

# INTREEREDE

van

**Prof Sarel du Toit**

Die juridiese aard van geld: skuiwende matrikse en paradigmas\*



8 November 2013



Dit begin alles hier →



NORTH-WEST UNIVERSITY  
YUNIBESITHI YA BOKONE-BOPHIRIMA  
NOORDWES-UNIVERSITEIT  
**POTCHEPSTROOMKAMPUS**

## Die juridiese aard van geld: skuiwende matrikse en paradigmas\*

Prof Amanda Lourens, Viserektor: Navorsing en Beplanning

Prof Nicola Smit, Dekaan: Fakulteit Regte

Dames en Here

### Die veranderende betalingslandskap in Suid-Afrika

Een van die groot Suid-Afrikaanse banke het vroeër hierdie week berig dat maandelikse kaartbetalings en verskillende vorme van elektroniese fondsoordragte kontantonttrekkings by OTM'e met R800 miljoen oorskry het.<sup>1</sup> Die Suid-Afrikaanse Reserwebank se Kwartaallikse Bulletin<sup>2</sup> dui ook aan hoe daar van veral tjekbetalings wegbeweeg word en hoe betaling deur middel van elektroniese fondsoordragte besig is om toe te neem. In 2012 is meer as 25 miljoen tjeks geprosesseer teenoor bykans 824 miljoen elektroniese fondsoordragte, wat in waarde meer as twaalf keer soveel as die waarde van betalings per tjek beloop. Die tjek is dus nog nie heeltemal dood nie,<sup>3</sup> maar die afwaartse tendens duur in 2013 voort.

Nietemin – en ek moet vanaand iets oor die wisselreg insluit – soos ek wel nog vir die studente vertel in die enkele sydelingse verwysings na die wisselreg wat steeds deel van die kurrikulum vorm, is die wyse van betaling wat die grootste mate van beskerming bied as 'n mens 'n groot bedrag geld aan iemand wil betaal, die trek van 'n nie-oordraagbare tjek. Daar bestaan reeds 'n sisteem wat die belange van verskillende partye opweeg, sonder die absolute uitsluiting van aanspreeklikheid (of minstens poging tot absolute uitsluiting) wat banke op hulle kliënte afdwing in gevalle van kredietoordragte of kaartbetalings.

---

\* Rede gelewer by die aanvaarding van die amp van Hoogleraar in die Regte aan die Noordwes-Universiteit op Vrydag 8 November 2012. Aspekte van hierdie rede sal later gepubliseer word – in hierdie weergawe van die mondelinge rede word verwysings na gesag beperk.

<sup>1</sup> "Card payments overtake cash: FNB" <http://businesstech.co.za/news/banking/48841/card-payments-overtake-cash-fnb> [4Nov 2013].

<sup>2</sup> *Quarterly Bulletin* (10 Sept 2013) S-13.

<sup>3</sup> Vgl ook Leibbrandt *Why Americans Still Write Cheques: Network Technologies in a World with Borders* (2004).

Maar genoeg oor wissels en tjeks. Vir vanaand se rede is dit eintlik nodig om te vra of dit ook die einde van die kontanter is, soos onder meer die *Economist* op 15 Februarie 2007 op die voorblad gevra het. Die nadele van kontant is goed bekend, en sluit aspekte in soos die koste verbonde aan die vervaardiging en hantering daarvan, moontlike vervalsing en natuurlik ook diefstal.<sup>4</sup> Ons is veral in Suid-Afrika seker nog 'n hele paar jaar van 'n kontantlose samelewing af, maar nuwe vorme van geld en betalingsmetodes stel reeds uitdagings aan die regsraamwerk waarbinne betalings moet plaasvind.

Ek het vyf jaar gelede by die Universiteit van Johannesburg oor die dematerialisasie van geld gepraat, en het probeer om die regsgevolge van die gebruik van munte en note en die dematerialisasie van geld met mekaar in verband te bring. Ek sal probeer om vanaand so min as moontlik te sê oor geld in 'n fisiese gedaante, maar u sal beseef dat dit nie heeltemal moontlik is nie. Die sakereg "beïnvloed ... steeds ons denkpatrone oor geld", "[v]erwysings na kwasivindikatoriese interdikte kom dikwels voor" en howe en skrywers verwys ruimskots na byvoorbeeld 'n rekeninghouer as die eienaar van geld, selfs al is daar nie sprake van geld in die sakeregtelike sin nie.<sup>5</sup>

'n Mens moet ook onderskei tussen geld en 'n betalingsmetode; 'n kredietkaart of tjek is nie geld nie, maar kan gebruik word om betaling te bewerkstellig. Aansluitend hierby, is die laaste uitgangspunt wat in gedagte gehou moet word, dat dit waar is dat die konsep geld van minder belang is as die konsep betaling. Professor Roy Goode het geskryf:

