# Ongevraagde goedere ingevolge die Wet op Verbruikersbeskerming in regsvergelykende perspektief

J BARNARD*

1 *Inleiding*

Verbruikersbeskerming is nie 'n nuwe konsep in die Suid-Afrikaanse reg nie. Otto verklaar tereg dat verbruikersbeskerming reeds in die Romeinse tydperk bestaan het.[1] Die skrywer gee die voorbeeld van die *aediles curules* wat die Romeinse edikte (waaronder die *actio quanti minoris* en die *actio redhibitoria* oftewel die aedilisiese aksies tel) uitgevaardig het.[2] Voorbeelde van statutêre verbruikersbeskerming voor die inwerkingtreding van die Wet op Verbruikersbeskerming 68 van 2008[3] sluit in die Wet op Vervreemding van Grond,[4] die Wet op Elektroniese Kommunikasies en Transaksies[5] en die Nasionale Kredietwet.[6] Die Wet op Verbruikersbeskerming is egter 'n poging van die wetgewer om wydverstrooide verbruikersbeskermingswetgewing onder een oorkoepelende wet saam te voeg en te reguleer. Dit is die eerste keer in die geskiedenis van Suid-Afrika dat agt fundamentele verbruikersregte aan verbruikers toegeken word.[7]

Deel C van hoofstuk 2 van die Wet op Verbruikersbeskerming reguleer die verbruiker se fundamentele reg om te kies. Deel van hierdie reg sluit artikel 21 in en die beskerming van verbruikers ten opsigte van ongevraagde goedere ("unsolicited goods"). Die insluiting van ongevraagde goedere as deel van die Wet op Verbruikersbeskerming het ten doel om Suid-Afrika meer in lyn te bring met die internasionale posisie. Probleme ontstaan egter by die praktiese toepassing van artikel 21 in die unieke Suid-Afrikaanse landskap. Dit is onnodig om 'n in-diepte uiteensetting te gee van die aanloop tot en inwerkingtreding van die Wet op Verbruikersbeskerming aangesien dit reeds volledig deur ander skrywers gedoen is.[8] Hoofstuk 1 van die Wet op Verbruikersbeskerming reguleer die toepassing en uitleg van die wet en word ook volledig in ander bydraes verduidelik.[9] Enige relevante

* Senior Lektor in Handelsreg, Universiteit van Pretoria.

1 Otto "The history of consumer credit legislation in South Africa" 2010 *Fundamina* 257-273, 257.

2 Otto (n 1) 257.

3 Hierna verwys ek binne konteks na hierdie wet as "die wet". Die nie-amptelike vertaling van die "Consumer Protection Act" in opdrag van die Vereniging vir Regslui in Afrikaans word in hierdie bydrae gebruik: http://bit.ly/1jda1Xc (8-10-2014).

4 68 van 1981.

5 21 van 2002.

6 34 van 2005.

7 Wet op Verbruikersbeskerming hfst 2.

8 Du Preez "The Consumer Protection Bill: a few preliminary comments" 2009 *TSAR* 58-83; Hawthorne "Public governance: unpacking the Consumer Protection Act 68 of 2008" 2012 *THRHR* 345-370; Jacobs, Stoop en Van Niekerk "Fundamental consumer rights under the Consumer Protection Act 68 of 2008: a critical overview and analysis" 2010 *PER* 302-508; Woker "Why the need for consumer protection legislation? A look at some of the reasons behind the promulgation of the National Credit Act and the Consumer Protection Act" 2010 *Obiter* 217-231.

9 Sien ook Van Eeden *Consumer Protection Law in South Africa* (2013) 67-87.


[ISSN 0257 – 7747]

bepalings ten opsigte van die uitleg, doel en toepassing van die wet word in die analise van artikel 21 hieronder uitgelig. Daar is duidelike ooreenkomste tussen die bewoording van artikel 21 en ander soortgelyke bepalings wat ongevraagde goedere reguleer in Europese lande (wat ook lidlande van die Europese Unie is). Gegewe Suid-Afrika se regshistoriese agtergrond word die posisies in Skotland, België en Duitsland regsvergelykend bespreek. Statutêre regulering van ongevraagde goedere in die genoemde lande het as ontstaansbron die implementering van Europese riglyne in die toepaslike lidland maar die wyse van implementering in die nasionale reg van elke land verskil. ’n Verdere doel van die regsvergelykende analise is om oplossings te vind op vrae wat ontstaan na aanleiding van die kritiese analise en uiteensetting van artikel 21 en die Suid-Afrikaanse posisie. Hoewel artikel 21 beide ongevraagde goedere en dienste reguleer is die fokus van hierdie bespreking op eersgenoemde (goedere). Die bydrae sluit af met aanbevelings en slotopmerkings.

