

**DIE BEGRIPPE OPENBARE BELEID EN OPENBARE
BELANG AS KRITERIUM VIR KONTRAKTUELE
GEREGTIGHEID**

SJ DU PLESSIS

**DIE BEGRIPPE OPENBARE BELEID EN OPENBARE
BELANG AS KRITERIUM VIR KONTRAKTUELE
GEREGTIGHEID**

'n Proefskrif voorgelê ter gedeeltelike nakoming van die vereistes vir die
graad *Doctor Legum* in die Departement Privaatreg aan die
Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys

deur

Stephanus Johannes du Plessis

Promotor: Professor CFC van der Walt

Mei 1999

VOORWOORD

In die eerste plek wil ek my hoogste dank teenoor die HERE betuig vir Sy genade.

Ek wil ook graag die volgende persone hartlik bedank:

my promotor, professor Chris van der Walt;

my familie en vriende;

professor Ig Vorster, Dekaan van die Regsfakulteit, Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys;

die personeel van die Regsfakulteit, Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys;

die personeel van die Ferdinand Postma-biblioteek, Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys;

professor Hein Kötz, sowel as ander personeel van die *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburg, vir bystand gedurende 'n navorsingstydperk in Hamburg vanaf Oktober 1996 tot Desember 1997;

die biblioteekpersoneel van die *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburg.

Ek erken graag met dank die finansiële steun van die:

Deutscher Akademischer Austauschdienst;

Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys;

Sentrum vir Wetenskapsontwikkeling van die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing. Menings wat in hierdie proefskrif uitgespreek is en gevolgtrekkings wat gemaak is, is egter dié van die skrywer en moet nie aan die Sentrum vir Wetenskapsontwikkeling toegeskryf word nie.

INHOUDSOPGAWE

VOORWOORD	i
LYS VAN AFKORTINGS	ix
HOOFSTUK 1 INLEIDING	1
1.1 Probleemstelling	1
1.2 Begripsverduideliking	2
1.3 Wyse van uiteensetting	3
HOOFSTUK 2 DIE BEGRIPPE OPENBARE BELEID EN OPENBARE BELANG AS KRITERIUM VIR KONTRAKTUELE GERECHTIGHEID IN DIE SUID-AFRIKAANSE REGSPRAAK TOT EINDE 1996	5
2.1 Inleiding	5
2.2 Vroeë regspraak	8
2.2.1 Inleiding	8
2.2.2 <i>Eastwood v Shepstone</i>	8
2.2.3 <i>Morrison v Angelo Deep Gold Mines Ltd</i>	10
2.2.4 <i>Wells v South African Alumenite Co</i>	13
2.2.5 <i>Jajbhay v Cassim</i>	14
2.2.6 Gevolgtrekking.....	16

2.3	Regspraak gedurende die tagtigerjare tot voor <i>Sasfin (Pty) Ltd v Beukes</i>	17
2.3.1	Inleiding	17
2.3.2	<i>Rand Bank Ltd v Rubenstein</i>	17
2.3.3	<i>Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis</i>	19
2.3.4	<i>Trust Bank van Afrika Bpk v President Versekeringsmaatskappy Bpk en 'n Ander</i>	24
2.3.5	<i>Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another</i>	25
2.3.6	Gevolgtrekking.....	27
2.4	Regspraak vanaf <i>Sasfin (Pty) Ltd v Beukes</i> tot einde 1996	28
2.4.1	Inleiding	28
2.4.2	<i>Sasfin (Pty) Ltd v Beukes</i>	29
2.4.3	<i>Edouard v Administrator, Natal</i>	36
2.4.4	<i>Botha (now Griessel) and Another v Finanscredit (Pty) Ltd</i>	41
2.4.5	<i>Donnelly v Barclays National Bank Ltd</i>	43
2.4.6	<i>Compass Motors Industries (Pty) Ltd v Callguard (Pty) Ltd</i>	44
2.4.7	<i>Ocean Diners (Pty) Ltd v Golden Hill Construction CC</i>	47
2.4.8	<i>Pangbourne Properties Ltd v Nitor Construction (Pty) Ltd and Others</i>	50
2.4.9	<i>Standard Bank of SA Ltd v Wilkinson</i>	57
2.4.10	<i>Standard Bank Financial Nominees (Pty) Ltd v Bamberger and Others</i>	61
2.4.11	<i>Mufamadi and Others v Dorbyl Finance (Pty) Ltd</i>	64
2.4.12	Gevolgtrekking.....	66
2.5	Gevolgtrekking.....	68

HOOFSTUK 3 'N SISTEMATIESE BENADERING TOT DIE HANTERING VAN DIE BEGRIPPE OPENBARE BELEID EN OPENBARE BELANG AS KRITERIUM IN DIE KONTRAKTEREG..... 75

3.1	Inleiding	75
-----	-----------------	----

3.2 'n Algemene kriterium.....	76
3.3 Die rol van die regter: regterlike regsforming	77
3.4 Sistematiese plek van die openbare beleid en openbare belang in die kontraktereg	82
3.5 Die wese van beoordeling van kontrakte op grond van die openbare beleid en openbare belang	85
3.5.1 Bestaande sistematiserings	86
3.5.2 Inhoud van die openbare beleid en openbare belang.....	90
3.5.3 Problematiese aspekte.....	97
3.5.3.1 Die openbare beleid as oorkoepelende begrip	98
3.5.3.2 Die onderskeid en verband tussen die begrip openbare beleid en die begrip openbare belang.....	99
3.5.3.3 Die onderskeid en verband tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip <i>boni mores</i>	100
3.6 Geoorlooftheid wyer as bloot 'n totstandkomingsvereiste: kontraktuele geregtigheid .	108
3.7 Gevolgtrekking.....	110
HOOFSTUK 4 DIE OPENBARE BELEID EN OPENBARE BELANG EN GOEIE TROU EN ONBILLIKE KONTRAKSBEDINGE.....	115
4.1 Inleiding	115
4.2 Ontwikkelinge aangaande die openbare beleid en openbare belang en billikheid en goeie trou in die kontraktereg.....	116
4.3 Die openbare beleid en openbare belang en goeie trou in die literatuur	123

4.4 Die openbare beleid en openbare belang en goeie trou in <i>Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO</i>	125
4.5 Die belangrikste, mees resente ontwikkelinge aangaande die openbare beleid en openbare belang, goeie trou en onbillike kontraktsbedinge	132
4.5.1 Regspraak: <i>Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO</i>	132
4.5.2 Die Suid-Afrikaanse Regskommissie: <i>Projek 47</i>	133
4.6 Gevolgtrekking.....	137
4.7 Samevatting van riglyne.....	138

HOOFSTUK 5 ALGEMENE BEGRIPPE AS KRITERIA VIR KONTRAK- TUELE GERECHTIGHEID IN 'N AANTAL VREEMDE REGSTELSELS..... 145

5.1 Inleiding	145
5.2 Romaans-Germaanse tradisie	147
5.2.1 Duitse reg.....	147
5.2.1.1 Inleiding.....	147
5.2.1.2 Oriëntering: <i>Grundgesetz</i> en die <i>Generalklauseln</i> en die <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> en <i>Drittwirkung</i>	148
5.2.1.3 Regterlike regsforming	151
5.2.1.4 <i>Gute Sitten (öffentliche Ordnung, ordre public)</i>	152
5.2.1.4.1 Inleiding.....	152
5.2.1.4.2 Inhoud en toepassing	152
5.2.1.4.2.1 Die begrip <i>gute Sitten</i> in <i>BGB</i> §138.....	152
5.2.1.4.2.2 Die gemeenskapsmoraal	153

5.2.1.4.2.3	Sosio-politieke oorweginge.....	155
5.2.1.4.2.4	Opvallende wanverhouding en uitbuiting.....	156
5.2.1.4.2.5	<i>Gute Sitten, öffentliche Ordnung, ordre public, public policy</i>	157
5.2.1.4.2.6	<i>Anstandsformel</i>	160
5.2.1.4.2.7	<i>Generalklauseln en Fallgruppen</i>	162
5.2.1.5	<i>Treu und Glauben (Verkehrssitte, Zumutbarkeit)</i>	164
5.2.1.5.1	Inleiding.....	164
5.2.1.5.2	Algemeen.....	164
5.2.1.5.3	Inhoud en toepassing.....	165
5.2.1.5.3.1	Die begrip <i>Treu und Glauben</i> in <i>BGB</i> §157 en §242: redelikheid en vertroue en wedersydse inagneming.....	165
5.2.1.5.3.2	Die begrip <i>Zumutbarkeit</i>	168
5.2.1.5.3.3	Die uitdrukking <i>...mit Rücksicht auf die Verkehrssitte</i>	169
5.2.1.5.3.4	'n Waardeoordeel deur die regter.....	170
5.2.1.5.3.5	Die begrip <i>Treu und Glauben</i> 'n regsetiese beginsel.....	171
5.2.1.5.3.6	(Duideliker inhoud deur toepassing in) <i>Fallgruppen</i>	172
5.2.1.6	Moontlike oorvleueling van die toepassingsterreine van die begrippe <i>gute Sitten</i> en <i>Treu und Glauben</i>	172
5.2.1.7	Letterlike betekenis ooreenstemmend met die begrip openbare belang.....	173
5.2.1.8	Gevolgtrekking.....	176
5.2.2	Nederlandse reg.....	178
5.2.2.1	Inleiding.....	178
5.2.2.2	Regterlike regsforming.....	179
5.2.2.3	<i>Goede zeden en openbare orde</i>	181
5.2.2.3.1	Inhoud en toepassing.....	181
5.2.2.3.1.1	Algemeen: strydigheid met die wet, <i>goede zeden</i> of <i>openbare orde</i>	181
5.2.2.3.1.2	Die begrip <i>goede zeden</i>	183
5.2.2.3.1.3	Die begrip <i>openbare orde</i>	184
5.2.2.3.1.4	Onderskeid tussen <i>inhoud</i> en <i>strekking</i> van die regshandeling.....	185

5.2.2.4	<i>Redelijkheid en billijkheid</i>	186
5.2.2.4.1	Inhoud en toepassing	186
5.2.2.4.1.1	Algemeen: die begrip <i>goede trouw</i> en die begrippe <i>redelijkheid</i> en <i>billijkheid</i>	186
5.2.2.4.1.2	Twee begrippe: <i>redelijkheid</i> en <i>billijkheid</i>	188
5.2.2.4.1.3	Wedersydse inagneming van geregverdigde belange, nuwe <i>BW</i> boek 3 artikel 12.....	189
5.2.2.4.1.4	Aanvullende en beperkende werking van die begrippe <i>redelijkheid</i> en <i>billijkheid</i>	190
5.2.2.4.1.5	<i>Redelijkheid</i> en <i>billijkheid</i> as kriterium ten opsigte van onvoorsiene omstandighede.....	192
5.2.2.5	Gevolgtrekking	193
5.3	Anglo-Amerikaanse tradisie	195
5.3.1	Engelse reg.....	195
5.3.1.1	Inleiding.....	195
5.3.1.2	Die begrip <i>public policy</i>	196
5.3.1.2.1	Algemeen.....	196
5.3.1.2.2	Inhoud en toepassing	198
5.3.1.2.2.1	Die begrip <i>public policy</i> wyd en eng.....	198
5.3.1.2.2.2	Omskrywings: Die gemeenskap staan sentraal	199
5.3.1.2.2.3	Die veranderlike aard van <i>public policy</i>	200
5.3.1.2.2.4	"Gemeenskap" (" <i>Community</i> "), "openbare" (" <i>public</i> ").....	200
5.3.1.2.2.5	Terminologie: <i>public policy</i> en <i>public interest</i>	202
5.3.1.2.2.6	Vasstelling van die <i>mores and fundamental assumptions</i> van die gemeenskap .	203
5.3.1.2.2.6.1	Deur wie en hoe?	203
5.3.1.2.2.6.2	Presedente: kategorieë van toepassingsgevalle.....	204
5.3.1.2.2.7	Beperkinge met betrekking tot <i>public policy</i>	207
5.3.1.2.3	Die begrip <i>public policy</i> : 'n ordeningshulpmiddel.....	207

5.3.1.3 Die begrip <i>good faith</i>	208
5.3.1.3.1 'n Leemte in die Engelse reg?	208
5.3.1.3.2 'n Diepgewortelde terughoudendheid in die Engelse reg ten opsigte van die begrip <i>good faith</i> as algemene kriterium	209
5.3.1.4 Gevolgtrekking	211
5.4 Gevolgtrekking	212
HOOFSTUK 6 SLOTBESKOUING	218
ABSTRACT	224
SLEUTELTERME	226
BIBLIOGRAFIE	227
1 Literatuur	227
2 Ander dokumente	245
3 Register van hofsake	246
4 Register van wetgewing	253

LYS VAN AFKORTINGS

§	paragraaf
§§	paragraawe
AC	Appeal Court
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
agv	as gevolg van
American J of Comp L	American Journal of Comparative Law
ar	appèlregter
art	artikel
aw	aangehaalde werk
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
bv	byvoorbeeld
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht: Entscheidung(en)
BW	Burgerlijk Wetboek
C	Case
CLD	Commercial Law Digest
CLP	Current Legal Problems
D	Digesta
ea	en andere
dmv	deur middel van
EC	European Community
EEC	European Economic Community
EEG	Europese Ekonomiese Gemeenskap
EG	Europese Gemeenskap
Eq	Equity
GG	Grundgesetz
Harvard LR	Harvard Law Review
HL	House of Lords
hr	hoofregter
ipv	in plaas van
ivm	in verband met
JuS	Juristische Schulung
Loyola of LA Int and Comp LJ	Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal
LQR	Law Quarterly Review
nl	naamlik
maw	met ander woorde
mbt	met betrekking tot
mbv	met behulp van

MLR	Modern Law Review
New Zealand LJ	New Zealand Law Journal
nr	nommer
par	paragraaf
r	regter
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Resp Mer	Responsa Meridiana
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rn	Randnummer
SA	Suid-Afrikaanse hofverslae
SALJ	South African Law Journal
sg	sogenaamde
Stell LR	Stellenbosch Law Review
tav	ten aansien van
THRHR	Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse reg
tov	ten opsigte van
TRW	Tydskrif vir Regswetenskap
TSAR	Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse reg
uitg	uitgawe
Uniform LR	Uniform Law Review
vgl	vergelyk
Vol	Volume
vn	voetnoot
vne	voetnote
wn	waarnemende
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

HOOFSTUK 1

INLEIDING

1.1 Probleemstelling

In die Suid-Afrikaanse reg word kontrakte en kontraktsbedinge onder andere beoordeel op grond van die openbare beleid en openbare belang. Dikwels word die begrippe "openbare beleid" en "openbare belang" onpresies gebruik. Die gevolg hiervan is 'n mate van regsonsekerheid. Uiteraard is algemene begrippe wat as soepel kriteria in 'n regstelsel funksioneer nuttig, en dit kan selfs as noodsaaklik beskou word. Dit behoort egter so duidelik en sistematies as moontlik te geskied, anders kan dit tot té groot regsonsekerheid lei. Hierby word die rol van die regter op hierdie terrein ten nouste betrek. Met hierdie proefskrif word gepoog om 'n bydrae te lewer tot die sistematisering van die Suid-Afrikaanse kontraktereg in hierdie verband, wat meteen ook 'n bydrae kan lewer tot die vermindering van regsonsekerheid op die onderhawige terrein.¹

Die pasvermelde problematiek aangaande die hantering van die openbare beleid en openbare belang as kriterium by die beoordeling van kontrakte en kontraktsbedinge word in die literatuur benadruk. Inderdaad word van passende beeldspraak gebruik gemaak in hierdie verband. Een van die beste voorbeelde kom weliswaar uit die Engelse reg, maar ter wille van die algemene oogmerk om die problematiek te beklemtoon, kan die

¹ Navorsing vir hierdie proefskrif is afgesluit op 30 Oktober 1998.

kenmerkend skerpsinnige (dog soms versluierende), beeldryke verwysings uit die Engelse reg ook op die Suid-Afrikaanse reg van toepassing gemaak word:²

The attitude of the bench in general towards public policy is one of cautious acceptance of it. They have often repeated Mr. Justice Burrough's metaphor about public policy being an unruly horse. That animal has proved to be a rather obtrusive, not to say blundering, steed in the law reports. It would have been more effective if we had not heard quite so much of it... And at times the horse has looked like even less accommodating animals. Some judges appear to have thought it more like a tiger, and have refused to mount it at all, perhaps because they feared the fate of the young lady of Riga. Others have regarded it like Balaam's ass which would carry its rider nowhere. But none, at any rate at the present day, has looked upon it as a Pegasus that might soar beyond the momentary needs of the community. The doctrine then has had some reluctant adherents, but upon the whole it is accepted, though it may be "a very unstable and dangerous foundation on which to build until made safe by judicial decision."

Ook in die Suid-Afrikaanse literatuur word herhaaldelik benadruk dat die hantering van die openbare beleid en openbare belang as kriterium problematies is.³

Uit die literatuur word dit baie duidelik dat by die beoordeling van kontrakte en kontraktsbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang hierdie begrippe dikwels onpresies gebruik word en dat die gevolg hiervan 'n mate van regsonsekerheid is.

1.2 Begripsverduideliking

Dit mag met die eerste oogopslag vreemd voorkom dat, hoewel twee begrippe naamlik "openbare beleid" en "openbare belang" aan die orde is, die twee begrippe as 'n enkele

² Vgl Winfield 1928 *Harvard LR* 91-92.

³ Vgl in die algemeen Du Plessis en Davis 1984 *SALJ* 89; Reichman-Israelsohn 1985 *SALJ* 516; Lubbe en Murray *Farlam and Hathaway: Contract* 237-242; Lubbe 1990 *Stell LR* 11; Van der Merwe en Lubbe 1991 *Stell LR* 97; Hutchison (red) *Wille's Principles* 431; Cockrell 1992 *SALJ* 61; Van der Walt 1993 *THRHR* 76-79; Cilliers 1994 *JBL* 139.

kriterium bestempel word. Dit is nie 'n oorsig nie. Dit word daardeur verklaar dat die begrippe openbare beleid en openbare belang in die Suid-Afrikaanse kontrakreg dermate met mekaar saamhang dat die raakste beskrywing daarvan op 'n enkele kriterium vir kontraktuele geregtigheid dui.

In hierdie proefskrif word onder "kontraktuele geregtigheid" verstaan die relatiewe balans of ewewig tussen die belange van kontrakspartye.⁴

1.3 Wyse van uiteensetting

Die ondersoek van die problematiek waaroor dit in hierdie proefskrif gaan, val in ses hoofstukke uiteen.

In hoofstuk een word die sentrale problematiek uiteengesit en gekontekstualiseer.

In hoofstuk twee word die Suid-Afrikaanse regspraak tot einde 1996 ontleed. Die breë oogmerke hiermee is om die proses van sistematiesing van die hantering van die openbare beleid en openbare belang te begin, en om spesifiek die aandag te vestig op dit wat as riglyne kan dien met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontrakbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang. Verder word die aandag gevestig op 'n aantal problematiese aspekte wat in die regspraak voorkom. In hoofstuk twee word die regspraak slegs tot einde 1996 ondersoek, aangesien daar in 1997 'n uitspraak met betrekking tot die problematiek gelewer is wat op 'n koersverandering kan dui. Aan die pasvermelde 1997-uitspraak word in hoofstuk vier aandag geskenk.

In hoofstuk drie word perspektiewe vanuit die literatuur op die problematiek ontleed, en word na aanleiding daarvan aandag geskenk aan sistematiesing aangaande die openbare beleid en openbare belang.

⁴ Vgl veral 3.6 en 3.7 hieronder.

In hoofstuk vier word die verband tussen die openbare beleid en openbare belang en goeie trou en onbillike kontraktsbedinge bespreek. Ten aanvang word gewys op die samehang tussen ontwikkelinge aangaande die begrippe openbare beleid en openbare belang, die begrip goeie trou en billikheid in die kontraktereg. Tweedens word in hierdie hoofstuk voorstelle in die literatuur met betrekking tot die gebruik van die begrip goeie trou in die kontraktereg bespreek. Derdens word in hierdie hoofstuk die reeds vermelde 1997-uitspraak, wat as een van die belangrikste uitsprake tot dusver in verband met die problematiek beskou kan word, spesifiek met betrekking tot die samehang tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip goeie trou ondersoek. Vierdens word in hierdie hoofstuk aandag geskenk aan die mees resente ontwikkelinge aangaande die begrippe openbare beleid en openbare belang, die begrip goeie trou en onbillike kontraktsbedinge. Laastens word in hierdie hoofstuk 'n samevatting gebied van riglyne met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraktsbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.

In hoofstuk vyf word 'n aantal vreemde regstelsels ondersoek ten einde die moontlikhede daaruit, wat kan bydra tot die korrekte hantering van die problematiek in die Suid-Afrikaanse reg, te kan benut.

In hoofstuk ses word die bevindinge wat in die loop van die ondersoek gemaak is oorweeg en tot 'n voorgestelde benaderingswyse saamgevoeg, aan die hand waarvan die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium hulle regmatige plek in die kontraktereg kan inneem.

HOOFSTUK 2

DIE BEGRIPPE OPENBARE BELEID EN OPENBARE BELANG AS KRITERIUM VIR KONTRAKTUELE GERECHTIGHEID IN DIE SUID-AFRIKAANSE REGSPRAAK TOT EINDE 1996

2.1 Inleiding

In hierdie hoofstuk word 'n aantal van die belangrikste uitsprake tot einde 1996⁵ ontleed waarin die openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid daadwerklik aan die orde gekom het. Die eerste oogmerk met hierdie hoofstuk is om deur benutting van die waardevolle bydraes in hierdie uitsprake die proses van sistematiesing te begin. Die tweede oogmerk is om die aandag te vestig op dit wat as riglyne kan dien met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraksbepoeing op grond van die openbare beleid en openbare belang. Die derde oogmerk met hierdie hoofstuk is om die aandag te vestig op problematiese aspekte soos dit in die regspraak voorkom, ofskoon die uitsprake wat in hierdie hoofstuk ondersoek word juis daardie uitsprake is waardeur oorwegend 'n besonder positiewe bydrae gelewer is ten opsigte van die hantering van die openbare beleid en openbare belang.

Die pasvermelde oogmerke word nagestreef deur daardie uitsprake te ontleed en te bespreek waarin die begrippe openbare beleid en openbare belang daadwerklik aan die

⁵ In hierdie hoofstuk word slegs die regspraak tot einde 1996 ondersoek, aangesien daar in 1997 'n uitspraak met betrekking tot die problematiek gelewer is wat op 'n koersverandering kan dui. Die pasvermelde 1997-uitspraak word in hoofstuk 4 aan die orde gestel.

orde gekom het.⁶ Hierin word in die algemeen gelet op hoe die inhoud van die begrippe openbare beleid en openbare belang telkens in die uitsprake na vore kom en hoe die

⁶ Na my oordeel is daar nie veel uitsprake wat wel 'n daadwerklike bydrae lewer tot die ondersoek na die vaagheid en regsonsekerheid van die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid nie. Die uitsprake wat myns insiens tog 'n daadwerklike bydrae lewer, is uitgesoek om in hierdie hoofstuk geanaliseer te word. Selfs tov hierdie uitsprake kan die kritiek dikwels nie uitbly nie dat daarin nie die nodige aandag geskenk is aan die hantering van die begrippe openbare beleid en openbare belang nie. Daar bestaan heelwat uitsprake op die terrein van die kontraktereg waarin die begrippe openbare beleid en openbare belang slegs genoem word. Na hierdie uitsprake word nie in hierdie hoofstuk verwys nie. Daar bestaan ook talle uitsprake op die terrein van die kontraktereg waarin die begrippe openbare beleid en openbare belang weliswaar nie slegs in die verbygaan genoem word nie, maar wat myns insiens tog nie werklik 'n bydrae lewer tot die ondersoek na die mate van vaagheid en regsonsekerheid oor die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid nie. Hierdie uitsprake word ook nie in hierdie hoofstuk geanaliseer nie. Omdat hierdie uitsprake egter nie heeltemal waardeloos in hierdie verband is nie, word vervolgens 'n lys gebied van die sake waarin hierdie uitsprake voorkom: *Law Union and Rock Insurance Co Ltd v Carmichael's Executor* 1917 AD 593; *Kuhn v Karp* 1948 4 SA 825 (T); *Park Gebou-Beleggings en Wynkelders Bpk v Rogers and Hart (Pty) Ltd* 1954 3 SA 109 (T); *Couzyn v Laforce* 1955 2 SA 289 (T); *McDonald v Enslin* 1960 2 SA 314 (O); *Dugas v Kempster Sedgwick (Pty) Ltd* 1961 1 SA 784 (N); *Trans-Africa Credit and Savings Bank Ltd v Union Guarantee and Insurance Co Ltd* 1963 2 SA 92 (C); *Trust Bank of Africa Ltd v Eksteen* 1964 1 SA 74 (N); *SA Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Bpk v Shifren en Andere* 1964 4 SA 760 (A); *SA Wire Co (Pty) Ltd v Durban Wire & Plastics (Pty) Ltd* 1968 2 SA 777 (D); *Diner v Carpet Manufacturing Co of SA Ltd* 1969 2 SA 101 (D); *Ackermann-Göggingen Aktiengesellschaft v Marshing* 1973 4 SA 62 (C); *Super Safes (Pty) Ltd and Others v Voulgarides and Others* 1975 2 SA 783 (W); *Roffey v Catterall, Edwards & Goudré (Pty) Ltd* 1977 4 SA 494 (N); *National Chemsearch (SA) (Pty) Ltd v Borrowman and Another* 1979 3 SA 1092 (T); *Govender v Sona Development Co (Pty) Ltd* 1980 1 SA 602 (D); *Drewtons (Pty) Ltd v Carlie* 1981 4 SA 305 (C); *Portwig v Deputation Street Investments (Pty) Ltd* 1985 1 SA 83 (D); *Oos-Transvaalse Koöperasie Bpk v Heyns* 1986 4 SA 1059 (O); *Videtsky v Liberty Life Insurance* 1990 1 SA 386 (W); *Baart v Malan* 1990 2 SA 862 (E); *De Klerk v Old Mutual Insurance Co Ltd* 1990 3 SA 34 (E); *Sibex Engineering Services (Pty) Ltd v Van Wyk and Another* 1991 2 SA 482 (T); *Ozinsky NO v Lloyd and Others* 1992 3 SA 396 (C); *Meyer v Hessling* 1992 3 SA 851 (NmS); *Basson v Chilwan and Others* 1993 3 SA 742 (A); *First National Bank of Southern Africa Ltd v*

toepassing daarvan gehanteer word. Verder word gepoog om die oorsake en mate van vaagheid en regsonsekerheid vas te stel.

Die inhoud van hierdie hoofstuk is ook daarop gemik om die wyse van hantering van die begrippe openbare beleid en openbare belang in die regspraak duideliker te laat word. Met hierdie doel voor oë word 'n bepaalde perspektief hierop gebied, deurdat die spesifieke formulering wat gebruik is in verband met die hantering van die begrippe openbare beleid en openbare belang deurgaans aan die orde gestel word.

Die uitsprake is chronologies ingedeel. Daar word aan die hand gedoen dat binne die chronologiese indeling onderskei kan word tussen drie periodes van ontwikkeling met betrekking tot die hantering van die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid. Die onderskeid tussen hierdie periodes is uiteraard nie absoluut vasstaande nie. Dit verteenwoordig eerder 'n doelmatigheids-ordening aan die hand van bepaalde tendense. Tot die eerste periode word 'n aantal uitsprake in vroeë sake gereken. Tot die tweede periode word gereken uitsprake gedurende die tagtigerjare tot voor die meerderheidsuitspraak in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes*.⁷ Tot die derde periode word gereken uitsprake na (aanleiding van) die meerderheidsuitspraak in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes*⁸ tot einde 1996.⁹

Bophuthatswana Consumer Affairs Council 1995 2 SA 853 (BGD); *Ex parte Minister of Justice: In re Nedbank Ltd v Abstein Distributors (Pty) Ltd and Others and Donnelly v Barclays National Bank Ltd* 1995 3 SA 1 (A); *Venter and Others v Credit Guarantee Insurance Corporation of Africa Ltd and Another* 1996 3 SA 966 (A); *Pam Golding Franchise Services (Pty) Ltd v Douglas* 1996 4 SA 1217 (D). Vir die mees resente uitsprake in hierdie verband: vgl 4.5.1 (veral ook vn 371) hieronder.

⁷ 1989 1 SA 1 (A).

⁸ 1989 1 SA 1 (A).

⁹ Op die belangrikste ontwikkelinge vanaf 1997 word ingegaan in 4.4 en 4.5 hieronder.

2.2 Vroeë regspraak

2.2.1 Inleiding

Tot die eerste periode van ontwikkeling met betrekking tot die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid word 'n aantal vroeë uitsprake gereken. Uitsprake hieronder behoort tot 'n betreklik vroeë periode in die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse kontrakreg, waartydens nie besonder geraffineerd omgegaan is met die begrippe openbare beleid en openbare belang nie, en waartydens klakkelose oornames uit die Engelse reg opvallend is.

2.2.2 *Eastwood v Shepstone*¹⁰

In hierdie saak was onder andere 'n kontrak ter voorsiening van arbeiders aan die orde. Namens die verweerder is aangevoer dat die kontrak om meerdere redes ongeoorloof ("*illegal*") sou wees.¹¹ Eerstens, aangesien dwangarbeid nie deur die reg erken word nie. In hierdie verband is gesteun op Engelse reg.¹² Tweedens, aangesien die kontrak nie strook met die landsbeleid van Suid-Afrika ("*policy of this country*") nie en spoedig 'n vorm van slawerny sou voortbring. Hiervoor is gesteun op (onder andere) die *Grondwet der Zuid-Afrikaansche Republiek* 2 van 1896, artikel 10.¹³ In sy oorweging of die kontrak inderdaad gehandel het oor dwangarbeid en of so 'n kontrak geldig is, het die hof by

¹⁰ 1902 TS 294.

¹¹ Vgl 296.

¹² Daar word ook verwys na die oornames van Engelse reg in 2.2.3, 2.2.4 en 2.4.3 hieronder. Die vermelding daarvan dien as basis vir die gevolgtrekkings daaroor in 2.2.6 en 2.5 hieronder.

¹³ Vgl 296.

monde van hoofregter Innes (met wie regter Mason saamgestem het) die volgende as basiese uitgangspunt gestel:¹⁴

Now this Court has the power to treat as void and to refuse in any way to recognise contracts and transactions which are against public policy or contrary to good morals.

Die geldigheid (oftewel geoorlooftheid) van die kontrak word dus deur die hof beoordeel aan die hand van die begrip openbare beleid. Dit val op dat die begrip *boni mores* hier in samehang met die begrip openbare beleid gebruik word. Daar word wel tussen die begrippe onderskei, maar die onderskeid word nie verduidelik nie.

Die hof verwys verder ook na die balans wat gehandhaaf moet word tussen oordadige toepassing van die begrip openbare beleid enersyds, en die verwyting van pligsversuim as dit in 'n duidelike geval nie toegepas sou word nie.¹⁵

It is a power not to be hastily or rashly exercised; but when once it is clear that any arrangement is against public policy, the Court would be wanting in its duty if it hesitated to declare such an arrangement void.

Hieruit wil dit voorkom of die hof op die gevaar let dat die begrip openbare beleid vir misbruik vatbaar is indien dit sonder deeglike oorweging gebruik sou word. Dit is 'n belangrike riglyn met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraksbepoeing op grond van die openbare beleid en openbare belang.

In sy toepassing openbaar die hof 'n lofwaardige versienheid waardeur ook die konsekwensies van die kontrak by die beoordeling van die geldigheid (oftewel geoorlooftheid) daarvan in ag geneem word:¹⁶

¹⁴ Op 302.

¹⁵ Vgl 302.

¹⁶ Vgl 302.

What we have to look to is the tendency of the proposed transaction, not its actually proved result. In the present case we are satisfied that not only would the labour contract before us tend to produce forced labour, but that a system of forced labour would be the certain outcome.

Die uitspraak in hierdie saak toon aan op watter vroeë stadium in die Suid-Afrikaanse reg reeds die geldigheid (oftewel geoorloofdheid) van kontraksbepinge aan die hand van die begrip openbare beleid beoordeel is, en watter oorweginge op daardie stadium as belangrik geag is.

2.2.3 *Morrison v Angelo Deep Gold Mines Ltd*¹⁷

Dit het in hierdie saak gehandel oor 'n skadevergoedingseis na aanleiding van beserings deur die appellant opgedoen in 'n mynongeluk. Namens die appellant is aangevoer dat die kontraksbeping ingevolge waarvan die werkgewer se aanspreeklikheid uitgesluit sou word in geval van nalatigheid van 'n werknemer, teen die openbare beleid indruis.¹⁸ Hiervoor is gesteun op Engelse reg.¹⁹ In hierdie verband het hoofregter Innes (met wie regters Mason en Curlewis saamgestem het) daarop gewys dat die openbare beleid as begroning kon dien ten einde die soms strenge werking van die beginsels van kontrakteervryheid en die afdwingbaarheid van kontrakte te temper.²⁰

Now it is a general principle that a man contracting without duress, without fraud, and understanding what he does, may freely waive any of his rights. There are certain exceptions

¹⁷ 1905 TS 775.

¹⁸ Vgl 775-776, 779 en 784.

¹⁹ Vgl 775-776. Daar word ook verwys na die oorname van Engelse reg in 2.2.2 hierbo en in 2.2.4 en 2.4.3 hieronder. Die vermelding daarvan dien as basis vir die gevolgtrekkings daaroor in 2.2.6 en 2.5 hieronder.

²⁰ Op 779.

to that rule, and certainly the law will not recognise any arrangement which is contrary to public policy.

Tog het hy ook gemaan dat die openbare beleid weens die aard daarvan met terughoudendheid en omsigtigheid toegepas behoort te word.²¹

In some cases the operation of the rule is clear; but there are others in which it needs careful application. As was said by an English judge years ago: "Public policy is an unruly horse, and when once you get astride of it you never know where it will carry you." There is much truth in that homely remark; and the doctrine must be applied with great care and circumspection.

In sy toepassing van die begrip openbare beleid het hoofregter Innes die begrip *boni mores* en die welsyn van die staat in verband gebring met die begrip openbare beleid. Dié verband word egter nie duidelik gestel nie.²²

Endeavouring so to apply it, I fail to see that in so far as it relates to the circumstances of this case the contract is against public policy. It is certainly not *contra bonos mores*. It does not tend to infringe any principle necessary for the welfare of the State.

In hierdie samehang het regter Mason (wat nie in sy uitspraak van hoofregter Innes verskil het nie, maar wel 'n paar eie perspektiewe wou bied)²³ sy mening gegee. Hiervolgens lyk dit of regter Mason van mening was dat die *boni mores* en die openbare beleid in die konteks van die afdwingbaarheid van kontrakte dieselfde kriterium is.²⁴

Now in our law it is a principle that agreements *contra bonos mores* will not be enforced, and that is in reality the same as the English maxim as to contracts against public policy.

²¹ Op 779.

²² Vgl 779.

²³ Vgl 783-786.

²⁴ Vgl 784.

Regter Mason se mening beklemtoon die opvatting dat die begrip openbare beleid nie duidelike kontoere het nie en derhalwe omsigtigheid verg.²⁵

It is a wide-reading and not well-defined principle, and the courts always recognise the difficulties and dangers of the doctrine.

Uit regter Mason se toepassing van die begrip openbare beleid blyk dat hy die inhoud daarvan in verband bring met fundamentele beginsels van geregtigheid of van algemene of statutêre reg, of met die belange van die gemeenskap.²⁶

For this argument to succeed on the ground of public policy it must be shown that the arrangement necessarily contravenes or tends to induce contravention of some fundamental principle of justice or of general or statutory law, or that it is necessarily to the prejudice of the interests of the public.

Hierdie is ook 'n bruikbare riglyn met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraksbepinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.

Uit sowel hoofregter Innes as regter Mason se verwysings na die Engelse reg,²⁷ wil dit voorkom of dit nie ongegrond sou wees om af te lei dat die gebruik van spesifiek die begrip openbare beleid ("*public policy*") as kriterium in die Suid-Afrikaanse kontraktereg primêr²⁸ uit die Engelse reg afkomstig is nie. Veral die volgende uitlating deur hoofregter Innes dui daarop:²⁹

²⁵ Vgl 784.

²⁶ Vgl 784-785.

²⁷ Vgl 779 en 784.

²⁸ Hr Innes verwys ook na die Romeins-Hollandse reg: vgl 779.

²⁹ Vgl 779.

I do not see any reason for saying that it is contrary to public policy; nor can I find that any of the well-known grounds which have been laid down by the English courts, and recognised in South Africa, apply in this case.

Hieruit wil dit inderdaad voorkom of die Suid-Afrikaanse reg in hierdie verband, ten minste aanvanklik, geskoei was op Engelse reg.

2.2.4 *Wells v South African Alumenite Co*³⁰

Nadat hierdie saak op eksepsie in die plaaslike afdeling beslis is, het dit met 'n spesiale vergunning voor die appèlhof gekom.³¹ 'n Eis op grond van 'n koopkontrak was aan die orde. Binne die konteks van 'n dispuut oor die aard van die wanvoorstelling wat deur die verkoopsman van die respondent gemaak sou gewees het, en die effek daarvan op die kontrak, is die begrip openbare beleid gebruik.³² Hoofregter Innes (met wie appèlregters De Villiers, Kotzé, Wessels en waarnemende appèlregter Stratford saamgestem het) het hom uitgespreek oor die eise van die openbare beleid in die gemelde konteks, en het hierin die beginsel van die afdwingbaarheid van kontrakte beklemtoon.³³

No doubt the condition is hard and onerous; but if people sign such conditions they must, in the absence of fraud, be held to them. Public policy so demands.

³⁰ 1927 AD 69.

³¹ Vgl 72.

³² Vgl 71-73.

³³ Op 73.

As grondslag hiervoor is verwys na 'n belangrike en bekende aanhaling uit die Engelse reg met betrekking tot die begrip openbare beleid, waaruit dit blyk dat Engelse reg hier weer eens sonder meer as toepaslik in die Suid-Afrikaanse reg geag word:³⁴

"If there is one 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 and shall be enforced by courts of justice." (Per JESSEL, M.R. in *Printing Registering Co. v Sampson*, L.R. 19 Eq. at p. 465.)³⁵

Hierdie aanhaling beklemtoon sekere oogmerke van die openbare beleid van daardie tyd, naamlik die bevordering van kontrakteervryheid en die afdwingbaarheid van kontrakte. Dit is belangrik om nie uit die oog te verloor nie dat hierdie oogmerke nie noodwendig in die huidige tydvak in dieselfde mate geld nie en derhalwe nie asof vanselfsprekend in die huidige regspraak ondersteun behoort te word nie.

2.2.5 *Jajbhay v Cassim*³⁶

In hierdie saak het hoofregter Stratford (met wie appèlregter De Wet gewoon saamgestem het, en met wie appèlregters Watermeyer, Tindall en Centlivres ook saamgestem het, hoewel elkeen 'n afsonderlike uitspraak gelewer het) in sy uitspraak 'n stelling oor die

³⁴ Op 73. Daar word ook verwys na die oorname van Engelse reg in 2.2.2 en 2.2.3 hierbo, asook in 2.4.3 hieronder. Die vermelding daarvan dien as basis vir die gevolgtrekkings daaroor in 2.2.6 en 2.5 hieronder.

³⁵ Die saak waarna hr Innes hier verwys, dateer uit die jaar 1875.

³⁶ 1939 AD 537.

openbare beleid gemaak, waarop in vele latere uitsprake gesteun is.³⁷ Hoofregter Stratford het egter nie in sy uitspraak op daardie stelling uitgebrei nie. Gevolglik is dit onseker of soveel gewig daaraan toegeken behoort te word as wat somtyds gebeur het. Die uitspraak het onder andere die gevolge van 'n ongeoorloofde ("*illegal*") onderhuurkontrak onder die loep geneem. Die begrip openbare beleid het daarby ter sprake gekom deurdat hoofregter Stratford in die loop van sy beredenering die volgende gesê het:³⁸

I cannot agree with this view, which I think would not so much discourage such transactions but would tend to promote a more reprehensible form of trickery by scoundrels without such honour as even thieves are sometimes supposed to possess, and public policy should properly take into account the doing of simple justice between man and man. (My onderstreping.)

Die stelling in die aangehaalde gedeelte oor die begrip openbare beleid lyk byna na 'n terloopse opmerking. Dit is inderdaad onseker of hoofregter Stratford hierdie stelling werklik as 'n fundamentele stelling oor die begrip openbare beleid bedoel het, en of dit hoegenaamd as 'n fundamentele stelling beskou behoort te word. Tóg (soos reeds vermeld is) is hierdie stelling gedurende later jare in 'n hele aantal belangrike uitsprake met goedkeuring gebruik. 'n Belangrike rede hiervoor is waarskynlik onder andere dat "*simple justice between man and man*" 'n besonder handige uitdrukking is en dat hierdie uitdrukking deur middel van hoofregter Stratford se stelling, waarin die uitdrukking in noue verband met die erkende begrip openbare beleid gebring word, gesag ontvang het.

³⁷ Vgl 2.4.2 hieronder vir die bespreking van die uitspraak in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 1 SA 1 (A). Vgl ook 2.4.4 hieronder vir die bespreking van die uitspraak in *Botha (now Griessel) and Another v Finanscredit (Pty) Ltd* 1989 3 SA 773 (A).

³⁸ Op 543-544.

2.2.6 Gevolgtrekking

Uit die regspraak gedurende hierdie periode wil dit voorkom of die gebruik van spesifiek die begrip openbare beleid (*public policy*) as kriterium vir kontraktuele geregtigheid (aanvanklik) primêr uit die Engelse reg oorgeneem is. Dit wil verder voorkom of Engelse reg gedurende hierdie periode sonder meer toepassing in die Suid-Afrikaanse reg gevind het.³⁹

Reeds op hierdie vroeë stadium van die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse reg is die begrip openbare beleid gebruik as kriterium vir kontraktuele geregtigheid. Die inhoud en toepassing van die begrip openbare beleid was op hierdie stadium egter nie duidelik nie. Tog was 'n voorneme tot die omsigtige gebruik van die begrip bespeurbaar.

Reeds gedurende hierdie periode is dit opmerklik dat die begrip openbare beleid enersyds gebruik is as die begronding vir besluite om die beginsels van kontrakteervryheid en die afdwingbaarheid van kontrakte prakties te temper. Andersyds is die beginsels van kontrakteervryheid en die afdwingbaarheid van kontrakte ook beskou as deel van die doelstellings van die openbare beleid.

Die begrip *boni mores* word gereeld in dieselfde samehang as die begrip openbare beleid gebruik (hoewel as afsonderlike begrip), maar die verband of onderskeid tussen die begrippe word nie deurgaans duidelik gestel nie. Dit wil voorkom of die sterkste mening tot op hierdie stadium ingehou het dat die begrippe openbare beleid en *boni mores* wesenlik dieselfde sou behels.

³⁹ Meer besonderhede oor die benadering in die Engelse reg word in 5.3.1 hieronder gegee.

2.3 Regspraak gedurende die tagtigerjare tot voor *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes*

2.3.1 Inleiding

Tot die tweede periode van ontwikkeling met betrekking tot die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid word uitsprake gedurende die tagtigerjare tot voor die meerderheidsuitspraak in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes*⁴⁰ gereken. Hoewel gedurende hierdie periode meer genuanseerd omgegaan is met die begrippe openbare beleid en openbare belang as gedurende die vorige periode, is verfynde omgang met die begrippe ook gedurende hierdie periode steeds nie werklik kenmerkend nie. Dit val wel op dat die begrippe openbare beleid en openbare belang telkens binne die konteks van sekere ander verbandhoudende begrippe en leerstukke gebruik is.

2.3.2 *Rand Bank Ltd v Rubenstein*⁴¹

In hierdie saak was 'n eis op grond van 'n borgkontrak aan die orde. Regter Botha (as enkelregter) het die verweerder se derde verweer in die alternatief, wat gegrond was op die *exceptio doli generalis*, gehandhaaf.⁴² Regter Botha het dit verwelkom dat hy (toe nog)⁴³ met behulp van die *exceptio doli generalis* aan sy geregtigheidsgevoel uiting kon

⁴⁰ 1989 1 SA 1 (A).

⁴¹ 1981 2 SA 207 (W).

⁴² Vgl 214A-B en 216C-D.

⁴³ In *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another* 1988 3 SA 580 (A) is die *exceptio doli generalis* deur die meerderheid van die hof by monde van ar Joubert dood verklaar en begrawe: vgl veral 607A-B.

gee.⁴⁴ Hy het vervolgens die *exceptio doli generalis* in verband met die begrip openbare beleid gebring, en wel binne die konteks van geregtigheid en billikheid, regterlike diskresie en morele waardeoordele.⁴⁵ Insiggewend is regter Botha se opmerking dat 'n belangrike deel van 'n regter se taak binne hierdie konteks val. Dit behels dat 'n regter dikwels op onsekere terreine morele waardeoordele moet vel sonder die hulp van duidelike riglyne.⁴⁶

A Judge must often, in the exercise of his judicial function, move about in areas of relative uncertainty, where he is called upon to form moral judgments without the assistance of precise guidelines by which to arrive at a conclusion.

Dit is belangrik dat regter Botha dan ook meld dat 'n voorbeeld van so 'n onsekere terrein in die kontraktereg juis die bepaling van strydigheid met die openbare beleid is.⁴⁷

Examples in the field of contracts are the determination of whether a contract is contrary to public policy or *contra bonos mores*.

In aansluiting hierby het regter Botha verwys na die relevansie en noodsaak van breë kriteria vir geregtigheid.⁴⁸

The application of broad considerations of fairness and justice is almost an every-day occurrence in a court of law...

Hierdeur word dit dus duidelik dat die begrip openbare beleid deel vorm van daardie breë en algemene kriteria ter beoordeling van kontrakte, met behulp waarvan regters in die

⁴⁴ Vgl 214G-H.

⁴⁵ Vgl 215B-F.

⁴⁶ Vgl 215E.

⁴⁷ Vgl 215E.

⁴⁸ Vgl 215F.

uitvoering van hulle taak op terreine waar daar onsekerheid bestaan, tot billike bevindings kan kom in die strewe na kontraktuele geregtigheid. Volgens regter Botha behoort regters nie hierdie verantwoordelikheid te ontduik nie, hoe moeilik die uitvoering van hierdie faset van hulle taak ook al mag voorkom.⁴⁹

2.3.3 *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis*⁵⁰

In die uitspraak in hierdie saak is die afdwingbaarheid van bedinge ter beperking van handelsvryheid baie deeglik ondersoek. Met betrekking tot die beoordeling van die afdwingbaarheid van bedinge ter beperking van handelsvryheid speel die begrippe openbare beleid en openbare belang ingevolge die uitspraak 'n sentrale rol. Bepaalde gedeeltes uit die uitspraak van hoofregter Rabie (met wie appèlregters Kotzé, Joubert, Trengove en Van Heerden saamgestem het) bied 'n goeie illustrasie van die hantering van die begrippe openbare beleid en openbare belang in die beoordeling van die afdwingbaarheid van bedinge ter beperking van handelsvryheid. Hoofregter Rabie se spesifieke formulering is van besondere belang.

Uit hoofregter Rabie se uitgangspunt blyk dit dat die begrip openbare belang inderdaad sentraal staan by die beoordeling van die afdwingbaarheid van bedinge ter beperking van handelsvryheid.⁵¹

Beslissings oor die onderwerp toon dat ons Howe al vir baie dekades van die standpunt uitgaan dat dit in die belang van die gemeenskap is dat iedereen vir sover moontlik vry moet wees om hom in die handels- en beroepswêreld te laat geld, en dat 'n onredelike inkorting

⁴⁹ Vgl 215F: "I do not see why a Judge should shirk from performing this kind of task, however difficult it may seem to be."

⁵⁰ 1984 4 SA 874 (A).

⁵¹ Vgl 891C-D.

van hierdie vryheid, of 'n inkorting daarvan wat die openbare belang skaad, nie toegelaat behoort te word nie.

Dit is insiggewend dat die maatstaf van 'n "onredelike" beperking van handelsvryheid in samehang met die begrip openbare belang gebruik word. Hierop word in die verdere bespreking hieronder⁵² gefokus.

As grondslag vir sy uitgangspunt het hoofregter Rabie hom op die gemenerereg beroep:⁵³

Dit is goed bekend dat ons gemene reg nie ooreenkomste veroorloof wat in stryd met die openbare belang is nie. *Voet 2.14.16* sê:

*"Deduci possunt in pactionem negotia quaevis honesta et possibilia, non juri publico contraria, quaeve ad publicam spectarent laesionem."*⁵⁴

Kyk ook *Robinson v Randfontein Estates GM Co Ltd* 1925 AD 173 op 204.

Die belangrike aspek wat hoofregter Rabie vervolgens beklemtoon het, is dat die inhoud van die begrip openbare belang veranderlik van aard is en dat daarom nie uitgegaan kan word van 'n geslote aantal kategorieë van kontrakte wat strydig met die openbare belang is nie.⁵⁵ Derhalwe staan die gebruik van die begrip openbare belang as kriterium in noue verband met die omstandighede van die besondere geval:⁵⁶

Dit sou dus volgens die beginsels van ons reg moontlik wees om te sê dat 'n ooreenkoms wat iemand se handelsvryheid inkort teen die openbare belang is indien die omstandighede van

⁵² Steeds 2.3.3.

⁵³ Vgl 891G.

⁵⁴ "All honourable and possible matters may be made the subject of an agreement, but not those contrary to public law nor those which might redound to the public injury." (Gane se vertaling.)

⁵⁵ Vgl 891G-H.

⁵⁶ Vgl 891H-I.

die betrokke geval sodanig is dat die Hof daarvan oortuig is dat die afdwing van die betrokke ooreenkoms die openbare belang sou skaad.

Hierdie is 'n verdere belangrike riglyn vir die regter met betrekking tot die beoordeling van kontrakte en kontraktsbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.

In sy bespreking van die konsekwensies van die uitgangspunt dat die begrip openbare belang as kriterium gebruik moet word by die beoordeling van die afdwingbaarheid van bedinge ter beperking van handelsvryheid, het hoofregter Rabie helderheid gebring oor 'n daaruit voortvloeiende kwessie waaroor onduidelikheid bestaan het. Hierdie kwessie het te make met die relevansie van die begrip redelikheid in hierdie verband. Hoofregter Rabie het gesê dat die gebruik van die begrip openbare belang as kriterium by die beoordeling van die afdwingbaarheid van bedinge ter beperking van handelsvryheid enersyds meebring dat uitsluitel oor die *redelikheid* van die beperking nie 'n noodsaaklikheid is nie, aangesien juis die begrip openbare belang die kriterium is. Andersyds is uitsluitel oor die *redelikheid* van die beperking geensins irrelevant nie.⁵⁷ Hoofregter Rabie het sy gevolgtrekking soos volg geformuleer:⁵⁸

In die algemeen kan egter aanvaar word, meen ek, 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.

'n *Onredelike* beperking van handelsvryheid sal dus *waarskynlik* strydig met die openbare belang wees. Hiervolgens sal die *onredelikheid* van 'n beperking van handelsvryheid dus *waarskynlik* 'n aanduiding daarvan wees dat die beperking as onafdwingbaar bevind sal word. Dit is nog 'n belangrike riglyn vir die regter met betrekking tot die beoordeling van kontrakte en kontraktsbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.

⁵⁷ Vgl 893B-894C.

⁵⁸ Op 894C-D.

Dit is betekenisvol dat hoofregter Rabie sy teoretiese uiteensetting in hierdie verband nog duideliker gemaak het deur dit met 'n eenvoudige voorbeeld toe te lig. Hierin het hy gefokus op die praktiese belang van die kwessie deur aan die hand van konkrete omstandighede die verhouding tussen redelikheid en die openbare belang in die onderhawige verband aan te toon.⁵⁹

Gestel byvoorbeeld dat A hom beroep op 'n bepaling wat B belet om, nadat hy A se diens verlaat het, vir 'n aantal jare in 'n sekere gebied 'n sekere soort handel te bedryf, en dit dan blyk dat (wat die posisie met die aangaan van die ooreenkoms ook al mag gewees het) A geen praktiese belang daarby het om die beperking in die geheel van die gebied - of vir die geheel van die tydperk - af te dwing nie. In so 'n geval sou die voortsetting van die beperking gedeeltelik onredelik teenoor B wees, en terselfdertyd sou dit ook die belange van die gemeenskap nadelig tref.

Deurdad hoofregter Rabie ook in die formulering van sy uiteindelijke bevinding in die saak die praktiese toespitsing op die tersaaklike feite uiteengesit het en dit gegrond het op sy teoretiese uiteensetting, dra hy daadwerklik by tot helderheid in verband met die gebruik van die begrip openbare belang by die beoordeling van die afdwingbaarheid van bedinge ter beperking van handelsvryheid.⁶⁰

Ek kan, in die lig van die feite van die saak, in die feit dat die publiek vir 'n beperkte tyd in 'n beperkte area die geleentheid ontnem word om 'n sekere soort apparaat (wat, volgens die getuienis, vryelik beskikbaar is) van 'n enkele verkoopsman soos die respondent te koop, geen sodanige benadeling van die publiek sien wat die bevinding kan regverdig dat die afdwing van die beperking teen die openbare belang is nie.

Hoewel dit waarskynlik nie wesenlik is nie, moet hier op 'n problematiese kwessie gewys word. Dit gaan oor die verwisseling van die begrippe openbare beleid en openbare belang met mekaar. In die advokate se betoogshoofde (soos vervat in die verslag van hierdie

⁵⁹ Vgl 894D-E.

⁶⁰ Vgl 904F-G.

saak),⁶¹ asook in die aangehaalde Engelse en Suid-Afrikaanse reg word beide die begrippe openbare beleid ("*public policy*") en openbare belang ("*public interest*") na gelang van die konteks vryelik as omruilbares gebruik. Dit lyk of hoofregter Rabie, wat sy uitspraak in Afrikaans geskryf het, soms hierdie begrippe gewoon verwisselbaar gebruik het, asof hy geen onderskeid tussen hierdie begrippe sien nie, of omdat hy die onderskeid tussen die begrippe as onbelangrik ag vir die doeleindes waarvoor dit gebruik is.⁶²

Dit kan uiteraard wees dat hoofregter Rabie nie op hierdie kwessie gefokus het nie, maar hoofsaaklik op ander kwessies wou konsentreer en dat hy nie soseer die indruk wou geskep het dat daar geen onderskeid tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang is nie. Só 'n redenasie strook egter nie met die verwisselende gebruik van die begrippe openbare beleid en openbare belang in die volgende passasie, waarin hoofregter Rabie die begrip openbare belang gebruik en hy in verband daarmee verwys na regspraak waarin die begrip openbare beleid gebruik word nie:⁶³

In enkele onlangse uitsprake van ons Howe is ook, na my mening tereg, die sienswyse gehuldig dat die vraag van die afdwingbaarheid al dan nie van 'n ooreenkoms wat iemand se handelsvryheid inkort, in die lig van die vereistes van die openbare belang beoordeel moet word. In *National Chemsearch (SA) (Pty) Ltd v Borrowman and Another* 1979 (3) SA 1092 (T) op 1107G, het BOTHA R dit soos volg gestel:

"With regard to agreements in restraint of trade, it seems to me that the Court's concern is to assess the effect of an order enforcing the agreement in the light of the dictates of public policy ..." (My onderstreping.)

Dit lyk dus inderdaad of die verwisseling van die begrippe openbare beleid en openbare belang nie deur hoofregter Rabie as foutief beskou word nie.

⁶¹ Vgl veral 875E-882A.

⁶² Vgl bv 887D-F met 893B-D.

⁶³ Vgl 892F-G.

Afgesien van die verwisselende gebruik van die begrippe openbare beleid en openbare belang, bring hierdie uitspraak groter helderheid met betrekking tot die inhoud en toepassing van spesifiek die begrip openbare belang en bied dit insiggewende perspektiewe in hierdie verband. Veral belangrik is die siening dat die inhoud van die begrip openbare belang afhang van die omstandighede waarin die begrip toegepas word.

2.3.4 *Trust Bank van Afrika Bpk v President Versekeringsmaatskappy Bpk en 'n Ander*⁶⁴

Hierdie saak het gehandel oor 'n eis op grond van 'n versekeringskontrak. Die verweerder het onder andere aangevoer dat die versekeringskontrak nietig sou wees aangesien sekere inligting nie aan die verweerder geopenbaar is nie. In die loop van sy uitspraak het regter Van Zyl (as enkelregter) die bronne van die Suid-Afrikaanse versekeringsreg, asook bepaalde ontwikkelinge aangaande die *uberrima fides*-begrip en die "redelike man"-toets met betrekking tot die wesenlikheid van nie-geopenbaarde inligting, bespreek. In hierdie samehang het hy gesê:⁶⁵

Die vraag kan miskien in hierdie verband opkom of dit nie juis die gemeenskapsopvatting of openbare beleid ("public policy"), in die sin van die gemeenregtelike *boni mores*, is wat 'n nuwe benadering tot lank gevestigde beginsels noop nie.

Dit lyk of regter Van Zyl hier die gemeenskapsopvatting en die openbare beleid aan die *boni mores* gelykstel.

⁶⁴ 1988 1 SA 546 (W).

⁶⁵ Op 552F-G.

2.3.5 *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another*⁶⁶

In hierdie saak het dit gehandel oor die vraag of die *exceptio doli generalis* van toepassing is op geskrewe kontrakte. Appèlregter Joubert, met wie die meerderheid van die hof (naamlik waarnemende hoofregter Rabie en appèlregters Hefer en Grosskopf) saamgestem het, het tot die gevolgtrekking gekom dat die *exceptio doli generalis* nooit deel van die Romeins-Hollandse reg was nie, en ook nie deel van die Suid-Afrikaanse reg is of behoort te wees nie.⁶⁷

In 'n afwykende minderheidsuitspraak was appèlregter Jansen egter van mening dat die *exceptio doli generalis* wel deel van die Suid-Afrikaanse reg is en behoort te wees.⁶⁸ Die begrippe openbare beleid en openbare belang het ter sprake gekom deurdat appèlregter Jansen voorts in sy bespreking van die kritiek dat die aanvaarding van die *exceptio doli generalis* die beginsels van kontrakteervryheid, die afdwingbaarheid van kontrakte en regsekerheid sou aantast, daarop gewys het dat hierdie beginsels geen absolute waardes is nie,⁶⁹ en wel onder andere deur die openbare beleid ("*public policy*") en die openbare belang ("*public interest*") beperk word.⁷⁰ In hierdie samehang het appèlregter Jansen gewys op die verband tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die *boni mores* en die geregtigheidsbewussyn (oftewel "regsgevoel") van die gemeenskap.⁷¹

⁶⁶ 1988 3 SA 580 (A).

⁶⁷ Vgl veral 605I-607B.

⁶⁸ Vgl 611F-618B.

⁶⁹ Vgl 613B.

⁷⁰ Vgl 614H.

⁷¹ Vgl 615B-C.

Not only contracts against public interest or public policy are subject to control by the Court, but also those offending the *boni mores*. In this field reference must be made to the sense of justice ("regsgevoel") of the community...

Dit is insiggewend dat appèlregter Jansen 'n breë verband tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en *boni mores* sien, maar die begrippe tog ook duidelik van mekaar onderskei. Hy onderskryf dus in beginsel ook die onderskeid tussen hierdie begrippe en verwissel nie die begrippe sonder meer nie. Tog verklaar ook hy nie die onderskeid uitdruklik nie.

In direkte aansluiting hierby het appèlregter Jansen vermeld dat die howe dikwels die *boni mores* en die geregtigheidsbewussyn van die gemeenskap as 'n "norm" moet gebruik en dat daar in hierdie samehang in beginsel geen beswaar kan wees teen die gebruik van die *exceptio doli generalis* ter daarstelling van 'n objektiewe maatstaf van billikheid nie.⁷²

Perforce our Courts must in a variety of cases work with the prevailing *mores* and the sense of justice of the community as a norm. In principle there can be no real objection in the case of the *exceptio* to determine an objective standard of *aequitas* along similar lines.

Uiteindelik het appèlregter Jansen die *exceptio doli generalis* en die begrippe openbare beleid, openbare belang, redelikheid en *boni mores* in verband met mekaar gebring, en dit alles in verband met die geregtigheidsbewussyn van die gemeenskap gestel.⁷³

The *exceptio doli generalis* constitutes a substantive defence, based on the sense of justice of the community. As such it is closely related to the defences based on public policy (interest) or *boni mores* (cf *Ismail v Ismail* 1983 (1) SA 1006 (A) at 1025F-1026C). Conceivably they may overlap: to enforce a grossly unreasonable contract may in appropriate circumstances be considered as against public policy or *boni mores*.

⁷² Vgl 615C-D.

⁷³ Vgl 617F-G.

Die stel van die verband tussen hierdie begrippe, asook tussen die funksies van hierdie begrippe is besonder insiggewend. Hierbenewens, met die fokus op die begrippe openbare beleid en openbare belang, is dit belangrik dat appèlregter Jansen die wese van die begrippe openbare beleid en openbare belang in die geregtigheidsbewussyn van die gemeenskap sien. Dit is 'n verdere riglyn met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontrakbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang. In hierdie betekenisvolle passasie werp appèlregter Jansen ook lig op die verband en onderskeid tussen die begrippe openbare beleid en *boni mores*, deurdat hy daarop wys dat oorvleueling tussen hierdie weliswaar verbandhoudende begrippe geensins uit te sluit is nie.

2.3.6 Gevolgtrekking

Gedurende hierdie periode word meer lig as in die vorige periode gewerp op die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid. Dit geskied veral deurdat die begrippe openbare beleid en openbare belang binne bepaalde verbande vermeld word, en wel in verband met geregtigheid, billikheid, redelikheid, regverdigheid, regterlike diskresie, morele waardeoordele, en die *exceptio doli generalis*. In die besonder is die verband tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die geregtigheidsbewussyn van die gemeenskap betekenisvol.

Dit is egter ook so dat die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang terselfdertyd vaag word weens die aanwesigheid van meerdere verbandhoudende begrippe. Om dieselfde rede styg ook die mate van regsonsekerheid soms tot 'n onaanvaarbare vlak.

Verdere lig word in hierdie periode gewerp op die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang deurdat hierdie begrippe uitdruklik en in fyn besonderhede gebruik word op 'n spesifieke toepassingsgebied, naamlik in geval van bedinge ter beperking van handelsvryheid. Veral met betrekking tot die beperking van handelsvryheid is die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare

belang baie noukeuriger uitgewerk, en is 'n belangrike insig bereik dat die inhoud en toepassing van hierdie begrippe hoofsaaklik binne die konteks daargestel deur die omstandighede van 'n betrokke geval duideliker word.

Die gebruik van die begrip *boni mores* in samehang met die begrippe openbare beleid en openbare belang (hoewel as afsonderlike begrip), duur gedurende hierdie periode voort. Dit wil voorkom of die mees uitdruklike mening in hierdie verband (net soos in die vorige periode) die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores* (spesifiek met betrekking tot kontraktuele geregtigheid) tot 'n groot mate gelykstel.