"Accordingly, much of the debate on what constitutes money in law is rather sterile and has few implications for the rights of parties to commercial transactions, where payment by bank transfer is the almost universal method of settlement. ... The crucial question then, is not what constitutes money but what constitutes payment. Any transfer of value in a form according with the express or implied agreement of the parties constitutes payment, whether or not it is money in the legal sense."<sup>6</sup>

Dit is wat my betref heeltemal korrek, maar met konsepte soos elektroniese geld en mobiele geld is dit wel so dat geld as 'n regs-konsep weer in oënskou geneem moet word, soos LJ Perlman ook aandui in 'n uitstekende proefskrif wat handel oor die regs- en

<sup>4</sup> Sien Geva *The Payment Order of Antiquity and the Middle Ages: A Legal History* (2011) 38-39.

<sup>5</sup> Du Toit "Die dematerialisasie van geld: in die skadu van die sakereg" 2009 *TSAR* 1 1-2.

<sup>6</sup> McKendrick *Goode on Commercial Law* 4de uitg (2010) 488.

regulatoriese aspekte rakende mobiele finansiële dienste.<sup>7</sup> Maar uiteindelik is dit nie moontlik om oor die regsraad van geld te praat sonder om ook te verwys na die regsreëls wat betaling beheer nie.

### **Geld in Suid-Afrikaanse wetgewing**

Geld word nie deur Suid-Afrikaanse wetgewing gedefinieer nie.<sup>8</sup> Die Wet op die Suid-Afrikaanse Reserwebank<sup>9</sup> bepaal wel dat alleen die die Reserwebank die bevoegdheid het om munte en note uit te reik, en ook dat die geldeenheid van die Republiek die rand en sent is.<sup>10</sup>

Daar is ook nie besonder baie toepaslike verwysings na geld in Suid-Afrikaanse wetgewing nie, met die uitsondering van verwysings in die *Consumer Protection Act*<sup>11</sup> waarna later verwys sal word. Een voorbeeld is die definisie van 'n wissel in die Wisselwet,<sup>12</sup> waar na die betaling van "'n vasgestelde bedrag geld" verwys word, wat beteken dat betaling, soos Malan met verwysing na Cervantes se *The Adventures of Don Quixote* skryf, nie in muile of iets soortgelyk kan geskied nie.<sup>13</sup> Die Bankwet<sup>14</sup> definieer 'n "deposito" as "'n bedrag geld wat deur een persoon aan 'n ander betaal word, onderworpe aan 'n ooreenkoms ingevolge waarvan ... 'n gelyke bedrag of enige gedeelte daarvan ... terugbetaal sal word ...". Die *Co-Operative Banks Act*<sup>15</sup> verwys terug na die definisie in die Bankwet.

---

<sup>7</sup> Perlman *Legal and Regulatory Aspects of Mobile Financial Services* (Proefskrif Unisa 2012), voltooi onder promotorskap van prof JT Pretorius.

<sup>8</sup> Malan, Pretorius en Du Toit *Malan on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes in South African Law* 5de uitg (2009) 43.

<sup>9</sup> 90 van 1989.

<sup>10</sup> a 14(1) en a 15(1).

<sup>11</sup> 68 van 2008.

<sup>12</sup> 34 van 1964 a 2(1).

<sup>13</sup> Malan, Pretorius en Du Toit 42-43. Daar mag ook nie benewens die betaling van geld, vereis word dat 'n handeling verrig word nie: Wisselwet a 2(2).

<sup>14</sup> 94 van 1990 a 1 sv "deposito" (a).

<sup>15</sup> 40 van 2007 a 1 sv "deposit".

## Van Frederick Mann tot Charles Proctor

FA Mann verwys na 'n rekenmeester in Londen, wat in 1819 gevra is om te verduidelik wat 'n "pond" is, en geantwoord het: "I find it difficult to explain it, but every gentleman in England knows it ...".<sup>16</sup> Net so is dit maar moeilik vir enige regsgeleerde, in teenstelling met 'n ekonoom, om te verstaan wat geld is, hoewel ons moontlik van mening is dat ons geld maklik sal herken.<sup>17</sup>

Mann besluit in 1936 om 'n boek oor die reg van geld in Engels te skryf (en bevind hom in die geselskap van, of word beïnvloed deur bekendes soos Knapp, Wolff en Nussbaum).<sup>18</sup> Dit was seker onvermydelik dat hierdie tipe boek, werklik 'n baanbrekerswerk, vanuit 'n Duitse agtergrond moes verskyn, komende uit 'n tydperk van inflasie en die gepaardgaande regspraak rakende begrippe soos nominalisme. Die eerste uitgawe van dr Mann se merkwaardige boek, *The Legal Aspect of Money*, word in 1938 gepubliseer. In die vyfde uitgawe definieer hy geld soos volg:

"It is suggested that, in law, the quality of money is to be attributed to all chattels which, issued by the authority of law and denominated with reference to a unit of account, are meant to serve as the universal means of exchange in the State of issue."

