

JJ Hefer

Billikheid in die kontraktereg*

1. Inleiding

Die inleidende woorde van die *Digesta* dat *justitia est ars boni et aequi*, herinner ons daaraan dat die reg onder andere met die handhawing van billikheid gemoeid is. Omdat ons nie in 'n ideële wêreld leef nie, kan geen regstelsel egter volmaakte billikheid waarborg nie; en, omdat die moderne samelewing gekommersialiseerd en tot mindere of meerdere mate bowendien gesosialiseerd is, word individuele belange dikwels op die altaar van die gemeenskapsbelang geoffer. Hierdie verskynsel is veral merkbaar in die kontraktereg waar geleer word dat dit in die openbare belang is dat ooreenkomste wat vrywillig en in alle erns aangegaan is, uitgevoer moet word. *Pacta sunt servanda* is waarskynlik die belangrikste hoeksteen van ons kontraktereg, maar dit bring soms mee dat kontraktante gebonde gehou word aan die bepalings van ooreenkomste wat tot hulle nadeel strek en onbillik teenoor hulle skyn te wees. Daarom gaan daar van tyd tot tyd stemme op vir die skepping van 'n regsmiddel om groter billikheid tussen kontraktante te bewerkstellig. 'n Gewilde oplossing wat aan die hand gedoen word, is die ontwikkeling van die *bona fides* begrip. Inmiddels het die Suid-Afrikaanse Regskommissie ondersoek ingestel na die toepassing van *pacta sunt servanda* en met voorstelle vir statutêre ingryping vorendag gekom. Die doel van hierdie bydrae is om leemtes in die *bona fides* teorie en in die voorstelle van die Regskommissie uit te wys.

2. Agtergrond

Die begrippe “kontrakteervryheid” en “kontrakgebondenheid” word goed saamgevat in Sir George Jessel MR se bekende opmerking in *Printing and Numerical Registering Co v Sampson*¹ dat:

[i]f there is any thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred

* Aangepaste weergawe van die skrywer se intrede as ere-professor in Privaatreg aan die Universiteit van die Vrystaat, gelewer op 17 Maart 2004. In die lig van die besondere geleentheid, en weens die aard van die bydrae, het die Redaksie die outeur kwytgestel van die gewone vereistes m.b.t. uitleg en bibliografiese verwysings.

Hierdie begrippe is kernelemente van ons hedendaagse kontraktereg² — tot so 'n mate dat die appèlhof dit in *SA Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Bpk v Shifren en Andere*³ as 'n elementêre en grondliggende algemene beginsel bestempel het dat kontrakte wat vrylik en in alle erns deur bevoegde persone aangegaan is, in die openbare belang afdwing word.⁴

Dat dit so is, spreek eintlik vanself omdat dit 'n natuurlike uitvloeisel is van:

- die wyd-aanvaarde wilsteorie waarvolgens kontraktuele gebondenheid aan die hand van die wil van die partye verklaar word;
- die beskouing dat elke persoon outonoom en in staat is om na sy eie belange om te sien, en
- die opvatting onder ekonome dat die vrye markmeganisme voldoende is om die ekonomie vanself effektief te laat funksioneer.⁵

Natuurlik is daar beperkings. In beginsel behels volkome kontrakteervryheid dat dit enige bevoegde persoon vrystaan om enige ooreenkoms in enige vorm en met enige inhoud met enige ander bevoegde persoon aan te gaan en dat die howe die ooreenkoms sal afdwing.⁶ Maar, om verskeie voor die hand liggende redes, strek die vryheid nie so ver nie. Eerstens, is kontraktante reeds vanaf die Romeinse tyd nie verplig om onwettige ondernemings of beloftes wat strydig is met die goeie sedes gestand te doen nie. Tweedens, omdat private ooreenkomste dikwels ook 'n maatskaplike funksie vervul⁷ en *pacta sunt servanda* in die openbare belang gefundeer is, word niemand verplig om 'n ooreenkoms of bepaling na te kom wat strydig is met die openbare belang nie.⁸ Derdens, verhoed niks die wetgewer om bepaalde soorte ooreenkomste statutêr te reguleer nie.⁹ Ook in Suid-Afrika is kontrakteervryheid van tyd tot tyd op hierdie manier aan bande gelê.¹⁰

1 (1875) LR 19 Eq 462: 465.

2 Sien by *Wells v South African Alumenite Company* 1927 AD 69: 73.

3 1964 (4) SA 760 (A): 767.

4 Sien ook *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis* 1984 (4) SA 874 (A): 893(I)-894(B).

5 Eiselen 1988 *De Jure*: 257, 258.

6 Vgl Feenstra en Ahsmann: *Contract: Aspekten van de Begrippen Contract en Contractsvrijheid in Historische Perspektief*:5-7.

7 Kötz 1986 SALJ:405,406 verduidelik: "Contract involves free choice of the individuals concerned, and is therefore based on the idea of private autonomy. On the other hand, contract has also been justified in terms of economic purpose and social function. It has been explained as a mechanism by which scarce resources can be moved to what are considered to be the most valuable uses. Thus, contract enhances the mobility of the factors of production ... As a result, individuals by entering into contracts that serve their own interests are also serving the interests of society."

8 Ek behandel die rol van die openbare belang in die kontraktereg later meer volledig.

9 Sien Hahlo & Kahn: *The South African Legal System*:123.

10 Bv deur wetgewing rakende kredietooreenkomste, huurkontrakte, borgkontrakte, geldlenings, arbeidsaangeleenthede en strafbedinge.

