

**'N AANVAL OP DIE GRONDWETLIKHEID VAN DIE
VOORLOPIGE VONNISPROSEDURE**

*Twee Jonge Gezellen (Pty) Ltd v Land and Agricultural Development Bank
of South Africa t/a The Land Bank 2011 5 BCLR 505 (CC)*

1 Inleiding

Die voorlopige vonnisprosedure het sy oorsprong in die vroeë Franse reg en is van daar af gedurende die sestende eeu in Holland opgeneem. In die Hollandse reg het dit, heel gepas, bekend gestaan as *handvulling* of *namptissement*. As deel van die Hollandse reg is hierdie prosedure opgeneem in die Kaap en het sedertdien 'n integrale deel van die Suid-Afrikaanse siviele prosesreg uitgemaak (sien hieroor in die algemeen Menzies "Prefatory remarks on provisional sentence" 1 *Menzie* (1828) 5–10; Malan *et al Provisional sentence on bills of exchange, cheques and promissory notes* (1986) 4). Die voorlopige vonnis

prosedure was voorheen slegs in die hoë hof beskikbaar, in die vorm van eenvormige hofreël 8, maar in 1994 is dit ook in die landdroshofreël 14A.

Daar was nog altyd by voorlopige vonnisaansoeke 'n spanning aanwesig tussen, aan die een kant, die verkryging van 'n spoedige remedie en derhalwe die bevordering van besigheidseffektiwiteit, en, aan die ander kant, die reg op 'n billike verhoor soos vergestalt in die stelreël *audi alteram partem*. Hierdie spanning het 'n hoogtepunt bereik met die aanname van die finale Grondwet van 1996, aangesien die reg op 'n billike (siviele) verhoor nou spesifiek in die Handves van Regte verskans is (a 34). Dit was dan ook net 'n kwessie van tyd voor die grondwetlikheid van die voorlopige vonnisprosedure aangeveg sou word. Vandaar die *Twee Jongen Gezellen*-beslissing.

2 Feite

Die eerste applikant was Twee Jonge Gezellen (Edms) Bpk wat 'n wynplaas naby Tulbagh in die Wes-Kaap bedryf het. Die tweede applikant, Nicolas Krone, was 'n direkteur van die eerste applikant. Die eerste respondent was die Land Bank van Suid-Afrika en die tweede respondent die Minister van Justisie en Grondwetlike Ontwikkeling.

Op 6 Junie 2005 het Krone 'n skulderkenning in sy persoonlike hoedanigheid en namens die eerste applikant ten gunste van die Landbank onderteken waarin die applikante, gesamentlik en afsonderlik, aanspreeklikheid erken het teenoor die Landbank in die bedrag van R39 714 027.01, asook vir 'n kostebevel wat die Landbank in vroeëre litigasie teen die applikante verkry het. Die applikante het versuim om die ooreengekome paaiemente ingevolge die skulderkenning te betaal en, aangesien die totale balans van die verskuldigde bedrag onmiddellik betaalbaar en opeisbaar geraak het ingevolge een van die bedinge van die skulderkenning, het die Landbank op 26 November 2008 'n voorlopige vonnis dagvaarding in die bedrag van R37 914 027.01 teen die applikante in die Hoë Hof uitgereik.

Die applikante se verweer op die meriete was tweeledig, naamlik:

- (a) dat die totale bedrag van die Landbank se eis ingevolge die skulderkenning verminder is na die bedrag van twintig miljoen rand op grond van 'n mondelinge ooreenkoms tussen die partye; en
- (b) dat die Landbank onderneem het om aan die applikante uitstel te verleen om die bedrag van twintig miljoen terug te betaal.

Die Landbank het die feitlike bewerings waarop die twee verwerre berus het, ontken. Nadat die repliserende eedsverklaring in hierdie aangeleentheid deur die Landbank geliasseer is, het die applikante die verlof van die Hoë Hof verkry om bykomende stukke te liasseer waarin die grondwetlikheid van die voorlopige vonnisprosedure aangeveg is.

Die Hoë Hof het op sowel die meriete as die grondwetlike argumente teen die applikante bevind. Die applikante het hierna aansoek gedoen om verlof om te appelleer teen die bevinding van die Hoë Hof, welke aansoek van die hand gewys is deur sowel die Hoë Hof as die Hoogste Hof van Appèl. Hierna het die applikante aansoek gedoen om verlof tot appèl na die Konstitusionele Hof, welke verlof toegestaan is.

