

Kronieke / Chronicles

Handelingsbevoegdheid van getroudes en die norme van die internasionale privaatreë

1 In beginsel kan geen regs subjek aan die handelsverkeer deelneem indien hy nie oor die nodige handelingsbevoegdheid beskik nie. Nog word aanvaar dat een van die gevolge van die bereiking van die voljarigheidsonderdom vir 'n natuurlike persoon is dat by ontstentenis van ander buitengewone omstandighede die beperkings waaronder die persoon voorheen met betrekking tot sy handelings- en verskyningsbevoegdheid gebuk gegaan het, verval. Voorgaande impliseer dat 'n voornemende kontraktant hom slegs daarvan hoef te vergewis dat sy potensiële medekontraktant skynbaar *capax* en voljarig is en dan kan aanvaar dat hy waarskynlik handelingsbevoeg is. Op die algemene vertrekpunt moet dan egter nog rekening gehou word met die besondere of buitengewone beperkings waaronder 'n subjek gebuk mag gaan. In die verband behoort minstens gedink te word aan die moontlikheid dat hy 'n ongerehabiliteerde insolvent of getroud mag wees en bepaalde beperkings op sy handelingsbevoegdheid geplaas mag word weens sy vermelde status.

Uit die regspraak blyk dat probleme in verband met laasgenoemde statusaspek voorkom selfs by regsbetrekkinge tussen individue waar daar geen vreemde verkoppeling soos omskryf binne die beginsels van die internasionale privaatreë by betrokke is nie. Weens die toenemende kontak oor landsgrense heen gedurende die laaste dekade, moet waarskynlik daarmee rekening gehou word dat hierdie tipe statusprobleme ook toenemend gaan opduik. Dit is nie vergesog om te voorsien dat 'n kontraktant wat vind dat 'n bepaalde regsverhouding vir hom onaantreklike gevolge inhou, mag oorweeg om homself uit enige aanspreeklikheid te draai deur bloot sy gebrekkige handelingsbevoegdheid met die aangaan van die verbintenis te pleit nie. Vir die doel moet bepaal word volgens welke regstelsel die status van 'n kontraktant beoordeel word.

2 Die regsposisie met betrekking tot handelingsbevoegdheid binne internasionaal privaatreëtelike verband is, te oordeel aan die yl verwysings daarna in die gerapporteerde regspraak, 'n aangeleentheid wat relatief selde voor die Suid-Afrikaanse howe vir beoordeling kom. In werklikheid ervaar praktisyns weens die groter beweeglikheid en verhoogde kontak tussen regssubjekte uit verskillende agtergronde toenemend probleme hiermee.

Van die ou skrywers waaronder Huber *Hedensdaegse Rechtsgeleertheit* 1.3.36-41 en Van der Keessel *Praelectionis ad Hugonis Grotii ad* 1.2.27 raak die aangeleentheid aan, maar nie eenduidend nie. Huber se behandeling van die onderwerp wek die indruk dat hy 'n voorstander is van die *lex domicilii*, dog in 1.3.39 kwalifiseer hy sy standpunt: "unless for reasons of equity, such as that persons elsewhere had been kept in ignorance of the fact, or some such

Prof JC Sonnekus, Fakulteit Regsgeleerdheid, Randse Afrikaanse Universiteit.

reason” (Gane vertaling). Die kwalifikasie is in lyn met die standpunt van Van der Keessel 1.2.27:

Die vreemdeling wat 'n tyd lank in die gebied vertoef, word 'n tydelike onderdaan en solank as hy daar vertoef, is hy dus gebonde om die wette van daardie plek na te kom, en dus ook om by die verrigting van regshandelinge aldaar die vereistes van daardie plek na te kom. (Van Warmelo vertaling bd 1 op 105)

Hieruit is afgelei dat waar die kompetensie- of handelingsbevoegdheid in 'n ooreenkoms met vreemde verkoppeling ter sprake kom, die vertrekpunt om te bepaal welke regstelsel vir aanwending in die opsig ter sprake kom, die *lex loci contractus* is - dit wil sê die reg wat die kontrak beheers. Die uitgangspunt geld vir sover dit oor 'n gewone of normale kontraktuele verhouding handel en moet nie verwar word met besondere ooreenkomste soos huweliksluiting waarvoor van oudsher afsonderlike norme geld nie. (Sien Sonnekus “Enkele huweliksgoedereregtelike probleme by amoreuse syspronge met vreemde verkoppeling” 1997 *TRW* 1.)

Reeds in *Kent v Salmon* 1910 TPD 637:639 is in aansluiting by die gemeenregtelike posisie, maar met verwysing na hoofsaaklik Engelsregtelike gesag, beslis dat vrae oor handelingsbevoegdheid in normale kontraktuele verhoudings in die Suid-Afrikaanse reg bepaal word deur die *lex loci contractus*. Smith R (met wie Bristowe R saamgestem het) het in die verband swaar gesteun op die billikheidsargument wat hy ontleen aan Bar *Private International Law* (2e uitg) 310 en nie Huber nie. Daarvolgens is dit net billik dat 'n kontraktant wat op die geldigheid van die ooreenkoms wil steun, kan verwag dat vir hierdie statusaangeleentheid slegs rekening gehou hoef te word met die regsposisie soos van toepassing ter plaatse omdat dit vir hom moeilik sou wees om homself te vergewis van die besondere regsposisie van toepassing in die vreemde reg waaraan sy medekontraktant onderworpe mag wees. Van daardie vertrekpunt word egter volgens die hof afgewyk indien die redelike man in sy posisie rede sou gehad het om méér op sy hoede te wees oor 'n moontlike besondere beperking op sy medekontraktant se handelingsbevoegdheid.

