

---

**SAAKVORMING, EIENDOMSVOORBEHOUD EN  
SAAKLIKE SEKERHEID SONDER SEKERHEID**

**Ukubona 2000 Electrical CC en ABB South Africa (Pty)  
Ltd v City Power Johannesburg (Pty) Ltd  
Saaknommer 155/03 HHA (ongerapporteer)**

**1 Inleiding**

Nieteenstaande die algemene premis dat 'n skuldenaar met al sy bates aanspreeklik is vir die nakoming van sy verpligtinge jeens sy skuldeisers, is dié premis 'n skrale troos vir skuldeisers sonder saaklike sekerheid by 'n sameloop van skuldeisers weens die bankrotskap van die gemeenskaplike skuldenaar. Dit verbaas dus nie dat skuldeisers (en hul regsadviseurs) op daardie stadium na elke spreekwoordelike halm gryp in die hoop om daarmee die ergste nadelige gevolge van die skuldenaar se betalings-onvermoë te versag indien nagelaat was om tydig egte saaklike sekerheid te beding nie.

**2 Die feite in *Ukubona***

In die onderhawige saak appelleer die appellante tevergeefs teen die afwysing van hul beroep op die status van versekerde skuldeisers in die hof *a quo*. City Power het in 2001 bepaalde werk vir doeleindes van hul elektrisiteitsverspreidingsnetwerk aanbestee aan onder andere Drivecor, 'n maatskappy wat sedertdien gelikwideer is. Drivecor was 'n maatskappy wat as vervaardiger en verskaffer van elektriese toerusting besigheid gedoen het. Volgens die aanbestedingskontrak sou laasgenoemde bepaalde kontrole-paneel vir twee substasies in Johannesburg vervaardig, verskaf en installeer.

Drivecor het sommige van die komponente waaruit die uiteindelijke produk opgebou moes word, wat City Power bestel het, van die appellante bestel wat sommiges daarvan op hul beurt van derde leweransiers ingekoop het. Benewens die koopkontrak vir die bepaalde komponente het Drivecor boonop bepaalde aspekte van die samestelling en ingebruikstelling van die kontrolepaneel aan die appellant as subkontraakteurs uitbestee en vir daardie doeleindes die paneelkerns of doppe aan die appellant gelever. Indien alles volgens plan sou verloop het, sou die appellante die voltooië paneel aan Drivecor vir finale installasie gelever het, wat dit op sy beurt kontrakmatig in die substasies van City Power as primêre aanbesteder sou installeer.

Die uitspraak dui nie aan dat daar in enige van die tersake aanbestedingskontrakte, hetsy die van City Power met Drivecor of die van laasgenoemde met die appellante, enige voorsiening gemaak is om die sakeregtelike regsposisie ten aansien van die eindproduk te reël nie sodat dit ten volle aan die hand van die toepaslike gemeenregtelike norme hanteer behoort te word. Elders is reeds by herhaling daarop gewys dat terwyl party-outonomie 'n rol kan speel by *afgeleide* wyses van regsverkryging (eiendomsreg word byvoorbeeld voorbehou tot nadat die laaste paaient betaal is en gaan dus nie oor met in beheerstelling (lewering) van die saak aan die koper nie) die norme van toepassing by *oorspronklike* wyses van regsverkryging van dwingende aard is wat nie deur die partye per afspraak gewysig kan word nie.

“[O]riginaire wijze van eigendomsverkrijging ... [is] van dwingendrechtelijke aard. De eigendom komt te liggen bij de door de wet [lees recht] aangewezen persoon ... zonder dat zij dat door middel van een overeenkomst kunnen verhinderen” (Zwitser “Accessie hier en in het buitenland” 1996 6210 *WPNR* 87. (Sien ook Reehuis *Eigendomsvoorbehoud* (1998) 21.)

Die appellante was ten tyde van die likwidasië van Drivecor in fisiese beheer van die gelewerde paneelkerns, maar het ook beskik oor die bestanddele wat hulle hetsy self vervaardig het of andersins van derdes ingekoop het en wat nog nie in voltooide nuutgevormde panele neerslag gevind het nie. Die koopsom ten aansien van sommige van laasgenoemde komponente is egter nog nie deur die appellante aan die verskaffers daarvan betaal nie en daardie verskaffers het eiendomsreg daarop voorbehou. Nóg die appellante, nóg Drivecor of City Power kon dus aanspraak daarop maak dat hulle langs 'n *afgeleide wyse* van regsverkryging eiendomsreg bekom het op daardie komponente ten aansien waarvan die derde leweransiers steeds eiendomsreg voorbehou het.

### **3 Sakeregtelike posisies - eiendomsreg en sekerheidsregte**

Die geskil handel oor die regsposisie ten aansien van die samestellende onderdeel wat die kontrolepaneel uitmaak nadat Drivecor gelikwedeer is. Dit is buite geskil dat Drivecor nie vir die komponente wat die appellante voorsien het of vir hul werksaamheid betaal het nie (§ 6 van die uitspraak). Hoewel die aspek van die sakeregtelike eiendomsreg op die toerusting nie volgens die appèlhof op die stadium in geskil was nie, is dit myns insiens duidelik dat dit in werklikheid die sleutel tot die hele geskilbeslegting vorm. Uit die feite soos dit in die uitspraak van waarnemende appèlregter Patel toegelig word, blyk dat City Power as aanbesteder van die werk wat deur die insolvent verrig moes word, kwalik sy eiendomsreg ten aansien van die volledige paneel kon bewys. Uit die uitspraak blyk nie wie eiendomsreg op die aanvanklike paneelkerns of -doppe wat deur Drivecor aan die appellante gelewer is, gehad het nie. Daar is geen aanduiding in die uitspraak dat City Power as eienaar in beheer van daardie paneelkerns of doppe was voordat dit deur Drivecor aan die appellante gelewer is nie en daar kan eerder vermoed

word dat dit aan Drivecor behoort het. Selfs indien aanvaar sou word dat daardie eiendomsreg by City Power gesetel het toe dit deur Drivecor gelewer is, kan nie sonder meer aanvaar word dat City Power by voorbaat langs een of ander magiese regsverkrygingsfiguur eiendomsreg verkry het oor iedere komponent wat aan die paneel verbind sou word, sonder om aan die erkende sakeregtelike vereistes vir eiendomsverkryging te voldoen nie.

### 3 1 *Stilswyende hipoteek as beperkte saaklike reg*

Die appellante beweer dat hulle ingevolge artikel 84 saamgelees met artikel 83 van die Insolvensiewet 24 van 1936 beskerming as stilswyende hipoteekhouders geniet ten aansien van sommige van die bates. Aangesien die appellante hul aansoek om regshulp op daardie artikel grondves, is dit eintlik te wagte dat klaarheid verskaf sou word oor die feitelike beheer van dié sake aangesien daardie hipoteek as besitlose sekerheidsvorm veronderstel dat die hipoteekreghebbende nie in feitelike beheer van die saak is wat die objek van die stilswyende hipoteek van die afbetalingsverkoper is nie. Die formulering in die uitspraak is egter wesenlik onduidelik oor die feitelike vraag in wie se daadwerklike beheer die bates wat die objek van die litigasie gevorm het, dit ten tyde van *litis contestatio* werklik bevind het. Luidens § 1 van die uitspraak was die sake “in the possession of Drivecor” terwyl § 6 aandui dat “at the time of Drivecor’s liquidation, the control panels were still being assembled and some of these panels were located at the premises of the first appellant”. Ten beste moet aanvaar word dat minstens sommige van die panele steeds in die beheer van die appellante was en hierdie bespreking konsentreer daarop. Dit is egter merkwaardig dat nie in die uitspraak enige gewag gemaak word van die inherent verskillende aard van die toepaslike regshulp waarop die appellante kon steun indien dit enersyds oor sake handel waarvan die beheer reeds aan die insolvent afgegee is, teenoor die posisie andersyds ten aansien van daardie panele en komponente wat steeds in hul besit was nie.