Gedurende hierdie periode is beide die begrippe openbare beleid en openbare belang gebruik as kriterium vir kontraktuele geregtigheid. 'n Probleem wat hieruit voortgevloei het, is dat die begrippe openbare beleid en openbare belang oor die algemeen gedurende hierdie periode onderling met mekaar verwissel word. Dit kom veral voor in die wisseling tussen Afrikaans en Engels.

2.4 Regspraak vanaf *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* tot einde 1996

2.4.1 Inleiding

Tot die derde periode van ontwikkeling met betrekking tot die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid word gereken beslissings na (aanleiding van) die meerderheidsuitspraak in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes*⁷⁴ tot einde 1996.⁷⁵ Die meerderheidsuitspraak in die *Sasfin*-saak kan in 'n sekere sin beskou word as 'n kodifikasie van die hantering van die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid. Gedurende die periode na die *Sasfin*-saak word baie meer verfynd omgegaan met die begrippe openbare beleid en openbare belang as

⁷⁴ 1989 1 SA 1 (A).

⁷⁵ Op die belangrikste ontwikkelinge vanaf 1997 word ingegaan in 4.4 en 4.5 hieronder.

gedurende die voorafgaande periodes. Meer aandag word daaraan geskenk om die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang duideliker te maak. Steeds is die omgang met die begrippe egter nie bo kritiek verhewe nie. Dit val verder op dat die begrippe openbare beleid en openbare belang hoofsaaklik ter sprake kom in verband met sekere kontrakstipes.

2.4.2 *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes*⁷⁶

In hierdie saak is die geldigheid en afdwingbaarheid van 'n sessie-ooreenkoms ondersoek. Namens die respondent is aangevoer dat die sessie-ooreenkoms bedinge bevat wat teen die openbare beleid ("*public policy*") sou indruis.⁷⁷ Ook die uitsprake in hierdie saak toon aan dat terminologiese kwessies, veral as gevolg van onnoukeurige formulering, 'n bron van verwarring kan wees. Derhalwe word in hierdie bespreking weer eens noukeurig gelet op spesifieke formulering.

⁷⁶ 1989 1 SA 1 (A).

⁷⁷ Vgl oa 10C. Uiteindelik het die meerderheid van die hof, by monde van ar Smalberger (met wie ar Jansen en ar Nestadt saamgestem het), op die basis soos hieronder uiteengesit, bevind dat die sessie-ooreenkoms in geheel ongeldig en onafdwingbaar is (vgl uiteindelik 19G). Die meerderheid van die hof het bevind dat die bedinge wat teen die openbare beleid indruis nie skeibaar van die res van die sessie-ooreenkoms is nie (vgl 15I-19G), en dat die sessie-ooreenkoms gevolglik in geheel ongeldig en onafdwingbaar is en nie slegs die bedinge wat teen die openbare beleid indruis nie. In 'n minderheidsuitspraak het ar Van Heerden (met wie wn hr Rabie saamgestem het) tot die gevolgtrekking gekom dat die indruisende bedinge wel skeibaar van die res van die sessie-ooreenkoms is en dat die sessie-ooreenkoms dus nie in geheel as ongeldig en onafdwingbaar aangemerkt behoort te word nie (vgl 26E-34F).

Appèlregter Smalberger (met wie die meerderheid van die hof, naamlik appèlregters Jansen en Nestadt, saamgestem het) het as uitgangspunt vir sy beoordeling van die sessie-ooreenkoms na die gemenerereg verwys:⁷⁸

Our common law does not recognise agreements that are contrary to public policy (*Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis* 1984 (4) SA 874 (A) at 891G).⁷⁹

Dit is waardevol dat appèlregter Smalberger dit op grond hiervan nodig geag het om die gebruik van die begrip openbare beleid ter beoordeling van die geldigheid en afdwingbaarheid van kontrakbedinge indringend te ondersoek. Hierin het hy aan 'n aantal belangrike aspekte aandag geskenk.

Ten opsigte van die inhoud van die begrip openbare *beleid* het appèlregter Smalberger, met verwysing na 'n aantal bronne, tot 'n betekenisvolle gevolgtrekking gekom. Hy het gesê dat die belange van die gemeenskap van uiterste belang is met betrekking tot die begrip openbare beleid.⁸⁰

The interests of the community or the public are therefore of paramount importance in relation to the concept of public policy.

⁷⁸ Op 7I.

⁷⁹ Hier moet daarop gewys word dat dit voorkom of ar Smalberger die begrippe openbare beleid en openbare belang verwissel het. Ar Smalberger gebruik naamlik hier (op 7I) die begrip "public policy" (openbare beleid) en verwys na 'n passasie in *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis* 1984 (4) SA 874 (A) op 891G, wat soos volg lui: "Dit is goed bekend dat ons gemene reg nie ooreenkomste veroorloof wat in stryd met die openbare belang is nie... Omdat opvatting oor wat in die openbare belang is, of wat die openbare belang vereis, nie altyd dieselfde is nie..." (My onderstreping.) Hier word dus nie die begrip "public policy" (openbare beleid) gebruik nie, maar wel die begrip openbare belang ("public interest").

⁸⁰ Vgl 8C.

Hierop het hy voortgebou en verder gestel dat kontrakte wat duidelik strydig met die belange van die gemeenskap is, of hulle nou strydig met die reg of moraal ("*law or morality*") of met sosiale of ekonomiese dienstigheid is, dienooreenkomstig op grond van die openbare beleid nie afdwing sal word nie.⁸¹

Agreements which are clearly inimical to the interests of the community, whether they are contrary to law or morality, or run counter to social or economic expedience, will accordingly, on the grounds of public policy, not be enforced.

Hiervolgens is strydigheid met die reg of moraal of met sosiale of ekonomiese dienstigheid alles aspekte wat op strydigheid met die belange van die gemeenskap dui, en gevolglik ook op strydigheid met die openbare beleid. Dit is 'n belangrike riglyn met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraktsbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.

Die volgende aspek was die indeling van, soos appèlregter Smalberger dit gestel het,⁸² "onoorloofde of onafdwingbare" ("*illegal or unenforceable*") kontrakte. Appèlregter Smalberger het gesê dat hierdie kontrakte oor die algemeen ingedeel word na gelang daarvan of hulle - benewens strydigheid met wetgewing - strydig is met die *boni mores* of met die openbare beleid (let wel: "*public policy*", nie "*public interest*" (openbare belang) nie), en dat sommige skrywers ook nog 'n indeling maak van strydigheid met die gemenegereg.⁸³ Van groot belang is dat appèlregter Smalberger egter tot die gevolgtrekking kom dat hierdie indelings verwisselbaar ("*interchangeable*") is, boonop soms oorvleuel, en uiteindelik bloot nuttig is.⁸⁴ Inderdaad bevraagteken hy die grondslag van die indelings:

⁸¹ Vgl 8C.

⁸² Vgl 8D.

⁸³ Vgl 8D-E.

⁸⁴ Vgl 8E-G.

These classifications may not be of importance in principle, for where a court refuses to enforce a contract it ultimately so decides on the basis of public policy (see *Kuhn v Karp* 1948 (4) SA 825 (T) at 839).⁸⁵

Hiervolgens moet dus nie te veel gemaak word van die indelingsonderskeid tussen kontrakte strydig met die openbare beleid en kontrakte strydig met die *boni mores* nie. Verder is appèlregter Smalberger se konklusie insiggewend dat die afdwingbaarheid van 'n kontrak uiteindelik op grond van die openbare beleid gedoen word ten spyte van die verskillende indelings. Die verskillende indelings kan moontlik, in die lig hiervan, bloot as voorbeelde (of kristalliserings) van die openbare beleid in spesifieke omstandighede aangemerkt word. Dit sou uiteraard goed pas by 'n begrip wat 'n algemene kriterium tot uitdrukking moet bring en sou strook met die insig dat sodanige begrippe noodwendig 'n mate van vaagheid moet vertoon. Juis die feit dat 'n algemene kriterium nie *a priori* finaal omlin kan word nie, verleen daaraan die soepelheid wat onontbeerlik is as kontraktuele geregtigheid aan die hand daarvan in 'n konkrete geval bewerkstellig moet word.

Vervolgens het appèlregter Smalberger die standpunt onderskryf dat, hoewel 'n hof enersyds nooit sy plig mag versuim om in die nodige gevalle 'n kontrak as strydig met die openbare beleid te verklaar nie, 'n hof andersyds hierdie bevoegdheid met omsigtigheid en slegs in duidelike gevalle mag uitoefen ten einde regsonsekerheid te voorkom.⁸⁶

No court should therefore shrink from the duty of declaring a contract contrary to public policy when the occasion so demands. The power to declare contracts contrary to public policy should, however, be exercised sparingly and only in the clearest of cases, lest uncertainty as to the validity of contracts result from an arbitrary and indiscriminate use of the power.

In hierdie verband het appèlregter Smalberger beklemtoon dat 'n hof versigtig moet wees om nie tot die slotsom te kom dat 'n kontrak teen die openbare beleid indruis slegs omdat

⁸⁵ Op 8F-G.

⁸⁶ Vgl 9A-B.

die kontrak (of bepaalde bedinge daarvan) teen 'n regter se persoonlike gevoel van behoorlikheid en regverdigheid indruis nie.⁸⁷ Dit is 'n belangrike riglyn met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontrakbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.

Aangesien die openbare beleid by uitstek 'n begrip van algemene aard is, bestaan nie slegs die gevaar dat dit te geredelik aangewend kan word nie, maar ook dat dit misbruik kan word. Daarom bly dit belangrik om terughoudendheid as uitgangspunt te koester.

Die beginsel van kontraktevryheid het ook in hierdie uitspraak nie onvermeld gebly nie:⁸⁸

In grappling with this often difficult problem it must be borne in mind that public policy generally favours the utmost freedom of contract, and requires that commercial transactions should not be unduly trammelled by restrictions on that freedom.

Hierin tree weer die reeds vermelde⁸⁹ spanningsverhouding na vore wat daarin bestaan dat die openbare beleid in die algemeen kontraktevryheid en die afdwingbaarheid van kontrakte vereis, maar dat daar ook op grond van die openbare beleid met kontrakte ingemeng word ter wille van kontraktuele geregtigheid. Dit is betekenisvol dat appèlregter Smalberger die beginsel van kontraktevryheid in die huidige tydsgewrig so sterk ondersteun.⁹⁰

⁸⁷ Vgl 9B-C.

⁸⁸ Vgl 9E.

⁸⁹ Vgl 2.2.6 hierbo.

⁹⁰ Vgl in hierdie verband 2.5 hieronder.

'n Verdere aspek met betrekking tot die gebruik van die begrip openbare beleid, wat appèlregter Smalberger belangrik genoeg geag het om aan te raak, het hy op die volgende wyse by sy uiteensetting betrek:⁹¹

A further relevant, and not unimportant, consideration is that "public policy should properly take into account the doing of simple justice between man and man" - per Stratford CJ in *Jajbhay v Cassim* 1939 AD 537 at 544.⁹²

Dit wil voorkom of appèlregter Smalberger hierdie stelling oor die begrip openbare beleid slegs in die verbygaan as verdere steun vir sy betoog betrek het. Aangesien appèlregter Smalberger nie verder oor hierdie aspek uitgebrei het nie, is dit nie seker hoe hy die toepassing daarvan in hierdie konteks sien nie.⁹³

Appèlregter Smalberger het dan die sessie-ooreenkoms beoordeel op grond van bostaande uiteensetting rakende die openbare beleid. Dit wil voorkom of hierdie uiteensetting saamgevat kan word in 'n formule wat ook in hierdie uitspraak (soms in verkorte vorm) gebruik is:⁹⁴

...clearly unconscionable and incompatible with the public interest, and therefore contrary to public policy.

⁹¹ Vgl 9G.

⁹² Vgl 2.2.5 hierbo.

⁹³ Mbt die konteks waarin hierdie stelling vir die eerste keer in die Suid-Afrikaanse regspraak gebruik is: vgl 2.2.5 hierbo vir die bespreking van die uitspraak in *Jajbhay v Cassim* 1939 AD 537. Vgl 2.4.4 hieronder vir die bespreking van die uitspraak in *Botha (now Griessel) and Another v Finanscredit (Pty) Ltd* 1989 3 SA 773 (A), waarin ar Hoexter op 783A-B 'n interpreterende opsomming gegee het wat wel hierdie stelling in 'n bepaalde perspektief stel.

⁹⁴ Vgl 13J-14A.

Dit is 'n verdere bruikbare riglyn met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontrakbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang. By die beoordeling van die sessie-ooreenkoms is bevind dat bedinge wat 'n kontraksparty sonder uitkoms uit 'n situasie laat,⁹⁵ of wat 'n buitengewone wye werking het,⁹⁶ of wat die moontlikheid vir oormatige benadeling daarstel,⁹⁷ (in die woorde van die formule) "duidelik gewetenloos en onversoenbaar met die openbare belang is en gevolglik indruis teen die openbare beleid".⁹⁸ Dit val op dat in die toepassing van die begrip openbare beleid ook ander begrippe van algemene strekking gebruik word, wat eweneens verdere inhoudgewing benodig. Dit lyk of dit moeilik is om op hierdie terrein algemene begrippe totaal te vermy.

'n Besonder belangrike bevinding van appèlregter Smalberger is dat bedinge ingevolge waarvan 'n bepaalde sertifikaat as afdoende bewys van die skuld en skuldumfang geag word, teen die openbare beleid indruis.⁹⁹

These clauses purport to oust the Court's jurisdiction to enquire into the validity or accuracy of the certificate, to determine the weight to be attached thereto or to entertain any challenge directed at it other than on the ground of fraud. As such they run counter to public policy (cf *Schierhout v Minister of Justice* 1925 AD 417 at 424).¹⁰⁰

⁹⁵ Vgl 13F-14A.

⁹⁶ Vgl 14B-D en 15D-E.

⁹⁷ Vgl 14D-H.

⁹⁸ Vgl 13F-15E.

⁹⁹ Vgl 14J-15B.

¹⁰⁰ Mbt hierdie tipe beding het die hof in *Ex parte Minister of Justice: In re Nedbank Ltd v Abstein Distributors (Pty) Ltd and Others and Donnelly v Barclays National Bank Ltd* 1995 3 SA 1 (A) by monde van ar MT Steyn (met wie hr Corbett, ar Nestadt, ar Vivier en wn ar Nicholas saamgestem

Die openbare beleid vereis hier dus dat dit vir die hof moontlik moet wees om die sertifikaat te ondersoek.

2.4.3 *Edouard v Administrator, Natal*¹⁰¹

Hierdie saak het gehandel oor 'n skadevergoedingseis op grond van kontrakbreuk. Die begrip openbare beleid het ter sprake gekom deurdat namens die verweerder aangevoer is dat die toestaan van 'n bepaalde deel van die skadevergoedingseis teen die openbare beleid sou indruis.¹⁰² Derhalwe het regter Thirion (as enkelregter) dit nodig geag om die gebruik van die begrip openbare beleid te ondersoek.

Regter Thirion het gesê dat die "beginsel" van die Suid-Afrikaanse reg, naamlik dat kontrakte in stryd met die openbare beleid ("*public policy*")¹⁰³ onafdwingbaar is, uit die Romeinse reg stam.¹⁰⁴ Op grond van 'n aantal passasies uit bronne van die Romeinse en

het) bevind dat hierdie bevinding in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 1 SA 1 (A) korrek deur die hof in *Nedbank Ltd v Abstein Distributors (Pty) Ltd and Others* 1989 3 SA 750 (T) geïnterpreteer is, en wel soos volg (op 22B-D): "The question of law submitted to this Court for determination is, as corrected, therefore, answered as follows: The interpretation of the Court in *Nedbank Ltd v Abstein Distributors (Pty) Ltd and Others* 1989 3 SA 750 (T) of the decision of the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa in the matter of *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 1 SA 1 (A) relating to the validity of a so-called 'conclusive proof clause' in favour of a creditor in an agreement in terms whereof the creditor is to be the author of the certificate of balance issued under such a clause, correctly reflects the law, namely, that such a clause is in itself *contra bonos mores* and therefore void regardless of the context of the agreement in which it finds itself."

¹⁰¹ 1989 2 SA 368 (D).

¹⁰² Vgl 372B-I.

¹⁰³ Lw dat r Thirion die begrip openbare beleid ("*public policy*") gebruik en nie die begrip openbare belang ("*public interest*") nie.

¹⁰⁴ Op 376I.

Romeins-Hollandse reg¹⁰⁵ het hy sekere afleidings gemaak. Eerstens het regter Thirion gemeld dat daar in die pasvermelde passasies geen poging aangewend is om die begrip openbare beleid te definieer nie. Hiermee skyn hy te kenne te gee dat die passasies geen definisies aan hom gebied het waaruit hy inligting in verband met die begrip openbare beleid kon put nie. Hy gee egter moontlik ook hiermee te kenne dat die begrip nie werklik definieerbaar is nie. Tweedens lyk dit of regter Thirion uit die Romeinse en Romeins-Hollandse reg aflei dat 'n belangrike faset van die openbare beleid in die *boni mores* setel. In hierdie verband lyk dit ook of hy aflei dat die inhoud van die *boni mores* die diepgewortelde oortuigings van die gemeenskap in belang van die gemeenskap self behels, met ander woorde tot voordeel van die openbare belang:¹⁰⁶

From the examples which the writers give of conduct or contracts which is branded as being contrary to public policy it is reasonable to infer that when they refer to good morals they have in mind those deepseated convictions held generally by the community in the interest of the welfare of the community.

Derdens lei regter Thirion af dat alhoewel kontrakte strydig met die openbare beleid dikwels besmet is met een of ander verdorwenheid ("*turpitude*"), dit nie noodsaaklik is dat kontrakte die een of ander skandelige ("*disgraceful*") bepaling hoef te bevat of as oogmerk die een of ander morele onbehoorlikheid hoef te hê om as strydig met die openbare beleid bevind te word nie.¹⁰⁷ Dit is 'n bruikbare riglyn met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraksbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.

¹⁰⁵ Vgl 376I-377G.

¹⁰⁶ Vgl 377H-I.

¹⁰⁷ 377I-378A.

Regter Thirion het egter ook perspektiewe uit die Engelse reg gebruik.¹⁰⁸ Spesifiek met betrekking tot die vasstelling van die inhoud van die openbare beleid in 'n besondere geval het regter Thirion met verwysing na 'n Engelsregtelike bron sy mening gelug.¹⁰⁹ Regter Thirion se mening hier is insiggewend. Dit is egter nie heeltemal seker of hy in sy uiteensetting verwys na 'n enkelvoudige benadering tot die vasstelling van die inhoud van die openbare beleid of na 'n saamgestelde benadering nie. Hierop word hieronder teruggekom.

Die Engelsregtelike bron waarna regter Thirion verwys, stel dat die inhoud van die openbare beleid bepaal word aan die hand van presedente sowel as deur *a priori*-afleiding uit breë algemene beginsels.¹¹⁰ Na aanleiding hiervan het regter Thirion sy mening gegee. Aan die een kant kan regter Thirion se mening samevattend gestel word, en dit sou dan dui op 'n enkelvoudige benadering. Dit behels dan dat volgens regter Thirion die inhoud van die openbare beleid bepaal word deur vas te stel watter morele waardes en beleidsoorwegings algemene aanvaarding in die gemeenskap verkry het, asook tot geldende reg ontwikkel het wat boonop duidelik is, en wat 'n balans vind tussen die belange van die individu en die gemeenskap.¹¹¹ Hierin beklemtoon regter Thirion ook dat by die bepaling van die openbare beleid die gevaar van 'n bevinding op grond van 'n persoonlike opinie van 'n individuele regter bekamp moet word.¹¹²

¹⁰⁸ Daar word ook verwys na die oorname van Engelse reg in 2.2.2, 2.2.3 en 2.2.4 hierbo. Die vermelding daarvan dien as basis vir die gevolgtrekkings daaroor in 2.2.6 hierbo en 2.5 hieronder.

¹⁰⁹ Vgl 379C-F.

¹¹⁰ Vgl 379C-D. Vgl Furmston *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (13e uitg) 374. Meer besonderhede oor die benadering in die Engelse reg word in 5.3.1 hieronder gegee.

¹¹¹ Vgl 379D-F.

¹¹² Vgl 379F.

Aan die ander kant kan 'n noukeuriger analise van regter Thirion se uiteensetting met betrekking tot die vasstelling van die inhoud van die openbare beleid dui op 'n saamgestelde benadering, wat moontlik meer na vore bring dit waarop regter Thirion die klem wou plaas. Direk na sy verwysing na die reeds genoemde Engelse reg het regter Thirion begin deur te stel dat bepaalde morele waardes en beleidsoorwegings met verloop van tyd as algemeen aanvaarbaar in die gemeenskap beskou is en dat sekere van hierdie waardes en oorwegings op hulle beurt weer tot regsreëls ontwikkel het.¹¹³

Certain moral values and policy considerations have become generally accepted in the community and some of these have in their turn hardened into rules of law.

Dit wil voorkom of regter Thirion direk hierna verwys het na 'n ander faset van die vasstelling van die openbare beleid deur vervolgens aan te voer dat deur te redeneer vanuit gevestigde beginsels op verbandhoudende terreine en deur 'n balans te vind tussen die mededingende oorwegings, die hof poog om tot 'n bevinding te kom wat regverdig sal wees vir sowel die individu as die gemeenskap. In hierdie proses moet die hof oorweeg watter belange regsgeldig verg om beskerm te word in belang van die kollektiewe welsyn en moet die hof die waarskynlike gevolge van die aanvaarding van 'n openbare beleid-reël evalueer.¹¹⁴

By reasoning from settled principles in related fields and by striking a balance between competing consideration[s] the Court tries to arrive at a result which will be fair to the individual and the community. In the process the Court must consider what interests legitimately require to be protected for the sake of the collective welfare and it must evaluate the probable consequences of adopting a public policy rule.

Direk hierna het regter Thirion waarskynlik weer meer spesifiek na die eerste faset verwys deur te stel dat die hof slegs gemeenskapsopvattinge en -waardes by die beoordeling van gevalle sal toepas indien hierdie gemeenskapsopvattinge en -waardes algemene aanvaar-

¹¹³ Vgl 379D.

¹¹⁴ Vgl 379D-E.

ding in die gemeenskap verkry het, en duidelik is, en indien die toepassing daarvan nodig is in belang van gesonde maatskaplike beleid en van die welsyn van die gemeenskap. Die rede hiervoor sou wees dat enige ander benadering regsbeginsels onderhewig sal stel aan die persoonlike opinies van individuele regters:¹¹⁵

The Court will only apply community attitudes and values in deciding cases if such attitudes and values have gained general acceptance in the community and are clear and if their application is necessary in the interests of sound social policy and the welfare of the community. Any other approach would put legal principle at the mercy of the idiosyncrasies of individual Judges.

Die saamgesteldheid van die benadering kan verduidelik word deur te wys op 'n moontlike onderskeid tussen die eerste faset daarvan waarvolgens gefokus word op duidelike en algemeen aanvaarde gemeenskapsopvattinge en -waardes, en die tweede faset daarvan waarvolgens 'n afweging van die belange van die individu sowel as die gemeenskap moet plaasvind.

Soos hierbo gestel, is dit onseker of regter Thirion werklik bedoel het om 'n saamgestelde benadering te volg. Dit word nietemin aan die hand gedoen dat die interpretasie van regter Thirion se mening as 'n saamgestelde benadering nie in stryd is met die moontlik enkelvoudige benadering nie, en wel meer reg laat geskied aan die Engelsregtelike bron waarop gesteun word. Na aanleiding hiervan word verder aan die hand gedoen dat die vasstelling van die openbare beleid dus 'n kombinasie behels van 'n meer sekere faset, naamlik duidelike en algemeen aanvaarde gemeenskapsopvattinge en -waardes, en 'n minder sekere faset, naamlik die afweging van die belange van die individu sowel as die gemeenskap. Hierin bestaan nog 'n riglyn met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraksbeproe op grond van die openbare beleid en openbare belang.

Dit moet benadruk word dat die interpretasie van die passasie bemoelijk word deur die abstrakte formulering en die gebruik van 'n hele aantal algemene en nou verwante

¹¹⁵ Vgl 379E-F.

begrippe, soos "*moral values*", "*policy considerations*", "*fair*", "*collective welfare*", "*community attitudes and values*", "*sound social policy*" en "*welfare of the community*". Dit beklemtoon een van die problematiese fasette van die onderhawige terrein, naamlik dat die abstrakte teorie soms ver van die konkrete, praktiese toepassing verwyderd is. Uiteraard kan gevra word of dit enigszins moontlik sou wees om die inhoud van byvoorbeeld hierdie passasie duideliker aan te bied deur eenvoudiger en noukeuriger formulering, en of dit nie afbreuk aan die diepgang sou doen nie. Daar kan ook gevra word of dit moontlik is om anders as abstrak, algemeen en teoreties oor die gebruik van die begrip openbare beleid te skryf. Die antwoord lê waarskynlik daarin dat dit byna onvermydelik is om abstrak, algemeen en teoreties te skryf oor die gebruik van die begrip openbare beleid, maar dat groter duidelikheid tog verkry kan word deur noukeurige en konsekwente formulering en toepassing.

2.4.4 *Botha (now Griessel) and Another v Finanscredit (Pty) Ltd*¹¹⁶

In hierdie saak het dit onder andere gehandel oor die afdwingbaarheid van sekere bedinge in borgkontrakte. Hierdie saak is eerstens insiggewend omdat dit 'n goeie voorbeeld bied van wedersyds opponerende argumente met betrekking tot die openbare beleid en die afdwingbaarheid van kontrakbedinge. Hierin is veral verwys na 'n sekere beding 7 met die volgende strekking:¹¹⁷

This deed of suretyship and indemnity shall not be cancelled save with the written consent of the creditor.

Die hof, by monde van appèlregter Hoexter (met wie appèlregters Nestadt en Milne, en waarnemende appèlregters Grosskopf en Nicholas saamgestem het), het die wedersyds opponerende argumentasie kortliks saamgevat. Dit behels dat namens die een kontraksparty

¹¹⁶ 1989 3 SA 773 (A).

¹¹⁷ Vgl 781H.

aangevoer is dat die bepalings van die pasvermelde beding van die betrokke borgkontrakte dermate knellend was dat dit teen die openbare beleid sou indruis, terwyl die teenparty met betrekking tot dieselfde beding aangevoer het dat dit sou strook met normale handelspraktyk.¹¹⁸

Hierdie saak is tweedens insiggewend, omdat appèlregter Hoexter in sy uitspraak 'n aantal aspekte van appèlregter Smalberger se uiteensetting in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes*¹¹⁹ met betrekking tot die gebruik van die begrip openbare beleid ter beoordeling van kontrakbedinge soos volg interpreterend opgesom het:¹²⁰

In such an investigation (see the remarks of Smalberger JA at 9A-G of the *Sasfin* case) there must be borne in mind: (a) that, while public policy generally favours the utmost freedom of contract, it nevertheless properly takes into account the necessity for doing simple justice between man and man; and (b) that a court's power to declare contracts contrary to public policy should be exercised sparingly and only in cases in which the impropriety of the transaction and the element of public harm are manifest.

Veral die (a)-gedeelte is insiggewend, aangesien appèlregter Hoexter hier aspekte verbind wat in appèlregter Smalberger se uiteensetting losstaande van mekaar is en met betrekking waartoe die onderlinge verband nie daaruit duidelik geblyk het nie. Dit wil dus voorkom of appèlregter Hoexter van mening is dat 'n ondersoek van die vereistes van die openbare beleid met betrekking tot kontrakbedinge die volgende inhou: (a) dat 'n balans gehandhaaf moet word tussen die uiterste mate van ("*utmost*") kontrakteervryheid en basiese onderlinge geregtigheid ("*simple justice between man and man*"); en (b) dat die onbehoorlikheid van die kontrak en die benadeling duidelik moet wees, met ander woorde die onafdwingbaarverklaring van 'n kontrakbeding op grond van die openbare beleid moet

¹¹⁸ Vgl 782G-I.

¹¹⁹ 1989 1 SA 1 (A) op 9A-G.

¹²⁰ Op 782J-783B.

deeglik verantwoordbaar wees en deur terughoudendheid gekenmerk word. Dit kan gebruik word as 'n aanvullende riglyn met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraksbepinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.

Die kern van appèlregter Hoexter se bevinding in hierdie verband getuig van die gevraagde terughoudendheid van die hof om kontraksbepinge as onafdwingbaar op grond van die openbare beleid te verklaar. Dit kan verder as vermaning teen die ondeurdagte gebruik, oftewel uiteindelijke misbruik, van die begrip openbare beleid dien.¹²¹

So approaching the inquiry in the instant matter, I am not persuaded that the provisions of clause 7 of the suretyships are plainly improper and unconscionable. While at first blush the provisions of clause 7 may seem somewhat rigorous they cannot, I think, having regard to the particular circumstances of the present case, fittingly be described as unduly harsh or oppressive.

Dit is belangrik om op te merk dat die besondere omstandighede hier 'n deurslaggewende rol gespeel het. Die inhoud wat gegee word aan die openbare beleid hang dus eng saam met die besondere omstandighede van die geval.

2.4.5 *Donnelly v Barclays National Bank Ltd*¹²²

Hierdie saak het ook gehandel oor die afdwingbaarheid van 'n borgkontrak. Namens die appellant is aangevoer dat 'n beding van die borgkontrak, wat bepaal dat 'n sekere sertifikaat as afdoende bewys van die skuldombang geag word, teen die openbare beleid indruis. Oor misbruik van die openbare beleid as verweer het regter Kriegler (met wie regter Weyers saamgestem het) 'n belangrike vermaning uitgespreek. Hy het daarop gewys dat hierdie saak die derde saak is binne drie weke nadat die uitspraak in *Sasfin (Pty)*

¹²¹ Vgl 783B-C.

¹²² 1990 1 SA 375 (W).

*Ltd v Beukes*¹²³ gegee is, waarin skuldenaars poog om op laasgenoemde uitspraak te steun,¹²⁴ en dat teen 'n foutiewe interpretasie van hierdie uitspraak gewaak moet word.¹²⁵

It seems that that judgment has come to be regarded as a free pardon for recalcitrant and otherwise defenceless debtors. It is decidedly not that. The judgment should be read in context and as a whole.

Regter Kriegler het ook teen kortsigtigheid gemaan en laat blyk dat die hof nie sonder baie goeie rede geykte handelsreg en gevestigde gebruike van die bankwese omver wil werp nie, en veral nie op grond van twyfelagtige bewerings van indruising teen die openbare beleid nie.¹²⁶ Aangesien die begrip openbare beleid 'n algemene inhoud het en gevolglik vatbaar is vir misbruik, behoort die hof inderdaad 'n wakende oog te hou oor die gebruik van hierdie kriterium.

2.4.6 *Compass Motors Industries (Pty) Ltd v Callguard (Pty) Ltd*¹²⁷

Hierdie saak het gehandel oor 'n eis op grond van 'n kontrak, ingevolge waarvan die verweerder 'n perseel moes bewaak. Die waarde van twee voertuie wat van die perseel gesteel is, is geëis.¹²⁸ Die begrip openbare beleid het ter sprake gekom deurdat die hof by

¹²³ 1989 1 SA 1 (A).

¹²⁴ Vgl 381E.

¹²⁵ Vgl 381F.

¹²⁶ Vgl 383J-384B.

¹²⁷ 1990 2 SA 520 (W).

¹²⁸ Vgl 521B-D.

monde van regter Van Zyl (as enkelregter) van mening was dat aandag geskenk moes word aan oorwegings van die openbare beleid, aangesien 'n *res nova* aan die orde was.¹²⁹

In verband met die openbare beleid het regter Van Zyl 'n aantal fundamentele verbande gelê. Regter Van Zyl het gesê die uitspraak van regter Thirion in *Edouard v Administrator, Natal*¹³⁰ illustreer dat daar kennis geneem word (en behoort te word) van die historiese grondslag van die openbare beleid in die vorm van die *boni mores*.¹³¹ Met verwysing na 'n passasie in die Romeinse reg¹³² het regter Van Zyl aangevoer dat daar ook 'n noue verband tussen die gemeenskap se opvatting van die *boni mores* en die begrip goeie trou bestaan, en dat hierdie begrippe eweneens in verband staan met die gemeenskap se opvatting van geregtigheid, billikheid en redelikheid.¹³³

This indicates that the community's perception of *boni mores* is closely linked to the concept of good faith in community relations. These concepts, again, are similarly associated with the community's perception of justice, equity and reasonableness.

¹²⁹ Vgl 527C.

¹³⁰ 1989 2 SA 368 (D): spesifiek op 376E-379F.

¹³¹ Vgl 528F-G.

¹³² Op 528G-H verwys r Van Zyl na Iustinianus se *Digesta* 22 1 5 (Papinianus) wat soos volg lui: "*Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur.*" 'n Eie vertaling van hierdie passasie is wel deur r Van Zyl in sy uitspraak gebied (vgl 528H-I), maar dit kan ook soos volg vertaal word: "In an action of good faith, it is a general rule that no performance contrary to sound morals can be claimed." (Mommsen, Krueger en Watson se vertaling.)

¹³³ Vgl 528H-I.

Volgens regter Van Zyl kan hierdie verband moontlik teruggevoer word na teorieë uit die natuurreg:¹³⁴

This association may be traced back to natural law theories, which are contained in expressions such as "natural justice" and "the fundamental principles of justice" or "fairness".

Hieruit het regter Van Zyl afgelei dat die openbare beleid (geïnterpreteer as die *boni mores*) nie verstaan en gebruik kan word los van begrippe soos geregtigheid, billikheid, goeie trou en redelikheid nie, wat grondliggend is aan harmoniese gemeenskapsverhoudinge en wat geag kan word as die oogmerk van die toepassing van oorweginge van openbare beleid.¹³⁵

From this it appears that public policy, in the sense of *boni mores*, cannot be separated from concepts such as justice, equity, good faith and reasonableness, which are basic to harmonious community relations and may indeed be regarded as the purpose of applying public policy considerations.

Regter Van Zyl werp dus lig op die openbare beleid deur 'n besonder noue verband tussen die openbare beleid en die *boni mores* te verstaan en hierdie begrippe weer in noue verband te stel met die begrippe geregtigheid, billikheid, goeie trou en redelikheid, welke noue verband hy fundeer in die natuurreg. Dit is betekenisvol dat regter Van Zyl daarop wys dat die noue verband inhou dat oorwegings van die openbare beleid juis toegepas word met die oog op geregtigheid, billikheid, goeie trou en redelikheid. Dit is 'n belangrike riglyn met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraksbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.

¹³⁴ Vgl 528J-529A.

¹³⁵ Vgl 529A-B.

Die praktiese toepassing van bogenoemde begrippe het wel die hof tot 'n konklusie gevoer.¹³⁶ Die abstrakte aard en die soepelheid van die begrippe wat in bepaalde gevalle nuttig is en selfs as noodsaaklik geag kan word, tesame met die noue verband tussen die begrippe, sou egter ook tot regsonsekerheid aanleiding kon gee indien die begrippe nie korrek verstaan en gehanteer word nie.

2.4.7 *Ocean Diners (Pty) Ltd v Golden Hill Construction CC*¹³⁷

In hierdie saak was 'n boukontrak ter sprake. In die kontrak is 'n standaardbeding vervat, ingevolge waarvan 'n sertifikaat van 'n argitek as afdoende bewys van die waarde van die voltooide werk en uiteindelik van die skuldomvang geag sou word. Die sertifikaat was egter nie heeltemal akkuraat nie.¹³⁸ Namens die appellant is onder andere aangevoer dat een van die kontraksbedinge teen die openbare beleid sou indruis, aangesien dit die hof se jurisdiksie wil uitsluit om die akkuraatheid en geldigheid van die sertifikaat te ondersoek.¹³⁹

Appèlregter Smalberger (met wie appèlregters EM Grosskopf en Nienaber, en waarnemende appèlregters Nicholas en Howie saamgestem het) se reaksie op hierdie argument waardeur die openbare beleid betrek word, was dat foutiewelik gesteun word op *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes*¹⁴⁰ en dat die onderhawige geval wesenlik daarvan verskil, soos vasgestel kan word indien die kontraksbeding binne die konteks van die ander

¹³⁶ Vgl 529C-J.

¹³⁷ 1993 3 SA 331 (A).

¹³⁸ Vgl 343B.

¹³⁹ Vgl 335B-H en 342D-E.

¹⁴⁰ 1989 1 SA 1 (A): spesifiek op 14I-15B en 23C-D.

kontraksbedinge gesien word.¹⁴¹ Appèlregter Smalberger het gesê dat die kontraksbeding in die *Sasfin*-saak strydig met die openbare beleid bevind is op grond van die outeurskap van die sertifikaat tesame met die afdoende aard daarvan, gesien binne die konteks van die spesifieke kontraksbedinge. Hy het egter tot die slotsom gekom dat die onderhawige geval, waar die werkgewer in 'n boukontrak onderneem het dat 'n finale sertifikaat uitgereik deur die argitek afdoende getuienis van sy skuld sou wees, geensins in stryd met die openbare beleid is nie.¹⁴² Toepassing van die begrip openbare beleid as kriterium het hier dus meegebring dat die spesifieke konteks van die kontraksbeding onder die soeklig geplaas is. Dit is 'n belangrike riglyn met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraksbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.

Uit appèlregter Smalberger se uiteindelijke toepassing blyk dit watter oorwegings hy in hierdie verband as relevant met betrekking tot die beoordeling van strydigheid met die openbare beleid geag het. Hy het gestel dat die kontraksbeding wat beoordeel moet word algemeen in boukontrakte voorkom en reeds vir baie jare lank sonder besware gebruik word, en dat dit absurd sou wees om dit meteens as strydig met die openbare beleid te verklaar.¹⁴³ Die openbare beleid het hier dus in noue verband met dit wat algemeen gebruiklik in die betrokke omstandighede is gestaan.

'n Verdere oorweging met betrekking tot die openbare beleid wat appèlregter Smalberger in hierdie verband as relevant beskou het, was of die kontraksbeding teen die openbare beleid indruis indien dit vasstaan dat die inligting van die sertifikaat foutief was.¹⁴⁴ Appèlregter Smalberger het van die standpunt uitgegaan dat indruising teen die openbare

¹⁴¹ Vgl 342E-H.

¹⁴² Vgl 342E-H.

¹⁴³ Vgl 343A.

¹⁴⁴ Vgl 343B-D.

beleid grootliks te make het met die *potensiaal vir duidelike onregverdigheid en ongeregtigheid*.¹⁴⁵ In die onderhawige geval het 'n bourekenaar en 'n argitek vir die appellant opgetree, op wie se professionele deskundigheid die appellant kon staatmaak en wie se plig dit was om na die appellant se belange om te sien.¹⁴⁶ Ofskoon die appellant skade gely het en moontlik 'n skadevergoedingseis op grond van nalatigheid teen die bourekenaar en die argitek sou hê, het die gewraakte kontraksbeding volgens appèlregter Smalberger in die spesifieke omstandighede nie 'n situasie daargestel wat *inherent gevul was met onregverdigheid en ongeregtigheid nie*.¹⁴⁷ Derhalwe het hy bevind dat die beding nie strydig met die openbare beleid is nie.

Hieruit is dit duidelik dat appèlregter Smalberger van mening is dat 'n bevinding van strydigheid met die openbare beleid nie gemaak behoort te word op grond van 'n algemene gevoel van onbillikheid nie, maar beklemtoon dat 'n noukeurige en weldeurdagte analise van die omstandighede van die spesifieke geval moet aandui dat daar potensiaal vir duidelike onregverdigheid en ongeregtigheid bestaan. Dit blyk dat hierdie benadering prakties inhou dat die geykte reg en gevestigde gebruike eerder in stand gehou word, en slegs weens 'n baie grondige rede omvergewerp sal word. Dit is 'n verdere belangrike riglyn met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraksbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.

¹⁴⁵ Vgl 343B.

¹⁴⁶ Vgl 343B-C.

¹⁴⁷ Vgl 343C-D.

2.4.8 *Pangbourne Properties Ltd v Nitor Construction (Pty) Ltd and Others*¹⁴⁸

In hierdie saak is die afdwingbaarheid van sekere bedinge van 'n borgkontrak ondersoek. Ongeag of met die hof se benadering akkoord gegaan word of nie,¹⁴⁹ dra die uitspraak in hierdie saak baie by tot die verstaan van die onderhawige problematiek, aangesien die hof by monde van regter Marais (as enkelregter) sy mening oor die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang ten opsigte van borgkontrakte in fyn besonderhede uiteengesit het.

In regter Marais se samevatting van die verweer in die geding word strydigheid met die openbare belang en strydigheid met die *boni mores* met mekaar in verband gebring:¹⁵⁰

In short, the defendants maintained that the suretyship agreement which they had signed contained clauses so inimical to the public interest that it was invalid as being *contra bonos mores*.

Regter Marais het voortgegaan om al die bedinge, ten opsigte waarvan beweer is dat hulle strydig sou wees met die openbare beleid en openbare belang, afsonderlik te ondersoek. Ten opsigte van feitlik al die bedinge het hy bevind dat hulle beweerde strydigheid met die

¹⁴⁸ 1993 4 SA 206 (W). Hierdie saak is gerapporteer eers na die twee sake wat hierna bespreek word, nl *Standard Bank of SA Ltd v Wilkinson* 1993 3 SA 822 (C) en *Standard Bank Financial Nominees (Pty) Ltd v Bamberger and Others* 1993 4 SA 84 (W), maar in lg twee sake word verwys na die uitspraak in die *Pangbourne*-saak en daarom word die volgorde omgeruil.

¹⁴⁹ Oa in *Standard Bank of SA Ltd v Wilkinson* 1993 3 SA 822 (C) op 831A-B het die hof die benadering van r Marais in sy uitspraak in hierdie saak gekritiseer: vgl 2.4.9 hieronder.

¹⁵⁰ Op 209H. R Marais het ook op 211C-D gemeld dat hierdie verweer gebaseer is op die uitspraak in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 1 SA 1 (A).

openbare beleid en openbare belang ongegrond is.¹⁵¹ Regter Marais het wel bevind dat die volgende beding strydig met die openbare beleid is. Dit het soos volg gelui:¹⁵²

The sureties may not revoke this suretyship without the prior written consent of the Fund, and the Fund shall, in its discretion, be entitled to make such consent subject to any condition; ... (My *onderstreping*.)

Regter Marais het geredeneer dat hierdie beding nie na die *beëindiging* ("*termination*") van die borgkontrak verwys nie, maar dat die gebruik van die woord *herroep* ("*revoke*") die indruk skep dat verwys word na 'n borg wat beoog om die houding in te neem dat hy nooit aan die borgkontrak gebonde was nie.¹⁵³ Op grond van sy bevinding dat die beding die borg sy "*legal right*" ontnem om die borgkontrak te vermy, het regter Marais hierdie beding as strydig met die openbare beleid en as strydig met die *boni mores* verklaar.¹⁵⁴

Insofar as this clause purports to deprive the surety of the *legal right* to avoid the suretyship (on such grounds as fraud, misrepresentation, duress, etc) it is contrary to public policy and will not be enforced. (*Schierhout v Minister of Justice* 1925 AD 417 at 424.) To this extent the clause is *contra bonos mores*.

Strydigheid met die openbare beleid word dus hier in verband gebring met die ontneming van 'n "*legal right*" van 'n kontraksparty deur sy teenparty. Dit is 'n bruikbare riglyn met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraksbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.

Vermoedelik kan die volgende sinspeling deur regter Marais op misbruik van die verweer van strydigheid met die openbare beleid as agtergrond gesien word vir regter Marais se

¹⁵¹ Vgl 214G-227F

¹⁵² Vgl 224A.

¹⁵³ Vgl 224B-C.

¹⁵⁴ Vgl 224C.

houding in sy uitspraak. Regter Marais het gesê dat sedert die lewering van die uitspraak in *D Engineering Co (Pty) Ltd v Morkel and Others*,¹⁵⁵ waarin sekere bedinge van 'n borgkontrak as strydig met die openbare beleid verklaar is,¹⁵⁶ die verweer van strydigheid met die openbare beleid gretig deur borge gebruik is wat geen ander verweer teen banke en finansiële instellings gehad het nie.¹⁵⁷ Regter Marais het hieraan toegevoeg dat die borge ná die lewering van daardie uitspraak meteens ontdek het dat die borgkontrakte wat hulle gewillig onderteken het onafdwingbaar behoort te wees.¹⁵⁸

The sureties now discover that the suretyships that they willingly signed contain provisions so grossly immoral that it is offensive that the agreement should be enforced against them and that they should have to pay. It has become a favourite defence of last resort.

Hierdie opmerkings maak dit duidelik dat regter Marais in sy uitspraak klem wou lê op die misbruik van die verweer van strydigheid met die openbare beleid.

Regter Marais het op verskeie stadiums in sy uitspraak dít gemeld wat na sy mening belangrik is om in ag te neem wanneer beoordeel moet word of bedinge van borgkontrakte strydig met die openbare beleid en openbare belang is.¹⁵⁹ Hierdie vermeldinge kan klaarblyklik as onderling aanvullend beskou word, en kan saamgevat word deur te stel dat al die aspekte in verband staan met die omringende omstandighede van 'n borgkontrak. Dit wil voorkom of regter Marais klem geplaas het op die aspekte wat belangrik is om in ag te neem by die beoordeling of bedinge van borgkontrakte in stryd met die openbare

¹⁵⁵ 1992 3 CLD 228 (T).

¹⁵⁶ Vgl *D Engineering Co (Pty) Ltd v Morkel and Others* 1992 3 CLD 228 (T) veral 229-233.

¹⁵⁷ Vgl 210G-H.

¹⁵⁸ Vgl 210H-I.

¹⁵⁹ Vgl 211I-J, 212E-F, 212H, 213A-C.

beleid en openbare belang is, ten einde daardeur 'n bydrae te lewer tot die voorkoming van die misbruik van die openbare beleid en openbare belang as verweer.

Regter Marais het sy mening in verband met die pasvermelde aspekte toegelig deur gedetailleerde praktiese voorbeelde van verskillende moontlikhede van omringende omstandighede by borgkontrakte te vergelyk.¹⁶⁰ Daardeur het hy daadwerklik lig gewerp op die inhoud en toepassing van die openbare beleid en openbare belang. Hy het gestel dat die bedinge van die borgkontrakte in die volgende twee gevalle waarskynlik verskillend beoordeel behoort te word, aangesien die omringende omstandighede van die twee gevalle verskil.¹⁶¹ In die een geval beoog 'n skuldeiser om 'n langtermyn huurkontrak te sluit met 'n skuldenaar wat 'n nuut gestigte maatskappy is sonder enige bates en met 'n aandeelkapitaal van R100. Die borge is die enigste direkteure en die enigste aandeelhouders van die skuldenaar. Die skuldenaar is slegs 'n dop en die skuldeiser spits sy aandag toe op die kredietwaardigheid van die borge. Die skuldeiser kontrakteer bloot in naam met die skuldenaar, maar ag die borge as die werklike skuldenaars. Die borge is gewillige kontrakspartye, omdat hulle die persone is wat bevoordeel sal word deur die verlening van krediet aan die skuldenaar, asook absolute beheer het oor die handeling van die skuldenaar.¹⁶² Volgens regter Marais behoort die kontrakbedinge op grond van die onderskeid in die omringende omstandighede waarskynlik anders beoordeel te word in die volgende geval, naamlik waar die borg slegs 'n vriend van die skuldenaar is en oorreed word om die kontrak te onderteken omdat 'n sekere finansiële instelling op grond van beleid nie aan 'n skuldenaar sal leen nie tensy 'n borg verskaf word.¹⁶³

¹⁶⁰ Vgl 212D-I.

¹⁶¹ Vgl 212E-G.

¹⁶² Vgl 212E-G.

¹⁶³ Vgl 212G.

In aansluiting hierby het regter Marais die redes vir sy opmerkings in hierdie verband gemeld,¹⁶⁴ en ook daaruit het dit geblyk dat sy redenasie in die rigting van die voorkoming van die misbruik van die openbare beleid en openbare belang as verweer beweeg. As eerste rede het regter Marais gemeld dat hy met sy opmerkings duidelik wou maak dat bepaalde kontraksbepalinge nie in alle gevalle en omstandighede as strydig met die openbare beleid en openbare belang bevind sal word nie.¹⁶⁵

Die tweede rede het borge se teëstaan van summere vonnis betrek.¹⁶⁶ Volgens regter Marais moet borge wat summere vonnis wil teëstaan op grond daarvan dat die borgkontrak strydig met die openbare beleid sou wees, wesenlike feite met betrekking tot die omringende omstandighede van die borgkontrak voor die hof plaas (tensy dit 'n baie duidelike geval van strydigheid met die openbare beleid is).¹⁶⁷ Met betrekking tot hierdie wesenlike feite het regter Marais uitgebrei en op hierdie stadium van die uitspraak sy volledigste uiteensetting gebied in verband met dit wat hy as belangrik beskou by die beoordeling of bepalinge van borgkontrakte strydig is met die openbare beleid en openbare belang. Die wesenlike feite moet volgens regter Marais die aard van die skuld insluit, die verhouding tussen die borge en die skuldeiser en die hoofskuldenaar, die redes waarom die borge toegestem het om borg te staan, die voordele wat die borge uit hoofde van die borgstelling mag toekom, en enige ander inligting wat relevant is vir die behoorlike beoordeling van die "*fairness*" en "*morality*" van die betrokke bepalinge.¹⁶⁸ Hierdie is

¹⁶⁴ Vgl 212I-213D.

¹⁶⁵ Vgl 212I-J.

¹⁶⁶ Vgl 213A-D.

¹⁶⁷ Vgl 213A-B.

¹⁶⁸ Vgl 213B-C.

belangrike riglyne met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraktsbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.

Indien hierdie vereistes nie gestel word nie, voorsien regter Marais die misbruik van die begrippe openbare beleid en openbare belang as verweer deurdat "weerspannige" skuldenaars, wat geen ander verweer het nie, die hof sou kon nader om daaroor te spekuleer of enige van die kontraktsbedinge moontlik strydig met die openbare beleid en openbare belang sou wees:¹⁶⁹

Recalcitrant debtors could come to Court to resist summary judgment in circumstances where their cupboard is bare of other defences. They file no affidavit relating to the invalidity of the agreement or the circumstances in which it was concluded. They then invite the Court to speculate that there *might* exist circumstances in which a Court at the trial of the matter *could* hold that one or more of the clauses in the suretyship is contrary to public policy and hence the whole agreement must be struck down.

Volgens regter Marais sou so 'n situasie in baie gevalle die prosedure rakende summiere vonnis totaal ondoeltreffend maak.¹⁷⁰

In hierdie verband het regter Marais die regsverteenwoordigers van die verweerders in die saak vermaan deur te stel dat hy in die geval van meeste van die bedinge geen grond vir die beweerde strydigheid met die *boni mores* kon sien nie, en dat regsverteenwoordigers wat sulke tipe ondeurdagte dokumente opstel, in ag kan neem dat regters dit moontlik as aangewese sal beskou om vroegtydig elke (liewe) beweerde strydige beding te oorweeg en te analiseer:¹⁷¹

Many of them obviously were not and I fail to see on what basis it could possibly have been thought that they offended against good morals. What persons framing such notices might

¹⁶⁹ Vgl 213E-F.

¹⁷⁰ Vgl 213F.

¹⁷¹ Op 214D-F.

bear in mind is that Judges, confronted with such notice, might deem it correct to read (before hearing the matter), consider and analyse every clause claimed to be improper. In a busy Division I find it more than annoying to have to spend a good portion of a weekend reading and considering unnecessary clauses because legal advisers choose to adopt (without thought) a shotgun approach without concerning themselves about the validity thereof.

Benewens die verkwisting van kosbare tyd, bring misbruik van die verweer van strydigheid met die openbare beleid en openbare belang onduidelikheid in verband met die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang asook in verband met die verweer in geheel teweeg. In gevalle waar die openbare beleid-verweer as wanhoops-verweer gebruik word, omdat daar geen ander uitweg bestaan nie (of waar die verweerder self nie in die meriete van die verweer glo nie), word hierdie verweer geopper ten opsigte van gevalle waar dit nie werklik toepassing behoort te vind nie. Die gevolglike gekunstelde redenasies dra by tot regsonsekerheid.

Alhoewel regter Marais se uitspraak enersyds veel lig werp op die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang, moet andersyds daarop gewys word dat regter Marais in sy formulering die begrippe openbare beleid en openbare belang en *boni mores* benut asof hulle vryelik omruilbaar sou wees. Hieruit wil dit voorkom of regter Marais nie ag geslaan het op die inhoud van 'n onderskeid ten opsigte van die begrippe nie. 'n Paar voorbeelde van hierdie formulering is die volgende:

(a) ... so inimical to the public interest that it was invalid as being *contra bonos mores*.¹⁷²

(b) ... clauses in a suretyship agreement are immoral or unduly and unfairly burdensome and contrary to public policy...¹⁷³

¹⁷² Vgl 209H.

¹⁷³ Vgl 212E.

(c) ... so immoral and/or contrary to the public interest...¹⁷⁴

(d) ... and any other factor relevant to a proper adjudication of the fairness and morality of the clauses...¹⁷⁵

(e) Insofar as this clause purports to deprive the surety of the *legal* right to avoid the suretyship ... it is contrary to public policy and will not be enforced... To this extent the clause is *contra bonos mores*.¹⁷⁶

Hierdie aard van formulering dra by tot onduidelikheid.

2.4.9 *Standard Bank of SA Ltd v Wilkinson*¹⁷⁷

In hierdie saak het dit ook oor die afdwingbaarheid van bepaalde bedinge van 'n borgkontrak gehandel. Die inhoud en toepassing van die begrip openbare beleid in hierdie konteks is deur die hof, by monde van regters Tebbutt, Scott en Brand, saamgevat deur te stel dat dit wil voorkom of daar by die beoordeling of 'n borgkontrak (of bepaling daarin) strydig met die openbare beleid is, drie hoofoorwegings bestaan: (a) die omvang van die openbare beleid; (b) die aard en strekking van die kontrak ter oorweging (dit is in hierdie geval 'n borgkontrak); (c) dat die stelreël *pacta sunt servanda* steeds 'n hoeksteen van die kontraktereg is en dat die uiterste mate van ("utmost") kontrakteervryheid moet geld.¹⁷⁸ Hierdie drie hoofoorwegings dui belangrike riglyne aan met betrekking tot die regter se

¹⁷⁴ Vgl 212H.

¹⁷⁵ Vgl 213C.

¹⁷⁶ Vgl 224C.

¹⁷⁷ 1993 3 SA 822 (C).

¹⁷⁸ Op 826F-G.

beoordeling van kontrakte en kontraksbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.

Teen hierdie agtergrond het die hof 'n aantal insiggewende opmerkings gemaak. 'n Belangrike probleem op hierdie terrein is dat daar teenstrydige uitsprake bestaan oor wesenlik ooreenstemmende bedinge van borgkontrakte. Die verklaring wat die hof daarvoor aangevoer het, was dat die noodsaaklikheid daarvan dat die beding strydig moet wees met die openbare belang in die algemeen en nie slegs met die belange van die individuele borg nie, misgekyk is.¹⁷⁹

In die formulering van sy uitgangspunt het die hof die eerste hoofoorweging by die beoordeling of 'n borgkontrak strydig met die openbare beleid is (soos hierbo vermeld) aan die orde gestel. Die hof het gesê dat 'n hof 'n kontrak (of kontraksbeding) nie as strydig met die openbare beleid sal verklaar nie, tensy dit so duidelik strydig is met die belang van die gemeenskap as 'n geheel, dat, met inagneming van die sedes van die betrokke tydsgewrig, die nadeel vir die gemeenskap wesenlik onbetwisbaar is:¹⁸⁰

In summary, therefore, it is clear from the authorities that a Court will not declare a contract or one of its clauses contrary to public policy unless it is so clearly inimical to the interest of the community as a whole, having regard to the *mores* of the times, that the harm to the public is substantially incontestable.

As 'n uitbreiding hierop het die hof gesê dat een van die fasette van die goeie sedes (*boni mores*) die gemeenskap se kommersiële lewe is, waarin kontrakte algemeen gebruiklik is en waarin die gebruik van die borgkontrak ter vermindering van die skuldeiser se risiko goed bekend en gevestig is.¹⁸¹ Volgens die hof is een van die aspekte van 'n belangrike faset rakende die gemeenskap wat dus in ag geneem moet word by die beoordeling of 'n

¹⁷⁹ Vgl 828C.

¹⁸⁰ Op 828F.

¹⁸¹ Vgl 828F-H.

borgkontrak strydig is met die "openbare belang" ("*public interest*"), die aard van 'n borgkontrak. 'n Borgkontrak is volgens die hof van nature belastend, omdat 'n borg homself verantwoordelik stel vir die nakoming van 'n ander persoon se verpligting.¹⁸² Op hierdie wyse het die hof dus die tweede hoofoorweging aan die orde gestel. 'n Verdere aspek wat volgens die hof in aansluiting hierby in ag geneem moet word, is die kommersiële konteks waarin borgkontrakte gesluit word. Binne hierdie kommersiële konteks waarin besigheid bedryf word, is kontrakbedinge wat met die eerste oogopslag ietwat knellend mag voorkom, deel van die realiteite van die kommersiële lewe, byvoorbeeld ter beskerming van banke en finansiële instellings.¹⁸³

Die derde hoofoorweging wat volgens die hof in ag geneem moet word is dat borge borgkontrakte vrywillig onderteken, en hiermee saam is die openbare beleid ten gunste van die uiterste mate van ("*utmost*") kontraktevryheid en vereis dat kommersiële kontrakte nie onnodig belemmer word deur beperkings op kontraktevryheid nie.¹⁸⁴ Volgens die hof lei hierdie derde hoofoorweging tot die gevolgtrekking dat 'n borgkontrak (of bepaalde bedinge daarvan) slegs as strydig met die openbare beleid verklaar sal word indien dit duidelik strydig is met die belange van die gemeenskap as 'n geheel.¹⁸⁵

Die hof het sy waarskuwing teen oorbeklemtoning van die individuele geval benadruk deur kritiek te lewer op die uitspraak van regter Marais in *Pangbourne Properties Ltd v Nitor Construction (Pty) Ltd and Others*.¹⁸⁶ Die hof het gestel dat hy geen regverdiging vir regter Marais se onderskeid tussen die omringende omstandighede in die praktiese

¹⁸² Vgl 828H-829A.

¹⁸³ Vgl 829B-G.

¹⁸⁴ Vgl 829G-830E.

¹⁸⁵ Vgl 830F.

¹⁸⁶ 1993 4 SA 206 (W). Vgl 2.4.8 hierbo.

voorbeeld¹⁸⁷ kon sien nie.¹⁸⁸ Die hof het geredeneer dat, hoewel die borg in die eerste voorbeeld wel deur die lening bevoordeel sou word en in die tweede voorbeeld nie, dit belangrik is dat hy steeds die borgkontrak vrywillig onderteken.¹⁸⁹

Verder het die hof gesê dat oorbeklemtoning van die individuele geval, soos gedoen deur regter Marais, met sy beklemtoning van die omringende omstandighede (veral die doel en agtergrond van die kontrak en die verhouding tussen die partye), aanleiding sal gee tot misbruik van die openbare beleid deur skuldenaars wat kontrakte vrywillig onderteken het.¹⁹⁰ Dit sal volgens die hof voorts aanleiding gee tot 'n stortvloed litigasie gegrond op die openbare beleid as wanhoopsverweer ("*the 'last resort' defence of public policy*"), asook tot die probleem van teenstrydige uitsprake.¹⁹¹ 'n Onhoudbare situasie sou uiteindelik in die besigheidswêreld geskep word indien elke moontlike borgkontrak beoordeel sou word op grond van die agtergrond van die skuldenaar, of die borg, of die omstandighede waaronder die borg homself gebind het.¹⁹²

In hierdie uitspraak word dus die mening gegee dat die bepaling van strydigheid met die openbare beleid veral die omvang van die openbare beleid, die aard van die betrokke kontrak en die beginsels van die afdwingbaarheid van kontrakte en kontrakteervryheid betrek. In hierdie uitspraak word ook gestel dat die inhoud en toepassing van die begrip openbare beleid strydigheid met die belange van die gemeenskap as geheel behoort te

¹⁸⁷ Vgl 2.4.8 hierbo.

¹⁸⁸ Vgl 830H.

¹⁸⁹ Vgl 830I.

¹⁹⁰ Vgl 831A.

¹⁹¹ Vgl 831A-B.

¹⁹² Vgl 831G-H.

behels en dat die individuele geval nie oorbeklemtoon behoort te word nie. Hiervolgens sou oorbeklemtoning van die individuele geval teenstrydige uitsprake tot gevolg hê, asook die misbruik van die begrip openbare beleid. Dit sou uiteindelik lei tot stremming van die besigheidswêreld, aangesien die gebruik van borgkontrakte feitlik onmoontlik sou wees. Ook hierdie hof beklemtoon die uitgangspunt om slegs weens duidelike en goeie redes die geëkte reg en gevestigde handelsgebruike op grond van die openbare beleid omver te werp. Hierdie uitspraak bevat dus inderdaad insiggewende riglyne met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraksbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang, welke riglyne egter in sekere opsigte verskil van die riglyne aangebied in die vorige bespreekte uitspraak. Na my mening is die sinvolste benadering in hierdie verband dat die riglyne in die gemelde twee uitsprake nie as teenstrydig beskou hoef te word nie. Die riglyne kan inderdaad eerder as wedersyds aanvullend geag word. Volgens hierdie benadering kan bepaalde omringende omstandighede in sekere gevalle wel as deurslaggewend beskou word, maar behoort weens die gevaar van misbruik van die openbare beleid as verweer, terselfdertyd in ag geneem te word dat die individuele geval nie buite verhouding klem mag ontvang nie.

2.4.10 *Standard Bank Financial Nominees (Pty) Ltd v Bamberger and Others*¹⁹³

Hierdie saak bied nog 'n goeie voorbeeld van hoe die afdwingbaarheid van bedinge van 'n borgkontrak ondersoek word met behulp van die begrip openbare beleid. Die hof, by monde van waarnemende regter Levy (as enkelregter), het gesê dat beide eerste en tweede verweerders die sogenaamde "Sasfin-verweer" ("*Sasfin defence*") geopper het deur te beweer dat sekere bedinge van die betrokke borgkontrak dermate knellend is dat dit strydig is met die *boni mores*.¹⁹⁴

¹⁹³ 1993 4 SA 84 (W).

¹⁹⁴ Vgl 87A.

Waarnemende regter Levy het sy ondersoekmetode gestel met verwysing na die bewering van die tweede verweerder. Hiervolgens het die bewering ingehou dat die betrokke borgkontrak strydig is met die *boni mores* aangesien dit verskeie bedinge bevat wat strydig is met die reg of moraal en met sosio-ekonomiese dienstigheid, en derhalwe strydig is met die belange van die gemeenskap en op grond van die openbare beleid nie afgedwing behoort te word nie.¹⁹⁵ Hierdeur word die mening gegee dat die *Sasfin*-verweer verskeie fasette behels, soos so pas uiteengesit is. Hierdie fasette, waarin die begrippe openbare beleid en openbare belang sentraal staan, hou logies met mekaar verband.

