

Kontraktuele geregtigheid, goeie trou en die optrede van 'n kurator met betrekking tot onuitgevoerde kontrakte in die insolvensiereg

A.L. Stander
Departement Handelsreg
Potchefstroomse Universiteit vir CHO
POTCHEFSTROOM

Abstract

Contractual justice, good faith and the conduct of a trustee in relation to unexecuted contracts in the law of insolvency

*Regarding unexecuted contracts and the important role they play in the law of insolvency, it is necessary to establish why a trustee is permitted to become a party to the contract between the insolvent and the third party without either party's consent. This procedure mainly concerns the principle of public policy as expressed in terms of good faith. Due to public policy and good faith, it is further necessary to create a healthy balance between the principles underlying the enforcement of contracts and those underlying the equal treatment of creditors of the estate. To my mind the contracting third party can enforce the contract when its execution has reached the stage where the position of the *concursum creditorum* will not be affected. It is concluded that this stage is reached when no further performance is required of the insolvent estate. Under these circumstances it should be explicitly acknowledged that, on the basis of good faith, the third party has the right to insist on the performance of the contract. It is also essential that the decision of the trustee to enforce or to terminate the contract must be measured by the principle of good faith.*

1. Inleiding

Wat 'n mens dadelik by die bestudering van onuitgevoerde kontrakte in die insolvensiereg opval, is die negering van die werklike aard van die verhouding tussen kontrakpartye. Wanneer 'n kontrak gesluit word, kry ons sekere persone wat op 'n besondere wyse en soms met groot koste en moeite vir hulle sekere voorregte, regte en verpligtinge beding het. Daar bestaan 'n besondere verhouding tussen hierdie partye tot die uitsluiting van ander. Met sekwestrasie verander hierdie verhouding totaal. 'n Buitestaander (in die persoon van die kurator of voorlopige kurator) tree na vore, maak as't ware die kontrak oop en tree dan namens en ten behoeve van vele ander betrokkenes op, naamlik al die skuldeisers van die insolvente boedel – al is dit teen die sin of ten koste van die

ander party. Onmiddellik geniet die groep skuldeisers se belange voorkeur bo dié van die “onskuldige” kontrakparty sonder dat hy enige sê in die saak het.

Die vraag is vervolgens hoe hierdie situasie met verwysing na die beginsel van bemoeiingsvryheid¹ (as onderdeel van kontrakteervryheid) verantwoord word. Die vraag is verder ook hoe dié situasie met verwysing na die beginsel van die afdwingbaarheid van kontrakte verantwoord word, want daar bestaan geen twyfel nie dat as die onskuldige party sy sin sou kry, hy bo ander skuldeisers van die insolvente boedel bevoordeel sal word – skuldeisers wat in presies dieselfde posisie as hyself verkeer. Hoewel dit ten alle koste verhoed moet word, blyk dit in stryd te wees met die klassieke kontrakteregteorie. Laasgenoemde hou in dat dit juridies-eties aanvaarbaar is dat die partye gebonde gehou moet word aan dit waaroor hulle ná onderhandeling wilsooreenstemming bereik het. Dit veronderstel dat daar wel oor die kontraksluiting en oor die kontrakbedinge onderhandel is of kon word (Van der Walt, 1989:85). Verder hou die kontrakteregteorie in dat aan die redelike verwagting wat die partye ten opsigte van die kontrak koester, uiting gegee en dit beskerm moet word. Hierdie uitgangspunt is in pas met die vertrouenseteorie wat by die vasstel van kontraktuele gebondenheid gebruik word. So verklaar Eiselen (1988:83) dat die kontrak 'n produk van die wilsooreenstemming tussen die partye is en dat daardie wilsooreenstemming te vinde is in die redelike vertroue wat oor en weer tussen die partye tot stand gebring is.

Gedagtig hieraan kan met reg gevra word of, en indien wel hoe, dit moontlik is dat die kurator 'n keuse kan uitoefen om die betrokke onuitgevoerde kontrak na te kom of spesifieke nakoming te weier, en daardeur die kontrak in werklikheid effektief te beëindig. Wat baie duidelik is, is dat in die geval van die insolvensiereg van die bestaande kontrakregtelike beginsels afgewyk móét word. Dit is eenvoudig onmoontlik om ná sekwestrasie aan elke skuldeiser presies dit te gee waarvoor hy gekontrakteer het. Die insolvent se laste oorskry sy bates. Watter riglyne kan derhalwe oorweeg word om behoorlike beregtiging van skuldeisers *inter se* te bewerkstellig? In hierdie artikel sal gepoog word om aan te dui dat dit 'n vraag is wat (wat die insolvensiereg betref) aan die hand van geregtigheds-oorwegings en die vereiste van goeie trou bepaal moet word. *Binne 'n reformatoriese regsteorie word billikheid en goeie trou as beginsels van juridiese moraal beskou. Hierdie beginsels is regulatief van aard* (Van Eikema Hommes, 1972:481-546).

¹ Kyk par. 2.4 vir 'n bespreking van hierdie begrip

2. Die beginsels van die klassieke kontrakregteorie

Die Suid-Afrikaanse klassieke kontrakregteorie word gekenmerk deur veral die beginsels van kontrakteervryheid, afdwingbaarheid² en konsensus. Die beginsel van konsensus³ beteken dat die kontrak deur die blote wilsooreenstemming van die partye tot stand gebring word. Geen formaliteite hoef nagekom te word nie. Die beginsel van afdwingbaarheid kom daarop neer dat die partye aan hul kontrak gebonde is. Die beginsel van kontrakteervryheid hou in dat enige persoon 'n kontrak kan sluit wanneer hy wil, met wie hy wil en met welke inhoud hy wil. Kontrakvryheid kan vyf verskillende betekenisse hê:

- **Formele kontrakteervryheid**

Formele kontrakteervryheid (vormvryheid) beteken dat daar in beginsel geen formaliteite vir die totstandkoming van 'n kontrak vereis word nie. Blote wilsooreenstemming is voldoende (Feenstra & Ahsmann, 1980:5).

- **Vergestaltingsvryheid**

Vergestaltingsvryheid hou in dat die partye enige geoorloofde inhoud aan hul kontrak kan gee en dat die partye die reëlende reg kan wysig om by hul behoeftes aan te pas.

- **Sluitingsvryheid**

Sluitingsvryheid beteken dat 'n mens in beginsel vry is om te besluit of en indien wel, met wie hy wil kontrakteer.

- **Bemoeiingsvryheid**

Bemoeiingsvryheid hou in dat daar nie *ex post facto* met 'n kontraktuele verhouding ingemeng behoort te word nie. Die kontrak behoort afdwinging te word soos die partye ooreengekom het. "Afspraken, hoezeer zij ook naakt zijn, moeten worden nagekomen" (Feenstra & Ahsmann, 1980:6). *Pacta sunt servanda* is die sinoniem vir kontrakteervryheid in hierdie sin (Eiselen, 1988:11).

2 Afdwingbaarheid kom na vore in die spreuk *pacta sunt servanda*. In die geval van skriftelike kontrakte vind dit neerslag in talle reëls, soos die integrasiereël en uitleggenieke – veral die reël teen ekstrinsieke getuigenis. Algemeen is dit belangrik dat kontrakte ter wille van regskeerheid afdwinging word. Die rol wat kontrakte in die regs- en handelsverkeer speel, lei derhalwe daartoe dat regskeerheid en die behoefte daaraan 'n sentrale plek by die beginsel van afdwingbaarheid van kontrakte innem.

3 Onderskeidelik gemotiveer deur die wilsbenadering staan dit ook as kontrakvormvryheid bekend.

• **Kontrakteervryheid**

Kontrakteervryheid in omvattende sin dui op die onwenslikheid dat die owerheid enigsins die ander vorme van kontrakteervryheid aan bande lê. Aan hierdie beginsels en vereistes moet in die moderne handelsverkeer uitvoering gegee word (Van der Walt, 1989:82). Kontrakteervryheid verteenwoordig uitgangspunte wat in die openbare belang geld en word beliggaam in die goeie-trou-vereiste van die kontraktereg. Dit bepaal die grense waarbinne toegelaat kan word dat partye hul kontrakteervryheid uitoefen. Dié beginsels vorm derhalwe die basis van die Suid-Afrikaanse kontraktereg, waaraan ter wille van kontraktuele billikheid, algemene geregtigheid en regsekerheid voldoen moet word. Sinvolle handels- en regsekerheid kan alleen bereik word as bogenoemde beginsels vir albei kontrakpartye gelykelyk bestaan. In die geval van sekwestrasie van die boedel van een van die kontrakpartye, wil dit egter voorkom of hierdie beginsels⁴ met die toetrede van die kurator vervaag en op die agtergrond geskuif word. Die onderhawige ondersoek het derhalwe te make met die vraag of daar perke aan bemoeiingsvryheid gestel kan word en indien wel, die norm waardeur bepaal word welke perke gestel kan word om as grondslag vir die inmenging van die kurator⁵ te dien. Die vraag is of die openbare belang (soos dit in die vereiste van goeie trou tot uiting kom) nie juis die regverdiging vir die reël in die geval van onuitgevoerde kontrakte is nie. Dui dit nie juis aan dat die negentiende-eeuse kontrakteervryheidsgedagte (met sy afdwingbaarheidspostulaat) in die geval van insolvensie deur die beëindigingskompetensie van die kurator getemper word omdat die goeie trou dit vereis nie? Of is hier, in die geval van die sekwestrasie van een van die partye se boedels, 'n anomalie⁶ ter sprake, sodat 'n selfstandige beginsel as norm geformuleer en erken moet word? Die antwoord wat op hierdie vrae aangebied word, moet 'n *regsetiese* grondslag hê. Dit is na my mening 'n voorvereiste waaraan die gestelde beginsel onderhewig is.

