Bib.
104/93

SAAKNOMMER: 659/91
J VD M

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPèLAFDELING)

In die saak tussen:

A-TEAM DRANKWINKEL BK	Eerste Appellant
T J H POTGIETER	Tweede Appellant

en

P D G BOTHA NO	Eerste Respondent
H S FAURIE NO	Tweede Respondent

CORAM: BOTHA, MILNE, NIENABER, ARR *et* VAN COLLER, HARMS, Wnd ARR

VERHOORDATUM: 11 MEI 1993

LEWERINGSDATUM: 30 AUGUSTUS 1993

U I T S P R A A K

HARMS, Wnd AR:

Die tweede appellant is die likwidateur van

die eerste appellant, 'n beslote korporasie ("die beslote korporasie") wat op 12 November 1990 gelikwideer is. Die respondente is die mede-trustees van die Botha & Faurie Trust. Die appèl is teen 'n bevel van Spoelstra R gerig wat in die Transvaalse Provinsiale Afdeling op aansoek van die huidige respondente 'n verklarende bevel met koste uitgereik het waarin verklaar is dat:

> "'n hipoteek oor die bates, insluitende die dranklisensie, wat die onderwerp was van die koopkontrak van 28 April 1989, aangegaan deur die Botha & Faurie Trust en Eerste Respondent [die beslote korporasie], by die likwidasie van Eerste Respondent ingevolge die bepalings van artikel 84 van die Insolvensiewet, Wet No 24 van 1936, ten gunste van die Botha & Faurie Trust gevestig het."

Die verhoorregter het die nodige verlof tot appèl toegestaan.

Die respondente, as trustees van die trust,

was die houers van 'n drankwinkellisensie ten aansien van 'n perseel te Brits en het as sodanig 'n drankwinkelbesigheid sedert ongeveer Maart 1988 aldaar onder die naam A-Team Drankwinkel bedryf. Gedurende Februarie 1989 het ene Van der Merwe belang begin stel om die besigheid te bekom. Skynbaar is 'n mondelinge ooreenkoms bereik waarvolgens 'n te stigte beslote korporasie die besigheid sou koop. Van der Merwe het 'n deposito van R375 000 betaal en op 4 Maart 1989 die besigheid oorgeneem. Op daardie stadium was die dranklisensie nog in die naam van die respondente, was die beslote korporasie nog nie gestig nie en was 'n skriftelike kontrak nie gesluit nie. Die terme van die mondelinge ooreenkoms waarkragtens die deposito betaal en die besigheid oorgeneem is, blyk nie uit die stukke nie.

Nadat die beslote korporasie met Van der Merwe as enigste lid opgerig is, is 'n skriftelike

koopkontrak tussen die beslote korporasie (deur Van der Merwe verteenwoordig) en die trust gesluit. Dit was op 28 April 1989. Die drankwinkel is as lopende saak vir R735 000 verkoop. Ten spyte van die datum van ondertekening, bepaal die kontrak dat die gemelde deposito van R375 000 "sal in kontant na aanvaarding en ondertekening hiervan deur die Verkoper, op 3 Maart 1989" in trust aan 'n agent betaal word vir oorbetaling aan die verkoper op die effektiewe datum van die kontrak, naamlik 4 Maart 1989. Hieruit, en uit wat volg, kan geredelik afgelei word dat die skriftelike stuk reeds (ten dele) voor 3 Maart opgestel was en dat die partye gehandel het asof die kontrak toe reeds geteken was. Hoe dit ook al sy, die balans koopsom moes in sestig gelyke paaiemente betaal word.

Die koopsaak is, volgens die aanhef tot die koopkontrak: die drankwinkel as lopende saak tesame met alle lisensies, klandisiewaarde, toerusting, toebehore

en handelsvoorraad. (Die handelsvoorraad se prys was egter apart beding en apart betaalbaar.) In klousule 2 is genotuleer dat die besigheid kragtens 'n geldige dranklisensie en handelslisensie bedryf is, is die toerusting en toebehore gelys, is gemeld dat die boekskulde nie by die koop ingesluit is nie en is gestel dat vir die doeleindes van die res van die ooreenkoms 'n verwysing na die drankwinkel ook alle lisensies en klandisiewaarde insluit.

Van besondere belang vir die trustees se aanspraak is klousule 8 wat bepaal dat ten spyte van lewering aan die koper die eiendomsreg "in die besigheid en sy bates" in die verkoper gevestig bly totdat alle bedrae wat ingevolge die ooreenkoms verskuldig is, vereffen is. Hierdie klousule het dus beoog dat die eiendomsreg van ook die klandisiewaarde en die dranklisensie voorbehou word. Ook van belang is klousule 16.1. Dit bevat 'n sg. "spesiale voorwaarde"

en verg dat voor die effektiewe datum (soos reeds gesê, 4 Maart 1989)

> "moet voldoen word aan die bepalings soos vereis deur enige beheerliggaam, watter onderafdeling of paragraaf van hierdie ooreenkoms ook van toepassing is, om wetlike gesag te verleen aan die behoorlike oordrag van eienaarskap".

Toe die kontrak byna twee maande later onderteken is, was die partye daarvan bewus dat die oordrag van die dranklisensie nog nie bewerkstellig was nie. Inderdaad het die trustees, op wie die plig om aansoek om oordrag te doen statutêr gerus het (vgl art 45 van die Drankwet 87 van 1977), nie eens 'n aansoek in dier voege gerig nie. 'n Tydelike lisensie is aan die koper gedurende Junie 1989 uitgereik terwyl die sertifikaat van oordrag van die trust se dranklisensie 14 September 1989 gedateer is.

Soos gemeld, is die koper veertien maande

later gelikwideer. Op daardie stadium was R282 000 ten aansien van die koopsom van die besigheid nog uitstaande. Die trustees het die besigheid ingevolge hulle voorbehoue eiendomsreg opgeëis. Hoewel dit nie uitdruklik gesê is nie, is dit duidelik dat die kontrak gekanselleer is. Die partye het toe heel verstandig ooreengekom dat ten spyte van die trustees se aanspraak die besigheid ten beste verkoop sou word, die opbrengs deur die likwidateur in trust gehou sou word hangende die beslegting van die geskil en dat, indien ten gunste van die trustees beslis word, hul regte beperk sou word tot die volle betaling van die balans koopsom met rente en dat enige oorskot aan die beslote korporasie sou toeval asof art 84 van die Insolvensiewet 24 van 1936 daarop van toepassing was. Die besigheid is, met uitsluiting van die voorraad, vir R369 000 verkoop.

Waarskynlik die belangrikste gevolg van 'n sekwestrasie of likwidasie is dat die insolvent se

boedel ophou om aan hom te behoort en op die kurator of likwidateur oorgaan (art 20(1)(a)). Indien 'n insolvent die besit van enige goed verkry het, en die kurator of likwidateur dit opeis, word daardie goed geag aan die boedel te behoort tensy die teendeel bewys word (art 24(2)). Wat dus bepaal moet word, is waar ten tye van die likwidasie van die beslote korporasie die eiendomsreg in die drankbesigheid gesetel het.

Namens die appellante is betoog dat klousule 16.1 'n opskortende voorwaarde is, dat die voorwaarde nie vervul is nie omdat die lisensie nie vóór die effektiewe datum oorgedra is nie en dat die ooreenkoms derhalwe verval het. Omdat geen kontrak tot stand gekom het nie, moet restitusie, volgens die betoog, plaasvind, maar omdat die besigheid reeds verkoop is vir minder as wat klaar aan die verkoper betaal is, moet die trustees die verskil aan die likwidateur terugbetaal. Aangesien daar geen teenaansoek vir 'n terugbetaling is

nie, kan die appellante natuurlik nie die regshulp wat op hierdie betoog moet volg, kry nie. Spoelstra R het veronderstel dat die bepaling 'n opskortende voorwaarde daarstel maar het bevind dat aangesien die beslote korporasie die besigheid oorgeneem het voor die vervulling van die voorwaarde en die partye die aangeleentheid later in die reine gestel het, die beslote korporasie van die voorwaarde afstand gedoen het. Namens die appellante is die uitspraak op hierdie aspek aangeveg met 'n beroep op klousule 13.2 van die kontrak wat bepaal dat 'n vergunning of tegemoetkoming van 'n party "ten opsigte van die nakoming deur daardie ander party van enige van sy verpligtinge ingevolge hierdie ooreenkoms" nie op 'n afstanddoening van e g party se kontraksregte neerkom nie. Hierdie klousule staan m i nie in die weg van die resultaat van die verhoorhof nie. Die vervulling van 'n opskortende voorwaarde is per definisie nie 'n nakoming van 'n

kontraksverpligting nie omdat dit die ontstaan van die kontrak voorafgaan. Sien Jurgens Eiendomsagente v Share 1990 4 SA 664(A) 674E-675B. So ook het 'n afstanddoening daarvan geen effek op die kontraksregte van die eerste party nie. Dit volg dus dat ek van oordeel is dat Spoelstra R korrek was in sy beoordeling van hierdie deel van die saak.

