

UNISA 1989



Sessie *in securitatem debiti* — *Quo Vadis?*

Verrigtinge van 'n seminaar aangebied
deur die Departement Privaatreg van die
Universiteit van Suid-Afrika
op 29 Oktober 1988

Susan Scott
BA LLB(Pret) LLD(Unisa)
(Redaktrise)

UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA
PRETORIA

© 1989 Universiteit van Suid-Afrika
Alle regte voorbehou

ISBN 0 86981 613 6

Geset deur
Pretoria Setters

Gedruk en uitgegee deur die
Universiteit van Suid-Afrika
Muckleneuk, Pretoria

Hiermee word erkenning verleen aan die Regsfakulteit van die Universiteit van Suid-Afrika vir finansiële steun wat uit die Getrouheidsfonds vir Prokureurs, Notarisse en Transportbesorgers beskikbaar gestel is om publikasie van hierdie bundel moontlik te maak.

Inhoud

<i>Voorwoord</i>	vii
1 Voorbereidende literatuur	
1.1 “Sessie en <i>factoring</i> in die Suid-Afrikaanse reg” 1987 <i>De Jure</i> 15 – 40 deur Susan Scott	1
1.2 “Verpanding van vorderingsregte: uiteindelik sekerheid?” 1987 <i>THRHR</i> 175 – 194 deur Susan Scott	29
1.3 “Algehele sekerheidsessies” 1988 <i>THRHR</i> 434 – 453; 1989 <i>THRHR</i> 45 – 53 deur Susan Scott	53
1.4 “Sekerheidstelling deur middel van roerende goed” (werkstuk 23 projek 46) deur die Suid-Afrikaanse regskommissie	88
2 Voordragte gelewer op 29 Oktober 1988	
2.1 Akademiese probleemstelling deur Susan Scott	90
2.2 Problem areas encountered in practice deur C d’A Ussher	97
2.3 Lewering van die dokument waaruit die reg blyk as geldigheidsvereiste vir sessie deur A N Oelofse	104
2.4 A tax lawyer’s view deur B Wunsh	119
2.5 Toekomstige regte, boekskulde en insolvensie deur P E Streicher ...	136
2.6 The drafting of cession documents deur J Luttig	156
2.7 ’n Regterlike perspektief deur P M Nienaber	167
3 Paneelbespreking	176

Voorwoord

Op 29 Oktober 1988 het die departement Privaatreg van die Universiteit van Suid-Afrika 'n seminaar oor die onderwerp “Sessie *in securitatem debiti* — Quo Vadis?” aangebied. Hierdie seminaar het wye belangstelling uitgelok en is goed bygewoon. Die sprekers by die geleentheid is gekies om verskeie aspekte van hierdie onderwerp te dek en om verskillende belanghebbende groepe en persone se standpunte en probleme te stel.

Soos wat 'n mens kon verwag, was daar geen eenstemmigheid onder die sprekers oor die presiese aard van sessie *in securitatem debiti* nie. Daar was egter algemene eenstemmigheid dat hierdie gebied van die reg tans in groot onsekerheid gedompel is en dat die posisie waarskynlik slegs deur wetgewing reggestel sal kan word. Oor die vorm wat hierdie wetgewing sou kon aanneem was daar eweneens nie eenstemmigheid nie, maar die meeste probleemassepekte van die verskillende benaderings is taamlik volledig uitgelig.

Elkeen wat in hierdie kontensieuse onderwerp belangstel, sal waarskynlik op die een of ander wyse by die dag se verrigtinge baat kon vind en daarom is besluit om hierdie bundel saam te stel. Dit bevat egter nie alleen die sprekers se voordragte en die paneelbespreking nie, maar ook 'n aantal artikels wat die sprekers as basiese literatuur in die voorbereiding van hulle voordragte gebruik het. Die aanbevelings en voorgestelde wetsontwerp ten opsigte van sessie *in securitatem debiti* in die Suid-Afrikaanse Regskommissie se werkstuk oor *Sekerheidstelling deur middel van roerende goed* (werkstuk 23 projek 46) word volledigheidshalwe ook aangehaal. Erkenning word aan *De Jure*, *THRHR* en die regskommissie verleen vir die gedeeltes waarna verwys is.

Ek vertrou dat hierdie bundel 'n waardevolle toevoeging tot die bestaande literatuur oor sessie *in securitatem debiti* sal wees en dat dit tot 'n beter begrip van hierdie belangrike en kontensieuse regsfiguur sal bydra.

Susan Scott
Pretoria, Maart 1989

1.1 Sessie en *factoring* in die Suid-Afrikaanse reg*

Susan Scott**

1 ALGEMEEN

Voordat die verskynsel van *factoring* omskryf word, moet uitgemaak word wat die korrekte Afrikaanse benaming vir hierdie handelsverskynsel¹ sou wees. In die enkele publikasies² wat oor hierdie onderwerp in Suid-Afrika bestaan, word die benamings “faktorering”³ en “kredietfaktorering”⁴ gebruik om die verskynsel te beskryf en “faktoor” om die persoon wat die handelinge verrig aan te dui. Alhoewel die terme “faktorering” en “kredietfaktorering” uit ’n regsdoop punt aanvaarbaar is, aangesien dit die enigste benaming is wat nog in Afrikaans gebruik is om hierdie verskynsel te beskryf en dus reeds in ’n mate tegniese betekenis gekry het, betwyfel ek of dit, taalkundig beskou, die korrekte afleidings van die Latynse woord “*facere*” is.⁵ Hoe dit ook al sy, die gebruik van die benaming “faktoor” verskaf uit ’n regsdoop punt probleme aangesien dit ook gebruik word om sowel die Engelsregtelike *factor* as die Romeins-Hollandsregtelike faktoor aan te dui.⁶ Die hedendaagse *factor* verskil egter grootliks van die twee vermelde klasse van persone.⁷

* Finansiële ondersteuning van die volgende instansies word met dank erken: die *Alexander van Humboldt-Stiftung*, die Navorsings- en Beursekomitee van die Universiteit van Suid-Afrika en die Getrouheidsfonds vir Prokureurs, Notarisse en Transportbesorgers.

** *Professor in die Privaatreg Universiteit van Suid-Afrika.*

1 Joubert *Die Regsbetrekkinge by Kredietfaktorering* (LLD-proefskrif 1985 RAU) 6 35 101.

2 Malan “Die Faktoreringskontrak” 1980 *SA Bankier* 37; Joubert *Regsbetrekkinge*.

3 Malan 1980 *SA Bankier* 37 (Die gebruik van die begrip “fakturering” hier is blykbaar ’n fout).

4 Joubert 323. Joubert verkies die benaming “kredietfaktoor” ten einde dit van die Engelsregtelike handelsfaktoor te onderskei.

5 Sien bespreking hieronder.

6 Joubert *Die Suid-Afrikaanse Verteenwoordigingsreg* (1979) 241; Silke *De Villiers en MacIntosh's The Law of Agency* (1981) 425.

7 Joubert 79.

Die begrippe “*factoring*” en “*factor*”, soos dit vandag bekend is, is uit die Amerikaanse reg⁸ afkomstig en word ook in die Engelse reg gebruik. In die Duitse reg word hierdie terme onveranderd behou.⁹ As rede hiervoor word aangegee die feit dat die verskynsel uit die Amerikaanse reg ontwikkel het en dat die behoud van die Amerikaanse terminologie noodsaaklik is om die huidige *factor* van die Middeleeuse faktor wat ’n veel beperkter funksie gehad het,¹⁰ te onderskei. Ook in die Franse reg word “*factoring*” en “*factor*” onveranderd aangewend.¹¹ Dit is nogal opvallend aangesien die Franse in die besonder daarvoor bekend is dat hulle geen besondere voorliefde vir die aanwending van Engels het nie.

Soos aangetoon, vind ek die bestaande woordgebruik nie aanvaarbaar nie en aangesien dit nog nie só ingeburger is nie, wil ek die volgende moontlikhede aan die hand doen:

Eerstens kan die Europese benadering gevolg word en die terme “*factoring*” en “*factor*” net so behou word. Dit hou die voordele in wat hierbo reeds genoem is, naamlik dat dit die oorsprong en onderskeidende betekenis van die begrippe aandui. Hier is ek egter die mening toegedaan dat so ’n aanvaarding neerkom op ’n erkenning dat Afrikaans te arm is om sy eie woorde te skep en verder val die woord “*factor*” vreemd op die Afrikaanse oor. “*Factoring*” word redelik algemeen gebruik, maar “*factor*” het ek nog nie in Afrikaans gehoor nie.

Tweedens sou ’n mens van “kredietfaktorering” en “kredietfaktor” kon praat, maar dan moet hierdie ietwat lang benamings deurgaans gebruik word.¹²

Derdens kan ons nuwe terme skep wat in ooreenstemming met Afrikaanse taalreëls en -ontwikkeling is en wat ook die onderskeidende betekenis aan die woorde gee wat nodig is. Hier wil ek aan die hand doen dat die woord “*faktering*”¹³ vir “*factoring*” gebruik kan word en “*fakteur*”¹⁴ vir “*factor*”. Die werkwoord

8 Knopik *Factoring Ein neuer Weg der Absatzfinanzierung und der Kreditsicherung* (1960) 26.

9 Bette *Praxis und Rechtsnatur des Factoring-Geschäfts in Deutschland im Vergleich zu anderen Formen der Forderungsfinanzierung* (1971); Fiscoeder *Factoring in Deutschland* (1963); Einsele *Factoring, Waren- und Geldkredit* (1982); Glomb *Finanzierung durch Factoring* (1969); Schmitt *Das Factoring-Geschäft* (1968); Lunckenbein *Rechtsprobleme des Factoring-Vertrages* (1983); Wisskirchen *Factoring in Deutschland* (1967); Knopik 15 ev.

10 Luckenbein 3; Wisskirchen 4; *Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen* 1 A-H (1967) sv “*Factor-Geschäft*”, “*Factoring*”.

11 Thierry *Financement et Recouvrement des Créances et le Factoring* (1971). Die Nederlandse juriste gebruik ook hierdie terminologie.

12 Dit is min of meer die benadering wat Joubert *Rechtsbetrekkinge* gebruik, alhoewel hy nie konsekwent is nie en ook bloot “faktorering” en “faktor” gebruik.

13 Die woord “*factoring*” is van die Latynse woord “*facere*” (om iets te doen) afkomstig. Die Afrikaanse woord vir “*factoring*” moet mi “*faktering*” wees. Dit is ’n afleiding van die werkwoord “*fakteur*” wat op dieselfde wyse as kontraktee (*contrahere*) gevorm is. “*Faktering*” word bo “*fakteuring*” verkies, aangesien lg ’n afleiding is van die woord wat die handelende persoon aandui, terwyl “*factoring*” die proses beskryf.

14 Die handelende persoon word ’n “*fakteur*” genoem en word soos akteur (*agere* - om op te tree) gevorm. Die *fakteur* is dan ook duidelik van die *faktor* te onderskei.

“fakteer”¹⁵ sou dan ook gebruik kon word en “fakterings-” as byvoeglike naamwoord. Vir doeleindes van hierdie artikel sal die derde benadering gevolg word, sonder om voor te gee dat dit die enigste of noodwendig korrekte benadering is.¹⁶

Faktering het in 1889 in die Verenigde State van Amerika ontstaan¹⁷ ten einde die probleme wat saamhang met die verlening van handelskrediet die hoof te bied. Elkeen van die verskillende funksies van faktering is dus daarop gemik om besondere probleme wat by die verlening van handelskrediet ondervind word, uit te skakel. Fundamenteel is hierdie funksies finansiering, kredietsekerheidstelling en die lewering van dienste soos boekhouding, kredietkontrole en skuldinvordering. Namate die behoeftes van elke onderneming verskil, kan hierdie funksies in verskeie kombinasies uitgeoefen word.¹⁸ Die gewone faktor is 'n persoon wat teen kommissie goedere namens 'n ander koop of verkoop. Hy kan ook ander funksies verrig, maar sy primêre funksie is om goedere te koop en te verkoop. Die faktor aan die ander kant bemoei hom geensins met die koop of verkoop van sy kliënt se goedere nie, dog lewer slegs ondersteunende dienste soos finansiering, kredietsekerheidstelling, debietsadministrasie en -bestuur, kredietkontrole, skuldinvordering, internasionale dienste, krediteursboekhouding en ander adviesdienste.¹⁹ Sy vergoeding word bereken met verwysing na sy kommissie tesame met rente in die geval waar voorskotte gegee word.²⁰ Die verskillende kombinasies waarin hierdie funksies aangewend word, stel die verskillende vorme van faktering daar. Vier hoofvorme van faktering kan onderskei word:²¹ faktering met verhaal en faktering sonder verhaal. In die geval van faktering sonder verhaal (*old line factoring, factoring without recourse of echtes Factoring*) staan die kliënt nie vir die kredietwaardigheid van die skuldenaar in nie,²² terwyl hy dit wel doen in die geval van faktering met verhaal (*factoring with recourse of unechtes Factoring*²³). Beide bogenoemde vorme van faktering kan verder op 'n voorskot- of vervaldebasis geskied. In die geval van vervaldebasis faktering is die faktor verplig om op die vervaldatum van die fakture die gesigswaarde van

15 Soos reeds hierbo aangedui, word die werkwoord “fakteer” soos kontrakteeur (*contrahere* - om te kontrakteer) gevorm. Die werkwoord sal egter waarskynlik min gebruik word.

16 Die besluit oor die korrekte benaming laat ek aan die praktyk en die hofe oor - 'n besluit wat moontlik nie gou geneem sal word nie, aangesien fakteringstransaksies skynbaar hoofsaaklik in Engels plaasvind.

17 Joubert 18 ev.

18 Joubert 5.

19 Joubert 35 ev.

20 Reisman “What the Commercial Lawyer Should Know about Commercial Finance and Factoring” 1974 *Commercial Law Journal* 146 149; Joubert 59.

21 Joubert 49.

22 Op 1986-06-09 by 'n seminaar van die Instituut vir Bankreg aan die Universiteit van Keulen het dr Klaus Bette, besigheidsbestuurder van die *Deutsche Factoring-Verbanden eV*, Mainz, te kenne gegee dat daar deesdae uitsluitlik van hierdie tipe faktering gebruik gemaak word.

23 Joubert 50; Glomb 17-29.

die fakture minus sy vergoeding aan die kliënt te laat toekom. In die geval van voorskotfaktering kan die kliënt enige tyd nadat hy die fakture aan die fakteur gelewer het, aandrang op die betaling van 'n voorskot tot 'n maksimum van 80% van die gelewerde fakture. Benewens die reedsvermelde hoofvorme van faktering is daar nog verdere verfynings van hierdie hoofvorme²⁴ waarop nie nou ingegaan sal word nie.

Uit bogenoemde bespreking behoort dit duidelik te wees dat faktering nie 'n regsfiguur is nie, maar 'n bestaande handelsverskynsel met verskeie fasette. Die fakteur lewer sekere dienste aan sy kliënt en staan dus in 'n besondere verhouding teenoor hom en derdes.²⁵ Dit ly geen twyfel nie dat hierdie verskynsel ook in die Suid-Afrikaanse handelswêreld²⁶ voorkom en die vraag ontstaan nou of, en indien wel, in watter mate, die Suid-Afrikaanse positiewe reg hierdie verskynsel kan en moet akkommodeer.

Faktering het sowel verbintenisregtelike as sakeregtelike aspekte,²⁷ maar in hier-

24 Joubert 51.

25 Die partye tot die fakteringsooreenkoms is die fakteur en die kliënt. As die fakteringsooreenkoms ook 'n sessie bevat, is die kliënt die sedent en die fakteur die sessionaris. Deur die sessie word die kliënt se skuldenaar die fakteur se skuldenaar.

26 Joubert 33.

27 Joubert praat van verbinteniskeppende aspekte (110 167 238 325) en saaklike aspekte van faktering (119 171 272 420). Alhoewel hy dit op 101 kwalifiseer deur te sê dat die afspraak tussen die fakteur en die kliënt verbinteniskeppende en saaklike aspekte het, is dit mi nie 'n korrekte aanwending van terminologie nie. Dit sou beter wees om na die verbintenisregtelike aspekte van die afspraak te verwys of, beter nog, na die verbintenisregtelike aspekte van faktering. Met die gebruik van saaklike aspekte ondervind ek ook 'n probleem. Met "saaklik", neem ek aan, bedoel Joubert dit wat verband hou met 'n saak. As hy dit in daardie sin gebruik sou ek ook liever "sakereglik" verkies. Hoe dit ook al sy, "saaklik" of "sakereglik" dui op regsreëls wat met die sakereg te make het. Joubert laat hom hoegenaamd nie uit oor die dogmatiese probleme wat saamhang met die standpunt dat sessie 'n sakereglikte onderwerp is nie en aanvaar eenvoudig dat sessie 'n saaklike ooreenkoms is. Sonder om in herhaling te val (sien Scott *The Law of Cession* (1980) 6 ev; 1979 "Sessie en die Saaklike Ooreenkoms" TSAR 48), wil ek weer eens beklemtoon dat sessie slegs as 'n saaklike ooreenkoms gesien kan word as aanvaar word dat dit die oordrag van eiendomsreg van 'n onliggaamlike saak (vorderingsreg) is. As sessie egter, soos in die Duitse reg, gesien word as die oordrag van 'n vorderingsreg met die gepaardgaande vervanging van skuld-eisers, hoort dit by die verbintenisreg tuis en kan die ooreenkoms 'n oordragsooreenkoms genoem word (Scott *Cession* 5 ev; 1979 TSAR 48; *Johnson v Incorporated General Insurances* 1983 1 SA 318 (A) 331G 332G; Serick *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung* 2 (1969) 263 275: *Abtretungsvertrag*), maar nie 'n saaklike ooreenkoms nie (Fikentscher *Schuldrecht* (1985) 356: "Die Zession ist ein schuldrechtliches Verfügungsgeschäft"; Nörr en Scheyhing *Sukzessionen, Zession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme, Schuldbeitritt* (1983) 10 vn 5: "Das RG Bezeichnet des öfteren . . . das Verfügungsgeschäft als dinglichen (wenig glückliche Bezeichnung, da die Forderung kein dingliches Recht ist, Pal-Heinrichs par 398 Anm. 1a) Vertrag, womit kein sachenrechtlicher Bezug ausser den dort entwickelten Verfügungsbegriff ausgedrückt ist"; Larenz *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* (1983) 294 309: "Schuldrechtliche Geschäfte sind solche, die sich auf die Begründung, Änderung, weitere Ausgestaltung oder Beendigung eines Schuldverhältnisses, sachen-

die artikel beperk ek my tot die sogenaamde²⁸ sakeregtelike aspekte daarvan. Onder sakeregtelike aspekte van faktering word die oordrag (sessie) van vorderingsregte, meestal boekskulde,²⁹ vanaf die kliënt (sedent) aan die fakteur (sessionaris) behandel. In 'n poging om die praktyksbehoefte — en dit is veral die behoeftes van die fakteur — voldoende te bevredig, word 'n mens in 'n mate in die wiele gery deur bestaande regsbeginsels en meestal dan ook deur daardie beginsels wat in elk geval normaalweg as die turksvye van die reg insake sessie beskou word.

In hierdie artikel sal ek probeer aantoon in watter mate van die positiewe reg afgewyk sal moet word en bestaande en erkende regsreëls gewysig sal moet word ten einde aan die behoeftes van fakteringsinstansies en hulle kliënte te voldoen. Ek sal ook 'n mening uitspreek oor die geregverdigtheid van sodanige afwykings en wysigings. Verder sal ek probeer aandui hoe sodanige aanpassings gemaak kan word. Vergelykenderwys sal na die Duitse reg verwys word, veral aangesien faktering daar net soos in Suid-Afrika 'n taamlik resente ontwikkeling is.³⁰ Albei regstelsels het ook die Romeinse reg as basis en gevolglik is daar, wat die begrippe en sistematiek betref, heelwat ooreenkomste.

Die volgende aspekte van sessie verskaf probleme by faktering: lewering van die dokument waarin die reg beliggaam is as geldigheidsvereiste, kennisgewing

Vervolg

rechtliche solche, die sich auf die Begründung, Änderung, Übertragung oder Aufhebung eines dinglichen Rechts richten"; Flume *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 2 Das Rechtsgeschäft* (1975) 135: "Man sollte aber den Terminus 'dingliches Rechtsgeschäft' in korrespondenz zu Begriff des dinglichen Rechtes nur für die Rechtsgeschäfte verwenden, welche im dritten Buch des BGB, dem Sachenrecht, geregelt sind. Die Forderungsabtretung oder der Erlassvertrag sind, wenn man dieser Beschränkung folgt, keine dinglichen Rechtsgeschäfte, sondern schuldrechtliche Rechtsgeschäfte, nur dass durch sie nicht wie im Regelfall des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts ein schuldrechtliches Rechtsverhältnis begründet, sondern hinsichtlich eines bereits bestehenden schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses eine Regelung getroffen wird"). Bülow *Recht der Kreditsicherheiten Bewegliche Sachen und Rechte, Personen* (1984) 198-199 wyk hiervan af en gebruik by verpanding van vorderingsregte en *Sicherungssession* die terme "ein dinglicher Vertrag" en "ein dinglicher Abtretungsvertrag" onderskeidelik. Dit is moontlik te verklaar met verwysing na die feit dat dit hier oor saaklike sekerheidsregte handel.

- 28 Soos reeds aangetoon, is dit in ooreenstemming met die Romeins-Hollandse reg om sessie as 'n sakeregtelike aangeleentheid, nl die oordrag van onliggaamlike sake, te sien en gevolglik bly ek om daardie rede by Joubert se indeling van faktering. Dogmaties is dit egter suiwer om sessie as 'n verbintenisregtelike aangeleentheid te beskou. Die vorderingsreg word in die Duitse reg as regsobjek (*Rechtsgegenstand*) gesien, maar nie as saak (*körperliche Gegenstand*) nie: Baur *Lehrbuch des Sachenrechts* (1983) 2; Larenz *Bürgerlichen Rechts* 268 ev 286 ev.
- 29 Alhoewel daar na die sessie van boekskulde verwys word, is dit in werklikheid nie korrek nie omdat sessie die oordrag van regte is. Wat dus in werklikheid sedeer word, is die vorderingsregte wat die teenkant van die boekskulde is.
- 30 Joubert 237.

aan die skuldenaar, gesimuleerde sessies, sessies van toekomstige vorderingsregte, dubbele sessies, voorwaardelike sessies, *pacta de non cedendo* en sessies *in securitatem debiti*. In hierdie artikel sal die algemene beginsels van sessie nie herhaal word nie en slegs die volgende probleemgebiede aangeraak word:

- (a) Lewering van die dokument waarin die reg beliggaam is;
- (b) kennisgewing aan die skuldenaar;
- (c) sessie van toekomstige regte; en
- (d) *pacta de non cedendo*.

2 LEWERING VAN DIE DOKUMENT WAARIN DIE REG BELIGGAAM IS

Na my mening is dit duidelik uit die regspraak dat die howe lewering van die dokument as geldigheidsvereiste vir sessie stel.³¹ Hierdie reël verskaf egter probleme aan fakteringsinstansies, aangesien die nie-nakoming daarvan die kliënt (sedent) in staat stel om dieselfde reg weer geldiglik te sedeer³² en in beginsel sluit dit ook sessie van toekomstige regte uit.³³ Laasgenoemde probleem word later bespreek. By faktering bly die skriftelike kontrakte waaruit die regte blyk meestal in besit van die kliënt en hy lewer deurlopend slegs afskrifte van fakture aan die fakteur op grond waarvan die fakteur sy dienste verrig.³⁴ Die kliënt is dus in staat om die reg weer aan 'n tweede sessionaris te sedeer en indien die dokument aan laasgenoemde gelewer word, en aan al die ander vereistes vir sessie voldoen is,³⁵ word die tweede sessionaris reghebbende omdat al die geldigheidsvereistes by die tweede sessie nagekom is.

As praktiese oplossing vir hierdie probleem kan aan die hand gedoen word dat die fakteur moet toesien dat die dokumente aan hom gelewer word³⁶ of dat woorde op die oorspronklike kontrak aangebring word om aan te dui dat die regte wat daarin beliggaam is reeds gesedeer is.³⁷ Dit kan dan beskou word dat die dokumente deur *constitutum possessorium* aan die fakteur gelewer is.³⁸ As die sedent die dokumente nie aan die sessionaris kan of wil lewer nie, kan dit 'n aanduiding wees dat alles nie pluis is nie en die fakteur kan weier om verdere fakteringskontrakte met die kliënt te sluit en moontlik ook om krediet te verleen ingevolge bestaande kontrakte.

31 Scott *Cession* 19-29. Sien verder ook *Nezar v Die Meester* 1982 2 SA 430 (T) 437B ev; Lubbe "Die Oordrag van Toekomstige Regte" 1980 *THRHR* 117 136.

32 Joubert 437. In die praktyk behoort sodanige dubbele sessies van dieselfde vorderingsreg nie algemeen voor te kom nie, omdat die kliënt daardeur sy kredietwaardigheid in gevaar stel.

33 Scott *Cession* 101.

34 Joubert 437.

35 Scott *Cession* 45 ev.

36 'n reëling wat as lomp en onprakties beskou word: Joubert 437.

37 tap.

38 *Nezar v Die Meester* hierbo 439G.

Oor die juridiese grondslag van lewering van die dokument as geldigheidsvereiste bestaan daar nie eensgesindheid nie. Na my mening is verskeie faktore verantwoordelik vir die ontstaan en bestaan daarvan. Aanvanklik het die vereiste ontstaan vanweë 'n verwarring in die regspraak³⁹ oor die betekenis van *instrumentum cessionis* en *literae cessionis*; eersgenoemde is die akte van oordrag en laasgenoemde is die dokument waarin die reg beliggaam is. Vanweë die gelykstelling van liggaamlike en onliggaamlike sake vereis Sande⁴⁰ by onliggaamlike sake 'n *instrumentum cessionis* omdat lewering as uiterlik waarneembare oordragshandeling van onliggaamlike sake nie moontlik is nie. Hoofregter De Villiers beskou die *instrumentum cessionis* (akte van oordrag) as die dokument waarin die reg beliggaam is (*literae cessionis*) en hierdeur kombineer hy Sande se publisiteitsvereiste by die oordrag van onliggaamlike sake met die publisiteitsvereiste vir die oordrag van verhandelbare dokumente⁴¹ waar die reg vereenselwig word met die dokument waarin dit beliggaam is en die dokument self dus as liggaamlike saak wel vir lewering vatbaar is.

In *Jeffery v Pollak and Freemantle*⁴² beklemtoon appèlregter Stratford egter dat lewering van die dokument nie as ekwivalent van die oordrag van besit van 'n liggaamlike saak gesien moet word nie, maar as 'n geldigheidsvereiste vir sessie.⁴³ Dit dui myns insiens daarop dat die regter lewering van die dokument nie as nakoming van die publisiteitsvereiste⁴⁴ sien nie en ook dat hy nie die reg vereenselwig met die dokument waarin dit beliggaam is nie.⁴⁵ Hierdie standpunt word bevestig in *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA*.⁴⁶

Wat ook al die grondslag van hierdie reël is, staan dit myns insiens vas dat dit 'n gevestigde reël is wat deur die appèlhof aanvaar is.⁴⁷ Selfs al sou die howe

39 *Mills & Sons v Trustees of Benjamin Bros* (1876) 6 Buch 115 122; Scott *Cession* 19 ev.

40 *De Cessione* 2 9 en 10. Sande vereis mi publisiteit vir die oorgaan van die reg.

41 Die *Mills*-saak het oor verhandelbare dokumente gehandel.

42 1938 AD 1.

43 22.

44 soos wat Lubbe 1980 *THRHR* 117 137 meen. So 'n standpunt is slegs geregverdig indien hy sessie as die sakereglike oordrag van 'n onliggaamlike saak sien of die reg met die dokument vereenselwig. Lubbe ontken egter albei hierdie moontlikhede uitdruklik en kom tot die volgende gevolgtrekking: "Vorderingsregte gaan in beginsel ten gevolge van ooreenkoms oor. Die ligging van die dokument mag egter in sekere omstandighede 'n sessionaris se reg afstomp." Publisiteit kom by sessie as verbintenisregtelike vervanging van skuldeisers slegs ter sprake wanneer die skuldenaar van die verandering van die regsposisie in kennis gestel word en is geen geldigheidsvereiste nie: sien Bülow 200 en bespreking hieronder in vn 61.

45 Joubert 430. Die howe verwerp ook so 'n siening uitdruklik: sien *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA* 1968 3 SA 166 (A) 189 *in fin*; *Nezar v Die Meester* hierbo 439F; *Glaum v The Master* 1980 2 SA 601 (K) 607F; Lubbe 1980 *THRHR* 117 137 ontken dit ook, maar sy gesteldheid op publisiteit by die oordrag dui tog op so 'n vereenselwiging.

46 Tav vereenselwiging van die reg met die dokument, sien 189 *in fin* en tav die publisiteitsvereiste 176A.

47 *Jeffery v Pollak and Freemantle* hierbo 22; *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA* hierbo 172E.

oorreed kon word om die leweringsvereiste te vervang met 'n akte van oordrag,⁴⁸ sal die probleem van meerdere sessies nie uitgeskakel word nie, aangesien die sedent nog steeds verdere sessies kan aangaan. In sodanige gevalle sal die eerste sessionaris aan wie geldiglik⁴⁹ gesedeer is volgens die *nemo plus iuris*-reël reghebbende word.⁵⁰ By vorderingsregte word die prioriteitsbeginsel⁵¹ wat 'n uitvloeisel van laasgenoemde reël is, algemeen aanvaar en toegepas.⁵² As die faktor onder hierdie omstandighede 'n tweede of latere sessionaris is, is hy weer eens in 'n onbenydenswaardige posisie. Hy is egter nie sonder remedie nie en kan die kliënt weens nie-nakoming van die fakteringskontrak⁵³ aanspreek en moontlik ook op grond van bedrog, indien die kliënt bedrieglik opgetree het, of op grond van nalatigheid. Selfs waar die kliënt (sedent) onwetend — 'n moeilik voorstelbare geval⁵⁴ — opgetree het, kan die faktor hom weens nie-nakoming van die kontrak aanspreeklik hou. Die faktor kan ook sy posisie versterk deur 'n bykomende onderneming van die sedent te verg dat die regte nie reeds geseed is nie of nie verder seeder sal word nie.

Joubert voer aan dat die grondslag van lewering van die dokument as geldigheidsvereiste die beskerming van die vertroue van derdes is⁵⁵ en dat dit ook 'n poging is om die prioriteitsbeginsel⁵⁶ af te water. As enigste oplossing⁵⁷ van die probleme wat hierdie reël by faktering skep, doen hy aan die hand dat lewering

48 deur bv te wys op die verwarring wat tot die ontstaan van die reël aanleiding gegee het en die voordele verbonde aan die bestaan van so 'n akte: sien Scott *Cession* 28 vn 88.

49 maw wie se sessie aan al die geldigheidsvereistes voldoen: sien ook Larenz *Bürgerlichen Rechts* 293.

50 Scott *Cession* 82.

51 Bülow 309; Riedel 230; Nörr/Scheyhing 151; Serick 2 287; *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung* 4 (1976) 382. Waar verskeie sessionarisse op dieselfde vorderingsreg aanspraak maak, sal dié een aan wie eerste geldig geseeder is, voorkeur geniet.

52 Serick 4 387: "Der Prioritätsgrundsatz ist eine Ausprägung der in vielen Rechtsbereichen anerkannten maxime: Wer zuerst kommt, mahlt zuerst, oder — anders ausgedrückt — *prior tempore portior iure*. . . Jeder kann sich auf ihn berufen; er wirkt gegen jeden . . . Allen Beteiligten sind institutionell gleiche Grenzen gezogen; am Prioritätsgrundsatz ist deswegen festzuhalten." Sien ook *Krauze v Van Wyk* 1986 1 SA 158 (A) 171G-J.

53 Oor die problematiek hier, sien Malan *Collective Securities Depositories and the Transfer of Securities* (1984) 169 vn 138.

54 Joubert 472 noem die gevalle waar die sedent nie daarvan bewus was dat hy alreeds sy regte geseeder het nie of waar hy daarvan vergeet het. Eg is mi nie moontlik nie aangesien 'n mens nie onbewus 'n regshandeling kan aangaan nie en lg sou as nalatige optrede bestempel kon word.

55 Joubert 435; Lubbe 1980 *THRHR* 136 ev. Geen van hierdie skrywers verwys na regspraak wat hierdie benadering steun nie of verduidelik waarom die vertroue van derdes hier beskermenswaardig is nie. Alhoewel dit nie direk gesê word nie, is dit moontlik dat hierdie oorweging 'n rol gespeel het in die afwykende uitsprake waar lewering van die dokument by mededingende aanspraakmakers bloot bewyswaarde het.

56 Joubert 474.

57 Joubert 434 436.

van die dokument in beginsel nie as vereiste gestel moet word nie, maar dat hierdie uitgangspunt getemper moet word deur die beginsel dat vorderingsregte onder sekere omstandighede, dit wil sê waar die reghebbende skuldig die skyn verwek dat 'n ander persoon reghebbende is, *bona fide* en vir waarde van 'n nie-reghebbende verkry kan word.⁵⁸

Om hierdie standpunt te motiveer, skeer die skrywer verkeerdelik vorderingsregte en saaklike regte oor presies dieselfde kam en meen dat “ ‘publisiteit’ geen algemene vereiste vir die bestaan, voortbestaan of oordrag van regte is nie”.⁵⁹ Hierdie stelling is verkeerd, aangesien publisiteit nie as vereiste vir die bestaan of oorgaan van vorderingsregte⁶⁰ gestel word nie, maar wel vir die bestaan van saaklike regte.⁶¹ Breed gestel, lui die argument verder dat by liggaamlike sake die vertroue van derdes beskerm kan word deur die aanwending van estoppel, maar dat estoppel by vorderingsregte nie bevredigend werk nie aangesien die vertroue van derdes nie altyd beskerm word nie, veral vanweë die skuld- en *proximate cause*-vereistes en ook omdat estoppel slegs 'n verweer is.⁶² Vanweë hierdie gebrekkige beskerming, meen Joubert, moet met *bona fide* verkryging van vorderingsregte van 'n nie-reghebbende gewerk word.⁶³ Hy⁶⁴ erken dat daar geen direkte gesag vir die erkenning van *bona fide* verkryging van vorderingsregte is nie, maar meen dat daar aanknopingspunte vir sodanige erkenning is. Hierdie aanknopingspunte vind hy in die feit dat daar in ons regsliteratuur reeds stemme opgegaan het vir die erkenning van *bona fide* verkryging van eiendomsreg

58 Hierdie beginsel dek nie alleen die geval waar die reg reeds sonder lewering van die dokument gesedeer is en die faktuur daarna sessie neem nie, maar ook die geval waar die faktuur die eerste sessionaris is en die sedent daarna aan die tweede sessionaris sedeer. In albei gevalle word daar dus 'n plig op die eerste sessionaris geplaas om die skyn dat die sedent nog reghebbende is, uit die weg te ruim en dit plaas 'n publisiteitslas op die sessionaris wat nie by sessie voorkom nie: sien die bespreking hierbo by vn 44. Die enigste manier waarop die faktuur mi die skyn kan verwyder, is deur lewering van die dokument te verg en dit is juis wat nie by faktering geskied nie.

59 Joubert 426.

60 soos wat Lubbe 1980 *THRHR* 137 en Joubert 426 ev verkeerdelik meen.

61 Van der Merwe *Sakereg* (1979) 13; Sonnekus “Die Publisiteits- en *Paritas Creditorum*-beginsel by Mobiliêre Sekerheidsregte in die Duitse Reg” 1984 *TSAR* 53 116; Baur 29 ev; Medicus *Allgemeiner Teil des BGB* (1982) 83 §211; Serick 3 286; Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts* 1 (1982) 524; Fikentscher 45; Westermann *Sachenrecht Ein Lehrbuch* (1966) 13. Die rede hiervoor is dat saaklike regte in beginsel teenoor derdes werking het en persoonlike regte slegs *inter partes* geld (die uitsonderingsgevalle waar die kennisleer geld, daargelaat). By saaklike regte word publisiteit vereis sodat derdes van die bestaan daarvan bewus kan wees. By vorderingsregte word publisiteit nie vereis nie aangesien die partye tot die verbintenis bewus is van hulle regte en verpligtinge: sien verder Schwab *Sachenrecht* (1985) 5; Wolf *Sachenrecht* (1985) 10; Westermann 13.

62 Joubert 429 ev.

63 Joubert 435.

64 tap.

van 'n *non-dominus*, welke erkenning nie plaasvind nie vanweë die tradisionele sterk beskerming van eiendomsreg en die feit dat derdes se vertroue reeds in 'n mate deur estoppel beskerm word.⁶⁵ Hy argumenteer verder:

“By vorderingsregte bestaan daar nie soos in geval van eiendomsreg 'n tradisie waarvolgens 'n vorderingsreghebbende op 'n besonder sterk wyse beskerm word nie.⁶⁶ Soos reeds aangetoon, is die leerstuk van *estoppel* ook nie in die konteks van vorderingsregte van veel hulp om derdes se vertroue te beskerm nie. Daar bestaan dus geen rede waarom die *bona fide*-verkryging van vorderingsregte nie in ons reg erken moet word nie. Trouens die beperkte aanwending van die leerstuk van *estoppel* maak die erkenning van so 'n beginsel noodsaaklik.”⁶⁷

Alhoewel hierdie oplossing voorgedra word as “(d)ie enigste wyse waarop 'n bevredigende balans tussen die eise van die handelsverkeer, die belange van derdes en reghebbendes van vorderingsregte verkry kan word”,⁶⁸ ondervind ek die volgende probleme daarmee:

- (a) Daar is geen gesag vir sodanige erkenning in die Suid-Afrikaanse positiewe reg nie; trouens, dit kom neer op 'n algehele negering van die positiewe reg.
- (b) Dit word nie deur ander regstelsels⁶⁹ aanvaar nie, selfs nie deur daardie stelsels waar *bona fide* verkryging van eiendomsreg van 'n *non-dominus* erken word nie.⁷⁰ In Duitsland word die erkenning van hierdie beginsel by vorderingsregte uitdruklik uitgesluit,⁷¹ behalwe in die geval van *Wertpapiere*⁷² en nie in die algemeen waar vorderingsregte uit 'n dokument blyk nie, soos wat Joubert⁷³ te kenne gee.

65 Joubert 435.

66 Dit is onduidelik wat die skrywer hiermee bedoel, aangesien 'n vorderingsreghebbende reghebbende is en bly totdat sy vorderingsreg bevredig is, oorgedra word, verjaar het ens. So-lank hy reghebbende is, geniet hy ook beskerming.

67 Joubert 435.

68 Joubert 436. Die vereistes vir die toestaan van hierdie beginsel regverdig volgens Joubert 'n selfstandige ondersoek, maar hy meen dat die beginsels vir 'n geslaagde beroep op estoppel moontlik te dien effekte aangepas kan word.

69 Vir die posisie in Engeland, sien Joubert 146 ev.

70 soos in Duitsland: sien Baur 31; Westermann 219.

71 Bilow 52 205 307: “Bei Forderungen gibt es gutgläubigen Erwerb nicht”; Fikentscher 356: “Eine gutgläubige Begründung der Forderung in der Person des Zessionars ist grundsätzlich ausgeschlossen”; Riedel *Abtretung und Verpfändung von Forderungen und andere Rechten* (1982) 229 401; Serick 2 286: “Die auf dem Gebiet des Sachenrechtes bestehenden Grundsätze über den Schutz des guten Gläubigers beim Erwerb vom Nichtberechtigten gelten für den Erwerb von Forderungen nicht”; sien ook Larenz *Schuldrecht* 1 524; Coing *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts* (1973) 119; Scholz/Lwowski *Das Recht der Kreditsicherung* (1980) 484.

72 Malan *Securities* 7: “Generally, a *Wertpapier* is an instrument embodying a personal right in such a manner that the right itself can be exercised only through possession of the instrument.”

73 434 vn 48. As die betekenis van *Wertpapier* in ag geneem word, is dit ook nie uitsonderlik dat *bona fide* verkryging van 'n derde in sodanige geval moontlik is nie, aangesien die reg met die dokument vereenselwig word, waardeur dit die eienskappe van 'n roerende liggaamlike saak verkry. Sien ook Malan *Securities* 7.

(c) 'n Erkenning van bogenoemde beginsel sal neerkom op 'n miskenning van die *nemo plus iuris*-reël wat as 'n grondsteen van die regslogika beskou kan word.⁷⁴ Ook by die verkryging van saaklike regte word hierdie beginsel gehandhaaf, maar die vertroue van derdes word daar, anders as by vorderingsregte, beskerm omdat daar uiterlik waarneembare tekens⁷⁵ is waarvan die bestaan of oorgaan van saaklike regte afgelei kan word en waarop derdes hulle vertroue mag verlaat. As 'n nie-reghebbende in hierdie omstandighede deur die reghebbende in staat gestel word om die bevoegdhede van 'n reghebbende uit te oefen, word die skyn wat die reghebbende verwek het, gehandhaaf deur estoppel⁷⁶ in die Suid-Afrikaanse reg en deur die erkenning van *bona fide* verkryging van eiendomsreg van 'n nie-reghebbende in ander regstelsels.⁷⁷

(d) Daar word nie behoorlik tussen saaklike en persoonlike regte onderskei nie. Publisiteit word by saaklike regte tot 'n redelik onbelangrike beginsel gerelativeer, terwyl dit by persoonlike regte ongeregverdig 'n noodsaaklike rol toebedeel word. Daar word 'n publisiteitsplig (skynverwyderingsplig) op die sessionaris geplaas wat hy volgens ons reg selfs nie eers teenoor die skuldenaar het nie.⁷⁸

(e) Dit is moeilik om by vorderingsregte 'n skynverwekking⁷⁹ aan die kant van die sessionaris te konstrueer: 'n Vorderingsreg is 'n abstrakte voorwerp wat onafhanklik van enige dokument bestaan en wat deur blote ooreenkoms oorgedra kan word; met ander woorde vir die ontstaan en oorgaan van vorderingsregte word geen publisiteit⁸⁰ vereis nie. As die reg dan eenmaal oorgedra is, is die sedent nie meer reghebbende nie en kan hy dieselfde reg nie weer geldig seeder nie. Die feit dat die sedent in besit van dokumente is waaruit dit wil voorkom asof hy reghebbende is, kan nie as skynverwekking aan die kant van die sessionaris beskou word nie, aangesien daardie uiterlike tekens nie noodsaaklik is vir die bestaan, voortbestaan⁸¹ of oordrag van die vorderingsreg nie en nie tekens

74 Baur 31; Serick 4 387.

75 Baur 31; Bülow 52: "Eine Forderung ist eine relative Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner; wer daran nicht beteiligt, also nicht Gläubiger ist, kann nichts übertragen, während der Besitzer einer Sache, auch wenn er nicht Eigentümer ist, *etwas Existierendes in der Hand hat*, das guten Glauben begründen kann" (my kursivering).

76 *Morum Bros v Nepgen* 1916 CPD 392; *United Cape Fisheries v Silverman* 1951 2 SA 612 (T); *Grosvenor Motors v Douglas* 1956 3 SA 420 (A); *Oakland Nominees v Gelia Mining* 1976 1 SA 441 (A); *Akojee v Sibanyoni* 1976 3 SA 440 (N); *Johaadien v Stanley Porter (Paarl)* 1970 1 SA 394 (A). Let egter daarop dat die skyn slegs gehandhaaf word en dat die howe nog nie uitdruklik bevind het dat estoppel 'n wyse van eiendomsverkryging is nie.

77 Larenz *Bürgerlichen Rechts* 293; Baur 5; Westermann 219.

78 Scott *Cession* 71 en die bespreking hieronder.

79 Die grondslag van *bona fide* verkryging van 'n *non-dominus* is handhawing van die skyn: Westermann 220; Baur 481.

80 Lubbe 1980 *THRHR* 117 132 en die gesag hierbo aangehaal in v n 61.

81 *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA* hierbo 176A.

is waarop derdes hulle darf verlaat nie.⁸² Die enigste persoon wat hier 'n skyn verwek⁸³ is die sedent wat te kenne gee dat hy reghebbende is. Indien beweer word dat die sessionaris in hierdie omstandighede wel 'n skyn verwek het, beteken dit dat die reg met die dokument vereenselwig word⁸⁴ of dat besit van die dokument 'n geldigheidsvereiste vir die bestaan van die reg is⁸⁵ of as publisiteit dien vir die bestaan van 'n saaklike reg (eiendomsreg) op 'n onliggaamlike saak (vorderingsreg)⁸⁶ en in al drie hierdie gevalle sal lewering van die dokument dan 'n geldigheidsvereiste ook by die oordrag van die reg wees.

(f) Hierdie oplossing beskerm ook net die faktor waar hy 'n latere *bona fide* sessionaris is wat hom op die skyn verlaat het. As hy 'n eerste sessionaris is wat die dokument by die sedent wil laat, sal hy eers die skyn moet verwyder⁸⁷ voordat hy beskerming geniet, terwyl hy volgens die *nemo plus iuris*-reël, tereg, sonder meer as reghebbende beskou sou word.

Lewering van die dokument waarin die reg beliggaam is, is 'n geldigheidsvereiste wat die positiewe reg vir sessie stel. Dit is oor die algemeen 'n onbevredigende vereiste en dit belemmer in besonder die gladde verloop van faktering. Myns insiens kan hierdie vereiste hoogstens deur regterlike uitspraak in korrekte perspektief geplaas word deur aan te toon dat dit as gevolg van 'n verwarring ontstaan het en dit dan te vervang met die korrekte vereiste, naamlik 'n akte van oordrag. Alhoewel laasgenoemde vereiste bewysprobleme sal uitskakel en die faktor se kliënt in staat sal stel om in besit van die dokumente waarin die regte beliggaam is, te bly, sal dit nog nie die probleem van dubbele sessies uitskakel nie. Vanweë die besware wat hierbo teen *bona fide* verkryging van vorderingsregte van 'n nie-reghebbende geopper is, is dit 'n onaanvaarbare oplossing van die probleem en moet die faktor hom bloot verlaat op die remedies tot sy beskikking, soos hierbo uiteengesit.⁸⁸

82 Larenz *Schuldrecht* 1 524; Serick 2 286: "Sachen, die der Körperwelt angehören, haben äussere Kennzeichen — Besitz bei beweglichen Sachen, Eintrag im Grundbuch bei Grundstücken —, an die die Rechtsordnung Vermutungen für die Berechtigung anknüpfen kann und auf die ein Gutgläubiger auch dann vertrauen darf, wenn es sich um eine Scheinberechtigung handelt. Forderungen hingegen gehören der gedachten Welt an; ihnen fehlt in aller Regel ein äusseres Legitimationszeichen, auf das sich der Erwerber verlassen darf (wo derartige Legitimationszeichen bestehen, gelten häufig Sonderregeln; ein Hauptbeispiel bildet der Wechsel)" (my kursivering); Westermann 13 220.

83 Lubbe 1980 *THRHR* 117 138-139.

84 soos in die geval van verhandelbare dokumente.

85 Daar kan moontlik geargumenteer word dat skrif nie vereis word vir die bestaan van vorderingsregte nie, maar dat waar daar wel 'n skriftelike stuk is waaruit die reg blyk, besit daarvan 'n vereiste is. Hierdie argument word egter deur geen gesag gesteun nie.

86 soos die Romeins-Hollandse skrywers dit waarskynlik beskou het.

87 Dit kan hy mi net doen deur lewering te verg of toe te sien dat woorde op die dokumente aangebring word te dien effekte dat die regte daarin beliggaam oorgedra is.

88 dws kontraktuele remedies.

3 KENNISGEWING AAN DIE SKULDENAAR

In die Suid-Afrikaanse reg word redelik algemeen aanvaar dat kennisgewing van sessie geen geldigheidsvereiste is nie⁸⁹ en dat 'n *bona fide*⁹⁰ skuldenaar bevrydend aan die sedent kan betaal asook ander voldoeningshandelinge kan verrig.⁹¹ Oor die grondslag van hierdie reël is daar nie eenstemmigheid nie⁹² en ek laat my nie hier daaroor uit nie, aangesien hierdie kontroversie nie vir die faktor direkte en ingrypende implikasies inhou nie.

Aangesien kennisgewing nie 'n geldigheidsvereiste vir sessie is nie, sluit hierdie vereiste nie die moontlikheid van 'n geheime sessie of *stille Zession*, soos die Duitsers dit noem, uit nie.⁹³ Veral by sekerheidssessies kom dit dikwels voor dat die faktor en die kliënt ooreenkom dat die faktor (sessionaris) nie aan die skuldenaar kennis van die sessie mag gee nie. Die rede hiervoor is dat die kliënt nie wil hê dat sy skuldenaars van die sessie moet weet nie, aangesien dit moontlik refleksie op sy kredietwaardigheid mag werp. Aangesien hierdie beding in belang van die kliënt, nadele vir die faktor inhou, moet hy sy belange met bykomstige bedinge beveilig. Die volgende bedinge is gebruikelik: Dat die kliënt die faktor op hoogte moet hou van enige veranderings wat ten opsigte van die vorderingsreg mag intree, soos byvoorbeeld waar uitstel verleen word of prysvermindering plaasvind en dat die faktor onder sekere omstandighede wel kennis mag gee,⁹⁴ byvoorbeeld na verloop van 'n sekere tyd of as dit duidelik blyk dat die sedent nie sy verpligtinge kan nakom nie, of die posisie van die skuldenaar in gevaar is. Die faktor kan egter te eniger tyd kennis gee en die vordering in, maar dan pleeg hy kontraktbreuk.

89 Scott *Cession* 60 ev.

90 *Katz v Katzenellenbogen* 1955 3 SA 188 (T) 191A; *Brook v Jones* 1964 1 SA 765 (N); *Tran-skei Development Corporation v Oshkosh Africa* 1986 1 SA 150 (K) 155C.

91 Scott *Cession* 67 ev.

92 Nienaber "The Inactive Cessionary" 1964 *Acta Juridica* 99 meen dat skynverwekking die grondslag is, 'n mening wat in 'n groot mate met die Duitse reg ooreenstem, dog meer beperkend is, aangesien die Duitsers se uitgangspunt is dat *Fahrlässigkeit schadet dem Schuldner nicht*: sien Larenz *Schuldrecht* 1 535; Bülow 205. Scott *Cession* 59 meen dat die verbintenistregtelike vervanging voor kennisgewing nie voltooi is nie, 'n mening wat in 'n mate met die Nederlandse reg en die Romeins-Hollandse reg ooreenstem en Joubert 445 meen dit "skyn egter of dit bloot 'n selfstandige reël van voldoening is wat op billikheid gebaseer is". Sonder verwysing na gesag meen hy dat 'n eiesoortige vorm van voldoening ontwikkel het, ingevolge waarvan 'n skuldenaar onder sekere omstandighede bevry word as hy 'n voldoeningshandeling teenoor iemand anders as sy skuldeiser verrig.

93 In ons reg mag dit moontlik vanweë 'n ander rede nie erken word nie, bv omdat dit as 'n gesimuleerde handeling beskou word. In die Duitse reg word die *stille Zession* nie as 'n gesimuleerde regshandeling beskou nie: Riedel 79; Nörr/Scheyhing 187 195; Scholz/Lwowski 492.

94 'n Beding dat die sessionaris nooit mag kennis gee nie, is ongeldig: Scholz/Lwowski 493.

Waar die faktuur om watter rede ook al nie aan die skuldenaar kennis van die sessie gegee het nie, loop hy die risiko dat die skuldenaar bevrydend aan die sedent kan betaal of op 'n ander wyse sy skuld kan uitwis. In die omstandighede kan die faktuur op grond van die oorspronklike fakteringskontrak van die sedent eis en sy remedie sal afhang van die tipe fakteringskontrak⁹⁵ wat aangegaan is en of die sessie *erfüllungshalber* of *an erfüllungs Statt* gegee is.⁹⁶ Hy kan sy posisie verder versterk — egter ook net kontraktueel — deur te beding dat die kliënt geld wat so ingevorder is, aan hom moet oorbetal of deur 'n waarborg van die kliënt te verlang dat hy nie betaling sal ontvang nie en dat die skuldenaar geen teenvorderings teen die kliënt het wat die gesedeerde vordering deur skuldvergelyking tot niet mag laat gaan nie.

Alhoewel kennisgewing myns insiens wenslik is en bogenoemde probleme sal uitskakel, kan die faktuur klaarblyklik sy posisie kontraktueel genoegsaam beskerm. As kennisgewing egter wel 'n geldigheidsvereiste was, sou bogenoemde probleme glad nie ontstaan het nie en sou die faktuur geen risiko geloop het nie, dog so 'n vereiste sou stremmend op die behoeftes van faktering gewerk het, aangesien geheime sessies byvoorbeeld nie moontlik sou wees nie.

4 SESSIE VAN TOEKOMSTIGE REGTE

Alhoewel daar, ten spyte van sekere regterlike *dicta*,⁹⁷ 'n mate van onsekerheid oor die erkenning van die oordrag van toekomstige vorderingsregte in die Suid-Afrikaanse reg bestaan het,⁹⁸ wil dit voorkom asof die houe nou ten minste erken dat die oordragsooreenkoms *in anticipando* aangegaan kan word en dat die partye daaraan gebonde⁹⁹ is, behalwe in die geval van die sedent se insolvensie.

95 Oor die problematiek van die tipering van fakteringskontrakte, sien Joubert 323 ev.

96 Oor die betekenis en belang van hierdie onderskeid, sien Gernhuber *Die Erfüllung und ihre Surrogate* (1983) 155 ev; Larenz *Schuldrecht* I 228; Fikentscher 190.

97 Scott *Cession* 30 vn 104.

98 Lubbe 1980 *THRHR* 117 ev; Scott *Cession* 30.

99 'n Gebondenheid aan die partye se reedsverklarde wil is 'n voorvereiste vir die erkenning van 'n sessie *in anticipando*. In die Nederlandse reg word van saaklike gebondenheid gepraat: Scott *Sessie in die Suid-Afrikaanse Reg* (LLD-proefskrif 1977 Unisa) 99, terwyl die Duitsers daarop wys dat die wilsverklaring van die partye die enigste vereiste vir die oordrag is en dat die regshandeling na sluiting van die oordragsooreenkoms voltooi is. Daarna kan dit nie eensydig herroep word nie: Bülow 212; Nörr/Scheyhing 139: "Damit ist auch die Frage nach einer Bindung müssig. Der disponierende Akt ist geschehen und einem Widerruf nicht ausgesetzt, der nur bei (in sich) unfertigen rechtsakten seinen Platz hat"; Serick 4 385: "Er könne sich nicht einseitig die Rechtsmacht wieder verschaffen, deren er sich durch die Vorausabtretung begeben habe"; sien ook Larenz *Schuldrecht* I 532.

In *Muller NO v Trust Bank of Africa Ltd*¹⁰⁰ waarin hierdie erkenning uitdruklik plaasgevind het, word verwys na lewering van die dokument as geldigheidsvereiste,¹⁰¹ maar aan die implikasie dat 'n sessie *in anticipando* in beginsel deur hierdie vereiste uitgesluit word,¹⁰² word nie aandag gegee nie. Deur lewering van die dokument te vervang met die geldigheidsvereiste van die Romeins-Hollandse reg, naamlik met 'n akte van oordrag, kan hierdie struikelblok uit die weg geruim word, aangesien die akte van oordrag *in anticipando* opgestel kan word. In die Duitse reg is die oordrag van toekomstige vorderingsregte, in teenstelling met die oordrag van toekomstige liggaamlike sake, in beginsel moontlik omdat die aard van die reg en die oordragsmetode, naamlik 'n blote ooreenkoms, dit moontlik maak.¹⁰³

Vir die faktor is die sessie van toekomstige regte van groot belang, aangesien daar in die praktyk gewoonlik van sogenaamde globale sessies gebruik gemaak word. Hiervolgens word die sessie van alle bestaande en toekomstige vorderingsregte reeds in die fakteringskontrak opgeneem. Dit is dan ook vir die faktor van groot belang dat sodanige sessies wel erken word en dat die faktor so gou moontlik na ontstaan van die reg reghebbende word.

Verskeie probleme wat met die erkenning¹⁰⁴ van die sessie van toekomstige

100 1981 2 SA 117 (N). Alhoewel sake soos *Taxpayer v COT (Botswana)* 43 SATC 118 (CA) en *Steverlynck Bros Modern Weaving (Pty) Ltd v AH Gunn* 1968 2 PH A 88 (T) ook reeds sessie van 'n spes aanvaar, is daar in daardie sake nie 'n uiteensetting van die effek van sodanige sessies gegee nie. Die uitspraak in die *Steverlynck*-saak berus in elk geval op gesag wat dit nie steun nie, tw *Goode, Durrant & Murray v Hewitt and Cornell* 1961 4 SA 286 (N). Alhoewel die meerderheidsuitspraak in *Bank of Lisbon and South Africa v The Master* (ongerapporteerde uitspraak van 1964-12-19 (T)) die uitspraak in *Muller v Trust Bank* volg, laat die hof hom nie oor die konstruksie of effek van sodanige sessie uit nie. Die volgende kriptiese uittaling oor die aangeleentheid is niksseggend: "A contract (*sic*) of cession *in securitatem debiti* can be concluded before the *res* comes into existence; when the *res* comes into existence then and only then, does *quasi* possession thereof pass to the cessionary and is security established" (30).

101 125E.

102 *Goode, Durrant & Murray v Hewitt and Cornell* hierbo 290G; Scott Cession 101; Lubbe 1980 *THRHR* 117 138. Alhoewel r Galgut in *Steverlynck Bros Modern Weaving (Pty) Ltd v AH Gunn* hierbo 323 meen dat lewering van die dokument nie 'n beletsel vir sodanige oordrag is nie, steun die gesag waarop hy hom beroep nie sy standpunt nie.

103 Bülow 212; Serick 4 271. Anders as wat Lubbe 1980 *THRHR* 117 140 meen, vereis die Duitse reg geen publisiteit by hierdie sessies nie. Mi het lewering van die dokument in die SA reg ook nie 'n publisiteitsfunksie nie: sien die bespreking hierbo (vn 61) en veral die volgende uittaling in *Jeffery v Pollak and Freemantle* hierbo 22: "not because this (lewering van die dokument) is the equivalent to delivery of possession of a chattel, but because the delivery of the document is a requisite formality of cession in such cases."

104 Vir 'n samevatting van die posisie in Nederland, Engeland en Amerika, sien Lubbe 1980 *THRHR* 117 131 ev; Scott Sessie 97 ev; Joubert 129 205 222 275. Vir 'n volledige uiteensetting van die posisie in Duitsland, sien Bülow 212 ev; Larenz *Schuldrecht* 1 531 ev; Riedel 217 ev; Nörr/Scheyhing 133 ev; Fikentscher 357; Serick 2 272 veral 4 270 ev.

regte in ander lande gepaard gegaan het, het om verstaanbare redes¹⁰⁵ in ons howe nog geen aandag geniet nie. Ook in die Suid-Afrikaanse literatuur is hierdie probleemgebiede nog net oppervlakkig,¹⁰⁶ of geensins nie, aangesny. Die belangrikste probleme is die volgende: die geoorlooftheid van sodanige sessies, die bepaaldheidsvereiste, die vraag in wie se boedel die reg ontstaan en die toepassing van die prioriteitsbeginsel by meerdere sessies van dieselfde toekomstige vorderingsreg.

Die geoorlooftheid van sessies van toekomstige regte het nog nooit in die Suid-Afrikaanse howe en regsliteratuur ter sprake gekom nie, maar in die Duitse reg waar die beswaar al geopper is dat sodanige sessies teen die goeie sedes mag wees, aangesien dit 'n beperking op 'n persoon se *wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit* plaas en 'n *Sicherungskollision* tot gevolg kan hê,¹⁰⁷ word aanvaar dat die gevaar van ongeoorlooftheid deur middel van versigtige bewoording vermy kan word.¹⁰⁸

Sessies van toekomstige regte mag ook ongeldig wees omdat nie aan die bepaaldheidsvereiste voldoen is nie. Volgens die Duitse reg is aan hierdie vereiste voldoen as die vorderingsreg op die laatste by die ontstaan daarvan sonder twyfel bepaalbaar is.¹⁰⁹ Uit die voorbeelde wat gegee word van voldoende omskrewe toekomstige vorderingsregte blyk dit dat daar in die Duitse reg,¹¹⁰ net soos in die Suid-Afrikaanse reg,¹¹¹ nie altyd behoorlik tussen nie-bestaande, voorwaardelike en onopeisbare regte onderskei word nie. By voorwaardelike en onopeisbare regte het mens met reeds bestaande regte te doen; die afdwingbaarheid daarvan is net opgeskort tot die vervulling van 'n voorwaarde of die verloop van 'n termyn. Hierdie regte kan oorgedra word, maar is dan net in die hande van die sessionaris aan dieselfde voorwaarde of termyn onderworpe. Met toekomstige

105 omdat hierdie probleme nog nie in die howe ter sprake gekom het nie.

106 Sien Scott *Cession* 31; Lubbe 1980 *THRHR* 117.

107 Larenz *Schuldrecht* 1 541; Fikentscher 367; Bülow 212.

108 Fikentscher 367.

109 Larenz *Schuldrecht* 1 531; Fikentscher 357; Riedel 219; Serick 4 275.

110 So word voorwaardelike regte en onopeisbare regte ook as *künftige Forderungen* beskou (Larenz *Schuldrecht* 1 532), maar hulle word as verwagtingsregte (*Anwartschaftsrechten*) getipeer. By toekomstige vorderingsregte waarvoor daar nog geen ontstaansgrond is nie, is daar volgens die Duitsers selfs nie eers van 'n verwagting sprake nie. Vir 'n bespreking van die onderskeid tussen 'n verwagting en 'n verwagtingsreg, sien Larenz *Bürgerlichen Rechts* 196. Sien Serick 4 263 vir kritiek op die gebrek aan 'n behoorlike onderskeid in die Duitse reg.

111 Scott *Cession* 98. Sien ook *Muller v Trust Bank* hierbo; Scott 1982 *De Jure* 183 186; die meerderheidsuitspraak in *Bank of Lisbon and SA v The Master* hierbo.

regte word myns insiens egter bedoel regte waarvoor daar nog geen ontaansbron is nie.¹¹²

In die Duitse reg is byvoorbeeld aan die bepaaldheidsvereiste by 'n sessie voldoen as alle toekomstige vorderingsregte van 'n bepaalde onderneming sedeer word.¹¹³ Wanneer daar egter 'n beperking op geplaas word deur byvoorbeeld te bepaal dat alle vorderingsregte tot 'n maksimum van R500 000 sedeer word, ontbreek die bepaaldheidsvereiste aangesien die sedent, vanweë die wisselende aard van sy vorderings, by ontstaan van 'n nuwe reg nie sonder meer weet of die reg deel van die globale sessie uitmaak of nie.¹¹⁴

Oor die vraag in wie se boedel die vorderingsreg ontstaan, word veel bespiegel¹¹⁵ en is daar twee moontlikhede, te wete *Durchgangserwerb* en *Direkterwerb*. By eersgenoemde ontstaan die reg in die boedel van die sedent en gaan dit dan direk¹¹⁶ oor op die sessionaris. Volgens die *Direkterwerb* ontstaan die reg in die boedel van die sessionaris.¹¹⁷ In die Suid-Afrikaanse reg geld die *Durchgangserwerb*.¹¹⁸ Lubbe¹¹⁹ en Joubert¹²⁰ verkies skynbaar die *Direkterwerb*, 'n situasie wat die faktor beter pas aangesien die reg dan op geen stadium deel van die sedent se boedel vorm nie. *Direkterwerb* is slegs moontlik ten aansien van 'n voorwaardelike

112 Scott *Cession* 98. Serick 4 260 ev maak die volgende duidelike onderskeid: *künftige Forderungen im engeren Sinne*, dit is die vorderingsregte wat nog geen ontaansgrond het nie, *künftige Forderungen im weiteren Sinne*, waar die vorderingsregte reeds bestaan, maar afhanklik is van die vervulling van 'n voorwaarde en *entstandene, aber einredehaftete Forderungen* waar die vorderingsregte reeds bestaan, maar nog nie opeisbaar is nie. Sien ook Flume *Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts 2 Das Rechtsgeschäft* (1979) 702; die minderheidsuitspraak van wr Slomowitz in *Bank of Lisbon v The Master* hierbo, waarin hy die meerderheidsuitspraak se siening van wat 'n toekomstige reg is en ook dié van die hof in *Muller v Trust Bank* hierbo tereg kritiseer.

113 Larenz *Schuldrecht* I 531.

114 Larenz *Schuldrecht* I 531 vn 34.

115 Larenz *Schuldrecht* I 532; Nörr/Scheyhing 140; Riedel 218; Bülow 213; veral Serick 4 317 ev.

116 Sien Scott *Sessie* 97. Serick 4 318 verwys na 'n *juristischen Augenblick* of *Sekunden*, maar volgens Bülow 213 vn 90 beskryf hierdie begrippe die probleem verkeerd "weil es nicht um eine noch so kurze Zeitspanne, sondern um einen unendlich kleinen Zeitraum geht". Serick 4 323 verduidelik die waarde van hierdie sg logiese of juristiese sekonde soos volg: "Sie zeigt aber, dass das Hilfsmittel der logischen Sekunde mit allen zugestanden formalen Mängeln eine Harmonisierung der Ergebnisse in vielen entscheidenden Zusammenhängen — im Konkurs, im Vergleichsverfahren, in der Einzelzwangsvollstreckung usw. — ermöglicht und damit eine Ordnungsfunktion, also ein bedeutsames Anliegen des Rechtes, erfüllt."

117 Bülow 213; Nörr/Scheyhing 140 ev; Serick 4 317.

118 Dit is 'n afleiding wat ek maak uit die feit dat die reg by insolvensie van die sedent nog as deel van sy boedel beskou word: *Muller v Trust Bank* hierbo 126E-G; *Bank of Lisbon and SA v The Master* hierbo 30 31.

119 1980 *THRHR* 117 129.

120 452 ev.

of onopeisbare reg of, soos die Duitsers dit stel, ten aansien van 'n verwagtings-reg.¹²¹

Vanweë die algemene aanvaarding van die sessie van toekomstige regte ondervind die Duitsers ernstige prioriteitsprobleme,¹²² veral ook by globale sessies wat met verlengde eiendomsvoorbehoud konkurreer. Die uitgangspunt bly egter die *nemo plus iuris*-reël en dus geniet die eerste sessionaris voorkeur.¹²³ Met ander woorde, ook by meerdere sessies van toekomstige vorderingsregte geld die prioriteitsprinsiep in beginsel. Aangesien globale sessies meestal in tyd voorgaan, sal die faktor altyd in 'n sterk posisie wees. In Duitsland waar verlengde eiendomsvoorbehoud erken word en algemeen voorkom, ontstaan daar vanweë die toepassing van die prioriteitsbeginsel 'n belangebotsing tussen fakteringsinstansies en instansies wat goedere onder eiendomsvoorbehoud verkoop. Die oplossing van hierdie konflik het in die Duitse regsliteratuur¹²⁴ tot hewige¹²⁵ sowel as ingewikkelde en, soms, gekunstelde argumente aanleiding gegee, maar dit wil voorkom asof die prioriteitsbeginsel in samehang met die *Vertragsbruchtheorie* in die howe aanvaar word.¹²⁶

Die Suid-Afrikaanse fakteringsinstansies behoort geen probleme met die geoorloofde vereiste te hê nie, aangesien die howe nie op hierdie vraag ingaan nie en die besondere sekerheidsbelangebotsings van die Duitse reg nie by ons voorkom nie. Die faktor moet egter toesien dat aan die bepaaldheidsvereiste voldoen is, en indien dit wel so is, ontstaan die reg in die boedel van die sedent, maar gaan dit oombliklik op die faktor oor. Die faktor loop dus die risiko dat die sedent insolvent mag raak. Aangesien 'n globale sessie *in anticipando* ander sessies gewoonlik in tyd voorgaan, sal die faktor volgens die prioriteitsbeginsel die reghebbende wees. By ons kom verlengde eiendomsvoorbehoud nie

121 Larenz *Schuldrecht* 1 532. Serick 4 319 aanvaar nie Larenz se siening van toekomstige regte nie, maar in praktyk pas hulle dieselfde verkrygingsbeginsel by die verskillende regte toe, dws *Durchgangserwerb* by ware toekomstige regte en *Direkterwerb* by voorwaardelike en onopeisbare regte: sien die bespreking hierbo in vn 110.

122 Glomb 121 ev; Einsele 45 ev; Bette 83 ev; Bülow 309 ev; Nörr/Scheyhing 145 ev; Riedel 230; Serick *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung* 3 (1970) 29 vn 96; veral Serick 4 382 ev.

123 Die sedent het homself deur die eerste sessie die bevoegdheid om verder oor die saak te beskik, ontnem: Larenz *Schuldrecht* 1 532; Bülow 311; Serick 4 389 ev.

124 Vir 'n kort samevatting van die posisie, sien Joubert 292 ev.

125 Canaris "Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Forderungseinzug durch Banken" 1981 *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 294; Serick "'Befremdliches' zur Behandlung der Barvorschusstheorie beim Factoring — Geschäft?" 1981 *NJW* 794; Canaris "Befremdliches zur Barvorschusstheorie beim Factoring!" 1981 *NJW* 1347; Serick "Nochmals: Befremdliches zur Barvorschusstheorie beim Factoring" 1981 *NJW* 1715.

126 Fikentscher 367; Pleyer "Factoring in the Federal Republic of Germany" *Singapore Conferences on International Business Law* (1983) 321.

algemeen voor nie en word dit nie erken nie,¹²⁷ met die gevolg dat bogenoemde problematiese belangenkonflikte nie so 'n wesenlike gevaar is nie.

5 PACTA DE NON CEDENDO

Na my mening is die Suid-Afrikaanse positiewe reg¹²⁸ se standpunt met betrekking tot *pacta de non cedendo* tans soos volg: Wat bestaande regte betref,¹²⁹ is sodanige ooreenkomste ongeldig tensy die persoon in wie se guns dit is 'n belang daarby het.¹³⁰ Waar die beperkende ooreenkoms deel uitmaak van die ooreenkoms waardeur die reg geskep word, is die ooreenkoms ook geldig,¹³¹ selfs al het die skuldenaar nie 'n belang daarby nie.¹³² In albei gevalle is die effek van 'n geldige sessieverbiedende ooreenkoms dat die reg onoordraagbaar is¹³³ en het

127 Vir kritiek op die erkenning van hierdie figuur in die Duitse reg, sien Sonnekus 1984 *TSAR* 53 116.

128 *Paiges v Van Ryn Gold Mines Estates Ltd* 1920 AD 600 615; *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA* hierbo 189D-G; *Vawda v Vawda* 1980 2 SA 341 (T) 346E; *MTK Saagmeule (Pty) Ltd v Killyman Estates (Pty) Ltd* 1980 3 SA 1 (A) 11F; *Govender v Tongaat Town Clerk* 1986 4 SA 184 (D).

129 Dit is 'n toepassing van wat Sande *De Prohibita Rerum Alienatione* 4 1 1; 4 2 1 en Voet 2 14 20 te sê het tav ooreenkomste wat 'n persoon se handelsvryheid aan bande lê. Uit Sande en Voet se bespreking is dit duidelik dat handelsvryheid hier gesien moet word as die bevoegdheid van 'n persoon om vryelik oor sy bestaande regte (vermoë) te beskik: sien *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA* hierbo 189D-G; *Vawda v Vawda* hierbo 346C 346F 346G; *MTK Saagmeule v Killyman Estates* hierbo 11H. Joubert 461 stem hiermee saam.

130 *Paiges v Van Ryn Gold Mines Estates Ltd* hierbo 615; *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA* hierbo 189E; *Vawda v Vawda* hierbo 346C; *MTK Saagmeule v Killyman Estates* hierbo 11H.

131 *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA* hierbo 189F: "These principles do not, however, apply where the right is created with a restriction against alienation, and the restriction is contained in the very agreement recording the right"; *MTK Saagmeule v Killyman Estates* hierbo 11D.

132 Dit is mi beslis die implikasie van bg aanhaling uit *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA*, soos wat r King tereg aantoon in *Italrafo SpA v Electricity Supply Commission* 1978 2 SA 705 (T). Hierdie vereiste vervel egter net tav ooreenkomste waardeur die reg as onoordraagbare reg geskep word en nie tav beperkings op reeds bestaande regte nie: sien *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA* hierbo 189E; *Vawda v Vawda* hierbo 346H *in fin*.

