

Vonnisbespreking: Die toepassing van die gemeenregtelike *in duplum*-reël tydens gedingvoering, grondwetlike proporsionaliteit en die skeiding van magte

Paulsen v Slip Knot Investments 777 (Pty) Ltd
2015 5 BCLR 509 (KH)

IM Rautenbach

IM Rautenbach, Fakulteit Regsgeleerdheid, Universiteit van Johannesburg

Abstract

The application of the common-law *in duplum* rule during litigation, constitutional proportionality and the separation of powers

In *Paulsen v Slip Knot Investments 777 (Pty) Ltd* 2015 5 BCLR 509 (CC) the constitutional court held that the common-law *in duplum* rule that arrears interest stops accruing when the sum of unpaid interest equals the amount of the outstanding capital, applies during litigation between creditors and debtors. The court overruled the decision in *Standard Bank of SA Ltd v Oneanate Investments (Pty) Ltd (in liquidation)* 1998 1 SA 811 (SCA) that the *in duplum* rule does not apply during litigation. In the *Paulsen* case both the majority and minority judgments contended that their respective conclusions were “in accordance with constitutional values”. The right affected by the suspension of the rule during litigation was the right of debtors to raise defences freely. The majority held that there are alternative ways in which delaying tactics of creditors who raise fictitious defences could be dealt with. The court should also have considered the alternative proposed by Willis JA in *Paulsen v Slip Knot Investments* 2014 4 SA 253 (SCA) parr. 50–7, namely that a court must retain a discretion either to apply or not to apply the *in duplum* rule during litigation. The contention of Madlanga J that the court was merely rectifying a mistaken reading of the common law in the *Oneanate* case and was not changing the common law was justly rejected by a majority in a separate concurring judgment of Moseneke J. However, the idea of Madlanga J that proponents either of developing the common law or of sustaining the *Oneanate* position are expressing “personal” opinions, can possibly be linked to the fact that strong opinions expressed in the judgments of what the practical effect of the application or non-application of the *in duplum* rule would be in practice, were not substantiated by arguments based on facts.

Keywords: bill of rights; constitutional values; law of contract; *in duplum* rule; limitation of rights; polycentric issues; proportionality; right to access to courts and fair and public hearings; right to freedom of contract; separation of powers

Trefwoorde: beperking van regte; grondwetlike waardes; kontraktereg; *in duplum*-reël; polisentriese geskille; proporsionaliteit; reg op kontrakteervryheid; reg op toegang tot die howe en billike en openbare verhore; skeiding van magte; handves van regte

1. Inleiding

In *Paulsen v Slip Knot Investments 777 (Pty) Ltd*¹ beslis die konstitusionele hof dat die *in duplum*-reël ook geld gedurende gedingvoering tussen 'n skuldeiser en 'n skuldenaar. Volgens die hof bepaal die *in duplum*-reël dat agterstallige rente ophou om te vermeerder wanneer dit net soveel as die uitstaande kapitaalbedrag geword het.² In hierdie beslissing stel die hof die uitspraak in *Standard Bank of SA Ltd v Oaneanate Investments (Pty) Ltd (in liquidation)*³ ter syde waarin die hoogste hof van appèl die gemenerereg soos dit toe gegeld het, aangepas het sodat die *in duplum*-beperking vanaf 1998 nie tydens litigasie gegeld het nie. Sonnekus⁴ het die situasie voor die uitspraak in die *Paulsen*-saak en die motivering daarvoor soos volg verduidelik:

Die oomblik wat die litigasie formeel met die sluit van die pleitstukke *litis contestatio* vasstaan, is daar ook geen verdere onsekerhede oor die prestasiepligtigheid van die skuldenaar nie en kan die renteskuld verder opbou indien die hof bevind dat die eiser gelyk kry in die beslissing. Dit sou onbillik wees om, waar die eiser in die Suid-Afrikaanse reg geen beheer het oor óf die oorvol rol óf hoe lank die regter na afhandeling van die saak gaan wag voor hy sy uitspraak bekend maak nie, die eventueel suksesvolle eiser te straf met 'n onbuigsame verbod op enige verdere opbou van rente gedurende daardie periode bloot omdat die renteskuld reeds vóór die sluit van die pleitstukke die kapitale bedrag geëwenaar het.⁵

In die *Paulsen*-saak lewer regter Madlanga, gesteun deur nog twee regters, die hoofuitspraak,⁶ regter Moseneke, gesteun deur nog vier regters, 'n afsonderlike instemmende uitspraak, en regter Cameron 'n minderheidsuitspraak.⁷

Vir doeleindes van hierdie bespreking is dit onnodig om die feite in die *Paulsen*-saak volledig te herhaal. Die volgende is van belang. Die eiser het die volgende van die verweerders geëis: (a) die kapitaal van R12 miljoen wat geleen is; (b) rente van R12 miljoen op die kapitaal tot met die aanvang van die gedingvoering soos beperk deur die *in duplum*-reël; (c) rente op die kapitaal vanaf die datum van die begin van gedingvoering tot die datum van die hofbevel; (d) rente op die totaal van die bedrae in (a) tot (c) vanaf die datum van die hofbevel tot die datum van betaling soos beperk deur die *in duplum*-reël.⁸ Die verskil wat die gelding al dan nie van die *in duplum*-reël tydens gedingvoering in hierdie saak sou maak, is soos volg verduidelik:

Upon the application of the *in duplum* rule, the Paulsens would have been exposed to a maximum of R24 million, excluding interest that might accrue after date of judgment. With the suspension of the rule in accordance with *Oneanate*, the amount due by them, again excluding interest after judgment, has sky-rocketed to an amount of R72 million.⁹

Alhoewel die *Oneanate*-uitspraak 'n paar jaar na die inwerkingtreding van 'n beregbare Grondwet met 'n handves van regte gelewer is, is in die *Paulsen*-saak opgemerk¹⁰ dat die hoogste hof van appèl in die *Oneanate*-uitspraak nie na die Grondwet of grondwetlike waardes verwys het nie – die uitspraak was gebaseer op die hof se vertolking van die gemenereg en die openbare beleid. In die *Paulsen*-saak is daar baie verwysings na die Grondwet in sowel die meerderheidsuitspraak¹¹ as die minderheidsuitspraak.¹² Die outeurs van al die uitsprake stel dit onomwonde dat hul gevolgtrekkings “grondwetlik” is.¹³ (Die feit dat regter Cameron in die minderheidsuitspraak uitdruklik bevind dat die *Oneanate*-uitspraak “in accordance with constitutional values” was, het die belangrike vanselfsprekende implikasie – waarmee die meerderheid van die hof sekerlik nie sou verskil nie – dat 'n hof se versuim om na 1994 in 'n uitspraak na die Grondwet te verwys nie beteken dat die uitspraak bloot as gevolg van die versuim ongrondwetlik is nie. Alles hang daarvan af of die toepassing van grondwetlike bepalings 'n verskil aan die uitspraak sou maak en in 'n sekere sin dus ook van 'n hof se selfvertroue dat die niegrondwetlike maatstawwe en template waarmee hulle werk, so grondwetlik is dat verwysings na die Grondwet onnodig is.)¹⁴

Die uitspraak in die *Paulsen*-saak het talle regs- en ander praktiese implikasies wat nie in hierdie bespreking ontleed word nie en wat kundiges op daardie terreine mettertyd sekerlik deeglik sal bespreek. Die doel van hierdie bespreking is eerstens om kortliks te wys op gebreke in die konstitusionele hof se benadering dat die regte en beperkingsbepalings in die handves van regte nie direk op die privaatreg toegepas word nie, maar dat indirekte toepassing moet plaasvind deur algemene privaatregtelike begrippe toe te pas aan die hand van algemene grondwetlike waardes (par. 2).