3. Die kontrakteervryheidsgedagte

Die kritieke vraag is vervolgens hoe dit moontlik is dat die kurator met die kontraktuele verhouding van die insolvent en sy teenparty kan inmeng *deur* uitvoering daarvan effektief te mag beëindig.⁷ *Pacta sunt servanda* word vandag meesal gebruik om die absolute afdwingbare karakter van kontraktuele

4 Hier word veral verwys na afdwingbaarheid en bemoeiingsvryheid as onderskeibare betekenisse van die beginsel van kontrakteervryheid

5 Hier word verwys na die kompetensie van die kurator om 'n onuitgevoerde kontrak na te kom of spesifieke nakoming te weier, en daardeur die kontrak in werklikheid effektief te beëindig

6 Te wyte aan die besondere (insolvente) omstandighede van een van die kontrakpartye.

7 Dit is duidelik 'n ingreep op die partye se kompetensie om hul eie sake te reël

verhoudinge aan te dui (Eiselen, 1988:56). Regsgeleerdes erken wel dat sekere perke aan die vergestaltingsvryheid en bemoeiingsvryheid gestel moet word om die openbare belang te beskerm. Die grense van hierdie uitsondering is egter baie eng en strek kwalik wyer as die bedinge wat die handelsvryheid beperk, kontrakte wat immoreel is, weddenskapskontrakte en kontrakte wat onwettig is (De Wet & Van Wyk, 1992:89 e.v.; Kerr, 1989:98 e.v.). Steeds raak hierdie genoemde uitsonderings nie die vraag na die grondslag vir die inmenging van die kurator van 'n gesekwestreerde boedel en die feit dat die ander kontrakparty nie die spesifieke nakoming van die onuitgevoerde kontrak kan eis nie. Dit is ook gevestigde reg dat die blote feit dat 'n kontrak of beding onbillik is, nie voldoende is om dit onafdwingbaar te maak nie (*Wells v SA Alumenite Co* 1927 AD 69 72 e.v.)⁸

In die klassieke Romeinse reg was afspraak wat nie aan die gestelde formaliteite voldoen het nie, nie afdwingbaar nie. Met die resepsie van die Romeinse reg gedurende die Middeleeue is hierdie reel behou (Feenstra & Ahsmann, 1980:13). Gedurende dieselfde tyd het die Romeinse reg egter gaandeweg verandering ondergaan. *Consensus* het die grondslag vir kontraktuele gebondenheid gevorm, in teenstelling met die stelsel waar die grondslag in die vorm van die regshandeling geleë was. Dit is in hierdie verband dat *pacta sunt servanda*⁹ oorspronklik die betekenis gehad het dat 'n kontrak afdwingbaar was indien albei partye vryelik daartoe toegestem het, ongeag die vorm waarin dit gegiet is (Visser, 1984:646; Feenstra & Ahsmann, 1980:6-7; Eiselen, 1988:56 e.v.). Gedurende die Renaissance het 'n belangrike klemverskuiwing¹⁰ ten aansien van die betekenis van dié uitdrukking plaasgevind. Daar is van die standpunt uitgegaan dat elke mens sekere fundamentele regte het en dat hy outonoom is (Eiselen, 1988:57); gevolglik kan hy ook vryelik ooreenkomste aangaan. De Groot het die wil om aan 'n ander 'n reg te verskaf as die grondslag van kontraktuele gebondenheid aangemerkt.¹¹ 'n Verdere vereiste wat deur hom gestel is, is dat die wilsuiting vryelik moes geskied het (De Groot, 1664:3.1.10-3.1.11; kyk in die algemeen ook Van Apeldoorn & Fockema Andreae, 1939). In daardie geval is 'n persoon dan verplig om sy belofte na te kom. Waar *pacta sunt*

8 Vergelyk ook 1942 *Marlin v Durban Turf Club and others* AD 112 131 waarin beslis word dat "one of the requirements of public policy is that parties who have freely entered into an agreement should, *in the absence of fraud*, be held to it" (my kursivering – ALS).

9 Die beginsel het sy oorsprong in die Kanonieke reg gehad (Feenstra & Ahsmann, 1980:6, 12: "Alle afspraken moeten worden nagekomen"; vgl. ook Eiselen, 1988:56).

10 Dit het onder invloed van die sterkerwordende natuurregler (en veral die Rasionalisme) en 'n sterk filosofiese gerigtheid plaasgevind (kyk Eiselen, 1988:57 e.v.).

11 *Consensus* het met ander woorde die grondslag van kontraktuele gebondenheid geword.

servanda dus oorspronklik gebruik is om die beginsel van konsensus deur te voer,¹² het De Groot die klem op die bindende krag van 'n ernstige belofte geplaas – dit is volgens hom 'n gebod van die natuurreg dat ooreenkomste wat vrywillig aangegaan is, nagekom moet word (Feenstra & Ahsmann, 1980:18-19). Die mens is 'n vrye, outonome en rasonale wese, wat heerskappy oor sy goed en oor homself voer; daarom is hy volgens De Groot in staat om daarmee te handel volgens sy eie goeddunke en behoort die reg daaraan gevolg te gee (De Groot, 1664:3.1.12).

Tog is die beginsel van *pacta sunt servanda* nie as absoluut gesien nie, aangesien die vrye wilsuitoefening van die mens van regsweë aan bande gelê kon word:

Hij (De Groot) wijst er met name op dat het positieve recht beperkingen heeft aangebracht op het beginsel van de vrijheid om zich zodanig te binden dat een ander een recht verkrijgt ... Deze kunnen niet alleen daarin liggen dat toezeggingen met een bepaalde inhoud ongeldig worden verklaard ... maar ook in de wijze waarop men zich door toezegging kan verbinden (Feenstra & Ahsmann, 1980:19).

Daar is erken dat die owerheid beperkings op die wilsuitoefening kon plaas deur byvoorbeeld sekere ooreenkomste as *ongeorloof* te bestempel (De Groot, 1664:3.1.19, 3.1.21 en 3.1.42).¹³ Hierdie beperkings is gesien as in ooreenstemming met die natuurreg. By implikasie is dus erken dat sekere perke aan die privaautonomie van die mens deur die owerheid gestel kan word.¹⁴ Teen die

12 'n Kontrak word deur die blote wilsooreenstemming van die partye tot stand gebring

13 Voorbeelde hiervan is die woekerverbod en sekere bepalings oor huurkontrakte en dienskontrakte (kyk De Groot, 1664:3.10.9, 3.10.10, 3.19.3, 3.19.6 en 3.19.13). Hierdie beperkings het 'n uitwerking gehad op die bestaan al dan nie van 'n kontrak. Dit verskil van die geval wat tans van belang is, naamlik waar 'n geldige (maar onuitgevoerde) kontrak bestaan en op grond van wetteregtelike bepalings of andersins, as gevolg van die sekwestrasie van een van die partye se boedel (ongegag die wense van die teenparty) beëindig kan word.