133 Die howe is dit hieroor eens. Hierdie standpunt is gebaseer op die Duitse Pandektiste, maar word nie korrek toegepas nie aangesien die Duitsers dit net toepas waar die reg as onoordraagbare reg geskep word. Dit behoort ook net in daardie omstandighede toegepas te word. Die rede waarom sodanige ooreenkoms ook werking teenoor derdes het (sg saaklike werking) word gesien in die feit dat die reg as onoordraagbare reg geskep word en dat daar publisiteit aan gegee is: Bülow 149. Waar die *pactum de non cedendo* bv nie in die kontrak opgeneem word nie, is derdes nie daaraan gebonde nie: sien Scott "Pacta de non Ceden-do" 1981 *THRHR* 148 155 vn 70.

verbreking daarvan nie slegs 'n eis vir skadevergoeding op grond van kontrakbreuk tot gevolg nie.¹³⁴

Pacta de non cedendo kom in die volgende omstandighede by faktering ter sprake: Waar dit voorkom in die ooreenkoms waardeur die reg geskep word, benadeel dit die belange van die faktuur en kliënt aangesien die faktuur nie altyd weet of sekere regte deur sodanige ooreenkomste geraak word nie en veral aangesien dit 'n kliënt se bevoegdheid om vryelik oor sy vorderingsregte te beskik, aansienlik inkort en hom dus van 'n belangrike finansieringsmoontlikheid ontnem. Wat bestaande regte betref, bevoordeel dit die kliënt se posisie waar hy byvoorbeeld 'n *pactum de non cedendo* aan 'n algehele sekerheidssessie koppel, want dan kan die sessionaris die reg nie verder sedeer nie.¹³⁵ Die feit dat 'n mens met 'n sekerheidssessie te doen het, gee myns insiens 'n voldoende belang aan die sedent om die *pactum de non cedendo* geldig te maak.¹³⁶

In Duitsland sluit feitlik alle groot ondernemings *pacta de non cedendo* met hulle skuldeisers.¹³⁷ Die hoofredes hiervoor is 'n vrees vir dubbele betaling,¹³⁸ met die gepaardgaande beslommernis en die koste-implikasies wat dit meebring wanneer die boekhouding met rekenaars gedoen word en elke afwyking van die standaardprogram ekstra koste meebring.¹³⁹

Die volgende praktiese oplossings vir laasgenoemde probleme kan aan die hand gedoen word:

- (a) As die faktuur weet watter skuldenaars sessieverbiedende ooreenkomste met die sedent aangegaan het, kan daardie vorderingsregte uit die fakteringsooreenkoms gesluit word.¹⁴⁰
- (b) Die skuldenaar se toestemming tot oordrag kan verkry word.¹⁴¹
- (c) As die skuldenaar toestemming weier, kan die faktuur, in plaas van die vorderingsregte, die ware self bekom en dan kan die kliënt die goedere as verteenwoordiger van 'n ongeopenbaarde prinsipaal aan die skuldenaar lewer.¹⁴² Dit

134 Volgens Sande en Voet is die effek van *pacta de non cedendo* tov bestaande regte dat verbreking daarvan op kontrakbreuk neerkom en mi behoort dit by ons ook net tov reeds bestaande regte die posisie te wees. Joubert 469 stem hiermee saam, maar meen dat hierdie gevolg ook geheg moet word aan *pacta de non cedendo* waardeur die reg as onoordraagbare reg geskep word (471).

135 Joubert verwys nie na hierdie voordeel nie, en in die Duitse reg waar sodanige oordragsverbod nie werking teenoor derdes het nie, word dit as 'n nadeel van sekerheidssessies aangegoe: Bülow 150.

136 aangesien die positiewe reg hier 'n belang vereis.

137 Bette 88; Wisskirchen 74; Fischeoder 83; Lunckenbein 134; Glomb 102.

138 Joubert 471 sien dit as die enigste nadeel vir die skuldenaar.

139 Bette 88-89.

140 Wisskirchen 74. In Duitsland is daar lyste beskikbaar van ondernemings wat sodanige sessieverbiedende ooreenkomste sluit.

141 Wisskirchen 75; Joubert 472.

142 Glomb 103; Bette 95; Wisskirchen 75.

is dan egter nie 'n verskyningsvorm van faktering nie, en meestal is fakterings-instansies nie ingerig om sodanige funksie te vervul nie.

(d) Die fakteur kan aanbied om die skuldenaar te vrywaar teen die risiko van dubbele betaling¹⁴³ en bykomende boekhoudingskoste.¹⁴⁴

As juridiese oplossing vir die nadele wat *pacta de non cedendo* vir faktering inhou, doen Joubert¹⁴⁵ die volgende aan die hand: Die geldigheid van sessieverbiedende ooreenkomste moet met verwysing na die geoorloofdhedsvereiste bepaal word en in besonder met verwysing na die vraag of sodanige ooreenkomste in stryd met die openbare belang is. Om dit te bepaal, verwys Joubert na 'n uitslating in *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis*¹⁴⁶ en kom dan tot die volgende gevolgtrekking:

“'n [*Pactum de non cedendo* beperk 'n persoon se bevoegdheid om vrylik oor sy regte te beskik. So 'n beperking op 'n persoon se handelsvryheid sal in die lig van die *Magna Alloys*-saak nie ongeldig wees nie, *onder andere indien die persoon ten gunste van wie die pactum geld 'n belang daarby het*.¹⁴⁷ Dit behoort ook die geval te wees waar die *pactum de non cedendo* voorkom in die kontrak waarin die vorderingsreg wat oorgedra word, geskep word.”¹⁴⁸

Voorts argumenteer die skrywer dat 'n kontrak wat 'n persoon se handelsvryheid aan bande lê, ten spyte daarvan dat die persoon in wie se guns dit is 'n belang daarby het, vanweë die openbare belang ongeldig kan wees.¹⁴⁹

Wat die effek van 'n geldige *pactum de non cedendo* betref, argumenteer Joubert dat verbreking daarvan slegs op kontrakbreuk neer behoort te kom.¹⁵⁰

Met die implementering van bogenoemde oplossing ondervind ek die volgende probleme:

(a) Dit negeer die positiewe reg volkome, sowel met betrekking tot die geldigheid van sessieverbiedende ooreenkomste, as die effek daarvan. Dit is vir my ook onduidelik waarom die *Magna Alloys*-saak betrek word waar dit gaan oor

143 Bette 94; Joubert 292.

144 Oor die praktiese werking en nut van sodanige vrywaring, sien die bespreking hieronder.

145 463.

146 1984 4 SA 874 (A) 891G.

147 My kursivering. Daar is mi ook geen grond om hierdie vereiste wat vir die geldigheid van *contracts in restraint of trade* in die *Magna Alloys*-saak gestel is, op *pacta de non cedendo* van toepassing te maak nie.

148 Joubert 465.

149 Joubert 466 vn 146. Mi is daar geen gesag vir hierdie standpunt in die *Magna Alloys*-saak te vind nie: Joubert verwys ook nie na gesag nie en maak waarskynlik 'n afleiding. Die voorbeeld op 894D-E van bg saak dui eerder op 'n teenoorgestelde benadering.

150 As gesag hiervoor beroep Joubert hom op 'n afwykende minderheidsuitspraak in *Paiges v Van Ryn Gold Mines Estates* hierbo 607.

ander tipe ooreenkomste te wete sogenaamde *contracts in restraint of trade*,¹⁵¹ wat in stryd met die openbare belang mag wees, terwyl die appèlhof herhaaldelik reeds bepaal het spesifiek wanneer sessieverbiedende ooreenkomste in stryd met die openbare belang sal wees.

(b) Die skrywer waardeur die onderskeid tussen sessieverbiedende ooreenkomste van bestaande regte en sodanige ooreenkomste waardeur die reg as onoordraagbare reg geskep word, nie na behore nie. Volgens hom handel die probleem in albei gevalle oor 'n belangebotsing, te wete tussen die beginsels van kontrakteervryheid en handelsvryheid.¹⁵² In werklikheid is daar net sprake van 'n belangebotsing by bestaande regte wanneer die partye deur ooreenkoms 'n oordraagbare reg onoordraagbaar wil maak.¹⁵³ So 'n ooreenkoms is in stryd met die beginsel van handelsvryheid aangesien oordraagbare regte nie deur 'n regshandeling uit die handel onttrek mag word nie.¹⁵⁴ Dit staan die partye egter vry om hulleself kontraktueel te verbind om nie die reg oor te dra nie.¹⁵⁵ Joubert¹⁵⁶ is bewus van die basiese onderskeid tussen bestaande regte en regte wat nog geskep moet word, maar verklaar, sonder enige motivering, dat dieselfde beginsel wat by bestaande regte geld ook by regte wat nog geskep moet word behoort te geld. By regte wat nog geskep moet word is kontrakteervryheid¹⁵⁷ die uitgangs-

151 "Handelsvryheid" in die *Magna Alloys*-saak beteken 'n persoon se reg om hom in sy beroeps- of besigheidslewe uit te leef. Die saak handel uitsluitlik oor *contracts in restraint of trade* en die beginsel wat daarop van toepassing is, word baie duidelik op 891D-E en 894B uiteengesit.

152 Joubert 465 vn 144.

153 Dit is die betekenis van handelsvryheid in hierdie konteks: sien Sande *De Prohibita* 4; Voet 2 14 20; *Vawda v Vawda* hierbo 346C-F: "(T)hose pacts shall not be valid which impede all commerce and take away from us without consideration the use of our property"; *MTK Saagmeule v Killyman Estates* hierbo 11H: "Omdat so 'n *pactum* inbreuk maak op die eienaar se beheerreg oor sy goed." Sien ook Larenz *Bürgerlichen Rechts* 291: "Wer über ein bestimmtes Recht verfügungsberechtigt ist, kann sich der ihm zustehenden Verfügungsmacht nicht durch Rechtsgeschäft mit einem anderen begeben. Durch diese Vorschrift wird verhindert, das ein grundsätzlich veräußerungsfähiges Recht durch Rechtsgeschäft dem Verkehr entzogen wird."

154 Sien Larenz *Bürgerlichen Rechts* 291: "Die Vorschrift dient damit sowohl der Mobilität der Güter wie der Sicherheit des Rechtsverkehrs. Mittelbar schützt sie auch die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung des Rechtsinhabers, etwa eines Grundstückseigentümers."

155 Hier behoort mi ook nie 'n belang aan die kant van die skuldenaar verlang te word nie; selfs Sande sê dat dit 'n genoegsame belang is as die skuldenaar sê dat hy andersins nie die reg sou oordra nie.

156 465.

157 In 'n uitspraak oor die geldigheid van 'n beding tot parate eksekusie het rp Kotzé hom soos volg oor kontrakteervryheid uitgelaat: "The spirit of modern Jurisprudence is in favour of the liberty of contract, and there is practical wisdom in the observation of De Villiers, C.J., in *Henderson v Hanekom* (20 S.C. at page 519): 'All modern commercial dealings proceed upon the assumption that binding contracts will be enforced by law' " (*Osry v Hirsch, Laubser & Co Ltd* 1922 CPD 531 546). Hr Rabie beklemtoon (die beginsel van kontrakteervryheid) ook in die *Magna Alloys*-saak 893I "dat dit in die openbare belang is dat persone hulle moet hou aan ooreenkomste wat hulle aangegaan het" en: "Dit is in die openbare belang dat ooreenkomste wat vryelik aangegaan is, nagekom moet word" (897 in fin).

punt met geoorloofde as die temperingsmaatstaf. Wanneer sodanige ooreenkomste in stryd met die openbare belang is, is dit ongeoorloof en onafdwingbaar.¹⁵⁸ Die hof moet besluit of dit teen die openbare belang is om 'n onoordraagbare reg te skep aangesien dit die skuldeiser van 'n moontlike besondere finansieringsmoontlikheid mag ontnem. Daar sal egter ook rekening mee gehou moet word dat gebruikmaking van hierdie finansieringsmoontlikheid nadelig vir die skuldenaar inhou wat hy juis deur gebruikmaking van die sessieverbiedende ooreenkoms probeer uitskakel.¹⁵⁹ Dit wil voorkom of Joubert¹⁶⁰ ook skepties staan teenoor aanvaarding van sy standpunt en gevolglik bepleit hy dat slegs sessieverbiedende ooreenkomste ten opsigte van boekskulde teen die openbare belang behoort te wees. Selfs die Duitse hof wou nie so ver gaan nie en volgens hulle is *pacta de non cedendo* waardeur regte as onoordraagbare regte geskep word, nie teen die goeie sedes nie¹⁶¹ ten spyte van heftige betoë te dien effekte in die regsliteratuur¹⁶² en die bykomende probleme van belangebotsings tussen sodanige verbiedende en globale sessies, verlengde eiendomsvoorbehoud en fakteringskontrakte.¹⁶³

(c) Die rol van die openbare belang is uit Joubert se bespreking nie duidelik nie. Hy is van mening dat 'n *pactum de non cedendo* ongeldig is ten spyte daarvan dat die persoon in wie se guns dit gemaak is, 'n belang daarby het.¹⁶⁴ Hy¹⁶⁵ voer aan dat die bevordering van boekskuldfinansiering in die openbare belang is vanweë die belangrike rol wat handelskrediet in die ekonomie speel en die belangrikheid van ekonomiese groei. Daaruit argumenteer hy dat, omdat die bevordering van boekskuldfinansiering in die openbare belang is, *pacta de non cedendo*

158 *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis* hierbo 891G.

159 As Joubert se argument gevolg word, moet die redelikhedskriterium hier aangewend word: sien *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis* hierbo 898B: "Dit kan aanvaar word dat 'n beperking van 'n persoon se handelsvryheid wat onredelik is, waarskynlik ook die openbare belang sou skaad en die betrokke persoon daaraan gebonde gehou sou word", "en dat 'n onredelike inkorting van hierdie vryheid, of 'n inkorting wat die openbare belang skaad, nie toegelaat behoort te word nie" (891D).

160 468.

161 Bilow 194; Lunckenbein 136; Bette 90; Fikentscher 358; Serick 4 497; Larenz *Schuldrecht* 1 528; Pleyer 324; Grunsky in *Grundlagen des Vertrags und Schuldrechts* (1972) 657. Sessieverbiedende ooreenkomste sou teen die goeie sedes wees omdat die skuldenare hier in 'n magposisie teenoor die skuldeiser staan.

162 Serick 4 496; Bette 90; Lunckenbein 134; Fiskoeder 83; Grunsky 657; Joubert 287 ev.

163 Fikentscher 358.

164 Joubert 465. Hierdie standpunt word mi nie deur die positiewe reg gesteun nie. Veral in *Paiges v Van Ryn Gold Mines Estates* hierbo 615 (deur Joubert aangehaal) word so 'n standpunt verwerp. Joubert (466 vn 146) meen egter dat die *Magna Alloys*-saak hierdie standpunt regverdig. Afgesien van die feit dat ek van mening is dat die *Magna Alloys*-saak nie hier van toepassing is nie, word sy argument ook nie deur die aangehaalde gedeeltes van die saak gesteun nie.

165 468.

wat groot gevaar vir alle vorms van boekskuldfinansiering inhou, teen die openbare belang is en dus ongeldig is. Hy gee feitlik geen aandag aan die beginsel van kontrakteervryheid, die belange van die skuldenaar en die redelikheid al dan nie van die beperking nie. 'n Verdere vraag wat by my ontstaan, is of faktoring inderdaad so 'n belangrike rol in die Suid-Afrikaanse kredietwese speel dat 'n ooreenkoms wat gevare vir die verskynsel inhou, as in stryd met die openbare belang beskou moet word. Volgens Joubert¹⁶⁶ is faktoring nie algemeen bekend in Suid-Afrika nie en word die fakteringsbedryf tans oorheers deur vyf groot fakteringsondernemings¹⁶⁷ wie se bedrywighede hoofsaaklik tot die Witwatersrand beperk is. Dit wil dus voorkom asof die omvang van die fakteringsbedryf in Suid-Afrika baie beperk is.

(d) Joubert¹⁶⁸ lei sy bespreking oor die effek van *pacta de non cedendo* soos volg in: "Indien daar tog om die een of ander rede bevind word dat 'n besondere *pactum de non cedendo* geldig is," waaruit dit wil voorkom of die skrywer besef dat sy standpunt oor die geoorlooftheid van sessieverbiedende ooreenkomste nie deur die positiewe reg gesteun of gevolg sal word nie en daarom poog hy om dan ten minste die effek van sodanige ooreenkomste te beperk. Wat bestaande regte betref, stem ek met hom saam en ek meen dat die hof na aanhoor van 'n behoorlik gemotiveerde¹⁶⁹ argument die standpunt mag aanvaar dat hierdie regte nie deur ooreenkoms onoordraagbaar gemaak kan word nie, maar dat so 'n ooreenkoms die reghebbende slegs kontraktueel verplig om dit nie oor te dra nie. Wat betref regte wat nog geskep moet word, stem ek egter saam met die hof dat sodanige regte onoordraagbaar is omdat hulle in ooreenstemming met die beginsel van kontrakteervryheid¹⁷⁰ as onoordraagbare regte in die lewe geroep is.

(e) Hierdie poging om 'n belangebotsing tussen 'n skuldenaar en 'n moontlike sessionaris op te los, lê myns insiens te veel klem op 'n geringe belang van 'n besondere sessionaris (die faktuur) en sedent (kliënt) en te weinig op groter belange van die skuldenaar. Veral in die Suid-Afrikaanse reg waar die onkundige

166 34.

167 tw *Nedbank Factors, Standard Bank Factors, Barclays Factors, Fordom Factoring en Refin Factors*.

168 469.

169 Scott 1981 *THRHR* 148. Daar kan bv op gewys word dat dit uitdruklik Sander en Voet se benadering is dat die hof self die onderskeid maak tussen bestaande regte en regte wat nog geskep moet word en dat die effek van sodanige ooreenkomste soos uit die Duitse reg afgelei, slegs op regte wat nog geskep moet word van toepassing is; veral die aanhaling uit *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA* hierbo 189D-G sou met vrug gebruik kon word. Sien ook die uiteensetting hierbo in vn 151 ev.

170 Daarom hoef die skuldenaar mi ook nie 'n belang by die beperking te hê nie.

skuldenaar nie dieselfde beskerming as in die Duitse reg geniet nie,¹⁷¹ is die gevaar van dubbele betalings baie groter. Die implementering van die skadeloosstelling¹⁷² van die skuldenaar deur die sessionaris is ook nie duidelik nie. Sal daar in elke fakteringsooreenkoms 'n beding ingevoeg word met die strekking dat die sessionaris die skuldenaar sal vergoed in geval van dubbele betaling? As dit die posisie sou wees, beteken dit dat die skuldenaar dan altyd teen dubbele betaling beskerm word. Of sou die beding so bewoord moet word dat die sessionaris onderneem om slegs daardie skuldenare te vrywaar wat 'n *pactum de non cedendo* met die sedent aangegaan het? Of sou dit nog verder beperk moet word deur te bepaal dat die sessionaris slegs aanspreeklik is as die skuldenaar 'n dubbele betaling moet maak en die sedent kan of wil nie die skuldenaar se skade vergoed wat voortvloei uit verbreking van die *pactum de non cedendo* of sy bedrog nie? Oor die regsraad van sodanige bedinge in 'n fakteringsooreenkoms laat ek my nie hier uit nie.

(f) In ander lande waar faktering 'n veel langer geskiedenis het en van veel groter omvang as in Suid-Afrika is, is *pacta de non cedendo* tussen oorspronklike skuldeiser en skuldenaar ten spyte van ernstige kritiek daarteen geldig en afdwingbaar teenoor derdes. Slegs in Amerika waar die posisie sedert 1958 deur die *Uniform Commercial Code*, soos gewysig, gereël word, is sodanige ooreenkomste oneffektief.¹⁷³ Hierdie bepaling is 'n klein sub-paragraaf in 'n omvangryke artikel wat daarop gemik is om alle "security interests in personal property and fixtures" te reël; met ander woorde die heël gebied van sekerheidsregte word daar wetlik gereël.

Aangesien ek van mening is dat die geldigheid van sessieverbiedende ooreenkomste by regte wat geskep word, nie van die bestaan van 'n belang aan die kant van die skuldenaar afhanklik is nie en dat verbreking daarvan by bestaande regte slegs op kontrakbreuk neerkom, is my standpunt vir faktering¹⁷⁴ nog ongunstiger as dié van die howe. Ek meen egter dat my standpunt prinsipiël korrek is en dat daar meer gesag en aanknopingspunte vir so 'n standpunt in die positiereg is as vir Joubert s'n en daarom is ek van mening dat wetgewing¹⁷⁵ hier

171 Bülow 200; Fikentscher 360; Larenz *Schuldrecht* 1 533; sien ook Scott *Cession* 54 en die bespreking hierbo vn 92.

172 Joubert 471.

173 A 9-318(4): "A term in any contract between an account debtor and an assignor which prohibits assignment of an account or contract right to which they are parties is ineffective." Sien ook Anderson *Anderson on the Uniform Commercial Code* 4 (1971) 409.

174 Aan die een kant sal alle sessieverbiedende ooreenkomste tov regte wat nog geskep moet word dus geldig wees en aan die ander kant, waar die klient so 'n ooreenkoms met die faktuur aangaan, bv by 'n sekerheidsessie, is die ooreenkoms slegs bindend op die partye: sien die bespreking hierbo.

175 soos in Amerika. In Duitsland word dit ook as die enigste uitweg gesien: Bülow 195; Se-
rick 4 497.

die enigste moontlike uitweg is, as dit noodsaaklik sou word om die belange van fakteringsinstansies te beskerm. Ek sou dan egter wou voorstel dat 'n bepaling dat *pacta de non cedendo* ongeldig is, beperk moet word, moontlik tot boekskuldfinansiering soos Joubert voorstel, en nie in die algemeen op *pacta de non cedendo* van toepassing moet wees nie.

6 GEVOLGTREKKING

Uit die voorafgaande bespreking is dit myns insiens duidelik dat die sakeregtelike aspekte van faktering as handelsverskynsel weinig nuwe eise¹⁷⁶ aan die Suid-Afrikaanse reg insake sessie stel en dat die probleme wat ondervind word, slegs die probleemgebiede van sessie beklemtoon. Die Suid-Afrikaanse sessiereg is in vele opsigte¹⁷⁷ onbevredigend en verskeie redes kan daarvoor aangevoer word. Die belangrikste daarvan is die algehele gelykshakeling¹⁷⁸ in die Romeins-Hollandse¹⁷⁹ en die positiewe reg¹⁸⁰ van liggaamlike en onliggaamlike sake en 'n versuim om die gevolge van hierdie gelykshakeling en van die dubbele geaardheid van 'n vorderingsreg¹⁸¹ na behore te waardeer. As sessie as die oordrag van 'n onliggaamlike saak gesien word, is dit 'n aangeleentheid wat deur die reëls van

176 Diegene wat glo dat daar vandag werklik nuwe regsverskynsels na vore kom of wat so graag sê dat die bestaande reg nie aan die eise van die moderne handelsverkeer kan voldoen nie, kan gerus aan die volgende uittaling van Jhering 1857 *Jher JB* 1 16 aandag gee: "Wenn der Gattungsbegriff erfasst und gehörig ausgebildet ist, so ist damit nicht bloss für alle jetzt bereits vorhandenen, sondern auch für alle künftig auftretenden Species ein stets bereites Rechtsmaterial gewonnen. Hierin hat es seinen Grund, das eine ausgebildete Jurisprudenz nie ein absolutes Deficit an Rechtssätzen zu befürchten hat. Denn in wie ungewöhnlichen, abweichenden Bildungen sich auch der fortschreitende Verkehr ergehen möge, die Besorgnis, das er uns etwas absolut Neues bringen könnte. . . [D]iese Besorgnis ist ebenso unbegründet, als wenn man glauben wollte, es könnten heutzutage noch Thiere entdeckt werden, die im zoologischen System der heutigen Wissenschaft absolut kein Unterkommen fänden. Eine Jurisprudenz, die seit Jahrtausenden arbeitet, hat die Grundformen oder Grundtypen der Rechtswelt entdeckt."

177 bv tov die geldigheidsvereiste van lewering van die dokument, kennisgewing aan die skuldenaar, sessie in *securitatem debiti* ens.

178 Sien gesag aangehaal in Scott *Cession* 2 vn 10.

179 Sien gesag aangehaal in Scott *Cession* 1 vn 3.

180 Sien gesag aangehaal in Scott *Cession* 2 vn 6. Sien ook die minderheidsuitspraak van wr Slomowitz in die ongerapporteerde uitspraak van *Bank of Lisbon and SA v The Master* hierbo.

181 Luig "Zession und Abstraktionsprinzip" in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts in 19 Jahrhundert 2* (1977) 113: "Die besondere Entwicklung einer von ihrer causa unabhängigen Verfügung über die Forderung hängt eng zusammen mit den Grundproblemen von Forderungsübertragungen überhaupt, nämlich mit der 'Doppelnatur' der Forderung, die nicht nur persönliches Band zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern auch verwertbarer Vermögensgegenstand ist. Alle theoretischen Schwierigkeiten, die wirtschaftlichen Verwertung der Gläubiger-Schuldnerbeziehung mit juristischen Begriffen zu erfassen, beruhen auf der praktischen Frage, was mit dem Schuldner geschieht, über den in gewisser Weise mitverfügt wird" (my kursivering). Sien ook Scott *Cession* 3.

die sakereg beheers word,¹⁸² terwyl dit in werklikheid, synde 'n oordrag van vorderingsregte met die gepaardgaande vervanging van skuldeisers, by die verbintenisreg tuishoort.¹⁸³ Die Romeins-Hollandsregtelike benadering dat sessie die oordrag van aksies¹⁸⁴ is en veral hulle gebrek aan 'n behoorlike dogmaties gefundeerde sisteem, vererger die situasie. Geringe Engelsregtelike invloed¹⁸⁵ en later veral 'n sterker Duitsregtelik geïoriënteerde benadering¹⁸⁶ vereenvoudig die posisie ook nie. Ek verkies die verbintenisregtelike benadering wat sessie as die oordrag van 'n vorderingsreg sien wat 'n vervanging van skuldeisers meebring. Vir hierdie benadering is daar nie veel aanknopingspunte in die Romeins-Hollandse of positiewe reg¹⁸⁷ nie en om dit hier te lande in te voer, sal wetgewing vereis. As basis vir sodanige wetgewing kan die Duitse stelsel gebruik word. Hiermee word wetgewing egter nie bepleit nie en ook word nie te kenne gegee dat die Duitse sisteem volmaak is en dat alle probleme daarmee uitgeskakel sal word nie. 'n Mens hoef maar net die Duitse literatuur oor sessie te bestudeer om te beseft dat dit nie in alle opsigte ideaal is nie. Daar moet ook in gedagte gehou word dat die Duitse reg in sy geheel gekodifiseer is en dat 'n mens nie slegs 'n gedeelte van 'n kode kan oorneem nie, aangesien daardie gedeelte in 'n gesistematiseerde geheel pas met 'n bepaalde historiese en dogmatiese agtergrond wat dit sinvol maak.

Om die verbintenisregtelike benadering sonder wetgewing in die Suid-Afrikaanse reg van toepassing te maak, sou daar moontlik geargumenteer kon word dat 'n vorderingsreg, as 'n onliggaamlike saak, nie op presies dieselfde basis as ander liggaamlike sake behandel moet word nie. Dit is wel 'n vermoënsbestanddeel, soos 'n liggaamlike saak, maar die objek daarvan is prestasie en die oordrag daarvan geskied deur middel van die verbintenisregtelike figuur van sessie; nie deur die sakeregtelike *quasi*-lewering¹⁸⁸ van die *quasi*-besit¹⁸⁹ daarvan nie.

182 Dit is die posisie in Frankryk: sien Scott *Cession* 3 vn 12 10; en in Nederland: Scott *Cession* 3 vn 13 10.

183 soos in die Duitse reg, sien gesag aangehaal in Scott *Cession* 3 vn 14 10. Die Duitsers erken egter ook die sakeregtelike aspekte van sessie.

184 Scott *Cession* 10. Dit speel bv 'n rol by die vaststelling van watter aksie oorgedra word: sien *National Bank of South Africa v Cohen's Trustee* 1911 AD 235; *LTA Engineering Co Ltd v Seacat Investments (Pty) Ltd* 1974 1 SA 747 (A); *Smit v Saipem* 1974 4 SA 918 (A); *Caledon & Suid-Westelike Distrikte Eksekuteurskamer v Wentzel* 1972 1 SA 270 (A).

185 *Wright & Co v The Colonial Government* (1891) 8 SC 260; Scott *Cession* 21 ev.

186 Sien veral De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 225 ev se benadering tov sessie en die beslissings hierbo oor *pacta de non cedendo* aangehaal in vn 128. Die uitsprake in *Lief v Dettmann* 1964 2 SA 252 (A) 271E-G en *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA* hierbo 189B ev dui mi ook op sodanige beïnvloeding.

187 alhoewel dit wil voorkom asof *Johnson v Incorporated General Insurances Ltd* 1983 1 SA 318 (A) 331G-H moontlik in die rigting neig.

188 Dit moet *quasi*-lewering wees, want werklike lewering van 'n vorderingsreg is nie moontlik nie. Die *quasi*-lewering is dan eintlik sessie.

189 *Oertel v Brink* 1972 3 SA 669 (W) 674D; *Guman v Latib* 1965 4 SA 715 (A) 722D.

Die aanvaarbaarheid van hierdie argument behoort nie teoretiese probleme te verskaf nie,¹⁹⁰ maar ek besef dat daar, tereg, in die lig van die presedentestelsel positiefregtelike besware daarteen geopper kan word. Die meeste wat moontlik verlang kan word, is dat diegene wat reg spreek in hulle uitsprake oor sessie bewus sal wees van die belange en gevolge van die verskillende benaderings¹⁹¹ ten opsigte van sessie en in die lig daarvan vorige uitsprake sal interpreteer om dan hulle eie uitspraak te gee. Vanweë die dubbele geaardheid¹⁹² van 'n vorderingsreg, kan die oordrag van die vorderingsreg (vermoënsregtelike verskuiwing) as 'n sakeregtelike aangeleentheid hanteer word, en die vervanging van skuldeisers as 'n verbintenisregtelike aangeleentheid.¹⁹³ Laasgenoemde benadering behoort myns insiens die minste teenstand in die positiewe reg te ondervind en baan ook die weg vir die teoretiese verklaring van sekere praktiese verskynsels.

(Hierdie artikel het in 1987 *De Jure* 15-40 verskyn.)

190 Larenz *Schuldrecht* I 517 ev; Scott *Cession* 144 vn 108; *McLachlan v Wienand* 1913 TPD 191 194 *in fin.*

191 Scott *Cession* 3 58.

192 Luig 113; Scott *Cession* 3.

193 Scott *Cession* 59.

1.2 Verpanding van vorderingsregte: uiteindelik sekerheid?*

Susan Scott**

1 INLEIDING

In *Leyds v Noord-Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy*,¹ *Marais v Ruskin*² en *Bank of Lisbon and SA Ltd v The Master*³ het die appèlhof sy benadering in *National Bank of South Africa Ltd v Cohen's Trustee*⁴ ten opsigte van sessie in *securitatem debiti* bevestig en daarmee die verpandingskonstruksie aanvaar.

In die *Leyds*-saak⁵ was die feite, eenvoudig gestel, die volgende: Die appellant was likwidateur in die insolvente boedel van die sedent (Sentramark). Die respondente was die skuldenare ten opsigte van vorderingsregte wat in *securitatem debiti* aan die Landbank gesedeer is. Die likwidateur het die skuldenare (aandeelhouders van 'n koöperatiewe landboumaatskappy met beperkte aanspreeklikheid) as kontribuante in sy kontribusierekening getoon op grond van 'n tekort en hul aanspreeklikheid vir betaling van onbetaalde aandeelkapitaal. Die respondente voer aan dat daardie regte aan die Landbank oorgedra is, dat die sedent se likwidateur dus nie daarop aanspraak kon maak nie en dat hulle gevolglik nie

* Intreerede gelewer op 1987-03-31. Finansiële ondersteuning van die volgende instansies word met dank erken: die *Alexander von Humboldt-Stiftung*; die Navorsings- en Beursekomitee van die Universiteit van Suid-Afrika; en die Getrouheidsfonds vir Prokureurs, Notarisse en Transportbesorgers.

** Professor in die Privaatreg Universiteit van Suid-Afrika

1 1985 2 SA 769 (A).

2 1985 4 SA 659 (A).

3 1987 1 SA 276 (A).

4 1911 AD 235.

5 *supra*.

as kontribuante beskou moet word nie. In hierdie saak word die beginsel gehandhaaf dat die *dominium* van die vorderingsreg by die sedent bly en dat die trustee van sy insolvente boedel daarop geregtig is om die vorderingsreg as 'n bate in die insolvente boedel te administreer.⁶ Die volgende motivering word vir die handhawing van die beginsel gegee:

“Dit kom nie voor dat dit aanleiding gegee het tot enige onreg of tot praktiese probleme nie aangesien die sessionaris sy voorkeurreg behou op betaling uit die opbrengs van die gesedeerde vordering en terselfdertyd voorsiening gemaak word vir die belange van die boedel en van ander skuldeisers ten opsigte veral van enige oorskot wat daar mag wees na betaling van die sessionaris se eis.”⁷

Die hof bevind dan dat die respondente (skuldenaars) by die lys van kontribuante ingesluit moes gewees het,⁸ met ander woorde dat die sedent nog skuldeiser was. Met hierdie uitspraak en die effek daarvan kan weinig fout gevind word. Die advokate vir die respondente het in elk geval net die algehele sekerheidssiekonstruksie gebruik omdat hulle verkeerdelik⁹ van mening was dat so 'n sessie ook by insolvensie sy algehele karakter behou.

In die *Marais*-saak¹⁰ was die feite soos volg: Moll het 'n skuldvordering van R88 730,40 teen die Moll-trust gehad. In April 1982 het hy R16 000 van Marais, trustee van die trust, persoonlik geleen en sy “reg en titel” teen die trust as sekuriteit aan Marais gesedeer. Op 1982-10-13 het Moll as deel van 'n skikkings-ooreenkoms sy vorderingsregte teen die trust aan mevrou Moll gesedeer. Op 1983-04-19 is Moll insolvent verklaar. Die respondent (kurator van Moll se insolvente boedel) het in September 1983 Moll se skuld aan Marais betaal en terugsessie van Marais ontvang. Die respondent het daarna die eerste twee appellante (Marais en Benadé as trustees van die trust) gevra om die volle bedrag van die skuld aan hom te betaal. Hulle het geweier omdat mevrou Moll volgens hulle daarop geregtig was vanweë die sessie aan haar. In hierdie beslissing word die benadering in die *Leyds*-saak bevestig.¹¹ Die hof gaan egter ook in op die regsposisie van die sedent (pandgewer) en die sessionaris (pandhouer). Vir doeleindes van die uitspraak word aanvaar dat die *reversionary interest* gesedeer is, sonder dat die hof daaroor beslis.¹² Daar word ook bevind dat die sedent en sessionaris nie die bedoeling gehad het om die *reversionary interest* te sedeer nie, maar die

6 780A ev.

7 780F-G.

8 781B.

9 In regstelsels, soos die Duitse reg, waar hierdie soort fidusiêre sekerheidssessies algemeen erken word, word die algehele oordrag van die reg by beslaglegging en insolvensie beperk sodat dit in daardie gevalle tog nog as deel van die insolvente sedent se boedel beskou word: sien Scott *The Law of Cession* (1980) 136.

10 *supra*.

11 669I-670A.

12 670C.

vorderingsreg self.¹³ Oor die aard van die sessionaris (pandhouer) se reg laat die hof hom soos volg uit:

“Hierdie sessie het aan Marais die reg¹⁴ verleen om, indien Moll nie sy skuld aan hom betaal nie, die trust aan te spreek vir die volle bedrag wat die trust aan Moll verskuldig was.”¹⁵

Oor die aard van die *reversionary right* word gesê:

“[H]ierdie ‘reversionary right’ [is] ’n reg . . . wat Moll (as sedent) teen Marais (as sessionaris) gehad het om, by betaling van die skuld aan Marais, ’n terugsessie te ontvang van die vorderingsregte wat hy aan Marais gesedeer het. Dit was nie ’n reg wat Moll teen die trust gehad het nie.”¹⁶

In die *Bank of Lisbon*-saak¹⁷ was die feite kortliks die volgende: Die sedent het sy boekskulde aan Nedbank gesedeer *in securitatem debiti*. Daarna, op 1977-12-10, het hy ook aan die *Bank of Lisbon* sy boekskulde *in securitatem debiti* gesedeer. Die sedent (’n maatskappy) is op 1979-05-29 in likwidasie geplaas. In ’n later stadium ontstaan daar, in verband met die vraag of die *Bank of Lisbon* ’n bydrae tot die koste van realisasie van die boekskulde of tot die likwidasiekoste moet maak, ’n dispuut daaroor of die bank wel ’n versekerde skuldeiser was of nie. Die dispuut beland uiteindelik voor die appèlafdeling van die hooggeregshof. Met verwysing na die *Leyds*-saak bevestig die appèlhof die benadering ten opsigte van sessie *in securitatem debiti* wat hy in die *Cohen*-saak gevolg het en bevind gevolglik dat die *dominium*¹⁸ van die vorderingsreg by die sedent bly en dat die sedent sy *reversionary right* verder kan verpand en sedeer.¹⁹ Die hof wys daarop dat daardie appèlhofuitsprake waarin te kenne gegee word dat ’n algehele sekerheidsessie die enigste erkende vorm van sekerheidstelling deur middel van vorderingsregte is, bestaande gesag wat strydig hiermee is, negeer,²⁰ of op gesag berus wat later gekwalifiseer²¹ is. Die appèl slaag dus en die hof be-

13 670G: “Die sessie slaan, volgens die bewoording daarvan, op die vorderingsregte (‘claims’) wat Moll op 13 Oktober 1982 teen die trust gehad het, en dit is na my mening onrealisties om te sê dat dit bedoel was om op ’n begrip soos ’n ‘reversionary right’ ten opsigte van daardie vorderingsregte betrekking te hê.”

14 As “bevoegdheid” hier gebruik sou gewees het, sou dit volkome korrek gewees het, aangesien dit een van die realiseringsmoontlikhede by pandgewing is om die sku'd te in: sien bespreking hieronder.

15 670I-J.

16 671E-F.

17 *supra*.

18 294B ev.

19 294G ev.

20 292F. Sien ook Scott *Cession* 143.

21 292B. Sien ook Scott *Cession* 142 vn 96.

vind dat die bank 'n versekerde skuldeiser was.²² Hierdie drie beslissings ruim ongelukkig nie die onduidelikheid wat in die praktyk oor sessies *in securitatem debiti* heers, uit die weg nie, maar vergroot dit eerder.

Die *Leyds*-saak het ten minste een onduidelikheid uit die weg geruim deurdat daar beslis is dat sessie *in securitatem debiti* 'n vorm van verpanding is. Alhoewel die hof dit nie uitdruklik so gestel het nie, is so 'n afleiding noodsaaklik omdat dit die houding van die hof in die *National Bank*-saak²³ was en omdat die hof bevind het dat die *dominium* steeds in die sedent (pandgewer) setel. Ongelukkig het die hof nie die presiese inhoud van die pandkonstruksie uiteengesit nie.²⁴

Die *Marais*-saak bevestig bogenoemde standpunt, maar pas dan tog die beginsels van 'n algehele sekerheidsessie toe.²⁵ Hierdie uitspraak is verkeerd omdat pandregbeginsels nie suiwer toegepas is nie en die aard van die *dominium* of *reversionary interest* verkeerd vertolk is.

In die *Bank of Lisbon*-saak word na die *Cohen*- en *Leyds*-saak verwys, maar nie na die *Marais*-saak nie.²⁶ Die hantering van daardie vroeëre appèlhofuitsprake waarin beslis is dat sessie *in securitatem debiti* slegs die vorm van 'n algehele regsoordrag kan aanneem, skep die indruk dat die hof hier slegs wou aantoon dat verpanding van vorderingsregte naas 'n algehele sekerheidsessie²⁷ kan voorkom en dat laasgenoemde nie die enigste wyse van sekerheidstelling deur middel van vorderingsregte is nie.²⁸ Die inhoud van die *dominium* en *reversionary interest* word nie duidelik omskryf nie en die hof bevind, vreemd genoeg, dat die objek van die betrokke sekerheid die sedent se reg op terugsessie is.

Vervolgens sal die verpanding van vorderingsregte ontleed word en aangedui word wat die algemeen aanvaarde effek daarvan is. Daar sal dan aangedui word

22 44: "The company in clause 23 of the second cession pledged and ceded to the Bank all its reversionary rights in the first cession. This reversionary right, pledged and ceded by clause 23, was owned by the company before it was wound up. This right the company, before its winding up, cedes *in securitatem debiti* to the Bank. It was not ceding a '*spes* or expectation'. It was ceding an existing right. This right had a money value. It was this right which constituted the security on which the Bank relied when proving its claim. It was thus a secured creditor."

23 en sake wat daardie beslissing gevolg het: sien Scott *Cession* 139 ev.

24 Harker "Cession *in securitatem debiti*: In the Nature of a Quasi-Pledge" 1986 *SALJ* 200 201 opper dieselfde beswaar teen hierdie uitspraak.

25 Boraïne 1986 *De Jure* 171 174 aanvaar dat die hof bedoel het om die beginsels van 'n algehele sekerheidsessie toe te pas. So 'n standpunt is egter nie te rym met die hof se uitdruklike bevestiging van die *Leyds*-saak nie.

26 Dit is interessant om daarop te let dat ar Joubert by al drie beslissings betrokke was; hr Rabie in die *Marais*- en *Bank of Lisbon*-sake, en so ook ar Jansen.

27 Oor die presiese aard van sodanige sessies sien Scott *Cession* 135 ev.

28 Die hof gee nêrens te kenne dat 'n algehele sekerheidsessie nie in ons reg bestaan nie, maar toon slegs aan dat die gesag waarin beweer word dat dit die *enigste* vorm van sekerheidstelling deur middel van vorderingsregte is, verkeerd is.

in watter mate bogenoemde beslissings daarmee ooreenstem of daarvan afwyk. Vergelykenderwys sal na die Duitse reg²⁹ verwys word waar verpanding van vorderingsregte in die wetboek³⁰ neerslag gevind het nadat die dogmatiese besware daarteen voor praktyksbehoefte moes swig.

2 WAAROM VERPANDING VAN VORDERINGSREGTE?

Ten spyte van dogmatiese besware daarteen,³¹ is daar in die praktyk 'n behoefte aan 'n verpanding van vorderingsregte. Die rede is dat die partye hier dieselfde beoog as wat by 'n verpanding van liggaamlike sake beoog word,³² naamlik dat die sekerheidsnemer sy vorderingsreg verseker deur 'n beperkte saaklike reg³³

29 Sien Pahl *Die Aanwending van Vorderingsregte ter Versekering van Skulde* (proefskrif US 1972) 159 ev vir die posisie in die Engelse, Franse, Switserse en Nederlandse reg.

30 *BGB* par 1273-1296.

31 De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 365 ev; Pahl 177 ev; Harker "Cession in securitatem debiti" 1981 *SALJ* 56 61; Van Warmelo "Saaklike Sekerheidsregte oor Onliggaamlike en Roerende Goedere" 1981 *TSAR* 65. Hierdie dogmatiese besware is egter reeds teen die einde van die vorige eeu in Duitsland die nek ingeslaan; sien Westermann *Sachenrecht* (1966) par 136 I 2: "Die Frage nach dem Wesen des Pfandrechts an Rechten hat lange Zeit zu den 'berühmt-berüchtigten Konstruktionsfragen' gehört: die begriffliche Erfassung eines Pfandrechts, d.h. eines absoluten Rechts an einer Forderung, also an einem relativen Recht, hat zu endlosen Kontroversen geführt. Überwiegend wird aber heute anerkannt, das es sich beim Pfandrecht um ein Recht am verpfändeten Recht handelt, . . . so das der Streit vor allem um die dingliche oder schuldrechtliche Natur des Pfandrechts geht. Als herrschend kann heute die Ansicht angesehen werden, die im Pfandrecht ein Recht des gleichen Inhalts wie das verpfändete Recht sieht, danach ist z.B. ein Forderungspfandrecht ein relatives Recht . . ."

32 Van der Merwe *Sakereg* (1979) 462; Wille *Mortgage and Pledge* (1987) 4. Die wese van verpanding van regte en verpanding van liggaamlike sake is dus dieselfde: Scholz/Lwowski *Das Recht der Kreditsicherung* (1986) par 472.

33 Die pandreg moet dus nie alleen deur die pandgewer nie, maar ook deur derdes gerespekteer word: Scholz/Lwowski par 478. Harker 1981 *SALJ* 56 61 erken dat dit presies is wat die skuldeiser verlang, maar verwerp die bestaan van 'n saaklike reg op vorderingsregte dan weer as "a conclusion which seems to be, notionally, jurisprudentially impossible to achieve." (My kursivering). Uit sy hele artikel blyk dit nie waarom dit dogmaties onaanvaarbaar, en gevolglik verkeerd is nie. Hy wys op die gebreke van 'n algehele sekerheidsessie soos dit by ons voorkom (64) en verwerp ook hierdie vorm van sekerheidstelling. Harker bepleit 'n sekerheidsreg *sui generis* (65). Hiervolgens verkry die sessionaris die volle reg en die sedent die reg op terugessie uit die *pactum fiduciae*. Die sessionaris mag die reg nie verder oordra nie vanweë die *nemo dat quid non habet*-reël. Hierdie argument gaan nie op nie want as die sessionaris reghebbende geword het, het hy ook die beskikkingsbevoegdheid en is die *nemo plus juris*-reël nie van toepassing nie. Sy verdere argument dat die sessionaris die skuldenaar nie kan kwytskeld nie omdat dit 'n verbreking van die sedent en sessionaris se kontrak is, gaan ook nie op nie want derdes word nie deur sodanige ooreenkoms gebind nie, behalwe as die beginsels van die kennisleer van toepassing is. By insolvensie van die

op 'n vermoënsbestanddeel (onliggaamlike saak) van sy skuldenaar te verkry wat hom in staat stel om by wanbetaling sy skuld deur middel van die verpande vorderingsreg te delg.³⁴ Die verpande objek bied op tweërlei wyse sekerheid: by wanbetaling kan die sekerheidsnemer die objek ter bevrediging van sy skuld realiseer en by beslaglegging of insolvensie van die sekerheidsgewer word voorkeur aan die sekerheidsnemer verleen. Albei partye se behoeftes word dus bevredig: die sekerheidsnemer verkry sekuriteit vir nakoming van die sekerheidsgewer se verpligting, met ander woorde sy vorderingsreg word verseker, en die sekerheidsgewer behou die sekerheidsobjek as deel van sy boedel, sodat die belange van ander skuldeisers ook beskerm word.³⁵ Hier vind dus nie soos by 'n algehele sekerheidsessie 'n vermoënsverskuiwing plaas nie.³⁶

Vervolg

sessionaris, argumenteer Harker, kan die trustee slegs soveel vorder as wat nodig is om die sedent se skuld te delg. Al wat hy meer vorder, vorder hy as trustee vir die sedent. Harker toon nie aan wat die basis van hierdie argument is nie, behalwe dat hy dit as "manifestly unfair" beskou om die sedent as konkurrente skuldeiser te beskou (67). By insolvensie van die sedent, argumenteer Harker, setel die *reversionary interest* in die trustee en deur die Insolvensiewet word hy verplig om alle roerende sake wat deur skuldeisers as sekuriteit gehou word, te vorder. Gevolglik moet die vorderingsreg wat oorgedra word as 'n bate van die insolvente boedel geadministreer word waarop die sessionaris dan 'n voorkeurreg verkry. Omdat die definisie van "security" in die Insolvensiewet nie hierdie vorm van sekerheid dek nie, argumenteer hy, moet dit as 'n *quasi*-pand beskou word wat dan blykbaar wel deur die definisie gedek sou wees. Hierdie konstruksie van Harker is myns insiens verkeerd: dit misken die aard van 'n algehele regsoordrag; hy pas die *nemo plus juris*-reël verkeerd toe en by insolvensie val hy tog maar weer op pandregbeginsels terug, maar noem die sekerheidsvorm dan 'n *quasi*-pand. Die vraag ontstaan of 'n *quasi*-pand wel deur die woord "pand" in die wet gedek word. In 'n bespreking (1986 SALJ 200) van die *Leyds*- en *Marais*-sake herhaal Harker sy standpunt soos hierbo uiteengesit en maak die volgende eenaardige uittaling: "It will be appreciated that this theory [dat 'n sessie in *securitatem debiti* 'n eiesoortige (*sui generis*) vorm van sekerheidstelling is] is in essence an adaptation of the so-called pledge theory of a cession in *securitatem debiti* and an attempt to explain the nature of such a cession on dogmatically sound principles of law. There surely can be no harm in recognizing a cession by way of security as being in the nature of a *quasi*-pledge, provided that it is appreciated that the use of terminology of pledge is merely for purposes of description and convenience."

34 Die pandnemer verkry dus 'n saaklike reg om die pandvoorwerp (die vorderingsreg) by wanbetaling te realiseer: sien *National Bank of SA v Cohen's Trustee supra* 245; *Kuranda v Boustred* 1933 WLD 49 53: "That is usually the reason why it is given as security and it means then that the creditor has the right to utilise such right for the purpose of liquidating the claim which he has against the debtor with the obligation of accounting for any balance that may be over." Sien ook die bespreking hieronder.

35 Sien ook *Leyds v Noord-Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy supra* 780F-G.

36 soos wat verkeerdelik in die *Marais*-saak 6701 gemeen word: "Moll het al sy vorderingsregte teen die Trust aan Marais gesedeer . . ."

3 TOEPASLIKE BEGINSELS

Die algemene beginsels van pandreg kan met vrug hier toegepas word,³⁷ behalwe in soverre die aard van die sekerheidsobjek dit onmoontlik maak.³⁸

Die grondbeginsels van publisiteit,³⁹ bepaaldheid en aksessoriteit⁴⁰ moet dus gehandhaaf word. Aangesien 'n mens met 'n saaklike sekerheidsreg te doen het, *moet* publisiteit daaraan gegee word.⁴¹ Volgens die howe⁴² is sessie van onliggaamlike sake (vorderingsregte) die ekwivalent van lewering van liggaamlike sake. Gevolglik word gesê dat waar 'n pandreg op liggaamlike sake deur die oordrag van besit (lewering) gevestig word, 'n pandreg op onliggaamlike sake deur die oordrag van *quasi*-besit verskaf word. Laasgenoemde oordrag geskied deur middel van sessie en hierdie besitsverskuiwing is voldoening aan die publisiteitsvereiste.⁴³ Hierdie houding van die howe is op twee gronde aanvegbaar: die aard van die sekerheidsobjek is verskillend. By 'n saakpand word besit van die saak self oorgedra, terwyl by die verpanding van vorderingsregte slegs die bevoegdheid om te realiseer⁴⁴ oorgedra word en nie die saak (vorderingsreg) self nie. By 'n gewone sessie word die vorderingsreg self deur die sessie oorgedra, met ander woorde die sessie bewerkstellig 'n vermoënsverskuiwing terwyl dit by 'n verpanding slegs een van die bevoegdhede van die vorderingsregheb-

37 Dit is ook in ooreenstemming met die regspraak: sien *De Hart v Virginia Land and Estate Co Ltd* 1957 4 SA 501(0) 505A; *Volhand & Molenaar (Pty) Ltd v Ruskin* 1959 2 SA 751 (W) 754E; *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA Ltd* 1968 3 SA 166 (A) 186; *Muller v Trust Bank of Africa Ltd* 1981 2 SA 117 (N) 124H. Macaulay "Cessions of Reversionary Rights in Book Debts" 1983 *De Rebus* 526 530 voorsien "logical difficulties" by die toepassing van pandregbeginsels, maar soos die Duitse reg reeds vir meer as 100 jaar ervaar het, is dit nie onoorkomelik nie.

38 Bauer *Sachenrecht* (1983) par 62 II; Bülow *Recht der Kreditsicherheiten* (1984) par 122.

39 Wille 48.

40 Wille 5 166.

41 Van der Merwe 12; Sonnekus "Die Publisiteits- en *paritas creditorum*-beginsel by Mobiliêre Sekerheidsregte in die Duitse Reg" 1984 *TSAR* 53; Wille 48.

42 *Smith v Farrelly's Trustee* 1904 TS 949 955; *Volhand & Molenaar (Pty) Ltd v Ruskin supra* 754G-H; *Guman v Latib* 1965 4 SA 715 (A) 722D; *Oertel v Brink* 1972 3 SA 669 (W) 674D. Pahl 139 179 kritiseer hierdie houding van die howe.

43 Harker 1981 *SALJ* 56 61 meen dat nie aan hierdie vereiste voldoen kan word by vorderingsregte nie en dat 'n verpanding daarom nie moontlik is nie. Hy is skynbaar onbewus van bg *dicta* waarin gesê word dat *quasi*-besit van 'n reg oorgedra kan word en van die Duitsers se reëling om aan die publisiteitsvereiste te voldoen. Hy beskou oorhandiging van die dokument as voldoening aan die publisiteitsvereiste by algehele sekerheidssessies. Oorhandiging van die dokument voldoen egter net aan die publisiteitsvereiste waar die vorderingsreg versenselwig word met die dokument waarin dit beliggaam is: sien *Münchener Kommentar BGB* par 1279 II 2; Soergel-Baur *Kommentar BGB* par 1280 2.

44 Daar mag moontlik geargumenteer word dat die *quasi*-besit waarna die howe verwys as die bevoegdheid om te realiseer, gesien kan word: sien veral *Oertel v Brink supra* 674D.

bende ter vestiging van 'n saaklike sekerheidsreg laat oorgaan.⁴⁵ Tweedens is lewering van die saak 'n uiterlik waarneembare feit waardeur aan die publisiteitsvereiste voldoen kan word, terwyl sessie nie sodanige feit is waardeur derdes, en veral die skuldenaar, op hulle hoede gestel word nie.⁴⁶ In die Duitse reg word kennisgewing aan die skuldenaar dus vereis om aan die publisiteitsvereiste te voldoen,⁴⁷ terwyl ons howe die blote sessie as genoegsame publisiteit beskou. Waar lewering van die dokument waarin die reg beliggaam is as geldigheidsvereiste⁴⁸ vir die sessie self betrek word, kan dit moontlik as voldoening aan die publisiteitsvereiste gesien word.⁴⁹

Wat die bepaaldheidsvereiste⁵⁰ betref, moet dit uit die sessie duidelik wees wat die objek van die oordrag is. Meestal word vorderingsregte, gerig op die betaling van 'n geldsom, verpand, maar hulle kan ook op ander prestasies soos die lewering van 'n saak gerig wees.⁵¹

Die aksessore karakter van pandreg het tot gevolg dat die pandreg outomaties verval wanneer die hoofskuld gedelg word.⁵² Waar die pandhouer by 'n saak-

45 Volgens Pahl 139 ev 179 is sessie altyd die oordrag van 'n vorderingsreg in sy geheel. Waar daar dus 'n sessie was, het 'n vermoënsverskuiwing plaasgevind. Dit beteken blykbaar egter nie dat 'n verpanding nie ook moontlik is nie — hierdie pandreg kan net nie deur sessie gevestig word nie. Ongelukkig verduidelik Pahl nie hoe dit gevestig moet word nie: sien Pahl 152 156.

46 Westermann 638 671.

47 *Münchener Kommentar BGB* par 1280 I 1: "Die Anzeige soll — entsprechend der Übergabe bei der Verpfändung beweglicher Sachen — die (bedingte) Aussonderung aus dem Vermögen des Verpfänders/Gläubigers äusserlich erkennbar machen"; Scholz/Lwowski par 507; Bülow par 128; Baur par 62 B I I; B II I 2; Riedel *Abtretung und Verpfändung von Forderungen und anderen Rechten* (1982) par 4 62. Hierdie vereiste was in hoofsaak die oorsaak vir die ontwikkeling van algehele sekerheidsessies in Duitsland, aangesien die sedent nie die feit wil openbaar dat hy sy regte as sekuriteit oordra nie: sien Serick *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung* II (1965) 35.

48 By sekere *Wertpapiere* is dit 'n vereiste en kan die regte daaruit slegs verpand word vanweë die afhanklikheid van die vorderingsreg van die dokument.

49 By *Wertpapiere* is kennisgewing dan ook nie nodig nie, maar is oorhandiging van die dokumente genoegsaam. Die *Cohen*-saak handel oor 'n brandversekeringspolis wat gesedeer is en omdat hr De Villiers oorhandiging van die dokument waarin die reg beliggaam is as geldigheidsvereiste vir sessie stel (sien Scott *Cession* 19 ev) beskou hy in hierdie saak waarskynlik oorhandiging van die dokument as voldoening aan die publisiteitsvereiste. Die *Oertel*-saak handel oor aandele waar lewering van die dokument ook 'n geldigheidsvereiste vir die sessie is.

50 Baur par 62 A II; Weber *Sicherungsgeschäfte* (1986) 208.

51 Bülow par 122; *Münchener Kommentar BGB* par 1279 1965; Westermann par 137 I; Weber 211.

52 Van der Merwe 472; Wille 5 166; *Standard Bank of SA Ltd v Neethling* 1958 2 SA 25 (K) 30A-D. In die meeste Suid-Afrikaanse beslissings oor verpanding van vorderingsregte word nie uitdruklik hieraan aandag gegee nie, maar uit die strekking blyk dit dat die beginsel toegepas word. In die *Marais*-saak 671A is die aksessore karakter van pandreg egter ook uit die oog verloor.

pand nog in fisiese beheer van die saak is, moet hy dit aan die eienaar teruglewer. By die verpanding van regte, waar die bevoegdheid om die vorderingsreg te realiseer oorgedra is, is dit nie nodig om hierdie bevoegdheid terug oor te dra nie aangesien dit outomaties verval.⁵³

4 VESTIGING

Vir die vestiging van 'n pandreg op vorderingsregte word 'n sekerheidsooreenkoms, 'n sessie en kennisgewing vereis. Die sekerheidsooreenkoms is 'n verbin-tenisskeppende ooreenkoms waarin die pandgewer onder andere onderneem om te seeder. Uit hierdie ooreenkoms moet ook duidelik blyk dat die partye 'n verpanding en nie 'n ander vorm van sekerheidstelling soos 'n algehele sekerheidsessie,⁵⁴ 'n invorderingssessie of 'n invorderingsvolmag beoog nie. In die *Bank of Lisbon*-saak⁵⁵ lê die hof ook klem op hierdie vereiste waardeur die vermoede myns insiens versterk word dat die hof 'n algehele sekerheidsessie nie absoluut wou uitskakel nie. Wanneer pandgewing die oogmerk van die sekerheidsooreenkoms is, word dit gewoonlik 'n pandgewingsooreenkoms genoem.

Sessie⁵⁶ is die oordragshandeling waardeur die pandvoorwerp aan die pand-

53 Hierdie beginsel is gehandhaaf in *National Bank of SA Ltd v Cohen's Trustee supra* 246 en in *Bank of Lisbon and SA Ltd v The Master supra* 294E. In *Mara's v Ruskin supra* 671A ev word hierdie beginsel egter nie toegepas nie en 'n terugsessie word vereis. Pahl 192 meen dat 'n terugsessie by 'n verpanding ook noodsaaklik is omdat "besit" van die reg terugoor-gedra moet word. As die analogie met 'n saakpand volkome deurgetrek word, het hy moont-lik reg. Sien ook *Botha's Executor v Du Plooy and Dreyer* (1897) 14 SC 414 420 ev. Volgens *George Loader & Co v Vosloo* 1939 OPD 151 157 en *Oertel v Brink supra* 675 ev moet die *quasi*-besit ook teruggesedeer word. Lg twee sake het oor aandeelhandel en daar is beslis dat, alhoewel die pandreg verval het, die aandeelsertifikate teruggelewer moes word. Hier word die reg weer met die dokument waarin dit beliggaam is, vereenselwig sodat 'n mens, soos by *Wertpapiere*, eintlik met die verpanding van 'n liggaamlike saak te doen het.

54 D w s as algehele sekerheidsessies ook as 'n vorm van sekerheidstelling d m v vorderingsreg-te erken word. Verder kan nie aanvaar word dat die partye 'n algehele sekerheidsessie beoog het bloot vanweë 'n versuim om kennis van die verpanding aan die skuldenaar te gee nie. Sien ook Pahl 136 152 156.

55 *supra* 294D-E. Die hof doen dit met verwysing na die volgende aanhaling uit *National Bank of SA Ltd v Cohen's Trustee supra* 252: "... if it was clear that the parties did not intend it [eiendomsreg] to pass."

56 Sessie geskied deur blote ooreenkoms, alhoewel daar ook bykomstige vereistes is: sien Scott *Cession* 17 ev. Riedel par 4.32 en Bülow par 123 verwys hier na die oordragsooreenkoms as 'n "*dinglicher Vertrag*", waarskynlik omdat dit oor die vestiging van 'n saaklike reg gaan. Ander skrywers noem dit hier ook 'n "*Abtretungsvertrag*": sien Westermann par 137 II 1; *Münchener Kommentar BGB* par 1279 1967.

nemer oorgedra word. Die oordragsooreenkoms kan in die pandgewingsooreenkoms opgeneem word, maar die twee ooreenkomste moet duidelik onderskei word.⁵⁷ Die objek van die sessie moet in die oordragsooreenkoms baie duidelik omskryf word. Waar 'n vorderingsreg verpand word, word slegs die bevoegdheid om die reg te realiseer deur die sessie oorgedra en die *dominium* berus nog by die sedent.

Kennisgewing van die sessie aan die skuldenaar is die wyse waarop aan die publisiteitsvereiste⁵⁸ voldoen word. Eers na kennisgewing ontstaan die sessionaris se pandreg. Waar 'n vorderingsreg vereenselwig word met die dokument waarin dit beliggaam is, is lewering van die dokument 'n geldigheidsvereiste vir sessie en word dit ook as nakoming van die publisiteitsvereiste gesien.

5 REGSPOSISIE VAN DIE PARTYE

Die regsposisie van die pandgewer⁵⁹ (sedent, sekerheidsgewer,⁶⁰ pandskuldenaar,⁶¹ skuldeiser⁶²) en die pandnemer⁶³ (sessionaris, pandhouer, pandskuldeiser⁶⁴) sal vervolgens van nader bekyk word. Die skuldenaar⁶⁵ se posisie is dieselfde as enige ander skuldenaar s'n by sessie.

57 Scott *Cession* 5 ev. Dit is dus verkeerd om sessie as 'n kontrak te beskou soos wat in die *Bank of Lisbon*-saak 294E gedoen is: "In cessions in *securitatem debiti*, as in all contracts, the purpose and object which the parties had in mind must not be ignored" (my kursivering).

58 *Münchener Kommentar BGB* par 1279 167; Bülow par 128 137; Baur par 62 II 1 2; Scholz/Lwowski par 455; Riedel par 4 62. Sien verder Soergel-Baur *Kommentar BGB* par 1280 2.

59 Voortaan sal die term "pandgewer" gebruik word om die persoon wat sekerheid stel aan te dui. Hy is ook sedent, maar dit is slegs 'n gevolg van die feit dat hy pandgewer is. Om die pandreg te vestig, seeder hy sy bevoegdheid om te gelde te maak.

60 Die pandgewer is sekerheidsgewer. Hy kan egter nie net vir 'n eie skuld sekerheid gee nie, maar ook vir die skuld van 'n derde.

61 Waar die pandgewer vir sy eie skuld sekerheid verskaf, is hy ook pandskuldenaar, m a w skuldenaar t o v die hoofskuld.

62 Die pandgewer is ook skuldeiser van die vorderingsreg wat verpand word.

63 Voortaan sal die terme "pandnemer of -houer" gebruik word om die persoon aan wie sekerheid gestel word, aan te dui. Hy is ook sessionaris maar dit is hy slegs as gevolg van die feit dat die pandreg deur sessie gevestig word.

64 Die pandnemer is ook skuldeiser t o v die hoofskuld.

65 Die skuldenaar is die skuldenaar t o v die vorderingsreg wat as sekuriteit dien. Die pandhouer kan ook skuldenaar wees van die vorderingsreg wat as sekerheid dien, bv waar 'n kliënt sy vorderingsreg teen die bank aan die bank verpand as sekuriteit vir 'n eis wat die bank teen hom het. Die Duitse reg noem die skuldenaar hier "*der Drittschuldner*."

5.1 Pandgewer

Volgens die pandkonstruksie behou die sedent die *dominium*,⁶⁶ met ander woorde hy bly reghebbende⁶⁷ (skuldeiser) en al wat hy aan die sessionaris oordra, is die bevoegdheid om die vorderingsreg te realiseer.⁶⁸ Aangesien hy reghebbende bly, kan hy oor die vorderingsreg beskik vir sover dit nie die pandreg aantas nie.⁶⁹ Hy kan dus die vorderingsreg self oordra. Wanneer die pandgewer die vorderingsreg self, of tewel die *dominium*⁷⁰ aan 'n derde oordra, word die derde reghebbende. Hierdie oordrag geskied ook deur middel van sessie en die derde verkry

66 *National Bank of SA Ltd v Cohen's Trustee supra* 245 252; *Leyds v Noord-Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy supra* 670A 780B; *Marais v Ruskin supra*; *Bank of Lisbon and SA Ltd v The Master supra* 294B ev. In *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA Ltd supra* 186 word die volgende oor die *dominium* gesê: "[O]ur law recognises a measure of residual *dominium*, however *tenuous and ill-defined*, in the cedent . . ." (my kursivering).

67 Riedel par 4 322: "Die Verpfändung hat nicht wie die Abtretung einen Gläubigerwechsel in Rechtsnachfolge als Wirkung . . ., sondern die Wirkungen sind andersartig, nämlich eine Belastung des Rechts mit dem Inhalt, dass der Pfandgläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus dem Pfandgegenstand zu suchen . . ."; par 4 361: "Es tritt kein Gläubigerwechsel ein, sondern die Substanz des Rechts verbleibt beim Verpfänder . . ."; Scholz/Lwowski par 473: "Es [die pandreg] vermittelt dem Sicherungsnehmer nur die vom Gesetz umgrenzten Befugnisse, nicht die rechtliche Stellung eines Inhabers des verpfändeten Rechts."

68 Riedel par 4 322; Baur par 62 A I: "wird bei dem Pfandrecht an einem Recht die verwertungsbefugnis aus der Substanz des Rechts ausgegliedert"; *Münchener Kommentar BGB* par 1273 1913; Weber 122 118: "Wie bei der Verpfändung einer Sache die Verwertungsbefugnis aus dem Eigentum 'abgespalten' wird und auf den Pfandgläubiger übergeht, wird die Verwertungsbefugnis auch beim Rechtspfand aus der Substanz des verpfändeten Rechts herausgelöst und auf den Pfandgläubiger übertragen." Sien ook *Colyvas v Standard Bank* 1926 AD 56 57.

69 Bülow par 126: "Verfügungen, die das Pfandrecht nicht beeinträchtigen, sind dagegen wirksam. So kan das Recht z.B. auf einem Dritten übertragen werden: Das Pfandrecht bleibt dann trotzdem bestehen"; Weber 118: "Das Pfandrecht lastet auf dem verpfändeten Recht und wird durch Verfügungen über dieses Recht nicht berührt. Tritt der Inhaber das verpfändete Recht an einem Dritten ab, so erwirbt dieser es *belastet*, er muss die Verwertung durch den Pfandgläubiger also hinnehmen." Sien ook *Frankfurt v Rand Tea Rooms Ltd and Sheffield* 1924 WLD 256.

70 Sien die minderheidsuitspraak in *Bank of Lisbon and SA Ltd v The Master* 1984-12-19 (T) (ongerapporteer) 37. Macaulay 1983 *De Rebus* 526 530 stel die volgende vraag in hierdie verband: "How can the residual *dominium* be delivered when the first cessionary alone can enforce the cause of action on which the right of action depends?" Die wyse van oordrag, nl sessie, maak dit moontlik om die *dominium* oor te dra; die sessionaris het in elk geval net die bevoegdheid om by wanbetaling die pandobjek te realiseer. As lewering van die dokument 'n geldigheidsvereiste vir die eerste sessie is, mag dit egter hier in die weg van 'n latere sessie van die *dominium* staan. Dit sal wel die geval wees by regte wat met die dokument vereenselwig word, bv *Wertpapiere*: sien Malan *Collective Securities Depositories and the Transfer of Securities* (1984) 7. Oor die problematiek van sessie van eiendomsreg sien *Scott Cession* 13 ev.

dieselfde regte as wat die sedent gehad het. Die derde moet aan die skuldenaar kennis van die sessie gee sodat die skuldenaar, nadat die pandreg verval het, nie meer bevrydend aan die sedent kan betaal nie. Omdat die derde dieselfde regte verkry as wat die sedent gehad het,⁷¹ het hy nie die bevoegdheid om die reg te realiseer nie — dit kan hy alleen doen nadat die pandreg verval het. Vanweë die feit dat die derde met die *dominium* bekleed is, word hy na delging van die skuld outomaties volreghebbende aangesien pandreg 'n aksessore karakter het.

Die behoud van die *dominium* stel die pandgewer ook in staat om verdere pandgewingsooreenkomste ten opsigte van die vorderingsreg aan te gaan. Net soos by liggaamlike sake kan meerdere pandregte nie gelyktydig oor dieselfde vorderingsreg gevestig word nie. Ten einde die daadwerklike vestiging van die latere pandregte waarop ooreengekom is uit die hande van die pandgewer te neem, kan die oordragsooreenkomste egter *in anticipando* aangegaan word.⁷² Om die rangorde van meerdere pandhouders te bepaal, word na die datums van die oordragsooreenkomste gekyk en of aan al die ander vereistes⁷³ vir sessie voldoen is.

Die behoud van die *dominium* bring voorts mee dat die vorderingsreg vir doeleindes van beslaglegging of insolvensie deel van die pandgewer se boedel uitmaak.⁷⁴ Voorts kan die pandgewer van aandele nog steeds sy stemreg uitoefen.⁷⁵ Die pandgewer kan egter nie sonder die toestemming van die pandhouer die vorderingsreg deur ooreenkomste met die skuldenaar verander of wysig nie.⁷⁶

By die verpanding van vorderingsregte word die bevoegdhede van die reghebbende (eienaar) dus opgebreek, net soos by vruggebruik of die verpanding van

71 Weber 118.

72 Riedel par 4 323. As 'n oordragsooreenkomste die enigste vereiste vir sessie is, kan dit vooraf aangegaan word en die sedent kan dit nie eensydig herroep nie aangesien dit 'n voltooide regshandeling is: sien Bülow 212; Nörr/Scheyhing *Handbuch des Schuldrechts 2 Sukzessionen* (1983) 139. In ons reg word ook nou erken dat 'n sessie *in anticipando* aangegaan kan word en dat die partye, behalwe in die geval van insolvensie, daaraan gebonde is: sien *Muller v Trust Bank of Africa supra*; *Bank of Lisbon and SA Ltd v The Master supra* 294G.

73 Lewering van die dokument en die bepaaldheidsvereiste mag hier probleme verskaf: sien Scott "Sessie en Factoring in die Suid-Afrikaanse Reg" 1987 *De Jure* 15.

74 soos wat na die *Cohen*-saak algemeen aanvaar word. Macaulay 1983 *De Rebus* 526 529 wys tereg daarop dat by 'n algehele sekerheidsessie die vorderingsreg in sy geheel op die sessionaris oorgaan en dat nie meer geargumenteer kan word dat die eis "property of his [die sedent se] estate" ingevolge a 83 van die Insolvensiewet is nie. Die belang van die onderskeid tussen verpanding en algehele sekerheidsessies word dus duidelik: sien ook Scott *Cession* 136.

75 Scholz/Lwowski par 473.

76 Bülow par 126; Scholz/Lwowski par 514.

liggaamlike sake,⁷⁷ en sommige daarvan word oorgedra terwyl die reg in wese by die pandgewer bly.⁷⁸ Dit behoort dus duidelik te wees dat die volgende algemeen aangehaalde gedeelte uit *Barclays Bank (DC & O) v Riverside Dried Fruit Co (Pty) Ltd*⁷⁹ verkeerd is:

“The term ‘*dominium*’ for this almost nothing is too sanctified by authority for me to quarrel with it, but I think it may be misleading unless it is carefully kept in mind that it is, as Watermeyer, J., said, ‘a sort of reversionary interest’ and, as Stratford, J., said, an interest which gives the owner of the *dominium* no right to exercise the rights of a *dominus*.”

Hierdie argument⁸⁰ gaan egter nie op nie aangesien die konsekwente toepassing daarvan sou meebring dat die eienaar tydens die bestaan van ’n vruggebruik en die pandgewer van ’n liggaamlike saak ook geen regte het nie, want hulle kan nie al die bevoegdhede van ’n eienaar uitoefen nie.⁸¹

Dié verwatering van *dominium* tot ’n *reversionary interest* het later ook tot groot onsekerheid en verwarring aanleiding gegee. Wanneer die woorde “reversionary interest (right)”⁸² dus gebruik word, moet vasgestel word wát presies

77 Riedel 128 132; *Münchener Kommentar BGB* par 1276 I 1; Weber 118; Heck *Grundriss des Sachenrechts* (1930 1960 heruitg) par 120.

78 Harker 1981 *SALJ* 56 62 sê die volgende t o v eiendomsreg van liggaamlike sake: “For ownership is really an idea, an imaginary conception which consists of a conglomeration of all the various interests or rights which may exist between a person and a thing. It is, therefore, possible to split up the various rights which together make up the concept of ownership, and to vest some of these rights in the creditor while the rest remain vested in the debtor.” T o v onliggaamlike sake verklaar hy egter dat “this solution is conceptually impossible.” Alhoewel hy sê daar is net een reg, nl die persoonlike reg om die skuldenaar te dwing om te presteer, verwys hy self later na die “power to enforce the right” (my kursivering). Vir hom het ’n vorderingsreg dus net verbintenisregtelike betekenis en geen sakereg telike waarde as oordraagbare bate in ’n persoon se boedel nie. Pahl 165 kritiseer ook hierdie opsplitsing van die vorderingsreg.

79 1948 CPD 937 946.

80 ’n Soortgelyke argument word in *Moola v Estate Moola* 1957 2 SA 463 (N) 464 gebruik: “Ownership of a right of action would seem to imply the right to sue, and if the right to sue has passed to the cessionary it is difficult to imagine what can remain with the cedent.”

81 Die absurditeit van hierdie argument word ook in die minderheidsuitspraak in *Bank of Lisbon and SA Ltd v The Master* (T) *supra* 36 soos volg geïllustreer: “If I may permit myself a little rhetoric: what, I ask, remains with the pledgor of a gold watch once he has delivered it? The bare ownership, of course, will be the retort. And, may I transfer that bare ownership to another while the pledgee has possession of the watch? Certainly must be the reply, it is merely a question of how that transfer is to be effected.”