Tweedens is die doel om die argumente wat in die uitsprake gebruik is, dus eerder te ontleed aan die hand van stappe wat met die direkte toepassing van die handves gevolg word deur eerstens vas te stel of enige regte beperk is, en tweedens, indien daar wel 'n feitelike beperking was, vas te stel of die feitelike beperking geregverdig kan word aan die hand van die toepassing van proporsionaliteitsbeginsels (par. 3). In die hoof- en instemmende uitsprake is ook standpunte gestel oor die verhouding tussen die skeiding van magte aan die een kant en die ontwikkeling van die gemenereg en polisentriese kwessies aan die ander kant. Die doel van die bespreking is derdens om hierdie standpunte te ontleed (par. 4).

Paragraaf 5 bevat die gevolgtrekkings.

2. Grondwetlike gronde vir die uitsprake

Die konstitusionele hof pas die handves van regte indirek op gemeenregtelike bepalings van die kontraktereg toe volgens die patroon wat die hof in *Barkhuizen v Napier* ontwikkel het.¹⁵ Met “indirek” word hier nie die beginsel bedoel dat gedingvoering in die eerste plek op die bestaande gewone statutêre, gemene- en gewoontereg gebaseer word nie, en dat die Grondwet ter sprake kom slegs wanneer die grondwetlikheid van die bestaande reg of optrede ingevolge die bestaande reg bevraagteken word.¹⁶ Hierdie sogenaamde subsidiariteitsbeginsel het in werklikheid niks te doen met *hoe* die Grondwet toegepas word nie – dit gaan oor *wanneer* dit toegepas word. Met “indirekte toepassing op die privaatreë” bedoel die konstitusionele hof dat algemene privaatreëtelike begrippe soos redelikheid, *boni mores*, *bona fides*, openbare beleid, openbare belang en openbare mening die toegangspoorte van die Grondwet tot die privaatreë is, dat grondwetbepalings *slegs* as grondwetlike waardes die privaatreë binnesypel en dat daar nie direk gewerk word met die grondwetlike bepalings wat regte beskryf en die beperking van regte reël nie. Alhoewel daar in die regspraak oor die kontraktereg verwysings na handvesregte voorkom, hanteer die hof die regte formeel as grondwetlike waardes¹⁷ wat die hof sê sedert 1994 ingevolge artikel 39(2) (met die uitleg van wette en die ontwikkeling van die gemenerereg moet die gees, strekking en doelwitte van die handves bevorder word) deel uitmaak van die openbare beleid waar openbare beleid ook al in die kontraktereg voorkom.¹⁸ Die reg op toegang tot die howe is so ’n waarde.¹⁹ Kontrakteervryheid wat nie uitdruklik in die handves gewaarborg word nie, word nie as ’n inhoudsbevoegdheid van uitdruklik gewaarborgde regte beskou nie (anders as in die VSA, Duitsland en die Europese Unie),²⁰ maar as ’n waarde gebaseer op private outonomie en menswaardigheid.

Sonder om die argumente vir en teen die gedagte van hierdie soort indirekte gelding van die handves van regte in die privaatreë te herhaal,²¹ kan dit hier net kortliks gestel word dat die argumente wat die konstitusionele hof by twee geleenthede gebruik het om hierdie indirekte toepassing van die handves te regverdig, gebaseer was op tegniese en foutiewe vertolkings van sekere bepalings van die handves wat, alhoewel dit redelik algemeen ook deur akademici gevolg word, nie steek hou nie. In *Khumalo v Holomisa* verklaar die konstitusionele hof dat artikel 8(1), wat bepaal dat die handves van toepassing is op “die totale reg”, nie die toepassing van die handves op die gemenerereg reël nie, want artikel 8(3) reël dit.²² Die hof verklaar dus dat as die gemenerereg ingelees word by “totale reg” in artikel 8(1), artikel 8(3) sonder betekenis sou wees. Die hof het artikel 8(3) verkeerd verstaan. Artikel 8(3) bevat nie ’n algemene reël oor hoe die handves op die gemenerereg toegepas moet word nie. Dit beskryf *een* van die omstandighede waarin die gemenerereg ontwikkel moet word om regte in die handves te beskerm. Artikel 8(3) bepaal dat nadat daar ingevolge artikel 8(2)²³ vasgestel is dat as ’n bepaling van die handves op ’n private handeling toegepas kan word, bepaal moet word of ’n handvesreg geskend is; en indien dit dan blyk dat daar nie ’n bestaande statutêre of gemeenregtelike remedie bestaan om die skending te hanteer nie, moet die gemenerereg ontwikkel word om die leemte te vul. In *Barkhuizen v Napier* verklaar die hof dat die handves nie direk op die beperking van regte deur ’n kontraktuele bepaling toegepas kan word nie, want ’n kontraktuele bepaling is nie “algemeen geldende reg” nie en die algemene beperkingsbepaling in artikel 36 van die Grondwet is slegs van toepassing op “algemeen geldende reg”.²⁴ Artikel 36 verwys egter na beperkings “kragtens” algemeen geldende reg en nie “deur” algemeen geldende reg soos in

artikel 33 van die Oorgangsgrondwet gestel is nie. Die gemenerereg waarkragtens kontrakte gesluit word, is die algemeen geldende reg waarkragtens bepalings in 'n kontrak gevoeg word en artikel 36 kan direk toegepas word op die bepalings en selfs op optrede van die partye tot die kontrak wanneer hulle ingevolge die bepalings van die kontrak optree.²⁵ Die motivering rakende indirekte toepassing in *Barkhuizen* raak in elk geval nie die *Paulsen*-saak nie, want in *Paulsen* was die geldigheid van 'n reël van die gemenerereg ter sprake en nie die geldigheid van optrede "kragtens" 'n regsreël nie.

In die verdere bespreking word die afweging van belange in die uitsprake in die *Paulsen*-saak aan die hand van 'n direkte toepassing van handvesregte en beperkingsbepalings in die Grondwet ondersoek. In hul behandeling van die invloed van grondwetlike waardes op die privaatreë pas die hofe in elk geval instinktief bepalings van die handves direk toe. Direkte toepassingsmaatstawwe vorm dus die beste grondwetlike vergelykingsraamwerk vir wat die onderskeie standpunte in die meerderheids- en minderheidsuitsprake was en hoe dit deur die regters gemotiveer is.²⁶

3. Die argumente in die *Paulsen*-uitsprake binne die raamwerk van 'n direkte toepassing van die handves van regte

Die bedrag wat die eiser in die *Paulsen*-saak geëis het, het rente ingesluit wat betaalbaar was na die instel van die eis en wat die perk ingevolge die *in duplum*-reël oorskry het.²⁷ Dit was in ooreenstemming met die *Oeanate*-uitspraak. Een van die verwerers van die verweerder was dat die eiser slegs kon eis wat ingevolge die *in duplum*-reël verskuldig was,²⁸ wat uiteraard beteken dat die rente na die begin van die geding wat die *in duplum*-bedrag te bowe gaan, nie ingesluit kon word nie. Dit is na aanleiding van hierdie verweer dat die hof die grondwetlikheid van die *Oeanate*-weergawe van die gemeenregtelike reël ondersoek het.

Die eerste stap met 'n handvesondersoek is om te bepaal of die beskermde gedrag en belange van 'n handvesreg geraak word en die pligte wat uit die reg spruit nie nagekom is nie, en die tweede stap is om te bepaal of daar regverdiging vir die feitelike beperking is.²⁹

3.1 Die feitelike beperking van regte van die verweerder

Sonder dat dit uitdruklik in die uitsprake genoem word, is eiendomsreg waarskynlik die belangrikste reg van die kredietnemer wat deur die opheffing van die reël tydens gedingvoering beperk word. Dit blyk duidelik uit die aanhaling in paragraaf 1 hier bo oor hoe die bedrag wat deur die verweerders betaal moes word, sou verskil na gelang die *in duplum*-reël tydens litigasie geld of nie geld nie.