## 2 *Ongevraagde goedere ingevolge artikel 21 van die Wet op Verbruikersbeskerming 68 van 2008*

Artikel 21(1) sit die omstandighede uiteen waarvolgens goedere ingevolge die Wet op Verbruikersbeskerming as ongevraagd geag sal word. Indien, gedurende direkte bemarking[10] van goedere, ’n verskaffer of iemand wat namens ’n verskaffer optree, goedere gelaat het by ’n verbruiker sonder om betaling daarvoor te vereis of te reël, is daardie goedere ongevraagd.[11] Indien ’n verbruiker ’n party tot ’n ooreenkoms is wat die periodieke lewering van goedere beoog gedurende die bestaan van die ooreenkoms en die verskaffer gedurende die verloop van daardie ooreenkoms goedere verskaf wat wesenlik verskil van goedere voorheen verskaf, in ’n mate nie redelikerwys in die ooreenkoms beoog nie, is die nuwe goedere ongevraagd tensy die verbruiker uitdruklik tot die wesenlike verandering toestem; of indien die verskaffer na die beëindiging van daardie ooreenkoms verdere goedere aan die verbruiker lewer, anders as ingevolge ’n ander ooreenkoms of transaksie, is daardie verdere goedere ongevraagde goedere.[12] Artikel 21(1)(*c*) bepaal dat, indien ’n verskaffer goedere lewer by ’n plek en op ’n datum of tyd anders as waarop ooreengekom is, en die verbruiker die lewering daarvan verwerp, soos beoog in artikel 19(6),[13] daardie goedere ongevraagd is; of indien ’n verskaffer ’n groter hoeveelheid goedere lewer as wat die verbruiker ingestem het om te koop, is die oorskot goedere ongevraagd tensy die verbruiker die hele lewering verwerp het, soos beoog in artikel 19(7)(*a*).[14] Goedere word ook geag ongevraagde goedere te

[10] A 1 omskryf “direkte bemarking” as “om iemand te nader, hetsy persoonlik of deur die pos of elektroniese kommunikasie, vir die direkte of indirekte doel om; (a) goedere of dienste by die persoon te bevorder of aan te bied om te verskaf in die gewone loop van besigheid; of (b) die persoon te versoek om ’n skenking van enige aard vir enige doel te maak.” Sien ook a 32(2) (direkte bemarking aan verbruikers) wat bepaal dat indien iemand wat goedere soos beoog in a 32(1) bemark en goedere by die verbruiker gelaat het sonder om betaling daarvoor te eis of te reël, is daardie goedere ongevraagde goedere waarop a 21 van toepassing is.

[11] a 21(1)(*a*).

[12] a 21(1)(*b*).

[13] A 19(6)(*c*) bepaal dat indien die verskaffer die lewering van goedere of verrigting van dienste aanbied by ’n plek of op ’n datum of tyd anders as met die verbruiker ooreengekom, kan die verbruiker die ooreenkoms sonder boete kanselleer en enige gelewerde goedere of verrigte dienste as ongevraagde goedere of dienste ooreenkomstig a 21 hanteer.

[14] A 19(7)(*a*) bepaal dat indien die verskaffer ’n groter hoeveelheid goedere as wat die verbruiker ingestem het om te koop, aan die verbruiker lewer, die verbruiker al die gelewerde goedere kan verwerp.

wees indien dit deur of namens 'n verskaffer aan 'n verbruiker gelewer is sonder dat die verbruiker uitdruklik of stilswyend daardie lewering versoek het.[15]

Indien goedere foutiewelik gelewer is moet die verskaffer binne tien besigheidsdae na die lewering van die goedere die verbruiker in kennis stel dat die goedere foutiewelik gelewer is. Die goedere sal dan net ongevraagd word indien die verskaffer versuim om dit binne twintig besigheidsdae nadat die verbruiker aldus ingelig is terug te neem.[16] Indien 'n situasie ontstaan waar goedere aan 'n verbruiker gelewer word wat duidelik aan iemand anders geadresseer is en ooglopend verkeerd afgelewer is of, met inagneming van die omstandighede van die lewering, dit aan 'n gewone waaksame verbruiker sou blyk dat die goedere bedoel was om aan iemand anders afgelewer te word, word die goedere net ongevraagde goedere indien die ontvanger die klaarblyklike verskaffer of die afleweraar in kennis stel dat die goedere verkeerd afgelewer is.[17] Die goedere moet dan ook binne die daaropvolgende twintig besigheidsdae teruggeneem word.[18]

Artikel 21(3) bepaal dat iemand wat in besit is van goedere wat foutiewelik gelewer of geadresseer is nie enige redelike optrede deur die verskaffer of afleweraar mag frustreer of verhinder in hulle poging om die goedere binne die voorgeskrewe twintig besigheidsdae terug te neem nie. Die verbruiker sal nie verantwoordelik wees vir enige koste met betrekking tot die terugneem van die goedere of verdere lewering daarvan aan iemand anders nie en sal nie aanspreeklik wees vir enige verlies of skade aan die goedere gedurende die tyd wat dit in sy (die verbruiker) se besit of beheer is nie, behalwe vir verlies veroorsaak deur enige opsetlike inmenging met die goedere deur die verbruiker. Iemand wat versuim om aan artikel 21(3)(*a*) te voldoen, is teenoor die verskaffer of afleweraar, na gelang van die geval, aanspreeklik vir enige bykomstige koste vir die terugname van of skade aan die goedere voortspruitend uit enigiets gedoen om die regmatige terugname van daardie goedere te frustreer of te verhinder.[19] Indien iemand in besit van ongevraagde goedere is, kan die persoon die goedere behou of die goedere aan die klaarblyklike verskaffer of afleweraar terugbesorg op die risiko en onkoste van die verskaffer of afleweraar, na gelang van die geval.[20] Indien iemand op regmatige wyse ongevraagde goedere behou gaan die eiendomsreg in daardie goedere onvoorwaardelik na daardie persoon oor, onderworpe slegs aan 'n reg of geldige aanspraak wat 'n onbetrokke derde party ten opsigte van daardie goedere mag hê.[21] Die persoon wat daardie goedere verskaf of gelewer het is dan teenoor enige ander persoon aanspreeklik ten opsigte van 'n reg of geldige aanspraak met betrekking tot sodanige ongevraagde goedere.[22]

Kragtens artikel 21(7) is 'n verbruiker nie verplig om 'n verskaffer vir ongevraagde goedere, of 'n afleweraar vir die koste van lewering van ongevraagde goedere, te vergoed nie. 'n Verskaffer moet nie 'n eis of aanspraak op 'n reg rig aan, of poog om betaling in te vorder van, 'n verbruiker ten opsigte van koste met betrekking tot ongevraagde goedere in die besit van 'n verbruiker gelaat, of die lewering van sodanige goedere aan of tot voordeel van 'n verbruiker nie, behalwe soos beoog

15 a 21(1)(*e*).
16 a 21(2)(*b*)(ii).
17 a 21(2)(*b*)(ii).
18 a 21(2)(*b*)(ii).
19 a 21(4).
20 a 21(5).
21 a 21(6).
22 a 21(6).