Dit is ook namens die appellante betoog dat die trust sy aanspraak op teruglewering van die koopsaak verbeur het vanweë die toepassing van leerstukke van ex turpi causa non oritur actio en in pari delicto potior est conditio possidentis. (Sien oor die algemeen De Wet & Van Wyk, Kontraktereg & Handelsreg 5e uitg vol 1 bl 89-92.) Dit is naamlik voorgehou dat die ooreenkoms tussen die partye in stryd was met die bepalings van art 69 en art 191 van die Drankwet van 1977 of met art 148 van die Drankwet 27 van 1989 (wat ook op kontrakte van toepassing is wat voor die inwerkingtreding van dié wet

gesluit is). Art 69 het die bedryf van 'n dranksaak deur iemand anders as die lisensiehouer vir langer as een maand sonder magtiging asook die beheer of winsdeling daarvan deur so 'n persoon sonder skriftelike magtiging van die Minister verbied. Dat die kontrakspartye hierdie verbod oortree het, staan vas. So 'n oortreding vernietig egter nie die kontrak nie. 'n Kontrak kan alleen vanweë hierdie bepaling nietig wees indien die kontrak 'n oortreding van die verbod beoog het. So 'n uitleg van die kontrak is nie te regverdig nie. Om saam te vat: dit was die uitvoering en nie die bepalings van die kontrak nie wat art 69 oortree het. Hierdie beweerde nietigheidsgrond gaan dus nie op nie. Dieselfde antwoord geld t a v. die betoog betreffende art 191 van die 1977-wet en art 148 van die 1989-wet. Beide is teen 'n bepaling gerig waarkragtens iemand voorgee om o a 'n reg of verpligting ingevolge die wet af te staan of prys te gee. Weereens het die

kontrak nie 'n afstanddoening of prysgewing van 'n reg of verpligting beoog nie en hierdie artikels is ook nie op 'n beding wat 'n party verplig om 'n dranklisensie oor te dra, van toepassing nie. Sien Aquatur (Pty) Ltd v Sacks & Others 1989(1) SA 56 (A) 64D.

Die volgende vraag wat oorweging verdien, is of die oogmerk wat die partye deur hulle ooreenkoms wou bereik het, naamlik om "eiendomsreg" in die dranklisensie voor te behou, ten spyte van die oordrag van die dranklisensie aan die beslote korporasie, bewerkstellig is.

Die aard van 'n dranklisensie is aldus deur Vivier AR in die Aquatur-saak supra op 64H-65A omskryf:

> "A liquor licence, it has been stated in decisions of this Court, is a purely personal statutory privilege granted to a particular person under the

liquor laws to sell liquor at particular premises. Its grant involves the exercise by the licensing authorities of a delectus personae so that the licensee cannot transfer or otherwise deal with the licence unless authorised thereto in terms of the Act, which provides for the strict supervision of the grant, transfer and removal of licences. (See Fick v Woolcott and Ohlsson's Cape Breweries Ltd (supra at 230) and Slims (Pty) Ltd and Another v Morris NO 1988 (1) SA 715 (A) at 736I-737B.) Nevertheless, as I have pointed out, our Courts have recognised contractual obligations such as the one under consideration and have ordered specific performance thereof."

(Die verwysing na Fick se saak is 1911 AD 214.)

Sekere feite van die Aquatur-saak is vir huidige doeleindes van belang. A, B en C was die eienaars van 'n perseel waarop 'n hotel bedryf is. Te alle tersaaklike tye het 'n hoteldranklisensie t a v die perseel bestaan. Die perseel is aan 'n reeks huurders verhuur en telkens het die huurder oordrag van die lisensie geneem. D was op 'n stadium die huurder

en houer van die dranklisensie en gedurende 1981 het hy die besigheid aan die appellant verkoop en die perseel aan hom onderverhuur. Dit was 'n term van die onderhuur en die hoofhuur dat die huurder bevestig het dat die dranklisensie aan die perseel kleef, dat dit die eiendom van die grondeienaar is en dat dit slegs deur die huurder gehou word ten einde hom in staat te stel om die besigheid te kan bedryf. Die appellant het, in sy hoedanigheid as houer van die hoteldranklisensie, ook 'n buiteverbruiklisensie bekom. Na afloop van die huurtermyn het die appellant geweier om aansoek om oordrag van die lisensies aan A, B en C te doen. Hierdie hof het nie alleen bevind dat hy daartoe verplig was nie maar ook dat sy verpligting kontraktueel van aard was. (Sien veral op bl 64G, 65D-E en 66B-G.) Wat opmerklik is, is dat A, B en C se aanspraak nie op die sg voorbehoue eiendomsreg gebaseer was nie. Na my oordeel volg dit uit hierdie beslissing dat 'n vorige

eienaar van 'n dranklisensie deur die oordrag daarvan enige sakeregtelike aanspraak op daardie lisensie verloor.

Dit is dan ook wat Corbett AR (Nestadt AR samestemmend) in 'n minderheidsuitspraak in Slims (Pty) Ltd & Another v Morris NO supra beslis het. Die appellant in daardie saak het ook 'n hotelbesigheid verhuur en die dranklisensie aan die huurder (ene Marsal) oorgedra. Volgens ooreenkoms moes die lisensie by beëindiging van die huur weer aan die verhuurder oorgedra word. Die huurder se boedel is gesekwestreer, die huur is beëindig, die kurator het die perseel ontruim maar het geweier om die dranklisensie terug te lewer. Botha AR (met wie Van Heerden AR en Nicholas Wnd AR saamgestem het) het bevind dat die kurator vanweë die bepalings van art 37(5) van die Insolvensiewet verplig was om die dranklisensie terug te lewer. Daardie statutêre bepaling is vir huidige doeleindes

ontersake. Ten einde Corbett AR se uitspraak beter te kan verstaan, is dit nodig om Nicholas Wnd AR se afwykende uitspraak vooraf op te som. Sy benadering kan soos volg gestel word:

(a) Hy aanvaar die algemene aard van 'n dranklisensie soos in die latere en reeds aangehaalde Aquatur-saak uiteengesit is (bl 724E-J). (Hy was toevallig ook 'n party tot lg uitspraak.)

(b) 'n Dranklisensie is egter nie alleen 'n voorreg nie maar het 'n kommersiële waarde (bl 724J-725A).

(c) Die lisensie het by sekwestrasie in die insolvent se kurator gevestig (bl 725I) aangesien na oordrag daarvan die oordraer slegs 'n ius in personam behou om by beëindiging van die kontrakstermyn teruglewering te vorder. Hiervoor het hy steun in Weintraub & Weintraub v Joseph & Others 1964(1)

SA 750 (W) 754B-E gevind (bl 725A-H).

(d) "It does not, however, follow from the fact of vesting, and the fact that the trustee is under no enforceable contractual obligation to retransfer the licence to the lessor, that the trustee necessarily has the power to dispose of the licence for the benefit of the creditors. That must depend upon the facts of the particular case. This can be illustrated by reference to s 67 of the former Liquor Act 30 of 1928." (Sien bl 725J-726A.)

(e) Wat verhuur is, is nie alleen die eiendom nie maar die besigheid as lopende saak (bl 726H) en dit sluit die klandisiewaarde in (bl 727H).

(f) "Goodwill is property" (bl 727J).

(g) Die lisensie is onlosmaaklik deel van die klandisiewaarde (bl 728E-G).

(h) Aangesien die klandisiewaarde steeds in die

verhuurder gevestig het, was die kurator verplig om dit terug te lewer met dit wat onlosmaaklik daaraan kleef, naamlik die dranklisensie (bl 728F-729C).

Corbett AR het ook (a), (b) en (c) bevind (bl 736I-737I) en bygevoeg dat slegs die lisensiehouer eienaar van die lisensie kan wees (bl 737J; 738G-I). Dit het Colman R reeds in Bank Station Hotel (Pty) Ltd v Thomas & Others 1970(4) SA 411 (T) 416A beslis. Ten aansien van (e) tot (h) was sy standpunt dat by die verhuur van 'n besigheid nie al die elemente van die besigheid noodwendig slegs tydelik op die huurder oorgaan nie (bl 740A-F). (So bv in die onderhawige saak het die trust die boekskulde uitgehou en is die voorraad per kredietooreenkoms verkoop.) Ten besluite het hy op bl 740F-741C die volgende gesê:

"I shall assume in favour of Slims that under a

'lease' such as this the lessor retains some form of real right in the goodwill of the business which entitles him to the restoration of the goodwill together with the leased premises, upon the termination of the lease, even as against the lessee's trustee in insolvency. Nevertheless, I do not think, with respect, that it follows from this that in this case the trustee is not free to deal with the liquor licence otherwise than by transferring it to the sublessor. It is true that the goodwill of a licensed business is very much dependent upon the liquor licence and, as pointed out by Innes ACJ in Receiver of Revenue Cape v Cavanagh [1912 AD 459] (supra at 464-5), the cases in which they are separately dealt with must be 'few indeed'. Nevertheless, they are separate entities and may be separately dealt with. As Innes ACJ said (at 465):

> 'An hotel proprietor of long standing and wide repute might quite conceivably dispose on profitable terms of his premises and their relative licences, while expressly retaining the goodwill for himself.'