Pacta sunt servanda beteken in elk geval nie dat billikheid tussen kontraktante eenvoudig buite rekening gelaat word nie. Voor 1988 is die moontlikheid dikwels geopper dat die *exceptio doli generalis* verligting kon bied waar die afdwing van 'n verpligting:

would cause some great inequity and would amount to unconscionable conduct.¹¹

Eenstemmigheid oor die aanwendingsgebied van die verweer was daar nie, maar dit was minstens duidelik dat blote onbillikheid in die bepalings van 'n ooreenkoms nie voldoende was vir die suksesvolle aanwending daarvan nie.¹² Uiteindelik het die appèlhof in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas & Another*¹³ bevind dat die *exceptio doli generalis* nie deel van die Suid-Afrikaanse reg vorm nie. Maar dit het nie tot gevolg gehad dat billikheid nie langer 'n rol speel nie. Elke ooreenkoms moet nog steeds vertolk word ten einde te bepaal wat die partye beoog het en in hierdie proses word onbillike interpretasies sover moontlik vermy en beswarende bepalings beperkend vertolk.¹⁴ Origens word bepalings ingelees waarop nie uitdruklik ooreengekom is nie maar waaroor daar waarskynlik eenstemmigheid sou bestaan het indien die partye gewys is op die leemte, of wat van regsweë op bepaalde kontraktsverhoudings toegepas word. Ook in hierdie opsig speel billikheid gewis 'n rol. Verder moes eenstemmigheid nie onbehoorlik (bv deur dwang, wanvoorstelling of onbehoorlike beïnvloeding) verkry gewees het of aan verskoonbare dwaling te wyte gewees het nie. Boonop moet elke ooreenkoms voldoen aan enige statutêre voorskrifte wat daarop van toepassing mag wees en wat dikwels op billike gevolge vir beide partye gemik is. En, soos reeds aangedui, kan die partye mekaar nie verplig tot prestasies wat strydig is met die goeie sedes of die openbare belang nie. Wat laasgenoemde betref, het die appèlhof uitdruklik in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes*¹⁵ en later weer in *Botha (now Griessel) and Another v Finanscredit (Pty) Ltd*¹⁶ neergelê dat:

public policy should properly take into account the doing of simple justice between man and man.¹⁷

11 *Zuurbekom Ltd v Union Corporation Ltd* 1947(1) SA 514 (A): 537.

12 *Paddock Motors (Pty) Ltd v Igesund* 1976 (3) SA 16 (A): 28(E)-(G); *Arprint Ltd v Gerber Goldschmidt Group South Africa (Pty) Ltd* 1983 (1) SA 254 (A): 263(A). In *Rand Bank Ltd v Rubenstein* 1981 (2) SA 207 (W) het 'n beroep op die *exceptio* geslaag nadat die hof bevind het dat die afdwing van die ooreenkoms op gewetenlose optrede aan die kant van die eiser sou neerkom.

13 1988 (3) SA 580 (A).

14 Sien bv die *Wells* saak 72-73: "Hence contractual conditions by which one of the parties engages to verify all representations for himself and not to rely upon them as inducing the contract, must be confined to honest mistake or honest representations. However wide the language, the court will cut down its operation within those limits". Sien ook *Afrox Healthcare Bpk v Strydom* 2002 (6) SA 21 (HHA): 35(G)-(H).

15 1989(1) SA 1 (A).

16 1989(3) SA 773 (A).

17 Ooreenkomste of bepalings "clearly inimical to the interests of the community, whether they are contrary to law or morality or run counter to social or economic expedience" word as strydig met die openbare belang beskou: sien *Sasfin*: 8(C)-(D).

3. Bespreking

Die *pacta sunt servanda* beginsel het nie in alle jurisdiksies ewe ongeskonde gebly nie. Volgens Molengraaf:

... wint de overtuiging veld dat het dogma der contractvrijheid ... niet als de hoogste wijsheid mag gelden. Men is gaan inzien dat er hoogere beginselen zijn dan het *pacta sunt servanda*; dat het recht slecht dan een *ars boni et aequi* mag heeten, als het in overeenstemming is met etische beginselen en tot doorvoering daarvan heeft meedegewerkt.¹⁸

Hierdie filosofie, gepaard met buitensporige inflasie, monopolistiese praktyke en die grootskaalse gebruik van standaardkontrakte, het tot gevolg gehad dat wetgewing (veral in Wes-Europa) die lig gesien het waarvolgens nie net bepaalde soorte ooreenkomste spesifiek gereguleer word nie, maar kontrakteervryheid in die algemeen deur billikheidsbeginsels begrens word.¹⁹

Met dit in gedagte kan onlangse gebeure in Suid-Afrika nou betrag word.

3.1 Die aanbevelings van die Regskommissie

Soos reeds in die inleiding gemeld, het die Suid-Afrikaanse Regskommissie die toepassing van die *pacta sunt servanda* beginsel in ons land ondersoek. In die Kommissie se verslag getiteld *Unreasonable Stipulations in Contracts and the Rectification of Contracts* wat gedurende 1998 vrygestel is, word wetgewing aanbeveel wat bevoegdheid aan die houe verleen om vas te stel of die manier waarop 'n ooreenkoms of bepaling tot stand gekom het, of die vorm, inhoud of uitvoering daarvan "unreasonable, unconscionable or oppressive" was (of is) en, indien wel, enige bevel te verleen ten einde die beswaar uit die weg te ruim. As voorbehoud word gestel dat 'n party hom nie kan bekla op grond bloot daarvan dat 'n ooreenkoms of bepaling beswarend teenoor hom of haar is of omdat dit nie 'n wesenlike voordeel vir hom of haar inhou nie of omdat hy of sy moontlik 'n soortgelyke ooreenkoms op meer gunstige terme met 'n ander persoon sou kon sluit nie.

