

Vonnisbespreking: Die (ongegronde) grondslag vir die klassifisering en werking van retensieregte in die Suid-Afrikaanse reg

United Building Society v Smookler's Trustees and Golombick's Trustee 1906 TS 623

Mitzi Wiese

Mitzi Wiese, Departement Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika

Abstract

The (unfounded) basis of the classification and operation of liens in South African law

In principle, South African law distinguishes between enrichment liens and debtor and creditor liens. Enrichment liens are classified as real security rights, but debtor-creditor liens are not. It seems illogical that the same concept in law, a lien, is classified as a real security right in some instances only. This case discussion analyses the origin of this illogical classification of liens, namely *United Building Society v Smookler's Trustees and Golombick's Trustee 1906 TS 623*. In this case, Bristowe J classified liens on the basis of their enforceability against third parties. He concluded that a lien for useful and necessary expenses is always an enrichment lien and thus a real security right.

This case discussion evaluates the facts, legal arguments and finding in *United Building Society v Smookler's Trustees* and then provides a critical analysis of the judgment. Each relevant statement of the judge is discussed, followed by an interpretation of the statement. The interpretations are supported by references to relevant case law, legislation and academic writings. The judge's references to Voet are analysed and evaluated by examining them in their proper context in the works of Voet. The definition of a lien and the distinction between a lien and a tacit hypothec, as well as their legal nature, are discussed. Next, attention is given to the type of expenses that may be incurred in respect of a thing and the different liens that serve as security for such expenses. Lastly, the judge's understanding of third-party operation (real operation) is dealt with.

The conclusion is that the court erred when it held that the builder concerned had an enrichment lien, which gave him preference over the bank's claim. It is clear from the writings of Voet and the applicable provisions of the Insolvency Act 24 of 1936 that no distinction should be made between an enrichment lien and a debtor-creditor lien with regard

to its third-party operation and preference. Accordingly, all liens have third-party operation and enjoy preference over other creditors' claims.

Keywords: *Bona fide* possessor; builder's lien; contractual claim; debtor-creditor lien; enrichment claim; enrichment lien; *ex lege*; improvement lien; *ius retentionis*; lien; *necessariae impensae*; personal right; physical control; preference; real operation; real right; real security right; *rei vindicatio*; right of retention; salvage lien; tacit hypothec; *utiles impensae*; *voluptuariae impensae*

Trefwoorde: bewaringsretensiereg; *bona fide*-besitter; bouersretensiereg; derdewerking; *ex lege*; fisiese beheer; *ius retentionis*; kontraktuele eis; *necessariae impensae*; persoonlike reg; *rei vindicatio*; retensiereg; saaklike reg; saaklike sekerheidsreg; saaklike werking; skuldeiser-skuldenaar-retensiereg; stilswyende hipoteek; *utiles impensae*; verbeteringsretensiereg; verrykingseis; verrykingsretensiereg; *voluptuariae impensae*; voorkeurorde

1. Inleiding

United Building Society v Smookler's Trustees and Golombick's Trustee 1906 TS 623 is 'n belangrike saak wat 'n fundamentele rol speel ten aansien van retensieregte. Hierdie beslissing het betrekking op 'n verskeidenheid aspekte van retensieregte, insluitende die onderskeid tussen 'n retensiereg en 'n stilswyende hipoteek, die klassifisering van verskillende tipes retensieregte, die aard van die uitgawes aangegaan, die derdewerking van 'n retensiereg en die voorkeurposisie van 'n retensiereghouer.

'n Retensiereg is 'n magtige wapen in die hand van die retensiereghouer om die *rei vindicatio* van 'n eienaar af te weer. 'n Uitstaande en opeisbare vorderingsreg, tesame met fisiese beheer, word vereis ten einde op 'n retensiereg te steun (Scott en Scott 1987:85; Van der Merwe 1989:711; Sonnekus en Neels 1994:769; Scott 2008a, parr. 49–50; Badenhorst e.a. 2006:412; Du Bois e.a. 2007:661; Van der Walt en Pienaar 2009:301; Mostert e.a. 2010:365). Die voordeel van hierdie magtige wapen is dat dit sonder enige tussenkoms van die howe uitgeoefen kan word en gevolglik geen regs-koste en langsame regsprosedures vereis nie. Ten einde retensieregte doeltreffend uit te oefen, is dit van belang om die werklike regs-aard en werking daarvan te ontleed. 'n Retensiereg is wel tot voordeel van die skuldeiser, maar mag nie die skuldenaar of derdes op 'n onbillike wyse benadeel nie.

United Building Society v Smookler word beskou as die bron van die onderskeid tussen die verskillende soorte retensieregte en die aard en werking daarvan in ons reg. In daaropvolgende regspraak word dikwels na *United Building Society v Smookler* as gesag verwys (sien o.m. *Brooklyn House Furnishers (Pty) Ltd v Knoetze* 1970 3 SA 264 (A) 271; *D Glaser and Sons (Pty) Ltd v The Master* 1979 4 SA 780 (K) 787; *Syfrets Participation Bond Managers Ltd v Estate and Co-op Wine Distributors (Pty) Ltd* 1989 1 SA 106 (W) 110C; *Goudini Chrome (Pty) Ltd v MCC Contracts (Pty) Ltd* 1993 SA 77 (A)). Daar kan met sekerheid aangevoer word dat dit uiters onlogies is dat dieselfde regsfiguur (retensiereg) in een geval (verrykingsretensiereg) 'n saaklike reg vestig en in 'n ander geval (skuldenaar-skuldeiser-retensiereg) bloot 'n persoonlike reg (oftewel geen saaklike reg nie) (Sonnekus 1983:102–6; 1991:462; Sonnekus en Neels 1994:771–2). Hierdie vonnisbespreking bevraagteken die juistheid van die onderskeid tussen die verskillende retensieregte en die

aard en werking daarvan. (Sien Sonnekus 1983:102–6; 1991:462; Sonnekus en Neels 1994:771-2; Wiese 2014:2526–53 en *ABSA Bank Ltd t/a Bankfin v Stander t/a CAW Paneelkloppers* 1998 1 SA 939 (K) 944E-F, waarin die juistheid van die klassifikasie van 'n retensiereg as 'n subjektiewe reg bevraagteken word.) Daarna word die feite en regsargumente waarop die regter se bevinding berus, bespreek. 'n Kritiese ontleding van die uitspraak volg daarop, asook sekere slotopmerkings.

2. Feite

Smookler het in die winter van 1904 met 'n verkoper ooreengekom om sy erf te koop. Voordat Smookler oordrag van die erf geneem het, het hy 'n leningsooreenkoms met die destydse United Building Society (UBS) aangegaan (5 Oktober 1904) ten einde die koopprys te betaal en geboue op die erf op te rig. Hy het daarna (17 Oktober 1904) 'n ooreenkoms met Golombick aangegaan ingevolge waarvan Golombick 'n gebou teen £2 400 moes oprig. Golombick het dadelik begin werk. Die UBS het daarna £1 200 aan Smookler oorhandig, waarvan £460 vir die koopprys van die erf was. Die erf is daarna (12 Desember 1904) aan Smookler oorgedra en terselfdertyd is 'n verband ten gunste van die UBS as sekuriteit vir die lening oor die erf geregistreer. Golombick het die gebou voltooi en in beheer daarvan gebly as sekuriteit vir betaling van die uitstaande bedrag waarop die partye ooreengekom het. Smookler is kort daarna gesekwestreer en die erf met die geboue daarop is vir £1 900 verkoop, waarvan £300 vir die erf was en die restant vir die geboue op die grond. Golombick het in Augustus 1905 afstand gedoen van sy beheer van die grond nadat die trustees van Smookler se insolvente boedel sy eis erken het. Die trustees van Smookler se insolvente boedel het voorkeur aan Golombick se eis verleen bo dié van die UBS. Die UBS het by die hof aansoek gedoen om die distribusierekening te wysig en aan sy eis voorkeur te verleen bo dié van Golombick (623–4).