Waarnemende regter Levy het vervolgens sewe van die bedinge van die borgkontrak ondersoek deur telkens die redes vir en die praktiese effek van die bedinge in die borgkontrak vas te stel, asook die noodsaaklikheid van die beperking van die regte van die borg en die redelike perke van beskerming van die skuldeiser.¹⁹⁶ Uiteindelik is slegs een van die bedinge as strydig met die openbare beleid bevind. Hierdie beding het bepaal dat 'n sekere sertifikaat afdoende bewys van die skuldombang van die borg sou wees. Hierdie tipe beding is ook reeds in talle ander uitsprake as sodanig bevind, aangesien dit die hof se jurisdiksie uitsluit om die sertifikaat te toets.¹⁹⁷

In sy ondersoek het waarnemende regter Levy nie self die begrip openbare beleid ontleed nie. Die begrippe wat hy gebruik het in sy bevindings ten opsigte van die tweede en die vyfde bedinge vertoon egter iets van sy siening daarvan. Ten opsigte van die tweede beding het hy die volgende bevind.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Vgl 87E-F.

¹⁹⁶ Vgl 87F-92E.

¹⁹⁷ Vgl 91G-92E. Die onafdwingbaarheid van hierdie klousule vernietig egter in hierdie geval nie die ganse kontrak nie, aangesien dit volgens wn r Levy skeibaar van die res van die kontrak is.

¹⁹⁸ Op 89C-D.

I am not in agreement that such a clause does go beyond the reasonable business requirements of a creditor of a surety but in any event this criticism of the clause does not strike it down as being *contra bonos mores*. (My understreping.)

Ten opsigte van die sewende beding het hy tot die volgende gevolgtrekking gekom.¹⁹⁹

I regard this provision as a perfectly proper and businesslike requirement of the creditor. (My understreping.)

Waarnemende regter Levy het dus konkrete beslag aan die begrippe openbare beleid en openbare belang gegee deur dit in terme van redelike en behoorlike besigheidsbehoefte uit te druk. Die uitdrukkings "*reasonable business requirements*" en "*a perfectly proper and businesslike requirement*" wat as 't ware as kriteria gebruik word, is natuurlik self nie vry van algemeenheid en vaagheid nie, hoewel moontlik tog minder algemeen en vaag as die begrippe openbare beleid en openbare belang. In hierdie sin kan die uitdrukkings "*reasonable business requirements*" en "*a perfectly proper and businesslike requirement*" beskou word as 'n verdere konkretisering van die begrippe openbare beleid en openbare belang in die onderhawige konteks. Derhalwe vorm hierdie uitdrukkings verdere bruikbare riglyne met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontrakbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.

Waarnemende regter Levy gebruik ook in sy uitspraak die begrippe *boni mores* en openbare beleid verwisselend, hoewel dit waarskynlik geskied het aangaande op die verweerskrifte van die eerste en tweede verweerders.²⁰⁰ Uit hierdie verwisselende gebruik deur waarnemende regter Levy wil dit voorkom of ook hy nie werklik 'n onderskeid tussen die begrippe *boni mores* en openbare beleid sien nie.

¹⁹⁹ Op 90F.

²⁰⁰ Vgl oa 87A-C, 87E-F.

2.4.11 *Mufamadi and Others v Dorbyl Finance (Pty) Ltd*²⁰¹

Die uitspraak in hierdie saak is gegee in 'n appèl teen die uitspraak van die hof *a quo*, waarin die appellante suksesvol vir skadevergoeding gedagvaar is as borge en medehoofskuldenaars op grond van kontrakbreuk deur die hoofskuldenaar.²⁰² Hierdie uitspraak dien as voorbeeld van hoe die hof van appèl se interpretasie kan verskil van die hof *a quo*, soveel so dat die hof van appèl heeltemal die teenoorgestelde bevinding bereik met betrekking tot die vraag of 'n kontrakbeding teen die openbare beleid indruis. Die hof, by monde van appèlregter FH Grosskopf (met wie appèlregters Joubert, Hefer, Nestadt en waarnemende appèlregter Mahomed saamgestem het), het die kern van die hof *a quo* se mening kortliks saamgevat.²⁰³ Dit het gefokus op 'n sekere beding, 14.2, wat die wyse van vasstelling van die waarde van sekere voertuie ("*the goods*")²⁰⁴ bepaal het. Beding 14.2 het soos volg gelui.²⁰⁵

Whenever it is necessary to determine the value of the goods, or any of them, for any purpose under this agreement, such value shall, at the election of the seller, be determined either by the valuation of an appraiser nominated by the seller (whose valuation shall be final and binding on the buyer and the seller), or such value shall be deemed to be the net amount realised on a sale of the goods by the seller on such terms and conditions as the seller deems fit.

Appèlregter FH Grosskopf het gemeld dat die hof *a quo* se beswaar ten opsigte van beding 14.2 hoofsaaklik was dat hierdie beding volgens die hof *a quo* die respondent

²⁰¹ 1996 1 SA 799 (A).

²⁰² Vgl 801A-B.

²⁰³ Op 804C.

²⁰⁴ Vgl 801D.

²⁰⁵ Vgl 801F-G.

(verkoper) in 'n posisie geplaas het waarin die respondent so goed as willekeurig, sonder die gebruikelike verwysing na objektiewe kriteria, die skadevergoeding kon vasstel.²⁰⁶

The Court *a quo* found that the main problem with clause 14.2 was that it placed the respondent as seller in a position where it could virtually determine arbitrarily how much damages it wished to extract from the company as the defaulting buyer, without reference to the usual objective standards laid down by the law in such cases. (My *onderstreping.*)

Appèlregter FH Grosskopf het egter verskil van die interpretasie van die hof *a quo*. In die uiteensetting van sy interpretasie van beding 14.2,²⁰⁷ het hy opgemerk dat hy verskil van die hof *a quo* se ongunstige interpretasie van die beding en dat die beding volgens hom nie aan die verkoper (respondent) die onbeperkte mag van manipulasie ("*the untrammelled powers of manipulation*") verleen soos deur die hof *a quo* bevind nie.²⁰⁸

Uit die spesifieke formulering in hierdie uitspraak blyk dit dat die inhoud van "strydigheid met die openbare beleid" hier veral in verband gebring is met willekeurige vasstelling van skadevergoeding en met 'n onbeperkte mag van manipulasie. Dit is nóg 'n riglyn met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraksbepinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.

Uiteindelik het appèlregter FH Grosskopf tot die gevolgtrekking gekom dat 'n korrekte uitleg van beding 14.2 meebring dat die beding nie as strydig met die *boni mores* of met die openbare beleid verklaar behoort te word nie.²⁰⁹ Hierdie uitspraak beklemtoon dat die inhoud en toepassing van die begrip openbare beleid afhang van die feite en omstandighede van die kontrak, asook van die interpretasie daarvan. Ook in hierdie

²⁰⁶ Vgl 804C.

²⁰⁷ Vgl 804F-805B.

²⁰⁸ Vgl 804F-G.

²⁰⁹ Vgl 805A.

uitspraak word die begrip *boni mores* in samehang met die begrip openbare beleid gebruik, maar as afsonderlike begrip. Hierdeur word (soos so dikwels die geval is) tussen die begrippe onderskei, hoewel die onderskeid nie verklaar word nie.

2.4.12 Gevolgtrekking

Benewens begroning uit die Engelse reg vir die gebruik van die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid, word gedurende hierdie periode ook begroning uit die Romeinse en Romeins-Hollandse reg aangebied.

Met betrekking tot spesifiek die inhoud van die begrippe openbare beleid en openbare belang blyk dit dat die belange van die gemeenskap en die geregtigheidsbewussyn van die gemeenskap hierin sentraal staan. Dit word ook in hierdie periode beklemtoon dat die inhoud van die begrippe openbare beleid en openbare belang afhang van die omstandighede van 'n betrokke geval, asook van die konteks van die kontrakte en kontraksbedinge wat op grond van die openbare beleid en openbare belang beoordeel word. Tog word terselfdertyd benadruk dat die individuele geval, weens onder andere die gevaar van misbruik van die openbare beleid en openbare belang as verweer, nie oorbeklemtoon behoort te word nie. Dit blyk sinvol te wees om 'n balans te handhaaf tussen die inagneming van bepaalde omringende omstandighede van 'n spesifieke kontrak of kontraksbeding en die miskenning van die belang van die individuele geval.

Gedurende hierdie periode word steeds in samehang met die begrippe openbare beleid en openbare belang ander begrippe van algemene aard gebruik, wat boonop onderling nou verwant is. Aan die een kant word die inhoud van die begrippe openbare beleid en openbare belang inderdaad toegelig deurdat dit in verband gebring word met die begrippe *boni mores*, geregtigheid, billikheid, redelikheid en goeie trou. Boonop blyk algemene begrippe en abstrakte formulering noodsaaklik te wees op sekere terreine. Aan die ander kant word regsekerheid hierdeur in gedrang gebring.

Dit is insiggewend dat die begrippe openbare beleid en openbare belang gedurende hierdie periode veral in verband met borgkontrakte gebruik word. In die noukeurige beoordeling van die bedinge van borgkontrakte word veel lig gewerp op die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang.

Gedurende hierdie periode is herhaaldelike vermanings teen die misbruik van die begrippe openbare beleid en openbare belang as verweer opmerklik. Die terughoudende toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang kan hierdie gevaar teenwerk. Dit kan maklik gebeur dat die begrippe openbare beleid en openbare belang ontaard in 'n kriterium met onpeilbare reikwydte. Die beperkende gebruik van die begrippe openbare beleid en openbare belang kan daartoe bydra dat dit verhoed word.

Die begrip *boni mores* word ook gedurende hierdie periode steeds in dieselfde samehang as die begrippe openbare beleid en openbare belang gebruik, hoewel as afsonderlike begrip. Ofskoon die begrippe afsonderlik gebruik word, is die neiging eerder om geen onderskeid tussen die begrippe aan te dui nie.²¹⁰ Dit wil voorkom of die begrip *boni*

²¹⁰ In hierdie verband moet melding gemaak word van die uitspraak in die saak van *Reeves and Another v Marfield Insurance Brokers CC and Another* 1996 3 SA 766 (A). Hierdie saak het gehandel oor die beperking van handelsvryheid. Die begrippe openbare beleid en openbare belang het ter sprake gekom deurdat namens die appellante betoog is dat die besondere omstandighede van die geval sodanig was dat die afdwing van die beperking van handelsvryheid teen die openbare beleid sou indruis (vgl 775A-775C). In die oorweging hiervan het die hof, by monde van ar Scott (met wie hr Corbett, ar Hefer, ar Nienaber en ar Schutz saamgestem het) die volgende opmerking oor die onderskeid tussen die begrippe openbare beleid en *boni mores* gemaak (op 775E-775G): "It would make no difference that agreements in restraint of trade are otherwise not invalid but depending on the circumstances may be unenforceable. (As to the distinction between contracts which are *contra bonos mores* and therefore invalid, and those which although valid will not be enforced on grounds of public policy, see Schalk van der Merwe and LF van Huyssteen "The force of agreements: valid, void, voidable, unenforceable?" (1995) 58 *THRHR* 549 at 561-2, where the distinction is explained on the basis that the former are primarily contrary to some social interest, while the latter primarily affect individual interests rather than social interests.)" Hierdeur word 'n taamlik duidelike onderskeid tussen die begrip openbare beleid en die begrip *boni mores* aangetoon. Ongelukkig wil

mores onder andere geag word as 'n belangrike faset van die begrippe openbare beleid en openbare belang, en selfs as die historiese fondament (ten minste gedeeltelik) van die begrip openbare beleid.

Hoewel die begrippe openbare beleid en openbare belang gedurende hierdie periode steeds met mekaar verwissel word, word dit soms ook in 'n bepaalde verhouding tot mekaar gebruik. Hierdie verhouding staan in verband met die inhoud van die begrippe. Dit behels dat 'n kontrak of kontraksbeding strydig is met die openbare beleid indien dit strydig is met die openbare belang. Laasgenoemde gebruik is minder verwarrend en dra dus wel by tot duidelikheid.

2.5 Gevolgtrekking

Ofskoon 'n aantal problematiese aspekte met betrekking tot die hantering van die openbare beleid en openbare belang steeds opgemerk kan word, is die uitsprake wat in hierdie hoofstuk ondersoek is juis daardie uitsprake waarin waardevolle bydraes met betrekking tot die hantering van die openbare beleid en openbare belang gelewer is. In die eerste plek moet die nut hiervan beklemtoon word. Die positiewe bydraes uit hierdie uitsprake dra daadwerklik by tot die sistematiese hantering van die openbare beleid en openbare belang in die beoordeling van kontrakte en kontraksbedinge.

dit voorkom of hierdie opmerking oor die onderskeid tussen die begrippe openbare beleid en *boni mores* nie as beslissend beskou kan word nie. Dié opmerking oor die onderskeid tussen die begrippe openbare beleid en *boni mores* is in hakies geplaas as 'n enkele sin sonder uitbreiding of verklaring, terwyl dit as 'n debatteerbare interpretasie van die gedeelte van die tydskrifartikel waarna verwys word beskou kan word. Vgl in hierdie verband 3.5.2, 3.5.3.1 en 3.5.3.2 hieronder. Om hierdie rede kan die inhoud van die opmerking in hierdie uitspraak nie as van deurslaggewende belang beskou word nie. Dit is jammer, want dit sou 'n stewige argument tgv 'n onderskeid tussen die begrippe kon gewees het, wat welkom sou gewees het, aangesien die stel van 'n duidelike onderskeid tot helderheid sou bydra.

Uit die regspraak wat in hierdie hoofstuk bespreek is, word dit duidelik dat die toepassing van die openbare beleid en openbare belang as kriterium een van daardie terreine is wat 'n belangrike maar moeilike deel van die taak van die regter vorm. Dit behels naamlik dikwels die taak om tot 'n bevinding te kom sonder die hulp van duidelike en gevestigde riglyne. In die regspraak wat in hierdie hoofstuk bespreek is, kon egter (soos gesien) wel 'n aantal riglyne opgemerk word.²¹¹

Die regspraak toon dat die openbare beleid en openbare belang oor die algemeen as die oorkoepelende kriterium vir die beoordeling van die geoorlooftheid, en veral van die afdwingbaarheid, van kontrakte en kontrakbedinge gebruik word.

Met betrekking tot die inhoud van die begrippe openbare beleid en openbare belang is die bestaan van 'n spanningsverhouding opmerklik. Enersyds word die beginsels van kontrakteervryheid en die afdwingbaarheid van kontrakte steeds as deel van die openbare beleid en openbare belang beskou. Andersyds word die openbare beleid en openbare belang gebruik as die begroning vir besluite om die beginsels van kontrakteervryheid en die afdwingbaarheid van kontrakte prakties te temper.²¹² Eersgenoemde benadering behels 'n wyer en selfs vaer aanwending van die begrippe, terwyl laasgenoemde sienswyse 'n meer direkte, praktiese benadering weerspieël. Hieruit ontstaan 'n spanningsverhouding wat tot mistastings aanleiding kan gee. Hierdeur word egter ook die dinamiese werking van die begrippe openbare beleid en openbare belang opmerklik.

²¹¹ Vir 'n samevatting van die vernaamste riglyne, soos wel aangevul deur ander riglyne wat in die loop van die ondersoek geïdentifiseer is: vgl 4.7 hieronder.

²¹² Die feit dat die begrippe openbare beleid en openbare belang huidig ook as begroning vir die tempering van die beginsels van kontrakteervryheid en die afdwingbaarheid van kontrakte gebruik word, kan as 'n gesonde situasie beskou word. Zimmermann *Good Faith and Equity* 256 stel dit so: "The heyday of extreme individualism was shortlived and thus we are witnessing today, all over the world, a transition from freedom of contract to social responsibility. In a broader context, the development can be described as a return to the ethical foundations of the earlier *ius commune*." Vgl ook Zweigert en Kötz *Einführung in die Rechtsvergleichung* 374.

'n Grondliggende insig is dat pogings om te stel wat die inhoud van die begrippe openbare beleid en openbare belang breedweg behels nie veel oplewer nie. Die inhoud kan eenvoudig nie algemeen en vasstaande beskryf word nie. Die inhoud word veelal bepaal deur die feite en omstandighede van elke geval, asook deur die interpretasie daarvan. Hierin is van wesenlike belang dat die aard van die betrokke kontrak in ag geneem moet word, asook die konteks van die kontrak of kontrakbeding. Dit geld egter met inagneming daarvan dat die individuele geval nie sodanig buite verhouding beklemtoon mag word dat dit sou lei tot 'n oormaat van regsonsekerheid en tot misbruik van die openbare beleid en openbare belang as verweer nie.

Drie verbandhoudende basiese perspektiewe is besonder nuttig vir die hantering van die openbare beleid en openbare belang as kriterium. Die eerste is dat die openbare beleid en openbare belang in noue verband staan met die belange van die gemeenskap. Die tweede is die stel van 'n verband tussen die openbare beleid en openbare belang en die geregtigheidsbewussyn van die gemeenskap. Die derde is dat die openbare beleid en openbare belang in die praktiese toepassing dikwels in verband staan met sosiale en ekonomiese dienstigheid.

Dit wil voorkom of daar ten opsigte van die beoordeling op grond van die openbare beleid en openbare belang onderskei kan word tussen die faset van beoordeling op grond van duidelike en algemeen aanvaarde gemeenskapsopvattinge, en die minder duidelike en meer gekompliseerde faset van afweging van die belange van die individu sowel as die gemeenskap. Beide hierdie fasette vorm egter saam deel van die beoordeling op grond van die openbare beleid en openbare belang.

In die beoordelingsproses wat nodig is wanneer kontrakte op grond van die openbare beleid en openbare belang geëvalueer word, is die afweging van belange uiters ingewikkeld. Hierin mag nie uit die oog verloor word nie dat ook 'n balans tussen die belange van die individu en die belange van die gemeenskap gehandhaaf behoort te word. Oormatige klem op die belange van die individu kan regsekerheid in gedrang bring en kan aanleiding gee tot misbruik van die openbare beleid en openbare belang as verweer.

Oormatige klem op die belange van die gemeenskap kan egter weer geregtigheid in die spesifieke geval (billikheid) in gedrang bring.

Die problematiese aspekte met betrekking tot die hantering van die openbare beleid en openbare belang kan veral in verband gebring word met 'n mate van vaagheid en regsonsekerheid aangaande die inhoud en toepassing van hierdie begrippe. 'n Bewussyn van die problematiese aspekte van die hantering van die openbare beleid en openbare belang, asook 'n verbeterde hantering van die problematiese aspekte onder andere op grond van die bewussyn en gevolglik gewysigde hantering daarvan (insluitend 'n meer sistematiese hantering), kan daartoe bydra dat regsonsekerheid op hierdie terrein verminder word.

Dit wil voorkom, veral uit die vroeë regspraak, of die begrippe openbare beleid en openbare belang ("*public policy*" en "*public interest*") uit die Engelse reg oorgeneem is en dat Engelse reg in hierdie konteks sonder meer toegepas is.²¹³ Hoewel dit uit verskeie uitsprake geblyk het dat die onderliggende beginsels nie vreemd aan die Romeins-Hollandse reg was nie, bly die moontlikheid bestaan dat met betrekking tot die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid sekere aspekte van die verskillende stelsels nie in alle opsigte met mekaar versoenbaar was en is nie, en dat dit 'n bron van bepaalde spanninge kan wees.²¹⁴

²¹³ Die oornome en toepassing van beginsels uit die Engelse reg was egter geensins 'n vreemde verskynsel in die Suid-Afrikaanse reg nie. Vgl hieroor oa Zimmermann *Good Faith and Equity* 223-224. Meer besonderhede oor die benadering in die Engelse reg word in 5.3.1 hieronder gegee.

²¹⁴ Hiermee word slegs 'n moontlikheid genoem en word nie toegetree tot die ou debat oor die "resepsie" van die Engelse reg nie. (Vgl hieroor oa Zimmermann 1986 *SALJ* 259-260, 274-275, 288-289.) Ook word nie gesinspeel op 'n diep kloof tussen "*common law*" en "*civil law*" nie. Inderdaad betoog Zimmermann 1986 *SALJ* 259-289 eerder vir 'n sintese, sodat oplossings vir probleme gesoek kan word "*within the framework of a common Western legal culture*" (aw 289). In die loop van sy betoog stel hy dat die Suid-Afrikaanse privaatreë beskryf kan word as *usus hodiernus pandectarum* (aw oa 274), waarvan die Engelse reg 'n integrale deel is (aw 288); dat, soos die Suid-Afrikaanse reg, ook

Die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores* word dikwels in samehang met mekaar gebruik. Ofskoon hierdie begrippe dikwels as afsonderlike begrippe in dieselfde asem gebruik word, word nie duidelik daartussen onderskei nie. Die begrip *boni mores* word selfs as 'n belangrike faset, en meer nog, as die historiese fondament van die begrip openbare beleid gesien. Soms word die begrippe as sinonieme gebruik. Dit wil voorkom of in die meeste uitsprake nie veel van 'n onderskeid tussen die begrippe gesien of bedoel word nie. Soms word tussen die begrippe onderskei, maar dit blyk dat geen waterdigte onderskeid bedoel word nie, of dat die onderskeid nie werklik gemotiveer word nie.²¹⁵ Hierdie gebruik van die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores* in dieselfde konteks, sonder om die onderskeid te verklaar, is 'n bron van vaagheid en onsekerheid.

Ook verdere begrippe van algemene aard word sonder onderskeiding in samehang met die begrippe openbare beleid en openbare belang gebruik. Die belangrikste hiervan is gemeenskapsopvatting, geregtigheid, regverdigheid, redelikheid (veral op die terrein van die beperking van handelsvryheid), billikheid, goeie trou, "*unconscionable(ness)*" en "*oppressive(ness)*". Ofskoon hierdie begrippe wel ook lig werp op die inhoud en

die Engelse reg deel van die Europese *ius commune* is (aw 275); dat die kloof tussen "*common law*" en "*civil law*" tradisioneel heeltemal oordryf word (aw oa 275); dat hierdie stelsels nie so vreemd vir mekaar is nie (aw 285) en eintlik in 'n groot mate gesien kan word as deel van dieselfde tradisie, nl van 'n ware Europese regskultuur (aw 285). (Die opvatting dat die kloof tussen "*common law*" en "*civil law*" heeltemal oordryf word, word ook gehuldig deur Kötz: vgl Kötz 1987 *MLR* 1-15. Hierdie opvatting ondervind egter steeds teenkating: vgl oa Teubner 1998 *MLR* 11-32.) Zimmermann gee wel toe dat "*common law*" en "*civil law*" nie dieselfde is nie (aw 285). Ook verwys Cockrell *Breach of Contract* 332-333 na die moontlikheid dat tov hierdie twee tradisies 'n "*doctrinal dissonance which can result from superimposing English law onto incompatible Roman-Dutch principles*" kan ontstaan. Juis in aansluiting hierby word die moontlikheid geopper dat (ten minste bepaalde fasette van) die problematiek rondom die begrippe openbare beleid en openbare belang in die Suid-Afrikaanse kontraktereg een van daardie terreine kan wees waar die twee tradisies nie heeltemal rym nie en waar klakkelose oornames probleme kan veroorsaak.

²¹⁵ Vgl veral 2.4.12 (ook vn 210) hierbo.

toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang, kan die woordrykheid uiteindelik onduidelikheid skep. Die onduidelikheid in hierdie verband word vererger indien boonop oormatig abstrak geformuleer word. Sekerlik is 'n mate van abstrakte formulering op hierdie terrein noodsaaklik, maar dit behoort noukeurig en konsekwent te geskied ten einde die gepaardgaande vaagheid en regsonsekerheid te beperk.

Die verwisseling van die begrippe openbare beleid en openbare belang met mekaar is dikwels in die regspraak aanwesig. Dit wil in werklikheid voorkom of dit gebruiklik is dat die Engelse begrip *public policy* gebruik word indien na die Afrikaanse begrip openbare belang verwys word. Dit is nie noodwendig heeltemal verkeerd nie, maar indien die verwisseling die gevolg van onnoukeurigheid is, kan dit tot onnodige onsekerheid lei. Dit wil voorkom of in baie van die uitsprake waarin doelbewus hieraan aandag geskenk is, die begrippe in 'n bepaalde verhouding tot mekaar gebruik is, naamlik: aangesien 'n kontrak of kontraksbeding strydig met die openbare belang is, is dit strydig met die openbare beleid. Deur so 'n gedissiplineerde formulering kan vaagheid uiteraard verminder word.

'n Vername oorsaak van vaagheid is die misbruik van die begrippe openbare beleid en openbare belang. Hierdie begrippe word veelal misbruik, veral as verweer.²¹⁶ Hierdie misbruik het tot gevolg dat die toepassing van die begrippe oorweeg word ten opsigte van gevalle waar dit nie tuishoort nie, en wel dikwels gepaardgaande met gekunstelde redenasies. Uiteraard ontstaan dan vaagheid en regsonsekerheid.

Die vaagheid, wat die gevolg is van onnoukeurigheid en misbruik, kan nie as aanvaarbaar beskou word nie. Dit is egter moontlik om hierdie vaagheid te beperk. Dit kan geskied deur middel van noukeurige en omsigtige omgang met die begrippe, soos wat van meet af

²¹⁶ Die begrippe openbare beleid en openbare belang word egter nie net as verweer gebruik nie. Dit is belangrik om nie uit die oog te verloor nie dat (soos reeds gestel is) die begrippe openbare beleid en openbare belang huidig enersyds gebruik word as begroning vir die beginsels van kontraktevryheid en die afdwingbaarheid van kontrakte, sowel andersyds as begroning vir die tempering van hierdie beginsels, en dat hieruit 'n spanningsverhouding ontstaan.

aan en regdeur die ontwikkeling met betrekking tot die gebruik van die begrippe openbare beleid en openbare belang vereis is, maar nie altyd nagekom word nie. Kontrakte en kontraktsbedinge behoort inderdaad slegs as strydig met die openbare beleid bevind te word indien dit duidelik strydig met die openbare belang is, en nie bloot op grond van 'n regter se persoonlike regsgevoel nie.

Dit is egter nie slegs vanweë die bostaande aspekte dat vaagheid die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang kenmerk nie. Dit blyk ook dat 'n mate van vaagheid eenvoudig onvermydelik is. Die begrippe openbare beleid en openbare belang kom dikwels ter sprake in verbande en op terreine waar dit nodig is dat met begrippe van algemene aard gewerk word. Die soepelheid van hierdie begrippe is dan 'n bate wat van groot nut kan wees, byvoorbeeld waar morele waardeoordele gevel moet word in die uitoefening van regterlike diskresie. In hierdie opsig is 'n mate van vaagheid ten opsigte van die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang dus aanvaarbaar. Ook die vaagheid in hierdie verband behoort egter beperk te word deur middel van noukeurige en omsigtige omgang met die begrippe, sodat 'n balans tussen kontraktuele geregtigheid en regsekerheid steeds gehandhaaf kan word.

Die rede vir die vaagheid van die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang lê dus enersyds in die onnoukeurige omgang met die begrippe en nie soseer in die begrippe op sigself nie. Andersyds kan nie ontken word nie, dat die algemene aard van hierdie begrippe wel tot vaagheid lei. Die probleem is dat die begrippe openbare beleid en openbare belang soms gewoon te algemeen is. Noukeurige en omsigtige omgang met die begrippe kan die vaagheid wel tot 'n mate beperk, maar dit los nie die grondliggende probleem op nie.

HOOFSTUK 3

'N SISTEMATIESE BENADERING TOT DIE HANTERING VAN DIE BEGRIPPE OPENBARE BELEID EN OPENBARE BELANG AS KRITERIUM IN DIE KONTRAKTEREG

3.1 Inleiding

In die vorige hoofstuk is die Suid-Afrikaanse regspraak tot einde 1996 ontleed en bespreek ten einde die problematiek aangaande die onpresiese gebruik van die begrippe openbare beleid en openbare belang en die gepaardgaande regsonsekerheid aan te pak. 'n Hele aantal problematiese aspekte is geïdentifiseer, waardeur die oorsake en mate van die onpresiese gebruik van die begrippe openbare beleid en openbare belang asook die gepaardgaande regsonsekerheid duideliker word. Ofskoon riglyne en 'n sistematiek juis ontbreek, het waardevolle bydraes in bepaalde uitsprake wel meegebring dat belangrike aspekte met betrekking tot die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang vasgestel kon word, en dat 'n aantal losstaande riglyne met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraksbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang geïdentifiseer kon word. Hierdeur is vasgestel watter lig die Suid-Afrikaanse regspraak tot einde 1996 op die onderhawige problematiek werp en is die proses van sistematisering begin.

Met hierdie hoofstuk word gepoog om vanuit die literatuur verder by te dra tot sistematisering in verband met die hantering van die openbare beleid en openbare belang as kriterium in die kontraktereg. In hierdie hoofstuk word eerstens gefokus op wat aan die orde is wanneer die openbare beleid en openbare belang by die beoordeling van kontrakte en kontraksbedinge ter sprake kom. Tweedens word die rol van die regter in hierdie

verband bespreek. Dertens word die sistematiese plek van die openbare beleid en openbare belang in die kontraktereg ondersoek. Vierdens word die wese van beoordeling op grond van die openbare beleid en openbare belang onder die loep geneem. Hieronder word gefokus op bestaande sistematiserings in hierdie verband, op die inhoud van die openbare beleid en openbare belang en op 'n aantal van die belangrikste problematiese aspekte in hierdie verband. Vyfdens word die moontlikheid oorweeg dat op hierdie terrein meer as bloot 'n totstandkomingsvereiste vir 'n geldige kontrak ter sprake is.

3.2 'n Algemene kriterium

Ten einde behoorlike sistematisering aangaande die hantering van die openbare beleid en openbare belang te doen, is dit nodig om ten aanvang te probeer uitmaak as wat die openbare beleid en openbare belang getipeer kan word. Dit is allermins voor-die-hand-liggend. Daar is al na die openbare beleid en openbare belang in die kontraktereg verwys as 'n "algemene norm",²¹⁷ of 'n "ope norm",²¹⁸ of 'n "breë waardegebaseerde kriterium".²¹⁹ In aansluiting hierby word aan die hand gedoen dat die openbare beleid en openbare belang beskryf kan word as 'n "algemene waardegeoriënteerde kriterium", aangesien dit 'n kriterium is met 'n algemene strekking wat sowel gebaseer as gerig is op waardes. Die tipering van die openbare beleid en openbare belang as 'n kriterium of norm ken daaraan 'n normatiewe karakter toe en bring dit in verband met die regsïdee, met die behorensiese

²¹⁷ Vgl Lubbe 1990 *Stell LR* 17.

²¹⁸ Vgl Lubbe 1990 *Stell LR* 17. Hierdie begrip word ook in die Nederlandse reg gebruik: vgl 5.2.2.2 hieronder. Vgl in die algemeen in hierdie verband Hart *Concept of Law* 121-132, wat argumenteer oor die "open texture" van die reg.

²¹⁹ Vgl Van der Merwe en Van Huyssteen 1995 *THRHR* 560. In ooreenstemming hiermee verwys Du Plessis 1987 *THRHR* 298 uiteindelik ook vanuit 'n oorwegend publiekregtelike perspektief na spesifiek die openbare belang as 'n "maatstaf" en 'n "versamelnaam".

van die reg.²²⁰ Onder andere hierdeur word voorsiening gemaak vir die aanwesigheid van 'n onmisbare mate van moraliteit in die reg.²²¹ Die tipering van die openbare beleid en openbare belang as *algemene* kriterium of norm dui daarop dat die strekking daarvan algemeen en soepel is. Dit beteken terselfdertyd dat die risiko vir 'n mate van vaagheid en regsonsekerheid noodwendig aan die orde is.

3.3 Die rol van die regter: regterlike regsforming

Die gebruik van die openbare beleid en openbare belang as algemene kriterium raak die taak van die regter ten nouste.²²² Dit is die regter wat by die beoordeling van kontrakte en kontraktsbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang as algemene kriterium tot 'n bevinding moet kom ten opsigte van strydigheid al dan nie daarvan met die openbare beleid en openbare belang.

²²⁰ Vgl in hierdie verband Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die Regswetenskap* 110-165. Vgl ook Kelsen *Reine Rechtslehre* 1-24. Daar moet op gewys word dat ten minste die verdere uitbreiding van Kelsen se betoog beskou kan word as positivisties. So bv etiketteer Freeman *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* 59-60 Kelsen as 'n positivistiese en kritiseer hy die afwysing van waardes en waardeoordele. Eweneens krities teenoor Kelsen is Harris *Law and Legal Science* 34-43.

²²¹ Op die verband en verhouding tussen reg en moraal word vir doeleindes van hierdie proefskrif nie uitdruklik dieper ingegaan nie. Uiteraard is hierdie egter 'n tema wat implisiet regdeur hierdie proefskrif aanwesig is. Met betrekking tot hierdie tema bestaan 'n haas onuitputlike skat literatuur, waarin standpunte wissel (oa) na gelang van die betrokke denktadisie waarbinne geskryf is, bv positivisties of natuurregtelik. Enkele bronne, wat binne die konteks van die problematiek van hierdie proefskrif insiggewende bydraes lewer, is die volgende: Aquilius 1941 *SALJ* 337-353; Roberts (red) *Wessels' Law of Contract (I)* 150 (par 463); Dahm *Deutsches Recht* 20-24; Schwab *Einführung* 3-6 (Rn 6-10); Hage 1981 *WPNR* 709; Van der Merwe ea *Kontraktereg* 140-141; Van der Merwe en Van Huyssteen 1995 *THRHR* 550, 560.

²²² Vgl Roberts (red) *Wessels' Law of Contract (I)* 151 (par 464).

'n Belangrike kwessie is of die regter tot sy bevinding behoort te kom deur middel van 'n "meganiese oordeel"²²³ of op grond van 'n "willekeurige diskresie".²²⁴ Hoe nader aan 'n "meganiese oordeel", hoe minder regsonsekerheid sal aan die orde wees,²²⁵ en, hoe nader aan 'n "willekeurige diskresie", hoe meer regsonsekerheid. Gedurende die vroeë ontwikkelingsjare van die Suid-Afrikaanse kontrakreg is eerder geneig in die rigting van 'n "meganiese oordeel",²²⁶ ofskoon waarskynlik nooit heeltemal tot daardie absolute uiterste beweeg is nie.²²⁷ Die huidige posisie in die Suid-Afrikaanse kontrakreg kan waarskynlik as 'n taamlik gesonde tussenposisie beskryf word. Dit wil voorkom of die heersende mening dit voorstaan dat die toepassing van die openbare beleid en openbare belang nóg bloot 'n "meganiese oordeel", nóg 'n "willekeurige diskresie" behoort te behels, maar wel die uitoefening van 'n *beperkte diskresie*.²²⁸

²²³ Vgl hieroor Lubbe 1990 *Stell LR* 12. Vgl Cockrell 1992 *SALJ* 43 vir 'n vergelyking van die moontlikheid van meganiese toepassing deur regters (sg "*formalism*") met 'n benadering tgv "*open-ended standards*" (sg "*pragmatism*").

²²⁴ Vgl hieroor Lubbe 1990 *Stell LR* 15. Vir 'n bondige historiese perspektief op die twee teenpole: vgl Henning 1968 *THRHR* 243-244.

²²⁵ Oa aangesien hierdie benadering regterlike regsvoorming en diskresie uitsluit: vgl Cockrell 1992 *SALJ* 43.

²²⁶ Vgl hieroor Lubbe 1990 *Stell LR* 12; Trakman 1977 *SALJ* 329-330; Joubert *Principles* 133.

²²⁷ Vgl Roberts (red) *Wessels' Law of Contract (I)* 151 (par 464); Trakman 1977 *SALJ* 481. Vgl ook in die algemeen Hart *Concept of Law* 125 wat betoog dat die regswerklikheid aandui dat 'n "meganiese" benadering onuitvoerbaar is.

²²⁸ Vgl veral Trakman 1977 *SALJ* 481-482. Vgl ook oa Du Plessis en Davis 1984 *SALJ* 89; Reichman-Israelsohn 1985 *SALJ* 527; Kerr *Contract* 477-503. Dit wil voorkom of die gebruik van die beskrywing "diskresie" algemene ondersteuning vind. Dit moet egter by herhaling beklemtoon word dat dit hier nie gaan om 'n willekeurige diskresie nie. Dit is nie seker of die beskrywing as 'n

Waar 'n diskresie aan die orde is, beteken dit dat regters oor beweegruimte beskik by die vasstelling van hulle bevindings. Dit behels ook dikwels die vel van 'n waardeoordeel.²²⁹ Dit word aan die hand gedoen dat dit onontbeerlik op hierdie terrein is.²³⁰ In die uitoefening van sy diskresie word die regter onder andere daardeur gelei dat daar in die toepassingsproses kategorieë van toepassingsgevalle kristalliseer. Omgekeerd weer

"diskresie" almal se ondersteuning geniet nie. Lubbe 1990 *Stell LR* 15 skryf bv die volgende: " 'n Oorheersende tema van die regspraak is dat die hantering van die openbare belang deur die hof nie 'n idiosinkratiese, intuïtiewe diskresie-uitoefening deur die regter regverdig nie. Dat 'n regter by die vel van so 'n oordeel nie 'n diskresie geniet nie, word nadruklik in die *Edouard*-saak beklemtoon. Die hof moet op 'n beginsel- en beleidsvlak 'n openlik beredeneerde en gerigte besluit neem aangaande die eise van die openbare belang. Sodoende word nie alleen groter sekerheid in verband met toekomstige beslissings verkry nie, maar word die indruk van 'n willekeurige diskresie ook vermy." (My onderstreping.) Indien die onderstreepte sin buite die konteks daarvan beskou sou word, sou dit die indruk kon skep dat Lubbe absoluut gekant is teen die uitoefening van 'n diskresie deur 'n regter. Tog skryf Lubbe ook die volgende (aw 11-12): "Die regspraak en literatuur verwerp dan ook die siening dat 'n hof by die beoordeling van die openbare belang bloot gemoed is met 'n meganiese oordeel aan die hand van uitgekristalliseerde oorwegings. Selfs by die toepassing van gevestigde norme in bekende gevalle mag fundamentele waarde- of beleidsoordele van regters geverg word. Hierbenewens moet hof soms gekante standpunte herwaardeer en in nuwe gevalle die eise van die openbare belang artikuleer om dienooreenkomstig 'n oordeel te vel." Indien die onderstreepte sin binne die konteks van die twee pas aangehaalde passasies (saamgelees met die tersaaklike vne daarby, nl veral vne 38, 39 en 65) as 'n geheel beskou word, blyk dit dat Lubbe se standpunt inderdaad nie afwyk van die heersende mening in die literatuur nie. Dit wil voorkom of hier hoogstens eerder 'n terminologiese kwessie aangaande die interpretasie van die woord "diskresie" as 'n grondliggende meningsverskil aan die orde kan wees.

²²⁹ Vgl hieroor Du Plessis en Davis 1984 *SALJ* 89; Lubbe 1990 *Stell LR* 12; Cockrell 1992 *SALJ* 40-63. Vgl ook Freeman *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* 59-60 wat die bestaan en belang van waardeoordele beklemtoon, en wat die positivistiese afwysing van waardeoordele kritiseer.

²³⁰ Vgl oa Trakman 1977 *SALJ* 334, 481-482.

geskied die toepassing ook aan die hand van gevestigde, gekristalliseerde toepassingsgevalle.²³¹

'n Verdere belangrike vraag is dan of dit toelaatbaar vir regters is om nuwe kategorieë van strydigheid met die openbare beleid en openbare belang te vind, welke nuwe kategorieë nie slegs ter sprake kom omdat telkens nuwe tipes kontrakte onder die soeklig val nie, maar ook omdat die inhoud van die begrippe openbare beleid en openbare belang veranderlik is.²³² 'n Keuse vir 'n "meganiëse oordeel" kan in verband gebring word daarmee dat dit vir regters verbode sou wees om nuwe kategorieë van strydigheid met die openbare beleid en openbare belang te vind. Aan die ander kant kan 'n keuse vir 'n "willekeurige diskresie" in verband gebring word met vrye mag aan regters om nuwe kategorieë van strydigheid met die openbare beleid en openbare belang te vind.²³³ In die huidige Suid-Afrikaanse kontrakereg is dit wel toelaatbaar vir regters om soms nuwe kategorieë van strydigheid met die begrippe openbare beleid en openbare belang te vind.²³⁴ Dit impliseer 'n mate van regsvoormende bevoegdheid aan regters.²³⁵ Regsvorming deur regters maak 'n belangrike faset uit van regters se beoordeling van kontrakte en kontraksbepinge op grond van die openbare beleid en openbare belang.²³⁶

²³¹ Vgl Trakman 1977 *SALJ* 333-334; Lubbe 1990 *Stell LR* 11-12; Christie *Contract* 387.

²³² Vgl oa Lubbe 1990 *Stell LR* 12.

²³³ Vgl hieroor oa Lubbe 1990 *Stell LR* 12.

²³⁴ Vgl oa Corbett 1987 *SALJ* 64-65; Joubert *Principles* 133; Lubbe 1990 *Stell LR* 12; Christie *Contract* 387.

²³⁵ Reichman-Israelsohn 1985 *SALJ* 516 praat van 'n "law-creating power", asook (aw 527) van 'n "judicial law-creating discretion".

²³⁶ Vgl Roberts (red) *Wessels' Law of Contract (I)* 151 (par 464).

Hierdie regsformende bevoegdheid is belangrik vir (onder andere) die tydige ontwikkeling van die reg.²³⁷ Toepaslike beperking daarvan behoort egter deurgaans aan die orde te wees.²³⁸ Beperking kan plaasvind veral deur middel van kruiskontroles op grond van die sisteem, vernameelik deurdat die Suid-Afrikaanse kontraktereg steeds binne 'n presedentesisteem funksioneer.²³⁹ Beperking kan ook plaasvind deurdat bevindings en die begroding daarvan so oop en duidelik as moontlik deur regters gehanteer word.²⁴⁰ Op hierdie stadium bestaan daar nog nie in die Suid-Afrikaanse reg 'n behoorlike sisteem van duidelike, gevestigde riglyne in hierdie verband nie, hoewel enkele riglyne wel identifiseerbaar is.²⁴¹

Dit is dus duidelik dat die beoordeling van kontrakte en kontraksbepinge op grond van die openbare beleid en openbare belang 'n gekompliseerde deel van die regter se taak vorm. Soos hierbo vermeld is, behels dit die uitoefening van 'n beperkte diskresie. In die uitoefening van die beperkte diskresie moet die regter dikwels 'n waardeoordeel vel. Die beperkte diskresie bring mee dat die regter oor 'n mate van beweegruimte beskik in die vasstelling van sy bevinding. Die beoordeling van kontrakte en kontraksbepinge op grond van die openbare beleid en openbare belang bring 'n regsformende bevoegdheid vir die regter mee, op grond waarvan 'n belangrike deel van die reg op hierdie terrein daargestel word deur middel van sodanige regterlike regsforming. Die regsformende bevoegdheid van die regter behoort egter toepaslik beperk te word.

²³⁷ Vgl in hierdie samehang oa Van Aswegen 1994 *THRHR* 459.

²³⁸ Vgl Trakman 1977 *SALJ* 334.

²³⁹ Vgl Du Plessis en Davis 1984 *SALJ* 91. Vgl ook in die algemeen Lubbe 1990 *Stell LR* 12-13.

²⁴⁰ Vgl Du Plessis en Davis 1984 *SALJ* 91; Lubbe 1990 *Stell LR* 15.

²⁴¹ Vgl hoofstuk 2 hierbo. Vgl ook 4.7 hieronder vir 'n samevatting van die vernaamste riglyne wat in die loop van die ondersoek geïdentifiseer is.

3.4 Sistematiese plek van die openbare beleid en openbare belang in die kontraktereg

Die vasstelling van die sistematiese plek van die openbare beleid en openbare belang in die kontraktereg speel 'n waardevolle oriënterende rol. Die openbare beleid en openbare belang word in die kontraktereg in verband gebring met een van die vereistes vir 'n geldige kontrak, naamlik met die vereiste wat tradisioneel met die Afrikaanse begrip "geoorlooftheid" en met die Engelse begrip "*legality*" aangedui word.²⁴² Die tradisionele benadering is dus dat die openbare beleid en openbare belang deel vorm van dit wat gebruik word om die geoorlooftheid of *legality* van kontrakte en kontraksbepoe te beoordeel. In hierdie ondersoek word in hierdie verband spesifiek klem geplaas op die terminologie aangaande die begrippe wat gebruik word, aangesien hierdie tradisionele benadering maklik aanleiding gee tot verwarring. Hieraan word in die loop van die bespreking verder aandag gegee. Ter wille van sistematiek kan egter hier reeds tot die gevolgtrekking gekom word dat die sistematiese plek van die openbare beleid en openbare belang by die pasvermelde vereiste vir 'n geldige kontrak tuishoort.

Soos vermeld is, word in hierdie ondersoek spesifiek klem geplaas op terminologiese kwessies, aangesien die tradisionele benadering maklik aanleiding gee tot verwarring. Hoewel die verwarring waarskynlik nie direk voortspruit uit die onderhawige vereiste nie, maar wel uit onnoukeurige omgang met die terminologie in die kontraktereg, kan 'n wysiging van die tersaaklike begrippe moontlik tog op 'n eenvoudige wyse bydra tot die vermindering van die potensiaal vir verwarring. Die voorstel vir 'n wysiging (wat vervolgens toegelig gaan word) kom in kort neer op die oorweging om die begrip geoorlooftheid te vervang deur die begrip regmatigheid.

²⁴² Vgl oa Roberts (red) *Wessels' Law of Contract (I)* 150 (par 463); Lubbe en Murray *Farlam and Hathaway: Contract* 237; Hutchison (red) *Wille's Principles* 428; De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg (I)* 89; Van der Merwe ea *Kontraktereg* 140; Christie *Contract* 384.

'n Aantal fyn onderskeide in die kontraktereg, waarop hier nie diep ingegaan word nie, veroorsaak maklik verwarring indien dit nie korrek gehanteer word nie. 'n Kontrak of kontraktsbeding kan verklaar word as geldig, ongeldig, nietig, vernietigbaar, afdwingbaar, onafdwingbaar, ensovoorts.²⁴³ In hierdie verband moet baie noukeurig met die terminologie omgegaan word, anders sluit mistastings in. Dit sluit ook die wisseling tussen Afrikaans en Engels in. Vir elke begrip moet die korrekte begrip in die ander taal gebruik word, anders bestaan daar nie ooreenstemming nie, byvoorbeeld: geldig - *valid*, ongeldig - *invalid*, nietig - *void*, vernietigbaar - *voidable*, afdwingbaar - *enforceable*, onafdwingbaar - *unenforceable*, ensovoorts.

Op 'n terrein waar maklik verwarring kan ontstaan, kan die vraag gestel word of die aard van die begrip geoorlooftheid nie sodanig is dat nie daarin geslaag kan word om die ontstaan van verwarring genoegsaam te beperk nie. Die vraag kan ook gestel word of die gebruik van die begrip geoorlooftheid en die begrip *legality* as ekwivalente begrippe wel akkuraat genoeg is.

Die gebruik van die begrippe geoorlooftheid en *legality* as in ooreenstemming met mekaar kan waarskynlik verklaar word uit die ontwikkelingsgeskiedenis van die Suid-Afrikaanse kontraktereg, deurdat die gebruik van die begrip geoorlooftheid teruggevoer kan word tot die ou *Burgerlijk Wetboek*²⁴⁴ van die Nederlandse reg²⁴⁵ en die Nederlandse taal waar die begrip *geoorloofd* ook voorkom. Dit is egter belangrik om daarop te wys dat in die

²⁴³ Vgl in hierdie verband oa Van der Merwe en Van Huyssteen 1995 *THRHR* 549-567.

²⁴⁴ Van 1 Oktober 1838.

²⁴⁵ Vgl die ou *Burgerlijk Wetboek* art 1373. Vgl in hierdie verband 5.2.2.3.1.1 hieronder.

ooreenstemmende gedeelte van die nuwe *Burgerlijk Wetboek*²⁴⁶ die formulering sodanig gewysig is dat die begrip *geoorloofd* daar nie meer gebruik word nie.²⁴⁷

'n Verdere aspek, streng sistematies beskou, bied ook steun vir die vervanging van die begrip geoorloofdheid, en wel deur die begrip regmatigheid. Dit kan só verduidelik word. In die algemene regsistematiek kan 'n kontrak geklassifiseer word as 'n juridies relevante gebeurtenis ('n regsfeit).²⁴⁸ 'n Geldige kontrak kan weer geklassifiseer word as een van daardie juridies relevante gebeurtenisse (regsfeite) wat as 'n meersydige regshandeling aangemerkt kan word, en wel as 'n *regmatige* meersydige regshandeling.²⁴⁹ In die algemene regsistematiek is dit dus nie vreemd dat die begrip regmatigheid in verband met kontrakte staan nie. Die begrip regmatigheid sou ook binne die algemene regsistematiek van die verbintenisreg goed aanklank vind by die onregmatige dadereg, waar die begrip (on)regmatigheid gevestig is.²⁵⁰

²⁴⁶ Van 1 Januarie 1992, oftewel boeke 3, 5, 6 en 7 (wat tersaaklik is vir die onderhawige ondersoek) het op hierdie datum in werking getree.

²⁴⁷ Vgl die nuwe *Burgerlijk Wetboek* boek 3, art 40. Vgl in hierdie verband 5.2.2.3.1.1 hieronder. Schut 1992 *RM Themis 2* wys daarop dat met die nuwe *Burgerlijk Wetboek* oa gepoog is om die terminologie van daardie kode in ooreenstemming te bring met die huidige tydvak (om dus veroudering tov terminologie teen te werk), asook om uniformiteit tov terminologie daar te stel. Schut (aw 2) verwys ook kortliks na die belang van die verband tussen taal en die reg. Hierdie aspekte kan eweneens as belangrik vir die Suid-Afrikaanse reg beskou word.

²⁴⁸ Vgl Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die Regswetenskap* 498-516. Vgl ook Du Plessis *Inleiding tot die Reg* 189-192.

²⁴⁹ Vgl Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die Regswetenskap* 498-516. Vgl ook Du Plessis *Inleiding tot die Reg* 189-192.

²⁵⁰ Mbt die begrip (on)regmatigheid in die onregmatige dadereg en wel tav die onderhawige konteks: vgl veral *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 596F-598A; *Universiteit van Pretoria v*

Ter ondersteuning hiervan kan ook daarop gewys word dat in een van die algemeen bekende bronne in die Suid-Afrikaanse reg die onderhawige vereiste oorhoofs aangedui word met die begrip *lawfulness* (ofskoon in die teks steeds na *illegal* verwys word).²⁵¹ Die begrip *lawfulness* is immers in betekenis in direkte ooreenstemming met die begrip regmatigheid.

Dit is ook voor-die-hand-liggend dat die begrip regmatigheid in betekenis nader aan die begrip *legality* is as wat die begrip geoorlooftheid is. Weens die opsigtelik groter ooreenstemming tussen die begrippe regmatigheid en *legality*, is die begrip regmatigheid in spesifiek 'n regs konteks ook meer toepaslik as die begrip geoorlooftheid.

Die sistematiese plek van die openbare beleid en openbare belang in die kontraktereg hoort dus tuis onder een van die vereistes vir 'n geldige kontrak, en wel onder daardie vereiste wat tradisioneel met die begrip geoorlooftheid aangedui word, maar wat waarskynlik akkurater en meer gepas met die begrip regmatigheid aangedui kan word.

3.5 Die wese van beoordeling van kontrakte op grond van die openbare beleid en openbare belang

Vervolgens word gefokus op dit waaroor die beoordeling op grond van die openbare beleid en openbare belang in wese gaan.

Tommie Meyer Films (Edms) Bpk 1977 4 SA 376 (T) 387A-388E; *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd and Others* 1981 2 SA 173 (T) 178H-203C; *Schultz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) 678F-684B; *Elida Gibbs (Pty) Ltd v Colgate Palmolive (Pty) Ltd (I)* 1988 2 SA 350 (W) 353F-360C; *Administrateur, Transvaal v Van der Merwe* 1994 4 SA 347 (A) 358G-364F; *Boberg Delict (I)* 266-267; *Neethling, Potgieter en Visser Deliktereg* 33-52.

²⁵¹ Vgl Van Rensburg, Lotz en Van Rhijn *Contract* 214-216 (par 163-165). Vgl ook bv die resente uitspraak in *Theron v Phoenix Marketing (Pty) Ltd (Heyman Intervening)* 1998 4 SA 287 (W), waar r Southwood op 295J die begrip "unlawful" (onregmatig) in hierdie konteks gebruik het, deurdat hy gestel het dat nie in die betrokke geval aangetoon is dat die kontrak "unlawful" (onregmatig) is nie.

3.5.1 Bestaande sistematiserings

Soos hierbo gestel is, word die openbare beleid en openbare belang in die kontraktereg in verband gebring met die vereiste van geoorlooftheid (regmatigheid) van 'n kontrak.²⁵² Die bestaande sistematiserings in hierdie verband kan weergegee word aan die hand van 'n aantal menings uit standaardbronne in die literatuur. Hierdie sistematiserings met betrekking tot die geoorlooftheid (regmatigheid) van kontrakte word vervolgens krities ontleed ten einde duidelikheid te probeer verkry oor aspekte van belang in verband met die beoordeling van kontrakte op grond van die openbare beleid en openbare belang.

In die sistematisering met betrekking tot geoorlooftheid (regmatigheid) word in die bronne sekere onderskeidings getref. Die algemene mening is weliswaar dat die onderskeidings wat getref word in die sistematisering, naamlik die onderskeid tussen wetgewing, die gemenerereg, die openbare beleid en openbare belang en die *boni mores*, nie absoluut is nie en kan oorvleuel.²⁵³ Tog kan dit nie ontken word dat die onderskeidings getref word nie, en werp dit lig op die beoordeling van kontrakte op grond van die openbare beleid en openbare belang.

Voordat die onderskeie sistematiserings krities ontleed word, word ter wille van 'n behoorlike fokus tydens die ontleding van die sistematiserings die aandag reeds vooraf gevestig op 'n aantal aspekte wat sowel in die regspraak as in die literatuur problematies is. Eerstens is daar die vraag of die openbare beleid as 'n oorkoepelende begrip beskou kan word in dié sin dat strydigheid met die openbare beleid as dieselfde beskou kan word as strydigheid met beide wetgewing en die gemenerereg. Tweedens is daar die onderskeid en verband tussen die begrip openbare *beleid* en die begrip openbare *belang*. Derdens is daar

²⁵² Vgl 3.4 hierbo.

²⁵³ Vgl Roberts (red) *Wessels' Law of Contract (I)* 150-151 (par 463-464); Kerr *Contract* 150; Lubbe en Murray *Farlam and Hathaway: Contract* 237; Hutchison (red) *Wille's Principles* 428 vn 190; De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg (I)* 89; Van der Merwe ea *Kontraktereg* 140-141; Van Rensburg, Lotz en Van Rhijn *Contract* 215 (par 165).

die onderskeid en verband tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores*.

In 'n eerste bron word aangevoer dat 'n kontrak ongeoorloof is indien dit strydig is met wetgewing of met die gemenerereg; maar ingevolge dieselfde standpunt kan ook 'n verdere indeling weens doelmatigheidsredes ("*for convenience of discussion*") gedoen word, naamlik: strydigheid met wetgewing, of met die gemenerereg, of met die openbare beleid, of met die *boni mores*, en ander ongeoorloofde kontrakte.²⁵⁴ Hierdie standpunt brei dus ter wille van praktiese oorwegings die indeling van strydigheid met wetgewing en met die gemenerereg uit deur daarbenewens 'n verdere verdeling tussen die begrip openbare beleid en die begrip *boni mores* en ander ongeoorloofde kontrakte te maak. Dieselfde bron stel egter ook dat enige kontrak ongeoorloof is indien dit strydig is met die reg ("*law*") van die land, ongeag of dit in wetgewing of in die gemenerereg gevind kan word, en dat die onderskeide aangedui in die uiteensetting slegs as doelmatig en nie as wedersyds uitsluitend geag word nie.²⁵⁵

'n Tweede bron voer aan dat 'n kontrak ongeoorloof is indien dit strydig is met wetgewing of met die gemenerereg of met die openbare beleid, maar gewoonlik is dit die openbare beleid wat bepalend is.²⁵⁶ Dit wil voorkom of hiervolgens die begrip openbare beleid oor die algemeen as die oorkoepelende begrip beskou kan word. Die onderskeide word hierdeur nie toegelig nie.

In 'n derde bron word aangevoer dat 'n kontrak ongeoorloof is indien dit strydig is met wetgewing of met die gemenerereg, wat sou beteken strydig met die openbare beleid of met die *boni mores*, maar tog is die openbare beleid hiervolgens altyd die onderliggende

²⁵⁴ Roberts (red) *Wessels' Law of Contract (I)* 150-151 (par 463-464). Hierdie standpunt steun op Romeinse en Romeins-Hollandse gesag: vgl Roberts aw 148-150 (par 459-462).

²⁵⁵ Vgl Roberts (red) *Wessels' Law of Contract (I)* 150-151 (par 463-464).

²⁵⁶ Lubbe en Murray *Farlam and Hathaway: Contract* 237.

bepaler.²⁵⁷ Alhoewel hierdie uiteensetting tussen die begrip openbare beleid en die begrip *boni mores* onderskei, is dit nie duidelik wat die onderskeid is nie. Hierbenewens stem die uiteensetting egter baie ooreen met die tweede uiteensetting hierbo, deurdat die begrip openbare beleid weer eens as die oorkoepelende begrip aangemerkt word. Dit wil voorkom of die begrip openbare beleid in 'n sekere sin as hulpmiddel vir praktiese doeleindes benut word.

'n Vierde bron voer aan dat 'n kontrak ongeoorloof is indien dit strydig is met wetgewing of met die gemenerereg, maar ook indien dit strydig is met die openbare belang of die *boni mores*.²⁵⁸ Hierdie uiteensetting stem baie ooreen met die vorige uiteensetting. Tog val dit op dat nie die begrip openbare *beleid* gebruik word nie, maar wel die begrip openbare *belang*. Dit is onseker of dit 'n opsetlike afwyking is. Moontlik is dit bloot 'n on-noukeurige verwisseling van begrippe.²⁵⁹

In 'n vyfde bron word aangevoer dat 'n kontrak ongeoorloof is indien dit strydig is met wetgewing of met die gemenerereg, soms ook geformuleer as strydig met die *boni mores* in eng sin, of die openbare belang en beleid.²⁶⁰ Hierdie uiteensetting is meer gedifferensieerd as die vorige uiteensettings. Dit wil voorkom of in die verdere toeligting van hierdie uiteensetting die onderhawige problematiek verklaar word deur te stel dat indien wetgewing of die gemenerereg nie 'n duidelike aanduiding gee oor die geoorlooftheid van 'n bepaalde kontrak nie, 'n alternatiewe formulering gebruik word, naamlik 'n beoordeling aan die hand van die openbare beleid en openbare belang of van die *boni mores* (hiervolgens in eng sin). Dit is baie insiggewend. Volgens die toeligting verplaas die

²⁵⁷ Hutchison (red) *Wille's Principles* 428, 428 vn 190.

²⁵⁸ De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg (I)* 89.

²⁵⁹ Vgl in hierdie verband 3.5.3.2 hieronder.

²⁶⁰ Van der Merwe ea *Kontraktereg* 140.

alternatiewe formulering nie die beoordeling met betrekking tot geoorlooftheid tot buite die terrein van die reg nie, maar word deur middel van die alternatiewe formulering dit wat juridies relevant is uit die moraal geabsorbeer "...ter wille van dienstigheid en geregtigheid, vir sover hierdie konsepte deel van die doel en funksie van die reg uitmaak".²⁶¹ In hierdie uiteensetting word die begrip openbare beleid en die begrip openbare belang noukeurig apart gebruik. Hierdie bron bied hierbenewens ook wel uitdruklik 'n perspektief op die onderskeid en verband tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores*.²⁶² Hieraan word verderaan in hierdie hoofstuk pertinent aandag gegee.²⁶³

'n Sesde bron voer aan dat 'n kontrak ongeoorloof is indien dit strydig is met wetgewing of met die *boni mores* of met die openbare beleid.²⁶⁴ Dit val op dat hierdie uiteensetting van meet af aan geen melding maak van strydigheid met die gemenerereg nie. Dit het as 't ware sonder meer die begrip gemenerereg deur die begrip *boni mores* en die begrip openbare beleid vervang. Dit wil dus voorkom of hiervolgens die openbare beleid en die *boni mores* sentraal in die gemenerereg geag word.

Na aanleiding hiervan kan voorlopig gestel word dat die sinvolste benadering myns insiens²⁶⁵ is om die kriterium vir ongeoorlooftheid (onregmatigheid) te stel as strydigheid met wetgewing of met die gemenerereg, welke kriterium bygeval ook geformuleer kan word as strydigheid met die openbare beleid en openbare belang, of met die *boni mores*. Verder

²⁶¹ Vgl Van der Merwe ea *Kontraktereg* 140-141.

²⁶² Vgl Van der Merwe ea *Kontraktereg* 141.

²⁶³ Vgl in hierdie verband 3.5.3.3 hieronder.

²⁶⁴ Van Rensburg, Lotz en Van Rhijn *Contract* 214 (par 163). Ook Trakman het die regsposisie (teen 1977) so opgesom: vgl Trakman 1977 *SALJ* 328.

²⁶⁵ In navolging van veral Van der Merwe ea *Kontraktereg* 140-141.

in samehang hiermee, is dit as breë perspektief wel nuttig om in ag te neem dat die beoordeling van ongeoorloofdheid (onregmatigheid) oor die algemeen tog maar onderliggend aan die hand van die openbare beleid (as omvattende kriterium) geskied.²⁶⁶ Hierdie sistematiesing moet egter ter wille van praktiese toepassing duideliker uitgewerk word. Dit word verder in hierdie hoofstuk gedoen.

Uit die pas bespreekte onderskeie sistematiserings in die bronne wil dit voorkom of die heersende mening met betrekking tot die sistematiesing aangaande die geoorloofdheid (regmatigheid) van kontrakte behels dat die openbare beleid as die oorkoepelende begrip gesien kan word. Met ander woorde, kontrakte is ongeoorloof (onregmatig) indien dit strydig is met die openbare beleid. Met betrekking tot die tweede problematiese aspek soos hierbo gestel, naamlik die onderskeid en verband tussen die begrip openbare beleid en die begrip openbare belang, blyk daar nie uit die pas bespreekte sistematiserings 'n bruikbare aanduiding te wees nie. Hieraan word wel verderaan in hierdie hoofstuk weer aandag geskenk.²⁶⁷ Eweneens blyk uit hierdie sistematiserings met betrekking tot die derde problematiese aspek, naamlik die onderskeid en verband tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores*, geen duidelike koers nie. Ook hieraan word verderaan in hierdie hoofstuk weer aandag geskenk.²⁶⁸

3.5.2 Inhoud van die openbare beleid en openbare belang

Een van die groot probleme verbonde aan die gebruik van begrippe met so 'n algemene strekking soos die openbare beleid en openbare belang, is dat dit moeilik is om werklik die

²⁶⁶ Vgl oa Lubbe en Murray *Farlam and Hathaway: Contract 237*; Hutchison (red) *Wille's Principles* 428 vn 190.