### 3 2 *Eiendomsreg as sekere aanspraak*

City Power maak aanspraak op eiendomsreg op dieselfde toerusting wat die appellante as objek van hul beweerde sekerheidsreg aandui, maar daardie eisgrond was nie vir beslegting voor die hoogste hof van appèl nie omdat die onderhawige appèl beperk was tot die afwysing in die hof *a quo* van die vordering van die appellante om op gemelde artikel 84 te mag steun. Klaarblyklik het die litigasie (*rei vindicatio*?) met betrekking tot die vordering van City Power as beweerde eienaar van die toerusting nog nie tot verhoor gevorder nie (sien § 4 van die uitspraak). Hieronder word egter na aanleiding van die inligting wat wel tydens die tersake appèluitspraak bekend gemaak is, bepaalde afleidings in daardie verband gemaak omdat dit noodwendig ’n invloed op die regsposisie van enige beweerde versekerde skuldeiser sou uitoefen.

#### 4 Saakvorming én *constitutum possessorium*

Daar word met geen enkele woord in die uitspraak van appèlregter Patel verwys na die moontlikheid dat City Power of Drivecor hetsy as eienaar van die aanvanklike paneelkerns of -doppe of as opdraggewer, langs die weg van saakvorming 'n oorspronklike eiendomsreg op die voltooide paneel gevestig het nie. In die lig van die feit dat regspraak van die hoogste hof oor *specificatio* nie oorvloedig in die erkende hofverslae opgeneem is nie, is dit jammer dat die geleentheid om 'n bydrae tot regsontwikkeling in die verband te maak, verpas is.

By saakvorming verloor alle saamgevoegde voorwerpe hul selfstandigheid en ontstaan één *nuwe* saak wat as selfstandige saak deur die verkeersmaatstawwe erken word. Geeneen van die voormalige eienaars van die saamgevoegde komponente kan dus na die saakvorming sakeregterlik aanspraak maak op teruggawe van “sy” saak nie, omdat daardie voormalige regsobjek nie langer as selfstandige saak bestaan nie (sien *Frank & Hirsch (Pty) Ltd v A Roopanand Brothers (Pty) Ltd* 1993 4 SA 279 (A); Reehuis, Heisterkamp ea *Goederenrecht* (2001) 377-382; en Fikkers *Natrekking, Vermenging en Zaaksvorming* (1999) §§ 72-83). Dit moet duidelik onderskei word van natrekking as tipiese hegtingswyse vir die klassifisering van bysake. In hierdie uitspraak word onvoldoende besonderhede verskaf van die tegniese aspekte van die daarstelling van die kontrolepanele om klinkklaar te kan bepaal in welke mate die samestellende komponente van die eventuele kontrolepanele nog herleibaar sou kon wees tot hul oorspronklike staat. Daar word egter aanvaar dat die voltooide panele inderdaad kragtens die verkeersmaatstawwe 'n nuwe saak sou daarstel en dit is die geval selfs indien dit oppervlakkig mag lyk asof bloot, soos met 'n Meccano- of Legostelletjie, die onderskeie komponente modulêr aan die bestaande paneelkerns gekoppel word.

Die blote feit dat alles op of aan die paneelkerns monteer word, dui nie op natrekking nie. Ook indien uit 'n veeltal voorafgevormde komponente (geheuevlokkies, geleiers en weerstande) 'n rekenaar daargestel word, is die rekenaar 'n nuutgevormde saak en is al die komponente nie deur natrekking opgeneem in die uitgebreide eiendomsreg van die voormalige eienaar van die relatief goedkoop blikdop waarbinne die komponente van die rekenaar gehuisves word nie (Reehuis, Heisterkamp ea 378). Dieselfde beginsel is reeds deur die regbank te Dordrecht erken in die uitspraak wat gehandel het oor die unieke beweegbare dakkonstruksie van die Ajax-sokkerveld in Amsterdam: Nieteenstaande die feit dat alle boudele waaruit die beweegbare dak konstrueer is, individueel te koop sou wees as hetsy 'n ratjie, 'n staalstaaf of 'n koppelvlak, beslis daardie hof dat danksy die unieke vormgewing deur die konstruktors, aan 'n nuwe saak gedaante gegee is – dít is saakvorming *par excellence* (24 Mei 1995 NJ 1996, 529). Klaarblyklik is dit 'n geval waar die kundige arbeider (appellante in die onderhawige geval) minstens aanspraak op sy loon sou kon maak – vormgewende

kreiwiteit en arbeid word sakereglik “beloon” ook omdat dit aansluit by die publiseitsgedagte waaraan derdes ’n veranderde regsposisie van die nuwe saak kan aflei. Hierdie beginsel waarkragtens erkenning gegee word aan die vormgewende insette van die vormgewer eerder as om die oorspronklike sakereglike herkoms van die bestanddele voorop te stel, is sedert die era van die Proculiani uit die Romeinse reg, maar veral sedert die industrialisasietydperk toonaangewend: “Nicht weil produziert wurde, sondern daß produziert wurde, war für sie das entscheidende Kriterium” (Schermaier *Materia, Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht* (1993) 235.)

Die vereistes vir *specificatio* as oorspronklike eiendomsverkrygingsvorm is dat ’n nuwe saak danksy die insette van die saakvormer daargestel word uit komponente wat ná die saakvorming nie na die oorspronklike vorm of saak herleibaar is sonder wesenlike beskadiging nie. Hoewel die unieke goue sieraad wat deur die meesterjuwelier kunstig gevorm is, sekerlik opgesmelt kan word tot die oorspronklike hoeveelheid goud, is die méérwaarde van die sieraad te danke aan die krewiteit van die kunstenaar, en dáárom word hy as arbeider beloon kragtens die norme van *specificatio*.

Hierdie “hoofreël” word gekwalifiseer vir doeleindes van die uiteindelijke ligging van die nuutverworwe eiendomsreg indien die saakvormer ook gebruik maak van komponente wat eens aan ’n ander behoort het en die saakvorming uit hoofde van ’n aanbestedings- of diensverhouding verrig is. Dit is byvoorbeeld die geval waar die eienares van duur ingevoerde stoffe, die materiaal aan ’n maatsnyer verskaf met die opdrag om vir haar ’n bepaalde tabberd daaruit te maak. Indien die opdrag uitgevoer is, word aanvaar dat die saakvormer uit hoofde van die tersake *locatio conductio* op sy vergoeding geregtig is en nie langs die weg van ’n oorspronklike eiendomsverkryging (*specificatio*) op sy maaksel vir sy arbeid “beloon” hoef te word nie (sien Sonnekus “Opbou van Motorwrake, *Accessio* en *Specificatio*” 1991 *TSAR* 706 710; en Badenhorst, Pienaar en Mostert *Silberberg & Schoeman’s The Law of Property* (2003) 150.) In die laasgenoemde geval word steeds ’n nuwe saak as regsobjek gevorm en die eiendomsreg daarop vestig aanvanklik kragtens die “hoofreël” steeds by die saakvormer. Dan word egter onweerlegbaar aanvaar dat die saakvormer onmiddellik nadat die nuwe saak tot stand gekom het, die verworwe nuwe eiendomsreg by wyse van *constitutum possessorium* aan die aanbesteder oorgedra het en daarna bloot nog as laasgenoemde se besitsdienaar in beheer van die nuut gevormde saak kon wees (sien Sonnekus en Neels *Sakereg Vonnisbundel* (1994) 308). Dieselfde konstruksie is klinkklaar geformuleer deur Brahn verwysend na juis só ’n geval waar die aannemer (A) in opdrag van die aanbesteder (B) bepaalde vervaardigingswerkzaamhede verrig:

“[I]n de beide laatstgenoemde gevallen [kan] B dus pas eigenaar ... worden doordat A de nieuwe voorwerpen aan hem overdraagt. Dit kan desgewenst geschieden door een *constitutum possessorium* bij voorbaat” (“De grenzen van de zaaksvorming” 1991 *Kwartalbericht Nieuwe BW* [KNBW] 56 57).