Volgens die uitsprake is die ander reg van die verweerder wat beperk word, die reg op toegang tot die hofe en billike verhoor omdat sekere skuldenaars "despite a genuinely held belief that they have a valid defence, may sooner opt to settle a claim than face the ruinous interest that would again commence to pile up once a court process was served".³⁰ Omdat dit die skuldeiser was wat die hofe genader het, het die feitelike beperking van die

verweerder se reg daarop neergekom dat die skuldenaar ontmoedig kan word om verwere tydens litigasie te stel.³¹ In die minderheidsuitspraak is saamgestem dat dit die uitwerking van die opheffing van die reël tydens litigasie kan wees.³² In sowel die meerderheidsuitspraak as die minderheidsuitspraak word spesifiek verwys na die uitwerking wat die opheffing van die *in duplum*-reël sou kon hê op verwere wat die debiteure meen “geldige” verwere sou wees.

Sonder om die reg by die naam te noem, is daar ook indirek verwys na die reg om vryelik ’n bedryf of beroep te beoefen (wat voorheen deur die konstitusionele hof beskryf is as “one’s right to make a living”).³³ In paragraaf 3.2.1 hier onder verskyn opmerkings deur die meerderheid oor die belangrikheid van hierdie reg in Suid-Afrika.

3.2 Regverdiging vir die feitelike beperking van die regte deur die opheffing van die in duplum-reël tydens litigasie

Die tweede stap is om vas te stel of daar regverdiging bestaan vir die feitelike beperking van die reg op toegang tot die howe en billike verhore en die reg op eiendom van skuldenaars deur die opheffing van die *in duplum*-reël tydens litigasie.

Volgens artikel 36 van die Grondwet is feitelike beperkings van regte geregverdig indien die regte “kragtens algemeen geldende reg beperk word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in ’n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid”. Om die maatstaf toe te pas, word ’n proporsionaliteitsbeginsel toegepas.³⁴ Alhoewel die proporsionaliteit in die afgelope dekades ’n byna universele status in die regspraak en literatuur oor die beperking van regte in nasionale en internasionale menseregtehandveste verwerf het,³⁵ is daar in sowel historiese as hedendaagse sin geen onoorbrugbare kloof tussen hierdie proporsionaliteit en begrippe soos die afweging of balansering van belange en regte in die privaatreë nie.³⁶ ’n Beperking voldoen aan proporsionaliteitsbeginsels indien ’n sekere groep faktore (byvoorbeeld die doel van die beperking, die mate waarin die beperking die doel kan bevorder, oftewel die omvang van die nadeel as beperking nie gestel word nie) gesamentlik swaarder weeg as ’n ander stel faktore (byvoorbeeld die belangrikheid van die reg en die aard en omvang van die beperking).³⁷ ’n Verwaarlooste aspek van die toepassing van die proporsionaliteitsbeginsel in Suid-Afrika is dat die empiriese sekerheid waarmee standpunte gestel word oor die faktore ook in ag geneem behoort te word. Dit behoort ook iets te tel.³⁸ Artikel 36(1)(a) tot (e) beskryf ’n aantal faktore wat in ag geneem moet word om die proporsionaliteitsbeginsel te kan toepas.

3.2.1 Die aard van die regte wat beperk word en die aard en omvang van die beperking³⁹

In die meerderheidsuitspraak (par. 61) is die belangrikheid van die algemene reg op toegang tot die howe en billike verhore beklemtoon. Die belangrikheid van die besondere aspek van die reg wat deur die *in duplum*-reël tydens litigasie geraak word, naamlik die reg om verwere vryelik te kan opper, is nie uitgelig nie. Hierdie aspek van ’n billike verhoor vorm na alle waarskynlikheid deel van die beginsel van partybeheer waarvolgens partye “die aanbieding van hul onderskeie sake by die verhoor” beheer⁴⁰ en moontlik ook van die beginsel van sogenaamde wapengelykheid.⁴¹ Soos met alle ander regte in die handves moet aanvaar

word dat dit ook 'n belangrike reg is. Ingevolge die proporsionaliteitsbeginsel moet vasgestel word hoe ernstig die beperking van die reg is. Ernstige en ingrypende beperkings vereis ingevolge die proporsionaliteitsbeginsel dat die beperking slegs geregverdig kan word indien dit 'n baie belangrike doel dien en redelike sekerheid bestaan dat die beperking die doel doeltreffend sal bevorder. Die meerderheid het dit bloot gestel dat indien die *Oneanate*-reël geld, skuldenaars wat meen dat hulle goeie verweere het, dalk eerder sal skik as om hulle verweere te stel. Volgens die minderheidsuitspraak is die beperking minder ernstig: “[T]he court process affords adequate protection to debtors with genuinely sound defences. They will be vindicated. They will not be liable for interest if their agreements are found to be invalid.” Die meerderheid het nie hierdie argument in die minderheidsuitspraak behandel nie en behalwe dat die moontlikheid genoem word, is daar geen aanduiding in die uitsprake oor hoe dikwels verweerders op hierdie manier geïnhibeer word nie.

Sonder om direk na die reg op eiendom te verwys, het die meerderheidsuitspraak groot klem gelê op die finansiële implikasies vir debiteure indien die *in duplum*-reël tydens gedingvoering opgehef word – die verweerders sou R42 miljoen meer moes betaal. In hierdie verband kan ook gelet word op die volgende verduideliking in die *Paulsen*-uitspraak van die hoogste hof van appèl:

The concern appears to be the large sums of interest that the Paulsens may be called upon to pay. I agree that they are large, but that is because the loan was large and the Paulsens were engaged on a transaction that they confidently thought would generate a profit of R68 million within the short space of six months. ... The amounts involved are to any ordinary person substantial, but that flows from the size of the loan. A loan of R1 000 bearing interest at the maximum permissible rate for unsecured credit transactions of a little over 32 per cent per annum would pass the *duplum* after a little more than 2 years and would double again to R4 000 two years after judgment was obtained if that was sought and obtained immediately the two years had passed.⁴²

Daarmee het die kapitaalkragtigheid van onderskeidelik kredietverskaffers en kredietnemers in Suid-Afrika ter sprake gekom. Terwyl die minderheid nie 'n onderskeid wil maak nie, verklaar die meerderheid dat “[t]o many credit consumers, who fall on the wrong side of this country’s vast capital disparities, astronomical interest may mean the difference between economic survival and complete financial ruin”, en dat die risiko’s van sulke kredietnemers in hierdie verband nie vergelyk kan word met die risiko van kapitaalkragtige kredietverleners om geld as gevolg van inflasie tydens litigasie te verloor nie.⁴³ Daarmee word die reg op vrye beroepsbeoefening ook betrek.

Oor die belangrikheid van ondernemerskap in Suid-Afrika verklaar die meerderheid:

Surely, our hard-fought democracy could not have been only about the change of the political face of our country and such upliftment of the lot of the down trodden as the public purse and government policies permit. Entrepreneurship and the economic advancement of those with no history of financially being resourced must be given room to take root and thrive. This can hardly happen without finance. The sort of

interest to which *Oneanate* exposes our legal system is deleterious to this necessary economic advancement.⁴⁴

3.2.2 Die doel van die beperking⁴⁵

“Doel van die beperking” verwys na die voordeel wat spruit uit die beperking en die belangrikheid van daardie voordeel, soos gestel in artikel 36(1) van die Grondwet, “in ’n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid”.