In die *Kent*-saak beslis die hof téén die handhawing van die verbintenisse wat die getroude vrou hier willens en wetens aangegaan het. Die hof bevind dat sy as getroude vrou by ontstentenis van 'n bewysbare huweliksvoorwaardeskontrak wat die maritale mag uitsluit, volgens die Suid-Afrikaanse gemenerereg immers slegs beperk handelingsbevoeg sou wees. Die kontraktant wat slegs met die Suid-Afrikaanse reg rekening hou, sou dus bedag kon wees op haar moontlik beperkte kompetensie waarvolgens sy geen bindende ooreenkoms sonder haar man se bystand kon aangaan, tensy sy 'n openbare koopvrou was of die ooreenkoms as vir huishoudelike benodigdhede te klassifiseer was nie. Geeneen van die twee uitsonderings het toepassing gevind nie. Daardie beslissing is sedertdien in enkele gevalle as gesag aangehaal, maar op uitsondering na van die *Tesoriero*-saak, wat hierna in § 7 bespreek word, in omstandighede waar dié bepaalde aspek nie in geskil was nie (*Ex parte Van Borselen et uxor* 1942 TPD 206:208; *Powell v Powell* 1953 4 SA 380 W:383H; *Van Wyk v Groch* 1968 3 SA

240 OK:241H *Roux v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1977 3 SA 261
T:266G).

Die *lex contractus* kan in beginsel óf die regstelsel wees waarop die partye uitdruklik ooreengekom het, óf by ontstentenis daarvan die regstelsel van die land wat die nouste verkoppeling met die ooreenkoms vertoon. Laasgenoemde is nie noodwendig die reg van die plek van kontraksluiting nie omdat dié bloot toevallig mag wees. Sien reeds *Powell v Powell* 1953 4 SA 380 W:383A-C wat dieselfde benadering gevolg het. Hoewel in meerdere uitsprake gewag gemaak is van die sogenaamde “proper law” benadering, het dié benadering nog nie die gevestigde presedent van *Standard Bank of South Africa Ltd v Efroiken and Newman* 1924 AD 171 in die verband omvergewerp nie. (Sien byvoorbeeld *Improvair (Cape) (Pty) Ltd v Etablissements Neu* 1983 2 SA 138 K; *Laconian Maritime Enterprises Ltd v Agromar Lineas Ltd* 1986 3 SA 509 D.)

Forsyth (*Private International Law* 1996:295-296) dui weliswaar aan dat die *lex loci contractus* soos ook die aanwysing van die sogenaamde “proper law” in bepaalde gevalle nie bevredigende resultate mag oplewer nie.

Die erkende Engelse skrywers oor die internasionale privaatreë soos Dicey en Morris (*Conflict of Laws* 1993:1271-1275) is ten gunste van die aanwysing van die reg van die land waarmee die ooreenkoms wat ter sprake is die nouste verkoppeling vertoon. Cheshire en North (*Private International Law* 1987:480-482) staan dieselfde benadering voor soos ook Collier (*Conflict of Laws* 2001: 208-209). Dit word ook so in ander gemenebes regstelsels aanvaar, soos blyk uit onder andere die uitspraak te Ontario (Kanada) van daardie *court of appeal in Charron v Montreal Trust Co* 1958 15 DLR 2d 240.

In bepaalde gevalle is so 'n rigiede benadering egter nie bevredigend nie en werk duidelik onbillikheid in die hand. Kahn, die erkende doyen van die Suid-Afrikaanse internasionale privaatreë, het hom reeds by geleentheid daarvoor uitgespreek dat die juiste benadering behoort te wees om te poog om gevolg te gee aan die partye se klaarblyklike wilsuiking: om aan die ooreenkoms wat hulle oënskynlik aangaan, gebonde te wees - (1991 *Businessman's Law* 126:128). Dit kan ten beste bereik word indien aanvaar word dat 'n party oor die nodige handelingsbevoegdheid beskik het mits hy maar hetsy ooreenkomstig sy eie regstelsel (*lex loci domicilii*), hetsy ooreenkomstig die regstelsel van die plek waar die ooreenkoms gesluit is, of die reg wat op die ooreenkoms van toepassing gemaak word luidens die afspraak van die partye, of ooreenkomstig die reg wat die nouste verkoppeling met die uitvoering van die ooreenkoms vertoon, inderdaad wel as handelingsbevoeg tipeer sou wees. Met hierdie benadering van Kahn word dus die spreekwoordelike net die wydste gespan om alle moontlike tegniese skuiwergate waarvan 'n party tot 'n ooreenkoms gebruik mag probeer maak om aanspreeklikheid te ontduik, wel te ondervang. Myns insiens is die klaarblyklike billikheid van só 'n benadering wat tegniese ontduikingsmaneuvers kortwiek, ooglopend. In die bovermelde *Kent v Salmon* 1910 TPD 637 sou dit byvoorbeeld tot 'n verwerping van die appèl gelei het en die getroude vrou aanspreeklik gehou het tot nakoming van haar ooreenkoms indien sy inderdaad steeds onder die Engelse reg ressorteer

het én ingevolge daardie reg onbeperkte handelingsbevoegdheid sou gehad het. Daar sou sekerlik gepleit kan word dat dit ook die standpunt behoort te wees wat waarskynlik deur 'n Suid-Afrikaanse hof in die toekoms gevolg sal word.

3 Aangesien dit, soos Schoordijk tereg aandui, ook vir juriste soms moeilik is om slegs in die abstrakte te dink, kan 'n enkele voorbeeld die praktiese lastighede wat 'n rigiede benadering mag inhou, illustreer. ("Bij abstracties kunnen wij nu eenmaal niet leven" - Schoordijk "De positie van schuldeisers en aandeelhouders in geval van faillissement bij het verhaal op derden" 2002 *Ondernemingsrecht* 121:122.)

Gestel 'n finansier word deur 'n Suid-Afrikaanse regspersoon behoorlik verteenwoordig deur sy direkteure genader om finansiering te verskaf vir sy besigheid. Indien die kredietsoeker nie oor afdoende bates beskik om bevredigende ander sekerheid vir die krediet te verskaf nie, is dit gebruikelik om van die lede van 'n beslote korporasie of die direkteure van 'n klein maatskappy borgstelling in hul persoonlike hoedanigheid vir die verpligtinge van die regspersoon te verwag. Gebruiklikerwys word die borge gesamentlik en afsonderlik verbind.