Sodanige hantering van die sakeregtelike implikasies van die afspraak tussen die feitlike daarsteller en die aanbesteder verklaar hoekom die gemeenregtelike reël steeds toepassing vind waarvolgens die saakvormer wat bewustelik 'n ander se materiaal verarbeid ten einde uit die materiaal wat die gedaanteverwisseling ondergaan het 'n nuwe saak daar te stel, sowel sy arbeid as die stof verloor tensy hy 'n ander vergoedingsaanspraak vir sy arbeid het. Die blote reëls van *specificatio* beloon hierdie arbeider dus nie met eiendomsreg op die nuwe sytabberd in die voorbeeld nie. Hierdie laaste kwalifikasie word in die gemenerereg aan De Groot 2 8 2 se *bona fides*-vereiste ontleen, maar die klem val nie op die subjektiewe *bona fides* alleen nie, maar op die feit dat die saakvormer van meet af bewus is (of moet wees) dat hy nie op die duur die reghebbende van die eiendomsreg op die nuwe saak sal bly nie. (In die Suid-Afrikaanse reg is bv nog nie beslis of 'n dief wat bewustelik uit gesteelde materiaal 'n nuwe saak vorm weens die *bona fide*-reël van eiendomsverkryging op die nuutgevormde saak uitgesluit is nie. Myns insiens behoort die Duitse reg as voorbeeld te dien en behoort sy *mala fides* en kennis van die dieftige herkoms geen beletsel vir die normale werking van die objektiewe regsnorme om saakvorming te wees nie. In *S v Riekert* (1977 3 SA 181 (T)) het die uitspraak destyds nie op die sakeregtelike lotgevallen van die tafel gekonsentreer nie; dog bevind dat geen dieftige opset bewys kon word nie en die skuldigbevinding aan diefstal gevolglik ter syde gestel.)

By ontstentenis van 'n ander regsreël kan die aanbesteder egter nie kwasi asof deur middel van 'n verteenwoordiger in die gedaante van die saakvormer as sy "besitsdienaar" die oorspronklike eiendomsreg op die nuutgevormde saak tegelyk met die gedaantevorming verkry nie. Die norme van die reg wat oorspronklike eiendomsverkryging beheers, vorm ten ene male deel van die objektiewe regsnorme en is in belang van regsekerheid ook vir derdes nie onderhewig aan die subjektiewe partywil van die betrokkenes nie. Die aanbesteder en die maatsnyer in ons voorbeeld kan dus nie by wyse van afspraak ooreenkom dat laasgenoemde as "besitsdienaar" namens die besitsheer besit op die nuwe saak sal vestig asof dit *res nullius* is nie. Dit was ook die bevinding van die Nederlandse wetgewer in die *Memorie van Antwoord* aan die eerste Kamer ten aansien van so 'n "vertegenwoordigende zaakvorming"-konstruksie soos voorgestel deur Kleijn (sien *Parlementaire Geschiedenis Boek 5* (Invoeringswet 3,5 en 6) 1023). Brahn het elders reeds opgemerk dat die reg by ontstentenis van 'n statutêre ingreep geen wysiging per afspraak van die sakeregtelike norme wat die vestiging van oorspronklike eiendomsreg by die saakvormer reël, gedoog nie: "[D]e ecartering van de originaire eigendomsverkrijging is in gevallen als dit niet mogelijk" (*Stille Verpanding en Eigendmsvoorbehoud volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (1991)147.

Dieselfde eindresultaat as wat hierbo ten aansien van die Suid-Afrikaanse aanbesteder voorgestel word, word in die moderne Nederlandse *BW* in artikel 5:16.2 bereik met die beklemtoning dat die saakvormer *vir homself*

die saak moes gevorm het. Was hy in diens van 'n opdraggewer, het hy nie “vir homself” gewerk nie. Wichers bespreek welke tipe verhoudings as diens- of aanbestedingsverhoudings kwalifiseer. Sy kom tot die gevolgtrekking dat ook in dié verband die verkeersmaatstawwe deurslaggewend is (*Natrekking, Vermenging en Zaaksvorming* (2002) 214 ev). Indien die risiko's verbonde aan die vervaardigingsproses vir die rekening van die vervaardigers is en die uiteindelijke afnemer van die voltooide produk bloot daarvoor betaal, dui dit gewoonlik daarop dat die verhouding geen diensverhouding in die sin van 'n *locatio conductio operarum* is nie en funksioneer die aannemer onafhanklik van die direkte toesig van die aanbesteder. Dit dui juis daarop dat laasgenoemde nie as indirekte saakvormer direk oorspronklike eiendomsreg op die vervaardigde produk vestig nie. In daardie wetboek word dus by wyse van 'n afsonderlike afwykende regsreël bepaal dat die aannemer wat namens die opdraggewer die saak gevorm het, nie as eienaar tipeer word nie, maar dat die oorspronklike eiendomsreg geag word van meet af te vestig vir die aanbesteder:

“Indien *iemand* voor zichzelf een zaak vormt *of doet vormen* uit of mede uit een of meer hem niet toebehorende roerende zaken, *wordt hij eigenaar van de nieuwe zaak*, tenzij de kosten van de vorming dit wegens hun geringe omvang niet rechtvaardigen” – a 5:16.2 *BW* – my kursivering” (sien Wichers 188-212 en 262-270 vir 'n deeglike vergelykende bespreking van die nuwe Nederlandse regsposisie met dié in die Duitse reg.)

By ontstentenis van sodanige uitdruklike afwykende regsreël sal vir die Suid-Afrikaanse reg met die hantering van saaksvorming binne 'n aanbestedings- of diensverhouding volstaan moet word met 'n konstruksie soos hierbo voorgestel indien aan die billikheidsbegrip gevolg gegee wil word dat soos die maatsnyer nie aanspraak op die voltooide tabberd kan maak nie, die stakers in die monteeraanleg van Mercedes Benz eweneens geen eiendomsreg op die voltooide voertuie kan vestig met 'n beroep op *specificatio* nie. Hierdie kategorieë arbeiders is op hul loonooreenkomste aangewese vir hul vergoeding, maar kan soos enige ander skuldeisers hul vorderings versterk mits aan die vereistes van die versterking of sekerheidsreg voldoen word.