Wanneer gepraat word oor eienskappe soos dié van 'n rekeneenheid, maatstaf van waarde, en veral die feit dat geld as universele ruilmiddel moet dien, het ons met 'n funksionele benadering te make; soortgelyk aan die wyse waarop 'n ekonoom geld sal beskou – enige iets wat as geld funksioneer, is geld. Volgens die bekende Engelse saak *Moss v Hancock*<sup>19</sup> is geld:

"... that which passes freely from hand to hand throughout the community in final discharge of debts and full payment for commodities, being accepted equally without reference to the character or credit of the person who offers it and without the intention of the person who receives it to consume it or apply it to any other use than in turn to tender it to others in discharge of debts or payment for commodities."

Weer eens is hier 'n sterk funksionele inslag waarneembaar. Vir 'n omskrywing uit die oogpunt van 'n regsgeleerde moet geld nietemin binne een of ander regsraamwerk bestaan.

<sup>16</sup> Proctor *Mann on the Legal Aspect of Money* 7de uitg (2012) 8.

<sup>17</sup> Sien egter die wyse waarop Perlman hfst 3 ekonomiese en regsteorie versoen.

<sup>18</sup> Proctor vii (voorwoord tot die 6de uitg geskryf deur David Mann).

<sup>19</sup> [1899] 2 QB 111 116.

Mann verwys derhalwe na die vereiste van regsgevolg wanneer geld uitgereik word. Die Staatsteorie van Geld (*State Theory of Money*), ontwikkel deur Knapp na wie ek vroeër verwys het, is dus onderliggend aan hierdie omskrywing van geld.<sup>20</sup> Volgens die Staatsteorie kan alleen sake wat deur die regsgevolg van die staat uitgereik word, as geld beskou word, en die nominale waarde word deur die reg bepaal, en nie byvoorbeeld deur die intrinsieke waarde, met verwysing na die samestellende materiaal, nie. Die ontwikkeling van banknote geskied hand aan hand met verhandelbare dokumente, maar vir doeleindes van hierdie rede is die regsgevolg dieselfde as in die geval van munte.<sup>21</sup>

Daar is wel twee ander teorieë van geld waarna verwys moet word: die Samelewingsteorie van Geld (*Societary Theory of Money*), wat in breë trekke bepaal dat handelsgebruik of die vertroue – en vertroue is ’n belangrike konsep in die bankreg soos ook by die regulering van banke – van mense of die samelewing die bevoegdheid het om geld te erken en te kan skep. Dit sluit aan by ’n funksionele benadering, waaraan ’n ekonoom groter voorkeur sal gee. In die geval van Zimbabwe, byvoorbeeld, het die Samelewingsteorie ’n paar jaar gelede, toe die Amerikaanse dollar en Suid-Afrikaanse rand algemeen as geld gebruik is, ’n beduidende rol gespeel.<sup>22</sup>

Die laaste, meer moderne teorie waarna ek net kortliks verwys, is die Institusionele Teorie van Geld (*Institutional Theory of Money*), wat geld uiteindelik beskou as ’n direkte of indirekte eis – oftewel vorderingsreg – teen die sentrale bank. Dit sal ook bankdeposito’s<sup>23</sup> insluit, omdat sodanige deposito’s uiteindelik na banknote omgeskakel kan word, wat ’n direkte eis teen die sentrale bank verteenwoordig.<sup>24</sup> Natuurlik is sulke deposito’s onderworpe aan die risiko dat ’n handelsbank in finansiële moeilikheid kan beland en nie ’n

---

<sup>20</sup>Mann se ondersteuning van die Staatsteorie vloei gedeeltelik uit hoofde van die beginsel van nominalisme: Proctor 16. Sien oor die Staatsteorie Proctor 15-23; Burger “Die regsraad van Suid-Afrikaanse geld” 1990 *SA Merc LJ* 225 231-233.