4 Indien die direkteure of lede van die tersake BK almal Suid-Afrikaanse burgers is en die Suid-Afrikaanse reg op die tersake ooreenkomste van toepassing is, hoef die finansieringsinstelling slegs rekening te hou met die buitengewone beperkings wat op die handelingsbevoegdheid van 'n potensiële borg geplaas mag wees weens die feit dat hy in gemeenskap van goed getroud is en artikel 15(2) van die *Wet op Huweliksgoedere* 88 van 1984 in die geval toepassing vind. Hoe hy homself van die werklike posisie vergewis, is 'n ander vraag.

Vir die doeleindes kan 'n versigtige kontraktant meen dat hy sy risiko's verminder deur homself te vergewis van hierdie statusaspek van sy potensiële teenparty deur insae te verkry in laasgenoemde se identiteitsdokument. Mits die dokument nog een van die "eerste generasie" dokumente is en die tersake huweliksluiting voor die invoering van die nuwe boekie sou gewees het, mag dit iets beteken, maar daar sit duidelik te veel onsekerhede in. Op daardie stadium het die amptelike dokument nie alleen die huwelikstaat aangedui nie, maar ook 'n aanduiding bevat of die persoon in of buite gemeenskap van goed getroud is. Latere weergawes van dié amptelike dokument bevat nie meer die inligting nie, sodat 'n versigtige potensiële kontraktant slegs seker kan wees van die juistheid van 'n verklaring wat in die verband aan hom gemaak word, mits hy homself via die amptelike register van die departement van binnelandse sake van 'n uitdruk in die verband laat voorsien. Nie alleen is dit nie altyd prakties moontlik nie omdat die kantore nie 'n vier-en-twintig-uur diens lewer nie, maar sou so 'n werkswyse te tydrowend en omslagtig vir die handelsverkeer wees.

In die praktyk word meestal volstaan met 'n verklaring wat deur die tersake party onderteken word waarin hy self sy huwelikstaat moet "verklaar". Die dokument kan dan aandui dat indien die persoon in gemeenskap van goed getroud is, vir bepaalde tipes regshandeling waaronder vir doeleindes

van die voorbeeld borgstelling, ook die bystand of instemming van die gade van die potensieële kontraktant behoef word soos vereis in die tersake subartikel 15(2) van Wet 88 van 1984.

5 Gestel een of meer van die potensieële borge is egter 'n buitelander, byvoorbeeld mnr Jansen, 'n Nederlandse burger. Selfs indien hy sou openbaar dat hy buite gemeenskap van goed getroud is, is dit alleenstaande geen versekering dat hy inderdaad 'n geldige borgstellingsooreenkoms sonder sy gade se instemming kan aangaan nie. Die finansier loop dan die gevaar om by die oproep van die borg te moet ervaar dat die "borg" nooit kragtens die Nederlandse reg die bevoegdheid gehad het om sonder die skriftelike instemming van sy gade sodanige borgstellingsakte te onderteken nie. Aan die hand van welke regstelsel behoort in so 'n geval die bevoegdheid van die ondertekenaar van die borgakte beoordeel te word?

6 Ingevolge artikel 1:93 *BW* is die gemene huweliksgoedereregterelike bedeling ingevolge die Nederlandse reg, soos ook in Suid-Afrika, die van gemeenskap van goed:

Van het ogenblik der voltrekking van het huwelijk bestaat tussen de echtgenoten van rechtswege algehele gemeenschap van goederen, voor zover daarvan bij huwelijksvoorwaarden niet is afgeweken.

Die implikasie is dus dat 'n verklaring waarin 'n Nederlandse borg sou aandui dat hy nie in gemeenskap van goed getroud is nie, by 'n niksvermoedende teenparty hier te lande die indruk mag verwek dat daar niks haper met die bevoegdheid van die borgsteller om die borgstellingsakte te onderteken nie. Dit is die geval ook indien die verklaring aandui dat 'n persoon getroud in gemeenskap van goed die toestemming van sy gade behoef. Tipiese bewoording van sodanige "verklaring" wat deur groot finansieringsinstellings hier benut word, lui:

[]Indien die persoon wat die aanvullende dokumentasie [dit is die borgstellingsakte] onderteken, aandui dat hy/sy in gemeenskap van goed getroud is ... [dan] moet die gade se toestemming op die aanvullende dokument as sulks aangedui word.

Deur die ondertekening van die verklaring insake sy huwelikstaat het die vermeende borg waarheidsgetrou te kenne gegee dat sy huwelik van die gemene bedeling afwyk. Dan het hy egter steeds nagelaat om onder sy teenparty se aandag te bring dat die regsgevolge van 'n huweliksvoorwaardeskontrak met betrekking tot die handelingsbevoegdheid van die betrokke gades daar te lande anders is as onder die Suid-Afrikaanse reg. Hoewel 'n persoon getroud buite gemeenskap van goed kragtens die Suid-Afrikaanse reg, na inwerkingtreding van die *Vierde Algemene Regswysigingswet* 132 van 1993 (wat die laaste reste van die maritale mag in die Suid-Afrikaanse reg afgeskaf het) nie meer weens sy huwelikstatus 'n beperking van sy handelingsbevoegdheid ondergaan, kan nie om daardie rede aanvaar word dat dit ook die posisie elders sal wees nie.

Ook indien die gemelde verklaring geen twyfel laat dat die doel met die ondertekening van die verklaring is om te bepaal of die toestemming van die

ondertekenaar se gade vir die sluit van 'n borgstellingsooreenkoms behoef word al dan nie, vul die vermeende skynverwekking deur die verklaarder nie outomaties die statusgebrek aan nie. Binne die idioom van die estoppelreg kan die misleide nie eens daarop reken dat hy die "skynverwekker" aan sy "skynverwekking" gebonde kan hou nie, want in werklikheid het die ondertekenaar op die geformuleerde vraagstelling waarheidsgetrou geantwoord. Dit sou pas skynverwekkend wees indien die vraag anders geformuleer was en daar duidelik vereis was dat die ondertekenaar verklaar dat hy nie die instemming of bystand van sy gade vir die aangaan van die borgstelling behoef nie. Selfs dan mag die estoppelopwerper vind dat die laaste kwalifikasie 'n beroep op die verweer pootjie: die skyn moet vatbaar wees vir handhawing en estoppel kan nooit 'n statusgebrek aansuiwer nie.