## 5 Saaksvorming “vir hulself”

Vir doeleindes van die onderhawige litigasie kom slegs die appellante as saakvormer in aanmerking. Die primêre vraag behoort dus te wees of appellante “vir hulself” die panele as nuutgevormde saak daargestel het en of hulle nie inderdaad die werkzaamheid uit hoofde van en ter nakoming van die aanbestedingskontrak met Drivecor verrig het nie. Indien laasgenoemde die geval is, is daar geen sprake daarvan dat die appellante eiendomsreg op die nuutgevormde sake behou het nie omdat dan minstens aanvaar sou word dat die nuwe eiendomsreg op die nuutgevormde saak by wyse van *constitutum possessorium* aan Drivecor oorgedra is. Hierdie gevolgtrekking hou in dat die appellante inderdaad nie weens hul eie eiendomsreg op die saak belet sou word om aanspraak op saaklike sekerheid ten aansien van die saak te maak nie. (Dieselfde beginsel wat die reël *nulli enim res sua servit*

onderlê, sluit immers uit dat 'n beperkte saaklike reg soos 'n sekerheidsreg op die reghebbende se eie saak deur die eenaar gehou kan word.) Welke tipe sekerheidsreg ter sprake sou kom, is afhanklik van onder andere die vraag of die saak nog in die beheer van die appellante was. 'n Terughoudingsbevoegdheid as *retentor* kom byvoorbeeld slegs ter sprake mits die *retentor* in die beheer van die saak van sy prestasieskuldenaar is.

## 6 Eiendomsverkryging deur betaling?

Selfs indien argumentshalwe aanvaar sou word dat die daarstelling van die panele inderdaad reeds voltooi was, sou kwalik beweer kon word dat City Power aan die vereistes vir die verkryging van 'n oorspronklike nuwe eiendomsreg op die sake sou voldoen. Geen diensverhouding of aanbestedingskontrak het immers tussen City Power en die appellante bestaan nie. Die bewering deur City Power dat dit eiendomsreg verkry het bloot omdat dit Drivecor betaal het, is ook nie aanduidend van 'n beroep op 'n oorspronklike wyse van regsverkryging nie.

Die bedoeling van die eenaars van die komponente wat nog nie deur appellant betaal is nie, was duidelik om eiendomsreg voor te behou en nie om in te stem tot die verlies van die eiendomsreg op daardie sake nie. Daardie bedoeling speel sekerlik 'n rol ten einde die sakeregtelike tuiste te bepaal van die komponente wat nog nie in die panele as nuutgevormde saak ingebou is nie. Dit het egter soos hierbo aangedui is, geen invloed op die objektiewe regsnorme wat in spel kom indien saakvorming reeds plaasgevind het nie omdat daardie voormalige sake nie langer hul identiteit as selfstandige regsobjekte behou het nie.

## 7 Risiko's van handelsverkeer dra deelnemers

Die klakkelose bewering namens City Power dat dit wel eiendomsreg op die geheel verkry het omdat dit wesenlike bedrae geld aan Drivecor betaal het en daarom aan die vereistes van "attornment" voldoen het, is merkwaardig: "It is the respondent's case that it had entered into an agreement with Drivecor whereby ownership was transferred to it by attornment" (§ 7). Dit dui hoogstens daarop dat om een of ander duistere rede City Power as aanbesteder 'n voorskot aan sy prestasieskuldenaar betaal het voordat laasgenoemde presteer het. Hoewel dit iedere regsobjek in 'n vrye en demokratiese samelewing vry staan om regshandeling aan te gaan waardeur hy homself vermoënsregtelik wesenlik mag benadeel, kan die reg dit nie gedoog dat die risiko's verbonde aan sodanige ondeurdagte optrede op derdes afgewentel word nie – ook nie as die regsobjek 'n privaatregtelike verlengstuk van die owerheid is nie. Lewering deur en gevolglike regsoordrag van Drivecor aan City Power kon egter ongeag welke leweringswyse benut word, pas ter sprake kom mits eersgenoemde eiendomsreg op die nuutgevormde saak gehad het – *nemo plus iuris*. Soos hierbo aangedui is, kom dit slegs ter sprake mits aanvaar word dat Drivecor danksy die werking van *specificatio*



en die aanbestedingskontrak met die appellante inderdaad eiendomsreg by wyse van *constitutum possessorium* van die appellante as feitelike saakvormer verwerf het. Oor daardie aspek swyg die uitspraak opvallend.

## **8      *Attornment*    en    *constitutum possessorium*    geen          towerstaf**

Langsamerhand behoort ook diegene nie geskool in die gemeenregtelike regsnorme nie, te beseef dat die Suid-Afrikaanse reg nie 'n suiwer konsensuele wyse van eiendomsverkryging ten aansien van roerende sake erken sonder dat aan die leweringsvereistes van die sakereg voldoen word nie. Die blote vermelding van “attornment” as 'n fiktiewe leweringsvorm is nog nie gelykstaande aan 'n voldoening aan die uitgekristalliseerde vereistes van daardie leweringsvorm nie. Die appèlhof kon selfs as dit nog nie die kern van die huidige geskil gevorm het nie, minstens met vrug verwys het na sy eie duidelike uitsprake waarin die vereistes vir daardie leweringsvorm sonder ruimte vir verwarring of twyfel duidelik uiteengesit is.

Die feit dat namens City Power slegs verwys word na *attornment* as afgeleide wyse van regsverkryging, impliseer dat nie daarop gesteun is dat die regsoordrag aan City Power onderlê word enige ander leweringsvorm soos *constitutum possessorium* of *traditio longa manu* waarby slegs die oordraer en verkryger betrokke is nie. By *attornment* as leweringsvorm is nóg die oordraer nóg die verkryger in die fisiese beheer van die saak, maar is 'n derde party wat as die besitsdienaar van die oordraer opgetree het vóór die lewering deurentyd in die beste korporele betrekking tot die saak. Daarom word 'n drieparty-ooreenkoms benodig waarin die feitelike besitsdienaar daadwerklik instem om voortaan nie langer namens die voormalige besitsheer beheer uit te oefen nie, maar instem om dit voortaan namens die nuwe besitsheer te doen (sien Sonnekus “*Attornment* en *Constitutum Possessorium* – Verleidelik Vreemd maar Geen Towerstaf Nie” 2004 *TSAR* 185). Mits die besitsheer ook inderdaad op die magiese sekonde in feitelike beheer van die saak met die juiste *animus* is, kan eiendomsverkryging langs die weg plaasvind (sien Zwolve *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht – Inleiding en Zakenrecht* (2003) 337 en 441ev). In die proses word die besitswil as onomkombare komponent van besit duidelik beklemtoon (sien Von Savigny *System des heutigen römischen Rechts* bd 3 (1840) 312-314; en Felgenträger *Friedrich Carl von Savigny's Einfluss auf die Übereignungslehre* (1927) 33ev). Sedert laatstens *Air-Kel (Edms) Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstern* (1980 3 SA 917 (A)) en *Barclays Western Bank Ltd v Ernst* (1988 1 SA 243 (A)) staan dit vas dat die howe nie geneë is om enige van die gemelde vereistes van hierdie leweringsvorm as vanselfsprekend te aanvaar nie. Indien op hierdie leweringsvorm gesteun word, moet in besonder die driedelige wilsooreenstemming tussen die drie partye bewys word én moet die hof oortuig wees dat die besitsdienaar inderdaad op die moment waarop die saaklike ooreenkoms tot stand kom as sodanig in beheer van die tersake saak is. In die *Air-Kel*-saak misluk die beroep op hier-

die leweringsvorm omdat nie bewys is dat die “besitsdienaar” bewustelik bedoel het om op die “regte” moment nie langer namens die oordraer nie, maar dan namens die verkryger beheer oor die voertuig uit te oefen nie. Daarteenoor kon in die *Ernst*-saak nie bewys word dat die aangevoerde “besitsdienaar” op die moment waarop die eiendomsreg ingevolge die ooreenkoms van die verkoper op die Bank oorgedra moes word, nog hoegenaamd in beheer van die koopsaak was nie (sien verder Sonnekus “Attornment as Leweringsvorm by Sekerheidstelling en Regsekerheid” 1988 *THRHR* 534-543).