It is also true that without the licence the goodwill is deprived of much of its value; and that consequently the restoration to the sublessor by the trustee of the goodwill only (the licence

being retained for the benefit of creditors) will cause the sublessor loss (for which the sublessor would no doubt have a concurrent claim against the insolvent estate), but it seems to me that this is an inevitable consequence of the sublessee's insolvency. In short, I am of the view that the vesting of the licence in the trustee for the benefit of creditors cannot be reconciled with an obligation upon the trustee to restore the licence to the sublessor.

It was argued by counsel for appellant (Slims) that the licence was 'encumbered' by the obligation to restore it to the sublessor upon termination of the lease and that this obligation was, therefore, binding upon the sublessee's trustee. Insofar as this argument involves the proposition that the obligation to restore is something more that a personal obligation, I can find no basis for it. And, as I have explained, upon insolvency a creditor with a jus in personam cannot claim specific performance as against the debtor's trustee where this conflicts with the interests of the general body of creditors."

Namens die trustees is betoog dat hierdie hof Nicholas Wnd AR se benadering behoort te

volg. Dit veronderstel dat die dranklisensie by likwidasie 'n bate van die beslote korporasie was, dat die werfkrag in die trustees gesetel het maar dat vanweë die noue band tussen lisensie en werfkrag 'n beroep op die sg eiendomsreg in die werfkrag 'n sakeregtelike aanspraak vir die teruglewering van sg eiendomsreg in die lisensie regverdig.

Indien punte (a), (b) en (c) as korrek aanvaar word, moet vervolgens oorweeg word of (d) korrek is, *m a w* dat ten spyte daarvan dat die lisensie in die likwidateur vestig, hy buite kontrak om 'n verpligting kan hê om die lisensie aan die voormalige eienaar oor te dra. Die respondent se senior advokaat kon nie 'n ander voorbeeld aan die hand doen waar hierdie beginsel (as dit een is) toepassing kan vind nie en ek kon ook nie aan een dink nie. Die aanwending deur Nicholas Wnd AR van 'n bepaling van 'n herroepe wet wat nie herverorden is nie, kan na my eerbiedige oordeel ook nie

van enige hulp wees nie. Wat (f) betref, is dit 'n ope vraag of werfkrag "property" in 'n sakeregtelike sin is en of dit nie eerder die voorwerp van 'n immaterieel-goederereg is nie. Sien bv W A Joubert, Grondslae van die Persoonlikheidsreg p 21-22; Van Heerden & Neethling Onregmatige Mededinging hfst 4. Dat die term "property" in hierdie verband aanleiding tot misverstand kan gee, blyk ook duidelik uit prof C G van der Merwe se titel Things 27 LAWSA para 5. Maar die feit dat iets "property" is, beteken nie dat mens eiendomsreg daarop kan voorbehou nie. 'n Klaarblyklike voorbeeld is 'n vorderingsreg. Dit is egter nie nodig om uitsluitsel oor hierdie vraag te gee nie en ek sal vir doeleindes hiervan aanvaar dat die reg op werfkrag 'n ius in rem is en dat eiendomsreg daarop voorbehou kan word.

Die uitgangspunt in (g) is m i nie noodwendig korrek nie. Dit moet van die feite van elke geval afhang. In dié verband wil ek vir eers aansluit

by Corbett AR se uiteensetting (t a p). Die lisensie mag die ontstaansbron van die werfkrag wees en die waarde daarvan wesenlik beïnvloed. Dit omvat egter nie die totaal van die werfkrag nie. Die werfkrag het ook ander komponente soos die ligging van die perseel en handelsmerke. As 'n lisensie bv in eksekusie verkoop word en die vorige eienaar 'n nuwe lisensie t a v die perseel kan bekom wat hom in staat sou stel om besigheid onder sy ou naam te bedryf, kan nie gesê word dat die skeiding tussen die lisensie en die werfkrag lg vernietig het nie. Die koper van die lisensie sal ook nie in die gepostuleerde geval bevoeg wees om die ander elemente van die werfkrag soos die handelsnaam in eie belang te kan aanwend nie. Daar is ook niks wat die eienaar van 'n drankbesigheid verhoed om bv sy handelsnaam aan 'n ander te vervreem en om onder 'n nuwe naam besigheid te begin dryf nie. Die beginsel in art 49(1) van die Wet op Handelsmerke 62 van 1963 vervat, nl

dat 'n geregistreerde handelsmerk met of sonder die klandisiewaarde van die besigheid betrokke by die goedere of dienste waarvoor dit geregistreer is, gesedeer of oorgedra kan word, kan m i ook op 'n drankbesigheid toegepas word veral in die geval van die besigheid van 'n bierbrouerslisensie, groothandelaarsdranklisensie of wynboerlisensie. Dit sou ook vir ongeregistreerde handelsmerke geld.

Maar al word die juistheid van (g) aanvaar, naamlik dat in 'n geval soos die huidige die dranklisensie onlosmaaklik deel van die klandisiewaarde is, lei dit egter nie tot die gevolgtrekking in (h) nie. Daar is naamlik in ons reg geen beginsel waarvolgens meerdere persone eiendomsreg (anders as mede-eiendomsreg) in verskillende aspekte van 'n ondeelbare saak kan hê nie. (Die uitsondering deur die Wet op Deeltitels 95 van 1986 geskep, verander dit nie : vgl Van der Merwe <u>Sakereg</u> 2e uitg hfst 10.) Met ander

woorde, as eenmaal aanvaar word dat die "eiendomsreg" in die dranklisensie in die koper gevestig het toe dit aan hom oorgedra is en as veronderstel word dat die lisensie onlosmaaklik deel van die werfkrag is, volg dit m i dat die werfkrag ook in die koper gevestig het.

In die huidige geval moes die trust bewys dat 'n werfkrag bestaan het toe die besigheid aan die beslote korporasie verkoop is. Hoewel die partye nie hierdie probleem voor oë gehad het toe die stukke opgestel is nie, is daar tog voldoende aanduidings dat 'n werfkrag wel bestaan het. Dit kan o a daarvan afgelei word dat die trust vir ongeveer 'n jaar besigheid op die perseel onder die naam A-Team Drankwinkel bedryf het en dat die beslote korporasie die klandisiewaarde as deel van die koopsaak laat beskryf het.

Dit is in die alternatief namens die trust betoog dat (c) verkeerd is en dat die oordraer van 'n

dranklisensie kragtens ooreenkoms die eiendomsreg daarin kan voorbehou. Dit sou beteken dat hoewel die oordraer geen residuele beskikkingsbevoegdheid vanweë die Drankwet behou het nie, hy nogtans iets van 'n sakeregtelike aard voorbehou het. Dit is m i analoog aan 'n geval waar 'n verkoper van vaste eiendom transport aan die koper gee maar nogtans by ooreenkoms 'n reg op terugtransportering behou : as die betoog reg is, sal lg reg 'n ius in rem wees. Dis onhoudbaar. Hoewel dit moontlik is om 'n reg op teruggawe te beding, is die aard van die oordragshandeling in beide die gevalle sodanig dat daardie reg slegs 'n ius in personam kan wees aangesien al die bevoegdhede wat uit eiendomsreg vloei, oorgedra is. Voorbehoud van eiendomsreg voorveronderstel immers die behoud van 'n ius negendi nl die reg "to reclaim the thing from anyone who wrongfully withholds it" (27 LAWSA para 105) of soos Carey Miller, The Acquisition and Protection of

Ownership p 255 dit stel, "(t)he right to vindicate [is] synonymous with ownership". Dit ontbreek hier. Die statuut bepaal naamlik dat alleen die houer van die lisensie aansoek om oordrag kan doen. Die regte van 'n houer word ook ten volle deur die wet omskryf. Al die regte is statutêr van aard. 'n Nie-houer het geen regte nie. Die bevoegdheid om toe te stem tot oordrag en om die nuwe delectus personae aan te wys, berus by 'n owerheidsinstansie. Sien die Fick-saak op bl 230.

Dit volg uit voorgaande uiteensetting dat ek van oordeel is dat die trustees die eiendomsreg in die besigheid met uitsluiting van die dranklisensie regmatig voorbehou het; dat die dranklisensie statutêr op die beslote korporasie oorgegaan het; en dat die trustees hoogstens 'n eis in personam vir die teruggawe van die dranklisensie gehad het.

Vervolgens moet oorweeg word wat die gevolge van likwidasie op hierdie feite is. Die hof a quo het

'n bevel na aanleiding van die partye se ooreenkoms uitgereik gebaseer op die veronderstelling dat die trustees se aanspraak deur art 84(1) van die Insolvensiewet beheer word. Dit lui soos volg:

> "(1) As goed aan iemand (hieronder die skuldenaar genoem) gelewer is ingevolge 'n transaksie wat 'n afbetalingsverkooptransaksie is soos in paragrawe (a) en (b) van die omskrywing van 'afbetalingsverkooptransaksie' in artikel 1 van die Wet op Kredietooreenkomste, 1980, beoog, dan word die transaksie by die sekwestrasie van die skuldenaar se boedel geag ten gunste van die ander party tot daardie transaksie (hieronder die skuldeiser genoem) 'n hipoteek op daardie goed te vestig, waardeur die bedrag wat ingevolge die transaksie nog aan hom verskuldig is, verseker word. Die kurator van die skuldenaar se insolvente boedel moet, indien die skuldeiser dit verlang, die goed aan hom oorhandig, en daarop word die skuldeiser geag daardie goed te besit as sekuriteit vir sy vordering en is die bepalings van artikel 83 van toepassing."