 [ISSN 0257 – 7747]

in artikel 21(4).[23] Artikel 21(9) bepaal dat indien ’n verbruiker ’n betaling aan ’n verskaffer ten opsigte van koste met betrekking tot ongevraagde goedere of die lewering van sodanige goedere gemaak het, is die verbruiker geregtig om daardie bedrag met rente vanaf die datum waarop dit aan die verskaffer betaal is, te verhaal, ooreenkomstig die Wet op die Voorgeskrewe Rentekoerse.[24]

### 2.1 Analise van artikel 21

Van Heerden[25] verduidelik dat die verskynsel van “traagheidsverkope” ofte wel “inertia selling” ’n onregverdige besigheidspraktyk is wat lank reeds bestaan en gewetenloos deur verskaffers gebruik word om verbruikers uit te buit. Traagheidsverkope werk op die beginsel dat verskaffers hul winste wil verhoog deur goedere aan verbruikers te verskaf wat nie deur hulle aangevra is nie en dan op die “traagheid” van die verbruiker om dit terug te besorg staatmaak ten einde later betaling af te dwing.

Ten spyte van die bogenoemde uitgangspunt is dit duidelik dat artikel 21 ’n baie wyer trefwydte het wat betref ongevraagde goedere. Hoewel traagheidsverkope wel deel van die toepassing van artikel 21(1) uitmaak, is die verskaffing van goedere as deel van *direkte bemarking* ’n voorvereiste vir die toepassing van artikel 21(1)(*a*). Direkte bemarking word wel in die Wet op Verbruikersbeskerming omskryf maar moet ook saamgelees word met artikel 32(2) wat ’n kruisverwysing na artikel 21 en ongevraagde goedere bevat. Met die eerste oogopslag blyk die omskrywing wat aan direkte bemarking gegee word ingevolge artikel 1 eenvoudig te wees. Otto wys egter relevante voorbeelde uit wat problematies mag wees.[26] Hy gee “hoëdruk-verkoopstegnieke en allerlei gladdebekvoorstellings van ervare bemarkers” as voorbeelde.[27] Enige elektroniese posstuk of brief wat regstreeks en by name aan ’n verbruiker gerig word behoort meestal te kwalifiseer as direkte bemarking.[28] Dit is duidelik dat enige vorm van deur-tot-deur verkope deel sal vorm van direkte bemarking en terselfdertyd die lewering van ongevraagde goedere sal “aktiveer” indien dit sonder enige reëling vir betaling by die verbruiker gelaat word. Daar moet egter in gedagte gehou word dat artikel 21(1)(*a*) verwys na goedere wat deur die verskaffer (of ’n persoon wat namens die verskaffer optree) gedurende direkte bemarking by die verbruiker *gelaat* word. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie bewoording die konsep van direkte bemarking in geval van ongevraagde goedere heelwat inkort en op ’n vorm van deur-tot-deur bemarking dui. Beteken dit dat traagheidsverkope net deel sal uitmaak van artikel 21 en ongevraagde goedere tot gevolg sal hê indien dit gedurende direkte bemarking gedoen word? Met ’n nader beskouing van artikel 21(1)(*e*) blyk die antwoord negatief te wees. Die rede hiervoor is dat artikel 21(1)(*e*) voorsiening maak vir traagheidsverkope waar die ongevraagde goedere aan die verbruiker *gelewer* eerder as by die verkoper *gelaat* word met geen sprake van direkte bemarking nie. Hierdie bewoording veronderstel dat goedere wat per koerier of gewone pos aan ’n verbruiker gestuur of selfs afgelewer word en waar geen reëlings vir betaling getref word nie, ook as ongevraagde goedere kan

23 a 21(8).
24 55 van 1975.
25 Van Heerden “Wet op Verbruikersbeskerming” in Nagel (red) *Kommersiële Reg* (2011) 701-762 par 41.54.
26 Otto “Die afkoelreg in die Nasionale Kredietwet en die Wet op Verbruikersbeskerming” 2012:1 *Litnet Akademies* 23-54; 40.
27 Otto (n 26) 40.
28 Otto (n 26) 40.

kwalifiseer. Die geval waar sulke goedere egter aan iemand anders geadresseer is word hieronder meer volledig bespreek. Dit is duidelik dat artikel 21(1)(*e*) die begrip traagheidsverkope uitbrei en dat direkte bemarking nie ingevolge hierdie artikel ’n vereiste is nie.