City Power het luidens die uitspraak van die waarnemende appèlregter in geen verhouding jeens die appellante gestaan nie. Daar is trouens geen aanduiding in die uitspraak dat hulle eens van mekaar bewus was nie, sodat nie steekhoudend beweer kan word dat City Power as besitsheer kwasië deur middel van die insolvent as eerste besitsdienaar, en dan weer deur middel van hom as tweede of “subbesitsheer”, werklik beheer oor die onderskeie bestanddele verkry het soos dit aan die bord geheg is deur die appellante as ongewilde besitsdienaar nie. Hierbo is immers reeds kort mette gemaak met die gedagte van ’n verteenwoordigende saakvormer sodat appellante ook nie langs die weg namens City Power laasgenoemde aan die nuutverworwe eiendomsreg op die nuutgevormde saak kon help nie. Die verhouding besitsheer-besitsdienaar berus immers op ’n duidelike afspraak waarvolgens laasgenoemde onderneem om die beheer as houër oor die bepaalde sake namens die besitsheer uit te oefen en vir die doeleindes slegs ’n *animus tenendi* maar geen *animus ex rebus quomodum acquirendi* nie ten aansien van die sake te hou. Dit sou vreemd wees indien ’n onafhanklike subkontraakteur plotseling bedoel om as besitsdienaar vir ’n onbekende prinsipaal as besitsheer op te tree. Die feite soos in die uitspraak weergegee, bevat geen aanduiding van sodanige konstruksie nie. Dit blyk nie eens of City Power van die bestaan van die appellante as subkontraakteurs van die insolvent bewus was nie en dan kon hulle nooit as onvrywillige besitsdienaars binne die formulering van die leweringsvorm “attornment” figureer nie. Hierdie is dus klaarblyklik net nog ’n voorbeeld waar regsadviseurs gryp na vreemdklinkende begrippe soos “attornment” sonder om klaarheid oor die werklike inhoud daarvan te hê. (Dieselfde het oënskynlik in *Southern Tankers (Pty) Ltd t/a UNILOG v Pescana D'oro Ltd (Velmar Ltd intervenient)* 2003 4 SA 566 (K) ook gebeur.) Aangesien op geen alternatiewe eiendomsverkrygingswyse as “attornment” gesteun is nie, impliseer voorgaande dat City Power geen eiendomsreg verkry het indien nie aan die vereistes van daardie leweringsvorm voldoen is nie.

In die lig van die voorgaande moet dit dus eintlik van meet af duidelik wees dat ongeag wat die werklike regsverhouding ten aansien van die verskillende bestanddele van of die voltooide kontrolepanele sou wees, City Power niteenstaande hul voortydige betaling van bedrae geld aan Drivecor geen sakeregtelike aansprake daarop kan hê nie. City Power het nóg langs ’n oorspronklike nóg langs ’n afgeleide wyse eiendomsreg op die panele of komponente bekom, en behoort dus geen *locus standi* te hê om ’n aanspraak

van appellante as skuldeisers teen die insolvente boedel van Drivecor suksesvol te kan pootjie met 'n beroep op die *rei vindicatio* nie. Die toestaan van die kostebevel in die litigasie tussen City Power en die appellante kom dus vreemd voor indien kennis geneem word van die feit dat die likwidateur van die insolvente boedel in werklikheid nie die aanspraak van die appellante teengestaan het nie. (Sien § 21 van die uitspraak.)

## 9 Stilswyende hipoteek van huurverkoper

Die appellante se appèl is gerig teen die afwysing in die hof *a quo* van hul beroep op die beskerming van artikel 84 van die Insolvensiewet. Daardie artikel skep in werklikheid 'n statutêre (oftewel onbedonge) besitlose saaklike sekerheidsreg ten gunste van die tipiese “huurkoopverkoper” oftewel verkoper ingevolge 'n afbetalingsverkooptransaksie soos beheers deur die Wet op Kredietooreenkomste 75 van 1980 wat, breed gestel, die ou huurkope vervang het. Ingevolge laasgenoemde wet word voorsien dat nieteenstaande én die verlening van krediet aan die koper in die sin dat volledige betaling van die koopsom pas later sal geskied, én die beheersverskaffing oor die koopsaak aan die koper die eiendomsreg deur die verkoper voorbehou word tot betaling van die volle koopsom. Indien die afbetalingskoper of huurkoper egter bankrot sou gaan voordat die volle koopsom betaal is, sou by ontstentenis van 'n ander reëling, die huurverkoper ingevolge sy voorbehoue eiendomsreg steeds teruggawe van die beheer van die koopsaak met sy *rei vindicatio* kon opvorder, met die potensiele nadeel vir die ander skuldeisers van die insolvent wat die moontlik byna afbetaalde bate as verhaalsobjek uit die bankrotboedel moet ontbeer. Ten einde daardie potensiele onbillikheid te kortwiek, bepaal die wet dat die voorbehoue eiendomsreg outomaties op die kurator of likwidateur van die insolvente boedel oorgaan, maar dat die huurverkoper/afbetalingsverkoper in die plek van sy voormalige voorbehoue eiendomsreg, 'n stilswyende hipoteek as besitlose sekerheidsreg op die objek verkry. (Anders as wat ar Patel met sy formulering (“diminished”) in § 14 te kenne gee, kom dit nie werklik op 'n vermindering van die bateposisie van die huurverkoper neer nie.)

## 10 Afbetalingskoop *sonder* paaielemente?

Hoewel die agterliggende ratio vir die omskepping van die voorbehoue eiendomsreg in die hipoteek reeds allengs as vasstaande beskou word, was daar onsekerheid oor die toepassing van daardie artikel in gevalle waar die onderliggende koopkontrak nie voorsiening maak vir afbetaling in meerdere paaielemente nie, maar bloot dat die volledige koopsom later, desnoods in 'n enkele som ineens, betaal word.

Die wet, waarvan die Afrikaanse teks onderteken is en welke teks dus by onduidelikheid deurslaggewend is, omskryf in die tersake word-omskrywingsartikel 'n *afbetalingsverkooptransaksie* as:

“'n transaksie ingevolge waarvan –

- 
- (a) *goedere* deur die verkoper aan die koper *verkoop* word *teen betaling* deur die koper aan die verkoper *van 'n* bepaalde of bepaalbare *geldsom* op 'n bepaalde of bepaalbare toekomstige datum of in die geheel of gedeeltelik *in paaiemente* oor 'n tydperk *in die toekoms*; en
  - (b) die koper nie eienaar van daardie *goedere* word nie bloot op grond van die lewering aan of die gebruik, besit of genot deur hom daarvan; of
  - (c) die verkoper geregtig is op teruggawe van daardie *goedere* indien die koper in gebreke bly om aan 'n beding van daardie transaksie te voldoen" (my kursivering).

Otto betoog dat die woordluid van die wetgewer slegs voorsiening maak vir 'n transaksie waar die koopsom in méér as een paaiement betaal sou word. (Sien V.1 LAWSA (re) § 7 en die ander verwysings daar vermeld.) Indien op die gekursiveerde hoofsin in (a) gelet word, is daardie uitleg duidelik. Daarvolgens kwalifiseer die transaksie van die appellante in die onderhawige saak met Drivecor hoegenaamd nie as 'n omskrewe afbetalings-verkooptransaksie nie omdat nêrens voorsiening gemaak is dat die betaling deur Drivecor aan appellante vir enige van die komponente of bestanddele wat in die panele ingebou en deur appellante verskaf sou word, *in paaiemente* sou geskied nie (§ 10 van die uitspraak).