Die Suid-Afrikaanse finansier sal dus aangewese wees op die norme van die internasionale aanwysingsreg om vas te stel welke regstelsel die handelingsbevoegdheid van die Nederlandse borg in die voorbeeld sal bepaal en dan moet aan die hand daarvan bepaal word of die reg die applikant te hulp kom wat hom verkeerdlik op die voorgehoue of oënskynlike kompetensie van sy medekontraktant verlaat het.

7 Die toepaslike aanwysingstelsel en gevolglike toets vir handelingsbevoegdheid het wel onlangs vir beoordeling voor die Suid-Afrikaanse hof gediën in *Tesoriero v Bhyjo Investments Share Block (Pty) Ltd* 2000 1 SA 167 W. In die saak het Wunsh R, met wie Schabort R saamgestem het, beslis ten gunste van die reg van die land waarmee die ooreenkoms die nouste verkoppeling vertoon (172H), wat in daardie geval toevallig ooreengestem het met die *lex loci contractus*, te wete die Suid-Afrikaanse reg. Die hof bevind dat die kontrak as sodanig in daardie geval met geen ander land enige verkoppeling vertoon nie.

In any event, in the present matter the *lex loci contractus*, the only country with which the contract was connected, and the country according to the law of which the merits of the case had to be decided (the *lex causae* - see J C W van Rooyen *Die Kontrak in die Suid-Afrikaanse Internasionale Privaatreg* (1972) at 237) are the same (172H).

In daardie saak het die appellant haar beroep op die feit dat sy in Argentinië getroud is en kragtens daardie regstelsel (ingevolge 'n huweliksgoedereregterelike sisteem van in gemeenskap van goed) nie die bevoegdheid gehad het om haar sonder haar man se toestemming as borg te verbind nie. Omdat die toestemming nie verkry was nie, het sy beweer dat sy skotvry kan uitgaan onder haar verpligtinge as oënskynlike borg vir die skulde van die beslote korporasie waarvan sy 'n lid was.

Die betoog is nie deur die hof in die *Tesoriero*-saak aanvaar nie. In ooreenstemming met die voorgaande vertrekpunt in die gemenerereg is die Suid-Afrikaanse reg as toepaslik geag om haar kompetensie (handelingsbevoegdheid) te bepaal om die borgstelling te kon aangaan.

Ingevolge die Suid-Afrikaanse reg waar die gemene huweliksgoedereregterelike bedeling ook die van in gemeenskap van goed is, met gevolglike toepassing van hoofstuk III van die *Wet op Huweliksgoedere* 88 van 1984, het die ondertekening

van die tersake borgstelling wel geval binne die uitsondering van artikel 15(6) van daardie wet. Dit wil sê dat die borgstelling wel *binne haar normale besigheidseer* geval het. Die borg is dus wel aanspreeklik gehou nieteenstaande die feit dat die toestemming van die gade van die borg nie verkry is nie.

Die beslissing spreek ook die onderliggende billikheidsgevoel aan waarna hierbo in § 2 verwys is. Daar kon sekerlik nie van die skuldeiser van die beslote korporasie waarvoor sy borg gestaan het, verwag word om homself eers te vergewis van die posisie ingevolge die Argentynse reg nie. Dit was sekerlik beide partye se klaarblyklike bedoeling dat die borgstelling 'n geldige verbintenis tussen hulle daarstel.

8 Indien die benadering van *Wunsh R* in die *Tesoriero*-saak as bindende presedent vir doeleindes van alle soortgelyke probleme hanteer sou word, is die implikasie dat die Suid-Afrikaanse reg die toepaslike regstelsel is om te bepaal of die hipotetiese mnr Jansen in bogemelde voorbeeld die nodige handelingsbevoegdheid gehad het om 'n borgstellingsooreenkoms hier te lande aan te gaan ingevolge waarvan hy homself as direkteur van die klein maatskappy jeens die finansier verbind. Myns insiens is dit egter nie seker dat alle probleme vir die hipotetiese Suid-Afrikaanse finansier daarmee van die tafel is nie.

9 Die Suid-Afrikaanse reg bepaal in Wet 88 van 1984 dat 'n persoon getroud in gemeenskap van goed outomaties onder die beperkings van artikel 15(2) van die wet val waaronder die beperking op borgstelling. Nie-voldoening aan die vereiste het behoudens ander uitdruklike uitsonderings in die wet, noodwendig die nietigheid van die borgstellingsooreenkoms tot gevolg. Dit is in ooreenstemming met die beslissing deur *Maritz R* in *Bopape v Moloto* 2000 1 SA 383 T:387B: "When it is clear that such consent is absent, the alienation cannot be lawful. In my view it follows of necessity that such alienation is void." Dit was ook die bevinding van die hof in *Amalgamated Bank of South Africa Bpk v Lydenburg Passasiersdienste BK* 1995 3 SA 314 T:322F.

Daardie logiese gevolg word slegs in twee gevalle in die wet self getemper. In die eerste plek word daarvoor voorsiening gemaak dat die teenparty met wie die handelingsonbevoegde gade 'n regshandeling aangaan, hom op die algemene blanko-uitsondering van artikel 15(9)(a) kan beroep:

Wanneer 'n gade in stryd met die bepalings van subartikel (2) of (3) van hierdie artikel ... 'n transaksie met 'n persoon aangaan en - (a) dié persoon nie weet en redelikerwys kan weet dat die transaksie in stryd met daardie bepalings ... aangegaan word nie, word daar geag dat die betrokke transaksie aangegaan is met die toestemming wat ingevolge genoemde subartikel (2) of (3) vereis word ... na gelang van die geval.

In die tweede plek maak artikel 15(6) voorsiening vir kwytstelling van die gevolg van beperkte handelingsbevoegdheid ten aansien van die gelyste handelinge indien dit deur die gade verrig is "in die gewone loop van sy beroep, bedryf of besigheid":

Die bepalings van paragrawe (b), (c), (f), (g) en (h) van subartikel (2) is nie van toepassing nie waar 'n handeling in daardie paragrawe beoog deur 'n

gade in die gewone loop van sy beroep, bedryf of besigheid verrig word.