²⁶⁷ Vgl 3.5.3.2 hieronder.

²⁶⁸ Vgl 3.5.3.3 hieronder.

inhoud daarvan vas te pen.²⁶⁹ Drie vroeë omskrywings volg 'n taamlik eenvoudige benadering. Die vraag is egter of die inhoud van die begrippe daardeur enigsins betekenisvol duideliker word. Die eerste van hierdie vroeë omskrywings stel dat 'n handeling wat strydig met die belange van die gemeenskap is as strydig met die openbare beleid gereken word, en dat sulke handeling ook as strydig met die gemenerereg beskou kan word of soms as strydig met die morele bewussyn van die gemeenskap.²⁷⁰

An act which is contrary to the interests of the community is said to be an act contrary to public policy. Such acts may also be regarded as contrary to the Common Law (Voet, 2.14.6) or in some cases contrary to the moral sense of the community (*Inst.*, 3.19.24; Savigny, *System*, vol. 3, s. 122).

Dit wil voorkom of hier ter veralgemening gestel word dat strydigheid met die openbare beleid inhou strydigheid met die belange van die gemeenskap, welke handeling ook beskou kan word as strydig met die gemenerereg of in sekere gevalle as strydig met die morele bewussyn van die gemeenskap. Dit is onseker of hier bedoel word dat strydigheid met die belange van die gemeenskap dieselfde is as strydigheid met die gemenerereg. Dit is waarskynlik tog die bedoeling. Die veralgemening bring egter in elk geval mee dat die omskrywing nie werklik konkrete lig werp op die inhoud van die openbare beleid nie, want die belange van die gemeenskap en die morele bewussyn van die gemeenskap is baie algemene kriteria. Die omskrywing laat wel in die algemeen blyk in watter sinsverband die openbare beleid gebruik word, en veronderstel 'n baie noue verband tussen die openbare beleid, die belange van die gemeenskap, die gemenerereg en die morele bewussyn van die gemeenskap.

Die tweede vroeë omskrywing stel dat 'n kontrak wat strydig is met die openbare beleid 'n kontrak is wat 'n prestasie vereis wat nie op sigself ongeoorloof ("*illegal*") of immoreel ("*immoral*") is nie, maar wat die howe op grond van dienstigheid (wenslikheid,

²⁶⁹ Vgl oa Trakman 1977 *SALJ* 328; Reichman-Israelsohn 1985 *SALJ* 516.

²⁷⁰ Roberts (red) *Wessels' Law of Contract (I)* 157 (par 480).

raadsaamheid) nie sal afdwing nie aangesien prestasie die belange van die gemeenskap nadelig sal beïnvloed.²⁷¹

A contract against public policy is one stipulating a performance which is not *per se* illegal or immoral but which the Courts, on grounds of expedience, will not enforce, because performance will detrimentally affect the interests of the community.

Volgens hierdie omskrywing behels strydigheid met die openbare beleid nie dit wat op sigself strydig is met wetgewing of die gemenerereg nie. Strydigheid met die openbare beleid word volgens hierdie omskrywing bepaal op grond van dienstigheid (wenslikheid, raadsaamheid), wat veral strydigheid met die belange van die gemeenskap inhou. Dit wil dus voorkom of hierdie omskrywing 'n onderskeid tref tussen strydigheid met wetgewing en die gemenerereg en strydigheid met die openbare beleid, deur te stel dat laasgenoemde met redes van dienstigheid (wenslikheid, raadsaamheid) verband hou wat neerkom op strydigheid met die belange van die gemeenskap. Hierdie onderskeid is insiggewend. Indien die woorde van die omskrywing letterlik geïnterpreteer word, wil dit verder voorkom of strydigheid met die openbare beleid volgens hierdie omskrywing slegs tot onafdwingbaarheid van 'n kontrak aanleiding gee. Soos in die geval van die vorige omskrywing veronderstel ook hierdie omskrywing 'n noue verband tussen die openbare beleid en die belange van die gemeenskap.

Die derde vroeë omskrywing stel dat 'n ooreenkoms strydig is met die openbare beleid indien dit strydig is met die belange van die staat of met oorwegings van geregtigheid of met die belange van die gemeenskap.²⁷²

An agreement is contrary to public policy if it is opposed to the interests of the state, or of justice, or of the public.

²⁷¹ Aquilius 1941 *SALJ* 346.

²⁷² Hutchison (red) *Wille's Principles* 431.

Soos in die geval van die vorige twee omskrywings, bring ook hierdie vroeë omskrywing die openbare beleid in verband met die belange van die gemeenskap. Hierdie derde omskrywing sit die algemeenheid van die omskrywings voort deur die openbare beleid ook in verband te bring met die belange van die staat en oorwegings van geregtigheid.

Die sentrale faset van hierdie drie vroeë omskrywings is die opvatting dat kontrakte en kontraktsbedinge strydig met die openbare beleid is indien dit strydig met die belange van die gemeenskap is. In aansluiting hierby is ook die onderskeid wat getref is in die tweede omskrywing insiggewend. Dit is insiggewend aangesien dit hiervolgens wil voorkom of onderskei kan word tussen kontrakte wat op sigself ongeoorloof of immoreel is, en kontrakte wat strydig is met die openbare beleid op grond van dienstigheid (wenslikheid, raadsaamheid), aangesien dit strydig is met die belange van die gemeenskap en moontlik derhalwe slegs onafdwingbaar is.

'n Meer gedifferensieerde omskrywing, op 'n later stadium van die regsontwikkeling, gaan verder as bostaande drie vroeë omskrywings. Dit doen 'n onderskeid tussen die openbare beleid en openbare belang aan die hand.²⁷³ Dit vind aansluiting by die drie vroeë omskrywings deur klem te plaas op die gemeenskap. Volgens hierdie omskrywing is die openbare *belang* die gemeenskap in harmonie, waarin alle aspekte en dimensies van die gemeenskap in balans verkeer; en die openbare *beleid* is die soeke daarna.²⁷⁴

Is public interest not the balanced health of the community in all its aspects and dimensions, not only of justice or equity but of the entire fabric of society in the interrelation and balance of all its aspects and dimensions, including the economic and social: the Utopian Society, the Holy Grail? And public policy the search for it? It embraces, in its dimension of justice or equity, the instinctive notion of fair play, the instinctive desire to see justice done in

²⁷³ Op hierdie onderskeid word nie in hierdie onderafdeling ingegaan nie. Hierop word wel direk en afsonderlik ingegaan in 'n volgende onderafdeling: vgl 3.5.3.2 hieronder.

²⁷⁴ Reichman-Israelsohn 1985 *SALJ* 516.

accordance with that notion of fair play; the instinctive yearning to live in an honourable community or society which strives for and applies such notions.

Die aspekte en dimensies wat volgens hierdie omskrywing in balans moet verkeer om sodoende die openbare belang te vorm, sluit aspekte en dimensies van geregtigheid of billikheid in asook van die ekonomiese en die sosiale. Die openbare belang is volgens hierdie omskrywing die "volmaakte"²⁷⁵ samelewing, en die openbare beleid die soeke daarna deur geregtigheid of billikheid heen in 'n strewe na regverdigde optrede in 'n eerbare samelewing. Dit is opmerklik dat in hierdie samehang 'n baie nou verband gestel word tussen geregtigheid en billikheid ("*justice or equity*"). Dit wil voorkom of die kern van die omskrywing die openbare beleid en openbare belang skets as verbandhoudend met 'n gemeenskap waarvan al die belange gebalanseerd is, oftewel in ewewig verkeer.

In die drie vroeë omskrywings word strydigheid met die openbare beleid veral in verband met strydigheid met die belange van die gemeenskap gebring. In die latere, meer gediferensieerde, omskrywing word die openbare beleid en openbare belang in verband gebring met 'n gemeenskap met gebalanseerde belange. Ten einde gebalanseerde belange te verkry, moet die belange afgeweg word.

Die openbare beleid en openbare belang staan inderdaad ten nouste in verband met die afweging van belange.²⁷⁶ Ten spyte van die letterlike betekenis van die begrippe openbare

²⁷⁵ Aanhalingsstekens word hier gebruik om aan te toon dat die skrywer se redenasie binne die eie konteks daarvan aanvaar word, maar dat die gedagte van 'n volmaakte samelewing uiteraard vreemd is aan die gebroke werklikheid waarbinne die mens in die huidige bestel op aarde lewe.

²⁷⁶ Vgl Trakman 1977 *SALJ* 330-331; Lubbe 1990 *Stell LR* 17; Van der Merwe en Van Huyssteen 1995 *THRHR* 560-567. Ook met die fokus op die begrip openbare belang "in die publiekregtelike sin", word Du Plessis 1987 *THRHR* 290-298 gelei tot die gevolgtrekking dat dit veral om die afweging van belange gaan. In hierdie proefskrif word egter nie ingegaan op die openbare beleid en openbare belang vanuit 'n publiekregtelike perspektief nie. Van Zyl 1988 *SALJ* 290 bring die afweging van belange in verband met die begrip geregtigheid ("*justice*") waar hy soos volg 'n onderskeid tref tussen die begrippe geregtigheid ("*justice*") en billikheid ("*equity*"): " 'Justice' as such may be

beleid en openbare belang, wat eerder slaan op die "openbare" as op die "individuele", is nie slegs die belange van die gemeenskap as geheel in die algemeen ter sprake nie, maar ook die individuele belange van die spesifieke partye tot die spesifieke kontrak.²⁷⁷ Die belange van die gemeenskap as geheel in die algemeen sou ook "publieke belange" of "openbare belange" ("*public interests*") kon heet. Dit kan egter maklik verwar word met die begrip "openbare belang" ("*public interest*").²⁷⁸ Ten einde hierdie moontlike verwarring uit te skakel, is dit 'n goeie oplossing dat - in geval van moontlike verwarring - na die belange van die gemeenskap as geheel in die algemeen verwys behoort te word as "sosiale belange" ("*social interests*").²⁷⁹ Die begrippe openbare beleid en openbare belang staan dus ten nouste in verband met die afweging van sowel sosiale as individuele belange.

described as the state of harmony or stability which comes into existence after a conflict of interests in a particular society between particular interest-bearing persons or groups of persons has been resolved in accordance with the applicable law. 'Equity', on the other hand, is indicative of those principles of law which have evolved to mitigate the harshness of the existing law." Afgaande hierop sou gevra kon word of die begrippe openbare beleid en openbare belang dan eerder in verband staan met die begrip geregtigheid as met die begrip billikheid, aangesien die begrippe openbare beleid en openbare belang veral in verband staan met die afweging van belange. Dit sou egter as 'n vreemde gevolgtrekking beskou kan word. Inderdaad is dit onwaarskynlik dat dit die bedoeling van Van Zyl was.

²⁷⁷ Vgl Trakman 1977 *SALJ* 330-331; Lubbe 1990 *Stell LR* 17; Van der Merwe ea *Kontraktereg* 141; Van der Merwe en Van Huyssteen 1995 *THRHR* 563. Cockrell 1992 *SALJ* 61 verbind die belange van die gemeenskap as 'n geheel met die sg "*public harm*"-beginsel en die individuele belange van die spesifieke partye met die sg beginsel van "*paternalism*". Dit wil voorkom of dit nie buitengewoon is dat 'n betekenis, wat beide die individu en die gemeenskap as 'n geheel se belange betrek, aan 'n algemene begrip geheg word nie: ook bv Van Zyl 1988 *SALJ* 290 heg so 'n betekenis, benewens aan die begrippe openbare beleid en openbare belang, ook aan ander algemene begrippe, nl geregtigheid, billikheid, goeie trou (en *boni mores*).

²⁷⁸ Van der Merwe en Van Huyssteen 1995 *THRHR* 560.

²⁷⁹ Dit is die voorstel van Van der Merwe en Van Huyssteen 1995 *THRHR* 560.

Hoe hierdie afweging prakties moet plaasvind in 'n heterogene gemeenskap, soos die Suid-Afrikaanse gemeenskap, is inderdaad veral ingewikkeld.²⁸⁰ 'n Sentrale vraag is telkens of die belange van 'n spesifieke gedeelte van die gemeenskap deurslaggewend is, dan wel die belange van die gemeenskap as geheel.²⁸¹ Dit wil voorkom of 'n sinvolle benadering sou wees dat die antwoord afhang van die omstandighede waarbinne die vraag beantwoord moet word, maar dat in geval van werklike onsekerheid of waar 'n diskresie andersins uitgeoefen moet word, die belange van die gemeenskap as geheel deurslaggewend is.²⁸² As motivering hiervoor kan gestel word dat die algemene kriterium immers die *openbare* beleid en *openbare* belang is (ofskoon - soos hierbo vermeld - hierdie kriterium tog die individuele belange ook moet verdiskonteer).

Met die oog op veral praktiese toepassing dien die volgende vermeld te word. In die praktiese toepassing sou grade van regsgevolge in die spel kon kom. Hiervolgens sou byvoorbeeld indruising teen die belange van die gemeenskap as geheel tot ongeoorlooftheid

²⁸⁰ Vgl hieroor Lubbe en Murray *Farlam and Hathaway: Contract* 241. Hoewel die opmerking hier (aw 241) streng gesproke nie binne die konteks van kontraktuele geregtigheid gemaak is nie, is dit net so relevant binne die konteks van kontraktuele geregtigheid.

²⁸¹ Vgl Van der Merwe ea *Kontraktereg* 141.

²⁸² Hierdie benadering volg nav die benadering van Van der Merwe ea *Kontraktereg* 141-142, maar strook nie noodwendig daarmee nie en is terselfdertyd opsetlik eenvoudiger en vanuit 'n ander perspektief aangepak. Van der Merwe ea *Kontraktereg* 141-142 formuleer hulle benadering soos volg: "Die leidende beginsel behoort te wees dat seksionele belange in die konteks van die breër belange van die samelewing in sy geheel beoordeel behoort te word: dele van 'n samelewing het 'n belang daarby om die algemene belange van die samelewing te handhaaf, terwyl die samelewing self belang daarby het om seksionele belange te handhaaf. In 'n gegewe geval kan dit dus in die openbare belang wees om die vernaamste klem op spesifieke belange en gebruike te plaas vóór die belange en gebruike van die breër gemeenskap. Insgelyks sal die openbare belang dikwels deur individuele belange bepaal word." Vgl verder Van der Merwe ea *Kontraktereg* 142 vn 7. Vgl ook Van der Merwe en Van Huyssteen 1995 *THRHR* 564-565.

en totale ongeldigheid van 'n kontrak kon lei, terwyl indruising teen die belange van 'n spesifieke deel van die gemeenskap sou kon lei tot geldigheid maar onafdwingbaarheid, of gedeeltelike afdwingbaarheid.²⁸³

3.5.3 Problematiese aspekte

Hierbo²⁸⁴ is verwys na 'n aantal van die vernaamste aspekte met betrekking tot die beoordeling van kontrakte en kontraksbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang wat problematies geblyk het, sowel in die regspraak as in die literatuur. Hierdie problematiese aspekte kom ter wille van duidelikheid vervolgens direk aan die orde. Die eerste problematiese aspek wat onder hierdie hoof bespreek word, gaan oor die vraag of die openbare beleid as 'n oorkoepelende begrip beskou kan word in dié sin dat strydigheid met die openbare beleid as dieselfde beskou kan word as strydigheid met beide wetgewing en die gemenerereg. Die tweede problematiese aspek wat onder hierdie hoof bespreek word, gaan oor die onderskeid en verband tussen die begrip openbare *beleid* en die begrip openbare *belang*. Die derde problematiese aspek wat onder hierdie hoof bespreek word, gaan oor die onderskeid en verband tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores*.

²⁸³ Vgl Van der Merwe en Van Huyssteen 1995 *THRHR* 564-565. Die pasvermelde skrywers meen dat, hoewel hiervolgens indruising teen die belange van die samelewing as geheel ernstiger gevolge vir die kontrak sou inhou, dit nie 'n aanduiding daarvan hoef te wees dat ingevolge hierdie benadering meer waarde geheg word aan die belange van die samelewing as geheel nie. Hulle meen verder dat privaatoutonomie, wat deel vorm van die individuele belange wat deur die openbare beleid in ag geneem word, inhou dat die individuele kontrakspartye sover moontlik in beheer van hulle kontrakte behoort te bly en dat die grade van gevolge van kontrakte aan die hand hiervan bepaal behoort te word: vgl Van der Merwe en Van Huyssteen 1995 *THRHR* 564-565.

²⁸⁴ Vgl 3.5.1 hierbo.

3.5.3.1 Die openbare beleid as oorkoepelende begrip

Die eerste problematiese aspek wat onder hierdie hoof bespreek word, gaan oor die vraag of die openbare beleid as 'n oorkoepelende begrip beskou kan word in dié sin dat strydigheid met die openbare beleid as dieselfde beskou kan word as strydigheid met beide wetgewing en die gemenerereg.

Soos hierbo²⁸⁵ opgemerk is, blyk dit dat in 'n hele aantal bronne die mening gehuldig word dat die openbare beleid inderdaad in hierdie sin as die oorkoepelende begrip beskou kan word.²⁸⁶ Hierdie mening is nie foutief nie, mits die begrip openbare beleid wyd geïnterpreteer word en 'n algemene betekenis daaraan geheg word. Hiervolgens is alles wat in stryd met die reg is, strydig met die openbare beleid. As algemene opvatting is dit seker in orde.

Die pasvermelde mening is egter kritiseerbaar indien gevra word na die sin daarvan vir 'n regter om met so 'n wye en algemene interpretasie van die begrip openbare beleid te werk. Dit wil voorkom of ook 'n enger perspektief as die pasvermelde mening met betrekking tot die gebruik van die begrip openbare beleid uit sekere bronne blyk.²⁸⁷ In aansluiting hierby word aan die hand gedoen dat by die beoordeling van kontrakte en kontraksbepinge op grond van die openbare beleid nie die heel wye en algemene interpretasie van die begrip openbare beleid voorop behoort te staan nie. 'n Enger perspektief op die begrip openbare beleid maak die gebruik deur 'n regter van die begrip openbare beleid by die beoordeling van kontrakte en kontraksbepinge sinvoller. Dit behels dat eers indien wetgewing en die gemenerereg met betrekking tot 'n bepaalde kwessie nie duidelik is nie, die regter die begrip openbare beleid as sodanig as kriterium gebruik in sy beoordeling van 'n kontrak of

²⁸⁵ Vgl 3.5.1 en 3.5.2 hierbo.

²⁸⁶ Vgl ook in hierdie verband Corbett 1987 *SALJ* 65.

²⁸⁷ Vgl 3.5.1 hierbo - die vyfde bron (Van der Merwe ea *Kontraktereg* 140); 3.5.2 hierbo - die tweede vroeë omskrywing (dié van Aquilius 1941 *SALJ* 346).

kontraksbeding. Hiervolgens is die regter bevoeg om in gevalle waar geen duidelike voorskrif uit wetgewing of die gemenerereg blyk nie, op grond van dienstigheid te verklaar dat 'n kontrak of kontraksbeding strydig met die openbare beleid is indien dit strydig met die belange van die gemeenskap is.

3.5.3.2 Die onderskeid en verband tussen die begrip openbare beleid en die begrip openbare belang

Die tweede problematiese aspek wat onder hierdie hoof bespreek word, gaan oor die onderskeid en verband tussen die begrip openbare *beleid* en die begrip openbare *belang*. Gewoonlik word glad nie na 'n onderskeid tussen die begrip openbare beleid en die begrip openbare belang verwys nie, of word 'n duidelike onderskeid nie beklemtoon nie.²⁸⁸ Uiteraard kan dit wees omdat daar meestal met die fokus op ander kwessies eenvoudig nie spesifiek op die bestaan van 'n onderskeid tussen die begrippe gefokus word nie, of omdat dit as onnodig geag word om in die spesifieke omstandighede op 'n onderskeid te wys. Tog kan dit ook wees dat soms ondeurdagte verwisseling aan die orde is. Die verskil ten opsigte van die inhoud van die begrippe is inderdaad nie ooglopend nie. Dit is waarskynlik 'n belangrike rede waarom die begrippe soms verwissel word. Boonop kan hier waarskynlik nie sprake wees van wesenlike mistasting nie.

Alhoewel die hantering van hierdie kwessie ingewikkeld is, behoort dit nie nagelaat te word nie om tog die verwisseling van die begrippe openbare beleid en openbare belang

²⁸⁸ Van der Merwe en Van Huyssteen 1995 *THRHR* 561 vn 68 skryf die volgende hieroor: "In the case law, the terms 'public policy' and 'public interest' (and the Afrikaans equivalents 'openbare beleid' and 'openbare belang') as they appear in the context of contract have not been given a precise content. Although the terms have been used in a manner which implies some distinction in their meaning ... they are often used interchangeably..." Vgl ook Kerr *Contract* 478-479: "...one needs to bear in mind that public policy and the public interest are linked;..." Zimmermann *Good Faith and Equity* 258 skyn te meen dat spesifiek die begrip openbare belang hetsy *public interest* hetsy *public policy* kan beteken. Vgl ook oa Lubbe 1990 *Stell LR* 10; Van der Walt 1993 *THRHR* 76.

met mekaar aan te merk as 'n potensiële bron van onduidelikheid. Derhalwe word aan die hand gedoen dat hierdie begrippe eerder konsekwent gehanteer word.

Aangesien verskillende woorde, naamlik "beleid" en "belang" aan die orde is, is dit geregverdig om af te lei dat die begrippe nie sinonieme is nie en waarskynlik ook nie as sodanig gebruik behoort te word nie. Ofskoon dit 'n enkele mening is, is al in 'n bron (soos reeds opgemerk)²⁸⁹ tussen die begrippe onderskei deur in die omskrywing van die begrippe openbare beleid en openbare belang, die openbare *belang* in verband te bring met 'n gemeenskap met gebalanseerde belange en die openbare *beleid* met die soeke daarna. Dit word verder aan die hand gedoen dat die begrippe konsekwent gebruik kan word onder andere vanuit die perspektief van 'n bepaalde verhouding tot mekaar: kontrakte en kontraktsbedinge word as strydig met die openbare beleid verklaar indien dit strydig is met die openbare belang. In aansluiting hierby lyk dit ook logies om die begrip openbare beleid te sien as die begrip waarmee die verklaarde beleid of program aangedui word, van dit wat in spesifieke omstandighede in die openbare belang is.

Op 'n terrein waar abstraksie en die gebruik van algemene begrippe buitendien in die gewone gang van sake die bereiking van duidelikheid bemoeilik, sou ten minste reeds die bewustelike en konsekwente hantering van die begrippe openbare beleid en openbare belang bydra tot duidelikheid: dus, konsekwent "openbare beleid" as "*public policy*" bedoel word, of "openbare belang" as "*public interest*" bedoel word.

3.5.3.3 Die onderskeid en verband tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores*

Die derde problematiese aspek wat onder hierdie hoof bespreek word, gaan oor die onderskeid en verband tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores*. Duidelikheid met betrekking tot die inhoud van die openbare beleid en openbare belang word ook in die weg gestaan deurdat 'n verdere algemene begrip, naamlik

²⁸⁹ Vgl 3.5.2 hierbo vir die bespreking van die passasie uit Reichman-Israelsohn 1985 *SALJ* 516.

die begrip *boni mores*, in dieselfde samehang en aanvullend tot die begrippe openbare beleid en openbare belang gebruik word. Die kernvrae hier is of daar 'n onderskeid tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores* is; en indien wel, wat die onderskeid is. Dit is doenlik om indringend hieraan aandag te gee, aangesien hierdeur beduidend bygedra kan word om die inhoud van die begrippe openbare beleid en openbare belang verder toe te lig. Aangesien die spesifieke formulering van die onderskeie skrywers van groot belang is, word dit deurgaans direk aan die orde gestel.

Die meeste skrywers beklemtoon die ingewikkeldheid van die onderskeid tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores*. Uit die volgende vroeë bron word nie uitsluitlik verkry nie, maar die kompleksiteit van die kwessie word deur die bestudering daarvan goed belig. Dit is nie moontlik om uit hierdie bron vas te stel of 'n onderskeid bedoel word of nie, en dit wil voorkom of 'n weerspreking in die bron nie uitgesluit is nie. Aan die een kant wil dit voorkom of die skrywer die bestaan van 'n onderskeid wil afwys:²⁹⁰

Broadly speaking a contract may be said to be illegal if the law refuses to enforce it and in this sense it is immaterial whether the law withholds its support because the contract conflicts with a direct legal command or prohibition, on the ground that it runs counter to public policy or because it flouts morality. In a sense, too, all illegalities may be said to be immoral and all immorality and illegality contrary to public policy.

Die skrywer voeg ook hieraan toe dat 'n kontrak gevolglik nie noodwendig uitsluitlik strydig met enige een van hierdie begrippe hoef te wees nie en dat al drie die begrippe gewortel is in dienstigheid.²⁹¹

Aan die ander kant wil dit voorkom of die skrywer wel 'n onderskeid tref deur elders in dieselfde bron na "*morals*" en die openbare beleid te verwys asof dit onderskeibaar sou

²⁹⁰ Vgl Aquilius 1941 *SALJ* 344.

²⁹¹ Vgl Aquilius 1941 *SALJ* 344.

wees.²⁹² Hier stel die skrywer ook dat 'n kontrak strydig met die openbare beleid 'n kontrak is wat 'n prestasie bepaal wat nie op sigself ongeoorloof ("*illegal*") of immoreel is nie, maar wat die howe op grond van dienstigheid nie sal afdwing nie aangesien prestasie die belange van die gemeenskap nadelig sal beïnvloed.²⁹³

Uiteindelik blyk dit nie duidelik wat hierdie skrywer se standpunt is nie.²⁹⁴ Moontlik is die rede 'n weerspreking binne die bron self.

Onduidelikheid in hierdie verband is egter ook by ander bronne nie uitgesluit nie. 'n Volgende bron verwys ook na 'n moontlike onderskeid, maar kom tot die gevolgtrekking dat die onderskeid onduidelik en waarskynlik nie waardevol is nie. Hiervolgens word strydigheid met die *boni mores* verstaan as dit wat strydig met die gewete of regsgevoel of welvoeglikheid is, ook gestel as strydig met die aanvaarde gewoontes en gebruike wat as bindend binne die gemeenskap geag word.²⁹⁵

Agreements are said to be contra bonos mores if they offend our conscience, or sense of what is right, or modesty... However, the agreement need not entail conduct that is immoral or sexually reprehensible; it is contra bonos mores if it runs contrary to the accepted customs and usages which are regarded as binding on all members of society... The distinction between agreements contrary to public policy and those contra bonos mores is not very definite ... and there seems little value in the distinction.

²⁹² Vgl Aquilius 1941 *SALJ* 346.

²⁹³ Vgl Aquilius 1941 *SALJ* 346. Van der Merwe ea *Kontraktereg* 141 vn 4 kritiseer egter hierdie passasie deur aan te voer dat dit nie as algemeen geldend beskou kan word nie.

²⁹⁴ Lubbe 1990 *Stell LR* 11 vn 31 beskou egter hierdie skrywer as deel van die groep skrywers wat wel 'n "streng" onderskeid handhaaf, maar dan spesifiek nav Aquilius 1941 *SALJ* 346 (lw: nie nav Aquilius 1941 *SALJ* 344 nie).

²⁹⁵ Vgl Hutchison (red) *Wille's Principles* 435.

Die skrywer spreek dus wel sy mening uit oor wat strydig met die *boni mores* sou wees, maar gee tog toe dat die onderskeid tussen die *boni mores* en die openbare beleid onduidelik is en gevolglik ontbeer kan word.

Inhoudelik in noue aansluiting hierby beklemtoon nog 'n bron dat dit moeilik is om die onderskeid aan te dui, en wys uiteindelik eerder op 'n aspek wat gemeenskaplik aan beide die openbare beleid en die *boni mores* is. Hiervolgens is onderliggend aan beide die openbare beleid en die *boni mores* die een of ander openbare belang.²⁹⁶ Hierdeur word dus die verband tussen die openbare beleid en die *boni mores* beklemtoon.

In 'n meer uitgebreide uiteensetting word weer eens beklemtoon dat die onderskeid onduidelik is, maar in hierdie uiteensetting word daarop gewys dat daar wel breedweg onderskeibare kategorieë ontwikkel het tussen kontrakte wat strydig met die openbare beleid en openbare belang is en kontrakte wat strydig met die *boni mores* is. Tog word ook gemeld dat daar sprake is van oorvleueling. Die uiteensetting lui soos volg:²⁹⁷

Die onderskeid tussen *boni mores* en openbare belang en openbare beleid is glad nie duidelik nie. In praktyk word die uitdrukking *boni mores* soos dit in verband met ongeoorloofdheid gebruik word, hoofsaaklik voorbehou vir ooreenkomste wat betrekking het op die alledaagse of positiewe moraal of gedragsnorme wat deur die samelewing neergelê word, soos die norme wat seksuele moraliteit en eerlike en behoorlike gedrag reguleer. Daarenteen word gewoonlik gesê dat ooreenkomste wat tot nadeel van die staat is, wat die regspleging verhinder of verhoed, of wat iemand se vryheid om te handel of om ekonomies aktief te wees aan bande lê, teen die openbare belang is. In laaste instansie sou dit wat in die openbare belang is dit wat in ooreenstemming met die goeie sedes is insluit, hoewel 'n

²⁹⁶ Vgl Joubert *Principles* 132: "The difference between public policy and good morals is difficult to indicate. Very often good morals are associated with matters affecting sexual morals, but good morals can deal with a wider spectrum of topics than sex. Underlying every prohibition based on the protection of good morals and public policy is some public interest."

²⁹⁷ Vgl Van der Merwe ea *Kontraktereg* 141.

ooreenkoms wat nie as sodanig immoreel is nie uit oorwegings van ekonomiese of ander dienstigheid nogtans teen die openbare belang mag wees.

Hierdie uiteensetting bevestig dat daar wel sprake is van 'n onderskeid. Dit word aangetoon deurdat daar breedweg onderskeibare kategorieë geïdentifiseer kan word. Daar bestaan egter ook oorvleueling. Dit dui daarop dat die onderskeid nie werklik prakties konsekwent deurgevoer kan word nie. Die rede is moontlik dat die onderskeid nie op 'n (vaste) beginsel berus nie.

In 'n hele aantal bronne word 'n absolute onderskeid dus afgewys. Wat egter nie duidelik blyk nie, is hoe die situasie in die lig daarvan gehanteer behoort te word. In 'n verdere afwysing van 'n absolute onderskeid word wel in verband met die hantering van die situasie 'n voorstel gemaak, waarin die openbare belang voorgehou word as oorkoepelende "algemene norm" waarvan onder andere die *boni mores* 'n faset vorm.²⁹⁸

Afgesien daarvan dat dit moeilik is om die grens tussen hierdie elemente te trek, opereer etiese en beleidsoorwegings nie in isolasie van mekaar nie. Dit wil voorkom asof so 'n gefragmenteerde benadering nie meer houbaar is nie. Meer aanvaarbaar is 'n algemene norm van die openbare belang wat rekening hou met die *boni mores*, regsbeleid en statutêre verordeninge as relevante oorwegings.

Hiervolgens behoort daar dus nie gepoog te word om 'n absolute onderskeid te tref tussen kontrakte strydig met die openbare belang en kontrakte strydig met die *boni mores* nie. Die openbare belang word geag as die oorkoepelende begrip, waarvan die *boni mores* deel vorm. Hierdie afwysing van 'n absolute onderskeid beteken dus egter ook weer nie dat die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores* presies dieselfde inhoud het nie.

Die heersende mening in die literatuur kan uiteindelik gestel word dat, hoewel in sekere opsigte tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores*

²⁹⁸ Vgl Lubbe 1990 *Stell LR* 11.

onderskei kan word, 'n absolute onderskeid in die praktiese toepassing van die begrippe nie konsekwent deurgetrek kan of behoort te word nie.²⁹⁹

Ofskoon dit wil voorkom of die heersende mening nie ten gunste van die handhawing van 'n onderskeid is nie, kan nie ontken word nie dat die literatuur en die regspraak deurspek is met verwysings na die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores* in dieselfde samehang, maar tog in onderskeid van mekaar (hoewel die onderskeid nie verduidelik word nie).³⁰⁰ Dit wil dus voorkom of dit inderdaad besonder ingewikkeld is om 'n onderskeid aan te dui, en om 'n absolute onderskeid in die praktiese toepassing konsekwent deur te trek. Maar (by wyse van herhaling) tog word na die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores* in onderskeid van mekaar verwys. Miskien steek daar wel iets in die onderskeid. Hierop word vervolgens gefokus.

Dit lyk of in die volgende bron bedoel is om 'n onderskeid te tref, en wel daarin dat strydigheid met die openbare beleid in verband gebring word met 'n handeling wat strydig is met die belange van die gemeenskap en met die gemenereg, terwyl die *boni mores* in verband gebring word met die gemeenskap se opvatting van 'n immorele handeling:

If we say that an act is contrary to public policy, we mean that the law does not allow the act because it is considered to be contrary to the interests of the community. An act against public policy is therefore an act against the Common Law. On the other hand, a contract is

²⁹⁹ Cilliers 1994 *JBL* 139 stel die kwessie moontlik te simplisties: "Under our common law, agreements that are contrary to public policy are invalid. (In the case law the Latin phrase 'contra bonos mores' appears: it simply means 'contrary to public policy (or morals)')." Dieselfde geld vir Van Rensburg, Lotz en Van Rhijn *Contract* 215 (par 165) wat sê: "A contract will be illegal or unenforceable if it is against good morals or against public policy, the two expressions being interchangeable." Van Zyl 1988 *SALJ* 284 se veralgemening is in die konteks daarvan waarskynlik geregverdig: "Closely akin to the concept of morality in respect of justice is that of *boni mores*, which, more or less, approximates to the 'public policy' of English and South African law."

³⁰⁰ Mbt regspraak: vgl hoofstuk 2 hierbo en hoofstuk 4 hieronder. Mbt die literatuur: vgl ook bv Du Plessis en Davis 1984 *SALJ* 88; Corbett 1987 *SALJ* 63.

said to be *contra bonos mores* if the law of the community prohibits its enforcement as tending to encourage what it regards as an immoral act. The law courts are the judges as to whether acts are contrary to public policy or whether they are regarded as immoral by the community.³⁰¹

Hoewel 'n onderskeid hier in teorie aangedui word, is dit inderdaad steeds moeilik om die praktiese onderskeid te verstaan.

Daar bestaan enkele ander skrywers wie se menings ook blyke gee van 'n onderskeid, maar selfs die menings hieronder wat die duidelikste op 'n onderskeid kan dui, druk nie 'n duidelike praktiese onderskeid uit nie.³⁰²

³⁰¹ Hierdie is die uiteensetting van Roberts (red) *Wessels' Law of Contract (I)* 151 (par 464) ná sy indeling op 150-151 (par 463), waarin wel 'n daadwerklike onderskeid getref word.

³⁰² Ook Trakman 1977 *SALJ* 328 skyn 'n onderskeid te verstaan. Hoewel Kerr *Contract* 150-151 'n "skerp" onderskeid afwys, beklemtoon hy tog dat daar 'n indruising teen die openbare beleid aanwesig kan wees sonder dat dit tegelykertyd 'n indruising teen die *boni mores* is. Waar 'n onderskeid bedoel word, sou die onderskeid miskien uit die uiteensettings ivm die inhoud van die begrip *boni mores* kon blyk. Ook hieruit word die onderskeid egter nie duidelik nie. Ivm die inhoud van die begrip *boni mores* het Roberts (red) *Wessels' Law of Contract (I)* 193 (par 583) juis destyds opgemerk dat dit moeilik is om presies te meld watter ooreenkomste *contra bonos mores* is en dat elke geval noodwendig afhang van die spesifieke omstandighede van die ooreenkoms. Ivm die begrip *boni mores* in die algemeen: vgl veral Mayer-Maly 1987 *THRHR* 60-77, asook Zimmermann *The Law of Obligations* 706-715. Van der Vyver 1994 *THRHR* 395 het die volgende opmerking ivm die inhoud van die begrip *boni mores* gemaak: "...and it may well be that the concept of *boni mores* will henceforth be redefined in view of what would be 'justifiable in an open and democratic society based on freedom and equality'." Dit sou egter ook van toepassing gemaak kon word op die begrippe openbare beleid en openbare belang. (Die mening van Van der Vyver is uitgespreek spesifiek nav die (tussentydse) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 200 van 1993, maar is steeds relevant ook nav die (finale) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 108 van 1996.) Inderdaad het Van Huissteen en Van der Merwe *South Africa* 67 (nr 113) hierdie siening bevestig deur uitdruklik te stel dat die Grondwet (mvn die (tussentydse) *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 200 van 1993) beslis die inhoud van die begrippe openbare beleid en openbare belang sou beïnvloed.

Ofskoon (soos reeds hierbo vasgestel) dit ingewikkeld is om te onderskei tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores*, is hierdie begrippe nie ononderskeibaar nie. Tog kan 'n absolute onderskeid nie konsekwent deurgetrek word nie, onder andere omdat die begrip *boni mores* uiteindelik ook deel vorm van die oorkoepelende begrippe openbare beleid en openbare belang.³⁰³

Die vraag tree weer na vore hoe hierdie situasie gehanteer behoort te word. 'n Sterk neiging in die bronne is om die bestaan van die onderskeid, weens die onvermoë om dit prakties te kan aandui of te kan deurtrek, te ontken of die sin daarvan af te wys.

In aansluiting hierby kan voorgestel word dat inderdaad 'n vraagteken geplaas kan word agter die skynbaar aanvaarde formulering in die praktiese toepassing (as algemene bevinding deur 'n regter) van "strydig met die openbare beleid of die openbare belang *én die boni mores*". Hierdie is boonop 'n vae samestelling wat misbruik kan word in geval van onsekerheid. Derhalwe kan van die standpunt uitgegaan word dat as algemene bevinding volstaan behoort te word met "strydig met die openbare beleid of die openbare belang"; om dan slegs indien daarbenewens die begrip *boni mores* om 'n spesifieke rede ter sprake gekom het, ook daarvoor uitdruklik 'n bevinding te maak. Hierdie voorstel is egter nie maklik uitvoerbaar nie, aangesien dit 'n daadwerklike beperking van die gebruik van die begrip *boni mores* deur die hele regsgemeenskap verg.

'n Ander moontlikheid is om te aanvaar dat die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores* nie absoluut en prakties onderskeibaar is nie, en dat die

³⁰³ Dit wil voorkom of Zimmermann *The Law of Obligations* 706 ook nie die gedagte van 'n absolute onderskeid ondersteun nie. Tog lyk dit verder of hy moontlik eerder die begrip *boni mores* as die oorkoepelende begrip sou beskou, tensy hierdie indruk bloot geskep word deurdat die raamwerk van sy verwysing na die begrip *boni mores* aan die begrip 'n breër inhoud verleen as die inhoud van die begrip in die huidige Suid-Afrikaanse kontraktereg (aw 706): "All the great European codifications therefore contain a general clause declaring immoral contracts and/or those that offend against public policy null and void. These clauses go back, ultimately, to the suppression of transactions 'contra bonos mores' by the Roman jurists and Emperors."

begrip *boni mores* deel vorm van die oorkoepelende begrippe openbare beleid en openbare belang, maar om ter wille van praktiese toepassing 'n bepaalde werksmetode te volg. Dit sou inhou dat in 'n geval waar 'n kontrak of kontraksbeding beoordeel moet word en wetgewing en die gemenerereg nie duidelikheid bied nie, en derhalwe met die begrippe openbare beleid en openbare belang gewerk moet word, in die eerste plek probeer word om vas te stel of daar relevante gevestigde opvattinge en gebruike binne die gemeenskap bestaan. Sou daar relevante gevestigde opvattinge en gebruike bestaan, kan dit as die *boni mores* beskou word en kan beoordeling aan die hand daarvan plaasvind. Dit word voorgestel omdat gevestigde opvattinge en gebruike binne die gemeenskap taamlik maklik vasstelbaar is. Die gevestigde opvattinge en gebruike binne die gemeenskap word dan steeds as deel van die kriterium openbare beleid en openbare belang beskou, maar is 'n betreklik duidelike faset daarvan. Sou daar geen relevante opvattinge en gebruike bestaan nie, bly geen alternatief oor nie as om met die baie algemene begrippe openbare beleid en openbare belang as sodanig te werk, wat sou inhou die verklaring van die vereistes van die openbare beleid na aanleiding van die openbare belang.

3.6 Geoorlooftheid wyer as bloot 'n totstandkomingsvereiste: kontraktuele geregtigheid

Tradisioneel word die geoorlooftheidsvereiste (oftewel regmatigheidsvereiste) in die Suid-Afrikaanse kontraktereg verstaan as een van die totstandkomingsvereistes vir kontrakte. Uit die voorgaande onderafdelings, wat ook die implikasies van die vereiste van geoorlooftheid (regmatigheid) aan die orde stel, ontstaan die vraag of die opvatting van hierdie vereiste as bloot 'n totstandkomingsvereiste nie dalk 'n té eng opvatting is nie. Die geoorlooftheidsvereiste (regmatigheidsvereiste) kan naamlik ook in wyer verband verstaan word. Volgens hierdie siening hou die geoorlooftheidsvereiste (regmatigheidsvereiste) nie slegs verband met die totstandkoming van kontrakte nie, maar ook met die oogmerke,

inhoud, en uitvoering - dus veral ook met die uitwerking - van kontrakte.³⁰⁴ Hiermee word ten diepste gedien kontraktuele geregtigheid, as die relatiewe (en aanvaarbare) balans of ewewig tussen die belange van die kontrakspartye, soos verkry na aanleiding van die beoordeling van onder andere die aard van die kontrak, die risikoverplasing, die redelike verwagtinge van die kontrakspartye - dus van die totaliteit van regte en verpligtinge van die kontrakspartye.³⁰⁵ Hierdie siening laat eweneens reg geskied aan die openbare beleid en openbare belang soos wat hierdie begrippe verband hou met die uitwerking van kontrakte. Dit word aan die hand gedoen dat die geoorloofdhedsvereiste (regmatigheidsvereiste) inderdaad in hierdie wyer verband verstaan behoort te word. Hierdie benadering maak voorsiening vir die verklaring daarvoor dat die reg op hierdie

³⁰⁴ Vgl Suid-Afrikaanse Regskommissie Projek 47 (Navorsingspan) *Hoofverslag (I)* 19-25; Van der Walt 1986 *SALJ* 647. Van der Merwe en Lubbe 1991 *Stell LR* 97 bevestig die opvatting dat die begrippe openbare beleid en openbare belang veral onder die geoorloofdhedsvereiste ter sprake kom deur aan te voer dat dit wil voorkom of die vanselfsprekende plek van die begrip openbare beleid onder "geoorloofdheds" val, aangesien die openbare beleid (wat volgens hierdie skrywers in hierdie verband die *boni mores* insluit) nog altyd die belangrikste faset van geoorloofdheds was. Hulle meld ook (aw 97) dat hier dan egter 'n uitgebreide interpretasie van geoorloofdheds aan die orde moet wees, wat sowel die ongeldigheid (*invalidity*) as die onafdwingbaarheid (*unenforceability*) van kontrakte insluit, maar spreek terselfdertyd onsekerheid uit of dit werklik houdbaar is. Van der Merwe en Van Huyssteen 1995 *THRHR* 559-567 brei hierop uit deur 'n wyer fundering vir geoorloofdheds ("*legality*") te vind in "*the interests which the legal system strives to protect and balance*" (aw 560), welke belange verder onderverdeel kan word in individuele belange ("*individual interests*") en sosiale belange ("*social interests*"). Dit wil voorkom of reeds destyds ook Aronstam 1979 *THRHR* 41-42 in die rigting van 'n wyer geoorloofdhedsvereiste geskryf het.

³⁰⁵ Vgl Van der Walt 1986 *SALJ* 647-648; Eiselen 1989 *THRHR* 533-539 (veral 537-538); Peletier 1995 *RM Themis* 428, 433; Kötzt *Europäisches Vertragsrecht (I)* 192; Steyn 1997 *LQR* 438-439.

terrein kan "antesipeer" na die etiese aspek van die werklikheid;³⁰⁶ anders gestel: dat die reg op hierdie terrein ook oor 'n morele kwaliteit kan beskik.³⁰⁷

3.7 Gevolgtrekking

Deur middel van 'n sistematiese benadering is in hierdie hoofstuk gepoog om 'n groter mate van helderheid met betrekking tot die hantering van die openbare beleid en openbare belang as kriterium vir die beoordeling van kontrakte en kontraktsbedinge te bring. Daar is ook op 'n aantal belangrike problematiese aspekte in hierdie verband gewys. Dit word aan die hand gedoen dat indien die perspektiewe wat in hierdie hoofstuk gestel is in ag geneem word by die hantering van die openbare beleid en openbare belang, die mate van regsonsekerheid in hierdie verband verminder kan word.

In die sistematisering met betrekking tot die hantering van die openbare beleid en openbare belang moet van meet af aan in ag geneem word wat aan die orde is wanneer met die openbare beleid en openbare belang gewerk word. Die openbare beleid en openbare belang is 'n algemene waardegeoriënteerde kriterium. Dit beteken dat gewerk word met iets wat 'n normatiewe karakter dra, wat in verband staan met die behorensiese van die reg en wat oor 'n algemene en soepel strekking beskik.

Die ondersoek van die openbare beleid en openbare belang as algemene kriterium laat die fokus val op die rol van die regter, aangesien dit die regter is wat die beoordeling op grond van die openbare beleid en openbare belang doen. In die toepassing van die openbare beleid en openbare belang as kriterium beskik die regter oor 'n beperkte diskresie, wat aan die regter 'n onontbeerlike beweegruimte verleen. Hoewel daar met betrekking tot die beoordeling op grond van die openbare beleid en openbare belang kategorieë van

³⁰⁶ Vgl in die algemeen Dooyeweerd *De Wijsbegeerte der Wetsidee (II)* 53-259. Vgl ook Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die Regswetenskap* 15-45; Van der Walt 1993 *THRHR* 76.

³⁰⁷ Vgl in die algemeen oa Van der Merwe ea *Kontraktereg* 140-141.

toepassingsgevalle aan die orde is, mag 'n regter nuwe kategorieë van strydigheid met die openbare beleid en openbare belang vind. Regterlike regsvoorming beklee 'n sentrale posisie op hierdie terrein.

Ter wille van oriëntering was dit belangrik om die sistematiese plek van die openbare beleid en openbare belang vas te stel. Die sistematiese plek van die openbare beleid en openbare belang in die kontrakreg hoort tuis onder een van die vereistes vir 'n geldige kontrak, en wel onder daardie vereiste wat tradisioneel met die begrip geoorlooftheid aangedui word. Weens die potensiaal vir verwarring en ter wille van akkuraatheid is dit egter waarskynlik verkieslik om hierdie vereiste met die begrip regmatigheid aan te dui. Dit sou ook strook met die algemene regsistematiek, waarbinne 'n geldige kontrak geklassifiseer kan word as 'n regmatige meersydige regshandeling, en waar die begrip regmatigheid reeds gevestig is in die onregmatige dadereg.

Die ondersoek van die wese van die beoordeling op grond van die openbare beleid en openbare belang deur middel van die analise van bestaande sistematiserings met betrekking tot geoorlooftheid, bring aan die lig dat sistematisering in hierdie verband besonder problematies is. Hierop word hieronder teruggekeer in die voorstel van 'n bepaalde sistematiek in hierdie verband. Die wese van die beoordeling op grond van die openbare beleid en openbare belang word wel belig deur die bepaling van die inhoud van die openbare beleid en openbare belang, ofskoon die bepaling van die inhoud van begrippe met so 'n algemene strekking gekompliseer is. Veralgemenend kan gestel word dat strydigheid met die openbare beleid vasgestel word deur middel van die vasstelling van strydigheid met die openbare belang: 'n kontrak of kontraksbeding is strydig met die openbare beleid indien dit strydig is met die openbare belang. Die openbare beleid word dus ten opsigte van 'n spesifieke geval verklaar na aanleiding van die openbare belang in daardie verband. Die openbare beleid en openbare belang staan in nouste verband met 'n gemeenskap waarin alle belange gebalanseer is, en derhalwe ook met die afweging van belange wat insluit sosiale sowel as individuele belange. Hierdie afweging van belange vorm 'n kernfaset van die onderhawige problematiek en vorm 'n veeleisende deel van die

werksaamhede van die regter, wat binne die presedentestelsel in die betrokke omstandighede van elke geval tot 'n bevinding moet kom.

Met betrekking tot die wese van die beoordeling op grond van die openbare beleid en openbare belang bestaan veral drie vername problematiese aspekte, naamlik (a) die kwessie of die openbare beleid as 'n oorkoepelende begrip beskou kan word in dié sin dat strydigheid met die openbare beleid as dieselfde beskou kan word as strydigheid met beide wetgewing en die gemenerereg; (b) die kwessie aangaande die onderskeid en verband tussen die begrip openbare *beleid* en die begrip openbare *belang*; (c) die kwessie aangaande die onderskeid en verband tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores*.

Na aanleiding van die pasvermelde problematiese aspekte, asook na aanleiding van die ondersoek as geheel van die sistematiek met betrekking tot die beoordeling op grond van die openbare beleid en openbare belang, word die volgende sistematiek voorgestel wat daartoe kan bydra dat die regsonsekerheid op hierdie terrein verminder word. By die beoordeling van 'n kontrak of kontraksbeding op grond van die openbare beleid en openbare belang, moet in ag geneem word dat hierin 'n regter ingevolge sy regs vormende bevoegdheid 'n beperkte diskresie op grond van 'n kriterium van algemene en soepel strekking moet uitoefen met betrekking tot die regmatigheid (geoorloofdheid) van 'n kontrak of kontraksbeding. Met betrekking tot die beoordeling van die regmatigheid (geoorloofdheid) van 'n kontrak of kontraksbeding is dit as algemene opvatting inderdaad so dat dit neerkom op 'n beoordeling of die kontrak of kontraksbeding strydig is met die openbare beleid en openbare belang, al dan nie. Tog kan hierdie opvatting in die praktiese toepassing slegs as algemene agtergrondsperspektief dien. In die praktiese toepassing is dit sinvoller om in die eerste plek vas te stel of wetgewing of die gemenerereg duidelikheid aangaande die betrokke kwessie bied. Indien nie, moet die beoordeling plaasvind aan die hand van die begrippe openbare beleid en openbare belang.

Alvorens met die baie algemene begrippe openbare beleid en openbare belang as sodanig gewerk word, moet vasgestel word of daar gevestigde opvattings en gebruike binne die

gemeenskap bestaan wat duidelikheid aangaande die kwessie bied. Hierdie gevestigde opvattinge en gebruike kan as die *boni mores* beskou word en is taamlik maklik vasstelbaar. Dit word steeds as deel van die kriterium openbare beleid en openbare belang beskou, maar is 'n betreklik duidelike faset daarvan. Indien daar geen gevestigde opvattinge en gebruike (*boni mores*) binne die gemeenskap bestaan wat duidelikheid aangaande die betrokke kwessie bied nie, moet die baie algemene begrippe openbare beleid en openbare belang as sodanig as kriterium gebruik word. Die basiese uitgangspunt is dan dat 'n kontrak of kontrakbeding strydig met die openbare beleid is indien dit strydig met die openbare belang is, met ander woorde: die openbare beleid word ten opsigte van die spesifieke geval verklaar na aanleiding van die openbare belang in daardie verband. Die vasstelling hiervan kan beskryf word as die afweging van sowel sosiale as individuele belange binne die omstandighede van die spesifieke geval, met 'n gemeenskap in gedagte waarin alle belange gebalanseerd is, oftewel in ewewig verkeer.³⁰⁸

Uit hierdie hoofstuk blyk feitlik deurgaans onmiskenbaar 'n mate van vaagheid en gepaardgaande regsonsekerheid op hierdie terrein. Die vaagheid en regsonsekerheid kan wel verminder word deurdat op hierdie terrein meer sistematies te werk gegaan word, veral met die begrippe wat gebruik word. Met 'n mate van vaagheid en gepaardgaande regsonsekerheid moet egter eenvoudig verlies geneem word. Dit is noodwendig aanwesig weens die inherent algemene aard van die begrippe openbare beleid en openbare belang, die rol wat dit speel in die kontrakreg en die spesifieke terrein waarop dit funksioneer. Die soepelheid van die begrippe vervul inderdaad 'n belangrike funksie.

³⁰⁸ Benewens die insiggewende parallel tussen die kontrakreg en die onregmatige dadereg mbt die keuse van spesifiek die begrip (on)regmatigheid (waarop reeds gewys is: vgl 3.4 hierbo), is dit verder opvallend dat ook die sistematiek wat pas voorgestel is vir die beoordeling van kontrakte ogv die openbare beleid en openbare belang, in belangrike opsigte ooreenstem met die sistematiek van die hantering van die algemene kriterium in die onregmatige dadereg: vgl oa Boberg *Delict (I)* 266-267; Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 33-52.

Die algemene en soepel aard van die begrippe openbare beleid en openbare belang hou wesenlik verband met die billikheid van kontrakte. Uit hierdie hoofstuk blyk dit dat die vereiste van geoorlooftheid (regmatigheid) wyer as bloot 'n totstandkomingsvereiste funksioneer. Indien die geoorlooftheidsvereiste (regmatigheidsvereiste) nie vereng word tot bloot 'n totstandkomingsvereiste nie, maar wel in die volle omvang daarvan verstaan word as verbandhoudend met sowel die totstandkoming van kontrakte as met die oogmerke, inhoud en uitvoering - dus veral ook met die uitwerking - van kontrakte, word die geoorlooftheidsvereiste (regmatigheidsvereiste) en die begrippe openbare beleid en openbare belang in hulle volle omvang verstaan. Dit hou veral in dat die geoorlooftheidsvereiste (regmatigheidsvereiste) en die begrippe openbare beleid en openbare belang uiteindelik ook wesenlik verband hou met die billikheid en die billike werking van kontrakte. Hiermee word ten diepste kontraktuele geregtigheid, as die relatiewe balans of ewewig tussen die belange van die kontrakspartye,³⁰⁹ gedien. Op hierdie wyse is dit moontlik dat die reg vanaf die juridiese aspek na die etiese aspek van die werklikheid kan "antesipeer"³¹⁰ en sodoende 'n mate van moraliteit daarin opneem en weerspieël.

³⁰⁹ Vgl 3.6 hierbo.

³¹⁰ Vgl 3.6 hierbo.

HOOFSTUK 4

DIE OPENBARE BELEID EN OPENBARE BELANG EN GOEIE TROU EN ONBILLIKE KONTRAKSBEDINGE

4.1 Inleiding

Die sistematiesing aangaande die hantering van die openbare beleid en openbare belang tot dusver in die proefskrif kan reeds bydra tot die vermindering van regsonsekerheid op hierdie terrein. 'n Verdere bydrae tot die sistematiesing asook tot die vermindering van die regsonsekerheid aangaande die hantering van die openbare beleid en openbare belang kan geleë wees in die konkretiesing van die openbare beleid en openbare belang in die kontraktereg. 'n Moontlikheid vir die konkretiesing van die openbare beleid en openbare belang in die kontraktereg spruit voort uit ontwikkelinge aangaande die billikheid en die billike werking van kontrakte. Hierdie moontlikheid betrek die rol van goeie trou in die kontraktereg. Die rol van goeie trou in die kontraktereg staan ook in noue verband met riglyne aan 'n regter vir die uitoefening van 'n beperkte diskresie met betrekking tot die beoordeling van kontrakte op grond van die openbare beleid en openbare belang.

In hierdie hoofstuk word eerstens gewys op die samehang tussen ontwikkelinge aangaande die openbare beleid en openbare belang en goeie trou en billikheid in die kontraktereg. Hierdie ontwikkelinge het onder andere neerslag gevind in sekere voorstelle in die literatuur met betrekking tot die gebruik van die begrip goeie trou in die kontraktereg. In die tweede onderafdeling van hierdie hoofstuk kom dan die bespreking van hierdie voorstelle in die literatuur met betrekking tot die gebruik van die begrip goeie trou in die kontraktereg aan die orde. Hierdie voorstelle is vir 'n lang tyd nie eksplisiet in die regspraak verder gevoer nie. In 1997 is egter die minderheidsuitspraak in *Eerste*

*Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO*³¹¹ gelewer, waarin wel daadwerklike ontwikkeling met betrekking tot die samehang tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip goeie trou plaasgevind het. Derhalwe is die derde onderafdeling in hierdie hoofstuk 'n bespreking van die pasvermelde minderheidsuitspraak, spesifiek met betrekking tot die samehang tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip goeie trou in die kontraktereg. Aangesien hierin 'n moontlike koersverandering betreffende spesifiek die regspraak te vinde is, is die verbande hierin gestel insiggewend. Vierdens word in hierdie hoofstuk aandag geskenk aan die belangrikste en mees resente ontwikkelinge aangaande die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip goeie trou en onbillike kontrakbedinge, wat moontlike spanning tussen die reeds vermelde minderheidsuitspraak in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO*³¹² en voorgestelde wetgewing aantoon. Laastens word in hierdie hoofstuk 'n samevatting gebied van riglyne met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontrakbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang, oftewel met betrekking tot die beperking van die regterlike diskresie.

4.2 Ontwikkelinge aangaande die openbare beleid en openbare belang en billikheid en goeie trou in die kontraktereg

Om meerdere redes het billikheid gedurende verskeie stadia van die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse kontraktereg in die gedrang gekom.³¹³ Dit het onder andere te make met

³¹¹ 1997 4 SA 302 (HHA).

³¹² 1997 4 SA 302 (HHA).

³¹³ Alhoewel hierdie 'n besonder belangrike tema in die Suid-Afrikaanse kontraktereg is, word dit vir doeleindes van die betoog van hierdie proefskrif slegs oorsigtelik gehanteer. Ivm hierdie tema is veral die volgende insiggewend: Lubbe en Murray *Farlam and Hathaway: Contract* 386-391; Lubbe 1990 *Stell LR* 7-25; Van Aswegen 1994 *THRHR* 456-458; Van Huyssteen en Van der Merwe *South*

die afskaffing van die *laesio enormis*-leerstuk.³¹⁴ Dit het ook onder andere te make met die doodverklaar van die *exceptio doli generalis* in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another*³¹⁵ deur die meerderheid van die hof by monde van appèlregter Joubert.³¹⁶ Een van verskeie oplossings vir die bestaande leemte wat al aan die hand gedoen is, betrek die begrip goeie trou.³¹⁷

Die ontwikkeling aangaande billikheid en die begrip goeie trou was egter moeisaam. Hiervoor kan verskeie verklarings aangebied word. Een mag wees dat, soos in die Engelse reg en waarskynlik as gevolg van die Engelse reg (*common law*),³¹⁸ daar in die Suid-Afrikaanse reg 'n terughoudendheid bestaan om 'n algemene billikheidsmaatstaf in die reg te erken of in te voer aangesien dit moontlik die perke van die regter se diskresie té ruim sou laat, en dat dalk gevrees is dat so iets kon gebeur deur middel van die begrip

Africa 59 (nr 97); Zimmermann *Good Faith and Equity* 217-260; ar Olivier in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO* 318G-331H.

³¹⁴ Vgl De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg (I)* 53 vir 'n bondige uiteensetting van die verloop van die *laesio enormis*-leerstuk se afskaffing.

³¹⁵ 1988 3 SA 580 (A).

³¹⁶ Vgl veral 605I-607B.

³¹⁷ Benewens die stemme in die literatuur in hierdie verband (vgl 4.3 hieronder), die minderheidsuitspraak van ar Olivier in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO* 1997 4 SA 302 (HHA) (vgl 4.4 hieronder), al die presedente in die regspraak (waarna Zimmermann *Good Faith and Equity* 239-260 verwys, asook ar Olivier in sy pasvermelde minderheidsuitspraak: vgl veral 318I-326I), moet verder (soos trouens ar Olivier in sy minderheidsuitspraak ook doen: vgl 320F-321A) gewys word op die naam van ar Jansen wat 'n besonder belangrike rol gespeel het mbt die ontwikkeling aangaande die begrip goeie trou in die kontraktereg: vgl Lewis 1991 *SALJ* 249-264 oor die bydrae van ar Jansen.

³¹⁸ Vgl in hierdie verband 5.3.1.3.2 hieronder.

goeie trou. Hoe dit ook al sy, die kwessie rakende 'n algemene billikheidsdiskresie was in die ontwikkelingsgeskiedenis van die Suid-Afrikaanse kontrakreg meermale 'n bron van onenigheid. Die *exceptio doli generalis* was sentraal in hierdie onenigheid. 'n Goeie illustrasie van die hele aangeleentheid (maar wat terselfdertyd een van die belangrikste aanleidings vir konflik in die onderhawige verband was, asook die simboliese begrafnis van die *exceptio doli generalis*) is die uitsprake in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another*.³¹⁹ Hierin is die vraag of die *exceptio doli generalis* van toepassing is op geskrewe kontrakte onder die loep geneem. Die meerderheid van die hof het by monde van appèlregter Joubert bevind dat die *exceptio doli generalis* nooit deel van die Romeins-Hollandse reg was nie, en ook nie deel van die Suid-Afrikaanse reg is of behoort te wees nie.³²⁰ Daarenteen het appèlregter Jansen in 'n afwykende minderheidsuitspraak bevind dat die *exceptio doli generalis* wel deel van die Suid-Afrikaanse reg is en behoort te wees.³²¹ In reaksie op die siening dat die aanvaarding van die *exceptio doli generalis* die beginsels van kontrakteervryheid, die afdwingbaarheid van kontrakte en regsekerheid sou aantast, was appèlregter Jansen van mening dat hierdie beginsels geen absolute waardes is nie,³²² en wel onder andere deur die openbare beleid ("*public policy*") en die openbare belang ("*public interest*") beperk word.³²³

³¹⁹ 1988 3 SA 580 (A). Vgl 2.3.5 hierbo vir 'n bespreking van die uitsprake in hierdie saak spesifiek met die fokus op die hantering van die begrippe openbare beleid en openbare belang. Binne die konteks van billikheid en goeie trou: vgl ivm hierdie belissing veral ook die opmerkings van Zimmermann *Good Faith and Equity* 235-260.

³²⁰ Vgl veral 605I-607B. Vgl 2.3.5 hierbo.

³²¹ Vgl 611F-618B. Vgl 2.3.5 hierbo.

³²² Vgl 613B. Vgl 2.3.5 hierbo.

³²³ Vgl 614H. Vgl 2.3.5 hierbo.

Dit val op dat kommentaar met betrekking tot die *exceptio doli generalis* ook van toepassing gemaak sou kon word op die begrippe openbare beleid, *boni mores* en goeie trou. Appèlregter Jansen het die kommentaar van sekere skrywers met betrekking tot die *exceptio doli generalis* soos volg opgesom:³²⁴

They see the *exceptio doli generalis* merely as a label for a defence that the plaintiff has no cause of action.