## 11 Negering van ondertekende wetstekes

Die appèlhof oordeel in die uitspraak anders. Die hoogste hof meen dat die bogemelde duidelike uitleg aan die hand van die ondertekende Afrikaanse teks van die wet soos gestel deur Otto ignoreer kan word indien kennis geneem word van die Engelse teks:

“instalment sale transaction” means a transaction in terms of which –

- (a) goods are sold by the seller to the purchaser against payment by the purchaser to the seller of a stated or determinable sum of money at a stated or determinable future date or in whole or in part in instalments over a period in the future;”

Die hoogste hof bevind: “The contrary view by Professor JM Otto cannot be supported as it results in an interpretation of the Afrikaans version of the definition which is irreconcilable with the English version” (§ 13 van die uitspraak). Daar gelaat of die Engelse teks werklik dit leen vir 'n ander interpretasie van die wetgewer se bedoeling, meen die hoogste hof van beroep dat deur voorkeur aan die Engelse nie-ondertekende teks van die wet te verleen, vermeende anomalieë wat uit die lees van die Afrikaanse wetstekes mag voorkom, vermy kan word (§ 13 van die uitspraak).

Die appèlhof breek in die proses duidelik met die vasstaande regsposisie ten aansien van wetsuitleg waar ruimte bestaan vir verskillende interpretasies ahangende van welke vertaling van die wetstekes benut word. Die voormalige grondwet wat van toepassing was toe hierdie wet van krag geword het, het trouens duidelik bepaal: “[I]n geval van verskil ... gee die eksemplaar wat deur die Staatspresident onderteken is die deurslag” (a 65 van die Grondwet van 1961). Sou enige litigasie dus na die inwerkingtreding van die wet in 1980 maar voor die herroeping van die 1961-Grondwet

ontstaan het, sou 'n hof myns insiens absoluut gebonde gewees het aan artikel 65 van daardie grondwet. Die blote feit dat daardie Grondwet sedertdien herroep is en vervang is deur die huidige Grondwet (108 van 1996) kan tog nie tot gevolg hê dat 'n ander interpretasie aan die tersake wet geheg kan word deur nou plotseling voorkeur te gee aan die onondertekende teks van die wet nie. Sodanige “oplossing” is in beginsel verwarringstigend en maak geen positiewe bydrae tot regsekerheid nie.

Die huidige Grondwet (108 van 1996) gee minstens in artikel 240 gevolg aan dieselfde beginsel, maar beperk dit tot die ondertekende teks van die grondwet self. Daar bestaan klaarblyklik 'n wesenlike *lacuna* in die huidige Grondwet wat nie soos die herroepe een aandui welke teks by diskrepansie of onduidelikheid die deurslag gee nie. Myns insiens help artikel 82 van die huidige Grondwet nie om die probleem aan te spreek nie omdat daardie artikel eerder betrekking het op die bewys dat die proses van wetmaking voltooi is en nie bedag is daarop om deurslag te gee oor welke van meerdere teenstrydige wetstekste voorrang geniet as die wet nie. Dit is opvallend dat die gerapporteerde regspraak wat wel oor die hantering van diskrepansies tussen verskillende weergawes van dieselfde wetstek handel, sonder uitsondering tot vóór hierdie onderhawige uitspraak van die hoogste hof aanvaar het dat minstens ten aansien van wette onderteken vóór die inwerking-treding van die latere grondwette, die ondertekende teks voorrang geniet.

In die proses skaar die hoogste hof van appèl dit by die uitspraak van waarnemende regter Bignault in *Sandoz Products (Pty) Ltd v Van Zyl NO* (1996 3 SA 726 (K)) en bring daarmee finaliteit ten aansien van die aangeleentheid deur die reikwydte van artikel 84 van die Insolvensiewet uit te brei tot ook transaksies wat geen afbetalingsverkooptransaksies is waar vir verskillende paaielemente voorsiening gemaak is nie.

Dit is in belang van die bevordering van die tersake akademiese gesprek tog jammer dat die appèlregter nie sy weg oopgesien het om te laat blyk hoekom hy meen dat hy nie meer aan die gevestigde reël vir wetsuitleg by diskrepansies gebonde is nie en ook nie of hy kennis geneem het van die volledige bespreking van die *Sandoz*-uitspraak deur Otto in 1997 *TSAR* 163 166 nie (sien ook die verwysings na en bespreking van die verskillende standpunte wat in die verband na vore gekom het). 'n Oorwoë ontsenuwing van die aangediende argumente tot die teendeel van die hof se bevinding sou die oortuigingskrag van die appèlhof se deurhak van die knoop wesenlik verhoog het.

## **12 Hipoteek slegs mits huurkoper in beheer is én eiendomsreg voorbehou is**

Myns insien was dit vir die doeleindes van die onderhawige beslissing onnodig om die gedwonge uitleg aan die wetstek te heg en is die hof se diskoers oor die reikwydte van die omskrywing van afbetalings-

---

verkooptransaksies dus streng gesproke *obiter* hoewel aanvaar moet word dat laer howe hulself stellig daaraan gebonde sal ag.

In die bepaalde geval vind die tersake artikel 84 van die Insolvensiewet om 'n ander rede nie toepassing nie: Die panele was volgens die hof se eie bevinding (sien § 6 van die uitspraak) nog steeds in die beheer van die appellante en selfs indien die transaksie met Drivecor na die mening van die appèlregter wel 'n afbetalingsverkooptransaksie was, was die “koopsaak” nog nie aan die “afbetalingskoper” gelewer en ook nog nie in laasgenoemde se beheer nie. Alle vorme van fidusiêre eiendomsoorgang en dus ook eiendomsvoorbehoud het ten doel om aan die verkoper as krediteur 'n saaklike remedie (die *rei vindicatio*) te verleen ten einde die saak weer onder sy beheer (in sy besit) terug te bekom. Dit het geen sin indien die skuldeiser nog nie sy beheer oor die saak verloor het nie – sien immers die vereistes van die *rei vindicatio* waarvolgens die eiser moet bewys dat die verweerder in besit van die saak is wat nog *in esse* is. Die hele sin van die daarstelling van 'n stilswyende hipoteek ter vervanging van die voorheen voorbehoude eiendomsreg is immers ook om aan die afbetalingsverkoper wat nie meer in beheer van sy sake is nie, 'n beperkte saaklike sekerheidsreg te verleen ten einde hom sekerheidsregtelik in dieselfde posisie te stel asof hy as pandhouer in beheer van die saak van 'n ander is.

Hierbo is juis aangetoon dat danksy die werking van die norme van *specificatio* in samehang met die aanbestedingskontrak met Drivecor, die appellante nie as saakvormers die eiendomsreg op die nuutgevormde saak sou behou het nie, maar dat dit geag sou wees om outomaties op die aanbesteder oorgedra te word deur die *constitutum possessorium* waarop *in anticipando* ooreengekom is. As die eiendomsreg dan reeds langs dié regsweg oorgegaan het, was daar geen ruimte om later kragtens 'n versinde eiendomsvoorbehoudstransaksie die eiendomsreg op die sake *voor te behou* nie. Eiendomsreg kan slegs voorbehou word mits die “voorbehouer” inderdaad eiendomsreg het om voor te behou.

Indien boonop, soos die hof doen, aanvaar word dat die appellante steeds in beheer van die panele was, is 'n beroep op 'n remedie wat ter vervanging van die *rei vindicatio* moet dien onvanpas in omstandighede waar die aanspraakmaker op dié regshulp steeds na die hof se bevinding in beheer van die tersake sake was, maar nie die eiendomsreg kon voorbehou het nie.