Die relevante woordomskrywing in art 1 van die Wet op Kredietooreenkomste 75 van 1980 lui só:

> "'afbetalingsverkooptransaksie' 'n transaksie ingevolge waarvan -
>
> (a) goedere deur die verkoper aan die koper verkoop word teen betaling deur die koper aan die verkoper van 'n bepaalde of bepaalbare geldsom op 'n bepaalde of bepaalbare toekomstige datum of in die geheel of gedeeltelik in paaiemente oor 'n tydperk in die toekoms; en
>
> (b) die koper nie eienaar van daardie goedere word nie bloot op grond van die lewering aan of die gebruik, besit of genot deur hom daarvan."

(Sub-paragraaf (c) daarvan is weggelaat omdat dit nie deel van die kruisverwysing vorm nie.)

Die Wet op Kredietooreenkomste het die Huurkoopwet 36 van 1942 vervang en grootliks herverorden. Dit is t a v lg wet in <u>Smit & Venter v</u>

Fourie & Another 1946 WLD 9 beslis dat dit slegs op die verkoop van liggaamlik roerende sake van toepassing is en dat die verkoop van 'n besigheid nie deur die wet se bepalings geraak word nie. Deel van die ratio van die beslissing was dat die wet, soos ook die huidige wet, net op roerende goedere van toepassing was en wel, volgens die aangehaalde (b), goed waarvan eiendomsreg d m v lewering verkry kan word. Dit is nie betoog, m i tereg, dat die uitspraak verkeerd was of dat dit nie van toepassing is op die Wet op Kredietooreenkomste nie. Sien ook Diemont & Aronstam The Law of Credit Agreements and Hire-Purchase in South Africa 5e uitg bl 32 en 38; Flemming Krediettransaksies bl 23 en 41. Wat wel betoog is, is dat die woord "goed" (die tweede woord wat in art 84(1) gebruik is) in art 2 van die Insolvensiewet gedefineer is om roerende en onroerende goed te omsluit en dat roerende goed volgens daardie wet "elke soort goed en elke reg wat nie onroerende goed is

nie", beteken. Of die definisies op art 84(1) van toepassing is, hang egter van die samehang daarvan af. Ten eerste is die artikel nie op onroerende goed van toepassing nie omdat dit veronderstel dat die goed aan die insolvent "gelewer" is en ook omdat voorsiening gemaak word vir die "oorhandiging" van die goed aan die skuldeiser. Nóg lewering nóg oorhandiging is begrippe wat op onroerendes van toepassing gemaak kan word. Vgl verder Ex parte Steyn 1962(3) SA 121 (O). Daarbenewens maak art 35 spesiale voorsiening vir die geval van onvoltooide transaksies t a v onroerendes en dit verskil wesenlik van die regime van art 84(1). Die artikel het in sy oorspronklike vorm betrekking gehad op goed wat gelewer is ingevolge 'n "ooreenkoms wat voorsiening gemaak het vir die oorgang van eiendomsreg van daardie goed wanneer sekere in die ooreenkoms voorgeskrewe betalings gedaan is". Die Huurkoopwet het egter die wye aangehaalde frase vervang met 'n verwysing

na 'n huurkooptransaksie ingevolge daardie wet en toe dit herroep is deur die Wet op Kredietooreenkomste is die verwysing na lg wet ingevoer. Dit is dus duidelik dat die wetgewer bedoel het om die bepalings van art 84(1) op transaksies wat onder die genoemde twee wette opeenvolgend ressorteer, van toepassing te maak. Die artikel in sy huidige vorm verg dan ook dat die goed gelewer moes gewees het ingevolge 'n transaksie wat 'n afbetalingsverkoop-transaksie "is" soos in die aangehaalde omskrywing beoog.

Dit beteken dat ek van oordeel is dat art 84(1) nie op die verkoop van 'n besigheid van toepassing is nie. Die trust is egter nie sonder remedie nie. Art 84(1) bevat 'n beperking op die regte van die eienaar en as die artikel nie van toepassing op 'n transaksie is nie, beteken dit dat die trust op sy gemeenregtelike <u>rei vindicatio</u>, of waar die goed met kennis van die aanspraak vervreem is die <u>actio ad</u>

<u>exhibendum</u>, aangewese is. Vgl Smith, <u>The Law of Insolvency</u>, 3e uitg bl 169. Die ooreenkoms tussen die partye het egter die trust se aanspraak beperk tot dit wat ingevolge art 84(1) opgevorder kan word. Dit is teoreties minder as waartoe die trust t a v die besigheid geregtig is. Aangesien die verkoop van die besigheid met die lisensie nie die uitstaande koopsom gedek het nie, maak dit egter geen praktiese verskil nie. Namens die appellante het hulle advokaat ingestem dat ten spyte van die afwesigheid van 'n kruisappèl die bevel gewysig mag word om effek aan die ooreenkoms te gee. Die likwidateur het die besigheid met die lisensie vir 'n globale bedrag verkoop en hoewel daardie koper om persoonlike redes 'n toedeling van die koopprys tussen die toerusting en die lisensie gemaak het, is die partye tot die geding nie daaraan gebonde nie. In die afwesigheid van enige ander verdeling, kan die bedrag waarop die trust geregtig is nie op die stukke bepaal

word nie.

Die appèl slaag dus met koste in dié mate dat die verklarende bevel uitgereik, vervang word met 'n bevel waarvolgens verklaar word

(a) dat by likwidasie van die beslote korporasie het die dominium in die besigheid (synde die onderwerp van die koopkontrak van 28 April 1989), met uitsluiting van die dranklisensie, in die applikante in hulle hoedanigheid as trustees gevestig;

(b) dat dit by ooreenkoms tussen die partye geag word dat 'n hipoteek oor die besigheid, uitsluitende die dranklisensie, ingevolge die bepalings van art 84(1) van die Insolvensiewet 24 van 1936, ten gunste van die applikante in hul voormelde hoedanigheid gevestig het.

L T C HARMS
WAARNEMENDE APPèLREGTER

MILNE, AR)
NIENABER, AR) STEM SAAM
VAN COLLER, Wnd AR)

104A/93

LL

Saak No 659/1991

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

APPèLAFDELING

In die saak tussen:

A-TEAM DRANKWINKEL BK — Eerste Appellant

T J H POTGIETER — Tweede Appellant

en

P D G BOTHA NO — Eerste Respondent

H S FAURIE NO — Tweede Respondent

CORAM: BOTHA, MILNE, NIENABER ARR, VAN COLLER et HARMS Wnd ARR

VERHOORDATUM: 11 MEI 1993

LEWERINGSDATUM: 30 AUGUSTUS 1993

UITSPRAAK

BOTHA AR:-

Na my mening behoort die appèl van die hand gewys te word. My sienswyse van die saak verskil in 'n fundamentele opsig van die standpunt van die meerderheid van die Hof, wat uiteengesit word in my kollega HARMS se uitspraak (waarna ek sal verwys as "die hoofuitspraak"), soos sal blyk uit wat volg.

Die skriftelike koopkontrak van 28 April 1989 tussen die trust en die beslote korporasie het 'n doodgewone handelstransaksie van alledaagse aard behels: die verkoping van 'n lopende besigheid, wat in die aanhef van die kontrak omskryf is as

> "die drankwinkel wat as 'n lopende saak bedryf word onder die naam A TEAM DRANKWINKEL by die adres h/v Van Velden en Hendrik Verwoerd Lane tesame met alle lisensies, klandisiewaarde, toerusting, toebehore en handelsvoorraad."

Met die uitdrukking "die drankwinkel" het die partye klaarblyklik beoog om te verwys na die drankwinkelbesigheid, nie die perseel waarop dit bedryf is nie (laasgenoemde is blykens klousule 16.2 gehuur van "die eienaar van die gebou waarin die drankwinkel gevestig

is"). Klousule 2 van die kontrak lui soos volg:

" 2.

DIE DRANKWINKEL

2.1

Die bovermelde drankwinkel doen sake uit hoofde van 'n geldige dranklisensie volgens die bepalings van Wet 87 van 1977 soos gewysig, en 'n geldige handelslisensie en die VERKOPER bevestig dat daar op dese geen stappe hangende is wat die lisensie wesenlik in gedrang kan bring nie en geen rede bestaan waarom die lisensies nie aan die KOPER oorgedra kan word nie.

2.2

Die toerusting en toebehore in die drankwinkel waarna in die aanhef tot hierdie ooreenkoms verwys word, word in 'Bylae A' hiertoe aangeteken.

2.3

Boekskulde ten gunste van die drankwinkel word nie by hierdie koop ingesluit nie.

2.4

Waar hieronder na "die drankwinkel verwys word, omvat die begrip alle lisensies, klandisiewaarde en die bates waarna in paragrawe 2.1 en 2.2 hierbo verwys word."