14 Perke kan gestel word op grond van die beginsel van geoorlooftheid. Voorbeelde van bepalings wat aan die howe die kompetensie gegee het om met kontraktuele verhoudings in te meng, was die *laesio enormis*- en *clausula rebus sic stantibus*-leerstukke (Feenstra & Ahsmann, 1980:21 e.v.). Ingevolge eersgenoemde kon die hof 'n kontrak ongedaan maak indien die verkoper sy saak vir minder as die helfte van die waarde daarvan verkoop het. Hierdie bepalings is in die Middeleeue uitgebrei om ook die koper wat te veel betaal het te beskerm. Hierdie reël is vanaf die sestiende eeu geleidelik aan al hoe meer kritiek onderwerp (Eiselen, 1988:60). Laasgenoemde leerstuk het daarvoor voorsiening gemaak (eers deur middel van 'n stilswyend veronderstelde beding maar later langs die weg van die goeie-trou-beginsel [Feenstra & Ahsmann, 1980:19]) dat die kontrak nie afgedwing sou word nie indien onvoorsiene verandering van omstandighede ingetree het (Feenstra & Ahsmann, 1980:23 e.v.). Vanaf die sewentiende eeu het die reël die meeste van sy betekenis in die privaatreë verloor (Feenstra & Ahsmann, 1980:24).

middel van die negentiende eeu was die beginsel van kontraktevryheid goed ingeburger.¹⁵ Dit ten spyte het veral die Engelse en Amerikaanse houe steeds op grond van billikheidsoorwegings met kontraktuele verhoudings ingemeng. Met 'n nuwe geslag regters¹⁶ het 'n nuwe benadering egter teen 1830 in hierdie lande begin posvat – 'n benadering waarin die klem baie sterk op die vryheid en verantwoordelikheid van die individu geval het (Eiselen, 1988:71). Die sogenaamde onaantasbaarheid van 'n kontrak het in daardie tyd veral twee vryhede veronderstel, naamlik vergestaltingsvryheid en bemoeiingsvryheid (*Printing & Numerical Registering v Sampson* (1875) LR 19 Eq 462 465). Die houe se houding was dat dit in die openbare belang is dat partye se vergestaltingsvryheid so wyd moontlik moet strek, dat 'n hof daaraan gevolg moet gee en nie agterna daarmee behoort in te meng nie. Indien die kontrak vrywillig aangegaan is, behoort die hof dit net so af te dwing – ongeag die billikheid al dan nie van die inhoud (Eiselen, 1988:72).

In die Suid-Afrikaanse reg is die beginsel van die onaantasbaarheid van kontrakte na aanleiding van die Engelse reg aanvaar:

No doubt the condition is hard and onerous; but if people sign such conditions they must, in the absence of fraud, be held to them. Public policy so demands. 'If there is one thing which, more than any other public policy requires, it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts, when entered into freely and voluntarily, shall be held sacred and shall be enforced by courts of justice' (Per Jessel, M.R. in *Printing & Registering Co v Sampson*, LR 19 Eq at p 465).

In *Marlin v Durban Turf Club and others* (1942 AD 112 131) verklaar die hof:

The tendency of the law to hold persons to their contracts in such matters is also illustrated by a passage in Voet (4.8.9) stating that a person may appoint the advocate of his opponent as arbitrator, and if he does so, knowing that such advocate was acting for his opponent, there is no reason why he should not be prejudiced by his own free act to the extent of not being able afterwards to set up the nullity of the arbitration. Voet remarks that Van Leeuwen took a different view. I express no opinion on such a case, and merely quote the passage to show how far a weighty authority

15 Veral onder die invloed van die leerstellings van die Franse fisiokratiese skool en die klassieke ekonomiese skool van die laat agtiende en negentiende eeue onder leiding van Hume, Smith en Ricardo (Eiselen, 1988:66 71). Die invloed van die Franse en Engelse ekonomie was nie beperk tot daardie lande waarin hierdie ontwikkeling plaasgevind het nie. Hulle invloed het na die meeste Europese lande en lande binne hul invloedseer versprei.

16 Hierdie regters was goed met die bogenoemde ekonomiese rigting vertrou

considered the Court might go in refusing to interfere with the contract of persons who have agreed on a certain tribunal.

In *Roffey v Caterall, Edwards & Goudré* (1977 4 SA 494 (N) 505E-G) word die volgende houding ingeneem:

I am satisfied that South African law prefers the sanctity of contracts. That principle is firmly entrenched in our system, where it shows its head in so many places ... But its mercantile justification is not all there is to be said for the sanctity of contracts. The principle has a moral dimension too, which gives it a durability and a universality beyond the norms of the marketplace. This consists of its simple requirement that people should keep their promises.

4. Kontrakteervryheid en die bevoegdheid van die kurator

As die standpunt uiteindelik gehuldig word dat die kurator die regte uit 'n geldige kontrak mag beëindig, kom dit neer op 'n ondergraving van dié beginsel, naamlik deurdat die kontrak nie gehandhaaf word soos die partye dit gesluit het nie. Gevolglik is die kritieke vraag dan *waarom* toegelaat word dat die kurator met die kontraktuele verhouding van die insolvent en sy teenparty kan inmeng en ook geregtig is om spesifieke nakoming te weier, veral as in gedagte gehou word dat in *Drewtons (Pty) Ltd v Carlie* (1981 4 SA 305 (K) 317A-D) uitdruklik beslis word dat:

The concept of sanctity of contract is in my opinion one which requires jealous guarding by our Courts. ... Maintenance of the sanctity of contract and ensuring that parties abide by their agreements, seriously made ... is essential.

Skep die situasie by sekwestrasie dus 'n anomalie sodat 'n selfstandige beginsel geformuleer moet word om die "afwyking" te motiveer, of is dit tog op die regsetiese grondslag van goeie trou gegrond? Waarom is dit noodsaaklik om 'n norm te bepaal? In die ondersoek na die gedagte van kontrakteervryheid blyk dit duidelik dat hierdie konsep steeds baie sterk trekke van die negentiende-eeuse liberalistiese beskouing van die beginsel vertoon. Dit beteken eerstens dat, aangesien die grootste gedeelte van die gemeenregtelike kontraktereg uit reëlende regsreëls bestaan, partye kragtens hulle vergestaltingsvryheid vryelik daarvan kan afwyk en dat hulle enige geoorloofde inhoud aan hulle ooreenkoms kan gee. Tweedens sal 'n hof nie *ex post facto* met die kontraktuele verhouding inmeng nie, maar dit afdwing soos die partye daarin ooreengekom het (Eiselen, 1988:75

e.v.). Die gedagte van kontrakteervryheid in die omvattende sin¹⁷ oefen vandag nog steeds 'n groot invloed uit.

Ten spyte hiervan het die wetgewer reeds op talle terreine bepalinge neergelê waardeur die sluitings-, vergestaltungs- en bemoeiingsvryheid van partye aangetas word.¹⁸ Al die gevalle van wetgewende inmenging wat reeds bestaan, verteenwoordig meteen ook 'n inbreuk op die beginsel van kontrakteervryheid. Met betrekking tot die insolvensiereg kan kortliks na artikels 35, 36 en 37 van die *Insolvensiewet* (24 van 1936) verwys word, waar die wetgewer pertinent sekere regte aan een van die kontrakpartye gee wat hy/hulle nie sou gehad het as sekwestrasie nie plaasgevind het nie. Regverdiging vir hierdie inmenging deur die wetgewer moet gevind word. Die kontrakteervryheidbeginsel (in die sin dat die kontrak gehandhaaf word soos die partye dit gesluit het) kom ook in gedrang as uiteindelik bevind sou word dat die kurator geregtig is om 'n geldige kontrak te beëindig. Regverdiging vir so 'n algemene reel sal ook gevind moet word.

By die beoordeling van die posisie moet die volgende in gedagte gehou word: dit is eenvoudig fisies onmoontlik om ná insolvensie aan elke skuldeiser presies dit te gee waarvoor hy gekontrakteer het, want die insolvent se laste oorskry sy bates. 'n Skuldeiser behoort nie, ten spyte van die insolvensie van sy skuldenaar, steeds toegelaat te word om sy relatiewe posisie teenoor ander skuldeisers te verbeter nie. Regspolities sal so 'n stand van sake indruis teen die algemene gevoel van wat reg en verkeerd is. Sodra die skuldenaar insolvent is, sal die betaling van die een skuldeiser noodwendig die ander benadeel, omdat daar onvoldoende bates is om aan almal se eise te voldoen. Sekwestrasie, synde 'n proses van *kollektiewe* eisafdwinging, is 'n reaksie op hierdie soort potensiele nadeel. Onder meer beklemtoon die situasie by die sekwestrasie van 'n insolvente boedel slegs die standpunt dat nie een van die vorms van kontrakteervryheid absoluut kan of behoort te geld nie. Daar bestaan 'n *behoefte* aan sekere perke vir hierdie vryhede om misbruik en ongeregtigheid te voorkom.