82 Dit is interessant om daarop te let dat daar aanvanklik van ’n “interest” gepraat is (*Barclays Bank (DC & O) v Riverside Dried Fruit Co (Pty) Ltd supra* 946) en later van ’n “right” (*Moola v Estate Moola supra* 464C; *Italrafo SpA v Electricity Supply Commission* 1978 2 SA 750 (W); *Big Sixteen (Pty) Ltd v Trust Bank of Africa Ltd* 1978 3 SA 1032 (C) 1035G; *Marais v Ruskin supra* 669A ev; *Bank of Lisbon and SA Ltd v The Master supra* 294G ev).

daarmee bedoel word en of dit in 'n gegewe geval die bedoelde betekenis kán hê. Aanvanklik is *reversionary interest* as sinoniem vir *dominium* gebruik.⁸³ Later is dit aangewend om 'n reg op terugsessie aan te dui.⁸⁴

By 'n verpanding, waar die pandgewer die *dominium*⁸⁵ behou, kan *reversionary interest* slegs dui op die outomatiese terugval van die bevoegdheid om te realiseer na delging van die hoofskuld⁸⁶ of die pandgewer se reg op die oorskot⁸⁷ nadat die vorderingsreg deur die pandnemer ter delging van die hoofskuld ge-realiseer is. Dit is die noodwendige inhoud van die behoud van die *dominium*.

By 'n algehele sekerheidsessie waar die vorderingsreg in sy geheel oorgedra word, kan *reversionary right* dui op die reg op terugsessie van die vorderingsreg nadat die skuld betaal is⁸⁸ of op die reg op oorbetalings van die oorskot nadat die vorderingsreg afgedwing is en die skuld bevredig is. Albei hierdie regte ontstaan uit die *pactum fiduciae*.

In die lig van bogenoemde betekenis wat *reversionary interest* kan hê, moet vasgestel word of dit sêdebaar is.

(a) Waar *reversionary interest* as sinoniem vir *dominium*⁸⁹ gebruik word, is dit 'n bestaande reg wat gesêdeer kan word, soos reeds hierbo uiteengesit.⁹⁰

(b) Waar *reversionary interest* gebruik word om die reg op terugsessie van die

83 *Barclays Bank (DC & O) v Riverside Dried Fruit Co (Pty) Ltd supra* 946. Sien ook Pahl 150.

84 Hier verwys dit na die reg op terugsessie wat by algehele sekerheidsessies uit die *pactum fiduciae* ontstaan; sien ook Harker 1981 SALJ 56 63.

85 Soos hierbo aangetoon, behels die behoud van die *dominium* meer as die *reversionary interest*.

86 In *Moola v Estate Moola supra* 464 word die *reversionary right* soos volg omskryf: "The truth probably is that the cedent by way of security retains only his 'reversionary right', that is to say his right to enforce the ceded right of action after the debt to secure which the cession was given has been discharged."

87 *Union Bank v Gous* 1885 4 SC 33 35; *Heydenryck v Mackie, Young & Co's Trustee and the Standard Bank* 1906 2 Buch AC 279 286; *Kuranda v Boustred supra* 53; *Rixom v Mashonaland Building Loan and Agency Co* 1938 SR 207 213. Hier kan daar sprake wees van die oorskot nadat die vorderingsreg verkoop is en die hoofskuld uit die opbrengs bevredig is of waar die vorderingsreg in sy volle omvang afgedwing is en daar 'n oorskot is. Die grondslag van hierdie reg op die oorskot word nêrens duidelik uiteengesit nie. Die rede is egter die feit dat die pandgewer reghebbende is. Die volgende uitspraak in *Rixom v Mashonaland Building Loan and Agency Co supra* 213 dui moontlik ook op so 'n siening: "Where the proceeds of a policy are received by the cessionary before insolvency he is a trustee of the balance of the money and must account to the cedent . . ."

88 *Scott Cession* 136; Harker 1986 SALJ 200 203.

89 Dit sou die geval wees waar die vorderingsreg self oorgedra word.

90 Sien bespreking hierbo in teks by vn 62 ev.

vorderingsreg self aan te dui, is dit ook 'n bestaande reg⁹¹ wat sedeerbaar is. Dit is 'n vorderingsreg uit die *pactum fiduciae* wat aan 'n opskortende voorwaarde onderworpe is, naamlik dat die sedent sy skuld moet delg.⁹²

(c) Waar *reversionary interest* dui op die reg op oorbetalings van die oorskot nadat die pandvoorwerp te gelde gemaak is, is dit ook 'n bestaande reg wat uit die behoud van die *dominium* voortvloei by 'n verpanding⁹³ en by 'n algehele sekerheidssessie uit die *pactum fiduciae*. Albei regte is egter onderworpe aan die voorwaarde dat daar wel 'n oorskot is. As voorwaardelike regte is hulle egter ook sedeerbaar.⁹⁴

Om die inhoud van die *reversionary interest* in 'n gegewe geval te bepaal, is dit dus noodsaaklik om vas te stel of dit in die konteks van verpanding of van 'n algehele sekerheidssessie gebruik word, aangesien die inhoud daarvan wissel afhangende van die tipe sekerheidstelling⁹⁵ waarmee 'n mens te doen het.

5.2 Pandhouer⁹⁶

Die gewone beginsels van pandreg geld⁹⁷ en hier sal slegs daardie aspekte bespreek word wat by 'n verpanding van vorderingsregte 'n eiesoortige behandeling verdien.⁹⁸ By hierdie bespreking moet 'n onderskeid gemaak word tussen die posisie voor pandrypheid⁹⁹ en daarna.

-
- 91 In sommige uitsprake word hierdie tipe voorwaardelike vorderingsregte as toekomstige vorderingsregte gesien (*Muller v Trust Bank of Africa Ltd supra*). As gevolg hiervan word die *reversionary interest* dan as onoordraagbaar beskou — sien die meerderheidsuitspraak in *Bank of Lisbon and SA Ltd v The Master (T) supra* 30. Ook Macaulay 1983 *De Rebus* 526 530 sien hierdie reg as 'n spes of 'n *contingent right*. Dit is egter nie 'n spes nie en slegs *contingent* in die sin dat dit voorwaardelik is. Waar die sedent sy reg op terugsessie seeder het en daarna insolvent geraak het, vervel daardie sessionaris se reg omdat die voorwaarde vervul is — die sessionaris kan nie meer regte hê as wat die sedent gehad het nie.
- 92 *Big Sixteen (Pty) Ltd v Trust Bank of Africa Ltd supra* 1035H. Vir die posisie t o v voorwaardelike regte in die algemeen sien Scott *Cession* 30. Sien ook Harker 1986 *SALJ* 200 203.
- 93 In *Taylor and Ries Ltd v Clift* 1935 *GWL* 1 11 word gesê dat hierdie reg op die oorskot van 'n kontrakuele aard is wat sedeerbaar is. In *National Bank of SA Ltd v Cohen's Trustee* supra 251 word verwys na "a necessarily implied obligation . . . to return and account".
- 94 *Taylor and Ries Ltd v Clift supra* 9; *Motala v Latib* 1964 1 *SA* 851 (T) 854G.
- 95 Daarom kan gesag wat oor altwee vorms van sekerheidstelling handel nie aangehaal word om die inhoud van die *reversionary interest* in 'n bepaalde geval vas te stel nie, soos wat verkeerdlik in die meerderheids- en minderheidsuitspraak in *Bank of Lisbon and SA Ltd v The Master (T) supra* gedoen is.
- 96 Van der Merwe 469 ev; Wille 128 ev. Vir die verpligtinge van die pandhouer sien Van der Merwe 472; Scott 142; Wille 140.
- 97 Van der Merwe *Sakereg* 469; Wille 128 ev.
- 98 Vir 'n volledige uiteensetting van die posisie in die Duitse reg sien *Münchener Kommentar BGB* par 1277-1288; Scholz/Lwowski 524 ev; Riedel 142 ev; Baur par 62 B II.
- 99 Pandrypheid is my vertaling van die Duitse term "*Pfandreife*." Die term word gebruik om aan te dui dat die skuld wat deur die pandreg verseker word, opeisbaar is en dat die skuldenaar nie kan betaal nie.

5.2.1 Voor Pandrypheid

Die pandhouer kan sy sekuriteit eers na pandrypheid realiseer.¹⁰⁰ Sy saaklike sekerheidsreg bestaan daarin dat hy die pandvoorwerp as sekerheid vir betaling van die skuld mag hou en dit onder sekere omstandighede ter delging van die skuld mag aanwend. Voor daardie tyd kan hy nie betaling van die skuldenaar ontvang of op enige ander wyse oor die vorderingsreg beskik nie.¹⁰¹ As die skuldenaar wat van die verpanding weet egter die skuld wil betaal, ontstaan 'n probleem aangesien hy nóg aan die pandgewer nóg aan die pandnemer bevrydend kan betaal. Hy kan nie aan die pandgewer betaal nie omdat laasgenoemde sy bevoegdheid om die vorderingsreg te realiseer aan die pandnemer oorgedra het.¹⁰² Aan die pandnemer kan hy ook nie betaal nie omdat hy daardie bevoegdheid eers mag uitoefen nadat die pandgewer se skuld opeisbaar is en hy nie kan betaal nie.¹⁰³ In die Duitse reg¹⁰⁴ moet hy dan aan albei gesamentlik betaal en die geld moet belê word. Die sedent kan die aard van die belegging bepaal en die sessionaris verkry 'n pandreg op die gevorderde prestasie. Die sedent en sessionaris kan ook net gesamentlik betaling van die skuldenaar se skuld afdwing. Hierdie reëling word deur die wetboek¹⁰⁵ getref en by ons sou so 'n reëling ook wenslik wees, maar tans word nie daarvoor voorsiening gemaak nie. Die pandnemer kan in sy kennisgewing aan die skuldenaar meld dat betaling voor pandrypheid aan hom en die sedent gesamentlik moet geskied. Die pandgewer en die pandnemer kan deur ooreenkoms ook 'n ander reëling tref, byvoorbeeld dat die pandhouer selfs voor pandrypheid geregtig sal wees om prestasie te vorder of te ontvang. Hy tree dan as verteenwoordiger van die pandgewer op en die regsposisie word deur die verteenwoordigingsreg beheers.

5.2.2 Na Pandrypheid

Realisering van die vorderingsreg by wanbetaling is een van die oogmerke van verpanding.¹⁰⁶ Indien die pandskuldenaar nie sy skuld kan betaal nie, kan die

100 *Sien Volhand & Molenaar (Pty) Ltd v Ruskin supra* 735F: "The cessionary may not start collecting immediately. He may only do so if and when his own debtor (the cedent) defaults."

101 Wille 128; *National Bank of SA Ltd v Cohen's Trustee supra* 245 251; *Rixom v Mashonaland Building Loan and Agency Co Ltd supra* 213: "The cessionary's right under such a cession is not absolute. He cannot, for instance, compromise the claim without regard to the cedent's interests."

102 Pahl 180 stel die vraag waarom die sekerheidsgewer wat dan nog skuldeiser is na die verpanding nie meer van die skuldenaar kan vorder nie. Die antwoord is dat sy bevoegdheid om dit te doen aan die sekerheidsnemer oorgedra is.

103 *Freeman Cohen's Consolidated Ltd v General Mining and Finance Corporation* 1906 TS 585 591; *Volhand & Molenaar (Pty) Ltd v Ruskin supra* 753B.

104 Scholz/Lwowski 523 ev; Baur par 62 B II 3; Riedel 142 ev.

105 par 1281; sien ook *Münchener Kommentar BGB* par 1281.

106 Wille 128.

pandskuldeiser vonnis teen hom verkry en die verpande saak in eksekusie deur die adjunk-balju of geregsbode laat verkoop.¹⁰⁷ Die pandhouer mag nie die pandvoorwerp te gelde maak sonder tussenkoms van die hof nie,¹⁰⁸ behalwe as die partye 'n beding tot parate eksekusie in die pandgewingsooreenkoms opgeneem het. In laasgenoemde geval kan die pandvoorwerp op 'n openbare veiling aan die hoogste bieder verkoop¹⁰⁹ word.¹¹⁰ As die verkoop meer oplewer as wat nodig is om die skuld te delg, kan die pandgewer die oorskot met die *actio pignoratitia directa* opeis.¹¹¹

Die vraag ontstaan of die pandnemer ook geregtig is om die skuld te vorder. Volgens die Duitse reg¹¹² kan hy dit doen aangesien daardie bevoegdheid wetlik aan hom verleen word. Hy mag egter net 'n bedrag gelykstaande aan sy skuld vorder.¹¹³ As sy skuld nie ten volle deur die invordering gedek word nie, het hy natuurlik nog steeds 'n vorderingsreg vir die res teen die pandskuldenaar. Die pandhouer kan ook eis dat die vorderingsreg tot die hoogte van die skuld aan hom gesedeer word ter delging van die skuld.¹¹⁴ Waar die vorderingsreg wat verpand is, op lewering van 'n saak gerig is, verkry die pandnemer wat dit vorder die eiendomsreg namens die pandgewer en 'n pandreg op die saak wat daarna, sonder tussenkoms van 'n verdere pandgewingsooreenkoms, as saakpand gerealiseer kan word.¹¹⁵ Waar die vorderingsreg gerig is op betaling van 'n geldsom, geld die ingevorderde bedrag as betaling deur die pandskuldenaar en die pandhouer word eienaar van die geld ten bedrae van sy eis.¹¹⁶

107 *Mercantile Bank of India Ltd v Davis* 1947 2 SA 723 (C) 736-737; *Dorasamy v Messenger of the Court Pinetown* 1956 4 SA 286 (D). Sien ook Wille 231 en 248 t o v die oorskot.

108 De Groot *Inleidinge* 2 48 41; Groenewegen *De Legibus ad C* 828; Van Leeuwen *Censura Forensis* I 4 10 9; *Cape of Good Hope Bank v Mellé* (1893) 10 SC 280 289; *Mercantile Bank of India Ltd v Davis supra* 737; Wille 128.

109 Na die verkoping moet die bevoegdheid om te realiseer nog aan die koper gesedeer word. Eers na sodanige verkoop en sessie verval die pandgewer se eiendomsreg: sien Wille 128 190 191.

110 Voet *Commentarius* 20 I 21; *Osry v Hirsch, Loubser & Co Ltd* 1922 CPD 531.

111 Van der Merwe 471.

112 Scholz/Lwowski 527 ev; Baur par 62 B II 4; Riedel 147; *Münchener Kommentar BGB* par 1282.

113 Riedel 143; Scholz/Lwowski 528; *Münchener Kommentar BGB* par 1282 II 2. Hierdie beperking word in die wetboek uitdruklik neergelê en is gerig op die beskrming van die pandgewer. As die skuldenaar meer aan die pandhouer betaal het, is hy t o v daardie gedeelte van die vorderingsreg wat die hoofskuld oorskry, nie bevry nie, maar kan hy 'n verrykingsaksie teen die pandhouer instel: Riedel 147.

114 *Münchener Kommentar BGB* par 1282; Riedel 143. In die Suid-Afrikaanse reg sal die toestemming van die skuldenaar vir sodanige sessie verkry moet word aangesien dit op 'n verdeling van die vorderingsreg neerkom.

115 *Münchener Kommentar BGB* par 1282 I 1. Pahl 186 kritiseer hierdie heersende mening.

116 *Münchener Kommentar BGB* par 1288 III 4; Baur par 62 B II 4.

In die Suid-Afrikaanse reg mag die pandhouer ook die skuld invorder en wel die hele vordering — nie slegs ten bedrae van die pandskuldenaar se skuld nie.¹¹⁷ Dit wil ook voorkom asof dit in ons reg sonder tussenkoms van die hof geskied. Die pandhouer moet die oorskot egter aan die pandgewer oorbetal. Hierdie reëling skyn billiker teenoor die skuldenaar te werk aangesien hy slegs aan een persoon hoef te betaal. Aan die ander kant beskerm die Duitse reëling die pandgewer en sy skuldeisers deurdat die oorskot op geen stadium in die boedel van die pandnemer val nie en hy dus nie daarvoor kan beskik nie.¹¹⁸

Die grondslag van hierdie reël in die Suid-Afrikaanse reg is onduidelik. Aangesien die pandhouer nie as reghebbende kan optree voordat die vorderingsreg self aan hom oorgedra is nie en die bevoegdheid om te realiseer hom normaalweg slegs in staat stel om die pandvoorwerp by wanbetaling te verkoop, kan geargumenteer word dat hy as 'n verteenwoordiger *in rem suam* optree. Dié verteenwoordigingsbevoegdheid kan, in die afwesigheid van 'n uitdruklike ooreenkoms te dien effekte, afgelei word uit die feit dat die bevoegdheid om die vorderingsreg te realiseer aan hom oorgedra is; hier moet onthou word dat by vorderingsregte invordering een van die geskikste realiseringsmoontlikhede is. By insolvensie word verteenwoordigingsbevoegdheid egter beëindig, maar dan verkry die skuldeiser weer ingevolge die Insolvensiewet¹¹⁹ die bevoegdheid om die vorderingsreg met toestemming van die trustee of die Meester te realiseer, wat invordering sal insluit. Waar hierdie bevoegdheid in die Duitse reg *ex lege* ontstaan, kan miskien geargumenteer word dat dit by ons *ipso iure* ontstaan.

'n Beding in die pandgewingsooreenkoms dat die pandnemer die oorskot mag behou, is ongeldig as synde 'n *pactum commissorium*.¹²⁰

Die pandhouer kan ook op ander wyses sy sekuriteit realiseer, byvoorbeeld deur skuldvergelyking te laat plaasvind.¹²¹

6 TENIETGAAN VAN PANDREG

Die belangrikste wyse waarop pandreg tenietgaan, is deur uitwissing van die hoofskuld. Vanweë die aksessore aard van pandreg verval die saaklike sekerheidsreg outomaties.¹²²

117 *Union Bank v Gous supra* 35; *Heydenryck v Mackie, Young & Co's Trustee and the Standard Bank supra* 286; *Kuranda v Boustred supra* 53; *Rixom v Mashonaland Building Loan and Agency Co supra* 213; *Marais v Ruskin supra* 6701.

118 In die *Leyds*-saak 780F-G word ook aangedui dat die belange van die boedel en die skuldeisers van die boedel op die oorskot sover moontlik beskerm moet word.

119 A 83(8)(c) Wet 24 van 1936.

120 *Sun Life Assurance Co of Canada v Kuranda* 1924 AD 20.

121 *Münchener Kommentar BGB* par 1282 II 6.

122 Van der Merwe 472; Wille 165 ev.

7 ONLANGSE REGSPRAAK

Daar sal vervolgens vasgestel word in watter mate bogenoemde uiteensetting van die verpanding van vorderingsregte met die onlangse appèlhofuitsprake ooreenstem al dan nie.

In die *Leyds*-saak is slegs bevestig dat die *dominium*¹²³ steeds by die sedent berus en dat die vorderingsreg as bate in sy insolvente boedel geadministreer kan word.

In die *Marais*-saak is die *reversionary right* bestempel as die reg op terugsessie van die vorderingsreg self.¹²⁴ Dit is dus duidelik dat die hof, ten spyte van die verklaarde aanvaarding van die pandkonstruksie, tog die beginsels van 'n algehele sekerheidsessie toepas want by 'n verpanding behou die sedent die vorderingsreg; al wat oorgedra word, is die bevoegdheid om te realiseer en hierdie bevoegdheid verval outomaties na delging van die hoofskuld.¹²⁵ By 'n algehele sekerheidsessie word die vorderingsreg self oorgedra en die sedent verkry 'n reg op terugsessie daarvan uit hoofde van die *pactum fiduciae*.¹²⁶

Volgens die korrekte siening van pandgewing van vorderingsregte was Moll, (die sedent in die *Marais*-saak) nog steeds reghebbende en het hy met ander woorde nog steeds 'n vorderingsreg teen die trust (skuldenaar) gehad. Omdat die hof in die *Marais*-saak verkeerdelik meen dat Moll geen regte meer teen die trust gehad het nie, word egter bevind dat Moll met die sessie van 13 Oktober¹²⁷ slegs sy *reversionary right* teen Marais (sessionaris) aan mevrou Moll kon gesedeer het. Soos die hof tereg bevind,¹²⁸ het Moll dit egter nie gedoen nie.

In werklikheid was die betrokke partye se siening van wat gesedeer kon word korrek en hulle bedoeling is dienooreenkomstig in die bewoording van die sessie

123 In *Holzman v Knights Engineering and Precision Works (Pty) Ltd* 1979 2 SA 784 (W) 791 in fin – 792 word verkeerdelik gemeen dat *dominium* betrekking het op die persoonlike reg tot terugsessie.

124 *Marais v Ruskin* supra 671A-C. Harker 1986 SALJ 200 203 is van mening dat die *reversionary interest* by sy quasi-pandreg “constitutes the ‘dominium’ which remains vested in the cedent according to ‘the pledge theory’ . . .” Sien ook Boraine 1986 *De Jure* 171.

125 Harker 1986 SALJ 200 208 verstaan onder verpanding dat die reg om te Vorder gelyktydig in twee persone setel en verwerp so 'n moontlikheid as “conceptually impossible.” So iets is natuurlik nie moontlik nie, maar dit is ook nie die effek van verpanding nie: sien bespreking hierbo.

126 'n Algehele sekerheidsessie is 'n fidusiêre en nie 'n aksessore regshandeling nie en daarom moet die vorderingsreg weer terug oorgedra word.

127 Uit die verslag is dit nie duidelik of die sessie op 3 of 13 Oktober plaasgevind het nie: sien 668D 670B en 670G.

128 Dit blyk duidelik uit die bewoording van die sessie: “[T]he husband hereby cedes to the wife all claims which he presently has against the Christiaan Lodewyk Moll Trust” (668D).

vervat. Hulle het gemeen dat mevrou Moll, Moll se vorderingregte teen die trust sou verkry, met ander woorde dat mevrou Moll reghebbende¹²⁹ in die plek van Moll sou word.

As gevolg van bogenoemde verkeerde interpretasie van 'n verpanding van vorderingsregte kom die hof dus tot die volgende gevolgtrekking:¹³⁰

“[H]ierdie sessie¹³¹ kon dus nie respondent se reg op terugsessie deur Marais van die regte wat Moll aan hom gesedeer het, aangetas het nie. Dit volg dus dat respondent, wat so 'n terugsessie¹³² van Marais ontvang het, geregtig is om Moll se vorderingsregte teen die trust af te dwing en om betaling van die betrokke bedrag te ontvang.”

Myns insiens moes die hof presies die teenoorgestelde bevinding gemaak het: Moll het sy regte teen die trust aan Marais gesedeer as sekuriteit. Die implikasie van die hof se bevestiging van die *Leyds*-saak is dat die hof hierdie sessie as 'n verpanding beskou het en nie as 'n algehele sessie¹³³ nie. Moll het dus slegs die bevoegdheid om te realiseer aan Marais oorgedra.¹³⁴ Omdat Moll die *dominium* behou het, kon en het hy dit aan mevrou Moll gesedeer.¹³⁵ Hierdie sessie het Moll, en na sy insolvensie sy kurator (respondent), alle aanspraak op die vorderingsreg teen die trust ontnem omdat dit die *dominium* uit sy boedel geneem het.¹³⁶ Na delging van die skuld het mevrou Moll vanweë die aksessore aard van

129 Hulle het waarskynlik net nie besef dat die *nemo plus juris*-reël hier toepassing vind en dat Moll nie meer regte kon oordra as wat hyself gehad het nie: Mev Moll se vorderingsreg is dus ook deur die pandreg beperk, m a w sy het nie die bevoegdheid gehad om die vorderingsreg af te dwing totdat die skuld gedelg was nie.

130 671F-G. Boraine 1986 *De Jure* 171 175 stem saam met die uiteindelijke bevinding, maar hy motiveer nie sy siening nie.

131 Die sessie aan mev Moll.

132 Vanweë die aksessore karakter van verpanding het die pandnemer se bevoegdheid outomaties verval en het sy sessie aan die trustee in elk geval geen objek gehad nie, soos appellante ook tereg betoog het: 671D.

133 Die hof se bevinding t o v die terugsessie sou korrek gewees het as hy met 'n algehele sekerheidsessiekonstruksie gewerk het.

134 Hierdie bevoegdheid word egter soos volg deur die hof beskryf: “Hierdie sessie het aan Marais die reg verleen om, indien Moll nie sy skuld aan hom betaal nie, die trust aan te spreek vir die volle bedrag wat die trust aan Moll verskuldig was” (670I).

135 Hierdie sessie is die “iets” waarna in die volgende aanhaling verwys word: “tensy 'n mens kan sê dat daar iets plaasgevind het wat Moll (of respondent) die reg ontnem het om by betaling van Moll se skuld aan Marais te eis dat Marais die *vorderingsregte* wat Moll ter versekering van die skuld aan hom gesedeer het, moet terugseeder” (my kursivering). Die *vorderingsregte* is nie gesedeer nie, maar verpand; deur die sessie is die *bevoegdheid* om te realiseer oorgedra.

136 'n Volkome parallel kan met 'n saakpand getrek word: Waar A (eienaar) sy saak aan B verpand, moet hy B in besit van die saak stel. Tydens bestaan van die pandreg kan A egter deur middel van *attornment* sy eiendomsreg in die verpande saak aan C oordra. Nadat die skuld gedelg is, moet B die saak aan C oordra omdat C eienaar is. As A insolvent raak terwyl B nog in besit van die saak is en A se kurator betaal die skuld, moet B nog steeds die saak aan C, die eienaar, oordra want sy pandreg het verval by delging van die hoofskuld. Voordat A se skuld ten volle gedelg is, het C egter geen aanspraak op die saak nie.

verpanding outomaties volreghebbende geword en kon sy die trust vir betaling van die volle skuld aanspreek. Marais (in sy hoedanigheid van trustee van die skuldenaar) wat kennis van Moll se sessie aan mevrou Moll gehad het, kon ook net bevrydend aan haar betaal. Benadé en Marais was dus geregtig en verplig om betaling aan die trustee te weier.

In die *Bank of Lisbon*-saak word die pandkonstruksie ook nie suiwer toegepas nie. Dit is veral onduidelik wat die hof met *reversionary right*¹³⁷ bedoel. Daar word aanvaar dat die sedent die *dominium* behou en die objek van die sessie word beskryf as “all its reversionary rights in the first cession.”¹³⁸

Die omskrywing van die objek van die sessie is egter veel wyer aangesien die tweede sessie ’n verpanding van die sedent se boekskulde aan die bank is met ’n kwalifikasie daarby dat as dit blyk dat die boekskulde reeds verpand of geseeder is, dan seeder die sedent:

“all my/our reversionary rights and all my/our remaining right(s), title and interest in and to such particular security(ies) and the subject matter thereof, as well as all my/our rights of action and recourse against the prior pledgee(s) and/or cessionary(ies) thereof.”¹³⁹

Hieruit is dit duidelik dat die partye beoog het om ’n verdere pandreg oor dieselfde boekskulde te vestig. Dit is ook duidelik dat die partye nie presies seker was hoe om dit te bewerkstellig nie en dus die objek van die sessie so wyd moontlik met verwysing na die bestaande sessie omskryf het. Die hof het bevind dat die bank wel ’n versekerde skuldeiser was omdat hy ’n pandreg op die *reversionary right* gehad het.¹⁴⁰

Die hof is dus duidelik van mening dat die pandgewer nie sy *dominium* self verder oorgedra het nie, maar slegs “all its reversionary rights in the first cession” verpand het. Om vas te stel presies wat daarmee bedoel word, moet die hof se siening van ’n sessie *in securitatem debiti* van nader ontleed word. Die wese van sodanige sessie word soos volg omskryf:

“[T]he cedent cedes to the cessionary the exclusive right to claim and receive from the existing and future ‘book debtors’ the amounts owing by them. The amounts so collected by the cessionary are credited to the account of the cedent. Any amount collected in excess of the cedent’s debt belongs to the latter.”¹⁴¹

137 Alhoewel die hof die pandkonstruksie aanvaar, dui sy verwysing na *Big Sixteen v Trust Bank of Africa supra* 1035H daarop dat hy *reversionary right* hier sien as die reg op terugsessie by ’n algehele sekerheidsessie aangesien r Watermeyer in lg saak die *reversionary right* omskryf met verwysing na *Lief v Dettmann supra*. Lg uitspraak word uitdruklik in die *Bank of Lisbon*-saak gekritiseer.

138 294G-H.

139 284C-D.

140 294I.

141 294C.

Geen verwysing word na pandrypheid gemaak nie en dit lyk asof die hof van mening is dat die vorderingsreg self oorgedra word (*the exclusive right to claim*), maar dat dit slegs 'n invorderingssessie¹⁴² is aangesien die sedent met die ingevorderde bedrag gekrediteer word en die oorskot hom ook toekom.¹⁴³ As dit inderdaad die hof se siening was, het 'n mens natuurlik nie met 'n verpanding te doen nie, maar met 'n algehele regsoordrag.¹⁴⁴ By 'n verpanding behou die pandgever die vorderingsreg self, terwyl slegs die bevoegdheid om te realiseer oorgedra word. Die hof stel dit ook uitdruklik dat die *dominium* in die sedent setel en dat geen terugsessie nodig¹⁴⁵ is nie, met ander woorde hy pas die aksessoriteitsbeginsel van pandreg suiwer toe.

Die hof se standpunt dat die bank wel 'n versekerde skuldeiser was, kan net verklaar word as die bank 'n pandreg op die boekskulde self verkry het deur middel van die sessie *in anticipando* wat op die oomblik toe die bank se eis bevredig is, gematerialiseer het.¹⁴⁶ In daardie stadium was die sedent in elk geval ook nog nie insolvent nie en kon die latere pandreg gevestig word.¹⁴⁷

Dit is dus glad nie duidelik wat die hof met die verpanding van die *reversionary right* bedoel nie, maar as die pandkonstruksie korrek toegepas word, kon die bank slegs 'n versekerde skuldeiser gewees het as 'n pandreg op die oorspronklike vorderingsregte op bogenoemde¹⁴⁸ wyse gevestig was. *Reversionary right* kan hier nie verwys na die reg op terugsessie wat by 'n algehele sekerheidsessie voorkom nie, want volgens die hof se eie siening bestaan daar nie so 'n reg nie.¹⁴⁹

Met die hof se gevolgtrekking kan saamgestem word, maar of die gevolgtrekking op die korrekte premisse berus, is nie duidelik nie.

8 GEVOLGTREKKING

Die presiese aard van 'n sessie *in securitatem debiti* in die Suid-Afrikaanse reg is na die pas besproekte appèlhofuitsprake nog onsekerder as tevore. Die appèl-

142 Nörr/Scheyhing par 10 II 1. Die ooreenkoms tussen die partye dat die sedent se rekening gekrediteer word, het egter slegs verbintenisregtelike werking.

143 Hierdie bewoording sou ook kon dui op 'n bedoeling om die "sessionaris" slegs as verteenwoordiger te laat optree, in welke geval die verteenwoordigingsbevoegdheid by insolvensie verval. Hierdie uitleg is weer nie te versoen met die eerste gedeelte van die aanhaling wat dui op 'n algehele regsoordrag nie.

144 of met verteenwoordiging: sien vn 134 hierbo.

145 294E.

146 Sien die bespreking hierbo in die teks by vn 68.

147 Sien vn 68 hierbo.

148 Sien die bespreking in die teks by vn 68 hierbo.

149 *Bank of Lisbon and SA Ltd v The Master supra* 294E. Dit is die gevolg van die toepassing van die aksessoriteitsbeginsel waarvolgens die sedent na delging van die skuld weer outomaties volgregebende word.

hof aanvaar uitdruklik die verpandingskonstruksie sonder om die noodwendige konsekwensies daarvan deur te trek. Hierdie versuim is verstaanbaar aangesien die eiesoortige aard van die sekerheidsobjek, naamlik 'n vorderingsreg, sodanig is dat pandregbeginsels nie ongekwalfiseerd toegepas kan word nie.¹⁵⁰ Daar kan slegs 'n analoë toepassing wees en met sodanige toepassing word probleme ondervind. Om hierdie probleme uit te skakel, het die Duitsers in hulle wetboek die verpanding van regte, insluitende vorderingsregte, uitdruklik aanvaar,¹⁵¹ analoë toepassing van algemene pandregbeginsels voorgeskryf,¹⁵² maar ook spesiale voorskrifte¹⁵³ vir die verpanding van regte gemaak.

Die groot probleem in die positiewe reg is die feit dat daar nie duidelik onderskei word tussen die twee vorme van sessie *in securitatem debiti* wat juridies moontlik is nie, te wete 'n verpanding en 'n algehele sekerheidssessie. Hierdie twee regsfigure het eiesoortige reëls wat nie *mutatis mutandis* op mekaar toegepas kan word nie.¹⁵⁴ By 'n verpanding bly die vorderingsreg by die pandgewer en geen vermoënsverskuiwing vind dus plaas nie, terwyl die vorderingsreg by 'n algehele sekerheidssessie oorgedra word, met ander woorde 'n vermoënsverskuiwing vind wel plaas. Voorts het eersgenoemde 'n aksessore¹⁵⁵ en laasgenoemde 'n fidusiêre karakter.¹⁵⁶

Aangesien daar geen duidelikheid oor hierdie onderskeid is nie, word terminologie in die howe aangewend wat nie behoorlik gedefinieer is nie, of, waar dit wel gedefinieer is, dikwels nie die bedoelde betekenis kan hê nie.¹⁵⁷ Aanvanklik¹⁵⁸ het die howe 'n verpanding van vorderingsregte aanvaar omdat die verpanding van onliggaamlike sake volgens die Romeins-Hollandse reg moontlik was en die oogmerk van die partye hier dieselfde is as by die verpanding van

150 Sien bv *Frankfurt v Rand Tea Rooms Ltd and Sheffield supra* 256: "In examining the nature of the rights of a pledgor of a right *in personam* the analogy with the position of a pledgor of a movable should not be pressed too far."

151 *BGB* par 1273(1).

152 *BGB* par 1273(3).

153 *BGB* par 1274 – 1291.

154 Sien bv *ar Innes se uitspraak in National Bank of SA Ltd v Cohen's Trustee supra* 251 waar hy na die Romeinsregtelike *fiducia* verwys. Ten spyte daarvan dat hy die verpandingskonstruksie aanvaar, dui hierdie en verskeie ander uitlatings daarop dat hy tog maar 'n algehele sekerheidssessie in gedagte het. Dieselfde geld vir die *Marais*-saak waar beslis is dat die sedent na die sessie slegs sy reg op terugsessie van die vorderingsreg verder kan sedeer, en die *Bank of Lisbon*-saak waarin na die *Big Sixteen*-saak verwys word wat *Lief v Dettman supra* volg.

155 Scholz/Lwowski 44 ev.

156 Scholz/Lwowski 44 ev; Riedel 114 ev; Lwowski *Kreditsicherheiten* (1979) 16.

157 Sien die bespreking hierbo oor die betekenis van *reversionary interest*.

158 Voet *Commentarius* 20 3 1; Van der Linden *Merkwaardige Gewysden* 23; *Smith v Farrelly's Trustee supra*; *National Bank of SA Ltd v Cohen's Trustee supra* 246.

liggaamlike sake. Daar is dus gevolg gegee aan 'n praktyksbehoefte binne die kader van bestaande regsbeginnels. Al gou het die analoë toepassing dogmatiese probleme opgelewer waaraan nie indringend aandag gegee is nie, maar waarvan die howe tog nie onbewus was nie.¹⁵⁹ Later¹⁶⁰ het die howe meer aandag aan die dogmatiek begin gee¹⁶¹ en tot die gevolgtrekking gekom dat 'n vorderingsreg nie verpand kan word nie, maar slegs in sy geheel oorgedra kan word. 'n Algehele regsoordrag was egter weer nie in ooreenstemming met die oogmerk van sekerheidstelling nie en het by insolvensie nie die gewenste uitwerking gehad nie. Gevolglik het 'n vermenging van die twee vorms van sekerheidstelling plaasgevind. Die onhoudbare resultaat hiervan is die erkenning van 'n verpanding van vorderingsregte met as inhoud 'n algehele regsoordrag wat by insolvensie¹⁶² weer 'n pandregagtige karakter verkry.¹⁶³

Hierdie juridies onhoudbare situasie en die daarmee gepaardgaande onsekerheid kan net deur wetgewing uit die weg geruim word. Een van of albei hierdie vorms van sekerheidstelling kan erken word of 'n nuwe vorm van sekerheidstelling kan geskep word, maar die presiese aard en gevolge, asook die vereistes van die aanvaarde vorm(e) moet duidelik omskryf word. Alleen deur wetgewing kan die dogmatiese probleme oorbrug word en die praktyksbehoefte bevredig word. By die opstel van hierdie wetgewing kan met vrug van die Duitse wetboek en literatuur gebruik gemaak word.

159 Sien die bespreking hierbo oor die verwatering van *dominium*.

160 *Lief v Dettmann supra*; *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA Ltd supra*.

161 De Wet en Yeats het 'n belangrike invloed op hierdie wending gehad.

162 By insolvensie verskaf die algehele regsoordrag probleme want die vorderingsreg is dan nie meer deel van die insolvente sedent se boedel nie. Dit word tereg as 'n onbillike gevolg teenoor die sedent en sy ander skuldeisers gesien aangesien die vorderingsreg bloot as sekuriteit gesedeer is. Gevolglik word teruggeval op pandregbeginnels waarvolgens die vorderingsreg nog as "property of the estate" en die sessionaris as 'n versekerde skuldeiser beskou kan word.

163 By 'n algehele sekerheidssessie in Duitsland het 'n mens dieselfde posisie, maar daar word in die eerste plek tussen 'n verpanding en 'n algehele sekerheidssessie onderskei en bogenoemde resultaat word bewerkstellig deur die toepassing van hulle insolvensiereg op 'n algehele sekerheidssessie as fidusiële regshandeling.

1.3 Algehele sekerheidsessies*

Susan Scott**

INLEIDING***

'n Sekerheidsessie is die algehele oordrag van 'n vorderingsreg bloot ter versekering van 'n skuld.¹ Alhoewel verskeie gewysdes,² waaronder appèlhofuitsprake,³ en skrywers⁴ aantoon dat hierdie vorm van sessie in die Suid-Afrikaanse reg moontlik is, het die appèlafdeling van die hooggeregshof in drie onlangse beslissings⁵ die pandkonstruksie aanvaar. In geneene van hierdie uitsprake is 'n alge-

* Die grootste gedeelte van hierdie navorsing is gedoen met behulp van finansiële ondersteuning van die volgende instansies: die Alexander von Humboldt-Stiftung; die Navorsings- en Beursekomitee van die Universiteit van Suid-Afrika en die Getrouheidsfonds vir Prokureurs, Notarisse en Transportbesorgers.

** Professor in die Privaatreg Universiteit van Suid-Afrika

*** Hierdie artikel is 'n vervolg van die artikel "Verpanding van vorderingsregte: uiteindelik sekerheid?" 1987 *THRHR* 175.

1 Scott *The law of cession* (1980) 135.

2 *Sutherland v Elliott Brothers* (1842) 2 M 349 350; *Van der Byl v Findlay & Kihn* (1892) 9 SC 178 181; *Van den Heever, Estate v Greyling* (1907) 24 SC 419 422; *Rothschild v Lowndes* 1908 TS 493 501; *Big Sixteen (Pty) Ltd v Trust Bank of Africa Ltd* 1978 3 SA 1032 (K); *Holzman v Knights Engineering & Precision Works (Pty) Ltd* 1979 2 SA 784 (W); *Mercatrust Bpk v Keepers Hosiery SA (Edms) Bpk* 1980 3 SA 411 (W); *SA Timber & Joinery Works (Pty) Ltd v Cohen* (ongerapporteerde 83-10-18 (T)).

3 *Lief v Dettmann* 1964 2 SA 252 (A) 271E-G; *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of South Africa* 1968 3 SA 166 (A) 189B ev.

4 De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* (1978) 365 ev; Pahl *Die aanwending van vorderingsregte ter versekering van skulde* (proefskrif US 1972) 130 ev; Van der Merwe *Sakereg* (1979) 475.

5 *Leyds v Noord Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy* 1985 2 SA 769 (A); *Marais v Ruskin* 1985 4 SA 659 (A) en *The Bank of Lisbon and SA v The Master* 1987 1 SA 276 (A).

hele sekerheidsessie uitdruklik verwerp⁶ of op die bestaansreg daarvan ingegaan nie. In *The Bank of Lisbon and SA v The Master* word slegs aangetoon dat daardie beslissings waarin te kenne gegee word dat 'n algehele sekerheidsessie die *enigste* vorm van sekerheidstelling deur middel van vorderingsregte is bestaande gesag tot die teendeel negeer⁷ of op gesag berus wat later gekwalifiseer is.⁸ Hiervolgens kan moontlik geargumenteer word dat algehele sekerheidsessies tog nog in die Suid-Afrikaanse reg 'n bestaansreg het. Die hof se beklemtoning van die bedoeling van die partye versterk ook hierdie moontlikheid. Dat daar aan albei vorms van sekerheidstelling behoefte bestaan, behoef geen betoog nie. Myns insiens het die twee vorme van sekerheidstelling deur middel van vorderingsregte naas mekaar 'n bestaansreg.⁹

Vervolgens sal die algehele sekerheidsessie as regsfiguur nader ontleed word. As uitgangspunt word die Duitse reg gebruik omdat hierdie regsfiguur in daardie stelsel besonder goed ontwikkel is. Daar sal dan gepoog word om vas te stel in watter mate die Suid-Afrikaanse reg aangepas kan word om behoorlik erkenning aan hierdie regsfiguur te gee.

Die algehele sekerheidsessie het sy bestaan aan die sogenaamde *Kautelarjurisprudenz*¹⁰ te danke waarvolgens die inhoud en effek van regshandelinge deur ooreenkomstige bepaal word. By 'n sekerheidsessie dra die sekerheidsgewer 'n voorde-

6 Alhoewel die hof dit m i tog miskien by implikasie verwerp: sien *Leyds v Noordwestelike Koöperatiewe Landboumaatskappy supra* 780E-G; *Marais v Ruskin supra* 669I ev.

7 *The Bank of Lisbon and SA v The Master supra* 292F ev; sien ook *Scott Cession* 143.

8 *The Bank of Lisbon and SA v The Master supra* 291I ev; sien ook *Scott Cession* 142 vn 96.

9 Sien *Scott Sessie in die Suid-Afrikaanse reg* (proefskrif Unisa 1977) 313; *Cession* 144. Hierdie standpunt word deur feitlik geen ander Suid-Afrikaanse skrywers gehuldig nie, maar is deur r Viljoen in *Alexander v Standard Merchant Bank* 1978 4 730 (W) 740D met goedkeuring aangehaal. In Duitsland waar pandgewing van vorderingsregte uitdruklik deur wetgewing gereël word en algehele sekerheidsessies deur die regspraak erken word, word lg vorm in verreweg die meeste gevalle gebruik: Baur *Lehrbuch des Sachenrechts* (1983) par 56 I 582; Serick *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung I* (1963) 5; II (1965) 34. Alhoewel Sonnckus "Die publisiteits- en *paritas creditorum*-beginsel by mobiliêre sekerheidsregte in die Duitse reg" 1984 *TSAR* 53 klem lê op die probleme wat sodanige erkenning in die Duitse reg meegebring het en wys op die pogings van Duitse juriste om die posisie te wysig, kom dit nog algemeen voor en word as onontbeerlik vir die Duitse kredietwese beskou. Hy beklemtoon hoofsaaklik die probleme wat t a v roerende sake ontstaan en nie soseer t a v vorderingsregte nie, alhoewel hy lg skynbaar verkeerdelik as 'n roerende saak beskou (62): "Kredietsekerheidstelling ten aansien van roerende sake geskied huidig oorwegend aan die hand van 'Sicherungsübereignung', 'Eigentumsvorbehalt', 'verlängerten Eigentumsvorbehalt' en 'Sicherungsabtretung'." Lg is die oordrag van vorderingsregte as vermoënsbestanddele, nie as sake nie.

10 Creifelds *Rechtswörterbuch sv Kautelarjurisprudenz*: "Der Begriff wird heute häufig für die Gestaltung von Rechtsbeziehungen durch Verwendung vorgeformter Vereinbarungen oder — Allgemeine Geschäftsbedingungen gebraucht . . .".

ringsreg in sy volle omvang ter versekering van 'n skuld aan die sekerheidsnemer oor, terwyl die partye ooreenkom dat die oordrag slegs as sekuriteit sal dien. Alhoewel die sekerheidsnemer dus reghebbende word, word hy dit net vir sekerheidsdoeleindes en ontstaan daar 'n vertrouensverhouding tussen die sekerheidsgewer en -nemer.¹¹ Die sessie word dus as 'n fidusiële regshandeling bestempel wat in sekere omstandighede *quasi*-saaklike werking het.¹² As dit dus duidelik uit die sekerheidsooreenkoms of die sessie-ooreenkoms blyk dat dit die partye se bedoeling is om met die sessie 'n algehele regsoordrag¹³ te bewerkstellig, dan moet gevolg aan sodanige bedoeling gegee word.¹⁴

In die Duitse reg kom hierdie tipe sessies algemeen voor en word dit as geldig beskou.¹⁵ Die hoofredes waarom algehele sekerheidsessies bo 'n verpanding van vorderingsregte verkies word, is die feit dat publisiteit¹⁶ nie 'n vereiste daarvoor is nie en dat die beperkinge wat op 'n pandhouer rus¹⁷ nie op die sessionaris van toepassing is nie.

11 Die sekerheidsnemer mag sy reg eers uitoefen wanneer die sekerheidsgewer nie sy skuld kan betaal nie.

12 Serick II 264.

13 Daar moet in gedagte gehou word dat van verskillende regsfigure gebruik gemaak kan word om min of meer dieselfde resultaat nl kredietsekerheid, te bereik. Die partye kan dit d m v verpanding, algehele sekerheidsessie, invorderingsessie, invorderingsmandaat, ens bereik. Telkens moet die bedoeling van die partye vasgestel word en daaraan gevolg gegee word.

14 *The Bank of Lisbon and SA v The Masters* supra 294E: "In cessions in *securitatem debiti*, as in all contracts (*sic*), the purpose and object which the parties had in mind must not be ignored."

15 Serick I 2. Dit word sedert 1880-10-09 nie meer as 'n skynhandeling in Duitsland beskou nie.

16 By verpanding van vorderingsregte in Duitsland word kennisgewing van die sessie aan die skuldenaar as vereiste gestel ten einde aan die publisiteitsvereiste by die vestiging van saaklike regte te voldoen: Serick II 34; Larenz *Schuldrecht* I (1982) par 34 v a 539; Baur par 561 528; par 581 a 606. Dit is interessant om daarop te let dat ons howe geen aandag aan die publisiteitsvereiste by die verpanding van vorderingsregte gee nie. Dit wil dus voorkom asof hulle in lg geval geen publisiteit vereis nie, terwyl hulle by verpanding van liggaamlike sake publisiteit noodsaaklik ag. Daar sou geargumenteer kan word dat waar oordrag van besit by liggaamlike sake die publisiteitsfunksie vervul, oordrag van *quasi*-besit by vorderingsregte dieselfde funksie het. Dit is egter nie korrek nie, want die *quasi*-besit van 'n vorderingsreg is nie uiterlik waarneembaar nie. Harker "Cession in *securitatem debiti*" 1981 *SALJ* 61 argumenteer dat oorhandiging van die dokument voldoening aan die publisiteitsvereiste is. Hierdie argument geld slegs in gevalle waar die reg met die dokument waarin dit beliggaam is, vereenselwig word, soos by 'n waardepapier. Sonnekus 1984 *TSAR* 53 behoort groot beswaar teen hierdie houding van ons howe by die verpanding van vorderingsregte te hê, aangesien hy selfs teen 'n *Sicherungsabtretung* (sekerheidsessie) gekant is vanweë die afwesigheid van publisiteit. Sy beswaar is m i by verpanding van vorderingsregte wel gegrond aangesien publisiteit ongetwyfeld een van die grondbeginsels vir die vestiging van 'n pandreg is (sien Scott en Scott *Wille's law of mortgage and pledge in SA* (1987) 48 58 107).

17 Serick II 35; Larenz *Schuldrecht* I par 34 v a 539; sien ook Scott "Die verpanding van vorderingsregte: uiteindelik sekerheid?" 1987 *THRHR* 187.

As daar 'n behoefte¹⁸ aan sodanige sessies in die praktyk bestaan, dan moet die regs wetenskap en regspraak aan hierdie praktiese behoefte juridiese gestalte gee en dit by bestaande regs beginsels inpas.¹⁹ Eerstens moet vasgestel word of sodanige sessies geoorloof is en, indien wel, moet sowel die verbintenis regtelike as sakereg telike posisie van die partye bepaal word en in die lig van bestaande regs beginsels verklaar word. Daar moet hier in gedagte gehou word dat alhoewel 'n algehele sekerheids sessie 'n oordrag van die volle reg meebring, hierdie oordrag net vir sekuriteitsdoeleindes geskied, en dat nie aan die publisiteitsvereiste, wat gewoonlik vir die vestiging van saaklike sekerheidsregte²⁰ geveerg word, voldoen is nie. Die sekerheidsdoel van die sessie kom by nie-betaling van die skuld, beslaglegging en insolvensie na vore. Hierdie situasie hou vir die sekerheidsgewer (sedent) en ander skuldeisers gevare in: vir die sekerheidsgewer omdat die sekerheidsnemer (sessionaris) reghebbende is en vryelik oor die reg kan beskik,²¹ en vir ander skuldeisers omdat hulle by 'n *concursum creditorum* kan agterkom dat 'n sekerheidsreg bestaan waarvan hulle nooit bewus was nie. Aangesien hierdie publisiteitslose sekerheidsreg 'n benadeling van skuldeisers kan meebring, kan moontlik geargumenteer word dat 'n algehele sekerheids sessie 'n skynhandeling²² of 'n handeling in stryd met die goeie sedes is.²³

18 Dat daar so 'n behoefte bestaan, blyk uit die beslissings hierbo aangehaal. Sien ook Joubert *Die regsbetrekkinge by kredietfaktorering* (proefskrif RAU 1985) 480 ev; Malan *Collective securities depositories and the transfer of securities* (1984) 197 ev.

19 Baur par 56 II 586. Serick I 2 beskryf die proses wat tot die erkenning van sekerheidsoordragte gelei het soos volg: "Die Sicherungsübertragung gilt kraft ungeschriebenen Rechts — das wird heute nicht mehr in Frage gestellt. Manche Autoren sprechen von einer gesetz ergänzenden Rechtsfortbildung durch Kautelarjurisprudenz und Rechtsprechung, andere von einer Gebotsberichtigung. Wie dem auch sei, Rechtsquelle der Sicherungsübertragung ist das Gewohnheitsrecht; die Gemeinschaft — das Volk, die Gerichte und die Wissenschaft — hat die Sicherungsübertragung ausgestaltet; die so gebildeten Rechtsregeln werden gleichmässig angewendet und mit Rechtgeltungswillen ausgeübt."

20 Die sekerheidsregte wat hierdeur geskep word, word as saaklike sekerheidsregte beskou en word gewoonlik as deel van sakereg behandel (sien Bülow *Recht der Kreditsicherheiten* (1984) par 573). Die sessie-ooreenkoms word hier dan ook soms 'n *dinglicher Vertrag* genoem (*ibid* par 533), terwyl Serick II 263 ook hier *Abtretungsvertrag* (oordragsooreenkoms) gebruik.

21 Die sekerheidsnemer verkry dus veel groter bevoegd hede as wat vir doeleindes van sekerheidstelling nodig is. Hierdie bevoegd hede kan natuurlik deur ooreenkoms beperk word, maar verbreking daarvan gee slegs tot 'n eis om skadevergoeding aanleiding en die ooreenkoms het geen effek op derdes nie. Die sekerheidsnemer se bevoegdheid om die skuld te vorder, kan ook beperk word deur 'n *Einziehungsermächtigung* (invorderingsmagtigting) aan die sekerheidsgewer te gee (sien bespreking hieronder). Harker 1981 *SALJ* 62 verwerp alleen op grond van bg nadeel die geldigheid van sodanige sessies.

22 In die Duitse reg word dit nie as aanduidend van 'n skynhandeling beskou nie (Riedel *Abtretung und Verpfändung von Forderungen und anderen Rechten* (1982) 165; Nörr/Scheyhing *Handbuch des Schuldrechts* (uitg Joachim Gernhuber) *Sukzessionen* (1983) 18).

23 Serick I 17.

Wat die verbintenisregtelike gevolge van hierdie tipe sessies betref, moet sowel op die posisie van die partye tot die sekerheidsooreenkoms as die posisie van die skuldenaar gelet word.

Wat die posisie tussen die sekerheidsgewer en -nemer betref: deur die sessie word die sessionaris volreghebbende en kan hy met die reg maak wat hy wil.²⁴ Hierdie bevoegdheid word egter meestal in die sekerheidsooreenkoms aan bande gelê. Die partye kom gewoonlik ooreen dat die sessionaris die reg nie sal uitoefen nie voordat die skuld opeisbaar is en die sedent nie kan betaal nie, die reg nie verder sal oordra nie, nie kennis van die sessie aan die skuldenaar sal gee nie en dat die sessionaris nadat die skuld betaal is, die reg aan die sedent sal terugseeder²⁵ of die oorskot aan die sedent sal oorbetaal as die sessionaris sy eis uit die opbrengs van die vorderingsreg bevredig het. Verbreking van enige van hierdie bedinge het slegs *inter partes* werking en gee tot 'n eis vir skadevergoeding weens kontrakbreuk aanleiding.²⁶ Die bedinge dat die sessionaris nie die reg mag uitoefen of verder mag oordra of kennis van die sessie mag gee nie, kan in ons howe as aanduidend van 'n gesimuleerde sessie beskou word.²⁷ Verbreking van die beding dat nie verder seeder mag word nie (*pactum de non cedendo*), het in ons reg nie slegs kontrakbreuk tot gevolg nie, maar die reg gaan glad nie op die derde oor nie indien die skuldenaar 'n belang by die ooreenkoms gehad het.²⁸ Nie alleen 'n enkele vorderingsreg nie, maar ook 'n bondel vorderingsregte, insluitende toekomstige vorderingsregte, word dikwels op hierdie wyse gesedeer.²⁹ Laasgenoemde sessie behoort geen probleme te verskaf nie, mits die beginsels wat op sessie van toekomstige regte van toepassing is in gedagte gehou word.³⁰ Wanneer die partye ooreenkom dat die sessionaris nie aan die skul-

24 Coing *Die Treuhand Kraft privaten Rechtsgeschäfts* (1973) 38 85 100 161. Die sekerheidsnemer kan die reg verder seeder en die tweede sessionaris word reghebbende selfs al het hy geweet van die kontraktuele beperking op die sessionaris om nie te seeder nie (sien Serick II 263; Riedel 118; sien hierteenoor Coing 164).

25 Bülow par 536.

26 Nörr/Scheyhing 179 ev; Bülow par 519; Riedel 119; Serick II 263; Coing 162; sien ook Pahl 133 183.

27 Dit is in elk geval die strekking van *Skjelbreds Rederi A/S v Hartless (Pty) Ltd* 1982 2 SA 710 (A) 734B-E. Dit is egter nie die posisie in die Duitse reg nie (Riedel 165; Nörr/Scheyhing 18; Bülow par 521). Die oordrag word slegs as 'n skynhandeling beskou as die partye ooreenkom dat die reg eintlik by die sedent bly en dat hy verder daarvoor mag beskik, of wanneer hulle ooreenkom dat die oordrag slegs intern sal geld of dat die sessionaris voortdurend en onvoorwaardelik onbevoeg is om die reg te gelde te maak (sien Bülow par 521).

28 Scott 1981 *THRHR* 159; Scott "Sessie en factoring in die Suid-Afrikaanse reg" 1987 *De Jure* 32 en Joubert 469 kritiseer hierdie benadering.

29 Gernhuber *Bürgerliches Recht* (1983) par 29; Bülow par 568 ev; Serick II 273 ev; Larenz *Schuldrecht I* par 34 a 541.

30 Scott 1987 *De Jure* 28.

denaar kennis van die sessie mag gee nie, soos by die sogenaamde geheime sessies,³¹ magtig die sessionaris die sedent gewoonlik tegelykertyd om die vordering as vreemde reg in eie naam af te dwing.³² In so 'n geval kan die sessionaris nie meer kennis van die sessie aan die skuldenaar gee en die vorderingsreg self in nie aangesien hy hierdie bevoegdheid aan die sedent oorgedra het. Die invorderingsmagtigting van die sedent verval egter wanneer hy nie sy skuld kan betaal nie. Hierdie regsfiguur word in die Duitse reg erken en word 'n *Einziehungsermächtigung* genoem. Dit het uit die Germaansregtelike *Treuhand* (trust) ontwikkel.³³

In plaas daarvan om te beding dat die reg na voldoening van die skuld aan die sedent terugsedeer sal word, maak die partye die sessie dikwels aan 'n ontbindende voorwaarde onderworpe. Die gevolg hiervan is dat die reg outomaties in die boedel van die sedent terugval nadat die skuld betaal is.³⁴

Die skuldenaar word nie geraak deur die onderlinge verhouding tussen die sekerheidsgewer en -nemer nie. Die sekerheidsnemer is wat hom betref reghebbende. Sy posisie word op twee maniere beskerm: eerstens deur die feit dat hy voor kennis bevrydend aan die sekerheidsgewer (sedent) kan betaal of ander voldoeningshandelinge kan aangaan, en tweedens vanweë die beginsel dat sy posisie nie deur die sessie verswaar mag word nie.

Wat die sakeregtelike posisie van die partye betref, sou 'n mens, gegewe die voloordrag van die reg, verwag dat die reg vir alle doeleindes deel van die sessionaris se boedel³⁵ uitmaak; met ander woorde dat die sessionaris te enige tyd oor die vorderingsreg kan beskik en as die sedent insolvent raak, dat die trustee van sy boedel geen aanspraak op die reg het nie terwyl die sessionaris die reg onmiddellik kan uitoefen en sy eis so kan bevredig. Die trustee sal dan net 'n eis vir terugbetaling van die oorskot hê mits die partye so ooreengekom het. As die sessionaris insolvent raak, sou 'n mens verwag dat die trustee van sy boedel die reg as bate in die insolvente boedel te gelde kan maak en dat die sedent 'n kon-

31 Hierin is natuurlik veral vir die sessionaris die gevaar geleë dat die onkundige skuldenaar bevrydend aan die sedent kan betaal.

32 Serick 11 35 74; Coing 79.

33 Henckel "Einziehungsermächtigung und Inkassoession" *Festschrift für Karel Larenz* (1973) 643 ev; Serick 11 73; Coing 48; Coing "Die Treuhandtheorie als Beispiel der geschichtlichen Dogmatik des 19. Jahrhunderts" 1973 *Rebels Z* 206.

34 Serick 11 76 264; Baur par 581 1 aa 607; Bülow par 536; Riedel 216.

35 Scott *Cession* 136; Scott 1987 *THRHR* 176. In ons reg word 'n algehele sekerheidsessie dikwels juis gebruik omdat verkeerdlik gemeen word dat die gesedeerde vorderingsreg vir alle doeleindes deel van die sessionaris se boedel uitmaak (sien veral *Mercatrust Bpk v Keepers Hosiery Suid-Afrika (Edms) Bpk* 1980 3 SA 411 (W); *Leyds v Noord-Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy supra* (advokate vir respondente se betoog)).

kkurrente eis vir skadevergoeding weens kontrakbreuk sou hê as sy skuld nog nie opeisbaar was nie, of indien wel, 'n eis vir die oorskot. Skuldeisers van die sessionaris behoort ook op die gesedeerde vorderingsreg beslag te kan lê terwyl skuldeisers van die sedent dit nie behoort te kan doen nie. Die ware toedrag van sake by algehele sekerheidsessies is egter soos volg: As die sedent insolvent raak, verkry die sessionaris 'n reg op afgesonderde bevrediging,³⁶ met ander woorde die sekerheidsobjek vorm deel van die sedent se insolvente boedel. As die skuldeisers van die sedent 'n geregtelike pandreg deur beslaglegging wil laat vestig, verkry die sessionaris 'n *Widerspruchsklage*.³⁷ As die sessionaris insolvent raak, verkry die sedent 'n reg op uitsondering³⁸ en by beslaglegging deur die sessionaris se skuldeisers ook 'n *Widerspruchsklage*. Hierin onderskei die sekerheidsessie hom van 'n gewone algehele sessie. Die verbintenisregtelike beperkings wat op die sessie geplaas is, verkry onder hierdie spesifieke omstandighede saaklike werking. Op 'n gewone algehele sessie kan natuurlik ook verbintenisregtelike beperkings geplaas word,³⁹ maar sodanige beperkings het geen effek op derdes nie⁴⁰ en dus geen saaklike werking nie.

Ten einde algehele sekerheidsessies in die Suid-Afrikaanse reg te erken en behoorlik beslag daaraan te probeer gee, moet veral die volgende vrae wat by hierdie regsverskynsel ontstaan, beantwoord word: wat is die aard van sekerheidsessies; is 'n sekerheidsessie 'n gesimuleerde regshandeling; is sodanige sessies teen die goeie sedes; wat is die *causa* van sekerheidsessies en watter rol speel dit; wat is die inhoud van die sekerheidsooreenkoms; wat is die inhoud van die sessie; en wat beteken "saaklike werking" by sekerheidsessies en hoe kan dit verklaar word? (In die lig hiervan moet dan vasgestel word in hoeverre hierdie verskynsel met bestaande regsbeginself versoen kan word.)

36 Die afsonderingsreg van par 4 van die *KO* is 'n voorkeurreg tot bevrediging uit die sekerheidsobjek wat deel van die insolvente boedel uitmaak (Hess/Kropshofer *KO* (1985) 84; Riedel 693; Larenz *Schuldrecht* I par 34 v a 540).

37 Die *Dritt widerspruchsklage* van par 771 *ZPO* gee aan 'n derde wat 'n oordragsverbiedende reg het, 'n regsmiddel ten einde te verseker dat slegs op goed wat aan die skuldenaar behoort, beslag gelê word (Riedel 668; Zöller *ZPO* (1984) par 771; Serick *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung* III (1970) 233 ev).

38 Die *Aussonderungsrecht* van par 43 van die *KO* bepaal dat iemand daarop aanspraak kan maak dat 'n objek nie deel van die insolvente boedel uitmaak nie omdat hy 'n saaklike of persoonlike reg daarop het (Riedel 696; Hess/Kropshofer *KO* 192 ev).

39 anders as wat die hof in *Skjelbreds Rederi A/S v Hartless (Pty) Ltd supra* beslis het.

40 behalwe as die kennisleer toepassing vind.

1 Wat is die aard van algehele sekerheidsessies?

'n Algehele sekerheidsessie is 'n fidusiêre regshandeling⁴¹ waarvolgens die sekerheidsgewer 'n vorderingsreg ten volle aan die sekerheidsnemer oordra met die oogmerk dat die oordrag slegs as sekuriteit sal dien. Die sekerheidsnemer verkry dus meer regte⁴² as wat vir sekerheidsdoeleindes nodig is en daarom word sy bevoegdhede kontraktueel deur 'n *pactum fiduciae* beperk.⁴³ Die grondslag van sodanige sessies is dus 'n fidusiêre regsverhouding⁴⁴ waarvolgens 'n *Treugeber* (trustoprigter, *trustsettlor*) 'n *Treuhänder* (trustee) reghebbende van *Treugut* (trustgoed) maak met kontraktuele beperkings op die bevoegdhede van die trustee⁴⁵ omdat laasgenoemde net vir 'n sekere doel reghebbende word.⁴⁶ Normaalweg het kontraktuele beperkings nie werking teenoor derdes nie, maar die geaardheid van fidusiêre regshandelinge is sodanig dat die regsordening aan die *pactum fiduciae* nie slegs verbintenisregtelike nie maar ook saaklike werking verleen sodat dit in sekere omstandighede ook teen derdes geld.⁴⁷ Daar word onderskei tussen 'n administratiewe trust (*Verwaltungstreuhand*) en 'n sekerheidstrust (*Sicherungstreuhand*). Eersgenoemde het tot gevolg dat die trustee uitsluitlik in belang van die trustoprigter optree en laasgenoemde dat die trustee in sy eie belang optree. By sekerheidsessies kan albei vorme voorkom: voor betaling van die skuld het mens met 'n sekerheidstrust te doen en daarna met 'n administratiewe trust.⁴⁸

Die sekerheidsnemer by 'n algehele sekerheidsessie word egter steeds reghebbende⁴⁹ en kan verder oor die saak beskik. Waar hy strydig met sy kon-

41 Sien Coing vir 'n bespreking van die aard en herkoms van 'n *Treuhand* (fidusiêre)-verhouding in die Anglo-Amerikaanse (3-11), die Duitse (11 ev), die Oostenrykse (216-222), die Switserse (223-236) en die Lichtensteinse reg (237-246). Lg volg die Anglo-Amerikaanse benadering.

42 Coing 38 85 100.

43 *ibid* 85.

44 *ibid* 28. As uitgangspunt vir die erkenning van fidusiêre regshandelinge het die Duitsers in die middel van die vorige eeu die Romeinsregtelike *fiducia cum creditore* gebruik. Die erkenning van hierdie tipe regshandeling is die produk van die arbeid van die Duitse Pandektiste (Coing 47). Die *fiducia*-teorie is ook deur die Oostenrykers en Switsers as basis vir die erkenning van *Treuhand*-verhoudings gebruik (sien Coing 226).

45 In die Suid-Afrikaanse trustreg word die benamings trustoprigter, trustee en begunstigde gebruik. Die Duitse reg gebruik net die terme *Treugeber* en *Treuhänder*. Die *Treugeber* is meestal ook die begunstigde soos by die Romeinse *fiducia cum amico*, maar kan ook 'n derde wees.

46 nl vir sekerheidsdoeleindes.

47 Coing 86 beklemtoon die saaklike werking van hierdie *pactum fiduciae* met verwysing na die volgende aanhaling: "Soweit ich sehe, ist man sich darüber einig, das der Treuhandvertrag eine schuldrechtliche und eine dingliche Seite hat."

48 Serick II 72; Coing 89.

49 Coing 94 156. Volgens die Anglo-Amerikaanse reg word die trustee eienaar van die trustgoed.

traktuele ondernemings optree, maak hy hom slegs aan kontrakbreuk skuldig en is die sekerheidsgewer slegs op skadevergoeding geregtig.⁵⁰ As uitsondering verkry die sekerheidsooreenkoms teenoor derdes *quasi*-saaklike werking.⁵¹ In hierdie uitsonderingsgevalle, te wete by insolvensie en beslaglegging, verander die volle saaklike beregtiging (die feit dat die sessionaris volreghebbende is) van die sekerheidsnemer in 'n beperkte saaklike beregtiging waarvolgens hy soos 'n pandhouer behandel word, en die bloot verbintenisregtelike beregtiging van die sekerheidsgewer in 'n volle saaklike beregtiging. Hierdie sogenaamde *Umwandlungsprinzip* kenmerk die fidusiële trust.⁵²

1.1 Vereistes vir die ontstaan van 'n fidusiële trust

Die eerste vereiste is die bestaan van 'n regsgeldige *pactum fiduciae* (*Treuabrede*, sekerheidsooreenkoms) waarin ooreengekom word dat die vorderingsreg ten volle oorgedra sal word, met die beperkings dat die reg slegs as sekerheid oorgedra word en dat dit nie verder oorgedra of uitgeoefen sal word nie.⁵³ Tweedens word vereis dat die trustgoed die vermoë van die trustee regstreeks moet toekom (die sogenaamde *Unmittelbarkeitsprinzip*).⁵⁴ Dit beteken dat wanneer 'n trustoprigter deur middel van 'n algehele sekerheidsessie sy verpligting nakom en dit blyk later dat daar geen regsgrond was nie, hy 'n verrykingsaksie teen die trustee sal hê. Die vermoënsverskuiwing moes nie met 'n omweg deur 'n derde se boedel plaasgevind het nie.⁵⁵ Deesdae word erken dat dit ook langs 'n omweg in sy boedel kan kom en dat oorspronklike trustgoed deur ander goed vervang kan word.⁵⁶ In laasgenoemde geval verkry die sekerheidsooreenkoms egter nie by insolvensie en beslaglegging *quasi*-saaklike werking nie.

2 Is 'n algehele sekerheidsessie 'n gesimuleerde regshandeling?

In die Duitse reg word 'n sekerheidsessie nie as 'n gesimuleerde regshandeling beskou nie.⁵⁷ Volgens hierdie regstelsel is daar slegs sprake van 'n skynhande-

50 Serick II 76 263 273 ev; Nörr/Scheyhing 179 ev; Bülow par 519; Riedel 119; Coing 162.

51 Serick II 95 ev. Serick verduidelik dat van *quasi*-saaklike werking gepraat kan word, sowel wat die sekerheidsgewer as die sekerheidsnemer betref.

52 Serick II 77.

53 *ibid* 80.

54 *ibid* 81; Coing 44 ev. Coing 179 meen dat die bepaaldheidsvereiste hierdie vereiste kan vervang, soos wat die posisie in die Engelse reg is.

55 Serick II 84. Hiermee word die *Treuhand* van indirekte verteenwoordiging onderskei.

56 Coing 115 ev 155 177.

57 Volgens Serick I 2 vn 5 het die hof dit alreeds op 1880-10-09 besluit. Sien verder Bülow par 521; Riedel 164; Nörr/Scheyhing 18; Larenz *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts* (1980) par 201 c 333; Flume *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II Das Rechtsgeschäft* (1979) 406; Coing 36.

ling wanneer die partye dit eens is dat hulle verklaarde wil nie sal geld nie; wanneer hulle met ander woorde slegs die uiterlike skyn skep dat hulle 'n sekere regs-handeling aangegaan het terwyl hulle ooreenkom dat die regsgevolge van sodanige handelinge nie sal intree nie.⁵⁸ Die partye moet in effek dus met 'n skelmstreek besig wees.⁵⁹ Hierdie benadering word as die *moderne* benadering tot skynhandelinge beskou.⁶⁰ Alhoewel die hof in *Skjelbreds Rederi A/S v Hartless (Pty) Ltd*⁶¹ die verouderde benadering⁶² tot sodanige handelinge gevolg het, is daar myns insiens genoeg gesag⁶³ in die Suid-Afrikaanse reg om die moderne benadering toe te pas sodat daar by sekerheidsessies slegs sprake van 'n skynhandeling is as die partye nie die bedoeling het dat die sessionaris reghebbende sal word met die bevoegdheid om die reg verder oor te dra of in te vorder nie. Die kontraktuele beperkings op die sessionaris se bevoegdhede is net *inter partes* bindend en raak nie die sessionaris se bevoegdhede as reghebbende nie.⁶⁴

Die partye poog nie by sekerheidsessies om 'n pandreg sonder publisiteit te vestig nie, maar om 'n reg ten volle as sekuriteit oor te dra. By verpanding bly die sekerheidsgewer nog volreghebbende (eienaar) en die sekerheidsnemer word beperkte saaklike geregtigde, terwyl die sekerheidsgewer by sekerheidsessies nie meer oor die reg kan beskik nie en die sekerheidsnemer volreghebbende word.⁶⁵

58 Larenz par 30 I c 331; Biilow par 521 noem die gevalle waar ooreengekom word dat die sekerheidsgewer reghebbende sal bly om na goeddunke verder oor die saak te beskik of dat die oordrag slegs intern sal geld of dat die sekerheidsnemer immer en onvoorwaardelik onbevoeg sal wees om die reg in eie naam te gelde te maak, as voorbeelde van bedinge wat aanduidend kan wees dat 'n voorgenome sekerheidsessie nie werklik beoog is nie.

59 Coing 37; Coing 1973 *Rabels* Z 205; *Bird v Lawclaims (Pty) Ltd* 1976 4 SA 727 (D) 729B.

60 Coing 34 *ev*; Coing 1973 *Rabels* Z 204.

61 *supra*.

62 waarvolgens die teorie m b t skynhandelinge gekoppel is aan die *fraus legis*-leerstuk met die gevolg dat elke regshandeling as gesimuleerd beskou word as die ekonomiese en praktiese gevolge daarvan nie in ooreenstemming is met die gewone regsgevolge van die regshandeling wat die partye gekies het nie (Coing 1973 *Rabels* Z 204).

63 *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 309; *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers & Hudson* 1941 AD 369 395; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 (A) 603 611; *Bird v Lawclaims* 1976 4 SA 727 (D) 729B 729G. Sien veral die volgende uittaling in *MacLachlan v Wienand* 1913 TPD 191 195: "I know no reason why such a contract if *bona fide* made and intended to be what the words express should be considered illegal."

64 Larenz *Bürgerlichen Rechts* par 201 c 333: "Nicht um ein Scheingeschäft handelt es sich, wenn jemand einem anderen Vermögensgegenstände 'zu treuen Händen' übereignet, so dass dieser nach aussen zwar Eigentümer werden, im Innenverhältnis, d.h. zwischen den Beteiligten, aber verpflichtet sein soll, dessen Interesse wahrzunehmen und ihm das zu treuen Händen Überlassene nach einiger Zeit oder unter bestimmten Voraussetzungen wieder zurückzuerstatte."

65 In Oostenryk word 'n sekerheidsoordrag van roerende sake as 'n omseiling van die vuispand gesien en dus nie toegelaat nie, terwyl sekerheidsessies toelaatbaar en gebruiklik is (Coing 218).