Die losgoed wat in Bylae A opgenoem word, sluit in twee "koelkamers met elektriese motors", twee vrieskaste, drie ysmasjiene, 'n Toyota paneelwa, kasregisters, trollies,

toonbanke, rakke, ŉ kluis, kabinette en dies meer. Klousule 5 van die kontrak maak afsonderlik voorsiening vir die oorname en betaling van die handelsvoorraad. Klousule 6 beding ŉ globale koopprys van R735 000 "vir die drankwinkel, uitgesonderd handelsvoorraad". En dan bepaal klousule 8 soos volg:

> "Ondanks lewering aan en besitname deur die KOPER van die besigheid, sal eiendomsreg in die besigheid en sy bates in die VERKOPER gevestig bly totdat die volle koopsom en alle ander gelde kragtens hierdie ooreenkoms verskuldig, ten volle betaal is."

Uit die voorgaande bepalings is dit duidelik dat die onderwerp van die koopkontrak die besigheid was, as ŉ ondeelbare eenheid, wat (onder meer) uit die volgende komponente bestaan het:

(1) die dranklisensie;

(2) die klandisiewaarde; en

(3) die losgoed (toerusting en toebehore).

Volgens die bewoording van klousule 8, in die samehang van die aanhef en klousule 2, is die eiendomsreg van die

besigheid voorbehou, onteenseglik met betrekking tot al drie die onderdele daarvan, (1), (2) en (3).

Nogtans is die resultaat wat in die hoofuitspraak bereik word dat die voorbehoud van die eiendomsreg slegs betrekking het op bestanddele (2) en (3) en nie ook op (1), die dranklisensie, nie, met die gevolg dat laasgenoemde, anders as eersgenoemdes, in die insolvente boedel van die beslote korporasie gesetel het tydens likwidasie en deur die likwidateur te gelde gemaak moet word ten voordeel van al die skuldeisers. Hierdie resultaat verydel die oogmerk van die partye, soos dit weerspieël word in hulle kontrak. Klousule 8 was klaarblyklik ingestel op die beskerming van die verkoper teen benadeling as gevolg van die koper se versuim om die kontrak uit te voer, in die besonder vanweë insolvensie. Die beoogde beskerming was die voorbehoud van die eiendomsreg van al die verkoopte bates, sodat dit nie ten voordeel van die insolvente koper se skuldeisers aangewend sou kon word nie, maar vir die verkoper se uitsluitlike

voordeel behoue sou bly. Dit ly geen twyfel nie dat die waarde van die verkoopte bates tot baie groot hoogte regstreeks vasgekoppel is aan die bestaan van die dranklisensie. Daarsonder beteken die klandisiewaarde, prakties gesproke, niks. Om die dranklisensie uit klousule 8 weg te neem, sou dus die verkoper se sekuriteit in effek beperk tot die losgoed, en aldus dit grotendeels reduseer tot 'n leë dop. Dat hierdie resultaat in stryd is met die duidelike bewoording en oogmerk van klousule 8 word nie in die hoofuitspraak bevraagteken nie. Die meerderheidsbeslissing berus op die grondliggende bevinding dat dit vir die partye regtens onmoontlik was om hulle oogmerk te verwesenlik.

Die fundamentele vraag is dus of die partye regtens kon vermag het wat hulle beoog het om te bereik, naamlik om die eiendomsreg van die dranklisensie by die verkoper te laat bly en aldus te verhoed dat die lisensie by wanprestasie en likwidasie van die koper in laasgenoemde se boedel setel om tot voordeel van al die

skuldeisers te gelde gemaak te word. Die hoofuitspraak beantwoord die vraag ontkennend, op grond van oorwegings wat (volgens my beskouing) op 'n tweeledige grondslag ingedeel kan word, naamlik dat, om uitvoering te gee aan die voorbehoud van eiendomsreg ten opsigte van die dranklisensie, strydig sou wees met

(i) die juridiese aard van 'n dranklisensie en die regsbeginsels wat daarop van toepassing is; en

(ii) die gesag van verskeie gewysde sake.

Ek verskil, met eerbied, in albei opsigte, soos agtereenvolgens aangedui sal word.

Dit is wel moontlik om dogmatiese besware in te bring teen die konsep van eiendomsreg van 'n dranklisensie. Volgens die klassieke omskrywing in Fick v Woolcott and Ohlsson's Cape Breweries Ltd 1911 AD 214 op 230 is 'n dranklisensie 'n suiwer persoonlike statutêre privilegie wat aan 'n bepaalde persoon verleen word ingevolge die drankwette om op 'n bepaalde perseel drank te verkoop. Deur die verlening van die privilegie word die

lisensiehouer van owerheidsweë gemagtig, en verkry hy aldus die reg, om handel te dryf in drank. Sowel die magtiging as die reg is onliggaamlike (of onstoflike) dinge. Daar bestaan ŉ standpunt dat ŉ onliggaamlike ding soos ŉ subjektiewe reg nie in juridiese sin as ŉ "saak" beskou behoort te word nie - sien bv Van der Merwe Sakereg (2de uitg) op 20-23. Daarteenoor bestaan daar ook ŉ teenoorgestelde standpunt, wat treffend beredeneer word in Silberberg en Schoeman Law of Property (3de uitg) op 9-15 en 29-30. Volgens eersgenoemde standpunt sou ŉ dranklisensie, synde onstoflik, nie kwalifiseer as ŉ "saak" nie, en sou die konsep van eiendomsreg met betrekking daartoe onbestaanbaar wees. Volgens laasgenoemde standpunt sou ŉ dranklisensie sekerlik ŉ "saak" wees, maar nie noodwendig met die meegaande erkenning van die terminologiese begrip "eiendomsreg" met betrekking daartoe nie. Die insiggewende en gedagteprikkelende bespreking in Silberberg en Schoeman loc cit toon aan dat die bestaan van beperkte saaklike regte met

betrekking tot subjektiewe regte om goeie redes wel in die regspraktyk erkenning geniet, en op grond daarvan redeneer die skrywers dat dit ook regswetenskaplik erkenning behoort te hê. Hulle bespreking van die regsposisie ten opsigte van beperkte saaklike regte in hierdie verband gee vanself aanleiding tot die vraag of daar nie 'n behoefte is om dieselfde benadering uit te brei tot eiendomsreg nie.

Om die pasgemelde vraag in die algemeen te probeer bespreek, sou hierdie uitspraak onhanteerbare dimensies laat aanneem. Gevolglik beperk ek my tot die oorweging van een voorbeeld, wat direk (en heel gerieflik) aan die feite van die onderhawige geval ontleen word: die verkoping van 'n besigheid met sy klandisiewaarde, sonder die komplikasie van lisensies. 'n Besigheid is iets amorfs en net so onliggaamlik soos die klandisiewaarde wat 'n komponent daarvan is. Die bedenkings wat in die hoofuitspraak uitgespreek word oor die vraag of klandisiewaarde "property" is, hang saam met die eerste standpunt wat ek hierbo genoem het (soos dié van <u>Van der</u>

Merwe loc cit) en met die meegaande standpunt dat klandisiewaarde - die reg op werfkrag - regswetenskaplik afsonderlik geklassifiseer moet word onder die rubriek regte op immateriële goed (sien bv Van Heerden en Neethling Onregmatige Mededinging op 48-54). As 'n besigheid met klandisiewaarde verkoop word met voorbehoud van eiendomsreg vir die verkoper totdat die koopprys ten volle vereffen is, en voordat dit gebeur gaan die koper insolvent en die kontrak word gekanselleer, sal die besigheid en die klandisiewaarde nogtans in die koper se insolvente boedel setel, omdat wat verkoop is onstoflike goed is? Hierdie vraag is reeds in die hoofuitspraak beantwoord. Die beslissing van die meerderheid van die Hof, met verwysing na die feite van die huidige geval, is dat die trustees (as verkopers) die eiendomsreg in die besigheid regmatig voorbehou het en dat die dominium in die besigheid by likwidasie van die beslote korporasie (die koper) in die trustees (nie die likwidateur nie) gevestig het - met uitsluiting van die dranklisensie, maar

klaarblyklik met insluiting van die klandisiewaarde. Die meerderheidsbeslissing erken dus eiendomsreg, en gee uitvoering aan die voorbehoud daarvan, met betrekking tot onliggaamlike sake soos die besigheid en die klandisiewaarde daarvan.

Die korrektheid van hierdie deel van die meerderheidsbeslissing kan, met eerbied gesê, sekerlik nie bevraagteken word nie (behalwe miskien deur verbete voorstanders van 'n puristiese regsdogmatiek). Die redes daarvoor lê voor die hand. Die verkoop van 'n besigheid met klandisiewaarde is 'n alledaagse verskynsel in die handelsverkeer. Die verkoper wat aan die koper tyd gun om die koopprys af te betaal het alle rede om aanspraak te maak op sekuriteit ten opsigte van die verkoopte goed, ten einde hom te beskerm in geval van die koper se wanprestasie en insolvensie. Hy kan dit gedeeltelik doen deur die eiendomsreg van die losgoed van die besigheid, die toerusting en toebehore, voor te behou. As die partye die beskerming vollediger en doeltreffender wil maak deur

die voorbehoud van eiendomsreg uit te brei tot die besigheid se klandisiewaarde ook, dan sou 'n hof se weiering om uitvoering aan die bykomende gedeelte van die beding te gee, die verydeling beteken van 'n verstandige kontrak en 'n volkome geoorloofde oogmerk, op grond van oorwegings wat deur die handelsgemeenskap ongetwyfeld as dwase pedanterie beskou sal word, en met reg ook. Die behoeftes en die eise van 'n gesonde en doelmatige regspraktyk noodsaak dat uitvoering aan die kontrak gegee moet word volgens sy strekking. As dit nie inpas by regswetenskaplike teorieë nie, moet laasgenoemde aangepas word om rekenskap te hou met eersgenoemde, en nie andersom nie.