Vir huidige doeleindes is dit voldoende om op slegs twee aspekte van die verslag te wys:²⁰

18 Die aanhaling uit Molengraaf verskyn in Van Huyssteen se *Onbehoorlike Beïnvloeding en Misbruik van Omstandighede in die Suid-Afrikaanse Verbintenistreg*:128.

19 'n Voorbeeld is artikel 6.5.3.1 van die *Nieu Burgerlijk Wetboek*:

1. Een overeenkomst heeft niet alleen door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eischen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiën.
2. Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.'

Vir meer besonderhede sien Hahlo 1981 *SALJ*:70 en die minderheidsuitspraak in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO* 1997 (4) SA 302 (HHA): 326(J) en verder.

20 'n Meer volledige kommentaar verskyn in 2000 *TSAR* 142 ev.

3.1.1 Is wetgewing werklik nodig?

Dit lyk nie of behoorlike aandag aan hierdie vraag gegee is nie. Die Kommissie se verslag word ingelui met 'n paar voorbeelde van onbillike ooreenkomste; maar of dit konkrete gevalle was wat inderdaad voor die howe gekom het en, indien wel, wat daarvan geword het, word nie gesê nie. Omdat geen melding daarvan gemaak word nie, kan ook aanvaar word dat ondersoek nie ingestel is na sosio-ekonomiese faktore wat die voorgestelde wetgewing moontlik kan regverdig nie. Boonop sou mens wou weet waarom dit nie aan die howe oorgelaat moet word om, waar nodig, aanpassings aan die *pacta sunt servanda* beginsel te maak nie. Hieroor bevat die verslag net 'n opmerking van 'n totaal onbekende skrywer²¹ dat wetgewing "is the most viable and expedient" metode omdat

leaving the issue in the hands of the judiciary will prolong the process of reform indefinitely and there is no guarantee that the courts are in favour of elevating good faith.²²

Hierdie verregaande betoog, gepaard met die aanwesigheid van vergelykbare voorsiening in sommige ander stelsels, het die Kommissie blykbaar oortuig. Die verslag wemel van verwysings na wetgewing in vreemde lande (en soms totaal onvergelykbare regstelsels) en die indruk is sterk dat die Kommissie te alle koste wou bewerkstellig dat Suid-Afrika nie uit pas bly nie. Kortom dus: die verslag gaan mank aan enige oortuigende inligting oor die noodsaaklikheid van die wetgewing.

3.1.2 Die verwagte gevolge van die voorgestelde wetgewing

Nadat die Kommissie se voorlopige voorstelle gepubliseer is, was die grootste enkele bron van ongunstige kommentaar die verwagte gebrek aan regsekerheid wat dit sou meebring. In die verslag is die beswaar soos volg beskryf:

The very foundation of contract is to create certainty, to protect the expectations of the parties, to secure to each the bargain made. That is why the idea of contract, based on autonomy and the will and freedom of contract, is the very basis of all commercial and financial dealings and practices, from the simple supermarket purchase to the most involved building contract. If a court is given a review power, it means in practical terms that the court can re-make the contract, relieve one party of his or her obligations wholly or partly — and to that extent frustrate the legitimate expectations of the other party. One would not know, when concluding a contract, whether or not that contract was going to be rewritten by the court, using vague terms such as 'good faith', 'fairness', 'unconscionability, etc.

Die Kommissie het hom nie gesteur aan geregverdigde kritiek soos dië nie. Voorstanders van die gedagte dat die howe met 'n algemene billikheidsdiskresie beklee behoort te word, beweer gewoonlik dat die beswaar van regsonsekerheid

21 Fletcher: 1996 *Responsa Meridiana*:13.

22 Blykbaar was Fletcher ook 'n aanhanger van die goeie trou idee.

oordrewe is. Maar niemand het tot dusver gepoog om die kritiek waarna so pas verwys is, te weerlê nie. Dit ly geen twyfel nie dat die voorgestelde wetgewing sekerheid aangaande die partye se onderlinge regte en verpligtings wesenlik sal ondermyn. Geen kontraktant sal vooraf weet of daar aan sy verwagtings voldoen sal word nie en of bepaling wat (dikwels na lang en taai onderhandelings) doelbewus in 'n ooreenkoms ingevoeg is, staande sal bly nie. Natuurlik moet dit die handelsverkeer raak.²³ En dink maar aan die litigasie wat sal volg. Na die uitspraak in *Sasfin* was die howe juis oorval met 'n stortvloed sake waarin op hoogs twyfelagtige gronde beweer is dat sogenaamde onbillike kontrakbepalings strydig met die openbare belang was. As dit die geval was nadat die appèlhof uitdruklik gemaak het dat 'n verklaring nie ligtelik gemaak sal word dat 'n ooreenkoms of bepaling strydig is met die openbare belang nie, neem dit nie veel verbeelding om die wanorde in die howe voor die gees te roep indien die voorgestelde wetgewing aanvaar word nie. Boonop sal die howe moet worstel met die groot mate van oorfleueling tussen die begrippe “unreasonable”, “unconscionable” en “oppressive”. Waarom die drie terme naas mekaar ingespan word, weet nugter. Maar, selfs al het die Kommissie volstaan met die begrip van onredelikheid, sou die probleem nie opgelos gewees het nie. Een kommentator skryf tereg:

Dergelyk systeem van “redelijkheid en billijkheid” zal mettertijd het einde betekenen van de rechtswetenschap. Voor de dagdaagelijkse rechtspracticus daarentegen openen zich de poorten van een tot voor kort gesloten en zelfs verboden paradijs. Voor die advocaten is geen enkele zaak op voorhand verloren, alles wordt mogelijk daar elk resultaat onvoorspelbaar wordt. Voor de rechters eindigt het “moeilijke” tijdperk van de rationaliteit. Zij stappen binnen in de gelukzalige wereld van de billijkheid ...²⁴

Van dit alles was die Kommissie deeglik bewus en die enigste reaksie in die verslag was dat regsonsekerheid die prys is wat vir billikheid in die kontraktereg betaal moet word! Voorwaar 'n hoë prys vir 'n uiters twyfelagtige voorreg. Lord Mansfield het by geleentheid gesê:²⁵

To be free is to live under a government of law. Miserable is the condition of individuals, dangerous is the condition of the State, if there is no certain law ...

Maar vir die Kommissie skep regsonsekerheid blykbaar geen probleem nie.

23 Asser-Hartkamp 1994 *Verbintenissenrecht II*:34 skryf byvoorbeeld: 'Naarmate de samenleving tot een hogere trap van ontwikkeling opstijgt, zal men niet alleen de behoefte aan een groter aantal soorten contracten zich doen gevoelen maar ook sterker worden de noodzaak, dat men op de nakoming van deze afspraken kan vertrouwen. Zonder dit vertrouwen, zonder de zekerheid dat dergelijke beloften word ingelost, zou geen maatschappij tot economische ontwikkeling kunnen komen. Zou deze zekerheid verdwynen, dan zou het economische verkeer worden ontwricht.'

24 Vuye 1991 *Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht*:346.

25 In *Rex v Shipley* 99 ER 824.

4. Die goeie trou

Op grond van die feit dat alle ooreenkomste in die Suid-Afrikaanse reg as *negotia bonae fidei* behandel word²⁶ en dat die goeie trou die ganse kontraktereg ten grondslag lê, word die opvatting verkondig dat die *pacta sunt servanda* beginsel deur die handhawing van goeie trou tussen kontraktante tot groter billikheid getemper behoort te word. Wesenlik kom dit daarop neer dat die goeie trou as maatstaf moet dien telkens wanneer die afdwingbaarheid van 'n ooreenkoms of 'n besondere bepaling in 'n ooreenkoms ter sprake is, hetsy weens die inherente onbillikheid daarvan teenoor een van die partye of weens die omstandighede waaronder die ooreenkoms aangegaan is of uitgevoer staan te word. Prof CFC van der Walt het reeds gedurende 1986 te velde getrek teen wat hy die indirekte toepassing van die goeie trou begrip noem.²⁷ Volgens hom is regsfigure soos bedrog en vreesaanjaging niks anders nie as uitgekristaliseerde toepassings van die goeie trou en hierdie beginsel behoort regstreeks aangewend te word as 'n algemene maatstaf eerder as om gebruik te maak van 'n beperkte aantal middels wat almal herleibaar is tot die effektiewe uitoefening deur die partye van 'n vrye wil.^{28, 29}

Van der Merwe *et al*³⁰ bepleit ook die aanvaarding van die goeie trou begrip as algemene waarde of beginsel wat aan die meer tegniese reëls van die kontraktereg onderliggend is, maar dit lyk of die skrywers die begrip nie as selfstandige norm nie, maar eerder as komponent van die openbare belang verkies. Regter Olivier het hierdie standpunt ondersteun in sy minderheidsuitspraak in die *Saayman* saak^{31, 32} en (weer in 'n minderheidsuitspraak) in *Brisley v Drotskie*.³³ In *Brisley* het die meerderheid dit egter uitdruklik verwerp en die appèlhof het die verwerping daarvan eenparig bevestig in *Afrox Healthcare Bpk v Strydom*.³⁴ Dit is die huidige stand van die regspraak.

26 Sien bv *Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Hovis* 1980 (1) SA 645 (A); 652(A); *Mutual and Federal Insurance Co Ltd v Oudtshoorn Municipality* 1985 (1) SA 419 (A); 433(B)-(C).

27 Sien Van der Walt 1986 SALJ:650.

28 Sien ook Van der Walt 2000 TSAR:33; Van Loggerenberg 1988 TSAR:407; Farlam en Hathaway: *Contract* (3 ed): 391; Zimmermann en Visser: *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*:214.

29 Dit is natuurlik 'n wanopvatting dat al die spesifieke middels wat tans beskikbaar is, te make het met die effektiewe uitoefening van 'n vrye wil. Daar skort byvoorbeeld niks met die partye se wilsuitoefening waar 'n ooreenkoms of bepaling strydig met die openbare belang bevind word nie. Ewe-eens, soos later sal blyk, is dit verkeerd om te praat van 'n beperkte aantal bestaande middels.

30 *Kontraktereg, Algemene Beginsels* 235-236.

31 1997 (4) SA 302 (HHA); 326(J) en verder.

32 'n *Obiter dictum* in *NBS Boland Bank Ltd v One Berg River Drive CC and Others* 1999 (4) SA 928 (HHA); 937(F)-(G) en die uitspraak in *Mort NO v Henry Shields-Chiat* 2001(1) SA 464 (K); 474(G) en verder neig in dieselfde rigting. Die nuwe benadering is gevolg in *Miller and Another NNO v Dannecker* 2001 (1) SA 928 (K); 938(D)-(F).

33 2002 (4) SA 1 (HHA).

34 2002 (6) SA 21: 40(G) en verder.