<sup>21</sup>Suid-Afrikaanse banknote bevat nie meer ’n belofte om te betaal nie – en Malan dui tereg aan dat daar in die Suid-Afrikaanse reg geen nodigheid bestaan om banknote as verhandelbare dokumente te beskou nie: Malan, Pretorius en Du Toit 44; Oelofse “The nature of bank-notes issued by the South African Reserve Bank” 1982 *MB* 90 93-94. Sien ook Proctor 32 vn 135; Geva 505 *et seq.*

<sup>22</sup>Proctor 25. Dokumente soos die “Zimbabwiese toondertjek” lei tot interessante vrae oor of die dokument geld is, of moontlik ’n tjek of ander verhandelbare dokument. Bitcoin beskou hulleself as ’n eksperimentele digitale geldeenheid, ’n virtuele geldeenheid dus, wat nie deur enige sentrale gesag, of staat, gesteun word nie. Sien “Bitcoin” en.wikipedia.org/wiki/Bitcoin [1 Nov 2013]. Dit is dus juis ’n toepassing van die Samelewingsteorie.

<sup>23</sup>Geva 25 en 493 verwys na “commercial-bank money” om dit te onderskei van geld wat deur die sentrale bank gehou word.

<sup>24</sup>Proctor 27.

kliënt sal kan uitbetaal nie, maar die waarde van die geld word deur behoorlike banktoesighouding verseker, en om munte en note onder die matras te bewaar, hou ook risiko's in.<sup>25</sup> Die deposito moet nietemin onmiddellik beskikbaar wees om byvoorbeeld vir betalings gebruik te kan word.<sup>26</sup> Die rol van die sentrale bank is daarom hier van deurslaggewende belang. Ten spyte van Proctor se bedenkinge oor aspekte van dié teorie is ek van mening dat toekomstige ontwikkeling heel moontlik vanuit die uitgangspunt van hierdie teorie sal plaasvind, veral in 'n wêreld van gedematerialiseerde geld.

Maar om terug te keer na Mann se definisie in die vyfde uitgawe van sy boek: die ooglopende fout in die definisie, veral in 2013, is dat daar na "chattels" (sake) verwys word. Dit is deesdae nie meer korrek dat geld net uit munte en note bestaan nie. Proctor pas daarom die definisie aan toe hy die nuwe uitgawe in 2005 behartig. Hy verwys na die "Essential legal characteristics of money", wat die volgende behels:

"(a) it must be expressed by reference to a name and denominated by reference to a unit of account, which in each case, is prescribed by the law of the State concerned; and

(b) the currency unit so prescribed must be intended to serve as the generally<sup>27</sup> accepted measure of value and medium of exchange within the State concerned."

Die verwysing na "chattels" val daarom weg, en geld sluit van toe af ook byvoorbeeld bankdeposito's of bankgeld<sup>28</sup> in, soos dit vanselfsprekend behoort te wees. In die 2012-uitgawe<sup>29</sup> word die omskrywing weer effens aangepas. Daarvolgens is die wesenlike regseienskappe van geld:

"(a) it must be expressed by reference to a name and denominated by reference to a unit of account which, in each case, is prescribed by the law of the State concerned;

(b) the currency unit so prescribed must be intended to serve as the generally accepted measure of value and medium of exchange within the State concerned;

(c) the legal framework for the currency must include a central bank or monetary authority responsible for the issue of the currency, and including the appropriate institutional provisions for its management through the conduct of monetary policy and the oversight of payment systems."

---

<sup>25</sup> Vgl Proctor 32 vn 136.

<sup>26</sup> Sien Proctor 42.

<sup>27</sup> eerder as "universally".

<sup>28</sup> Geva 525.

<sup>29</sup> Proctor 41.

Die laaste byvoeging is met verwysing na die Institusionele Teorie, maar omdat dit steeds die staat is wat 'n sentrale bank moet daarstel – die sentrale bank bestaan binne 'n regsraamwerk – beskou Proctor dit tog uiteindelik as 'n uitvloeisel van die Staatsteorie.<sup>30</sup>

### **Wettige betaalmiddel**

Oor geld bestaan daar min wetgewende leiding. Maar binne hierdie wye definisie van geld omskryf die Wet op die Suid-Afrikaanse Reserwebank<sup>31</sup> dit wat in Suid-Afrika as 'n wettige betaalmiddel beskou word, en dit is 'n baie enger konsep. Alle vorme van 'n wettige betaalmiddel sal geld wees, maar alle geld is nie 'n wettige betaalmiddel nie.<sup>32</sup> Die omskrywing lui:

“(1) 'n Aanbod ... van 'n noot van die Bank ... is 'n wettige aanbod van betaling van 'n bedrag gelykstaande met die bedrag op die noot vermeld.