Die appellante het benewens die voorgaande inherente nievoldoening aan die vereistes vir die gekose remedie (a 84 se stilswyende hipoteek), ook nie eiendomsreg gehad op al die komponente wat in die kontrolepanele ingebou sou word nie en kon dus ook nie eiendomsreg daarop voorbehou het indien daardie komponente nog nie in die nuwe saak ingebou was nie. Luidens die hof se bevinding het die appellante self nog nie alle prestasieverpligtinge jeens hul eie verskaffers van sommige van die komponente nagekom nie, en kon dus ook nie eiendomsreg daarop voorbehou het nie – *nemo plus iuris* (§

11 van die uitspraak). Dit is die geval benewens die feit dat nie uit die uitspraak blyk dat op enige stadium deur die appellante aangevoer is dat met Drivecor ooreengekom is om eiendomsreg voor te behou of dat alle formaliteitsvereistes soos voorgeskryf in die Wet op Kredietooreenkomste 75 van 1980 nagekom is nie. Myns insiens dui alles daarop dat hierdie beroep op artikel 84 'n minder goed deurdagte noodsprong van 'n welmenende dog minder oorwoë regsadviseur was.

Die appèlhof se gevolgtrekking in verband met die ontoepaslikheid van die gekose remedie is dus juis:

“If the original reason of the law is to be the life of the law then 'creditor' can have no meaning in s 84(1), other than the owner of the merx. ... [O]nly a creditor/seller who is the owner of the merx [is allowed] to be secured for the amount due to him which is achieved by replacing his ownership with a hypothec” – §§ 17 en 18 van die uitspraak.

Aan die hand van die norme van saakvorming ten aansien van die nuutgevormde kontrolepaneel is bepaal dat die appellante nie eiendomsreg ten aansien daarvan kan hê nie en ook nie eiendomsreg het op die nog selfstandige komponente waarop derdes steeds eiendomsreg voorbehou het nie, is die hipoteek van die afbetalingsverkoper onvanpas, en daarmee *cadit quaestio*.

### 13 Retensiereg pleks van hipoteek

Dit is aan die hand van die uitspraak ondeursigtelik hoekom die regsadviseurs vir die appellant hoegenaamd die wilde perd van die stilswyende hipoteek van die afbetalingsverkoper wou opsaal terwyl dit klaarblyklik makliker sou wees om te steun op die erkende gemeenregtelike retensiereg van die skuldeiser. Word eens aanvaar dat die appellante nie op sterkte van hul eiendomsreg as saakvormers enige vordering van 'n aanspraakmaker sou kon afweer nie en ook nie vir enige bedongte sekerheidsregte voorsiening gemaak is nie, behoort oorweeg te word om te steun op 'n gemeenregtelike onbedongte vorm van saaklike sekerheid ten aansien van die eiendom van die skuldenaar.

Die appellante was duidelik skuldeisers van die insolvent wat bepaalde vorderingsregte op prestasie deur laasgenoemde gehad het en welke vorderingsverband gehou het met die paneel wat nog in die beheer van die appellante as *retentor* was. Luidens die bevinding van die appèlhof, soos ook van die hof van eerste instansie, was die paneel met alle tersake komponente immers nog in die fisiese beheer van die appellante toe Drivecor se insolvensie ter sprake gekom het (di indien die formulering in § 6 ten koste van die in § 1 van die uitspraak van wnar Patel aanvaar kan word). Die appellante se posisie was dus vergelykbaar met die van die motorhawe-eienaar wat nog nie vergoeding ontvang het vir die versieningsbeurt wat hy aan die skuldenaar se voertuig verrig het nie en ter versterking van sy vordering, steunend op die terughoudingsbevoegdheid die *rei vindicatio* van

die eienaar kan afweer. Die posisie van die *retentor* word beskerm ook teen die aansprake op lewering van 'n derde soos die likwidateur van die insolvente boedel ongeag die ontstaansbron van die onderliggende vorderingsreg waarvoor die terughoudingsbevoegdheid ter versterking dien (sien *Fesi v Ketye* 1994 2 SA 507 (SOK)). Juis waar in die onderhawige saak die likwidateurs van Drivecor in beginsel nie die aansprake op beskermde status van 'n sekerheidsreghebbende deur die appellante teengestaan het nie, sou dit 'n veel makliker en minder riskante weg wees om te bewandel ten einde die belange van die appellante te beskerm. Dieselfde gevolgtrekking het Brahn reeds meer as 'n dekade gelede ook bereik:

“Hij mag zijn afleveringsverplichting immers opschorten op grond van art 6:52 lid 2 NIEUW BW en daardoor heeft A tevens op grond van art 6:57 jo 3:290 NIEUW BW retentierecht op deze aan B toebehorende voorwerpen” (57).

Dit is eg jammer dat kliënte potensieel benadeel moet word omdat sommige regsadviseurs en regters nie die moeite doen om hulself op die hoogte van gepubliseerde regsnavorsing te hou nie.

Anders as in *Ninian & Lester (Pty) Ltd v Perry NO* (1991 1 SA 66 (N)) was hier ook nie sprake van 'n voortdurende vervanging van die voltooide saak met nuwe onverwerkte materiaal nie sodat 'n beroep op die terughoudingsbevoegdheid nie hoef te stuit teen die vereiste van 'n direkte saaksverband soos behoef vir 'n retensiereg nie. Daar is geen sprake daarvan dat die appellante as *retentor* aanspraak wou maak op terughouding van materiaal van die insolvent ten aansien waarvan nog geen werksaamhede verrig is nie. (Sien vir die vereistes van 'n terughoudingsbevoegdheid Sonnekus “Retensieregte – Nuwe Rigting of Misverstand *Par Excellence?*” 1991 *TSAR* 462-482; en “Hipoteek, Insolvensie, Verryking en Retensie – Verwarring *Par Excellence?*” 2002 *De Jure* 122-139.)

## **14 Saakvormer se sekerheidsregtelike of voorkeursposisie**

Indien die saakvormer, wat ingevolge 'n diens- of aanbestedingsverhouding die nuwe saak gevorm het, intussen die saak uit sy beheer laat gaan het, kan uiteraard nie meer op die retensiereg gesteun word nie. Sy regsposisie behoort dan analoog aan die van die voormalige eienaars van die komponente hanteer te kan word.

Die hantering van die lotgevalle van die (voormalige) eienaars van die onderskeie bestanddele wat saamgevoeg word om 'n nuwe saamgestelde saak deur saakvorming daar te stel, lewer in verskillende vergelykbare regstelsels probleme op indien die waarskynlike eienaar van die saamgestelde saak insolvent sou raak voordat die (voormalige) eienaars van die komponente ten volle vergoed is. In 1990 moes die Nederlandse *Hoge Raad* uitspraak lewer in 'n saak wat besonder veel ooreenkoms met die onderhawige vertoon. B het aan A opdrag gegee om met materiaal wat B verskaf



het, bepaalde nuwe sake te vervaardig wat dan deur B na voltooiing afgeneem sou word. Voordat die materiaal aan A verskaf is, is dit egter reeds deur B aan sy bank via fidusiêre eiendomsoordrag as sekerheid vir krediet aangebied. Die bank was dus sonder die medewete van die saakvormer die eenaar daarvan toe laasgenoemde daarmee begin werk het. Nadat A die opdrag uitgevoer en die voltooide nuwe saak aan B gelewer is, maar voordat B vir A vergoed het vir die werksaamhede, is B gelikwieder. Die *Hoge Raad* wys A se beroep op die *rei vindicatio* as beweerde sakeregterlike eenaar deur saakvorming van die hand omdat artikel 661 *BW* (oud) saamgelees met die antisipeerde nuwe artikel 5:16 *BW* juis in sodanige vervaardigings-verhouding uitdruklik bepaal dat die vervaardiger nie steunend op saakvorming eiendomsreg op die vervaardigde produk behou nie (HR 5 Okt 1990 NJ 1992, 226). In gevalle van sogenaamde “loonfabricage” waar A in opdrag en teen vergoeding namens B ’n nuwe saak vorm of vervaardig, sluit die aanbestedingskontrak enige beroep op die saakvormingsreëls van a 661 *BW* uit. A was dus bloot ’n vorderingsreghebbende teen die insolvent. Indien hy egter nog in beheer van die voltooide nuwe saak was, kon hy steunend op sy terughoudingsbevoegdheid wel op die tersake voorkeurbehandeling as *retentor* aanspraak gemaak het (sien Brahn 56 en veral die Advocaat Generaal Hartkamp se konklusie by die uitspraak).