Hierbenewens het appèlregter Jansen die volgende aangehaal.³²⁵

In recent times a Full Bench of the Transvaal Provincial Division however had no difficulty in accepting that the *exceptio doli* constituted a defence which is not "... 'n skerp omlynde regs wetenskaplike figuur nie maar 'n regs middel wat na gelang van al die feite in 'n gegewe geval aan 'n party toegeken word as die Hof meen dat daar anders ontoelaatbare onreg sou geskied" (*Otto en 'n Ander v Heymans* 1971 (4) SA 148 (T) at 155C-E);...

Baie dieselfde sou gesê kon word oor die begrippe openbare beleid, *boni mores* en goeie trou.

In aansluiting hierby het appèlregter Jansen voorsien dat die ontkenning van die bestaansreg van die *exceptio doli generalis* 'n leemte in die Suid-Afrikaanse reg sou laat.³²⁶

In our law the requisite of good faith has not as yet absorbed the principles of the *exceptio doli* nor has the concept of *contra bonos mores* as yet been specifically applied in this field. To deny the *exceptio* right of place would leave a vacuum.

Die meerderheid van die hof by monde van appèlregter Joubert het toe inderdaad die *exceptio doli generalis* dood verklaar. 'n Belangrike vraag is of appèlregter Jansen se voorspelling waar geword het. Alhoewel appèlregter Jansen in die passasie hierbo

³²⁴ Vgl 612B.

³²⁵ Vgl 612C-D.

³²⁶ Vgl 616C-D.

aangehaal gestel het dat goeie trou en die *boni mores* nie in daardie stadium dieselfde funksie as die *exceptio doli generalis* verrig het nie, het hy tog die begrip goeie trou en die begrip *boni mores* in daardie verband genoem. Gestel daar het destyds wel 'n leemte ontstaan, en dit het so ontwikkel dat hierdie leemte huidig gedeeltelik gevul is en wel deur die begrippe openbare beleid en openbare belang, of deur die begrip *boni mores*, of deur die begrip goeie trou. Dit sou dan nie vergesog wees om dieselfde onenigheid oor die begrippe openbare beleid en openbare belang, of die begrip *boni mores*, of die begrip goeie trou te voorsien as die onenigheid wat daar oor die *exceptio doli generalis* bestaan het nie. Dit is so aangesien die onderliggende rede vir die onenigheid oor die *exceptio doli generalis* (wat dalk te make het met positivisme en die verset daarteen en met wedersyds opponerende opvattinge oor 'n algemene billikheidsmaatstaf) ook onderliggend kan wees aan 'n onenigheid (tussen ander rolspelers) oor die begrippe openbare beleid en openbare belang, of die *boni mores*, of goeie trou.

So lyk dit of appèlregter Joubert (tesame met die meerderheid van die hof) slegs met moeite oortuig sou kon word van die wenslikheid van die *exceptio doli generalis* en van 'n algemene verweer of maatstaf gebaseer op billikheid. Dit blyk veral uit gedeeltes van appèlregter Joubert se reaksie op appèlregter Jansen se uitspraak:³²⁷

He also, with respect, overlooks the fact that the Dutch Courts had no equitable jurisdiction to introduce into Dutch practice a general substantive defence based on equity where the substantive law failed to provide one.

En verderaan.³²⁸

This Court has therefore previously rightly refused to exercise an equitable jurisdiction by allowing the *exceptio doli generalis* to be employed for the purpose of enabling a party to a valid contract to render its express terms unenforceable, or to amend or ameliorate its

³²⁷ Vgl 610B.

³²⁸ Vgl 610F-G.

express terms, merely because such party would suffer hardship from the operation or enforcement of the contract.

Daar sou verder gegaan kon word deur te beweer dat appèlregter Joubert (tesame met die meerderheid van die hof) moontlik prinsipieel gekant was teen 'n algemene verweer of maatstaf gegrond op billikheid, en derhalwe slegs met moeite van die bestaan of wenslikheid daarvan oortuig sou kon word, en daarom ook gekant was teen die *exceptio doli generalis*. Ondersteuning vir hierdie bewering sou gevind kon word indien appèlregter Joubert se standpunt in verband met die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip *boni mores* en die begrip goeie trou duidelik kon word. En juis dit blyk uit 'n ander deel van sy kritiek op die uitspraak van appèlregter Jansen.³²⁹

The function which my Brother Jansen seeks to ascribe to *bona fides* and *boni mores* in the sphere of contracts is, with respect, not supported by any authoritative Roman-Dutch legal sources. Nor does he refer to any. Even in our modern textbooks on the law of contract hardly any mention is made of *bona fides* unless it is based on some substantive rule of law.

Hierteenoor lyk dit of appèlregter Jansen meer te vinde is vir die tempering van die beginsels van kontrakteervryheid, die afdwingbaarheid van kontrakte en regsekerheid en vir 'n algemene billikheidsverweer of -maatstaf, en daarom ook 'n ander standpunt huldig oor die *exceptio doli generalis*.³³⁰

Seen as a substantive defence the *exceptio* would imply that in appropriate circumstances a Court could grant relief where the strict law would have an effect *contra naturalem aequitatem*, and in doing so it would modify the law... Critics of the survival of the *exceptio* would have one believe that the defences so developed constituted a *numerus clausus* to this day. This would deny the possibility of the law being adapted according to the exigencies of the times and in the light of the changing *mores* and concepts of fairness and proper conduct...

³²⁹ Vgl 609J-610A.

³³⁰ Vgl 612G-613C.

It is said that the recognition of the *exceptio doli* in this sense would be an infraction of the freedom of contract and of the principle that *pacta servanda sunt* - that it would lead to legal uncertainty. Freedom of contract, the principles of *pacta servanda sunt* and certainty are not however absolute values. They did not prevent the modification in England of the common law by equity, which *inter alia* gives relief against "unconscionable" bargains:...

Om 'n bietjie vooruit te gryp, kan ook gevra word wat verder in die Suid-Afrikaanse reg gaan gebeur met betrekking tot 'n algemene billikheidsverweer of -maatstaf. Moontlik het appèlregter Olivier in sy minderheidsuitspraak in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO*³³¹ uiting gegee aan 'n mening dat daar wel 'n algemene billikheidsverweer of -maatstaf in die Suid-Afrikaanse reg kortkom, aangesien 'n leemte tog ontstaan het soos appèlregter Jansen in sy minderheidsuitspraak in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another*³³² juis voorsien het.³³³ Hierdie leemte sou voorts volgens die bogenoemde (hipotetiese) mening gevul kon word deur die begrip goeie trou. Inderdaad het appèlregter Olivier in sy minderheidsuitspraak in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO*,³³⁴ nadat hy in die konteks die *exceptio doli generalis* bespreek het, gesê dat die begrip goeie trou reeds in die Suid-Afrikaanse reg ingeburger is.³³⁵

Dit is klaarblyklik dat hierdie Hof self, sonder om altyd die terme *bona fides* te gebruik, die onderliggende beginsel steeds toepas. Dit geskied soms onder die benaming van *openbare belang* (public interest; public policy), soms met 'n beroep op die *bona fide*-beginsel...

³³¹ 1997 4 SA 302 (HHA). Vgl 4.4 hieronder vir 'n bespreking van die minderheidsuitspraak in hierdie saak.

³³² 1988 3 SA 580 (A).

³³³ Vgl 616C-D.

³³⁴ 1997 4 SA 302 (HHA).

³³⁵ Op 323H-I.

Ten spyte van 'n uitspraak soos die meerderheidsuitspraak in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another*³³⁶ is die ontwikkeling nie gestuit nie.³³⁷ As deel van die pad van ontwikkeling word ook genoem die meerderheidsuitspraak in *Sasfin (Pty) v Beukes*³³⁸ wat om vele redes as belangrik geag word.³³⁹

4.3 Die openbare beleid en openbare belang en goeie trou in die literatuur

Ten aansien van die billikheid en die billike werking van kontrakte word reeds vir 'n geruime tyd voorstelle in die literatuur gemaak. Een van hierdie voorstelle kan - benewens die direkte verband waarin dit gemaak word - ook geïnterpreteer word as 'n moontlikheid om die vaagheid en regsonsekerheid aangaande die begrippe openbare beleid en openbare belang te verminder. Hierdie voorstel is gerig op die gebruik van 'n "algemene

³³⁶ 1988 3 SA 580 (A).

³³⁷ Vgl hieroor Zimmermann *Good Faith and Equity* 260.

³³⁸ 1989 1 SA 1 (A).

³³⁹ Lewis 1991 *SALJ* 249-264 skryf oor ar Jansen se pogings om billikheid (en geregtigheid en goeie trou) in die kontraktereg tot hulle reg te laat kom. Op 264 skryf sy: "It will take a bold court indeed to challenge *Bank of Lisbon*" en in die vn daarby (aw 264 vn 76): "The one decision which yields a ray of light in the field of contractual policy, where the court was both bold and innovative in escaping the shackles of formalism, is *Sasfin (Pty) v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A), which held that a contract containing unconscionable terms was contrary to public policy and therefore invalid." Oor die hantering van billikheidsoorwegings in die uitsprake in hierdie saak is Lubbe 1990 *Stell LR* 9, 17-25 egter krities. Vgl 2.4.2 hierbo vir 'n bespreking van die meerderheidsuitspraak in hierdie saak.

maatstaf",³⁴⁰ oftewel 'n "algemene begrip",³⁴¹ en wel die begrip goeie trou.³⁴² In die literatuur word geargumenteer dat die kernmoment³⁴³ van die begrippe openbare beleid en openbare belang in die kontraktereg aangetref word in die begrip goeie trou.

³⁴⁰ Vgl oa Van der Walt 1986 *SALJ* 658-661; Van Loggerenberg 1988 *TSAR* 421; Van der Walt 1993 *THRHR* 76.

³⁴¹ Vgl oa Van der Merwe ea *Kontraktereg* 235.

³⁴² Vgl Van der Walt 1986 *SALJ* 658-661; Van Loggerenberg 1988 *TSAR* 421; Lubbe en Murray *Farlam and Hathaway: Contract* 390; Van der Merwe, Lubbe en Van Huyssteen 1989 *SALJ* 241-242; Lubbe 1990 *Stell LR* 18-25; Suid-Afrikaanse Regskommissie Projek 47 (Navorsingspan) *Hoofverslag (I)* 17, 169; Van der Walt 1993 *THRHR* 76-79; Van der Merwe ea *Kontraktereg* 233-236; Van Aswegen 1994 *THRHR* 457-458; Hawthorne 1995 *THRHR* 171-172; Zimmermann *Good Faith and Equity* 259-260; Fletcher 1996 *Resp Mer* 1-15; Van der Walt *Dealing with Unfair Terms of Contract in South Africa Early in 1998* 1295-1296, 1306. Van Huyssteen en Van der Merwe *South Africa* 63 (nr 107) se voorspelling is dat die begrip goeie trou inderdaad hierdie funksie in die Suid-Afrikaanse kontraktereg gaan vervul. Dit beteken nie dat geen probleme ivm die gebruik van die begrip goeie trou voorsien word nie. Ivm die probleme omtrent die begrip goeie trou en regs-onsekerheid: vgl oa Lubbe en Murray *Farlam and Hathaway: Contract* 390-391; Van Huyssteen en Van der Merwe 1990 *Stell LR* 251.

³⁴³ Lubbe 1990 *Stell LR* 21 verwys na die begrip goeie trou as "determinant" van die begrippe openbare beleid en openbare belang. Van der Walt 1993 *THRHR* 76 argumenteer soos volg: "(a) Goeie trou is die vorm wat die openbare belang aanneem wanneer uitdrukkings soos billikheid en redelikheid gebruik word in die konteks van kontraktuele geregtigheid. (b) In die veranderende omstandighede waarin ons ons in Suid-Afrika bevind, is goeie trou minder gekontamineer as 'openbare belang / openbare beleid / public policy'. (c) Goeie trou hou direk verband met die grondslag van gesonde handelsverkeer en bepaal dus ook die minimum mate van regsekerheid daarvoor. (d) Goeie trou is 'n element van openbare beleid en wel daardie element wat in die kontraktereg spesifiek neerslag vind. Openbare beleid is dus die omvattender begrip wat vir die kontraktereg as 'goeie trou' verbesonder is. Openbare belang / beleid het baie aspekte. Toepassing van die openbare belang as algemene maatstaf lei dus maar weer tot die vraag: watter aspek van die openbare beleid staan hier voorop? ..." Hieruit blyk dit dat daar wel 'n stewige argument daarvoor bestaan dat die begrip goeie trou in elk

Sistematies sou die begrip goeie trou ook inpas onder die (wye) geoorloofdeheidsvereiste (regmatigheidsvereiste).³⁴⁴ Die aangewese redenasievolgorde sou waarskynlik wees om te betoog dat die betrokke kontrak ongeoorloof (onregmatig) is omdat dit strydig is met die openbare beleid en openbare belang, en wel weens strydigheid met goeie trou. Hierdie redenasievolgorde word voorgestel aangesien die geykte reg stel dat kontrakte strydig met die openbare beleid en openbare belang ongeoorloof (onregmatig) is, en omdat dit moeilik sal wees om die redenasie dat kontrakte strydig met goeie trou (ook) direk tot ongeoorloofdeheid (onregmatigheid) aanleiding gee, binne 'n reeds formalistiese sistematiek ingevoer te kry.

4.4 Die openbare beleid en openbare belang en goeie trou in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO*

Die gedagte in die literatuur wat so pas bespreek is, is tot betreklik onlangs nog nie werklik eksplisiet in die regspraak verder gevoer nie. In 1997 is egter die minderheidsuitspraak in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO*³⁴⁵ gelewer, waarin wel daadwerklike ontwikkeling met betrekking tot die samehang tussen die openbare beleid en openbare belang en goeie trou plaasgevind het.

In hierdie saak het dit gehandel oor die afdwingbaarheid van 'n borgkontrak en 'n sessie-ooreenkoms. Die meerderheid van die hof, by monde van waarnemende appèlregter Streicher (met wie appèlregters Hefer, Vivier en Zulman saamgestem het), het bevind dat

geval minder vaag is as die begrippe openbare beleid en openbare belang, hoewel steeds 'n taamlik vae, algemene begrip met die gepaardgaande probleme rondom regsonsekerheid (maar tog met die noodsaaklike soepelheid om met die werklikheid tred te kan hou).

³⁴⁴ Vgl oa Lubbe en Murray *Farlam and Hathaway: Contract* 390; Lubbe 1990 *Stell LR* 19-20; Van der Walt 1993 *THRHR* 76; Van der Merwe ea *Kontraktereg* 236; Zimmermann *Good Faith and Equity* 260; Van Huyssteen en Van der Merwe *South Africa* 63 (nr 107).

³⁴⁵ 1997 4 SA 302 (HHA).

die borgkontrak en die sessie-ooreenkoms nie afdwingbaar is nie, aangesien een van die kontrakspartye tydens kontraksluiting handelingsonbevoeg was.³⁴⁶ In 'n minderheidsuitspraak het appèlregter Olivier ook tot die bevinding gekom dat die borgkontrak en die sessie-ooreenkoms nie afdwingbaar is nie. Appèlregter Olivier het egter tot hierdie bevinding gekom nie op grond van die handelingsonbevoegdheid van 'n kontraksparty nie, maar wel op grond van die openbare belang en op grond van goeie trou.³⁴⁷ Appèlregter Olivier se gebruik van die begrip goeie trou in samehang met die begrippe openbare beleid en openbare belang in sy uitspraak, asook sy spesifieke formulering is van wesenlike belang vir die kwessie aangaande die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang in die kontraktereg.

Appèlregter Olivier het laat blyk dat hy tot sy argumentasielyn gekom het deurdat daar 'n pleit van strydigheid met die *boni mores* was, en dat hy dit om hierdie rede nodig geag het om aandag te skenk aan die teenswoordige rol van die openbare belang en goeie trou in die kontraktereg.³⁴⁸

Die respondente het in haar gewysigde verweerskrif op die teeneis gepleit dat die afdwinging van die borgakte en sessie-dokument *contra bonos mores* is. Derhalwe, so meen ek, is dit aangewese om die hedendaagse rol van die openbare belang en die *bona fides* by die kontraksluiting weer eens te oorweeg.

Dit is egter belangrik om in fyn besonderhede na te gaan hoe appèlregter Olivier hierby uitgekom het.

Appèlregter Olivier het begin deur te meld dat dit vir hom in hierdie uitspraak onnodig was om die ontstaan en ontwikkeling van die begrip goeie trou in die Romeinse en Romeins-

³⁴⁶ Vgl 318E-G.

³⁴⁷ Vgl 318H-I en 331D-H.

³⁴⁸ Vgl 318I-J.

Hollandse reg te ondersoek, aangesien dit reeds dikwels gedoen is.³⁴⁹ Hy het wel met betrekking tot die funksie van die begrip goeie trou tot 'n gevolgtrekking gekom:³⁵⁰

Die funksie van die *bona fide*-begrip (ook genoem die goeie trou) was eenvoudig om gemeenskapsopvattinge ten aansien van behoorlikheid, redelikheid en billikheid in die kontraktereg te verwesenlik.

Appèlregter Olivier het voortgegaan om die gebruik van die begrip goeie trou (of, soos hy dit noem: "die *bona fide*-beginsel") in die Suid-Afrikaanse reg te ondersoek.³⁵¹ Dit is betekenisvol dat hy gestel het dat die begrip goeie trou algaande al hoe meer gebruik is om billikheid in die kontraktereg te bewerkstellig.³⁵²

Die *bona fide*-beginsel is in toenemende mate erken en gebruik om nuwe en billike regsreëls te skep en regverdige oplossings vir probleme te vind waar die streng toepassing van bestaande regsreëls in 'n bepaalde situasie tot groot onbillikheid aanleiding sou gee. Dit is nie hier die plek om op elke besonderheid te wys nie, omdat hierdie Hof in vele uitsprake onomwonde aanvaar het dat die *bona fide*-beginsel in sy skeppende gedaante wel deel van ons reg is, soos hieronder aangetoon sal word...

In ander uitsprake van hierdie Hof is die grondliggende waardes van die goeie trou, billikheid en openbare belang in die kontraktereg ook beklemtoon; veral wat betref die afdwing van kontrakte wanneer dit teen die regsgevoel skrei.

Dit is insiggewend dat appèlregter Olivier hier wys op die beklemtoning van die belang van goeie trou en billikheid en die openbare belang in die kontraktereg. In hierdie passasie word goeie trou, billikheid en die openbare belang ook binne 'n bepaalde gemeenskaplike verband gestel.

³⁴⁹ Vgl 318J-319A.

³⁵⁰ Vgl 319A-B.

³⁵¹ Vgl 319B-322E.

³⁵² Vgl 320D-321B.

Voortvloeiend uit die pasvermelde passasie het appèlregter Olivier 'n hele aantal uitsprake genoem (en sommige bespreek), waarin die mening onderskryf is dat "alle kontrakte in ons reg *bonae fidei* is dws deur die goeie trou beginsel beheers word".³⁵³ In hierdie verband het hy tot die gevolgtrekking gekom dat goeie trou 'n wesenlike funksie in die Suid-Afrikaanse kontraktereg vervul:³⁵⁴

Die *bona fides*, wat weer gebaseer is op die redelikheidsopvattinge van die gemeenskap, speel dus 'n wye en onmiskenbare rol in die kontraktereg.

Dit is nou verder belangrik om aan te toon hoe appèlregter Olivier die verband tussen die begrippe openbare beleid en openbare belang en die begrip goeie trou sien en beskryf. Sy mening hieroor kom duidelik na vore in 'n besonder belangrike passasie, wat begin word deur in hierdie samehang te verwys na 'n eng verband tussen die begrippe:³⁵⁵

Dit blyk ook dat daar 'n innige verband bestaan tussen die begrippe *bona fides*, openbare belang, openbare beleid en *justa causa*.

Hierdie slotsom het appèlregter Olivier gebaseer op regspraak en resente literatuur:³⁵⁶

Dit blyk uit die analise van Smalberger AR in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* (*supra* op 7I-8G); uit die woorde van Hoexter AR in *Botha (now Griessel) and Another v Finanscredit (Pty) Ltd* (*supra* op 783A-B) dat openbare belang gerig is op die noodsaaklikheid dat *simple justice between man and man* gedoen moet word, en uit wat gesê is in *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis* (*supra*). (Sien ook Zimmermann, *Southern Cross* op 259 voetnoot 326.)

³⁵³ Vgl 321H-I.

³⁵⁴ Vgl 321J-322A.

³⁵⁵ Vgl 322B.

³⁵⁶ Vgl 322B-D.

Uiteindelik het appèlregter Olivier op grond hiervan die wesenlik belangrike gevolgtrekking bereik dat die begrip goeie trou as "onderdeel" van die begrip openbare belang beskryf kan word:³⁵⁷

Dit kan na my mening 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.

Dit is inderdaad 'n baie betekenisvolle gevolgtrekking. Hierop word hieronder teruggekom.

Appèlregter Olivier het dit vervolgens nodig geag om in hierdie samehang die *exceptio doli generalis* ter sprake te bring, en wel met die fokus op die doel van hierdie regsmiddel. Sy gevolgtrekking hieroor gee dan ook sy siening aangaande die verband tussen die *exceptio doli generalis* en die begrip goeie trou weer:³⁵⁸

As 'n mens die breë, dinamiese werking van die *bona fide*-beginsel aanvaar, dan volg dit eintlik vanselfsprekend dat die *exceptio doli generalis* by daardie naam en as 'n spesifieke beperkte verweer wat nou juis gepleit moet word, oorbodig is. (Sien ook Zimmermann *Southern Cross* op 239 tot dieselfde effek.)

In verband met die gebruik van die begrip goeie trou in die Suid-Afrikaanse reg, en wel met verwysing na die meerderheidsuitspraak in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another*,³⁵⁹ het appèlregter Olivier 'n belangrike mening uitgespreek. Dit behels dat die appèlhof inderdaad steeds die beginsel van goeie trou toepas, hetsy met

³⁵⁷ Vgl 322D.

³⁵⁸ Vgl 323D.

³⁵⁹ 1988 3 SA 580 (A). Vgl 2.3.5 en 4.2 hierbo vir besprekings van die uitspraak in hierdie saak.

verwysing na spesifiek die begrip goeie trou, hetsy met verwysing na die begrippe openbare beleid en openbare belang.³⁶⁰

Maar dat dit nie die bedoeling van die meerderheidsuitspraak was om die *bona fide*-beginsel of die rol van die openbare belang in die kontraktereg in die ban te doen nie, staan myns insiens vas. Dit is klaarblyklik dat hierdie Hof self, sonder om altyd die terme *bona fides* te gebruik, die onderliggende beginsel steeds toepas. Dit geskied soms onder die benaming van *openbare belang* (public interest; public policy),³⁶¹ soms met 'n beroep op die *bona fide*-beginsel...

Op grond hiervan het appèlregter Olivier die begrip openbare belang as kriterium toegepas.³⁶²

Ek voel myself dus vry om die beginsels van openbare belang, wat die *bona fide*-beginsel insluit op die onderhawige feitestel toe te pas net soos wat dit in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* (*supra*) en *Botha (now Griessel) v Finanscredit (Pty) Ltd* (*supra*) en die ander genoemde uitsprake gedoen is.

Hierop het appèlregter Olivier uitgebrei, nadat hy 'n aantal uitsprake bespreek het. Insiggewend is die verfyning van sy vroeëre gevolgtrekking met betrekking tot die noue verband tussen die gemeenskap en die begrippe regverdigheid, billikheid en behoorlikheid. Weer eens is sy spesifieke formulering belangrik.³⁶³

Ek hou dit as my oortuiging na dat die beginsels van die goeie trou, gegrond op openbare beleid, steeds in ons kontraktereg 'n belangrike rol speel en moet speel, soos in enige regstelsel wat gevoelig is vir die opvattinge van die gemeenskap, wat die uiteindelijke

³⁶⁰ Vgl 323G-H.

³⁶¹ Dit val op dat ar Olivier met die begrip openbare belang beide die begrippe *public interest* en *public policy* bedoel. Vgl in hierdie verband veral 3.5.3.2 hierbo.

³⁶² Vgl 324A-B.

³⁶³ Vgl 326F-G.

skepper en gebruiker van die reg is, met betrekking tot die morele en sedelike waardes van regverdigheid, billikheid en behoorlikheid.

Hierin lê dus ook 'n belangrike riglyn opgesluit aan 'n regter vir die uitoefening van 'n beperkte diskresie in hierdie verband. Dit behels dat gestreef kan word na regverdigheid, billikheid en behoorlikheid deur middel van die begrip goeie trou, en wel op die grondslag van die openbare beleid en openbare belang.

Nadat appèlregter Olivier die gebruik van die begrip goeie trou in die onderhawige konteks ook regsvergelijkend (met verwysing na Franse reg, Duitse reg, Nederlandse reg en Engelse reg) ondersoek het,³⁶⁴ het hy sy uiteindelijke bevinding in die aangeleentheid gemaak. Sy bevinding het ingehou dat in die betrokke omstandighede die openbare belang nie vereis dat die borgkontrak "strak" afgedwing moet word nie.³⁶⁵ In navolging van die Nederlandse en die Engelse reg was appèlregter Olivier voorts van mening dat indien

... die borg, soos in hierdie geval, opsigtelik liggaamlik swak is en uit 'n gesprek met die skuldeiser laat blyk dat hy of sy verward is of moontlik nie die implikasies van die borgkontrak goed verstaan nie, of waar die borg tot die kennis van die skuldeiser 'n eggenote is wat vir die eggenoot borg staan of 'n bejaarde ouer is wat vir 'n kind borgstaan, verg die openbare belang myns insiens dat die skuldeiser seker maak dat die borg die volle en werklike betekenis en implikasies van die borgkontrak en enige gevolglike sessies goed begryp... deur aan te dring dat die borg onafhanklike regsadvies kry of deurdat die skuldeiser self die volle en werklike betekenis en implikasies van die borgkontrak en ander dokumente aan die borg verduidelik.³⁶⁶

Uiteindelik het appèlregter Olivier bevind dat in die betrokke geval voor die hof by verre nie aan die genoemde vereistes voldoen is nie en dat die borgkontrak en sessie na sy

³⁶⁴ Vgl 326I-330I.

³⁶⁵ Vgl 331D.

³⁶⁶ Vgl 331E-G.

mening in die betrokke omstandighede op grond van die begrip goeie trou nie afgedwing behoort te word nie.³⁶⁷

Hierdie is die eerste uitspraak in die Suid-Afrikaanse reg waarin so eksplisiet beslis is dat die begrip goeie trou in die kontrakreg 'n "onderdeel" vorm van die begrippe openbare beleid en openbare belang, wat beteken dat die begrippe openbare beleid en openbare belang vereis dat die begrip goeie trou toegepas word.³⁶⁸

Dit kan na my mening tereg gesê word dat die *bona fide*-begrip in die kontrakreg 'n onderdeel van die algemeen-geldende openbare belang-beginsel is. Die *bona fides* word toegepas omdat die openbare belang dit vereis.

Verder is in die algemeen appèlregter Olivier se hele betoog aangaande die gevestigde plek van die begrippe goeie trou en billikheid in die Suid-Afrikaanse kontrakreg insiggewend.

4.5 Die belangrikste, mees resente ontwikkelinge aangaande die openbare beleid en openbare belang, goeie trou en onbillike kontrakbedinge

4.5.1 Regspraak: *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO*³⁶⁹

Soos pas vermeld is, is toe in 1997 die minderheidsuitspraak van appèlregter Olivier in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO*³⁷⁰ gelewer, waarin bevind is dat die betrokke kontrak nie afgedwing behoort te word nie omdat dit sou indruis teen die goeie trou as "onderdeel" van die "openbare belang". Weliswaar was dit 'n minder-

³⁶⁷ Vgl 331G-H.

³⁶⁸ Vgl 322C-E.

³⁶⁹ 1997 4 SA 302 (HHA).

³⁷⁰ 1997 4 SA 302 (HHA).

heidsuitspraak van 'n enkele appèlregter, maar dit lyk nietemin na 'n besonder belangrike stap van ontwikkeling in die regspraak.³⁷¹

4.5.2 Die Suid-Afrikaanse Regskommissie: *Projek 47*

Gedurende 1984 tot 1989 het 'n navorsingspan, onder leiding van professor CFC van der Walt, navorsing gedoen vir *Projek 47* ("Onbillike Kontraksbedinge en die Rektifikasie van Kontrakte" oftewel "*Unreasonable Stipulations in Contracts and the Rectification of Contracts*") van die Suid-Afrikaanse Regskommissie. Op grond van die navorsingspan se navorsing is daar in 1989 aan die Suid-Afrikaanse Regskommissie sekere aanbevelings gedoen.³⁷² Dit het onder andere behels dat die howe ingevolge wetgewing bemaagtig moet

³⁷¹ Sedert die einde van 1996 (vgl hoofstuk 2), asook nadat die minderheidsuitspraak in die *Saayman*-saak in 1997 gelewer is, is die begrippe openbare beleid en openbare belang wel in 'n hele aantal uitsprake aan die orde gestel. Hierin is die ontwikkeling van die minderheidsuitspraak in die *Saayman*-saak egter nog nie eksplisiet voortgesit nie, en ook nie andersins 'n daadwerklike bydrae gelewer mbt die ondersoek van die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid nie. In die belangrikste van hierdie uitsprake is die begrippe openbare beleid en openbare belang weliswaar nie slegs in die verbygaan vermeld nie en daarom verdien dié uitsprake tog vermelding: *Absa Bank Bpk h/a Bankfin v Louw en Andere* 1997 3 SA 1085 (K); *Standard Bank of SA Ltd v Essop* 1997 4 SA 569 (D); *Vermeulen en 'n Ander v Africa Steel & Timber en Andere* 1998 2 SA 543 (O) (veral 549E-H); *Berlesell (Edms) Bpk v Lehae Development Corporation BK en Andere* 1998 3 SA 220 (O) (veral 227H-I); *Warrenton Munisipaliteit v Coetzee* 1998 3 SA 1103 (NK) (veral 1111J-1112I).

³⁷² Om die probleemstelling van *Projek 47* aan te pak, welke probleemstelling kortliks uiteengesit is in die navorsingspan van die Suid-Afrikaanse Regskommissie *Projek 47 se Hoofverslag (I)* op 1-3, en soos volg saamgevat is (aw 3): "Kortliks gestel het *Projek 47* dus te make met die vraag of daar in die Suid-Afrikaanse reg voldoende maatreëls bestaan om te voorkom dat deur die toepassing van die geykte kontrakteregsbeginsels onbillike resultate bewerkstellig kan word. Die probleem kan in die betrokke bedinge self of in die manier waarop hulle ontstaan het, of in gepoogde afdwinging daarvan onder onvoorsienbaar veranderde omstandighede geleë wees. Die vraag is of vir voorkomende

word om kontraktsbedinge te kan beoordeel aan die hand van die begrip goeie trou as maatstaf, gerugsteun deur bepaalde riglyne. Die diskresie van die regter word dus op hierdie wyse beperk.

Gedurende 1994 het die Suid-Afrikaanse Regskommissie 'n verwerking van die navorsingspan se studiestuk en aanbevelings, sowel as aanvullende aangepaste voorstelle, gepubliseer as *Werkstuk 54*. Hierin het ook beide die projekkomitee en die werkkomitee van die Regskommissie onder andere die gebruik van die begrip goeie trou voorgestel.³⁷³ Hierin is verder aangedui dat die werkkomitee gekant was teen die neerlê van riglyne vir die toepassing van sodanige algemene kriterium.³⁷⁴ Dit wil voorkom of die regter se diskresie hiervolgens nie duidelik beperk word nie.

In Julie 1996 het die Suid-Afrikaanse Regskommissie 'n *Discussion Paper 65* gepubliseer,³⁷⁵ ten einde die Regskommissie se voorlopige mening aan die breë Suid-Afrikaanse publiek bekend te maak, asook om kommentaar en voorstelle van lesers hierop in te win.³⁷⁶ Onder andere was die Regskommissie se voorlopige mening ten gunste van die gebruik van die "*unconscionability*"-benadering en nie die goeie trou-benadering

beheer of vir die latere verandering van sodanige bedinge geleentheid behoort te bestaan, sodat alle kontraktsbedinge nie sonder meer afgedwing hoef te word nie."

³⁷³ Vgl Suid-Afrikaanse Regskommissie Projek 47 *Werkstuk 54* op 20-21.

³⁷⁴ Vgl Suid-Afrikaanse Regskommissie Projek 47 *Werkstuk 54* op 32. Die projekkomitee het nie hieraan oorweging geskenk nie.

³⁷⁵ Waarin ook die doelwit van *Projek 47* kortliks verwoord is (vgl South African Law Commission Project 47 *Discussion Paper 65* op 1): "The object of Project 47 of the SA Law Commission is to consider whether the courts should be enabled to remedy contracts or contractual terms that are unjust or unconscionable and thus to modify the application to particular situations before the courts of such contracts or terms so as to avoid the injustices which would otherwise ensue."

³⁷⁶ Vgl South African Law Commission Project 47 *Discussion Paper 65* op 1.

nie,³⁷⁷ asook gekant teen enige riglyne.³⁷⁸ Die begroning van die voorkeur vir die "unconscionability"-benadering was die volgende:³⁷⁹

In view of the historical background to our law, the unconscionability approach would probably be advisable, also taking into account the general use of that approach by legal systems close to our own. But the good faith approach may well in the foreseeable future become the relevant criterion in British law, as a result of the UK's membership of the European Union.

Die begroning van die voorkeur vir die "unconscionability"-benadering wat hier gebied word, is dus nie besonder stewig nie.

In April 1998 is die Suid-Afrikaanse Regskommissie se verslag met betrekking tot *Projek 47* voltooi,³⁸⁰ en kort daarna aan die Minister van Justisie voorgelê. In die verslag beveel die Regskommissie onder andere aan dat die maatstaf ("yardstick") vir die vasstelling van regverdigheid ("fairness") in kontrakte die begrippe "unreasonableness", "unconscionability" en "oppressiveness" behoort te wees.³⁸¹ Die Regskommissie beveel verder onder andere in die verslag aan dat riglyne inderdaad in die voorgestelde wetgewing uiteengesit behoort te word, sodat 'n mate van definisie aan die pasvermelde drie begrippe verleen kan

³⁷⁷ Vgl South African Law Commission Project 47 *Discussion Paper 65* op 21.

³⁷⁸ Vgl South African Law Commission Project 47 *Discussion Paper 65* op 25.

³⁷⁹ Vgl South African Law Commission Project 47 *Discussion Paper 65* op 21.

³⁸⁰ Die verslag staan bekend as South African Law Commission Project 47 *Unreasonable Stipulations in Contracts and the Rectification of Contracts - Report*.

³⁸¹ Vgl South African Law Commission Project 47 *Report 145*.

word ten einde regsekerheid te bevorder.³⁸² Die regter se diskresie word hiervolgens dus wel beperk.

'n Belangrike kwessie wat nou na vore tree, hou verband met die vrae hoe die wetgewing uiteindelik gaan lyk, en of die wetgewing gaan rym met die minderheidsuitspraak van appèlregter Olivier in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO*,³⁸³ veral met betrekking tot die benadering wat gevolg gaan word en die begrip(pe) wat gebruik gaan word. Die Regskommissie se voorgestelde *Bill on the Control of Unreasonableness, Unconscionableness or Oppressiveness in Contracts or Terms*³⁸⁴ werk uiteindelik inderdaad nie met die begrip goeie trou nie, maar wel met die begrippe *unreasonable(ness)*, *unconscionable(ness)* en *oppressive(ness)*.³⁸⁵ Voorts is 'n hele aantal riglyne daarin opgeneem.³⁸⁶ Daar bestaan dus tans 'n interessante situasie. Aan die een kant lyk dit of appèlregter Olivier in sy minderheidsuitspraak in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO*³⁸⁷ 'n belangrike en in die literatuur langverwagte tree met betrekking tot die ontwikkeling van 'n bepaalde benadering gegee het, waarvolgens die begrip goeie trou as "onderdeel" van die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid gebruik word.³⁸⁸ Aan die ander kant word met die genoemde voorgestelde wetgewing van die Regskommissie die

³⁸² Vgl South African Law Commission Project 47 Report 170-172.

³⁸³ 1997 4 SA 302 (HHA).

³⁸⁴ Vgl South African Law Commission Project 47 Report 213-223 (Bylae A).

³⁸⁵ Vgl art 1(1), art 1(3), art 1(4)(b) en art 2.

³⁸⁶ Vgl art 2(a)-(z).

³⁸⁷ 1997 4 SA 302 (HHA).

³⁸⁸ Vgl 4.4 hierbo.

gebruik van die begrippe *unreasonable(ness)*, *unconscionable(ness)* en *oppressive(ness)* bevorder.

4.6 Gevolgtrekking

Inderdaad spruit uit die ontwikkeling aangaande die billikheid en die billike werking van kontrakte 'n moontlikheid van verdere sistemativering met betrekking tot die hantering van die openbare beleid en openbare belang, naamlik die gebruik van goeie trou as algemene kriterium. Hierin bestaan ook 'n belangrike riglyn vir die uitoefening van die beperkte regterlike diskresie met betrekking tot die beoordeling van kontrakte op grond van die openbare beleid en openbare belang.³⁸⁹ Ontwikkeling in die Suid-Afrikaanse kontraktereg aangaande billikheid en goeie trou was moeisam. Ten spyte van uitsprake wat ontwikkeling in hierdie verband gestrem het, bestaan daar ook 'n aantal uitsprake wat hierdie ontwikkeling bevorder. Binne hierdie ontwikkeling was die kwessie aangaande 'n algemene billikheidsdiskresie 'n sentrale punt van dispuut. Moontlik kan in die inhoud en toepassing van die begrip goeie trou 'n potensiële algemene billikheidsmaatstaf gesien word.

In die literatuur word reeds 'n geruime tyd lank voorgestel dat die begrip goeie trou in die kontraktereg gebruik word. Hiervolgens kan die kernmoment van die begrippe openbare beleid en openbare belang deur die begrip goeie trou uitgedruk word. Aan die hand van die begrip goeie trou kan verfyning en verdieping plaasvind. Onder andere om hierdie rede beskik die begrip goeie trou oor die potensiaal om te dien as konkretisering van die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid en derhalwe ook van 'n belangrike faset van die (wye) geoorloofdhedsvereiste (regmatigheidsvereiste) van die kontraktereg.

³⁸⁹ Vir 'n samevatting van ook verdere riglyne wat in hierdie hoofstuk geïdentifiseer is, soos wel aangevul deur ander riglyne wat in die loop van die ondersoek geïdentifiseer is: vgl 4.7 hieronder.

Nadat 'n geruime tyd lank in die literatuur voorgestel is dat die begrip goeie trou in die kontraktereg gebruik moet word, het appèlregter Olivier in sy minderheidsuitspraak in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO*³⁹⁰ eksplisiet gestel dat die begrip goeie trou 'n onderdeel vorm van die begrippe openbare beleid en openbare belang. Hiervolgens vind die begrip goeie trou toepassing omdat die openbare beleid en openbare belang dit vereis. Hierdie ontwikkeling bou dus voort op die literatuur in die rigting van die moontlikheid om sistematiesering, asook die vermindering van regsonsekerheid, verder te voer deur middel van die gebruik van die begrip goeie trou.

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie se *Projek 47* het uiteindelik uitgeloop op voorgestelde wetgewing wat nie die begrip goeie trou nie, maar wel die begrippe *unreasonable(ness)*, *unconscionable(ness)* en *oppressive(ness)* bevorder. Die hangende kwessie is tans dus of die howe die geleentheid gaan kry om te oorweeg om in appèlregter Olivier se voetspore te volg, en of die voorgestelde wetgewing aanvaar gaan word, wat waarskynlik enige verdere ontwikkeling aangaande die begrip goeie trou as "onderdeel" van die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid wesenlik sal beïnvloed.

4.7 Samevatting van riglyne

Duidelikheidshalwe word vervolgens, na aanleiding van die ondersoek van die Suid-Afrikaanse reg tot dusver, 'n samevatting gebied van die vernaamste geïdentifiseerde riglyne met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraksbepinge op grond van die begrippe openbare beleid en openbare belang, oftewel met betrekking tot die beperking van die regterlike diskresie. Hierdie samevatting is noodwendig veel armer as die ondersoek in geheel, waarin deurgaans sowel minder as meer belangrike riglyne opgemerk kan word. In hierdie sin is die ondersoek as 'n geheel in wese ook 'n poging om meer helderheid te bring ten opsigte van riglyne en veral sistematiek in hierdie verband.

³⁹⁰ 1997 4 SA 302 (HHA).

Om praktiese redes word hier egter slegs die vernaamste riglyne in die Suid-Afrikaanse reg saamgevat. Die samevatting van riglyne behoort in hierdie lig beskou te word, asook in samehang met die voorgestelde sistematiek soos dit in hoofstuk ses hieronder uiteengesit word.

Aangesien die riglyne wat hier saamgevat word afkomstig is uit talle verskillende uitsprake, bestaan daar plek-plek oorvleueling asook die moontlikheid dat sekere aspekte van verskillende riglyne nie met mekaar strook nie. Dit is noodwendig die geval. Tog is daar gepoog om die riglyne binne 'n bepaalde volgorde te rangskik, of om deur middel van kommentaar perspektief op die moontlike verskille te bied, sodat die moontlike verskille nie die riglyne onnodig van waarde ontnem nie.

Hier volg dan 'n samevatting van die vernaamste riglyne wat in die loop van die ondersoek tot dusver geïdentifiseer is:

- (a) Enersyds mag 'n regter nooit sy plig versuim om in die nodige gevalle 'n kontrak as strydig met die openbare beleid en openbare belang te verklaar nie, maar andersyds behoort 'n regter hierdie bevoegdheid met omsigtigheid uit te oefen en slegs in duidelike gevalle ten einde regsonsekerheid te voorkom. 'n Regter moet versigtig wees om nie tot die slotsom te kom dat 'n kontrak teen die openbare beleid en openbare belang indruis slegs omdat die kontrak (of bepaalde bedinge daarvan) teen die betrokke regter se persoonlike gevoel van behoortlikheid en regverdigheid indruis nie. Aangesien die openbare beleid en openbare belang by uitstek begrippe van algemene aard is, bestaan nie slegs die gevaar dat dit te geredelik aangewend kan word nie, maar ook dat dit misbruik kan word. Daarom bly dit belangrik om terughoudendheid as uitgangspunt te koester.
- (b) 'n Bevinding van strydigheid met die openbare beleid en openbare belang behoort nie gemaak te word op grond van 'n algemene gevoel van onbillikheid nie. 'n Noukeurige en weldeurdagte analise van die omstandighede van die spesifieke geval moet aandui dat daar potensiaal vir duidelike onregverdigheid en ongeregtheid bestaan. Hierdie benadering hou prakties in dat die geëgte reg en gevestigde

gebruike eerder in stand gehou behoort te word, en slegs weens 'n baie grondige rede omvergewerp behoort te word.³⁹¹

- (c) Die vereistes van die openbare beleid en openbare belang met betrekking tot kontrakte en kontraksbepalinge hou in dat 'n balans gehandhaaf moet word tussen die uiterste mate van ("*utmost*") kontrakteervryheid en basiese onderlinge geregtigheid ("*simple justice between man and man*").
- (d) Alhoewel kontrakte strydig met die openbare beleid en openbare belang dikwels besmet is met een of ander verdorwenheid ("*turpitude*"), is dit nie noodsaaklik dat kontrakte die een of ander skandelige ("*disgraceful*") bepaling hoef te bevat of as oogmerk die een of ander morele onbehoorlikheid hoef te hê om as strydig met die openbare beleid en openbare belang bevind te word nie.
- (e) Oorwegings van die openbare beleid en openbare belang word toegepas met die oog op geregtigheid, billikheid, goeie trou en redelikheid.
- (f) 'n *Onredelike* beperking van handelsvryheid sal *waarskynlik* strydig met die openbare beleid en openbare belang wees. Die *onredelikheid* van 'n beperking van handelsvryheid sal dus *waarskynlik* 'n aanduiding daarvan wees dat die beperking as onafdwingbaar bevind sal word.
- (g) Die bedinge van 'n sessie-ooreenkoms wat 'n kontraksparty sonder uitkoms uit 'n situasie laat, of wat 'n buitengewone wye werking het, of wat die moontlikheid vir

³⁹¹ Dit is belangrik dat die riglyn ook inhou dat gevestigde gebruike wel nie noodwendig altyd die geldende regsposisie daarstel nie, en dat dit nie totaal bo wysiging verhewe is nie. Dit is weer bevestig in *Nedcor Bank Ltd v Absa Bank Ltd* 1998 2 SA 830 (W). R Cloete het gestel dat, ofschoon sg "floor plan agreements" in die een of ander vorm reeds sedert die sestigjarige in Suid-Afrika gebruik word, en daar dus vir 'n geruime tyd reeds 'n behoefte aan 'n vorm van pandgewing sonder besit bestaan, die Suid-Afrikaanse reg tans nie pandgewing sonder besit as geldig beskou nie en dat dit onbehoorlik vir 'n regter van eerste instansie sou wees om so 'n reg te probeer skep: vgl 838F-839C.

oormatige benadeling daarstel, is (in die woorde van die bekende formule) "duidelik gewetenloos en onversoenbaar met die openbare belang en gevolglik druis dit in teen die openbare beleid".

- (h) Die inhoud van die begrippe openbare beleid en openbare belang staan in noue verband met fundamentele beginsels van geregtigheid of van algemene of statutêre reg, of met die belange van die gemeenskap.
- (i) Die begrippe openbare beleid en openbare belang staan in noue verband met die geregtigheidsbewussyn van die gemeenskap.
- (j) Strydigheid met die reg of moraal, of met sosiale of ekonomiese dienstigheid is alles aspekte wat op strydigheid met die belange van die gemeenskap dui, en gevolglik ook op strydigheid met die openbare beleid en openbare belang.
- (k) Die vasstelling van die openbare beleid en openbare belang behels 'n kombinasie van 'n meer sekere faset, naamlik duidelike en algemeen aanvaarde gemeenskapsopvattinge en -waardes, en 'n gekompliseerde en minder sekere faset, naamlik die afweging van die belange van die individu sowel as die gemeenskap.
- (l) Toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang bring mee dat die spesifieke konteks van 'n bepaalde kontrakbeding onder die soeklig geplaas word.
- (m) Strydigheid met die openbare beleid en openbare belang word in sommige gevalle in verband gebring met die ontneming van 'n *legal right* van 'n kontraksparty deur sy teenparty.
- (n) Binne die konteks van veral die besigheidswêreld kan die uitdrukkings "*reasonable business requirements*" en "*a perfectly proper and businesslike requirement*" (redelike en behoorlike besigheidsbehoefte) beskou word as 'n verdere konkretisering van die begrippe openbare beleid en openbare belang.

- (o) Strydigheid met die openbare beleid en openbare belang kan binne 'n bepaalde konteks in verband gebring word met willekeurige vasstelling van skadevergoeding.
- (p) Strydigheid met die openbare beleid en openbare belang kan binne 'n bepaalde konteks in verband gebring word met 'n onbeperkte mag van manipulasie.
- (q) Binne die konteks van borgkontrakte word strydigheid met die openbare beleid en openbare belang beoordeel aan die hand van die omringende omstandighede van die kontrak. Dit sluit in die aard van die skuld, die verhouding tussen die borge en die skuldeiser en die hoofskuldenaar, die redes waarom die borge toegestem het om borg te staan, die voordele wat die borge uit hoofde van die borgstelling mag toekom, en enige ander inligting wat relevant is vir die behoorlike beoordeling van die "*fairness*" en "*morality*" van die betrokke bedinge.
- (r) Die volgende riglyn strook nie met die voorgaande riglyn nie en betrek 'n hele aantal grondliggende aspekte. Dit behoef dus kommentaar asook 'n uiteensetting. Die uiteindelijke resultaat is dat hierdie riglyn en die voorgaande riglyn mekaar wedersyds temper, sodat nie na een van twee uiterstes beweeg word nie.

Hierdie riglyn stel in die algemeen dat die individuele geval nie oorbeklemtoon behoort te word nie. Hierdie algemene riglyn vloei voort uit 'n aantal meer spesifieke aspekte. Dit behels dat by die beoordeling of 'n borgkontrak (of bepaling daarin) strydig met die openbare beleid en openbare belang is, drie hoofoorwegings bestaan, naamlik: (i) die omvang van die openbare beleid; (ii) die aard en strekking van die kontrak ter oorweging ('n borgkontrak); (iii) dat die stelreël *pacta sunt servanda* steeds 'n hoeksteen van die kontraktereg is en dat die uiterste mate van ("*utmost*") kontrakteervryheid moet geld.

Met betrekking tot die eerste hoofoorweging by die beoordeling of 'n borgkontrak strydig met die openbare beleid en openbare belang is, stel die riglyn dat 'n kontrak (of kontrakbeding) nie as strydig met die openbare beleid en openbare belang

verklaar behoort te word nie, tensy dit so duidelik strydig is met die belang van die gemeenskap as 'n geheel, dat, met inagneming van die sedes van die betrokke tydsgewrig, die nadeel vir die gemeenskap wesenlik onbetwisbaar is.

Met betrekking tot die tweede hoofoorweging stel die riglyn dat die aard van die kontrak in ag geneem behoort te word in dié sin dat dit bekend is dat 'n borgkontrak van nature belastend is. Dit is so omdat 'n borg homself verantwoordelik stel vir die nakoming van 'n ander persoon se verpligting. Inagneming van die aard van die kontrak hou voorts in dat binne die kommersiële konteks waarin borgkontrakte gesluit word, kontraksbedinge wat met die eerste oogopslag ietwat knellend mag voorkom, deel is van die realiteite van die kommersiële lewe, byvoorbeeld ter beskerming van banke en finansiële instellings.

Met betrekking tot die derde hoofoorweging stel die riglyn dat in ag geneem moet word dat borge borgkontrakte vrywillig onderteken, en hiermee saam dat die openbare beleid ten gunste van die uiterste mate van ("*utmost*") kontraktevryheid is en vereis dat kommersiële kontrakte nie onnodig belemmer word deur beperkings op kontraktevryheid nie. Dus sal 'n borgkontrak (of bepaalde bedinge daarvan) slegs as strydig met die openbare beleid verklaar word indien dit duidelik strydig is met die belange van die gemeenskap as 'n geheel. Indien die individuele geval oorbeklemtoon word, sal dit aanleiding gee tot misbruik van die openbare beleid deur skuldenaars wat kontrakte vrywillig onderteken het, asook tot 'n stortvloed litigasie gegrond op die openbare beleid as wanhoopsverweer ("*the 'last resort' defence of public policy*"), en tot die probleem van teenstrydige uitsprake. Hiervolgens sou die uiteindelige gevolg van die oorbeklemtoning van die individuele geval wees dat die besigheidswêreld gestrem sal word en dat dit vir banke en finansiële instellings bykans onmoontlik sal wees om van standaardvorm borgkontrakte gebruik te maak. 'n Onhoudbare situasie sou in die besigheidswêreld geskep word indien elke moontlike borgkontrak beoordeel sou word op grond van die agtergrond van die skuldenaar, of die borg, of die omstandighede waaronder die borg homself gebind het.

Hierdie riglyn, wat gekant is teen die oorbeklemtoning van die individuele geval en klem plaas op die inagneming van nadeel vir die gemeenskap as geheel, kan geag word as in stryd met die voorgaande riglyn, wat eerder die belang van die individuele geval beklemtoon. Na my mening is die sinvolste benadering in hierdie verband egter dat die riglyne nie as teenstrydig beskou hoef te word nie. Die riglyne kan inderdaad eerder as wedersyds aanvullend geag word. Volgens hierdie benadering kan bepaalde omringende omstandighede in sekere gevalle wel as deurslaggewend beskou word ter wille van geregtigheid in die spesifieke geval, maar behoort weens die gevaar van misbruik van die openbare beleid as verweer, terselfdertyd in ag geneem te word dat die individuele geval nie buite verhouding klem mag ontvang nie.

- (s) Die begrip goeie trou vorm 'n onderdeel van die openbare beleid en openbare belang. Daar kan gestreef word na regverdigheid, billikheid en behoortlikheid ten opsigte van kontrakte en kontraksbepinge deur middel van die begrip goeie trou, en wel op die grondslag van die openbare beleid en openbare belang. Die begrip goeie trou vind toepassing omdat die openbare beleid en openbare belang dit vereis.

HOOFSTUK 5

ALGEMENE BEGRIPPE AS KRITERIA VIR KONTRAKTUELE GEREGTIGHEID IN 'N AANTAL VREEMDE REGSTELSLS

5.1 Inleiding

Dit blyk dat die Suid-Afrikaanse reg op sigself goeie moontlikhede bied om die problematiek wat in hierdie ondersoek aan die orde is, naamlik die onpresiese gebruik van die begrippe openbare beleid en openbare belang en die gepaardgaande regsonsekerheid, aan te pak. Om egter vas te kyk teen slegs die moontlikhede wat die Suid-Afrikaanse reg bied, terwyl daar ook moontlikhede in vreemde regstelsels opgesluit mag wees, sou kortsigtig wees. Derhalwe word ook 'n aantal vreemde regstelsels ondersoek.

Die problematiek wat in hierdie proefskrif aan die orde is, bestaan egter nie noodwendig in die vreemde stelsels nie. Dit sou sinloos wees om direk te vra hoe die onpresiese gebruik van die begrippe openbare beleid en openbare belang en die gepaardgaande mate van regsonsekerheid in 'n vreemde stelsel gehanteer word. Ook om van meet af aan te vra hoe die inhoud en toepassing van begrippe wat met die begrippe openbare beleid en openbare belang ooreenstem, in die vreemde stelsel gehanteer word, is kortsigtig: veel verder as bespiegeling rondom kwessies van terminologie word sodoende nie gevorder nie. Hierdie werkswyse sou ook afbreuk doen aan basiese beginsels van regsvergeelyking, aangesien die Suid-Afrikaanse reg aan die vreemde stelsels opgedring sou word.

Derhalwe word die probleem ter wille van regsvergelykende doeleindes anders gestel.³⁹² Daar word uitgegaan van die aanname dat in die stelsels wat vergelyk gaan word, kontrakte bestaan; dat daarin wel ook kontrakte en kontraksbedinge bestaan wat (in terminologie van die Suid-Afrikaanse reg) as moontlik onbillik bestempel kan word. Daar word gefokus op dit wat in elke stelsel dieselfde funksie³⁹³ vervul as die begrippe openbare beleid en openbare belang in die Suid-Afrikaanse kontraktereg. Uit hierdie perspektief gesien, is die sentrale vraagstuk in hierdie regsvergelykende ondersoek die volgende. Word (in die betrokke stelsel) algemene begrippe gebruik as kriteria vir kontraktuele geregtigheid? Indien nie, hoe word kontraktuele geregtigheid beoordeel? Indien wel, hoe word hierdie algemene begrippe gehanteer: hoe sien die inhoud en toepassing van sodanige begrippe daar uit? Langs hierdie weg kan dalk verdere moontlikhede vir die Suid-Afrikaanse reg na vore tree. Reeds vooraf word daarop gewys dat die beoordeling van kontraktuele geregtigheid in elk van die ondersoekte stelsels binne die werksaamhede van regters val. In hierdie verband is dit belangrik om deurgaans te let op die wyses waarop die beperking van die regterlike diskresie gehanteer word.

Twee stelsels uit die Romaans-Germaanse tradisie, naamlik Duitse reg en Nederlandse reg, word ondersoek. Ook een stelsel uit die Anglo-Amerikaanse tradisie, naamlik Engelse reg, word ondersoek. Hierdie hoofstuk is nie bedoel om 'n formele of volledige regsvergelykende verslag weer te gee nie. Hoewel dit tog implisiet fundeer op sekere basiese

³⁹² Nietemin word nie ontken dat die probleem van die Suid-Afrikaanse reg aangaande die inhoud en toepassing van die begrippe openbare beleid en openbare belang ten minste implisiet regdeur hierdie regsvergelykende ondersoek aan die orde is nie. Hieraan word hieronder in 5.4 eksplisiet aandag gegee.

³⁹³ Ivm die sg beginsel van funksionaliteit (*Funktionalitätsprinzip*): vgl Zweigert en Kötz *Einführung in die Rechtsvergleichung* 33-35.

beginsels van regsvergelyking, word aan die teoretiese onderbou van regsvergelyking nie eksplisiet aandag gegee nie.³⁹⁴

5.2 Romaans-Germaanse tradisie

5.2.1 Duitse reg

5.2.1.1 Inleiding

Die sentrale vraagstuk van hierdie afdeling is of in die Duitse reg algemene begrippe gebruik word as kriteria vir kontraktuele geregtigheid. Indien dit nie die geval is nie, moet vasgestel word op watter wyse kontraktuele geregtigheid dan wel beoordeel word. Indien algemene begrippe tog gebruik word, moet vasgestel word hoe hierdie algemene begrippe gehanteer word: hoe sien die inhoud en toepassing van sodanige begrippe daar uit?

³⁹⁴ Wel insiggewend vir die onderhawige ondersoek is die taamlik resente proefskrif van Van Laer CJP *Het nut van comparative begrippen* (LL D-proefskrif Universiteit Maastricht 1997). Dit wil voorkom of Van Laer 'n alternatiewe metodologiese uitgangspunt vir regsvergelyking voorstaan: vir 'n opsomming vgl aw 177-180. Hy skyn te meen dat in plaas daarvan om te fokus op die funksie in die betrokke stelsels van dit wat vergelyk wil word, eerder gefokus behoort te word op vergelykbare begrippe. (Mbt die sg beginsel van funksionaliteit (*Funktionalitätsprinzip*): vgl Zweigert en Kötz *Einführung in die Rechtsvergleichung* 33-35.) Mbt Van Laer se proefskrif is 'n belangrike vraag of hier werklik van 'n alternatiewe metodologiese uitgangspunt sprake kan wees. Moontlik is die antwoord dat dit nie werklik hier gaan om verskillende metodologiese uitgangspunte vir regsvergelyking nie, maar om verskillende stadia van die vergelykingsproses: dat daar nl met vergelykbare begrippe gewerk kan word nádat die funksie van dit wat vergelyk wil word vasgestel is. Dit kan wees dat Van Laer die eerste genoemde stap in die vergelykingsproses onbewustelik as vanselfsprekend aanvaar het.

5.2.1.2 Oriëntering: *Grundgesetz* en die *Generalklauseln* en die *Bürgerliches Gesetzbuch* en *Drittwirkung*

Inderdaad word in die Duitse privaatreë³⁹⁵ algemene begrippe gebruik.³⁹⁶ 'n Bepaalde sistematiek is in hierdie verband identifiseerbaar. Die Duitse privaatreë moet verstaan word teen die agtergrond dat dit in 'n kode³⁹⁷ vervat is, naamlik die *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*.³⁹⁸

As omvattende waardesisteem skep die *Grundgesetz*³⁹⁹ (Grondwet) deur middel van beginsels 'n raamwerk vir wetgewing en regspraak, ook met betrekking tot die privaatreë.⁴⁰⁰ Die verhouding tussen die *Grundgesetz* en die privaatreë kan verduidelik word deur te verwys na die leerstuk van *Drittwirkung der Grundrechte*.⁴⁰¹ Daar kan

³⁹⁵ Op die strydvraag of die term "privaatreë" of eerder "siviele reg" benut behoort te word, word nie ingegaan nie.

³⁹⁶ Dit is enigszins problematies om die Duitse kontraktereg te ondersoek, aangesien in die Duitse privaatreë oor die algemeen nie 'n sistematiese indeling genaamd "Kontraktereg" ("*Vertragsrecht*") bestaan nie: wel *Schuldrecht* of *Obligationenrecht*.

³⁹⁷ Vgl Kötz 1987 *MLR* 1-15 oor die eienskappe, asook voor- en nadele van die Duitse kode in vergelyking met wetgewing in Engeland. Vanweë die ooreenstemmende kenmerke tussen wetgewing in Engeland en in Suid-Afrika, is hierdie vergelyking insiggewend vir die Suid-Afrikaanse reg.

³⁹⁸ Van 18 Augustus 1896 (maar van krag eers vanaf 1 Januarie 1900).

³⁹⁹ Van 23 Mei 1949.

⁴⁰⁰ Vgl Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 41 (Rn 88); Schmidt *Esser Schuldrecht (I) Allgemeiner Teil (I)* 58 (§3V).

⁴⁰¹ Vgl Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 42 (Rn 89). *Drittwirkung der Grundrechte* sou vertaal kon word met "derdewerking van die fundamentele regte", solank by hierdie vertaling as inbegrepe

onderskei word tussen die leerstukke van direkte (*unmittelbare*) en van indirekte (*mittelbare*) *Drittwirkung*. Volgens die leerstuk van direkte *Drittwirkung* sou die reëling ten opsigte van fundamentele regte van die *Grundgesetz* die privaatreëg direk bind.⁴⁰² Die leerstuk van indirekte *Drittwirkung* ondersteun ook die gedagte dat die *Grundgesetz* normatief vir die privaatreëg geld, maar in teenstelling met direkte *Drittwirkung* eis dit nie dat privaatpersone in hulle wedersydse verhoudinge direk gehoor moet gee aan die fundamentele regte nie. Fundamentele regte bring volgens die leerstuk van indirekte *Drittwirkung* wel waardeoordele tot uitdrukking, wat in aanmerking geneem moet word in die handhawing en interpretasie van die norme van die privaatreëg.⁴⁰³ Die *Bundesverfassungsgericht* (konstitusionele hof) onderskryf in wese die leerstuk van indirekte *Drittwirkung*.⁴⁰⁴ Die *Bundesverfassungsgericht* onderskryf ook die denkraamwerk dat die fundamentele regte-bepalings van die *Grundgesetz* 'n objektiewe waarde-sisteem daarstel, wat onder andere aan privaatreëgtelike wetgewing en regspraak riglyne verleen.⁴⁰⁵ Die wyse van beperking van regterlike diskresie is hier duidelik.

beskou word alles wat in die Duitse reg onder die tersaaklike terminologie verstaan word. Om hierdie rede word eerder by die oorspronklike terminologie gehou.

⁴⁰² Op hierdie leerstuk word nie verder ingegaan nie.

⁴⁰³ Vgl Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 42 (Rn 89). Vgl ook Schmidt *Esser Schuldrecht (I) Allgemeiner Teil (I)* 58, 64-65 (§3V).

⁴⁰⁴ Vgl *BVerfGE* 7 198; Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 42 (Rn 89).