(2) 'n Aanbod ... van 'n ongeskonde en onbeskadigde munt wat wettig in die Republiek in omloop en van gangbare massa is, is 'n wettige aanbod van betaling van geld-

(a) in die geval van goudmunte, ter vereffening van enige bedrag, en die waarde van elke goudmunt aldus aangebied, is gelyk aan die netto bedrag waarteen die Bank bereid is om daardie goudmunt op die dag van sodanige aanbod daarvan aan te koop; en

(b) in die geval van ander munte, ter vereffening, per individuele transaksie, van 'n totale bedrag van hoogstens-

(i) vyftig rand, waar munte van die denominasie van een rand of hoër aldus aangebied word;

(ii) vyf rand, waar munte van denominasies van tien sent tot en met vyftig sent aldus aangebied word;

(iii) vyftig sent, waar munte van die denominasie van vyf sent of minder aldus aangebied word,

en die waarde van elke munt aldus aangebied, is gelyk aan die bedrag op daardie munt vermeld.”

Wettige betaalmiddele in Suid-Afrika is gevolglik beperk tot fisiese munte en note – 'n skuldeiser kan aandrang om op een van die wyses hier vermeld betaal te word, en 'n

---

<sup>30</sup> Proctor 41 vn 178.

<sup>31</sup> a 17(1)-(2).

<sup>32</sup> Geva 26.



skuldenaar kan daarop aandrang om haar skuld op hierdie wyse te vereffen<sup>33</sup> – met ander woorde deur middel van kontant. Tog skep dit ’n beeld van ’n skuldeiser wat betaling op tegniese gronde probeer vermy, of dit vir die skuldenaar moeilik wil maak.<sup>34</sup> Natuurlik is die definisie argaïes, maar soortgelyke omskrywings kom steeds algemeen voor. Daar sal geredelik afgelei word dat die partye op ’n ander wyse van betaling ooreengekom het, en in die hoogs onwaarskynlike geval dat so ’n geskil voor die hof beland,<sup>35</sup> kan verwys word na die sake waar op betaling per tjek ooreengekom is. Gevolge van hierdie omskrywing van ’n wettige betaalmiddel, met verwysing na gevalle wat soms in die nuusmedia voorkom, is dat ’n handelaar nie kan weier om byvoorbeeld ’n R200-noot – of ’n 5c-munt<sup>36</sup> – te aanvaar nie; net so min soos ek kan aandrang om my tolgeld van R100 met ’n sak vol 5c-munte te betaal. Ook kan ’n handelaar nie weier om in kontant betaal te word nie,<sup>37</sup> al het ’n mens begrip vir die redes onderliggend daaraan. Verder gee die insluiting van goudmunte aanleiding tot verskeie praktiese en ander probleme, wat ek nie vanaand gaan bespreek nie.<sup>38</sup> Goudmunte moet in werklikheid as ’n kommoditeit beskou word.<sup>39</sup>

Van groter belang is of ’n voltooide (en onherroeplike) kredietoordrag ook teenswoordig as ’n wettige betaalmiddel beskou moet word. Ek sou aan die hand doen dat dit wel die geval moet wees. ’n Aanknopingspunt hiervoor word onder meer gevind in *Tenax Steamship Co Ltd v Reinante Transoceania Navegacion SA (The Brimnes)*<sup>40</sup> waar die betekenis van betaling in kontant vertolk word as “any commercially recognised method of transferring funds the results of which is to give the transferee the unconditional right to the immediate use of the funds transferred.” Dit sal ook ’n positiewe ontwikkeling in die Suid-Afrikaanse reg wees.

### **Elektroniese geld en mobiele geld**

Die begrip elektroniese geld of e-geld word deesdae dikwels gebruik, maar het nie noodwendig ’n vaste betekenis nie, en dit word soms gebruik om na elektroniese

<sup>33</sup> Geva 25-26.

<sup>34</sup> Proctor 31.

<sup>35</sup> Volgens Proctor 31 vn 132 is sodanige litigasie “virtually non-existent”.

<sup>36</sup> Sien bv “Is this notice even legal?” *Sunday Times* (2 Jun 2013) 15.

<sup>37</sup> “Is this notice even legal?” *Sunday Times* (2 Jun 2013) 15.

<sup>38</sup> Sien oor die aanvaarding van goue en silwer munte as wettige betaalmiddel in Utah, Proctor 15. Oor Krugerrande, sien Pretorius “The *bona fide* purchaser of a Krugerrand” 2004 *SA Merc LJ* 466.

<sup>39</sup> Proctor 23.