Traagheidsverkope is egter nie die enigste gevalle wat ongevraagde goedere tot gevolg kan hê nie. Die wetgewer sluit ook vooraf bestaande verbruikersooreenkomste in. Artikel 21(1)(*b*) tot (*d*) verwys na situasies waar dit blyk dat die verskaffer en verbruiker aanvanklik ’n geldige verbruikersooreenkoms sluit maar dan as gevolg van die optrede van die verskaffer met die nasleep van ongevraagde goedere eindig. Dit sluit gevalle in waar die verskaffer gedurende die periodieke lewering van goedere, goedere lewer wat wesenlik verskil van dit waarop ooreengekom is of voortgaan met die lewering van goedere selfs na beëindiging van die ooreenkoms.[29] ’n Verskaffer kan hom ook ingevolge artikel 21(1)(*d*) skuldig maak aan die verskaffing van ongevraagde goedere indien hy ’n groter hoeveelheid goedere lewer as waarop ooreengekom is. Indien die verbruiker in so ’n geval die oorskot verwerp, word dit (die oorskot) as ongevraagde goedere behandel. Gelewerde goedere wat wesenlik verskil van dit waarop ooreengekom is of waar ’n groter hoeveelheid gelewer word verdien verdere bespreking. By nader ondersoek blyk dit dat die bogenoemde situasies moontlik kan dui op kontrakbreuk en dan meer spesifiek positiewe wanprestasie. Sonder om die regsposisie te oorvereenvoudig sou ’n oorweging van die vereistes vir, asook die gevolge van positiewe wanprestasie moontlik hier van hulp kon wees. Wanprestasie raak die inhoud of kwaliteit van die ooreengekome prestasie wat gelewer moet word en vind plaas waar die prestasie om een of ander rede nie die korrekte, behoorlike of volledige prestasie is nie.[30] Die skuldenaar (verskaffer) se prestasie bestaan uit ’n *positiewe dadigheid*[31] omdat hy ingevolge die verbruikersooreenkoms ’n prestasie lewer wat daaruit bestaan dat hy iets moet doen maar dat die prestasie gebrekkig is.[32] Dit mag voorkom asof *skuld* aan die kant van die verskaffer nie ’n vereiste vir positiewe wanprestasie is nie maar volgens die regspraak is sodanige opvatting streng gesproke nie korrek nie.[33] Die rede hiervoor is dat die verskaffer die bewyslas dra dat die wanprestasie nie as gevolg van sy optrede of toedoen plaasgevind het nie (die afwesigheid van skuld) maar as gevolg van byvoorbeeld oormag, toeval of die optrede van ’n derde.[34] In geval van ongevraagde goedere en die voorbeelde soos hierbo genoem is die eerste vereiste (positiewe dadigheid) redelik voor-die-hand-liggend. Die verskaffer lewer duidelik gebrekkige prestasie (goedere verskil wesenlik van die ooreenkoms of ’n oormaat van goedere word gelewer). Indien die gemeenregtelike beginsels aangaande positiewe wanprestasie ten opsigte van die tweede vereiste toegepas word, rus die bewyslas op die verskaffer om te bewys dat die gebrekkige prestasie nie sy (die verskaffer) se skuld is nie. Indien die oogmerk van die gebrekkige prestasie traagheidsverkope is, sou daar geargumenteer kon word dat skuld in die vorm van opset teenwoordig is. Wat sou die posisie egter wees indien die verskaffer van ’n derde party (byvoorbeeld ’n afleweringsdiens of selfs ’n verpakkingsdiens) gebruik sou maak vir die lewering van die goedere? As gevolg van die bepalings

29 a 21(1)(*b*).

30 *Sweet v Ragerguhara NO* 1978 1 SA 131 (D).

31 *obligatio facidendi.*

32 De Wet en Van Wyk *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (1993) 177.

33 *Rofdo (Pty) Ltd t/a Castle Crane Hire v B & E Quarries (Pty) Ltd* 2002 1 SA 632 (OK) 642-643. Sien ook Hosten “*Concursus actionum* of keuse van aksies” 1960 *THRHR* 250 251 en 254.

34 Hosten (n 33) 254.

van artikel 2(10) van die Wet op Verbruikersbeskerming wat die verbruiker se gemeenregtelike regte beskerm, is die bewyslas steeds op die verskaffer om te bewys dat die wanprestasie nie aan sy skuld te wyte is nie.

Die bepalings van artikel 21(1)(*c*) moet saam met die bepalings van artikel 19(6) gelees word. Die bepalings reguleer die geval waar die verskaffer die lewering van goedere aanbied by 'n plek of op 'n datum of tyd anders as wat met die verbruiker ooreengekom is. In so 'n geval het die verbruiker 'n keuse om die "foutiewe" lewering te aanvaar, korrekte lewering te eis of die ooreenkoms sonder boete te kanselleer en enige gelewerde goedere as ongevraagde goedere ingevolge artikel 21 te hanteer.[35] Die bewoording van die bepalings spreek twee aspekte van die algemene kontraktereg aan, naamlik die tyd en die plek van prestasie, en dit is onduidelik of gelyktydig aan albei vereistes voldoen moet word. Wat afwyking van die ooreengekome plek van prestasie betref waarsku Christie dat Romeins-Hollandse skrywers teenstrydige uitgangspunte in die verband inneem en dat daar nie regtig plek is vir 'n algemene reël nie.[36] Die inhoud van elke individuele ooreenkoms asook die omliggende omstandighede moet telkens oorweeg word.

Waar 'n verskaffer nie op die ooreengekome tyd of datum die goedere lewer nie is hy *in mora* indien daar aan die vereistes vir *mora debitoris* voldoen word.[37] Die gemeenregtelike remedies vir *mora debitoris* blyk gewysig te word waar bogenoemde bepalings van toepassing is aangesien die benadeelde party gemeenregtelik nie sonder meer 'n ooreenkoms in die afwesigheid van 'n *lex commissoria* kan kanselleer nie en so 'n terugtredingsreg eers deur die benadeelde party verwerf moet word. In geval van artikel 19(6)(*c*) saamgelees met artikel 21(1)(*c*) mag die verbruiker die ooreenkoms *sonder boete* kanselleer en die prestasie as ongevraagde goedere hanteer. Die oomblik wat goedere as ongevraagde goedere hanteer word, word die bepalings van artikel 21(6) "geaktiveer" waarvan die inhoud later in die bydrae in besonderhede bespreek word. 'n In-diepte bespreking van hierdie vorm van kontrakbreuk is nie nodig vir doeleindes van hierdie bydrae nie maar dui tog op die onvoorsiene gevolge van die bewoording wat deur die wetgewer in die Wet op Verbruikersbeskerming gebruik word. Dit blyk uit die voorafgaande bespreking dat gemeenregtelike posisie aangaande kontrakbreuk en die gemeenregtelike remedies tot die beskikking van die benadeelde party in hierdie gevalle gewysig word en alarmklokke behoort te lui oor onwenslike en onbillike gevolge wat die onduidelike, verwarrende bewoording van die Wet op Verbruikersbeskerming mag inhou.