As dit so gesteld is met die besigheid se klandisiewaarde, waarom sal dit anders gesteld wees met die besigheid se dranklisensie? Na my mening is daar geen gegronde rede vir 'n onderskeid nie. Die klandisiewaarde behels die reg op werfkrag; die dranklisensie behels die reg om handel te dryf in drank. Albei is subjektiewe

regte, en hulle hang ten nouste saam met mekaar. Dat hulle in beginsel in uitsonderlike gevalle van mekaar geskei kan word, is myns insiens van geen praktiese betekenis in die huidige verband nie. As ŉ kommersiële realiteit is hulle samestellende komponente van ŉ enkele entiteit. So onlogies soos dit is om, wat die voorbehoud van eiendomsreg betref, ŉ onderskeid te maak tussen die losgoed van die besigheid en die klandisiewaarde daarvan, so onlogies lyk dit vir my om ŉ verskil te maak tussen die klandisiewaarde en die dranklisensie.

Die klandisiewaarde en die dranklisensie verskil weliswaar in dié opsig van mekaar, dat die regte voortspruitend uit die lisensie statutêr van aard is; al die regte van die lisensiehouer word in die Wet omskryf en ŉ nie-lisensiehouer het geen regte nie, soos dit in die hoofuitspraak gestel word. Na my mening is dit egter nie van belang in die samehang van die huidige bespreking nie. Dit gaan nie hier om die oorsprong van die regte of waar hulle omskryf is nie, en ook nie om die verhouding tussen

die lisensiehouer en die owerheidsinstansie wat gemoeid is met die oordrag van die lisensie nie. Daardie aangeleenthede maak nie die lisensie 'n _res extra commercium_ nie; dit bly steeds 'n kommersieel verhandelbare kommoditeit. Dit synde die geval, is ons ondersoek toegespits op die verhouding tussen die verkoper en die koper van die lisensie, en wat hulle, bloot _inter se_, regtens kan vermag ten aansien van die beskikking oor die lisensie. Wat dit betref, verskil die posisie nie wesenlik van enige ander geval waar die lewering, of teruglewering, van 'n prestasie ingevolge 'n kontrak, of die kansellasie van 'n kontrak, afhanklik is van die toestemming van 'n buitestaande owerheidsinstansie nie. Insgelyks het die feit dat instemming tot die oordrag van die lisensie by 'n owerheidsinstansie berus, en dat die proses 'n _delectus personae_ behels, geen regstreekse uitwerking op die regsverhouding tussen die verkoper en die koper nie. Die moontlikheid dat die implementering van die voorbehoud van die eiendomsreg miskien in die

praktyk kan skeefloop, kan tog nie meebring dat sodanige voorbehoud as regtens onbestaanbaar afgeskryf word nie. En by dit alles verloor ek nie die moontlike aansprake van skuldeisers van die koper uit die oog nie. Maar hulle het geen regmatige belang by die statutêre aard van die koper se regte of die nodigheid van die owerheid se toestemming tot 'n oordrag van die lisensie nie. Oor die feit dat die dranklisensie nie in die koper se insolvente boedel setel nie kan die skuldeisers hulle net so min bekla as oor die feit dat die losgoed en die klandisiewaarde van die besigheid aan die verkoper toekom. Trouens, ek is oortuig daarvan dat die skuldeisers van die koper die nuus dat hulle kan deel in die opbrengs van 'n verkoping van die dranklisensie, as gevolg van wat hulle ongetwyfeld as 'n tegnikaliteit sal beskou, sal ontvang met dankbare verbasing oor die meevaller.

Aansluitend by die voorgaande oorwegings is ek van mening dat die oënskynlike beginselbesware wat in die hoofuitspraak geopper word teen die voorbehoud van

eiendomsreg van 'n dranklisensie nie geldig is nie. Daar word gesê dat 'n vorderingsreg 'n voorbeeld is van "property" ten aansien waarvan eiendomsreg nie voorbehou kan word nie. Ek wil nie ingaan op die vraag of die stelling juis is nie; in die veronderstelling dat dit is, volg dit nog nie dat dieselfde moet geld ten opsigte van 'n dranklisensie nie. Vir my is dit van meer belang hoe die sessie van 'n vorderingsreg _in securitatem debiti_ in die regspraktyk gehanteer word: die sedent behou die _dominium_ van die reg teenoor die sessionaris, wat tog die reg kan uitoefen. Na aanleiding daarvan kan dit nie as iets ongehoords beskou word dat die verkoper van 'n dranklisensie die eiendomsreg daarvan behou, terwyl die koper die regte daaraan verbonde uitoefen nie (al moet dit dan wees volgens 'n besondere soort _quasi possessio_). Oor die vraag of die standpunt wat in die regspraak ingeneem word ten aansien van 'n sessie _in securitatem debiti_ nodig of wenslik is om aan die behoeftes van die regspraktyk te voldoen, kan daar geredekawel word, maar na my oordeel is

die behoefte om 'n analogiese benadering op die onderhawige vraag toe te pas duidelik, aan die hand van wat reeds hierbo gesê is. Gevolglik kan ek ook nie saamstem met die analogie wat in die hoofuitspraak gevind word in die geval van die transport van vaste eiendom met behoud van 'n reg op terugtransportering nie: om die analogie te postuleer, is om ten opsigte van die vraag onder bespreking as bewese te bevind dit wat nog eers uitgemaak moet word. Saaklike regte op onroerende eiendom kan slegs beslag kry deur registrasie in die aktesregister; dit is lankal uitgemaak, en is vasstaande regsbeleid. Non constat dat 'n saaklike reg nie gevestig kan word op 'n dranklisensie anders as deur "registrasie" in die vorm van 'n oordrag van die lisensie van owerheidsweë nie. Insgelyks beskou ek dit nie as betekenisvol dat die oordraer van 'n dranklisensie geen residuele beskikkingsbevoegdheid vanweë die Drankwet behou nie. Die verkoper kan inderdaad sy voorbehoue eiendomsreg kragtens sy regsverhouding met die koper afdwing deur laasgenoemde te belet om die lisensie

aan iemand anders oor te dra en hom te dwing om aansoek te doen om heroordrag aan die verkoper. Die feit dat hy nie 'n reivindicatio kan laat geld op dieselfde wyse as die eienaar van 'n ligaamlike voorwerp nie, vloei voort uit die feit dat ons hier met 'n besondere onliggaamlike saak te doen het, maar na my mening is dit nie 'n genoegsame grondslag om die bestaansreg van voorbehoue eiendomsreg in die geheel te ontken, ook met betrekking tot die koper en sy skuldeisers nie. Die posisie in hierdie verband skyn my in elk geval nie wesenlik te verskil van dié met betrekking tot die reg op werfkrag nie. Soos ek reeds probeer aantoon het, moet dit wat vir die een geld, ook geld vir die ander.

As dit reg is dat daar geen dwingende beginsel is wat verhoed dat uitvoering gegee word aan die voorbehoud van eiendomsreg in die omstandighede van die huidige saak nie, is die volgende vraag of daar gesag in die regspraak is wat dit belet. Die effek van 'n beding in 'n koopkontrak van 'n besigheid met klandisiewaarde en

dranklisensie, waarvolgens eiendomsreg vir die verkoper voorbehou word, is nog nie tevore in die regspraak pertinent oorweeg nie; in dié sin is die geskilpunt in die huidige saak nog oop. Aan die ander kant is daar in vorige uitsprake stellings in algemene terme te vind dat slegs die houer van ŉ lisensie die eienaar daarvan kan wees, en dat by die insolvensie van die houer die lisensie in sy boedel setel. Op die oog af is sulke uitlatings in stryd met die gedagte dat by die verkoping en oordrag van ŉ dranklisensie die eiendomsreg daarvan voorbehou kan word. Na my mening is daardie uitlatings egter telkens gemaak in ŉ ander samehang as dié van die huidige saak, en is hulle nie beslissend van die onderhawige geskilpunt nie.

Eerstens verwys ek na Weintraub and Weintraub v Joseph and Others 1964 (1) SA 750 (W). Die eienaar van ŉ perseel waarop ŉ biersaal bedryf is, het dit verhuur ingevolge ŉ kontrak waarvan klousule 3(g) bepaal het dat die huurder nie die toepaslike dranklisensie sou oordra

aan ŉ ander persoon sonder die toestemming van die eienaar nie, en dat die huurder by die verstryking van die huurtermyn die lisensie sou oordra aan die eienaar. Die huurder het op bedrieglike wyse die oordrag van die lisensie aan ŉ bona fide derde party bewerkstellig. Die eienaar het aansoek gedoen vir die hersiening en tersydestelling van die lisensieraad se magtiging van die oordrag. Die aansoek is afgewys. Ter aanvang van sy beredenering het VIEYRA R verwys na die uitspraak in Fick v Woolcott and Ohlsson's Cape Breweries Ltd supra, en gesê (op 754C-D):

> "Although in some reported cases the lessor in the position of the applicants here is referred to as being the owner of the licence it is clear from Fick's case, supra, that this is not a correct description of his rights. ..... Although a licence is in respect of particular premises it belongs to the licensee as delectus personae. Once transferred to the lessee it is his and no longer vests in the lessor; the only one who is entitled to apply for its transfer, removal or renewal is the lessee. All that the lessor has is a right in personam to enforce the obligations set out in clause 3(g), which the cases above referred to show will be specifically enforced ...."