<sup>40</sup> [1973] 1 WLR 386 400.

betalingsmetodes of die elektroniese bankwese in die algemeen te verwys. Verkieslik moet na elektroniese geld verwys word as plaasvervanging van munte en note oftewel fisiese kontant – met ander woorde digitale of elektroniese kontant. Die waarde, of e-geld, word tipies op ’n kaart (of onder meer ’n selfoon) gestoor. Visa se PayWave en Mastercard se PayPass begin in Suid-Afrika op kredietkaarte beskikbaar raak (elders ook op selfone) vir transaksies van minder as R200, en as ’n implementering van “Near Field Communication” (NFC) word ook daarna verwys as “scan-and-go”- of “tap-and-go”-transaksies – sogenaamde “proximity payments”<sup>41</sup> (nabye betalings) in teenstelling met “remote payments”<sup>42</sup> (verwyderde betalings). Die Kode van Bankpraktyk (2012) bevat ’n omskrywing van ’n “Electronic purse” wat bepaal: “Any card or function of a card into which money is prepaid and which can be used for a range of purposes. Some purses may also have an ‘e-cash’ facility for small value transactions, which are not recorded in an audit trail.”<sup>43</sup> Daar is ook ’n waarskuwing vervat: “You should treat your *electronic purse* as cash in a wallet. You may lose any money left in the ‘e-cash’ part of the *electronic purse* at the time it is lost or stolen, in just the same way as if you lost your wallet.”<sup>44</sup> Die skeidslyne tussen geld en betaling (ook met mobiele geld) vervaag in hierdie geval. Wanneer gevra word of daar vandag elektroniese geld in Suid-Afrika bestaan wat kontant kan vervang, is die probleem eenvoudig dat dit nie algemeen aanvaar word nie.

Die antwoord is moontlik te vinde binne die konteks van sogenaamde mobiele geld, waaroor tans baie gepraat en geskryf word. Die diskoers oor mobiele geld vind grotendeels binne die konteks van finansiële insluiting (*financial inclusion*) plaas, en veral ook binne die konteks van geldwassery en die finansiering van terrorisme.<sup>45</sup> Finansiële insluiting word deur Winn<sup>46</sup> aangehaal as:

---

<sup>41</sup> Fonté “Mobile payments in the United States: How disintermediation may affect delivery of payment functions, financial inclusion and anti-money laundering issues” 8 *Wash JL Tech & Arts* 419 (2013) 428.

<sup>42</sup> Fonté 428-429.

<sup>43</sup> a 12 *sv* “Electronic purse”.

<sup>44</sup> a 7.7.

<sup>45</sup> Sien die reeks artikels wat volg op Winn en De Koker “Introducing Mobile Money in Developing Countries: Financial Inclusion and Financial Integrity conference special issue” 8 *Wash JL Tech & Arts* 155 (2013).

<sup>46</sup> Winn “Governance of global mobile money networks: the role of technical standards” 8 *Wash JL Tech & Arts* 197 (2013) 200 wat aanhaal uit Center for Financial Inclusion at ACCION International “Mexico’s Prospects for Full Financial Inclusion” A White Paper from the Financial Inclusion 2020 Project, Draft for Discussion, September 2009 bl 4 <http://centerforfinancialinclusionblog.files.wordpress.com/2011/10/mexicos-prospects-for-full-financial-inclusion-english.pdf> [1 Nov 2013].

“Full financial inclusion is a state in which all people of working age have access to a full suite of quality financial services that includes payment services, savings, credit, and insurance. These services are provided at affordable prices, in a convenient manner, and with dignity for the clients.”

Winn en De Koker skryf dat die begrip “mobiele geld” verwys na “the use of a mobile phone handset to deposit, withdraw or transfer funds”,<sup>47</sup> en verder: “It provides a practical and cost-effective channel to extend basic banking services to many currently unbanked people...”.<sup>48</sup> ’n Voorbeeld daarvan binne die Suid-Afrikaanse konteks is M-Pesa,<sup>49</sup> waardeur geld oorgedra kan word tussen persone wat nie bankrekeninge het nie. Mobiele geld sal beslis onafhanklikheid van kontant verminder.<sup>50</sup> Die term mobiele geld is nietemin ongelukkig, behalwe as daarna verwys word binne die konteks van elektroniese geld soos voorheen bespreek, waar waarde byvoorbeeld op ’n selfoon gestoor word.<sup>51</sup> Verkieslik moet hier verwys word na “mobile banking” of die mobiele bankwese wanneer ’n mens dit wat jy op jou tafelrekenaar gedoen het, nou vanaf ’n tablet of selfoon doen. Verder kan verwys word na mobiele betalings (m-betalings) wanneer die betalingsbevel deur middel van ’n selfoon gestuur word,<sup>52</sup> en sodoende word ’n betaling of oordrag van fondse bloot ’n voorbeeld van ’n kredietoordrag<sup>53</sup> – eerder as om na mobiele geld te verwys.<sup>54</sup> Net soos in die geval van normale kredietoordragte, bestaan onsekerheid oor presies wanneer die betaling voltooi is, of dit omgekeer kan word, en wie bv die skade sou dra indien die SIM-kaart verloor word.<sup>55</sup> Omdat bykans elke persoon ’n selfoon het, is dit die gebied waar die grootste ontwikkeling sal plaasvind, en dit sal waarskynlik uiteindelik ’n wyse bied om kleiner bedrae op informele wyse oor te dra.