3 Is sekerheidssessies teen die goeie sedes?

Die vraag wat hier beantwoord moet word, is of die sekerheidsooreenkoms teen die goeie sedes is en, indien wel, wat die invloed van die ongeldigheid daarvan op die oordrag self is. Die rede waarom sodanige ooreenkomste teen die goeie sedes mag wees, is die feit dat hier 'n belangebotsing tussen versekerde en onversekerde skuldeisers kan ontstaan. Omdat daar geen publisiteit aan hierdie vorm van sekerheid gegee word nie, kan skuldeisers hulle op die kredietwaardigheid van 'n skuldenaar verlaat om dan by beslaglegging of insolvensie uit te vind dat daar versekerde skuldeisers is wat voorrang bo hulle geniet.

In die Duitse reg word die belange van ander skuldeisers beskerm deur sekerheidsooreenkomste net onder sekere omstandighede as synde teen die goeie sedes nietig te verklaar.⁶⁶ Die omstandighede is oorversekering,⁶⁷ kredietmisleiding⁶⁸ en skuldeiserbenadeling.⁶⁹ Die sogenaamde *Knebelungsverträge*⁷⁰ waarvolgens 'n skuldeiser nie te veel beperkings op die handelsvryheid van die skuldenaar mag plaas nie, speel hier ook 'n rol.

Die houe moet elke geval op eie meriete beoordeel om vas te stel of dit teen die goeie sedes is al dan nie. Nie elke geval waar daar 'n belangebotsing tussen versekerde skuldeisers ontstaan, is dus as teen die goeie sedes aan te merk nie, maar slegs daardie gevalle waar daar 'n doelbewuste benadeling van die skuldeisers van die skuldenaar is. Indien bevind word dat 'n bepaalde sekerheidsooreenkoms teen die goeie sedes is, is dit nietig en die vraag ontstaan dan of die nietigheid van dié ooreenkoms ook 'n effek op die oordrag van die reg het. Normaalweg geld die abstrakte oordragsbeginsel sodat die oordragshandeling nie deur die geldigheid van die verpligtende regshandeling geraak word nie; by handeling in stryd met die goeie sedes word as uitsondering egter bepaal dat die nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms ook die oordragshandeling

66 Serick I 17; Bülow par 504 ev; Riedel 200 ev; Coing 135; Scholz/Lwowski *Das Recht der Kreditsicherung* (1980) 155 ev; Lwowski *Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts aus Rechtsprechung und Praxis* (1985) 44.

67 *Übersicherung*: by beoordeling word die reële waarde van die vorderingsregte in ag geneem, nie die nominale waarde nie (Riedel 202).

68 *Kredittäuschung*: dit kan ook kredietbedrog genoem word en kom ter sprake waar derdes oor die kredietwaardigheid van die skuldenaar mislei word. Die misleiding kan deur die optrede van die skuldenaar alleen bewerkstellig word of deur gesamentlike optrede van die skuldeiser en skuldenaar (Riedel 203).

69 *Gläubigergefährdung*: dit hou verband met kredietmisleiding en kom voor wanneer die sekerheid twyfelagtig is en derdes daardeur skade kan ly (Riedel 203; Bülow par 506).

70 Dit is byvoorbeeld wanneer die skuldeiser in so 'n mate 'n houvas op die skuldenaar het dat hy in werklikheid nog net vir die skuldeiser werk of waar die skuldeiser die skuldenaar dreig dat hy sy besigheid sal ruïneer as hy nie die ooreenkoms aangaan nie (Riedel 200; Bülow par 505).

raak sodat die reg nie oorgaan nie.⁷¹ Serick se verklaring vir hierdie uitsondering word hieronder by die bespreking van die *causa* van sekerheidsessies behandel.⁷²

4 Wat is die *causa* van sekerheidsessies en watter rol speel dit?

Omdat 'n sekerheidsessie saaklike werking⁷³ het, word gesê dat die oordrags-handeling deur middel van 'n saaklike ooreenkoms⁷⁴ geskied. Laasgenoemde het die onmiddellike oorgaan van 'n saaklike reg tot gevolg, met ander woorde deur die sekerheidsessie word 'n vermoënsverskuiwing bewerkstellig. Ten einde geldige regsbeslag aan hierdie vermoënsverskuiwing te gee, word 'n regsgrond vereis.⁷⁵ Wanneer 'n regsgrond vir 'n vermoënsverskuiwing ontbreek, kan die oordraggewer 'n eis op grond van ongeregverdigde verryking teen die oordragne-mer instel en daarmee die ongeregverdigde vermoënsverskuiwing tot niet maak.⁷⁶ Daar moet dus altyd 'n rede wees waarom 'n bate van een vermoë na 'n ander verskuif. By sekerheidsessies is die *causa* vir die oordrag die verbintenisskeppende sekerheidsooreenkoms: dit is die regshandeling wat die sedent verplig om sy vorderingsreg as sekerheid aan die sessionaris oor te dra.⁷⁷ Die kredietooreenkoms is nie die *causa* van die oordrag nie, ofskoon dit ook oorsaaklik daaraan verbonde is. Die kredietooreenkoms (waaruit die vorderingsreg ontstaan waarvoor sekerheid gestel moet word), die sekerheidsooreenkoms en die saaklike ooreenkoms kan in een dokument vervat word maar moet van mekaar onderskei word.

71 Bülow par 509; Riedel 197 ev; Soergel/Siebert *Bürgerliches Gesetzbuch* (1976) 584; Flume 385.

72 Serick I 18 65.

73 Dit bring nie alleen 'n vermoënsverskuiwing mee nie, maar verskaf ook saaklike sekerheidsregte.

74 Bülow par 533.

75 Dit is die posisie in die Romeins-Hollandse, Nederlandse, Franse en Duitse reg (Damhouder *Practycke civile* 49 9; Peckius *Opera: de iure sistendi* 3 6; Christinaeus *Decisiones* I 110 4; Sande *De cessione* 2 1, 2; Vinnius *Jurisprudentiae* 2 56; Huber *HR* 3 3 36, 13 2; *Utrechtsche cons* I 139 6; Van Bijkershoek *Obs tum* 1523; a 639 *BW*; Meijers *Algemene leer van het burgerlijk recht* I (1948) 290; Hofmann *Het Nederlandsch zakenrecht* (1944) 232; Maris *Rechtskundige opstellen* (1935) 679; a 711 *CC*; Fikentscher *Schuldrecht* (1985) par 14; Larenz *Bürgerlichen Rechts* par 18 II 295; Flume par 121 I 152; Bülow par 533; Baur par 5 IV 1 43; Serick I 52 II 275; sien ook De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg* (1987) 2).

76 Flume par 12 I 2 157; Westermann *Sachenrecht* (1966) par 4 II 2; Fikentscher par 14 4 44; Larenz *Bürgerlichen Rechts* par 18 II (d) 295; Baur par 5 IV 1 43; Serick I 53.

77 Serick I 57 ev; Bülow par 533. Vir kritiek hierop sien Flume 155. Volgens Flume is die *causa* vir die sessie die bestaan van 'n vorderingsreg wat verseker moet word. Dit is in ooreenstemming met die nuutste regspraak *BGH* 21P 1981, 1188 (1982 *NJW* 275).

Die abstrakte oordragsbeginsel wat by eiendomsoorgang geld, word ook hier toegepas⁷⁸ sodat die oorgang van die reg nie afhanklik van die geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms (sekerheidsooreenkoms) is nie. Omdat 'n mens egter hier met 'n besondere geval te doen het, waar die sekerheidssessie op 'n trouerhouding gebaseer is, word die abstrakte oordragsbeginsel as uitsondering in spesifieke gevalle⁷⁹ versaak. Dit word gedoen omdat die sekerheidsooreenkoms met die abstrakte vervullingshandeling verstrengel is en die sekerheidsobjek tot trustgoed verhef.⁸⁰

Die vorderingsreg waarvoor sekerheid gestel moet word, word deel van die subjektiewe regsgrond van die verbintenisskeppende sekerheidsooreenkoms.⁸¹ Die sekerheidsgewer wil met die beoogde oordrag van 'n vorderingsreg aan die sekerheidsnemer sekuriteit verskaf dat die sekerheidsgewer sy verpligting uit die kredietooreenkoms sal nakom. Die partye kan die vorderingsreg waarvoor sekerheid gestel word, in die sekerheidsooreenkoms met verwysing na sy subjektiewe regsgrond kousaal (ter versekering van die kredietskuld) of abstrak (ter versekering van 'n skuld van Rx) beskryf.⁸² Die objektiewe regsgrond van die oordrag self is egter steeds die sekerheidsooreenkoms wat tot oordrag verplig.

Tussen die kredietooreenkoms, die sekerheidsooreenkoms en die saaklike ooreenkoms bestaan daar egter 'n noue verband. Nietigheid van die kredietooreenkoms het ook nietigheid van die sekerheidsooreenkoms tot gevolg, aangesien dit die partye se wil is dat die twee regshandelinge 'n eenheid met wedyersydse verpligtinge sal vorm. As die sekerheidsooreenkoms nietig is en daar is nog nie uitvoering aan die kredietooreenkoms gegee nie, is die kredietverskaffer nie verplig

78 Riedel 116; Büllo par 534; Serick I 59 II 76.

79 Bv by insolvensie, waar die posisie van die sekerheidsnemer as volgreghende na die posisie van 'n pandskuldeiser verswak en die sekerheidsgewer s'n as persoonlike geregtigde tot volgreghende versterk, en by sekerheidsooreenkomste wat teen die goeie sedes is. Die abstrakte oordragsbeginsel kan ook versaak word deurdat die samehang tussen die sekerheidsooreenkoms en die oordrag herstel word. Dit kan deur uitdruklike of stilswyende ooreenkoms geskied of afgelei word uit die praktiese doel van die sekerheidsooreenkoms of die omringende omstandighede.

80 By sekerheidssessies het die Duitse *BGH ZIP* 1981 (1982 *NJW* 275) bevind dat daar 'n afhanklikheid tussen die bestaan van die hoofskuld (dié kredietooreenkoms) en die oorgang van die reg is. Die rede hiervoor is dat die doel wat by hierdie sessies nagestreef word, dieselfde is as die wat by pandregte nagestreef word en omdat lg aksessories is, word die abstrakte oordragsbeginsel ook by sekerheidssessies versaak (sien Lwowski *Aktuelle Probleme* 1). Volgens hom word hierdie uitspraak in die regsliteratuur algemeen gekritiseer. Dit is ook in stryd met Serick se siening van die afhanklikheid van die oordrag van die sekerheidsooreenkoms (soos hierbo uiteengesit).

81 Die *causa* vir die kontrak moet onderskei word van die *causa* vir die oordrag.

82 Serick I 59.

om die krediet te verskaf nie. As die geld egter reeds uitbetaal is, bly die krediet-ooreenkoms geldig en die kredietverskaffer verkry 'n reg op terugbetaling van die geld tesame met rente en nie slegs 'n verrydingsaksie nie.⁸³ Die sessie self is 'n abstrakte handeling, die werking waarvan nie van die geldigheid van die sekerheidsooreenkoms afhanklik is nie. Die oordraggewer verkry egter 'n verrydingsaanspraak as die oordrag *sine causa* geskied het. Waar die sekerheidsooreenkoms nie geldig tot stand gekom het nie, byvoorbeeld vanweë 'n wilsgebrek, kan die sekerheidsgewer die trustgoed met die *condictio indebiti* terugvorder aangesien hy die oordrag *solvendi causa* gemaak het en dit in werklikheid nie verskuldig was nie. As die sekerheidsooreenkoms op 'n latere stadium suksesvol aangeveg word, kan die sekerheidsgewer die trustgoed met die *condictio ob causam finitam* terugvorder. In albei hierdie gevalle het die geldigheid van die krediet-ooreenkoms geen effek op die verrydingsaanspraak nie.⁸⁴ As die sekerheidsooreenkoms en die sessie albei geldig is, maar die vorderingsreg wat sekureer word, het nie ontstaan nie of het later weggeval,⁸⁵ word die sekerheidsooreenkoms ook as nietig beskou; gevolglik verkry die sekerheidsgewer 'n *condictio indebiti* vanweë die nakom van 'n nie-bestaande skuld (waar die krediet-ooreenkoms van die begin af nietig was) of 'n *condictio ob causam finitam* (waar die krediet-ooreenkoms later weggeval het). Volgens 'n ander mening kan die sekerheidsobjek met die *condictio ob causam datorum* teruggevorder word omdat die krediet-ooreenkoms en die sekerheidsooreenkoms as eenheid gesien word en die subjektiewe *causa* van die sekerheidsooreenkoms weggeval het.⁸⁶

Serick,⁸⁷ Flume⁸⁸ en Scholz/Lwowski⁸⁹ meen dat die aksessoriteitsbeginsel nie hier toegepas moet word nie en dat die abstrakte oordragsbeginsel geld. Gevolg-

83 *ibid* 61. Die rede hiervoor is dat hy volgens die krediet-ooreenkoms vir rente ens beding het wat hy nie sal kan kry as hy bloot op grond van ongeregtigde verryking eis nie.

84 Serick I 62.

85 Volgens Serick II 99 is die oorgang van die reg nie vanweë die aksessoriteitsbeginsel aan die bestaan van 'n hoofskuld gekoppel nie, maar d m v die fidusiële sekerheidsooreenkoms. Dit sou in stryd met die wese van fidusiële sekerheidstelling wees om die aksessoriteitsbeginsel wat 'n wesenskenmerk van pandreg is, op algehele sekerheidssessies toe te pas aangesien die sessionaris in hierdie geval juis volreghebbende is (sien Serick II 99; Scholz/Lwowski 40). As die hoofskuld deur betaling uitgewis word, val die oorgedraagde reg, behalwe in die geval van 'n ontbindend voorwaardelike oordrag, nie outomaties terug in die boedel van die sekerheidsgewer nie. Dit moet nog aan hom oorgedra word. As die partye nie so 'n ontbindend voorwaardelike oordrag gemaak het nie, word dit beskou as 'n aanduiding dat die sekerheidsnemer na aflossing van die hoofskuld nog as skuldeiser kan optree (Serick II 266). As die sekerheidsgewer terugoordrag van die vorderingsreg wil bewerkstellig, moet hy van 'n beding in die sekerheidsooreenkoms gebruik maak tot die effek dat die vorderingsreg na delging van die hoofskuld terugseeder moet word.

86 Serick I 63.

87 *ibid*.

88 155.

89 40.

lik word die sessionaris reghebbende al ontbreek die vorderingsreg waarvoor sekerheid gestel moet word. Die sedent behoort dan slegs 'n eis op grond van ongeregverdigde verryking te hê. Die *Bundesgerichtshof* het egter in 1982 beslis dat die aksessoriteitsbeginsel by sekerheidssessies geld vanweë die beskermingswaardige belange van die partye daartoe.⁹⁰

Wanneer die sekerheidsooreenkoms nietig is as synde in stryd met die goeie sedes, ontstaan die vraag of die abstrakte oordragsbeginsel dan nog moet geld. In beginsel geld dié beginsel⁹¹ ook hier, maar uitsonderings word toegelaat. Waar die oordrag self teen die goeie sedes sou wees, gaan die reg nie oor nie, soos in gevalle van oorversekering, kredietmisleiding, ensovoorts.⁹² Serick kritiseer hierdie standpunt en meen dat die rede vir die versaking van bedoelde beginsel ook hier⁹³ in die fidusiêre aard van sekerheidsoordragte te vinde is.⁹⁴ Die sekerheidsooreenkoms verleen aan die vorderingsreg wat oorgedra word die eienskap van trustgoed, en as die sekerheidsooreenkoms ontbreek of wegval, verkry die vorderingsreg nie hierdie eienskap nie en word die sekerheidsnemer onbeperkte volreghebbende. As die abstrakte oordragsbeginsel by nietige sekerheidsooreenkomste hier gehandhaaf sou word, sou dit beteken dat die sekerheidsnemer by 'n nietige sekerheidsooreenkoms meer regte verkry as by 'n geldige een. Omdat die verbintenisskeppende sekerheidsooreenkoms by fidusiêre regshandeling so 'n groot invloed op die saaklike regshandeling het, moet die ongeldigheid van die sekerheidsooreenkoms volgens Serick vanweë strydigheid met die goeie sedes ook die ongeldigheid van die saaklike ooreenkoms tot gevolg hê.⁹⁵

5 Wat is die inhoud van die sekerheidsooreenkoms?

Die regte en verpligtinge van die sekerheidsgewer en -nemer word in die eerste plek deur die sekerheidsooreenkoms bepaal. Soos alle verbintenisskeppende ooreenkomste is hierdie ooreenkoms slegs *inter partes* bindend.

Waar die sekerheidsooreenkoms oor 'n aangeleentheid swyg, moet die partye se wil deur uitleg vasgestel word. Die regskoer hier is die sekerheidsdoel van die

90 Lwowski 2; sien bespreking hierbo vn 79.

91 Serick I 65; Bülow par 509; Scholz/Lwowski 483; Flume 383 ev; Riedel 197 ev; Soergel/Siebert 584.

92 Lwowski 1.

93 Sien bespreking hierbo in teks by vn 80 en vn 85.

94 Volgens die jongste regspraak word die afhanklikheid van die sekerheidssessie van die kousale verbintenisskeppende ooreenkoms herstel deur die doel van die sessie en die partye se belange daarby (Lwowski 1). Die sessie kan ook uitdruklik deur ooreenkoms van die verbintenisskeppende ooreenkoms afhanklik gemaak word, m a w daar kan deur ooreenkoms terugkeer word na die kousale stelsel van regsoorgang.

95 Serick I 65 ev.

ooreenkoms. Hier kan ook gebruikgemaak word van beginsels wat by soortge-lyke regshandelinge geld. So kan die sekerheidsnemer beskou word as iemand wat ongeveer in dieselfde posisie as 'n lashebbër verkeer met dienooreenkomstige verpligtinge.⁹⁶ Anders as wat die posisie in die Suid-Afrikaanse reg is, behoort daar slegs in uitsonderingsgevalle na die verhouding tussen die pandgewer en -nemer gekyk te word om die partye se regte en verpligtinge te bepaal.⁹⁷

Die uitgangspunt by die opstel van die sekerheidsooreenkoms is kontrakteervryheid.⁹⁸ Alle sekerheidsooreenkomste sal dus nie dieselfde wees nie. Daar is egter 'n paar wesenlike elemente wat in elke sekerheidsooreenkoms moet voorkom.

Die wesenskenmerk van 'n sekerheidsooreenkoms is die sekerheidsdoel waarmee dit aangegaan word. Die sekerheidsooreenkoms is 'n verbintenisskeppende

96 Serick II 267; Coing 137 ev.

97 Serick II 47. Harker 1981 *SALJ* 65 meen dat pandregbeginsels glad nie op sekerheidsessies toegepas kan word nie, vanweë die objek (nl 'n vorderingsreg) van die sekerheid, maar gaan dan tog voort om die posisie van 'n sekerheidsessionaris in die lig van pandbeginsels te bespreek (66 vn 61-65). Van der Merwe 483 meen verkeerdelik dat die tipe sekerheid wat gekies word geen invloed op die kontraktuele verhouding tussen sekerheidsgewer en -nemer het nie. As gesag hiervoor beroep hy hom op De Wet en Yeats 369-370. Die sake wat De Wet en Yeats 370 vn 189 as gesag aanhaal, steun hulle egter nie. *Stephens v Whitford* 1903 TH 231 bv handel uitdruklik en uitsluitlik oor pandgewing; *George Loader & Co v Vosloo* 1939 OPD 151 oor die verpanding van aandele; *SA Breweries v Levin* 1935 AD 77 oor die versorgingsplig van die pandhouer; en *Volhand & Molenaar Ltd v Ruskin* 1959 2 SA 751 (W) is 'n baie verwarde uitspraak wat uiteindelik tog die beginsels van pandgewing toepas. Van der Merwe 484 vn 434 verwys na *Sun Life Assurance Co of Canada v Kuranda* 1924 AD 20 as gesag vir die stelling dat 'n *pactum commissiorum* of 'n beding dat die sessionaris 'n polis mag kanselleer en die opbrengs daarvan mag hou, ook by 'n algehele sekerheidsessie ongeldig is omdat dit sou bots met die beding dat die sessionaris die reg moet terugseeder. Die *Kuranda*-saak handel egter ook uitsluitlik oor 'n pandgewing; daarin is gesê dat so 'n beding wel geldig is, mits die "surrender value" 'n billike waarde verteenwoordig. Die enigste beslissing waarna Van der Merwe en De Wet en Yeats verwys wat wel oor 'n algehele sekerheidsessie handel, is *Priest v Logie's Estate* 1926 EDL 40. Op 43 word dan ook gesê dat die versorgingsplig wat op die sessionaris rus ten minste dieselfde is as dié van 'n pandhouer. Joubert "lets oor die 'pandgewing' van onliggaamlike goed" 1971 *THRHR* 87 onderskei tussen pandgewing en algehele sekerheidsessies, maar pas sower moontlik pandregbeginsels ook maar by 'n algehele sekerheidsessie toe (sien by sy bespreking van 'n *pactum commissiorum*). Deur al die beginsels wat op pandgewing van toepassing is op algehele sekerheidsessies toe te pas, word een van die voordele uitgeskakel wat hierdie vorm van sekerheidstelling inhoud. Verder noop so 'n toepassing 'n mens tot die gevolgtrekking dat mens hier dalk tog met 'n skynhandeling te make het aangesien hierdie regsfiguur dan in alle opsigte met pandreg ooreenstem, behalwe dat geen publisiteit daaraan gegee word nie.

98 Hierdie uitgangspunt word natuurlik getemper deur die algemene beginsels van die kontraktereg, bv dat die ooreenkoms nie teen die goeie sedes of in stryd met die openbare belang moet wees nie.

fidusiële ooreenkoms wat die effek van die regshandeling (volledige oordrag van 'n vorderingsreg) wat die partye gekies het, kontraktueel beperk omdat die gekose regshandeling meer bevoegdhede (die sekerheidsnemer word volreghebbende) aan die sessionaris verleen as wat nodig is vir die doel (sekerheidstelling) waarvoor dit aangegaan is.⁹⁹ Daar moet dus duidelik in die sekerheidsooreenkoms gestel word dat die oordrag slegs ter versekering van 'n skuld geskied. Die sekerheidsdoel kan slegs verwesenlik word as die sekerheidsobjek (die vorderingsreg wat oorgedra word) en die vorderingsreg waarvoor sekerheid gestel word voldoende omskryf is en met mekaar verbind word.

Die partye tot die ooreenkoms moet bepaal wees.¹⁰⁰ Meestal is die kredietverskaffer die sekerheidsnemer en die kredietopnemer die sekerheidsgewer. Dit is egter nie noodsaaklik nie en waar daar 'n wisseling van persone plaasvind, moet dit duidelik in die sekerheidsooreenkoms aangetoon word sodat die regsposisie van die partye vasstaan.

Die vorderingsreg wat sekureer word, ontstaan meestal uit 'n geldlening, maar dit kan ook enige ander vorderingsreg wees, byvoorbeeld 'n vorderingsreg vir betaling van 'n koopprys of skadevergoeding vanweë 'n onregmatige daad, ensovoorts. Die vraag wat hier ontstaan, is of nuwe-koste soos rente, die koste van tegeldemaking, strafbedinge ensovoorts ook deur die sekerheid gedek word. As daar geen ooreenkoms ten aansien van sodanige koste gemaak is nie, word geargumenteer dat rente wel daardeur gedek word in ooreenstemming met die posisie by 'n vuispand.¹⁰¹ Dit sou natuurlik verstandig wees om uitdruklik in die sekerheidsooreenkoms te bepaal watter koste deur die sekerheid gedek sal word.¹⁰²

Omdat die sekerheidsnemer meer regte verkry as wat vir die sekerheidsdoel nodig is en die sekerheidsgewer 'n belang by die behoorlike uitoefening van die sekerheidsnemer se bevoegdhede het, moet die partye verskeie bedinge maak om hulle regsposisie teenoor mekaar te reël.

Aangesien die sekerheidsnemer volreghebbende word, moet sy beskikkingsbevoegdheid sover moontlik aan bande gelê word. Dit kan net verbintenisregtelik gedoen word deur byvoorbeeld te bepaal dat hy die reg nie mag oordra nie,¹⁰³ nie mag invorder nie, nie 'n skikking met die skuldenaar mag aangaan nie, 'n

99 Coing 92 110; Serick II 47 263; Scholz/Lwowski 506; Riedel 116.

100 Serick II 49 ev; Coing 109.

101 Serick II 52 ev; sien egter Scott en Scott 137 ev.

102 Scholz/Lwowski 506.

103 Vanweë die Suid-Afrikaanse positieregtelike benadering tot *pacta de non cedendo* sal hierdie beding werking teenoor derdes hê as die skuldenaar 'n belang daarby het; en dit het 'n algehele sekerheidsedent seer sekerlik.

moontlike oorskot aan die sedent moet oorbetal, ensovoorts. Daar kan moontlik geargumenteer word dat die sekerheidsdoel van die oordrag en die onnodig wye regsbevoegdheide wat die sekerheidsnemer vir daardie doel verkry, stilswyend hierdie verpligtinge op die sekerheidsnemer lê en dat hulle dus nie uitdruklik opgelê hoef te word nie;¹⁰⁴ myns insiens sou dit egter beter wees om hulle wel in die sekerheidsooreenkoms op te neem.

Ten einde die sekerheidsnemer se posisie te versterk, moet die sekerheidsgewer-waarborg dat hy skuldeiser is, dat hy die reg nie reeds oorgedra het nie, dat hy die onbelemmerde bevoegdheid het om oor die reg te beskik en dat daar nie verwerre teen die vorderingsreg is wat dit tot niet sal laat gaan nie.¹⁰⁵

Die sekerheidsnemer beding gewoonlik ook vir hom 'n kontrolebevoegdheid waarvolgens hy insae in die boeke van die sekerheidsgewer sal hê. Daarvolgens kan hy byvoorbeeld nagaan of die sekerheidsgewer die vorderingsreg as synde 'n sekerheidsobjek in sy boeke aangeteken het.¹⁰⁶

Die meeste sekerheidsooreenkomste bevat waardedekkingsklousules. So kan byvoorbeeld bepaal word dat die sekerheidsgoed se waarde 150% moet wees van die waarde van die vorderingsreg wat gesekureer word.¹⁰⁷

Hierdie klousules is veral belangrik waar die partye ooreengekom het dat een vorderingsreg wat as sekerheid dien deur 'n ander vervang kan word as eersgenoemde byvoorbeeld onvoldoende sou word; dit geld veral by globale¹⁰⁸ en mantellessies¹⁰⁹ waar die vorderingsregte gedurig wissel.¹¹⁰

Vanweë die feit dat die sekerheidsgewer moet toesien dat niks in die weg van die sekerheidsnemer kom om sy sekerheidsreg te realiseer nie en die sekerheids-

104 Joubert 1971 *THRHR* 83; *General principles of the law of contract* (1987) 198 is van mening dat die reg op terugsessie stilswyend inbegrepe is. Pahl (133 182 185) meen weer dat die versorgings-, terugbesorgings- en kennisgewingspligte uit die *pactum fiduciae* spruit en dit wil voorkom of uitdruklik daarvoor beding moet word. Joubert *Contract* 198 is skynbaar van mening dat ook hierdie aangeleenthede nie uitdruklik gereël hoef te word nie. Van der Merwe 481 is waarskynlik dieselfde mening toegedaan, aangesien hy beweer dat "die sogenaamde *pactum fiduciae*, . . . implisiet in 'n sessie ter versekering van skuld is . . .". In *Sutherland v Elliot Bros* (1842) 2 349, een van die min sake wat die algehele sekerheidssessiekonstruksie aanvaar en korrek toepas, word duidelik bewys geleverg van 'n ooreenkoms tot terugsessie, m a w van 'n *pactum fiduciae*. In *Lief v Dettmann supra* word 'n uitdruklike of geïmpliseerde *pactum fiduciae* vereis, maar in *Trust Bank v Standard Bank supra* word 'n uitdruklike ooreenkoms vereis.

105 Serick II 62.

106 *ibid* 63.

107 *ibid*.

108 Joubert 421.

109 *ibid*.

110 Serick II 64.

nemer die plig het om die sekerheidsobjek na betaling van die skuld aan die sekerheidsgewer terug te sê, het albei 'n kennisgewingsplig wanneer derdes op die saak beslag wil lê. Hulle moet nie alleen aan mekaar kennis gee nie, maar ook die derde van die bestaan van die sekerheidsreg in kennis stel.¹¹¹ Hierdie kennisgewingsplig moet myns insiens ook uitdruklik in die sekerheidsooreenkoms gestel word.

Waar die partye op 'n geheime sessie¹¹² besluit het, moet hulle dit uitdruklik in die ooreenkoms meld. Gewoonlik magtig die sekerheidsnemer by sodanige sessies die sekerheidsgewer (sedent) om die vorderingsreg as vreemde reg in eie naam te in.¹¹³ By geheime sessies moet die sekerheidsnemer bykomstige bedinge maak om hom teen die gevare van sodanige sessies te beskerm deur byvoorbeeld te bepaal dat hy onder sekere omstandighede kennis aan die skuldenaar mag gee en die vordering self mag in.¹¹⁴

Een van die belangrikste bedinge in die sekerheidsooreenkoms handel oor die realisering van die sekerheidsobjek.¹¹⁵ Hier moet bepaal word onder watter omstandighede en op welke wyse die sekerheidsgoed gerealiseer mag word.

Wanneer die sekerheidsgewer sy skuld gedelg het, vervel die doel waarmee die sekerheidssessie gemaak is en moet die sekerheidsnemer die sekerheidsgoed aan die sekerheidsgewer terugseer.¹¹⁶ Daar word geargumenteer dat hierdie plig tot terugsessie ontstaan al het die partye nie so ooreengekom nie;¹¹⁷ myns insiens

111 *ibid* 64 ev; Scholz/Lwowski 507.

112 Scholz/Lwowski 492 508; Serick II 268 ev; Scott 1987 *De Jure* 26.

113 In die Duitse reg staan dit as 'n *Einziehungsermächtigung* bekend. Vir 'n uitvoerige bespreking hiervan, sien Serick II 304 ev. Sien ook Malan 205-206. Soos Malan tereg aantoon, het die erkenning van hierdie regsfiguur in die Duitse reg dogmatiese probleme verskaf. Of erkenning van sodanige regsfiguur in die Suid-Afrikaanse reg sal plaasvind, betwyfel ek. Indien dit wel geskied, sou dit eweneens dogmatiese probleme verskaf. Hoe dit ook al sy, hierdie regsfiguur kom daarop neer dat die invorderingsgemagtigde (sedent, sekerheidsgewer) 'n vreemde reg (die reg wat aan die sessionaris oorgeda is) in eie naam uitoefen. Hierdie volmag is wedersyds herroepbaar, vervel as die sedent nie sy skuld kan betaal nie en het slegs *inter partes* werking.

114 Serick II 294; Scott 1987 *De Jure* 26.

115 Serick II 65; Scholz/Lwowski 510 ev; Bülow par 536.

116 Volgens sommige juriste moet die sekerheidsnemer in hierdie geval as 'n pandhouer behandel word, met die gevolg dat die vorderingsreg by betaling van die skuld vanweë die aksessoriteitsbeginsel outomaties in die boedel van die sekerheidsgewer terugval. Lg standpunt word egter nie algemeen aanvaar nie (sien Serick II 266). By 'n verpanding vind geen vermoënsverskuiwing plaas nie, terwyl dit wel die posisie by 'n algehele sekerheidssessie is; daarom is dit ook noodsaaklik dat die reg van die sekerheidsgewer terugseer word. Hierdie aspek word hieronder in besonder behandel.

117 Bülow par 536; sien ook die verwysings by vn 104 hierbo.

is dit egter veiliger om uitdruklik daarvoor te beding. Dit is verder ook moontlik om die oordrag self aan 'n ontbindende voorwaarde onderworpe te stel sodat die reg outomaties na betaling van die skuld in die boedel van die sedent terugval. Hierdie voorwaarde moet egter in die oordragsooreenkoms self opgeneem word en is nie deel van die sekerheidsooreenkoms nie.

Wanneer die sekerheidsgewer nie sy skuld kan betaal nie is die sekerheidsnemer geregtig om die sekerheidsgoed te realiseer. Hy kan dit doen deur die vorderingsreg self te in¹¹⁸ of deur dit te verkoop en verder te sedeer.¹¹⁹ Die reg tot realisering ontstaan outomaties wanneer die sekerheidsgewer nie sy verpligting kan nakom nie. Die partye kan egter ooreenkom dat die sekerheidsnemer eers aan die sekerheidsgewer kennis sal gee voordat hy die vorderingsreg sal realiseer. Hulle kan ook ooreenkom op die wyse van realisering, byvoorbeeld nie 'n privaatrekoop nie maar 'n openbare verkoop. As die partye egter niks oor realisering bepaal nie, ontstaan dié reg wanneer die sekerheidsgewer se skuld betaalbaar is en hy nie kan betaal nie, in welke geval die wyse van realisering deur die sekerheidsnemer bepaal kan word.

6 Wat is die inhoud van die oordragsooreenkoms (sessie)?

Die sessie (oordragsooreenkoms) moet aan al die vereistes voldoen wat normaalweg vir 'n sessie gestel word.¹²⁰ Besondere aandag moet egter daaraan gegee word om die bedoeling van die partye duidelik te stel.¹²¹ Mens het slegs met 'n sekerheidsessie te doen waar die reg in sy volle omvang¹²² aan die sessionaris as sekuriteit oorgedra word.¹²³ Dit moet dus duidelik wees dat die partye byvoorbeeld nie 'n verpanding, 'n *Einziehungsermächtigung*, 'n volmag of 'n invorderingsessie beoog nie. Die bewoording van die sessie is dikwels sodanig dat mens nie die bedoeling van die partye daaruit kan aflei nie. Aangesien die volgende klousule, wat algemeen in sessies *in securitatem debiti* voorkom, niksseggend is, moet dit vermy word: "Hiermee sedeer, transporteer, verpand ek my vorderingsreg

118 Scholz/Lwowski 511.

119 *ibid* 512.

120 Scott *Cession* 17 ev.

121 *ibid* 144; Riedel 119 ev.

122 'n Invorderingsessie (*Inkassoession*) waar die reg oorgedra word sodat die sessionaris dit in eie naam maar tot voordeel van die sedent invorder, is ook 'n *specie* van die *genus* volregsoordrag, d w s 'n sessie met 'n besondere inhoud (sien Serick II 270).

123 Uit hierdie sekerheidsdoel van die sessie blyk dan ook dat die oordrag nie die hoofskuld delg nie, maar dat dit geskied in uitvoering van die nuwe verpligting (uit die sekerheidsooreenkoms) wat die skuldenaar onderneem het. Dit het dus nie *an Erfüllungs Statt* nie, maar *Erfüllungshalber* plaasgevind (Serick II 264; Riedel 116).

teen X aan Y as (kollaterale, dekkende) sekuriteit.”¹²⁴ Die aard van hierdie sessie is onduidelik; in so 'n geval sal na die sekerheidsooreenkoms gekyk moet word om vas te stel wat die partye beoog het. As daarin ook bedinge voorkom wat met albei vorme van sekerheidstelling te versoen is en die bedoeling van die partye dus nie vasgestel kan word nie, kan die sessie weens vaagheid nietig wees.¹²⁵

By beoordeling van die betrokke tipe sessie moet ook in gedagte gehou word dat 'n verpanding waarvan nie kennis gegee is nie, nie sonder meer as 'n algehele sekerheidsessie beskou kan word nie. Kennisgewing is voldoening aan die publisiteitsvereiste by verpanding en daarsonder word geen pandreg gevestig nie.¹²⁶ As dit duidelik die partye se bedoeling was om 'n pandreg te vestig, kan die sessie by gebrek aan kennisgewing nie as 'n algehele sekerheidsessie beskou word nie, want die partye het nooit die bedoeling gehad om die vorderingsreg self oor te dra nie.¹²⁷

Die korrekte woordgebruik by 'n verpanding is: “Hiermee verpand ek . . .” of “Hiermee gee ek in pand . . .”. By 'n algehele sekerheidsessie is dit: “Hiermee sedeer ek as sekuriteit (sekerheid) . . .”. In hierdie gevalle kan die sessie ook lui: “Hiermee sedeer ek . . .”. In laasgenoemde geval (soos trouens in die meeste gevalle) sal die aard van die sessie uit die sekerheidsooreenkoms afgelei moet word. By algehele sekerheidsessies moet alle aangeleenthede¹²⁸ wat by 'n verpanding deur die algemene beginsels van pandreg¹²⁹ beheers word uitdruklik in die sekerheidsooreenkoms gereël word.

'n Aspek wat by die oordragsooreenkoms besondere aandag verdien, is die vraag of die oordrag self aan 'n ontbindende voorwaarde onderwerp kan word. As dit moontlik is, kan die partye beding dat die sessie (oordrag) ontbind sal word wanneer die sedent sy skuld betaal het: die oordrag self sal dan aan 'n ontbindende voorwaarde onderworpe wees.

124 Vgl bv die volgende bewoording: “Beukes pledges, cedes, assigns, transfers and makes over to . . . as continuing covering security” (*Sasfin (Pty) Ltd v HJS Beukes* saakno 7132/86 ongerapporteer 1987-01-22 (W)); “I . . . hereby cede, assign and pledge to you . . .” (*Oertel v Brink* 1972 3 SA 669 (W) 671B).

125 Scott 1987 *THRHR* 356 359. Omdat daar in die Suid-Afrikaanse literatuur meestal nie duidelik tussen die twee vorms van sekerheidstelling onderskei word nie, word dikwels aangevoer dat dieselfde beginsels wat by pandgewing toepassing vind ook by 'n algehele sekerheidsessie geld (sien veral Van der Merwe 483). Uit bostaande bespreking behoort dit egter duidelik te wees dat sodanige analoë toepassing van beginsels verkeerd is. Die regsgevolge van die twee verskynsels is uiteenlopend en word deur verskillende gebiede van die reg beheers, t w deur die beginsels van die sakereg in die een geval (pandgewing) en deur dié van die verbintenisreg in die ander geval (algehele sekerheidsessie).

126 Sien Scott 1987 *THRHR* 182.

127 *ibid.*

128 Sien die bespreking hierbo by die verbintenisregtelike posisie van die partye.

129 Hieronder val bv 'n beding dat enige oorskot wat daar kan wees nadat die sessionaris sy eis uit die vorderingsreg bevredig het, aan die sedent toekom; sien ook die bespreking by vn 104 hierbo in die teks.

In die Duitse reg is dit moontlik om 'n *Verfügungsgeschäft* (beskikkingshandeling) soos 'n sessie aan 'n ontbindende voorwaarde te onderwerp.¹³⁰ Volgens paragraaf 158 van die *BGB* tree die gevolge van die voorwaardelike regshandeling sonder terugwerkende krag by verwesenliking van die voorwaarde in. Die partye kan deur ooreenoms terugwerkende krag aan die regshandeling verleen, maar dit het slegs verbintenisregtelike gevolge en geen saaklike werking nie.¹³¹ Daar word besondere reëlins getref om die betrokke partye se posisie in die tyd tussen aangaan van die regshandeling en vervulling van die voorwaarde te reël. So word byvoorbeeld bepaal dat enige verdere beskikking¹³² oor die reg by intreding van die gevolg kragteloos word.¹³³ Die regte van derdes word beskerm wanneer hulle te goeder trou en vir waarde van 'n nie-geregtigde verkry het.¹³⁴ Hierdie beskerming word egter net by die verkryging van saaklike regte verleen¹³⁵ en is dus nie by vorderingsregte van toepassing nie.

Alhoewel dit dus moontlik is¹³⁶ om 'n sessie aan 'n ontbindende voorwaarde te onderwerp, is dit nie gebruiklik nie.¹³⁷ Waar die partye die sessie nie uitdruklik aan so 'n voorwaarde onderwerp het nie, word dit nie veronderstel nie¹³⁸ ten-

130 Flume 703.

131 A 159 *BGB*; Soergel/Siebert *Bürgerliches Gesetzbuch* 773.

132 Onder beskikking word ook die sedent se aanvaarding van betaling deur sy skuldenaar verstaan. Die onkundige skuldenaar word egter beskerm deurdat hy in die omstandighede bevrydend kan betaal (Flume 704).

133 A 161 *BGB*; Soergel/Siebert 775. Die voorwaardelik geregtigde word vir doeleindes van a 185 as nie-bevoegde beskou.

134 A 185 *BGB*.

135 Soergel/Siebert 776; Scott 1987 *De Jure* 24.

136 In die Oostenrykse reg kan regte nie onderworpe aan ontbindende voorwaardes oorgedra word nie (Coing 218).

137 Coing 164; Serick II 76 264, III 291 385 390; Nörr/Scheyhing 177 vn 7.

138 Serick II 76, III 390. *Contra* Malan 204: "But surely where a right is ceded as security it is implied in the agreement of cession that, on discharge of the secured debt, the right ceded will revert to the cedent." Malan gee geen gesag vir hierdie benadering nie en veronderstel skynbaar dat die Suid-Afrikaanse reg 'n regsoordrag onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde erken. Sy standpunt is op verskeie gronde vir kritiek vatbaar. Selfs die Duitse reg wat voorwaardelike oordragshandelinge erken, aanvaar nie dat eiendomsoordrag tot sekerheid stilswyend aan so 'n ontbindende voorwaarde onderwerp kan word nie. In *Lief v Dettmann supra* 271E-G en *Trust Bank of Africa v Standard Bank of SA* 189B ev word uitdruklik verklaar dat die sedent slegs 'n reg op terugsessie uit die *pactum fiduciae* verkry. Lg benadering word ook deur die meeste skrywers gesteun (sien De Wet en Yeats 373; Van der Merwe 481; Scott *Cession* 143; Harker 1986 *SALJ* 203). Malan ignoreer die ganse problematiek rondom voorwaardelike regsoordrag en die gepaardgaande onsekerheid (sien Cronjé *Eiendomsvoorbewoud by 'n huurkoopkontrak van roerende sake* (proefskrif RAU 1977) 181 ev; Scott *Sessie in die Suid-Afrikaanse reg* (proefskrif Unisa 1977)). Cronjé 192 voer aan dat 'n regsoordrag onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde nog nooit in die Suid-Afrikaanse reg inslag gevind het of in die toekoms behoort te vind nie. Malan beweer dat die sedent geen persoonlike reg op terugsessie het nie, maar toon nie aan watter reg hy wel het nie. As die konstruksie van 'n regsoordrag wat aan 'n ontbindende voorwaarde onderworpe is, aanvaar word, is die sedent in hierdie omstandighede volreghebbend onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde.

sy die bedinge in die ooreenkoms of die partye se verklarings op so 'n bedoeling dui.¹³⁹ Die sedent verkry, nadat hy sy skuld betaal het, in die meeste gevalle slegs 'n reg op terugsessie.

7 Wat is die *quasi*-saaklike werking van die sekerheidsooreenkoms en hoe kan dit verklaar word?

Volgens die sekerheidsooreenkoms word die sekerheidsnemer volreghebbende en die sekerheidsgewer verkry slegs persoonlike regte teen die sekerheidsnemer.¹⁴⁰ Die sekerheidsdoel van hierdie ooreenkoms speel egter by sekerheidsessies 'n belangrike rol. Aangesien die sekerheidsooreenkoms 'n fidusiële verhouding tussen sekerheidsgewer en -nemer skep, mag die sekerheidsnemer die sekerheidsobjek slegs vir 'n bepaalde doel, te wete as sekuriteit, aanwend. Totdat dit duidelik is dat die sedent nie sy skuld kan betaal nie, mag die sessionaris nie die reg uitoefen nie.¹⁴¹ Hierdie beperkings is egter net verbintenisregtelik van aard en het geen effek op derdes nie. Die sekerheidsnemer word volreghebbende en slegs in die uitsonderingsgevalle van insolvensie en beslaglegging verkry die sekerheidsooreenkoms saaklike werking. Ten spyte van die voloordrag van die reg, meen sommige skrywers dat die reg prakties¹⁴² tog deel van die sekerheidsgewer se boedel bly. Serick¹⁴³ hou egter by die reël dat die sekerheidsnemer volreghebbende word en meen dat die sekerheidsooreenkoms as uitsondering by insolvensie en beslaglegging *quasi*-saaklike werking verkry. Gevolglik versterk die posisie van die sedent by sy insolvensie van persoonlike geregtigde tot volreghebbende (saaklike geregtigde) en die sekerheidsobjek vorm deel van sy insolvente boedel, terwyl die posisie van die sessionaris verswak vanaf volreghebbende na dié van 'n saaklike geregtigde met 'n reg op afgesonderde bevrediging. By insolvensie van die sessionaris verswak sy posisie omdat die reg nie as deel van sy insolvente boedel beskou word nie en die sedent verkry 'n reg op uitsondering. Volgens Serick¹⁴⁴ verklaar die *quasi*-saaklike werking van die sekerheidsooreenkoms ook waarom

139 Serick II 76, III 390.

140 Serick II 44 ev.

141 Baur par 57 VI 2 602, par 58 I 1 aa 607; Larenz *Schuldrecht* I par 34 V a 540; Nörr/Scheyhing 180 ev; Riedel 119 668 693 696; Serick III 233 ev 306 ev; Coing 44 177 180.

142 Baur par 58 I 1 aa 607 verwys na die *wirtschaftliche Zugehörigkeit* van die reg tot die boedel van die sedent. Die sekerheidsobjek word bv vir belastingdoeleindes en die opstel van balansstate as deel van die sekerheidsgewer se boedel gesien (sien ook Serick II 103; Flume 407). Sien Coing 94 vir 'n bespreking van die volgende onderskeid: "der Treugeber sei *wirtschaftlicher* oder *materieller*, der Treuhänder *formeller* Eigentümer . . ." (sien hierteenoor Nörr/Scheyhing 181).

143 II 96.

144 III 236 ev.

beide die sedent en die sessionaris by beslaglegging 'n *Drittwiderspruchsklage*¹⁴⁵ kry. Wanneer die skuldeisers van die sekerheidsgewer 'n geregtelike pandreg deur beslaglegging wil laat vestig, verkry die sekerheidsnemer ook 'n *Widerspruchsklage*.¹⁴⁶ Serick¹⁴⁷ is van mening dat daar in hierdie geval by die reël gebly moet word dat die sessionaris volreghebbende is en dat die skuldeisers en die sekerheidsgewer om daardie rede nie op die vorderingsreg beslag mag lê nie. Wanneer die skuldeisers van die sekerheidsnemer 'n beslagleggingsbevel ten opsigte van die sekerheidsobjek teen die sekerheidsnemer wil verkry, versterk die verbintenistregtelike sekerheidsooreenkoms, met die gevolg dat die sekerheidsgewer volreghebbende word (met ander woorde die sekerheidsooreenkoms verkry saaklike werking) en die sekerheidsnemer se posisie verswak van volreghebbende na 'n beperkte saaklike geregtigde (met ander woorde hy word soos 'n pandhouer met 'n oordragsverbiedende reg behandel).¹⁴⁸ Daar word dus onderskei tussen die skuldeisers van die sekerheidsgewer en dié van die sekerheidsnemer. Wat die skuldeisers van die sekerheidsgewer betref, word by die reël gebly dat die sekerheidsnemer volreghebbende geword het, maar wat die skuldeisers van die sekerheidsnemer betref, word die sekerheidsnemer uitsonderingsgewys as 'n soort pandhouer beskou.¹⁴⁹ So word die belange van die sekerheidsgewer en -nemer beskerm en die sekerheidsdoel van die oordrag beklemtoon.

Serick¹⁵⁰ verwerp die standpunt dat 'n *Drittwiderspruchsklage* aan beide die sekerheidsgewer en -nemer toekom omdat die sekerheidsnemer *formal juristisches Eigentum* het en die sekerheidsgewer *wirtschaftliches Eigentum*. Volgens hom kan die versterking van die sekerheidsgewer (sedent) en die verswakking van die sekerheidsnemer (sessionaris) se posisies net verklaar word met verwysing na die trusteïenskap van die sekerheidsobjek.¹⁵¹ Die sekerheidsobjek is slegs vir sekerheidsdoeleindes aan die sekerheidsnemer gegee en daarom verkry die sekerheidsooreenkoms saaklike werking waar die sekerheidsdoel verydel kan word deur die tussenkoms van derdes.

GEVOLGTREKKING

Verskeie uiteenlopende menings oor die aard van sessie *in securitatem debiti* word in die Suid-Afrikaanse reg aangetref. In die positiewe reg geniet die verpandings-

145 *ibid* 237.

146 *ibid* 235.

147 *ibid* 233.

148 *ibid* 237.

149 *ibid*.

150 *ibid* 238. Nörr/Scheyhing 181 sit die posisie van die sekerheidsgewer soos volg uiteen: "Bei währendem Sicherungsverhältnis ist die Position des Zedenten so, das er weder formell noch materiell ('wirtschaftlich') die Position des Rechtsinhabers hat, auf die es ankommt."

151 Serick II 95.

konstruksie die meeste steun en dit bied weinig praktiese probleme.¹⁵² Die grootste beswaar teen hierdie konstruksie is dat dit 'n juridiese onding¹⁵³ sou wees en dat die toonaangewende beslissing van die appèlhof, *National Bank of SA v Cohens Trustees*, verkeerd¹⁵⁴ beslis is.

Die meerderheid skrywers,¹⁵⁵ in navolging van De Wet en Yeats, konstrueer 'n sessie *in securitatem debiti* as 'n volkome sessie, gekoppel aan 'n *pactum fiduciae*, en meen dat dit die enigste wyse is waarop sekerheid deur middel van vorderingsregte gestel kan word. Hierdie standpunt geniet weinig¹⁵⁶ steun in die positiewe reg. Sommige skrywers¹⁵⁷ aanvaar dat 'n sessie *in securitatem debiti* as 'n verpanding of as 'n algehele sessie gekonstrueer kan word en dat daar telkens na die bedoeling¹⁵⁸ van die partye gekyk moet word om vas te stel watter soort sekerheidstelling die partye beoog het. Ook hierdie standpunt geniet in 'n geringe mate direkte¹⁵⁹ steun in die positiewe reg. Volgens 'n ander standpunt¹⁶⁰ het mens hier met 'n *sui generis* vorm van sekerheidstelling te make. Laasgenoemde standpunt geniet feitlik¹⁶¹ geen positiesregtelike steun nie.

152 *Leyds v Noord-Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy supra* 780E-G. Die posisie van die pandgewer/sedent word volkome bevredigend deur die pandregbeginsels gereël. Daar is ook geen onsekerheid oor die vraag tot watter boedel die vorderingsreg vir belastingdoeleindes behoort nie; die sedent bly reghebbende en die sessionaris verkry slegs 'n beperkte saaklike reg. Wat rente betref, kan daar in 'n *pactum antichresis* ooreengekom word dat die pandnemer die rente op die vorderingsreg mag hou. Aangesien hy nie reghebbende is nie, sal hy die rente in naam van die pandgewer/sedent moet vorder. In lg geval sal die rente egter die pandnemer toeval en sal hy daarop belasting moet betaal.

153 De Wet en Yeats 371; Van der Merwe 483; Harker 1980 *SALJ* 289; 1981 *SALJ* 61.

154 Hierdie uitspraak word in vae terme soos "hierdie beslissing lyk nie juis nie" (sien Pahl 143) en "dit is die steunpunt van die dwaalleer dat verpanding van vorderingsregte moontlik is" (De Wet en Yeats 370) gekritiseer; sien ook Harker 1981 *SALJ* 61.

155 Benade "Sekerheidstelling deur middel van aandele" 1964 *THRHR* 279 ev; Van der Merwe 475 ev; Joubert 198; Christie 463.

156 Die enigste beslissings waarin uitdruklik verklaar is dat dit die enigste vorm is, is *Lief v Dettmann supra* en *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA supra*.

157 Scott Sessie 303 ev; Scott *Cession* 144; Malan 209 ev. Pahl (196) aanvaar aanvanklik dat albei vorme moontlik is, maar verwerp die verpandingskonstruksie in sy gevolgtrekking in navolging van die *Lief*- en *Trust Bank*-sake. Dit is nie heeltemal duidelik uit sy bespreking nie, maar dit lyk of Joubert 1971 *THRHR* 82 die twee vorme naas mekaar erken.

158 In *The Bank of Lisbon and SA v The Master supra* 294E beklemtoon die regter die bedoeling van die partye.

159 *Alexander v Standard Merchant Bank Ltd* 1978 4 SA 730 (W). 'n Groot mate van indirekte steun kan afgelei word uit die feit dat die howe vir 'n periode van ongeveer 100 jaar die twee vorme afwisselend erken en toegepas het; veral uit die uitspraak in *The Bank of Lisbon and SA v The Master supra* 292B ev kan egter afgelei word dat die twee vorme naas mekaar 'n bestaansreg het.

160 Harker 1981 *SALJ* 290; 1981 *SALJ* 56; 1986 *SALJ* 200.

161 behalwe moontlik in die sake in vn 182 hieronder aangehaal.

In die enkele beslissings¹⁶² wat 'n sessie *in securitatem debiti* as 'n volkome sessie sien, word weinig aandag aan besonderhede gegee of aan die probleemgebiede wat in die Duitse reg¹⁶³ oorkom moes word om aan hierdie regsfiguur erkenning te verleen en wat tans nog probleme verskaf.¹⁶⁴ As gevolg van die afwesigheid van riglyne in die gewysdes wat hierdie konstruksie handhaaf, steun die voorstanders daarvan, in hul poging om die beginsels wat op algehele sekerheidsessies van toepassing is in besonderhede weer te gee, meestal op gewysdes wat oor pandgewing handel. Vanweë die afwesigheid van duidelike riglyne is daar ook geen eensgesindheid onder skrywers oor die regsreëls wat op hierdie regsfiguur toepassing vind nie; daar is selfs nie eensgesindheid oor so 'n belangrike aspek soos die rol en inhoud van die *pactum fiduciae* nie. Van der Merwe¹⁶⁵ vereis geen uitdruklike *pactum fiduciae* nie, terwyl Pahl¹⁶⁶ dit wel vereis en ook meen dat die kennisgewingsplig en verpligtinge wat met die versorging en terugbesorging van die oorgedraagde reg te doen het direk uit daardie ooreenkoms ontstaan.

Na my mening bied pandregbeginsels in die meeste opsigte¹⁶⁷ bevredigende¹⁶⁸ oplossings vir die probleme wat by verpanding van vorderingsregte kan ontstaan, en my standpunt is steeds¹⁶⁹ dat albei vorme van sessie *in securitatem debiti* 'n

162 *Sutherland v Elliot Bros* 1842 2 M 349; *Wetzlar v The General Insurance Co* 1884 3 SC 86; *Wright & Co v The Colonial Government* 1891 8 SC 260 (word net beslis dat die sessionaris volreghebbende word in die geval van 'n algehele sekerheidsessie); *Trautman v The Imperial Fire Insurance Co* 1895 12 SC 38 (solank die skuld onbetaald is, is die sessionaris 'n volreghebbende, andersins 'n pandhouer); *Estate Van den Heever v Greyling* 1907 24 SC 414 (word eintlik nie aandag aan die aard en gevolge van die sekerheidsessie gegee nie, maar die afleiding kan gemaak word dat dit as 'n volkome sessie beskou word); *Rothschild v Lowndes* 1908 TS 493 (egter gekwalifiseer deur regter Innes self in *National Bank v Cohen's Trustees* 1911 AD 235); *Estate Fitzpatrick v Estate Frankel* 1943 AD 207; *Lief v Dettmann supra* en *Trust Bank of Africa v Standard Bank of SA supra*. Hierdie sake handel almal slegs oor die aard van 'n sekerheidsessie en beskou dit as 'n algehele sessie, sonder om op die besonderhede in te gaan.

163 Sien in die verband veral Serick I 2, II 71 ev; Coing 1 ev; 1973 *Rabels* Z 202 ev.

164 Bv die vraag of die aksessoriteitsbeginsel ook hier geld, die verklaring van die posisie by insolvensie en beslaglegging, ens.

165 481. Joubert 198 is skynbaar ook hierdie mening toegedaan, alhoewel hy eintlik net bebeer dat al die bykomende bedinge en verpligtinge geïmpliseer moet word.

166 133 182 185; sien ook Benade 1964 *THRHR* 283 286 290.

167 behalwe miskien in die geval waar die skuldenaar wil betaal voordat pandrypheid ingetree het (Scott *Cession* 140; 1987 *THRHR* 187) en die feit dat die sessionaris, nadat die skuld betaalbaar is en die sedent nie kan betaal nie, die hele bedrag kan vorder en slegs die oorskot moet oorbetal (Scott 1987 *THRHR* 189).

168 Die oplossings is so bevredigend dat die voorstanders van die algehele sekerheidsessiekonstruksie hierdie uitsprake gebruik as gesag vir die posisie by algehele sekerheidsessies (sien ook *Leyds v Noord-Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy supra* 780F-G).

169 Sessie 313; *Cession* 144.

bestaansreg het en erken behoort te word. Van der Merwe¹⁷⁰ is verkeerd¹⁷¹ as hy beweer dat

“enige afwyking van hierdie dogmaties korrekte standpunt (naamlik dat sodanige sessie 'n volkome sessie is) . . . hierdie gebied van ons reg in onnodige onsekerheid [sal] dompel”.

Daar is weinig onsekerheid oor die beginsels en praktiese toepassing van die verpandingskonstruksie. Daar kan eerder gesê word dat daar veral in die Suid-Afrikaanse reg¹⁷² onsekerheid is oor die beginsels wat op algehele sekerheidsessies van toepassing is en dat regsgeleerdes bekommerd moet wees oor die gevolge wat sodanige sessies volgens die voorstanders van hierdie konstruksie het.

Van der Merwe¹⁷³ en ander voorstanders¹⁷⁴ volstaan by die reël dat die reg volkome oorgedra word. Van der Merwe noem dan die posisie by insolvensie en die feit dat die sedent

“in gepaste omstandighede as gevolg van die werking van die leerstuk van estoppel verhinder word om 'n verdere sessie deur die sessionaris aan 'n *bona fide* buitestaander ongedaan te maak”

as nadele waarmee die sedent by 'n algehele sekerheidsessie rekening moet hou.¹⁷⁵ Van der Merwe gee egter geen aandag aan die probleme by beslaglegging¹⁷⁶ of by belasting¹⁷⁷ nie; en wat die tweede nadeel betref, kan daarop gewys word dat 'n beding dat die reg nie verder oorgedra mag word nie 'n *pactum de non cedendo* is wat volgens die positiewe reg¹⁷⁸ die effek het dat dit derdes ook bind aangesien so 'n beding die reg in 'n onoordraagbare reg “verander”.¹⁷⁹ Hierdie beswaar is dus nie wesenlik nie.

Wat die posisie by insolvensie betref, is dit vanselfsprekend 'n geweldige nadeel, nie alleen vir die sedent self nie maar ook vir sy skuldeisers. Dit is egter

170 486.

171 soos die onlangse appèluitsprake trouens ook aangedui het.

172 Alhoewel daar probleme in die Duitse reg is, is daar geen onsekerheid oor die bestaan van die regsfiguur of oor die feit dat daar 'n duidelike onderskeid tussen hierdie regsfiguur en pandgewing is nie.

173 484.

174 Benade 1964 *THRHR* 283; De Wet en Yeats 371; Pahl 134.

175 Van der Merwe 485. Benade 1964 *THRHR* 286 noem ook hierdie nadeel, asook ander nadele vir die sessionaris (287 ev).

176 Die rede hiervoor is waarskynlik die feit dat hy die reël van volregsoordrag deurgaans handhaaf en die sekerheidsdoel van die sessie negeer.

177 Volgens sy benadering val die vorderingsreg die sessionaris toe en sal hy ook daarop belasting moet betaal.

178 Sien Scott “*Pacta de non cedendo*” 1981 *THRHR* 148 ev; 1987 *De Jure* 32 ev.

179 By reeds bestaande regte, soos dié wat hier bespreek word, behoort daar slegs van kontrakbreuk sprake te wees aangesien die motivering vir die onoordraagbaarheid, nl dat dit as onoordraagbare reg geskep is, nie hier toepassing vind nie. In die positiewe reg word hierdie onderskeid nie altyd duidelik gemaak nie.

'n nadeel waaraan voorstanders van die algehele sekerheidsessie-konstruksie onsteltend¹⁸⁰ min aandag gee. Juis hierdie nadeel beweeg sommige skrywers¹⁸¹ en die regspraak¹⁸² egter om in die geval van insolvensie pandregbeginsels op 'n algehele sekerheidsessie toe te pas.

Veral die probleme rondom insolvensie, beslaglegging en belasting by 'n algehele sekerheidsessie noop 'n mens om ernstig oor hierdie vorm van sekerheid te besin. Die volgende moontlike benaderings ten opsigte van hierdie regsfiguur kan onderskei word. Daar kan eenvoudig geargumenteer word dat 'n algehele sekerheidsessie so 'n ernstige nadeel by insolvensie van die sessionaris inhou dat slegs 'n verpanding — en nie hierdie vorm van sekerheid nie — erken moet word;¹⁸³ of dat, aangesien hierdie vorm van sekerheid dogmaties die enigste aanvaarbare vorm van sekerheidstelling deur middel van vorderingsregte is, bogenoemde nadeel as onvermydelik deur die partye aanvaar moet word;¹⁸⁴ of dat beide vorms van sekerheidstelling erken moet word.¹⁸⁵ In laasgenoemde gevalle moet dan bepaal word of die nadeel van 'n volkome regsoordrag by insolvensie in die geval van 'n algehele sekerheidsessie op die koop toe geneem moet word. Indien wel, kan geargumenteer word dat die sedent die reg nie van onregverdigheid kan verwyf nie omdat hy ten minste 'n keuse¹⁸⁶ ten opsigte van die vorm van sekerheidstelling gehad het: indien die onbevestigende gevolge by insolvensie¹⁸⁷ onaanvaarbaar is, moet gepoog word om dit uit te skakel.

In die lig van die behoefte¹⁸⁸ wat in die praktyk aan algehele sekerheidsessies bestaan, behoort daarna gestreef te word om hierdie regsfiguur te erken. Van-

180 De Wet en Yeats noem dit nie eers nie en dit hinder Pahl skynbaar ook nie. Sien verder Willis *Banking in South African law* (1981) 157 ev; Christie *The law of contract in South Africa* (1983) 463. Sien egter Harker 1981 *SALJ* 63 65.

181 Harker 1981 *SALJ* 68.

182 *Consolidated Finance Co Ltd v Reuvid* 1912 TPD 1019 1026; *Kimberley Motor Supplies Co (Ltd) v Union Trade Promotion Co* 1938 GWL 23 33; *Motala v Latib* 1964 1 SA 851 (T) 854D-E. Nienaber 2 *LAWSA* par 369 gee die posisie ook so aan.

183 Alhoewel so 'n benadering heelwat probleme sou uitskakel, negeer dit praktyksbehoefte en sou tot 'n verarming van die reg lei. Sover ek weet, is daar ook niemand wat so 'n benadering bepleit nie.

184 Dit is waarop De Wet en Yeats en Van der Merwe se benadering ongeveer neerkom.

185 Dit is my uitgangspunt en hierdie benadering is in *Alexander v Standard Merchant Bank Ltd supra* gevolg.

186 Dit is prakties natuurlik nie 'n vrye keuse nie, aangesien die algehele sekerheidsessiekonstruksie die voordeligste vir die sekerheidsnemer is en hy nie die verlee party is nie.

187 Dit sluit beslaglegging en belasting in.

188 Hier word veral gedink aan die feit dat publisiteit nie 'n vereiste is nie en dat die sessionaris nie aan die beperkings waaraan die pandhouer gebonde is, onderworpe is nie.

weë die sekerheidsdoel¹⁸⁹ wat daarmee nagestreef word, moet gepoog word om aan die partye se bedoeling dat die vorderingsreg net tydelik of vir 'n sekere doel aan die sessionaris oorgedra word, gevolg te gee. Die belange van die partye en derdes moet egter nie uit die oog verloor word wanneer oplossings gesoek word vir die probleme by insolvensie, beslaglegging, ensovoorts nie.

Aanknopingspunte vir die erkenning van hierdie regsfiguur en die oplossing van die probleme wat daarmee verband hou, kan in die gemenerereg gesoek word en as daar geen aanknopingspunte gevind word nie, kan daar as laaste uitweg na die wetgewer gekyk word.

In die Duitse reg is hierdie hele aangeleentheid deur die regspraak¹⁹⁰ hanteer. Die oplossing waartoe daar gekom is, is interessant¹⁹¹ en werk skynbaar bevredigend¹⁹² maar is nie sonder probleme¹⁹³ nie. Die manier waarop die Duitsers te werk gegaan het en die juridiese regverdiging van die partye se regsposisie kom my egter soms kunsmatig voor. Na my mening bied nòg Serick¹⁹⁴ se beroep

189 Die oogmerk is dus om die vorderingsreg slegs vir 'n beperkte tyd en rede aan die sessionaris oor te dra. Benade 1964 *THRHR* 286 wys ook daarop dat die sedent by 'n gewone sessie die bedoeling het om finaal van sy reg afstand te doen, terwyl die bedoeling by 'n algehele sekerheidsessie is dat die vorderingsreg weer aan hom teruggeorgedra sal word na delging van sy skuld.

190 Hierdie erkenning het geskied deur 'n proses van interpretasie van die gemenerereg, die Romeinsregtelike *fiducia cum creditore* en die Germaansregtelike *Treuhand*, in die wetgewing, die *KO* en die *ZPO* (sien bespreking hierbo en gesag in vn 163).

191 Begrippe soos *quasi*-saaklike werking, *Umwandlungsprinzip*, *Unmittelbarkeitsprinzip*, *Einziehungsermächtigung*, die *Schwankungsbreite des Treuhandrechtes*, *wirtschaftlichem* en *formal juristischem Eigentum*, ens is almal vreemd aan ons reg en in 'n mate ook aan ons regsdenke, maar bied tog oplossings vir die praktiese probleme waarmee die Duitse juriste gekonfronteer is.

192 By Serick, in sy vyf bande oor o a hierdie aangeleentheid, is daar skynbaar nie twyfel hieroor nie. Sien egter Sonnekus "Sekerheidsregte — 'n nuwe rigting?" 1983 *TSAR* 97 ev 230 ev; "Die publisiteits- en *paritas creditorium*-beginsel by mobiliêre sekerheidsregte in die Duitse reg" 1984 *TSAR* 53 ev 105 ev.

193 Dit blyk bv uit die skrywers se regverdiging van die posisie by insolvensie (sien bespreking hierbo by punt 7; sien ook Sonnekus 1983 *TSAR* 97 ev 230 ev; 1984 *TSAR* 55 ev).

194 Serick II 63 103 toon duidelik aan dat die vorderingsreg in die boeke van die sekerheidsgewer aangetoon moet word. As rede voer hy aan dat "für die Aufstellung der Bilanz sind wirtschaftliche Gesichtspunkte massgebend". Vir boekhouding- en belastingdoeleindes bly die vorderingsreg dus deel van die sekerheidsgewer se boedel. Serick moet dus afwyk van sy reël dat die reg volkome oorgedra is en hom wend tot die onderskeid tussen ekonomiese en streng juridiese maatstawwe. In hierdie opsig is die howe en ander skrywers se benadering dus meer konsekwent.

op die *quasi*-saaklike werking van die sekerheidsooreenkoms, nòg die howe¹⁹⁵ en skrywers¹⁹⁶ se beroep op die onderskeid tussen ekonomiese of materiële eiendomsreg aan die een kant, en formele eiendomsreg aan die ander kant 'n dogmatis volkome bevredigende verklaring van die betrokkenes se regsposisie.

'n Konsekwente toepassing van die reël dat 'n algehele sekerheidsessie die reg ten volle op die sessionaris laat oorgaan, het geen onbillike resultate waar die skuldeisers van die sedent op die oorgedraagde reg beslag wil laat lê nie. Aangesien dit inderdaad nie meer deel van sy boedel is nie kan hulle nie daarop beslag lê nie; hulle is ook nie oor die bates in sy boedel mislei¹⁹⁷ nie want dit behoort nie meer op sy boeke aangeteken te wees nie; die sessionaris se sekuriteit is ook hoegenaamd nie in gevaar nie.

In die geval van die sedent se insolvensie maak dit prakties ook nie veel verskil nie of die reël gehandhaaf word dat die sessionaris volgreëbbende is en dat die kurator van die insolvente boedel 'n eis vir terugoordrag van die reg na betaling of by nie-betaling 'n reg op die oorskot het, en of van die reël afgewyk word met die gevolg dat die vorderingsreg terugval in die sedent se insolvente boedel sodat die sessionaris 'n voorkeurreg¹⁹⁸ tot bevrediging uit die sekerheidsobjek verkry.

195 Sien veral Serick III 23 ev. Die howe is egter ook nie konsekwent nie. Een van die gevalle waar hulle onderskeid tussen materiële en formele eiendomsreg nie bevredig nie (Serick III 237 ev) is waar die sekerheidsnemer en -gewer albei op die *Drittwiderspruchsklage* by beslaglegging kan staatmaak. In die geval van die sekerheidsnemer is hy volgens die regspraak daarop geregtig omdat hy "volles bürgerlichrechtliches Eigentum" het en die sekerheidsgewer omdat hy ekonomiese eiendomsreg het. Volgens Serick oortuig dit nie "dass bei der Pfändung durch die Gläubiger des einem auf die volle bürgerlichrechtliche Rechtstellung, bei der Pfändung durch die Gläubiger des anderen auf die wirtschaftliche Berechtigung abgestellt und die Drittwiderspruchsklage jeweils wechselseitig auf diese verschiedenen Grundlagen, die sich nicht miteinander zugleich vereinbaren lassen, gestützt wird" (238). Daar kan met Serick se kritiek saamgestem word, maar soos hierbo aangetoon word, bied sy standpunt ook nie altyd 'n bevredigende verklaring vir die partye se regsposisie nie.

196 Sien gesag in vn 142.

197 In die Duitse reg bly die vorderingsreg nog op die boeke van die sekerheidsgewer en dit kom hom "angeblich" toe (Serick III 233). Gevolglik word die *Drittwiderspruchsklage* aan die sekerheidsnemer gegee.

198 Hierdie voorkeurreg kan 'n saaklike reg of 'n reg op afgesonderde bevrediging wees (soos in die Duitse reg) of dit kan moontlik 'n persoonlike voorkeurreg wees (soos wat Sonnekus "Sekerheidsregte — 'n nuwe rigting?" 1983 *TSAR* 116 246 in gedagte het): "Mits aan die publisiteitsvereiste voldoen word, hoef 'n nuwe voorkeurreg egter nie noodwendig 'n saaklike reg op bepaalde sake van die kredietnemer te wees nie. Alle sekerheidsregte hoef dus nie noodwendig aan die norme van die sakereg te voldoen nie." Waar daar geen publisiteit is nie, kan moontlik geargumenteer word dat die persoonlike reg uit die sekerheidsooreenkoms vanweë die sekerheidsdoel van die oordrag in die uitsonderingsgevalle van insolvensie en beslaglegging saaklike werking verkry; dit is in ooreenstemming met Serick se benadering.

As die reël dat die reg volkome oorgedra is konsekwent toegepas word, val die vorderingsreg vir belastingdoeleindes die sessionaris toe en behoort hy daarop belasting te betaal.¹⁹⁹ Dit is veral by insolvensie van die sessionaris of by beslaglegging deur sy skuldeisers dat die belange van die sedent en sy skuldeisers benadeel kan word en 'n belangebotsing kan ontstaan.

Die Suid-Afrikaanse howe kan, soos die Duitse regspraak, in die gemenereg²⁰⁰ aanknopingspunte vir die erkenning van 'n algehele sekerheidsessie as regsfiguur vind, maar na my wete is daar geen aanknopingspunte²⁰¹ om te argumenteer dat die sekerheidsgoed by insolvensie en beslaglegging weer in die sedent se boedel terugval nie.

Die sogenaamde funksionele verdeling²⁰² van eiendomsreg tussen ekonomiese of materiële eiendomsreg (*beneficial ownership*) en formele eiendomsreg (*legal ownership*)²⁰³ sal myns insiens nie maklik in ons reg byval vind nie en sal beslis nie deur die regspraak "ingevoer"²⁰⁴ word nie. Hierdie probleem van verdeelde eiendomsreg kom ook op ander gebiede²⁰⁵ van die reg ter sprake, maar die posisie van die sekerheidsgoed by 'n algehele sekerheidsoordrag stem veral ooreen met die posisie van trustgoed.²⁰⁶ Hier het die howe ook nog nie sover gegaan om die onderskeid tussen materiële en formele eiendomsreg te aanvaar nie met die gevolg dat die trustee as eienaar²⁰⁷ van die trustgoed beskou word. Vir

199 Alhoewel belastingreghandboeke geen aandag aan hierdie probleem gee nie, wil dit voorkom of die vraag aan wie die vorderingsreg toeval, beantwoord word aan die hand daarvan of die "cedent has divested himself of the right to claim . . ." (sien *Silke on South African income tax* (1982) par 2 21).

200 Sien die bronne aangehaal deur De Wet en Yeats 369-vn 186; Pahl 103 ev; Van der Merwe 478 vn 394 395.

201 d w s nòg in die gemenereg nòg in wetgewing.

202 Sien Van der Walt *Die ontwikkeling van houerenskap* (proefskrif PU vir CHO 1985) 453 ev.

203 Hierdie onderskeid kom uit die Engelse reg (sien Fischer "Trust, *fiducia*, bewind (administration) stichting (foundation)" 1957 *THRHR* 25; Honoré *The South African law of trusts* (1985) 15 ev).

204 Die Suid-Afrikaanse howe is konserwatief in hulle benadering tot regsontwikkeling en wyk nie maklik af van wat algemeen as die Romeins-Hollandse reg beskou word nie. Hierdie onderskeid is trouens al deur die howe verwerp (sien *Lucas' Trustee v Ismail and Amod* 1905 TS 239).