Daarna gaan die uitspraak voort om die vraag te bespreek of die bedrog van die huurder tydens die aansoek om oordrag ŉ grond is waarop die hof die besluit van die lisensieraad kan hersien en tersyde stel, en uiteindelik word die gevolgtrekking bereik dat dit nie die geval is nie. Die beslissing op hierdie punt was die ratio decidendi. Die vraag of die verkoper van ŉ dranklisensie die eiendomsreg daarvan kan voorbehou met sakeregtelik-effektiewe uitwerking teenoor die koper en sy skuldeisers was nie ter sprake nie en die aangehaalde uitlatings het nie daarmee rekening gehou nie.

Vervolgens, Bank Station Hotel (Pty) Ltd v Thomas and Others 1970 (4) SA 411 (T). ŉ Huurkontrak van ŉ hotelperseel het bepaal dat die toepaslike dranklisensies die eiendom van die verhuurder sou bly en dat die huurder by die verstryking van die huurtermyn alle stappe sou doen wat nodig is om die lisensies aan die verhuurder oor te dra. Na die beëindiging van die

huurtermyn het die huurder geweier om sy verpligting volgens die kontrak na te kom. Die verhuurder het aansoek gedoen om 'n tussentydse bevel wat die huurder belet (onder meer) om die lisensies aan enige ander persoon oor te dra. Die aansoek is toegestaan. Een van die verwere wat die huurder geopper het, was dat niemand behalwe die houer van 'n lisensie die eienaar daarvan kan wees of enige saaklike reg ten opsigte daarvan kan hê nie, en dat op daardie grondslag die bepalings van die kontrak waarna ek verwys het ongeldig en onafdwingbaar was. Hierdie verweer is deur COLMAN R verwerp, in die volgende woorde (op 416A-C):

> "It is true, I think, that no one other than the licensee can be the owner of a licence. The references, in the lease and in the affidavits, to the licence as the property of the applicant are therefore legally unsound. But that does not mean that a person other than the licensee cannot, by contract, acquire a jus in personam against the licensee whereunder, in certain circumstances, the licensee will be obliged to do whatever lies in his power to have the licence transferred to that other person or his or its nominee. Such a situation is created whenever there is a purchase of a licensed

> business, and such purchases are recognised in sec 42(1) of the Act. Moreover the holding of licences by nominees of their lessors and of others is a long standing practice in this country. It is commonly done under contractual provisions similar to those in the lease before me, and the validity of such arrangements has been recognised by the Courts. I would refer, in that regard, to <u>Fick v Woolcott and Ohlsson's Cape Breweries Ltd</u> 1911 AD 214."

Die werklike <u>ratio decidendi</u> was dat die kontraktuele bepalings as sodanig geldig en afdwingbaar was. Weereens was die vraag of 'n verkoper die eiendomsreg van 'n lisensie kan voorbehou met saaklike werking teenoor die koper se skuldeisers in insolvensie nie ter sprake nie, en die aangehaalde stellings kan nie as beslissend in dié opsig beskou word nie.

In albei die bogemelde sake is die uitlatings in verband met die eiendomsreg van 'n dranklisensie in algemene en ongekwalifiseerde terme ingeklee, en in albei gevalle is dit gedoen met verwysing na <u>Fick</u> se saak <u>supra</u>. Na my mening regverdig die uitspraak van INNES HR in daardie saak egter nie die formulering van so 'n oënskynlik

algemeen-geldende beginsel nie. In vereenvoudigde vorm was die feite in Fick se geval die volgende. Fick het 'n hotel verhuur aan Breweries, en Breweries het dit onderverhuur aan Woolcott. Die onder-huurkontrak het 'n bepaling bevat waarvolgens Breweries die eienaar van die hotel-dranklisensie sou bly en Woolcott verplig sou wees om by die verstryking van die huurtermyn die lisensie aan Breweries oor te dra. Met die verstryking van die onderhuur het Fick 'n huurkontrak direk met Woolcott aangegaan, en dié kontrak het ten gunste van Fick teenoor Woolcott 'n bepaling bevat met soortgelyke strekking as dié wat in die onderhuur ten gunste van die Breweries beding was. Na afloop van die kontrak tussen Fick en Woolcott het Fick 'n aksie teen Woolcott ingestel om hom te verplig om die lisensie aan Fick oor te dra. Woolcott se verweer was dat die lisensie die eiendom van Breweries was en dat hy nie verplig was om dit oor te dra aan Fick nie. Breweries het tot die geding toegetree en aansluitend by Woolcott se verweer 'n bevel geëis waarin verklaar word dat

Breweries die eienaar van die lisensie was. Die geskilpunt voortspruitend uit Fick en Breweries se mededingende aansprake op die lisensie is op appèl ten gunste van Fick beslis. Die kern-grond van die beslissing was dat Breweries se aanspraak op die lisensie ten gevolge van die bepalings van die kontrak tussen Breweries en Woolcott tot 'n einde gekom het met die verstryking van die huurtermyn, en dat dit dus nie in die weg gestaan het van Fick om sy kontrak met Woolcott af te dwing nie. Dit is in hierdie samehang dat die stellings in die uitspraak aangaande die eiendomsreg van 'n dranklisensie gelees moet word, eerstens met verwysing na die statutêre bepalings wat vervat was in die destydse ordonnansie, en tweedens met verwysing na die bepalings van die kontrak tussen Breweries en Woolcott. Ter illustrasie haal ek die volgende uittreksels aan (op 230 en 232):

> "It is a privilege granted to a particular person to sell liquor at a particular place. And the law attaches the greatest importance, and provides for the strictest supervision, in regard to both these elements. The Ordinance,

were it necessary to go into details, affords ample proof of that proposition. No person can own a licence save as the Statute permits, and no licence can issue for premises which the Statute declares to be unsuitable."

....

"..... I am satisfied that there can be no transfer of a retail liquor licence to a person who has no right to occupy the licensed premises, and that no contract having that object can be enforced."

....

"It was, of course, impossible for the Breweries to be or become in law the owner of these licences. No company, it is common cause, can be the holder of an hotel or retail licence; nor could Woolcott legally transfer his licence to anyone. But, as already pointed out, Woolcott might have been compelled during the currency of the sub-lease to apply for, and do all things necessary to procure, the transfer of the licences into the name of a nominee of the Breweries. I do not think this undertaking was intended to last longer than the term of the sub-lease. But, in any event, the company ceased to be lessees of the premises after March 31st. Its lease was by notice duly terminated on that date. And that being so, it lost all right of occupation of the licensed premises, could confer none upon its nominees, and therefore ceased to be able to enforce against Woolcott its contract of March 5th relating to transfer."

Na my mening sou dit verkeerd wees om die stellings in die uitspraak aangaande eiendomsreg van ŉ dranklisensie as beslissend ten aansien van die vraag onder oorweging in die huidige saak te beskou. Hulle is gemaak in ŉ bepaalde verband, met die oog waarop hulle (vanselfsprekend) gepas was, as deel van die beredenering van die geskilpunt wat daar besleg moes word. Dat hulle in algemene terme ingeklee was, regverdig nie hulle toepassing op die beslegting van ŉ gans ander geskilpunt, waarmee die Hof daar nie gemoeid was en waarop die aandag nie gevestig was nie. Om dit te doen, sou verkeerdelik daarop neerkom dat daar aan die stellings, in isolasie geneem, die krag van ŉ statutêre voorskrif gegee word met betrekking tot ŉ feitekompleks wat nie in die kontemplasie was nie (vgl <u>Thomas Construction (Pty) Ltd (In Liquidation) v Grafton Furniture Manufacturers (Pty) Ltd</u> 1988 (2) SA 546 (A) op 565A-B).

Gevolglik is my mening dat die uitspraak in <u>Fick</u>

se saak <u>supra</u> nie ŉ beletsel is om uitvoering te gee aan my sienswyse oor die oplossing van die geskilpunt in die onderhawige saak nie, soos ek dit vroeër uiteengesit het. Dieselfde geld dan vir die uitsprake in die gevalle van <u>Weintraub</u> en <u>Bank Station Hotel</u> <u>supra</u>. En verder ook vir die stelling in <u>Solomon v Registrar of Deeds</u> 1944 CPD 319 op 325 dat ŉ dranklisensie by die insolvensie van die houer daarvan oorgaan op die kurator vir die voordeel van die skuldeisers. Dié stelling is gemaak in die loop van ŉ bespreking van die vraag of ŉ dranklisensie met ŉ notariële verband beswaar kan word, wat bevestigend beantwoord is. Die samehang blyk uit die volgende uittreksels uit die uitspraak van VAN ZYL RP (op 325-326 en 327):

> "Although INNES JA, in the judgment above referred to, describes a liquor licence as a privilege granted to a particular person, it is, I think, clear from what is said above that a liquor licence is not merely a privilege but is a right of a potential commercial value which may sometimes be very considerable, and a right which is alienable and can be sold. It is, however, not every sale thereof which can be

given effect to because when a licence has been sold, transfer thereof to the purchaser will have to be obtained from the Licensing Board; and if the Board does not approve of the purchaser or if the purchaser does not possess one of the essentials required by law, such as e g the right to occupy the premises to which the licence relates, transfer of the licence will not be obtained and the sale will fall through. Although, however, there are these limitations to the giving effect to a sale of a liquor licence, the right to sell is there and it can sometimes be a very valuable right.