3. Regsargumente

Die applikant, die UBS, beweer dat sy eis voorkeur moet geniet, aangesien die verband ter versekering van die uitstaande koopsom geregistreer was en dit dus in wese 'n kustingbrief was (626). Met verwysing na *Re Estate of Buissinne* 1 Menz. 318 as gesag, voer hy aan dat 'n kustingbrief altyd voorkeur geniet bo vroeëre stilswyende hipoteke. Daarbenewens betoog hy dat 'n bouer 'n retensiereg teen 'n eienaar vestig, maar nie teen 'n persoon wat in 'n sterker posisie as die eienaar is nie. Volgens hom is 'n retensiereg 'n persoonlike reg wat slegs teen die ander kontraksparty afdwingbaar is (624).

Die applikant was van mening dat 'n bouer geen retensiereg teen die houer van 'n spesiale verband het nie. Hy verwys na Voet (*Commentarius ad Pandectas* 20.1.4; 20.2.28) en voer aan dat ons reg 'n onderskeid maak tussen 'n *ius retentionis* en 'n stilswyende hipoteek, en dat die skuldeisers na wie Voet verwys, slegs konkurrente skuldeisers is. Laastens verklaar die applikant dat die erkenning van 'n voorkeurreg ten gunste van 'n bouer bo die reg van 'n spesiale verbandhouer strydig met regsbeleid sal wees. Alle beperkings op die grondstuk (erf) moet teen die titel van die grond verskyn, met uitsondering van universele vennootskappe ingevolge 'n huwelik en regte ingevolge 'n testament (624).

Die respondente, Smookler se trustees en Golombick se trustee, het egter aangevoer dat die verband van UBS nie as 'n kustingbrief kwalifiseer nie, aangesien Smookler die lening aangegaan het om vir die verbeteringe te betaal. Oor die aard van 'n retensiereg argumenteer hulle, met verwysing na *Maasdorp's Institutes of South African Law* (vol. 2, 251, 281), dat die reg nóg 'n persoonlike reg nóg 'n saaklike reg is, maar dat dit 'n eiesoortige regs aard het (624–5).

Volgens die respondente is Voet (*Commentarius ad Pandectas* 20.2.28) gesag vir die stelling dat 'n retensiereg absoluut is en dus teen alle skuldeisers afdwing kan word: “As to the question of privity, privity can only be against the *dominus*; if the right exists against him, it must exist against the whole world or else it would be valueless.”

In repliek hierop voer die applikant aan dat Voet onderskei tussen 'n *ius retentionis*, wat roerende goed raak, en 'n *ius retentionis*, wat onroerende goed raak, en dat 'n *bona fide*-besitter 'n spesiale regsposisie beklee en sy retensiereg van 'n ander aard is. Hy wei egter nie uit oor die ander aard daarvan nie. Daar word aangevoer dat die hof slegs op grond van voldoende gesag kan bevind dat 'n retensiereg sterker as 'n saaklike reg (spesiale verband) is. Voorts betoog hy dat die besondere regsposisie van 'n *bona fide*-besitter ten opsigte van grond nie na ander gevalle uitgebrei kan word nie (625).

4. Bevinding

Ter aanvang verduidelik regter Bristowe dat die applikant, die UBS, 'n wysiging eis van die distribusierekening wat deur die trustees van Smookler se insolvente boedel opgestel is. Die huis en erf wat aan Smookler behoort het, is in eksekusie vir £1 900 verkoop. Die eerste respondent, die trustees van Smookler se insolvente boedel, het egter 'n som van £96.17s.3d. aan die tweede respondent, die kurator van Golombick se insolvente boedel, toegeken. Hierdie bedrag verteenwoordig die eerste paalement van die opbrengs van die verkoop van die huis en erf wat deel van Smookler se insolvente boedel uitgemaak het. Die UBS voer aan dat die kurator van Golombick se insolvente boedel nie op daardie bedrag geregtig is nie (625–6). Ten einde te bepaal wie op die bedrag geregtig is, moet die hof bepaal of Golombick (die bouer) 'n retensiereg het op die verbeteringe wat aangebring is, en, indien wel, of hierdie retensiereg teen die UBS afdwingbaar is.

Regter Bristowe bevind dat Golombick geregtig is op 'n retensiereg vir die verbetering van die grond, en dat hierdie retensiereg afdwingbaar teen derdes is. Hy beslis (634) dat £1 600, die bedrag waarmee die waarde van die grond verhoog is, aan Golombick toegeken moet word. Die hof beslis ook dat die retensiereg van Golombick ten opsigte van dié bedrag voorkeur geniet bo die verband van UBS. Die hof beslis wel dat die UBS, as houer van 'n kustingbrief 'n voorkeureis het ten opsigte van die £300 wat die waarde van die grond verteenwoordig. Die bedrag van £96.17s.3d. waarop die applikant aanspraak gemaak het, moet volgens die hof proporsioneel verdeel word. Hierdie bedrag verteenwoordig die balans, ná die betaling van uitgawes, van die eerste paalement van die opbrengs van die huis en erf wat deel van Smookler se boedel uitgemaak het en vir £1 900 in eksekusie verkoop is. Die regter beperk sy uitspraak tot watter party op die restant van die uitstaande paalemente geregtig is (625–6).

Vervolgens word die onderskeie aspekte wat die hof oorweeg het om tot hierdie bevinding te kom, bespreek.

5. Kritiese ontleding van die uitspraak

Ek bespreek die uitspraak met verwysing na die omskrywing van *retensieregte* en die onderskeid tussen 'n retensiereg en 'n stilswyende hipoteek, die regs aard van 'n retensiereg, verskillende soorte uitgawes aangegaan, verskillende soorte retensieregte, die derdewerking van retensieregte en die voorkeurposisie van 'n retensiereghouer.

5.1 Omskrywing van retensiereg en die onderskeid tussen 'n retensiereg en 'n stilswyende hipoteek

Die regter verwys na 'n bouersretensiereg as die toepaslike retensiereg. Hoewel hierdie spesifieke verwysing die indruk kan wek dat 'n bouersretensiereg 'n besondere soort retensiereg is, is dit nie die geval nie. Die verskillende kategorieë van retensieregte word hier onder (par. 5.4) bespreek. Die regter omskryf 'n retensiereg soos volg (626–7):

The right of retention enjoyed by the builder of a new house is one of a number of liens, if we may be allowed the expression (assuming the form occasionally of a tacit hypothec, but usually of a *ius retentionis*), which arises from the fact that one man has put money or money's worth into the property of another.

Die hof maak hier 'n onderskeid tussen 'n stilswyende hipoteek (*tacit hypothec*) en 'n retensiereg (*ius retentionis*), as sou dit twee verskillende regsverskynsels wees. Twee aspekte rakende die bostaande aanhaling word bespreek: eerstens, *lien* as sambreelbegrip vir 'n retensiereg en 'n stilswyende hipoteek en tweedens, die onderskeid tussen 'n retensiereg en 'n stilswyende hipoteek.

Dit is vreemd dat die hof die term *lien* in hierdie gedeelte as 'n sambreelterm vir 'n retensiereg en 'n stilswyende hipoteek gebruik. 'n Lien kan, volgens hierdie aanhaling, dus 'n retensiereg of 'n stilswyende hipoteek wees. In vroeëre beslissings (*Trustee of Walker v Jones, Cosnett and Ball* 1883 2 SC 354, 355; *Hudson's Trustee v Wiley* 1884 4 EDC 299, 300) omskryf die hof 'n retensiereg as 'n *tacit hypothec*. In *The Colonial Government v Smith, Lawrence and Mould* 1886 4 SC 194, 199 verwys hoofregter Van Heerden na “the question of tacit hypothecation, and about the question of retention”. Die regter onderskei dus tussen 'n stilswyende hipoteek en 'n retensiereg. Scott (2008a, par. 49 vn. 1) verduidelik dat die begrip *lien* soos dit in die Engelse reg gebruik word, nie dieselfde as die Suid-Afrikaanse retensiereg is nie. Laasgenoemde is nie so ingewikkeld en ver ontwikkel as *lien* in die Engelse reg nie. Regter Bristowe se gebruik van die woord *lien* as sambreelbegrip vir 'n retensiereg en 'n stilswyende hipoteek berus waarskynlik op die Engelsregtelike *lien* en word nie as sodanig in die Suid-Afrikaanse reg erken nie. Die meer aanvaarbare siening is dat die sambreelterm *stilswyende verbande* of *stilswyende sekerheidsregte* (nie *lien* nie) sowel stilswyende hipoteke as retensieregte insluit. Dit dui daarop dat hierdie regte stilswyend deur regswerking (nie deur ooreenkoms nie) ontstaan.