Artikel 21(2) en (3) reguleer gevalle waar goedere foutiewelik gelewer of aan iemand anders geadresseer is. Indien goedere foutiewelik gelewer is moet die verskaffer binne tien dae na lewering die verbruiker daarvan in kennis stel en indien goedere duidelik aan iemand geadresseer is of bedoel is om aan iemand anders afgelewer te word, en die verbruiker die verskaffer in kennis daarvan stel het die verskaffer dan twintig besigheidsdae na die kennisgewing om die goedere terug te neem. Jacobs *et al* verklaar tereg dat die vorm wat sodanige kennisgewings moet aanneem nie in artikel 21 genoem word nie en dus onduidelik is.[38] Dit is verder onduidelik of die kennisgewings skriftelik moet wees en of 'n verbruiker 'n rekord van die kennisgewing moet hou. Die skrywers beveel egter aan dat die verbruiker

35 a 19(6).

36 Christie en Bradfield *Christie's the Law of Contract in South Africa* (2011) 447.

37 Vir 'n volledige bespreking van die vereistes vir *mora debitoris* sien Otto en Kuschke "Algemene kontraktereg" in Nagel (red) (n 25) 23-154; par 9.09-9 12.

38 Jacobs ea (n 8) 328.

dit wel doen vir doeleindes van sekerheid.[39] Van Heerden doen aan die hand dat twintig besigheidsdae 'n onredelike kort tydperk is vir verskaffers om goedere terug te neem.[40] 'n Verdere knelpunt wat deur die skrywers uitgelig word is die feit dat daar volgens die bewoording van artikel 21 geen verpligting op die verbruiker rus om inderdaad die verskaffer in kennis te stel nie: dit reguleer net gevalle waar dit wel gedoen word.[41] Dit is onduidelik of die goedere as ongevraagde goedere geklassifiseer sal word indien die verbruiker bloot versuim om enige kennis van foutiewe lewering aan die verskaffer te gee. In so 'n geval sou daar van 'n *mala fide* verbruiker gepraat kon word. Jacobs *et al* bevraagteken die presiese datum waarop goedere ingevolge die wet ongevraagde goedere word en verwys na gevalle waar 'n boekklub byvoorbeeld boeke aan kliënte stuur sonder reëlings vir voorafbetaling of kennis aan die verbruiker.

Die bepalings van artikel 21(5) en (6) het hewige kritiek uitgelok. Die oorhoofse redes vir die kritiek is die feit dat 'n keuse aan 'n verbruiker gestel word om goedere, sodra dit ongevraagde goedere word, óf te behou óf aan die verskaffer (op laasgenoemde se onkoste en risiko) terug te besorg. Indien die verbruiker die goedere dan op 'n regmatige wyse behou, gaan eiendomsreg onvoorwaardelik na die verbruiker oor (onderhewig aan 'n reg of geldige aanspraak deur 'n derde). Volgens Gouws blyk dit dat 'n verbruiker eiendomsreg oor goedere mag verwerf deur bloot net te kies om goedere nie aan 'n verskaffer terug te stuur nie.[42] Die skrywer verwys na artikel 25 van die grondwet (ook bekend as die eiendomsklousule) waar die staat 'n persoon se grond regmatig mag ontneem of onteien. Gouws stel die vraag of 'n verskaffer op die bepalings van artikel 25 kan staatmaak om sy eiendom wat foutiewelik aan 'n verbruiker gelewer is te beskerm.[43] Volgens die skrywer sal goedere wat foutiewelik gelewer is ongevraagde goedere word selfs in omstandighede waar die verskaffer eers na tien besigheidsdae van die foutiewe lewering kennis neem of waar die verskaffer glad nie die verbruiker daarvan in kennis stel nie.[44] 'n Verbruiker word nie aan dieselfde tydsbeperkings gebonde gehou as 'n verskaffer nie en dit is ooglopend onregverdig.[45] Gouws doen verder aan die hand dat artikel 21(5) 'n oortreding van die bepalings van artikel 25 van die grondwet is. Indien artikel 21(5) aan grondonteiening gelykgestel word is die bepaling ongrondwetlik aangesien 'n persoon (verskaffer) nie (soos bepaal word ingevolge artikel 25 van die grondwet) kompensasie ontvang nie.[46] Die bepaling is dan ook ongrondwetlik omdat dit aan voorgeskrewe grondwetlike prosedurele en substantiewe billikheid tekortskiet.[47] Die skrywer stel 'n wetswysiging van artikel 21(2) voor wat voorsiening maak vir twintig besigheidsdae vir die instel van enige aksie eerder as bloot net die terugneem van goedere deur die verskaffer.[48]

Van Heerden is nie ten gunste van die ongrondwetlik-verklaring van artikel 21(5) nie en argumenteer dat dit nooit die bedoeling van die wetgewer kon gewees het

[39] Jacobs ea (n 8) 328-329.
[40] Van Heerden "Unsolicited goods or services in terms of the Consumer Protection Act 68 of 2008" 2011 *Int J Private Law* 533 534.
[41] Jacobs ea (n 8) 329.
[42] Gouws "Unwanted goods, the consumer's right to choose" 2009:4 *De Rebus* 16-19.
[43] Gouws (n 42) 17.
[44] Gouws (n 42) 17.
[45] Gouws (n 42) 17.
[46] Gouws (n 42) 18.
[47] Gouws (n 42) 19.
[48] Van Heerden (n 40) 534.