Om die doel van die feitelike beperking van die regte van die verweerder deur die opheffing van die *in duplum*-reël tydens gedingvoering te bepaal, is dit nuttig om te verwys na die doel van die beperking van kontrakteervryheid deur die *in duplum*-reël in die algemeen. In al die *Paulsen*-uitsprake is aanvaar dat die *in duplum*-reël kontrakteervryheid beperk.⁴⁶ Die grondwetlikheid van die gelding van die *in duplum*-reël voor gedingvoering is nie in *Paulsen* oorweeg nie, maar daar is geen aanduiding dat dit deur enige regter betwyfel is nie. In soverre argumentshalwe dus aanvaar word dat die doel van die beperking van kontrakteervryheid deur die *in duplum*-reël voor gedingvoering saam met ander faktore (soos die nadele wat vir die bereiking van die doel sal intree indien die beperking nie gestel word nie) swaarder weeg as die nadele wat spruit uit die beperking van die skuldeisers se kontrakteervryheid, moet vasgestel word hoe die aanvang van gedingvoering die bereiking van die doel raak.

Dit wil voorkom of redelik algemeen aanvaar word dat daar twee oogmerke met die gemeenregtelike *in duplum*-reël as beperking van kontrakteervryheid is. Kontrakteervryheid is nie absoluut nie en was nog altyd statutêr en gemeenregtelik beperk.⁴⁷ Eerstens bied die *in duplum*-reël beskerming teen uitbuiting van skuldenaars. Volgens Otto is dit “’n vorm van antieke verbruikersbeskerming”.⁴⁸ In *Paulsen* is verklaar dat “the overarching purpose of the rule is to protect debtors from being crushed by never-ending accumulation of interest on an outstanding debt”,⁴⁹ en hulle word beskerm deur “te verhinder dat ’n kredietverskaffer homself onredelik verryk deur te lank te sloer om ’n rentedraende skuld op te roep”.⁵⁰ Die tweede oogmerk strek wyer as die direkte beskerming van skuldenaars. In *Paulsen*⁵¹ word aangehaal uit *Taylor v Hollard*⁶² waarin verklaar is dat die *in duplum*-reël ontwikkel is “not so much in protection of the promissor, but because to countenance such proceedings would be contrary to good morals, the interests of our citizens, and the policy of our law”. Dit dien ook “to enforce sound fiscal discipline upon creditors by serving to disincentivise lending money to a bad risk” en om hulle aan te spoor om stappe te doen om hulle geld terug te kry.⁵³

3.2.3 Die verhouding tussen die doel en die beperking⁵⁴

“Verhouding tussen die doel en die beperking” verwys na die mate waarin voorsien word dat die beperking ’n bydrae sal kan lewer tot die verwesenliking van die doel. Indien die beperking hoegenaamd nie die doel kan bevorder nie, is die beperking ongeldig; indien die beperking die doel in ’n geringe mate sal bevorder, is drastiese beperkings moontlik nie geregverdig nie.⁵⁵

Terwyl daar in die *Paulsen*-saak nie werklik meningsverskille bestaan het oor die oogmerke met die beperking van kontrakteervryheid deur die *in duplum*-reël nie, het die meerderheid en die minderheid met mekaar verskil oor hoe die aanvang van gedingvoering die bereiking van die doel met die *in duplum*-reël beïnvloed. Daar was dus verskillende standpunte oor die verhouding tussen die beperking van die regte en die doel van die beperking.

Volgens die minderheid val die doel van die beperking van die kontrakteervryheid om krediteure te keer om te sloer met die instel van 'n aksie, nou weg;⁵⁶ wanneer die regsding begin, is 'n debiteur nie langer blootgestel aan die krediteur se "unscrupulous wiles" nie, want hulle beheer nie verder die verloop van die proses nie;⁵⁷ omdat daar in alle ander opsigte 'n geldige kontrak gesluit is, is dit onnodig om debiteure verder te beskerm.⁵⁸ Na die begin van die gedingvoering is die beskerming van die krediteure se kontraktuele vryheid uit hoofde waarvan hulle die kontrak gesluit het, dus die doel met die beperking van die debiteure se reg om vryelik verwere te opper.⁵⁹ Sodoende word hulle eiendomsreg ook beskerm deurdat die vermindering van kapitaal deur inflasie voorkom word.⁶⁰

Volgens die meerderheid is die beskerming deur die *in duplum*-reël van debiteure deur die beperking van die krediteure se kontrakteervryheid tydens gedingvoering steeds nodig. Oor die verhouding tussen die beperking om debiteure se reg om verwere te opper en die doel om die krediteure se kontrakteervryheid te beskerm, verklaar die hof dat die beperking te wyd tref ("overbroad" is), want geen onderskeid word gemaak tussen debiteure met *bona fide*-verwere en ander met minder eerbare motiewe nie.⁶¹ By verre die grootste meerderheid van finansiële instellings wat geld uitleen, is kapitaalkragtiger as geldleners en die krediteure word nie minder swaar getref deur die gelding van die *in duplum*-reël tydens gedingvoering as wat debiteure wat *bona fide*-verwere wil opper, geraak word deur die opheffing van die reël nie.⁶² Die gelding van die reël tydens gedingvoering beperk nie in dieselfde mate die reg op toegang tot die howe van krediteure as dié van debiteure nie.⁶³ *Oneanate* en die minderheidsuitspraak beklemtoon slegs die belange van krediteure, en debiteure ("with the exception of some devious ones") het ook nie groter beheer oor die verloop van gedingvoering as krediteure nie.⁶⁴

3.2.4 Minder beperkende alternatiewe maniere om die doel te bereik⁶⁵

Hieraan moet aandag gegee word om seker te maak dat die beperker van 'n reg en 'n hof wat die geldigheid van die beperking oorweeg, behoorlik aandag gegee het aan alternatiewe maniere om die doel min of meer ewe effektief te bereik. Slegs in die meerderheidsuitspraak is hierna verwys. Volgens die meerderheid is die beperking van die debiteur se regte deur die opheffing van die *in duplum*-reël tydens gedingvoering nie die enigste manier om in 'n mate die beperking van krediteure se kontrakteervryheid teen moedswillige debiteure te beskerm nie.⁶⁶

Vexatious litigation or delaying tactics by a debtor who truly has no defence may, for example, be addressed by means of summary judgment. Even mechanisms such as punitive costs awards exist to counteract reprehensible behaviour on the part of a litigant. While some unscrupulous debtors may employ meritless defences in an attempt to stretch out litigation for as long as possible, it does not make sense for this to continue after the judgment of the court of first instance has been handed down.

In die meerderheidsuitspraak⁶⁷ is verwys na die minderheidsuitspraak van regter Willis in die hoogste hof van appèl.⁶⁸ Appèlregter Willis se uitspraak bevat ook 'n minder ingrypende alternatief vir die opheffing van die *in duplum*-reël tydens gedingvoering. Hy stel voor dat alhoewel die uitgangspunt sou kon wees dat die *in duplum*-reël gedurende gedingvoering opgehef word, die hof 'n diskresie behoort te hê om die reël in gepaste omstandighede nie op te hef nie. (’n Variasie hierop sou kon wees dat die *in duplum*-reël ooreenkomstig die *Paulsen*-meerderheid in die konstitusionele hof tydens gedingvoering geld, maar dat die hof 'n diskresie behoort te hê om dit in gepaste omstandighede op te hef.) Meerderheidsbesware in die hoogste hof van appèl dat die Willis-voorstel nie op enige bestaande gesag berus nie, is uiteraard onvanpas wanneer die gemenerereg “ontwikkel” word om gevolg te gee aan grondwetlike bepalings. Die Grondwet is dan self die gesag vir die verandering van die bestaande reël en nie die gemenerereg of vroeëre presedente nie. In paragraaf 5 hier onder word weer na appèlregter Willis se uitspraak verwys.