205 Voorbeelde van gevalle waar hierdie onderskeid moontlik 'n rol kan speel, is die volgende: trustreg, aandele, sekerheidseiendom (sessie in *securitatem debiti*, eiendomsoordrag tot sekerheid, eiendomsvoorbehoud), erfpag, huurpag, *fideicommissa* en moontlik selfs by estoppel.

206 Die Duitsers het dan ook juis die ontwikkeling in die trustreg as uitgangspunt gebruik vir die erkenning van algehele sekerheidsessies (sien bespreking hierbo by punt 1).

207 *McCullough v Fernwood Estate* 1920 AD 204 209. A 12 van die Wet op die Beheer van Trustgoed 37 van 1988 bepaal nou uitdruklik dat die trustgoed nie deel van die persoonlike boedel van die trustee vorm nie.

belastingdoeleindes²⁰⁸ word daar egter wel 'n onderskeid gemaak en die trustee kan in verteenwoordigende hoedanigheid (met ander woorde as trustee), of in persoonlike hoedanigheid belas word. Insolvensie van die trustee en beslaglegging deur sy skuldeisers skep egter ook probleme. Honoré²⁰⁹ betoog dat die trustgoed wat duidelik as sodanige geïdentifiseer is, nie deel van die insolvente boedel is of vir beslaglegging vatbaar is nie. Die onderliggende gedagte by so 'n benadering is duidelik: die belange van derdes word nie benadeel nie aangesien daar publisiteit aan hulle gegee is dat die goed trustgoed is en nie die trustee persoonlik toekom nie.

Dieselfde benadering kan ten aansien van algehele sekerheidsessies gevolg word ten einde die onderskeibare sekerheidsgoed af te sonder.²¹⁰ Die Akteswet²¹¹ maak voorsiening vir die registrasie van sessies van geregistreerde verbande en die rojering daarvan.²¹² Op hierdie wyse kan dus by 'n algehele sekerheidsessie van verbandversekerde vorderingsregte aan die publiteitsvereiste voldoen word. Wat ander vorderingsregte betref, kan sowel op die akte van sessie as die dokument waarin die reg wat oorgedra word, beliggaam is, duidelik aangedui word dat die sessie slegs as sekuriteit dien.²¹³ As derdes, veral dan die sessionaris se skuldeisers, daarvan bewus is dat die vorderingsregte slegs as sekuriteit oorgedra is, word hulle nie aangaande die kredietwaardigheid van die sessionaris mislei nie, en kan hulle nie by insolvensie of beslaglegging daarop aanspraak maak dat die sekerheidsgoed tot die insolvente boedel behoort²¹⁴ nie.

By hierdie benadering is dit egter nie duidelik wat die begunstigde²¹⁵ (sekerheidsgewer) se posisie is nie: het hy 'n persoonlike reg met saaklike werking,²¹⁶ 'n persoonlike voorkeurreg,²¹⁷ 'n beperkte saaklike reg of verdeelde eiendomsreg?

Aangesien hierdie aangeleentheid nog nie eers in die trustreg opgelos is nie, en met die onsekerheid rondom die begunstigde se regsposisie²¹⁸ in gedagte, wil

208 Honoré 332 ev.

209 54 432 ev.

210 Daar kan bv op die dokumente waarin die vorderingsregte beliggaam is, aangedui word dat dit slegs as sekuriteit gesedeer is.

211 A 3(f) Wet 47 van 1937.

212 De Wet en Yeats 374 en Pahl 195 kritiseer hierdie bepalings in die Akteswet en meen dat dit gewysig moet word.

213 Dit sal voldoende publisiteit wees in daardie gevalle waar die positiewe reg lewering van die dokument as geldigheidsvereiste vir die sessie stel.

214 Die sekerheidsgewer word hier deur die werking van die kennisleer beskerm.

215 Die trustoprigter kan self begunstigde wees, selfs enigste begunstigde (sien Honoré 5).

216 soos Serick dit waarkynlik sien.

217 soos Sonnekus 1983 *TSAR* 116 246 en Malan 211 vn 304 voorstel.

218 Honoré 432 ev doen bg oplossing aan die hand om die begunstigde se posisie te versterk.

dit my voorkom of daar nie van die howe verwag kan word om gemeenregtelike beginsels so te interpreteer dat die algehele sekerheidsedent in die geval van die sessionaris se insolvensie of by beslaglegging deur sy skuldeisers beskerm word nie.

As 'n oplossing vir bogenoemde probleem egter in die *regspraak* gevind moet²¹⁹ word, is daar enkele uitsprake²²⁰ waarin die mening gehuldig word dat 'n algehele sekerheidsessie 'n volkome regsoordrag teweegbring, maar dat hierdie volreg by insolvensie weer 'n pandregagtige karakter kry. Die meerderheid skrywers en uitsprake gee weinig aandag aan hierdie gesag. Dit is myns insiens te verstande aangesien hier 'n vermenging²²¹ van die regsbeginnels van twee uiteenlopende regsfigure plaasvind.

Aangesien dit duidelik is dat die probleem moeilik op 'n suiwer dogmatiese grondslag oplosbaar is, kan die hulp van die wetgewer ingeroep word.

Hier is daar ook weer verskillende moontlike benaderings: die hele gebied van sekerheidstelling kan gekodifiseer word;²²² slegs die regsposisie ten aansien van sessies *in securitatem debiti* kan deur wetgewing gereël word;²²³ slegs die regsposisie ten aansien van algehele sekerheidsessies kan statutêr bepaal word; of artikel 84 van die Insolvensiewet kan gewysig word om die sekerheidsnemer in 'n soortgelyke posisie as die kredietverskaffer (huurkoopverkoper) te plaas of om sekere persoonlike regte as voorkeurregte te behandel.

Aangesien daar nie soveel onsekerheid in die regspraak is oor die beginsels wat op die verpanding van vorderingsregte van toepassing is nie en weinig prak-

219 in die afwesigheid van wetgewing of uit vrees dat wetgewing verdere probleme gaan skep.
220 Sien vn 182 hierbo.

221 Sien Scott 1987 *THRHR* 193.

222 soos wat in die VSA deur die *Uniform Commercial Code* gedoen is. Die probleme rondom alle sekerheidsregte of voorkeurregte kan dan daarin aangepak word, bv besitlose pandreg, registerpand ens. Sonnekus 1983 *TSAR* 99 115 is 'n voorstander van so 'n benadering. Ten spyte van sy weldeurdatge en deurvorste hervormingsvoorstelle (1983 *TSAR* 242 ev), sou ek tog huiwerig wees om hierdie geweldige en ingewikkelde opdrag aan die wetgewer oor te laat. Sonnekus sien so 'n wet as die derde in 'n trilogie, die ander twee synde die Wet op Kredietooreenkomste 75 van 1980 en die Woekerwet 73 van 1968. Lg wette word deur regsgeleerdes as van die moeilikste in die privaatrek beskou, al het die adjunk-minister tydens die debattering van die Woekerwet (toe nog die Wet op die Bepeking en Bekendmaking van Finansieringskoste) beweer dat die wet eenvoudig is en dat die publiek hierdie wetgewing sal verstaan: sien Otto *Die regte van 'n huurkoper t o v beëindiging van die kontrak* (proefskrif UP 1980) 461 vn 10. Sonnekus 1984 *TSAR* 120 en Otto 459 ev is albei egter van mening dat wetgewing geslaagd kan wees. Dit veronderstel m i natuurlik dat aan sekere basiese vereistes voldoen word en dat onkundiges hulle so min as moontlik daarmee bemoei.

223 Sien Scott 1987 *THRHR* 194. Otto 460 skyn ten gunste van allesomvattende wette te wees eerder as losstaande wette wat net sekere aspekte van 'n groter geheel dek.

tiese probleme met die toepassing²²⁴ daarvan ondervind word,²²⁵ behoort daar nie statutêr met hierdie regsfiguur ingemeng te word nie. Wat die algehele sekerheidsessie betref, is daar in die regspraak voldoende gesag vir die erkenning van hierdie regsfiguur. Die enigste wetswysiging wat hier nodig is, is 'n wysiging van die Insolvensiewet soos hierbo uiteengesit. Die enigste werklike nadeel wat dan nog vir die sedent oorbly, is sy posisie by beslaglegging deur die sessionaris se skuldeisers. Hierdie probleem kan moontlik in ooreenstemming met die posisie in die trustreg, soos hierbo uiteengesit is, opgelos word.

Daar sal myns insiens dus 'n beleidsbesluit deur die regspraak geneem en 'n keuse gemaak moet word tussen bogenoemde moontlike benaderings tot die verskynsel van sessie *in securitatem debiti*.

Vanweë die onsekerheid wat nou nog, meer as tevore, in die regspraak oor hierdie regsfiguur bestaan, bepleit ek 'n duidelike uitspraak waarin bogenoemde moontlike benaderings ontleed en 'n keuse gemaak word. Indien bevind word dat albei konstruksies moontlik is, kan die wetgewing net die sedent se posisie by insolvensie verbeter. Indien die wetgewer om een of ander rede nie hierdie verandering teweegbring nie, sou ek verkies dat 'n verpanding as die enigste vorm van sekerheidstelling deur middel van vorderingsregte erken word; dat 'n algehele sekerheidsessie, waarvolgens daar nie afgewyk word nie van die reël dat die reg vir alle doeleindes in die sessionaris se boedel val, dus verwerp word aangesien so 'n konstruksie nie gevolg aan die partye se bedoeling gee nie en ernstige nadele vir die sekerheidsgewer (skuldenaar) en sy skuldeisers inhou.

Wanneer oor regshervorming besin word, moet die probleme²²⁶ wat ondervind word om hierdie regsfiguur te erken, asook die probleme²²⁷ wat op erkenning

224 Die regsbeginsels wat op 'n verpanding van vorderingsregte en op 'n algehele sekerheidsessie van toepassing is, moet net duidelik uitmekaar gehou word (sien bv die kritiek teen *Marais v Ruskin supra* in 1987 *THRHR* 190 ev). Willis 158 vermeng ook die beginsels wat op hierdie twee regsfigure toepassing vind.

225 *Leyds v Noord-Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy supra* 780E-G.

226 As die uiteindelijke effek van die huidige Duitse benadering in ag geneem word, nl dat 'n algehele sekerheidsessie die reg volkome op die sessionaris oordra en dat hy dus daarvoor kan beskik — 'n optrede wat weliswaar in stryd met sy kontraktuele verpligtinge is — maar dat die reg vir boekhouding- en belastingdoeleindes tot die boedel van die sedent behoort en ook by insolvensie en beslaglegging as deel van sy boedel beskou word, ontstaan die vraag of hierdie regsfiguur nie tog maar net 'n poging is om die publisiteitsvereiste by saaklike sekerheidsregte te ontwyk nie. Dit is 'n interessante, ingewikkelde juridiese toertjie, maar is dit die moeite werd? Soos Sonnekus 1984 *TSAR* 66 tereg beweer, kan " 'Sicherungsabtretung' in die Duitse reg slegs danksy kunstige interpretasie-arbeid met die erkenne beginsels van die Duitse sakereg versoen . . . word".

227 Afgesien van die probleme wat uit bg bespreking blyk, sien veral Sonnekus 1984 *TSAR* 56-57.

volg deeglik in oënskou geneem word. Alles in ag genome, vra 'n mens jouself die vraag af of 'n erkenning van 'n algehele sekerheidsessie nie meer probleme skep as wat dit oplos nie,²²⁸ en of die praktyksbehoefte hier nie op 'n ander wyse deur wetgewing meer bevredigend hanteer kan word nie.²²⁹

228 soos Sonnekus oortuigend aantoon.

229 Vir Sonnekus 1983 *TSAR* 11 97 115 is wetgewing die aangewese uitweg, maar soos ek reeds hierbo aangetoon het, het ek bedenkinge oor die uiteindelijke inhoud van so 'n wet op sekerheidsregte — soos telkens vantevore geblyk het, is daar nl 'n groot verskil tussen wat die opstellers van 'n wetsontwerp en hulle adviseurs beoog en wat die parlement daarvan maak.

(Hierdie artikel het in 1988 *THRHR* 434-453 en 1989 *THRHR* 45-53 verskyn.)

1.4 Sekerheidstelling deur middel van roerende goed*

AANBEVELINGS

5.9 Sessie ter versekering van 'n skuld

5.9.1 By sessie *in securitatem debiti* skyn dit nodig te wees dat die regsposisie duidelik in wetgewing uiteengesit moet word. Die gewildste en waarskynlik billikste interpretasie van sessie *in securitatem debiti* is die een van die pandkonstruksie. Sessie *in securitatem debiti* het tot gevolg die oordrag van 'n vorderingsreg aan 'n sessionaris ter *versekering* van 'n skuld. Die vorderingsreg word as't ware verpand met die verstandhouding dat dit na die sedent terugval by die aflossing van die skuld.

5.9.2 Daar word tentatief aanbeveel dat by sessie *in securitatem debiti* van 'n vorderingsreg die ooreenkoms tussen die partye op skrif gestel word. Indien die vorderingsreg in 'n dokument beliggaam word, sal oorhandiging van die dokument aan die sessionaris as bewys van die sessie dien. Oorhandiging van die dokument sal ook verhinder dat die sedent te maklik bedrog pleeg deur die vorderingsreg aan verdere skuldeisers oor te dra. Indien kennis van die sessie nie aan die skuldenaar gegee is nie, betaal die skuldenaar bevrydend teenoor die sedent en laasgenoemde is aanspreeklik teenoor die sessionaris/skuldeiser. Die vorderingsreg vorm deel van die sedent se insolvente boedel. Die sessionaris verkry 'n versekerde eis op die opbrengs van die vordering. By wanbetaling van die skuld deur die sedent kan die sessionaris die vorderingsreg teenoor die sedent se skul-

* Werkstuk 23, projek 46 van die Suid-Afrikaanse Regskommissie

denaar instel. Enige bedrag wat meer is as die sedent se skuld, moet deur die sessionaris aan hom oorhandig word. Alle sodanige sessie-ooreenkomste word vergesel van 'n *pactum fiducia* waarvolgens by vereffening van die skuld die sekuriteit verval en die sedent sy vorderingsreg kan terugeis saam met enige dokumente wat aan die sessionaris oorhandig is.

VOORGESTELDE WETSONTWERP

Sessie ter versekering van skuld

4. (1) Indien 'n vorderingsreg as sekuriteit vir 'n skuld gesedeer word —
 - (a) is die sedent by die aflossing van daardie skuld daarop geregtig dat daardie vorderingsreg aan hom teruggesedeer word;
 - (b) maak daardie vorderingsreg by die insolvensie van die sedent deel uit van sy insolvente boedel en het die sessionaris ten opsigte daarvan die regte van 'n pandhouer.
- (2) 'n Skuldenaar is nie gebonde aan die sessie van 'n skuldvordering waarvoor hy aanspreeklik is nie, tensy hy skriftelik van die sessie in kennis gestel is.
- (3) Indien 'n vorderingsreg wat in 'n dokument beliggaam is as sekuriteit vir 'n skuld gesedeer word, is die geldigheid van die sessie nie afhanklik van die lewering van die dokument aan die sessionaris nie, maar kan die lewering van die dokument dien as bewys van die sessie.

2.1 Akademiese probleemstelling

Susan Scott*

Dit is vreemd dat sessie *in securitatem debiti* wat so 'n belangrike faset van kredietsekerheid is, vandag in die Suid-Afrikaanse reg in soveel onsekerheid gehul is. Hierdie onbevredigende situasie het die Vereniging van Algemene Banke en die Genootskap van Suid-Afrikaanse Versekeringsbanke dan ook genoop om ver- toë tot die regs-kommissie te rig ten einde 'n oplossing vir die probleem te vind. Die regs-kommissie het in sy projek oor *sekerheidstelling deur middel van roe- rende goed* (werkstuk 26) sekere aanbevelings gemaak en ook 'n konsep wets- ontwerp voorberei vir kommentaar. Ek wil dan graag ook die wens uitspreek dat elkeen van ons hier teenwoordig na vandag sinvolle kommentaar hierop sal kan lewer.

In verskeie regstelsels word aanvaar dat 'n sessie *in securitatem debiti* op twee maniere gekonstrueer kan word, te wete as 'n verpanding van vorderingsregte of as 'n algehele sekerheidssessie.

By 'n verpanding van vorderingsregte beoog die partye dieselfde as wat by 'n verpanding van liggaamlike sake beoog word, naamlik dat die sekerheids- nemer sy vorderingsreg verseker deur 'n beperkte saaklike reg op 'n vermoëns- bes- anddeel (onliggaamlike saak) van sy skuldenaar te verkry wat hom in staat stel om by wanbetaling sy skuld deur middel van die verpande vorderingsreg te delg. Die verpande objek bied op tweeërlei wyse sekerheid: by wanbetaling kan die se- kerheidsnemer die objek ter bevrediging van sy skuld realiseer en by beslagleg- ging of insolvensie van die sekerheidsgewer word voorkeur aan die sekerheids- nemer verleen. Albei partye se behoeftes word dus bevredig: die sekerheids- nemer verkry sekuriteit vir nakoming van die sekerheidsgewer se verpligting, met

* Professor in die Privaatreg
Universiteit van Suid-Afrika

ander woorde sy vorderingsreg word verseker, en die sekerheidsgewer behou die sekerheidsobjek as deel van sy boedel, sodat die belange van ander skuldeisers ook beskerm word. Hier vind dus nie soos by 'n algehele sekerheidsessie 'n vermoënsverskuiwing plaas nie, slegs die bevoegdheid om te realiseer word oorgedra.

By 'n algehele sekerheidsessie dra die sekerheidsgewer 'n vorderingsreg in sy volle omvang ter versekering van 'n skuld aan die sekerheidsnemer oor, terwyl die partye ooreenkom dat die oordrag slegs as sekuriteit sal dien. Alhoewel die sekerheidsnemer dus reghebbende word, word hy dit net vir sekerheidsdoeleindes en ontstaan daar 'n vertrouensverhouding tussen die sekerheidsgewer en -nemer.

Aangesien hierdie twee vorme van sessie *in securitatem debiti* met hulle uiteenlopende gevolge nie duidelik onderskei word nie, word terminologie in die howe aangewend wat nie behoorlik gedefinieer is nie, of, waar dit wel gedefinieer is, dikwels nie die bedoelde betekenis kan hê nie. Aanvanklik het die howe 'n verpanding van vorderingsregte aanvaar omdat die verpanding van onliggaamlike sake volgens die Romeins-Hollandse reg moontlik was en die oogmerk van die partye hier dieselfde is as by die verpanding van liggaamlike sake. Daar is dus gevolg gegee aan 'n praktyksbehoefte binne die kader van bestaande regsbeginsels. Al gou het die analoë toepassing dogmatiese probleme opgelewer waarvan nie indringend aandag gegee is nie, maar waarvan die howe tog nie onbewus was nie. Later het die howe meer aandag aan die dogmatiek begin gee en tot die gevolgtrekking gekom dat 'n vorderingsreg nie verpand kan word nie, maar slegs in sy geheel oorgedra kan word. 'n Algehele regsoordrag was egter weer nie in ooreenstemming met die oogmerk van sekerheidstelling nie en het by insolvensie nie die gewenste uitwerking gehad nie. Gevolglik het 'n vermenging van die twee vorms van sekerheidstelling plaasgevind. Die onhoudbare resultaat hiervan is die erkenning van 'n verpanding van vorderingsregte met as inhoud 'n algehele regsoordrag wat by insolvensie weer 'n pandregagtige karakter verkry.

In die Suid-Afrikaanse positiewe reg geniet die verpandingskonstruksie die meeste steun en bied dit weinig praktiese probleme. Die grootste beswaar wat teen hierdie konstruksie geopper word, is die feit dat dit 'n juridiese onding is en dat dit dogmaties onaanvaarbaar is.

Die meerderheid skrywers, in navolging van De Wet en Yeats, konstrueer 'n sessie *in securitatem debiti* as 'n volkome sessie, gekoppel met 'n *pactum fiducie*, en meen dat dit die *enigste wyse* is waarop sekerheid deur middel van vorderingsregte gestel kan word. Enkele skrywers aanvaar dat 'n sessie *in securitatem debiti* as 'n verpanding of as 'n algehele sessie gekonstrueer kan word en dat daar telkens na die bedoeling van die partye gekyk moet word om vas te stel watter soort sekerheidstelling die partye beoog het en Harker meen dat mens hier met 'n *sui generis* vorm van sekerheidstelling te make het.

In die enkele beslissings wat 'n sessie *in securitatem debiti* as 'n volkome sessie sien, word weinig aandag aan besonderhede gegee of aan die probleemgebiede wat in die Duitse reg oorkom moes word om aan hierdie regsfiguur erken-

ning te verleen en wat tans nog probleme verskaf. As gevolg van die afwesigheid van riglyne in daardie gewysdes wat hierdie konstruksie handhaaf, steun die voorstanders van hierdie konstruksie in hul poging om die beginsels wat op algehele sekerheidssessies van toepassing is in besonderhede weer te gee meesal op gewysdes wat oor pandgewing handel. Vanweë die afwesigheid van duidelike riglyne is daar ook geen eensgesindheid onder skrywers oor die regsreëls wat op hierdie regsfiguur toepassing vind nie, en is daar selfs nie eensgesindheid oor so 'n belangrike aspek soos die rol en inhoud van die *pactum fiduciae* nie.

Na my mening bied pandregbeginsels in die meeste opsigte bevredigende oplossings vir die probleme wat by verpanding van vorderingsregte kan ontstaan en my standpunt is nog steeds dat albei vorme van sessie *in securitatem debiti* 'n bestaansreg het en erken behoort te word. Van der Merwe is verkeerd as hy beweert: "Enige afwyking van hierdie dogmaties korrekte standpunt (naamlik dat sodanige sessie 'n volkome sessie is) sal hierdie gebied van ons reg in onnodige onsekerheid dompel." Daar is weinig onsekerheid oor die beginsels en praktiese toepassing van die verpandingskonstruksie. Daar kan eerder gesê word dat daar veral in die Suid-Afrikaanse reg onsekerheid is oor die beginsels wat op algehele sekerheidssessies van toepassing is en dat regsgeleerdes bekommerd moet wees oor die gevolge wat sodanige sessies volgens die voorstanders van hierdie konstruksie het.

Van der Merwe en ander voorstanders bly by die reël dat die reg volkome oorgedra word en Van der Merwe noem dan die posisie by insolvensie en die feit dat die sedent "in gepaste omstandighede as gevolg van die werking van die leerstuk van estoppel verhinder word om 'n verdere sessie deur die sessionaris aan 'n *bona fide* buitestaander ongedaan te maak" as nadele waarmee die sedent by 'n algehele sekerheidssessie rekening moet hou. Van der Merwe gee geen aandag aan die probleme by beslaglegging of by belasting nie, en wat die tweede nadeel betref, kan daarop gewys word dat 'n beding dat die reg nie verder oorgedra mag word nie, 'n *pactum de non cedendo* is, wat volgens die positiewe reg die effek het dat dit derdes ook bind aangesien so 'n beding die reg in 'n cnoordraagbare reg "verander". Hierdie beswaar is dus nie 'n wesenlike een nie.

Wat die posisie by insolvensie betref, is dit vanselfsprekend 'n geweldige nadeel, nie alleen vir die sedent self nie, maar ook vir sy skuldeisers. Dit is egter 'n nadeel waaraan voorstanders van die algehele sekerheidssessie-konstruksie onttellend min aandag gee. Juis hierdie nadeel beweeg sommige skrywers en die regspraak egter om in die geval van insolvensie pandregbeginsels op 'n algehele sekerheidssessie toe te pas.

Veral die probleme rondom insolvensie, beslaglegging en belasting noop 'n mens by 'n algehele sekerheidssessie om ernstig oor hierdie vorm van sekerheid te besin. Die volgende moontlike benaderings ten opsigte van hierdie regsfiguur kan onderskei word. Daar kan eenvoudig geargumenteer word dat 'n algehele sekerheidssessie so 'n ernstige nadeel by insolvensie van die sessionaris inhou dat

hierdie vorm van sekerheid nie erken moet word nie, en in die plek daarvan slegs 'n verpanding; of, aangesien hierdie vorm van sekerheid dogmaties die enigste aanvaarbare vorm van sekerheidstelling deur middel van vorderingsregte is, dat bogenoemde nadeel as onvermydelik deur die partye aanvaar moet word; of dat beide vorms van sekerheidstelling erken moet word. In laasgenoemde geval moet dan bepaal word of die nadeel van 'n volkome regsoordrag by insolvensie in die geval van 'n algehele sekerheidsessie op die koop toe geneem moet word. Indien wel, kan geargumenteer word dat die sedent die reg nie van onregverdigheid kan verwyt nie omdat hy ten minste 'n keuse ten opsigte van die vorm van sekerheidstelling gehad het. Indien die onbevredigende gevolge by insolvensie onaanvaarbaar is, moet gepoog word om dit uit te skakel.

As dit blyk dat daar in die praktyk 'n behoefte aan algehele sekerheidsessies bestaan, behoort daarna gestreef te word om hierdie regsfiguur te erken en vanweë die sekerheidsdoel wat daarmee nagestreef word, moet gepoog word om aan die partye se bedoeling dat die vorderingsreg net tydelik of vir 'n sekere doel aan die sessionaris oorgedra word, gevolg te gee. Die belange van die partye en derdes moet egter nie uit die oog verloor word wanneer oplossings gesoek word vir die probleme by insolvensie, beslaglegging ensovoorts nie.

Aanknopingspunte vir die erkenning van hierdie regsfiguur en die oplossing van die probleme wat daarmee verband hou kan in die gemenerereg gesoek word en as daar geen aanknopingspunte gevind word nie, kan daar as laaste uitweg na die wetgewer gekyk word.

In die Duitse reg is hierdie hele aangeleentheid deur die regspraak gehanteer. Die oplossing waartoe daar gekom is, is interessant en werk skynbaar bevredigend, maar is nie sonder probleme nie. Die manier waarop die Duitsers te werk gegaan het en die juridiese regverdiging van die partye se regsposisie kom my egter soms kunsmatig voor. Na my mening bied nòg Serick se beroep op die *quasi*-saaklike werking van die sekerheidsooreenkom, nòg die howe en skrywers se beroep op die onderskeid tussen ekonomiese of materiële eiendomsreg, aan die een kant, en formele eiendomsreg aan die ander kant, 'n dogmaties volkome bevredigende verklaring van die betrokkenes se regsposisie.

'n Konsekwente toepassing van die reël dat 'n algehele sekerheidsessie die reg ten volle op die sessionaris laat oorgaan, het geen onbillike resultate waar die skuldeisers van die sedent op die oorgedraagde reg beslag wil laat lê nie: aangesien dit inderdaad nie meer deel van sy boedel is nie, kan hulle nie daarop beslag lê nie; hulle is ook nie oor die bates in sy boedel mislei nie want dit behoort nie meer op sy boeke aangeteken te wees nie; die sessionaris se sekuriteit is ook hoegenaamd nie in gevaar nie.

In die geval van die sedent se insolvensie maak dit prakties ook nie eintlik veel verskil of die reël gehandhaaf word dat die sessionaris volreghebbende is en die kurator van die insolvente boedel 'n eis vir terugoordrag van die reg na betaling of by nie-betaling 'n reg op die oorskot het nie of van die reël afgewyk word

met die gevolg dat die vorderingsreg terugval in die sedent se insolvente boedel sodat die sessionaris 'n voorkeursreg tot bevrediging uit die sekerheidsobjek verkry nie.

As die reël dat die reg volkome oorgedra is, konsekwent toegepas word, val die vorderingsreg vir belastingdoeleindes die sessionaris toe en behoort hy daarop belasting te betaal.

Dit is egter veral by insolvensie van die sessionaris of by beslaglegging deur sy skuldeisers dat die belange van die sedent en sy skuldeisers benadeel kan word en 'n belangebotsing kan ontstaan.

Die Suid-Afrikaanse howe kan, soos die Duitse regspraak, in die gemenerereg aanknopingspunte vir die erkenning van 'n algehele sekerheidsessie as regsfiguur vind, maar na my wete is daar geen aanknopingspunte om te argumenteer dat die sekerheidsgoed by insolvensie en beslaglegging weer in die sedent se boedel terugval nie.

Die sogenaamde funksionele verdeling van eiendomsreg tussen ekonomiese of materiële eiendomsreg (*beneficial ownership*) en formele eiendomsreg (*legal ownership*) sal myns insiens nie maklik in ons reg byval vind nie en sal beslis nie deur die regspraak "ingevoer" word nie. Hierdie probleem van verdeelde eiendomsreg kom ook op ander gebiede van die reg ter sprake, maar die posisie van die sekerheidsgoed by 'n algehele sekerheidsoordrag stem veral ooreen met die posisie wat vroeër t o v trusts gegeld het, waar die howe ook nie sover wou gaan om die onderskeid tussen materiële en formele eiendomsreg te aanvaar nie, met die gevolg dat die trustee as eienaar van die trustgoed beskou was. Vir belastingdoeleindes word daar 'n onderskeid gemaak en die trustee kon in verteenwoordigende hoedanigheid, met ander woorde as trustee, of in persoonlike hoedanigheid belas word. Insolvensie van die trustee en beslaglegging deur sy skuldeisers het egter ook probleme geskep, en Honoré het betoog dat die trustgoed wat duidelik as sodanig geïdentifiseer is, nie deel van die insolvente boedel is of vir beslaglegging vatbaar is nie. Die onderliggende gedagte by so 'n benadering is duidelik: die belange van derdes word nie benadeel nie aangesien daar publisiteit aan hulle gegee is dat die goed trustgoed is en nie die trustee persoonlik toekom nie. Die posisie t o v trustgoed is egter onlangs met die Wet op Beheer oor Trustgoed 57 van 1988 so gewysig dat die trustee nie meer eienaar van die trustgoed word nie.

Honoré se argument mag ook ten aansien van algehele sekerheidsessies gebruik word ten einde die onderskeibare sekerheidsgoed af te sonder. Die Akteswet maak voorsiening vir die registrasie van sessies van geregistreerde verbande en rojering daarvan. Op hierdie wyse kan dus by 'n algehele sekerheidsessie van verbandversekerde vorderingsregte aan die publisiteitsvereiste voldoen word. Wat ander vorderingsregte betref, kan sowel op die akte van sessie as die dokument waarin die reg wat oorgedra word, beliggaam is duidelik aangedui word dat die sessie slegs as sekuriteit dien. As derdes, veral dan die sessionaris se skuldeisers,

daarvan bewus is dat die vorderingsregte slegs as sekuriteit oorgedra is, word hulle nie aangaande die kredietwaardigheid van die sessionaris mislei nie, en kan hulle nie by insolvensie of beslaglegging daarop aanspraak maak dat die sekerheidsgoed tot die insolvente boedel behoort nie.

By hierdie soort benadering is dit egter nie duidelik wat die sekerheidsgewer se posisie is nie: het hy 'n persoonlike reg met saaklike werking of 'n persoonlike voorkeursreg of 'n beperkte saaklike reg of verdeelde eiendomsreg?

As 'n antwoord op hierdie vraag in die *regspraak* gevind moet word, is daar drie uitsprake waarin die mening gehuldig word dat 'n algehele sekerheidssessie 'n volkome regsoordrag teweegbring, maar dat hierdie volreg by insolvensie weer 'n pandregagtige karakter kry. Die meerderheid skrywers en uitsprake gee weinig aandag aan hierdie gesag en dit is myns insiens te verstane aangesien hier 'n vermenging van regsbeginnels van twee uiteenlopende regsfigure plaasvind.

Aangesien dit duidelik is dat die probleem moeilik op 'n suiwer dogmatiese grondslag oplosbaar is, kan die hulp van die wetgewer ingeroep word. Hier is daar ook weer verskillende moontlike benaderings: die hele gebied van sekerheidstelling kan gekodifiseer word; slegs die regsposisie ten aansien van sessies *in securitatem debiti* kan deur wetgewing gereël word; slegs die regsposisie ten aansien van algehele sekerheidssessies kan statutêr bepaal word of artikel 84 van die Insolvensiewet kan gewysig word om die sekerheidsnemer in 'n soortgelyke posisie as die kredietverskaffer (huurkoopverkoper) te plaas of om sekere persoonlike regte as voorkeursregte te behandel.

Aangesien daar nie soveel onsekerheid in die regspraak is oor die beginsels wat op die verpanding van vorderingsregte van toepassing is nie en weinig praktiese probleme met die toepassing daarvan ondervind word, behoort daar nie statutêr met hierdie regsfiguur ingemeng te word nie. Wat die algehele sekerheidssessie betref, is daar in die regspraak aanknopingspunte vir die erkenning van hierdie regsfiguur. Die enigste wetswysiging wat dan hier nodig is, is 'n wysiging van die Insolvensiewet soos hierbo uiteengesit. Die enigste werklike nadeel wat dan nog vir die sedent oorbly, is sy posisie by beslaglegging deur die sessionaris se skuldeisers, en hierdie probleem kan moontlik in ooreenstemming met die posisie in die trustreg, soos hierbo uiteengesit, opgelos word.

Vanweë die onsekerheid wat nou nog in die regspraak oor hierdie regsfiguur bestaan, bepleit ek 'n duidelike uitspraak waarin bogenoemde moontlike benaderings ontleed word en 'n keuse gemaak word. Indien bevind word dat albei konstruksies moontlik is, kan die wetgewer by algehele sekerheidssessies die sedent se posisie by insolvensie van die sessionaris verbeter. Indien die wetgewer om een of ander rede nie hierdie verandering teweegbring nie, sou ek verkies dat 'n verpanding as die enigste vorm van sekerheidstelling deur middel van vorderingsregte erken word en dat 'n algehele sekerheidssessie waarvolgens daar nie afgewyk word van die reël dat die reg vir alle doeleindes in die sessionaris se boedel val nie, verwerp word, aangesien so 'n konstruksie nie gevolg aan die

partye se bedoeling gee nie en ernstige nadele vir die sekerheidsgewer (skulde-naar) en sy skuldeisers inhou.

In bogenoemde voorgestelde besluitnemingsproses en hervorming moet die probleme wat ondervind word om hierdie regsfiguur te erken en die probleme wat op erkenning volg deeglik in oënskou geneem word. Alles in ag genome, vra mens jouself die vraag af of 'n erkenning van 'n algehele sekerheidssessie nie meer probleme skep as wat dit oplos nie en of die praktyksbehoefes hier nie op 'n ander wyse deur wetgewing bevredigend opgelos kan word nie.

2.2 Problem areas encountered in practice

C d'A Ussher*

1 INTRODUCTION

Cessions *in securitatem debiti* take place daily and on a large scale.

Most traders can offer the claims which they have against their debtors as security for their obligations. The ability to use these claims as security fulfils a very real need because very often the traders have no other worthwhile unencumbered assets.

There is therefore a commercial requirement for a simple and certain way of giving such claims as security in such a way that the cessionary or creditor is properly secured without any hidden danger that his security will be upset, but in a manner which is fair to both him and the cedent or debtor.

It does not seem as though this should be difficult to achieve. After all, a cession of claims seems to be a simple form of security. With a few exceptions, all contractual rights may be freely ceded outright or as security for a debt. There are no formalities and essentially all that is required is an agreement to cede or transfer the rights and the transfer itself. This can be done in one document or even orally.

But is a cession *in securitatem debiti* as simple as it seems at first sight? And does it always give good and unassailable security to the cessionary? And are there no difficulties in practice which make it an undesirable form of security — one which the cessionary only takes with reluctance because he wants to do the business and no other suitable security is available?

* Legal Advisor (Contracts)
The Standard Bank of SA Ltd

The answer to all these questions is, unfortunately, in the negative.

The legal nature of security cessions is still unclear despite a number of recent decisions in the Appellate Division of the Supreme Court dealing with the matter. It is primarily these legal uncertainties which give rise to difficulties and problems in practice.

2 FOUR STAGES

It is convenient to deal with the practical problems of security cessions in four parts, each representing a stage in the cession process.

- 1 The first stage is the negotiations when a loan or other facility is applied for and a cession of debtors is proposed as security.
- 2 If the proposal is accepted, the next stage is the agreement to cede and the cession.
- 3 The third stage is the perfection of the cession and the maintenance of it.
- 4 Hopefully the cedent duly complies with his obligations but, if not, the fourth stage is reached, which is the enforcement of the cessionary's rights under the cession.

While it is at the fourth stage that a cessionary may find to his cost that his cession of debtors is, for a variety of possible reasons, worth little or nothing, it is at the earlier stages that something can sometimes be done to prevent the loss.

Some of the practical problems that arise at the first three stages will now be considered.

2.1 Negotiation stage

During the first or negotiating stage there are certain special enquiries which need to be satisfactorily answered before embarking on the second or agreement stage or there could be dire financial consequences for the cessionary at the fourth stage.

2.1.1 *Prior cessions*

The first enquiry is whether there has been an earlier valid cession of the rights of which the proposed cessionary intends to take transfer. There can seldom be absolute certainty in this regard.

Some cessionaries get warranties from the cedents that there are no prior cessions of the debts.

However, there can be no assurance that the warranties are correct so, with the cedents' consent, some cessionaries attempt to ascertain from the major creditors of the cedents whether there has been a cession of the cedents' debts to them. One problem is that cedents may object to enquiries of this nature being

made. Another is that it is not always easy to tell from an isolated list of debtors who the major creditors are.

The occurrence of multiple cessions is by no means rare. Instances where cedents purport to cede the same debts on three or even more different occasions to different cessionaries are not unknown. Often multiple cessions are done deliberately, but sometimes it is through genuine oversight. Accordingly, cessionaries have to be on their guard against the possibility even if the cedent is regarded as completely honest.

Judgment was given recently in a matter in which a company sought an urgent interdict against a bank restraining it from obtaining payment purportedly acting in terms of a deed of cession executed by the applicant in favour of the bank in 1986 in connection with a factoring agreement. The applicant said "with remarkable candour" (the judge's words) in the papers before the court that it had ceded the same book debts *in securitatem debiti* to a certain financial institution in 1984 and to another bank in 1988.

(As a matter of interest, the judge held that the only person who had the right to seek an interdict was the true cessionary of the debts. The applicant only had a reversionary right in the debts and it had not joined the other two financial institutions in the application. The application was dismissed with costs on the attorney and client scale.)

Certain steel suppliers include in the standard terms printed on the back of their standard application for credit forms, a cession to the supplier concerned of the applicant's debtors as security for his future indebtedness to the supplier. Suretyships also sometimes contain cessions *in securitatem debiti*. If the security cessions contained in documents primarily of a different nature are not pointed out to the signatories and they do not read the documents, they will inadvertently cede some or all of their claims as security.

Unless a central registry of cessions is created by statute, (something which has its own practical problems and which is not suggested by the South African Law Commission in its proposed Giving of Security by Means of Movable Property Bill) multiple purported cessions of the same claims will not cease and cessionaries will continue to suffer the consequences.

2.1.2 *Pacta de non cedendo*

In addition to satisfying himself that there are probably no prior cessions, the cessionary needs to consider whether any exception to the general rule that all rights may be freely ceded, applies.

One of these exceptions is the so-called *pactum de non cedendo* or agreement prohibiting cession.

A *pactum de non cedendo* is probably valid where the person in whose favour

the agreement not to cede is given, has an interest in prohibiting cessions or where the agreement creating the right contains a restriction against alienation.

In the building industry the main contractor often incorporates in the sub-contracts restraints against cessions by the sub-contractors of their claims against the contractor.

Such *pacta* are normally along the following lines —

“The contractor hereby undertakes not to cede or assign his rights or claims to any moneys due or to become due under this contract and no such cession or assignment will be recognised by the employer.”

If a contract does contain a valid *pactum de non cedendo*, the debtor will often agree to waive his rights to enable the claim to be ceded. In fact some contractors go so far as to specifically state in their sub-contracts that the sub-contractors may cede their claims as security. These contractors realise the reality of the situation, namely that sub-contractors often need to cede their rights in order to raise funds to perform their sub-contracting obligations because they have no other worthwhile security to offer. On the other hand, some contractors refuse to consent to a cession of the claims against them.

Potential cessionaries of debts should therefore check any written contracts giving rise to the debts to see if there are any express restrictions against the cession of the debts and should also consider whether there is an implied agreement not to cede arising from the arrangements or relationship between the contracting parties.

2.1.3 *Delectus Personae*

Another factor which may prevent a free cession of incorporeals is the element known as *delectus personae*. These words mean choice of an irreplaceable person, and the law is that a right is incapable of being ceded without the debtor's consent if the performance to be rendered in terms of the right is so closely linked to the person of the creditor that performance to another would constitute a totally different performance. For example a portrait painter cannot cede his right to paint a particular portrait to another painter.

The scope of *delectus personae* has been dealt with in two recent cases.

In *G S George Consultants & Investments (Pty) Ltd v Datasys (Pty) Ltd* 1988 (3) SA 726 (W), Stegmann J made the following general statement about *delectus personae* —

“In my judgment, whenever parties conclude a contract in terms of which either owes the other a duty to guard the secrecy of confidential information, the character of the contract, and in particular the performance of the obligation to maintain confidentiality, is *ipso facto* so personal in nature that the element described as *delectus personae* is present.”

Later in his judgment, Stegmann J explained how *delectus personae* affects the cession by a banker of his claims against his customers. He said —

"I accordingly hold that, in the absence of agreement to the contrary, the contract of a banker and customer obliges the banker to guard information relating to his customer's business with the banker as confidential, subject to various exceptions, none of which is presently relevant; that such duty of secrecy imports the element of *delectus personae* into the contract; and that the banker's claims against his customers are accordingly not cedable without the consent of the customer."

If this is a correct statement of the legal situation it must create practical difficulties for bankers.

However, in a minority judgment in the Appellate Division in the matter of *SASFIN v Beukes* delivered on 19 September 1988, Van Heerden JA (with Rabie ACJ concurring) expressed misgivings about the correctness of Stegmann J's judgment and said he could not agree with his general statement. Although what Van Heerden JA said was *obiter*, it seems that *delectus personae* may not always be a stumbling block where it is sought to cede debts which arise from a *delectus personae* situation.

There are therefore some grey areas in the law regarding *delectus personae* and prospective cessionaries of claims should be on their guard if it is present.

2.1.4 Other restrictions

There are certain statutory restrictions (e.g. rights to pensions and retirement annuities may not be ceded) and common law prohibitions (e.g. cessions which are *contra bonos mores* are not permitted, as was illustrated in the *SASFIN* case) which may prevent a valid cession of rights.

2.2 Contracting stage

A clear distinction is not always drawn even by the courts, between the two possible legal constructions of security cession, namely a pledge and an out-and-out cession coupled with a *pactum fiduciae*. While recent decisions in the Appellate Division have confirmed that a security cession can be effected by way of a pledge, it does not necessarily follow that the other form of cession is not permissible. Apart from uncertainty as to the precise legal nature of cessions *in securitatem debiti*, the consequences of the two types of cessions are different. Accordingly the drafting of cession documents give rise to certain practical difficulties, particularly if complications such as cessions to joint cessionaries are attempted, and care and skill are needed to produce a satisfactory document within the constraints and uncertainties of the law.

The facts are also not always certain. For example, as already mentioned, it is seldom possible to find out if there has been a prior cession of debts. In case there has, the cession agreement should provide that if there has been a prior cession, the cedent cedes his reversionary rights against the prior cessionary to the subsequent cessionary.

2.3 Perfection and maintenance stage

2.3.1 *Notice to debtors*

It is uncertain whether notice to debtors is a legal requirement. Prof Susan Scott says that it is, in order to comply with the publicity requirement and that only after notice does the cessionary's right of pledge come into being. Others disagree that notice must be given.

Apart from the publicity angle, it seems legally inconsistent to take a cession but not give notice. It suggests that the parties did not seriously intend to implement the cession unless the cedent defaults in his obligations to the cessionary.

The requirement of giving notice to the debtor can create the following practical difficulties:

- 1 the cessionary does not want to collect the cedent's debts while cedent is solvent and honouring his obligations;
- 2 giving notice creates a lot of work and some administrative and other expenses, particularly as notice would have to be given on an on-going basis because new debtors are being created all the time;
- 3 if debtors start paying the cessionary, this upsets the cedent's debtor control;
- 4 the cedent gets upset because he believes that notice creates the impression in the debtors' minds that the cedent is in financial difficulties; and for this reason some cession agreements (secret cessions) in fact prohibit the giving of notice to debtors unless the cedent is in default.

As a result of these problems and because many cessionaries do not believe notice is a legal requirement, notice to debtors is often not given.

If, because of one or more of the aforementioned difficulties, notice is not given to the debtors by a cessionary, this can lead to a further problem, namely that another cessionary does so instead and collects the debts to the detriment of the cessionary who failed to give notice and whose cession might be the earlier in time.

2.3.2 *Delivery of documents*

Although the law is not clear regarding just which documents evidencing ceded debts must be delivered to perfect the cession, delivery of such documents is not normally a practical problem.

The cessionary should take delivery not only to comply with any legal requirement but to reduce the chance of fraudulent multiple cessions by the cedent and to enable the cessionary to discover at an early stage from the documents whether there are any apparent defects in the rights which the cedent has purported to cede to him.

2.4 Enforcement stage

If a cessionary is unlucky to reach the fourth stage where he needs to enforce his security, hopefully the precautions he has taken at the earlier stages to avoid or mitigate the problem areas are found to have been successful and his security turns out to be good.

3 CONCLUSION

From what has been said, it appears that cessions *in securitatem debiti*, while necessary in the commercial context, do give rise to a number of problem areas in practice but these can normally be successfully managed by the careful cessionary.

2.3 Lewering van die dokument waaruit die reg blyk as geldigheidsvereiste vir sessie

A N Oelofse*

Die Suid-Afrikaanse reg in verband met sessie is in verskeie opsigte onseker en onduidelik. Een van die twispunte het te make met 'n heel basiese vraag, naamlik die vereistes vir 'n geldige sessie van 'n vorderingsreg. Vanselfsprekend moet daar 'n ooreenkoms tussen die sedent en die sessionaris wees om die reg oor te dra en te ontvang.¹ Synde 'n ooreenkoms gerig op die oordrag van 'n reg van een persoon na 'n ander, is hierdie ooreenkoms 'n saaklike ooreenkoms, in teenstelling met die verbintenisskeppende ooreenkoms of kontrak, wat gerig is op die skepping van 'n verbintenis.² Om dus van sessie as 'n kontrak te praat, soos wat heel dikwels in die regspraak gedoen word,³ is nie net verkeerd nie, maar beslis ook nie bevorderlik vir helderheid van denke nie.

Indien dus aanvaar word dat 'n saaklike ooreenkoms 'n vereiste vir 'n geldige

* *Professor in die Handelsreg, Universiteit van Suid-Afrika*

¹ Sien, wat die Appèlhof betref, *Barnhoorn v Duvenhage* 1964 2 SA 486(A) 494A; *Trust Bank of Africa Ltd v Frysch* 1977 3 SA 562(A) 575A; *Kalil v Decotex (Pty) Ltd* 1988 1 SA 943(A) 970J-971A.

² Sien *De Wet en Van Wyk Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 5. Joubert *General Principles of the Law of Contract* (1987) 21 het dit mis waar hy beweer dat die begrip "saaklike ooreenkoms" slegs op die skepping en oordrag van *saaklike* regte betrekking het. Ooreenkomste waardeur immaterieelgoedereregte en vorderingsregte oorgedra word, is ook saaklike ooreenkomste (sien ook die boekbespreking in 1988 *MB* 105 106).

³ Vgl *Standard Bank of SA Ltd and Another v Ocean Commodities Inc* 1980 2 SA 175(T) 180F; *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v The Master* 1987 1 SA 276(A) 294E-F; *Kalil v Decotex (Pty) Ltd* 1988 1 SA 943(A) 970J-971A.

sessie is, ontstaan die vraag of iets meer as sodanige ooreenkoms vereis word om 'n sessie te bewerkstellig. In hierdie verband word eers baie kortliks gelet op wat die ou skrywers hieroor te sê het. Daarna sal op die regspraak en die standpunte van moderne skrywers gelet word.

DIE OU SKRYWERS

Dit is algemeen bekend dat sessie van 'n vorderingsreg aanvanklik nie moontlik was nie, maar eers na 'n lang geskiedkundige verloop tot 'n selfstandige regsfiguur ontwikkel het. Vir huidige doeleindes is dit nie nodig om in besonderhede daarop in te gaan nie.⁴ Volgens Grosskopf⁵ het die romaniste van die Middeleeue 'n parallel getrek tussen die lewering van 'n liggaamlike saak en die sessie van 'n vorderingsreg. 'n Mens sou dus verwag dat, benewens die saaklike ooreenkoms, daar 'n verdere vereiste, wat met die lewering van 'n liggaamlike saak vergelykbaar is, vir die sessie van 'n vorderingsreg gestel sou word. Hoewel hy daarop wys dat dit standaard praktyk was vir die sedent om 'n oordragakte te verly en aan die sessionaris te lewer, kom Grosskopf⁶ nogtans tot die slotsom dat so 'n akte van sessie nie as 'n voorvereiste gestel is nie. So 'n vereiste blyk wel uit die Franse reg van die sestiende eeu,⁷ waarvolgens daar nie alleen 'n akte van sessie moes wees nie, maar die sessionaris ook 'n afskrif van die akte op die skuldenaar moes bestel voordat die reg van die sedent na die sessionaris kon oorgaan.

Sande⁸ verklaar in drie tekste⁹ dat sessie deur blote *consensus* tussen die sedent en sessionaris geskied. In 'n vierde teks¹⁰ sê hy egter die volgende (Anders se vertaling): "It is not necessary that the title should be specifically mentioned in the document, but it is sufficient that the existence of it can be gathered by inferences and from the surrounding circumstances just as if it were expressed in the document." Uit hierdie teks wil dit voorkom of daar tog 'n oordragdokument moes wees.

Huber,¹¹ wat soos Sande 'n Fries was, verwys na 'n ordonnansie van Friesland ingevolge waarvan die *causa* van 'n sessie uitdruklik in die oordragakte gemeld moes word. Dit kom dus voor of 'n oordragakte tog in Friesland vereis is.

Die bekendste van die Romeins-Hollandse skrywers, naamlik Johannes Voet,¹²

4 Sien vir 'n volledige bespreking Grosskopf *Die Geskiedenis van die Sessie van Vorderingsregte* (LLD-proefskrif Leiden 1969).

5 65.

6 76.

7 Sien Grosskopf 82.

8 *De Actionum Cessione in Opera Omnia Juridica* (1721).

9 2 1, 2 2 en 2 9.

10 2 5.

11 *Heedendaegse Rechtsgeleertheit* (1768) 3 3 36 en 3 13 2.

12 *Commentarius ad Pandectas* (1795) 18 4 11.

sê uitdruklik dat sessie vormvry geskied, tensy die een of ander formaliteit deur wetgewing vereis word. Of dit wel die Romeins-Hollandse reg reflekteer, is egter nie so duidelik nie, aangesien 'n hele paar ander skrywers ten minste by implikasie te kenne gee dat 'n oordragakte wel vereis is.¹³ Uit twee uitsprake van die Hooë Raad wat deur Van Bijkershoek¹⁴ gerapporteer is, is dit ten minste duidelik dat 'n oordragakte algemeen gebruiklik was, hoewel nie gesê word dat dit 'n vereiste was nie. Die gevolgtrekking waartoe Scott¹⁵ kom, is dat die oordrag van 'n vorderingsreg waarskynlik wel deur middel van 'n akte moes geskied het.

Dit is duidelik dat geeneen van die ou skrywers gesag bied vir die standpunt dat indien die reg wat gesedeer word uit 'n dokument blyk, daardie dokument aan die sessionaris gelewer moet word ten einde die reg aan hom oor te dra nie. Dit is egter 'n standpunt wat in die Suid-Afrikaanse regspraak sterk aanklank gevind het, terwyl die moontlike vereiste van 'n oordragakte as't ware van die toneel verdwyn het.

DIE REGSPRAAK

Skygbaar is *Mills and Sons v Trustees of Benjamin Bros*¹⁶ die eerste beslissing waarin lewering van die dokument waarin die reg vervat is as vereiste vir sessie begin kop uitsteek het. Dit het daar gegaan oor 'n wissel wat Benjamin Bros van Standard Bank gekoop het. Die wissel is deur Standard Bank op homself getrek ten gunste van die eisers en aan Benjamin Bros oorhandig. Die bedoeling was dat Benjamin Bros die wissel aan die eisers sou lewer ter betaling van 'n skuld, maar dit is nooit gedoen nie. Gevolglik was daar nooit 'n uitgifte of verhandeling van die wissel nie.¹⁷ Namens die eisers is egter aangevoer dat Benjamin Bros in elk geval hulle regte teen die bank aan die eisers *gesedeer* het. In hierdie verband sê HR De Villiers die volgende:¹⁸ "In the case of a bill of exchange the cession of the right to receive the amount from the parties liable is not complete without delivery of the bill itself . . ." Hierdie beslissing is dus hoogstens gesag vir die stelling dat die vorderingsregte voortspruitend uit 'n *verhandelbare* dokument nie gesedeer kan word sonder lewering van die dokument nie.

In *Morkel v Holm*¹⁹ het dit gegaan oor die sessie van 'n versekeringspolis, wat

13 Sien die volledige bespreking deur Scott *Sessie in die Suid-Afrikaanse Reg* (LLD-proefskrif UNISA 1977) 15-32, en vgl Scott *The Law of Cession* (1980) 19 vn 14.

14 *Observationes Tumultuariæ* (Meijers-uitgawe 1934) 1523 en 2090.

15 Proefskrif 33.

16 (1876) 6 Buch 115.

17 Vgl arts 1 en 29 van die Wisselwet 34 van 1964.

18 122.

19 (1882) 2 SC 57.

die eiseres se eggenoot in hul huwelikskontrak onderneem het om aan haar te seeder. HR De Villiers sê onder andere:²⁰ “The assignment contained in the ante-nuptial contract, coupled with the delivery, actual and constructive, of the policy to her was, in my opinion, sufficient to complete the cession to her.” Uit hierdie opmerking kan moontlik die afleiding gemaak word dat HR De Villiers die leweringsvereiste uitgebrei het tot *enige* dokument waaruit die reg blyk.²¹

In *Jacobsohn's Trustee v Standard Bank*²² meen HR De Villiers dat die lewering van 'n dokument slegs 'n vereiste is indien “the sole proof of a debt is the instrument which records it.” Wat presies hy hiermee bedoel, word nie gesê nie. 'n Moontlike uitleg is dat die vereiste slegs geld indien opskrifstelling 'n vereiste is vir die ontstaan van die reg wat gesedeer word. Dit kan egter nie wees wat hy bedoel het nie, want hy pas die vereiste, soos in die *Morkel*-saak, op 'n versekeringspolis toe.²³ In die geheel gesien is HR De Villiers se uitlatings onduidelik. Die oorsprong van sy opvatting is ook nie met sekerheid vas te stel nie.

In die ouer Transvaalse beslissings is die standpunt ondubbelsinnig ingeneem dat lewering van 'n dokument waaruit die reg blyk 'n vereiste vir sessie is. Verder word geen onderskeid gemaak tussen die geval waar die dokument die “sole proof” van die reg is (wat dit ook al mag beteken) en enige ander geval nie. In *Smith v Farrelly's Trustee*²⁴ sê R Smith: “As a general rule no particular form of words need be used to effect a cession, and it may be effected either verbally or by a written instrument . . . Where, as in the present case, the evidence of the right is contained in the written instrument which records it, then the right cannot be completely ceded unless the instrument is delivered to the cessionary . . .” Verder aan in sy uitspraak beklemtoon R Smith opnuut dat geen oordrag-akte vereis word nie.²⁵

In die Vrystaat²⁶ en Griekwaland-Wes²⁷ is met goedkeuring verwys na HR De

20 64.

21 Vgl ook *The Standard Bank v Union Boating Co* (1890) 7 SC 257 268.

22 (1899) 16 SC 201.

23 Skrif is nie 'n vereiste vir 'n geldige versekeringskontrak nie (sien Reinecke “Insurance” 12 *LAWSA* par 64).

24 1904 TS 949 956. Vgl ook *Kessler v Krogmann* 1908 TS 290 296. Sien egter *Engel v Moritz* 1925 WLD 205 207, waar R Greenberg sê dat slegs “an intention on the part of the cedent to divest himself of all right to the money or fund” vereis word.

25 Op 957.

26 *Ex parte Narunsky* 1922 OPD 32 35-36. Vir sover hierdie uitspraak te kenne gee dat die saaklike sekuriteitsreg ingevolge 'n verband sonder registrasie oorgedra kan word, het dit later verkeerd geblyk te wees (sien Lubbe “Mortgage and Pledge” 17 *LAWSA* par 445; De Wet en Van Wyk 356). Of die vorderingsreg sonder registrasie as 'n *onversekerde* vorderingsreg gesedeer kan word, is nog nie mooi duidelik nie (vgl Scott en Scott *Wille's Law of Mortgage and Pledge in South Africa* (1987) 72-73; De Wet en Van Wyk 356 vn 94; Scott *Cession* 29; *Wessels v Standard Bank van SA Bpk* 1973 4 SA 716(O) 718D-F; *S v Harper* 1981 2 SA 638(D) 656G-H; *Vrystaatse Koöperasie Bpk v Pretorius en Cooper NNO en Andere* 1985 4 SA 416(O) 420C-421B).

27 *Pooley v Bredenkamp* 1925 GWLD 60 66-67.

Villiers se onderskeiding (in die *Jacobsohn*-saak) tussen 'n dokument wat die "sole proof of a debt" is en 'n dokument wat nie "sole proof" is nie, maar daar word nie verder verduidelik wat die inhoud van hierdie onderskeiding is nie. Dit is nietemin duidelik dat lewering van die dokument ten minste in sommige gevalle vereis is, hoewel dit nie duidelik is in presies welke gevalle nie. Wat die ouer beslissings in die provinsiale en koloniale howe betref, is slegs in Natal gesê dat lewering van 'n dokument nooit 'n vereiste vir sessie is nie. In *Block v Universal Produce Co (Pty) Ltd*²⁸ was R Landsdown van mening dat nie-lewering van dokumentêre bewys van die vorderingsreg hoogstens aanduidend kan wees van die feit dat daar in werklikheid nooit 'n saaklike ooreenkoms tussen die send en sessionaris was nie.

Die eerste beslissing waarin die appèlafdeling van die hooggeregshof hom uitdruklik oor hierdie aangeleentheid uitgespreek het, is *Jeffery v Pollak and Freemantle*.²⁹ Dit het daar gegaan oor die vraag of 'n aandelemakelaar sekere aandele aan die appellant oorgedra het of nie. AR Stratford³⁰ en HR Curlewis³¹ het albei met goedkeuring na *Smith v Farelly's Trustee* verwys as gesag vir die stelling (in die woorde van AR Stratford) dat "if there is a document which evidences the title to the right it must be delivered to the cessionary . . . because the delivery of the document is a requisite formality of cession in such cases." Aangesien AR Beyers (met wie W AR Watermeyer saamgestem het) hom nie hiervan gedistansieer het nie, moet dit as die oorwoë mening van die hof in die *Jeffery*-saak beskou word.

Of hierdie beginsel egter werklik op die feite van die *Jeffery*-saak toegepas is, lyk vir my twyfelagtig. Dit blyk dat die makelaar aandele wat reeds op sy eie naam geregistreer was, op die appellant se naam laat registreer het. Hy het nie die aandelsertifikaat op sy naam aan die appellant gelewer, soos die neergelegde beginsel vereis nie, maar dit direk tesame met 'n oordragvorm aan die betrokke maatskappy gelewer. Daarop het die maatskappy die oordrag geregistreer en 'n nuwe sertifikaat op die naam van die appellant aan die makelaar gelewer. Volgens AR Stratford en HR Curlewis is daar wel aan die neergelegde beginsel voldoen, omdat die makelaar die nuwe sertifikaat as verteenwoordiger van die appellant ontvang het. Myns insiens is dit nie die geval nie, aangesien die neergelegde vereiste tog klaarblyklik op lewering van die oorspronklike aandelsertifikaat (dit wil sê die een op naam van die makelaar) betrekking het.

Die eienaardige is dat hierdie stellings in die *Jeffery*-saak, hoewel nooit uitdruklik verwerp nie, nie daarna deur die appèlafdeling van die hooggeregshof

28 1934 NPD 324 328.

29 1938 AD 1.

30 Op 22.

31 Op 14.

self of die provinsiale howe konsekwent nagevolg is nie. Wat die appèlafdeling van die hooggeregshof self betref, blyk die eerste krakie in die gesag van die *Jeffery*-beslissing reeds uit *Hiddingh v Commissioner for Inland Revenue*.³² Daar het die appellant sy reg teen 'n trust wat by wyse van 'n hofbevel opgerig is, gesedeer. Die hofbevel was tog sekerlik op skrif, maar dit lyk nie of so 'n dokument aan die sessionaris oorhandig is nie. AR Centlivres beklemtoon bloot dat daar 'n bedoeling was om die reg oor te dra en te ontvang. Twyfel blyk ook uit die volgende opmerking van AR Schreiner in *Rabinowitz v De Beers Consolidated Mines Ltd*:³³ “. . . rights are transferred by cession, with the apparently established rider that when the right is represented by a document this must generally be delivered to the transferee.”

Nieteenstaande die oënskynlik duidelike en afdoende opmerking in die *Jeffery*-saak duur die onduidelikheid en onsekerheid voort, nie net in die provinsiale afdelings nie, maar ook in die appèlafdeling van die hooggeregshof self.

Tot in 1962 was daar sprake van slegs twee moontlike standpunte, naamlik dat lewering van die dokument 'n vereriste is vir sessie of nie 'n vereiste is nie. In daardie jaar het W R Eksteen in *Denny v Labuschagne*³⁴ *obiter* opgemerk dat die vereiste van lewering van die dokument nie tussen die sedent en sessionaris geld nie, maar slegs ten opsigte van derde partye. Op appèl is hierdie opvatting *obiter* eenparig deur die appèlafdeling van die hooggeregshof goedgekeur.³⁵ Volgens AR Botha geld die vereiste van lewering van die dokument slegs in die geval van mededingende aanspraakmakers op oordrag van dieselfde vorderingsreg, en nie tussen sedent en sessionaris nie. Hy meen dat daar geen rede is waarom tussen sedent en sessionaris 'n oordrag verydel sou kon word bloot omdat die geskryf waarin die bewys van die vorderingsreg vervat is, nie deur die sedent aan die sessionaris oorhandig is nie. Hierdie standpunt is iets tussenin die ander twee. Dit lei tot die sonderlinge resultaat dat 'n sessie geldig kan wees wat sekere persone betref, maar ongeldig wat ander betref.³⁶

Ook die mening wat in *Labuschagne v Denny* uitgespreek is, is nie daarna konsekwent deur die appèlafdeling van die hooggeregshof toegepas nie. In *Lief v Dettmann*³⁷ maak AR Van Wyk in 'n minderheidsuitspraak die volgende opmerking:³⁸ “Cession of real rights in land requires registration, but cession of a debt under a bond, being an incorporeal movable, requires no more than an agree-

32 1941 AD 111.

33 1958 3 SA 619(A) 636G.

34 1962 2 SA 508(O).

35 1963 3 SA 538(A).

36 Sien Scott *Cession* 24 en Scott (proefskrif) 166.

37 1964 2 SA 252(A).

38 259G.

ment to cede.” Hierdie opmerking is strydig met sowel die *Jeffery*-saak as die *Labuschagne*-saak. Wat presies die standpunt van AR Wessels in sy meerderheidsuitspraak in dieselfde saak is, is nie mooi duidelik nie. Dit wil voorkom of ook hy te kenne gee dat lewering van die dokument hoegenaamd nie ’n vereiste vir die sessie self is nie, hoewel hy skynbaar aan die sessionaris die reg verleen om lewering van die dokument te eis ten einde sy regte teen die skuldenaar makliker af te dwing.³⁹ Volgens AR Ogilvie-Thompson⁴⁰ is AR Wessels se opmerkings egter nie in stryd met die *Labuschagne*-saak nie.

In *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of South Africa Ltd*⁴¹ het dit gegaan oor die sessie van regte ingevolge ’n vaste deposito-sertifikaat. Vir die meerderheid van die hof was dit onnodig om weer iets te sê oor die vraag of die sertifikaat gelewer moes word om sessie te bewerkstellig, aangesien bevind is dat die regte nie sedeerbaar was nie. In sy minderheidsuitspraak het AR Ogilvie-Thompson die *Labuschagne*-beslissing in wese gevolg, maar bykomend vereis dat die sessionaris die dokument in sy besit moet hou ten einde beskerm te wees teen ’n moontlike latere aanspraakmaker op oordrag van die reg. Hy sê die volgende:⁴² “Inasmuch as the primary scope of the rule that the instrument evidencing the incorporeal must be delivered to the cessionary lies as between competing cessionaries it appears to me to be a logical if not indeed an essential corollary of that rule that — save possibly in rare and exceptional circumstances (for instance theft of the instrument) having no application in the present case — failure by the cessionary to retain the instrument should render his claim defeasible by a *bona fide* subsequent cessionary who has obtained delivery of the instrument. To hold otherwise would be to reduce the afore-mentioned rule to a mere evidential formality and to facilitate the deception of subsequent *bona fide* cessionaries who are handed the instrument by unscrupulous cedents.” Hierdie standpunt is met verwysing na sessie in die algemeen uitgespreek. Aangesien dit in die betrokke geval egter spesifiek oor ’n sessie *in securitatem debiti* gegaan het en AR Ogilvie-Thompson die pandkonstruksie van so ’n sessie voorgestaan het, het hy verdere regverdiging vir sy standpunt in die stelreël *mobilia non habent sequelam ex causa hypothecae* gevind.

In sy minderheidsuitspraak sê AR Van Blerk:⁴³ “Dit is ’n gevestigde reël, wat sy ontstaan aan die regspraak ontleen, dat indien ’n vorderingsreg uit ’n skriftelike stuk blyk daar geen geldige cessie van sodanige reg kan wees nie . . . , tensy die skriftelike stuk aan die cessionaris gelewer word.” Hoewel hy na die

39 271G en 276H.

40 In *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of South Africa Ltd* 1968 3 SA 166(A) 187B-C.

41 1968 3 SA 166(A).

42 185D-F.

43 172D-E.

Labuschagne-beslissing verwys, is sy stelling wyd en algemeen gestel. Dit kom dus voor of hy eintlik die *Jeffery*-saak bevestig, naamlik dat die sessie ook nie tussen sedent en sessionaris geldig is sonder lewering van die dokument nie. Hy verskil ook van AR Ogilvie-Thompson daarin dat hy nie behoud van die dokument deur die sessionaris vereis nie. Met verwysing na die bykomende vereiste deur AR Ogilvie-Thompson gestel, sê hy die volgende:⁴⁴ “Nog ’n probleem wat die vereiste van besit sal oplewer is die denkbare geval waar meerdere vorderingsregte uit een geskrewe stuk blyk en die verskillende regte word aan verskillende persone gesedeer.” Dit is wel so, maar dit is ’n probleem wat in elk geval ontstaan indien ’n mens hoegenaamd lewering van die dokument as vereiste vir sessie stel, soos tereg deur De Wet en Van Wyk⁴⁵ aangetoon. Dit is dus ’n probleem wat ook in verband met AR Van Blerk se eie standpunt ontstaan.

Die *Labuschagne*-beslissing is in sekere provinsiale beslissings gevolg,⁴⁶ maar eweneens nie konsekwent nie. In die jongste regspraak is daar nog steeds gevalle waar die hof lewering van die dokument of glad nie as vereiste stel nie,⁴⁷ of dit ook tussen sedent en sessionaris as vereiste stel.⁴⁸ Die Natalse howe het klaarblyklik afgewyk van die *Block*-saak,⁴⁹ waar beslis is dat lewering van die dokument glad nie ’n vereiste is vir sessie nie. In *Goode, Durrant and Murray Ltd v Hewitt and Cornell*⁵⁰ is beslis dat lewering van die dokument nodig is in geval van sessie van die regte uit ’n huurkoopkontrak en uit verhandelbare dokumente. Aan die ander kant kan ’n mens egter ook nie sê dat die Natalse howe nou ondubbelsinnig op die standpunt staan dat lewering van die dokument wel vereis word nie. In *Muller v Trust Bank of Africa Ltd*⁵¹ het R Thirion die volgende in ’n volbank-uitspraak gesê: “Rights of action, at least where evidence of the right is not contained in a written instrument, are transferred by mere agreement” (my kursivering). In *Ex parte Strydom NO: In re Central Plumbing Works (Natal) (Pty) Ltd*⁵² sê RR Friedman en Wilson die volgende: “In the ordinary field of contract law, this act of transference requires the consent of cedent and

44 176D-E.

45 226 vn 4.

46 *Gouws v Montesse Township and Investment Corporation (Pty) Ltd* 1964 3 SA 221(T) 235D-F; *Sandmann v Schaefer* 1969 4 SA 524(SWA) 527-528; *Oertel v Brink* 1972 3 SA 669(W) 674F-G; *Standard Bank of SA Ltd and Another v Ocean Commodities Inc* 1980 2 SA 175(T) 180F-G.

47 Vgl *RM van de Ghinste and Co (Pty) Ltd v Van de Ghinste* 1980 1 SA 250(K) 255F-G; *Weiner v The Master (I)* 1976 2 SA 830(T) 842D.

48 Vgl *Caulfield v Barclays Western Bank Ltd* 1981 2 SA 424(W) 425H-426A; *Nezar v Die Meester* 1982 2 SA 430(T) 439C-D; *Randbank Bpk v Morris* 1977 2 SA 21 (SOK) 26A, waar te kenne gegee word dat slegs sekere tipes dokumente aan die leweringsvereiste onderhewig is, maar sonder aanduiding van welke soort dokumente.

49 Vn 28 hierbo.

50 1961 4 SA 286(N).

51 1981 2 SA 117(N) 125F.

52 1988 1 SA 616(D) 621D-E.

cessionary and *in certain cases it may also, before it becomes effective, require the actual physical transference of the instrument of debt*" (my kursivering).

DIE TWEE JONGSTE UITLATINGS VAN DIE APPÈLAFDELING VAN DIE HOOGGEREGSHOF

In *Standard Bank of South Africa Ltd v Ocean Commodities Inc*⁵³ het dit gehandel oor sekere aandele en skuldbriewe wat geregistreer was in die naam van Standard Bank Nominees (Transvaal) (Pty) Ltd, maar waarvan twee broers die sogenaamde "beneficial owners"⁵⁴ was. Die twee broers het hulle regte as "beneficial owners" van die aandele en skuldbriewe aan Ocean Commodities geseë. Een van die vroe was of hulle dit kon doen sonder om die aandeel- en skuldbriefsertifikate saam met voltooide oordragvorme aan Ocean Commodities te lewer. Aangesien die twee broers nie die geregistreerde aandeel- en skuldbriefhouers was nie en die sertifikate in Standard Bank Nominees se besit was, kon hulle inderdaad nie die sertifikate tesame met voltooide oordragvorme aan Ocean Commodities lewer nie. In hierdie verband sê AR Corbett die volgende:⁵⁵ "There may be some residual uncertainty in our law as to whether the cession of an incorporeal right which is evidenced by a written document requires for its validity the delivery of the document itself . . . In the circumstances, however, I do not think it is necessary to enter this potentially controversial field for I am of the opinion that any suggested rule requiring such delivery where the seller of shares is the registered shareholder thereof and whose rights are, therefore, evidenced by a share certificate . . . would not apply in a case like this where the seller is not the registered shareholder but claims merely to have been the beneficial owner thereof."

Twee afleidings kan uit die uitspraak gemaak word. Die eerste en belangrikste is dat die appèlafdeling van die hooggeregshof die sogenaamde vereiste van lewering van die dokument, hetsy in sy ekstreme of afgewaterde vorm, nie as 'n duidelik gevestigde reël beskou nie. Die tweede is dat so 'n reël in elk geval nie kan geld indien die sedent nie in 'n posisie is om die dokument te lewer nie.

Die heel jongste uitlating van hierdie hof herhaal eintlik maar net-wat reeds in die *Ocean Commodities*-beslissing gesê is. In *Kalil v Decotex (Pty) Ltd and Another*⁵⁶ sê AR Corbett: "Moreover, I shall accept, as was argued on behalf of second respondent, that the ownership in shares can be transferred by way

53 1983 1 SA 276(A).

54 Sien hieroor in meer besonderhede *Oakland Nominees (Pty) Ltd v Gelria Mining and Investment Co (Pty) Ltd* 1976 1 SA 441(A).

55 288C-E.

56 1988 1 SA 943(A) 970J-971A.

of a contract of cession, provided that there is the necessary intention to pass ownership, and that there is no need for the delivery of the relevant share certificates . . .” Hy verwys dan na sy vroeër opmerkings in die *Ocean Commodities*-saak. Die rede waarom dit in die *Decotex*-saak onnodig was om ’n beslissing oor die leweringsvereiste te gee, is die feit dat die saaklike ooreenkoms wat vir sessie vereis word, in elk geval nie bewys is nie.

Wat die regspraak betref, moet aanvaar word dat daar nog geen duidelikheid bestaan oor die rol van die sogenaamde leweringsvereiste nie. Dit blyk veral uit die twee jongste uitlatings van die appèlafdeling van die hooggeregshof in hierdie verband.