Die vraag kan dus gestel word of dan aanvaar moet word dat die hantering van onuitgevoerde kontrakte in die insolvensiereg van die bestaande kontrakregtelike beginsels mag afwyk en nie daarmee versoen hoef te word nie. Mag die objektiewe reg eenvoudig ingryp en mag dit eenvoudig aangepas word? Watter riglyne word gebruik om behoorlike beregtiging van skuldeisers *inter se* te bewerkstellig? Kan dit na willekeur verander word? Die insolvensiereg behoort daarna te streef om 'n billiker stelsel daar te stel deur onregverdige regsreëls te

17 Kontrakteervryheid dui op die onwenslikheid dat die owerheid enigsins die ander vorme van kontrakteervryheid aan bande lê

18 Vir enkele voorbeelde ter illustrasie hiervan, kyk Eiselen (1988:76).

identifiseer en nuwes in die plek daarvan te stel. Die korrekte benadering tot hierdie probleem is om as uitgangspunt te aanvaar dat die beginsels van 'n *concursum creditorum* vereis dat 'n sekere resultaat ten aansien van die verdeling van die opbrengs van die bates van die insolvente boedel tussen skuldeisers bewerkstellig moet word. Hierdie benadering impliseer dat alle skuldeisers se relatiewe posisies, soos wat dit op die oomblik van sekwestrasie bestaan, gehandhaaf word. Billikheid teenoor die skuldenaar (en na my mening in sekere omstandighede ook teenoor die ander kontrakparty) behoort ook bewerkstellig te word. Daar behoort egter sekere riglyne in ag geneem en sekere grense gestel te word wanneer die nuwe reëls geformuleer word. Die rede hiervoor is om billikheid teenoor alle betrokke partye te bewerkstellig. Waar daardie grense gestel moet word, is 'n vraag wat myns insiens aan die hand van geregtigheds-oorwegings en die oortuigings van die gemeenskap – met ander woorde met verwysing na die openbare belang soos dit in die vereiste van goeie trou tot uiting kom – bepaal moet word. As dit dus blyk dat die reëls van die algemene reg nie hierdie resultaat bewerkstellig nie, moet daar, met verwysing na die vereiste van goeie trou, reëls geformuleer word wat uitsluitlik in 'n *concursum creditorum* geld.

Voor 'n volledige motivering vir hierdie standpunt gegee word, is dit egter belangrik om eers te toets of die grondslag vir die inmenging van die kurator nie eerder op 'n ander beginsel gegrond is nie. Aan die orde is vervolgens die vraag of dit wel moontlik is om die situasie vanuit die beginsels van billikheid en algemene geregtigheid te regverdig.¹⁹

5. Grense waarbinne kontrakteervryheid uitgeoefen kan word

Individuele kontrakteervryheid kan ook volgens Van der Walt (1989:82) nie sonder die gepaste beheer werklik tot sy reg kom nie. Die belangrike vraag is dan na die grense waarbinne toegelaat kan word dat die partye hulle kontrakteervryheid uitoefen, ook in die sin van bemoeiingsvryheid en in die sin van die afdwingbaarheid van 'n onuitgevoerde kontrak waar sekwestrasie van die boedel van een van die partye plaasgevind het.

Omdat die wetgewer slegs op 'n *ad hoc*-basis beskerming verleen²⁰ met die oogmerk om die verhouding tussen die partye op 'n billike wyse te reël,²¹ en

19 Ek meen dat met reg ook gevra kan word of die *clausula rebus sic stantibus*-leerstuk weer nuwe betekenis verkry het. Is dit nie moontlik die uitsonderingskriterium “onvoorsiene verandering van omstandighede” in 'n nuwe gedaante nie? Die vraag word hieronder volledig bespreek.

20 Soos byvoorbeeld in die geval van die *Wet op Kredietooreenkomste* 75 van 1980 waar die verbruiker en algemene ekonomie van die land beskerm word. Kyk ook die bepalings van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* 28 van 1956 en die *Wet op Skadelike Sakepraktyke* 71 van 1988.

omdat die wetgewer origens huiwerig is om met die burgery se kontrakte in te meng, maak kontrakpartye gevolglik op die howe staat om die reg uit te bou en aan te pas en om billike oplossings vir nuwe omstandighede te vind.

5.1 Billikheid as norm

Kan 'n regter billikheid as norm aanwend wanneer hy gevra word om oor die geldigheid of afdwingbaarheid van die ooreenkoms te beslis?²² Eerstens word na die vraag gekyk of 'n spesifieke kontrak deur billikheid beperk of aangevul kan word.²³ Lotz (1979:6) wys daarop dat dit tog op bedekte wyse gebeur, byvoorbeeld wanneer die regter die kontrak interpreteer of bevind dat 'n stilswyende beding by die kontrak ingelees moet word. Hoewel die standpunt van die howe is dat daar geen algemene billikheidsjurisdiksie bestaan nie (*North Vaal Mineral Co Ltd v Lovasz* 1961 3 SA 604 (T); *Zuurbekom Ltd v Union Corporation Ltd* 1947 1 SA 514 (A); *Techni-Pak Sales (Pty) Ltd v Hall* 1968 3 SA 231 (W)), beteken hierdie stelling volgens Lotz (1979:7) slegs dat daar geen *abstrakte* billikheidsidee of -begrip as standaard vir die beoordeling van 'n bepaalde feitestel is nie. Op grond van billikheid ontstaan egter maatstawwe wat die billikheidsbegrip konkretiseer. Hierdie maatstawwe kan met ander woorde aangewend word om in 'n bepaalde geval oor die afdwingbaarheid al dan nie van 'n ooreenkoms te beslis. Hoe ver strek dié billikheidsjurisdiksie? Om hierdie vraag sinvol te beantwoord, wys Lotz daarop dat dit belangrik is om die werking van billikheid by die sluiting en billikheid by die nakoming van die kontrak te onderskei (Lotz, 1979:11). Die reëls met betrekking tot wanvoorstelling, vrees-aanjaging en onbehoorlike beïnvloeding is billikheidsreëls wat by kontraksluiting ter sprake kom. Billikheidsreëls maak 'n kontrak vernietigbaar, want op grond van billikheid word geoordeel dat daar by die totstandkoming van die kontrak 'n wilsgebrek was. Billikheid het dus 'n *beperkende* werking by die totstandkoming van 'n kontrak (Lotz, 1979:16). Is dit ook die geval by die nakoming van die kontrak? Kan billikheid ook as maatstaf gebruik word om byvoorbeeld 'n ander persoon toe te laat om tot 'n kontrak toe te tree en die afdwingbaarheid van 'n onuitgevoerde kontrak in die geval van sekwestrasie te beperk? Lotz wys op die

21 Klaarblyklik kan die bepalings van die *Insolvensiewet* 24 van 1936 met betrekking tot onuitgevoerde kontrakte ook hierby gereken word. Die wetgewer het ook reeds in sekere gevalle aan die hof die kompetensie verleen om bepaalde kontrakte direk aan billikheid te toets, byvoorbeeld a 3 van die *Wet op Strafbedinge* 15 van 1962.

22 Byvoorbeeld waar die kurator die kontrak wil beëindig.

23 Van der Walt (1989:82) is van mening dat die beginsels van kontrakteervryheid, konsensus en afdwingbaarheid uitgangspunte verteenwoordig wat in openbare belang geld en in die goeie trou-vereiste van ons kontrakreg beliggaam word. Dit is volgens hom die norm waaraan 'n kontrak getoets moet word.

bestaan van sekere gekristalliseerde reëls wat op grond van billikheid die uitoefening van kontraktuele regte belet of beperk. Sodanige reëls is byvoorbeeld die reël met betrekking tot die vermindering van huurgeld; die reël dat 'n borg van sy verpligting bevry word indien die skuldeiser deur sy onredelike optrede of deur toeskietlikheid teenoor die skuldenaar die borg se verpligting verswaar; die reëls in verband met onmoontlikwording van prestasie en met betrekking tot die *exceptio non adimpleti contractus*. Ook na analogie van hierdie genoemde voorbeelde kan die grondslag van die toepaslike bepalings van die *Insolvensiewet* moontlik verklaar word. Die doel van die Wet is juis om 'n billike en gelyke behandeling van die skuldeisers van 'n insolvente boedel en 'n billike en regverdige verdeling van die bates van daardie boedel te bewerkstellig (Smith, 1988:4). Slegs 'n buitestaander in die persoon van die kurator, toegerus met die nodige statutêre kompetensies en bevoegdhede, sal kan toesien dat dit wel geskied.

Met betrekking tot die gevalle waarvoor die wetgewer nie voorsiening gemaak het nie, moet derhalwe 'n verdere ondersoek na die grondslag vir die inmenging van die kurator en die weiering van spesifieke nakoming van die kontrak gedoen word. Die logiese vraag is dan of daar 'n algemene billikheidsmaatstaf bestaan? Volgens die regspraak is dit nie die geval nie. Dit is egter Lotz se uitdruklike standpunt dat dit wel die geval behoort te wees waar die onbillike werking van die kontrak ontstaan het as gevolg van die gepoogde afdwing daarvan in omstandighede wat tydens die sluiting van die kontrak, na die wete van die skuldeiser, nie deur die partye of die skuldenaar oorweeg is nie (Lotz, 1979:18). Ook word die behoefte aan so 'n algemene billikheidsmaatstaf by 'n verandering van die feitelike omstandighede na kontraksluiting deur Lotz uitgespel. Daarvoor sal volgens hom gevra word hoe voorsienbaar die omstandighede tydens kontraksluiting was en in welke mate die skuldenaar se posisie verswaar is. Uiteindelik moet die regter dan elke geval aan die vereiste van goeie trou toets (Lotz, 1979:18).