Zwitser spreek hom uit ten gunste van die Spaanse model waarvolgens die sakeregterlike werking van saakvorming geag word uitgestel te word totdat die voormalige eenaars ten volle vir hul komponente vergoed is (108-111). Hoewel daardie model met die eerste lesing aantreklik mag voorkom indien die horison van die “arme” leweransier op eiendomsvoorbehoud benut word en sy belange afgeweg word teenoor die van die finansier wat die nuutgevormde saak byvoorbaat as verhaalsobjek toegeëien het, is die praktiese hantering van sodanige reël minder oortuigend. Dit veronderstel dat dit ekonomies én prakties haalbaar is om die komponente weer los te maak uit die saamgestelde nuutgevormde saak ten einde die eenaars van iedere komponent wat nie betaal is nie in die geleentheid te stel om met sy *rei vindicatio* sy saak weer uit die bankrotboedel terug te vorder. Hierbo is reeds aangedui dat die toonaangewende invalshoek met saakvorming ’n erkenning van die beloning van die saakvormer is en dat juis nie die oorspronklike sakeregterlike adres van iedere komponent as vertrekpunt dien nie.

Die ekonomiese en praktiese werklikhede gaan in die meeste gevalle nie daardie sommetjie onderskryf nie en ’n hantering van ’n nuwe voorkeureis teen die insolvent is eerder die aangewese weg indien die feitlike saakvormer nie meer in beheer van die nuutgevormde saak is nie en om daardie rede nie op sy retensiereg kan steun nie (sien ook Dirix en Storme “Eigendomsvoorbehoud in het Ontwerp van Faillissementswet: Hopeloos Onsamenhangend” 1995-96 *Rechtskundig Weekblad* [RW] 1421-1424 wat pleit vir ’n nuwe voorkeurreg vir die “verarmde party”).

Myns insiens sou die Suid-Afrikaanse wetgewer kon oorweeg om by wyse van wetswysiging voorsiening te maak vir sodanige nuwe kategorie van voorkeurskuldeiser wat soos 'n egte versekerde skuldeiser vooraf hanteer word ten aansien van die opbrengs van die aangewese bate (die nuutgevormde saak). Sodanige vorderingsreg van dié voorkeurskuldeiser behoort egter nie gebaseer te wees op sy kontraktuele vordering teen die insolvente boedel nie. Daar moet eerder analoog aan verrykingsregtelike beginsels verseker te word dat sodanige voorkeureiser so min as moontlik verarm word weens die insolvensie van die skuldenaar-aanbesteder nadat laasgenoemde in effek weens *specificatio* ten koste van die eiser verryk is. Sy voorkeurvordering behoort nie die kontraktuele vordering (wat ook sekerlik 'n stewige winselement bevat) te wees nie omdat juis ten aansien van daardie vordering hy bloot 'n konkurente skuldeiser is wat nagelaat het om vir homself voldoende sekerheid teen die risiko van 'n betalingstrae of betalingsonvermoënde skuldenaar uit te neem. Hy word egter via die voorkeurvordering gebaseer op verrykingsbeginsels kwasië in dieselfde finansiële posisie geplaas asof sy bestanddele inderdaad ekonomies aan die nuutgevormde saak onttrek word en aan hom terugbesorg word. Aan verrykingsaanspreeklikheid lê immers oorspronklik 'n ongedaanmaking *in natura* van die ongeregverdigde vermoënsverskuiwing ten grondslag. (Sien in die verband die raakpunt met die Belgiese oeshipoteek waar eweneens 'n voorreg aan die inbringer van die oes verleen word sonder om aan hom 'n sakeregtelike remedie tot saaksgevolg te verleen – Van Haegenborgh “Voorrechten - Art. 20,2 Hypotheekwet – identificatie van de oogst” 1994-95 RW 1364-1368.) Dit staan die voormalige komponenteienaar uiteraard vry om hom daarna ten aansien van die restant van sy kontraktuele vordering aan die risiko's van 'n gewone konkurente skuldeiser bloot te stel.

## 15 Gevolgtrekking

Die onderhawige uitspraak is 'n voorbeeld waar moontlik om die verkeerde redes wel die juiste beslissing gegee is. Die appèlhof bevind myns insiens tereg dat daar nie ruimte is om die appellante van regshulp te bedien op sterkte van die beroep op die stilswyende hipoteek van die afbetalingsverkoper nie. Dit is egter nie te sê dat om daardie rede die appellante as feitelike saakvormers slegs op hul vordering as konkurente skuldeisers teen die insolvente boedel van die aanbesteder Drivecor aangewese moes wees nie. Daar is inderdaad soos aangetoon voldoende aanknopingspunte om verwonderd te staan oor die feit dat nie liefsvol langs die weg van 'n terughoudingsbevoegdheid gepoog is om die appellante se posisie weselik te versterk nie.

Daar word aan die een kant aanvaar dat die appèlhof gekonfronteer word met die pleitstukke waarlangs die saak aanvanklik aangevoer is en dus nie sonder meer *mero motu* buite die spreekwoordelike vier hoeke van daardie speelveld sal beweeg nie. Aan die ander kant word eweneens aanvaar dat die hoogste hof van appèl ook 'n funksie het om die reg te ontwikkel en dit hou

---

sekerlik in dat waar nodig aan praktisyns 'n duidelike sinjaal gegee word om versigtig die remedie te kies waarmee oënskynlik die belange van die betalende kliënt ten beste gedien sal wees. Dit is uit die oogpunt van regsontwikkeling jammer dat die hoogste hof van appèl dan nie die geleentheid te baat neem om daarop te wys dat bepaalde sekerheidsvorme dermate uitgekristalliseerde aanwendingsvereistes het, dat dit eintlik verbasend is dat tot in die hoogste hof gelitigeer word op premisse wat net nooit die toets van 'n kritiese ondersoek sou kon deurstaan nie. Dieselfde geld die beroep *in casu* namens City Power op *attornment* as eiendomsverkrygingswyse. Daar moet egter aanvaar word dat sodanige litigasie tot in die hoogste forum waarskynlik gevoer is deur by die betalende kliënte 'n verwagting van sukses te verwek. 'n Weselik misplaaste verwagting dra egter nie ná ontgogeling daartoe by om vertrouwe in die regsproses te bevorder nie. 'n Duidelike sinjaal oor die ongepastheid van bepaalde gekose remedies mag ook in 'n kostebevel klink.

JC Sonnekus  
*Randse Afrikaanse Universiteit*