4. Polisentriese moerasse, skeiding van magte en die ontwikkeling van die gemenerereg

Regter Madlanga beklemtoon dat sy bevinding dat die *in duplum*-reël ook tydens litigasie geld, nie 'n ontwikkeling was van die gemenerereg soos wat dit sedert die *Oneanate*-saak gegeld het nie; dit was bloot 'n verwerping van die vertolking in *Oneanate* en het dus slegs op 'n herstel van die gemeenregtelike posisie neergekom.⁶⁹ Die benadering van regter Madlanga kan vergelyk word met die uitspraak van die hoogste hof van appèl in *National Media Ltd v Bogoshi*⁷⁰ waarin beslis is dat die gemenerereg as sodanig (dit wil sê sonder inagneming van die handves van regte) in 'n vorige beslissing van die hof⁷¹ verkeerd vertolk is, maar dat hierdie latere rekonstruksie van die korrekte gemeenregtelike posisie inderdaad ook aan die vereistes van die Grondwet voldoen.⁷²

Vir sy benadering dat hy nie die gemenerereg ontwikkel het nie, steun regter Madlanga op *skeiding van magte*-beginsels:

(a) Volgens die regter is dit in stryd met die skeiding van magte om polisentriese vrae te beslis:

The question at stake in *Oneanate* (and here) is so heavily laden with polycentrism that a court ought not to make a choice on what considerations best advance the public interest. It is exactly in matters that raise polycentric issues that courts should defer to the Legislature. Entering that boggy terrain and making policy choices would but be a usurpation of the legislative function in contravention of the separation of powers doctrine.⁷³

Die hofverklaar ook:

[I]t is for Parliament – not the courts – to make a policy choice in this polycentric morass. If the credit market or financial sector feels that there is a case to be made for the suspension of the *in duplum*-rule *pendente lite* or, indeed, for its entire

scrapping, it is at liberty to lobby Parliament. It is there that, in a matter like this, the separation of powers doctrine dictates that the matter should receive attention.⁷⁴

In Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs and Tourism is 'n polisentriese beslissing vir doeleindes van die geregtelike hersiening van administratiewe handeling beskryf as “[a] decision that requires a range of competing interests or considerations and which is to be taken by a person or institution with specific expertise in that area”.⁷⁵ Die deurslaggewende element in hierdie definisie is nie dat 'n “moeilike” keuse gemaak moet word tussen moontlikhede bloot omdat hulle in 'n mindere of meerdere mate van mekaar verskil nie (in byna alle litigasie moet 'n keuse tussen verskillende moontlikhede gemaak word), maar dat die maak van die keuse gespesialiseerde kennis vereis om 'n idee te kan vorm oor watter belange voorrang behoort te geniet en wat die gevolge van 'n bepaalde keuse sal wees.⁷⁶

Regter Moseneke stem in 'n afsonderlike, instemmende uitspraak nie met die benadering van regter Madlanga saam nie. Hy verklaar dat regter Madlanga inderdaad so 'n weldeurdagte keuse tussen die uiteenlopende beleidsrigtings gemaak het dat hy en nog vier regters sonder meer daarmee kon saamstem.⁷⁷

In soverre daar in die *Paulsen*-saak moontlik sprake kon wees van deskundige, polisentriese inligting (byvoorbeeld inflasie- en rentekoerse in die 16de, 17de en 21ste eeue⁷⁸ of die uitwerking van die toepassing van die *in duplum*-reël op onderskeidelik kredietverskaffers se besluite om te litigeer en skuldenaars se besluite om verwerre te opper), stel al die regters sonder huiwering sterk standpunte daarvoor en maak duidelike keuses. Regter Moseneke gee met sy opmerking te kenne dat ten spyte van regter Madlanga se verwysing na die polisentriese moeras, die keuse wat gemaak moes word óf nie so polisentries was as wat regter Madlanga te kenne gegee het nie, óf met selfvertroue en sukses deur regter Madlanga hanteer is.

Daarmee is alle bekommernisse oor die grondwetlikheid van die howe se reëls oor polisentriese probleme nog nie beantwoord nie. Die probleem kan nie volledig hier bespreek word nie, maar dit lyk of die regte op gelykheid en die toegang tot die howe en billike verhore deur die howe se benadering tot polisentriese probleme geraak kan word. Is die gebrek aan kennis en insig van howe oor sekere kwessies genoeg rede om litigante wat regsgeskillte het oor polisentriese aangeleenthede anders te behandel as litigante waarvan die regsgeskillte gaan oor aangeleenthede waarvoor die howe reken dat hulle genoeg kennis en insig het?

(b) Regter Madlanga verklaar⁷⁹ ook dat dit meer gepas is om die gemeneg te ontwikkel wanneer die beleidskeuses wat gemaak moet word, nie groot is nie en min of meer almal in dieselfde rigting dui, soos wat dit die geval was in *Carmichele v Minister of Safety and Security* waarin die gemeenregtelike, deliktuele aanspreeklikheid van die polisie uitgebrei is.⁸⁰ In die *Paulsen*-saak was daar volgens die regter “diametrically opposed choices on the true path shown to us by public policy” waarvoor in die instemmende afsonderlike uitspraak en in die minderheidsuitspraak sterk standpunte gestel word “and each of the choices they make is but a personal choice”;⁸¹ die keuse tussen uiteenlopende grondwetlike beleidsoorwegings is dus volgens die regter 'n *persoonlike* keuse.⁸² Volgens regter Moseneke is die gemeneg inderdaad in die hoofuitspraak ontwikkel: die hoofuitspraak het

die gemenerereg vervang soos dit vir meer as een en 'n halwe dekade sedert die *Oneanate*-uitspraak gegeld het; uit watter hoek ook al beskou, kom die uitspraak daarop neer dat 'n bestaande reël van die gemenerereg ter syde gestel en vervang is.⁸³ Dit was dus duidelik 'n geval soos beskryf in *K v Minister of Safety and Security*: "From time to time, a common-law rule is changed altogether, or a new rule is introduced, and this clearly constitutes the development of the common law."⁸⁴

Regter Moseneke het ook in die afsonderlike uitspraak verduidelik dat die howe se bevoegdheid om die gemenerereg te ontwikkel aan die hand van begrippe wat beleid weerspieël, soos "openbare beleid", "*boni mores*" of "redelikheid",⁸⁵ selfs voor 1994 in die stelsel van parlementêre soewereiniteit nooit bevraagteken is nie.⁸⁶ Onderworpe aan geregtelike kontrole oor die grondwetlikheid van hul wetgewende handeling het wetgewers ingevolge die *skeiding van magte*-beginsel die finale seggenskap oor die inhoud van alle reg, insluitende die gemenerereg.⁸⁷ Solank die wetgewende gesag besluite neem wat aan die vereistes van die Grondwet voldoen, val dit binne die uitsluitlike bevoegdheid van die wetgewende gesag om beleidskeuses oor die inhoud van regsreëls te maak, en hierdie bevoegdheid sluit in om gemenerereg wat volgens die wetgewer goeie beleidskeuses bevat, nie te wysig nie. Die benadering van die konstitusionele hof dat die howe bevoeg is om bestaande reëls van die gemenerereg wat *nie ongrondwetlik is nie* te ontwikkel om *meer* in ooreenstemming te wees met die gees, strekking en doelwitte van die handves van regte,⁸⁸ oorskry moontlik inderdaad die beginsels van skeiding van magte. So 'n geval het nie in die *Paulsen*-saak voorgekom nie – dit het gegaan oor die grondwetlikheid al dan nie van die gelding van die *in duplum*-reël tydens gedingvoering.

Die kritiek van regter Moseneke op hierdie besondere aspek van die uitspraak van regter Madlanga is gesteun deur ses van die nege regters wat die saak verhoor het,⁸⁹ en moet op hierdie punt as die benadering van die hof beskou word.