Dat billikheid wel 'n rol by onuitgevoerde kontrakte speel, is waar.²⁴ In die lig egter van die oorheersende standpunt dat enige kontrakparty in elke geval die risiko van die insolvensie van sy teenparty loop, dat dié risiko dus binne die alledaagse bedryf van besigheid val, sal weliswaar nie aan die bogemelde onvoorsienbaarheidskriterium voldoen kan word nie. Verder, om op grond van billikheid 'n beslissing te maak, word in elk geval aan die hand gedoen dat die regter die betrokke geval aan die vereistes van goeie trou moet toets. Daarom is

24 Dit is net billik dat aan die kurator die keuse gegee word om te besluit of dit tot voordeel van die boedel sal wees om 'n sekere kontrak uit te voer en daardeur 'n wins vir die boedel te bewerkstellig. Sodoende word die *concursum creditorum* bevoordeel. Dit is ook billik dat al die skuldeisers gelyke behandeling ontvang.

ek van mening dat die beginsel van goeie trou eerder as norm erken moet word as om billikheid tot die norm te verhef. Myns insiens is die billikheidsnorm ook nog te vaag en nie voldoende deur die howe gevorm om as algemene maatstaf 'n beperkende werking by eise vir die nakoming van kontrakte te hê nie.

5.2 Kontraktuele geregtigheid en goeie trou as norm

As dit nie aanvaar word dat billikheid die dominante maatstaf vir die toetreding van die kurator tot die onuitgevoerde kontrak van die insolvent is en dat dit ook as maatstaf met 'n beperkende werking ten opsigte van die nakoming van 'n onuitgevoerde kontrak geld nie, is die volgende vraag of die beginsel van algemene geregtigheid moontlik as motivering kan dien vir die inmenging deur die kurator en die weiering van spesifieke nakoming. Volgens Van der Walt is die kernvraag in verband met algemene geregtigheid of die bestaande toedeling van juridiese, sosiale en ekonomiese middele en geleenthede, vir sover dit per kontrak geskied, in die betrokke gemeenskap aan die een of ander gelykheidsideaal voldoen. Algemene geregtigheid het te make met die nodigheid en wenslikheid vir die verandering van die gemeenskap waarbinne die kontrak aangewend word (Van der Walt, 1989:81 e.v.). Kortliks sal met die opmerking volstaan word dat algemene geregtigheid nie as maatstaf vir die oplossing van die onderhawige vraag aangebied kan word nie. Dit is my mening dat die kontraktereg nie in hierdie opsig met so 'n vae gegewe kan werk nie. Met betrekking tot die beginsel van kontraktuele geregtigheid, wat enger as algemene geregtigheid is, is Van der Walt se standpunt dat die ondeurdagte afdwinging van kontrakte, ongeag die gevolge daarvan, in stryd is met die geoorloofdhedsgedagte soos uitgedruk in die goeie-trou-grondslag van ons kontraktereg ²⁵

Volgens die beginsel van kontraktuele geregtigheid is die maatstaf die volgende: Wat vereis die openbare belang van kontrakte en kontrakpartye? Dit word beliggaam in die goeie-trou-vereiste van die Suid-Afrikaanse kontraktereg. Openbare belang het in verband met die afdwinging van kontrakte twee teenstrydige oogmerke, naamlik sowel verreikende kontrakteervryheid as die beperking daarvan in ooreenstemming met die breë geoorloofdhedsgedagte aan die hand van die goeie trou (Van der Walt, 1989:86).²⁶ Die openbare belang in hierdie sin bepaal myns insiens ook die grense waarbinne toegelaat word dat met die

25 Hy soek daarom die oplossing vir die probleem – soos byvoorbeeld in die geval van onbillike standaardbedinge – in die goeie-trou-vereiste, in teenstelling daarmee om billikheid tot die norm te verhef. Ook Swart (1990:74) meen dat billikheid nie die enigste of dominante oorweging vir die eksklusiewe insolvensieproses is nie.

26 Van Zyl (1988:272-290) verklaar dat goeie trou as beginsel deur die reg in ag geneem moet word om orde en geregtigheid te bewerkstellig (kyk ook Corbett, 1987:52).

beginsel van bemoeiingsvryheid ingemeng mag word. Kan die oorname van 'n onuitgevoerde kontrak deur die kurator van 'n insolvente boedel, ten spyte van die inbreuk wat noodwendig daardeur op die bemoeiingsvryheid van die teenparty gemaak word, na analogie hiervan gesien word asof dit op die herstel van kontraktuele geregtigheid gemik is?²⁷ Die vraag is dus of die grondslag vir die ondergraving van die beginsel van kontraktevryheid, in die sin dat die kurator die regte uit 'n kontrak mag beëindig, nie ook die vereiste van openbare belang – soos in die goeie-trou-vereiste beliggaam – is nie. Hierdie vraag noodsaak 'n ondersoek na die kristallisering van die openbare belang by die sekwestrasie van 'n insolvente boedel. As insolvensie nie ter sprake is nie, vereis die openbare belang myns insiens goeie trou *inter partes*. Ná sekwestrasie tree die openbare belang in die vorm van die *concursum creditorum* sterker na vore. As die kontrak ten spyte van sekwestrasie ten volle uitgevoer word, kan dit in werklikheid gebeur dat die betrokke kontrakparty (solvente party by kontrak A) se kontraktevryheid²⁸ onder daardie omstandighede ten koste van ander kontrakterende partye (solvente partye by kontrakte B, C en D) se kontraktevryheid²⁹ gehandhaaf word. Die dilemma is dat een skuldeiser se kontraktevryheid, weens die oorbeklemtoning daarvan, 'n ander skuldeiser se kontraktevryheid kan beperk of uitskakel. Hierdie beperking van kontraktevryheid kan as strydig met die ekonomiese doel van die sekwestrasieproses, openbare belang en goeie trou aangemerkt word. Dit bly immers 'n probleem om te besluit aan watter een van verskeie kontrakterende partye se kontrak uitvoering gegee moet word. Dit is net logies dat nie aan al die kontrakte voldoen kan word nie – die teenparty is tog insolvent. Dit bly dus problematies om te besluit watter een van die verskeie kontrakterende partye moet besluit watter kontrak uitgevoer gaan word.³⁰

-
- 27 Die voortsetting van die reëls wat skuldeisersverhoudinge onder solvente omstandighede reguleer, het irrasionele optrede deur die skuldeisers tot gevolg (tot nadeel van die groep in geheel). Die rol van die insolvensiereg is juis om 'n oplossing vir hierdie probleem te vind. Die historiese rol van die insolvensiereg was nog altyd om 'n meganisme te skep wat rasionele optrede tot gevolg sal hê – rasionele optrede wat die skuldeisers as 'n groep sal bevoordeel. Die ondeurdagte afdwinging van kontrakte ongcag die gevolge daarvan, kan die vertroue van die gemeenskap in die kontraktereg en die regstelsel in die geheel toenemend in die wiele ry.
- 28 Kontraktevryheid word hier gebruik in die sin dat die solvente kontrakparty volle uitvoering van sy kontrak verg sonder enige inmenging van die kurator of *concursum creditorum*.
- 29 In die sin dat daar dan uiters min of geen bates in die insolvente boedel is om aan hulle kontrakte uitvoering te gee nie.
- 30 Van der Walt (1989:87) wys op die hedendaagse mening dat die openbare belang sonder meer gedien word deur die afdwinging van alle kontrakte wat aangegaan is. Enige beweging in die rigting om wedersydse kontraktevryheid en die goeie-trou-vereiste as grondslag van ons gekykte kontrakteregteorie op alle fasette van alle kontrakte toe te pas, word openlik of op 'n bedekte

Die *concursum creditorum* is myns insiens die vergestaltung van die openbare belang by insolvensie. Die rede daarvoor is dat kontraktuele geregtigheid teenoor die groep en relatiewe onreg teenoor die een, te verkies is bo kontraktuele geregtigheid teenoor een en relatiewe onreg teenoor die groep skuldeisers. Dit bring 'n mens uit by die beginsel van goeie trou en die vraag wat dit by die sekwestrasie van die boedel van een van die partye tot 'n onuitgevoerde kontrak vereis.