 [ISSN 0257 – 7747]

om eiendomsreg onvoorwaardelik aan die verbruiker oor te dra nie.[49] Artikel 25(6) bepaal immers dat eiendomsreg in die ongevraagde goedere onderhewig is aan die reg of geldige aanspraak van ’n onbetrokke derde.[50] (Die situasie is egter nie so ooglopend eenvoudig as daar na die regsvergelykende posisie hieronder gekyk word nie.) Die skrywer doen aan die hand dat daar allereers gefokus moet word op die kerndoel van artikel 21 wat die voorkoming van traagheidsverkope is.[51] Verder moet daar in gedagte gehou word dat ’n verskaffer ingevolge artikel 21(4) net sekere bedrae mag eis en dat die verbruiker enige betalings wat moontlik gemaak is met moratore rente mag terugeis.

### 2.2 Eiendomsoordrag in die geval van ongevraagde goedere

Voordat daar verder oor die kwessie van eiendomsoordrag in die geval van ongevraagde goedere ingedelf kan word, is dit is belangrik om uit te wys dat die blote totstandkoming van ’n koopkontrak nie die oorgang van eiendomsreg daarstel nie.[52] Die Suid-Afrikaanse reg volg ’n abstrakte stelsel van eiendomsoordrag wat beteken die verbintenisskeppende ooreenkoms (sluit van die koopkontrak) van die saaklike ooreenkoms (oordrag van eiendomsreg) onderskei word.[53] Sonnekus bevestig die gemeenregtelike beginsel wat bepaal dat die verkoper eiendomsreg op die saak moet hê of minstens deur die eienaar met die nodige beskikkingsbevoegdheid (*ius disponendi*) beklee wees om die saaklike reg (eiendomsreg) op die saak aan die regsverkryger (koper) te kan oordra want geen persoon kan meer regte oordra as wat hy self oor die saak het nie (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*).[54] Vir die sluiting van ’n geldige koopkontrak moet daar aan die algemene vereistes vir die sluit van ’n kontrak voldoen word[55] asook wilsooreenstemming tussen die partye aangaande die *essentialia* van ’n koopooreenkoms. Die *essentialia* van ’n koopkontrak is wilsooreenstemming aangaande die bedoeling van *albei* partye om te koop en te verkoop, die koopsaak (*merx*), en die koopprys (*pretium).*[56] Laasgenoemde verskil van die vereistes waaraan voldoen moet word alvorens eiendomsreg op ’n roerende koopsaak verkry kan word naamlik dat die verkoper eienaar moet wees en *beide* kontrakspartye die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. ’n Verdere vereiste vir geldige eiendomsoordrag by roerende goed bepaal dat daar onderskei moet word tussen ’n kontantkoop en ’n kredietkoop. Indien die bedoeling ’n kontantkoop is, vind lewering van die koopsaak en betaling van die koopprys gelyktydig plaas en in die geval van ’n kredietkoop word slegs ’n vorm van geldige lewering verlang.[57] Die onlangse beslissing van die hoogste hof van appèl *Roshcon (Pty) Ltd v Anchor Auto Body Builders CC*[58]

49 Van Heerden (n 40) 534.
50 Van Heerden (n 40) 534.
51 Van Heerden (n 40) 535-536.
52 Lötz “Die koopreg” in Nagel (red) (n 25) 213.
53 *Legator McKenna Inc v Shea* 2010 1 SA 35 (HHA) 44H-I; *Nedbank Ltd v Mendelow* 2013 6 SA 130 (HHA) 135E-G; *Quartermark Investments (Pty) Ltd v Mkhwanazi* 2014 3 SA 96 (HHA) par 24.
54 Sonnekus “Verdraaiing van vereistes vir eiendomsverkryging van vragmotors lei daartoe dat die pad byster geraak word. *Roshcon (Pty) Ltd v Anchor Auto Body Builders CC* 2014 2 All SA 654 (HHA)” 2014 *THRHR* 662.
55 Sien Lötz (n 52) 192 vir ’n opsommende bespreking wat verduidelik dat die algemene vereistes vir die sluiting van ’n koopkontrak wilsooreenstemming, handelingsbevoegdheid, juridiese en fisiese uitvoerbaarheid en in sekere gevalle ook die nakoming van formaliteite behels.
56 Lötz (n 52) 192.
57 Lötz (n 52) 213-214.
58 2014 2 All SA 654 (HHA).

sal waarskynlik ongewenste gevolge hê aangesien die hof *in casu* die sluiting van 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms as genoegsaam geag het vir die daarstelling van 'n geldige eiendomsoordrag.[59] Die uitspraak word met reg deur Sonnekus gekritiseer, en 'n verdere in-diepte bespreking daarvan is vir doeleindes van die huidige bydrae onnodig.[60]

Hoewel Van Heerden[61] nie ten gunste van 'n onderskeid tussen *bona fide* en *mala fide* foutiewe lewering is nie, is dit raadsaam om die vraagstuk aldus te benader. In geval van goedere wat *bona fide* foutiewelik gelewer is en duidelik aan iemand anders behoort kan daar nie 'n geldige koopkontrak tussen die verskaffer en die verbruiker bestaan nie. Dit sou moeilik wees om 'n situasie voor te stel waarin die verskaffer doelbewus poog om met die "verkeerde" verbruiker 'n kontrak te sluit. Vanuit 'n gemeenregtelike perspektief is daar nie 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms nie (daar is geen bedoeling of wilsooreenstemming om te koop en te verkoop nie en daar kan ook nooit wilsooreenstemming wees aangaande die *merx* of goedere self nie). Derhalwe ontbreek twee van die *essentialia* vir die sluiting van 'n geldige koopkontrak. Uit die aard van die saak kan daar allermins 'n geldige saaklike ooreenkoms bestaan en kan eiendomsoordrag nie plaasvind nie. Dit volg dus dat 'n verbruiker nie eienaar behoort te word van ongevraagde goedere wat *bona fide* foutiewelik gelewer is nie. Die feit dat die verbruiker bewus is van die identiteit van die ware eienaar (die persoon aan wie die goedere geadresseer is) versterk hierdie standpunt.