Wat die onderskeid tussen 'n retensiereg en 'n stilswyende hipoteek betref, is dit belangrik om daarop te let dat 'n groot verskeidenheid persone ingevolge die gemene reg in gegewe omstandighede 'n stilswyende hipoteek kon vestig (Scott 2008b, parr. 435–6). Hierdie stilswyende hipoteke het egter dikwels onregverdige regsgevolge gehad, want aangesien die regte nie geregistreer is nie, kon derdes en kredietverleners nie bepaal of die bates wat as sekuriteit aangebied is, reeds met 'n stilswyende hipoteek beswaar is nie (Van der Merwe 1989:493). Gevolglik is die meeste van die gemeenregtelike stilswyende hipoteke deur wetgewing tot niet gemaak. Die stilswyende hipoteek van 'n verhuurder en die stilswyende hipoteek van 'n kredietgewer is die enigste gemeenregtelike stilswyende hipoteke wat in die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg erken word. Stilswyende hipoteke word as saaklike sekerheidsregte beskou (Scott 2008b, parr. 435–6; Badenhorst e.a. 2006:403-6; Du Bois e.a. 2007:655-9; Van der Walt en Pienaar 2009:274; Mostert e.a. 2010:360-5).

Regter Bristowe delf dieper in die onderskeid tussen 'n stilswyende hipoteek en 'n retensiereg (627): “Whether in any particular case the lien shapes itself as a hypothec or a *ius retentionis* would appear to depend on the circumstance of possession.” Hy dui aan dat besit (*possession*) 'n vereiste vir die bestaan van 'n retensiereg is. In die afwesigheid van besit deur die persoon wat die eiendom verbeter het of geld en/of arbeid daaraan bestee het, kan slegs 'n hipoteek gevestig word – geen retensiereg word gevestig nie. 'n Persoon wat bloot herstelwerk aan 'n bestaande huis doen, word as voorbeeld genoem. As gesag vir hierdie stelling verwys die hof na *Israelson Trustees v Harris and Black* 22 S.C. 135, wat handel oor die beheervereiste as element van die besitsvereiste by retensieregte. Hoofregter De Villiers moes die vraag beantwoord of 'n stel sleutels van 'n kamer in 'n gebou 'n retensiereg oor die hele gebou vestig (138). Die regter beslis dat 'n bepaling in die Polisie Wet 5 van 1861 wat handel oor onregmatige en wederregtelike betreding van grond, nie die reg ten aansien van retensieregte beïnvloed nie, maar wel benadruk dat fisiese beheer 'n vereiste vir die vestiging van 'n retensiereg is. In die spesifieke geval het die verweerders nie fisiese beheer oor die gebou in sy geheel gehad nie en gevolglik beslis hoofregter De Villiers (139–40) dat geen retensiereg gevestig is nie. Die verwysing na *Israelson Trustees in United Building Society v Smookler* dien dus slegs as gesag vir die standpunt dat 'n retensiereg beheer oor die saak vereis.

Die regter se standpunt is soos volg: Indien die skuldeiser in beheer van die saak is, vestig hy 'n retensiereg; in die afwesigheid van beheer vestig die skuldeiser 'n stilswyende hipoteek, of geen saaklike reg nie.

Van der Merwe (1989:492) verduidelik:

[S]tilswyende hipoteke [verskil] van retensieregte deurdat volgehoue besit van die sekerheidsvoorwerp 'n vereiste vir die uitoefening van 'n retensiereg is, terwyl 'n stilswyende hipoteek kan bestaan sonder dat die skuldeiser in besit van die saak hoef te wees.

'n Verhuurder kan egter in beheer (besit) van die saak wees en sy hipoteek uitoefen. 'n Skuldeiser wat in beheer van die saak is, kan gevolglik 'n retensiereg of 'n stilswyende hipoteek oor die saak uitoefen.

'n Stilswyende hipoteek vereis nie beheer oor die sekerheidsobjek deur die skuldeiser nie en kan saam met die vorderingsreg waaraan dit gekoppel is, gesedeer word. 'n Retensiereg

vereis ononderbroke beheer oor die sekerheidsobjek en is onoordraagbaar. Die stilswyende hipoteek van sowel 'n verhuurder as 'n kredietgewer word in die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg as 'n saaklike sekerheidsreg erken. 'n Retensiereg word deur sommige skrywers as 'n saaklike sekerheidsreg beskou en deur ander as 'n blote verweer teen die *rei vindicatio*. Ongeag die ware aard van 'n retensiereg word dit ook in artikels 2 en 47 van die Insolvensiewet bekragtig. (Sien die bespreking van die voorkeurposisie in par. 5.6 hier onder. Sien ook Van der Merwe 1989:502; Sonnekus en Neels 1994:764–8; Badenhorst e.a. 2006:403; Van der Walt en Pienaar 2009:295; Mostert en Pope (reds.) 2010:360.)

Die hof verwys ook na die volgende voorbeelde van stilswyende hipoteke en retensieregte (627): 'n stilswyende hipoteek vir die herstel van 'n bestaande huis; 'n retensiereg ten gunste van ambagsmanne vir die vervaardiging of herstel van bepaalde roerende sake; 'n *bona fide*-besitter se retensiereg op grond waarop hy 'n gebou of geboue opgerig het. Regter Bristowe doen, met verwysing na die *Digesta* (50.17.206), aan die hand dat hierdie stilswyende hipoteke op die stelreël *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem* (dit is ooreenkomstig die billikheid van natuurlike reg dat niemand ten koste van iemand anders moet wins maak nie) berus. Dit wil voorkom of die regter meen dat die basis van al hierdie retensieregte die beginsel is dat geen persoon onregmatig ten koste van 'n ander verryk mag word nie. Dit is egter onverklaarbaar waarom die skuldeiser se eise in al hierdie gevalle op verryking moet steun. Al die genoemde retensieregte kan en sal dikwels eerder 'n eis verseker wat uit 'n kontrak voortspruit: 'n bouer sal waarskynlik 'n ooreenkoms met die eienaar van die grond hê om 'n huis daarop te bou. Dit lyk of die regter self nie heeltemal seker is nie, want hy verklaar: “We think it may be said ...”

5.2 Regsaard van retensiereg

Daarna laat regter Bristowe hom soos volg oor bewarings- en verbeteringsretensieregte uit (632):

Now a *ius retentionis* for *necessariae* or *utiles impensae* may well be, and we think is, a real right. No doubt it is not possession in the legal sense, but it is a right to exclude every one else from possession during continuance of a certain state of things. It is therefore a right to exclude the world from the enjoyment of one of the most important of the privileges which accompany *dominium*.

Die woorde “may well be” en “we think” dui daarop dat die regter onseker is oor sy stelling dat 'n retensiereg vir noodsaaklike of nuttige uitgawes 'n saaklike reg is. Hy vermeld ook geen gesag of verduideliking vir hierdie standpunt nie. Dit is ook nie duidelik wat hy met “possession in the legal sense” bedoel nie. Dit wil voorkom of hy meen dat besit 'n saaklike reg is, aangesien hy “possession in a legal sense” noem en dan ook nog aandui dat die reg die bevoegheid aan die retensiereghouer verleen om derdes uit te sluit van een van die “privileges” van eiendomsreg, te wete besit. Teen die standpunt in ons reg dat besit 'n reg is, beweer Sonnekus en Neels dat besit nie 'n subjektiewe reg kan wees nie (sien die bespreking van besit as 'n subjektiewe reg in 1994:125–6). Die regter regverdig sy afleiding deur die res van die aanhaling, waarin hy besit met eiendomsreg in verband bring. Moontlik het hierdie uitlating hoofregter Steyn in *Kommissaris van Binnelandse Inkomste v Anglo American (OFS) Housing Co Ltd* 1960 3 SA 642 (A) 657C–G laat tas na die *subtraction from the dominium*-toets om die aard van 'n retensiereg te bepaal (sien Wiese 2013:733–42).

