoteek onderhewig is geoormerk word en bewaar word, waarna die verhuurder 'n voorkeur geniet oor hulle opbrengs.

Van belang is ook dat die geleerde Regter op 87 met verwysing na sy eie uitspraak in *Lieberman v Guardian Assurance Co* (supra) opmerk dat sonder die reg op beslaglegging sodra die huurgeld agterstallig raak, dit moeilik is om te sien hoe anders die verhuurder sy hipoteek effektief kan beskerm en dat die hipoteek nie veel

waarde het sonder die reg van beslaglegging nie. Klaarblyklik bestaan die hipoteek dus reeds voor die beslaglegging.

Dit lyk ook of Innes R die siening van Hertzog R in *Leech v Gardiner* 15 Cape Law Journal 206 dat die verhuurder slegs 'n pandingsreg verkry, betwyfel (op 87).

Solomon R verwerp dit egter uitdruklik op 94.

Op 88 oorweeg Innes R Voet se stelling in 20.2.3 dat die hipoteek sonder 'n beslaglegging nie 'effectual' is nie, en interpreteer die passasie soos volg:

'But a perusal of the whole passage shows that what the writer intended to convey was that the hypothec, before attachment, had no force against third persons; in other words, that without attachment there was nothing to prevent third parties acquiring rights in the goods which would nullify the hypothec . . . , so that Voet also, though he is more emphatic than any other writer as to the necessity for attachment, regards attachment as a remedy accessory to the hypothec not as a step necessary for its constitution.'

(Klem bygevoeg.) Hierdie passasie strook nie met die beweerde leerstuk na verwys in 270C - 271B van Kleinsake nie, naamlik dat die hipoteek eers gevestig word of tot stand kom met die beslaglegging. As dit so sou wees wonder 'n mens wat dan die aard van die reg moet wees wat outomaties ontstaan sodra die huurgeld agterstallig raak.

My siening word verder bevestig deur die geleerde Regter se aanhaling (op 91) uit *Burton's Insolvent Law* tot die effek dat die hipoteek uitgeoefen moet word deur 'n beslaglegging voordat die goed van die perseel verwyder word, want as die goed verwyder word voor beslaglegging is die regte van die verhuurder verlore. Watter 'regte' sal dan verval as dit nie die reg van 'n hipoteek is nie?

Innes R se siening dat die hipoteek 'n saaklike reg is wat bestaan reeds voor enige beslaglegging blyk ook uit sy ander uitsprake. Ek het reeds hierbo verwys na *Lieberman* en dit blyk verder uit die volgende passasie uit sy uitspraak in *Alexander v Burger* 1905 TS 80:

'It is clear that if the goods had remained on the premises Alexander would have had a lien on them; but it is equally clear that the landlord's lien only lasts, as a general rule, while the goods are on the leased premises.'

Benewens die uitdruklike verwerping van die standpunt van Hertzog R in *Leech v Gardiner* waarna hierbo vermeld, verkeerd vertolk word deur Cooper in *Landlord and Tenant*, gaan die uitspraak van Solomon R meer

2003 (2) SA p514

PRELLER WN R

bepaald oor die Natalse praktyk van hakkejag. Hy deel egter die duidelike standpunt van Innes R omtrent die aard van die verhuurder se reg.

In sy uitspraak op 102 bevestig C G Maasdorp R ook uitdruklik die vertolking van Innes R hierbo van Voet 20.3.3. Sy oorweging van die reg van 'n winkelier om sy besigheid te bedryf ten spyte van die bestaan van die hipoteek en van die vergelykbare posisie van 'n boer (op 100 en 101) is insiggewend. Ook sy slotsom op 101 dat die hipoteek van die verhuurder verval sodra 'n bona fide koper van die goedere dit van die huurperseel verwyder het, is onbestaanbaar met die gedagte dat die verhuurder geen regte het voor beslaglegging nie.

De Villiers RP konsentreer in sy uitspraak op die beginsel mobilia non habent sequelam en bevind op 106 dat dit nie nodig is om te beslis oor die vraag of die hipoteek reeds voor of eers na beslaglegging tot standkom nie. Sy opmerking op 105 dat 'n hof sal gelas dat 'n huurder wat goed verwyder met die doel om die verhuurder se hipoteek te verydel gelas sal word om dit terug te bring, strook ook nie met die gedagte dat die hipoteek eers met beslaglegging gevestig word nie.