5. Gevolgtrekkings oor die onsekerheid oor polisentriese kwessies, skeiding van magte en die hof se toepassing van die handves op die gelding van die *in duplum*-reël tydens gedingvoering

Regter Moseneke en die ander ses regters se kritiek dat regter Madlanga se argumente waarom daar in hierdie geval 'n polisentriese vraag beslis moes word en waarom hy dus nie die gemenerereg wou ontwikkel nie, is geldig. Soos aangetoon, doen regter Madlanga inderdaad wat hy gesê het nie gedoen kan word nie, naamlik om 'n keuse te maak tussen wat hy as uiteenlopende polisentriese alternatiewe beskou. Nietemin is die regter se ongemak nie heeltemal onvanpas nie. Daar is talle meningverskille in hierdie geval ter sprake wat weliswaar nie polisentriese is in die sin dat dit buite die kennisveld van regsgeleerdes val nie, maar waaroor sterk standpunte oor en weer gestel is sonder dat die voorstanders veel feitelike ondersteuning vir die standpunte voorgedra het. Regter Madlanga se stellings oor "persoonlike" standpunte en keuses moet dalk teen hierdie agtergrond verstaan word. Soos so dikwels in regsdiskoerse met 'n feitelike onderbou, is grotendeels standpunte in 'n "is-issie"-patroon gestel. Hoe dikwels het dit voor *Oneanate* voorgekom dat krediteure moedswillig verweere geopper het om die voordeel van die *in duplum*-reël te bly geniet, en hoe dikwels het dit na *Oneanate* voorgekom dat debiteure nagelaat het om goeie

verwre te opper om die saak sou gou moontlik afgehandel te kry? Wanneer regters daarvoor verskil, is dit waarskynlik te veel gevra dat regsverteenvoerders en die hof self empiriese inligting moet versamel ter ondersteuning van hul standpunt oor hoe die gelding of opheffing van die *in duplum*-reël tydens gedingvoering die stel van verwre deur óf krediteure óf debiteure beïnvloed of kan beïnvloed. Hulle is te besig daarvoor. Wetgewende prosesse sou dalk inderdaad vir verandering van algemene regsreëls in hierdie verband meer gepas wees.⁹⁰ Maar ook wetgewende prosesse is langzaam en appèlregter Willis se gedagte dat die hof 'n diskresie behoort te hê oor die gelding al dan nie van die *in duplum*-reël tydens gedingvoering is dalk die beste oplossing. 'n Algemene reël dat die *in duplum*-reël geld of nie geld nie tydens gedingvoering kan moeilik reg laat geskied wanneer daar onsekerheid is oor of, en in watter mate, debiteure aan bande gelê word om *bona fide*-verwre te stel, en of alle kontrakte uit die oogpunte van vrye kontraksluiting oor dieselfde kam geskeer moet word as hoë-risiko-met-hoë-rentekoerse-kontrakte tussen kapitaalkragtige, hardebaard-ondernemers.⁹¹

Wanneer soveel van die omstandighede begin afhang en daar te min inligting bestaan om oor die geldigheid van 'n algemene regsreël te beslis, behoort appèlregter Willis se benadering deur die wetgewer oorweeg te word. Appèlregter Willis se voorstel was:

When it comes to “mezzanine funding”, prompt action by a creditor to recover the debt, together with interest, has to be incentivised: the public interest in proceeding speedily with litigation for the recovery of debt due is not merely to discourage debtors from ensuring that a *litis* is *pendens* for as long as possible; potential prejudice to the debtor is a relevant factor too. A residual discretion must remain for a court, in appropriate circumstances, to apply the *in duplum* rule in the traditional manner. When it comes to “mezzanine funding” in cases where a debtor has been “playing for time”, the suspension of the *in duplum* rule, as envisaged in *Oneanate*, may come into operation.

Samevattend is my gevolgtrekkings soos volg: Die belangrikste verskil in die argumente van onderskeidelik die meerderheid en die minderheid in die *Paulsen*-saak het gegaan oor wat die uitwerking van die opheffing van die gelding van die *in duplum*-reël tydens gedingvoering ingevolge die *Oneanate*-saak op onderskeidelik krediteure en debiteure sou wees. Die meerderheid het bevind dat die reg van debiteure om verwre te opper ernstig beperk word, terwyl die minderheid van mening was dat die beperking nie so ernstig is nie en dat die oogmerk met die beperking van die kontrakteervryheid deur die *in duplum*-reël tydens gedingvoering wegval. Daar is sterk standpunte hieroor gestel, maar deur sowel die meerderheid as die minderheid is toegegee dat daar in die praktyk ook gevalle kan voorkom waarin volgens die meerderheid krediteure nadelig geraak sal word deur die gelding van die reël tydens gedingvoering en daar volgens die minderheid debiteure nadelig geraak sal word deur die niegelding van die reël. Wanneer daar selfs op so 'n hoë vlak meningsverskille tussen regters bestaan sonder dat feite aangebied word om die standpunte te staaf, word aanbeveel dat die standpunt van appèlregter Willis in die hoogste hof van appèl in die *Paulsen*-saak gevolg word, naamlik dat die hof 'n diskresie behoort te hê om die *in duplum*-reël in gepaste omstandighede gedurende gedingvoering te laat geld of nie te laat geld nie.

Bibliografie

- Barrie, G.N. 2013. The application of the doctrine of proportionality in South African right to freedom of contract courts. *South African Public Law*, 28(1):40–57.
- Bhana, D. en M. Pieterse. 2005. Towards a reconciliation of contract law and constitutional values: *Brisley and Afrox revisited*. *South African Law Journal*, 122(4):865–95.
- Bilchitz, D. 2010. Does balancing adequately capture the nature of rights? *South African Public Law*, 25(2):424–47.
- Brand, D. 2009. The role of good faith, equity and fairness in the South African law of contract: the influence of the common law and the constitution. *South African Law Journal*, 126(1):27–53.
- Brownsword, R., H.-W. Micklitz, L. Niglia en S. Weatherill (reds.). 2011. *The foundations of European private law*. Oxford/Portland: Hart Publishing.
- Cohen-Eliya, M. en I. Porat. 2012. *Proportionality and constitutional culture*. Cambridge: University Press Cambridge.
- Currie, I. 2010. Balancing and the limitation of rights in the South African Constitution. *South African Public Law*, 25(2):408–22.
- De Ville, J.R. 2005. *Judicial review of administrative action in South Africa*. Durban: LexisNexis Butterworths.
- De Vos, W.L.R. 1991. Die grondwetlike beskerming van siviele prosesregtelike waarborge in Suid-Afrika. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 3:353–71.
- . 1997. Civil procedural law and the Constitution of 1996: an appraisal of procedural guarantees in civil proceedings. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 3:443–61.
- Emiliou, N. 1996. *The principle of proportionality in European law*. Londen: Kluwer International.
- Hugenholtz, W. en W.M. Heemskerk. 2012. *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*. Deventer: Convoy Uitgevers.
- Kelbrick, R. *Civil procedure in South Africa*. 2012. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Kennedy, D. 2011. Transnational genealogy of proportionality in private law. In Brownsword e.a. (reds.) 2011.
- Knigge, A. 1998. *Effectieve toegang tot het civiele geding*. Deventer: Tjeenk Willink.

Lubbe, G. 2004. Taking fundamental rights seriously: The bill of rights and its implications for the development of contract law. *South African Law Journal*, 121(2):395–423.

—. 1990. Die verbod op die ooploop van rente *ultra duplum* – ’n konkretisering van die norm van bona fides. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 53(2):190–202.

Otto, J.M. 1992. Die gemeenregtelike verbod teen die ooploop van rente. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 55(3):472–80.

Rauscher, T., P. Wax en J. Wenzel (reds.). 2008. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*. Band 1. München: C.H. Beck.

Rautenbach, I.M. 2009. Constitution and contract – exploring “the possibility that certain rights may apply directly to contractual terms or the common law that underlies them”. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 4:613–37.

—. 2014. Proportionality and the limitation clauses of the South African bill of rights. *Potchefstroom Electronic Law Review*, 17(6):2229–67.

Rengeling, H.-W. en P. Szczekalla. 2004. *Grundrechte in der Europäischen Union*. Köln: Carl Heymanns Verlag.

Sonnekus, J.C. 2012a. Limitering van renteheffing en die *ultra duplum*-reël: ’n evaluering van die historiese ontwikkeling van die reël en die vermeende oogmerk daaragter (deel 1). *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 2:247–73.