Die hof verwerp die argument dat 'n retensiereg vanweë die registrasievereiste nie 'n saaklike reg kan wees nie op grond daarvan dat registrasie slegs van toepassing is op regte wat deur die regshandelinge van partye geskep word (632). Hy dui aan dat daar geen regsreël is wat bepaal dat saaklike regte wat *ex lege* geskep word, nie afdwingbaar is tensy dit geregistreer word nie. Sonnekus en Neels (1994:769–70) voer juis aan dat 'n retensiereg nie 'n saaklike reg kan wees nie, onder andere omdat dit nie geregistreer kan word nie.

Die regter se onsekerheid oor die aard van retensieregte kom na vore waar hy hom uitlaat oor die moontlikheid dat 'n retensiereg net 'n blote verweer is (632):

Furthermore we doubt whether it is correct to say [...] that the *ius retentionis* is a mere weapon of defence, for we think that if a person exercising that right were forcibly dispossessed he might make use of it as a weapon of offence in an action for spoliation.

Volgens die regter, wat weer eens nie seker van sy standpunt is nie (vgl. “we doubt” en “we think”), is 'n retensiereg nie bloot 'n verweer nie. Ek vind dit vreemd en onjuis dat die hof hier na 'n retensiereg as 'n “weapon of offence” verwys. Dit is belangrik om daarop te let dat die mandament van spolie nie die retensiereg beskerm nie, maar wel die beheer van die retensiereghouer oor die saak. Dit is onmoontlik om 'n retensiereg as 'n “weapon of offence in an action for spoliation” te gebruik. Die hof poog waarskynlik hier bloot om te verduidelik dat 'n retensiereghouer wat beheer oor 'n saak uitoefen, ingevolge sy retensiereg daardie beheer met die mandament van spolie kan beskerm.

Die hof verduidelik dan waarom skuldeiser-skuldenaar-retensieregte nie saaklike regte is nie. Regter Bristowe meld dat alhoewel hy 'n retensiereg vir noodsaaklike en nuttige uitgawes as 'n saaklike reg beskou (632), dit nie beteken dat 'n skuldeiser-skuldenaar-retensiereg ook 'n saaklike reg is nie. Dit kom voor dat die regter onseker is oor die wyse waarop skuldeiser-skuldenaar-retensieregte gevestig word. Hy meld dat indien hierdie soort retensieregte deur regswerking tot stand kom, dit steeds nie saaklike regte tot gevolg het nie, aangesien die retensieregte nie teen derdes afdwingbaar is nie. Voorts vermeld hy dat 'n reg wat uit 'n kontrak ontstaan, nie 'n saaklike reg is nie, aangesien sodanige saaklike regte net deur registrasie geskep kan word. Dit kom voor of die regter die vestiging van retensieregte en die regsgrond van die vorderingsreg waarvoor die retensiereg as sekuriteit dien, verwar. Alle retensieregte ontstaan *ex lege*. Die ontstaansbron van die vorderingsreg waarvoor die retensiereg as sekerheid dien, kan ongeregverdigde verryking of 'n kontrak wees.

Ná hierdie bespreking van die aard van 'n skuldeiser-skuldenaar-retensiereg beslis regter Bristowe dat 'n skuldeiser-skuldenaar-retensiereg afdwingbaar is teen die skuldeisers van die skuldenaar indien hulle kennis gehad het van die ooreenkoms tussen die retensiereghouer en die skuldenaar (633). Indien bouersretensieregte altyd as skuldeiser-skuldenaar-retensieregte geklassifiseer kan word, sal die retensiereg van Golombick nie voorkeur bo die verband van UBS geniet nie, tensy UBS kennis gehad het van die retensiereg. Die regter bevind dat dit onnodig is om oor hierdie aangeleentheid te beslis (633).

5.3 Uitgawes aangegaan

Die hof dui aan dat die uitgawes wat een persoon ten opsigte van die grondstuk van 'n ander persoon kan aangaan, op die volgende wyse ingedeel kan word (627):

(1) *necessariae impensae*, that is, expenses which are necessary for the preservation of the property; (2) *utiles impensae*, that is, expenses which, although they are not necessary to preserve the property, nevertheless improve its market value; and (3) *voluptuariae impensae*, that is, expenses which neither preserve the property nor increase its market value, but merely gratify the caprice or fancy of a particular individual.

Die hof verwys na die “authorities”, maar gee geen aanduiding van wie die “authorities” is nie.

De Vos (1987:228) kritiseer hierdie omskrywing van *impensae voluptuariae* en *impensae utiles*. Hy dui aan dat regter Bristowe se opvatting omtrent die betekenis van *impensae utiles* en *impensae voluptuariae* ook in die volgende uitsprake aangetref word: *Ford v Reed Bros* 1922 TPD 266, 272; *Phillips and Gordon v Adams* 1923 EDL 104, 110; *Land Bank v Mans* 1933 CPD 16, 25 en *Brooklyn House Furnishers (Pty) Ltd v Knoetze and Sons* 1970 3 SA 264 (A) 270. Volgens De Vos is hierdie uitsprake ook “klaarblyklik onjuis”. Die regter beskryf *impensae voluptuariae* as uitgawes wat bloot die giere of smake van 'n individu bevredig en nie die saak bewaar of die markwaarde daarvan verhoog nie. De Vos voer aan dat *impensae voluptuariae* alle gelde is wat op “weelderige verbeterings bestee is, al het dit die grond se waarde verhoog”. As voorbeeld gebruik hy 'n swembad: dit verhoog die markwaarde van die eiendom, maar is wel weelderig van aard en dus is die uitgawes aangegaan om 'n swembad te bou *impensae voluptuariae*. Uitgawes wat aangegaan word op verbeterings wat “volgens die gangbare ekonomiese en maatskaplike opvattinge as nuttig beskou word”, is *impensae utiles*. Die skrywer noem 'n dam op 'n plaas en 'n bad in 'n woonhuis as voorbeelde van nuttige uitgawes. De Vos voer aan dat hierdie opvatting deur die gemene reg gesteun word. Voorts dui hy aan dat 'n eienaar van grond in sommige gevalle verplig kan word om weelde-uitgawes te vergoed in die mate waarin hy daardeur verryk is. Met verwysing na die omskrywings van *impensae voluptuariae* en *impensae utiles* steun Eiselen en Pienaar (2002:268) en Sonnekus (2007:203–7) De Vos se kritiek op die omskrywing van weelderige en nuttige verbeteringe in *United Building Society v Smookler*.

5.4 Verskillende soorte retensieregte

Ná bostaande uiteensetting van die verskillende soorte uitgawes gee die hof vir die eerste keer 'n indeling van die verskillende soorte retensieregte (627–8), wat vandag steeds deur die regspraak en die meeste sakeregskrywers gevolg word.

Liens for *necessariae impensae* and liens for *utiles impensae* are clearly recognised in the books. The former would be called in modern phraseology salvage liens or liens for repairs properly so called. The latter are liens for improvements as distinguished from repairs.

Dit is interessant dat die regter hier bloot verwys na die erkenning van hierdie soorte retensieregte “in the books”, maar geen presiese aanduiding gee van die gesag waarop hy steun nie. Ek is ook nie seker wat die hof bedoel met *modern phraseology* nie.