10 Soos gemeld, is 'n erkende uitsondering op die gevolglike nietigheid van sodanige borgstelling sonder die nodige skriftelike instemming van die ander gade dus die vervat in subartikel 15(6) van Wet 88 van 1984. Wat "in die gewone loop van sy beroep, bedryf of besigheid" val, is die kruks van die uitsondering.

11 Anders as wat in werklikheid in die *Lydenburg*-saak die geval was, het die finansier in die onderhawige voorbeeld nie lukraak met die verkryging van die handtekening van die borg opgetree nie. Hier is immers sprake van 'n voltooide "verklaring van huwelikstaat"-vorm. Van laksheid kan die versigtige finansier in ons voorbeeld skynbaar nie blameer word nie.

12 Myns insiens mag dus beweer word dat die finansier in ons voorbeeld voorbeeldig in die verband opgetree het en dat om daardie rede wel oorweeg kan word om naas 'n beroep op artikel 15(6) ook 'n beroep op artikel 15(9) as algemene uitsondering te doen. Daarvoor sou slegs behoefte word dat hy aantoon dat hy redelikerwys mislei is deur sy "borg" se uitdruklike ondertekening van die tersake vorm. Daaruit blyk wel dat hy buite gemeenskap van goed getroud is sonder om aan te dui dat dit alleenstaande nie beteken dat hy nie volgens die Nederlandse reg in bepaalde gevalle wel die toestemming van sy gade vir borgstelling sou behoefte nie.

Daar is in die bepaalde geval nie sprake van laksheid aan die kant van die amptenaar wat die ondertekening van die borgstellingsakte behartig het nie omdat daar nie van die finansier redelikerwys verwag kan word om kennis te dra van die feit dat die Nederlandse wetboek ook die gesinsbeskerende bepalings van artikel 1:88 *BW* op persone getroud buite gemeenskap van goed van toepassing maak nie. Daardie kennis het slegs die borg van die tersake kontrakspartye op daardie moment gehad. Só 'n hantering van die probleem sou ook myns insiens inpas by die verwysings na billikheidsbeginsels deur Huber en die hof in die *Kent*-saak.

Die voorgaande is ook die bevinding van die hof in *Distillers Corporation Ltd v Modise* 2001 4 SA 1071 O. Daardie hof bevind dat die "ander party" hom wel op artikel 15(9) kan beroep indien hy redelikerwys mislei is deur die verklaring van die borg dat hy oor die nodige bevoegdheid beskik om 'n borgooreenkoms te kan aangaan sonder om daarvoor ook nog die instemming van sy gade te behoefte. In die *Modise*-saak beslis die hof dat die party wat wel op die borgooreenkoms wens te steun in weerwil van artikel 15(2)(h) se bepalings, moet bewys -

- (a) dat eiser nie geweet het, en
- (b) dat eiser nie redelikerwys kon weet

dat die borgstelling sonder verweerder se gade se skriftelike toestemming aangegaan word nie.

Eiser voer aan dat eiser uit eie kennis nie bewus was van verweerder se huwelikstatus en gevolglike huwelisgoedere bedeling nie. Hierdie stelling is sonder meer deur verweerder aanvaar.

Sonnekus/Handelingsbevoegdheid van getroudes en die norme van die
internasionale privaatreë

In art 15(9)(a) van die Wet op Huweliksgoedere word ook geveer dat 'n skuldeiser moet bewys dat kennis aangaande die huwelikstatus en gevolglike huweliksgoedere bedeling van 'n borg nie 'redelikerwys' aan die skuldeiser toegelig kan word nie (Engelse teks: 'cannot reasonably know').

Die woord 'redelikerwys', is aanduidend dat as toetssteen by die toegedigte kennis 'redelikheid' geveer word, 'n toets is wat objektief is (vgl. *Herbert Porter & Co Ltd v Johannesburg Stock Exchange* 1974 4 SA 781 (W) te 790). Implisiet in die begrip redelikheid is dat die aangeleentheid oorweeg moet word soos wat die redelike man dit sal doen en dan tot die gevolgtrekking te kom waartoe die redelike man sou geraak het. (Vgl. *Vanderbijlpark Health Committee v Wilson* 1950 1 SA 447 (A) te 458) (1075F-I).

Daardie hof bevind gevolglik:

Gegewe die konklusie dat oorweeg moet word of die redelike man in die posisie van eiser 'kan weet' wat verweerder se huwelikstatus en gevolglike huweliksgoedere bedeling is, is verweerder se *konstatering* dat hy wel met die bevoegdheid beklee is om die borgakke te verly na my mening deurslaggewend.

In die onderhawige geval het verweerder na deurlees van die borgakke sonder navrae ter opheldering aangaande die gewraakte klousule sy handtekening daarop aangebring. Die redelike man in die posisie van die skuldeiser sou kon aanvaar dat verweerder bewus was van die implikasies van sy verklaring aangaande sy bevoegdheid om die dokument te verly en sou myns insiens daarop kon staatmaak as 'n feitelike korrekte posisie" (1077E-G).

Daar bestaan myns insiens deeglik ruimte om te verskil van die besonder toegeeflike interpretasie van die hof in die voorlaaste paragraaf, as sou 'n blote ongesubstansieerde konstatering deur die teenpraty dat hy wel oor die nodige kompetensie beskik om die borgstellingsooreenkoms te mag aangaan en dus sonder om ook daarvoor die instemming van sy gade te verkry, reeds afdoende is om 'n beroep op die beskerming van artikel 15(9) te regverdig (sien hieronder by § 16). Dit blyk egter uit die hantering van die uitsondering dat 'n geslaagde beroep op die uitsondering vervat in subartikel 15(9) verder gaan as wat met 'n beroep op die billikheidsverweer van estoppel bereik sou kon word deurdat, danksy die statutêre fiksie, die gebrek aan handelingsbevoegdheid weg fingeer word. Anders as by 'n suksesvolle beroep op estoppel waaruit nooit 'n aksie ter afdwinging van 'n gewaande ooreenkoms kan volg nie (estoppel het geen regsveranderende gevolge nie en kan geen statusgebrek aansuiwer nie) kan danksy die statutêre fiksie inderdaad op grond van so 'n gebrekkige ooreenkoms ageer word. (Sien oor die perke van 'n beroep op estoppel as billikheids-gebaseerde verweer by ooreenkomste aangegaan deur 'n handelingsonbevoegde Sonnekus *Die Estoppelleerstuk in die Suid-Afrikaanse Reg* 2000:191 en verder.)