MODERNE SKRYWERS

Volgens Nienaber⁵⁷ weerspieël die *Labuschagne*-beslissing die tans geldende posisie in die regspraak. In die lig van verskeie uitsprake wat na die verskyning van sy werk gegee is, kan hierdie standpunt egter nie meer met vertroue ingeneem word nie. Daarenteen meen Scott⁵⁸ dat die *Jeffery*-beslissing die geldende reg weerspieël. Ook hierdie standpunt kan in die lig van botsende beslissings en die onlangse onsekerheid wat deur die appèlafdeling van die hooggeregshof self uitgespreek is nie met vertroue onderskryf word nie. Van belang is haar standpunt dat die leweringsvereiste eintlik *per incuriam* in die regspraak ingesluip het. Soos reeds geblyk het, is daar geen Romeins-Hollandse gesag vir hierdie vereiste nie. Scott meen dus dat die leweringsvereiste die gevolg is van Engelse invloed, sowel as van ’n vereenselwiging van die oordragakte wat moontlik wel in die Romeins-Hollandse reg vereis is, met die dokument waaruit die gesedeerde reg blyk.

Lubbe⁵⁹ is ’n voorstander van die benadering in die *Labuschagne*-saak. Die basis van sy standpunt is dat die goeie trou van derdes beskerm moet word. Hy meen dat “die laat van die dokument by die sedent tot gevolg mag hê dat ’n derde persoon tot sy nadeel handel omdat die uiterlik waarneembare indruk van wie skuldeiser is nie ooreenstem met die werklike toedrag van sake nie”. Dit veronderstel natuurlik dat ’n derde party redelikerwys daarop mag staatmaak dat ’n voornemende sedent wat in besit is van die dokument waaruit die oorspronklike ontstaan van die reg blyk, wel nog skuldeiser is. So ’n aanname word egter tereg deur Scott⁶⁰ verwerp. Indien so ’n aanname gegrond is, behoort die skul-

57 “Cession” in 2 *LAWSA* par 348.

58 Proefskrif 171-172; *Cession* 27-29; “Sessie en factoring in die Suid-Afrikaanse reg” 1987 *De Jure* 15 20-26.

59 “Die oordrag van toekomstige regte” 1980 *THRHR* 117 136-137.

60 1987 *De Jure* 15 25. Haar kritiek geld ook vir die opmerkings van NL Joubert *Die Regsbetrekkinge by Kredietfaktorering* (LLD-proefskrif RAU 1985) 435-437.

denaar ook op blote besit van die dokument te kan vertrou om te bepaal wie op 'n bepaalde tydstop sy skuldeiser is. Dit is egter slegs by die sogenaamde legimitasiepapiere⁶¹ die geval. Dit moet goed in gedagte gehou word dat die besondere beskerming van die skuldenaar wat sonder kennis van sessie aan sy oorspronklike skuldeiser betaal nie gekoppel is aan die besit van enige dokument deur die oorspronklike skuldeiser nie. Interessantheidshalwe kan hier ook gewys word op die beslissing in *Pizani v First Consolidated Holdings (Pty) Ltd.*⁶² Die hof het beslis dat indien 'n skuld gesedeer word, enige regte wat die sedent teen 'n borg vir die hoofskuldenaar het ook outomaties op die sessionaris oorgaan, sonder dat die regte teen die borg afsonderlik gesedeer hoef te word. Dit spreek dus vanself dat die borgakte nie aan die sessionaris gelewer hoef te word nie. Klaarblyklik was die hof nie bekommerd dat derdes mislei kon word deur die feit dat die borgakte in die sedent se besit bly nie.

Soos reeds geblyk het, het heelwat van die regspraak waar die leweringsvereiste gestel is, met die oordrag van aandele te doen gehad. In die geval van 'n oordrag van aandele is die oordraggewer verplig om 'n behoorlik ondertekende oordragakte en die aandelesertifikaat aan die oordragnemer te lewer, sodat die oordragnemer registrasie in sy naam kan verkry en voortaan deur die maatskappy as aandeelhouer en lid erken kan word. Hoewel registrasie nodig is om as lid deur die maatskappy erken te word, word die aandeelhoudersregte deur sessie en onafhanklik van registrasie van die oordraggewer na die oordragnemer oorgedra.⁶³ Dit wil voorkom of die beslissings waarin lewering van die aandelesertifikaat as vereiste vir die sessie van die aandeelhoudersregte gestel is, ten minste gedeeltelik te wyte is aan 'n verwarring tussen die sessie self en die oordraggewer se plig om die oordragnemer in staat te stel om registrasie in sy naam te verkry. In hierdie verband merk Malan⁶⁴ tereg op: "If the two duties of a seller of securities, viz the duty to make a 'good delivery' and the duty to cede the right sold, are properly distinguished, there is no reason to require delivery of the instrument as a necessary formality to effect a cession."

De Wet en van Wyk⁶⁵ verwerp ondubbelsinnig die leweringsvereiste op grond daarvan dat dit "sonder rede die vorderingsreg vereenselwig met die skriftelike stuk." Hulle wys ook op die praktiese probleme wat kan ontstaan indien meerdere vorderingsregte uit dieselfde dokument blyk, en hierdie regte aan verskil-

61 Sien oor hierdie begrip De Wet en Van Wyk 744; Malan en De Beer *Wisselreg en Tjekreg* (1981) par 12; Cowen en Gering *The Law of Negotiable Instruments in South Africa* volume 1 (1985) 90-91.

62 1979 1 SA 69(A).

63 *Moosa v Lalloo and Another* 1956 2 SA 237(D) en verdere gesag daar aangehaal; De Wet en Van Wyk 629-630; Cilliers en Benade *Maatskappyereg* (1982) 209-210.

64 *Collective Securities Depositories and the Transfer of Securities* (1984) 173-174.

65 226 vn 4.

lende persone gesedeer word. Dit is selfs moontlik dat die regte van verskillende skuldeisers uit dieselfde dokument blyk. Daarby kan 'n mens voeg dat die voornemende sessionaris ook nie noodwendig bewus sal wees van die bestaan van 'n dokument waaruit die reg blyk nie. Dit sal die geval wees waar partye hulle ooreenkoms bloot vir bewysdoeleindes op skrif gestel het, en nie omdat dit 'n regtens voorgeskrewe formaliteit is nie.

DJ Joubert⁶⁶ som sy standpunt soos volg op: "Delivery of the document is only required where the right can be enjoyed only by the possessor of the writing or the parties voluntarily introduce it as a condition for the effectiveness of the cession." Dit blyk dus dat Joubert meen dat lewering van die dokument slegs in twee gevalle vereis behoort te word. Dat die partye kan ooreenkom dat sessie eers sal plaasvind wanneer die dokument oorhandig word, is duidelik en word gesteun deur *Trust Bank of Africa Ltd v Frysch*,⁶⁷ waarop Joubert hom beroep. Van veel meer belang is die eerste deel van Joubert se stelling. Hy meen dat lewering van die dokument slegs 'n vereiste vir sessie van die reg behoort te wees indien besit van die dokument 'n voorvereiste vir uitoefening van die reg is. In regsterminologie staan 'n dokument waarin 'n vorderingsreg op so 'n wyse beliggaam is dat besit van die dokument vereis word vir die uitoefening van die reg wat daarin vervat is, bekend as 'n waardepapier.⁶⁸ Ingevolge hierdie terminologie sê Joubert dus eintlik dat lewering van die dokument slegs 'n vereiste vir sessie is indien die reg wat gesedeer word in 'n waardepapier beliggaam is. As gesag hiervoor beroep hy hom op die reeds-vermelde beslissing van die appêlafdeling van die hooggeregshof in *Standard Bank of South Africa Ltd v Ocean Commodities Inc.*⁶⁹ Met respek kan ek geen gesag vir Joubert se standpunt in hierdie uitspraak vind nie. Dit beteken egter nie dat sy standpunt onaanvaarbaar is nie. Intendeel, soos sal blyk, meen ek dat daar wel motivering vir sy standpunt bestaan.

GEVOLGTREKKING EN EIE STANDPUNT

Myns insiens moet lewering van die dokument waaruit 'n vorderingsreg blyk as algemene vereiste vir die sessie van die reg, verwerp word. So 'n reël is nie slegs

66 *General Principles of the Law of Contract* (1987) 194.

67 1977 3 SA 562(A).

68 De Wet en Van Wyk 744. Die waardepapierbegrip het in die Duitse literatuur van die vorige eeu ontstaan (sien in besonderhede Oelofse "Rektawissel en rektatjek, verhandeling en sessie in die Duitse en Suid-Afrikaanse reg" 1987 *MB* 129 130-132), en speel vandag nog 'n belangrike rol in die Vastelandse regsistematiek. Vir die moderne Duitse reg verduidelik Richardi *Wertpapierrecht* (1987) 4 soos volg: "Die Geltendmachung des Rechts ist deshalb hier von der Innehabung der Urkunde abhängig. Diese Funktion bezeichnet man nach herkömmlicher Begriffsbestimmung als *Wertpapierfunktion*. Papiere, die sie erfüllen, sind im rechtswissenschaftlichen Verständnis Wertpapiere."

69 1983 1 SA 276(A).

histories onverantwoordbaar nie, maar weens 'n onverdedigbare vereenselwiging van die reg met die dokument, ook uit 'n dogmatiese oogpunt. Bowendien skep dit beslis praktiese probleme. Myns insiens is dit nog nie te laat vir die appèlafdeling van die hooggeregshof om duidelik hieroor standpunt in te neem nie. Die opmerkings in die jongste twee appèlhofuitsprake waar die kwessie aangeraak is, laat ruimte vir 'n deeglike herbesinning hieroor.

Die vraag is egter of daar nie gevalle is waar lewering van die dokument tog as geldigheidsvereiste vir sessie gestel behoort te word nie. So 'n reël sou moontlik sin kon maak in daardie gevalle waar 'n vorderingsreg op so 'n wyse in 'n dokument beliggaam is dat die vorderingsreg in 'n meerdere of mindere mate met die dokument self vereenselwig word, dit wil sê “versaaklik” word. Die mees ekstreme vorm van “versaakliking” van 'n vorderingsreg tref 'n mens natuurlik aan by die verhandelbare waardepapier, waarvan die wissel, tjek en promesse die bekendste verskyningsvorme is.⁷⁰ Wat hierdie dokumente betref, bestaan die moontlikheid dat 'n persoon aan wie die dokument *verhandel*⁷¹ is in sekere omstandighede 'n gebrekvrye vorderingsreg teen die skuldenaar kan verkry, hoewel die oordragnemer se voorganger hoegenaamd geen of slegs 'n gebrekkige reg gehad het.

Hoewel die regte uit 'n verhandelbare dokument gewoonlik deur *verhandeling* oorgedra word, en verhandeling 'n lewering van die dokument veronderstel, staan dit vas dat die regte uit 'n verhandelbare dokument ook by wyse van gewone sessie oorgedra kan word.⁷² Hoewel die oordragnemer deur sessie nie 'n sterker reg as sy voorganger kan verkry nie, ontstaan die vraag of lewering van die dokument nie vir sessie ook vereis moet word nie.⁷³

In hierdie verband is dit interessant om op die posisie in die Duitse reg te let. Volgens artikel 398 van die *Bürgerliches Gesetzbuch* word vorderingsregte deur blote ooreenkoms tussen sedent en sessionaris oorgedra. Daar is dus geen formele vereistes nie, en die feit dat die reg uit 'n dokument blyk, maak hieraan geen verskil nie. Nogtans het die *Bundesgericht* beslis dat lewering van die dokument wel 'n vereiste is indien die regte uit 'n *wissel* gesedeer word.⁷⁴ Dit was

70 Vgl ook *Kahn v Volschenk* 1986 3 SA 84(A) oor die sogenaamde verdedigingsbonusobligasies wat tot onlangs deur die Staat uitgereik is.

71 D w s gelewer is in die geval van 'n toonderdokument, of geëndoseer en gelewer is in die geval van 'n orderdokument.

72 Vgl *Factory Investments (Pty) Ltd v Ismails* 1960 2 SA 10(T); De Wet en Van Wyk 753 vn 72 en 755; Malan en De Beer par 151. Sien ook Oelofse 136 vn 81.

73 Cowen en Gering 44 vereis inderdaad lewering van die dokument vir die sessie van die regte uit 'n verhandelbare dokument, hoewel hulle origens die leweringsvereiste verwerp. Die grondslag van hulle standpunt is die “beliggaming” van die reg in die dokument.

74 Sien *BGH* 1958 *NJW* 302; *BGH* 1970 *WM* 245 246.

aanvanklik nie bo alle twyfel duidelik wat die presiese grondslag vir hierdie uitsondering is nie.⁷⁵ In 'n heel onlangse uitspraak⁷⁶ het die *Bundesgericht* die grondslag van sy standpunt egter baie duidelik gestel: die rede vir die uitsondering is die bevordering van regsekerheid. Aangesien 'n wissel 'n *verhandelbare* waardepapier is, bestaan die moontlikheid van 'n latere verkryging te goeder trou deur 'n derde party indien 'n sedent in staat is om die dokument nog steeds te verhandel nadat hy die regte daaruit reeds gesedeer het. Ten einde die sessionaris teen so 'n moontlikheid te beskerm en sodoende regsekerheid te bevorder, word lewering van die dokument vereis vir sessie. Dit volg dat die uitsonderingsreël slegs vir *verhandelbare* waardepapiere geld, en slegs vir solank die moontlikheid van verkryging van 'n onaanvegbare reg vanaf 'n persoon met 'n aanvegbare reg nog bestaan. Indien sessie dus plaasvind nadat die tydperk vir aanbieding reeds verstryk het of nadat protes weens wanbetaling reeds plaasgevind het,⁷⁷ kan niemand meer reëlmatige houer word nie en geld die leweringsvereiste nie.

Daar is enkele skrywers⁷⁸ wat meen dat die leweringsvereiste nie beperk moet word tot *verhandelbare* dokumente nie, maar vir *alle* *waardepapiere* behoort te geld. Ten gunste van hierdie standpunt kan aangevoer word dat die sessionaris van die regte uit 'n waardepapier in elk geval besit van die dokument nodig het om sy regte uit te oefen. Gevolglik het dit min sin om 'n oordrag van die reg na hom te erken sonder dat hy in staat is om sy reg uit te oefen. Hierdie standpunt is inderdaad deur die vooroorlogse *Reichsgericht* aanvaar.⁷⁹ Dit verteenwoordig ook die huidige standpunt van die Oostenrykse howe,⁸⁰ terwyl dit in Switserland by wyse van wetgewing vasgelê is.⁸¹ Soos reeds geblyk het, aanvaar die Duitse *Bundesgericht* nie meer die standpunt van die destydse *Reichsgericht* nie. Volgens die *Bundesgericht*⁸² beteken die blote feit dat besit van die dokument nodig is vir *uitoefening* van die reg, nie noodwendig dat die reg ook nie

75 Sien Oelofse 129-130 hieroor.

76 BGH 1988 *Der Betrieb* 1440 en 1988 *NJW* 1979.

77 Sien art 20 van die *Wechselgesetz* en art 24 van die *Scheckgesetz*.

78 Sien Jacobi *Wechsel- und Scheckrecht* (1956) 666-667; Quassowski/Albrecht *Wechselgesetz* (1934) par 14 op art 11 WG; Stanzl *Wechsel-, Scheck- und Sonstiges Wertpapierrecht* (1957) 53 en 123; Richardi 35-36.

79 RGZ 3, 326 329; RGZ 88, 290; RGZ 119, 215 217.

80 Sien die uitspraak van die *Oberlandesgericht* van Wenen by Von Caemmerer, Von Bargaen en Späth *Internationale Rechtsprechung zum Genfer einheitlichen Wechsel- und Scheckrecht* (1954) 98 en die uitspraak van die *Oberster Gerichtshof* in *Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen* band 44 (1971) 87 88.

81 Sien art 965 en 967(1) van die Switserse *Obligationenrechts*, en in verband daarmee Weber *Die Legitimationspapiere im Schweizerischen Recht* (1956) 13 vt 24; Jäggi, Druey en Von Greyerz *Wertpapierrecht* (1985) 180-181. Sien ook Oelofse 131.

82 1958 *NJW* 302 303.

oorgedra kan word sonder lewering van die dokument nie. Streng logies is dit wel waar, maar uit 'n *praktiese* oogpunt lyk die Oostenrykse en Switserse opvatting aantreklik. Indien lewering van die dokument dan nie as 'n vereiste vir die sessie self gestel word nie, sal die sessionaris ten minste die een of ander regsmiddel gegee moet word om besit van die dokument te bekom.⁸³ Duidelike aanknopingspunte vir so 'n regsmiddel ontbreek egter in die Suid-Afrikaanse reg.⁸⁴

Die gevolgtrekking is dus dat die leweringsvereiste wel behoort te geld vir die sessie van vorderingsregte wat in *waardepapiere* vervat is. Dit sluit alle dokumente wat oor die eienskap van verhandelbaarheid in die eng sin van die woord beskik, in, maar is nie daartoe beperk nie. Ook 'n tjek wat "nie verhandelbaar nie" gekruis is en 'n toegangskaartjie tot 'n rugbywedstryd of toneelopvoering is *waardepapiere*,⁸⁵ maar nie 'n dokument waarin die bepaling van byvoorbeeld 'n koopkontrak vervat is nie.

Ten slotte kan miskien nog iets oor die oordragakte wat moontlik in die Romeins-Hollandse reg vir sessie vereis is, gesê word. Hoewel daar moderne Europese regstelsels is wat 'n oordragakte as vereiste vir 'n geldige sessie stel,⁸⁶ is dit nie deurgaans die geval nie.⁸⁷ In hierdie verband volg die Duitse reg 'n interessante benadering. Volgens artikel 410 *BGB* kan die skuldenaar weier om teenoor die sessionaris te presteer, tensy laasgenoemde aan hom 'n oordragakte wat deur die sedent verly is voorlê, of tensy die sedent reeds skriftelik aan die skuldenaar kennis gegee het van die sessie. Hoewel die oordragakte of skriftelike kennisgewing nie as vereiste vir die oorgang van die reg gestel word nie, beskerm dit die skuldenaar teen iemand wat eenvoudig beweert dat hy nou die nuwe skuldeiser is.⁸⁸ Hoewel daar veel voor te sê is om ten minste in hierdie verswakte vorm 'n oordragakte te vereis,⁸⁹ sal dit in Suid-Afrika nie deur middel van die regspraak kan geskied nie. Daarvoor is die breuk met enige moontlike rol wat 'n oordragakte mag speel, te finaal.

83 Inderdaad bevat art 402 en 952 *BGB* wel sodanige regsmiddels. Dit verklaar miskien waarom die *Bundesgericht* so maklik 'n onderskeid tussen die uitoefening en die oordrag van die reg maak sover dit die rol van die dokument betref.

84 Sien egter by vn 39 hierbo en Scott *Cession* 39.

85 'n Tjek wat "onoordraagbaar" gemerk is, is weliswaar 'n *waardepapier*, maar die woord "onoordraagbaar" op so 'n tjek veroorsaak dat die regte daaruit in elk geval onsedeerbaar is (sien Oelofse 135-136, maar daarteenoor Malan en De Beer par 118).

86 Sien Scott 28 vn 88 oor die Nederlandse reg en art 165 *OR* vir die Switserse reg.

87 In die betrokke bepaling (art 1392-1399) van die Oostenrykse *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* word byvoorbeeld geen melding van 'n oordragakte gemaak nie.

88 Indien dit gaan oor die oordrag van 'n vorderingsreg wat in 'n legimasiepapier vervat is, sal die dokument self normaalweg die nuwe skuldeiser as skuldeiser uitwys, en het 'n oordragakte nie hierdie rol te speel nie.

89 Dit sou die grondslag vir die besonder wye beskerming wat al in geval van mededingende aanspraakmakers op prestasie aan die skuldenaar verleen is (vgl *Brook v Jones* 1964 1 SA 765(N)) grootliks uitskakel.

2.4 A tax lawyer's view

B Wunsh*

Although, as pointed out by Susan Scott in articles which have been published or are to be published, the text of which I have had the advantage of reading, expressions are used by the appellate division which hark back to the theory that a cession *in securitatem debiti*, which I shall for convenience call a "security cession", is tantamount to an outright disposal with a right to recession after the principal debt has been discharged, I consider that it is now firmly established that the courts apply the principles of the law of pledge to a security cession.

In *The Bank of Lisbon and SA v the Master*¹ the appellate division reaffirmed the recognition given in *National Bank of SA Ltd v Cohen's Trustees*^{1a} to a security cession being a form of pledge and that the principles of the law of pledge apply to a security cession. This means that a cedent under a security cession retains the *dominium* of the debt, having passed over to the cessionary the right to recover the debt, subject always to the limitations on a pledgee's right to realise or dispose of the subject matter of the pledge. The cessionary is vested with the procedural weapon to realise the benefit of the subject matter of the cession, i.e. the right to institute action and recover the ceded debt. The ownership of the debt remains vested in the cedent. On a strict application of the law of pledge the cedent retains the right to subject the debt to a further and subsequent pledge. According to the cases it is the cedent's "reversionary interest" in the debt after the secured debt has been paid which is capable of further cession. On the basis of a security cession being in the nature of a pledge, perhaps a more appropriate expression would be "residual interest" or "retained interest". As is pointed

* Practising attorney

1 1987 1 SA 276 (A).

1a 1911 AD 235.

out by Scott², the following dictum in *Barclays Bank (DC & O) v Riverside Dried Fruit Co (Pty) Limited*³ conflicts with this principle:

“The term ‘*dominium*’ for this almost nothing (i.e. what is retained by a cedent who effects a security cession) is too sanctified by authority for me to quarrel with it but I think it may be misleading unless it is carefully kept in mind that it is, as Watermeyer J said, ‘a sort of reversionary interest’ and, as Stratford J said, ‘an interest which gives the owner of the *dominium* no right to exercise the rights of a dominus’ ”.

It is ironic that that judgment was given in regard to a security cession of a mortgage bond. Section 3(1)(f) of the Deeds Registries Act 47 of 1937 provides that the Registrar of Deeds shall, subject to the provisions of the Act —

“register cessions (including cessions made as security) of registered mortgage bonds and registered cancellations of such cessions if made as security”.

Section 6(1) of the Deeds Registries Act provides that, save as is otherwise provided in the Act or in any other law —

“no registered deed of grant, deed of transfer, certificate of title or other deed conferring or conveying title to land, or any real right in land other than a mortgage bond, and no cession of any registered bond, *not made as security*, shall be cancelled by a Registrar except upon an order of court”. (I emphasise)

So that in terms of the Deeds Registries Act a security cession of a mortgage bond is cancelled, just like a pledge is cancelled. There is no recession of the bond back to the original holder. In fact De Wet and Yeats⁴ are critical of this legislative provision because it conflicts with their theory of a security cession i.e. a disposal and transfer of the right of action to the cessionary. In their view there should not have been a special provision in the Deeds Registries Act providing for the cancellation of a security cession but what should have been required is the recession of the debt to the cedent. They support the judgment in *Barclays Bank and Another v Riverside Fruit Co (Pty) Limited*.

In the recent judgments in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes*⁵ the appellate division, in evaluating the validity of certain terms of a security cession, applied principles of the law of pledge.

I am not aware of any judgments of our courts in income tax or estate duty cases which have had to deal with security cessions. As I shall point out later, there is a transfer duty case dealing with a security cession. There have been judgments dealing with the effect as regards income tax of out and out cessions, both of an existing right and of a *spes*. It has been held that a taxpayer can effectively

2 “Verpanding van Vorderingsregte: Uiteindelik Sekerheid?” 1987 *THRHR* 175 at 185.

3 1949 1 SA 937 (C) at 946.

4 *Kontraktereg en Handelsreg* 4ed 374.

5 1989 1 SA 1 (A).

divest himself of the right to receive income so that the income vests in and accrues to the cessionary. Although there have been instances where the steps taken by the taxpayer have not been effective to divest himself of the right to income and it has been held that what has been achieved is the disposal of income after accrual,⁶ there are many cases where the taxpayer has effectively divested himself of a right to income. Examples are a cession of a right to income accruing from an estate,⁷ an effective divestment of a right to rentals,⁸ a cession of a right to directors' fees,⁹ a cession of a right to the fruits to be enjoyed on shares¹⁰ and a cession of a right to dividends to accrue in the future.¹¹ A judge in the appellate division has recognised the possible effectiveness, from an income tax point of view, of the cession of a right to a share of the gross receipts of a partnership business.¹²

In *CIR v King*¹³ Watermeyer CJ said that the scheme of the Income Tax Act, 1941, afforded:

"several opportunities for the ingenious person to put into operation a transaction which is designed to free himself from taxation in respect of moneys",

which were the products of his capital or labour or both and, he continued:

"For example, seeing that the 'gross income' of a person is defined as the total amount 'received by or accrued to or in favour of that person', a taxpayer can, while retaining the ownership of his capital, arrange for the fruits of that capital, which are in reality part of his income (by which the learned chief justice meant the product of his capital or of his labour or of both), to be received by someone else and thus he can free himself from taxation in respect of these moneys". (at 211/2)

The learned chief justice suggested that section 90 of Act 31 of 1941, the predecessor to section 103 of the 1962 Income Tax Act, was introduced after the decision in *Hiddings v CIR*¹⁴ in which the taxpayer had avoided tax by means of an assignment of income —

"to prevent a taxpayer from avoiding liability by means of assignments of income", such as were made in *Hiddings's* case.

6 *Rishworth v SIR* 1964 4 SA 493 (A); *ITC 1405* 48 SATC 6; cf *Scott The Law of Cession* 146, 147.

7 *Hiddings v CIR* 1941 AD 111.

8 *ITC 265* 7 SATC 149 and *ITC 474* 11 SATC 270.

9 *Taxpayer v Commissioner of Taxation, Botswana* 43 SATC 118.

10 *SIR v Smant* 1973 1 SA 754 (A).

11 *ITC 1378* 45 SATC 230.

12 *Van Der Merwe v SBI* 1977 1 SA 462 (A) at 482B-D.

13 1947 2 SA 196 (A).

14 1941 AD 111.

In *ITC 1378*, which involved a cession of a right to dividends to accrue in the future, the Commissioner for Inland Revenue argued that a taxpayer could not effectively divest himself from and prevent the accrual to him, for tax purposes, of rights which would accrue in the future. It was not necessary in that case to decide the point. There is some controversy as to the legal effectiveness i.e. in achieving a divestment of a right to income, of a cession which operates in respect of future rights. The matter was considered fully in *Taxpayer v Commissioner of Taxes, Botswana* where the court held, by a majority, that a cession of future rights was effective for income tax purposes. (It may, with respect, have been competent for the court to have decided the case without having to examine the effectiveness, from an income tax point of view, of a cession of future rights. The appellant was seconded by his employer for a period of 3 years to Botswana and entered into a service contract with a subsidiary of his employer. He became the resident director of the group in Botswana. Pursuant to his service agreement, he was appointed to the board of the subsidiary and of several subsidiary and associated companies of the group in Botswana. It was a condition of his service that he was obliged to cede his rights to all fees payable to him in his capacity as chairman or director of the company in question, including the company itself, to his employer. He was appointed to the boards of the various companies to represent his employer and as part of his service agreement. It was found that the arrangement or contract between the appellant and others similarly employed and the cessionary was so adopted or made in the interests of proper administration and was not designed to avoid liability for tax. It seems to me that the basis of the whole relationship was that the fees paid to the appellant were for the benefit of the employer, that by reason of his arrangement with his employer, who paid him an adequate salary for his services, he was bound to account to his employer for the fees and that he in truth received them — that is even without the actual cession — for his employer's benefit. It could, therefore, have been found that the income in fact accrued to the employer. In terms of a practice ruling issued by the Commissioner for Inland Revenue in South Africa (Practice Note 4, 2 September 1985), when similar arrangements are made here, the Commissioner will not tax the director but will tax his employer on the director's fees).

Reservations are expressed by various academic writers¹⁵ and the judgment in *Muller v Trust Bank of Africa Ltd*¹⁶ conflicts with the concept that the cession of a right to income which will accrue in the future without divestment of

15 eg *De Wet and Yeats op cit* at 228; *Susan Scott Cession* at 31 and 1982 *De Jure* 183; *Lubbe* 1980 *THRHR* 117.

16 1981 2 SA 117 (N).

the *corpus* giving rise to that right is feasible and effective. In *SIR v Smant*¹⁷ it was held that a taxpayer could in effect dispose of the right to the fruits on certain shares on the basis that the right was “ceded before (the fruits) accrued”. In *CIR v King* the court considered effective for the purpose of divestment an agreement in terms of which one of the respondents “disposed of all the accrued and accruing rights to receive the fruits and profits from” certain shares. In *Rishworth v SIR* which concerned a cession of rentals, counsel for the secretary argued that where a cession relates to future rights “as a matter of law, the date of effective operation of the cession is the date when the rights mature, for only then can there be a divesting and transfer”. The court’s decision on this point was —

“I do not find it necessary to decide this as a matter of law, since it seems to me that in each case the terms of the deed of cession must first be looked at.”¹⁸

It seems to have been implied that in a proper case and if a document were properly drawn, a right to future income could effectively be ceded. However, where there is a cession of a right to dividends accruing in respect of shares or of a right to rental payable under an existing lease, it is questionable whether you in fact have a cession of a *spes* or future right. As was held in *ITC 1378*, dealing with a cession of a right to dividends, that you have in fact a cession of an existing right operating in respect of income to accrue in the future. In some other jurisdictions it has been held that for tax purposes a taxpayer cannot effectively assign a right to remuneration for services to be rendered.¹⁹ Although, as pointed out in the *Botswana* case, our law recognises a cession of a right to wages, the true position may be that the recognition of the validity of a cession of wages is merely a recognition of the validity of the agreement to make over the wages, but this is not necessarily an effective divestment in advance of the wages. It may well be that in South African law the courts will hold that for tax purposes a cession to a right to remuneration for services to be rendered is ineffective because the right is in fact a *spes* with the entitlement to the income depending upon the future performance by the cedent of the services which will entitle him to the remuneration in the same way as a cession of book debts to accrue in the future relates to income, the entitlement to which depends upon the performance of certain obligations e.g. the supply of goods or the rendering of services by the cedent.

17 1973 1 SA 754 (A) at 762B.

18 1964 4 SA 493 (A) at 499H to 500A.

19 *Sprat v IRC* (NZ) 9 ATR 277; *Johnson v IRC* (NZ) 10 ATR 222; *Kelly v IRC* (NZ), *Freed v IRC* (NZ) 1 ATR 380; *Lucas v Earl* (1930) 281 US111; *Luce v Burnet* (1932) 55F 2nd 751 (App DC); *Blumenthal v Commissioner* (1932) 60F 2nd 715 (CCA 2nd); *Parkford v Commissioner* (1943) 133F 2nd 249 (CCA 9th); *Wilkinson v US* (1962) 304F 2nd 469 (Ct Claims); *sed contra: Galland v FCT* (1984) 15 ATR 200 and see *FC of T v Everett* (1978) 9 ATR 211 at 231 and 240 and the discussion in *FC of T v Everett* (1979) 10 ATR 608 at 619.

As it is graphically put by some lawyers, it is possible, for income tax purposes, to divest yourself of the right to the fruit while retaining the tree. An assignment of the fruit itself is not effective to prevent the accrual of the income to the disposer.²⁰

Some of the cases in the provincial divisions have held that if a future right is ceded and is liquidated when it materialises, set off does not operate between the claim and a counterclaim enjoyed by the debtor against the cedent, therefore holding that the claim, on materialising, vests in the cessionary.²¹ However, these were not cases where the court clearly recognised the difference between an agreement to cede and an actual cession. The effectiveness of a cession of a *spes* to divest the cedent of the right when it materialises has not yet been conclusively resolved by the appellate division.

As will appear from the views which I shall express later with regard to the taxation aspects of a security cession, I do not think that this aspect has to be resolved to determine the accrual of income arising from a right which is the subject of a security cession.

It was as a result of *ITC 1378* that section 7(7) was introduced into the Income Tax Act 58 of 1962. Insofar as is material for the present discussion, the effect of section 7(7) is that, if as a result of a donation, settlement or other disposition, the donor's right to receive or have paid to him or for his benefit any amount by way of rent, dividends, interest, royalties or similar income in respect of any movable or immovable property or with respect to the use of the property or the grant of permission to use the property is ceded or otherwise made over to any other person or to a third party for that other person's benefit in such manner that the donor remains the owner of or retains an interest in the property or if the property or interest is transferred, delivered or made over to another person for his benefit in such a manner that the donor will at a fixed or determinable time be entitled to regain ownership of or the interest in the property, any such rent, dividend, interest, royalty or other income which is received by or accrues to the other party and which would not have been received by or accrued to him but for the donation, settlement or other disposition is deemed to be the income of the donor. However, section 7(7) does not apply if there is no donation, settlement or other disposition. This expression

20 See eg *Bernard Marks Alienation of Income* 76-83.

21 *Schreuder v Steenkamp* 1962 4 SA 74 (O); *Consolidated Finance Co Ltd v Reuvid* 1912 TPD 1019.

“excludes any disposal of property that is a wholly commercial or business one, i.e. made for due consideration; it covers any disposal of property made wholly gratuitously out of liberality or generosity; it also covers any disposal of property made under a settlement or other disposition for some consideration but in which there is an appreciable element of gratuitousness and liberality or generosity.”²²

Therefore, if, for example, there were an arm's length disposal of a right to income the income which arises from that right would accrue to the cessionary and not be affected by section 7(7).

Another statutory provision which may have to be taken into account in determining the effectiveness from a tax point of view of a cession of a right to income is section 7(1) of the Income Tax Act which provides as follows —

“Income shall be deemed to have accrued to a person notwithstanding that such income has been invested, accumulated or otherwise capitalized by him or that such income has not been actually paid over to him but remains due and payable to him or has been credited in account or reinvested or accumulated or capitalized or otherwise dealt with in his name or on his behalf, and a complete statement of all such income shall be included by any person in the returns rendered by him under this Act.”

In *Taxpayer v Commissioner of Taxes, Botswana*, the Commissioner of Taxes and in *ITC 1378* the Commissioner for Inland Revenue sought to rely on section 7(1) (in the *Botswana* case it was the corresponding statutory provision there). The Commissioners argued that the income in question had been dealt with on behalf of the taxpayer. The submission failed in both cases. It was held that the right to the income had been effectively disposed of and the amounts were not dealt with on behalf of the taxpayer when they accrued. In the case, for example, of the directors' fees, the Court held that the companies making payment of the directors' fees did not pay them “as the appellant's representative or agent or for his benefit or in his interest or to his advantage”.

Section 7(1) is quite important for our discussion. As is pointed out by Van Niekerk²³ there is considerable uncertainty in regard to the purpose and meaning of section 7(1). There have been no conclusive judgments on this section. Section 7(1) was taken over as section 4(5) of Act 28 of 1941 from the 1895 statute in New South Wales and is very similar to section 15 of that Act. There are some differences and one has to read the Australian cases with caution. It appears from the judgment in *Permanent Trustee Company of NSW Ltd (Trustees of Estate late R H Prior deceased) v FC* of 1974²⁴ that the object of the section is to ensure that income is derived (insofar

22 *Ovenstone v SIR* 1980 2 SA 721(A) at 740A.

23 *Inkomstebelasting in die Suid-Afrikaanse Reg* par 315.

24 (1940) 2 AITR 109.

as material to the present discussion, taxation is in Australia imposed on income received or *derived*) by a taxpayer notwithstanding the fact that it is not actually paid over to him but is simply capitalised or otherwise dealt with on his behalf or under his direction. In the words of the court:

"The object is to prevent a taxpayer escaping tax although his resources have actually been increased by the accrual of the income and its transformation into some form of capital wealth or its utilisation for some purpose."

In the *Botswana* case, the court in rejecting the application of a statutory provision which corresponds with section 7(1) pointed out that the director's fees were paid to the cessionary, not for the benefit or in the interest or to the advantage of the taxpayer, but for the cessionary's benefit.

In *Perrott v C of T (NSW)*²⁵ it was held that the New South Wales section contemplated —

"the case where the taxpayer although he has not received the money itself has had the benefit of it or of something which is substantially equivalent to it. If he is given credit for the amount, for example, in his bank account, he is in the same position as if he had actually been paid the cash and had deposited it in the bank."

Section 7(1) applies where income is "otherwise dealt with" *on behalf of* a taxpayer. It was said by Innes CJ in *De Visser v Fitzpatrick*²⁶ that the popular meaning of the words "on his behalf" is

"that everything done for a man's benefit or in his interest or to his advantage is a thing done on his behalf",

although there is a more legal view, which is that the words mean something done by a man's representative or agent. This case was cited with approval in *Lind v Spicer Bros (Africa) Limited*.²⁷

It seems to me that if, for example, a person has an indebtedness to a third party and cedes to that third party a right which he has to income, to accrue in the future, on the basis that the income, when received, is to be applied to pay that indebtedness, the income is applied for the benefit or advantage of the cedent and is therefore applied "on his behalf". The application of the income reduces his liabilities and therefore enhances his estate. To adapt the words in the judgment in the *Permanent Trustee Company* case, the taxpayer's

"resources have actually been increased by the accrual of the income and its transformation into some form of capital wealth or the utilisation for some purpose".

²⁵ (1923) 23 SR (NSW) at 124.

²⁶ 1907 TS 355 at 363.

²⁷ 1917 AD 147 at 151. See also *SA Warehousing Services v South British Insurance Co* 1971 3 SA 10 (A) at 20.

And in the words used in *Perrott's* case the taxpayer

"has had the benefit of (the amount) or of something which is substantially equivalent to it". He is given credit for it.

In *ITC 1405*²⁸ the appellant was liable to Barclays Bank, Swaziland as surety for overdraft facilities granted to a private company. The bank required additional security and to this end the appellant opened an account in his own name with the bank, arranging that his income accruing as the usufructuary of a trust created by his uncle would be paid into that account and upon which he could not operate. This agreement was implemented but, the overdraft situation having worsened, Barclays Bank later required the appellant's trust income to be paid direct to it towards reduction of the overdraft for which he was liable as surety. The court considered that the effect of the arrangements was that Barclays Bank, Swaziland had not taken cession of the appellant's right to the trust income. It held that the cumulative effect of the evidence was that, although the appellant had disposed of his trust income, as and when it accrued, he had not antecedently divested himself of the right thereto. In my submission, the appeal could have failed also on the ground that the income, when paid to Barclays Bank, was dealt with on the appellant's behalf.

The difference can be illustrated by the following example:

- (a) A taxpayer undertakes to pay a charitable organisation R1 000. He therefore has an obligation to pay a finite monetary sum. He cedes to the charitable organisation his right to dividends up to an amount of R1 000 in discharge of his debt. Here the income which is paid to the charitable organisation is applied or dealt with on the cedent's behalf i.e. for the benefit of the cedent, in discharging his debt, and he should therefore be taxed on it, quite apart from section 7(7).
- (b) *Per contra*, a taxpayer does not undertake a fixed monetary obligation to a charitable organisation but cedes to it his right to dividends in respect of certain shares for a period of two years.²⁹ There is no quantified debt. If no dividends are declared, the charitable organisation will receive nothing and the cedent will have no undischarged obligation to it.

If the company's fortunes prosper and the dividends reach a figure much higher than was contemplated, the benefit to the charity will increase accordingly. In this case, if not for section 6(7), which was introduced to counter-

28 48 SATC 6.

29 cf *ITC 1378*.

act tax avoidance of this nature, the income would have accrued to the charitable organisation and would have been exempt from tax. There would have been no accrual to the taxpayer nor any dealing with the income on his behalf.

There is another possible basis upon which a cedent under a security cession could be taxed on the income which is paid to the cessionary and results in the reduction or discharge of the cedent's indebtedness to the cessionary. The effect of the payment is to reduce or discharge the cedent's indebtedness. To that extent he therefore receives a *quid pro quo* for the cession. It is not a gratuitous cession. The question whether an amount which accrues to the cedent as a *quid pro quo* for the cession of a right to income is income or capital is one which has to be determined in accordance with legal principles, the establishment and application of which are not clear. *Simon's Taxes*³⁰ says this —

“While it is fair to say that the principles evolved by the courts serve to shed a most generous light upon the work of sifting income from capital, it is perhaps also fair to add that the light so shed reveals a somewhat confused scene.”

In England there are various statutory provisions which apply. The learned authors continue as follows —

“In general it may be hard to see how such a sale (i.e. the sale of a right to income for a lump sum) could pass successfully through the sieve of the tree and fruit test. A sale of income seems, *prima facie*, to be a sale of fruit; but there are situations where the test is less formidable to the vendor taxpayer than might at first sight appear . . .”.

In *Federal Commissioner of Taxation v Myer Emporium Limited*³¹ it was held that the consideration received for the cession of a right to interest was income, although there were special facts in that case which may restrict its general application. The court said —

“the sale of a right to interest severed from the debt is not a sale of a tree of which the future payments are the fruit”.³²

There are indeed cases in which it appears that the consideration received for a sale of a right to income is capital³³ but there is no authoritative decision of our courts and it could indeed be held in the circumstances that the *quid pro quo* accruing to the cedent is income. *CIR v King* involved the alienation of shares which carried with them an expectation of dividends. The following was said:³⁴

30 Revised third edition at A1.215.

31 (1987) 18 ATR 693.

32 At 704.

33 See *IRC v Paget* (1938) 2 KB 25; *Sacks v CIR* 1946 AD 31 and cf *FC of T v Spedley Securities Limited* (1988) 19 ATR 938.

34 At 213/4.

"It seems to me that, whatever may be the position with regard to the products of other forms of capital such as landed property, the expectation of a dividend attached to a share, *when alienated with the share*, must be regarded as an alienation of capital and not of income. The expectation of a dividend attached to the share is an attribute of the share which may enhance its temporary value but it cannot for that reason be regarded as income". (I emphasise)

It is therefore an open question whether the expectation of a dividend when not alienated with the share can be regarded as an alienation of capital and not of income. If it is held that the amount received by the cedent of a right to dividends is income, it does not follow that he will be entitled to the deduction provided by section 19(3) of the Income Tax Act for dividends in respect of the income which accrues to him.

A third argument for taxing the cedent under a security cession on income which is applied by the cessionary in reducing the secured debt rests on the basis upon which it is determined to whom income accrues.

The Income Tax Act subjects to tax income which is received by or accrues to a taxpayer. It is only income which is received by or accrues to a taxpayer *for his own benefit* which falls within his gross income. In *Geldenhuys v CIR*,³⁵ Steyn J said that it was clear that in the definition of "gross income" in the Income Tax Act the words "received by or accrued to or in favour of any person" related to the taxpayer, and the words "received by" must mean "received by the taxpayer on his own behalf for his own benefit". If income is received by a person under a fiduciary or other duty to apply that income for another party, the income does not accrue to him for tax purposes. A nominee or trustee would not be taxed on income received by him if the income has to be paid over to a principal or beneficiary. In principle, therefore, it seems to me that if, for example, a debtor cedes to his creditor a right to interest or dividends as security for a debt, the interest or dividends, when received by the cessionary, are dealt with on behalf of the cedent or are applied for his benefit, i.e. to reduce his indebtedness to the cessionary and are therefore to be included in his income. The amounts are not received by the cessionary as income but as payment of a debt. The character of the receipt from a tax point of view must be judged according not to the nature of the payment but to the quality of the payment in the hands of the cessionary in whatever manner it may have been made. For example, if a cessionary sold an asset to the cedent for R5 000 and according to the nature of the asset and the manner in which the cessionary carries on its business, that R5 000 constitutes capital in his hands for tax purposes, receipt of the purchase consideration through the medium of debts, interest or dividends, the right to which was ceded to the cessionary, will nevertheless constitute capital in the hands

35 1947 3 SA 256 (C).

of the cessionary and would be treated as income accruing to the cedent. If, on the other hand, the R5 000 represented the selling price of stock in trade, the amount, when received by the cessionary, in whatever form, would constitute income. This would be the case even though the amount paid to the cessionary, by reason of the nature of that amount, was capital, e.g. repayment of a loan made by the cedent to a third party the right to which has been ceded as security. In both cases, the amount which accrues to the *cedent* will be an accrual of an income or a capital nature depending upon the nature of the receipt. If, for example, the amount which is received by the cessionary is interest, rent or a dividend, there will be an accrual of income to the cedent because he has derived the benefit of that income in that it discharges or reduces his indebtedness to the cessionary.

This analysis produces the satisfactory result that there is no shift or change in the accrual of income by reason of a security cession.

Roman Dutch law recognised a form of agreement known as a *pactum antichresis*. According to *Wille's Mortgage and Pledge*³⁶

"The *pactum antichresis*, known in Dutch as 'pandgenot' is an agreement that the mortgagee shall have the use of the mortgaged property in lieu of interest until the debt is paid and is a valid agreement in a mortgage contract (D20.1.11.1; *Van Leeuwen*, Rooms-Hollands Recht 4.12.5; *Censura Forensis* 1.4.8.1; *Grotius*, *Inleidinge* 2.48.33, 3.8.5; *Voet*, *Commentarius* 20.1.23; *Burge Colonial Laws* vol 3 197; *Pothier ad pandectas* 20.1n). The mortgagor must, however, retain the power at all times of redeeming the property and if to the pact is added a stipulation that the mortgage shall not be paid off for a certain period, he must pay full interest.

By virtue of the *pactum antichresis*, the mortgagee may enjoy the use of the property himself by taking the fruits, living in the house or cultivating the land, as the case may be, or he may let the property to someone else (D.20.1.11.1; *Voet*; *Commentarius* 19.2.4; 20.1.23). Similarly he may enjoy the rights of rural servitudes mortgaged to him. The mortgagee may let the property even to the mortgagor himself."

And in dealing with the obligation of a mortgagee or pledgee to account to the owner for the fruits of the mortgaged or pledged property, the learned authors say this —

"An agreement may, however, be made that the mortgagee need not account for the fruits in which case they do not go in reduction of the debt. (*Voet* 13.7.4; 20.6.2). Of this nature is the *pactum antichresis* under which the mortgagee takes the fruits arising from the mortgaged property in lieu of interest."³⁷

There is no reason in principle why a debtor should not be able to secure his indebtedness to his creditor by pledging shares to him on the basis that the cre-

36 3 ed (Scott and Scott) at 120.

37 At 140.

ditor will receive the fruits of the pledged article i e the dividends thereon not in payment of agreed interest but instead of interest. In that case it seems to me that the dividend will accrue to the pledgee. This is to be distinguished from a case where the pledgor has a quantified liability to pay interest and, in effect, cedes the right to dividends in payment of that interest. Here I think that by the application of the benefit principle or section 7(1) of the Income Tax Act or by analysing the *quid pro quo* received by the pledgor, one could say that the dividends are applied for the benefit of the pledgor or are dealt with on his behalf or that he receives a *quid pro quo* of an income nature. There would therefore be an accrual of income to him.

The most common form of security cession is a cession of book debts. Book debts usually constitute income in the hands of the pledgor. According to the current method of taxing amounts receivable, the amounts form part of the taxpayer's income when he becomes entitled to payment. If payment is due only on a future date it is the present value of the debts at the end of the year of assessment which forms part of the taxpayer's income. So that if at the end of the year of assessment there is a debt payable to the taxpayer six months thereafter which is gross income according to the nature of the amount, one would have to take into account the present value of the debt at the end of the year of assessment.³⁸

If a debt which formed part of a taxpayer's gross income becomes irrecoverable, the amount not recovered may be deducted for tax purposes. If the debt becomes bad in the hands of another taxpayer, e g one to whom it is sold, no deduction may be claimed.³⁹ What is usually done in such a case, for example where there is a sale of a business incorporating debts, is that if a debt becomes irrecoverable the sale of the debt is dissolved and the debt reverts to the seller in whose hands it becomes bad so that he can claim the deduction.

Let us then take a case where a trader cedes his right to existing book debts to a bank. The book debts have already accrued and form part of his income. The subsequent payment of those debts is not material for tax purposes. Should a debt go bad, then on the basis that the cedent retains *dominium* and has alienated to the cessionary merely the right of recovery, he would obviously be entitled to claim the deduction.

With regard to future debts, the position is a little different. Here we have a trader ceding to the cessionary *in anticipando* a right to receive, e g the purchase price of goods which he will sell or remuneration for services which he

38 *Lategan v CIR* 1926 CPD 203.

39 *SIR v Kempton Furnishers (Pty) Ltd* 1974 3 SA 36 (A).

will render in the future. Amounts received for the sale of the goods or the rendering of services, would constitute income. They would be treated in the same way as I have suggested that an amount received for rent, dividends or interest should be treated.

That is to say: to the extent that the original supplier of the goods or services benefits from the payment, he receives income or income accrues to him; to the extent that the amount received by the cessionary, if paid by the cedent, would be capital it will be capital and to the extent that it would be income it will be income in his hands.

There are other provisions in the Income Tax Act which could involve a consideration of the effect of a security cession. In terms of section 10A of the Income Tax Act the capital element of purchased annuities is exempt from tax. The section applies to "annuity amounts", which are "amounts payable by way of annuity under an annuity contract". An annuity contract means an agreement concluded between an insurer in the course of his insurance business and a natural person. Section 10A(6)(a) provides that where an annuity contract is varied so that it no longer conforms with the requirements prescribed in the definition of "annuity contract", the exemption in respect of the capital element of annuity amounts under that contract will not apply in respect of those amounts under that contract which become due on or after the date of the variation. It seems to me to be a clear implication of the pledge theory of a security cession that the cession of an annuity contract by a purchaser who was a natural person to a corporate body does not change the annuity contract from an agreement between the insurer and a natural person to one with a corporate body and should not, therefore, affect the exemption in respect of the capital element of the annuity payments.

Schedule 6 to the Income Tax Act deals with the taxation of gains under or in respect of insurance policies. Crucial to the provisions is the concept of a "standard policy". Subject to various other provisions of the schedule, an insurance policy is a standard policy if it is a life policy as defined in section 1 of the Insurance Act 27 of 1943 and, in the case of a policy the proposal for which was not made to the insurer in writing on or before 24 May 1985 or was not accepted by him by 14 June 1985, "it is and has at all times been owned by a natural person" and complies with certain further provisions. Again, if a policy which is otherwise a standard policy owned by a natural person is ceded by way of security cession to a corporate body and one applies the pledge theory to the security cession, that does not mean that the policy has ceased to be owned by a natural person and that it loses its quality as a standard policy.

Other forms of tax where a pledge of incorporeals or cession *in securitatem debiti* could be material are transfer duty and estate duty. Donations do not involve any security cessions but only out and out cessions. A security cession of rights would not attract sales tax. The definition of "sale" in the Sales Tax Act

103 of 1978 expressly excludes a cession of rights under a financial lease or a rental agreement and a cession of the rights of the seller under a suspensive sale agreement except in certain circumstances which are not material. As regards transfer duty in *Munnik Myburgh Asbestos (Kaapsche Hoop) Limited v Receiver of Revenue*⁴⁰ one of the questions which arose was whether transfer duty was payable in respect of the cession *in securitatem debiti* of certain mining claims. The court held that transfer duty was not payable. The reason given was:

“that the cession was given by way of security and that Baxter (i.e. the cessionary) therefore did not acquire or *become entitled* to the rights ceded therein”.⁴¹

The Estate Duty Act 45 of 1955 requires consideration with regard to security cessions of insurance policies. Say, for example, a company takes out an insurance policy on the life of a creditor (who may be a director or shareholder, but that is not really relevant) in order to provide it with the funds with which to discharge its indebtedness to that creditor on his death.⁴² As security for its obligation to repay the indebtedness, the company cedes the policy to the creditor, this being a security cession. The company remains the owner of the policy and pays the premiums thereon. In terms of the Estate Duty Act, the estate of a deceased consists of all his property at the date of his death and all property which, in accordance with the Act, is deemed to be property of his at that date. Property which is deemed to be property of a deceased includes so much of any amount due and recoverable under any policy of insurance which is a domestic policy as defined in section 1 of the Insurance Act upon the life of the deceased as exceeds the aggregate amount of any premiums or consideration proved to the satisfaction of the Commissioner to have been paid by any person who is entitled to the amount due under the policy together with interest at 6% per annum calculated upon such premiums or consideration from the date of payment to the date of death. In terms of the proviso to section 3(3)(a) and of section 4(q) of the Estate Duty Act, the proceeds of a policy would, in certain cases, not be included in the estate of a deceased. In terms of section 11(b)(i) of the Estate Duty Act, where the amount due under a policy on the life of the deceased is recoverable by any person other than the executor, the person liable for the duty shall be the person entitled to recover the amount due under the policy.

The question which arises is whether the creditor to whom the policy was ceded as security is, as cessionary of the policy, liable for the estate duty which is payable in respect thereof. A cessionary *in securitatem debiti* of an insurance

40 1927 WLD 98.

41 At 112.

42 cf *ITC 942* 24 SATC 446.

policy (like a cessionary of any other right of action) is the only person entitled to sue for the recovery of the proceeds.⁴³ The cessionary of a policy *in securitatem debiti* is, however, in the position of a pledgee of the policy and the insured remains the owner of the policy. The cessionary is obliged to pay the owner or his estate any surplus in excess of the amount secured by the cession.⁴⁴

Although the cession gives the cessionary the right to sue for, and recover, the proceeds of the policy, the right is a procedural weapon to enable the cessionary to discharge the debt which is secured by the cession. The proceeds of the policy are receivable for the sole purpose of paying the debt in the same way as the purchase price of pledged corporeal property would be receivable. As Innes J said⁴⁵—

“The right view of a cession by way of pledge, therefore, seems to be that though in some cases it may be necessary to enable the cessionary to comply with the rules of procedure, and though in every case it confirms and places beyond doubt his rights to sue in his own name upon the ceded obligation, still it does not change the essential character of the transaction”.

In the example given, the proceeds of the policy are recoverable for the benefit of the owner of the policy i.e. the company which took it out. The proceeds are applied in paying its indebtedness to the creditor. It was pointed out in *CIR v Estate Hersov & Others*,⁴⁶ dealing with Act 29 of 1922, that where a policy has been ceded by the deceased “the person by whom or on whose behalf such monies have been received”, who is liable for the duty, is not the executor “but the person who is *beneficially* entitled to the proceeds of the policy”. In our example, it is the cedent which is beneficially entitled to the proceeds of the policy. Those proceeds are applied in reducing its indebtedness to the creditor. In the absence of conditions which exclude the policy proceeds from the estate for estate duty purposes, the company, as the owner of the policy, is the party which is liable for the estate duty and should be entitled to deduct the premiums paid by it with interest at 6% per annum. If the estate of the deceased creditor is held to be liable for the duty by reason of the actual payment of the proceeds of the policy to it as cessionary *in securitatem debiti*, the inequitable result would follow that the premiums paid by the cedent would not be deducted from the proceeds for estate duty purposes. According to (1978) 17 Income Tax Reporter⁴⁷

43 *Barclays Bank (DC & O) v Riverside Dried Fruits Co Ltd* 1949 1 SA 937 (C) at 945/6 and cases there cited; *National Bank of South African Ltd v Cohen's Trustee* 1911 AD 235.

44 *National Bank* case at 253.

45 *National Bank* case at 253.

46 1952 4 SA 559 (A) at 567.

47 At 270/271.

it is the practice of the Commissioner of Inland Revenue that estate duty in respect of a policy ceded as security is recoverable from the pledgee or cessionary *in securitatem debiti*.⁴⁸ The effect of this practice is that the cessionary *in securitatem debiti* of an insurance policy is the person "entitled to recover the amount due under the policy" for the purposes of section 11(b)(i) of the Estate Duty Act. As I have pointed out, the entitlement to recover is a procedural weapon only. The fact that the cessionary is entitled to sue for payment does not, in the words of *Innes J* in the *National Bank* case, "change the essential character of the transaction". The cessionary is entitled to recover the amount not for his own benefit or beneficially, but purely as pledgee.⁴⁹

Another example of the implications of the Estate Duty Act on a security cession is the following —

A and B are partners in a medical practice and are brothers. In terms of the partnership agreement on the death of either partner the survivor is obliged to pay the estate of the deceased partner an amount representing his capital account in the partnership at the date of death and his share of the goodwill of the practice. Each of the partners, in order to provide the funds to enable him to pay the estate of the other partner, should that partner die first, takes out an insurance policy on the life of the other of which he is the owner. In each case the owner pays the premiums due under the policy. In order to secure the obligation of each partner to pay the estate of the other the consideration due on the death of that other, the agreement provides that each partner shall cede *in securitatem debiti* to the other the policy owned by him on the life of the other. On the basis of a correct analysis of the effect of a security cession on the death of the insured the owner of the policy i.e. the surviving partner is liable for the duty on the proceeds less the premiums paid by him with interest thereon at 6% per annum compounded. The deceased estate should not be liable for duty as it receives the proceeds purely as pledgee or cessionary *in securitatem debiti*. (Because the partners, A and B, were brothers the exclusionary provision of paragraph (iA) of the proviso to section 3(3)(a) of the Estate Duty Act would not apply). Again, if the departmental practice is as stated in the Income Tax Reporter, the deceased estate would be liable for the duty and no deduction would be allowed for the premiums paid by the owner of the policy, clearly a most inequitable result. Attempts over a long period to have the Commissioner for Inland Revenue clarify his practice in regard to the estate duty implications of a security cession of an insurance policy have been unsuccessful.

48 See also (1976) 15 Income Tax Reporter at 282/3 where attention is drawn to the difference in wording between section 3(3)(a) which refers to "any person who is entitled to the amount due under the policy" and section 11(b)(i) which refers to "the person entitled to recover the amount due under the policy."

49 This view is supported by *Meyerowitz Law and Practice of Administration of Estates* 5ed par 30.18 at 493.

2.5 Toekomstige regte, boekskulde en insolvensie

Adv P E Streicher SC*

1 INLEIDING

In *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v The Master*¹ sê Galgut W AR:

“When book debts are ceded in *securitatem debiti* . . . the cedent cedes to the cessionary the exclusive right to claim and receive from the existing and future ‘book debtors’ the amounts owing by them. The amounts so collected by the cessionary are credited to the account of the cedent. Any amount collected in excess of the cedent’s debt belongs to the latter. Thus it cannot be said that by such a cession it was intended to pass ownership.”

Hiermee het die appèlafdeling weereens bevestig dat toekomstige vorderingsregte gesedeer kan word en het die hof verder na my mening die onsekerheid wat daar ontstaan het ten aansien van die konstruksie van die sessie *in securitatem debiti* uit die weg geruim. Ek kan gevolglik nie saamstem met die mening dat na hierdie beslissing en die vroeëre beslissings van hierdie hof in *Leyds v Noord-Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy*² en *Marais v Ruskin*³ die presiese aard van die sessie *in securitatem debiti* in die Suid-Afrikaanse reg nog onsekerder as tevore is nie. Ek kan ook nie saamstem met die standpunt dat ’n sessie *in securitatem debiti* ook die vorm van ’n uit-en-uit sessie gekoppel met ’n *pactum fiduciae* (algehele sekerheidsessie) kan aanneem nie.⁴

* *Tans Regter van die Transvaalse Afdeling van die Hooggeregshof*

1 1987 1 SA 276 (A) 294C.

2 1985 2 SA 769 (A).

3 1985 4 SA 659 (A).

4 Scott 1987 *THRHR* 175; *Clark en Van Heerden* 1987 *SALJ* 238.

Ek sal eerstens handel met die sedeerbaarheid van toekomstige regte en die konstruksie van so 'n sessie, dan met die konstruksie van die sessie *in securitatem debiti* en dan met die toepassing daarvan spesifiek op boekskulde ook in die geval van insolvensie.

2 TOEKOMSTIGE REGTE

Toekomstige regte is nie-bestaande regte en hierdie bespreking handel gevolglik met nie-bestaande vorderingsregte. Die erkenning in die *Bank of Lisbon*-saak van die geldigheid van 'n sessie van toekomstige regte strook met die erkenning van die geldigheid van sodanige sessies in 'n hele reeks vroeëre sake.⁵

Alhoewel die primêre gesag vir hierdie beslissings direk of indirek moontlik 'n verkeerde interpretasie van Sande⁶ en Voet⁷ mag wees soos aangevoer deur Lubbe,⁸ is dit nou so gevestig dat dit onwaarskynlik is dat daarvan afgewyk sal word.

Oor die werking van die sessie van toekomstige regte bestaan daar egter nog onsekerheid. In *Waikiwi Shipping Co Ltd v Thomas Barlow and Sons (Natal) Ltd*⁹ sê Jansen AR in 'n *obiter dictum*:

"It may be pointed out that a *spes* may also be 'ceded'. There is, however, a difference of opinion in respect of the nature and precise effect of such a 'cession'. De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 3rd ed p 180; *Schreuder v Steenkamp* 1962 (4) SA 74 (O) at 76A-D."

Die woord "ceded" word in aanhalingstekens geplaas, omrede, so neem ek aan, sessie die wyse van oordrag van 'n persoonlike reg is en om te praat van die sessie van 'n *spes* of 'n toekomstige reg synde 'n reg wat nie bestaan nie, is gevolglik ietwat onvanpas.¹⁰

De Wet en Yeats¹¹ sê dat 'n vorderingsreg wat in die toekoms mag ontstaan nie gesedeer kan word nie. 'n Mens kan volgens De Wet jou wel regsgeldig verbind om 'n vorderingsreg wat jy in die toekoms mag verwerf aan 'n ander oor te dra. So 'n ooreenkoms maak die ander nog nie sessionaris nie, hy word eers sessionaris indien die vorderingsreg nadat dit ontstaan het aan hom gesedeer is.

5 Vgl *Netherlands Bank of South Africa v Yull's Trustee and the United Building Society* 1914 WLD 133 137; *Goode, Durrant and Murray Ltd v Hewitt and Cornell* 1961 4 SA 286 (N) 290; *Randbank v Morris* 1977 2 SA 21 (SOK).

6 *De Actionum Cessione* 5 4.

7 *Commentarius ad Pandectas* 18 4 9.

8 1980 *THRHR* 117.

9 1978 1 SA 671 (A) 677H.

10 *Johnson v Incorporated General Insurances Ltd* 1983 1 SA 318 (A) 331G.

11 *Kontraktereg en Handelsreg* 4e uitg 180.

In geen een van die gewysdes wat handel oor 'n sessie van toekomstige regte (nie 'n onderneming om te sedeer nie) word egter 'n verdere oordragshandeling vereis nie.¹²

Volgens De Villiers R in *Schreuder v Steenkamp*¹³ word op gesag van Sande¹⁴ en Voet¹⁵ gesê dat 'n blote *spes* wettiglik gesedeer kan word. Sande handel met voorwaardelike regte en nie met nog nie bestaande toekomstige regte nie terwyl Voet 18 4 9 soos vertaal deur Gane soos volg lees:

“Moreover even the vague chance of an action, just like the vague chance of an inheritance, can be sold, so that only the prospect of it is understood to have been parted with and so long as the seller is in good faith not even a debtor need be furnished by him.”

Die feit dat 'n hoop op 'n vorderingsreg verkoop kan word beteken natuurlik nie dat daardie vorderingsreg gelewer kan word voordat dit ontstaan nie. Wanneer die reg ontstaan moet dit nog altyd by wyse van sessie oorgedra word.

Tog kom De Villiers R se beslissing (in soverre skuldvergelyking nie toegepas is op daardie gedeelte van die gesedeerde vorderingsreg wat gelikwideerd was op die stadium wat dit gematerialiseer het en op die aanname dat die teenvordering op daardie stadium bestaan het) daarop neer, nie alleen dat geen verdere oordragshandeling nodig is nie, maar ook dat die vorderingsreg nie eers in die boedel van die sedent vestig en dan onmiddellik as gevolg van die voorafgaande sessie daarvan oorgaan op die sessionaris nie maar wel dat die vorderingsreg onmiddellik vestig in die sessionaris.¹⁶ Dit is ook die effek van die beslissing in *Consolidated Finance Co Ltd v Reuvid*¹⁷ waar die hof nie skuldvergelyking erken het nie tussen 'n skuld van die sedent (werknemer) teenoor die skuldenaar (werkgever) wat ontstaan het na kennisgewing aan die skuldenaar van die sessie van die sedent se toekomstige salaris maar voordat die reg op betaling van die salaris gematerialiseer het.¹⁸

Hoe hierdie verskynsel verklaar word, word nie verduidelik nie.

In *Muller v Trust Bank of Africa Ltd*¹⁹ sê Thirion R met wie Kriek R en Broome R saamgestem het:

12 Vgl *Bank of Lisbon*-saak 294C; *Prudential Shippers SA Ltd v Tempest Clothing Co Ltd* 1976 4 SA 75 (W).

13 *Supra*.

14 *Loc cit*.

15 *Loc cit*.

16 Op 77C-E.

17 1912 TPD 1019.

18 1025-1026. Sien ook *Smith v Howse* 2 Menzies 163.

19 1981 2 SA 117 (N) 126D-G.

“In the case of an existing right the obligatory agreement to cede and the real agreement whereby the cession is carried into effect and the cedent divested of the right and the cessionary vested with it, may coincide in point of time and become so assimilated as to be seemingly indistinguishable. I can see no objection to the parties’ entering into an agreement (the obligatory agreement) to cede a right of action not yet in existence but which may come into existence at some future date. It may even be that they may be able to agree in advance that the right, when it does come into existence, will pass to the cessionary without any further expression of intention. This would however not mean that the cessionary could be vested with the right before the right has come into existence. If therefore the right comes into existence after the cedent’s estate has been sequestrated, the right will form part of the cedent’s insolvent estate because on his insolvency the cedent becomes incapable of giving effect to an executory agreement entered into by him before the sequestration of his estate . . . A cessionary cannot be vested with a right which does not exist and which is only in expectation any more than a purchaser can now receive delivery of a crop which is to be grown next season.”

Indien sessie van toekomstige regte tot gevolg het dat daardie regte na hulle ontstaan sonder enige verdere oordragshandeling in die boedel van die sessionaris vestig, soos wat in die regspraak aanvaar word, moet die verduideliking daarvoor wees dat dit aanvaar word dat partye wat ooreenkom op ’n sessie van toekomstige regte stilswyend ooreenkom dat die reg wanneer hy ontstaan sal oorgaan op die sessionaris sonder enige verdere oordragsooreenkoms tussen die partye. Dit volg dus dat wanneer die vorderingsreg ontstaan, dit in die boedel van die sedent vestig waarna dit onmiddellik oorgaan op die sessionaris. Soos gesê deur Thirion R:

“It would seem to me that if a *spes* or expectation of a right of action is incapable of being attached, by virtue of the fact that there is no present right in existence, then by parity of reasoning such an expectation is incapable of being ceded so as to vest in the cessionary a right maintainable against the creditors of the cedent in the event of the cedent becoming insolvent before the *spes* has materialised.”²⁰

Hierdie konstruksie is deur Scott²¹ aan die hand gedoen as ’n bevredigende verklaring vir die bestaande regsposisie en volgens haar is dit die konstruksie wat in Duitsland en Nederland aan die oordrag van toekomstige vorderingsregte gegee word.²² Soos deur haar uitgewys kan so ’n oordrag nie vooraf bewerkstellig word in die gevalle waar die lewering van ’n dokument vereis word om die oordrag van ’n vorderingsreg te bewerkstellig nie.

Lubbe²³ meen ook dat die verwagting op ’n toekomstige vorderingsreg nie ’n vermoënsbestanddeel is wat oorgedra kan word nie en dat ’n poging om toekomstige regte te sedgeer met juridiese effek bekleed kan word met behulp van ’n

20 128H.

21 *Sessie in die Suid-Afrikaanse Reg* (1977) LLD-proefskrif 176.

22 Op 174.

23 1980 *THRHR* 128.

sessie by voorbaat.²⁴ Hy meen egter dat die feit dat geen publisiteit vereis word in die geval van 'n sessie nie, in die geval van 'n sessie van toekomstige regte katastrofale gevolge vir skuldeisers van die insolvente sedent kan hê en geen redelike stappe daarteen moontlik is nie. Indien die toekomstige regte, wanneer hulle materialiseer, eers in die sedent vestig en dan oorgaan op die sessionaris sal die insolvensie van die sedent op die stadium wat die regte materialiseer tot gevolg hê dat die regte vestig in die kurator van die insolvente sedent se boedel en nie in die sedent nie en dat hulle nie outomaties op die sessionaris oorgaan nie en sal daar nie meriete in hierdie bedenking van Lubbe wees nie. Verder, indien die gesedeerde toekomstige regte voor insolvensie materialiseer, is ander skuldeisers van die sedent in geen slegter posisie as waarin hulle sou gewees het indien sessie eers op daardie stadium kon geskied nie.

By gebrek aan enige ander redelike verklaring vir die howe se houding dat wanneer 'n toekomstige reg gesedeer word geen verdere oordragshandeling nodig is om dit na sy ontstaan in die sessionaris te vestig nie en in die lig van die beslissing in die *Trust Bank v Muller*-saak meen ek dat nou aanvaar behoort te word dat 'n sessie van toekomstige regte 'n sessie *in anticipando* is wat tot gevolg het dat die vorderingsreg wanneer hy ontstaan in die boedel van die sedent val maar dadelik en sonder enige verdere oordragsooreenkoms tussen die sedent en die sessionaris op die sessionaris oorgaan.

3 DIE KONSTRUKSIE VAN DIE SESSIE IN *SECURITATEM DEBITI*

Soos reeds gesê is ek van mening dat die *Bank of Lisbon*-saak die onsekerheid betreffende die konstruksie van die sessie *in securitatem debiti* uit die weg geruim het en meen ek nie dat so 'n sessie ook die vorm van 'n algehele sekerheidssessie kan aanneem nie. Ten einde hierdie standpunt te staaf is dit nodig dat in besonderhede gekyk word na die regspraak wat die *Bank of Lisbon*-saak voorafgegaan het.

Die appèlafdeling van die hooggeregshof het in *National Bank of South Africa Ltd v Cohen's Trustee*²⁵ beslis dat 'n vorderingsreg wat *in securitatem debiti* gesedeer word aan die sessionaris verpand word, dat die sedent die *dominium* in die vorderingsreg behou en dat die vorderingsreg gevolglik, in die geval van insolvensie van die sedent, in die boedel van die sedent val. Die vorderingsreg hier ter sprake is duidelik die vorderingsreg van die sedent teenoor die skuldenaar en nie 'n vorderingsreg van die sedent vir die terugsedering van die gesedeerde vorderingsreg na delging van die skuld (hierna genoem die versekerde

²⁴ Op 140.

²⁵ 1911 AD 235.

skuld) ten opsigte waarvan die gesedeerde vorderingsreg as sekuriteit aan die sessionaris gesedeer is nie. Dat dit die geval is blyk duidelik uit die feit dat volgens De Villiers HR geen terugsessie nodig is na delging van die versekerde skuld nie.²⁶

Hierdie konstruksie van die sessie *in securitatem debiti* is daarna konsekwent deur die hof toegepas tot in 1964.²⁷

Dit is wel so dat ietwat geworstel is met die konsep van *dominium* in 'n vorderingsreg wat gesedeer is ingevolge 'n sessie wat aan die sessionaris die uitsluitlike reg verleen het om tot tyd en wyl die versekerde skuld betaal is, of die sedent insolvent raak, die skuld te vorder en te ontvang. Soms is na die *dominium* verwys as "a sort of reversionary interest"²⁸ of "this almost nothing".²⁹ Deurgaans is egter aanvaar dat 'n mate van residuele *dominium* in die gesedeerde vorderingsreg deur die sedent behou word met die gevolg dat die gesedeerde vorderingsreg by die insolvensie van die sedent in sy insolvente boedel val.³⁰

In *Moola v Estate Moola*³¹ het Broome RP die volgende gesê:

"The truth probably is that the cedent by way of security retains only his 'reversionary right', that is to say his right to enforce the ceded right of action after the debt to secure which the cession was given had been discharged."

Sommige akademici het egter volgehou dat saaklike regte op vorderingsregte onbestaanbaar is.³² In hierdie verband word 'n beroep op Voet 1 8 19 en 6 1 26 asook op sekere Duitse juriste gedoen.

Volgens De Wet en Yeats³³ lei die aanvaarding van die standpunt dat saaklike regte op vorderingsregte onbestaanbaar is daartoe dat die sessie *in securitatem debiti* geen besondere probleme oplewer nie en soos volg gekonstrueer moet word:

"Die cedent (A) dra sy vorderingsreg aan die cessionaris (C) oor, wat nou skuldeiser word in sy plek. Tussen die cedent (A) en die skuldenaar (B) bestaan daar na cession geen regs-verhouding meer nie, want die cedent het hom, deur die cession, van sy reg teen die skulde-

26 Op 247.

27 Vgl *National Bank of SA Ltd v Nel* 1916 CPD 148; *Maltz's Trustee v The National Bank of SA Ltd* 1916 CPD 430; *National Bank v Tayob and Co* 1919 TPD 133; *Thorogood v Hoare* 1930 EDL 354; *Van Zyl v Strandfontein Namaqualand Estates (Pty) Ltd* 1930 CPD 270; *Block v Universal Produce Co (Pty) Ltd* 1934 NPD 324; *Taylor and Ries Ltd v Clift NO and Others* 1935 GWL 1.

28 *Van Zyl*-saak *supra*.

29 *Barclays Bank (DC & O) and Another v Riverside Dried Fruit Co (Pty) Ltd* 1949 1 SA 937 (C) 946.

30 Vgl *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of South Africa Ltd* 1968 3 SA 166 (A) per Ogilvie Thompson AR in 'n minderheidsuitspraak te 186F-187A.

31 1957 2 SA 463 (N) 464.