Die indeling van retensieregte in bewarings- en verbeteringsretensieregte word gevolg deur ’n ondersoek na retensieregte vir weelde-uitgawes (628):

Liens for *voluptuariae impensae* are not (so far as we have been able to discover) mentioned in terms; but frequent references occur to liens which creditors are said to possess who have incurred expenses on the property of their debtors, that is, liens for expenses incurred under contract with the owner of the property. So far as the expenses covered by these liens are *necessariae* or *utiles* it was not necessary to invent a new species of lien to denote them, for salvage and improvement liens would have been sufficient. But so far as they include *voluptuariae impensae*, or at all events expenses which are not shown to be either *necessariae* or *utiles*, it was necessary to refer them to some other principle than the maintenance or increase of market value. And the only other ground on which they can possibly be based is contract. It is easy, therefore, to see how the liens arising in cases of contract may have come to be treated as a class by themselves, although it was only really necessary to rely on contract for the proportion of the expenses (if any) which were not *necessariae* or *utiles*.

Bostaande is ’n belangrike aanhaling en moontlik die oorsprong van latere verwarring. Ongelukkig haal die regter geen gesag vir sy stellings aan nie. Hy probeer eintlik bepaal of daar ’n besondere soort retensiereg bestaan ten opsigte van weelde-uitgawes. Verder fokus hy op die vraag of ’n skuldeiser wat sodanige uitgawes ingevolge ’n ooreenkoms met die eenaar van die saak aangaan, ’n retensiereg het. Hy verklaar dat dit nie nodig is om ’n nuwe soort retensiereg te ontwikkel vir noodsaaklike en nuttige uitgawes nie, aangesien sodanige uitgawes deur die bestaande bewarings- en verbeteringsretensieregte gedek word. Wat weelde-uitgawes betref, verklaar hy dat sodanige uitgawes slegs op grond van ’n kontrak verhaal kan word. Hy kom dan tot die gevolgtrekking dat dit eintlik nie nodig is om retensieregte wat op ’n kontrak gegrond is, as ’n afsonderlike klas te beskou nie, alhoewel dit nodig is om op ’n kontrak staat te maak vir daardie deel van die uitgawes wat nie noodsaaklik of nuttig is nie.

Hierdie houding is onverklaarbaar. Dit veronderstel dat selfs as daar ’n kontrak bestaan tussen die eenaar van die saak en die persoon wat die uitgawes aangaan (die skuldeiser), die skuldeiser slegs op grond van verrykingsbeginsels vir die noodsaaklike en nuttige uitgawes kan eis en vir die weelde-uitgawes die ooreengekome kontrakprys. Daar moet egter in gedagte gehou word dat wanneer die skuldeiser ’n ooreenkoms met die eenaar het ingevolge waarvan hy sekere verbeteringe aan ’n saak moet aanbring, die basis vir die skuldeiser se eis nie verryking is nie, maar op die kontrak tussen die partye berus. Daar is dus geen sprake van ongeregverdigde verryking nie. Indien die skuldeiser egter verbeteringe aanbring waarvoor nie met die eenaar ooreengekom is nie en die eenaar vorder sy saak, sal die skuldeiser slegs op ’n retensiereg aanspraak kan maak indien hy ’n vorderingsreg teen die eenaar het. Sonder ’n hoofskuld is daar geen retensiereg nie. Aangesien daar dan nie ’n kontrak tussen die skuldeiser en die eenaar is nie, is verryking die enigste moontlike bron vir die vorderingsreg tussen hulle.

As X dus ingevolge 'n ooreenkoms met die eienaar van 'n motor herstelwerk aan die motor doen, kan X hom op 'n skuldeiser-skuldenaar-retensiereg teen die eienaar beroep vir alle uitgawes waarvoor ooreengekom is. Indien X egter herstelwerk aan 'n motor doen wat deur 'n derde, Y, na hom gebring is, kan hy hom slegs op 'n verrykingsretensiereg teen die eienaar van die motor beroep vir die nuttige en noodsaaklike uitgawes wat hy ten opsigte van die motor aangegaan het. In eersgenoemde geval is daar 'n regsgrond (die kontrak) vir die vermoënsverskuiwing na die eienaar (skuldenaar). In laasgenoemde geval is daar geen regsgrond waarop die eienaar die vermoënsverskuiwing mag behou nie en daarom moet die skuldeiser sy vorderingsreg op ongeregverdigde verryking baseer. (Oor moontlike aspekte van die *sine causa*-vereiste by verryking, sien Eiselen en Pienaar 2002:71; Sonnekus 2007:333–79; 1996:586–7; Du Bois 2007:1054–5.)

Regter Bristowe verwys dan vir die eerste keer na 'n retensiereg wat 'n kontraktuele eis teen die eienaar verseker as 'n skuldeiser-skuldenaar-retensiereg (628). Die regter erken, met verwysing na gesag (Matthaeus, *de Auctionibus*, 1, 20, 18; Zupthen, *Nederlandsch Practijk*, sub voce *Retentie*, p. 547; Wassenaar, *Practijk Judicieel*, 1.22.76; Van Leeuwen, *Commentaries*, 4.40.2), dat 'n skuldeiser-skuldenaar-retensiereg geld vir alle uitgawes waarvoor daar in die ooreenkoms (uitdruklik of stilswyend) met die eienaar ooreengekom is, hetsy noodsaaklik of nuttig of vir weelde. Dan beperk hy egter, sonder verwysing na gesag, sodanige retensieregte tot uitgawes wat nie noodsaaklik of nuttig is nie. Daarna verklaar hy dat weelde-uitgawes (alhoewel hy dit nie weelde-uitgawes noem nie, maar uitgawes wat nie onder noodsaaklike of nuttige uitgawes val nie) alleen binne kontraktuele verband geëis kan word (“spring from the soil of the contract, so they are confined within the limits of contractual privity”) (628). Skuldeiser-skuldenaar-retensieregte vir weelde-uitgawes word dus beperk tot die partye tot die ooreenkoms, maar die omvang van die eis is nie beperk tot die oorweging van die markwaarde van die saak nie (630). Hierdie oënskynlike teenstelling is in werklikheid geensins 'n teenstelling nie, maar 'n bevestiging dat weelde-uitgawes alleen op grond van 'n kontrak met die eienaar van die saak geëis kan word.

Die regter dui aan dat bewarings- en verbeteringsretensieregte beskou word as afdwingbaar teen alle derdes, maar dat dit beperk is tot uitgawes wat die markwaarde van die saak gehandhaaf of verhoog het (630). Hy voer aan dat die markwaarde van die saak as maatstaf vir die verrykingsbedrag dien indien daar geen kontrak tussen die partye is nie. Indien daar egter 'n kontrak tussen die partye is, is die maatstaf vir die verrykingsbedrag die uitgawe wat deur die kontrak gemagtig word.

Ek vind dit vreemd dat die regter van verryking praat in die geval van 'n kontrak. Die kontrak is tog die regsgrond vir die vermoënsverskuiwing en verryking kom dus nie ter sprake nie.

Die regter vervolg met die stelling dat 'n verrykingsretensiereg dus gevestig kan word ter versekering van die bedrag waarmee die markwaarde van die saak verhoog is, terwyl 'n skuldeiser-skuldenaar-retensiereg dien ter versekering van die volle bedrag van die uitgawes.

Regter Bristowe ondersoek voorts die vraag vir welke uitgawes die retensiereg van 'n bouer gevestig kan word (631):

Now a builder clearly has a debtor creditor lien against his employer, and where (as in most cases) the contest is between the builder and the employer or his concurrent creditors there is no doubt that the lien goes to the full amount of the expenses.

Ek is van mening dat dit nie korrek is om na 'n "employer" te verwys nie. Die bouer is nie noodwendig 'n werknemer van die persoon wat die opdrag aan hom gegee het nie. Dit is waarskynliker dat 'n werkaannemingsooreenkoms tussen die partye bestaan en dat dit dus gaan oor die ooreenkoms tussen die opdraggewer en die werkaannemer (bouer). Die regter noem "the full amount of the expenses" en "all the expenses". Hy spesifiseer nie dat dit alle uitgawes is waarop ooreengekom is nie, hoewel hy in sy vroeëre opmerking oor die voorkeurposisie van 'n retensiereghouer (630) wel "the expense authorised by the contract" noem. Ek neem dus aan dat die uitgawes waarvoor 'n skuldeiser-skuldenaar-retensiereg gevestig kan word, alle uitgawes is waarop daar ooreengekom is.