'n Opvallende kenmerk van die bydraes wat tot dusver oor die goeie trou gelewer is, is die algehele afwesigheid van enige verwysing na die ou bronne. Dit is egter verstaanbaar omdat, sover die skrywer bewus is, daar nie 'n enkele gesaghebbende skrywer oor die Romeins-Hollandse reg is wat te kenne gee dat dit die howe vrystaan om uitsluitlik op billikheidsgronde met kontraktuele verhoudings in te meng nie. In die Romeinse reg was die *bona fides* aanvanklik ter sprake wanneer dit gegaan het om die nakoming van *negotia bonae fidei*. Visser³⁵ verduidelik:

Th[e] original meaning of “*fides*” can be illustrated with reference to the earliest consensual contract, that of sale The distinctive characteristic of this type of contract was that the contract would come into existence as soon as the parties reached consensus on the essentials of the contract. This entailed that each party had to take the other at his word. Thus, the term “*fides*” acquired a meaning of “trust, “faith” or “reliance”. It is for this reason that a party to a consensual contract was liable *ex fide bona*.

Dit is wel so dat, namate die onderskeiding tussen *negotia stricti iuris* en *negotia bonae fidei* vervaag het, die Romeinse *judices* al hoe meer van geval tot geval kennis geneem het van alles wat hulle uitsprake billikerwys kon beïnvloed³⁶ maar dit is sterk te betwyfel of dit ook die geval in Holland na die resepsie van die Romeinse reg was. Die gesag aangehaal in die meerderheidsuitspraak in *Bank of Lisbon*³⁷ dui juis daarop dat die Hollandse howe billikheidsoorwegings in aanmerking geneem het slegs tot die mate wat dit nie strydig was met bestaande regsreëls nie. Huber en Van der Linden is veral uitgesproke. Huber³⁸ verklaar onomwonde:

17. It is here further to be noted that this Equity, so much is it the foundation of the laws, must be considered universally and not in respect of particular cases ...

18. Some think that the Supreme Courts may base their judgments on this particular equity, while the judges of the Lower Courts ought to adhere closely to the words of the law; but the truth is that neither superior nor inferior judges may depart from the general law for reasons of equity peculiar to this or that case. For all judges, even those from whose decisions there is no appeal, have no higher honour than to be servants of the laws. The laws would be entirely loose and uncertain if judges were allowed to decide in each particular case whether they should be followed or not.

En volgens Van der Linden:³⁹

It must be held as a general rule that the prime glory of a judge is to follow the law in accord with the oath which he has taken and not the

35 1984 SALJ:643.

36 Muirhead: *Introduction to the Private Law of Rome*:286.

37 Aangehaal op 610 in die meerderheidsuitspraak.

38 HR 1.1.17 en 18 volgens Gane se vertaling.

39 Aanhangel tot Voet 1.1.6 (volgens Gane se vertaling).

wild slippery whim of individuals, since judges and jurists ought to look to nothing more carefully than this, that they do not forsake the written law for some headstrong equity (for what seems fair to A seems unfair to B). But on the other hand in doubtful cases, in which the law lays down nothing certain, a judge ought to take the course which is most agreeable to equity.

In *Saayman* kritiseer regter Olivier regter Kotzè se standpunt in *Weinerlein v Goch Buildings Ltd*⁴⁰ dat:

[o]ur common law, based to a great extent on the civil law, contains many an equitable principle; but equity, as distinct from and opposed to the law, does not prevail with us. Equitable principles are only of force in so far as they have become authoritatively incorporated and recognised as rules of positive law

op grond daarvan dat dit 'n statiese en afgeslote regsisteem sou bevorder en vernuwing en aanpassing in die weg sou staan. Dit is egter nie die geval nie. Ons howe het nog nooit teruggedeins van die taak om verouderde beginsels oor boord te gooi ten einde die reg by hedendaagse omstandighede aan te pas nie.⁴¹

'n Verdere kenmerk van die bydraes tot dusver is die gebrek aan omlinying van die *bona fides* begrip as billikheidsmaatstaf. Dit is goed en wel om te verklaar dat alle ooreenkomste tans as *negotia bonae fidei* beskou word. Maar wat beteken dit nou eintlik? Nie een van die moderne kommentatore was tot dusver bereid om hom te waag aan 'n formulering van die begrip vir gebruik in die hedendaagse reg nie. Nie een waarvan die skrywer bewus is, beskou blote onbillikheid as voldoende grond vir inmenging in kontraktuele verhoudings nie: almal skyn 'n bepaalde graad van onbillikheid in gedagte te hê. Maar wat die norm is of behoort te wees word nie uitgestippel nie. Prof van der Walt wys slegs op die bevoegdheid wat die Romeinse *iudices* gehad het om in die lig van al die omstandighede vas te stel of 'n eis gebaseer op 'n *negotium bonae fidei* in 'n besondere geval ontvanklik was; maar hy wil klaarblyklik nie ons hedendaagse regters terugdwing in die rol van Romeinse *iudices* nie.⁴²

Prof Lubbe se stelling⁴³ dat

afgesien van die eis van eerlikheid tussen die partye, *bona fides* vereis dat 'n party, in die nastrewing van eiebelang, 'n mate van erkenning en respek moet toon vir die belange van sy teenparty

bring ook nie groter duidelikheid nie. En so ook nie die klompie uitsprake van regter Jansen waarin die *bona fides* geopper word nie. Hoewel regter Jansen 'n besondere voorliefde gehad het vir die toepassing van die goeie trou, het hy dit in sy uitsprake by algemene opmerkings gelaat en het hy nooit aangedui

40 1925 AD 282: 295. Sien ook *Hassan Khan v Immigration Officer* 1915 CPD 655: 661.