—. 2012b. Limitering van renteheffing en die *ultra duplum*-reël: ’n evaluering van die historiese ontwikkeling van die reël en die vermeende oogmerk daaragter (deel 2). *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 3:387–417.

Tribe, L.H. 1988. *American constitutional law*. Mineola, New York: The Foundation Press.

Van der Merwe, S.W.J., L.F. van Huyssteen, M.F.B. Reinecke en G.F. Lubbe. 2012. *Kontraktereg algemene beginsels*. Claremont: Juta.

Eindnotas

¹ 2015 5 BCLR 509 (KH). Tensy anders aangedui, is alle paragraafverwysings in die eindnotas na hierdie saak.

² Par. 42: “It provides that arrear interest ceases to accrue once the sum of the unpaid interest equals the amount of the outstanding capital.” Sien ook par. 107: “The rule is that arrear interest stops accruing when the sum of the unpaid interest equals the extent of the outstanding capital.”

³ 1998 1 SA 811 (HHA).

⁴(2012:407).

⁵ Sien ook die aanhaling deur Sonnekus (2012a:407) uit *Margo v Gardner; Gardner v Margo* 2010 6 SA 385 (HHA) 388I-J: “Delays inherent in litigation cannot be laid at the door of litigants and it would be unfair to penalise a creditor with the application of the *in duplum* rule while proceedings are pending.” Vir ’n deeglike ontleding van die *in duplum*-reël in historiese en kontemporêre verband, sien Sonnekus (2012a, 2012b), Otto (1992) en Lubbe (1990).

⁶ Die uitspraak van Madlanga R bevat ook ’n belangrike afdeling waarin die hof eenparig vir die eerste keer sy benadering tot die uitbreiding van die hof se jurisdiksie in die Sewentiende Grondwetwysiging verduidelik het (parr. 13–31). Art. 167(3) van die Grondwet bepaal na die wysiging dat benewens grondwetlike aangeleenthede, die hof indien hy verlof tot appèl verleen, ook jurisdiksie het oor enige ander aangeleentheid met argumenteerbare regspunte wat van algemene belang is en wat deur die konstitusionele hof oorweeg behoort te word.

⁷ ’n Hoofuitspraak bevat gewoonlik o.a. die beskrywing van die litigante, jurisdiksie-oorwegings wat ter sprake kan kom, die geskiedenis van die litigasie, uiteensettings van die toepaslike reg, en natuurlik standpunte oor die meriete van die geskil. Die hoofuitspraak of dele daarvan word, soos in hierdie geval, nie noodwendig deur die meerderheid van die hof gesteun nie. Wanneer na die meerderheidsuitspraak verwys word, word verwys na afdelings in die uitspraak wat deur die meerderheid van die hof gesteun is.

⁸ Par. 5.

⁹ Par. 63. Sien ook par. 84.

¹⁰ Parr. 60, 109–10.

¹¹ Parr. 58, 60–2, 64–5, 69–72, 92.

¹² Parr. 124, 126, 128, 132, 144, 151.

¹³ Sien t.o.v. die meerderheidsuitspraak parr. 69–70 en t.o.v. die minderheidsuitspraak parr. 121, 124–5, 151.

¹⁴ Of so ’n graad van selfvertroue ooit realisties kan wees, is ’n ope vraag, want Tribe (1988:583–4) verklaar: “[T]here exists no type of legislation that can be guaranteed to leave important constitutional principles unimpaired ...” Dit geld ook vir reëls van die gemenereg en gewoontereg.

¹⁵ 2007 7 BCLR 691 (KH), 2008 6 SA 229 (KH). Volledigheidshalwe moet gemeld word dat dit in *Barkhuizen* gegaan het oor die grondwetlikheid van ’n bepaling van ’n kontrak waarin ’n tydbeperking van 90 dae na repudiasie vir die instel van ’n aksie in ’n korttermynversekeringskontrak gestel is en nie oor die geldigheid van ’n bepaling van die

gemenerereg soos in die *Paulsen*-saak nie. Vir 'n oorsig van die ontwikkelinge in hierdie verband, sien Van der Merwe e.a. (2012:11–16).

¹⁶ Sien bv. *Minister of Health v New Clicks SA (Pty) Ltd* 2006 8 BCLR 872 (KH), 2006 3 SA 311 (KH) parr. 96–9; *Steenkamp NO v Provincial Tender Board* 2007 3 BCLR 300 (KH), 2007 3 SA 121 (KH) par. 37.

¹⁷ Die gedagte dat openbare beleid in die kontraktereg gebaseer moet word op grondwetlike waardes is vir die eerste keer genoem deur Cameron AR in 'n afsonderlike instemmende uitspraak in *Brisley v Drotsky* 2002 12 BCLR 1229 (HHA), 2002 4 SA 1 (HHA). Hy verwys na die waardes in artt. 1(a) en (b) van die Grondwet wat menswaardigheid en gelykheid insluit (*Brisley* par. 91). Die rede vir die afsonderlike uitspraak was waarskynlik dat Brand, Harms en Streicher ARR in hulle gesamentlike hoofuitspraak lugtig was vir die “skaduwee van die Grondwet”. Hulle het verklaar: “'n Hof kan nie skuiling soek in die skaduwee van die Grondwet om vandaar beginsels aan te val en omver te werp nie; wel in die lig van die Grondwet kan en moet die reg *aangepas* word. In hierdie konteks is vaagweg na konstitusionele waardes verwys sonder om spesifiek te wees” (*Brisley* par. 24; kursivering deur die regters).

¹⁸ *Barkhuizen* parr. 28–9; *Paulsen* parr. 58, 61–2. Sien ook *Brisley* par. 24; *Afrox v Health Care Bpk v Strydom* 2002 6 SA 21 (HHA) par. 18; *Bredenkamp v Standard Bank of SA Ltd* 2010 9 BCLR 892 (HHA) par. 2; Bhana en Pieterse (2005:870); Brand (2009:27); Lubbe (2004:400).

¹⁹ *Barkhuizen* parr. 28–9; *Paulsen* parr. 60–1, 64.

²⁰ Sien Rautenbach (2009:620); Rengeling en Szezekalla (2004:441).

²¹ Sien hieroor Rautenbach (2009:619–24).

²² 1996 5 BCLR 658 (KH), 1996 3 SA 850 (KH) par. 32. Art. 8(3)(a) lui: “By die toepassing van 'n bepaling van die Handves van Regte op 'n natuurlike of regspersoon ingevolge subartikel (2) – (a) moet 'n hof, ten einde gevolg te gee aan 'n reg in die Handves, die gemenerereg toepas, of indien nodig ontwikkel, in die mate waarin wetgewing nie aan daardie reg gevolg gee nie; ...”

²³ Art. 8(2) lui: “'n Bepaling van die Handves van Regte bind 'n natuurlike of 'n regspersoon indien, en in die mate waarin, dit toepasbaar is met inagneming van die aard van die reg en die aard van enige plig deur die reg opgelê.”

²⁴ Hierdie stelling is onlangs herhaal in *South African Police Service v Solidarity obo RM Barnard* 2014 10 BCLR (KH) par. 162.

²⁵ Sien *Bredenkamp v Standard Bank of SA Ltd* 2010 9 BCLR 892 (HHA) par. 47: “[W]here a lease provides for the sublease with the consent of the landlord ... [such] a term is *prima facie* innocent ... But would the landlord attempt to use it to prevent the property from being sublet in circumstances amounting to discrimination under the equality clause, the term is

not enforced.” Sien ook *Ramakatsha v Magashule* 2013 2 BCLR 202 (KH). In hierdie saak is die grondwetlikheid van regsreëls uit hoofde waarvan die kontrak (die grondwet van 'n politieke party) of enige bepaling van hierdie “kontrak” nie ter sprake nie, maar het die hof die grondwetlikheid van optrede van een van die partye ingevolge die bepalings van die kontrak oorweeg (parr. 60, 74).