As pointed out above, in spite of the personal elements attached to the licence, on the insolvency of the licensee the licence passes to his trustee for the benefit of the insolvent estate. Likewise on the death of the licensee the licence passes to his executor for the benefit of his estate.

In the case of insolvency if the trustee, in the realisation of the estate, has sold the licence and has obtained a transfer thereof to the purchaser from the Licensing Board, the proceeds of the sale of such licence would in the ordinary course, if there is no notarial bond on the licence securing the debt of a particular creditor, be distributed by the trustee among the concurrent creditors of the insolvent, and if there is such a notarial bond the secured creditor will have a preferential claim on such proceeds for the payment of his debt and the trustee will have to pay the secured creditor's claim therefrom and only if thereafter there is a surplus can he distribute such surplus among the concurrent creditors."

....

"As a right of a commercial value which can be separately held, alienated and sold, a liquor licence under our law can also be mortgaged."

....

"..... in the case of South African Breweries Ltd v Liquidators, Cape Hotels Ltd and Another (1934 CPD 2) the holder of such a notarial bond was awarded the full value of the licence, on the basis that the licence was an asset with a value of its own which could be separately dealt with. I think that was a correct decision and the principles upon which it was given still apply to-day."

Dit is duidelik dat die regsposisie ten opsigte van ŉ dranklisensie by insolvensie van die houer in oënskou geneem is slegs vir sover dit ter sake was met betrekking tot die regte van die houer van ŉ notariële verband daaroor. Maar die beslissing in daardie opsig is inderdaad van groot belang met betrekking tot die standpunt wat ek huldig oor die geskilpunt in die huidige saak, al is dit op ŉ onregstreekse wyse. Die kern van die beslissing, wat deur SCHREINER AR goedgekeur is in Nkwana v Hirsch 1956 (4) SA 450 (A) op 457H, was dat ŉ

dranklisensie, as 'n reg met kommersiële waarde wat afsonderlik gehou, vervreem en verkoop kan word, met 'n verband beswaar kan word - met die destyds vanselfsprekende gevolg dat die houer van so 'n verband voorkeur geniet bo die onversekerde skuldeisers in die insolvente boedel. Dit behels dat dit in ons reg in beginsel wel moontlik is om 'n saaklike reg te vestig op 'n dranklisensie ten gunste van iemand anders as die houer daarvan. En dit is so, ten spyte van die feit dat die vermeende beginselsware wat ek vroeër bespreek het met verwysing na die erkenning van eiendomsreg van 'n dranklisensie in iemand anders as die houer daarvan, eweseer geopper sou kon word teen die erkenning van 'n beperkte saaklike reg oor 'n lisensie ten gunste van so iemand. Die onlangse verwikkelings met betrekking tot notariële verbande wat blyk uit die beslissing in <u>Cooper NO en Andere v Die Meester en 'n Ander</u> 1992 (3) SA 60 (A) en die bepalings van die Wet op Sekerheidstelling deur middel van Roerende Goed 57 van 1993 doen geen afbreuk aan

die voorgaande beskouings in die samehang van die huidige bespreking nie.

Na my oordeel bied die beslissing in die Solomon-saak ŉ aansienlike mate van ondersteuning aan my standpunt dat dit regtens moontlik is om uitvoering te gee aan die behoefte om die voorbehoud van eiendomsreg van ŉ dranklisensie te erken ten gunste van die verkoper daarvan, met effek teen die skuldeisers van die koper wat insolvent gaan. Aansluitend by die uitspraak in die Solomon-saak het JANSEN R in Ramdaie v Ganesh and Others 1959 (1) SA 535 (D & C) op 536 D-F ŉ dranklisensie beskou as ŉ res. Op daardie grondslag sou dit in stryd wees met die werklikheid om die kontrak tussen die verkoper en die koper te misken en die skuldeisers van die koper toe te laat om te deel in die opbrengs van die dranklisensie (vgl McEwen NO v Hansa 1968 (1) SA 465 (A) op 471F-472F).

Ten slotte verwys ek kortliks na die twee betreklik onlangse sake in hierdie Hof, wat bespreek word in die hoofuitspraak: Slims (Pty) Ltd and Another v

Morris NO 1988 (1) SA 715 (A) en Aquatur (Pty) Ltd v Sacks and Others 1989 (1) SA 56 (A). In geeneen van dié twee sake is die vraag wat in die onderhawige saak beslis moet word, hoegenaamd te berde gebring nie. In die meerderheidsuitspraak in die Slims-saak, wat op die bepalings van artikel 37(5) van die Insolvensiewet gebaseer was, is die beredenering voorafgegaan (op 730A-E) deur 'n aanname in algemene terme, en 'n veronderstelling, wat 'n geskil soos die huidige uitgesluit het van oorweging. Soos in daardie saak, is dit hier ook nie vir my nodig om oorweging te skenk aan die minderheidstandpunt wat vervat is in die uitspraak van NICHOLAS Wnd AR nie. Oor die ander minderheidstandpunt, in die uitspraak van CORBETT AR (met NESTADT AR samestemmend), is dit slegs nodig om te sê dat, in soverre die beredenering gebaseer is op, of van dieselfde strekking is as, die beslissings in die vroeëre sake wat ek reeds hiebo in oënskou geneem het, my sienswyse, met eerbied, dieselfde is as wat ek alreeds uitgespreek het. Origens moet ek net meld dat, as

die opmerking op 738I/J uitgelê sou word om te beteken dat artikel 47(1) van die Drankwet 87 van 1977 noodwendig inhou dat 'n dranklisensie altyd by die sekwestrasie van die boedel van die houer daarvan in sy kurator setel, op so 'n wyse dat hy dit moet te gelde maak ten voordeel van al die skuldeisers, dan stem ek met eerbied nie saam daarmee nie. Tydens die betoog voor ons was dit gemene saak tussen die advokate van albei kante dat die bepalings van artikel 47(1), waarvolgens die lisensie op die kurator oorgaan en hy die besigheid kan voortsit, slegs bedoel was as 'n meganisme om die instandhouding van die lisensie en die besigheid gedurende die kurator se administrasie van die boedel te beveilig, en dat dit ook die geval is ingevolge die ooreenstemmende bepalings van artikel 118(1) van die Drankwet 27 van 1989. Ek stem daarmee saam; die voorskrifte is klaarblyyklik nie bepalend van die vraag of die kurator verplig is om die lisensie te gelde te maak ten bate van die skuldeisers dan wel om stappe te doen om dit te laat oordra aan iemand wat daarop geregtig is nie.

Wat die beslissing in die Aquatur-saak betref, word daar in die hoofuitspraak gesê dat dit daaruit volg dat die vorige eienaar van 'n dranklisensie deur die oordrag daarvan enige sakeregtelike aanspraak op die lisensie verloor. Met daardie siening van die saak kan ek, met alle eerbied, nie saamstem nie. Van enige sakeregtelike aanspraak op die lisensie was daar eenvoudig geen sprake nie. Dit blyk uit die uitspraak van VIVIER AR op 61D-G dat die eis teen die appellant gegrond was op kontraktuele bepalings waarvolgens hy verplig was om die betrokke lisensies oor te dra, en dat die verweer teen die eis gebaseer was op sekere bepalings van die Drankwet 87 van 1977. Die Hof het bevind dat die verweer ongegrond was en dat 'n bevel van spesifieke nakoming van sy kontraktuele verpligtings teen die appellant geregverdig was (sien op 66G). Die feit dat die kontrak ook bepaal het dat die eiendomsreg van die lisensies by die verhuurders gebly het, het geen rol gespeel in die wyse waarop die eis teen die appellant ingeklee was nie, en is

dus ook nie as sodanig in die uitspraak oorweeg nie. Gevolglik is geen afleiding geregverdig uit die feit dat die Hof die appellant se verpligting as kontraktueel van aard beskou het nie.

Om al die voorgaande redes stem ek nie saam met die bevel wat aan die einde van die hoofuitspraak uiteengesit word nie, in dié mate dat ten opsigte van beide paragrawe (a) en (b) daarvan ek van mening is dat die woorde "met uitsluiting van die dranklisensie" vervang behoort te word deur die woorde "met insluiting van die dranklisensie". Op hierdie grondslag sou die wysiging van die bevel van die hof a quo geen wesenlike sukses vir die appellant inhou nie, en gevolglik sou ek, behoudens die wysiging, die appèl van die hand wys, met koste, insluitend die koste van twee advokate.

A S BOTHA AR