41 Daar sal later aandag aan hierdie aspek geskenk word.

42 Hiervan getuig sy geregverdigde afkeur aan 'n "vae billikheidsmaatstaf" en sy siening dat die ontwikkeling oor 'n tydperk van meer as 1500 jaar in Suid-Afrika verreken moet word. Ongelukkig dui hy nie aan hoe dit moet geskied nie.

43 1990 *Stell LR*: 20.

wat die begrip as billikheidsmaatstaf in die gemenerereg behels het of wat die betekenis daarvan in die moderne reg is nie.⁴⁴ Om eenvoudig te kenne te gee dat alle ooreenkomste tans as *bona fide* beskou word (soos wat regter Jansen dikwels gedoen het) dien op sigself geen doel nie. In die geheel gesien lyk dit asof die skrywers verlang dat die howe eenvoudig die goeie trou begrip as algemene grond vir inmenging in kontraktuele verhoudings moet aanvaar en dan van geval tot geval uitspraak moet gee na gelang van die billikheid van elke bepaalde ooreenkoms. Regter Olivier gee in *Brisley*⁴⁵ toe dat die werking van die *bona fides* nog lank nie volledig verken is nie en dat gestalte slegs oor baie jare in talle uitsprake daaraan gegee moet word. Mens hoef slegs te vra hoe dit, in die afwesigheid van 'n duidelike voorafgeformuleerde norm, stelselmatig kan geskied of hoe dit vermy kan word dat die ganse kontraktereg aan die billikheidsgevoelens van die regters uitgelewer word soos die Regskommissie dit graag wil hê.

Regter Olivier se uiteensetting het egter die voordeel dat dit minstens 'n duidelike formulering van die hedendaagse goeie trou beginsel bevat — of mens nou daarmee saamstem of nie. Saamgevat behels sy opmerkings in *Saayman* en *Brisley* dat die “moderne, uitgebreide regsbeginsele van die *bona fides*” verg dat in elke geval bepaal moet word of 'n ooreenkoms of bepaling volgens gemeenskapsopvattinge “so onredelik, so sosiaal-eties onaanvaarbaar” is dat dit nie afgedwing behoort te word nie. Ter ondersteuning van hierdie opvatting haal hy mildelik uit vreemde regstelsels aan en verwys hy vervolgens na 'n aantal uitsprake van die Suid-Afrikaanse howe waarin, volgens hom, die *bona fides* begrip reeds toegepas is, of waarin die grondliggende beginsele daarvan onder 'n ander naam (byvoorbeeld die openbare belang) aangewend is. Indien dit inderdaad die geval is, dit wil sê indien die howe inderdaad reeds die goeie trou begrip toepas of dit onder 'n ander naam aanwend, wonder mens waaroor die hele debat dan eintlik gaan, waarom daar nou 'n nuwe benadering bepleit word en hoe wesenlik die beweerde gebrek aan substantiewe geregtigheid in die kontraktereg werklik is. Dit egter daar gelaat. Inderwaarheid staaf die Suid-Afrikaanse uitsprake waarop regter Olivier steun nie sy standpunt nie. Eers is daar die beslissings waarin die vereiste van goeie trou uitdruklik genoem word. Die skrywer het reeds daarop gewys dat dit in regter Jansen se uitsprake by algemene stellings gebly het sonder dat die goeie trou uitsluitlik as billikheidsmiddel aangewend is. Dieselfde geld vir die ander sake waarop regter Olivier steun. In *Negebauer & Co Ltd v Hermann*⁴⁶ is wel opgemerk dat

the principle is fundamental that *bona fides* is required from both parties to a contract of sale

44 Dit is moeilik om die indruk te vermy dat regter Jansen geneig was om bestaande regsfigure in die matrys van die goeie trou te dwing. 'n Voorbeeld hiervan is sy uitspraak in die *Tuckers*-saak 1980 (1) SA 645 (A) waarin hy die welbekende verbod op die repudiasie van kontrakverpligtinge tot die toepassing van die goeie trou herlei het.

45 29(B)-(C).

46 1923 AD 564.

maar, word gelet op die feite van die saak, blyk dit heel duidelik dat die opmerking niks met billikheid te make gehad het nie. Die ooreenkoms in geskil kon eenvoudig weens bedrog aan die kant van die 'koper' en 'n gevolglike gebrek aan ware wilsooreenstemming nie staande bly nie. In *Weinerlein v Goch Buildings Ltd*⁴⁷ is die *bona fides* ook genoem maar weereens was billikheid nie ter sprake nie. Wat ter sprake was, was die rektifikasie van 'n skriftelike ooreenkoms en effek is eenvoudig gegee aan die ware bedoeling van die partye. En in *Macduff & Co Ltd (in liquidation) v Johannesburg Consolidated Investment Co Ltd*⁴⁸ is 'n erkende reël van die Romeinse- en Romeins-Hollandse reg toegepas.⁴⁹ In geeneen van hierdie uitsprake is die *bona fides* begrip aangewend ten einde 'n kontraktant op billikheidsgronde van sy verpligtings te onthef nie. Al wat daarvan afgelei kan word, is dat dit van kontraktante verwag word om eerlik en te goeie trou op te tree by die aangaan van 'n ooreenkoms en in die uitvoering van die onderlinge verpligtings wat dit skep. Dat dit so is, betwyfel niemand nie.