---

<sup>47</sup> Sien ook Winn 199: “In this Article, ‘mobile money’ refers to mobile financial services generally. Including mobile payments and mobile banking.”

<sup>48</sup> De Koker en Winn 156.

<sup>49</sup> Sien “How to use M-Pesa” <https://www.vodacom.co.za/personal/main/howtousempesa> [7 Nov 2013].

<sup>50</sup> Alexandre en Eisenhart “Mobile money as an engine for financial inclusion and lynchpin of financial integrity” 8 *Wash JL Tech & Arts* 285 (2013) 288 *et seq.*

<sup>51</sup> Vgl Lawack “Mobile money, financial inclusion and financial integrity: the South African case” 8 *Wash JL Tech & Arts* 317 (2013) 319 (“‘Mobile money’ or ‘m-money’ is a form of electronic money and refers to services that connect consumers financially through mobile phones”); ook 320 vn 5 en 326-327.

<sup>52</sup> Sien Castellani “The role of UNCITRAL texts in promoting a harmonized legal framework for cross-border mobile payments” 8 *Wash JL Tech & Arts* 265 (2013) 266 vn 1; De Almeida “M-Payments in Brazil: Notes on how a country’s background may determine timing and design of a regulatory model” 8 *Wash JL Tech & Arts* 347 (2013) 347 vn 3.

<sup>53</sup> Vgl egter Castellani 272.

<sup>54</sup> Vgl Fonté 422, 425-427 en 432.

<sup>55</sup> Sien Castellani 280-281.

## **Consumer Protection Act 68 van 2008**

Voordat ek afsluit, verwys ek na enkele bepalings in die Verbruikersbeskermingswet, waar 'n mens ook 'n verskuiwing in die raamwerk waarbinne geld gebruik word, vind.<sup>56</sup>

### **Bêrekoop**

Artikel 62(1)(a) van die Wet handel oor bêrekoop ("lay-bys"):

#### **62 Lay-bys**

(1) If a supplier agrees to sell particular goods to a consumer, to accept payment for those goods in periodic instalments, and to hold those goods until the consumer has paid the full price for the goods-

(a) each amount paid by the consumer to the supplier remains the property of the consumer ...

Ons regspraak stel gewoonlik dat die ontvanger van geld wat vermeng het, die eienaar van die geld word.<sup>57</sup> Die *bona fide* verkryger vir waarde van geld word die eienaar van geld.<sup>58</sup> Ook wanneer geld in 'n rekening gedeponeer word, word die bank die eienaar van die geld (as daar hoegenaamd sprake is van munte en note) en die rekeninghouer verkry bloot 'n vorderingsreg teen die bank. In die Wet kan 'n mens egter aanknopingspunte vind, veral met die geval waar *commixtio* sonder toestemming plaasgevind het,<sup>59</sup> of selfs waar mede-eiendomsreg volg indien die vermenging met die toestemming van die partye plaasvind.<sup>60</sup> Tog is dit wat die Wet probeer bereik, seker 'n aanvaarbare resultaat indien sakeregtelike norme nie 'n mens se gedagtegang oorheers nie. Volgens die Wet bly enige bedrag wat die verbruiker betaal het, die "eiendom" van die verbruiker.

<sup>56</sup> in die aard van 'n "ekskursus": vgl Malan *Wisselreg en Tjekreg* (1981) 56 *et seq.*

<sup>57</sup> Du Toit 7 vn 46. Dit is egter 'n vereenvoudiging van die posisie waarby nie hier stilgestaan word nie: sien Du Toit 6-10 vir 'n volledige bespreking.

<sup>58</sup> Voet *Commentarius ad Pandectas* 6 1 8; Du Toit 8.

<sup>59</sup> Du Toit 7 met verwysing onder meer na I 2 1 28 en Voet 41 1 23.

<sup>60</sup> I 2 1 28; D 6 1 5 *pr*; Voet 41 1 23.

## Voorafbetaalde sertifikate, krediete en koopbewyse

Artikel 63 van die Wet handel oor voorafbetaalde sertifikate, krediete en koopbewyse. Daar word onder meer bepaal dat so 'n sertifikaat nie sal verval voor minstens drie jaar verloop het nadat dit uitgereik is nie.<sup>61</sup> Daar is verder bepalings oor die “teenwaarde” wat 'n verbruiker in ruil vir so 'n voorafbetaalde sertifikaat betaal het:

### 63 Prepaid certificates, credits and vouchers

(3) Any consideration<sup>62</sup> paid by a consumer to a supplier in exchange for a prepaid certificate, card, credit, voucher or similar device contemplated in subsection (1) is the property of the bearer<sup>63</sup> of that certificate, card, credit, voucher or similar device to the extent that the supplier has not redeemed it in exchange for goods or services, or future access to services.