3 Regsvraag

Die applikante het in hulle hoofde van betoog hulle aanvanklike grondwetlike aanval aansienlik vernou. Die regspraak waarom die hof moes beslis het dan ook kortliks neergekom op die volgende:

- (a) eerstens, of die hof 'n diskresie behoort te hê om voorlopige vonnis te weier waar 'n verweerder nie in staat is om aan te toon dat die waarskynlikhede van sukses in die hoofaksie (prinsipale saak) in sy guns is nie; en
- (b) tweedens, waar voorlopige vonnis wel toegestaan word, daar van die verweerder vereis behoort te kan word om die vonnisskuld te betaal voor hy kan oorgaan tot die hoofaksie.

4 Beslissing

Die hof het die doel van voorlopige vonnis soos volg uiteengesit:

“Conventional wisdom maintains that the purpose of provisional sentence has always been to enable a creditor who has liquid proof of his or her claim to obtain a speedy remedy without recourse to the expensive, time-consuming and often dilatory processes that accompany action proceedings following upon an illiquid summons” (par 18).

Dit het dan ook die verweerder wat geen geldige verweer het nie, verhoed om “vir tyd te speel”. Die hof verklaar dat die teoretiese regverdiging vir die bestaan van die prosedure daarin geleë is dat 'n likwiede dokument 'n weerlegbare vermoede van verskuldigheid skep.

In die lig hiervan het die hof dan ook tot die gevolgtrekking gekom dat, met betrekking tot die tweede gedeelte van die regspraak soos hierbo uiteengesit, en met verwysing na *Kent v Transvaalsche Bank* 1907 TS 765, dat 'n vrystelling van 'n verweerder om die vonnisskuld te betaal alvorens hy tot die hoofaksie kan toetree, basies neerkom op die toestaan van geen voorlopige vonnis hoegenaamd nie. Die relevante gedeelte in *Kent* stel dit soos volg:

“The object of granting provisional sentence was to afford a summary remedy to plaintiffs who were prepared with liquid proof of the defendant's liability, and to enable them to obtain payment of their claims at once on giving security *de restituendo*. And if a defendant could, by entering appearance, without satisfying the provisional judgment . . . [enter into the principal case] . . . the whole object of the procedure will be defeated” (758).

Gevolglik het die hof bevind dat daar in alle omstandighede waar voorlopige vonnis reeds toegestaan is, geen diskresie kan bestaan om die verweerder vry te stel van sy verpligting om die vonnisskuld te betaal nie.

Wat die eerste gedeelte van die regspraak aanbetref het die hof, na 'n noukeurige oorweging van die reg op 'n billike verhoor soos uiteengesit in artikel 34 van die Handves van Regte, tot die slotsom gekom dat die voorlopige vonnisprosedure in die volgende omstandighede ongrondwetlik is:

- (a) waar die aard van die verweer wat geopper word nie die verweerder toelaat om 'n balans van sukses in sy guns aan te toon, sonder die voordeel van die aanbieding van mondelinge getuienis nie;
- (b) die verweerder nie in staat is om aan die vonnisskuld te voldoen nie; en
- (c) die hof geen diskresie het om voorlopige vonnis te weier in die afwesigheid van eng gedefinieerde “spesiale omstandighede” nie.

Die hof het dan ook beslis dat die gemenerereg ontwikkel moet word sodat die howe in die toekoms 'n diskresie moet hê om voorlopige vonnis te weier waar die verweerder kan aantoon dat:

- (a) hy nie in staat is om aan die vonnisskuld te voldoen nie;
- (b) daar 'n eweredige balans van sukses in die hoofaksie uitgemaak word op die stukke; en
- (c) daar 'n redelike vooruitsig bestaan dat mondelinge getuienis die balans van sukses in die verweerder se guns kan swaai.

5 Evaluasie en gevolgtrekking

Oor die algemeen kan daar nie veel fout gevind word met die hof se uitspraak in hierdie aangeleentheid nie. Dit is duidelik dat 'n verweerder se reg op 'n billike siviele verhoor, en meer spesifiek sy reg om aangehoor te word, onbillik ingekort was in omstandighede waar hy nie in staat was om die vonnisbedrag te betaal nie en nie in staat was om die hof te oortuig dat daar 'n balans van sukses in sy guns was in die hoofaksie, sonder die aanbieding van mondelinge getuienis nie. Daar is egter in die besonder een aspek van die hof se beslissing wat problematies is. Die hof het die volgende stelling gemaak:

“It goes without saying that ‘inability to satisfy the judgment debt’ in the present context is not the same as inconvenience or even hardship to the defendant. A defendant who is unable to pay because he or she does not want to sell or encumber a particular asset or who would rather not disturb the cash flow of his or her business, is not entitled to seek what amounts to an indulgence from the court. As I see it, inability to pay in this context must require the defendant to show that the judgment debt is unlikely to be satisfied by the attachment and sale in execution of his or her property. For a defendant simply to state, as the applicants did in this case, that he or she is unable to pay the judgment debt will therefore be insufficient to trigger the court’s discretion to refuse” (par 67).