Voorts haal regter Olivier 'n aantal uitsprake aan waarin die *bona fides* begrip nie genoem word nie maar die vereiste van billikheid tussen kontraktante wel. Geeneen van hierdie uitsprake kan as voorbeeld dien van die aanwending van die goeie trou om billikheid te bewerkstellig nie.⁵⁰ Boonop moet die uitlatings daarin nie buite verband gelees word nie. In *Benson v SA Mutual Life Assurance Society*⁵¹ is daarop gewys dat die howe soms weier om spesifieke nakoming van ooreenkomste te gelas, onder andere, om onregverdigde resultate te vermy. Maar dit gebeur slegs wanneer die onskuldige party deur die betaling van skadevergoeding in voldoende mate vergoed sal word vir die nie-nakoming van die betrokke verpligting en gevolglik nie in 'n swakker posisie sal verkeer indien spesifieke nakoming geweier word nie. Die weiering doen wesenlik nie afbreuk aan die skuldige se verpligting om te presteer nie; hy word slegs toegelaat om dit in 'n ander vorm te doen. In *Magna Alloys*⁵² word onredelikheid tussen kontraktante ook genoem — hierdie keer in die beperkte konteks van bedinge waardeur die handelsvryheid van kontraktante ingekort word. Dit is volkome duidelik dat dit in sulke gevalle nie om onredelikheid *inter partes* as sodanig gaan nie maar wel om die moontlikheid dat 'n onredelike beperking van die handelsvryheid die openbare belang mag skaad. In hierdie verband is opgemerk:⁵³

Dit is in die openbare belang dat ooreenkomste wat vrylik aangegaan is, nagekom moet word. Dit is egter ook, in die algemeen gesê, in die

47 1925 AD 282.

48 1924 AD 573.

49 Die betrokke reël was boonop gerig op die nakoming van 'n kontrakverpligting (in teenstelling met 'n verskoning vir die nie-nakoming daarvan om billikheidsredes).

50 Die strewe na billikheid in die reg (insluitende die kontraktereg) omvat immers meer as die handhawing van die goeie trou. Sien bv Neels se artikels in 1998 *TSAR*:702, 1999 *TSAR*:256 en 477 en Van Zyl in 1986 *De Jure*:110 en 1988 *SALJ*:272.

51 1986 (1) SA 776 (A).

52 1984 (4) SA 874 (A).

53 897(I)-898(B).

openbare belang dat iedereen hom vir sover moontlik vryelik in die handels- en beroepswêreld moet kan laat geld. Dit kan aanvaar word dat 'n beperking van 'n persoon se handelsvryheid wat onredelik is, **waarskynlik ook die openbare belang sou skaad** indien die betrokke persoon daaraan gebonde gehou sou word.⁵⁴

Dit is die nadeel vir die gemeenskap wat rede bied vir inmenging — nie die onredelikheid van die beperking *inter partes* as sodanig nie.⁵⁵

Dit bring my by regter Olivier se hantering van die openbare belang. Volgens die uitsprake in *Sasfin* en *Botha* is ooreenkomste of bepalinge wat so onbillik teenoor een van die partye is dat dit geklassifiseer kan word as “inimical to the interests of the community” nie afdwingbaar nie. Waarom dit in sulke gevalle gaan, is dus nie die belang van die betrokke individu nie maar die belange van die gemeenskap.⁵⁶ In *Saayman* haal regter Olivier die openbare belang en openbare beleid⁵⁷ op 'n ongewone manier op. Volgens hom⁵⁸

[kan dit] ... tereg gesê word dat die *bona fide*-begrip in die kontraktereg 'n onderdeel van die algemeen-geldende openbare belang-beginsel is. Die *bona fides* word toegepas omdat die openbare belang dit vereis.

Hierdie benadering verg sonder twyfel 'n uitbreiding van die openbare belang soos die begrip tans toegepas word. Wesenlik en in samehang met ander stellings waarna reeds verwys is, beteken dit dat 'n ooreenkoms of bepaling wat volgens gemeenskapsopvattinge so onbillik is dat dit nie afdwinging behoort te word nie, inderdaad onafdwingbaar is omdat dit *ipso facto* die belange van die gemeenskap skaad. So 'n benadering kan nie onderskryf word nie. Of mens dit nou wil weet of nie, plaas dit die klem op die welsyn van die individu en is die verwysing na die openbare belang bloot kosmeties. Soos dit tans toegepas word, is die rol van die openbare belang in die kontraktereg logies en verstaanbaar. Daar bestaan geen rede om dit te vertroebel deur oorwegings wat in der waarheid niks daarmee te make het nie.

5. Slotsom

Die voorstelle van die Regskommissie gemik op die beoordeling van billikheid tussen kontraktante behoort nie aanvaar te word nie; en die aandrag op die gebruik van die *bona fides* begrip as algemene billikheidsmaatregel in die kontraktereg is ewe verwerplik. In *Brisley*⁵⁹ het die meerderheid tereg bevind

54 Beklemtoring bygevoeg.

55 Sien ook *Sasfin* 8(C)-(D); *Botha* 782 (I)-(J); *Standard Bank of South Africa Ltd v Wilkinson* 1993 (3) SA 822, 827(A)-(C).

56 Sien veral die *Wilkinson*-saak 828(B)-(G).

57 Eintlik is die openbare belang en openbare beleid nie afsonderlike begrippe nie. Soos opgemerk is in *Sasfin* 8 (C)-(D): “Agreements which are clearly inimical to the interests of the community ... will accordingly, on the grounds of public policy, not be enforced.”