Die grondslag van Golombick se eis is nie verryking nie, soos die regter skynbaar aanvaar het. Golombick en Smookler het 'n ooreenkoms gehad ingevolge waarvan Golombick die geboue moes oprig. Die ooreenkoms is die *causa* vir Smookler se verryking en gevolglik is daar geen ongeregverdigde verryking nie. Daar kan dus nie sprake van 'n verrykingsretensiereg wees nie. Gevolglik moes die hof bevind het dat daar 'n skuldeiser-skuldenaar-retensiereg ten gunste van Golombick bestaan het.

5.5 *Derdewerking van retensieregte*

Vervolgens vertaal die regter Voet (20.2.28) soos volg (628–9):

[T]he right of retention for repairs and improvements is available not only against creditors of the owners of the thing improved, but also against the owners themselves; so that they are neither liable to restore them to the owner nor to the *curator bonis* of a bankrupt debtor unless they have been fully satisfied in what is due to them for the labour or melioration.

Regter Bristowe voer aan dat die vertaalde gedeelte van Voet (20.2.28) (t.o.v. die derdewerking van retensieregte) onduidelik is. Hy kom (soos die UBS, die eiser, se regsverteenvoerder) tot die gevolgtrekking dat hierdie passasie van Voet hier slegs op konkurrente skuldeisers betrekking het (629). Indien die volle teks van Voet (Gane 1956:542–4) en ander gedeeltes oor die aangeleentheid (bv. Voet 16.2.20 en 20.4.19) egter gelees word, blyk dit dat daar geen onderskeid tussen konkurrente skuldeisers en eienaars gemaak word nie. Die bepaalde passasie van Voet is die laaste paragraaf in sy bespreking van stilswyende hipoteke ten gunste van persone wat geld vir die herstel van geboue voorskiet. Ter afsluiting van hierdie gedeelte meld Voet uitdruklik dat, volgens die Romeinse reg en die Hollandse gebruike, besitters en arbeiders se retensieregte teen die eenaar, sy skuldeisers (wat byvoorbeeld beslag op die saak wil laat lê) en sy kurator in die geval van insolvensie geld.

In 'n latere beslissing, *Spurrier v Coxwell* 1914 CPD 83, bevind regter Kotzé in die Kaapse afdeling tereg dat Voet 'n retensiereg beskou as afdwingbaar teen die eenaar van die saak en die *curator bonis* van 'n insolvente eenaar. (Dit is ook die posisie in die huidige Nederlandse reg. Sien Nieuwenhuis e.a. 1994:1503 se bespreking van art. 3:291 *BW.*) Voet verwys in die gedeelte na retensieregte in die algemeen en nie net na skuldeiser-skuldenaar-retensieregte nie. Sonder enige grond vir so 'n aanname aanvaar regter Bristowe dat Voet net skuldeiser-skuldenaar-retensieregte in gedagte het. Die regter gebruik die woorde "we think Voet has in his mind debtor and creditor liens" (629). Die hof vertolk Voet (20.2.28) verkeerd deur aan te neem dat die spesifieke gedeelte net op 'n skuldeiser-skuldenaar-retensiereg betrekking het.

Voet het dit oor retensieregte in die algemeen en maak geen onderskeid tussen verrykingsretensieregte en skuldeiser-skuldenaar-retensieregte nie. Die opvatting van Voet in hierdie gedeelte is dus van toepassing op sowel verrykingsretensieregte as skuldeiser-skuldenaar-retensieregte.

Verder kom dit voor of regter Bristowe onseker is oor sy standpunt (629):

On the other hand, there is authority as old as the *Digest* for holding that a lien for *necessariae impensae* (even where the work is done by agreement with the owner) is available outside the limits of the privity of contract (*Digest*, 20, 4, 5, and 42, 5, 24); and this position was affirmed in February, 1582, by a well-known decision of the Supreme Court of Holland (van Nieustad en Kooren, *Vonnis*, 35).

Digesta 20.4.5 (Spruit e.a. 1997:599) bepaal egter dat 'n latere skuldeiser soms voorkeur bo 'n vroeëre skuldeiser kan geniet, soos wanneer 'n lening aangegaan is om die saak in stand te hou. (Hierdie stelling is van toepassing op die UBS.) *Digesta* 20.4.5 handel oor 'n stilswyende hipoteek van 'n persoon wat geld leen vir die instandhouding van 'n skip wat met 'n pandreg beswaar is. Uit Ulpianus se voorbeeld blyk dit dat hierdie lening nie slegs met die oog op die instandhouding van die skip aangegaan is nie, maar ook om die skip van die nodige toerusting te voorsien. Volgens hierdie gedeelte in die *Digesta* kan die latere skuldeiser voorkeur bo die vroeëre skuldeiser geniet. *Digesta* 42.5.24 (Spruit e.a. 1997:965) bepaal onder andere dat 'n skuldeiser wat 'n voorskot vir die herstel van 'n gebou gee, 'n voorkeurskuldeiser ten opsigte van sodanige voorskot is. Hierdie bepaling geld ook ten opsigte van persone wat in opdrag van die eienaar geld vir verbeteringe aan die grond en geboue voorgeskiet het. Dit was 'n besondere reëling van Marcus Aurelius om die uiterlike voorkoms van openbare geboue te verbeter (sien Roby 2000:437).

Die gedeeltes in die *Digesta* waarna regter Bristowe as gesag verwys, handel dus nie oor die afdwingbaarheid van 'n retensiereg buite die verbondenheid van die ooreenkoms (derdewerking) nie, maar oor die voorkeurorde van skuldeisers indien daar meerdere skuldeisers is. Die skuldeiser is dan ook in geen van hierdie gevalle in beheer van die skip of gebou nie. Dit is ook belangrik om daarop te let dat Golombick sy retensiereg nie teen die bank wou afdwing nie, maar teen die insolvente boedel van Smookler.

Die regter betrek Voet (20.1.4) en *De Beers Consolidated Mines v London and South African Exploration Co* 1893 10 SC 359 as gesag vir die stelling dat 'n *bona fide*-besitter 'n retensiereg vir nuttige uitgawes teen die eienaar van die saak kan afdwing, selfs indien die eienaar nie tot die aanbring van die verbeteringe toegestem het nie (630). Weer eens is dit nie duidelik wat die toepaslikheid van hierdie gedeelte is nie: in die geval onder bespreking het die bouer ingevolge 'n ooreenkoms verbeteringe op die eienaar se grond aangebring. Die betrokke gedeelte van Voet toon egter aan dat 'n *bona fide*-besitter wat 'n afgebrande huis opgebou het, 'n retensiereg teen skuldeisers (ook verbandhouders) het vir sover die waarde van die saak verhoog is. Regter Bristowe voer aan dat "the books" bewarings- en verbeteringsretensieregte erken. Die enigste vereistes is dat die uitgawes die markwaarde van die saak moet verhoog het en dat die uitgawes *bona fide* aangegaan moet gewees het. 'n Bouer wat bewus is daarvan dat hy op iemand anders as sy "employer" se grond bou, is 'n *mala fide*-besitter en sal geen retensiereg vestig nie. In die onderhawige geval het Golombick geen kennis gehad van die lening wat die UBS aan Smookler toegestaan het nie. Volgens regter Bristowe is Golombick dus 'n *bona fide*-besitter. Gevolglik is daar geen rede waarom

Golombick nie dieselfde regte teen derdes het as alle *bona fide*-besitters wat geld aan 'n ander persoon se saak bestee het om die saak te bewaar of te verbeter nie.