⁴⁰⁵ Vgl *BVerfGE* 7 198 op 205: "Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will ... in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt... Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es

Die waardeoordele van die *Grundgesetz* (wat deur die fundamentele regte tot uitdrukking gebring word) word veral deur middel van die *Generalklauseln* (algemene klousules) van die *BGB* oorgedra ("uitgestraal")⁴⁰⁶ op die privaatreë.⁴⁰⁷

Ten einde ruimte te laat vir die onvoorsiene, gebruik die wetgewer algemene begrippe in die *Generalklauseln*,⁴⁰⁸ wat verder gekonkretiseer (moet) word deur onder andere regspraak en wetenskap.⁴⁰⁹ Waarskynlik die belangrikste *Generalklauseln* vir die

selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden." (Vry vertaal hou dit die volgende in: "Net so korrek is egter dat die Grondwet, wat geen waardeneutrale orde(ning) wil wees nie ... in die gedeelte oor fundamentele regte ook 'n objektiewe waarde-orde(ning) daargestel het en dat juis hierin 'n prinsipiële versterking van die geldingskrag van die fundamentele regte tot uitdrukking kom... Hierdie waardestelsel, wat sy kern vind in die menslike persoonlikheid (wat binne die sosiale gemeenskap vrylik ontwikkel) en die waardigheid daarvan, moet as die grondwetlik grondliggende oorweging vir alle terreine van die reg geld; wetgewing, administrasie en regspraak ontvang van dié waardestelsel (van die Grondwet) riglyne en impulse. So beïnvloed dit vanselfsprekend ook die privaatreë; geen privaatreëtelike bepaling mag in stryd daarmee wees nie, elke bepaling moet in die gees van dié waardestelsel (van die Grondwet) uitgelê word.") Vgl ook Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 42 (Rn 89).

⁴⁰⁶ In *BVerfGE* 7 198 word op 207 verwys na die "*Ausstrahlungswirkung*" der Grundrechte auf das bürgerliche Recht ("uitstralings(uit)werking" van die fundamentele regte op die privaatreë). Vgl ook Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 287 (Rn 580).

⁴⁰⁷ Vgl Medicus *Schuldrecht (I)* 71; Schmidt *Esser Schuldrecht (I) Allgemeiner Teil (I)* 64 (§3V); *BVerfGE* 7 198 op 206. Vgl egter Kreibich *Treu und Glauben* 27-29 vir 'n meer gekompliseerde en moontlik strydige mening.

⁴⁰⁸ Oor die kwessie van die gebruik van algemene bepalings en vae, algemene begrippe in wetgewing teenoor wetgewing met meer spesifieke bepalings gerig op spesifieke situasies: vgl Kötz 1987 *MLR* 1-15.

⁴⁰⁹ Vgl Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 52-53 (Rn 110); Kötz *Europäisches Vertragsrecht (I)* 237; Weber 1992 *JuS* 631.

kontraktereg (en dan veral vir die beoordeling van kontraktuele geregtigheid) in die *BGB*, word gevind in §138 en §242.⁴¹⁰ Omdat *BGB* §157 eng saamhang met *BGB* §242, is *BGB* §157 ook in hierdie verband belangrik. In *BGB* §138 word 'n algemene begrip gebruik, naamlik die begrip *gute Sitten*. In *BGB* §157 en §242 word eweneens 'n algemene begrip gebruik, naamlik die begrip *Treu und Glauben*.⁴¹¹

5.2.1.3 Regterlike regsvoorming

Soos in die Suid-Afrikaanse reg, blyk dit dat ook in die Duitse reg op hierdie terrein regterlike regsvoorming 'n verneme funksie vervul. Die feit dat die Duitse reg nie 'n *case law*-stelsel is nie en dat die Duitse privaatreë in 'n kode vervat is, bring mee dat die Duitse regspraak in 'n ander lig as die regspraak van 'n *case law*-stelsel gesien moet word. In die Duitse reg staan die reg wat deur regters "gevorm" en gespreek word in verband met die begrippe *richterliche Rechts(fort)bildung* (regterlike regsontwikkeling) en *Richterrecht* (regterreg). Aangesien die hantering van algemene begrippe as kriteria vir kontraktuele geregtigheid ook in die Duitse reg by uitstek binne die werksaamhede van regters val,⁴¹² tree die vraag na vore watter gesag *Richterrecht* dra. Eweneens kan dus die gesag van dit wat die Duitse regters meld oor die hantering van algemene begrippe as kriteria vir kontraktuele geregtigheid bevraagteken word. Daar bestaan egter reeds vir 'n geruime tyd

⁴¹⁰ Vgl Schmidt *Esser Schuldrecht (I) Allgemeiner Teil (I)* 64 (§3V); Angelo en Ellinger 1992 *Loyola of LA Int and Comp LJ* 482-483.

⁴¹¹ Mbt die begrip *Treu und Glauben* is veral §9 van die *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)* van 9 Desember 1976 ook belangrik. Hierop as sodanig word egter nie direk dieper ingegaan nie. Vanuit die perspektief van die Suid-Afrikaanse reg is veral Eiselen *Standaardbedinge* 259-358 insiggewend mbt die beheer oor standaardbedinge in die Duitse reg en mbt die algemene begrippe wat in die Duitse reg in hierdie verband gebruik word. Mbt die moontlike oorvleueling van die toepassingsterreine van die begrippe *gute Sitten* en *Treu und Glauben*: vgl 5.2.1.6 hieronder.

⁴¹² Vgl oa Zweigert en Kötz *Einführung in die Rechtsvergleichung* 374.

sterk argumente daarvoor dat in ieder geval die regsworklikheid aandui dat *Richterrecht* wel beskou kan word as 'n selfstandige regsbron in die Duitse reg, ten minste op bepaalde terreine, byvoorbeeld juis met betrekking tot *Generalklauseln*.⁴¹³

5.2.1.4 *Gute Sitten* (*öffentliche Ordnung, ordre public*)

5.2.1.4.1 Inleiding

Gute Sitten is in die Duitse reg een van die algemene begrippe wat as kriterium vir kontraktuele geregtigheid gebruik word.⁴¹⁴ Die inhoud en toepassing van die begrip *gute Sitten* word vervolgens ondersoek.

5.2.1.4.2 Inhoud en toepassing

5.2.1.4.2.1 Die begrip *gute Sitten* in *BGB* §138

Vir die kontraktereg is veral van belang die gebruik van die begrip *gute Sitten* soos dit in *BGB* §138 neerslag vind:

§ 138. [Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher] (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der Erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögens-

⁴¹³ Vgl oa Dahm *Deutsches Recht* 35-36. Vgl ook in die algemeen: Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 54-55 (Rn 114-116); Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I) (§138)* 203-211 (Rn 37-60); Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)* 921 (Rn 8).

⁴¹⁴ Vgl in die algemeen hieroor oa Zimmermann *The Law of Obligations* 715; Marsh *Comparative Contract Law* 291-292.

vorteile versprechen oder gewähren läßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung stehen.⁴¹⁵

5.2.1.4.2.2 Die gemeenskapsmoraal

Die letterlike betekenis van die begrip *gute Sitten* dra nie veel by tot die bepaling van die inhoud daarvan nie. *Sitten* verwys na gedragswyses; met *gut* word die gedragswyses beoordeel.⁴¹⁶ *Gut* staan dus ook in verband met die behorensiese van die reg.⁴¹⁷ In die toepassing speel *gut* 'n belangriker rol as *Sitten*: die howe toets gewoonlik nie die strekking van die gedragswyses nie, maar wel die geoorloofdheid daarvan binne 'n bepaalde waardesisteem.⁴¹⁸

Alhoewel die letterlike woordbetekenis van die begrip *gute Sitten* moraliserend voorkom, behoort die begrip *gute Sitten* verstaan te word as verbandhoudend met 'n regsnorm.⁴¹⁹ Die *gute Sitten* behoort gesien te word as gebiedinge wat binne die gemeenskap nie aan die innerlike gesindheid nie, maar wel aan die optrede na buitentoe gestel word.⁴²⁰ Die

⁴¹⁵ Vry vertaal behels dit die volgende: "[Sedestrydige regshandeling; woeker] (1) 'n Regshandeling, wat teen die *gute Sitten* indruis, is nietig.

(2) In die besonder is 'n regshandeling nietig, waardeur iemand deur die uitbuiting van 'n ander persoon se (gedwonge) posisie, of onervarenheid, of gebrek aan oordeelsvermoë of aansienlik beperkte wilsvermoë, aan homself of aan 'n derde vir 'n prestasie vermoënsvoordele laat belowe of laat verskaf wat in 'n opvallende wanverhouding tot die prestasie staan."

⁴¹⁶ Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 286 (Rn 578).

⁴¹⁷ Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I) (§138)* 199 (Rn 26).

⁴¹⁸ Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 286 (Rn 578).

⁴¹⁹ Vgl Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)* 918 (Rn 3).

⁴²⁰ Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)* 918 (Rn 3).

begrip *gute Sitten* het dus te make met die geldende gemeenskapsmoraal, waaronder verstaan word die sedelike gedragsvereistes en verwagtinge in die gemeenskap.⁴²¹

Indien die begrip *gute Sitten* in verband staan met die gemeenskapsmoraal, kan daar nie van die onveranderlikheid van die *gute Sitten* sprake wees nie.⁴²² Selfs die fundamentele waardes van regsgemeenskappe verander.⁴²³ Ten einde onbeperkte uitleg te vermy, behoort terughoudendheid geopenbaar te word in die beoordeling van die verandering van waardes.⁴²⁴ Ook op hierdie wyse word regterlike diskresie beperk. In hierdie verband is die inhoud en toepassing van die begrip *gute Sitten* verder ook problematies, omdat binne die Duitse samelewing verskillende waardeopvattinge en dus meerdere beskouinge bestaan oor wat sou ooreenstem met *gute Sitten*.⁴²⁵

⁴²¹ Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)* 918 (Rn 3). Marsh *Comparative Contract Law* 291 omskryf *gute Sitten* met *common decency*.

⁴²² Vgl Brox *Erman Handkommentar zum BGB (I) (§138)* 300 (Rn 31). Vgl ook Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 288 (Rn 583).

⁴²³ Mayer-Maly *Münchener Kommentar zum BGB (I) (§138)* 1140 (Rn 17).

⁴²⁴ Mayer-Maly *Münchener Kommentar zum BGB (I) (§138)* 1140 (Rn 17).

⁴²⁵ Vgl Schmidt *Esser Schuldrecht (I) Allgemeiner Teil (I)* 161-162 (§10 II). Dit is inderdaad 'n belangrike vraag of daar sprake kan wees van 'n eenduidige sedewet aan die hand van die begrip *gute Sitten* in 'n pluralistiese gemeenskap van 'n verskeidenheid van waardesisteme: vgl Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)* 919 (Rn 5). Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 288 (Rn 582) verwys na die kulturele verskeidenheid (klasse) van die gemeenskap en meen dat dit problematies word wanneer die regtersklas se waardeoordele nie vir die betrokke gemeenskapskringe aanvaarbaar is nie. Volgens Mayer-Maly *Münchener Kommentar zum BGB (I) (§138)* 1136 (Rn 11) moet 'n regsgemeenskap 'n minimum aan gemeenskaplike waardes hê.

5.2.1.4.2.3 Sosio-politieke oorweginge

Sosio-politieke oorweginge speel 'n belangrike rol ter konkretisering van die begrip *gute Sitten*.⁴²⁶ Uitsprake van die *Bundesverfassungsgericht* vorm 'n vername deel van die konkretiseringsproses van die begrip *gute Sitten*.⁴²⁷ Soos reeds gesien,⁴²⁸ stel die fundamentele regte volgens die leerstuk van indirekte (*mittelbare*) *Drittwirkung* 'n waardesisteem daar, wat deur middel van *Generalklauseln* (soos waarin die begrip *gute Sitten* gebruik word) op die privaatreë "uitstraal".⁴²⁹ Die *Bundesverfassungsgericht* het beslis dat om vas te stel wat die begrip *gute Sitten* in 'n spesifieke geval vereis,

muß in erster Linie von der Gesamtheit der Wertvorstellungen ausgegangen werden, die das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistig-kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat.⁴³⁰

Die waardesisteem van die totale regsorde - veral van die *Grundgesetz* - speel dus ook 'n wesenlike rol ter konkretisering van die begrip *gute Sitten*.⁴³¹ Die fundamentele regte

⁴²⁶ Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 287 (Rn 580).

⁴²⁷ Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 287 (Rn 580).

⁴²⁸ Vgl 5.2.1.2 hierbo.

⁴²⁹ Vgl ook Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 287 (Rn 580); Mayer-Maly *Münchener Kommentar zum BGB (I) (§138)* 1139 (Rn 16).

⁴³⁰ Vgl *BVerfGE* 7 198 op 206. (Vry vertaal: "... moet in die eerste plek as uitgangspunt geneem word die geheel van daardie waardeopvattinge, wat die volk (nasie) op 'n bepaalde tydstip van sy geestelik-kulturele ontwikkeling bereik het en in sy Grondwet vasgestel het.")

⁴³¹ Vgl Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)* 922 (Rn 10); Medicus *Allgemeiner Teil des BGB* 256 (Rn 694); Brox *Erman Handkommentar zum BGB (I) (§138)* 300 (Rn 32). Mayer-Maly *Münchener Kommentar zum BGB (I) (§138)* 1136 (Rn 11) vestig ook die aandag daarop dat beide regsnorme en buite-juridiese norme (bv etiek en sedes) in die samelewing geld.

bepaal nie wanneer teen die begrip *gute Sitten* ingedruis word nie, maar die waarde-beslissings en beginsels daarvan bied maatstawwe vir die konkretisering van die begrip *gute Sitten*.⁴³² Hierdeur word regterlike diskresie beperk. Deur middel van die begrip *gute Sitten* word die fundamentele oortuigings van die gemeenskap beskerm, veral ten opsigte van sosiale geregtigheid.⁴³³ Die begrip *gute Sitten* is dus 'n gepaste middel om misbruik van privaatoutonomie - veral van kontraktevryheid - te beperk.⁴³⁴ Deurdat waardeoordele en beginsels van die regsorde daarby betrek word, kan die begrip *gute Sitten* dus ook ten opsigte van kontraktuele verhoudinge benut word om sowel die vryheid van die individu as die belange van die gemeenskap te beskerm.⁴³⁵

5.2.1.4.2.4 Opvallende wanverhouding en uitbuiting

Spesifiek *BGB* §138 II werp verdere lig op die inhoud en toepassing van die begrip *gute Sitten*. *BGB* §138 II lui soos volg:⁴³⁶

⁴³² Vgl Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)* 922 (Rn 10).

⁴³³ Vgl Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)* 920 (Rn 7). 'n Ingewikkelde kwessie is of die uitleg van die begrip *gute Sitten* ook mag insluit die *konkret-historische Gesellschaftsordnung*: enersyds bestaan die gevaar dat gebruike mbv die begrip *gute Sitten* onaantasbaar gemaak kan word; andersyds moet toegegee word dat die sosiale aspek 'n belangrike rol speel - vgl Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 287 (Rn 581).

⁴³⁴ Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)* 920 (Rn 7).

⁴³⁵ Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)* 920-921 (Rn 7). Vir die vasstelling van moontlike strydigheid met die *gute Sitten* moet 'n omvattende belange-afweging geskied: alle omstandighede wat direk, indirek en potensieel deur die transaksie geraak kan word moet in ag geneem word: vgl Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I) (§138)* 203-213 (Rn 37-66).

⁴³⁶ Vgl 5.2.1.4.2.1 hierbo.

(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der Erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung stehen.

Die toepassing van *BGB* §138 II kom ter sprake waar daar 'n opvallende wanverhouding bestaan tussen die waardes van prestasie en teenprestasie.⁴³⁷ 'n Opvallende wanverhouding is egter nog nie voldoende om die kontrak as strydig met die *gute Sitten* te brandmerk nie. Die verdere vereiste is dat die kontrak tot stand moes gekom het deurdat een kontraksparty se (gedwonge) posisie, of onervarenheid, of gebrek aan oordeelsvermoë, of aansienlik beperkte wilsvermoë uitgebuit is. Dus, indien die kontrak tot stand gekom het as gevolg van die uitbuiting in eie belang van die mindere bekwaamheid van 'n kontraksparty.⁴³⁸ Hierdie verdere vereiste kan ook bydra tot die beperking van regterlike diskresie.

5.2.1.4.2.5 *Gute Sitten, öffentliche Ordnung, ordre public, public policy*

Die bespreking tot dusver werp wel lig op die inhoud van die begrip *gute Sitten*, maar 'n mate van vaagheid bly steeds aanwesig. 'n Belangrike rede vir die vaagheid rondom die begrip *gute Sitten* is dat *gute Sitten* se terrein van toepassing besonder wyd is.

In aansluiting by die bespreking van die sosio-politieke oorwegings kan vermeld word dat 'n wyse om die toepassingsterrein van die begrip *gute Sitten* te beperk, sou wees om 'n toepaslike deel van die terrein deur die begrip *öffentliche Ordnung* (openbare orde) te laat

⁴³⁷ Vgl Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 289 (Rn 586).

⁴³⁸ Vgl Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 289-290 (Rn 586-587). Brox *Erman Handkommentar zum BGB (I) (§138)* 301 (Rn 35) verwys na die uitbuiting van bv mag of vertroue.

dek.⁴³⁹ Hierdie weg word egter nie meer gevolg nie, aangesien daar beweer word dat dit moeilik is om vas te stel presies wat die begrip *öffentliche Ordnung* behels en omdat strydigheid met die *öffentliche Ordnung* gewoonlik ook strydigheid met die *gute Sitten* behels.⁴⁴⁰

⁴³⁹ Hierdie sou geen nuwe gedagte vir die Duitse reg wees nie en sou in ooreenstemming met die Nederlandse reg wees. In die Nederlandse reg word die begrippe *goede zeden* en *openbare orde* gebruik, maar die inhoud van hierdie begrippe is ook nie baie helder nie en boonop is dit moeilik om die verskil in die betekenis tussen die twee begrippe prakties vas te stel: vgl 5.2.2.3.1.1 - 5.2.2.3.1.3 hieronder.

⁴⁴⁰ Vgl in hierdie verband Abraham 1949 *AcP* 398-399; Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)* 919-920 (Rn 6); Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 222 (nr 243). Mayer-Maly *Münchener Kommentar zum BGB (I) (§138)* 1136 (Rn 11) wys op die verband tussen *gute Sitten* en *öffentliche Ordnung*. Insiggewend is Jakobs en Schubert (reds) *Die Beratung des BGB (I) (§138)* 730, waar die onderliggende argumentasie van die besluit van die *Vorkommission des Reichsjustizamtes* tydens hulle 17. *Sitzung vom 7. 2. 1891* gegee word: "Entgegen dem Entwurfe wurde beschlossen, im §106 die Worte 'oder die öffentliche Ordnung' zu streichen. Man hielt es für bedenklich, neben der Rechtsordnung und Sittlichkeitsordnung die öffentliche Ordnung als besondere Kategorie hervorzuheben, da dem Begriffe der öffentlichen Ordnung jede feste Umgrenzung fehle." (Vry vertaal: "Strydig met die (wets)ontwerp is besluit om in §106 die woorde 'of die openbare orde' te skrap. Dit is beskou as bedenklik om, benewens die regsorde en die sedeorde, die openbare orde as 'n besondere kategorie uit te lig, aangesien die begrip (van die) openbare orde geen duidelike omlýning sou hê nie.") Ook betekenisvol is Jakobs en Schubert aw 735, waar in die *Bericht von Heller vom 22. 2. 1896* nav 'n sitting van die *XII. Kommission des Reichstags* verwys word na 'n deurslaggewende argument van 'n sekere *Prof Dr Gebhard*, wat oa betoog het dat die begrip *öffentliche Ordnung* nie duidelik genoeg omlýn sou kon word nie en dat dit aan die regter 'n té wye speelruimte sou bied met die gevolg: "...die ganze Rechtsordnung würde in das Ermessen des Richters gestellt werden." (Vry vertaal: "...die ganse regsorde sou onderhewig aan die oordeel van die regter gestel word.")

Nog 'n oplossing sou wees om die toepaslike deel van die terrein deur die begrip *ordre public* (openbare orde) te dek.⁴⁴¹ Ook hierdie oplossing word nie gebruik nie.⁴⁴² In hierdie samehang is al aangetoon dat geag kan word dat die begrip *gute Sitten* in die Duitse reg dieselfde funksie vervul as die begrip *public policy* in die Engelse reg, maar dat die toepassing van die begrip *gute Sitten* soms besonder gekunsteld voorkom in vergelyking met die toepassing van die begrip *public policy*.⁴⁴³ Hieruit is dit in elk geval duidelik dat daar 'n baie noue verband bestaan tussen die begrippe *gute Sitten*, *öffentliche Ordnung*, *ordre public* en *public policy*, maar dat die inhoud van die begrip *gute Sitten* kwalik minder vaag word in die lig van die ander ooreenstemmende begrippe, aangesien almal vaag is.

⁴⁴¹ Veral Simitis is 'n voorstaander hiervan. Hy stel voor dat die begrip *gute Sitten* beperk word tot die terrein van die morele vereistes van die *Geschlechts- und Familienleben* en dat die begrip *ordre public* gebruik word vir die res van die terrein waarvoor *gute Sitten* gewoonlik gebruik sou word: vgl Simitis *Gute Sitten und ordre public* 197. Simitis toon ook aan dat die begrip *ordre public* van die "Romaanse regs familie" as ooreenstemmend geag kan word met die Anglo-Amerikaanse begrip *public policy*: vgl aw 112. Weliswaar is dit ook problematies om die betekenis van die begrip *ordre public* bevredigend te omskryf: vgl Simitis *Gute Sitten und ordre public* 100-101.

⁴⁴² Dit word intendeel grootliks negatief gekritiseer: vgl oa Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)* 920 (Rn 6). Ook Medicus *Allgemeiner Teil des BGB* 252-253 (Rn 683) is negatief hieroor en meen dat die begrip *ordre public* slegs op die terrein van die internasionale privaatreë gebruik moet word. Uit die formulering in Zweigert en Kötz *Einführung in die Rechtsvergleichung* 374, 377 blyk egter moontlik nie so 'n negatiewe houding in hierdie verband nie.

⁴⁴³ Vgl Abraham 1949 *AcP* 398-399. Ook uit Angelo en Ellinger 1992 *Loyola of LA Int and Comp LJ* 455-506 (veral op 483) en uit Zweigert en Kötz *Einführung in die Rechtsvergleichung* 374, 377 blyk die ooreenstemming tussen die begrippe *gute Sitten* en *public policy*.

5.2.1.4.2.6 *Anstandsformel*

Die inhoud van die begrip *gute Sitten* word duideliker in die konkretisering daarvan.⁴⁴⁴ In die vasstelling van wat die begrip *gute Sitten* vereis, behoort die regter se subjektiewe morele oortuiging nie deurslaggewend te wees nie.⁴⁴⁵ Derhalwe het die gebruik ontwikkel om te vra na die mening van 'n gewone, gemiddelde, welvoeglike (*anständiger*) mens.⁴⁴⁶ Dit is 'n belangrike wyse van beperking van die regterlike diskresie.

As maatstaf word die uitdrukking *das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden* (die welvoeglikheidsgevoel van almal wat billik en regverdig dink) benut.⁴⁴⁷ Hierdie uitdrukking is egter nie sonder komplikasies nie. Dit is moeilik om vas te stel watter persone deur hierdie uitdrukking ingesluit word en watter nie. Met die uitdrukking word

⁴⁴⁴ *Gute Sitten* kan passend beskryf word as 'n "*ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff*" ("regsbegrip wat invulling nodig het") - vgl Brox *Erman Handkommentar zum BGB (I) (§138)* 300 (Rn 30), of as 'n "*Konkretisierung bedürftiger Rechtsbegriff*" ("regsbegrip wat konkretisering nodig het") - vgl Mayer-Maly *Münchener Kommentar zum BGB (I) (§138)* 1136 (Rn 11).

⁴⁴⁵ Brox *Erman Handkommentar zum BGB (I) (§138)* 300 (Rn 30). Vgl ook Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)* 919 (Rn 5) oor die kwessie van subjektiwiteit en objektiwiteit van die regter se beoordeling en die moontlike gepaardgaande verdoeseling van die regter se persoonlike bevinding.

⁴⁴⁶ Brox *Erman Handkommentar zum BGB (I) (§138)* 300 (Rn 30). Vgl ook Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 286 (Rn 579). Problematies is die vraag of hierdie standpunt vasgestel kan word deur meningspeilings of deur normatiewe belange-afweging: vgl Teubner *Standards und Direktiven in Generalklauseln* 11-12, 13-49; Brox *Erman Handkommentar zum BGB (I) (§138)* 300 (Rn 30). Problematies is ook die kwessie of dit as die geldende regs- en gemeenskapsmoraliteit aangedui kan word: vgl hieroor oa Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I) (§138)* 196 (Rn 18).

⁴⁴⁷ Vgl Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)* 918 (Rn 4); Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I) (§138)* 194 (Rn 13).

natuurlik nie alle mense ingesluit nie.⁴⁴⁸ Dit deug ook nie om as maatstaf te neem diegene wat gewoonlik *billig und gerecht* (billik en regverdig) dink nie, want 'n spesifieke geval is immers voorhande.⁴⁴⁹ Die volgende moontlikheid sou wees om as maatstaf te neem diegene wat ten opsigte van die spesifieke geval *billig und gerecht* sou dink. Dit maak egter nie sin nie, want om te weet wie hierdie persone sou wees, moet reeds duidelik wees wat in die spesifieke geval *billig und gerecht* is.⁴⁵⁰ Indien dit duidelik is, is dit ook reeds duidelik wat *gute Sitten* vereis.⁴⁵¹ Dit wil dus voorkom of die letterlike betekenis van die sogenaamde *Anstandsformel* (welvoeglikheidsformule) langs hierdie weg nie direk veel bydra om die inhoud van die begrip *gute Sitten* vas te stel nie.⁴⁵²

In die praktiese toepassing van die begrip *gute Sitten* en die uitdrukking *das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden* kan die regters kennelik as die *billig und gerecht Denkenden* geag word.⁴⁵³ Daar bestaan gevolglik kritiek dat nie *das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden* gebruik word nie, maar wel *das Anstandsgefühl* van regters wat nie 'n begrip vir en gevoel van die besigheidswêreld het nie, omdat hulle nie deel daarvan is nie en nie werklik ervaring daarmee het nie.⁴⁵⁴ Dié kritiek kan weerlê

⁴⁴⁸ Vgl Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I)* (§138) 918 (Rn 4); Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I)* (§138) 194 (Rn 15).

⁴⁴⁹ Vgl Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I)* (§138) 194-195 (Rn 15).

⁴⁵⁰ Vgl Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I)* (§138) 194-195 (Rn 15).

⁴⁵¹ Vgl Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I)* (§138) 194-195 (Rn 15).

⁴⁵² Vgl Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I)* (§138) 194-195 (Rn 15); Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 287 (Rn 579).

⁴⁵³ Vgl Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I)* (§138) 195-196 (Rn 16); Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 287 (Rn 579).

⁴⁵⁴ Vgl hieroor Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I)* (§138) 195-196 (Rn 16).

word deur aan te voer dat regters uiteindelik tog oor baie ervaring beskik asook in die beste posisie verkeer om 'n goeie oorsig van die geheel te hê en objektief teenoor die aangeleentheid te staan, en dus werklik onafhanklike en bevoegde beoordelaars kan wees.⁴⁵⁵ As verteenwoordigers van die *billig und gerecht Denkenden* word die regters immers deur die bepalings met betrekking tot die *gute Sitten* die taak opgedra om in konkrete gevalle tot 'n *billige und gerechte* bevinding te kom. Hierdeur word die regters ook gemagtig om binne die grense van die bepalings regsontwikkeling te laat geskied.⁴⁵⁶

Inderdaad kan nie direk uit die *Anstandsformel* afgelei word of met bepaalde optrede teen die *gute Sitten* ingedruis word nie. Die belangrike funksie van die *Anstandsformel* is egter dat dit die raamwerk vir 'n beoordeling vasstel.⁴⁵⁷ Die *Anstandsformel* is nie veronderstel om die gekonkretiseerde *gute Sitten* te wees nie, maar wel 'n hulpmiddel ter konkretisering daarvan.⁴⁵⁸

5.2.1.4.2.7 *Generalklauseln* en *Fallgruppen*

Die gebruik van *Generalklauseln*⁴⁵⁹ - soos *BGB* §138 waarin die begrip *gute Sitten* voorkom - kan aanleiding gee tot onpresiese argumentasie, regsonsekerheid en wille-

⁴⁵⁵ Vgl hieroor Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I) (§138)* 195-196 (Rn 16).

⁴⁵⁶ Vgl Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I) (§138)* 195-196 (Rn 16). Vgl in hierdie verband ook Weber 1992 *AcP* 516-567; Beater 1994 *AcP* 82-89.

⁴⁵⁷ Vgl hieroor Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I) (§138)* 196 (Rn 17).

⁴⁵⁸ Vgl Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)* 918 (Rn 3).

⁴⁵⁹ Weber 1992 *AcP* 521-525, 564 waarsku teen die ondeurdagte gebruik van die benaming *Generalklausel*: hiervolgens sou die benaming *Generalklausel* korrek wees slegs indien die algemene begrip wat daarin gebruik word tot so 'n mate inhoudelik onbepaald (vaag) is dat selfs 'n duidelike begripkern nie daaruit blyk nie, soos wel in die geval van *BGB* §138 (*gute Sitten*) en *BGB* §242 (*Treu und Glauben*).

keurige bevindings, en uit die woordbetekenis van die *Generalklauseln* kan nie veel afgelei word nie, soos al meermale deur kritici uitgewys is.⁴⁶⁰ Die antwoord hierop is dat die inhoudelike vaagheid van die begrippe - soos *gute Sitten* - wat in *Generalklauseln* gebruik word onvermydelik⁴⁶¹ en selfs doelmatig is.⁴⁶² Die inhoud is uiteindelik eerder "aanvoelbaar" as omskryfbaar.⁴⁶³

Die begrip *gute Sitten* is tot so 'n mate vaag dat beweer kan word dat 'n eenduidige definisie daarvan nie moontlik is nie.⁴⁶⁴ Dit beteken egter nie dat toepassing van die begrip onmoontlik is nie. Toepassing is moontlik aangesien die inhoud van die begrip duideliker word in die konkretisering daarvan in groepe van toepassingsgevalle (*Fallgruppen*).⁴⁶⁵ Ook hierin is die beperking van die regterlike diskresie opmerklik. Die groepe van

⁴⁶⁰ Vgl Hedemann *Die Flucht in die Generalklauseln* 66-73. Vgl ook Simitis *Gute Sitten und ordre public* 198.

⁴⁶¹ Vgl Kötz *Europäisches Vertragsrecht (I)* 236: "Es liegt in der Natur der Sache, daß der Gesetzgeber auf dem hier interessierenden Gebiet nur mit sehr unbestimmt gefaßten Vorschriften operieren kann." (Vry vertaal: "Uit die aard van die saak kan die wetgewer op die onderhawige gebied slegs met baie vaag gestelde bepalings werk.")

⁴⁶² Vgl Kötz *Europäisches Vertragsrecht (I)* 237; Kötz 1987 *MLR* 6.

⁴⁶³ Vgl Weber 1992 *AcP* 524-525.

⁴⁶⁴ Vgl Medicus *Allgemeiner Teil des BGB* 253 (Rn 684).

⁴⁶⁵ Vgl Medicus *Allgemeiner Teil des BGB* 253 (Rn 684); Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 288 (Rn 583); Weber 1992 *AcP* 527; Zweigert en Kötz *Einführung in die Rechtsvergleichung* 374.

toepassingsgevalle dien as ordeningshulpmiddele, maar kan oorvleuel en maak nie aanspraak op volledigheid nie.⁴⁶⁶

5.2.1.5 *Treu und Glauben* (*Verkehrssitte, Zumutbarkeit*)

5.2.1.5.1 Inleiding

In die Duitse reg word ook die begrip *Treu und Glauben* gebruik as kriterium vir kontraktuele geregtigheid. Soos in die geval van die begrip *gute Sitten* word die inhoud en toepassing van die begrip *Treu und Glauben* ondersoek.

5.2.1.5.2 Algemeen

Die ontwikkelinge rondom die begrip *Treu und Glauben* was nie slegs vir die Duitse reg van belang nie, maar was ook rigtinggewend vir die meeste ander kontinentale stelsels. *Treu und Glauben* het in die Duitse reg ontwikkel⁴⁶⁷ tot 'n kriterium van besondere betekenis.⁴⁶⁸ Twee van die redes vir die toename in gewildheid van die begrip *Treu und Glauben* is uit die oogpunt van ontwikkelinge in die Suid-Afrikaanse reg insiggewend,

⁴⁶⁶ Vgl Kötz *Europäisches Vertragsrecht (I)* 237. 'n Evaluasie van die metode van die vorming van *Fallgruppen* aan die hand van *Generalklauseln* kan twv vergelykende doeleindes van belang wees vir die Suid-Afrikaanse kontraktereg. Hierop word egter nie in hierdie ondersoek dieper ingegaan nie. Besonder krities teenoor die gebruikelike metode (die sg *Fallgruppenmethode*) van die vorming van *Fallgruppen* aan die hand van *Generalklauseln* is Weber 1992 *AcP* 516-567. Vgl egter hierteenoor Beater 1994 *AcP* 82-89.

⁴⁶⁷ Op die volledige historiese ontwikkeling word nie ingegaan nie. Vgl daaroor Weber 1992 *JuS* 631-636; Medicus *Schuldrecht (I)* 70-71.

⁴⁶⁸ Vgl Weber 1992 *JuS* 631-636. Vgl hieroor ook Ebke en Steinhauer *Good Faith in German Contract Law* 171-190.

aangesien soortgelyke gedagtes in die Suid-Afrikaanse reg gevind kan word.⁴⁶⁹ In die eerste plek moet genoem word die invloed van die *Freirechtsbewegung*, wat onder andere die mening verkondig het dat 'n regverdigte bevinding nie gewoon logies vanuit 'n regsnorm gemaak sou kon word nie, aangesien die logika nie gerig sou wees op regverdigheid nie. Regters moes eerder hulle bevindings maak op grond van regsgevoel en praktiese intelligensie.⁴⁷⁰ 'n Verdere belangrike rede was die behoefte aan regsontwikkeling gegrond op billikheid - ter wille van geregtigheid in die spesifieke geval (*Einzelfallgerechtigkeit*) - welke behoefte tot 'n mate bevredig kon word deur die algemene begrip *Treu und Glauben*.⁴⁷¹ Hierdie behoefte staan binne 'n nog wyer ontwikkeling, naamlik dat die *Generalklauseln* 'n korrektiewe funksie te vervul het waardeur van strakke regsvoorskrifte afgewyk kan word ter wille van geregtigheid in die spesifieke geval.⁴⁷²

5.2.1.5.3 Inhoud en toepassing

5.2.1.5.3.1 Die begrip *Treu und Glauben* in *BGB* §157 en §242: redelikheid en vertroue en wedersydse inagneming

In veral twee van die *BGB* se *Generalklauseln* word gebruik gemaak van die begrip *Treu und Glauben*.

BGB §157 lui soos volg:

⁴⁶⁹ Vgl Henning 1968 *THRHR* 242-252 vir 'n bespreking van opponerende standpunte in hierdie verband.

⁴⁷⁰ Vgl Weber 1992 *JuS* 633. Vgl hieroor ook Hedemann *Die Flucht in die Generalklauseln* 10-11.

⁴⁷¹ Vgl Weber 1992 *JuS* 634.

⁴⁷² Vgl hieroor Weber 1992 *JuS* 634.

§ 157. [Auslegung von Verträgen] Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.⁴⁷³

BGB §242 lui soos volg:

§ 242. [Leistung nach Treu und Glauben] Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.⁴⁷⁴

Die letterlike betekenis van die begrip *Treu und Glauben* dui daarop dat elke kontraksparty getrou aan sy woord bly en daarop kan vertrou⁴⁷⁵ dat die ander kontraksparty sy verpligtinge sal nakom en so sal optree soos van 'n redelik denkende mens verwag kan word.⁴⁷⁶ Die oorspronklike gedagte dat 'n mens sy woord gestand moet doen of 'n belofte moet nakom, is in die huidige aanwending nie meer van sentrale belang nie.⁴⁷⁷ *Treu und*

⁴⁷³ Vry vertaal hou dit die volgende in: "[Uitleg van kontrakte] Kontrakte moet so uitgelê word soos *Treu und Glauben*, met inagneming van dit wat algemeen gebruiklik is in die gewone gang van sake, (dit) vereis."

⁴⁷⁴ Vry vertaal: "[Prestasie volgens *Treu und Glauben*] Die skuldenaar is verplig om so te presteer soos *Treu und Glauben*, met inagneming van dit wat algemeen gebruiklik is in die gewone gang van sake, (dit) vereis."

⁴⁷⁵ Op die vraag of hierdie "vertroue" psigies of eerder normatief gesien behoort te word, word nie ingegaan nie. Vgl hieroor Fikentscher *Schuldrecht* 131-133 (Rn 163-165).

⁴⁷⁶ Vgl Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 125; Weber 1992 *JuS* 632; Schmidt *Staudinger Kommentar zum BGB (II) (§242)* 275 (Rn 141-142). Hierdie is die betekenis van die begrip as 'n eenheid. Op die betekenis van die woorde *Treu* en *Glauben* afsonderlik word nie ingegaan nie. Vgl hieroor Schmidt *Staudinger Kommentar zum BGB (II) (§242)* 275-276 (Rn 141-143).

⁴⁷⁷ Vgl Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 117 (Rn 236). Vgl ook Weber 1992 *JuS* 632.

Glauben kan bygeval selfs vereis dat die kontrakspartye van hulle skriftelik ooreengekome verpligtinge afwyk.⁴⁷⁸

Die vraag kan gestel word of die inhoud van die begrip *Treu und Glauben* duideliker word wanneer die gebruik daarvan in *BGB* §157 en §242 ondersoek word.⁴⁷⁹ §157 sou volgens die (wets)teks slegs betrekking hê op kontrakte. Die toepassing daarvan het egter uitgebrei sodat die onderliggende beginsel huidig die prestasie van beide kontrakspartye asook prakties alle regsverbintenisse raak.⁴⁸⁰ Die maatstaf vir kontraksuitleg wat in §157 gevind word, het die volgende strekking: wanneer daar onsekerheid bestaan oor die kontraksinhoud, moet as deel van die kontrak geag word dit wat redelike partye as deel van die inhoud van die kontrak sou ag indien hulle mekaar in ag sou neem in ooreenstemming met dit wat gewoonlik onder sulke omstandighede verwag word.⁴⁸¹ Ook §242 se toepassing is huidig wyer as die strekking van die teks. Met behulp van §242 word van die skuldenaar vereis dat hy sy verpligtinge so nakom dat nie slegs aan die letterlike woorde van die kontrak voldoen word nie, maar ook aan dit wat die aard en onderliggende gedagtes van die kontrak vereis, asook aan dit wat van redelike partye in die regsverkeer verwag word. Verder word met behulp van §242 van die skuldeiser vereis om sy reg uit te oefen in ooreenstemming met die vertrouwe en wedersydse inagneming wat vereis word ingevolge die soort verbintenis wat voorhande is. Nog wyer vereis §242 van enige party wat by 'n regsverbintenis betrokke is om redelik en in ooreenstemming met die

⁴⁷⁸ Vgl Weber 1992 *JuS* 632; Fikentscher *Schuldrecht* 136-149 (Rn 170-194).

⁴⁷⁹ Volgens Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 128 en Medicus *Schuldrecht (I)* 72 kan en hoef die toepassingsgebiede van §157 en §242 in die kontraktereg nie duidelik onderskei te word nie. Fikentscher *Schuldrecht* 131 (Rn 161) tref egter wel uitdruklik 'n onderskeid.

⁴⁸⁰ Vgl Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 116 (Rn 236); Weber 1992 *JuS* 634-636; Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 127; Medicus *Schuldrecht (I)* 70.

⁴⁸¹ Vgl Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 117 (Rn 236); Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 128.

betekenis en doel van die verbintenis op te tree.⁴⁸² Natuurlik moet uiteindelik ook gewaak word teen 'n té wye uitleg van §242, anders kan dit misbruik word.⁴⁸³ Hoewel die inhoud van die begrip *Treu und Glauben* hierdeur tog belig word, word die inhoud nie werklik duidelik in begrippe soos "redelikheid" en "wedersydse inagneming" nie. Die redelikhedskriterium los nie die problematiese kwessie, naamlik hoe en in hoeverre die kontrakspartye mekaar (se belange) in ag moet neem, op nie.⁴⁸⁴

5.2.1.5.3.2 Die begrip *Zumutbarkeit*

Waar hierbo vermeld is dat die begrip *Treu und Glauben* soms kan vereis dat kontrakspartye afwyk van hulle ooreengekome verpligtinge, tree die vraag na vore wanneer dit dan die geval sou wees. Dit word dikwels aan die hand van die begrip *Zumutbarkeit* bepaal. *Zumutbarkeit* hou verband met dit wat redelikerwys van die ander kontraksparty vereis kan word.⁴⁸⁵ Hiervolgens, byvoorbeeld, kan die skuldeiser nie prestasie van die skuldenaar verlang nie in soverre dit in die besondere omstandighede nie van die skuldenaar vereis kan word nie (*dem Schuldner nicht zumutbar*).⁴⁸⁶ Die blote feit dat die verbintenis die skuldenaar uitermate belas, kan die skuldenaar egter in beginsel nie bevry

⁴⁸² Vgl Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 130-131; Weber 1992 *JuS* 634-636.

⁴⁸³ Vgl Fikentscher *Schuldrecht* 129-130 (Rn 159-160).

⁴⁸⁴ Vgl Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 117 (Rn 237): Die privaatreë verplig kontrakspartye nie tot selfverloëning volgens die hoë eise van die Christelike etiek, of om in ooreenstemming met die beginsel van naasteliefde met mekaar om te gaan nie; dit berus intendeel op 'n basiese verwesenliking van eiebelang.

⁴⁸⁵ Vgl Eichborn *Der grosse Eichborn* 1380; Dietl en Lorenz *Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik* 798; Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 134-135; Fikentscher *Schuldrecht* 136-149 (Rn 170-194).

⁴⁸⁶ Vgl Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 134.

nie.⁴⁸⁷ Wanneer 'n prestasie egter *zumutbar* sou wees en wanneer *unzumutbar* moet deur die regter van geval tot geval beoordeel word.⁴⁸⁸ Verdere konkretisering word dus weer eens vereis. Dit wil voorkom of die onsekere inhoud van die begrip *Treu und Glauben* in hierdie geval maar net na verdere onbepaalde begrippe verskuif word.

5.2.1.5.3.3 Die uitdrukking *...mit Rücksicht auf die Verkehrssitte*

Beide *BGB* §157 en §242 bevat die uitdrukking: *...wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern* (soos *Treu und Glauben*, met inagneming van dit wat algemeen gebruiklik is, (dit) vereis). Of die uitdrukking *...mit Rücksicht auf die Verkehrssitte* bydra om die inhoud van die begrip *Treu und Glauben* duideliker te laat word, is onseker. Kortweg gestel word met die begrip *Verkehrssitte* betrek dit wat algemeen gebruiklik is in die betrokke konteks.⁴⁸⁹ Hierin blyk die begrip *Verkehrssitte* as aanvulling tot die begrip *Treu und Glauben* te dien. Die inhoud van die begrip *Treu und Glauben* word egter nie meteen duideliker nie. Boonop word vereis dat die *Verkehrssitte*

⁴⁸⁷ Andersins sou die skuldenaar baie maklik sy verpligtinge kon vryspring en sou nie aan die mededingingsbeginsel van die ekonomie voldoen word nie. Hierdeur sou boonop regsonsekerheid in die hand gewerk word: vgl Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 134-135.

⁴⁸⁸ Vgl Fikentscher *Schuldrecht* 136-149 (Rn 170-194) (veral 136-137 (Rn 170-171)).

⁴⁸⁹ Vgl veral Marsh *Comparative Contract Law* 301. Van Zyl *Beginsels van Regsvergelyking* 140 verstaan die uitdrukking *...mit Rücksicht auf die Verkehrssitte* as "...met inagneming van die openbare beleid of 'verkeersnorme' ". Ook elders omskryf Van Zyl *Verkehrssitte*, en wel as "...the moral demands of social intercourse...": vgl Van Zyl 1988 *SALJ* 286. Op grond hiervan sou die uitdrukking *...mit Rücksicht auf die Verkehrssitte* ook omskryf kon word as "...met inagneming van dit wat algemeen gebruiklik en aanvaarbaar is in die gewone gang van sake". Vir 'n bespreking van 'n aantal ingewikkelde aspekte rakende die begrip *Verkehrssitte*: vgl Schmidt *Staudinger Kommentar zum BGB (II)* (§242) 276-278 (Rn 144-151).

self ook in ooreenstemming met *Treu und Glauben* moet wees.⁴⁹⁰ Daar kan dus geargumenteer word dat die begrip *Verkehrssitte* gevolglik as medebepalende oorweging met betrekking tot die begrip *Treu und Glauben* oorbodig word.⁴⁹¹ Hieruit blyk dat die uitdrukking *...mit Rücksicht auf die Verkehrssitte* nie weselik bydra tot vasstelling van die inhoud van die begrip *Treu und Glauben* nie.⁴⁹²

5.2.1.5.3.4 'n Waardeoordeel deur die regter

Soos ook dikwels die geval is ten opsigte van ander algemene begrippe, verg die toepassing van die begrip *Treu und Glauben* van die regter 'n waardeoordeel.⁴⁹³ Die gevaar bestaan dat die begrip *Treu und Glauben* misbruik kan word om substansie te probeer verleen aan oppervlakkige en vrye billikheidsuitsprake, waarin individuele belange en geregtigheid in die spesifieke geval oorbeklemtoon word.⁴⁹⁴ Die regter is nie

⁴⁹⁰ Vgl Schmidt *Staudinger Kommentar zum BGB (II)* (§242) 279-280 (Rn 152-154); Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 126.

⁴⁹¹ Vgl Schmidt *Staudinger Kommentar zum BGB (II)* (§242) 279-280 (Rn 152-154).

⁴⁹² Fikentscher bied egter wel in 'n mate 'n sinvolle verklaring vir die gebruik van die begrip *Treu und Glauben* en die uitdrukking *...mit Rücksicht auf die Verkehrssitte* in samehang met mekaar: vgl Fikentscher *Schuldrecht* 131 (Rn 161). Volgens hierdie uiteensetting is sowel 'n subjektiewe as 'n objektiewe faset aan die orde. Enersyds moet die spesifieke verhouding tussen die spesifieke skuldeiser en die spesifieke skuldenaar ondersoek word. Andersyds stel die uitdrukking *...mit Rücksicht auf die Verkehrssitte* die meer objektiewe faset aan die orde, deurdat ook in ag geneem moet word dit wat in die (handels)verkeer algemeen gebruiklik is (*das im Verkehr allgemein Übliche*).

⁴⁹³ Vgl Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 126.

⁴⁹⁴ Vgl Weber 1992 *JuS* 633; Kreibich *Treu und Glauben* 64-65; Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 117 (Rn 237); Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 125-126; Hedemann *Die Flucht in die Generalklauseln* 66-67.

veronderstel om vanuit die staanspoor die waardeoordeel op grond van sy subjektiewe opinie te vel nie, maar wel as verteenwoordiger van alle "regverdigte en billike" mense.⁴⁹⁵ Dit beteken hier dat die waardeoordeel gevel moet word in ooreenstemming met die algemene eise van geregtigheid, wat herkenbaar is uit die algemene beginsels van die regstelsel, die regs- en lojaliteitsbewussyn van die landsburgers (of waar toepaslik, die relevante samelewingskring), asook die regspraak.⁴⁹⁶ Slegs indien steeds onduidelikheid heers, val die regter wel terug op sy subjektiewe opinie, wat egter altyd nog verteenwoordigend moet wees en as sodanig duidelik begrond moet word.⁴⁹⁷ Op hierdie wyse word gepoog om die regterlike diskresie te beperk.

5.2.1.5.3.5 Die begrip *Treu und Glauben* 'n regsetiese beginsel

Die begrip *Treu und Glauben* kan beswaarlik aan vaagheid ontkom. Soos in die geval van die begrip *gute Sitten* is dit vanpas om te stel dat die inhoud van die begrip *Treu und Glauben* eerder "aangevoel" as beskryf kan word.⁴⁹⁸ 'n Belangrike rede daarvoor is dat die begrip *Treu und Glauben* 'n spektrum van etiese begrippe betrek wat nie noodwendig juridies van aard is nie.⁴⁹⁹ Die begrip *Treu und Glauben* kom eers tot sy reg indien ingesien word dat daarmee 'n regsetiese beginsel uitgedruk word.⁵⁰⁰

⁴⁹⁵ Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 126.

⁴⁹⁶ Vgl Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 126.

⁴⁹⁷ Vgl Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 126.

⁴⁹⁸ Vgl Weber 1992 *JuS* 632.

⁴⁹⁹ Vgl Weber 1992 *JuS* 632.

⁵⁰⁰ Vgl Weber 1992 *JuS* 632; Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 125.

5.2.1.5.3.6 (Duideliker inhoud deur toepassing in) *Fallgruppen*

Die inhoud van die begrip *Treu und Glauben* word duideliker in die konkretisering daarvan in groepe van toepassingsgevalle (*Fallgruppen*).⁵⁰¹ Die begrip *Treu und Glauben* self dui nie duidelik - indien enigsins - aan hoe die konkretisering moet geskied nie.⁵⁰² Die idee van wedersydse inagneming, asook redelikheid, bied eweneens nie 'n (bevredigende) aanduiding nie.⁵⁰³ Aanduidings kan wel gevind word in die belangebeoordelinge en strukture van die toepassingsgevalle (*Fallstrukturen*). Die inhoud van die begrip *Treu und Glauben* kan dus eintlik slegs weergegee word as 'n katalogus van belangebeoordelinge, wat deur die regspraak en die wetenskap opgestel word op grond van die begrip *Treu und Glauben* self.⁵⁰⁴ Die inhoud van die begrip *Treu und Glauben* moet dus tot so 'n mate hanteerbaar wees dat die begrip toepasbaar is, maar word dan ook terselfdertyd duideliker in die toepassing daarvan. Hier is die beperking van die regterlike diskresie weer opmerklik.

5.2.1.6 Moontlike oorvleueling van die toepassingsterreine van die begrippe *gute Sitten* en *Treu und Glauben*

Tussen die inhoud en toepassing van die begrippe *gute Sitten* en *Treu und Glauben* bestaan ooreenkomste. Die moontlike oorvleueling van die toepassingsterreine van die begrippe *gute Sitten* en *Treu und Glauben* is 'n omstrede kwessie. Aan die een kant kan aangevoer word dat die begrip *gute Sitten* die minimumeise aandui wat gestel word aan

⁵⁰¹ Vgl Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 117 (Rn 237); Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 127; Kötz *Europäisches Vertragsrecht (I)* 237.

⁵⁰² Vgl Schmidt *Staudinger Kommentar zum BGB (II) (§242)* 280 (Rn 157).

⁵⁰³ Vgl Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 117 (Rn 237).

⁵⁰⁴ Vgl Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 117 (Rn 237).

alle gedrag in die samelewing. Die begrip *Treu und Glauben* sou dan meer as die begrip *gute Sitten* vereis, aangesien die begrip *Treu und Glauben* ter sprake kom by reeds bestaande spesifieke verbintenisse (met hoë vereistes van vertrouwe en lojale samewerking).⁵⁰⁵ Nie elke indruising teen *Treu und Glauben* sou dus ook teen *gute Sitten* wees nie, maar wel sou elke indruising teen *gute Sitten* teen *Treu und Glauben* wees.⁵⁰⁶ Verder word met *BGB* §138 onbillike kontraktsbedinge as sulks bekamp, terwyl met *BGB* §242 eerder die onbillike uitoefening van kontraktuele regte bekamp word.⁵⁰⁷ Aan die ander kant word daarop gewys dat die uitbreiding van die toepassingsterrein van die begrip *Treu und Glauben* (wat die vereiste van 'n reeds bestaande verbintenis laat afwater het) tot gevolg het dat die onderskeiding van die toepassingsterreine van die begrippe *gute Sitten* en *Treu und Glauben* meer problematies word.⁵⁰⁸

5.2.1.7 Letterlike betekenis ooreenstemmend met die begrip openbare belang

Die vergelyking van begrippe uit verskillende stelsels wat in hulle letterlike betekenis ooreenstemming toon, kan uit die oogpunt van die behoorlike toepassing van basiese beginsels van regsvergelyking kritiseerbaar wees. Tog is dit insiggewend dat daar 'n hele aantal algemene begrippe in die Duitse reg aangetref word wat toepassing kan vind ten opsigte van kontraktuele geregtigheid en wat in hulle letterlike betekenis ooreenstemming toon met die begrip openbare belang van die Suid-Afrikaanse kontraktereg:

⁵⁰⁵ Vgl Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 128. Vgl ook Fikentscher *Schuldrecht* 129-130 (Rn 160).

⁵⁰⁶ Vgl Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)* 128. Vgl hieroor ook Medicus *Schuldrecht (I)* 72 se uiteensetting.

⁵⁰⁷ Vgl Angelo en Ellinger 1992 *Loyola of LA Int and Comp LJ* 493.

⁵⁰⁸ Vgl Medicus *Schuldrecht (I)* 72-73 (Rn 130).

- (a) *Öffentliches Interesse*;⁵⁰⁹
- (b) *Interesse(n) der Allgemeinheit*;⁵¹⁰
- (c) *Belange der Gemeinschaft*;⁵¹¹
- (d) *Bedürfnisse der Gemeinschaft*;⁵¹²

⁵⁰⁹ Hierdie is die begrip in die Duitse reg wat waarskynlik in letterlike betekenis die meeste ooreenstem met die begrip openbare belang van die Suid-Afrikaanse kontraktereg. Dit vervul egter huidig nie dieselfde funksie in die Duitse reg as die begrip openbare belang in die Suid-Afrikaanse reg nie. Abraham 1949 *AcP* 386 wys op die verband van die begrip *öffentliches Interesse* met die begrip *public policy* van die Engelse reg. Hy meen (aw 386) dat die mees aanvaarbare wyse om die kern van die begrip *public policy* van die Engelse reg in Duits weer te gee, sou wees om te praat van die *Notwendigkeit der Berücksichtigung des öffentlichen Interesses*. Vgl ook die gebruik van die begrip *öffentliches Interesse* deur Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 116 (Rn 235); Kötz *Europäisches Vertragsrecht (I)* 239, 254; Simitis *Gute Sitten und ordre public* 130. Beide Engisch *Einführung in das juristische Denken* 113 (saamgelees met vn 128 en vn 129) en Pretorius 1989 *TRW* (Vol 2) 90, 99 skryf oor die begrip *Gemeinwohl* en die begrip *öffentliches Interesse*, maar nie tov die privaatreë nie.

⁵¹⁰ Vgl bv Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I) (§138)* 206 (Rn 46), 210 (Rn 58); Simitis *Gute Sitten und ordre public* 130; Abraham 1949 *AcP* 397.

⁵¹¹ Vgl bv Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)* 921 (Rn 7).

⁵¹² Vgl Simitis *Gute Sitten und ordre public* 135: Simitis vertaal Winfield 1928 *Harvard LR* 92 se uitdrukking *current needs of the community* met "*Bedürfnisse der Gemeinschaft*". Hy vergelyk *Bedürfnisse der Gemeinschaft* met die begrip *public policy* van die Engelse reg en meen dat hierdie begrip nie deug om die begrip *public policy* van die Engelse reg te omskryf nie.

- (e) *Öffentlicher Wohlfart*;⁵¹³
- (f) *Gemeinwohl*;⁵¹⁴
- (g) *Allgemeinwohl*;⁵¹⁵ *Allgemeines Wohl*⁵¹⁶

⁵¹³ Abraham 1949 *AcP* 386 vergelyk die begrip *öffentlicher Wohlfahrt* met die begrip *public policy*, maar meen dat dit nie dieselfde is as die begrip *public policy* nie, aangesien dit die foutiewe indruk sou kon skep dat die begrip *public policy* slegs die inagneming (van) *sozialer Interessen* sou vereis.

⁵¹⁴ Vgl bv *BVerfGE* 7 198 op 206; Dahm *Deutsches Recht* 17, 20. Simitis *Gute Sitten und ordre public* 135 vergelyk ook hierdie begrip met die begrip *public policy* van die Engelse reg en meen dat ook hierdie begrip nie deug om die begrip *public policy* van die Engelse reg te omskryf nie: "Alle diese Begriffsbestimmungen sind unbefriedigend. Sie zeigen nicht den Weg, auf dem der Richter die für die Anwendung der Doktrin entscheidenden konkreten Gesichtspunkte ermitteln kann." (Vry vertaal: "Al hierdie definisies (begripsbepalings) is onbevredigend. Hulle toon nie die weg aan waarvolgens die regter die aspekte, wat vir die toepassing van die leerstuk beslissend en konkreet is, kan vasstel nie.")

⁵¹⁵ Vgl bv Abraham 1949 *AcP* 387.

⁵¹⁶ Vgl bv die gebruik deur Schwab *Einführung in das Zivilrecht* 193 (Rn 383): "Die Rechtsnormen, die sich auf das Rechtsgeschäft beziehen, ermöglichen und steuern zugleich die rechtsgeschäftliche Handlungsfreiheit. Die Steuerung versteht sich auch in einem freiheitlichen politischen System im Hinblick darauf, daß mit Hilfe der Rechtsgeschäfte gesellschaftliche Vorgänge wie Güterproduktion und Marktgeschehen rechtlich abgesichert werden, deren faktische Wirkungen weit über die Geschäftspartner hinausgreifen können. Idealerweise kommen im Vertragsschluß die Interessen der Vertragspartner auf einer mittleren Linie zum Ausgleich; die Interessen anderer Personen hingegen und die Interessen der Gesamtheit bleiben unberücksichtigt. Vom Gesellschaftsmodell des Liberalismus her gesehen liegt darin kein Nachteil, solange der Wettbewerbsmechanismus eine auf das allgemeine Wohl gerichtete Kräfte resultante zustande bringt. Rechtsgeschäftliche Entfaltungsfreiheit ist Instrument nicht nur für die idealisiert gedachte Selbstbestimmung des Menschen, sondern auch für das möglicherweise gar nicht so edle Streben nach Gewinn und Macht, dessen gewaltige produktive Kraft auch der Gesellschaft zum Nutzen gereichen soll. Je weniger sich aber tatsächlich

Hierdie begrippe is egter nie, soos die begrippe *gute Sitten* en *Treu und Glauben*, ontwikkel tot kriteria vir kontraktuele geregtigheid nie. Dit wil voorkom of hierdie begrippe in die privaatreë slegs baie algemeen gebruik word omdat hulle telkens in die konteks handig te pas kom.

5.2.1.8 Gevolgtrekking

In die Duitse reg val die sistematiek op waarvolgens die waardesisteen van die *Grundgesetz* deur middel van indirekte (*mittelbare*) *Drittwirkung* en met behulp van die *Generalklauseln* se algemene begrippe ingang in die privaatreë vind. Inderdaad word algemene begrippe as kriteria vir kontraktuele geregtigheid gebruik, naamlik die begrip *gute Sitten* en die begrip *Treu und Glauben*. In die Duitse reg speel regterlike regsvoorming op hierdie terrein 'n belangrike rol. *Richterrecht* kan wel as 'n selfstandige regsbron beskou word.

Die begrip *gute Sitten* dek 'n breë terrein. Die geldende gemeenskapsmoraal, gefundeer in die waardesisteen van die totale regsorde, vind uitdrukking in die begrip *gute Sitten*. Met behulp van die begrip *gute Sitten* word in die kontraktereg sowel die vryheid van die individu as die belange van die gemeenskap beskerm. So lei 'n belangrike toepassing van die begrip *gute Sitten* tot die nietigheid van 'n kontrak indien daar 'n opvallende wanverhouding tussen die waardes van prestasie en teenprestasie bestaan en uitbuiting van 'n kontraksparty deur die teenparty plaasgevind het.

Hoewel daar 'n verband tussen die begrippe *gute Sitten* en *öffentliche Ordnung* bestaan, word die begrip *öffentliche Ordnung* weens sy besondere vaagheid en weens oorvleueling nie meer in samehang met die begrip *gute Sitten* gebruik nie. Die inhoud van die begrip *gute Sitten* kan deur die begrip *ordre public* slegs gedeeltelik en derhalwe ontoereikend

die gedachte Harmonie von Egoismus und Gemeinwohl einstellt, desto stärker wird die Steuerung des rechtsgeschäftlichen Geschehens durch den Staat sein. Unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Punkt das GG derartige Eingriffe zuläßt, bildet eine Umstrittene Frage der Verfassungsinterpretation." (My onderstreping.)

weergegee word. Hoewel die inhoud van die begrip *gute Sitten* tot 'n mate aan die hand van hierdie begrippe duideliker word, dra hierdie begrippe weens hulle eie vaagheid nie veel by om die inhoud van die begrip *gute Sitten* werklik duidelik te laat word nie. As maatstaf van die begrip *gute Sitten* is die uitdrukking *das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden* kritiseerbaar en uiteindelik eerder 'n hulpmiddel ter konkretisering. Tog dra dit indirek daartoe by om die inhoud van die begrip *gute Sitten* duideliker te laat word.

Die inhoud van die begrip *gute Sitten* - soos dit in die Duitse privaatreg gebruik word - kan nie anders as vaag en algemeen bestempel word nie. Die vaagheid is egter noodwendig en dra daartoe by dat die begrip *gute Sitten* dinamies benut kan word. Die begrip *gute Sitten* is besonder deugdelik vir doeleindes van die vorming van groepe van toepassingsgevalle ter ordening. In die vorming van groepe van toepassingsgevalle word die inhoud van die begrip *gute Sitten* ook duideliker.

Ten opsigte van vernaamlik reeds bestaande verbintenisse kom die begrip *Treu und Glauben* ter sprake. Die strewe na kontraktuele geregtigheid was 'n belangrike rede vir die grootskaalse ontwikkeling van die begrip *Treu und Glauben*. Die inhoud van die begrip *Treu und Glauben* hou veral verband met redelikheid tussen die kontrakspartye en vertroue en wedersydse inagneming. Hierin is die inhoud van die begrip *Treu und Glauben* ook egter vaag en moet eerder aangevoel word as wat dit beskryf kan word. Hierdie onduidelikheid word daardeur verklaar dat die begrip *Treu und Glauben* 'n etiese regsbeginsel uitdruk. Dit is meestal onvermydelik dat die gebruik van die begrip *Treu und Glauben* van die regter 'n waardeoordeel vereis wat noodwendig 'n beduidende subjektiewe element bevat. Die inhoud van die begrip *Treu und Glauben* word duideliker in die konkretisering daarvan in groepe van toepassingsgevalle.

Die begrippe *gute Sitten* en *Treu und Glauben* is nie slegs algemeen nie, maar ook vaag. Die vaagheid is onvermydelik. Die vaagheid is ook doelmatig. Die begrippe is soepel en dinamies deurdat baie breë terreine daardeur gedek kan word, asook deurdat daarmee vir die onvoorsiene ruimte gelaat kan word. In die praktiese toepassing bewys die begrippe

hulleself as besonder deugdelik daarin dat groepe van toepassingsgevalle aan die hand van die begrippe gevorm kan word.

Dit is opvallend dat daar heelwat begrippe in die Duitse reg gebruik word wat in letterlike betekenis ooreenstem met die begrip openbare belang van die Suid-Afrikaanse kontraktereg. Hierdie begrippe van die Duitse reg is egter nie ontwikkel tot kriteria ter beoordeling van kontraktuele geregtigheid nie.