In hierdie opsig is dit inderdaad jammer dat die hof nie ook die reg op gelykheid, soos uiteengesit in artikel 9(1) van die Handves van Regte, ondersoek het nie. Die applikante het dan ook aanvanklik gesteun het op die bepalings van artikel 9(1) in hulle aanval op die grondwetlikheid van die voorlopige vonnis prosedure. Die applikante het aangevoer dat die voorlopige vonnisprosedure 'n onderskeid maak tussen diegene wat kan betaal en diegene wat nie kan betaal nie, om te bepaal wie toegelaat moet word om die aangeleentheid te verdedig op die meriete. Die hof het dit soos volg gestel:

“In this Court, with reference to section 9(1), the applicants argued that the principles of provisional sentence differentiate between those who can pay and those who cannot pay in determining who is allowed to defend an action on the merits. Therefore, what could potentially occur is that a defendant who can pay succeeds with the exact same defence as the one who cannot pay and who is thus prevented from putting his defence before the court. This, so the argument concluded, is in conflict with the guarantee of equal protection and benefit of the law in section 9(1)” (par 25).

'n Verweerder wat derhalwe kan betaal kan teoreties gesproke slaag met dieselfde verweer as 'n verweerder wat nie kan betaal nie en derhalwe verhoed word om sy verweer voor die hof te plaas. Die hof het egter in effek verklaar dat daar nie onbillik gediskrimineer word teen 'n verweerder wat nie die vonnisbedrag kon betaal nie, aangesien hy nog steeds sou kon aantoon dat daar

'n balans van sukses in die hoofaksie in sy guns bestaan, en dat dit derhalwe slegs die reg op 'n billike verhoor, soos uiteengesit in artikel 34, was wat ondersoek moes word.

Hierdie argument kan egter nie ondersteun word nie. Dit is dan ook juis as gevolg van die hof se versuim om artikel 9 te ondersoek, dat die hof tot die gevolgtrekking gekom het dat die onvermoë van die verweerder om die vonnisbedrag te betaal nie dieselfde is as ongerief, of selfs teenspoed, teenoor hom nie en dat daar van sodanige verweerder selfs verwag kan word om sy eiendom te verkoop ten einde die vonnisbedrag te betaal. Dit sal die posisie wees selfs al sou die verweerder kon aantoon dat daar 'n eweredige balans van sukses in die hoofaksie uitgemaak word op die stukke en dat daar 'n redelike vooruitsig bestaan dat mondelinge getuienis die balans van sukses in sy guns kan swaai!

Die hof het dit dan ook duidelik gestel dat die verweerder sal moet kan aantoon dat dit onwaarskynlik is dat die vonnisskuld gedelg sal kan word deur die beslaglegging en verkoping in eksekusie van so 'n verweerder se bates. Vir alle praktiese doeleindes kan dit derhalwe tot die absurde situasie aanleiding gee dat, waar 'n verweerder slegs 'n woonhuis as enigste bate besit waarin hy met sy familie woon, hy verplig is om hierdie huis te verkoop alvorens hy toegelaat sal word om tot die hoofaksie toe te tree. Dit sal die geval wees selfs al is die vonnisskuld miskien aansienlik minder as die waarde van sodanige woning. Weer eens is daar 'n duidelike geval van ongelyke behandeling tussen 'n verweerder wat die fondse beskikbaar het om die vonnisskuld te kan betaal en 'n verweerder wat nie die geldelike vermoë het om dit te doen nie, selfs al beskik hy oor genoegsame bates wat te gelde gemaak kan word. Die reg op gelykheid is een van die hoekstene van die Handves van Regte en hier was 'n gulde geleentheid vir die hof om te bepaal of die voorlopige vonnisprosedure inderdaad inbreuk maak op sodanige reg.

Die situasie kan ook voorkom waar sommige verweerders mag meen dat dit nie die moeite werd is om 'n bate te gelde te maak om die vonnisskuld te betaal nie en dat dit indirek weer kan beteken dat sodanige verweerders effektiewelik van toegang tot die howe weerhou word – en gevolglik die reg op 'n billike verhoor – selfs in die aanwesigheid van 'n geldige verweer op die meriete.