Geskenkbewyse as sodanig is natuurlik nie geld nie – in navolging van die Staatsteorie<sup>64</sup> – maar dit is moontlik dat vorms van elektroniese geld wel onder hierdie artikel tuisgebring kan word. Weer eens is dit interessant dat die houer of toonder – begrippe wat verband hou met die Wisselreg – steeds eiendom van die teenwaarde wat betaal is, behou. Artikels 64(1) en 65(2)-(3)<sup>65</sup> van die Wet bevat soortgelyke bepalings.

## Gevolgtrekking en toekomsblik

Aan die einde van 'n ondersoek na die regs aard van geld, staan dit vas dat dit onmoontlik is om 'n begrip soos geld in isolasie te beskou sonder oorweging van die begrip betaling en binne die konteks van die bankreg as geheel. Ek glo dat wetgewing rakende aspekte rondom kredietoordragte<sup>66</sup> nodig is – daar is net te veel onsekerheid oor die terugskryf van kredietoordragte, foutiewe betalings, en die impak van *Nissan v Marnitz*.<sup>67</sup> Tot 'n mate kom dieselfde probleme binne die konteks van mobiele finansiële dienste voor. Verder is betaling

<sup>61</sup> a 63(2)(b).

<sup>62</sup> “Consideration” sluit geld in: a 1 sv “consideration”. Vgl artikel 25 van die Wisselwet, nou herroep (sien Malan, Pretorius en Du Toit 71 vn 19) en Malan, Pretorius en Du Toit 70 *et seq.*

<sup>63</sup> Vgl Wisselwet a 1 sv “houer” en “toonder”.

<sup>64</sup> Proctor 21.

<sup>65</sup> A 65 is nie van toepassing op banke en ander finansiële instellings nie: a 65(1)(a)-(c).

<sup>66</sup> Sien bv Schulze “Smart cards and e-money: new developments bring new problems” 2004 *SA Merc LJ* 703 715; Schulze “E money and electronic fund transfers. A shortlist of some of the unresolved issues” 2004 *SA Merc LJ* 50 57 *et seq.*

<sup>67</sup> *Nissan South Africa (Pty) Ltd v Marnitz NO and others (Stand 186 Aeroport (Pty) Ltd Intervening)* 2005 1 SA 441 (HHA); Du Toit 17-21.

as 'n meersydige regshandeling steeds problematies,<sup>68</sup> ook binne die konteks van mobiele betalings. Moontlik kan die betekenis van 'n wettige betaalmiddel heroorweeg word. Maar veral moet sakeregtelike bande verbreek word, beide in die geval van geld en wettige betaalmiddels. Daar is dus hervorming nodig, en in sommige gevalle sal dit deur wetgewing of regulering moet geskied.

Tog moet 'n mens veral in die handelsreg en die bankreg nie die inherente buigsaamheid van die gemenerereg onderskat nie; die *lex mercatoria* was nog altyd in staat om by veranderende omstandighede aan te pas. En gebruik het nog altyd 'n belangrike rol in die handelsreg en bankreg gespeel; 'n mens sou kon betoog dat nuwe vorme van geld deur gebruik erken kan word, net soos 'n instrument deur gebruik as verhandelbare dokument geklassifiseer kan word.<sup>69</sup> Bankpraktyk en tegnologiese ontwikkelinge<sup>70</sup> moet in oënskou geneem word; maar moontlik is alles nie so nuut soos dit met die eerste oogopslag voorkom nie.<sup>71</sup>

Laastens bestaan daar ook 'n sosiale verantwoordelikheid, en as 'n mens dan nie streng gesproke van 'n reg tot 'n bankrekening wil praat nie, dan minstens van finansiële insluiting; en enige aanpassings in die reg, via wetgewing of die gemenerereg, moet binne hierdie konteks gemaak word.

Ek dank u.

---

<sup>68</sup> Du Toit 15-17.

<sup>69</sup> Malan, Pretorius en Du Toit 6-7, ook vn 47.

<sup>70</sup> Proctor 42.

<sup>71</sup> Geva 641 skryf: "The chances are that the evolving new global and transnational 'law merchant' governing payment transactions will remain anchored in the legal doctrine of Antiquity and the Middle Ages. At the same time, this 'law merchant' will not only advance, but will also become more harmonized. It will thus evolve to accommodate not only emerging new diverse technologies, but also a truly global payment system, shared by all people of this planet."