5.2.2 Nederlandse reg

5.2.2.1 Inleiding

Soos in die geval van die Duitse reg, is ook die Nederlandse privaatreë in 'n kode vervat en wel in die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (nuwe *BW*). Die dele van die nuwe *BW* wat vir die onderhawige ondersoek relevant is, naamlik die dele ten opsigte van *Vermogensrecht* (of nog meer spesifiek: *Verbintenissenrecht*), is van krag sedert 1 Januarie 1992 en is daarmee die mees resente kontinentale kode. Dit was dus teoreties met hierdie kode moontlik om van uitgediende regsreëls ontslae te raak en om gebruik te maak van die ervaring wat deur middel van ander kodes opgedoen is. Die oogmerk met die nuwe kode was om in 'n enkele kode beide die ou *Burgerlijk Wetboek* (ou *BW*)⁵¹⁷ en die *Wetboek van Koophandel*⁵¹⁸ te vervat en gevolglik daarin op te neem siviele reg, kommersiële reg, verbruikersreg, 'n groot deel van die wetgewing buite die kodes, asook 'n kodifikasie van die relevante "regterreg".⁵¹⁹

⁵¹⁷ Van 1 Oktober 1838.

⁵¹⁸ Van 1 Oktober 1838.

⁵¹⁹ Vgl Hartkamp en Tillema *Netherlands* nr 22; Schut 1992 *RM Themis* 1.

Die sentrale vraagstuk van hierdie afdeling is of in die Nederlandse reg algemene begrippe gebruik word as kriteria vir kontraktuele geregtigheid. Indien dit nie die geval is nie, moet vasgestel word op watter wyse kontraktuele geregtigheid dan wel beoordeel word. Indien algemene begrippe tog gebruik word, moet vasgestel word hoe hierdie algemene begrippe gehanteer word: hoe sien die inhoud en toepassing van sodanige begrippe daar uit?

5.2.2.2 Regterlike regsforming

Soos in die Suid-Afrikaanse reg en in die Duitse reg, blyk dit dat ook in die geval van die Nederlandse reg op hierdie terrein regterlike regsforming 'n vername funksie vervul. Soos in die geval van die Duitse reg, is een van die implikasies van die feit dat die Nederlandse reg nie 'n *case law*-stelsel is nie en dat die Nederlandse privaatreë in 'n kode vervat is, dat die Nederlandse regspraak in 'n ander lig as die regspraak van 'n *case law*-stelsel gesien moet word.⁵²⁰ Aangesien die hantering van algemene begrippe as kriteria vir kontraktuele geregtigheid ook in die Nederlandse reg by uitstek binne die werksaamhede van regters val, tree ook met betrekking tot die Nederlandse reg die vraag na vore watter gesag die reg dra wat deur regters "gevorm" en gespreek word. Eweneens kan dus ook die gesag van dit wat die Nederlandse regters meld oor die hantering van algemene begrippe as kriteria vir kontraktuele geregtigheid bevraagteken word. Met betrekking tot die terrein van algemene begrippe as kriteria vir kontraktuele geregtigheid, wil dit voorkom of die reg wat deur regters "gevorm" en gespreek word wel as 'n regsbron in die Nederlandse reg beskou kan word,⁵²¹ veral ook gesien in die lig van die feit dat een van die oogmerke met die nuwe *BW* juis die opneem van "regterreg" was.⁵²²

⁵²⁰ Vgl 5.2.1.3 hierbo mbt die gesag wat *Richterrecht* in die Duitse reg dra.

⁵²¹ Vgl Hartkamp en Tillema *Netherlands* 27-28 (nrs 4-5).

⁵²² Vgl 5.2.2.1 hierbo.

Die algemene begrippe wat gebruik word in 'n poging om vir meerdere gevalle voorsiening te maak, kan in die Nederlandse reg ook beskryf word as sogenaamde *open* of *vage normen*.⁵²³ Hoewel die regterlike diskresie beperk is, word deur die gebruikmaking van *open normen* aan die regter 'n mate van vryheid by die toepassing gelaat.⁵²⁴ Onder andere in hierdie sin word van "regterreg" ("*judge made law*") gepraat.⁵²⁵ Die bemagtiging van 'n regter om die inhoud van *open normen* vir 'n spesifieke geval verder te konkretiseer, stel die regter in staat om ontwikkeling in die gemeenskap genoegsaam in ag te kan neem en om geregtigheid in die besondere omstandighede van elke individuele geval te kan laat geskied.⁵²⁶ Natuurlik beklemtoon die gebruik van *open normen* die bekende probleem van die spanning tussen regsekerheid en billikheid (individuele geregtigheid).⁵²⁷ *Open normen* se inhoud word deels bepaal deur die betrokke omstandighede waarin dit toegepas word.⁵²⁸ Die inhoud van *open normen* is dus juis vaag ten einde rekening te hou met die onvoorsiene, en is veronderstel om in die spesifieke geval gekonkretiseer te word. Sedert die inwerkingtreding van die nuwe *BW* het hierdie inderdaad 'n onderwerp van druk bespreking in Nederland geword.⁵²⁹

⁵²³ Vgl Loenen 1996 *RM Themis* 125-126; Hartkamp 1981 *WPNR* 214; Valk *Rechtsgevolgen Overeenkomst ten aansien van Partijen* 300 (nr 277).

⁵²⁴ Vgl Loenen 1996 *RM Themis* 126. Vgl ook hieroor Hage 1981 *WPNR* 709-710; Hartkamp en Tillema *Netherlands* 27-28 (nrs 4-5).

⁵²⁵ Vgl Hartkamp en Tillema *Netherlands* 27-28 (nrs 4-5).

⁵²⁶ Vgl Hartkamp en Tillema *Netherlands* 27-28 (nrs 4-5).

⁵²⁷ Vgl Loenen 1996 *RM Themis* 125.

⁵²⁸ Vgl Valk *Rechtsgevolgen Overeenkomst ten aansien van Partijen* 300 (nr 277); Hartkamp en Tillema *Netherlands* 27-28 (nrs 4-5).

⁵²⁹ Vgl verder oa Hartkamp 1992 *American J of Comp L* 551-571; Peletier 1995 *RM Themis* 423-433.

5.2.2.3 *Goede zeden en openbare orde*

5.2.2.3.1 Inhoud en toepassing

5.2.2.3.1.1 Algemeen: strydigheid met die wet, *goede zeden of openbare orde*

Die ou *Burgerlijk Wetboek* (ou *BW*) artikel 1373 het soos volg gelui:

Art. 1373. Eene oorzaak is ongeoorloofd, wanneer dezelve bij de wet verboden is, of wanneer dezelve strydig is met de goede zeden, of met de openbare orde.

Die nuwe *Burgerlijk Wetboek* (nuwe *BW*) boek 3, artikel 40 het die volgende strekking:

Art. 40. (3.2.7) - 1. Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig.

- 2. Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.

- 3. Het vorige lid heeft geen betrekking op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmede strydige rechtshandelingen aan te tasten.

Dit word betoog dat hierdie twee wetstekste eerder terminologies as in beginsel van mekaar verskil.⁵³⁰ Uit beide wetstekste blyk dit dat onderskei word tussen strydigheid met die *wet, goede zeden* of die *openbare orde*. Daar kan aanvaar word dat die onderskeid

⁵³⁰ Hierop word nie verder ingegaan nie: vgl hieroor Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 237 (nr 258).

tussen strydigheid met die *wet, goede zeden* of die *openbare orde* nie bedoel is om waterdig te wees nie.⁵³¹ Tog is dit belangrik om te let op wat onderskei word.

Breedweg betrek die onderskeid uit bostaande wetstekste die onderskeid tussen die wet en die norme van die ongeskrewe reg. Norme van die ongeskrewe reg is regsnorme wat deel vorm van die geldende reg, maar wat nie in die wet vasgelê is nie.⁵³² *Goede zeden* en *openbare orde* kan tuisgebring word onder norme van die ongeskrewe reg.⁵³³

Bostaande wetstekste onderskei ook tussen die begrippe *goede zeden* en *openbare orde*. Selde word egter andersins 'n onderskeid getref tussen die begrippe *goede zeden* en *openbare orde*.⁵³⁴ Tog is al onderskei deur die begrip *goede zeden* veral in verband met moraliteit te verstaan, en die begrip *openbare orde* met die manier waarop die gemeenskap

⁵³¹ Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 221-222 (nr 243). Vgl ook Hijma en Olthof *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht* 33 (nr 51); Van Dam *Gronden van Nietigheid en Vernietigbaarheid* 175 (nr 158).

⁵³² Vgl Hijma *Nieuw Burgerlijk Wetboek: Tekst & Commentaar* 38; Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 222 (nr 244).

⁵³³ Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 235-236 (nr 256). Vgl ook Hijma en Olthof *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht* 33 (nr 51). Dit is egter betekenisvol dat dit wat in stryd is met die *openbare orde*, grootliks deur die wet bepaal word: vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 249 (nr 272); Van Dam *Gronden van Nietigheid en Vernietigbaarheid* 175 (nr 158).

⁵³⁴ Vgl Gerver, Sorgdrager en Stutterheim *Pitlo: Nederlandse Privaatrecht* 151 (nr 36). Vgl ook Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 221-222 (nr 243); Hijma en Olthof *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht* 33 (nr 51); Van Dam *Gronden van Nietigheid en Vernietigbaarheid* 175-176 (nr 158).

georden is.⁵³⁵ Die onderskeid is inderdaad omstrede.⁵³⁶ Die sinvolste gevolgtrekking in hierdie verband is dat die konteks van geval tot geval aandui welke begrip toepasliker is.⁵³⁷

5.2.2.3.1.2 Die begrip *goede zeden*

Met behulp van veral die begrip *goede zeden* word oor die algemeen die geoorlooftheid van kontrakte beoordeel.⁵³⁸ Hoewel die begrip *goede zeden* gebruik word asof die inhoud daarvan voor-die-hand-liggend is,⁵³⁹ is sowel 'n duidelike omskrywing as die bepaling van die inhoud van die begrip *goede zeden*, as juridiese begrip, problematies.⁵⁴⁰ Die inhoud van die begrip *goede zeden* verskil ook van tyd tot tyd en van plek tot plek.⁵⁴¹ Dit is nie ongewoon dat verskillende lewens- en wêreldbeskouinge in 'n enkele land voorkom nie. Tog word beweer dat die westerse beskawing gebaseer is op die Christelike lewens- en wêreldbeskouing en dat ook die Nederlandse bevolking se siening van dit wat strydig is met die *goede zeden* in die algemeen ooreenstem met die Christelike moraal.⁵⁴² Op grond

⁵³⁵ Vgl Hijma *Nieuw Burgerlijk Wetboek: Tekst & Commentaar* 38.

⁵³⁶ Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 221-222 (nr 243).

⁵³⁷ Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 248-249 (nr 272). Vgl ook Van Dam *Gronden van Nietigheid en Vernietigbaarheid* 175-176 (nr 158).

⁵³⁸ Vgl Gerver, Sorgdrager en Stutterheim *Pitlo: Nederlandse Privaatrecht* 151 (nr 36).

⁵³⁹ Volgens Gerver, Sorgdrager en Stutterheim *Pitlo: Nederlandse Privaatrecht* 151 (nr 36) weet baie mense in die alledaagse lewe wat *goede zeden* is.

⁵⁴⁰ Vgl Gerver, Sorgdrager en Stutterheim *Pitlo: Nederlandse Privaatrecht* 151 (nr 36).

⁵⁴¹ Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 236 (nr 256). Vgl ook Van Dam *Gronden van Nietigheid en Vernietigbaarheid* 175 (nr 157); Hartkamp en Tillema *Netherlands* 83 (nr 95).

⁵⁴² Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 236 (nr 257).

hiervan word betoog dat, hoewel dit *merkwaardig* mag voorkom, tog 'n groot mate van eenstemmigheid sou bestaan oor wat sogenaamd *behoorlijk* en *onbehoorlijk* is, en dat die inhoud van die begrip *goede zeden* langs hierdie weg duideliker en die regter se toepassing daarvan vergemaklik sou word.⁵⁴³ Dit dui op 'n insiggewende beperking van die regter se diskresie. Waar die beoordeling om vas te stel wanneer kontrakbedinge strydig is met die *goede zeden* binne die werksaamhede van regters val, word die inhoud van die begrip *goede zeden* dus duideliker uit die regterlike uitsprake.⁵⁴⁴

5.2.2.3.1.3 Die begrip *openbare orde*

Die bepaling van die inhoud van die begrip *openbare orde* lewer ook probleme op.⁵⁴⁵ Die begrip *openbare orde* word in verband gebring met die fundamentele norme en beginsels

⁵⁴³ Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 236-237 (nr 257). Hierdie mening is myns insiens inderdaad merkwaardig in vergelyking met die Duitse reg (vgl 5.2.1.4.2.2 hierbo) en met die Engelse reg (vgl 5.3.1.2.2.4 en 5.3.1.2.2.6.1 hieronder) en met die algemene opvatting in hierdie verband oor die Suid-Afrikaanse reg (vgl 3.5.2 hierbo). Hartkamp is voorts van mening (aw 236-237 (nr 257)) dat dit "*betrekkelyk weinig*" voorkom (hoewel dit moontlik is) dat die mening van die regter verskil van die mening van die breë gemeenskap of van 'n bepaalde deel van die gemeenskap; dat die regters hulle taak bevredigend uitvoer; dat die nuwe *BW* boek 3, art 40, par 1 nie van die regter vereis om oor die *goede zeden* as sodanig te waak nie, maar slegs vereis dat die regter regshandelinge in stryd met die *goede zeden* nietig verklaar, en dat daardeur die moontlikheid van konflikte agv "*godsdienst of levensbeskouwing*" verklein word. Ook hierdie fasette kan myns insiens as inderdaad merkwaardig beskou word.

⁵⁴⁴ Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 236 (nr 256); Van Dam *Gronde van Nietigheid en Vernietigbaarheid* 174-175 (nr 157).

⁵⁴⁵ Gerver, Sorgdrager en Stutterheim *Pitlo: Nederlandse Privaatrecht* 151 (nr 36) is van mening dat hierdie begrip moontlik moeiliker hanteerbaar is as die begrip *goede zeden*.

van die gemeenskap.⁵⁴⁶ Hiermee word die inhoud wel breedweg omlin. Tog word hierdie inhoud soms ook aan die begrip *goede zeden* gekoppel.⁵⁴⁷ Hierin word die begrippe dus nie duidelik onderskei nie en bly die inhoud van die begrip *openbare orde* vaag.⁵⁴⁸

5.2.2.3.1.4 Onderskeid tussen *inhoud* en *strekking* van die regshandeling

In die literatuur word sterk klem daarop geplaas dat die nuwe *BW* boek 3, artikel 40, paragraaf 1⁵⁴⁹ inhou dat beide die *inhoud* en die *strekking* van die regshandeling nie teen die *goede zeden* of die *openbare orde* mag indruis nie.⁵⁵⁰ Toegepas op 'n kontrak kom dit kortliks op die volgende neer. Die *inhoud* behels dit wat die kontrakspartye verklaar het (en wat die kontrakspartye uit mekaar se verklarings en gedraginge kon aflei).⁵⁵¹ Die *strekking* behels die voorsienbare gevolge van die regshandeling en die motiewe van die

⁵⁴⁶ Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 249 (nr 272): "Onder de *openbare orde* zou men dan kunnen verstaan het geheel van normen en beginselen, welke inachtneming noodzakelijk is voor de instandhouding van de maatschappij. Een overeenkomst is strijdig met de openbare orde, indien zij in strijd komt met de fundamentele beginselen van de huidige maatschappelijke organisatie, met de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtsstelsel." Vgl ook Van Dam *Gronden van Nietigheid en Vernietigbaarheid* 175 (nr 158).

⁵⁴⁷ Vgl Hijma en Olthof *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht* 33 (nr 51).

⁵⁴⁸ Hartkamp en Tillema *Netherlands* 84 (nr 95), asook Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 248 (nr 272) spreek die mening uit dat die begrip *openbare orde* selfs nog vaer is as die begrip *goede zeden*.

⁵⁴⁹ Vgl 5.2.2.3.1.1 hierbo.

⁵⁵⁰ Vgl Van Dunné *Verbintenissenrecht (II)* 172; Hijma en Olthof *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht* 30-31 (nr 48); Gerver, Sorgdrager en Stutterheim *Pitlo: Nederlandse Privaatrecht* 150 (nr 36); Hartkamp en Tillema *Netherlands* 83 (nr 95).

⁵⁵¹ Vgl veral Hijma en Olthof *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht* 31 (nr 48).

kontrakspartye, maar slegs daardie gevolge wat vir beide kontrakspartye voorsienbaar was en daardie motiewe wat vir beide kontrakspartye kenbaar was.⁵⁵²

5.2.2.4 *Redelijkheid en billijkheid*

5.2.2.4.1 Inhoud en toepassing

5.2.2.4.1.1 Algemeen: die begrip *goede trouw* en die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid*

Die ou *BW* artikel 1374, paragraaf 3 het die volgende bepaal:

3. Zij [alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten] moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht. (My invoeging: uit artikel 1374, paragraaf 1; my onderstreping.)

Die ou *BW* artikel 1375 het die volgende bepaal:

Art. 1375. Overeenkomsten verbinden niet alleen tot datgene hetwelk uitdrukkelijk bij dezelve bepaald is, maar ook tot al hetgeen dat, naar den aard van dezelve overeenkomsten, door de billijkheid, het gebruik, of de wet, wordt gevorderd. (My onderstreping.)

Die begrip *goede trouw* kan 'n subjektiewe betekenis asook 'n objektiewe betekenis dra.⁵⁵³

Dit word objektief gebruik indien die innerlike gesindheid nie die bepalende faktor is nie.⁵⁵⁴

⁵⁵² Vgl Van Dunné *Verbintenissenrecht (II)* 172; Hijma en Olthof *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht* 30-31 (nr 48); Gerver, Sorgdrager en Stutterheim *Pitlo: Nederlandse Privaatrecht* 150 (nr 36); Hartkamp en Tillema *Netherlands* 83 (nr 95).

⁵⁵³ Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 277 (nr 302); Hartkamp en Tillema *Netherlands* 48 (nr 32); Valk *Rechtsgevolgen Overeenkomst ten aansien van Partijen* 300 (nr 277).

⁵⁵⁴ Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 277 (nr 302); Hartkamp en Tillema *Netherlands* 48 (nr 32).

Dit is nie altyd duidelik wanneer die subjektiewe en wanneer die objektiewe betekenis aan die orde is nie. In die ou *BW* artikel 1374, paragraaf 3 is die begrip *goede trouw* in objektiewe sin gebruik.⁵⁵⁵ Om verwarring te voorkom, word die aangeleentheid in die nuwe *BW* anders aangepak. Nuwe *BW* boek 6, artikel 2 lui soos volg:

Art. 2. (6.1.1.2) - 1. Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.

- 2. Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. (My onderstreping.)

Nuwe *BW* boek 6, artikel 248 lui soos volg:

Art. 248. (6.5.3.1) - 1. Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.

- 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. (My onderstreping.)

Nuwe *BW* boek 6, artikel 258, paragraaf 1 lui soos volg:

Art. 258. (6.5.3.11) - 1. De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend. (My onderstreping.)

⁵⁵⁵ Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 275-277 (nr 300-302); Hartkamp en Tillema *Netherlands* 48 (nr 32).

Waar spesifiek die begrip *goede trouw* in die nuwe *BW* steeds voorkom, dra dit die subjektiewe betekenis.⁵⁵⁶ Waar die begrip *goede trouw* in objektiewe sin bedoel word, word die begrip *goede trouw* nie gebruik nie, maar wel die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid*.⁵⁵⁷ As sodanig word die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* gebruik in die bostaande artikels.⁵⁵⁸

5.2.2.4.1.2 Twee begrippe: *redelijkheid* en *billijkheid*

Die feit dat twee begrippe gebruik word, kan probleme veroorsaak. Die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* word in hierdie samehang as 'n eenheid gesien.⁵⁵⁹ Tog kan ten minste 'n onderskeid in die gevoelswaarde van die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* onderling nie ontken word nie.⁵⁶⁰ Daar word aangevoer dat die begrip *redelijkheid* in 'n sekere sin eerder met die "verstand" in verband gebring kan word en die begrip *billijkheid* met die

⁵⁵⁶ Vgl Valk *Rechtsgevolgen Overeenkomst ten aansien van Partijen* 300 (nr 277).

⁵⁵⁷ Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 275-277 (nr 300-302); Hartkamp en Tillema *Netherlands* 48 (nr 32). Vgl ook Valk *Rechtsgevolgen Overeenkomst ten aansien van Partijen* 300 (nr 277).

⁵⁵⁸ Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 275-277 (nr 300-302); Gerver, Sorgdrager en Stutterheim *Pitlo: Nederlandse Privaatrecht* 317 (nr 92); Hartkamp en Tillema *Netherlands* 48-49 (nr 31-33). Alhoewel dit dus wil voorkom of die begrip *goede trouw* (in objektiewe sin) en die begrip *billijkheid* as 't ware in die nuwe *BW* vervang is deur die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* (as 'n eenheid gesien) en die heersende mening dit ondersteun, bestaan daar ook skrywers wat nie hiermee akkoord gaan nie: vgl hieroor Hartkamp 1981 *WPNR* 215-216. Vgl ook Hage 1981 *WPNR* 708-710.

⁵⁵⁹ Vgl Hijma en Olthof *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht* 199 (nr 300).

⁵⁶⁰ Vgl hieroor Hartkamp 1981 *WPNR* 216-217.

"hart".⁵⁶¹ Die onderskeid in die betekenis van die begrippe "*redelijkheid*" en "*billijkheid*" kan egter as juridies van minder belang beskou word.⁵⁶²

5.2.2.4.1.3 Wedersydse inagneming van geregverdigde belange, nuwe *BW* boek 3 artikel 12

Breedweg hou die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* in dat die kontrakspartye mekaar se geregverdigde belange in ag moet neem.⁵⁶³ Nuwe *BW* boek 3, artikel 12 bepaal wat in ag geneem behoort te word by die vasstelling van die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid*:

Art. 12. (3.1.1.13) Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.

Hierdie artikel bied egter slegs breë riglyne met betrekking tot die inhoud van die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid*. Die verskillende aspekte wat genoem word, dra nie dieselfde

⁵⁶¹ Vgl Hijma en Olthof *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht* 199 (nr 300). Ook Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 278 (nr 303) maak melding van 'n verskil in die gevoelswaarde van die begrippe.

⁵⁶² Vgl Hartkamp 1981 *WPNR* 216-217. Daar bestaan tog skrywers vir wie die onderskeid in betekenis meer as bloot gevoelswaarde behels en vir hulle sou die onderskeid wel ook juridies belangrik wees: vgl hieroor Hartkamp 1981 *WPNR* 216-217. Hage 1981 *WPNR* 708-710 gaan dieper as Hartkamp (aw 216-217) in op die onderskeid en wel met verwysing na die sogenaamde preskriptiewe en deskriptiewe betekenis van woorde. Hage (aw 708-710) se gevolgtrekking verskil egter nie wesenlik van Hartkamp (aw 216-217) se gevolgtrekking nie.

⁵⁶³ Dus nie alle belange nie: vgl Van Dunné *Verbintenissenrecht (II)* 205. Vgl ook Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 275 (nr 300).

gewig in elke geval nie.⁵⁶⁴ Hierin bly die inhoud van die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* vaag.

5.2.2.4.1.4 Aanvullende en beperkende werking van die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid*

Die belang van die rol van die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* word duidelik indien gelet word op die wyer werking daarvan. Dit blyk uit die siening van skrywers wat meen dat die eise van die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* deel vorm van die ongeskrewe reg, wat weer medebepalend is vir die regte en verpligtinge van die kontrakspartye.⁵⁶⁵ Nuwe *BW* boek 6, artikel 248 bepaal:

Art. 248. (6.5.3.1) - 1. Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsvolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.

- 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.

Ingevolge die nuwe *BW* boek 6, artikel 248 is dit dus moontlik dat dit waarop ooreengekom is, aangevul of beperk word op grond van die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid*.⁵⁶⁶ Die argument lui soos volg. Die aanvullende werking hou dan in dat die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* 'n aanvullende bron van regte en verpligtinge is buiten

⁵⁶⁴ Vgl Valk *Rechtsgevolgen Overeenkomst ten aansien van Partijen* 300-301 (nr 277).

⁵⁶⁵ Vgl Valk *Rechtsgevolgen Overeenkomst ten aansien van Partijen* 299-300 (nr 277); Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 276-277 (nr 302); Hijma en Olthof *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht* 199 (nr 300).

⁵⁶⁶ Vgl ook Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 282 (nr 307); Valk *Rechtsgevolgen Overeenkomst ten aansien van Partijen* 301 (nr 278).

dít waarop ooreengekom is, asook die wet en gewoonte.⁵⁶⁷ Die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* werk aanvullend indien dit waarop die partye ooreengekom het 'n leemte bevat.⁵⁶⁸ Die bestaan van 'n leemte word bepaal deur uitleg van die kontrak.⁵⁶⁹

Die beperkende werking hou weer in dat aan dít waarop die partye ooreengekom het in bepaalde omstandighede op grond van die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* nie gevolg gegee word nie.⁵⁷⁰ Die beperkende werking is meer ingrypend as die aanvullende werking, aangesien die beperkende werking tot gevolg kan hê dat aan dít waarop uitdruklik ooreengekom is nie gevolg gegee word nie (dit kan selfs dwingende reg voortvloeiend uit die kontrak ter syde stel), terwyl die aanvullende werking slegs 'n leemte aanvul (en dít waarop ooreengekom is in stand hou). Tog dui die term *onaanvaardbaar* aan dat die regter terughoudendheid ten opsigte van die toepassing van die beperkende werking moet openbaar.⁵⁷¹ Hierdeur word die regter se diskresie dus beperk. Weens die ingrypende aard van die beperkende werking was die noodsaak vir die beperkende werking lank omstrede, maar tans staan die beperkende werking van die begrippe *redelijkheid* en

⁵⁶⁷ Vgl Valk *Nieuw Burgerlijk Wetboek: Tekst & Commentaar* 421; Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 282 (nr 307); Hartkamp en Tillema *Netherlands* 48 (nr 32); Hijma en Olthof *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht* 199 (nr 300).

⁵⁶⁸ Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 282 (nr 307); Valk *Rechtsgevolgen Overeenkomst ten aanzien van Partijen* 301 (nr 278).

⁵⁶⁹ Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 282 (nr 307).

⁵⁷⁰ Vgl Valk *Nieuw Burgerlijk Wetboek: Tekst & Commentaar* 422; Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 287 (nr 312); Hartkamp en Tillema *Netherlands* 48-49 (nr 32); Hijma en Olthof *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht* 199-200 (nr 300); Valk *Rechtsgevolgen Overeenkomst ten aanzien van Partijen* 301 (nr 278).

⁵⁷¹ Vgl Valk *Nieuw Burgerlijk Wetboek: Tekst & Commentaar* 422; Hijma en Olthof *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht* 200 (nr 300).

billijkheid vas in die nuwe *BW* boek 6, artikel 248, paragraaf 2.⁵⁷² Die beperkende werking van die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* is van groot belang, aangesien dit geregtigheid in die spesifieke, konkrete geval bewerk en tot die verfyning van regsreëls aanleiding kan gee.⁵⁷³

Dit blyk dus dat die wye toepassing wat die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* vind in die aanvullende en beperkende werking daarvan, meebring dat die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* besonder effektief ter wille van kontraktuele geregtigheid benut kan word.

5.2.2.4.1.5 *Redelijkheid* en *billijkheid* as kriterium ten opsigte van onvoorsiene omstandighede

Ook ten opsigte van onvoorsiene omstandighede word die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* as kriterium ingespan. Nuwe *BW* boek 6, artikel 258, paragraaf 1 lui soos volg:

Art. 258. (6.5.3.11) - 1. De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorzien omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.

Hiervolgens speel die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* 'n sentrale rol by die beoordeling van die vraag of 'n ooreenkoms aanvegbaar is (in die geheel of gedeeltelik) op grond van

⁵⁷² Vgl hieroor Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 287-294 (nr 312-317); Hartkamp en Tillema *Netherlands* 48-49 (nr 32); Hijma en Olthof *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht* 199-200 (nr 300); Valk *Rechtsgevolgen Overeenkomst ten aansien van Partijen* 301-303 (nr 278-279). Daar bestaan wel steeds kritiek op die erkenning van die beperkende werking: vgl hieroor Valk *Rechtsgevolgen Overeenkomst ten aansien van Partijen* 301-302 (nr 278).

⁵⁷³ Vgl Valk *Rechtsgevolgen Overeenkomst ten aansien van Partijen* 303-304 (nr 280).

onvoorsiene omstandighede. Dit staan algemeen bekend as *clausula rebus sic stantibus*.⁵⁷⁴ Die aanduidings ten opsigte van die inhoud van die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid*, soos wat dit in die nuwe *BW* boek 3, artikel 12⁵⁷⁵ uiteengesit word, kom dan hier weer ter sprake.⁵⁷⁶

5.2.2.5 Gevolgtrekking

In die Nederlandse kontraktereg word wel algemene begrippe benut as kriteria vir kontraktuele geregtigheid. Ook in die Nederlandse reg speel regterlike regsvoorming op hierdie terrein 'n belangrike rol, en kan die reg wat deur regters gevorm en gespreek word as 'n regsbron beskou word. In die Nederlandse reg word die algemene begrippe ook as sogenaamde *open normen* bestempel. Van *open normen* word opsetlik gebruik gemaak waar dit nodig is dat die inhoud eers in die toepassing op 'n spesifieke geval gekonkretiseer word. Hierdeur is dit moontlik om rekening te kan hou met dit wat nie presies voorsien kan word nie: om die geldigheid van die toepassing van algemene beginsels te verseker. Hierin tree die spanningsverhouding tussen regsekerheid en billikheid ook na vore. Belangrike algemene begrippe is die begrippe *goede zeden*, *openbare orde*, asook *redelijkheid* en *billijkheid* (*goede trouw*).

Dit is nodig dat die begrippe *goede zeden* en *openbare orde* as norme van die ongeskrewe reg as deel van die geldende reg geïdentifiseer en as sodanig erken word, aangesien daardeur die inhoud en toepassing van hierdie begrippe beter begryp word. Alhoewel tussen die begrippe *goede zeden* en *openbare orde* onderskei kan word, is die onderskeid nie duidelik nie. Hierdie begrippe word eerder in samehang met mekaar gebruik, of die

⁵⁷⁴ Vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 306 ev (nr 329 ev). Vgl ook Hartkamp en Tillema *Netherlands* 49 (nr 32).

⁵⁷⁵ Vgl 5.2.2.4.1.3 hierbo.

⁵⁷⁶ Vgl Valk *Rechtsgevolgen Overeenkomst ten aansien van Partijen* 314-315 (nr 289).

konteks dui aan watter begrip toepasliker is. Die presiese inhoud van die begrippe *goede zeden* en *openbare orde* is moeilik bepaalbaar. Beide die begrippe *goede zeden* en *openbare orde* word as deel van die fundamentele norme en beginsels van die gemeenskap beskou. Hierin kom die belang van hierdie begrippe na vore.

Alhoewel die inhoud van beide die begrippe *goede zeden* en *openbare orde* vaag en algemeen is, het hierdie begrippe ook in 'n baie resente kodifikasie soos die nuwe *BW* aanwending gevind. Dit beteken dat vae en algemene begrippe steeds as nuttig - selfs as noodsaaklik - op hierdie terrein beskou word. Die inhoud van hierdie begrippe is dus nie so onduidelik dat dit glad nie toepassing kan vind nie. Die inhoud word ook duideliker in die regterlike uitsprake.

Waar in die nuwe *BW* die begrip *goede trouw* in objektiewe sin bedoel word, word die begrip *goede trouw* nie gebruik nie, maar wel die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid*. Hoewel tussen die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* onderskei kan word, kan die onderskeid juridies as van minder belang beskou word. Ofskoon die inhoud van die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* nie leeg is nie, is die aanduidings met betrekking tot die inhoud vaag. Sentraal met betrekking tot die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* staan die kontrakspartye se inagneming van mekaar se geregverdigde belange. Die strekking van die werking van die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* is baie wyd. Hierin word die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* besonder effektief benut ter wille van kontraktuele geregtigheid. Aan die een kant behels dit dat die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* in die geval van 'n leemte 'n aanvullende bron van regte en verpligtinge is. Dit staan bekend as die aanvullende werking van die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid*. Aan die ander kant kan die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* 'n beperkende werking verkry, waarvolgens aan dít waarop die partye ooreengekom het in bepaalde omstandighede op grond van die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* nie gevolg gegee word nie. Die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid* word ook gebruik om te bepaal of 'n ooreenkoms aanvegbaar is op grond van onvoorsiene omstandighede.

Dit blyk dus dat die inhoud van die begrippe *goede zeden*, *openbare orde*, asook die begrippe *redelijkheid en billijkheid* vaag is. Dit blyk ook dat die bedoeling met die gebruik van hierdie begrippe inderdaad nie is om vaagheid te vermy nie. Die bedoeling is eerder om voorsiening te maak daarvoor dat dit moontlik is om die inhoud eers in die toepassing op 'n spesifieke geval te konkretiseer.

5.3 Anglo-Amerikaanse tradisie

5.3.1 Engelse reg

5.3.1.1 Inleiding

Die bestudering van die Engelse reg moet waargeneem word teen die agtergrond dat 'n *case law*-stelsel aan die orde is en dat die Engelse privaatreë nie in 'n kode vervat is nie. Verder met betrekking tot die Engelse reg is dit belangrik om in ag te neem dat *equity*, wat as stelsel naas *common law* ontwikkel het, 'n fundamentele rol ter bevordering van kontraktuele geregtigheid in die Engelse reg gespeel het. Die fokus van hierdie afdeling val egter nie direk hierop nie. Die sentrale vraagstuk van hierdie afdeling is of in die Engelse reg algemene begrippe gebruik word as kriteria vir kontraktuele geregtigheid. Indien dit nie die geval is nie, moet vasgestel word op watter wyse kontraktuele geregtigheid dan wel beoordeel word. Indien algemene begrippe tog gebruik word, moet vasgestel word hoe hierdie algemene begrippe gehanteer word: hoe sien die inhoud en toepassing van sodanige begrippe daar uit?

5.3.1.2 Die begrip *public policy*

5.3.1.2.1 Algemeen

Die begrip *public policy* kom huidig dikwels in die Engelse kontraktereg voor. Van meet af aan het egter 'n kenmerkende wolk van vaagheid oor hierdie terrein gehang. Baie jare van ontwikkeling van die Engelse reg het verloop waartydens gedagtes gegroei het rondom dit wat by nabaat *public policy* genoem kan word. Daarom stuit pogings om aan te toon presies wanneer die begrip *public policy* vir die eerste keer benut is en wat die inhoud daarvan toe behels het grootliks op onsekerheid en onduidelikheid en teenstrydighede.⁵⁷⁷ Vir hierdie ondersoek is dit nie noodsaaklik om aan te toon presies wanneer die begrip *public policy* vir die eerste keer benut is en wat die inhoud daarvan toe was nie. Wat wel belangrik is, is die breë lyne van ontwikkeling.

Dit is doenlik om in die bestudering van die geskiedenis van *public policy* te onderskei tussen die onbewuste of halfbewuste gebruik van *public policy* en die bewuste gebruik daarvan.⁵⁷⁸ (Natuurlik kan gevra word of die onbewuste of halfbewuste gebruik van *public policy* werklik tot die geskiedenis van *public policy* gereken kan word.)⁵⁷⁹ Gedurende die vroeë ontwikkelingsjare van die Engelse reg, toe sowel die statutêre reg as die regspraak nog weinig hulp gebied het, is *public policy* onbewus of halfbewus gebruik deurdat deur middel van die informele gebruik van *equity* onbillikheid en tekortkominge van die reg aangespreek kon word.⁵⁸⁰ Alhoewel dit destyds nie uitdruklik "*public policy*"

⁵⁷⁷ Vgl in hierdie verband oa Winfield 1928 *Harvard LR* 77-91; Moller 1947 *New Zealand LJ* 91-93; Abraham 1949 *AcP* 387-388; Winfield *Pollock's Principles of Contract* 291-295; Simitis *Gute Sitten und ordre public* 112-114.

⁵⁷⁸ Winfield 1928 *Harvard LR* 77.

⁵⁷⁹ Vgl in hierdie verband Moller 1947 *New Zealand LJ* 91.

⁵⁸⁰ Winfield 1928 *Harvard LR* 77.

genoem is nie, was dit tog die gemeenskapsbelang wat deur die regters bevorder is.⁵⁸¹ In die 14e en 15e eeue het hierdie informele gebruik van *equity* egter in onbruik verval.⁵⁸² Dit het tot gevolg gehad dat by die *Chancellor* om hulp aangeklop is. Die *Chancellor* het weer begin gebruik maak van *equity*. Op hierdie wyse het *equity* as sisteem ontwikkel.⁵⁸³ 'n Meer bewuste gebruik van dit wat met *public policy* ooreenstem, kan sedert die 15e en 16e eeue waargeneem word, alhoewel dit nog nie noodwendig beteken het dat uitdruklik van die begrip "*public policy*" gebruik gemaak is nie.⁵⁸⁴ In die 17e en 18e eeue is die begrip "*public policy*" gereeld gebruik,⁵⁸⁵ ofskoon die interpretasie daarvan steeds nie eenduidig was nie.⁵⁸⁶ Gedurende die 18e en 19e eeue het die *public policy*-leerstuk 'n tydperk van besondere gewildheid beleef.⁵⁸⁷ Die gewildheid het egter gedurende die 20e eeu afgeneem, onder andere weens die swakpunte van die leerstuk,⁵⁸⁸ wat hieronder

⁵⁸¹ Winfield 1928 *Harvard LR* 77.

⁵⁸² Winfield 1928 *Harvard LR* 77.

⁵⁸³ Winfield 1928 *Harvard LR* 77.

⁵⁸⁴ Vgl Winfield 1928 *Harvard LR* 77-83.

⁵⁸⁵ Moller 1947 *New Zealand LJ* 92-93 stel ter ooreweging dat die ontstaan van die (moderne) *public policy*-leerstuk dalk aan die beëindiging van die aktiwiteite van die hof van die *Star Chamber* gekoppel kan word.

⁵⁸⁶ Vgl Winfield 1928 *Harvard LR* 83-84.

⁵⁸⁷ Vgl Abraham 1949 *AcP* 388.

⁵⁸⁸ Vgl Abraham 1949 *AcP* 391-392.

bespreek word.⁵⁸⁹ Vertrouwdheid met die onderskeid tussen die onbewuste of halfbewuste en die bewuste gebruik van die *public policy*-leerstuk, tesame met die historiese oorsig, dra daartoe by dat die kompleksiteit van die inhoud en toepassing van die begrip *public policy* behoorlik begryp kan word.

5.3.1.2.2 Inhoud en toepassing

Soos hierbo opgemerk, is vaagheid kenmerkend aan die terrein van die begrip *public policy*. Vervolgens word belangrike fasette rakende die inhoud en toepassing van die begrip *public policy* aan die hand van kritiek ondersoek.

5.3.1.2.2.1 Die begrip *public policy* wyd en eng

Ten aanvang moet op 'n verdere belangrike onderskeid gewys word. Die begrip *public policy* kan in die Engelse reg in algemene sin gebruik word en dui dan daarop dat al die beginsels van *common law* en van *equity* eintlik reëls is van *public policy*, aangesien hierdie beginsels ontwikkel is aan die hand van dit wat die regters gemeen het die openbare welsyn (*public good*) bevorder.⁵⁹⁰ Waar dit egter spesifiek handel oor kontrakte in stryd met *public policy*, word hierdie begrip meer bepaald gebruik: *public policy* dui dan op die howe se beperking van die reg om kontrakte te sluit.⁵⁹¹ In die onderhawige ondersoek moet dus gewaak word daarteen dat perspektiewe op die inhoud en toepassing van die begrip *public policy* in spesifiek die kontraktereg vertroebel word deur perspek-

⁵⁸⁹ Waar die gebruik van die begrip *public policy* in die Engelse reg selfs al berou is, kan daarop gereageer word deur aan te dui dat berou daarvoor in werklikheid berou oor die ontwikkeling van die Engelse reg is: vgl Winfield 1928 *Harvard LR* 90.

⁵⁹⁰ Vgl Shears en Stephenson *James' Introduction to English Law* 235.

⁵⁹¹ Vgl Shears en Stephenson *James' Introduction to English Law* 235. Vgl ook Simitis *Gute Sitten und ordre public* 134.

tiewe op die *public policy*-leerstuk in die algemeen (in die gevalle waar teenstrydighede sou bestaan).

5.3.1.2.2.2 Omskrywings: Die gemeenskap staan sentraal

Dit word herhaaldelik in die literatuur gemeld dat dit moeilik (of onmoontlik) is om die begrip *public policy* te definieer.⁵⁹² Die pogings tot definisie of omskrywing dra egter tog by tot nuttige perspektiewe. Insiggewend is die volgende definisie van die begrip *public policy*:

...a principle of judicial legislation or interpretation founded on the current needs of the community.⁵⁹³

Ook baie nuttig is hierdie omskrywing:

Since public policy reflects the mores and fundamental assumptions of the community, the content of the rules should vary from country to country and from era to era.⁵⁹⁴

In hierdie omskrywings staan die gemeenskap sentraal, en wel die behoeftes en eise ("*needs*"), asook die "*mores and fundamental assumptions*" van die gemeenskap.

⁵⁹² Vgl hieroor oa Winfield 1928 *Harvard LR* 92; Abraham 1949 *AcP* 391; Simitis *Gute Sitten und ordre public* 134.

⁵⁹³ Winfield 1928 *Harvard LR* 92.

⁵⁹⁴ Furmston *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* 373. Die ooreenkoms met die omskrywing in die Nederlandse reg van die begrip *openbare orde* is opvallend - vgl Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)* 249 (nr 272): "Onder de *openbare orde* zou men dan kunnen verstaan het geheel van normen en beginselen, welke inachtneming noodzakelijk is voor de instandhouding van de maatschappij. Een overeenkomst is strijdig met de openbare orde, indien zij in strijd komt met de fundamentele beginselen van de huidige maatschappelijke organisatie, met de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtsstelsel."

5.3.1.2.2.3 Die veranderlike aard van *public policy*

Die tweede omskrywing verwys onder andere na die veranderlike aard van *public policy*. Hierdie veranderlike aard het al aanleiding gegee tot uiteenlopende kritiek. Aan die een kant word aangevoer dat die veranderlikheid tot regsonsekerheid lei.⁵⁹⁵ Aan die ander kant is ook beseft dat die veranderlikheid van *public policy* 'n bruikbare soepelheid meebring, wat kan verhoed dat die begrip *public policy* uit pas met die veranderende omstandighede raak.⁵⁹⁶ Die geldende reg word daargestel deur 'n kompromie tussen die vereiste van regsekerheid en die bate van buigsaamheid.⁵⁹⁷ Dit is waarskynlik die sinvolle oplossing, mits so 'n kompromie werklik prakties kan bestaan.

5.3.1.2.2.4 "Gemeenskap" ("*Community*"), "openbare" ("*public*")

Die volgende punt van kritiek, wat uit bostaande omskrywings van *public policy* voortvloei, plaas die gemeenskap wie se belang aan die orde is onder die vergrootglas. Die vraag kan gestel word of dit werklik 'n praktiese hulpmiddel is om te verwys na die "gemeenskap" ("*community*"), of na die "openbare" ("*public*") beleid. Daar kan ook verder gevra word wie die gemeenskap uitmaak, en of hierdie ganse gemeenskap by elke kontrak betrokke is. Wesenlik bydraend tot vaagheid is dat deur die jare van ontwikkeling van die begrip *public policy* heen, die algemeen geformuleerde beginsel van die howe was dat hulle geen kontrak sou afdwing wat na hulle mening die gemeenskap sou benadeel nie.⁵⁹⁸ Aangesien dit besonder ingewikkeld is (indien nie onmoontlik nie) om presies te

⁵⁹⁵ Vgl hieroor Treitel *The Law of Contract* (1991) 424; Treitel *An Outline of The Law of Contract* (1995) 177-178; Furmston *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* 370.

⁵⁹⁶ Vgl hieroor Winfield 1928 *Harvard LR* 93-96; Treitel *The Law of Contract* (1991) 424; Treitel *An Outline of The Law of Contract* (1995) 177-178.

⁵⁹⁷ Vgl Treitel *The Law of Contract* (1991) 424.

⁵⁹⁸ Vgl Furmston *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* 370.

omskryf wat die gemeenskap sou benadeel en aangesien alle howe nie dieselfde mening daaroor huldig nie, kon beswaarlik ontkom word aan vae en algemene terminologie, byvoorbeeld: "*contrary to the general policy of the law*"; "*against the public good*"; "*contra bonos mores*".⁵⁹⁹ Hoewel juis die grondliggende beginsel 'n bron van onduidelikheid is, het dit ook die gevolg dat die begrip *public policy* moontlik as oorhoofse noemer gesien kan word vir meerdere dinge.

Oor die algemeen word met "die belange van die gemeenskap" wel bedoel dat die belange van die hele gemeenskap in ag geneem moet word.⁶⁰⁰ In die praktiese toepassing wil dit egter voorkom of in baie gevalle slegs 'n klein gedeelte van die gemeenskap se belange in ag geneem word, aangesien talle kwessies van *public policy* nie die hele gemeenskap raak nie.⁶⁰¹ As verklaring vir hierdie oënskynlike teenstrydigheid kan aangevoer word dat die belange van beide die hele gemeenskap en van 'n gedeelte daarvan opgeweeg moet word, ook in die gevalle waar die belange van die hele gemeenskap tydelik passief in die agtergrond staan.⁶⁰² Soms moet die howe selfs die belange van 'n gedeelte van die gemeenskap afweeg teen die belange van die gemeenskap as geheel.⁶⁰³ Dit blyk dus dat "gemeenskapsbelang" of "openbare belang" geensins bo kritiek verhewe staan of glasheldere toepassing bewerkstellig nie, maar wel op hierdie terrein in hierdie konteks as bruikbaar en as logiese voortvloeiende van die terminologie beskou kan word.

⁵⁹⁹ Vgl *Furmston Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* 370.

⁶⁰⁰ *Winfield 1928 Harvard LR 92*.

⁶⁰¹ *Winfield 1928 Harvard LR 92*; *Winfield Pollock's Principles of Contract* 296.

⁶⁰² *Winfield 1928 Harvard LR 92-93*; *Winfield Pollock's Principles of Contract* 296.

⁶⁰³ *Winfield 1928 Harvard LR 93*.

5.3.1.2.2.5 Terminologie: *public policy* en *public interest*

Die terminologie kan inderdaad tot verwarring aanleiding gee. Soms word gehandel met die begrip *public policy* ("openbare beleid") en soms met die begrip *public interest* ("openbare belang"). Hiervoor sou verskeie verklarings aangebied kon word. Miskien moet nie te veel van hierdie kwessie gemaak word nie en blyk die oënskynlike verwarring na aanleiding van die volgende formuleringe nie grondliggend te wees nie:

But freedom in the third sense, that is freedom to make any kind of contract on any terms, was, even in the nineteenth century, somewhat restricted. For one thing there was always the overriding public interest - "public policy" as it is called in the law of contract - to be considered, and in certain types of case the courts retained the power to declare contracts to be ineffective because they were contrary to public policy.⁶⁰⁴

Of course the common law has always been willing to override a contract (or contractual terms) in certain select cases on the ground that they are contrary to the public interest - contrary to public policy in the legal terminology.⁶⁰⁵

Dit wil dus voorkom of die kwessie opgelos kan word deur te aanvaar dat die begrip *public interest* ("openbare belang") uit die alledaagse taalgebruik kom en dat dit in regstegniese terminologie - en dan spesifiek in die kontraktereg - met die begrip *public policy* ("openbare beleid") uitgedruk word. Waar in gegewe gevalle die formulering tot verwarring aanleiding gee, kan die pasvermelde redenasie voor oë gehou word, en sal dit in die meeste gevalle blyk dat alternatiewe of onnoukeurige formulering ter sprake is, of 'n wisseling van perspektief, eerder as leerstellige onderskeide.

⁶⁰⁴ Atiyah *An Introduction to the Law of Contract* 12.

⁶⁰⁵ Atiyah *An Introduction to the Law of Contract* 297.

5.3.1.2.2.6 Vasstelling van die *mores and fundamental assumptions* van die gemeenskap

5.3.1.2.2.6.1 Deur wie en hoe?

Met die stelling "... *public policy reflects the mores and fundamental assumptions of the community...*"⁶⁰⁶ word ongelukkig nie slegs opgesom wat die begrip *public policy* behels nie. Hierdeur word nog een van die sentrale probleme van die *public policy*-leerstuk aangeraak. Wanneer kontrakte dan op grond van die begrip *public policy* as kriterium beoordeel word, moet - afgaande op dié stelling - vasgestel word hoe die kontrak op grond van die *mores and fundamental assumptions* van die gemeenskap beoordeel word. Belangrike vrae is deur wie en hoe dit gedoen behoort te word. In die debat in hierdie verband is aan die een kant geargumenteer dat die wetgewende gesag die inhoud van die begrip *public policy* moet vasstel en nie die howe nie, en aan die ander kant dat die howe nie hulle plig om die inhoud van die begrip *public policy* vas te stel mag versuim nie.⁶⁰⁷ Volgens laasgenoemde standpunt sou die regters en die advokate die gemeenskap in gevoel en denke verteenwoordig. Dit hou onder andere in dat, by gebrek aan 'n presedent,⁶⁰⁸ die regterlike diskresie uitgeoefen moet word soos gelei deur die advokate se argumente en nie (soos wat maklik gebeur) op grond van die regter se persoonlike opinie

⁶⁰⁶ Vgl Furmston *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* 373.

⁶⁰⁷ Vgl hieroor Winfield 1928 *Harvard LR* 97. Oor die moontlike vervaging van die onderskeid tussen statutêre reg en sg "regterreg" deur die gebruik van *public policy* en die stilswyende verlening van wetgewende mag aan die howe: vgl Winfield 1928 *Harvard LR* 90.

⁶⁰⁸ Simitis *Gute Sitten und ordre public* 135 spreek skerp kritiek uit op die hantering van die presedente mbt die begrip *public policy*. Hy meen (aw 135) dat daar selde werklik geen aanknopingspunt in die presedente vir die oplossing van 'n geval gevind kan word nie en in aansluiting hierby dat die beginsels wat uit die presedente as begronding gebruik word, nie altyd die bevindings regverdig nie. Hy meen voorts (aw 135) dat dit wil voorkom of eerder die regs- en ekonomies-politiese opvatting van die betrokke regter deurslaggewend is.

van wat in die gemeenskap se belang sou wees nie.⁶⁰⁹ Hierdie is 'n belangrike wyse van beperking van die regterlike diskresie. In sulke gevalle, waar geen presedent voorhande is nie, kan die diskresie ook *a priori*-afleiding uit breë, algemene beginsels behels.⁶¹⁰

5.3.1.2.2.6.2 Presedente: kategorieë van toepassingsgevalle

Die regter is in die eerste plek gebonde aan die presedente. *Public policy* se presedente kan ingedeel word in kategorieë van toepassingsgevalle.⁶¹¹ 'n Belangrike kwessie hou

⁶⁰⁹ Winfield *Pollock's Principles of Contract* 297. Vgl ook Atiyah PS *An Introduction to the Law of Contract* 345. Dit wil voorkom of die regters se persoonlike menings reeds gedurende die ontwikkelingsjare van die *public policy*-leerstuk 'n belangrike rol gespeel het: vgl Moller 1947 *New Zealand LJ* 91. Treitel *The Law of Contract* (1991) 424 wys daarop dat die buigzaamheid van die begrip *public policy* ook deur 'n regter misbruik kan word ten einde sy eie mening te regverdig; dat hierdie perspektief dus een van die swakpunte van die *public policy*-leerstuk openbaar.

⁶¹⁰ Furmston *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* 374. Vgl hieroor ook Simitis *Gute Sitten und ordre public* 135-136. 'n Verdere gekompliseerde aspek, waarna Lord Brougham in *Egerton v Earl Brownlow* (1853) 4 HL C 1 op 173-174 verwys het en wat bevestig is oa deur Lord Atkin in *Fender v St John-Mildmay* [1938] AC 1 op 12-13, is dat strydigheid met *public policy* vereis dat aangetoon moet word dat die kontrak 'n duidelike ("*clear*") geneigdheid ("*tendency*") het om nadelig ("*harmful*") teenoor die gemeenskap te wees. Hierdie vereiste word deur Treitel *The Law of Contract* (1991) 386-387 onderskryf, en geïnterpreteer as sou dit waarskynlike en nie slegs moontlike nadeel vir die gemeenskap vereis nie. Winfield 1928 *Harvard LR* 97-98 onderskryf nie sonder meer die vereiste nie. Hy meen dat dit onseker is of slegs die moontlikheid van nadeel vir die gemeenskap vereis word en of die waarskynlikheid van nadeel ook vereis word. Dit wil voorkom of Simitis *Gute Sitten und ordre public* 136 - in stryd met Treitel (aw) en Winfield (aw) - uit Lord Atkin se woorde in *Fender v St John-Mildmay* [1938] AC 1 op 12 ev aflei dat hierdie vereiste verouderd is.

⁶¹¹ Vgl Atiyah *An Introduction to the Law of Contract* 345; Treitel *An Outline of The Law of Contract* (1995) 177-197; Furmston *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* 372-385; Shears en Stephenson *James' Introduction to English Law* 235-240. Abraham 1949 *AcP* 389 wys mbt die

veral verband met die vraag of die bestaande gevestigde kategorieë van toepassingsgevalle deur die howe uitgebrei mag word. Met ander woorde: mag die regter die begrip *public policy* toepas op 'n tipe geval waarop die begrip *public policy* nog nie vantevore toegepas is nie?

In navolging van die fundamentele beginsels van kontrakteervryheid⁶¹² en regsekerheid pas die howe normaalweg nie die begrip *public policy* toe op 'n tipe geval waarop dit nog nie vantevore toegepas is nie - waarvoor daar dus geen presedent bestaan nie.⁶¹³ Hierbenewens is 'n belangrike rede dat die vernaamste terreine waar die begrip *public policy* toepassing vind, toenemend geag word as deel van die parlement se sfeer.⁶¹⁴ Die begrip *public policy* het direk te make met die belange van die gemeenskap, wat allermins staties is. Noodwendig word wie ook al die begrip *public policy* gebruik, dus gekonfronteer met nuwe terreine.⁶¹⁵ Die vraag is of die begrip *public policy* rigied werklik nie toegepas word op die nuwe terreine nie.

Een manier om met hierdie problematiek om te gaan, berus op die redenasie dat, alhoewel die begrip *public policy* nie op 'n nuwe terrein toepassing mag vind nie, die toepassing van die begrip *public policy* wel op grond van reeds gevestigde beginsels uitgebrei mag word

kategorieë van toepassingsgevalle op die ooreenkoms tussen *public policy* van die Engelse reg en *BGB* §138 van die Duitse reg.

⁶¹² Vgl Abraham 1949 *AcP* 391-392.

⁶¹³ Abraham 1949 *AcP* 391; Winfield *Pollock's Principles of Contract* 296; Treitel *The Law of Contract* (1991) 424; Treitel *An Outline of The Law of Contract* (1995) 178.

⁶¹⁴ Vgl Treitel *The Law of Contract* (1991) 425; Treitel *An Outline of The Law of Contract* (1995) 178.

⁶¹⁵ Vgl Winfield *Pollock's Principles of Contract* 296.

by wyse van analogie.⁶¹⁶ Hierdie redenasie voer die saak waarskynlik te ver en buitendien is dit prakties moeilik om die grens vas te stel tussen uitbreiding by wyse van analogie op grond van 'n gevestigde beginsel, en die skep van 'n nuwe toepassingsterrein.⁶¹⁷ Nog 'n manier om met hierdie problematiek om te gaan, hou in dat die begrip *public policy* nie uitdruklik in die toepassing vermeld word nie. Daar word met ander woorde nie openlik erken dat die begrip *public policy* toegepas is nie (hoewel dit in wese tog toegepas is).⁶¹⁸ Eerliker sou waarskynlik wees die mening dat die begrip *public policy* sowel nuwe toepassing deur die uitbreiding by wyse van analogie op grond van gevestigde beginsels as toepassing op nuwe terreine (behoort te) vind. Dit geld veral waar die tipe geval onder oorweging binne sogenaamde "*lawyer's law*" val. Tog moet hierin met groot terughoudendheid en omsigtigheid, asook wakende teen persoonlike menings, omgegaan word.⁶¹⁹

⁶¹⁶ Vgl hieroor Winfield *Pollock's Principles of Contract* 296; Atiyah *An Introduction to the Law of Contract* 345.

⁶¹⁷ Vgl hieroor Winfield *Pollock's Principles of Contract* 296; Atiyah *An Introduction to the Law of Contract* 345.

⁶¹⁸ Vgl hieroor Treitel *The Law of Contract* (1991) 426-427; Treitel *An Outline of The Law of Contract* (1995) 179.

⁶¹⁹ Vgl hieroor Winfield *Pollock's Principles of Contract* 296; Treitel *The Law of Contract* (1991) 425; Treitel *An Outline of The Law of Contract* (1995) 178-179; Atiyah *An Introduction to the Law of Contract* 345; Furmston *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* 373-374. Vir 'n bespreking van nuwe terreine van toepassing: vgl Treitel *The Law of Contract* (1991) 425-426. Aangaande ontwikkeling mbt regterlike regsforming in die Engelse reg in die algemeen: vgl Steyn 1996 *CLP* 48.

5.3.1.2.2.7 Beperkinge met betrekking tot *public policy*

Die vaagheid en algemeenheid van die begrip *public policy* gaan uiteraard gepaard met vrese vir grenslose toepassing: dat gepoog sou word om die begrip *public policy* as 't ware as towerstaf te gebruik. Onder andere om hierdie rede bestaan terughoudendheid daaroor om die begrip *public policy* op nuwe terreine toe te pas. Daar bestaan ook nog ander beperkinge met betrekking tot die begrip *public policy*. Veral belangrik is dat die begrip *public policy* nie dit mag vereis wat in stryd is met bestaande parlementêre wetgewing nie. Verder vind die begrip *public policy* nie toepassing waar die *common law* duidelik is nie. Ook is die begrip *public policy* nie 'n kriterium ter vervolmaking van die reg nie: dit beantwoord bloot die vraag wat die gemeenskap op 'n spesifieke stadium vereis, en nie die vraag wat 'n volmaakte gemeenskap behoort te vereis nie.⁶²⁰

5.3.1.2.3 Die begrip *public policy*: 'n ordeningshulpmiddel

Indien van die inhoud en toepassing van die begrip *public policy* onmiddellike duidelikheid en konkreetheid verwag word, is teleurstelling klaarblyklik onvermydelik. Dit beteken egter nie dat die begrip *public policy* om hierdie rede geen plek in die Engelse kontrakterege mag hê nie. Inteendeel. Weens die aard van die Engelse stelsel kan 'n vae en algemene begrip soos *public policy* as noodsaaklik in die stelsel geag word.⁶²¹ Die probleem lê dus nie soseer by die vaagheid van die begrip *public policy* nie, as moontlik by 'n verkeerde uitgangspunt.⁶²²

General propositions of this sort may not decide concrete cases, either in a civil law system where such principles are sometimes codified, or in the common law where they are not. But what they do achieve in both systems is that they help to organise legal thinking, to

⁶²⁰ Winfield 1928 *Harvard LR* 98-100.

⁶²¹ Vgl hieroor Simitis *Gute Sitten und ordre public* 133.

⁶²² Kötz 1987 *MLR* 6.

allow the formation of clusters of similar cases, to make the law manageable and findable, and to provide a language in which a meaningful discourse between lawyers can take place.

5.3.1.3 Die begrip *good faith*

5.3.1.3.1 'n Leemte in die Engelse reg?

Uit die voorgaande ondersoek van die begrip *public policy* in die Engelse kontraktereg blyk dit dat die begrip *public policy* nie 'n finale, konkrete kriterium is nie. Hier sou dus 'n leemte geïdentifiseer kon word. Die vraag tree na vore waarom die begrip *good faith* nie in die Engelse kontraktereg ten minste ter aanvulling van die begrip *public policy* as algemene kriterium benut word nie.⁶²³ Soos gesien, is die begrip *Treu und Glauben* deel van die Duitse reg⁶²⁴ en die begrip *goede trouw (redelijkheid en billijkheid)* deel van die Nederlandse reg.⁶²⁵ Die begrip goeie trou is ook, in meerdere of mindere mate, deel van die kontraktereg van meeste van die ander EG-lande.⁶²⁶ Verder geld die *EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*,⁶²⁷ waarin die begrip *good faith* gebruik word,

⁶²³ Reeds meer as 40 jaar gelede het Powell in sy intreerede aan die hand gedoen dat die begrip *good faith* gebruik word as algemene kriterium in die Engelse kontraktereg: vgl Powell 1956 *CLP* 16-38. Dit wil inderdaad voorkom of Powell (aw 37) die begrip *good faith* meer konkreet ag as die begrip *public policy*.

⁶²⁴ Vgl 5.2.1.5 hierbo.

⁶²⁵ Vgl 5.2.2.4 hierbo.

⁶²⁶ Vgl Goode 1997 *Uniform LR* 238; Steyn 1997 *LQR* 438. Dit gaan hier oor die begrip *good faith* in subjektiewe sin, maar veral ook in objektiewe sin. Na die begrip *good faith* in objektiewe sin kan ook verwys word as "*fair dealing*": vgl Goode aw 238; Steyn aw 438.

⁶²⁷ *Council Directive 93/13/EEC* van 5 April 1993 (*Official Journal No L 95 p 29 (OJ L 95/29)* van 21 April 1993).

sedert 1 Julie 1995 ook in Engeland.⁶²⁸ Die Engelse reg word dus toenemend gekonfronteer met die gebruik van die begrip *good faith* as algemene kriterium.⁶²⁹

5.3.1.3.2 'n Diepgewortelde terughoudendheid in die Engelse reg ten opsigte van die begrip *good faith* as algemene kriterium

In die Engelse reg bestaan daar 'n diepgewortelde terughoudendheid om uitdruklik te aanvaar dat die begrip *good faith* as algemene kriterium gebruik word, waardeur 'n algemene regsplig tot *good faith* op kontrakspartye geplaas sou word.⁶³⁰ Die Engelse reg verkeer egter onder druk om afstand te doen van dié diepgewortelde terughoudendheid om gebruik te maak van algemene begrippe en beginsels soos *good faith*.⁶³¹

Talle redes kan aangegee word vir die terughoudendheid in die Engelse reg om van algemene kriteria gebruik te maak.⁶³² Alhoewel al die redes nie ligtelik afgemaak kan

⁶²⁸ Vgl Goode 1997 *Uniform LR* 240; Steyn 1997 *LQR* 439; Atiyah *An Introduction to the Law of Contract* 312.

⁶²⁹ Vgl Goode 1997 *Uniform LR* 240; Steyn 1997 *LQR* 439; Teubner 1998 *MLR* 11.

⁶³⁰ Vgl oa Lord Ackner in *Walford v Miles* [1992] 2 AC 128 op 138. Dit beteken egter nie dat die begrip *good faith* glad nie in die Engelse kontrakreg ter sprake kom nie. Dit speel wel 'n rol: vgl oa Powell 1956 *CLP* 23-25; McKendrick 1997 *CLP* 43-44.