Die hof se onsekerheid oor sy standpunt blyk voorts uit sy verwysing na die beslissing in *The Colonial Government v Smith, Lawrence and Mould* 1886 4 SC 359. Volgens regter Bristowe is die uitspraak nie in stryd met sy standpunt nie. Dit is egter vreemd dat die hof hoegenaamd na die saak verwys: in *United Building Society v Smookler* het Golombick (die bouer) sy bouersretensiereg teen die insolvente boedel van Smookler uitgeoefen, dus die persoon met wie hy gekontrakteer het. Die vraag was of hierdie retensiereg voorkeur moet kry bo UBS se verband wat vroeër gevestig is. In *Colonial Government* is die subkontraakteurs (bouers) sonder die regering se medewete aangestel deur die party met wie die regering 'n ooreenkoms aangegaan het. Die subkontraakteurs wou afsonderlike bouersretensieregte teen die regering afdwing. Die hof dui dan ook aan dat die subkontraakteurs in *Colonial Government* bewus was van die feit dat die kontrakteur 'n ooreenkoms met die regering gehad het. In *United Building Society v Smookler* lê die hof nie genoeg klem op die feit dat Golombick nie sy retensiereg teen die bank uitgeoefen het nie, maar wel teen Smookler se insolvente boedel. Die feitelike situasie in *Colonial Government* was anders en die regter se verwysing daarna as gesag kan gevolglik bevraagteken word.

5.6 Voorkeurposisie van retensiereghouer

Die voorkeurposisie van 'n retensiereghouer kom vervolgens uitdruklik ter sprake. Die regter dui aan dat 'n retensiereg ten aansien van spesifieke sake voorkeur geniet bo ander hipoteke of verbande, selfs indien hierdie sekerheidsregte voor die retensiereg gevestig is (630). Nadat hy hierdie aanname gemaak het, verduidelik hy waarom dieselfde gevolgtrekking nie ten opsigte van skuldeiser-skuldenaar-retensieregte geld nie:

The reason for the difference between the scope of these liens and that of the debtor and creditor liens is indicated by an observation made by Voet with reference to the tacit hypothec of the repairer of a house, which is confined to repairs which have increased the market value of the property. He says (20, 2, 28): "The privilege of preference seems not to be given in respect of these (*i.e.* expenses of repairs) except so far as the house has thereby been actually made more valuable." To which may be added that Schorer (*Note* 244) puts salvage as the ground of this hypothec.

Voet 20.2.28 handel egter spesifiek oor 'n retensiereg vir iemand wat geld voorgeskiet het vir die herstel van 'n gebou en nie oor 'n bouer se retensiereg nie. Die betrokke gedeelte van hierdie bespreking handel uitsluitlik oor die persoon wat geld voorgeskiet het. Uit bostaande aanhaling wil dit voorkom of die regter van mening is dat 'n retensiereg voorkeur bo 'n verband kan geniet mits die uitgawes die markwaarde van die saak verhoog het en/of dit vir die behoud van die saak was. In die feite van die onderhawige beslissing was daar egter 'n ooreenkoms tussen die partye en was die uitgawes nie vir die behoud van die saak nie. Die toepaslikheid van die spesifieke gedeeltes van Voet wat as gesag aangehaal word, kan dus ook bevraagteken word. Voorts word hierdie gedeeltes buite verband aangehaal.

Die regter baseer sy bevinding ten opsigte van die voorkeuorde van retensieregte op die veronderstelling dat 'n verrykingsretensiereg 'n saaklike reg is, terwyl 'n skuldeiser-skuldenaar-retensiereg nie 'n saaklike reg is nie (631–2). Hy dui aan dat indien 'n skuldeiser-skuldenaar-retensiereg inderwaarheid wesenlik van 'n verbeteringsretensiereg verskil, die

saak nie in Golombick (die bouer) se guns beslis kan word nie tensy aanvaar word dat alle retensieregte vir uitgawes aangegaan saaklike regte is. Indien aanvaar word dat alle retensieregte saaklike regte is, sal die rangorde van die skuldeiser-skuldenaar-retensiereg en die verband volgens die natuurlike chronologiese verloop bepaal word. Die skuldeiser-skuldenaar-retensiereg sal dus voorkeur geniet bo die verband wat eers later geregistreer is. Indien die skuldeiser-skuldenaar-retensiereg egter nie 'n saaklike reg is nie, sal die geregistreerde verband, wat 'n saaklike reg is, voorkeur bo die skuldeiser-skuldenaar-retensiereg geniet.

Die regter se aanname dat die retensiereg, indien dit as 'n saaklike reg kwalifiseer, volgens die chronologiese verloop in rangorde voor die verband sal inpas omdat die verband ná die retensiereg gevestig is, is egter verkeerd: die verband is op 12 Desember 1904 geregistreer en die bouer het die geboue eers in Februarie 1905 voltooi, waarna die eienaar versuim het om aan sy (die bouer se) vorderingsreg te voldoen. Die retensiereg is dus ná die verband gevestig.

Die hof verwys na en bespreek die stelreël *qui prior est tempore potior est jure* (wie eerste in tyd is, geniet voorkeur in reg) nie direk nie, maar deur middel van verwysings na gedeeltes wat daaroor handel (629, 631–2). Die hof se bevinding dat Golombick se retensiereg bo UBS se verband voorkeur geniet, het aanleiding daartoe gegee dat 'n retensiereg vir bewaring en verbetering van die saak as 'n uitsondering op die *prior in tempore*-reël beskou is. (Sien Sonnekus 2015:1–15 vir 'n volledige bespreking van die voorkeur, al dan nie, van 'n retensiereg teen 'n verbandhouer voor en ná insolvensie.) Die erkenning van 'n verbeteringsretensiereg as 'n uitsondering op die *prior in tempore*-reël is *obiter* in *Lubbe v Volkskas Bpk* 1992 3 SA 868 (A) ontken. Indien 'n verrykingsretensiereg nie 'n uitsondering op die *prior in tempore*-reël is nie, behoort die bank se verband wat voor die retensiereg gevestig is, voorkeur bo die bouer se retensiereg te geniet.

Die uitdruklike bepalings van die Insolvensiewet 24 van 1936 moet egter in gedagte gehou word. Aangesien dié wet eers in 1936 in werking getree het, is die bepalings daarvan nie in die 1906-beslissing van *United Building Society v Smookler* of die 1914-beslissing van *Spurrier v Coxwell* toegepas nie.

Artikel 2 van die Insolvensiewet omskryf 'n retensiereg as 'n voorkeurreg. Let daarop dat hierdie artikel 2 geen onderskeid tref tussen verskillende soorte retensieregte nie, maar bloot verwys na “'n retensiereg”. Artikel 47 bepaal uitdruklik dat 'n retensiereg voorkeur bo die regte van ander skuldeisers geniet. Ingevolge die Insolvensiewet geld 'n retensiereg dus teen die insolvente boedel van 'n eienaar (skuldenaar) en verleen dit aan die retensiereghouer voorkeur ten opsigte van die betrokke saak bo die regte van ander skuldeisers van die insolvent.

6. Gevolgtrekking

Die regspraak in *United Building Society v Smookler* was of UBS se verbandversekerde vorderingsreg teen Smookler se insolvente boedel voorkeur behoort te geniet bo Golombick (die bouer) se retensiereg teen die insolvente boedel (626). Ten einde hierdie vraag te beantwoord, ondersoek die regter die soort uitgawes (627–8, 633) waarvoor 'n retensiereg as

sekuriteit kan dien, asook die ontstaansbron (628–30) van die onderliggende vorderingsreg. Die regter ondersoek ook die aard (631–2) van die retensiereg ten einde die afdwingbaarheid (629) van die retensiereg teen derdes te bepaal. Sy gevolgtrekking is dat 'n retensiereg vir nuttige en noodsaaklike uitgawes altyd 'n verrykingsretensiereg, en dus 'n saaklike reg is. Die regter beslis dan dat hierdie retensiereg voorkeur bo die bank se verband geniet.