58 In *Saayman* 322(B)-(E).

59 2002 (4) SA 1 (HHA):13.

dat dit nie 'n onafhanklike basis bied vir die tersydestelling of nie-toepassing van kontraktuele bepalings nie.

Dit word soms aangevoer dat substantiewe geregtigheid tussen kontraktante nie bloot gaan om wat gebeur het voor die bereiking van wilsooreenstemming en om die inherente billikheid van kontraksbepalings as sulks nie, maar ook om wat na die aangaan van 'n ooreenkoms gebeur het en die omstandighede waaronder een van die partye trag om dit af te dwing.⁶⁰ Die howe laat egter relevante gebeure na die aangaan van 'n ooreenkoms nie buite rekening nie. 'n Voorbeeld is die reeks beslissings gebaseer op *Garlick Ltd v Phillips*⁶¹ tot die effek dat 'n kontraksparty wat hom by 'n reeks gebrekkige prestasies deur die ander party berus, nie sonder kennisgewing eensklaps op behoorlike prestasie kan aandrang nie. Ander voorbeelde is legio want daar is niks wat 'n party verhoed om in 'n gepaste geval staat te maak op middels soos estoppel, afstanddoening, *pactum de non petendi*, wysiging deur gedrag en eleksie nie.⁶² En, selfs al sou daar op die een of ander terrein wel 'n leemte bestaan, is dit nog steeds nie nodig om toevlug te soek in 'n onduidelike en moeilik visualiseerbare begrip soos die goeie trou nie.⁶³ Ons reg is soepel genoeg om veranderings, waar nodig, in bestaande reëls te akkommodeer.⁶⁴ Gevolglik, indien die howe van oordeel sou wees dat die *pacta sunt servanda* beginsel verdere aanpassing benodig, is daar niks wat verandering in die weg staan nie. Die bestaande middels gerig op die handhawing van billikheid in die kontraktereg is nie 'n geslote getal nie: net soos onbehoorlike beïnvloeding in *Preller and Others v Jordaen*⁶⁵ deur regsontwikkeling sy verskyning gemaak het as 'n grond waarop 'n ooreenkoms aangeveg kan word, kan ander gebiede ook ontgin word. In hierdie proses (waaraan daar wesenlik geen perke is nie) speel billikheid ongetwyfeld 'n rol.⁶⁶ Billikheid kan egter nooit deurslaggewend of selfs oorheersend wees nie. Jan L Neels, wat 'n reeks artikels geskryf het oor wat hy die blywende korrigerende werking van redelikheid en billikheid noem,⁶⁷ verkondig dat, waar 'n regsreël nie 'n billike resultaat oplewer nie, dit eenvoudig vervang moet word "indien moontlik vir die bepaalde persoon of liggaam".⁶⁸ So 'n siening is klaarblyklik te eng. Neels is verplig om toe te gee dat die hof minstens die voordeel van billikheid teenoor die nadeel van regsonsekerheid in elke bepaalde geval moet opweeg maar sy toegewing gaan nie ver genoeg nie. Afgesien van billikheid en regsekerheid, kom ander faktore, insluitende die

60 Vgl Christie *The law of contract* (3 ed):18 en verder.

61 1949(1) SA 121 (A).

62 Vgl Brisley 12(A)-(C).

63 Farlam & Hathaway:391 beskryf die *bona fides* begrip tereg as "the constantly changing mix of values and policies."

64 *Willis Faber Enthoven (Pty) Ltd v Receiver of Revenue and Another* 1992 (4) SA 202: 220 en sake daar aangehaal.

65 1956 (1) SA 483 (A).

66 *Willis Faber* 1992 (4) SA 202 (A): 221(A)-(B); 223(G)-(H).

67 1998:702; 1999:256 en 477.

68 Dit is nie duidelik wat met die kwalifikasie bedoel word nie.

openbare belang ook ter sprake.⁶⁹ Sou die aanpassing van die *pacta sunt servanda* beginsel dan oorweeg word ten einde onbillike resultate in die kontraktereg te vermy, sal wesenlike vrae wees of daar, in die lig van die manier waarop die reël tans toegepas word, inderdaad 'n werklike behoefte aan verandering bestaan en, indien wel, of daar op so 'n wyse aan die behoefte voldoen kan word dat dit nie tot onregverdigbare mate afbreuk doen aan ander relevante faktore nie. Natuurlik sal in gedagte gehou moet word dat die Suid-Afrikaanse reg tans oorheers word deur die bepalinge en gees van die Grondwet. Die korrekte manier om die Grondwet in die kontraktereg toe te pas mag debateerbaar wees, maar dit ly geen twyfel nie dat kontrakteervryheid as sodanig volkome konstitusioneel is. Bepaalde ooreenkomste mag wel onregverdigbaar inbreuk maak op bepaalde konstitusionele regte of vryhede en om hierdie rede nietig wees; maar in beginsel kan daar geen konstitusionele beswaar wees teen kontrakgebondenheid nie. Al wat bygevoeg hoef te word, is dat die beoordeling van die openbare belang as norm vir die afdwingbaarheid van ooreenkomste uiting ook aan konstitusionele waardes moet gee.

69 *Ongevalle Kommissaris v Santam Bpk* 1999 (1) SA 251 (A): 259(G)-(I). Bell 1985 *Policy Arguments in Judicial Decisions*: 74-75 stel dit so: "Although fairness arguments have an important place within the policy arguments used by the courts, they are not the only considerations involved. This is not to suggest that what the courts do is unfair or immoral or that moral considerations, where available, will not prevail, but simply to state that considerations may be involved in the decisions judges make other than ones drawn from fairness, which would include judgments upon the collective welfare."