⁶³¹ Vgl die opmerking van Atiyah *An Introduction to the Law of Contract* 213. Hierdie terughoudendheid om gebruik te maak van algemene beginsels, wat waarskynlik 'n belangrike rede is vir die negatiewe ingesteldheid in die Engelse reg teenoor kodifikasie, is ook 'n geruime tyd gelede reeds gekritiseer deur Kötz 1987 *MLR* 1-15.

⁶³² So bv skryf Goode 1997 *Uniform LR* 239-240 dat die Engelse regslui nie sekerheid het oor die betekenis van die begrip *good faith* nie; dat volgens Engelse regters die voorspelbaarheid van die afloop van 'n geding belangriker is as absolute geregtigheid; dat volgens die Engelse reg die partye oor die algemeen self die risiko's moet verdeel dmv die kontrakbedinge (dat die howe nie

word nie,⁶³³ staan baie van die redes in die huidige tydsgewrig op onsekere grond en bestaan daar sterk argumente dat die terughoudendheid grootliks onnodig is.⁶³⁴ Aangesien baie van die redes vir die terughoudendheid nie (meer) oortuig nie en aangesien die Engelse reg buitendien (soos hierbo aangetoon) onder druk staan om van die begrip *good faith* as algemene kriterium gebruik te maak, kan dit nie uitgesluit word nie dat die begrip *good faith* as algemene kriterium wel deel van die Engelse kontrakreg gaan word.⁶³⁵

veronderstel is om dit vir die partye te doen nie). Ook krities is Teubner wat *good faith* as 'n "legal irritant" in die Engelse reg sien: vgl Teubner 1998 *MLR* 11-32. Atiyah *An Introduction to the Law of Contract* 213 spreek die volgende mening uit: "...but the absence of any general duty of good faith can probably be best explained as an illustration of English legal formality. Judges do not like to have or to wield the power to make decisions on whether parties have acted in good faith or not. The parties must comply with their contractual duties, and courts can recognize these (although not without difficulty sometimes) but the broader concept of good faith was probably thought (anyhow by nineteenth century judges) to be equivalent to a general recognition of ideas of moral right and equity in the law which was inconsistent with strict commercial dealings. Modern judges would probably not be nearly so unhappy if the law recognized a general duty of good faith."

⁶³³ Vgl hieroor oa Brownsword 1996 *CLP* 113.

⁶³⁴ Vgl Steyn 1997 *LQR* 438-439. Volgens Kötz is meeste van die redes ongegrond: vgl Kötz 1987 *MLR* 1-15. Ook Brownsword is positief oor die begrip *good faith* in die Engelse kontrakreg: vgl oa Brownsword 1996 *CLP* 113, 157.

⁶³⁵ Vgl Atiyah *An Introduction to the Law of Contract* 213; Brownsword 1996 *CLP* 111-157; McKendrick 1997 *CLP* 37, 44, 63-64. Selfs Goode 1997 *Uniform LR* 238-240 argumenteer in hierdie rigting, maar sy standpunt gaan nog nie heeltemal so ver nie. Hy meen dat die Engelse howe deur die tans noodwendige kontak met die begrip *good faith* moontlik kan vind dat 'n meer algemene toepassing daarvan tog nie so moeilik of onbevredigend is nie en dat 'n herooring van die tradisionele siening 'n moontlikheid is. Steyn 1997 *LQR* 438-439 argumenteer ook in hierdie rigting. Hy vind dit egter uiteindelik onnodig om aan te dring op *good faith* as algemene plig in die Engelse kontrakreg. Hy meen dat die bestaande leerstuk van die behoorlike inagneming van die *reasonable expectations* van kontrakspartye buitendien grootliks die nodige regulering daar kan stel, mits hierdie leerstuk nie verontagsaam word nie. Teubner neem die kwessie egter 'n stap verder en

5.3.1.4 Gevolgtrekking

Die begrip *public policy* funksioneer in die Engelse kontraktereg as 'n vae, moeilik omskryfbare, algemene kriterium. Die begrip *public policy* dien deur middel van 'n spanningsvolle ewewig tussen regsekerheid en dinamiese soepelheid die (eweneens moeilik omskryfbare) belange van die gemeenskap: die openbare belang. Vrese vir regsonsekerheid het tot gevolg dat die toepassing van die begrip *public policy* in die Engelse kontraktereg beperk word. Sodoende word verhoed dat die toepassing van die begrip *public policy* ontaard tot grensloosheid voortspruitend uit 'n onbeperkte regterlike diskresie. Enersyds kan hierdie vrese vir regsonsekerheid eens idealistiese verwagtinge omtrent die *public policy*-kriterium laat verander in volslae verwerping van die kriterium. Andersyds kan 'n nugter beskouing lei tot die verstaan van die kriterium in eie reg, waarvolgens ingesien word dat die begrip *public policy* op sigself geen konkrete kriterium is of kan wees nie, maar wel 'n dinamiese instrument deur middel waarvan by 'n meer konkrete resultaat uitgekom kan word.

Hoewel die inhoud van die begrip *public policy* duideliker word in die toepassing daarvan, bly 'n mate van vaagheid aanwesig. Dit is egter nie nodig om die begrip *public policy* as kriterium te verwerp weens vaagheid nie. Daar moet nie vasgekyk word teen die negatiewe, as sou die vaagheid van die begrip *public policy* slegs regsonsekerheid in die hand werk nie. Die positiewe daaruit, naamlik die dinamiese soepelheid daarvan, moet

betoog dat die belangrike vraag nie is of die begrip *good faith* as algemene kriterium in die Engelse reg aanvaar gaan word of nie: vgl Teubner 1998 *MLR* 12. Teubner (aw 12) meen die belangrike kwessie betrek die inhoud van die begrip *good faith* asook die effek op die stelsel van die gebruik van die begrip *good faith*, en dus is die belangrike vraag eerder: Watter veranderinge in betekenis sal die begrip *good faith* ondergaan, hoe sal die funksie van die begrip *good faith* verskil wanneer dit binne die Engelse reg gerekonstrueer word? In sy beantwoording van hierdie vraag betoog Teubner (mbv die begrip *good faith* as voorbeeld) dat die pogings om die verskillende regstelsels in Europa te harmonieer, ter daarstelling van (oa) 'n eenvormige Europese kontraktereg, uiteindelik eerder lei tot nuwe uiteenlopendhede: vgl Teubner (aw) 11-32. Vgl egter steeds Lando 1992 *RabelsZ* 261-273 mbt die algemene belang daarvan om Europese kontraktereg te harmonieer.

benut word. Die begrip *public policy* is nou eenmaal inherent deel van die Engelse kontraktereg en kan nie van hierdie sisteem losgemaak word nie.

Dit wil nietemin voorkom of die tyd nie meer so ver is nie dat afstand gedoen gaan word van die diepgewortelde terughoudendheid in die Engelse reg om uitdruklik te aanvaar dat die begrip *good faith* as algemene kriterium gebruik word. Dit kan terselfdertyd meebring dat die begrip *good faith* in die Engelse kontraktereg as algemene kriterium benut word.

5.4 Gevolgtrekking

In al die ondersoekte vreemde stelsels word begrippe wat algemeen en vaag is as kriteria vir kontraktuele geregtigheid benut. Dit blyk dat regterlike regsvoorming - soos begrens deur 'n beperkte diskresie - by uitstek in hierdie verband in al die ondersoekte vreemde stelsels baie belangrik is. Die volgende algemene begrippe word veral benut: in die Duitse reg die begrippe *gute Sitten* en *Treu und Glauben*; in die Nederlandse reg die begrippe *goede zeden*, *openbare orde*, asook *redelijkheid* en *billijkheid (goede trouw)*; in die Engelse reg die begrip *public policy*. Uit die besprekings van die inhoud en toepassing van hierdie begrippe blyk dat hierdie begrippe algemeen en vaag is, maar dat die algemeenheid en vaagheid onvermydelik is. Dit blyk egter ook baie nuttig te wees. Hierdie begrippe moet noodwendig van algemene en vae strekking wees. Dit is belangrik in elke stelsel om begrippe te benut wat aan die een kant vaag ("onbepaald") genoeg is om dinamies te wees, maar aan die ander kant nie so vaag dat dit onbruikbaar is omdat dit te veel regsonsekerheid veroorsaak nie. Die begrippe is nie veronderstel om op sigself konkreet en duidelik te wees nie. Hulle dien wel as instrumente deur middel waarvan tot konkrete resultate geraak kan word. Dit is belangrik dat die problematiek korrek gehanteer word deur beperkende omgang met en terughoudende toepassing van die begrippe. In al die ondersoekte vreemde stelsels word deur middel van die algemene en vae begrippe konkrete resultate bereik deurdat groepe van toepassingsgevalle ontstaan uit die uitsprake van regters.

Die ooreenkomste (sowel terminologies as inhoudelik) tussen die ondersoekte vreemde stelsels is besonder insiggewend. Aangesien in al die ondersoekte stelsels algemene en vae begrippe as kriteria vir kontraktuele geregtigheid gebruik word, is dit dus nie noodwendig onaanvaarbaar dat in die Suid-Afrikaanse reg ook algemene en vae begrippe (soos openbare beleid en openbare belang) gebruik word nie. Tog is dit belangrik dat die inhoud van die begrippe openbare beleid en openbare belang in die toepassing deur die howe so duidelik as moontlik gemaak word ter wille van regsekerheid. Dit kan veral daardeur geskied dat uitdruklik vermeld word wat die begrippe openbare beleid en openbare belang in elke geval behels.

Met betrekking tot die Suid-Afrikaanse reg is dit belangrik om verder te let op 'n aantal besondere aspekte uit die ondersoekte vreemde stelsels.

Die sistematiek van die Duitse reg waarvolgens beginsels van die *Grundgesetz* met behulp van algemene begrippe ingang in die privaatreë vind, is insiggewend. Klem op 'n ooreenstemmende sistematiek in die Suid-Afrikaanse reg kan bydra tot die fundering en ordening van die Suid-Afrikaanse reg op hierdie terrein.⁶³⁶

Dit kon nie sonder meer aangeneem word nie (hoewel dit 'n sterk moontlikheid was), maar dit het tog geblyk dat die begrip *gute Sitten* van die Duitse reg baie ooreenstem met die begrip goeie sedes (*boni mores*) van die Suid-Afrikaanse reg. Ten opsigte van kontraktuele geregtigheid word in die Suid-Afrikaanse reg die begrippe goeie sedes en openbare beleid en openbare belang in noue verband met mekaar gebruik, soveel so dat die inhoud van die begrippe moeilik van mekaar onderskeibaar is. In hierdie verband sou in die Duitse reg die begrip *öffentliche Ordnung* in verband gebring kon word met die begrippe openbare beleid en openbare belang van die Suid-Afrikaanse reg. Hoewel die begrip *öffentliche Ordnung* in die Duitse reg gebruik sou kon word ten opsigte van 'n deel van

⁶³⁶ Hierdie aanbeveling word gedoen miv die reeds bestaande ontwikkelinge in die Suid-Afrikaanse reg in hierdie verband en negeer dus nie die reeds bestaande ontwikkelinge in die Suid-Afrikaanse reg nie, maar het juis as oogmerk die beklemtoning daarvan.

die terrein ten opsigte waarvan die begrip *gute Sitten* huidig benut word, word die begrip *öffentliche Ordnung* nie meer in hierdie noue verband met die begrip *gute Sitten* gebruik nie. Die belangrikste redes wat hiervoor aangevoer word, is dat die inhoud van die begrip *öffentliche Ordnung* selfs nog moeiliker vasstelbaar is as die inhoud van die begrip *gute Sitten*, en dat strydigheid met die *öffentliche Ordnung* gewoonlik terselfdertyd strydigheid met *gute Sitten* beteken. Dit is insiggewend indien dit met die posisie in die Suid-Afrikaanse reg vergelyk word, ten opsigte waarvan ook beweer kan word dat die inhoud van die begrip goeie sedes (*boni mores*) makliker vasstelbaar is as die inhoud van die begrippe openbare beleid en openbare belang.⁶³⁷ Ook in die Suid-Afrikaanse reg bestaan daar dermate groot ooreenstemming ten opsigte van die inhoud van die begrip goeie sedes en die begrippe openbare beleid en openbare belang, dat die vraag bevestig word of die gebruik van die begrippe naas mekaar as kriteria vir kontraktuele geregtigheid wel sinvol is.⁶³⁸

Die begrip *Treu und Glauben* word in die Duitse reg gebruik om vernaamlik reeds bestaande verbintenisse te beoordeel. Die begrip *Treu und Glauben* kan in verband gebring word met die begrip goeie trou van die Suid-Afrikaanse reg. Die wese van die begrip *Treu und Glauben* hou veral verband met redelikheid tussen die kontrakspartye en vertrouwe en wedersydse inagneming. Hoewel dit steeds van algemene aard is, kan hierdie bruikbare riglyne wees ter beoordeling van kontraktuele geregtigheid in die Suid-Afrikaanse reg. In die Duitse reg word die begrip *Treu und Glauben* naas die begrip *gute Sitten* gebruik ter beoordeling van kontraktuele geregtigheid. Die gebruik van die begrip goeie trou as aanvullende of nader konkretiserende begrip ter beoordeling van kontraktuele geregtigheid in die Suid-Afrikaanse reg is dus geen onbegrondbare metode nie.

⁶³⁷ Vgl 3.5.3.3 hierbo.

⁶³⁸ Vgl 3.5.3.3 hierbo.

Die begrippe in die Duitse reg wat in letterlike betekenis ooreenstem met die begrip openbare belang van die Suid-Afrikaanse kontraktereg, is hoegenaamd nie ontwikkel tot kriteria ter beoordeling van kontraktuele geregtigheid nie. Vir die Suid-Afrikaanse reg is dit moontlik 'n aanduiding dat dit nie werklik deug om kontraktuele geregtigheid aan die hand van begrippe met hierdie strekking (soos openbare beleid en openbare belang in die Suid-Afrikaanse reg) sonder aanvulling deur ander begrippe te beoordeel nie, behalwe as 'n laaste uitweg. Indien hierdie begrippe vergelyk word met die begrippe *gute Sitten* en *Treu und Glauben* (wat ook algemeen is maar wel gebruik word as kriteria ter beoordeling van kontraktuele geregtigheid), blyk die waarskynlike rede te wees dat die invalshoek te wyd is. Anders gestel: vir die Suid-Afrikaanse reg beteken dit moontlik dat die gebruik van die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid sonder aanvulling deur ander begrippe nie baie effektief is nie, aangesien die begrippe openbare beleid en openbare belang nie slegs té algemeen en vaag is nie maar hulle aanslag en benadering ook te wyd is. Begrippe soos *gute Sitten* en *Treu und Glauben* van die Duitse reg is weliswaar ook vaag en algemeen, maar het nie so 'n wye aanslag en benadering nie. Daarbenewens is hulle vir gebruik op die terrein van die kontraktereg beoog. Dit versterk die argument dat die begrippe openbare beleid en openbare belang in die Suid-Afrikaanse reg aangevul behoort te word deur 'n algemene kriterium, wat toegespits is op die kontraktereg.

Vir die Suid-Afrikaanse reg is die Nederlandse reg op hierdie terrein ook besonder insiggewend. Die terminologiese ooreenstemming tussen hierdie twee stelsels is opvallend. Hoewel die terminologiese ooreenstemming gevaarlik kan wees, kan dit ook nuttig wees. Die hantering van die begrippe *goede zeden* en *openbare orde* kan aanduidings bied aan die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot die hantering van die begrippe goeie sedes (*boni mores*) en openbare beleid en openbare belang. Dit is insiggewend dat ook in die Nederlandse reg die begrippe *goede zeden* en *openbare orde* as besonder algemene begrippe beskou word (met die begrip *openbare orde* waarskynlik as die algemeenste van die twee), maar dat beide begrippe steeds benut word. Dit geskied selfs ten spyte van die ingewikkeldheid daarvan om die onderskeid tussen die begrippe konsekwent te handhaaf.

Die hantering van die begrippe *redelijkheid* en *billijkheid (goede trouw)* kan weer dieper insig gee in die hantering van die begrip goeie trou. Dit is belangrik vir die Suid-Afrikaanse reg dat die begrippe *goede zeden, openbare orde* asook *redelijkheid* en *billijkheid (goede trouw)* mekaar nie uitsluit nie, maar mekaar eerder op 'n doeltreffende wyse aanvul. Dit is ook in die algemeen betekenisvol om vas te stel dat in die resente *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (1992)⁶³⁹ steeds van algemene begrippe gebruik gemaak word.

Soos die begrip *public policy* inherent deel is van die Engelse kontraktereg, is die begrip *public policy* ook deel van die Suid-Afrikaanse kontraktereg. Die begrip *public policy* kan nie van een van hierdie twee sisteme losgemaak word nie. Dit sou inderdaad bydra tot regsekerheid indien die toepassing van die begrip *public policy* ook in die Suid-Afrikaanse kontraktereg konsekwent beperk word. Die vaagheid kan ingeperk word deur gedissiplineerde, sistematiese hantering. 'n Beperkte (maar nie totaal geslote nie) raamwerk van kategorieë van toepassingsgevalle is wel nuttig. In navolging van die Engelse reg sou dit ook in die Suid-Afrikaanse reg bydra tot duidelikheid indien nie met die begrippe openbare beleid en openbare belang gewerk word wanneer die gemenerereg met betrekking tot 'n bepaalde geval duidelik is nie.

Die terughoudendheid in die Engelse reg om die begrip *good faith* as algemene kriterium in die kontraktereg te gebruik gaan waarskynlik binne die afsienbare toekoms laat vaar word. Aangesien dit moontlik is dat die somtyds verreikende mate van terughoudendheid met betrekking tot die begrip goeie trou in die Suid-Afrikaanse kontraktereg die gevolg van Engelsregtelike invloed is, word aan die hand gedoen dat die ontwikkelinge in die Engelse reg in hierdie verband vir die Suid-Afrikaanse reg 'n aanwyser kan wees. Dit geld veral indien die gebruik van die ekwivalente van die begrip goeie trou in beide die Duitse reg (*Treu und Glauben*) en die Nederlandse reg (*redelijkheid* en *billijkheid (goede trouw)*) en die algemene Europese ontwikkelinge in ag geneem word. Dit sou as die natuurlike ontwikkeling bestempel kon word, en sou sowel historiese as regsvergelijkende fundering

⁶³⁹ Soos hierbo opgemerk (vgl 5.2.2.1), is die dele van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* wat vir die onderhawige ondersoek relevant is van krag vanaf 1 Januarie 1992.

hê. Hierdeur word dus bevestig dat 'n belangrike manier om die onpresiesheid en gevolglike mate van regsonsekerheid in die Suid-Afrikaanse kontraktereg aangaande die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid te verminder, inderdaad die beperking van die onpresiesheid en regsonsekerheid deur middel van die gebruik van die begrip goeie trou as aanvulling of verdere konkretisering van die begrippe openbare beleid en openbare belang kan wees.

HOOFSTUK 6

SLOTBESKOUING

Inderdaad word in die Suid-Afrikaanse reg die begrippe openbare beleid en openbare belang dikwels onpresies gebruik by die beoordeling van kontrakte en kontraksbedinge, en ontstaan daaruit 'n mate van regsonsekerheid. Die sistematiesing van hierdie terrein is dus geensins 'n eenvoudige kwessie nie. Die sistematiesing is egter van wesenlike belang, aangesien aan die hand gedoen word dat die onpresiesheid van die gebruik van die begrippe openbare beleid en openbare belang en die gepaardgaande regsonsekerheid deur middel van sistematiesing verminder kan word.

Die sistematiese benadering wat na aanleiding van hierdie ondersoek voorgestel word, hou die volgende in. Ter wille van insig is dit nodig om in die algemeen te begryp dat die openbare beleid en openbare belang op die onderhawige terrein funksioneer as 'n algemene kriterium. Die openbare beleid en openbare belang het hier dus 'n normatiewe karakter en beskik oor 'n algemene en soepel strekking. Die openbare beleid en openbare belang funksioneer in die kontraktereg as 'n sentrale deel van een van die vereistes vir 'n geldige kontrak, naamlik die vereiste wat tradisioneel bekend staan as die geoorloofdhedsvereiste, maar wat waarskynlik meer korrek as die regmatigheidsvereiste bekend behoort te staan. Hierdie vereiste behoort verder nie beperk te word deur dit te sien as bloot 'n totstandkomingsvereiste vir 'n kontrak nie. Hierdie vereiste behoort ook in wyer sin verstaan te word, aangesien dit ook vir die uitwerking van kontrakte en kontraksbedinge bepalend is. Dit hou uiteindelik wesenlik verband met die billikheid en die billike werking van kontrakte en kontraksbedinge, en gevolglik met kontraktuele geregtigheid, gesien as die relatiewe balans of ewewig tussen die belange van kontrakspartye. So is dit moontlik dat die kontraktereg ooreenkomstig die gemeenskap se regsoortuigings 'n mate van

moraliteit kan weerspieël, soos wat dit hoort in 'n stelsel wat nie geknel behoort te word deur positivisme nie. Op die terrein van die hantering van die openbare beleid en openbare belang vervul die regter, wat in hierdie verband oor 'n beperkte diskresie beskik, 'n wesenlik belangrike funksie in die uitoefening van sy bevoegdheid as regsformer. Met betrekking tot die regter se beoordeling van kontrakte en kontraksbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang, oftewel met betrekking tot die beperking van die regterlike diskresie, kan (soos in die onderhawige ondersoek vasgestel is) 'n aantal losstaande riglyne opgemerk word. 'n Duidelike en gevestigde sisteem van riglyne bestaan nog nie in die Suid-Afrikaanse reg nie. In die onderhawige ondersoek is egter wel 'n tree in hierdie rigting gegee.⁶⁴⁰

Daar bestaan heelwat problematiese aspekte met betrekking tot die inhoud en toepassing van die openbare beleid en openbare belang as kriterium. 'n Beduidende gedeelte hiervan kan egter deur middel van sistematisering en omsigtige en terughoudende hantering uitgeskakel of verbeter word. Sekere problematiese aspekte moet andersyds aanvaar word as inherent aan die begrippe en die terrein, waar algemene en soepel begrippe noodsaaklik is. Ook hierin kan egter, soos veral in die Engelse reg, onduidelikheid verminder word deur middel van omsigtige en terughoudende toepassing.

Dit is belangrik om voor oë te hou dat dit kwalik moontlik is om in die algemeen te stel wat die inhoud van die openbare beleid en openbare belang behels, aangesien dit afhang van die feite en omstandighede van elke geval waar dit toepassing vind. As algemene riglyn behoort veral die aard van die betrokke kontrak, asook die konteks van die betrokke kontrak of kontraksbeding in ag geneem te word in die vasstelling van die openbare beleid en openbare belang. Tog behoort die individuele geval hierin nie oorbeklemtoon te word nie, aangesien dit kan lei tot 'n oormaat van regsonsekerheid en tot misbruik van die openbare beleid en openbare belang as verweer.

⁶⁴⁰ Vgl veral 4.7 hierbo, waar 'n samevatting gebied word van die vernaamste riglyne wat in hoofstukke 2, 3 en 4 geïdentifiseer is.

Die praktiese toepassing van die openbare beleid en openbare belang as kriterium ter beoordeling van kontrakte en kontraksbedinge is veral ingewikkeld. In hierdie verband word die volgende sistematiek voorgestel, wat daartoe kan bydra dat die regsonsekerheid op hierdie terrein verminder word. By die beoordeling van 'n kontrak of kontraksbeding op grond van die openbare beleid en openbare belang, moet (soos hierbo reeds vermeld) in ag geneem word dat 'n regter hier ingevolge sy regsvoormende bevoegdheid 'n beperkte diskresie op grond van 'n kriterium van algemene en soepel strekking moet uitoefen met betrekking tot die regmatigheid (geoorloofdheid) van 'n kontrak of kontraksbeding. Met betrekking tot die beoordeling van die regmatigheid (geoorloofdheid) van 'n kontrak of kontraksbeding is dit as algemene opvatting inderdaad so dat dit, breedweg gesien, neerkom op 'n beoordeling of die kontrak of kontraksbeding strydig is met die openbare beleid en openbare belang, al dan nie.

Die pasgestelde opvatting kan in die praktiese toepassing egter slegs as algemene agtergrondsperspektief dien, want om in die toepassing daarvan van meet af aan met die baie algemene begrippe openbare beleid en openbare belang as sodanig te wil werk, stuit op praktiese probleme. In die praktiese hantering van gevalle is dit sinvoller om in die eerste plek vas te stel of wetgewing of die gemenerereg duidelikheid aangaande die betrokke kwessie bied. Indien wetgewing of die gemenerereg nie duidelikheid bied nie, moet na 'n volgende fase oorgegaan word. Dit behels dat die beoordeling moet plaasvind aan die hand van die begrippe openbare beleid en openbare belang. In navolging van veral die Engelse reg word dus nie met die begrippe openbare beleid en openbare belang as sodanig gewerk indien die gemenerereg duidelikheid bied nie.

Die begrippe openbare beleid en openbare belang het 'n besonder wye en abstrakte strekking. Dit verg dus verdere konkretisering. Alvorens met die baie algemene begrippe openbare beleid en openbare belang as sodanig gewerk word, is dit sinvol om eers vas te stel of daar nie 'n meer konkrete riglyn is waarmee gewerk kan word nie. Dit word aan die hand gedoen dat as deel van die beoordeling op grond van die openbare beleid en openbare belang vasgestel behoort te word of daar gevestigde opvattinge en gebruike binne die gemeenskap bestaan wat duidelikheid aangaande die betrokke kwessie bied.

Hierdie gevestigde opvattinge en gebruike kan as die *boni mores* beskou word en is taamlik maklik vasstelbaar. Dit word steeds as deel van die kriterium openbare beleid en openbare belang beskou, maar is 'n betreklik duidelike, reeds gekristalliseerde faset daarvan. Hierin word die Duitse reg nie nagevolg nie, maar eerder in aansluiting by die Nederlandse reg word dus sowel die begrippe openbare beleid en openbare belang as die begrip *boni mores* gebruik.

Indien daar geen gevestigde opvattinge en gebruike (*boni mores*) binne die gemeenskap bestaan wat die gewenste mate van duidelikheid aangaande die betrokke kwessie bied nie, kom die gebruik van die baie algemene begrippe openbare beleid en openbare belang as sodanig as kriterium ter oorweging. Die basiese uitgangspunt is dan dat 'n kontrak of kontraksbeding strydig met die openbare beleid is indien dit strydig met die openbare belang is. Met ander woorde: die openbare beleid word ten opsigte van die spesifieke geval verklaar na aanleiding van die openbare belang in daardie verband. Die vaststelling hiervan kan beskryf word as die afweging van sowel sosiale as individuele belange binne die omstandighede van die spesifieke geval, met 'n gemeenskap in gedagte waarin alle belange in 'n relatiewe sin gebalanseerd is, oftewel in ewewig verkeer. Hierdie afweging is ook 'n gekompliseerde aangeleentheid. 'n Verdere insig kan egter in hierdie verband as 'n hulpmiddel dien. Dit hou in dat goeie trou ten opsigte van die totstandkoming, inhoud en uitwerking van kontrakte verstaan word as die kernmoment (soos dit uit die Suid-Afrikaanse literatuur blyk), of ten minste as vername onderdeel (soos dit uit die minderheidsuitspraak van appèlregter Olivier in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO*⁶⁴¹ blyk) van die openbare beleid en openbare belang. Die beoordeling van kontrakte en kontraksbedinge op grond van die openbare beleid en openbare belang geskied dan aan die hand van die vereistes van goeie trou. Hierdeur word die kriterium openbare beleid en openbare belang verder verfyn en gekonkretiseer. Na aanleiding van vername die Duitse reg en die Nederlandse reg kan die vereistes van

⁶⁴¹ 1997 4 SA 302 (HHA).

goeie trou beskou word as veral verbandhoudend met redelikheid tussen die kontraks-
partye en vertroue en wedersydse inagneming van mekaar se belange.

'n Belangrike oorblywende kwessie is egter of voortvloeiend uit die Suid-Afrikaanse Regskommissie se *Projek 47* ("Onbillike Kontraksbedinge en die Rektifikasie van Kontrakte" oftewel "*Unreasonable Stipulations in Contracts and the Rectification of Contracts*") die voorgestelde wetgewing ("*Bill on the Control of Unreasonableness, Unconscionableness or Oppressiveness in Contracts or Terms*"), wat die gebruik van die begrippe *unreasonable(ness)*, *unconscionable(ness)* en *oppressive(ness)* bevorder, aanvaar gaan word. Word die voorgestelde wetgewing nie aanvaar nie, kan afgewag word of die howe, soos appèlregter Olivier in sy minderheidsuitspraak in *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO*⁶⁴² reeds gedoen het, gehoor gaan gee aan die stemme in die literatuur wat aanspoor tot die gebruik van die begrip goeie trou as kernmoment van die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid. Ook indien die voorgestelde wetgewing wel (ongewysig) aanvaar word, sal dit betekenisvol wees om te sien hoe die howe die ontwikkelinge gaan hanteer. Aanvaarding van die wetgewing sonder wysiging kan tot gevolg hê dat die ontwikkelinge rondom die gebruik van die begrip goeie trou as kernmoment van die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid summier gestuit of in 'n ander rigting gestuur word. Dit kan ook beteken dat die gebruik van die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid as sulks in onbruik verval weens die aanbreek van 'n nuwe era waarin gefokus word op die begrippe *unreasonable(ness)*, *unconscionable(ness)* en *oppressive(ness)*. Dit kan egter ook daartoe lei dat die gebruik van die begrip goeie trou gestuit word, maar dat die begrippe *unreasonable(ness)*, *unconscionable(ness)* en *oppressive(ness)* voortaan geag word as die kernmoment(e) van die begrippe openbare beleid en openbare belang as kriterium vir kontraktuele geregtigheid. Ten slotte kan nog 'n moontlikheid geopper word in aansluiting by die voorstel hierbo met betrekking tot die inhoud van goeie trou, waar-

⁶⁴² 1997 4 SA 302 (HHA).

volgens na aanleiding van vernameamlik die Duitse reg en die Nederlandse reg goeie trou in verband gestel word met veral redelikheid tussen die kontrakspartye en vertroue en wedersydse inagneming van mekaar se belange. Dit sal daarop neerkom dat versoening tussen die gebruik van die begrip goeie trou en die begrippe *unreasonable(ness)*, *unconscionable(ness)* en *oppressive(ness)* bereik word. Dit sou kon meebring dat al hierdie begrippe naas mekaar gebruik word.

Watter een van die bogenoemde rigtings ook al in die onmiddellike toekoms die sterkste gaan ontwikkel, sal nie afdoen aan die insigte wat uit hierdie ondersoek geblyk het nie. Die openbare belang en die daarmee gepaardgaande openbare beleid word deur (steeds algemene) konkreter kriteria (byvoorbeeld goeie trou en redelikheid) spesifiek vir die kontraktereg gekonkretiseer. Dit bring mee dat deur die ontwikkeling van toepassingslyne in praktiese gevalle kontraktuele geregtigheid bereik kan word, sonder dat 'n onaanvaarbare mate van regsonsekerheid in die proses veroorsaak word.

ABSTRACT

THE CONCEPTS *PUBLIC POLICY* AND *PUBLIC INTEREST* AS A CRITERION FOR CONTRACTUAL JUSTICE

The concepts public policy and public interest often obtain an imprecise content as a criterion for contractual justice in South African law. The consequence of this is some degree of legal uncertainty. This is the problem raised in the present dissertation. From the cases and literature the causes of the problem became clearer and it became evident that the correct basis to deal with this problem is the systematisation of this sphere of the law of contract, which also implies the circumspect dealing with concepts. This was confirmed by the examination of a number of foreign legal systems. It appeared moreover that in these systems too, general criteria are used to evaluate contractual justice, namely: in German law the concepts *gute Sitten* and *Treu und Glauben*, in Dutch law the concepts *goede zeden*, *openbare orde*, as well as *redelijkheid en billijkheid (goede trouw)* and in English law the concept *public policy* and possibly in future also the concept *good faith*. The foreign systems furthermore provided some solutions regarding the practical implementation of the systematisation.

The proposed systematisation firstly implies that public policy and public interest should be understood correctly as a general criterion in this sphere, which means that it has a normative character as well as a flexible nature, which necessarily causes some degree of legal uncertainty. It also implies that public policy and public interest - correctly orientated - should be seen as pivotal to one of the requirements for a valid contract, which is traditionally known as the requirement of legality, but which probably should rather be known as the requirement of lawfulness. This requirement should in addition be understood in a broad sense as also relating to the effect of contracts, and consequently to contractual justice, seen as the relative balance between the interests of the parties.

The systematisation furthermore includes the understanding that in this sphere a judge has a limited discretion in exercising a law-creating power. The discretion is limited,

especially to prevent a judge from reaching a decision on account of a purely subjective opinion. Regarding this limited discretion an established system of guidelines currently does not exist in South African law, but in the present dissertation a step in this direction was made. The gist of these guidelines is that the nature and the context of the relevant contract or contract term should be observed. The individual case should, however, not be over-emphasised, since that may lead to a superabundance of legal uncertainty and to the misuse of public policy and public interest as a defence.

Regarding practical application the systematisation includes in short that various facets of public policy and public interest are distinguished, namely legislation and common law, established views and customs (*boni mores*), and thirdly public policy and public interest as such, concretised by the concept good faith as the underlying principle.

It is submitted that the proposed systematisation could contribute to decreasing the imprecise use of the concepts public policy and public interest and concomitant legal uncertainty.

SLEUTELTERME

Privaatreg

Private law

Kontraktereg

Law of contract

Openbare beleid - kontraktereg

Public policy - contract

Openbare belang - kontraktereg

Public interest - contract

Kontraktuele gerechtigheid

Contractual justice

Boni mores - kontraktereg

Boni mores - contract

Geoorloofdheid - kontraktereg

Legality - contract

Regmatigheid - kontraktereg

Lawfulness - contract

Moraliteit - kontraktereg

Morality - contract

BIBLIOGRAFIE⁶⁴³

1 LITERATUUR

A

Abraham 1949 *AcP*

Abraham HJ "Die Doktrin der Public Policy" 1949 *AcP* 385-399

Angelo en Ellinger 1992 *Loyola of LA Int and Comp LJ*

Angelo AH en Ellinger EP "Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany, and the United States" 1992 *Loyola of LA Int and Comp LJ* 455-506

Aquilius 1941 *SALJ*

Aquilius "Immorality and Illegality in Contract" 1941 *SALJ* 337-353

Aronstam 1979 *THRHR*

Aronstam PJ "Unconscionable Contracts: The South African Solution?" 1979 *THRHR* 21-42

Asser

Vgl Hartkamp AS

Atiyah *An Introduction to the Law of Contract*

Atiyah PS *An Introduction to the Law of Contract* 5e uitg (Oxford 1995)

⁶⁴³ Hierin is slegs daardie bronne opgeneem waarna uitdruklik in die proefskrif verwys word.

B

Beater 1994 *AcP*

Beater A "Generalklauseln und Fallgruppen" 1994 *AcP* 82-89

Boberg *Delict (I)*

Boberg PQR *The Law of Delict Vol I: Aquilian Liability* (Kaapstad 1984)

Brownsword 1996 *CLP*

Brownsword R " 'Good Faith in Contracts' Revisited" 1996 *CLP* 111-157

Brox *Erman Handkommentar zum BGB (I) (§138)*

Brox H in Westermann HP en Küchenhoff K (reds) *Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band I (§§1-853)* 9e uitg (Münster 1993)

C

Cheshire

Vgl Furmston MP

Christie *Contract*

Christie RH *The Law of Contract in South Africa* 3e uitg (Durban 1996)

Cilliers 1994 *JBL*

Cilliers J "When Contracts against Public Policy Are Void" 1994 *JBL* 139-140

Cockrell 1992 *SALJ*

Cockrell A "Substance and Form in the South African Law of Contract" 1992 *SALJ* 40-63

Cockrell *Breach of Contract*

Cockrell A "Breach of Contract" in Zimmermann R en Visser D (reds) *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa* (Kaapstad 1996) 303-334

Corbett 1987 *SALJ*

Corbett MM "Aspects of the Role of Policy in the Evolution of our Common Law"
1987 *SALJ* 52-69

D

Dahm *Deutsches Recht*

Dahm G *Deutsches Recht* 2e uitg (Stuttgart 1963)

De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg (I)*

De Wet JC en Van Wyk AH *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg*
Vol 1 5e uitg (Durban 1992)

Dietl en Lorenz *Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik*

Dietl C-E en Lorenz E *Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik* 4e uitg
(München 1992)

Digesta Iustiniani / The Digest of Justinian (Mommsen, Krueger en Watson)

Digesta Iustiniani / The Digest of Justinian Vol II soos vertaal deur Mommsen T,
Krueger P en Watson A (reds) (Pennsylvania 1985)

Dooyeweerd *De Wijsbegeerte der Wetsidee (II)*

Dooyeweerd H *De Wijsbegeerte der Wetsidee Boek II: De Functioneele Zin-
Structuur der Tijdelijke Werkelijkheid en het Probleem der Kennis* (Amsterdam
1935)

Du Plessis en Davis 1984 *SALJ*

Du Plessis B en Davis DM "Restraint of Trade and Public Policy" 1984 *SALJ* 86-102

Du Plessis *Inleiding tot die Reg*

Du Plessis LM *Inleiding tot die Reg* 2e uitg (Kaapstad 1995)

Du Plessis 1987 *THRHR*

Du Plessis W " 'n Regsteoretiese Ondersoek na die Begrip Openbare Belang" 1987 *THRHR* 290-298

E

Ebke en Steinhauer *Good Faith in German Contract Law*

Ebke WF en Steinhauer BM "The Doctrine of Good Faith in German Contract Law" in Beatson J en Friedmann D (reds) *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford 1995) 171-190

Eichborn *Der grosse Eichborn*

Eichborn R von *Der grosse Eichborn: Wirtschaft Recht Verwaltung Verkehr Umgangssprache* (sl 1982)

Eiselen *Standaardbedinge*

Eiselen GTS *Die Beheer oor Standaardbedinge: 'n Regsvergelykende Ondersoek* (LL D-proefskrif PU vir CHO 1988)

Eiselen 1989 *THRHR*

Eiselen GTS "Kontrakteervryheid, Kontraktuele Geregtigheid en die Ekonomiese Liberalisme" 1989 *THRHR* 516-539

Engisch *Einführung in das juristische Denken*

Engisch K *Einführung in das juristische Denken* 8e uitg (Stuttgart 1983)

Erman Handkommentar

Vgl Brox H

Esser

Vgl Schmidt E

F

Farlam and Hathaway

Vgl Lubbe GF en Murray CM

Fikentscher *Schuldrecht*

Fikentscher W *Schuldrecht* 9e uitg (Berlyn 1997)

Fletcher 1996 *Resp Mer*

Fletcher A "The Role of Good Faith in the South African Law of Contract" 1996
Resp Mer 1-15

Freeman *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*

Freeman MDA *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* 6e uitg (Londen 1994)

Furmston *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*

Furmston MP *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* 13e uitg (Londen 1996)

G

Gane

Vgl Voet J

Gerver, Sorgdrager en Stutterheim *Pitlo: Nederlandse Privaatrecht*

Gerver PHM, Sorgdrager H en Stutterheim RH *Pitlo: Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* 11e uitg (Arnhem 1995)

Goode 1997 *Uniform LR*

Goode R "International Restatements of Contract and English Contract Law" 1997 *Uniform LR* 231-248

H

Hage 1981 *WPNR*

Hage JC "Over de betekenis van vage termen als 'goede trouw', 'redelijkheid' en 'billijkheid' " 1981 *WPNR* 708-710

Hahlo 1981 *SALJ*

Hahlo HR "Unfair Contract Terms in Civil-Law Systems" 1981 *SALJ* 70-80

Harris *Law and Legal Science*

Harris JW *Law and Legal Science* (Oxford 1979)

Hart *Concept of Law*

Hart HLA *The Concept of Law* (Oxford 1961)

Hartkamp 1981 *WPNR*

Hartkamp AS "Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid) in het nieuw BW" 1981 *WPNR* 213-217, 229-233

Hartkamp 1992 *American J of Comp L*

Hartkamp AS "Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands"
1992 *American J of Comp L* 551-571

Hartkamp *Asser Verbintenissenrecht (II)*

Hartkamp AS *Mr. C. Asser's Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht: Verbintenissenrecht Deel II: Algemene Leer der Overeenkomsten* 9e uitg (Zwolle 1993)

Hartkamp en Tillema *Netherlands*

Hartkamp AS en Tillema MMM "Netherlands" in Blanpain R (red) *International Encyclopaedia of Laws Vol III: Contracts* (Den Haag 1996)

Hawthorne 1995 *THRHR*

Hawthorne L "The Principle of Equality in the Law of Contract" 1995 *THRHR*
157-176

Hedemann *Die Flucht in die Generalklauseln*

Hedemann JW *Die Flucht in die Generalklauseln* (Tübingen 1933)

Hefermehl *Soergel Kommentar zum BGB (I) (§138)*

Hefermehl W in Wolf M (red) *Soergel (Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch) Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band I: Allgemeiner Teil (§§1-240)* 12e uitg (Stuttgart 1988)

Henning 1968 *THRHR*

Henning P "Reg, Billikheid en in verband daarmee Regterlike Regsvorming" 1968
THRHR 242-252

Hijma *Nieuw Burgerlijk Wetboek: Tekst & Commentaar*

Hijma J in Nieuwenhuis JH, Stolker CJJM en Valk WL (reds) *Nieuw Burgerlijk Wetboek: Tekst & Commentaar* (Deventer 1990)

Hijma en Olthof *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht*

Hijma J en Olthof MM *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht* 5e uitg
(Deventer 1993)

Hutchison (red) *Wille's Principles*

Hutchison D (red) *Wille's Principles of South African Law* 8e uitg (Kaapstad
1991)

J

Jakobs en Schubert (reds) *Die Beratung des BGB (I) (§138)*

Jakobs HH en Schubert W (reds) *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs:
Allgemeiner Teil §§1-240 Erster Teilband* (Berlyn 1985)

James

Vgl Shears P en Stephenson G

Joubert *Principles*

Joubert DJ *General Principles of the Law of Contract* (Kaapstad 1987)

K

Kelsen *Reine Rechtslehre*

Kelsen H *Reine Rechtslehre* 2e uitg (Wenen 1960)

Kerr *Contract*

Kerr AJ *The Principles of the Law of Contract* 4e uitg (Durban 1989)

Kötz 1986 *SALJ*

Kötz H "Controlling Unfair Contract Terms: Options for Legislative Reform" 1986
SALJ 405-420

Kötz 1987 *MLR*

Kötz H "Taking Civil Codes Less Seriously" 1987 *MLR* 1-15

Kötz *Europäisches Vertragsrecht (I)*

Kötz H *Europäisches Vertragsrecht Band I* (Tübingen 1996)

Kreibich *Treu und Glauben*

Kreibich R *Der Grundsatz von Treu und Glauben im Steuerrecht* (Heidelberg
1992)

L

Lando 1992 *RabelsZ*

Lando O "Principles of European Contract Law: An Alternative or a Precursor of
European Legislation" 1992 *RabelsZ* 261-273

Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts (I)*

Larenz K *Lehrbuch des Schuldrechts Erster Band: Allgemeiner Teil* 14e uitg
(München 1987)

Lewis 1991 *SALJ*

Lewis C "Towards an Equitable Theory of Contract: The Contribution of Mr
Justice EL Jansen to the South African Law of Contract" 1991 *SALJ* 249-264

Lloyd

Vgl Freeman MDA

Loenen 1996 *RM Themis*

Loenen T "Recht en het onvervulbare verlangen naar individuele gerechtigheid"
1996 *RM Themis* 123-136

Lubbe 1990 *Stell LR*

Lubbe GF "Bona Fides, Billikheid en die Openbare Belang in die Suid-Afrikaanse
Kontraktereg" 1990 *Stell LR* 7-25

Lubbe en Murray *Farlam and Hathaway: Contract*

Lubbe GF en Murray CM *Farlam and Hathaway: Contract - Cases, Materials and
Commentary* 3e uitg (Kaapstad 1988)

M

Marsh *Comparative Contract Law*

Marsh PDV *Comparative Contract Law: England, France, Germany* (Hampshire
1994)

Mayer-Maly 1987 *THRHR*

Mayer-Maly T "The *boni mores* in Historical Perspective" 1987 *THRHR* 60-77

Mayer-Maly *Münchener Kommentar zum BGB (I) (§138)*

Mayer-Maly T in Rebmann K en Säcker FJ (reds) *Münchener Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch Band I: Allgemeiner Teil (§§1-240)* 3e uitg (München
1993)

McKendrick 1997 *CLP*

McKendrick E "Contract: Rich Past, Uncertain Future?" 1997 *CLP* 25-68

Medicus *Allgemeiner Teil des BGB*

Medicus D *Allgemeiner Teil des BGB* 6e uitg (Heidelberg 1994)

Medicus *Schuldrecht (I)*

Medicus D *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil* 8e uitg (München 1995)

Moller 1947 *New Zealand LJ*

Moller LF "Some Aspects of the Doctrine of Public Policy" 1947 *New Zealand LJ*
91-94

Mommsen, Krueger en Watson

Vgl *Digesta Iustiniani*

Münchener Kommentar

Vgl Mayer-Maly T

N

Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg*

Neethling J, Potgieter JM en Visser PJ *Deliktereg* 3e uitg (Durban 1996)

P

Peletier 1995 *RM Themis*

Peletier MEMG "Rechterlijk ingrijpen in evenredigheid" 1995 *RM Themis* 423-433

Pitlo

Vgl Gerver PHM, Sorgdrager H en Stutterheim RH

Pollock

Vgl Winfield PH

Powell 1956 *CLP*

Powell R "Good Faith in Contracts" 1956 *CLP* 16-38

Pretorius 1989 *TRW*

Pretorius JL "Die Plek en die Funksie van die Openbare Belang in die Regshandhawingstaak van die Staat" 1989 *TRW* (Vol 2) 88-112

R

Reichman-Israelsohn 1985 *SALJ*

Reichman-Israelsohn R "Contractual Attorney-and-Client Costs: Contractual Restraint of Trade: A Comparison and Suggested Grouping: Observing the Judicial Legislative Function" 1985 *SALJ* 515-529

Roberts (red) *Wessels' Law of Contract (I)*

Roberts AA (red) *Wessels' Law of Contract in South Africa* Vol 1 2e uitg (Durban 1951)

S

Sack *Staudinger Kommentar zum BGB (I) (§138)*

Sack R in Coing H ea (reds) *J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Erstes Buch: Allgemeiner Teil (§§134-163)* 13e uitg (Berlyn 1996)

Schmidt *Esser Schuldrecht (I) Allgemeiner Teil (I)*

Schmidt E *Esser Schuldrecht Band I: Allgemeiner Teil: Teilband I* 8e uitg (Heidelberg 1995)

Schmidt *Staudinger Kommentar zum BGB (II) (§242)*

Schmidt J in Coing H ea (reds) *J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse (Einleitung zu §§241 ff; §§241-243)* 13e uitg (Berlyn 1995)

Schut 1992 *RM Themis*

Schut GHA "De nieuwe codificatie van ons burgerlijk recht" 1992 *RM Themis* 1-2

Schwab *Einführung in das Zivilrecht*

Schwab D *Einführung in das Zivilrecht* 11e uitg (Heidelberg 1993)

Shears en Stephenson *James' Introduction to English Law*

Shears P en Stephenson G *James' Introduction to English Law* 13e uitg (Londen 1996)

Simitis *Gute Sitten und ordre public*

Simitis K *Gute Sitten und ordre public* (Marburg 1960)

Soergel Kommentar

Vgl Hefermehl W

Staudinger Kommentar

Vgl Schmidt J of Sack R

Steyn 1996 *CLP*

Steyn J "Does Legal Formalism Hold Sway in England?" 1996 *CLP* 43-58

Steyn 1997 *LQR*

Steyn J "Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men" 1997 *LQR* 433-442

T

Teubner *Standards und Direktiven in Generalklauseln*

Teubner G *Standards und Direktiven in Generalklauseln* (Frankfurt am Main 1971)

Teubner 1998 *MLR*

Teubner G "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences" 1998 *MLR* 11-32

Trakman 1977 *SALJ*

Trakman LE "The Effect of Illegality in South African Law" 1977 *SALJ* 327-341, 468-482

Treitel *The Law of Contract* (1991)

Treitel GH *The Law of Contract* 8e uitg (Londen 1991)

Treitel *An Outline of The Law of Contract* (1995)

Treitel GH *An Outline of The Law of Contract* 5e uitg (Londen 1995)

V

Valk *Nieuw Burgerlijk Wetboek: Tekst & Commentaar*

Valk WL in Nieuwenhuis JH, Stolker CJJM en Valk WL (reds) *Nieuw Burgerlijk Wetboek: Tekst & Commentaar* (Deventer 1990)

Valk *Rechtsgevolgen Overeenkomst ten aanzien van Partijen*

Valk WL "Rechtsgevolgen Overeenkomst ten aanzien van Partijen" in Bloembergen AR ea *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Deventer 1995)

Van Aswegen 1994 *THRHR*

Van Aswegen A "The Future of South African Contract Law" 1994 *THRHR* 448-460

Van Dam *Gronden van Nietigheid en Vernietigbaarheid*

Van Dam CC "Gronden van Nietigheid en Vernietigbaarheid" in Bloembergen AR ea *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Deventer 1995)

Van der Merwe ea *Kontraktereg*

Van der Merwe SWJ ea *Kontraktereg: Algemene Beginsels* (Kaapstad 1994)

Van der Merwe en Lubbe 1991 *Stell LR*

Van der Merwe SWJ en Lubbe GF "Bona Fides and Public Policy in Contract" 1991 *Stell LR* 91-101

Van der Merwe en Van Huyssteen 1995 *THRHR*

Van der Merwe SWJ en Van Huyssteen LF "The Force of Agreements: Valid, Void, Voidable, Unenforceable?" 1995 *THRHR* 549-567

Van der Merwe, Lubbe en Van Huyssteen 1989 *SALJ*

Van der Merwe SWJ, Lubbe GF en Van Huyssteen LF "The Exceptio Doli Generalis: Requiescat in Pace - Vivat Aequitas" 1989 *SALJ* 235-242

Van der Vyver 1994 *THRHR*

Van der Vyver JD "The Private Sphere in Constitutional Litigation" 1994 *THRHR* 378-395

Van der Walt 1986 *SALJ*

Van der Walt CFC "Die Huidige Posisie in die Suid-Afrikaanse Reg met betrekking tot Onbillike Kontraksbedinge" 1986 *SALJ* 646-661

Van der Walt 1993 *THRHR*

Van der Walt CFC "Aangepaste Voorstelle vir 'n Stelsel van Voorkomende Beheer oor Kontrakteervryheid in die Suid-Afrikaanse Reg" 1993 *THRHR* 65-82

Van der Walt *Dealing with Unfair Terms of Contract in South Africa Early in 1998*

Van der Walt CFC "Dealing with Unfair Terms of Contract in South Africa Early in 1998" in Ebke WF en Hübner U (reds) *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag* (Heidelberg 1999) 1285-1308

Van Dunné *Verbintenissenrecht (II)*

Van Dunné JM *Verbintenissenrecht Deel II: Contractenrecht 2e Gedeelte: Onrechtmatige daad Overige verbintenissen* 2e uitg (Deventer 1993)

Van Huyssteen en Van der Merwe 1990 *Stell LR*

Van Huyssteen LF en Van der Merwe SWJ "Good Faith in Contract: Proper Behaviour Amidst Changing Circumstances" 1990 *Stell LR* 244-251

Van Huyssteen en Van der Merwe *South Africa*

Van Huyssteen LF en Van der Merwe SWJ "South Africa" in Blanpain R (red) *International Encyclopaedia of Laws Vol III: Contracts* (Den Haag 1996) 59-68

Van Laer *Het nut van comparative begrippen*

Van Laer CJP *Het nut van comparative begrippen: Een studie omtrent de toepassing van begrippen in de rechtsvergelijking* (LL D-proefskrif Universiteit Maastricht 1997)

Van Loggerenberg 1988 *TSAR*

Van Loggerenberg C "Onbillike Uitsluitingsbedinge in Kontrakte: 'n Pleidooi vir Regshervorming" 1988 *TSAR* 407-425

Van Rensburg, Lotz en Van Rhijn *Contract*

Van Rensburg ADJ, Lotz JG en Van Rhijn TAR "Contract" (hersien deur Christie RH) in Joubert WA (red) *The Law of South Africa* Vol 5 Deel 1 1e heruitg (Durban 1994) 185-302

Van Zyl *Beginsels van Regsvergelyking*

Van Zyl DH *Beginsels van Regsvergelyking* (Durban 1981)

Van Zyl 1988 *SALJ*

Van Zyl DH "The Significance of the Concepts 'Justice' and 'Equity' in Law and Legal Thought" 1988 *SALJ* 272-290

Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die Regswetenskap*

Van Zyl FJ en Van der Vyver JD *Inleiding tot die Regswetenskap* 2e uitg (Durban 1982)

Voet *Commentarius ad Pandectas / Commentary on the Pandects* (Gane)

Voet J *Commentarius ad Pandectas* soos vertaal deur Gane P in *The Selective Voet being the Commentary on the Pandects (Paris Edition of 1828) by Johannes Voet (1647 - 1713) and the Supplement to that work by Johannes van der Linden (1756 - 1835)* Vol I (Durban 1955)

W

Weber 1992 *AcP*

Weber R "Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen" 1992 *AcP* 516-567

Weber 1992 *JuS*

Weber R "Entwicklung und Ausdehnung des §242 BGB zum 'Königlichen Paragraphen' " 1992 *JuS* 631-636

Wessels

Vgl Roberts AA

Wille

Vgl Hutchison D

Winfield 1928 *Harvard LR*

Winfield PH "Public Policy in the English Common Law" 1928 *Harvard LR* (Vol 42) 76-102

Winfield *Pollock's Principles of Contract*

Winfield PH *Pollock's Principles of Contract* 13e uitg (Londen 1950)

Z

Zimmermann 1986 *SALJ*

Zimmermann R "Synthesis in South African Private Law: Civil Law, Common Law and Usus Hodiernus Pandectarum" 1986 *SALJ* 259-289

Zimmermann *The Law of Obligations*

Zimmermann R *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Law Tradition* (Kaapstad 1990)

Zimmermann *Good Faith and Equity*

Zimmermann R "Good Faith and Equity" in Zimmermann R en Visser D (reds) *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa* (Kaapstad 1996) 217-260

Zweigert en Kötz *Einführung in die Rechtsvergleichung*

Zweigert K en Kötz H *Einführung in die Rechtsvergleichung* 3e uitg (Tübingen 1996)

2 ANDER DOKUMENTE

2.1 EUROPESE GEMEENSKAP

EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts (Council Directive 93/13/EEC van 5 April 1993, Official Journal No L 95 p 29 (OJ L 95/29) van 21 April 1993)

2.2 SUID-AFRIKA

South African Law Commission Project 47 Discussion Paper 65

South African Law Commission Project 47 Unreasonable Stipulations in Contracts and the Rectification of Contracts - Discussion Paper 65 (Pretoria 1996)

South African Law Commission Project 47 Report

South African Law Commission Project 47 Unreasonable Stipulations in Contracts and the Rectification of Contracts - Report (Pretoria 1998)

Suid-Afrikaanse Regskommissie Projek 47 (Navorsingspan) Hoofverslag (I)

Suid-Afrikaanse Regskommissie Projek 47 (Navorsingspan) Onbillike Kontraksbedinge en die Rektifikasie van Kontrakte - Hoofverslag (Vol I) (Potchefstroom 1989)

Suid-Afrikaanse Regskommissie Projek 47 Werkstuk 54

Suid-Afrikaanse Regskommissie Projek 47 Onbillike Kontraksbedinge en die Rektifikasie van Kontrakte - Werkstuk 54 (Pretoria 1994)

3 REGISTER VAN HOFSAKE

3.1 DUITSLAND

BVerfGE 7 198

3.2 ENGELAND

Egerton v Earl Brownlow (1853) 4 HL C 1

Fender v St John-Mildmay [1938] AC 1

Printing and Numerical Registering Co v Sampson (1875) LR 19 Eq 462

Walford and Others v Miles and Another [1992] 2 AC 128

3.3 SUID-AFRIKA

A

Absa Bank Bpk h/a Bankfin v Louw en Andere 1997 3 SA 1085 (K)

Ackermann-Göggingen Aktiengesellschaft v Marshing 1973 4 SA 62 (C)

Administrateur, Transvaal v Van der Merwe 1994 4 SA 347 (A)

Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd and Others 1981 2 SA 173 (T)

B

Baart v Malan 1990 2 SA 862 (E)

Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another 1988 3 SA 580 (A)

Basson v Chitwan and Others 1993 3 SA 742 (A)

Berlesell (Edms) Bpk v Lehae Development Corporation BK en Andere 1998 3 SA 220 (O)

Botha (now Griessel) and Another v Finanscredit (Pty) Ltd 1989 3 SA 773 (A)

C

Compass Motors Industries (Pty) Ltd v Callguard (Pty) Ltd 1990 2 SA 520 (W)

Couzyn v Laforce 1955 2 SA 289 (T)

D

D Engineering Co (Pty) Ltd v Morkel and Others 1992 3 CLD 228 (T)

De Klerk v Old Mutual Insurance Co Ltd 1990 3 SA 34 (E)

Diner v Carpet Manufacturing Co of SA Ltd 1969 2 SA 101 (D)

Donnelly v Barclays National Bank Ltd 1990 1 SA 375 (W)

Drewtons (Pty) Ltd v Carlie 1981 4 SA 305 (C)

Dugas v Kempster Sedgwick (Pty) Ltd 1961 1 SA 784 (N)

E

Eastwood v Shepstone 1902 TS 294

Edouard v Administrator, Natal 1989 2 SA 368 (D)

Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO 1997 4 SA 302 (HHA)

Elida Gibbs (Pty) Ltd v Colgate Palmolive (Pty) Ltd (1) 1988 2 SA 350 (W)

Ex parte Minister of Justice: In re Nedbank Ltd v Abstein Distributors (Pty) Ltd and Others and Donnelly v Barclays National Bank Ltd 1995 3 SA 1 (A)

F

First National Bank of Southern Africa Ltd v Bophuthatswana Consumer Affairs Council 1995 2 SA 853 (BGD)

G

Govender v Sona Development Co (Pty) Ltd 1980 1 SA 602 (D)

I

Ismail v Ismail 1983 1 SA 1006 (A)

J

Jajbhay v Cassim 1939 AD 537

K

Kuhn v Karp 1948 4 SA 825 (T)

L

Law Union and Rock Insurance Co Ltd v Carmichael's Executor 1917 AD 593

M

Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis 1984 4 SA 874 (A)

McDonald v Enslin 1960 2 SA 314 (O)

Meyer v Hessling 1992 3 SA 851 (NmS)

Minister van Polisie v Ewels 1975 3 SA 590 (A)

Morrison v Angelo Deep Gold Mines Ltd 1905 TS 775

Mufamadi and Others v Dorbyl Finance (Pty) Ltd 1996 1 SA 799 (A)

N

National Chemsearch (SA) (Pty) Ltd v Borrowman and Another 1979 3 SA 1092 (T)

Nedbank Ltd v Abstein Distributors (Pty) Ltd and Others 1989 3 SA 750 (T)

Nedcor Bank Ltd v Absa Bank Ltd 1998 2 SA 830 (W)

O

Ocean Diners (Pty) Ltd v Golden Hill Construction CC 1993 3 SA 331 (A)

Oos-Transvaalse Koöperasie Bpk v Heyns 1986 4 SA 1059 (O)

Otto en 'n Ander v Heymans 1971 4 SA 148 (T)

Ozinsky NO v Lloyd and Others 1992 3 SA 396 (C)

P

Pam Golding Franchise Services (Pty) Ltd v Douglas 1996 4 SA 1217 (D)

Pangbourne Properties Ltd v Nitor Construction (Pty) Ltd and Others 1993 4 SA 206 (W)

Park Gebou-Beleggings en Wynkelders Bpk v Rogers and Hart (Pty) Ltd 1954 3 SA 109 (T)

Portwig v Deputation Street Investments (Pty) Ltd 1985 1 SA 83 (D)

R

Rand Bank Ltd v Rubenstein 1981 2 SA 207 (W)

Reeves and Another v Marfield Insurance Brokers CC and Another 1996 3 SA 766 (A)

Robinson v Randfontein Estates GM Co Ltd 1925 AD 173

Roffey v Catterall, Edwards & Goudré (Pty) Ltd 1977 4 SA 494 (N)

Ryland v Edros 1997 2 SA 690 (C)

S

SA Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Bpk v Shifren en Andere 1964 4 SA 760 (A)

Sasfin (Pty) Ltd v Beukes 1989 1 SA 1 (A)

SA Wire Co (Pty) Ltd v Durban Wire & Plastics (Pty) Ltd 1968 2 SA 777 (D)

Schierhout v Minister of Justice 1925 AD 417

Schultz v Butt 1986 3 SA 667 (A)

Sibex Engineering Services (Pty) Ltd v Van Wyk and Another 1991 2 SA 482 (T)

Standard Bank Financial Nominees (Pty) Ltd v Bamberger and Others 1993 4 SA 84 (W)

Standard Bank of SA Ltd v Essop 1997 4 SA 569 (D)

Standard Bank of SA Ltd v Wilkinson 1993 3 SA 822 (C)

Super Safes (Pty) Ltd and Others v Voulgarides and Others 1975 2 SA 783 (W)

T

Theron v Phoenix Marketing (Pty) Ltd (Heyman Intervening) 1998 4 SA 287 (W)

Trans-Africa Credit and Savings Bank Ltd v Union Guarantee and Insurance Co Ltd
1963 2 SA 92 (C)

Trust Bank of Africa Ltd v Eksteen 1964 1 SA 74 (N)

Trust Bank van Afrika Bpk v President Versekeringsmaatskappy Bpk en 'n Ander 1988 1 SA 546 (W)

U

Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk 1977 4 SA 376 (T)

V

Venter and Others v Credit Guarantee Insurance Corporation of Africa Ltd and Another 1996 3 SA 966 (A)

Vermeulen en 'n Ander v Africa Steel & Timber en Andere 1998 2 SA 543 (O)

Videtsky v Liberty Life Insurance 1990 1 SA 386 (W)

W

Warrenton Munisipaliteit v Coetzee 1998 3 SA 1103 (NK)

Wells v South African Alumenite Co 1927 AD 69

4 REGISTER VAN WETGEWING

4.1 DUITSLAND

Bürgerliches Gesetzbuch van 18 Augustus 1896 (maar eers van krag vanaf 1 Januarie 1900)

Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen van 9 Desember 1976

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland van 23 Mei 1949

4.2 NEDERLAND

Burgerlijk Wetboek van 1 Oktober 1838

Nieuw Burgerlijk Wetboek van 1 Januarie 1992 (Boeke 3, 5, 6 en 7)

Wetboek van Koophandel van 1 Oktober 1838

4.3 SUID-AFRIKA

Grondwet der Zuid-Afrikaansche Republiek 2 van 1896

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996