Reeds in die Romeinse reg het die hof 'n baie wye billikheidskompetensie gehad ingevolge waarvan die regte en verpligtinge van die partye deur die hof aangevul of beperk kon word (*Tuckers Land & Development Corporation (Pty) Ltd v Hovis* 1980 1 SA 645 (A) 651E-F). Die goeie-trou-vereiste hou verband met die gemeenskapsopvatting oor redelikheid, geregtigheid en billikheid (op 652C). Aangesien die gemeenskapsoortuiging nie 'n vaste onveranderlike is nie, maar met verloop van tyd mag verander, maak dit van die goeie-trou-vereiste 'n baie plooibare regsinstrument (Eiselen, 1988:168). Die vereiste van goeie trou word gekoppel aan die redelike verwagting van die teenparty (*Tuckers Land & Development Corporation (Pty) Ltd v Hovis* 1980 1 SA 645 (A) 653B-C). Optrede wat in stryd is met redelike verwagtings wat by die teenparty opgewek is of wat dit ondermyn, sal dus op gedrag in stryd met die goeie-trou-vereiste neerkom.

Indien hierdie benadering ten opsigte van onuitgevoerde kontrakte in die insolvensiereg toegepas sou word, is sekere aanpassings nodig. Dit is so omdat vrae oor goeie trou beantwoord moet word in die verband waarbinne dit gebruik word:

Concepts such as justice, equity, good faith and *boni mores* contain strongly subjective elements when they pertain to a particular person or a specified group of people. What is meant by these concepts depends on, and is inextricably linked to the personal circumstances of the particular person or group of persons. It has equally strong links, however, with the surrounding circumstances and with general considerations relating to these concepts to which the person or group of persons belongs (Van Zyl, 1988:290).

Goeie trou is na my mening die kristallisering van die openbare belang – laasgenoemde soos wat dit by sekwestrasie manifesteer; derhalwe word weer eens beklemtoon dat, met betrekking tot die insolvensiereg, 'n skuldeiser nie toegelaat behoort te word om sy relatiewe posisie teenoor ander skuldeisers te

wys teengestaan. Veral op die gebied van die insolvensiereg is hierdie teenstand nie geregtig nie. Alle onuitgevoerde kontrakte kan nie sonder meer afgedwing word nie, omdat daar nie voldoende bates in die insolvente boedel is nie. Dit is tog die rede waarom 'n sekwestrasiebevel toegestaan is.

verbeter nie. Sekwestrasie is 'n proses van kollektiewe eisafdwinging. Hoewel die toets met verwysing na die goeie-trou-vereiste ook in hierdie verband objektief is, moet daar myns insiens ook gekyk word na wat die verwagtinge van die *concursum creditorum* is en nie net na die subjektiewe verwagting van die betrokke teenparty nie.³¹ Daar moet gekyk word of die uitvoering van die kontrak, objektief gesien, alle skuldeisers (met inagneming van die voorkeurorde) in gelyke mate sal bevoordeel. Daar moet ook gekyk word of die uitvoering van die kontrak, objektief gesien, die *concursum creditorum* onredelik sal benadeel. As die netto resultaat van die betrokke kontrak 'n bate is, moet die kurator dit in stand hou ten einde die grootste dividend vir die groep skuldeisers te kan verseker. As die netto resultaat 'n las vir die boedel is, moet dit uit hoofde van die goeie-trou-vereiste geregverdig wees om aan die kurator die keuse te verleen om daardie kontrak te verwerp.

Die voorkeur vir kontraktuele geregtigheid teenoor die groep kom, wat die insolvensiereg betref, weer tot uitdrukking as kristallisering van die goeie-trou-vereiste in die konsep “voordeel vir die skuldeisers” en die hele wyse waarop die kurator sy ampspligte moet uitvoer. Daar moet dus in gedagte gehou word dat die sekwestrasieproses en die administrasie van die boedel deur die kurator as doel het om vir die skuldeisers as 'n groep die maksimum dividend te verkry. As die keuse van die kurator om nie met die kontrak voort te gaan nie tot gevolg het dat die boedelbates optimaal aangewend word, blyk dit dat die kompetensie van die kurator nie in stryd met hierdie algemene beginsel sal wees nie. Deur só op te tree sal hy dus nie sy plig versuim om die boedelbates te maksimaliseer nie.³² Maksimalisering van boedelbates is eger nie die enigste rede waarom die kurator geregtig is om die insolvent se verpligtinge te verwerp nie. Die rede vir die keuse om 'n kontrak te verwerp – weer eens uit hoofde van die goeie-trou-vereiste – lê ook in die kurator se verpligting om te sorg dat die relatiewe posisies van die betrokke skuldeisers, soos dit op die oomblik van sekwestrasie bevries is, in die sekwestrasieproses gehandhaaf word.³³ In hierdie mate kontroleer die goeie trou myns insiens die inhoudelike van die optrede van die kurator; daarom word die kurator se besluit om die een kontrak uit te voer, maar om nie uit hoofde van die ander te presteer nie, ook aan die hand van die goeie trou getoets. As 'n mens na

31 In hierdie sin is die toets met verwysing na die goeie-trou-vereiste dus nie objektief nie. Die voordeel van die *concursum creditorum* weeg swaarder as die nadeel van die teenparty.

32 As die kurator die kontrak verwerp, beteken dit geensins dat die kurator geregtig is om 'n geldige eis teen die boedel te ignoreer nie. Daar kan nie van die ander kontrakparty ontslag geraak word nie.

33 Verwerping van die kontrak het dus ook 'n invloed op die wyse waarop die beskikbare bates verdeel gaan word.

die positiewe reg kyk, is dit duidelik 'n *behorensvraag* wat aan die hand van openbare beleid kristalliseer.

Ek is oortuig dat inmenging of oorname deur die kurator geregverdig kan word op grond van kontraktuele geregtigheid, openbare belang en goeie trou. Terselfdertyd kan dit as toetssteen dien om te verseker dat sodanige ingrype op 'n teoreties houdbare en prakties uitvoerbare wyse geskied.

6. Die wederkerigheidsbeginsel van die kontrakreg³⁴

By kontrakte ingevolge waarvan albei kontrakpartye uitstaande verpligtinge het, besit die partye 'n weerhoudingsbevoegdheid oor hul eie ongelewerde prestasies. By sommige kontrakte (wederkerige kontrakte) waaruit wedersydse verpligtinge voortvloei, word wesenlik 'n uitruiling van prestasie beoog. Onder andere is die gevolg dat die een party nie verplig is om sy prestasie te verrig nie alvorens die ander party op sy beurt sy teenprestasie verrig. Hierin lê dan die bevoegdheid opgesluit van die een party om sy eie prestasie te weerhou totdat die ander presteer.³⁵

Die wederkerigheidsbeginsel, met sy meeganger die *exceptio non adimpleti contractus*, het in die klassieke Romeinse reg ontspring. Dit blyk dat dit deur die Glossatore geformuleer is, in Europa geresipieer en in die onderskeie nasionale regstelsels opgeneem is. Sodoende het dit vanaf Holland ook by ons in Suid-Afrika uitgekom (kyk *BK Tooling (Edms) Bpk v Scope Precision Engineering (Edms) Bpk* 1979 1 SA 391 (A) 417; Jaeger, 1978(6):663). In die Romeinse reg, as 'n aksie deur 'n party gebring is, kon die regter beslis dat die eiser in stryd met goeie trou optree deur prestasie te eis sonder om sy deel van die kontrak na te kom. 'n Party wat sy belofte verbreek het, is sodoende verhoed om die ander se prestasie af te dwing (Jaeger, 1978(6):663).

Wesenlik is die weerhoudingsreg 'n middel om teenprestasie mee af te dwing. Eie prestasie kan dus weerhou word totdat die teenprestasie volledig geskied (*BK Tooling (Edms) Bpk v Scope Precision Engineering (Edms) Bpk* 1979 1 SA 391

34 Kyk in hierdie verband die uiteensetting in *BK Tooling (Edms) Bpk v Scope Precision Engineering (Edms) Bpk* 1979 1 SA 391 (A)

35 Gerieflikheidshalwe sal voortaan van die "wederkerigheidsbeginsel" gepraat word. Die bevoegdheid om 'n prestasie as uitvlocisel daarvan terug te hou, sal die "weehoudingsreg" genoem word. Na die verweer wat laasgenoemde bied as die party deur die teenparty aangegreep word, sal as die *exceptio* (dit wil sê *non adimpleti contractus*) verwys word.