32 Sien De Wet en Yeats *Kontraktereg* 366.

33 *Op cit* 366.

naar ontdoen, en hierdie reg aan die cessionaris oorgedra. Die cessie gaan egter vergesel van 'n afspraak tussen cedent (A) en cessionaris (C) dat dit slegs dien as sekuriteit vir die nakoming van 'n verpligting, d i die versekerde verpligting, deur die cedent (A) teenoor die cessionaris (C). Ingevolge hierdie afspraak, wat mens 'n '*pactum fiduciae*' kan noem, is die cessionaris verplig om die gecedeerde vorderingsreg aan die cedent terug te cedeer, wanneer laasgenoemde sy skuld voldoen het. Hierdie afspraak bind wel die cedent en die cessionaris, maar dit bind nie die skuldenaar nie. Die skuldenaar kan die skuld teenoor die cessionaris voldoen, en die cessionaris sou in *mora creditoris* verval indien hy weier om voldoening te aanvaar. Dit kan trouens gebeur dat die cessionaris verplig is om die skuld te in, ten einde bevryding van die skuldenaar deur verjaring te verhoed. Waar die gecedeerde skuld voldoen word, moet die cessionaris natuurlik uiteindelik teenoor die cedent rekenskap gee. Die afspraak tussen cedent en cessionaris bind ook nie ander of derdes nie. Indien die cessionaris die gecedeerde vorderingsreg aan 'n derde cedeer, pleeg hy kontrakbreuk teenoor die cedent, maar die cedent kan die gecedeerde vorderingsreg nie in die hande van die derde opvolg nie. Raak die cedent insolvent, is die gecedeerde vorderingsreg geen bate in sy boedel nie; al wat daar vir die kurator is, is 'n vordering teen die cessionaris, uit die '*pactum fiduciae*', vir terugcedering van die gecedeerde vorderingsreg teen voldoening van die skuld. Is dit die cessionaris wat bankrot gaan, val die gecedeerde vorderingsreg in sy boedel, en het die cedent uit die '*pactum fiduciae*' slegs 'n konkurrente eis in die cessionaris se insolvente boedel vir terugcedering, alhoewel hy ten volle aanspreeklik bly vir wat hy aan die cessionaris skuld."

Dit mag wees dat hierdie konstruksie nie enige besondere dogmatiese probleme oplewer nie maar vir die handelsverkeer lewer dit baie besondere probleme op, die ernstigste waarvan intree in die geval van die insolvensie van die sedent of die sessionaris. Wanneer boekskulde bloot as sekuriteit gesedeer word is dit nie die bedoeling van die partye dat die sessionaris die voordeel van sodanige boekskulde moet hê bo die bedrag van die versekerde skuld nie en sou dit 'n uiters onbevredigende resultaat wees indien die sedent slegs 'n konkurrente eis ten opsigte van die oorskot tesame met ander konkurrente skuldeisers van die sessionaris moet hê sodat die gesedeerde vordering, tot die mate wat dit die versekerde skuld oorskry, dien as sekuriteit vir die skulde van al die konkurrente skuldeisers van die sessionaris in geval van die insolvensie van die sessionaris.

Verder, in die geval van die insolvensie van die sedent, het al die sedent se skuldeisers en nie net die versekerde skuldeisers 'n belang by die realisering van die sedent se bates en behoort die wyse van realisering en die tydstop daarvan nie aan een skuldeiser, naamlik die sessionaris, oorgelaat te word nie maar behoort die bates deur die trustee van die insolvent vir die voordeel van al die skuldeisers gerealiseer te word.³⁴

In die lig van hierdie onbevredigende resultate wat die dogmatiese suiwer konstruksie van die sessie *in securitatem debiti* in die praktyk oplewer en in die lig van die aanvaarding deur die howe oor etlike jare van die pandkonstruksie

34 Vgl *National Bank of SA Ltd v Nel* 1916 CPD 148.

sou mens verwag dat die dogmatiese puriste òf die dogma sou aanpas òf die onderspit sou delf. Tog het hulle amper geseëvier.

In *Lief NO v Dettmann*³⁵ beslis die appèlafdeling van die hooggeregshof by monde van Wessels AR sonder verwysing na sy vorige uitsprake in hierdie verband:

“Where the cession is said to be made as security for a debt, it does not, in my opinion, signify that the cedent in fact retains any right in the subject matter of the cession; his continued interest therein flows from the agreement, either express or implied, with the cessionary that the right of action will be ceded back to him upon the discharge of his debt”

en die ooreenkoms is:

“(A) transaction which results in the cedent becoming completely divested of his rights in the subject matter of the cession, and having only a personal right of action against the cessionary requiring the latter to cede the subject matter of the cession back to him on the discharge of the obligation.”

In *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA Ltd*³⁶ word ’n soortgelyke konstruksie deur die meerderheid op die sessie *in securitatem debiti* geplaas.

Ten spyte van hierdie twee appèlhofbeslissings word steeds met die pandkonstruksie gewerk in *Kotsopoulos v Bilardi*.³⁷ In eersgenoemde word gesê (398H) dat die sedent ’n “reversionary right” behou om die vorderingsreg na delging van die versekerde skuld in te vorder,³⁸ let wel, nie ’n persoonlike reg teen die sessionaris om terug te seeder nie.³⁹

In *Big Sixteen (Pty) Ltd v Trust Bank of Africa Ltd*⁴⁰ word egter weereens van die “reversionary interest” gepraat as ’n reg van die sedent teenoor die sessionaris vir die terugsedering van die gesedeerde vorderingsreg.

Hierdie tweespalt het daartoe gelei dat deur Scott⁴¹ in 1977 aan die hand gedoen is dat in ons reg twee vorme van sekerheidstelling deur middel van sessie moontlik is naamlik verpanding (*Cohen*-saak) en sekerheidssessie (volkome sessie) (*Lief v Dettmann*-saak). Die bedoeling van die partye bepaal watter een van die twee dit is en die persoon wat hom daarop beroep dat die sessie nie volkome is nie moet dit bewys. Hiermee verstaan ek haar om te sê dat indien niks meer

35 1964 2 SA 252 (A) 271F.

36 1968 3 SA 166 (A) 189C.

37 1970 2 SA 391 (C) en *Oertel v Brink* 1972 3 SA 669 (W).

38 398H.

39 Ook in *Prudential Shippers SA Ltd v Tempest Clothing Co Ltd* 1976 4 SA 75 (W) en *Italiafra SpA v Escom* 1978 2 SA 705 (W) word deur McEwan R en King R beslis dat ’n sessie *in securitatem debiti* ’n sessie by wyse van ’n verpanding is.

40 1978 3 SA 1032 (C) 1035F-H.

41 Proefskrif 313.

tussen partye gebeur as dat die een aan die ander 'n vorderingsreg *in securitatem debiti* sedeer nie die sessie 'n uit-en-uit sessie is.

In *Alexander v Standard Merchant Bank Ltd*⁴² spreek Viljoen R ook die mening uit dat 'n sessie *in securitatem debiti* òf 'n verpanding òf 'n uit-en-uit sessie gekoppel met 'n *pactum fiduciae* kan wees.

Hierdie mening was egter in stryd met die bestaande gesag en het geen aanklank gevind nie. In *Trust Bank of Africa Ltd v Muller*⁴³ beslis Page R aan die hand van die *Cohen*-saak dat 'n sessie wat gegee word ter versekering van skuld 'n sessie *in securitatem debiti* is en dat so 'n sessie nie die sedent van sy *dominium* ontnem nie.

Dertien dae vantevore het Nestadt R in *Holtzman v Knights Engineering and Precision Works (Pty) Ltd*⁴⁴ onder andere aan die hand van die *Lief v Dettmann*-saak beslis:

"In the result, it seems to me that it is now established that the effect of a cession *in securitatem debiti* is the same as far as the debtor is concerned as an out-and-out cession. If reference is still to be made to the cedent retaining *dominium*, it must be confined to the ownership of a personal right that he has against the cessionary arising from the contract between them, *inter alia*, that, on payment of the secured debt, the ceded right will be returned to the cedent."

Die behoeftes van die handelsverkeer moes egter uiteindelik seëvier bo dogmatiese oorwegings. Wanneer 'n vorderingsreg *in securitatem debiti* gesedeer word, is die oorwegings ten gunste daarvan dat die vorderingsreg in die geval van die insolvensie van die sedent in die boedel van die sedent val so sterk dat sedent die *Cohen*-saak, met die uitsondering van *Mercatrust Bpk v Keepers Hosiery SA (Edms) Bpk*⁴⁵ skynbaar nog nooit daarvan afgewyk is nie. In laasgenoemde saak is 'n bevel toegestaan dat die sessionaris die gesedeerde vorderings te gelde kon maak maar is geen redes vir die bevel verstrek nie. Toe hierdie spesifieke probleem weer voor die appèlafdeling kom in *Leyds v Noord-Westelike Koöperatiewe Landboumaatskappy*⁴⁶ het hierdie hof dan ook beslis dat die reël in die *Cohen*-saak neergelê, gevolg moes word, dit wil sê dat die vordering in die sedent se boedel val by sy insolvensie.⁴⁷

Alhoewel hierdie beslissing nie te rym is met die konstruksie van die sessie *in securitatem debiti* in die *Lief v Dettmann*-saak nie was die appèlafdeling nie be-

42 1978 4 SA 730 (W) 739.

43 1979 2 SA 368 (D) 376D-377C.

44 1979 2 SA 784 (W) 791H-792A.

45 1980 3 SA 411 (W).

46 1985 2 SA 769 (A).

47 780F.

reid om te sê dat die konstruksie volgens die *Cohen*-saak die korrekte een is en het die hof geen mening hieroor uitgespreek nie.

In *Marais v Ruskin*⁴⁸ verwerp die appèlafdeling 'n betoog gebaseer op *Lief v Dettmann* dat 'n sessie in *securitatem debiti* 'n volledige sessie is en dat die sedent niks van die gesedeerde vorderingsreg oorhou nie maar 'n reg tot terugsessie ingevolge 'n *pactum fiduciae* tussen hom en die sessionaris teen die sessionaris verkry. Die hof sê dat in die *Leyds*-saak beslis is dat die *Cohen*-benadering gevolg moet word, maar gaan dan voort om te beslis dat die "reversionary interest" wat die sedent behou wanneer hy 'n vorderingsreg wat hy teen 'n skuldenaar het sedeer, nie 'n reg teen die skuldenaar is nie maar wel 'n reg teen die sessionaris om van die sessionaris terugsessie van die gesedeerde vorderingsreg te ontvang.

In die *Bank of Lisbon*-saak beslis die hof dat wanneer boekskulde in *securitatem debiti* gesedeer word die partye nie bedoel het om die eiendomsreg in die boekskulde te laat oorgaan op die sessionaris nie.⁴⁹ Wat betref Innes R se stelling in die *Cohen*-saak (252) dat "the mere fact that the cession was in terms absolute, would not suffice to take the *dominium* out of the cedent, if it was clear that the parties did not intend it to pass" stem die hof klaarblyklik saam met De Villiers HR dat:

"if the cession is made with the avowed object of only securing a debt owing by the cedent to the cessionary, it is, . . . impossible to hold that the cession, whatever its form, takes the *dominium* out of the cedent."⁵⁰

Hierdie beslissing is nie versoenbaar met die beslissings in die *Lief, Trust Bank v Standard Bank, Holtzman* en *Alexander*-sake nie en die appèlafdeling van die hooggeregshof het in hierdie beslissing duidelik die pandkonstruksie vir die sessie in *securitatem debiti* aanvaar.

Dit volg na my mening ook uit hierdie beslissing dat die vorige beslissing van hierdie hof in die *Marais v Ruskin*-saak verkeerd was. Die *dominium* of die "reversionary right" wat die sedent behou kan volgens die *Bank of Lisbon*-beslissing nie 'n reg op terugsessie van die gesedeerde vorderingsreg teen die sessionaris wees nie aangesien volgens hierdie beslissing geen terugsessie nodig is nie. Ongelukkig word in die *Bank of Lisbon*-saak as gesag vir die stelling dat hierdie "reversionary right" 'n waarde het gesteun op 'n passasie in die *Big Sixteen*-saak waarin gesê word dat hierdie reg 'n reg is wat die sedent teen die sessionaris het en wat na betaling van die hoofskuld afgedwing kan word. In die lig van die

48 1985 4 SA 659 (A).

49 294D.

50 Op 246.

vroeëre stelling dat geen terugsessie nodig is nie, moet aanvaar word dat slegs op die *Big Sixteen*-saak gesteun word as gesag vir die stelling dat die oorblywende regte 'n geldwaarde het sonder om die konstruksie van daardie regte te aanvaar en dat die benaming "reversionary rights" gebruik is in die sin waarin dit gebruik is in *Moola v Estate Moola*⁵¹ naamlik,

"his right to enforce the *ceded right* of action after the debt to secure which the cession was given has been discharged".

Scott⁵² sê dat moontlik aan die hand van die *Bank of Lisbon*-saak geargumenteer kan word dat algehele sekerheidsessies (uit-en-uit sessies ter versekering van 'n skuld) tog nog in die Suid-Afrikaanse Reg 'n bestaansreg het. Sy voel dat die hof se beklemtoning van die bedoeling van die partye hierdie moontlikheid versterk. Sy verwys hier na die stelling van Galgut W AR dat:

"(in) cessions *in securitatem debiti*, as in all contracts, the purpose and object which the parties had in mind must not be ignored".⁵³

Hierdie gedeelte moet egter saam met die voorafgaande geles word. Indien dit gedoen word is dit duidelik dat wat Galgut W AR gesê het, is dat selfs as 'n sessie oënskynlik uit-en-uit is, verloor die sedent wat die vorderingsreg as sekuriteit seëder nie die *dominium* in die vorderingsreg nie want die bedoeling van die partye moet nie geïgnoreer word nie en wanneer die sessie gedoen word as sekuriteit en die opbrengs van bedrae gekollekteer teen die sedent se rekening gekrediteer word en enige oorskot bo die versekerde skuld die sedent toeval, is dit onmoontlik om te bevind dat die partye bedoel het om die *dominium* in die vorderingsreg oor te dra.⁵⁴

Hierdie regsposisie is in ooreenstemming met die regsposisie by liggaamlike sake waar sekerheidstelling as sodanig nie as *causa* vir eiendomsdrag aanvaar word nie.⁵⁵ Ook by liggaamlike sake word aanvaar dat waar 'n voorwerp slegs as sekuriteit gelewer word die bedoeling van die partye inderdaad nie is om 'n eiendomsdrag te bewerkstellig nie.⁵⁶

In 'n onlangse uitspraak van die appèlafdeling in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes*⁵⁷ word weer deur Smalberger AR wat die meerderheidsuitspraak gegee het, bevestig dat 'n sessie *in securitatem debiti* "is in the nature of a pledge".

51 *Supra* op 464D.

52 1988 *THRHR* 434 435.

53 Op 292.

54 Vgl ten opsigte van roerende liggaamlike sake *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 (A) 616F-H.

55 Van der Merwe *Sakereg* 488.

56 Vgl die *Vasco Dry Cleaners*-saak *supra*.

57 1989 1 SA 1 (A).

Ek kan nie saamstem met diegene wat die mening huldig dat dit nietemin wenslik is dat die algehele sekerheidsessie naas die sessie by wyse van pandgewing as 'n sessie *in securitatem debiti* erken word nie.⁵⁸ So 'n erkenning sal tot gevolg hê dat in elke geval waar 'n vorderingsreg *in securitatem debiti* gesedeer word, bepaal sal moet word wat die bedoeling van die partye was. Dit sal in die meeste gevalle baie moeilik vir 'n hof wees om te bepaal welke een van die twee die partye bedoel het en vir derdes, vir wie dit van groot belang mag wees veral wat betref 'n verdere sessie deur die sedent van sy regte of van die sessionaris van sy regte of wat betref die insolvensie van die sedent of die sessionaris, sal dit feitlik onmoontlik wees om te bepaal welke een van die twee bedoel is.⁵⁹

Dit is verder na my mening onwenslik om partye toe te laat om hulle regsposisie so te reël dat solank as wat hulle solvent is hulle onderling in dieselfde posisie sal wees as waarin hulle sou wees indien die vordering by wyse van pandgewing gesedeer is terwyl die regsposisie na die sedent of die sessionaris se insolvensie geheel en al sal verskil van wat dit sou wees in die geval van sessie by wyse van pandgewing.

Ek meen ook nie dat daar enige behoefte bestaan vir die erkenning van 'n algehele sekerheidsessie naas die sessie by wyse van 'n verpanding nie. So 'n sessie verleen aan die sessionaris veel meer bevoegdhede as wat bloot vir doeleindes van sekerheidstelling of invordering benodig word.⁶⁰

Volgens Scott kom altwee tipes sessies algemeen voor in die Duitse reg en word die algehele sekerheidsessie bo 'n verpanding van vorderingsregte verkies. Die hoofrede hiervoor is volgens haar die feit dat publisiteit nie 'n vereiste vir die algehele sekerheidsessie is nie, maar wel vir 'n verpanding.⁶¹ Volgens haar is 'n nadeel van die algehele sekerheidsessie die feit dat die pandhouer (sessionaris) nie betaling van die skuld mag ontvang of op enige wyse oor die vorderingsreg mag beskik voordat die skuld van die sedent teenoor hom opeisbaar geword het en die sedent nie kan betaal nie en die feit dat die skuldenaar ook nie aan die sedent kan betaal nie omdat laasgenoemde sy bevoegdheid om die vorderingsreg te realiseer aan die sessionaris oorgedra het.⁶²

Soos sal blyk uit my bespreking van die toepassing van die pandkonstruksie op die sessie *in securitatem debiti* van boekskulde meen ek nie dat hierdie oorwegings geldige oorwegings is om in Suid-Afrika die algehele sekerheidsessie naas die verpandingsessie te erken nie en meen ek dat die pandkonstruksie bevredigend voldoen aan die behoeftes van die belanghebbende partye.

58 Scott 1988 *THRHR* 434 436.

59 Van der Merwe *Sakereg* 486.

60 Joubert *Die Regsbetrekkinge by Kredietfaktorering* LLD-proefskrif (1986) 480.

61 1987 *THRHR* 182; 1988 *THRHR* 434 436.

62 1987 *THRHR* 187.

4 SESSIE IN *SECURITATEM DEBITI* VAN BOEKSKULDE EN TOEKOMSTIGE BOEKSKULDE

Wanneer boekskulde en toekomstige boekskulde by wyse van die sessie *in securitatem debiti* as sekuriteit gegee word, kom die belange van die boekskuldenaar, boekskuldeiser (sedent), kredietgewer (sessionaris) en ander skuldeisers of potensiële skuldeisers (derdes) van die boekskuldeiser en kredietgewer ter sprake.

Wanneer die vraag gevra word “sessie *in securitatem debiti* — *quo vadis*” met betrekking tot boekskulde en toekomstige boekskulde moet bepaal word tot welke mate die bestaande regsposisie die belange van elk van die belanghebbende partye dien en indien die belange van die belanghebbende partye nie ten volle gedien word nie is die vraag of iets daaromtrent gedoen behoort te word.

Die bestaande regsposisie moet gevind word in daardie beslissings waarin die verpandingskonstruksie aangewend in die *Cohen*-saak gevolg is en in die regsbeginsels van toepassing by die verpanding van liggaamlike sake.⁶³

Ek handel vervolgens afsonderlik met die behoeftes van elk van die belanghebbende partye en die mate waartoe sodanige behoeftes bevredig word deur die verpandingskonstruksie.

4.1 Die boekskuldenaar

Die belang van die boekskuldenaar is dat sy verpligtinge nie verswaar moet word nie, dat hy sekerheid moet hê aan wie om te betaal sodat sy skuld deur betaling uitgewis sal word en hy nie die gevaar loop dat hy tweemaal vir dieselfde skuld aangespreek word nie.

Volgens die *Bank of Lisbon*-saak verkry die sessionaris *in securitatem debiti* van boekskulde “the exclusive right to claim and receive from the existing and future ‘book debtors’ the amounts owing by them”.⁶⁴ Solank as wat die sessie geld, verskil die boekskuldenaar se posisie dus geensins van wat dit sou wees in die geval van ’n uit-en-uit sessie nie. Indien hy sonder kennis van die sessie aan die sedent sou betaal, word die skuldenaar van aanspreeklikheid ten opsigte van die skuld bevry. Volgens die regspraak word die skuldenaar bevry omdat die sessionaris net homself kan blameer vir sy verlies⁶⁵ en dit billik is dat die skuldenaar onder die omstandighede bevry word.⁶⁶

63 Vgl *Muller v Trust Bank of Africa Ltd* supra 124H; *De Hart v Virginia Land and Estate Co Ltd* 1957 4 SA 501 (O) 505; *Trust Bank v Standard Bank* supra per Ogilvie-Thompson 186H-187D.

64 294C.

65 *Trust Bank van Afrika Bpk v Oosthuizen* 1962 2 SA 307 (T) 308F-G.

66 *Brook v Jones* 1964 1 SA 765 (N) 767C.

Wanneer die skuld ten opsigte waarvan die sessie gegee is afbetaal is, raak die posisie ietwat meer gekompliseerd. Die vraag ontstaan dan of die skuldenaar wat in kennis gestel is van die sessie *in securitatem debiti* sy skuld kan aflos deur betaling aan die sessionaris solank as wat hy nie kennis dra dat die reg om betaling te ontvang teruggeval het op die sedent en of hy homself daarvan moet vergewis of die skuld afgelos is aldan nie alvorens betaling deur hom gedoen word. Laasgenoemde is klaarblyklik ietwat onbevredigend.

Die reg wat aan die sessionaris *in securitatem debiti* gesedeer word, is 'n reg om totdat die hoofskuld betaal is, betaling van boekskuldenare te ontvang, nadat die hoofskuld gedelg is bly daar niks in die sessionaris oor wat teruggesedeer kan word nie en bestaan daar nie meer 'n beperking op die sedent se reg om betaling van boekskuldenare te ontvang nie.

Alhoewel daar nie 'n terugsessie is waarvan kennis aan boekskuldenare gegee moet word nie meen ek nie dat daar enige goeie rede bestaan waarom die boekskuldenaar wat sonder kennis van die delging van die hoofskuld aan die sessionaris betaal nie, soos in die geval van betaling sonder kennis van sessie aan die sedent, op grond van billikheidsoorwegings van aanspreeklikheid ten opsigte van die skuld vrygestel behoort te word nie. Gee die sedent nie kennis aan die boekskuldenaar dat die versekerde skuld gedelg is nie, het hy net homself te blameer indien die boekskuldenaar aan die sessionaris betaal.

Na my mening voldoen die konstruksie wat die appèlafdeling van die hooggereshof in die *Bank of Lisbon*-saak op die sessie *in securitatem debiti* geplaas het gevolglik aan die behoeftes van die boekskuldenaar.

4.2 Die boekskuldeiser (sedent)

Die belang van die boekskuldeiser is dat die skuld slegs dien as sekuriteit, dat die skuld behoue sal bly of so volledig moontlik ingevorder word en dat die boekskulde of die balans van die ingevorderde bedrag hom weer sal toeval wanneer sy skuld teenoor die kredietgewer afgelos is.

Die feit dat die boekskuldeiser die *dominium* van die boekskuld behou terwyl die kredietgewer slegs die uitsluitlike reg verkry om tot tyd en wyl die hoofskuld betaal is die boekskuld in te vorder en te ontvang en dat die transaksie as 'n verpanding van die betrokke vorderingsregte beskou word, het tot gevolg:

4.2.1 Dat die boekskuld in die boedel van die boekskuldeiser val in geval van sy insolvensie soos beslis in die *Cohen* en *Leyds*-sake;

4.2.2 Dat die boekskuldeiser steeds die boekskuld kan sedeer aan 'n derde. Die boekskuldeiser kan natuurlik nie meer regte oordra as wat hy self het nie en daarom sal die derde deur sessie oordrag van die boekskuld ontvang onderhewig aan die regte van die kredietgewer. Die reg wat oorgedra word is die reg om nadat die versekerde skuld gedelg is die oorblywende boekskulde in te vorder. Hierdie

reg is nie 'n spes of verwagting nie maar 'n bestaande reg wat die sedent by die sessie *in securitatem debiti* behou het.⁶⁷

Die *Marais*-beslissing is wel tot die teendeel maar in hierdie beslissing het die hof in effek beslis dat die sedent wat 'n vordering as sekuriteit vir sy skuld aan die sessionaris sedeer al sy regte aan die sessionaris sedeer maar terselfdertyd 'n reg op terugsedering teen die sessionaris verwerf. Die *dominium* wat in die sedent agterbly bestaan dus uit 'n "reversionary right" teen die sessionaris en daar bestaan geen "reversionary right" of enige ander reg, so wil dit voorkom, teen die skuldenaar nie. Hierdie benadering is onversoenbaar met die latere beslissing van die appèlafdeling in die *Bank of Lisbon*-saak waar met goedkeuring verwys is na die *Cohen*-saak waarin gesê is dat geen terugsessie nodig is na delging van die versekerde skuld nie en waaruit dit blyk dat die oorblywende regte, of te wel die *dominium* wat in die sedent setel, duidelik regte teen die skuldenaar moet wees.

4.2.3 Dat die boekskuldeiser steeds die boekskuld as sekuriteit kan sedeer.⁶⁸ Soos reeds hierbo aangevoer en soos blyk uit die *Bank of Lisbon*-saak behou die sedent boekskuldeiser die reg om na delging van die versekerde skuld die boekskuld te vorder en te ontvang. Daardie reg is 'n bestaande reg, dit is 'n reg teen die boekskuldenare en daar kan geen rede bestaan waarom daardie reg nie as sekuriteit vir 'n skuld gesedeer kan word nie. Ek kan nie saamstem met die beslissing in *Airco Engineering (Pty) Ltd v Ensor*⁶⁹ waar beslis is dat die regte wat terugval op die sedent by kansellasië van die eerste sessie toekomstige regte is wat in daardie geval gedek was deur 'n tweede sessie wat 'n sessie ook van toekomstige regte was.

4.2.4 Dat die sessionaris nie sonder die medewerking van die sedent boekskuldeiser die boekskuld kan verminder deur 'n skikking met die boekskuldenaar aan te gaan of op 'n ander wyse nie.⁷⁰ Indien die sessionaris deur sy nalatige optrede met betrekking tot die gesedeerde vorderingsreg die sedent skade berokken kan hy deur die sedent aanspreeklik gehou word vir sodanige skade.⁷¹

4.2.5 Dat die sessionaris dadelik na sessie die boekskulde kan opvorder en ontvang en nie slegs nadat die sedent in gebreke gebly het om die versekerde skuld te betaal nie en inderdaad verplig is om redelike stappe te doen om die gesedeerde

67 *Bank of Lisbon* *supra* 2941; *Block v Universal Produce Co (Pty) Ltd* 1934 NPD 324 328.

68 *Taylor and Ries Ltd v Clift* 1935 GWL 1 9.

69 1988 2 SA 367 (N).

70 *Rixom v Mashonaland Building Loan and Agency Co Ltd* 1938 SR 207 213.

71 *Vassen v Garret* 1911 EDL 198; *Freeman Cohen's Consolidated Ltd v General Mining and Finance Corporation Ltd* 1906 TS 585 591.

de vorderings in te vorder.⁷² Sou hy versuim om redelike stappe te doen om die gesedeerde boekskulde wanneer hulle verskuldig word in te vorder kan hy aanspreeklik gehou word vir skade deur die sedent gely.⁷³ Bedrae wat so gevorder word, word gekrediteer teen die rekening van die sedent en enige oorskot bo die versekerde skuld kom die sedent toe.⁷⁴ Scott⁷⁵ meen na analogie van die verpanding van roerende liggaamlike sake dat die sessionaris eers na pandrypheid, dit wil sê na versuim van die sedent om sy skuld aan die sessionaris te betaal die gesedeerde vordering kan realiseer en dat 'n probleem voor daardie tyd ontstaan deurdat die skuldenaar wat van die sessie weet nie aan die sedent of die sessionaris kan betaal nie. Hierdie mening strook egter nie met die voormelde beslissings nie. Dit stel, verkeerdelik na my mening, die invordering van boekskulde gelyk met die realisering daarvan. Dit is natuurlik ook in die boekskuldeiser se belang dat sy boekskulde so gou moontlik ingevorder word en die reg aan die kant van die sessionaris om dit dadelik na sessie te doen dien die boekskuldeiser se belang dat die boekskulde so volledig moontlik ingevorder word.

4.2.6 Dat die sessionaris nie die boekskulde by wanbetaling kan verkoop sonder 'n hofbevel nie,⁷⁶ behalwe waar die sedent aan die sessionaris die reg tot *parate* eksekusie verleen het.⁷⁷

In welke geval die reëls wat geld met betrekking tot so 'n beding in die geval van die verpanding van 'n liggaamlike saak behoort te geld.

4.2.7 Dat 'n ooreenkoms dat die sessionaris die boekskulde kan behou in geval van wanbetaling (*pactum commissorium*) onafdwingbaar is.⁷⁸

4.2.8 Dat wanneer die versekerde skuld vereffen is die sessionaris se reg om betaling van die boekskulde te vorder en te ontvang tot 'n einde kom⁷⁹ en die sessionaris verplig is om enige surplus aan die sedent oor te betaal.⁸⁰

4.2.9 Dat waar dokumente aan die sessionaris gelewer is ter voltooiing van die sessie die sedent geregtig is op teruglewering daarvan teen betaling van die versekerde skuld.⁸¹

72 *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* *supra* per Van Heerden; *National Bank v Tayob & Co* 1919 TPD 133; *Priest v Logie's Estate* 1926 EDL 40 43; *SA Breweries v Levin* 1935 AD 77.

73 *SA Breweries v Levin* 1934 GWL 33 46.

74 *Bank of Lisbon*-saak *supra* 294C; *Volhand en Molenaar (Pty) Ltd v Ruskin* 1959 2 SA 751 (W) 753D-E.

75 1987 THRHR 187.

76 *Stephens v Whitford* 1903 TH 231.

77 *Freeman Cohen's Consolidated Ltd v General Mining and Finance Corporation Ltd* 1906 TS 585; *Priest v Logies Estate* *supra* 43.

78 *Cohen*-saak 242; *Sun Life Assurance Company of Canada v Kuranda* 1924 AD 20.

79 *Bank of Lisbon*-saak.

80 *Kuranda v Boustred & Others* 1933 WLD 49; *Bank of Lisbon*-saak.

81 *Oertel v Brink* 1972 3 SA 669 (W); *Italtrafo SpA v Escom* *supra*.

Dit blyk dus dat die behoeftes van die sedent boekskuldeiser bevredig word deur bestaande regsreëls van toepassing op die sessie *in securitatem debiti* soos gekonstrueer in die *Bank of Lisbon*-saak.

4.3 Die kredietgewer (sessionaris)

Die belang van die kredietgewer (sessionaris) is dat die volle skuld sal dien as sekuriteit van die boekskuldeiser se skuld teenoor hom. Dit sluit in:

- 4.3.1 Dat die inhoud van die skuld nie verander moet kan word sonder sy medewerking nie.
- 4.3.2 Dat betaling van die skuld slegs aan hom moet kan geskied.
- 4.3.3 Dat hy geregtig moet wees om die gesedeerde vordering op te vorder.
- 4.3.4 Dat geen ander persoon sterker regte op die vordering moet kan hê as hy nie.
- 4.3.5 Dat die insolvensie van die sedent hom nie van sy sekuriteit sal ontnem nie.

Hierdie behoeftes word grootliks bevredig deur die konstruksie wat in die *Bank of Lisbon*-saak op die sessie *in securitatem debiti* geplaas is.

- 4.3.6 Na sessie *in securitatem debiti* kan die sedent boekskuldeiser nie die inhoud van die skuld verander sonder die medewerking van die sessionaris nie.⁸²

Hy kan byvoorbeeld nie die kontrak waaruit die boekskuld ontstaan het kanselleer nie.⁸³

- 4.3.7 Deur kennis van die sessie aan die boekskuldenaar te gee kan die sessionaris verseker dat die boekskuld solank as wat die hoofskuld staan slegs deur betaling aan hom afgelos kan word.

- 4.3.8 Soos reeds gesien kan die sessionaris onmiddellik na sessie begin om die gesedeerde vorderings te verhaal. Hy is inderdaad verplig om redelike stappe te doen om die boekskulde te verhaal⁸⁴ en is geregtig op sy nodige uitgawes aangegaan in hierdie verband.⁸⁵

82 *Trautman v Imperial Fire Insurance Co* 12 SC 38; *Van der Byl & Co v Findlay & Kihn* 9 SC 178; *Cohen*-saak 251; *Van Zyl v Strandfontein Namaqualand Estates Ltd* 1930 CPD 270 272; *Moola*-saak 464H-465C.

83 *Frankfurt v Rand Tea Rooms Ltd and Sheffield* 1924 WLD 253; *Nell v Barry* 1958 2 SA 687 (O).

84 *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* per Van Heerden AR te 22.

85 *Smith v Farelly's Trustee supra*.

4.3.9 Solank as wat die versekerde skuld verskuldig is en voor insolvensie van die sedent het die sessionaris die uitsluitlike reg om die gesedeerde boekskulde te verhaal.⁸⁶ Hy kan boekskuldenare aanspreek vir betaling van die volle boekskulde wat gesedeer is al oorskry dit die versekerde skuld.⁸⁷ Bedrae wat ingevorder word word gekrediteer teen die versekerde skuld en enige oorskot na delging van die versekerde skuld moet aan die sedent betaal word.⁸⁸

4.3.10 In die geval van meerdere sessies geniet die eerste sessie voorrang. Aangesien kennisgewing geen geldigheidsvereiste vir sessie is nie, is 'n sessionaris, behalwe in die geval van 'n vordering wat in 'n dokument beliggaam is en vir die oordrag waarvan lewering van die dokument nodig is, aangewese op die woord van die sedent ten aansien van die vraag of die vorderingsreg reeds gesedeer is. In die praktyk kom dit dan ook heel dikwels voor dat 'n sessionaris wat sessie van boekskulde as sekuriteit geneem het later uitvind dat sy sekuriteit bloedweinig werd is vanweë 'n vroeëre sessie. Hierdie toedrag van sake is onbevredigend en geld natuurlik ook in die geval van 'n uit-en-uit sessie. Die probleem kan verlig word deur kennisgewing aan skuldenare 'n geldigheidsvereiste van sessie te maak. Dit sal net by wyse van wetgewing gedoen kan word.

4.3.11 Alhoewel die gesedeerde boekskulde by die insolvensie van die sedent in sy boedel val, behou die sessionaris sy sekuriteit deurdat hy sy voorkeurreg behou op betaling uit die opbrengs van die gesedeerde vordering.⁸⁹

Weereens is ek van mening dat die behoeftes van die sessionaris bevredig word deur bestaande regsreëls van toepassing op die sessie *in securitatem debiti*, met dié voorbehoud egter dat kennisgewing aan die boekskuldenare as geldigheidsvereiste 'n beter geleentheid aan die sessionaris sal gee om homself daarvan te vergewis dat die skulde wat hy as sekuriteit geneem het inderdaad sal dien as sy sekuriteit.

4.4 Derdes

Derdes se belange kom op die spel as skuldeisers of potensiële skuldeisers van die sedent of sessionaris van boekskulde. Hulle belang is dat hulle nie mislei moet word betreffende die bates van elk van die sedent en die sessionaris nie en dat

86 *Bank of Lisbon-saak; National Bank of SA Ltd v Nell supra; Barclays Bank (DC & O) v Riverside Dried Fruit Co (Pty) Ltd* 1949 1 SA 937 (C); *Moola v Estate Moola supra; Kotsopoulos v Bilardi* 1970 2 SA 391 (C).

87 *Hurwitz' Trustee v Salamander Fire Insurance Company* 1917 TPD 216; *De Hart v Virginia Land & Estate Co Ltd supra*.

88 *Bank of Lisbon-saak* 294.

89 *Leyds-saak* 780F.

die bates van hul skuldenaar vir hulle beskikbaar moet wees vir uitwinning wanneer hy nie sy skulde teenoor hulle betaal nie.

Die pandkonstruksie het effektiewelik tot gevolg dat tot die mate wat die waarde van die boekskulde die versekerde skuld oorskry, dit 'n bate in die boedel van die sedent is en tot die mate wat dit nie die versekerde skuld oorskry nie dit 'n bate in die boedel van die sessionaris is. Voor insolvensie berus die *dominium* in die boekskulde by die boekskuldeiser en die reg om die boekskulde te vorder by die kredietgewer. Indien die waarde van die boekskulde die versekerde skuld oorskry behoort hierdie *dominium* 'n geldwaarde te hê wat ongeveer gelykstaande is aan die verskil tussen die waarde van die boekskulde en die versekerde skuld terwyl die reg om die boekskulde te vorder 'n geldwaarde behoort te hê gelykstaande aan die versekerde skuld. Dit vorm dus bates in die boedels van die boekskuldeiser en kredietgewer waarop hulle onderskeie skuldeisers beslag kan lê.

By die insolvensie van die boekskuldeiser val die gesedeerde boekskulde in sy insolvente boedel maar behou die sessionaris sy voorkeurreg op betaling.

By die insolvensie van die kredietgewer val die reg om die boekskulde in te vorder totdat die versekerde skuld gedelg is in sy boedel. Enige oorskot bo die versekerde skuld kom die boekskuldeiser toe en nie die skuldeisers van die kredietgewer nie.⁹⁰

Weereens as gevolg van die feit dat kennisgewing aan skuldenare nie 'n geldigheidsvereiste vir sessie is nie kan derdes mislei word aangaande die bates van 'n boekskuldeiser en word die deur vir valse aansprake op vroeëre sessies wyd oopgelaat. Scott⁹¹ voer aan dat kennisgewing van die sessie aan die skuldenaar die wyse is waarop aan die publisiteitsvereiste by die vestiging van saaklike regte in die geval van die sessie *in securitatem debiti* voldoen word en dat die sessionaris se pandreg eers na kennisgewing ontstaan. Hierdie siening is die meer wenslike maar strook na my mening nie met die huidige regsposisie nie. In etlike gewysdes is beslis dat die sessie in die geval van vorderingsregte die ekwivalent van lewering by liggaamlike sake is.⁹²

Bestaande regsreëls van toepassing op die sessie *in securitatem debiti* voldoen dus aan die behoeftes van derdes, weereens met die voorbehoud egter dat kennisgewing aan die boekskuldenare as 'n geldigheidsvereiste die moontlikheid van misleiding van derdes en valse aansprake op sekuriteit kan verminder.

90 Oertel v Brink *supra*; Bank of Lisbon-saak *supra* 294.

91 1987 THRHR 182.

92 Smith v Farely's Trustee *supra*; Volhand & Molenaar (Pty) Ltd v Ruskin 1959 2 SA 751(W); Guman v Latib 1965 4 SA 715 (A); Italtrafo SpA v Escom *supra*.

5 KENNISGEWING AAN BOEKSKULDENARE

'n Beswaar wat teen kennisgewing aan boekskuldenare as geldigheidsvereiste vir die sessie *in securitatem debiti* geopper word, is dat boekskuldeisers traag sal wees om van hierdie vorm van sekuriteit gebruik te maak indien kennis gegee moet word. Tans gebeur dit heel dikwels dat boekskulde *in securitatem debiti* gesedeer word maar dat die boekskuldeiser voortgaan om sy boekskulde in te vorder en dat slegs wanneer hy versuim om die versekerde skuld te betaal deur die sessionaris kennis gegee word aan die boekskuldenare en deur die sessionaris begin word om die boekskulde in te vorder. Indien die sedent en sessionaris sou afsprek om so op te tree kom hulle inderdaad ooreen dat die vorderingsregte eers op die sessionaris sal oorgaan by die vervulling van 'n voorwaarde naamlik die nie-betaling van die versekerde skuld deur die sedent aan die sessionaris, en behoort die sessionaris geen voorkeur te hê by die insolvensie van die sedent voor vervulling van die voorwaarde nie. Verder behoort die sedent onder daardie omstandighede die regte voor vervulling van die voorwaarde geldiglik te kan oordra aan 'n ander sessionaris.

Indien die sedent en sessionaris werklik deur 'n sessie *in securitatem debiti* beoog om 'n oordrag van die betrokke vorderingsregte ten opsigte van boekskulde daar en dan te bewerkstellig moet dit ook hulle bedoeling wees dat die sessionaris voortaan die boekskulde sal invorder en kan daar geen beswaar teen kennisgewing aan boekskuldenare bestaan nie.⁹³

6 GEVOLGTREKKING

Dit staan nou vas dat in geval van sessie *in securitatem debiti* van 'n vorderingsreg die sedent die *dominium* in die vorderingsreg behou en dat die sessie beskou word as 'n verpanding van die vorderingsreg. Daar bestaan weinig onsekerheid oor die beginsels en praktiese toepassing van die verpandingskonstruksie⁹⁴ en so gekonstrueer voldoen die sessie *in securitatem debiti* wesenlik aan die behoeftes van alle belanghebbende partye met die voorbehoud egter dat dit tot 'n groter mate die geval sou wees indien kennisgewing aan die skuldenaar as 'n geldigheidsvereiste vir sessie gestel sou word.

Sessie van 'n vorderingsreg bloot as sekuriteit kan gevolglik nie geskied by wyse van 'n uit-en-uit sessie nie. Dit is verder onnodig en onwenslik dat erkenning aan so 'n sessie verleen word.

93 Vgl *Bank of Lisbon*-saak 294C.

94 Scott 1989 *THRHR* 45.

2.6 The drafting of cession documents

J Luttig*

I INTRODUCTION

1 I have been allocated the unenviable task of dealing, in a period of half an hour, with the drafting of cession documents. This is indeed a daunting task, given not only the intricacy of the law relating to cession, or the apparently confused state of that branch of the law pertaining at present, but also the large variety of commercial and other transactions which involve cessions and the principles of law relative thereto.

2 My problems in addressing this subject today are further exacerbated by the fact that the principles involved in the law of cession, and the present course of evolution of those principles, are highly academic; involving thus a subject which requires lengthy and detailed study. I console myself with the fact however that I have probably been elected to address you on this subject because I am, as a practising lawyer, at the interface of business practice and legal principle. As such I am constantly called upon to draft documents to give effect to commercial and industrial business. I may therefore be of some assistance to you in elucidating the task of drafting a cession document.

3 In presenting this topic I intend dealing with it in the following manner:

3.1 I shall, in the briefest possible manner give you a resumé of those legal principles which, in the content of the law of cession, should be considered when cession documents are drafted.

3.2 Thereafter I shall mention and enumerate some of the more prevalent cession documents encountered in practice. It is also necessary, I suggest, that those documents should be classified and identified as being

* *Practising attorney*

3.2.1 either of the nature of out-and-out cessions; or

3.2.2 in the nature of cessions granted as security for a principal debt (cessions *in securitatem debiti*).

3.3 Having so identified and classified cession documents I intend isolating perhaps the most prevalent of those documents namely a cession as security of book debts by recording in regard thereto, in skeleton form:

3.3.1 the legally essential provisions thereof ("the essentialia") and

3.3.2 the commercially necessary provisions thereof (being provisions which are not necessarily essential from the point of view of the presently appertaining law of cession, but, being as such, provisions which men of commerce and business traditionally insist upon).

3.4 Finally once I have so identified the legally essential and commercially necessary provisions of a cession of book debts as security, I intend dealing with the manner of drafting those provisions so as to comply with the legal principles and to avoid the numerous pitfalls which so complicate the task of the draftsman.

3.5 A consideration, in the proposed manner, of a standard cession of book debts as security will, in my opinion, highlight most of the drafting principles which should be applied to other cession documents.

4 Before moving on to the applicable cession principles please allow me a few opening remarks and comments, of a general nature, in regard to the task of the draftsman.

5 A long time ago, lawyers were compensated for their work as scriveners by being paid for each page of the contract that was written. Human nature being what it is, with verbosity being more profitable than brevity, contracts and other legal documents were drafted to use as many words as possible to express the required thought. Elaborate recitals were part of this practice. Moreover, of course, everyday language, especially when used in a formal setting, tended to be far more elaborate than is today's custom.

6 In contradistinction to that practice, I enjoin all draftsmen of legal documents to embrace the principle that good drafting form is to be found in fewer more precise words. Unnecessary recitals, archaic language and obsolete word usages are to be avoided. The words to be used should be those with which a person, engaged in that particular business, will be familiar. Legalise and Latin terms should be resorted to only if they represent the shortest clearest way of expression under the circumstances.

7 We live in an era in which the principles of law are, more and more, being interpreted and applied with a distinct bias towards fairness and equity. I will demonstrate fairly graphically in dealing with the pitfalls inherent in the draft-

ing of a cession document that a draftsman place the very existence and validity of his document in jeopardy if he attempts to load that document or agreement too unfairly in favour of one or other of the parties thereto. In preparing a certain document therefore the draftsman must ensure that its terms do not impose so unfairly on the basic rights of one of the parties thereto that a court of law will rule it as invalid on the ground of it being *contra bonos mores* or contrary to public policy.

II LEGAL PRINCIPLES APPLICABLE TO CESSION

1 Before attempting to draft any cession document I require it essential that the draftsman should have a checklist of the following legal principles applicable thereto (I intend alluding to these principles without referring to the actual case law, this having been achieved in some detail by previous speakers at this seminar).

1.1 Cessions divide themselves into the following two broad categories:

1.1.1 Out-and-out cessions in which the cessionary becomes the owner of the right. This type of cession replaces the cedent with the cessionary as creditor.

1.1.2 The second category of cession is the cession as security. The present state of the law seems to suggest that this type of cession is in the nature of a pledge of personal rights, rather than an outright cession coupled to the so called *pactum fiduciae* (to the effect that the cessionary will recede the rights to the cedent on payment of the principal debt).

1.2 The following drafting principles apply to all cessions, irrespective of whether they are out-and-out cessions or cessions as security:

1.2.1 The parties must be clearly defined.

1.2.2 The subject matter of the agreement must be clearly established and defined; namely the rights to be ceded must be defined, for example book debts, shares, or other securities.

1.2.3 It must be realized that the cession document comprizes of two components namely:

- (i) the so called obligatory agreement which constitutes the agreement between the parties to cede the rights and which creates the rights and duties between the cedent and the cessionary and
- (ii) the so called transfer agreement (or rather Transfer Deed) whereby the subject matter of the obligatory agreement, namely the personal right is transferred or pledged.

1.2.4 The *causa* for and in respect of the obligatory agreement must be stated e.g. in an out-and-out cession the *causa* would be purchase and sale (discounting)

or a donation, while in the cession as security, the *causa* is to be given as just that, namely as security for a principal debt.

1.2.5 The draftsman should also be alive to the fact that delivery of the document or documents embodying the right or rights being transferred is in all probability a requisite formality for a valid cession (it is an integral part of the transfer of the right(s)); and this seems to be especially emphasized if there are concurrent or competing claims by two or more cessionaries in respect of the same rights.

1.2.6 A further factor to be borne in mind, although the law seems to be unsettled in this regard as well, is that notice of the cession to the debtor, may be regarded as a prerequisite for validity of the cession (transfer). Difficulty frequently arises where the cedent is not content to trust the good faith of the cessionary and requires that it be stipulated that the cessionary cannot exercise its rights of giving notice to the relevant debtors unless the cedent is in default. Many of us take the view that the cessionary cannot agree to such a clause in that it destroys the basis of the cession which would lose its efficacy if there were a subsequent cession without such a clause. In fact the agreement goes further and contends that there is no valid cession at all or at best that the cession is only perfected when the right to give notice accrues and is exercised — and normally that is about the time when the cedent is about to be sequestrated, with the result that the cession becomes open to attack as an undue preference.

1.2.7 There is no objection, legally, to the cession of future debts (rights) provided the cession document is clearly worded to that effect. (This principle has been confirmed by Adv Streicher during his address).

1.3 The one principle peculiar to *cessions as security* is that, because it is in the nature of a pledge, and because a pledge is always accessory to a principal obligation (in the same manner that a suretyship is so accessory to a principal obligation), whenever the principal obligation is discharged or extinguished, the pledge (or cession as security) is *ipso jure* extinguished.

2 That then deals with the essential principles to be borne in mind before the preparation of a cession document is embarked upon.

III CESSION DOCUMENTS AND CLASSIFICATION THEREOF

1 I now turn to enumerate briefly certain of the more prevalent types of cession documents (and to deal with their classification as out-and-out cessions or cessions as security).

2 The agreements involving a cession of rights which come across my desk fairly regularly are:

- sale of shares and loan accounts

- factoring (of book debts) agreements with or without recourse
- cession of shares and loan accounts as security
- discounting of book debts and commercial paper (other securities) (also with or without recourse)
- cession of books debts or commercial paper as security.

3 Sale of shares obviously falls into the category of an out-and-out cession of the rights embodying the shares. The factoring of book debts (irrespective of whether such is with or without recourse) and the discounting of book debts and commercial papers (irrespective of whether such is with or without recourse) normally involves an out-and-out cession.

IV CESSION OF BOOK DEBTS AS SECURITY

1 Pursuant to the scheme of my discussion I shall now consider the drafting of a standard type of cession of book debts as security, to which I shall, for the sake of brevity refer as “the cession”, and in doing so I shall:

1.1 Identify and enumerate in point form all the elements of the cession i.e. I shall give you a skeletal structure of the cession comprising in the first place its essential elements, and then in the second place its non essential, but commercially necessary elements; and

1.2 thereafter discuss the drafting of a clause relative to each of those elements for purposes of explaining the manner of drafting required to ensure that the end product will successfully survive the test of validity.

2 In terms of the legal principles with which I have dealt previously the essentials of the cession are the following:

2.1 A description of the parties

2.2 Obligatory agreement

- (i) A description of the subject matter i.e. the rights being ceded.
- (ii) A description of the principal debt, or the creation of the principal debt.
- (iii) The agreement to cede and statement of the *causa* i.e. an agreement to cede as security for the principal debt.

(These are the only essentialia of the obligatory agreement)

2.3 **The Transfer agreement** (According to Prof Oelofse this part of the document is being referred to as *The Deed of Transfer*),

- (i) A statement that the document constitutes an actual cession and the cause underlying the cession.
- (ii) A provision relating to delivery of the documents of title (because of uncertainty in our positive law in this regard, I would, *ex abundante cautela* include this element in The Deed, if possible.)

(iii) A provision relating to notice to debtors concerning the cession.

(These are the only essentialia of the transfer agreement.)

2.4 The following constitute non essential, but in my experience, the commercially required terms of the cession *(forming thus part of the obligatory agreement)*:

- (i) Default and recovery provisions.
- (ii) Disclaimer by cessionary in respect of loss provision.
- (iii) Continuing cover provision.
- (iv) A certificate of indebtedness provision.
- (v) Cession of the so called "reversionary rights" provision.
- (vi) Inspection of records and furnishing of details provision.
- (vii) A severability clause.
- (viii) A general clause dealing with such matters as non-waiver of rights, domicile addresses and costs.

V DRAFTING OF THE CESSION OF BOOK DEBTS

1 Introduction

1.1 I finally arrive at the heart of my discussion, namely the more specific drafting rules and principles required to record in the cession document the essential and non essential but commercially required elements which have been listed by me.

1.2 In doing so I shall rely very heavily upon an appellate division decision in the matter of *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* (1989 1 SA 1 (A)). The judgment in this matter, which was delivered on the 19th September 1988, is a majority one being delivered by Mr Justice Smalberger (Judges Jansen and Nestadt concurring) and dissented to by Mr Justice Van Heerden (Judge Rabie, the acting Chief Justice, concurring with the dissenting judgment). I shall for the sake of brevity refer to this decision as the *Sasfin* case.

2 The essentialia of the obligatory agreement

2.1 The first essential of the obligatory agreement, is a description or definition of the subject matter being the rights to be ceded. This is normally stated as being all claims and rights of action which the cedent presently has or at any time in the future may have against his debtors. There is no objection in practice to a cession of future rights. (There has been some academic criticism of this type of cession).

2.2 Because of the accessory nature of the cession, there must also be a description of the principal debt, or the provisions constituting the principal debt may be incorporated in the document. For instance if the principal debt arises from

a loan, the loan provision could be drafted into a separate clause of the cession document.

2.3 A reading of the *Sasfin* case demonstrates that there can be no objection to the cession being entered into in anticipation of the principal debt coming into being. However *what* that case objects to and finds repugnant to the extent of holding the relevant cession as being invalid, are those provisions which permit the cessionary to recover the book debts (i.e. exercise the ceded rights) despite the fact that the principal debt has not yet come into being, or despite the fact that the principal debt may be settled or discharged on a temporary or intermediate basis. This principle has been dealt with as follows in the *Sasfin* judgment:

“It was not suggested on the papers that Beukes’ indebtedness to Sasfin arose in any way other than under the discounting agreement. As that agreement and the deed of cession were signed at one and the same time it follows that there could have been no principal debt in existence when the deed of cession was executed. If the deed of cession contemplated a cession *in anticipando* no transfer of rights to Sasfin could have taken place until the cession became operative, i.e. until the indebtedness it was sought to secure arose.”

2.4 In drafting the cession, special care should therefore be taken not to give or purport to give the cessionary any rights of recovery or realization of the book debts (the ceded rights) prior to or during any period during which the principal obligation is extinguished or not in existence.

2.5 Having thus dealt with the subject matter and the principal debt, the obligatory part of the cession must finally stipulate that the parties agree to cede the subject matter, i.e. the book debts, as security for the principal debt.

3 The essentialia of the transfer agreement

3.1 The next constituent of the cession which the draftsman has to create is the transfer agreement.

3.2 The gravamen of the transfer agreement is a bold statement to the effect that

“the cedent hereby cedes (in contradistinction to ‘undertakes to cede’) the book debts (as defined previously) as security for the principal debt.”

3.3 The further probable essential for a valid transfer agreement, is that delivery of the documents of title must take place. In this regard therefore the draftsman must provide in the cession for:

3.3.1 either the imposing of an obligation on the cedent to deliver all documents of title to the cessionary at a certain date, upon the happening of a specific event or on demand; and/or

3.3.2 imposing an obligation on the cedent, while he may retain possession of the documents of title, to enclose conspicuously thereon that the rights therein contained have been ceded to the cessionary and that the cedent retains possession of those documents merely as agent for the cedent.

3.4 A provision to this effect may result in the construction being placed upon the transaction that the documents of title have been delivered to the cessionary by means of *constitutum possessorium*.

3.5 The final essential element (i.e. probably essential element required for validity of the cession) of the transfer agreement is a provision relating to notice to debtors. There should be a clause in the cession giving the cessionary the right, immediately, to give notice of the cession to the debtors involved. I have already dealt with the dangers inherent in providing that such notice may only be given when the cedent is in default.

VI THE NON ESSENTIAL BUT COMMERCIALY REQUIRED PROVISIONS OF THE OBLIGATORY AGREEMENT

1 Introduction

Having dealt with the essential elements of the obligatory and transfer agreements within the cession, it is necessary to give some attention to those further elements of the cession which do not constitute a prerequisite for its validity but which are essential to give the transaction commercial validity.

2 Default and recovery

2.1 The first clause to be drafted in this regard is one to which I refer as the default and recovery clause to give the cessionary explicit rights, if the cedent is in default of the principal debt, or the cession, to realize the ceded rights (in this case the book debts).

2.2 The judgment in the *Sasfin* case has proscribed the following elements of a default and recovery clause as being so repugnant that they tend to visit invalidity upon a deed of cession incorporating such provisions, namely

2.2.1 the right to realize the debts irrespective of the existence of the principal debt.

2.2.2 the right to retain any excess of the realized proceeds against the probability of a future default of the principal debt. (This type of provision has been regarded as tantamount to the prohibited *pactum commissorium*.)

2.2.3 the right to realize the debts without a court order, in any manner and for any price the cessionary may decide. (This type of provision has in the *Sasfin* judgment been regarded as such an extreme form of *parate executie* as to be proscribed.)

2.3 In drafting a reasonable default and recovery clause, the aforementioned excesses which have been rejected in the *Sasfin* case should therefore be avoided.

3 Disclaimer by cessionary

A cessionary will, of necessity require that the draftsman protect him from any claim which the cedent may have if the ceded debts are or become unrecoverable. In drafting a disclaimer of this kind it must be borne in mind that while the *Sasfin* judgment seemed to accept that the cessionary could disclaim liability for loss resulting from his negligence, whether gross or otherwise, the court would not countenance any attempt on the part of the cessionary to disclaim liability for loss or damage arising from his wilfulness.

4 Continuing cover

4.1 Most cessionaries, especially banks, will require that the cession contains a provision to the effect that the cession shall remain of full force and effect at all times notwithstanding any intermediate discharge of or fluctuation in the principal debt. This is especially necessary in the case where the principal debt is an overdraft.

4.2 The criticism levelled at this type of clause in the *Sasfin* judgment is to be found in the principle, with which I have already dealt at some length, that while the principal debt is non-existent, there should be no right on the part of the cessionary to operate upon the cession. Perhaps, in regard to this particular clause, a proviso should therefore be added thereto to the effect that the cessionary shall notwithstanding anything to the contrary contained in the cession, not be entitled to realize the ceded rights (the book debts) at any time while the principal debt is extinguished or settled, albeit on a temporary basis.

5 Certificate of indebtedness provision

5.1 It has become the custom to include a clause into most commercial documents (including cession documents) to the effect that the debtor's indebtedness may be proved by means of a so called certificate of indebtedness issued by the creditor.

5.2 The corresponding clause in the *Sasfin* case, was severely attacked mainly on the ground that it stated that the envisaged certificate would be *conclusive* proof of the cedent's indebtedness. The court seemed to find the word "*conclusive*" repulsive since, in the words of the judgment it purported:

"to oust the court's jurisdiction to enquire into the validity or accuracy of the certificate, to determine the weight attached thereto or to entertain any challenge directed at it other than on grounds of fraud."

5.3 If a clause of this nature is to be inserted in the cession, it should in my view merely be stated that the certificate in question will act as *prima facie* proof, and thus serve to place an onus of disproof on the cedent (debtor).

6 Cession of reversionary rights

6.1 In view of the possibility that the rights to be ceded (the book debts) may previously have been ceded, or may at a later stage be ceded more effectively, it is normally wise to insert a clause into the cession to the effect that if such prior or more effective cession has taken place that the cedent cedes his so called “reversionary rights” to the cessionary.

6.2 In view of the present pledge construction which seems to be prevalent in connection with security cessions, I would suggest that, in drafting this clause, the term “reversionary rights” should be defined to include the cedent’s following rights, namely

6.2.1 his right to receive any excess of recovery from the first cessionary;

6.2.2 his (i.e. the cedent’s) rights which are *ipso jure* restored to him in the event of the discharge or termination of the first pledge (cession).

6.3 The recent case of *Airco Engineering v Ensor* (1988 2 SA 367 (NPD)) recognized the validity of the cession of such “reversionary rights” notwithstanding the fact that the cession considered in that case was not at all specific about the inclusion therein of those reversionary rights. The reversionary rights were not specifically referred to as such in the cession under consideration in that case.

7 Severability clause

7.1 Time will, at this stage, only allow me to deal cursorily with one more provision which is prevalent in cession documents, namely the so called severability clause which in effect provides that if any part of the document is invalid or illegal it is severable from the rest.

7.2 The dangers inherent in this type of provision become apparent on a mere reading to you of the following excerpts from the judgment in the *Sasfin* case:

“In the present instance the parties have expressly stated their intention with regard to severability in clause 3.18 of the deed of cession, which provides that:

‘each phrase, sentence, paragraph and clause in this cession is severable the one from the other, notwithstanding the manner in which they may be linked together or grouped grammatically and if in terms of any judgment or order any phrase, sentence, paragraph or clause is found to be defective or unenforceable for any reason the remaining phrases, sentences, paragraphs and clauses, as the case may be, shall nevertheless be and continue to be of full force and effect.’

The question arises what meaning or effect should be given to clause 3.18? Must it be interpreted literally, and full effect given to its wide and seemingly unambiguous terms? I think not. In my view the parties could not have intended that no matter how much of their agreement fell away, and no matter what the resultant effect thereof was, it would suffice if some vestige of an agreement remained.

Yet this would follow from giving clause 3.18 its literal meaning. Sasfin and Beukes could not have contemplated severance resulting in an agreement significantly different from that which they originally contemplated. They could not have intended that the deed of cession could be judicially snipped and pruned (or be subjected to major surgery!) to the extent that its ultimate form and import differed meaningfully from that which it was originally intended to have. Clause 3.18 should therefore be seen as no more than an expression of intention by the parties that their agreement should be regarded as severable to the extent that severance is appropriate and permissible.

In any event, it is in my view not open to parties to a contract to say to a court 'take our agreement, such as it is, excise from it all that is bad, and retain what is good, and provide us with a contract which is legal and enforceable, even though it may not be what we originally had in mind'. This is the effect of clause 3.18, on a literal interpretation thereof. Such an approach would offend the fundamental rule that the court may not make a contract for the parties (*Laws v Rutherford* 1924 AD 261 at 264). Furthermore, provisions in a contract similar to clause 3.18, if not restricted in their meaning, could lead to an abuse of the process of the court. Parties could simply insert whatever they wish, good or bad, into a contract, and, by resorting to a provision such as clause 3.18, leave it to the court to separate the chaff from the wheat. Not only could this lead to slovenliness in the drafting of agreements, but it could also provide fruitful ground for the exploitation of the unwary, the unenlightened and the disadvantaged. A clause having that effect might *per se* be contrary to public policy."

VII CONCLUSION

Professor Scott has, in a recent article in *De Jure*, in which she has discussed the *Airco Engineering* case, posed the following rhetorical question:

"Ten slotte kom die volgende vraag na vore: as ons regsgeleerdes so worstel met sessie *in securitatem debiti*, ten opsigte waarvan bestaan daar eenstemmigheid tussen die sedent en die sessionaris by die aangaan van so 'n sessie?"

Perhaps I may, on behalf of all draftsmen of cession documents, pose a similar question. Can draftsman of a cession document, ever acquit himself properly of his task while the law of cession remains in its present state of flux?

2.7 'n Regterlike perspektief

P M Nienaber*

Al die gepraat oor sessie tot dusver was darem nie verniet nie. Iets het ons wel bereik: die middag-sessie.

“'n Regterlike Perspektief” was nie my idee nie; dit was professor Scott s'n. Nie een van die twee van ons kon vir eers aan 'n tema dink waaroor ek moes uitwei nie. “'n Regterlike Perspektief” was haar inspirasie om my kans te gee om enigiets te sê. Liefs oor sessie *in securitatem debiti*. 'n Geniale inspirasie, want “perspektief” impliseer die skyn van diepte op 'n plat vlak. Andersins is die titel weer misleidend want dit voorveronderstel 'n algemeen geldende regterlike perspektief. So iets soos 'n standaard regter bestaan egter nie. Wel sub-standaard regters. Daar is soveel regterlike perspektiewe as wat daar regters is — behalwe dat ek aan een of twee kan dink by wie perspektief af en toe ontbreek. 'n Mens se persepsies en perspektiewe is ook nie iets besonders net omdat jy 'n regter is nie. 'n Regter is per slot van rekening maar net 'n afgepensioneerde advokaat wat oor geen buitengewone bekwaamheid beskik, behalwe wye ervaring en 'n sensitiewe regsgevoel, om ewige waarhede oor gegewe (of selfs ongegewe) onderwerpe kwyt te raak nie — al word sodanige gesegdes ook met 'n tikkie Latyn verfraai en *obiter dicta* genoem.

Die regter se eerste en vernaamste taak is om dispute op te los en nie om disertasies te lewer nie. As sodanig bestaan die primêre intellektuele aktiwiteit van die regter van eerste instansie normaalweg daarin om waarskynlikhede teen mekaar op te weeg en uit te kanselleer in 'n poging, soms ydel, soms verydel, om so na as moontlik aan die waarheid te kom. Anders as die akademikus het die regter selde 'n diepgaande studie van die omskrewe onderwerp gemaak waaroor hy uitspraak moet lewer. Hy is op sy voorgangers se geakkumuleerde wysheid

* Regter van die Natalse Afdeling van die Hooggeregshof

en die vindingrykheid en navorsing van advokate en akademici aangewese, en as hy in die proses (afhangend van sy temperament, hervormingsdrif en selfvertroue), iets kan of wil of moet sê wat 'n nuwe gesigspunt opper of aan die reg 'n nuwe wending gee, is dit, alle sake in ag genome, die uitsondering eerder as die reël. Of dit die nuwe reël gaan word, gaan daarvan afhang of ander hom volg of onderskei. Hoe meer hy onderskei word, hoe minder onderskei hy hom. Dit klink beter in Engels: "The more he is distinguished the less distinguished he is." Die deursnee regter — die deursnee regter is my half-broer — kry dus maar selde die kans om nuwe dinge oor ander mense se navorsing en geleerdheid te sê, of om menings uit te spreek oor wat die regsposisie was, of is, of behoort te wees. Hy vind sy reg in die teksboeke. "Where there's a *Wille* there's a way." En as hy tog iets nuuts sê, wie sê hy is reg? Sy siening is so goed of so sleg as ander mense se sienings oor syne. Hy's reg as die regsgemeenskap sy mening as oortuigend beskou en volg, anders nie. Dit geld eweseer vir die opinies wat akademici en ander kommentatore uitspreek. Die enigste objektiewe maatstaf is die subjektiewe oordeel van ander. Die regters is natuurlik nie altyd reg nie, anders was daar nie so iets soos 'n appèlafdeling nie. En die appèlregters is ook nie altyd reg nie, anders was ons nie vandag hier nie. Statutêr mag die appèlhof finale seggenskap hê oor wat die heersende regsposisie is maar die finale seggenskap is nog lank nie die laaste woord nie. Iemand wat dit dink, het nog nie van akademici en van seminare en van die Regskommissie gehoor nie. Die regters spreek reg, die akademici preek reg, die Regskommissie neuk reg. Die eerste sê wat die reg is, die tweede sê wat die reg nie is nie, die derde máák reg. Sommige akademici doen sommer aldie dinge op een slag. Selfs by sessie. So het elkeen maar sy eie perspektiewe. En dit bring my op laas by 'n regterlike perspektief oor sessie *in securitatem debiti*. Weliswaar nie my eie nie.

Presies 'n week gelede het my ampsbroer in die Durban en Kus Plaaslike Afdeling 'n beslissing gelever wat baie van die probleme wat ons vandag hier bespreek het, aanraak en illustreer. Dit is saaknommer 1799/1987, die saak van *Britz v Sniegocki and others*, 'n beslissing wat te gelegenertyd stellig gerapporteer sal word.

Ek vereenvoudig die feite so ietwat: 'n sekere maatskappy, Point-Smith Shareblock Limited, was die eienaar van 'n gebou in Durban. Ene Hawthorne, na wie ek voortaan as die skuldenaar sal verwys, was die reghebbende ten opsigte van 'n bepaalde aandeelblok in die maatskappy. Daarvoor het hy sertifikaat nr 205 as bewys ontvang. Die aandeel het hom geregtig gemaak op die gebruik van 'n bepaalde woonstel in die gebou. Ook sy leningsrekening in die maatskappy was in krediet. Die skuldenaar het teenoor Sniegocki (noem haar skuldeiser nr 1), borg gestaan. Ter versekering van daardie skuld oorhandig hy sy aandeelsertifikaat aan haar. In die dokument wat die transaksie tussen die skuldenaar en die eerste skuldeiser beskryf, noem hulle dit 'n "pledge". Daar eindig dit natuurlik nie. 'n Rukkie later en in stryd met dié ooreenkoms, verkoop die skuldenaar sy aandeel asook sy leningsrekening in die maatskappy aan ene mevrou Hoffman

(noem haar skuldeiser nr 2) wat in die transaksie deur haar man verteenwoordig word. Omdat die oorspronklike aandeelsertifikaat egter in besit van skuldeiser nr 1 is, bekom die skuldenaar op bedrieglike wyse 'n duplikaat-sertifikaat van die maatskappy wat hy aan skuldeiser nr 2 oorhandig. Skuldeiser nr 2 betaal die prys vir die aandeel en leningsrekening aan die skuldenaar en word te geleger tyd as houer van die aandeel, met die reg van gebruik van die woonstel, in die maatskappy se register aangeteken. Van al dié latere gebeure was skuldeiser nr 1, wat steeds in besit van die oorspronklike aandeelsertifikaat was, natuurlik salig onbewus. Dit was eers toe sy, by die skuldenaar se wanbetaling en die daaropvolgende vonnis teen hom, haar sekuriteit te gelde probeer maak het, dat sy die ware toedrag van sake ontdek het.

Die vraag wat die Hof moes beslis is: wie geniet voorkeur, die onskuldige "pandhouer" dit wil sê die eerste skuldeiser of die onskuldige koper dit wil sê die tweede skuldeiser?

Wat ek dadelik moet bysê, is dat 'n aandeel volgens die statute van die maatskappy alleen met toestemming van die direksie van die maatskappy oorgedra kon word. Die tweede skuldeiser, die koper, het sodanige toestemming verkry; die eerste skuldeiser, die "pandhouer" egter nie. Sy het dit stellig nie nodig geag nie. Sy was immers in besit van die oorspronklike sertifikaat en was nie soseer in die aandeel geïnteresseerd nie as in die delging van die skuldenaar se skuld teenoor haar. Slegs by wanbetaling sou die te gelde making van die sekuriteit vir haar 'n akute kwessie word.

Die skuldenaar en die eerste skuldeiser het hul transaksie self as 'n pand beskryf. Indien dit 'n egte pand was, moes die eerste skuldeiser slaag want aan al die vereistes van pandgewing is daar, wat die sertifikaat aanbetref, voldoen. In so 'n geval sou die eerste skuldeiser 'n saaklike reg gevestig het wat sy teenoor die later koper kon handhaaf. Dit is wat die eerste skuldeiser se advokaat dan ook, onder meer, betoog het. R Booysen beskou dit daarenteen nie as 'n ware verpanding van die sertifikaat of die aandeel nie maar, heel tereg, as 'n sessie *in securitatem debiti* — 'n siening wat die probleem egter net met een kerf uitstel. Die vraag bly steeds: hoe moet mens die sessie *in securitatem debiti* konstrueer, as 'n soort pand, of as 'n soort sessie? Dit is die presiese vraag waaroor die hele debat woed. R Booysen hanteer dit as essensieel 'n sessie-geval. *In casu* was die gewaande verpanding aan die eerste skuldeiser *qua* sessie onvoltooid omdat die maatskappy se toestemming nie vooraf daarvoor verkry is nie. Die sessie aan die tweede skuldeiser was egter geldig en moet dus voorrang geniet. Was dit nie vir die bepaling in die reglemente van die maatskappy nie, sou die antwoord presies andersom gewees het want na die eerste sessie sou daar niks oorgebly het om aan die tweede skuldeiser te sêder nie. Aan die hand van die elementêre beginsels van sessie, en sonder verwysing na pandreg, word die probleem dus opgelos. Dit, meen ek met eerbied, was die korrekte benadering.

En daarvan sal u wel kan aflei dat ek "ouderwets en yeats" genoeg is om sessie *in securitatem debiti* as 'n doodgewone verskyningsvorm van sessie gekoppel

met 'n *pactum fiduciae* te sien. Om in dié verband van pand en van *dominium* en van kwasi-besit te praat, is platweg sommer net beedspraak. So ook die tese dat mens die bevoegdheid om die reg te realiseer, van die reg self kan afskilfer sodat die reg by die sedent bly vassteek maar die bevoegdheid om dit te realiseer op die sessionaris oorgaan, as sou daar 'n verskil bestaan tussen die reg op prestasie en die reg op invordering van die prestasie, tussen 'n vorderingsreg en 'n invorderingsreg. Sessie *in securitatem debiti* verskil in sy kern van pandreg want in die een geval is die sekuriteitsobjek 'n vorderingsreg, 'n ideële ding, 'n abstraksie, waarby 'n derde party, 'n skuldenaar, betrokke is, en in die ander geval is die sekuriteitsobjek 'n tasbare saak wat fisies oorgedra en bewaar kan word en waarby alleen die pandgewer en die pandnemer betrokke is. In sy jongste reeks beslissings, te wete *Leyds v Noordwestelike Koöperatiewe Landboumaatskappy* 1985 2 SA 769 (A), *Marais v Ruskin* 1985 4 SA 659 (A) en *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v The Master* 1987 1 SA 276 (A), het die appèlafdeling van die hooggeregshof die bul ongelukkig nie by die horings gepak nie, maar van die teenoorgestelde kant benader, en nuwe lewe ingeblaas in 'n juridiese minotaurus, half-bul, half-mens, oftewel half-pand, half-sessie. Dat dit 'n wangeskape bul is, is stellig die rede vir vandag se seminaar.

Maar nou ja, voor die behoeftes van praktyk moet elegansie altyd wyk. Op grond van wat die appèlafdeling gesê het, op grond van die geskrifte, en van wat ons vandag hier gehoor het, moet mens dit as 'n feit aanvaar dat daar, eerstens, in die handelslewe 'n behoefte bestaan om vorderingsregte as sekuriteitsobjekte aan te wend en, tweedens, dat die sessie *cum pactum fiduciae*-oplossing nie 'n allesins bevredigende praktiese oplossing bied nie. Aldus verklaar R Booysen, in die pasgenoemde uitspraak, op bls 9 van die getikte teks:

"That a need exists for incorporeal property or rights *in personam* to be capable of furnishing security in a manner similar to corporeal property cannot be gainsaid. That in order to furnish security, incorporeal property has to be transferred and thus ceded *in securitatem debiti* is equally clear. It is furthermore clear that in order to be effective security, such a cession *in securitatem debiti* should be effective against all third parties even those without knowledge of it, i.e. it should be as effective as the real rights of a pledgee or mortgagee. Our law has as it were, risen to the occasion by recognising such a pledge of rights *in personam* in response to the needs of commerce. Such recognition has, however, had a stormy passage and has also had unfortunate results. This was due to the inherent difference between incorporeal and corporeal property and in particular also the difference between the methods of transfer *in securitatem debiti* of corporeal as opposed to incorporeal property. It is obviously desirable if such a transfer is to be valid against third parties there should be some form of effective publication to them of the fact that such transfer has taken place. Hence the requirement of publication by registration of a Mortgage Bond and delivery of movable corporeal property. Registration and possession serves, *inter alia*, as notice to third parties who may consider extending credit to the mortgagor or pledgor that his patrimony has been diminished and reduced and reduces the risk of fraudulent conduct on the part of the pledgor or mortgagor in obtaining credit. In the absence of a similar form of publication or notice to third parties of a pledge of rights *in personam*, it is difficult to justify recognition of its validity against third parties without knowledge or the means of obtaining knowledge thereof."