²⁶ *Contra* Van der Merwe e.a. (2012:13), wat meen dat “in gevalle waar die balansering van belange uiters fyn is, soos by beweerde onbillike kontrakbedinge, kontraktuele billikheid sal afhang van die standaard wat in die bepaling oor die beperking van basiese regte vervat is – en daardie standaard is uiteraard bra rof.”

²⁷ Par. 5.

²⁸ Par. 6.

²⁹ *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH) par. 102; *Prince v President of the Law Society of Cape of Good Hope* 2002 3 BCLR 231 (KH), 2002 2 SA 794 (KH) par. 22.

³⁰ Par. 63.

³¹ Parr. 61–2.

³² Par. 144: “It is true that suspending the rule may deter some debtors from pursuing valid defences because they do not want to risk being held liable for a large interest payment should they lose.”

³³ *Affordable Medicines Trust v Minister of Health of RSA* 2005 6 BCLR 529 (KH), 2006 3 SA 247 (KH) par. 59.

³⁴ *S v Makwanyane* par. 104.

³⁵ Sien bv. in die algemeen t.o.v. Wes-Europa, Emiliou (1996).

³⁶ Klatt en Meister (2012:12–3) en die bydrae van Kennedy (2011).

³⁷ Vir algemene besprekings van die toepassing van proporsionaliteitsbeginsels in die Suid-Afrikaanse reg, sien Currie (2010:408–22); Bilchitz (2010:424–47); Barrie (2013:40–57); Rautenbach (2014:2229–67).

³⁸ *S v Steyn* 2001 1 BCLR 52 (KH), 2001 1 SA 1146 (KH) par. 37; *Teddy Bear Clinic for Abused Children v Minister of Justice and Constitutional Development* 2013 12 BCLR 1429 (KH) par. 96. Sien ook die bespreking deur Klatt en Meister (2012:12–3).

³⁹ Art. 36(1)(a) en (c) van die Grondwet.

⁴⁰ De Vos (1991:369) en (1997:458). Sien ook Hugenholtz en Heemskerk (2012:10–11).

⁴¹ Sien oor “wapengelykheid” Kelbrick (2012:24); Knigge (1998:174); Rauscher, Max en Wenzel (2008:44–5).

⁴² *Paulsen v Slip Knot Investments* 2014 4 SA 253 (HHA) parr. 29–30.

⁴³ Parr. 66, 74.

⁴⁴ Par. 75.

⁴⁵ Art. 36(1)(b) van die Grondwet.

⁴⁶ Parr. 71, 123, 127–8.

⁴⁷ Par. 71 en minderheidsuitspraak par. 128.

⁴⁸ Otto (1992:477).

⁴⁹ Par. 44; sien ook par. 107.

⁵⁰ Sonnekus (2012b:408).

⁵¹ Par. 44

⁵² (1885–1888) 2 SAR TS 85.

⁵³ *Paulsen* par. 82. Sonnekus (2012b:408) verwys hierna as die doel om kredietrisiko’s te beperk en volgens hom het die klem vanaf die historiese oogmerk om die skuldenaar te beskerm, verskuif na die beskerming van “die belange van derdes en die breë gemeenskap wat nie insae in die ooreenkoms het wat die regsverhouding tussen die twee partye direk beheers nie” (2012b:408), en na “die optrede van die skuldeiser wat te lank nalaat om die skuld op te vorder en daardeur meewerk om ’n onjuiste beeld oor die kredietwaardigheid van die skuldeiser as swaar verskuldigde kredietlener te versprei” (2012b:407). Soos hier bo aangedui, is die beskerming van kredietopnemers in die *Paulsen*-saak egter nog steeds baie sterk beklemtoon.

⁵⁴ Art. 36(1)(d) van die Grondwet.

⁵⁵ Sien bv. *S v Williams* 1995 7 BCLR 861 (KH), 1995 3 SA 632 (KH) par. 86.

⁵⁶ Par. 125.

⁵⁷ Par. 134 en sien ook die verwysings na Sonnekus (2012b:407) en die *Margo*-saak in eindnota 8 hier bo.

⁵⁸ Parr. 128–132, 134.

⁵⁹ Par. 70 en minderheidsuitspraak par. 128. Sien ook die stelling in die *Paulsen*-uitspraak in die HHA par. 50: “The mischief which *Oeanate* was directed at was a debtor’s dilatoriness, which may include taking advantage of the courts’ civil procedures and the law’s delays to avoid prompt payment of a debt that was obviously due.”

⁶⁰ Parr. 138–40.

⁶¹ Par. 65.

⁶² Par. 83.

⁶³ Par. 70.

⁶⁴ Par. 78.

⁶⁵ Art. 36(1)(e) van die Grondwet.

⁶⁶ Par. 84.

⁶⁷ Par. 10.

⁶⁸ Die *Paulsen*-uitspraak van die HHA parr. 50–7.

⁶⁹ *Paulsen* par. 89. In par. 90 word verklaar: “I disavow any suggestion that this conclusion constitutes a development of the common law. This is but a rejection of the *Oeanate* development, which, because of the competing public considerations, could not appropriately be made by a court.”

⁷⁰ 1999 1 BCLR 1 (HHA), 1998 4 SA 1196 (HHA) par. 17.

⁷¹ *Pakendorf v De Flamingh* 1982 3 SA 146 (A).

⁷² *Bogoshi* parr. 17–8.

⁷³ Par. 58.

⁷⁴ Par. 91.

⁷⁵ 2004 7 BCLR 687 (KH), 2004 4 SA 490 (KH) par. 48. Kursivering bygevoeg.

⁷⁶ Sien De Ville (2005:214 vn. 167); *Wagener v Pharmacare Ltd; Cuttings v Pharmacare Ltd* 2003 7 BCLR 710 (HHA) par. 37. T.o.v. ’n hof se plig om polisentriese administratiewe besluite binne die raamwerk van die grondwetlike vereistes vir geldige administratiewe handelinge met omsigtigheid te benader, is in die *Bato Star*-saak par. 48 verklaar: “This does not mean however that where the decision is one which will not reasonably result in the achievement of the goal, or which is not reasonably supported by the facts or not reasonable in the light of the reasons given for it, a court may not review the decision. A court should not

rubberstamp an unreasonable decision simply because of the complexity of the decision or the identity of the decision-maker.”

⁷⁷ Par. 114.

⁷⁸ Parr. 81, 139–40.

⁷⁹ Par. 35.

⁸⁰ 2001 10 BCLR 995 (KH), 2001 4 SA 938 (KH).

⁸¹ Par. 88.

⁸² Parr. 76, 88. Sien egter die opmerking van Tribe (1988:584): “[T]here is simply no way for courts to review legislation in terms of the Constitution without repeatedly making difficult substantive choices among competing values, and indeed among inevitably controverted political, social, and moral conceptions.”

⁸³ Par. 154.

⁸⁴ 2005 9 BCLR 835 (KH), 2005 6 SA 419 (KH) par. 16.

⁸⁵ “concepts that are open to policy considerations” – par. 117.

⁸⁶ Par. 117.

⁸⁷ Par. 115. Sien ook *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Home Affairs* 2000 1 BCLR 39 (KH), 2000 2 SA 1 (KH) par. 75.

⁸⁸ Sien *Thebus v S* 2003 10 BCLR 1100 (KH), 2003 6 SA 505 (KH) par. 28 en t.o.v. statutêre bepalings, die *obiter*-opmerkings in *Wary Holdings (Pty) Ltd v Salwo (Pty) Ltd* 2008 11 BCLR 1123 (KH), 2009 1 SA 337 (KH) par. 107.

⁸⁹ Parr. 119–20.

⁹⁰ Sien die opmerking van Madlanga R par. 91.

⁹¹ Die *Paulsen*-uitspraak van die HHA par. 55.