Die regter se beskrywing van 'n *lien* as 'n sambreelbegrip vir *ius retentionis* en *hypothec* blyk ontleen te wees aan die Engelse reg en nie van toepassing in die Suid-Afrikaanse reg is nie. Die Engelsregtelike *lien* kan nie aan 'n retensiereg in die Suid-Afrikaanse reg gelykgestel word nie. Die onderskeid tussen 'n retensiereg en 'n stilswyende hipoteek berus nie, soos deur regter Bristowe gestel, bloot op beheer nie. Dit is so dat 'n retensiereg altyd beheer vereis, maar daar moet in gedagte gehou word dat 'n skuldeiser wat sy stilswyende hipoteek uitoefen, ook in beheer van die saak kan wees, alhoewel dit nie 'n vereiste vir die vestiging van die hipoteek is nie. My uitgangspunt is dat die verskil berus op die feit dat 'n retensiereg 'n verweer teen die *rei vindicatio* is, terwyl 'n stilswyende hipoteek 'n saaklike sekerheidsreg is. Voorts is 'n retensiereg onoordraagbaar, terwyl 'n stilswyende hipoteek saam met die vorderingsreg wat dit verseker, gesedeer kan word en gevolglik oordraagbaar is.

Kritiek kan ook uitgespreek word teen die regter se omskrywing van *impensae voluptuariae* as verbetering wat bloot die gier en smaak van 'n individu bevredig maar nie die markwaarde van die saak verhoog nie. Ek steun De Vos se siening dat weelde-uitgawes op 'n saak wel die markwaarde daarvan kan verhoog. Ek stem wel saam met die regter dat 'n verrykingsretensiereg slegs ter versekering van die verrykingsbedrag (noodsaaklike of nuttige uitgawes) uitgeoefen kan word, terwyl 'n skuldeiser-skuldenaars-retensiereg ter versekering van alle uitgawes waarop ooreengekom is, uitgeoefen kan word.

Ten aansien van die derdewerking van retensieregte wil dit voorkom of die regter die aangehaalde passasie van Voet verkeerd vertolk: volgens Voet is retensieregte teen die skuldenaar en/of die kurator van die skuldenaar se insolvente boedel afdwingbaar. Voet tref geen onderskeid tussen verskillende soorte retensieregte nie en gevolglik is die regter se siening dat slegs skuldeiser-skuldenaar-retensieregte teen die kurator van die skuldenaar se insolvente boedel afdwingbaar is, nie korrek nie.

Dit is belangrik om daarop te let dat alhoewel die regter na die verskillende soorte retensieregte verwys, al sy opmerkings hieroor *obiter* is. Hy fouteer deur die betrokke retensiereg as 'n verrykingsretensiereg te klassifiseer: daar was immers 'n ooreenkoms tussen die bouer en Smookler (die eienaar van die grond) ingevolge waarvan die bouer die geboue opgerig het. Nietemin bevind die regter (633) dat Golombick (die bouer) 'n verrykingsretensiereg gehad het en dat dit aan hom voorkeur bo UBS (die bougenootskap) verleen (t.o.v. die bedrag waarmee die markwaarde van die saak verhoog is). 'n Noukeurige ontleding van die feite dui daarop dat UBS se verband voor die retensiereg gevestig is. In teenstelling met die regter se bevinding dat die betrokke retensiereg as 'n verrykingsretensiereg klassifiseer, is dit duidelik dat Golombick se retensiereg 'n skuldeiser-skuldenaar-retensiereg was. Volgens die regter is skuldeiser-skuldenaar-retensieregte nie saaklike regte nie en geniet dit nie voorkeur bo die eise van ander skuldeisers nie. Die Insolvensiewet van 1936 het ná *United Building Society v Smookler* in werking getree. Artikel 47 bepaal uitdruklik dat retensieregte (ongeach verrykings- of skuldeiser-skuldenaar-retensieregte) voorkeur bo ander skuldeisers se regte geniet. Die feit dat die wetgewer geen onderskeid tref tussen verskillende tipes retensieregte nie, kan daarop dui dat die klassifikasie

daarvan as saaklike regte (verrykingsretensieregte) en persoonlike regte (skuldenaar-skuldeiser-retensieregte) onlogies en onjuis is.

Afgesien van hierdie kritiek op dié beslissing kan die uitspraak geensins as gesag vir die klassifikasie en werking van retensieregte dien nie. Dit is duidelik uit die gebruik van die woorde “we think”, “may well be” en “we doubt” dat die regter onseker oor sy standpunt is. Ten spyte van hierdie onsekerheid bevind hy (sonder verwysing na gesag) dat ’n verrykingsretensiereg ’n saaklike reg is, maar ’n skuldeiser-skuldenaar-retensiereg nie ’n saaklike reg is nie. Dit is ook duidelik dat die regter Voet plek-plek verkeerd vertolk het.

Alhoewel die Insolvensiewet sekerheid gebring het oor die voorkeurposisie van ’n retensiereg bo eise van ander skuldeisers, behoort die onderskeid tussen verrykingsretensieregte en skuldeiser-skuldenaar-retensieregte op grond van die klassifisering daarvan as saaklike regte en persoonlike regte heroorweeg te word.

Bibliografie

- Badenhorst, P.J., J.M. Pienaar en H. Mostert. 2006. *Silberberg Schoeman’s The law of Property*. 5de uitgawe. Durban: LexisNexis Butterworths.
- De Vos, W. 1987. *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg*. 3de uitgawe. Kaapstad: Juta.
- Du Bois, F. (red.). 2007. *Wille’s principles of the South African law*. 9de uitgawe. Kaapstad: Juta.
- Eiselen, S. en G. Pienaar. 2002. *Unjustified enrichment: a casebook*. 3de uitgawe. Kaapstad: Butterworths.
- Gane, P. (vertaler). 1956. *The selective Voet: being the commentary on the Pandects by Johannes Voet and the supplement to that work of Johannes Van der Linden*. Volume 3. Durban: Butterworths.
- Mostert, H. en A. Pope (reds.). 2010. *Die beginsels van die sakereg in Suid-Afrika*. Kaapstad: Oxford University Press.
- Nieuwenhuis, J.H., C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk. 1994. *Tekst & kommentaar Burgerlijk Wetboek*. Deventer: Kluwer.
- Roby, H.J. 2000. *Roman private law in the times of Cicero and of the Antonines*. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd.
- Scott, T.J. 2008a. Lien. 15 *The law of South Africa*. 2de uitgawe. Durban: LexisNexis.
- . 2008b. Tacit hypothecs. 17 *The law of South Africa*. 2de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Sonnekus, J.C. 1983. Sekerheidsregte – ’n nuwe rigting? *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 1:97–117.

—. 1991. Retensieregte – nuwe rigting of misverstand par excellence? *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 3:462–82.

—. 1996. Ook verrykingsretensieregte behoef bewese ongeregverdigde vermoënsverskuiwing. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 2:583–7.

—. 2008. *Ongegronde verryking in die Suid-Afrikaanse reg*. Durban: LexisNexis.

—. 2015. Terughoudingsbevoegdheids- en oënskynlike spanning met sekerheidsregte en pandingsregte. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 1:1-25.

Sonnekus, J.C. en J.L. Neels. 1994. *Sakereg vonnisbundel*. 2de uitgawe. Durban: Butterworths.

Spruit, J.E., R. Feenstra en K.E.M. Bongenaar. 1997. *Corpus juris civilis: tekst en vertaling*. Zutphen-'s-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij.

Van der Merwe, C.G. 1989. *Sakereg*. 2de uitgawe. Durban: Butterworths.

Van der Walt, A.J. en G.J. Pienaar. 2009. *Inleiding tot die sakereg*. 6de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Wiese, M. 2013. Aard van ’n verrykingsretensiereg in die lig van *Kommissaris van Binnelandse Inkomste v Anglo American (OFS) Housing Co Ltd* 1960 3 SA 642 A. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 2:733–42.

—. 2014. The legal nature of a lien in South African law. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 17(6):2526–53.