Een van die redes waarom die suiwer sessie-gedagte nie volkome bevredig nie, is omdat die vorderingsreg by suiwer sessie onmiddellik en in sy geheel op die sessionaris oorgaan; terwyl die partye in werklikheid beoog dat die sessionaris se aanspraak om mee te begin slegs sekondêr sal wees — sekondêr in die sin dat hy alleen maar op volle prestasie kan aandring indien dit later sal blyk dat die sedent nie die versekerde skuld gaan vereffen nie. Die suiwer sessie-idee, met die konsekwensie dat die vorderingsreg vanuit die staanspoor in die boedel van die sessionaris eerder as die sedent setel, gee dus nie uiting aan wat die partye eintlik in gedagte het nie.

Daarbenewens hou dit vir al drie die betrokke partye sekere potensiële gevare in: vir die skuldenaar wat vir betaling aangespreek word, of wil betaal, en nie weet aan wie nie; vir die sedent indien die sessionaris bankrot speel of, in stryd met die ooreenkoms, betaling vorder of die vorderingsreg aan 'n vierde seeder; en vir die sessionaris indien die sedent bankrot speel of, in stryd met die ooreenkoms, betaling van die skuldenaar vorder, of voorgee om die skuld aan 'n vierde te seeder aan wie betaling gemaak word.

Dit is veral op die gevaar van dubbel-sessie, 'n probleem wat eweneens by die pand-konstruksie voorkom, wat R Booysen in die gemelde uitspraak wys. Omdat sessie sonder publisiteit geskied en omdat die sedent gewoonlik desperaat na krediet soek, skep dit die geleentheid vir bedrog deur die sedent. Teen die tyd dat die sessionaris agterkom dat die sedent die vorderingsreg op bedrieglike wyse aan 'n vierde gesedeer het, is die sedent gewoonlik sonder geld. Die moeilike vraag is nie: wie van twee onskuldige partye (die eerste of die tweede sessionaris) vir die gelag moet betaal nie — dit los die erkende beginsels van sessie maklik genoeg op — maar hoe mens die gelag ten beste kan vermy. Dit is hierdie probleem wat R Booysen op bls 13 van sy uitspraak soos volg toelig:

"In the market place as it were, criticism of the lack of requirement of publication of cessions *in securitatem debiti* is widespread. No-one who has practised law has not experienced the dismay and indignation on the part of those to whom unscrupulous debtors have ceded rights *in personam in securitatem debiti* when informed that their 'security' is non-existent due to a prior cession of those rights to someone else. I must confess that I find it quite unacceptable that this state of affairs in which this type of unscrupulous conduct occurs daily should be permitted to continue. This is after all basic to the problems in this case. The second claimant in this case was represented throughout by her husband, an Attorney. He, to my mind, took all reasonable steps to ensure that the seller was entitled to sell the shares to his wife. Why should a previous pledge of which no notice or publication took place be valid against her? The other side of the coin is, however, why should a pledgee of shares who has had the shares pledged and the Share Certificate delivered to her in circumstances in which the law places no duty on her to publicise the pledge (if it does not) find that the law subsequently does not recognise the validity of the pledge against third parties?

I am afraid that this is another one of those cases, which occur far too often, in which a Court has to decide which one of two honest and law-abiding persons has to suffer the consequences of the fraudulent conduct of a third person who has used the opportunities created by one of the defects in our legal system. The defect to which I refer is the fact that our law permits too great a difference between appearance and reality in certain areas.

The greater the difference between appearance and reality recognised or permitted by the law, the greater the opportunity for the charlatan to exploit it to the detriment of the innocent.

So, for example, a person may in all respects appear to be the owner of a car by virtue of his possession and use of the car, and the fact that it is licensed and registered in his name, but in reality the owner recognised by the law may be a finance house which took cession of the rights of the original owner, and has itself never had physical possession of the car. It seems to me that this is a problem which can only be resolved by legislation providing for a mechanism for registration of ownership of movable corporeal property, and also rights *in personam* and of transfer or cessions thereof whether it be *in securitatem debiti* or otherwise. Until the age of computers, a registry of movable and incorporeal property would perhaps not have been feasible but that could hardly be so at present.

Sonnekus, (1979 TSAR 119 at 138) has, for example, suggested a computerised new vehicle registration system. It is a matter which deserves the attention of the Law Commission and the Legislature."

R Booysen was nie die eerste of die enigste wat, ten einde raad, wetgewing as 'n oplossing propageer nie (vergelyk byvoorbeeld *Scott* 1987 *THRHR* 175; en *Clark en van Heerden* 1987 *SALJ* 238). Selfs die Suid-Afrikaanse Regskommissie het 'n werkstuk daaroor geproduseer (Working Paper 23; Project 46), komplete met wetsontwerp, hoe tentatief ookal. Die gedagte dat die wetgewer moet ingryp, is iets wat mens noodgedwonge moet ondersteun. Afgesien van die reeds genoemde praktiese probleme wat vir hierdie vorm van sekerheidstelling geld, onder watter vaandel hy ookal vaar, verkeer die reg huidiglik in 'n toestand van tweespalt en onsekerheid want niemand kan met vertroue voorspel of nuwe probleemsituasies aan die hand van die beginsels van sessie dan wel van pand opgelos moet word nie. In die werkstuk van die Regskommissie word die komperoplossing wat R Booysen aan die hand doen nie spesifiek ten opsigte van sessie *in securitatem debiti* genoem of bespreek nie. Daardie oplossing, sou ek meen, is 'n langtermyn projek met fasette wat veel wyer uitkring as bloot sessie *in securitatem debiti*. Ontenseglik sal so 'n skema sommige van die ondeugde van die huidige stelsel neutraliseer. Maar dit beantwoord nie die fundamentele vraag of mens, by die opstel van 'n nuwe wet, van die sessie- of van die pand-model gebruik moet maak nie.

Die werkstuk beveel laasgenoemde aan. Ek sou, as ek hulle was, die ander paadjie bewandel. Omdat dit juis 'n vorderingsreg is wat as sekuriteitsobjek moet dien, en omdat sodanige sekuriteit noodwendig by wyse van die oordrag van die vorderingsreg moet geskied, en omdat 'n reg alleen deur middel van sessie oorgedra kan word, is sessie die aangewese uitgangspunt. Vir die redes reeds genoem is die pand-analogie geforseerd. Afgesien van enigiets anders is daar die een faktor wat mens by pand nie aantref nie naamlik 'n skuldenaar wat die skuld teenoor iemand anders moet vereffen. Hy kan dit selfs voor die bestemde tyd wil doen. Vir daardie geval maak die pand-model geen voorsiening nie. Die grondliggende regsfiguur bly dus steeds sessie en na my mening moet mens, wanneer jy die statutêre towerstokkie swaai, so na as moontlik aan daardie regsfiguur bly. Dit besorg aan jou die gemeenregtelike agtergrond waarteen enige sodanige wet ver-

tolk kan word tesame met 'n stel basiese regsbeginsels om nuwe en tot nog toe onvoorsiene probleme te hanteer.

Maar is so-iets enigsins moontlik? Hoe vereenselwig jy twee op die oog af onversoembare oogmerke: die gedagte dat die vorderingsreg by die sedent moet bly setel, aan die een kant, met voldoende sekuriteit vir die sessionaris, aan die ander kant?

Myns insiens bestaan daar wel 'n bepaalde sessie-konstruksie wat mens met vrug as uitgangspunt vir enige beoogde wetgewing kan aanwend, en dit is om die oordrag van die vorderingsreg wat as sekuriteitsvoorwerp moet dien, met 'n voorwaarde te kwalifiseer. Wat ek in gedagte het is dit: gestel die skuldenaar skuld aan die sedent 'n bedrag, sê maar R1 500 — vorderingsreg nr 1; die sedent leen by die voorgenoemde sessionaris sê nou maar R1 000 wat hy aanstons moet terugbetaal — vorderingsreg nr 2. Die sedent en die sessionaris k om ooreen om die eerste vorderingsreg as sekuriteit vir die tweede te gebruik, maar op so 'n wyse dat die eerste vorderingsreg alleen op die sessionaris oorgaan as en wanneer die tweede vorderingsreg nie op die gegewe datum vereffen word nie. Die oordrag is onderhewig aan 'n voorwaarde. Die voorwaarde (die onsekere toekomstige gebeurtenis) is die wanbetaling van die tweede vorderingsreg. Inmiddels, in afwagting van betaling, bly die vorderingsreg 'n bate in die sedent se boedel. Word die versekerde skuld gedelg, verval die voorwaarde en vorderingsreg nr 1 bly steeds 'n bate in die sedent se boedel. Geen retro-sessie is nodig nie. Word vorderingsreg nr 2 daarenteen nie op die gegewe datum vereffen nie, is die voorwaarde vervul en gaan die eerste vorderingsreg outomaties op die sessionaris oor. Hy kan dit dan afdwing met die voorbehoud dat as dit 'n oorskot oplewer hy sodanige oorskot aan die sedent moet terugbetaal.

So 'n skema, eenvoudig in konsepsie, sal uiting gee aan die werklike oogmerk van die partye, naamlik dat die vorderingsreg, om as sekuriteitsobjek te funksioneer, vir die sessionaris beskikbaar moet wees maar eers daadwerklik op hom sal oorgaan indien die skuld wat dit verseker, nie vereffen word nie.

Dadelik ontstaan die vraag: as dit dan so 'n slim plan is, hoekom maak niemand ooit daarvan gebruik nie? Waarom is wetgewing hoegenaamd nodig? Die antwoord is eenvoudig: sonder wetgewing om dit te rugsteun, is dit nie so 'n slim plan nie, want dit bied onvoldoende sekuriteit aan die beoogde sessionaris. Al waarmee hy gewapen sal wees, is 'n voorwaardelike aanspraak op die oordrag van die vorderingsreg en dit bied skamele troos as die sedent insolvent raak of as hy die vorderingsreg intussen op die een of ander manieë gerealiseer het.

Sou mens hierdie konstruksie dus as basiese uitgangspunt wou gebruik, sal jy noodgedwonge sekere statutêre versterkings moet aanbring. Die eerste is verklarend van die gemene reg, naamlik, dat die vorderingsreg by vervulling van die voorwaarde outomaties op die sessionaris oorgaan. Die ander is aanvullend, naamlik dat die sedent die vorderingsreg, hangende of die vervulling of die verval van die voorwaarde, nie teenoor die skuldenaar mag afdwing of kompromi-

teer, of aan enigiemand anders as die sessionaris mag oordra nie. Enige strydige optrede moet sowel nietig as strafbaar wees. Dit sal die gevaar waarop R Booyesen in die gemelde uitspraak wys, verminder, en 'n verbetering wees op die stelsel soos dit tans heers, of mens dit nou as 'n manifestasie van sessie of van pand sien. Mens moet die skuldenaar ook nie vergeet nie. Hangende vervulling van die voorwaarde is die sedent, volgens dié konstruksie, steeds sy skuldeiser. Weier laasgenoemde om betaling te ontvang, pleeg hy denkbaar *mora creditoris* teenoor die skuldenaar. Ontvang hy egter wel betaling, fnuik hy die sessionaris se sekuriteit. (Dit geld natuurlik vir die huidige stelsel ook.) Een moontlike oplossing sou wees om die skuldenaar toe te laat, en die sedent statutêr te verplig, om sodanige betaling te konsigneer, op gevaar van straf indien die sedent dit nie doen nie. Laastens moet enige sodanige wet natuurlik voorsiening maak vir die sessionaris se voorkeur ingeval die sedent, hangende die vervulling van die voorwaarde, bankrot speel. Origens geld die bepalings van die *pactum fiduciae* en die gemene reg.

Met dié paar statutêre aanpassings meen ek dat daar op grondslag van hierdie konstruksie, geanker in die gemeenregtelike sessie-figuur, 'n behoorlike en aanneemlike stelsel uitgewerk kan word sonder dat dit nodig word om die sessie-figuur in die pand-korset in te forseer.

Sover ek kan oordeel, sou dit al die tipiese probleem-situasies bevredigend oplos: insolvensie van die sedent, hetsy voor hetsy na wanbetaling, is geen probleem nie want die sessionaris geniet volgens die voorstel voorkeur. Insolvensie van die sessionaris bied insgelyks geen probleem nie want die vorderingsreg vestig eers by die sedent se wanbetaling in sy boedel; dubbel-sessie word deur die verbod daarenteen gedek; en so ook afdwinging van die skuld deur die sedent of die sessionaris in stryd met die *pactum fiduciae*, want afdwinging van die skuld deur die sedent word pertinent verbied en afdwinging van die skuld deur die sessionaris is nie moontlik nie aangesien hy, voor vervulling van die voorwaarde, nog geen vorderingsreg teen die skuldenaar het nie. Betaling deur die skuldenaar aan die sedent, hangende vervulling van die voorwaarde, word spesifiek gereël op 'n wyse wat die sessionaris se posisie ten beste beveilig. Dra die skuldenaar van die sessie kennis, konsigneer hy. Betaal hy daarenteen in onkunde, geld die gemene reg en word hy as bevry beskou. Die sessionaris wat dit wil verhoed moet aan die skuldenaar kennis gee, of anders met sy remedies teen die sedent of laasgenoemde se strafregtelike vervolging tevrede wees. Behalwe natuurlik as mens prof Oelofse se suggestie invoer, wat hy in sy referaat geopper het, dat die skuldenaar regmatig kan weier om aan iemand anders as die sedent te betaal, tensy so iemand bewys van die sessie voorlê.

Toegepas op die feite van die *Sniegocki*-saak, sou die stelsel wat ek genoem het, die eerste skuldeiser ten koste van die tweede beskerm het. Bedrog, meer besonderlik bedrieglike dubbel-sessie, bly maar 'n netelige probleem, of dit nou die sedent is, of iemand wat hom as reghebbende voordoen, wat die reg kastig aan die onskuldige vierde oordra. Teen 'n insolvente bedrieër kan geen wet ooit

beskerming verleen nie. Om sessies *in securitatem debiti* te moet openbaar, ooreenkomstig R Booysen se voorgestelde komper-model, sal beslis help. 'n Nagedagte: registrasie hoef regtens nie verpligtend te wees nie maar sal feitelik gou genoeg verpligtend word indien dit 'n bepaling is dat 'n ongeregistreerde sessie voor 'n latere geregistreerde sessie moet wyk. By so-iets kan die skema wat ek pas aan die hand gedoen het, gerieflik inskakeel ten einde die net van beskerming op sy wydste te span.

Vir sekerheid, indien nie sekuriteit nie, moet die ooreenkoms wat die statutêre sessie *in securitatem debiti* ten grondslag lê, of minstens die kern-bepalings daarvan, seker maar op skrif wees. Die kern-bepalings, sou ek dink, moet die *causa* en die bedrag van die versekerde skuld behels, asook die vorderingsreg wat oorgedra moet word, en in die besonder die tydstip of insident waarop die vorderingsreg outomaties, kragtens wet, op die sessionaris sal oorgaan. Word daar aan hierdie formaliteitsvereistes nie voldoen nie, behoort die transaksie darem nie nietig te wees nie, maar ontnem dit die partye die addisionele beskerming wat die wet hul andersins sou bied. Op dié manier kan ons die interessante debat oor die aard van die gemeenregtelike sessie *in securitatem debiti* nog 'n rukkie langer voortsit. Dalk ook nie, want as die beoogde statutêre sekerheidssessie eers behoorlik geïnstalleer is, bied dit voldoende beskerming sodat mens van die lawwe pand-konstruksie gerus maar kan begin vergeet. Dan het jy net twee vorme van sessie *in securitatem debiti*: een wat, by die nakoming van seker voorskrifte, statutêre beskerming verleen, en een waar alleen die gemene reg geld.

Natuurlik is die gedagtes wat ek tot dusver uitgespreek het, tentatief en bolangs. Hulle getuig ook nie van 'n besondere regterlike perspektief nie. Dis bloot die opvatting van iemand wat toevallig 'n regter is. Baie toevallig. Sessie, of sessie *in securitatem debiti*, is vir 'n regter maar net nog 'n regsverskynsel. Nòg die amp self, nòg sy algemene ervaring, rus die regter toe om 'n eiesoortige siening of insig in dié verskynsel te hê. Mens kan sessie *in securitatem debiti* dus nouliks vanuit die spesifieke hoek van die regbank bekyk. Die hoek van 'n regbank is in elk geval nie die gerieflikste plek vir die beste perspektief nie.

3 Paneelbespreking

Voorsitter: Prof J Neethling

(Departement Privaatreg, UNISA)

Dames en Here

Baie welkom by die laaste gedeelte van ons sessie oor “Sessie”. Ons is nou by die paneelbespreking en vrae, en ek sal bly wees as u die vrymoedigheid neem, nie net om vrae te vra nie — die paneel sit almal hier voor en beoog om self standpunte te opper en te uiter vir sover u nie saamstem met wat die mense gesê het nie of vir sover u van hulle standpunte wil ondersteun. Dankie, dit is nou oop vir bespreking.

Anon:

Mr Chairman, one of the points that does emerge on this question whether we are going to apply the law of out-and-out cession or the law of pledge, is whether there will still be room if you do not treat a cession in security or a security cession as a form of pledge, whether the law of pledge, the restrictions on the rights of the pledgee for example, will operate. For example in the *Sasfin* case, one of the points that came out against the creditor, was that the way in which this right of execution, right of *parate executie* was framed, was very prejudicial to the debtor, rather the cedent. I was a bit surprised at the judgment because I would have thought that the right time for the court to be approached to intervene is when the creditor attempted to enforce his rights, if you try to enforce them in a way which is prejudicial to the debtor. But nevertheless, the Appellate Division held that the provisions were invalid in that the form of execution was prejudicial and that they did only by applying the law of pledge and I am interested to know whether if one takes a pure view of the security cession being a form of cession all the antecedent rights and obligations, there would be room for the application of those principles.

Prof Scott:

No, I don't think in an out-and-out security cession there would be room for

this. I think that you'll have to make provision for that by means of the agreement between the parties. I don't know what judge Nienaber's view is in his proposal.

Judge Nienaber:

Well, in the proposal as such that would of course be covered by any such a proposal at the moment, the answer is you simply have to decide whether you are going to treat this as an out-and-out cession and then take it to its logical consequence and apply the logical consequence and if you are unhappy with that which practice obviously is, then you have to go the other way, which is no doubt what the AD did. Look, I made the point that I think although the out-and-out approach is the sound one, the correct one and the one one should strive to achieve, it obviously is so that the requirements of practice mean that it does not satisfy all those requirements.

Prof Scott:

Ek mag miskien net hier byvoeg dat ek dink reeds in die *Sasfin*-saak, omdat daar onsekerheid is, is daardie klousule so wyd gestel in die ooreenkoms om voorsiening te maak vir al daardie moontlikhede vir eksekusie ensovoorts, terwyl dit inderdaad by 'n pand uitgesluit is. Jy kan nie die aksessoriteitsbeginsel versaak nie. Jy kan nie parate eksekusie ensovoorts, neem nie. Ek dink hulle het in gedagte gehad dat as dit 'n uit-en-uit sessie is, reël hulle hulle posisie in daardie klousules.

Prof Neethling:

Enige verdere vrae miskien?

Mr Ussher:

Mr Chairman, while people are thinking up further questions could I perhaps raise the question of notice to debtors again. This is something which does concern me, obviously from the banking side. We know professor Scott feels that it is essential to perfect the cession, but other contrary views have been expressed too and you can have some other views on the matter and perhaps professor Scott's view on what banks can do if they have got to give notice, I'd be interested to hear those views.

Prof Scott:

Yes, my argument is that if you accept the pledge construction, as judge Nienaber has pointed out, then you have to have proper publication, or publicity, and I think the only way in which you can do it in this case, is by giving notice. But now I know the problems of the banks are that, mostly their clients don't want them to give notice to the debtors and therefore they resort to this so-called secret

cessions where they normally appoint the cedent as a *procurator in rem suam* or their agent to collect the monies. In such a case they don't give notice and that is where this provision comes into play to which Mr Luttig referred when he said that one of the clauses entitles or empowers the cessionary to give notice to the debtor. However, in terms of the general principles of cession, such a clause is unnecessary because, of course, the cessionary can always give notice, but where you have this agreement, this agreement as to secrecy, there, of course, you have got to have a clause that entitles the cessionary in the event of the cedent's default, to give notice. That is to protect the cessionary then in that case, but I think that you should require notice to the debtor in the case of a pledge as a means of publicity.

Mr Wunsh:

I think that with respect, as one of my partners always says, it is all very well in theory, but in practice I think it could cause a great collapse of the basis of most of our transactions, because first of all, the notice to the debtor is essential for the debtor's protection. He must know that if he makes a payment, he is going to be effectively discharged and I think the law has sufficient weapons to protect the debtor, because if he is not given notice of a cession and he pays the cedent, the debt will be discharged. So he is not in any difficulty. Now, if you are going to require notice to the debtors as a form of publicity to bring the cession to final effect, the confusion that will be caused in commerce is just too horrible to contemplate. I mean, can you imagine all the patients of a medical practitioner receiving a form of notice from the creditors of that practitioner who is perfectly solvent and who is carrying on his practice without any problems, notifying them of the cession? What are they going to do? They are not going to understand that this is some kind of legal formality and they can still pay the doctor and that they do not have to go and pay the bank. This disruption that will be caused in his practice with all the patients wanting to know what's going on. Are you in serious trouble? Are you going insolvent? I just don't think it will work. The time that notice is given to the debtors is when the chips are down and the liquidators have moved in; or the banks have moved in and then they have got to have some effective method to realise the security, but I think to expect notice to be given and the debtors change all the time, new patients appear every month, the old patients pay, I just don't think it is workable in practice. I would like to hear what the bankers think.

Prof Scott:

I would just like to answer to that. But how would you then see the publicity principle being adhered to in the case of a pledge?

Mr Wunsh:

Well, the publicity is really to ensure that there is not a multiplicity of cessions.

I am not sure that notice to the debtors is going to help you with regard to notice to the various cessionaries. I think the answer may well be an optional form of registration as was suggested, so that you have machinery provided where people are prepared to pay for it, they have to pay for it because the state cannot provide this service except at great expense, even with computers. But if you are going to establish the machinery whereby people can go and register the fact of the cession and pay for that service, perhaps that might be an effective way of publication.

Prof Neethling:

Mr Ussher, would you like to state the bank's view?

Mr Ussher:

Mr Chairman, I don't really have much to add to that. I agree with Mr Wunsh entirely, but it is a practical problem. It is not feasible to give this notice and of course if banks now were suddenly told that they had to give notice to all the debtors, it will cause even more confusion because we would have tens of thousands of sets of debtors to give notice to and have the addresses changed and so on, it is not a workable solution. I accept that there is a publicity requirement one should try and deal with, but I don't know how. Of course professor Scott says this is only in the case of a cession by way of a pledge and that if you have got an out-and-out cession coupled with a *pactum fiduciae* you don't have to give that notice. Well, maybe banks should go that route but we have also heard that maybe that route has been outlawed. I know professor Scott thinks it is still open, being outlawed by the *Bank of Lisbon v The Master* and a few of the other cases, so it is a very tricky situation.

I could just add that it is of course inconsistent to take a cession and then to sit back doing nothing about giving notice to debtors, because the whole point of a cession is that you are then expected to collect the debt. And if the cessionary sits back and does nothing and allows the cedent to go on collecting the debt, it does not really show a true intention to cede and of course when this notice requirement is there, it may be too late when the cedent goes insolvent to give that notice and maybe the cessionary looses out. So there are those problems too.

Anon:

I wonder if I could put this question up for some reply. It seems to me that one issue which has had rather different responses today, has been this issue of dogma. The courts with future rights had clung to a dogmatic view so far. You cannot cede a future right. Whereas the Appellate Division now a couple of times have not done the same thing, they have departed from dogma on the pledge approach. I wonder if the dogmatic approach could be just scrutinised somewhat here, whether there are some people pro or against it. I for one, for in-

stance, am not so sure that dogma should rule the day here and I think in future rights the courts should not worry about them and allow it because I would imagine there is a great practical need for it and one should let it happen. Much the same way the Appellate Division has in fact gone on with the question of the pledge construction. Is there any real objection to it?

Prof Neethling:

Perhaps judge Nienaber wants to react to that.

Judge Nienaber:

I don't know, Mr Chairman, I wasn't aware of the fact that the question of the cession of future rights is so difficult a one. I think that has in fact been covered by the various speakers this morning. A dogmatic problem is at the very basis of this entire discussion. One can't get away from that and you simply have to take a standpoint on that particular issue one way or the other and I suppose that depends really on one's particular propensity as far as dogma is concerned. I don't know that one can really take it any further than that.

Mr Wunsh:

I think it is one of the unresolved aspects of the law of cession and that is the precise legal analysis of this vesting and transfer of a future right. I think the old cases clearly established that there is no objection to the sale of future rights. I think we also accept that if nothing has happened when the right accrues, and the cedent is in a position, has not gone insolvent in the meantime, for the transfer of the right to be effected to the cessionary that can take place, but it gets a bit complicated. If, in the meantime, the cedent has gone insolvent, and also from a tax point of view, if the true construction is that the right vests in the cedent and then by some operation of law, because of the agreement that they previously entered into is then transferred to the cessionary, it may well be that the income, if it is indeed income, accrues to the cedent and that what is happening is at the disposal of the income of the vesting of the fruit. In the case of the *Taxpayer v Commissioner of Taxes Botswana* the matter was very fully investigated by a bench of three judges, including judge Maisles, another ex-judge of South Africa and justice Dendy-Young, and I think that is probably an unfortunate case in this area, because what happened there, was that there were various employees of the Anglo-American organisation who were subject to employment contracts and were receiving full salaries, and as part of their services they had to serve as directors of subsidiary companies which paid directors' fees. Although there was no intention that they should receive the benefit of these fees, because they were getting adequate remuneration through their salaries, and their agreements with the Anglo-American Corporation provided for the cession of their rights to these directors' fees to the corporation and the commissioner thought to tax them, on these directors' fees. Now, the case was

decided on the question whether you could effectively cede your right to future income, which were these directors' fees and to earn which the people had to perform services as directors. I believe the case could have been decided on another basis and that is that these directors' fees did not really belong to the directors. In terms of their service contracts, they had a duty to account to their employer for these directors' fees and it was really only as a kind of fiduciary that they received these fees with a duty to pay over. They did not beneficially receive these directors' fees for their own account, but the court there decided that you could effectively, for tax purposes, cede a right for future directors' fees. When we had this other case, *ITC 1378* which concerns the dividend on shares the same argument was put up, but there the judge held that there was not a cession of future rights and that the rights actually existed, they were shares which would carry dividends in future on which no services are to be performed to earn those dividends; they just claim on those shares and there was no cession of a future right. I don't think the matter has been finally and satisfactorily resolved in the tax courts and I am not sure that we have ever had a real careful analysis in the Appellate Division and that Piet Streicher this morning mentioned something which really, you know, throws quite a light on it, and that is that set-off does not operate. How if the true construction is that the debt when it arises, vests in the cedent and is then transferred to the cessionary and there is a reciprocal debt, there should be a set-off before that transfer takes place. I think there were two cases you mentioned Piet, where it was held that there was no set-off, but that is consistent with some kind of automatic vesting in the cessionary. I really feel that is an area that is very grey.

Prof Neethling:

Thank you Mr Wunsh. Advocate Streicher, do you perhaps want to add something to that?

Mr Streicher:

No, I don't think I can really add something to that. I think it is a grey area, and as I have said, I think the construction ought to be that the right vests in the cedent and then he should have a set-off, that seems fair to me: that one should have a set-off in those circumstances. But there are two cases against it.

Prof Neethling:

Thank you. Any further questions? Discussion?

Prof Oelofse:

Ja, ek het vanoggend gelukkig, moet ek sê, nie die geleentheid gehad om te praat spesifiek oor die *in securitatem debiti*-deel van sessie nie. So, ek sal nou maar die geleentheid gebruik om 'n stuiwer in die armbeurs te gooi. Ek wil sê ek stem

honderd persent saam met alles wat regter Nienaber gesê het. Dit is presies hoe ek oor die saak voel en ek kan dit eintlik nie beter stel as wat hy dit gestel het nie. Ek dink, met respek aan die appèlhof, dit is eenvoudig verspot om te praat van 'n verpanding van 'n vorderingsreg. Ek dink wat die appèlhof gedoen het sou vergelykbaar daarmee wees om voor 1971 deur middel van die howe die beginsel in te voer dat jy eienaar kan word van 'n deel van 'n gebou voor die inwerkingtreding van die Wet op Deeltitels. Dit is vir my vergelykbaar daarmee en ek is seker niemand sou te kenne gee dat so iets moontlik is nie. As ek nou dit gesê het dan ontken ek nie dat daar 'n besliste praktiese behoefte is aan hierdie vorm van sekerheidstelling met sekere afwykings van 'n gewone uit-en-uit sessie nie wat aan die praktyk se behoeftes moet voldoen nie, maar dit lyk vir my noodsaaklik dat 'n mens dit deur middel van wetgewing sal moet doen. Ek kan nie sien hoe jy op enige ander manier tot 'n behoorlike resultaat gaan kom nie. Wat ons nou het is dat jy noem die ding 'n verpanding, terwyl hy dit nie is nie, hy kan dit nie wees nie en noodgedwonge gaan sekere gevolgtrekkings gemaak word uit die feit dat dit 'n verpanding genoem word wat net eenvoudig nie toepaslik kan wees op 'n vorderingsreg nie. Ek kan miskien net een voorbeeld noem: Adv Streicher het nou vanoggend gepraat van die kwessie van die sessie *in securitatem debiti* van boekskulde. Nou goed, ek aanvaar wat hy sê dat daar in die ooreenkoms voorsiening gemaak kan word dat die sogenaamde pandnemer dan voordat die versekerde skuld, die hoofskuld met ander woorde, opeisbaar word, reeds daardie boekskulde kan invorder. Kom ons veronderstel dit is nie die geval nie. Die normale reël as jy nou pandreg moet toepas, is dat die pandvoorwerp net tegelde gemaak kan word as die skuldenaar in terme van die hoofverbintenis *in mora* verval. Nou wat word nou van die skuld wat as sekerheidsobjek aangewend word in daardie tussentydperk voordat die hoofskuldenaar nou *in mora* verval? Aan wie moet die skuldenaar van die verpande vordering die skuld voldoen? Wie is sy skuldeiser? Dit is een voorbeeld. En dit is dinge soos hierdie wat 'n mens net deur middel van wetgewing behoorlik kan reël. Jy kan nie uit pandregbeginsels daarop 'n antwoord kry nie, want by pandreg het jy nie 'n skuldenaar wat betrokke is nie. Die pandvoorwerp by gewone pandreg is 'n saaklike ding. Daar is nie 'n skuldenaar daarby betrokke nie. Dankie.

Prof Neethling: Adv Streicher.

Mnr Streicher:

Mnr die Voorsitter, professor Oelofse het my verkeerd verstaan as hy verstaan het dat ek sê dat die partye in hulle ooreenkoms kan voorsiening maak dat die geld ingevorder kan word voordat die hoofskuld betaal word. My standpunt is, en dit is die standpunt wat blyk uit talle sake, dat as daar 'n sessie *in securitatem debiti* is, dan kan die sessionaris dadelik begin invorder en as hy dit nie sou doen nie, dan kan hy aangespreek word vir skade en dit is nie só verskillend van die geval by die liggaamlike saak nie waar daar ook 'n plig rus op die pandnemer

om die liggaamlike saak te versorg nie. So dit is 'n gevolg wat voortvloei uit die sessie *in securitatem debiti*; dis 'n gevolg as partye net sou ooreenkom dat hierdie skuld word *in securitatem debiti* gesedeer en dit is 'n gevolg wat daaruit voortvloei. As 'n mens die benadering volg wat ek aan die hand gedoen het, en dit is dat mens die beginsels toepas soos wat hulle toegepas is en soos wat hulle blyk uit die sake waarin die *Cohen*-konstruksie gevolg word en slegs waar jy dan nou probleme het, kyk na pandregbeginsels by liggaamlike sake, dan is daar nie werklik probleme wat voortvloei nie. Prof Oelofse het nou hierdie een genoem. Daar is nie 'n probleem met daardie ene nie en ek dink 'n mens moet kyk watter ander probleme is daar wat nie opgelos word deur die regspraak soos hy tans staan nie en as daar nie probleme is nie, waarom sal mens verder daarmee lol dan?

Mr Wunsh:

The first thing I want to say is that I do not have any problem with this if the debt which serves as a security becomes due and payable before the security does. The cessionary is after all, whether he is a pledgee or a cessionary, the person who is entitled to enforce payment and to receive payment and unless the debtor acts in ignorance he must pay the cessionary. It is then a question between the cessionary and the cedent as to what happens to the money because the debt which was secured has not fallen due and payable. Can he keep the money till the debt becomes due or has he got to account back to the cedent, because the principal debt isn't due. The other thing I want to say, you know, is that it is all very well to criticise the Appellate Division for taking a view that a cession is a form of pledge, but we have to operate in the practical world and people who are in commerce cannot operate in terms of very attractive theories that are propounded by academic writers, however valued they may be. They can only act in terms of judgments of the court and it was in 1911 that the Appellate Division decided that a cession of an insurance policy was governed by the law of pledge and we have had to operate on the laws laid down by the Appellate Division in 1911 and that is what they said in the subsequent cases in the last few years that there is no reason why we must interfere with the law as it was established and it has worked well in practice. I can remember when I was an articled clerk seeing an opinion by Graham Duncan where an insurance policy had been ceded as security. The creditor went and surrendered the insurance policy which he was fully entitled to do if you applied the simple law of cession. Graham Duncan said that he was not entitled, he had no right to *parate executie* in terms of the law of pledge to go and surrender that insurance policy because there was no such term in the pledge. Now, that was the way people had been operating in practice, based on the judgment given in 1911 and I don't think that it is for the court at this stage to depart from a law which was established 77 years ago.

Prof Neethling:

Asseblief, professor Lubbe.

Prof Lubbe:

Mnr die Voorsitter, baie dankie. Ek dink ons het 'n baie interessante dag hier gehad en eintlik 'n dag wat vir akademici baie gerusstellend is, want die interessante van hierdie hele problematiek rondom sessie *in securitatem debiti* is, lyk dit my, dat ons hier 'n uitnemende voorbeeld het van 'n geval waar teorie of dogma dan nou inderdaad prakties relevant behoort te wees, want hier is miljoene rande wat afhang van "airy fairy" konstruksies wat die meeste mense daar buite in die straat geen idee van sal hê en nie sal wil of kan verstaan nie. Ek dink ook ons moet dan aanvaar soos prof Jescheck eendag vir my gesê het, dat daar is niks meer prakties as goeie teorie nie. So, waar ons hier 'n probleem het, moet ons nie sien dat dit 'n spanning is tussen teorie en praktyk noodwendig nie. As daar probleme is, dan sal ons moet bereid wees om teoreties uitgangspunte of assumpsies te gaan herwaardeer en die sentrale probleem hier, lyk dit my, is dit: wat is 'n vorderingsreg? Verskillende sprekers het nou deur die dag daardie ding sydelings aangespreek. Is 'n vorderingsreg 'n bondeltjie bevoegd-hede, kan dit afgesplit word vanmekaar af deur sessie of is dit noodwendig dat as jy 'n sessie gee, dan dra jy alles wat jy het, oor? Nou ja, as jy 'n opsplitsing kan bewerkstellig, dan kan mens begin om die grondslag vir 'n verpandingskonstruksie te lê mits jy dan die teorie van jou vorderingsreg baie goed uitwerk en nader uitwerk. Ek stem saam met my kollega, professor Oelofse, dat die idee van *dominium* in 'n vorderingsreg vir my gruwelik is. Ek dink dit is dogmaties teoreties onaanvaarbaar omdat dit die hele analise van die situasie net meer kompleks gaan maak deurdat jy nou 'n skuldeiser het en hom nou weer postuleer as 'n *dominus* van daardie reg wat hy teen 'n skuldenaar het. Maar kom ons kyk net na 'n vorderingsreg. Wat beteken dit as ek vir iemand sê hy is skuldeiser? Dit beteken hy kan daardie ou daag, hy het 'n vorderingsreg, hy kan hom daag voor die hof, hy kan prestasie uit hom uit kry. Wat maak ons by 'n natuurlike verbintenis waar die skuldeiser nie die vermoë het om te ageer nie, maar daar blykbaar wel een of ander regsband bestaan wat dan nou wel aan voldoen kan word? As ons dit in gedagte hou, dan is die vraag wat by my opkom, is dit nie so dat daar dalk tog iets is van 'n "beneficial interest in the performance" in die prestasie wat baie skuldenaars het nie. Hy het tog sy opvorderingsbevoegdheid ten einde iets te verkry. As jy daardie twee belange kan identifiseer, dan kan 'n mens miskien met 'n splitsingskonstruksie werk en jy kan die grondslag lê en dit is wat u van gepraat het van die "procedural right" en "to claim performance". Prof Scott het ook daarvan gepraat en adv Streicher het ook daarvan gepraat oor hierdie vermoë om te ageer. So ek wil graag vir die lede op die paneel vra waarvan praat hulle as hulle praat van heirdie prosedurele reg om in te vorder en hoe hou dit verband met die res van die sedent se bevoegdhede. Wat hou die sedent oor in terme van die verpandingskonstruksie nadat daardie beperkte sessie van 'n beperkte belang dan gegee is? Ek dink miskien kan regter Nienaber dan ook vir ons sy besware teen daardie opskilfering toelig, want dit lyk my is die sleutel tot ons probleem. As ons daardie dogmatiese uit-

gangspunt kan herwaardeer, dan is ons op pad êrens heen. Ons moet besluit of ons dit wil opsplits of dit nie wil opsplits nie. Dit is die sleutel tot die probleem. So, ek sou graag die paneel se reaksie daarop wou hoor.

Prof Neethling:

Dankie, professor Lubbe.

Adv Streicher:

Professor, ek sou sê wat die sedent oorhou, is die reg teen die skuldenaar om van die skuldenaar die vordering te verhaal wanneer die versekerde skuld gedelg is. Dit is in elk geval die benadering soos wat ek dit vind in die gewysdes wat daar bestaan. Dit is die reg wat die sedent het. Wat die sessionaris betref, het hy die reg om in te vorder totdat die skuld gedelg is. As die skuld gedelg is, dan is die sedent se regte weer volledig. Totdat die skuld gedelg is, het hy nie die reg nie, want sy reg is net om te vorder wanneer die skuld gedelg is.

Prof Neethling: Prof Scott?

Prof Scott:

Ek kan miskien daarby aansluit. Ek dink ook 'n mens kan dit opsplits en ek dink wat nog oorbly is dan ook die bevoegdheid om die reg oor te dra — die vorderingsreg self oor te dra. Jy het die bevoegdheid om die vorderingsreg oor te dra; jy het ook die bevoegdheid om dit te beswaar en dit as sekuriteit aan te bied. So, ek dink dis moontlik om dit te splits. Dit sluit dan vir my bietjie aan by 'n vraag wat ek eintlik aan adv Streicher wil vra. Sou u dan sê dat wanneer die sessionaris, soos wat ek sê, voor pandrypheid; die hele bedrag invorder, vorder hy dit in as verteenwoordiger van die sedent of in sy eie naam, en as insolvensie (insolvensie van die sessionaris) dan tussenin kom, kan hy die geld wat hy byvoorbeeld opgevorder het, behou, of slegs daardie gedeelte wat sy eis verseker en moet hy die res oorbetaal?

Adv Streicher:

. . . is die sessionaris geregtig om te vorder. Hy is die enigste persoon wat geregtig is om te vorder. Hy het 'n plig om te vorder. Die geld wat hy vorder, moet hy krediteer teen die sedent se rekening en as daar 'n oorskot is moet hy dit terugbetaal. In geval van die insolvensie van die sessionaris, volgens die *Oertel*-beslissing — as daardie geld nog nie vermeng geraak met die sessionaris se eie geld nie, dan kom daardie oorskot nie die ander krediteure van die sessionaris toe nie en kom dit die sedent toe. Dit moet in die eerste plek gekrediteer word. Die oorskot kan nie meer gekrediteer wees nie. As dit vermeng sou raak dan moet sy eis net 'n konkurrente eis wees, sou ek dink.

Mr Wunsh:

As far as I know, that how it works in practice, is that some of these cession documents provide that if payment is received by the cessionary that amount has, as Piet Streicher says, to be credited to the cedent and his claim for payment of that amount can be ceded to the the cessionary. So the money really is his money but he cedes the claim that he has for payment of that amount according to the account in his name to cessionary. Sometimes there is such concern that there could be mixture that the monies are paid into the account of another company within the control of the cessionary, a subsidiary and the claim which the cedent has for payment of that amount . . . subject matter of same the cession of the debt.

Adv Streicher:

So, jy vervang net die een sekuriteit met die ander vorm sekuriteit.

Mr Wunsh:

. . . it is a cash deposit . . .

Prof Neethling:

Regter Nienaber, wil u nog reageer op die vraag van prof Lubbe?

Regter Nienaber:

U weet, mnr die Voorsitter, een van die voordele daarvan om bank toe te gaan is jy hoef nie meer vrae te beantwoord nie, maar prof Lubbe het my nou die vraag gevra, wat verstaan ek onder 'n vorderingsreg? Ek verstaan onder 'n vorderingsreg 'n reg op prestasie en as jy onder 'n vorderingsreg 'n reg op prestasie verstaan, dan kan ek nie insien hoe jy dit kan splits nie, want daar is maar een prestasie waarop die skuldeiser geregtig is, maar ek is heeltemal bereid om toe te gee — dit mag 'n verouderde siening wees — maar dit is die siening wat ek tot dusver gehuldig het en ek kan nog steeds nie sien hoe 'n mens die reg van invordering kan verwyder van die reg op prestasie nie. Soos ek probeer sê het, dit lyk vir my daar is nie 'n verskil tussen die vorderingsreg en die invorderingsreg nie. Dit is maar een en dieselfde ding en ek het moeilikheid as 'n juris om te sien hoe jy die een kan split van die ander. Ek weet ook nie of 'n mens aan die hand van een spesifieke *casus* wat ons nou hier het, een spesifieke probleem wat ons hier het, die hele teorie van vorderingsregte omver moet gaan werp en anders moet insien nie, en ek wil ten derde net dié punt maak, dat u weet, vir elke praktiese probleem waarvoor die pandkonstruksie 'n oplossing gee, gee hy 'n swak oplossing vir die sessiekonstruksie. Met ander woorde, elke keer wanneer jy iemand bevoordeel aan die hand van die pandkonstruksie, is jy besig om iemand anders te benadeel aan die hand van die sessiekonstruksie. So, as die appèlhof in 1910 met die *Cohen*-saak die ander siening gehuldig het, dan het

jy ook maar weer 'n klomp mense gehad wat deur die regsposisie bevredig is en ander wat nie daardeur bevredig is nie. Dit is die gevolg van die standpunt wat toe ingeneem is, dat jy die ontwikkeling het en dat jy by die suiwer sessieprobleem die probleme het wat ons bespreek het. En dan laastens, baie van die probleme, die meeste van die probleme wat ons geopper het, kry jy by albei konstruksies. Daarom moet ons die antwoord, dink ek, buite die dogmatiese antwoord gaan soek en al wat ek probeer sê het is, dat wanneer ons nou só 'n antwoord probeer kry buite die presiese dogmatiese, dan lyk dit vir my beter om dit te probeer aanpas by die suiwer sessie-gedagte as by die pandgedagte, want die suiwer sessie-gedagte is die een wat voorsiening maak vir die oordrag van vorderingsregte en dit is waarmee ons per slot van rekening hier werk en ons moet altyd onthou, soos die ervaring leer, jy weet nie wat die probleem is wat jy môre gaan kry nie. Vandag se probleme los jy op, maar môre kom daar 'n probleem waaraan niemand nog gedink het nie en dit is daardie soort van probleem waarvoor jy dan 'n beginsel moet hê wat jy moet kan oplos en die pandreg is nie 'n beginsel wat jy kan gebruik vir die oplossing van nuwe probleme nie. Ek stem volkome saam met prof Oelofse.

Prof Neethling:

Baie dankie, Regter. Nog enige verdere vrae?

Prof Joubert (RAU):

Mnr die Voorsitter, ons praat nou al die hele dag oor sessie *in securitatem debiti* en ons het nog nie eintlik die vraag beantwoord wanneer het 'n mens te doen met sessie *in securitatem debiti* nie en ek dink dit raak redelik belangrik veral as 'n mens die pandkonstruksie begin toepas. Mens kry heelwat finansierings-transaksies waar daar sessies ter sprake kom wat nie *in securitatem debiti* is nie, na my mening, soos byvoorbeeld by faktoring. Daar het 'n mens te doen met 'n situasie waar die sessie plaasvind, òf ter uitvoering van 'n koopkontrak (met ander woorde die sessie wat plaasvind, gee maar net uitvoering aan die verkoper se verpligting om sy vorderingsreg te sê — om die *merx* te lewer). Aan die ander kant, by sekere vorme van faktoring het mens te doen met 'n leenkontrak. Die sessie daarso is nie ter versekering van skuld nie; die vorderingsregte word sê om inderdaad die leningskuld te delg. Die Duitsers noem dit 'n sessie “an erfüllungshalber” en ek weet in die Duitse reg is daar pogings om die pandbeginsels daar toe te pas. In die Amerikaanse reg, in terme van artikel 9 van die *Uniform Commercial Code*, word die sekerheidsbeginsels in hierdie artikel vervat, ook op faktoringssessies (hier die tweede tipe sessie waarvan ek nou net gepraat het) toegepas. As 'n mens begin beweeg in die rigting van registrasie wat mnr Wunsh genoem het, dan sal mens ook die vraag moet beantwoord wanneer gaan mens nou hierdie sekerheidsbeginsels toepas op 'n sessie; wanneer het mens te doen met 'n sessie *in securitatem debiti* en ek sal graag van die paneel wil hoor, veral diegene wat die pandkonstruksie voorstaan, of hulle ook hier die pand-

beginsels wil toepas, of dink dit behoort van toepassing te wees op faktoreringsessies byvoorbeeld.

Prof Neethling:

Adv Streicher, wil u dit beantwoord?

Adv Streicher:

Susan sou dit miskien wou beantwoord.

Adv Streicher:

Mnr die Voorsitter, ek verstaan 'n sessie *in securitatem debiti* net as 'n sessie ter versekering van 'n skuld. U noem nou die verskillende gevalle wat by die faktoring kan voorkom, maar as dit nie ter versekering van 'n skuld is nie, is dit nie 'n sessie *in securitatem debiti* nie. As dit 'n verkoping is, dan is dit nie 'n sessie *in securitatem debiti* nie. Ek sou dink die meeste gevalle wat met faktoring sekerlik niks te doen het, 'n sessie *in securitatem debiti* is.

Mr Wunsh:

If we are going to pursue this idea of registration, which hasn't been given very careful consideration so far. If we are, there is no reason in principle, why it has to be confined to cessions *in securitatem debiti*. The object of a registration would be to give the public notice of any situation which arises where ownership vests in somebody which is not apparant to the outside world. With the sale of book debts, people could be ignorant of the fact that somebody has sold his book debts to a financial institution who could operate to their prejudice by not knowing of the sale. So, there is no reason in principle why, if there is going to be some form of registration, that it should not apply also where there is an ordinary cession of book debts to somebody other than the original cedent that the cessionary ensures that the outside world has notice of the fact that he is now vested with the debts. The same could apply with the ownership of a motor car for example. Apparently, for the outside world, it might vest in the person who is using it, but in fact it belongs to somebody else; the property belongs to the seller under a hire-purchase agreement. I don't think there is any reason why if we are all going to have some form of registration, we have to distinguish between cessions *in securitatem debiti* and other cessions before repayment or factoring.

Prof Neethling:

Tevrede, prof Joubert?

Verdere vrae, besprekings, bydraes?

Goed, dames en here, dan bedank ek u baie vir die deelname aan die bespreking en die vrae wat gestel is, en dan is dit vir my baie aangenaam om vir prof Dawid

Joubert, Dekaan van die Regsfakulteit van die Universiteit van Pretoria, te vra om ons 'n samevatting te gee van vandag se verrigtinge. Prof Joubert.

Prof Joubert:

Geagte Voorsitter, diegene wat in sessie belangstel, lyk my, is 'n klein horde, en mense wat mekaar nie kan vind nie. Dit is inderwaarheid 'n onderwerp waaroor daar geweldige meningsverskil is, en nou wil ek herhaal wat 'n kollega van my by geleentheid gesê het dat as twee juriste saamstem, het een nie gedink nie. Nou weet ek nie waarom daar nie meer standpunte verkondig was as wat hier inderdaad voorgelê is nie. Ons het ongelukkig nou gekom op die stadium waar ons verslag moet gee aan mekaar van wat hier bereik is, en ek dink 'n simposium is so ietwat soos 'n voornemende minnaar/minnares: om jou aandag te trek het hulle een of ander iets nodig. Kom ons noem dit nou maar die fisiese attribute en hierdie simposium het gewiste fisiese attribute gehad. Dit is netjies gereël, die sprekers is versigtig gekies met 'n genoegsame verskeidenheid om al die meningsverskil uiteen te sit en die onderwerpe het alles en nog wat gedek wat ons graag sou wou aanhoor. Ek dink nie dat ons op hierdie stadium nog werklik toeligting oor enigiets meer verlang nie. Maar om die aandag te behou, het die potensiele minnaar tog iets meer nodig. 'n Mens moet ook spreek, dink ek, tot die intellek en tot die hart. Om eerstens te praat oor die intellek, kom ons kyk dan wat ons sprekers vir ons aangebied het. Ek dink die fundamentele voordrag was dié van professor Susan Scott aan die begin waar sy voorgestel is as dié denker oor hierdie onderwerp — 'n titel wat sy inderdaad verdien. Sy het vir ons in breë trekke die verloop van die ontwikkeling geskets en ook vir ons die twee moontlike konstruksies voorgedra — eintlik miskien moet ek sê die drie moontlike konstruksies, maar professor Harker se konstruksie, lyk my, het langs die pad weggeval. Ons het dus, wat sessie *in securitatem debiti* betref, twee moontlike beskouings. Die probleem rondom hierdie twee beskouings, soos enersyds veroorsaak deur die geskiedenis van die ontwikkeling van sessie — en ek dink 'n mens kan dit in twee fases neem — die ontwikkeling in die Middeleeue, toe die mense van *procuratio in rem suam* moes beweeg na sessie en baie mense dit nie kon aanvaar nie en sommige prokureurs vandag nog vorms gebruik wat terminologie bevat wat nie vreeslik verskil van dié van die Middeleeue nie. En dan is daar die tweede ontwikkeling in ons eie land in hierdie eeu van die pandkonstruksie van sessie. En die vraag is, het ons hier te doen met 'n verandering in die ontwikkeling of het ons hier te doen met 'n bykomende ontwikkeling, of het ons hier te doen met 'n wanontwikkeling wat 'n mens sou wou regstel? Ek dink dis 'n billike samevatting dan ook van die basiese meningsverskil wat ons vandag hier aangehoor het. Daar is diegene wat sê nee, ons het eintlik net 'n uit-en-uit sessie, met ander woorde die appèlhof of die nuwe ontwikkeling is verkeerd. Daar is diegene wat sê daar is net 'n verpanding van vorderingsregte, met ander woorde die appèlhof het die gemene reg verander. Natuurlik, as dit so is, dan was dit nou sonder gesag, maar blykbaar is die behoef-

tes van die praktyk die alfa en die omega op sekere terreine en niemand sal die gewig misken nie. En dan is daar professor Scott wat sê, nee, wat nou eintlik gebeur het is nie dat hulle die bestaande reg verander het nie; hulle het net hulle eie kop gevolg en 'n nuwe ontwikkeling daarnaas gestel. Die probleem word veroorsaak deur die wyse waarop regsgeleerdes dink. Ons dink in terme van gesag. Ons dink in terme van terminologie. Ons dink in terme van dogma en dan moet ons die appèlhof uitlê om òf ons standpunt te regverdig, òf ons moet dit uitlê om 'n ander standpunt te verkondig wat ons verkeerd kan bewys. Dit is ons tipesiese werkswyse. Ek dink professor Lubbe het in die bespreking wat gevolg het 'n baie, baie belangrike vraag gestel. En dit is, moet ons nie teruggaan na "basics" toe nie en vir onself afvra, wat is 'n vorderingsreg? Nou ja, ons gaan weer drie antwoorde kry, want die een man sal sê dit is 'n eenheid, soos inderdaad gesê is deur regter Nienaber, die ander man sê dit kan tydsgegewyse geskei word, soos adv Streicher gesê het, en andere sal sê, nee, dit kan ook kwalitatief geskei word in meerdere kompetensies, soos niemand gesê het nie, maar graag sal wou sê. Nou ja, professor Scott het vir ons dus die fondament gelê waarop hierdie hele bespreking kon verloop. Haar uiteindelijke gevolgtrekking was dat die wetgewer moet ingryp. Dit verteenwoordig 'n deurlopende tema in al die voordragte wat ons gehoor het, en ek het niemand aangehoor wat sê ons moenie die wetgewer vra om in te gryp nie, maar ek dink ek het minstens drie voorstelle vir wetswysiging gehoor: die heel oorspronklikste van regter Nienaber. Dus, hierdie is 'n onderwerp wat regsgeleerdes en die howe nie na wense kan reguleer nie.

Die volgende spreker was 'n bankier, mnr Ussher, en hy het vir ons uitgewys, in besondere detail, die verskillende gevare wat daar skuil in die aanwending van sessie *in securitatem debiti*. Ek aanvaar graag dat dit vir bankiers moeilik is en ek verstaan dus die belangrikheid van regsgeleerdes in hulle diens of in hulle gebou en ek dink ons het almal simpatie gehad na sy voordrag met die man in die bankier se kantoor. Dit lyk vir my 'n mens moet werk in die praktyk as jy 'n prokureur is met 'n *pro forma* van klousules en as jy 'n bankier is met *pro forma* van gevare wat jy een vir een neutraliseer of poog te neutraliseer. Ek dink hy het wel beklemtoon die belangrikheid van die gebruik van hierdie instelling en hy het ook beklemtoon die gevare wat daar skuil vir die ongesofistikeerde persoon. He called them the unsophisticated cessionaries, bedoelende nou die bankiers, maar ek twyfel vir 'n oomblik of 'n Suid-Afrikaanse hof 'n bankier as 'n ongesofistikeerde sessionaris sal beskou. Hy het sy opdrag voltooi deur al die stappe dan uiteen te sit.

Die volgende spreker was 'n akademikus, professor Oelofse, wat 'n Stellenboscher is, wat status verkry het in die Noorde, en hy het vir ons, soos wat ons van 'n akademikus verwag, 'n deeglike uiteensetting gegee met verwysing na die standpunte van die howe en van die skrywers. Hy het heelwat van hulle tereggewys, en sommige sal tweede edisies van hulle boeke moet hersien, of nuwe voetnote byvoeg, maar ek dink, na sy uiteensetting is dit vir ons baie duidelik dat daar inderdaad verwarring gekom het as gevolg van die versoeking waaraan die reg-

ters blootgestel is om moeilike gevalle op te los. Wat sy voordrag betref, hy het in die eerste plek ingegaan op ons ou skrywers en behalwe vir Sande, lyk dit my is daar nie veel steun vir die vraag of daar 'n oordrag van enige dokument gegee moet word nie. Vir diegene van my skool, *cadit quaestio*. Vir diegene wat die *ius commune* van Europa aanhang, begin van 'n verdere ondersoek. In die regspraak het dit geblyk dat daar 'n heel interessante ontwikkeling was van waar die regters eers 'n beperkte uitsondering geken het ten aansien van die lewering van die dokument wat later veralgemeen is, en op alle soorte van kontrakte toegepas is, maar ek dink professor Oelofse het vir ons duidelik uitgewys die verkeerdheid van die weë van die hof en dan ook die appèlhof, en ook die rigting waarin 'n mens die hele saak moet verstaan. Ongelukkig is ons hier op die terrein van die dogma en sal ons nog by 'n latere geleentheid hoor of die appèlhof vatbaar is vir oortuiging. Nieteenstaande dit, kon professor Oelofse baie duidelik tot 'n eie standpunt kom wat hy deeglik kon motiveer deur te verwys na die reëlins in vreemde regstelsels, en hy het dan ook vir ons iets meer vertel van die interessante reëlins van die Duitsers, die Oostenrykers en die Switsers, oftewel die *BGB*-lande van Europa. Die uiteindelijke konklusie was dan dat ons nie kan aanvaar dat lewering van die dokument 'n vereiste is vir die geldigheid van die sessie nie en dat dit alleen in enkele uitsonderingsgevalle moontlik te regverdig is.

The next address was delivered by Mr Wunsh and I was very much reminded of my days as a student in the class of my mentor in Mercantile law and I must say, Mr Wunsh, that my respect for tax lawyers has not been diminished by your address, only increased. The basic problem is whether the amount collected by the cessionary falls in his estate for tax purposes or whether it falls in the estate of the cedent. Unfortunately, for clients and fortunately for lawyers, it seems to be a domain where there is little guidance to be obtained in South African cases who are compelled to consider the cases of our neighbouring countries, fortunately, judgements of persons who are respected in the South African scene. It would appear that the South African Income Tax Law has certain sections which might throw light on the matter. They are all very, very difficult and ultimately it seems to me that it meant that you must examine the question who receives the benefit of the cession, that the money that is collected, is applied for the benefit of the cedent or for the cessionary, and whoever is the beneficiary, he is the taxpayer and this is supported by the case of *Botswana* and certain other cases to which we were referred. But this, by no means, ends the difficulties of the case, because there are also other things to be considered and there are various types of situations in which cession is applied and the person giving tax advice has to then enquire as to whether the asset has been sold, whether it is capital or whether it is income that is transferred and this will then also determine who is liable in tax, which is important in the realm of book debts. He raised also the question what happens if the debt cannot be collected or, as he put it, if the debt goes bad, and he also had some conclusion to tender in respect

of that difficult case. He eventually referred us to the practice of the income tax office. Now, that is something which, I think, we have all appreciated, that men of practice know the practice and the pitfalls of practice. This had to do with the question of transfer duties, sales tax and estate duties. Apparently the cession is not subject to sales tax, it is not subject to transfer duty, but the question of estates duty can be important, and in this respect the interpretation of the relevant statutory provision by the receiver of revenue, differs from that of our speaker, and apparently in spite of protestations and submissions, the receiver of revenue does not see his way open to changing the position.

Our next speaker was adv Piet Streicher. Hy het weer vir ons toegesprek oor die verskeidenheid van onderwerpe, 'n sessie van toekomstige regte en aanverwante verskynsels. Nou, sy basiese tema was dat hy die pandkonstruksie aanvaar, en alles wat hy gesê het, is dan daardeur gekleur. Hy is 'n voorstaander van die pandkonstruksie by sessie omdat dit volgens hom al die probleme wat daar by sessie bestaan, bevredigend oplos. Ek dink dit word algemeen deur ons almal toegegee, soos regter Nienaber ook ten slotte uitgewys het, dat watter konstruksie jy ook al volg, daar gaan 'n situasie wees waar iemand benadeel gaan word en die vraag is nou net watter een van die twee gee 'n bevredigende oplossing en hierdie spreker het ongetwyfeld gestaan op die standpunt dat die pandkonstruksie die beste werk. Uiteindelik het dit daarop neergekom — dit is aanvaar en bekend, soos mnr Wunsh ook in die bespreking later beklemtoon het — dit is aan die praktisyns almal baie goed bekend, hulle weet hoe om daarmee te werk en wat om te verwag en dit veroorsaak geen onbekende onreg nie. Hy het in die loop van 'n lang en deeglike uiteensetting heelwat standpunte oor verskillende vrae ingeneem en u sal my sekerlik vergewe as ek nie op almal ingaan nie. Miskien moet ek net uitwys dat daardie ding daar agter die voorsitter nie 'n horlosie is nie; dit is 'n hittemeter en ek word dus gevolglik alleen gewaarsku as die temperatuur in die gehoor begin te styg. Een van die interessante aspekte wat hy aangeraak het, was natuurlik die kwessie van die sessie van toekomstige skulde en u moet nou maar verskoon dat ek nou deur my aantekeninge blaai, maar hier is so baie besonderhede wat uit sy voordrag geblyk het, dat ek nie noodwendig my hande maklik daarop kan lê nie. Maar in die geval van die sessie van toekomstige skulde is die basiese vraag hoe moet 'n mens dit konstrueer? Dit is die vraag altans vir die regsgeleerde wat in akademiese kringe beweeg en dit wil nou voorkom asof daar twee konstruksies algemeen voorgehou word, en dit is dat jy het 'n ooreenkoms om te seeder en dan het jy 'n sessie wat later in werking tree wanneer die toekomstige skuld eendag ontstaan. En dan geskied die sessie op sodanige wyse, dit ontstaan in die boedel van die sedent en dit gaan outomaties oor in die boedel van die sessionaris onmiddellik in daardie spreekwoordelike wonderlike breuk van 'n sekonde. Die ander konstruksie is dat dit onmiddellik ontstaan in die boedel van die sessionaris, dat dit nooit vir een oomblik in die boedel van die sedent is nie. Nou hierdie twee konstruksies het natuurlik praktiese implikasies; want die insolvensie kan 'n stuitende uitwerking

hê, in die geval van die eerste konstruksie, op hierdie onmiddellike oorgang. Hierdie probleem word natuurlik ook op die terrein van die sakereg geken, maar as ek by wyse van kommentaar mag sê, die hoewe het nog geen verklaring vir hierdie bepaalde konstruksies aangebied nie, en ons spreker dink ek het nie probeer om hulle te verklaar in akademiese terme nie. Die vraag is dan geopper of enigiens van hierdie twee te geregtig is en of ons dan in die geval van die onmiddellike oorgang te doen het, of met die ander een te doen het met 'n soort van opgeskorte ooreenkoms van sessie waar die sessie in werking tree die oomblik wat die vordering ontstaan, of die sessie voltooi is en dan alleen geldig word wanneer die objek, die *spes*, in 'n vorderingsreg oorgaan . . . daarby stilstaan. Dit is een van die sleutelonderwerpe in hierdie hele terrein. Ons is dit almal eens dat terminologie 'n geweldige rol speel. En die dag toe die appèlhof die reg van die sedent gaan beskrywe het as 'n "reversionary interest", dink ek, het professor De Wet en almal wat sy standpunte deel, as't ware gejuig, want dit was vir hulle die erkenning dat die uit-en-uit sessie die regte ding was. Dat die hoewe inderdaad bedoel het dat daar 'n uit-en-uit sessie is en dat daar 'n "reversionary interest" is, synde 'n reg op terugsessie van die vorderingsreg. Maar nou blyk dit dat hierdie "reversionary interest" in die woorde van adv Streicher, eintlik iets anders beteken. Dit beteken nie die reg op terugsessie van die vorderingsreg nie, maar dit beteken die reg op terugverkryging van die reg op die balans van die vordering nadat die hoofskuld betaal is, wat iets heeltemal anders is. Dit is dus 'n sleutel tot die begrip van die reg insake sessie. Ek wil ook meld dat professor Scott in die bespreking 'n ander verklaring gegee het van wat dit sou behels en dit sou dan wees die reg om die vorderingsreg verder te verpand of te verneem en dergelike dinge, 'n verklaring wat weer versoenbaar is met die vertolking dat daar tog wel 'n verpanding van vorderingsregte plaasgevind het, selfs al praat die regter van 'n "reversionary interest". Nog 'n aspek wat hy geopper het, was die kwessie wat die vraag laat ontstaan of daar nie sprake kan wees van 'n gesimuleerde kontrak nie. Ons ken almal die verskynsel van die verkoop onderhewig aan 'n ooreenkoms van terugkoop. Moet ons dit nou noodwendig konstrueer as 'n pand, as dit nou suiwer gaan oor terugkoop? Waarom dan as jy 'n sessie het onderhewig aan 'n ooreenkoms van terugsessie, moet ons dit dan noodwendig konstrueer as pandgewing? Waarom kan jy by die een geval een oplossing hê en die ander geval 'n ander oplossing? Dit lyk vir my, is 'n vraag wat die standpunt van professor Scott ondersteun dat daar inderwaarheid twee vorms van sessie ter versekering van 'n skuldvordering kan voorkom. Of ons nou haar toets aanvaar, die bedoeling van die partye, is nie tersake nie. Die feit bly staan, die reg maak dit dan moontlik. Hy het ook al die regspraak behandel, insluitende die nuutste regspraak tot op die huidige.

Ten slotte wil ek wel verwys na twee aspekte wat ek as van verdere belang beskou en die eerste is wat is die bevoegdheid van die sessionaris ten aansien van die vordering? Hy het dit later verduidelik dat die sessionaris kan onmiddellik die skuld invorder. Inderwaarheid, sê hy, hy het 'n *plig* om die skuld in te vor-

der en hy is aanspreeklik vir die skade. As daar verpanding is en die “reversionary interest” is die aanspraak op die oorskot, dan sou ’n mens kon vra waarom kry hy die reg om meer as die oorskot te ontvang. Ek dink dit is ook ’n standpunt wat elders deur professor Scott geopper is. Dan is hy van mening dat kennisgewing aan die skuldenaar as ’n vereiste deur middel van wetgewing ingevoer kan word as ’n vereiste by sessie om van die onreg te vermy wat daar plaasvind by dubbelsessies en dergelike dinge. Die misleiding is ’n probleem. Ons kan ongelukkig die skelms nie uit ons samelewing weer nie. Ons wil natuurlik, maar ons kan nie.

Our next speaker was Mr Luttig, a practising attorney, who gave us all the insights into the practical difficulties of drafting documents that the profession has. I now understand the usefulness of a computer and much regret never having acquired one or having typed all these types of clauses into them. He gave us a resumé of the general principles which the practising attorney must bear in mind, and I suppose the word is “caution and completion”, that you must check everything very, very carefully. He then analysed the types of cases which the attorney could meet in practice, what type of clauses he would have to insert in the agreements to meet the requirements of the various types of agreements he would be called upon to draft, referring both to the essentials and the elective terms and then set out the specific drafting rules. True to the tenets of his profession, he accepted the decision of the Appellate Division without reserve and then proceeded to outline all the forbidden clauses which should not be included. He did, however, in his preface express the view that the attorney should consider the interests of both parties and that what are called standard terms, I think, should be carefully avoided. This is a very much to be admired principle. I hope clients, such as banks, agree. He had much practical advice and I am certain that what he said, was of great interest to the practitioners who were present, for the lawyers who are here, there were a few things which surprised me initially. The first was that the agreement could contain a clause entitling the cessionary to retain the amounts received in excess of the debt of the cedent as a guarantee against future payments and he did not, of course, elaborate on how this would work. It was apparently described as a *pactum commissorium* in the *Sasfin* case on the analogy of the pledge, but this certainly seems a remarkable thing. This was further complicated by the reference to the fact that there could be a second cession in the agreement, not only a cession of the principal debt owed by the debtor, but also a cession of the reversionary right and this would, for the academic lawyer, raise the question, because academics raise and answer questions, you now have a cession of the right to collect, you have a cession of the reversionary right, and then you have the *dominium* remaining in the cedent. There are then three particular facets of the claim which have to be accounted for and, of course, they have to be reconciled. Nevertheless, his complete exposition more or less brought us all up to the position where we would with confidence set about drafting such documents, even if we would then struggle in finding the appropriate words which have been approved by cases in the court.

Ons volgende spreker was regter Nienaber. Nou, ek het regter Nienaber met plezier by verskeie geleenthede al aangehoor en vandag was dan nou nog so 'n geleentheid. Hy het op sy gebruikelike manier vir ons vermaak om mee te begin, om ons aandag te trek, en hy het dit dan gehou met 'n insiggewende uiteensetting van 'n saak wat behandel is en aan die hand daarvan vir ons die probleme in verband met pandgewing ter versekering van 'n skuldvordering, deeglik uiteengesit. Sy standpunt is dat hy glo in die suiwer sessie-benadering, of, soos hy dit nou genoem het, ouderwets — “ouderdewets”. Menige persoon sal natuurlik aanklank vind by daardie standpunt, want, ek dink, ons houding is almal, ons aanvaar die standpunt totdat die teendeel bewys is, maar ek het tog die gevoel gekry dat hy aan die einde van sy voordrag wel van die teendeel oortuig is, dat dit nie noodwendig die beste oplossing vir ons samelewing is nie, en hy het hom vereenselwig met die standpunt dat die wetgewer eintlik gevra moet word om in te gryp en 'n oplossing te gee wat gesaghebbend is, dit wil sê, al die getwis kan vermy, al die probleme kan oplos en al die onbillikhede kan uitwys aan die hand van wat ons nou aanvaar, maar soos ons nou sekerlik moes verwag, kom hy toe met 'n oorspronklike oplossing en dit wyk dan af van hierdie hele reëlwing wat tot dusver behandel was en dit draai alles om sy standpunt dat daar twee soorte sessies ter versekering van 'n skuldvordering moet wees, 'n statutêre een en 'n gemeenregtelike een, en die statutêre een moet dan sentreer om die beskerming van die belange van, dink ek, die skuldeisers van die partye en nie soseer die drie partye wat betrokke is, die sedent, sessionaris en skuldenaar nie, maar die ander mense en dat die wetgewer wel daartoe instaat is. Nou, ons waardeer sy besondere insigte, regterlik, of te nie, en ek dink dat dit tog wel ernstige oorweging verdien. Hy het een interessante ding na my mening kwytergaa en dit is dat ons hier dan te doen het met 'n sessie onderhewig aan 'n voorwaarde en dat die sessie alleen voltooi sal wees as die voorwaarde vervul is. Hierdie standpunt het ek nog nie teëgekom in die literatuur nie, maar ek dink dis definitief iets wat ernstige oorweging verdien en dit hou ook verband met die algemene vraag of ooreenkomste, soos sessie-ooreenkomste, hoegenaamd voorwaardelik kan wees, want as sodanige ooreenkomste nie voorwaardelik kan wees nie, dan is die wetgewer die enigste persoon om dit in te voer.

Dit het dan die formele voordragte afgesluit en ons het dan uiteindelik gekom by 'n bespreking en sekere indringende vrae is gevra en beantwoord en het eintlik geleentheid vir die sprekers gegee om te volhard in hulle standpunt. Ek het geen spreker gehoor wat teruggegaan het op die standpunt wat hy aanvanklik ingeneem het nie. Soveel dan vir die oortuiging van hulle mede-redenaars, maar dit was vir ons belangrik in dié sin dat daar toeligtig was van hulle standpunte van fasette wat nie vantevore geopper was nie en prof Oelofse het dan ook die geleentheid gehad om sy standpunt te stel oor sessie *in securitatem debiti* wat hy kragdadig gebruik het. Professor Lubbe het vir my die insiggewende stellings kom maak wat ek eerder vermeld het oor insig in die geaardheid van hierdie hele verskynsel van die vorderingsreg waaraan dan nie aandag gegee is nie en dan

sal ek ten slotte vermeld dat daar ook uiteindelik sekerheid verkry is oor die geaardheid van wat nou eintlik bedoel word met 'n sessie *in securitatem debiti* na aanleiding van die vraag van kollega Nerijs Joubert oor faktorerings. In die geheel dus, intellektueel nie te uitputtend nie, maar stimulerende voordragte wat ons almal, dink ek, tog geboei het. My oorblywende indruk is een van vele wenke wat gegee is, wat almal opgevolg sal moet word deur indringende studie van die stukke wat moontlik beskikbaar sal kom, of van ons aantekeninge in die rustigheid van ons studeerkamers. Ek het geleer, ek het insigte gekry en ek is ook onoortuig, maar ek het nie gesê wat my standpunt is nie. Maar ek het gesê dit moet ook spreek tot die hart, en die hart is die *quo vadis*. Wat nou? En ek dink daarvoor is daar geen twyfel nie. Ons het gehoor dat die Regskommissie aan die vraag werk, dat die Regskommissie inderdaad voorstelle opgestel het en vir oorweging vryelik beskikbaar gestel het. Ek hoop diegene wat nie daardie voorstelle aanvaarbaar vind nie, sal hulle weg oopsien om hulle eie standpunt op papier te stel, want dit is waaroor dit gaan. Ons bou aan die reg en hier is die geleentheid om daaraan te bou. En die reg is anders as enige ander iets in die wetenskap. Ek weet absoluut niks van chromosome en ander mediese wetenskaplike wonders nie. Ek weet iets van die reg, maar die reg is nie myne nie. Die reg behoort aan iedere burger, maar as diegene wat hulle besig hou daarmee, nie oppas om oor die belange van die reg te waak nie, watter reg het ons om te verwag dat ander dit sal doen? Ek hoop dus dat die referate wat gelewer is, vir u sal prikkel om te reageer as u nie saamstem nie. Baie dankie, mnr die Voorsitter.

Prof Neethling:

Professor Joubert, 'n woord van hartlike dank vir 'n volledige en ek moet byvoeg, uiters indrukwekkende, samevatting. Baie dankie.

Nou, dames en here, ons het aan die einde van die verrigtinge gekom. Ek wil ook net 'n laaste woordjie van my kant af sê en dit is dat dit vir my werklik 'n riem onder die hart was om vandag te sien dat die regbank, die praktisyns en die akademici saam oor 'n aktuele onderwerp kan besin, die teoretiese en praktiese aspekte daarvan, en ek dink dat ons almal maar net as verskillende aspekte van die regslewe daarby kan baat om meer sulke simposia in die toekoms te hou.

'n Laaste woord van dank aan ieder en elk wat bygedra het om van hierdie geleentheid 'n sukses te maak. Baie dankie.