13 Ingevolge die Nederlandse reg kan moontlik dieselfde resultaat bereik word hoewel in die proses van ander regsreëls gebruik gemaak sal word. Nederland is 'n ondertekenaar van *Het Verdrag inzake het Recht dat van toepassing is op Verbintenissen uit Overeenkomst* - welke verdrag op 19 Junie 1980 as die *Verdrag van Rome* onderteken is (Trb 1980:156).

Artikel 11(2) van daardie Verdrag bepaal in sy Nederlandse vertaling:

Bij een overeenkomst die is gesloten tussen personen die zich in eenzelfde land bevinden, kan een natuurlijke persoon die volgens het recht van dat land *handelingsbekwaam* is, zich slechts beroepen op het feit, dat hij volgens een ander recht handelingsonbekwaam is, indien de wederpartij ten tijde van de sluiting van de overeenkomst deze onbekwaamheid kent of door nalatigheid niet kende.

Die voorskrif in die Verdrag beheers *prima facie* uitdruklik 'n geval soos die onderhawige en bepaal dus dat indien burgers van 'n land wat die verdrag onderteken het in die teenwoordigheid van sy medekontraktant 'n ooreenkoms elders dan in sy eie vaderland onderteken én in die land van ondertekening wel die nodige handelingsbevoegdheid sou gehad het om die ooreenkoms regsgeldig aan te gaan, dan kan die burger hom nie later ter ontduiking van aanspreeklikheid beroep op die feit dat hy weens 'n besondere voorskrif van sy eie regstelsels beperkte handelingsbevoegdheid sou hê nie *tensy* hy die feit reeds voor ondertekening van die ooreenkoms onder die aandag van sy medekontraktant gebring het of die ander daarvan moes kennis gedra het.

Hierdie spesifieke voorskrif in die Verdrag staan algemeen bekend as die sogenaamde *Lizardi*-reël, en kom as uitsondering op die "logiese" reël dat handelingsbevoegdheid bepaal sou word deur die reg van die subjek se domisilie. In daardie sin dus in ooreenstemming met die hierbo aangehaalde gedagtegang van Huber, Van der Keessel en ander wat net weer bevestig dat daar weinig nuuts onder die son is. (Sien *Strikwerda Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht* 1995:§ 103.)

Oënskynlik sal hierdie voorskrif van die *Verdrag van Rome* ook 'n Nederlandse hof wat die kwessie van handelingsbevoegdheid moet ondersoek, bind. (Vir die doeleindes word nie hier verder ingegaan op die debat wat in bepaalde Nederlandse kringe gevoer word oor die vraag of die verwysing na "handelingsbekwaam" 'n blote kwalifikasie van die kompetensie [dit wil sê handelingsbevoegdheid] soos in die geval van die gesinsbeskermingsmaatreëls ook insluit nie.) Dit sal egter slegs die geval wees mits die geval nie beheers sou word deur *De Wet Conflictenrecht Huwelijksbetrekkingen* van 16 September 1993, *StBl* 514 en wat sedert 1 Januarie 1994 daar gelding geniet nie. Gemelde 1993-wet verwys in artikel 3 na die aanwysingsposisie met betrekking tot sogenaamde "gezinsbeskermende bepalingen" waartoe artikel 1:88.1.c *BW* gereken word.

De vraag of de ene echtgenoot voor een rechtshandeling de toestemming van de andere echtgenoot behoeft, en zo ja, in welke vorm deze toestemming moet worden verleend, of zij kan worden vervangen door een beslissing van de rechter of een andere autoriteit, alsmede welke de gevolgen zijn van het ontbreken van deze toestemming, wordt beheerst door het recht van de Staat waar de andere echtgenoot ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling zijn gewone verblijfplaats heeft.

Daarvolgens word die vraag of 'n regshandeling waarvoor die toestemming van die ander gade nodig is, geldig aangegaan kon word in 'n

ander land as Nederland, beantwoord deur te let op die regsnorme van die land waar die gade wie se toestemming verkry moes word, haar gebruikelike woonplek gehad het ten tyde van die transaksie.

Indien ons hipotetiese mnr Jansen slegs van tyd tot tyd in Suid-Afrika was om sy belange hier te behartig, maar steeds sy gebruikelike woonplek in Nederland behou het en prakties alle bates daar gehou het, sal "die ander gade" stellig haar gebruikelike woonplek eweneens in Holland behou - wat vir doeleindes van dié wet die Nederlandse reg aanwys.

Nog is daar geen duidelikheid uit die Nederlandse regspraak tot welke mate die bepaling van die 1993-wet en die sogenaamde *Lizardi*-beginsel soos vervat in die *Verdrag van Rome* van 1980 versoenbaar is nie. Dat die probleem ook speel op die vlak van 'n hiërargisering van regsnorme vervat in oorkoepelende internasionale verdrae teenoor die eie nasionale wetgewing, is duidelik. (Sien Canaris se formulering "Der Gedanke der Normenhierarchie" in *Grundrechte und Privatrecht* 1999:15.) Daar word vermoed dat 'n Nederlandse hof dit in sy bevinding sal laat lei deur die mate waartoe die ander party kan aantoon dat die Nederlandse reg as aangewese regstelsel vir doeleindes van artikel 3 van die 1993-wet wel beskerming van sy posisie erken.

14 Indien die Suid-Afrikaanse finansier selfs met toepassing van die *Tesoriero*-uitspraak van Wunsh R, hier sou slaag om die borg aan die ooreenkoms gebonde te hou omdat volgens die Suid-Afrikaanse reg 'n persoon getroud buite gemeenskap van goed wel ten volle handelingsbevoeg is om sodanige ooreenkoms aan te gaan, mag dit vir die tenuitvoerlegging van die bevel in Nederland, waar mnr Jansen se beslaglegbare bates gehou word, steeds nodig wees om 'n Nederlandse hof te oortuig dat die gesinsbeskermdende bepalings van daardie reg nie toepassing vind nie. Vir die doel sal 'n beroep op artikel 1:88.4 *BW* van deurslaggewende belang wees.