In die geval van *mala fide* foutiewe lewering maak 'n verskaffer hom skuldig aan traagheidsverkope waar die bedoeling van die verskaffer is om ongewenste goedere te lewer in die hoop dat die verbruiker die transaksie sal sluit. Sou dit in so 'n geval moontlik wees vir die verbruiker om eienaar van die goedere te word na 'n sekere verloop van tyd? Die bedoeling van die wetgewer met die bepalings van artikel 21(6) was waarskynlik om verskaffers van die gebruik van traagheidsverkope te ontmoedig en dien dit as 'n bestraffingsmaatreël teenoor verskaffers wat nie van traagheidsverkope afsien nie. Wanneer daar na die gemeenregtelike beginsels (soos hierbo uiteengesit) gekyk word blyk dit dat daar by die *mala fide* verskaffing van ongevraagde goedere steeds nie gemeenregtelik geldige eiendomsoordrag moontlik is nie. Selfs al word die absurde beginsels van die *Roshcon*-saak nagevolg en die losstaande saaklike ooreenkoms (of afwesigheid daarvan) tussen die partye geïgnoreer, is daar nie 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms tussen die partye nie en is eiendomsverkryging nie moontlik nie.

Daarmee saam is die bewoording van artikel 21(6) ook inherent teenstrydig. In die een opsig bepaal artikel 21(6) dat eiendomsreg *onvoorwaardelik* op die verbruiker oorgaan maar in dieselfde asem word so 'n onvoorwaardelike eiendomsoordrag *onderhewig* gestel aan die regte of geldige aanspraak van 'n derde. 'n Voorbeeld hiervan sou wees waar die ware eienaar die *rei vindicatio* teen die verbruiker instel. Artikel 21(6)(*b*) gee verder uitdruklik aan daardie derde die reg om ook die verskaffer ten opsigte van die ongevraagde goedere aanspreeklik te hou. Vraagstukke wat uit die voorafgaande bespreking na vore kom noodsaak 'n regsvergelykende studie om duidelikheid te kry.

59 par 20.
60 Sonnekus (n 54).
61 Van Heerden (n 40) 536.

## 3 *Ongevraagde goedere in Skotland*

In Skotland word ongevraagde goedere gereguleer deur die *Unsolicited Goods and Services Act 1971*[62] saamgelees met die *Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000*[63] asook die *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008*.[64] Gedeeltes van hierdie wetgewing is onlangs gewysig deur die *Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013* wat in Junie 2014 inwerking getree het.[65] Net die mees relevante bepalings ten opsigte van ongevraagde goedere word bespreek.

"Unsolicited goods" ingevolge artikel 6 van *UGSA* beteken goedere wat aan 'n persoon gestuur word sonder enige voorafgaande versoek daartoe deur die verbruiker. Regulasie 24(6) van die *Distance Selling Regulations* bevat 'n soortgelyke omskrywing. Regulasie 24 reguleer traagheidsverkope ("inertia selling") in geval van kontrakte wat gesluit word waar geen direkte (van aangesig-tot-aangesig) kommunikasie tussen die verskaffer en verbruiker plaasvind nie.[66] Volgens Dobson en Stokes[67] het die lewering van ongevraagde goedere ongewenste gevolge omdat lede van die publiek verkeerdelik onder die indruk geplaas word dat die betaling vir sulke ongevraagde goedere verpligtend is en, indien betaling nie geskied nie, die goedere steeds aan die verskaffer behoort. Die bepalings van regulasie 24 van die *Distance Selling Regulations* is net van toepassing indien: ongevraagde goedere na 'n verbruiker of ontvanger ("recipient") gestuur word met die oogmerk dat die verbruiker die goedere moet verkry ("acquire"); dat daar geen redelike gronde vir die verbruiker is om te glo dat die goedere vir besigheidsdoeleindes gestuur is nie; en dat die verbruiker nie toegestem het tot die verkryging of terugstuur van die goedere nie.[68] Die verbruiker mag (tussen hom en die verskaffer) die ongevraagde goedere gebruik, daarmee handel en dit vervreem asof dit 'n *onvoorwaardelike geskenk* aan hom (die verbruiker) is en alle regte wat die verskaffer tot die goedere mag hê word uitgewis.[69] Dobson en Stokes wys daarop dat die bewoording "tussen hom en die verskaffer" nie enige geldige regte en eise van derde partye beïnvloed nie en dat sulke eise steeds afdwingbaar sal wees.[70] Die bewoording van artikel 1 van *UGSA* wat aangedui het dat goedere eers ongevraagde goedere word na ses maande is deur regulasie 24 vervang en daar bestaan geen sodanige tydsbeperking meer nie. Artikel 2 van *UGSA* saamgelees met regulasies 24(4) en 24(5) van die *Distance Selling Regulations* skryf sekere strafsanksies voor (in die vorm van die oplegging van boetes) waar die betaling van ongevraagde goedere teenoor die verbruiker afgedwing word.