(A) 420).³⁶ Hierdie verband wat deur wederkerigheid geskep word, word nie geraak deur die sekwestrasie van die boedel van 'n party tot so 'n kontrak nie (*Cohen NO and others v Verwoerdburg Town Council* 1983 1 SA 334 (A) 352). 'n Beginsel wat nog altyd deur die howe erken is, is dat 'n kurator wat uitvoering wil gee aan 'n kontrak wat voor sekwestrasie gesluit is, nie prestasie kan eis nie – tensy hy bereid is om óf ten volle te presteer óf volle prestasie van al die insolvent se verpligtinge aan te bied, insluitend onvervulde prestasies van die verlede. As hy weier om te presteer kan hy as gevolg van die teenparty se weerhoudingsreg self ook nie prestasie eis nie. Daar kan dus nooit 'n benadering gevolg word ingevolge waarvan die teenparty ná sekwestrasie moet presteer en dan 'n konkurrente eis vir die teenprestasie het nie. Hierdie beginsel behoort dus nie deur sekwestrasie in die wiele gery te word nie (kyk ook Reinecke & Cronje, 1979:389 394; Swart, 1990:473). Dit laat die idee van *pacta servanda sunt* ten minste ten dele geld. Hoewel instandhouding tot gevolg het dat die teenparty se eis ten volle bevredig word, is hy as gevolg van sy weerhoudingsreg op die oomblik van sekwestrasie in 'n beter posisie as konkurrente skuldeisers. Net soos 'n skuldeiser wat 'n saak van sy skuldenaar in pand hou, is die teenparty in besit van 'n potensiële bate³⁷ van die insolvente boedel, naamlik sy eie teenprestasie. Hierdie bate kan hy aanwend om sy eis teen die insolvent te bevredig.

Die analogie tussen die posisies van 'n pandhouer en 'n kontrakparty wat oor 'n weerhoudingsreg beskik, is reeds in die Romeinse reg geïdentifiseer. As gevolg van sy weerhoudingsreg is die teenparty in dieselfde posisie as 'n versekerde skuldeiser. Hy moet derhalwe soos 'n versekerde skuldeiser behandel word. Net soos 'n pandhouer se eis tot die waarde van die pandsaak verseker is, is die teenparty se eis tot die waarde van sy eie uitstaande teenprestasie verseker (Swart, 1990:443 e.v.).³⁸

'n Argument is vervolgens dat die solvente kontrakparty, met die repudiëringskonstruksie as uitgangspunt, die idee van *pacta sunt servanda* minstens ten dele laat geld.³⁹ So byvoorbeeld, as die kurator die verpligtinge uit hoofde van 'n

36 Dit kan aanvaar word dat as enige onvolledigheid van die teenprestasie onder die *de minimis*-beginsel tuisgebring kan word, die *exceptio* nie sal geld nie. Dit is dus moontlik dat die konsekwente toepassing van die beginsel van wederkerigheid tot onbillikhele kan lei

37 Die vorderingsreg (op prestasie) is die bate, en nie die teenprestasie self nie, minstens tot op die stadium dat die teenprestasie gelewer is

38 Hy verklaar dat al kan die teenparty niks van die boedel eis nie, die weerhouding van die prestasie tot gevolg het dat sy eis by wyse van skuldvergeljking tot die bedrag van hierdie verskuldigde prestasie vereffen is

39 As die standpunt ingeneem word dat die kurator by magte is om die kontrak te beëindig, sal dit natuurlik nie moontlik wees nie.

onuitgevoerde kontrak “repudieer”, kan die solvente kontrakparty dit ignoreer. Die kontraktuele regte en verpligtinge bly voortbestaan, met dien verstande dat die wederkerigheidsbeginsel steeds in ag geneem sal moet word. Aanhangers van die repudiëringskonstruksie verklaar nou dat hierdie reel in ’n belangrike opsig *gekwalfiseer* moet word. Die onskuldige kan immers nie verwag om spesifieke nakoming te verkry nie. As hy verkies om die kontrak uit te voer, sou hy tevrede moet wees met ’n konkurrente dividend in plaas van die volle teenprestasie (vgl. Reinecke & Cronje, 1979:395). As die teenparty egter op die “repudiëring” reageer en terugtree, kan hy ’n konkurrente dividend op die insolvent se prestasie bekom. Oënskynlik handhaaf die repudiëringskonstruksie die wederkerigheidsbeginsel dus ook in die geval van sekwestrasie.⁴⁰

7. Gevolgtrekking

De Groot het die klem op die bindende krag van ’n ernstige belofte geplaas en daarop gewys dat dit ’n oortuiging uit die natuurreg is dat ooreenkomste wat vrywillig aangegaan is, nagekom moet word. Hoewel die mens ’n vrye, outonome en rasonale wese is wat heerskappy oor sy goed en oor homself voer en daarom in staat is om daarmee volgens sy eie goeddunke te handel, terwyl die reg daaraan gevolg behoort te gee, is dit nie die geval met die sekwestrasie van sy boedel nie. Op hierdie stadium voer die insolvent nie meer heerskappy oor sy eie goed nie. Ter wille van ekonomiese oorwegings, geregtigheid en goeie trou word hy teenoor die *concursum creditorum* nie toegelaat om daarmee te handel volgens goeddunke nie.

Billikheid alleen is nie die basis waarop die afdwing van die kontrak geweier kan word nie; dit is wel ’n belangrike faktor. Myns insiens is die openbare belang soos dit in die vereiste van goeie trou tot uiting kom die regverdiging vir die reel dat afdwinging geweier kan word. Nog ’n wyse waarop die vereiste van goeie trou in die geval van sekwestrasie kristalliseer (en dus as verdere motivering van my standpunt kan dien), is die volgende: in die Romeins-Hollandse reg was dit aanvanklik moontlik dat ’n kontrak op grond van onvoorsiene verandering van omstandighede, uit hoofde van die *clausula rebus sic stantibus*-leerstuk, nie afdwinging is nie. Aanwysings met betrekking tot sodanige omstandighede was byvoorbeeld wanneer die afdwing van die kontrak tot ongeoorlooftheid

⁴⁰ Word egter die standpunt verkies dat die kurator die keuse moet hê om die kontrak te verwerp, is daar myns insiens voldoende gesag dat die kurator ook dān nie kan eis dat die teenparty sy verskuldigde prestasie lewer nie. As hy onder hierdie omstandighede verplig kon word om sy prestasie aan die boedel te lewer en daarna as konkurrente skuldeiser moet eis vir wat die insolvent aan hom verskuldig is, sou dit tot gevolg hê dat die teenparty se relatiewe posisie soos wat dit op die oomblik van sekwestrasie bestaan, in ’n groot mate *verswak* word. Hy kan nie die voordeel van sy weerhoudingsreg ontneem word nie.

aanleiding sou gee, wanneer dit meer skade vir die party wat belowe het as nut vir die teenparty sou inhou; wanneer prestasie te swaar en ondraaglik sou wees (Feenstra & Ahsmann, 1980:23 e.v.). Daar is ook gewys op die feit dat dié leerstuk reeds in die sewentiende eeu die meeste van sy betekenis verloor het. Dit was ook die opvatting in die negentiende eeu:

... een interpretasie die men in samengang moet zien met de toen verkondigde opvatting dat de rechter ook met een beroep op het goede trouw-beginsel van artikel 1374 lid 3 contractuele verplichtingen opzij kan zetten. Tegen de achtergrond van dergelijke opvattingen was voor de *clausula* als algemeen erkend geen plaats. ... De Hoge Raad bleef, maar meestal word aangenomen, vasthouden aan het standpunt dat het goede trouw-beginsel geen contractuele verplichtingen opzij kan zetten. Door een aantal moderne rechtsgeleerde schrijvers is echter protest tegen dat standpunt aangetekend en in het Nieuw Burgerlijk Wetboek is dan ook een bepaling opgenomen die aan de rechter wél de bevoegdheid geeft om een overeenkoms te wijzigen of te ontbinden o.g.v. onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkoms nie mag verwachten. Hoewel hier de oplossing niet in de constructie van een stilzwijgende voorwaarde word gezocht, word dit artikel toch wel als een 'clausula-regeling' aangeduid (Feenstra & Ahsmann, 1980:24-25).⁴¹

As inmenging deur die kurator nodig is omdat al die kontrakte van die insolvent nie afgedwing kan word nie, maar dit nie aanvaarbaar of werkbaar is om die grondslag daarvan op billikheid óf geregtigheid (uitgedruk in terme van goeie trou) te vestig nie, is die vraag of verandering van omstandighede in die sin van die *clausula*-beginsel nie in hierdie sin ook in die Suid-Afrikaanse reg herlewe het nie. Kwalifiserende omstandighede behoort dan daardie te wees wat na die sluiting van die kontrak ontstaan het, soos sekwestrasie van die boedel van een van die kontrakpartye. Dit is duidelik dat die boedel se posisie dan "ondraaglik" verswaar het; daarom is dit gesekwestreer. In dié besondere omstandighede word ook aan die goeie-trou-vereiste voldoen, want as een solvente kontrakparty toegelaat sou word om prestasie teen die boedel af te dwing, sou dit nie redelik en billik teenoor die *concursum creditorum* wees nie. Om te kan slaag sal daar egter ook gevra moet word hoe voorsienbaar hierdie verandering tydens kontraksluiting was. Was dit nie redelikerwys voorsienbaar nie, kan dié uitsonderingsreël⁴² wel van toepassing wees. Hierdie laaste vereiste kan probleme skep. Indien 'n mens die standpunt huldig dat enige kontrakparty in elke geval die risiko van die insolvensie van sy teenparty loop, dat dié risiko dus

41 Feenstra wys daarop dat die Duitse regspraak wel die *clausula*-gedagte aanvaar het

42 Naamlik die *clausula rebus sic stantibus*.

binne die alledaagse bedryf van 'n besigheid val, is 'n huiwering om die terugkeer van dié leerstuk onvoorwaardelik te erken geregverdig.