Daar word derhalwe aan die hand gedoen dat die hof fouteer het deur as eerste vereiste te stel dat 'n verweerder moet kan aantoon dat hy nie in staat is om te voldoen aan die vonnisskuld nie, alvorens die tweede en derde vereistes, soos hierbo uiteengesit, enigsins oorweeg word. Waarom kan 'n hof nie ook oor 'n diskresie beskik om voorlopige vonnis te weier waar daar slegs voldoen word aan die tweede en derde vereistes nie? Met ander woorde, indien 'n verweerder kan aantoon dat daar 'n eweredige balans van sukses in die hoofaksie uitgemaak word op die stukke en dat daar 'n redelike vooruitsig bestaan dat mondelinge getuienis die balans van sukses in sy guns kan swaai tydens die hoofgeding, waarom moet hy dan nog steeds kan aantoon dat hy nie in staat is om aan die vonnisbedrag te kan voldoen nie?

Daar word derhalwe aan die hand gedoen dat die eerste vereiste oorbodig is en dat slegs die tweede en derde vereistes behoort te geld in die diskresie van 'n hof om 'n voorlopige vonnis aansoek te weier. Hierdie benadering sal ook nie indruis teen die hof se bevinding dat “a provisional sentence judgment without an obligation to pay is the equivalent of no provisional sentence at all” (par 31) nie,

aangesien hierdie stelling gemaak is met verwysing na die situasie waar voorlopige vonnis reeds *toegestaan* is en nie van toepassing is by die diskresie van die hof om voorlopige vonnis te *weier* nie. Die hof se stelling dat voorlopige vonnis “serves a commercial purpose of great import in preventing defences without merit being raised as a means of delay” (par 29) behoort ook nie hierdeur in gedrang te kom nie, aangesien dit duidelik hieruit blyk dat die doel van voorlopige vonnis juis is om verwerer sonder meriete te verhoed. Waar ’n verwerder derhalwe kan aantoon dat die balans van sukses in die hoofaksie in ewewig is en boonop die hof kan oortuig dat hy mondelinge getuienis sou kan aanbied by die hoofaksie om die skaal van sukses in sy guns te swaai, is daar tog klaarblyklik meriete in sodanige verwerder se verweer en sal hierdie doel van voorlopige vonnis nie daardeur verydel word nie. Die volgende stellings, alhoewel met verwysing na die summier vonnisprosedure, deur Navsa AR in *Joob Joob Investments (Pty) Ltd v Stocks Mavundla Zek Joint Venture* [2009] 3 All SA 407 (HHA) is in hierdie opsig net so van toepassing op die voorlopige vonnisprosedure:

“So too in South Africa, the summary judgment procedure was not intended to ‘shut (a defendant) out from defending’, unless it was very clear indeed that he had no case in the action. *It was intended to prevent sham defences from defeating the rights of parties by delay*, and at the same time causing great loss to plaintiffs who were endeavouring to enforce their rights. The rationale for summary judgment proceedings is impeccable. *The procedure is not intended to deprive a defendant with a triable issue or a sustainable defence of her/his day in court*” (eie beklemtoning) (par 31–32).

6 Slotsom

Alhoewel daar derhalwe in beginsel saamgestem word met die beslissing van die hof in hierdie aangeleentheid, word daar aan die hand gedoen dat die hof miskien te veel gewig verleen het aan die verkryging van ’n spoedige remedie ter bevordering van besigheidseffektiwiteit en nie voldoende aandag geskenk het aan die reg op ’n billike verhoor, en meer spesifiek, die reg om aangehoor te word nie. Daar word derhalwe aangevoer dat slegs die balans van sukses asook die moontlike aanbieding van mondelinge getuienis tydens die hoofgeding ’n rol behoort te speel by ’n hof se diskresie om voorlopige vonnis te weier. Indien ’n verwerder nie aan hierdie vereistes kan voldoen nie moet voorlopige vonnis egter toegestaan word en kan die verwerder slegs op hierdie stadium tot die hoofgeding toetree indien hy die vonnisbedrag betaal, selfs al beteken dit dat hy dan van sy bates te gelde sal moet maak. Die hoop word dan ook uitgespreek dat die praktiese implikasies van hierdie uitspraak die hof sal noop om miskien in die toekoms sy uitspraak te wysig soos hierbo betoog wat dan ook hopelik in voorlopige vonnisansoeke die balans sal herstel tussen besigheidseffektiwiteit aan die een kant en die reg van *bona fide* verwerders om aangehoor te word aan die ander kant.

MARK CHRISTIAN

THINO BEKKER

Universiteit van Pretoria