Artikel 1: 88.1.c *BW* maak vir borgstelling deur 'n gade voorsiening, maar is - anders as artikel 15(2)(h) van die Suid-Afrikaanse Wet 88 van 1984 - nie beperk tot huwelike in gemeenskap van goed nie:

1. Een echtgenoot behoeft de toestemming van de andere echtgenoot voor de volgende rechtshandelingen: c. overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, *anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf*, zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt, of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van de derde verbindt; ... (my kursivering).

Duidelik vind die oorhoofse vereiste van toestemming deur die nie-handelende gade, geen aanwending indien die borgstellingsooreenkoms "in die normale uitoefening van sy beroep of bedryf" was nie. Wat "in" die normale beroep of bedryf is, word in die algemeen egter *restriktief* uitgelê. (Sien HR 22 junie 1962, NJ 1963, 53; 31 mei 1991, NJ 1991, 777; 19 maart 1993, NJ 1994, 92; 22 sept 1995, NJ 1996, 521.)

15 In 1992 moes die Nederlandse *Hoge Raad* weliswaar met verwysing na die voormalige redaksie van die *BW* artikel, uitsluitel gee oor die vraag of in

daardie geval die borgstelling deur die man inderdaad regsgeldig was niesteenstaande die feit dat hy nooit die nodige toestemming van sy gade vir die borgstelling verkry het nie. In daardie geval was die handelende gade 'n besigheidsman wat as direkteur van 'n motorverhuursaak sy gebruikelike besigheid bedryf het. Gedurende 1983 het sy besigheid vyftig nuwe voertuie aangekoop en terselfdertyd van vyftig gebruikte voertuie ontslae geraak deur dit aan ene De Freitas te verkoop. Ten einde die koopsom van die nuwe voertuie te finansier, het die man borg gestaan vir die koopsom wat De Freitas (sy koper) van die bank geleen het. Toe De Freitas sy verpligtinge as koper/kredietontvanger nie nakom nie, is die verkoper as *privé* borg deur die bank aanspreeklik gehou. Sy vrou beroep haar op die beskerming wat in die wet opgesluit lê omdat die bank nooit haar toestemming as gade verkry het vir die borgstelling nie.

Die *Hoge Raad* bevind dat die tersake borgstelling nie in die normale uitoefening van die handelende gade se bedryf of beroep as *verhuurder van voertuie* geval het nie, selfs nie waar die borgstelling vir die kredietverskaffing deur die bank aan 'n koper van sy besigheid se voertuie was nie. Die *Hoge Raad* beslis téén die Amro Bank op grond van die feit dat die tersake uitsondering in daardie wetboek slegs regshandelinge dek wat in die "normale besigheid" van die man verrig is en dat die uitsondering eerder enger as ruimer uitgelê moet word. Sekerheidstelling as borg vir die skulde van die koper van sy verkoopte voertuie is nie deel van die normale bedryf of besigheid van 'n voertuigverhuursaak nie. Die borgstelling was dus nie "bedryfsmatig" nie:

De uitzondering 'anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf' [sedert die wetswysiging van 1992 lees die artikel soos hierbo in die aanhaling deur my gekursiveer] ... ziet immers ... op rechtshandelingen die voor het door de betrokkene uitgeoefende beroep of bedrijf kenmerkend zijn in deze zin dat zij in de normale uitoefening daarvan plegen te worden verricht (HR uitspraak van 21 Febr 1992, NJ 1992, 336).

16 Uit die voorgaande blyk dat indien 'n finansier binne die Nederlandse bestel *onagsamerwys* sou nalaat om te verseker dat sy kontraksparty as borg voldoen aan die toestemmingsvereiste wat die wet stel, die finansier hom nie ligtelik op die uitsondering van artikel 88.1.c *BW* kan beroep nie en dan moet die bank as onagsame party die skade wat daaruit voortvloei self dra. (Sien byvoorbeeld die uitsprake van die Hof van Amsterdam van 2 Maart 1989, NJ 1990, 270 en van 15 Junie 1989, NJ 1990, 371 waar die uitspraak om die rede ook teen die Amro Bank gegaan het.)

Daar kan weinig twyfel wees dat 'n Nederlandse hof met inbegrip van die *Hoge Raad* by die aanhoor van 'n "binnelandse" geskil soortgelyk aan die voormelde *Lydenburg Passasiersdienste*-saak (sien § 9 hierbo) waarvan die appèl gerapporteer is as *Amalgamated Banks of South Africa Bpk v De Goede* 1997 4 SA 66 HHA téén die onagsame bank sou beslis wat so laks besigheid doen dat dit nie eens die moeite gedoen het om, terwyl dit bewus is van die feitlike omstandighede dat die voornemende borg inderdaad in gemeenskap van goed getroud is, te verseker dat die statutêre vereistes by borgstelling deur

'n persoon getroud in gemeenskap van goed nagekom word nie. Sien reeds die kritiese bespreking van daardie appèluitspraak deur Sonnekus wat tot die gevolgtrekking gekom het dat daardie meerderheidsuitspraak geen aansporing bied aan partye om bedag te wees op die risiko van 'n kontraksteunparty wat nie oor die nodige kompetensie beskik om die bepaalde regshandeling aan te gaan nie — “In die gewone loop van besigheid' en huwelike — uiteenlopende sienings weerskante van die ewenaar” 1998 *TSAR* 155:165.