Dit is ook moontlik om te argumenteer dat dit in die geval van sekwestrasie van een van die partye se boedels oor 'n selfstandige beginsel gaan. Dit is eenvoudig 'n feit dat dit *onmoontlik* is om volle gevolg aan die aansprake van al die skuldeisers te gee.⁴³ Dit is juis die voortsetting van individuele remedies onder insolvente omstandighede wat die probleem van ongelyke en onregverdigte behandeling van die skuldeisers as 'n geheel veroorsaak. Dit volg dus dat daar onder insolvente omstandighede 'n dringende behoefte aan 'n kollektiewe eksekusieproses bestaan. Hierdie eksekusieproses moet onder beheer en toesig van 'n buitestaander in die persoon van 'n kurator of voorlopige kurator geskied; daarom is dit noodsaaklik dat hy die regte en verpligtinge uit hoofde van die onuitgevoerde kontrakte van die insolvent verkry; daarom ook die reël dat die kurator nie gedwing kan word om ingevolge 'n nog onuitgevoerde kontrak te presteer nie. Die feit dat dit ook 'n billike reëling is en aan die geregtigheids-ideaal voldoen, versterk net die standpunt dat dit 'n gesonde en werkbare beginsel daarstel.

Die werkswyse in hierdie geval is dus om te erken dat die algemeen geldende reël met betrekking tot die uitvoering of nakoming van kontrakte in die geval van sekwestrasie tot 'n *anomalie* lei. Gevolglik is dit nodig om die hantering van die probleem te verklaar asof dit op 'n selfstandige beginsel gegrond sou wees. Deur egter te erken dat 'n weiering deur die kurator om met die kontrak voort te gaan, op goeie trou gegrondves is en deur die openbare belang geregverdig word, word die slaggate van bogenoemde werkswyse verniy. Reëls soos onder andere dat die boedel van die insolvent onder die beheer en toesig van 'n buitestaander in die persoon van 'n kurator moet geskied; dat die kurator die regte en verpligtinge uit hoofde van die onuitgevoerde kontrak verkry; dat hy 'n keuse het om nie 'n uitstaande verpligting ingevolge daardie kontrak uit te voer of na te kom nie; dat die teenparty nie spesifieke nakoming kan eis nie, is nou nie meer "anomalieë" nie: dit is reëls wat algemeen by die sekwestrasie van die boedel van een van die kontrakpartye geld. Ter ondersteuning van die argument kan daarop gewys word dat dit die openbare belang is wat vereis dat die kurator 'n amp uitoefen.

Die bestaan van 'n bestuursverband tydens die sekwestrasieproses is die kristallisering van die openbare belang wat op dié manier sterk na vore tree. Die reëls van die insolvensiereg verteenwoordig derhalwe ook uitgangspunte wat in

43 Dit is daarom irrelevant dat die solvent met die repudieringskonstruksie as uitgangspunt die idee van *pacta servanda sunt* minstens ten dele kan laat geld.

die openbare belang geld en in die goeie-trou-vereiste van ons kontraktereg beliggaam word.

Wat ook nie uit die oog verloor mag word nie is dat dit tog ook noodsaaklik is om, op grond van openbare belang en goeie trou, 'n *gesonde balans* tussen die beginsel van afdwingbaarheid van kontrakte en die beginsel van gelyke behandeling van die *concursum creditorum* te soek. In die insolvensiereg is dit baie duidelik dat die posisie van die *concursum creditorum* uiters belangrik is en die belange van ander domineer. Met betrekking tot onuitgevoerde kontrakte is die vraag egter wat dan word van die "gesonde" balans soos dit vereis word deur die openbare belang en die vereiste van goeie trou. Daar bestaan na my mening gevalle waar die teenparty tog die kontrak kan afdwing omdat die uitvoering van die kontrak 'n stadium bereik het dat die posisie van die *concursum creditorum* geensins deur afdwinging geraak sal word nie. Dan moet uitdruklik erken word dat ook die teenparty, uit hoofde van die beginsel van goeie trou, op die afhandeling van die onuitgevoerde kontrak kan aandring en op die beginsels van bemoeiingsvryheid en afdwingbaarheid kan steun. Welke gevalle hier ter sprake is, is myns insiens waar daar geen uitstaande verpligting aan die kant van die insolvente boedel meer is nie; dit is met ander woorde die gevalle waar die insolvent sy kontraktuele verpligtinge volledig nagekom het. Dan het die kurator geen ander keuse as om die insolvent se eis teen sy teenparty in te vorder nie.

Bibliografie

- CORBETT, M.M. 1987. Aspects of the role of policy in the evolution of our common law *South African Law Journal*, 104(1):52-69.
- DE GROOT, H. 1664. Inleydinge tot de Hollandsche rechts-geleertheit. Delft : Aernold Bon.
- DE WET, J.C. & VAN WYK, A.H. 1992. Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg. Vol 1. 5de druk. Durban : Butterworths.
- EISELEN, G.T.S. 1988. Die beheer oor standaardbedinge: 'n regsvergelijkende ondersoek Potchefstroom : PU vir CHO (LL.D.-proefskrif.)
- FEENSTRA, R. & AHSMANN, M. 1980. Contract: aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspektief. 2de uitg. Deventer : Kluwer.
- JAEGER, H.E., *e.a.* 1978. Williston's treatise on the law of contracts. Vol. 6. 3de druk. New York : Baker Voorhis.
- KERR, A.J. 1989. The principles of the law of contract. 4de druk. Durban : Butterworths.
- LOTZ, J.G. 1979. Die billikheid in die Suid-Afrikaanse kontraktereg. Intreerede. Pretoria : Universiteit van Suid-Afrika.
- REINECKE, M.F.B. & CRONJE, D.S.P. 1979. Eiendom op die huurkoopsaak en kansellasië van onuitgevoerde kontrakte by insolvensie van die huurkoopverkoper. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 42(1):389-402.
- SMITH, C.H. 1988. The law of insolvency. 3de druk. Durban : Butterworths.
- SWART, B.H. 1990. Die rol van 'n *concursum creditorum* in die Suid-Afrikaanse insolvensiereg. Pretoria : Universiteit van Pretoria. (LL.D.-proefskrif.)
- VAN APPELDOORN, L.J. & FOCKEMA ANDREAE, S.J. 1939. De Groot's Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleertheit. 4de druk. Arnhem Quint : Bijleveldt.

- VAN DER WALT, C F C 1989 Enkele uitgangspunte vir 'n Suid-Afrikaanse ondersoek na beheer oor onbillike kontrakbedinge. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 52(1):81-93.
- VAN EIKEMA HOMMES, H.J. 1972. De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap. Een juridische methodologie. Kluwer : Deventer.
- VAN ZYL, D.H. 1988. The significance of the concepts "justice" and "equity" in law and legal thought. *South African Law Journal*, 105(2):272-290.
- VISSER, C 1984. The principle of *pacta servanda sunt* in Roman and Roman-Dutch law, with specific reference to contracts in restraint of trade. *South African Law Journal*, 101(4):641-655.

Lys van hofsake

- BK Tooling (Edms) Bpk v Scope Precision Engineering (Edms) Bpk* 1979 1 SA 391 (A)
- Cohen NO and others v Verwoerdburg Town Council* 1983 1 SA 334 (A)
- Drewtons (Pty) Ltd v Carlie* 1981 4 SA 305 (K)
- North Vaal Mineral Co Ltd v Lovasz* 1961 3 SA 604 (T)
- Marlin v Durban Turf Club and others* 1942 AD 112
- Printing & Numerical Registering v Sampson* (1875) LR 19 Eq 462 462
- Roffey v Caterall, Edwards & Goudré* 1977 4 SA 494 (N)
- Techni-Pak Sales (Pty) Ltd v Hall* 1968 3 SA 231 (W)
- Tuckers Land & Development Corporation (Pty) Ltd v Hovis* 1980 1 SA 645 (A)
- Wells v SA Alumenite Co* 1927 AD 69
- Zuurbekom Ltd v Union Corporation Ltd* 1947 1 SA 514 (A)

Lys van wetgewing

- Insolvensiewet* 24 van 1936
- Wet op Arbeidsverhoudinge* 28 van 1956
- Wet op Kredietooreenkomste* 75 van 1980
- Wet op Skadelike Sakepraktyke* 71 van 1988
- Wet op Strafbedinge* 15 van 1962