Indien die beslissing noukeurig gelees word is dit beslis nie gesag vir die standpunt dat 'perfektering' nodig is voordat die verhuurder se hipoteek vestig nie. Die teendeel is die geval.

My gevolgtrekking is dat die verhuurder, sodra huurgeld agterstallig raak en vir so lank as dit agterstallig bly, 'n beperkte saaklike sekerheidsreg verkry oor die invecta et illata van die huurder, waarby onder gepaste omstandighede die goed van 'n derde ingesluit is. Hoewel dit 'n saaklike reg is, is dit minder omvangryk as bv eiendomsreg en ook onseker in die sin dat die objek van die reg van dag tot dag kan wissel (bv die voorraad in 'n winkel) en dat die huurder die reg heeltemal kan verydel deur selfs voor die oë van die verhuurder die goed van die perseel te verwyder sonder dat hy iets daaraan kan doen. Die verhuurder kan nie eiereg toepas nie, en sy enigste remedie is om 'n interdik of beslagleggingsbevel te verkry en blykbaar ook te beteken voordat die goed hulle bestemming bereik. Aan die ander kant geniet hy egter die volkome beskerming van 'n saaklike reg vir so lank as die goed op die huurperseel bly. Sien ook Olivier and Havenga v Moyes (supra op 44 en 46).

In die onderhawige geval het die appellant op presies daardie reg van hom staatgemaak toe hy geweier het om die masjien af te gee, toe hy die respondent se

aansoek bestry het en toe hy sy teenaansoek ingestel het. Dit was hy volkome geregtig om te doen ingevolge die retensiereg wat hy op die masjien gehad het. Olivier and Havenga (supra op 43).

Dit beantwoord die eerste drie vrae wat ons aan die advokate gestel het, en die antwoord op die vierde vraag word verskaf in Noble v Heatley waarna reeds hierbo verwys is. Ek sou wou byvoeg dat dit onakkuraat is om te praat van die 'perfektering' van die hipoteek, omdat die inhoud van die reg reeds volkome is wanneer dit ontstaan en die latere beslaglegging of interdik slegs dien ter beskerming daarvan. Dit lyk of die gedagte van perfektering 'n kontaminasie is wat oorgewaaie het van die twee verwante regsfigure van pand en notariale verband.

Die advokate se aanvullende betoog het nie veel lig gewerp op die vyfde vraag nie. Mnr Rossouw het sy argument gegooi oor dieselfde boeg

2003 (2) SA p515

PRELLER WN R

as die Hof a quo se gevolgtrekking dat die appellant se besit nie regmatig was nie, en dus moes swig voor die respondent se rei vindicatio. Die likwidateur het geen aanspraak gemaak op 'n reg om op die perseel aan te bly nie, en ook nie op besit van die masjien nie, omdat hy geweet het dat dit nie aan die maatskappy behoort nie. Die appellant was volkome geregtig om besit van die masjien te hou en te steun op sy hipoteek. Ek kan geen rede sien waarom voorkeur verleen moes word aan die respondent se rei vindicatio nie. Sien Marais v Andrews 1914 TPD 290.

My gevolgtrekking is dat die Hof a quo verkeerd was met punte 1, 2 en 5 wat hierbo gelys is en dat die appèl behoort te slaag met koste. Hoewel mnr Van Blerk alleen voor ons verskyn het, was hy bygestaan deur 'n kollega toe die betoogshoofde voorberei is. Ek meen dat die omstandighede van hierdie saak die dienste van 'n tweede advokaat regverdig. Ek sou dus die volgende bevel maak:

- (a) Die appèl slaag met koste, wat die koste van twee advokate insluit.
- (b) Die bevel van die Hof a quo word tersyde gestel en vervang met die volgende:

- '1. Die aansoek word afgewys met koste.
- 2. 'n Bevel ingevolge bedes 2.1 en 2.2 van die respondent se teenaansoek word toegestaan met koste.'

Appellant se Prokureurs: Bloch, Gross & Genote. Respondent se Prokureurs: Van Zyl, Le Roux & Hurter Ing.

SAFLII Note: This case was originally published by Juta and Company (Pty) Ltd. Juta retains copyright as far as it subsists.