Daar moet tog daarteen gewaak word dat die begrip “in die gewone loop van sy besigheid” nie so niksseggend wyd uitgelê word dat enige handeling deur 'n persoon getroud in gemeenskap van goed as “binne sy besigheidsfeer” tipeer word nie. Daarmee word dus duidelik in teenstelling tot die posisie in die Nederlandse reg nie as premis die beskerming van die huweliks- en gesinsverhouding benut nie, maar word onagsame deelnemers aan die handelsverkeer ten alle koste beskerm nieteenstaande die feit dat dit in stryd is met die verklaarde beginsels wat artikel 15 van Wet 88 van 1984 onderlê. Dit is veelseggend dat in Steyn se bespreking van die uitsprake in die *De Goede*- en die *Modise*-sake eweneens tot die gevolgtrekking gekom word dat die huidige wydlopige inkleding van die statutêre vereistes prakties van die huweliks- en gesinsbeskermdende vereistes in die Suid-Afrikaanse reg 'n dooie letter gemaak word. Die wetgewer behoort, as dit sy erns is, behoorlike spreekwoordelike tande in die nie-nakoming van die sorgvuldigheidsvereiste vir 'n geslaagde beroep op die uitsondering vervat in artikel 15(9) (en by implikasie ook a 15(6)) by wyse van wetswysiging in te bou (Steyn “When a third party ‘cannot reasonably know’ that a spouse’s consent to a contract is lacking” 2002 *SALJ* 253:260).

17 Ook binne die bestaande Nederlandse regspraak word egter nie onder die vaandel van die tersake “sorgvuldigheidsplig” van 'n buitelandse bankier verwag om homself tot in die laaste besonderheid te vergewis van alle moontlike aspekte van die Nederlandse privaatreë en dus kennis te dra van al die buitengewone gesinsbeskermdende maatreëls van daardie regstelsel nie (sien HR 13 januari 1989, NJ 1990, 268 (*Aktieselskab Jyske Bank*)).

In die lig van die feit dat in die onderhawige probleem juis geen laksheid binne die idioom van die uitspraak van die Suid-Afrikaanse hof in die *Modise*-saak of die Nederlandse uitsprake die finansier ten laste gereken kan word nie, verskuif die skaalbakke van billikheid myns insiens ook met inagneming van die Nederlandse regsposisie ten gunste van die finansier. In die lig van die feit dat die Nederlandse wetboek boonop in die nuwe subartikel 1:88:4 *BW* 'n begrensing op die algemeenheid van die aanvanklike artikel (1:88.1.c *BW*) plaas, is die ontduikingskans van sy vrywillig ondernome verpligtinge as borg vir mnr Jansen myns insiens nie goed nie.

18 Die bovermelde afleiding word versterk indien ook kennis geneem word van subartikel 4 van gemelde artikel 1: 88 van die Nederlandse *BW* :

Toestemming voor een rechtshandeling als bedoeld in lid 1 onder c, is niet vereist, *indien* zij wordt verricht door een *bestuurder* van een naamloze vennootschap of van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de

meerderheid der aandelen houdt en mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap.

Hierdie subartikel is as toevoeging tot die *BW* gemaak met die invoering van die volgende boeke 3, 5 en 6 van die *BW* en dit is bedag gedoen om die gereelde voorkoms van skelmstreke te ondervang juis waar skuilgegaan word deur sodanige bestuurders van regspersone soos *besloten vennootschappen* [BV's] by die sluit van borgooreenkomste wat juis strek tot kredietverkryging vir en namens die BV. Vanselfsprekend moet die BV die hoofskuldenaar vir die kredietopneming wees. (Sien ook die betoog van advokaat-generaal Hartkamp in HR 21 febr 1992, NJ 1992, 336. Sien verder Asser-De Boer *Personen- en Familierecht* 1998:§ 248-250.) Dit is duidelik dat binne die Nederlandse reg self die optrede van Mnr Jansen stellig sou kwalifiseer as 'n bestuurshandeling van die BV met beperkte aanspreeklikheid en val binne die normale uitoefening van die BV se werksaamhede.

Mnr Jansen was nie alleen 'n direkteur (bestuurder) van die tersake regspersoon nie, maar hou saam met sy mededirekteure (bestuurders) al die aandele van die regspersoon.

19 In die verband bestaan tog twyfel of met inagneming van die erkende uitlegbeginsels vervat in die "reëls" "*generalia specialibus non derogant*" en "*exceptiones strictissimae interpretationis*" inderdaad suksesvol gepleit sal kan word dat die besondere uitsondering vervat in gemelde artikel 1:88.4 *BW* vir die Nederlandse beslote vennootskap ook toepassing mag vind waar 'n andersoortige regspersoon (die Suid-Afrikaanse beslote korporasie) ter sprake kom. (Vir die langjarige versigtige omgang van die Suid-Afrikaanse howe met die eersgemelde uitlegbeginsel, sien byvoorbeeld *New Modderfontein Gold Mining Co v Transvaal Provincial Administration* 1919 AD 367:397 en *Sasol Synthetic Fuels (Pty) Ltd v Lambert* 2002 2 SA 21 HHA:291.) Hoewel die onderliggende beginsels wat in die verband binne die Nederlandse en die Suid-Afrikaanse reg toepassing behoort te vind sekerlik goed vergelykbaar is, is by ontstentenis van enige regspraak in die verband die uitkoms van die regsvraag onseker.

20 Hoewel 'n beroep op gemelde subartikel 1:88.4 *BW* in daardie gevalle waar aan die vereistes voldoen word, gepas mag wees, sal vir doeleindes van die Suid-Afrikaanse reg dit reeds baie help indien bloot verseker word dat die party wat op die afdwinging van die ooreenkoms steun, kan aantoon dat hy alle redelike stappe geneem het om homself te vergewis van die kompetensie van sy medekontraktant. Praktisyns sal myns insiens hul kliënte se belange behoorlik bevorder indien hulle daardie kliënte wat wel in regsverhoudings met buitelandse burgers hier betrokke raak, daarop gewag maak dat daar potensieel probleme met die handelingsbevoegdheid van sodanige medekontraktante mag wees. Hoewel alle risiko's nooit geheel uitgeskakel kan word nie, sal 'n versigtige formulering van die inligting wat by die ondertekening van byvoorbeeld 'n borgstellingsakte verlang word, reeds die beskermingswaardigheid van die belange en vertroue van die plaaslike rolspeler verhoog indien dit daarop dui dat geen onagsaamheid hom ten laste gelê kan word nie.