Skedule 1 van die *Unfair Trading Regulations* verskaf 'n lys van kommersiële praktyke wat in alle opsigte geag word onbillik teenoor 'n verbruiker te wees. Paragraaf 29 daarvan verwys spesifiek na traagheidsverkope en bepaal dat die onmiddellike of uitgestelde vordering van betaling of die eis om onmiddellike teruggawe of bewaring van produkte wat gelewer is deur die verskaffer maar

62 Hierna verwys as *UGSA*.
63 Hierna verwys as *Distance Selling Regulations*.
64 Hierna verwys as die *Unfair Trading Regulations*.
65 Hierna verwys as die *Consumer Contracts Regulations*.
66 Dobson en Stokes *Commercial Law* (2008) 233: "a consumer makes a contract without any face-to-face communication with the supplier".
67 (n 66) 16.
68 reg 24(1) *Distance Selling Regulations*. Sien ook Ervine *Green's Consumer Law in Scotland* (2008) 227.
69 reg 24(2) en (3) *Distance Selling Regulations*.
70 (n 66) 17 n 24.

nie aangevra is deur die verbruiker nie, in alle opsigte 'n onbillike kommersiële praktyk is. Regulasie 27A van die *Unfair Trading Regulations*[71] bepaal verder dat verbruikers vrygestel is van enige verpligting om teenprestasie vir ongevraagde goedere te lewer. Die feit dat 'n verbruiker nie op lewering van ongevraagde goedere reageer nie, is nie 'n aanduiding dat die verbruiker toestem tot die betaling, teruggawe of bewaring daarvan nie.[72] In geval van ongevraagde goedere mag die verbruiker (tussen die verbruiker en die verskaffer) die ongevraagde goedere gebruik, daarmee handel of dit vervreem asof dit 'n onvoorwaardelike geskenk van die verbruiker is.[73]

In *Redcats (Brands) Ltd v Revenue & Customs*[74] moes die hof die vraag beantwoord of katalogusse wat aan verbruikers gestuur is onder die bepalings van regulasie 24 van die *Distance Selling Regulations* val wat dan tot gevolg sou hê dat die tersaaklike katalogusse as ongevraagde goedere geklassifiseer sou word en ook as onvoorwaardelike geskenke van die verskaffer aan die verbruikers geag sou word. Die verskaffer in die saak het aangevoer dat 'n bedrag vir die lewering van die katalogusse gehef kon word aangesien daar 'n voorafgaande ooreenkoms was.[75] Die hof het hierdie argument verwerp en bevestig dat die verbruikers nie die tersaaklike katalogusse aangevra het nie.[76] Die feit dat die verbruikers nie die katalogusse aangevra het nie terwyl die verskaffer betaling daarvoor geëis het, dui op traagheidsverkope en aktiveer regulasie 24 van die *Distance Selling Regulations*.[77] Ingevolge regulasie 24(3) sou die verskaffer ook geen aanspraak op betaling kon maak nie aangesien die lewering van ongevraagde goedere enige aanspraak of reg van die verskaffer uitwis.[78] Die hof het verder bevestig dat onvoorwaardelike eienaarskap soos bepaal in regulasie 24 dui op formele regsgeldige eienaarskap wat op die verbruiker oorgaan op die oomblik waarop die goedere ongevraagd deur die verbruiker ontvang is weens die feit dat die wetgewer 'n statutêre skenking met die bewoording van regulasie 24 bewerkstellig.[79]

Hoewel *O'Connor v R*[80] gehandel het oor die strafregtelike vervolging van direkteure wat bedrieglik opgetree het, het die hof ook die lewering van ongevraagde goedere aangespreek en die saak dien as 'n praktiese voorbeeld van die lewering van ongevraagde goedere selfs na afloop van 'n ooreenkoms. *In casu* het die verskaffer 'n groot hoeveelheid oortollige T-hemde aan verbruikers (wie se besonderhede op die verskaffer se databasis was) gestuur sonder dat dit deur die verbruikers aangevra is en is die rekeninge van die verbruikers summier met die bedrag van die T-hemde gedebiteer. Die verskaffer is skuldig bevind aan die bedryf van 'n oneerlike skema waarvolgens ongevraagde goedere verskaf is en sy appèl is van die hand gewys.[81]

71 Soos ingevoeg deur reg 39 van die *Consumer Contracts Regulations* 2013.
72 reg 27A(3) *Unfair Trading Regulations* 2008.
73 reg 27A(4) *Unfair Trading Regulations* 2008.
74 2006 UKVAT V19648 (26-05-2006).
75 par 93.
76 par 118.
77 par 118.
78 par 69.
79 par 169.
80 2004 EWCA (Crim) 1295.
81 par 25.

## 4 *Ongevraagde goedere as aggressiewe bemarkingspraktyk in België*

Die *Wet Betreffende Marktpraktijken en Consumentbescherming* 2010[82] reguleer onder andere ongevraagde goedere in die Belgiese reg. Hoofstuk 4 van die *WMPC* reguleer onbillike,[83] misleidende[84] en aggressiewe markpraktyke[85] teenoor verbruikers. Die lewering van ongevraagde goedere word as 'n aggressiewe markpraktyk teenoor verbruikers beskou. Artikel 94 lid 6 verbied 'n verskaffer ("onderneming") om onmiddellike of uitgestelde betaling, teruggawe of bewaring van enige goedere te eis waar sulke goedere aan die verbruiker ("consumenten") gelewer is sonder dat dit deur laasgenoemde aangevra is. Die bepalings van artikel 94 moet saam met die bepalings van artikel 41 van die *WMPC* gelees word. Artikel 41 lid 3 bepaal dat 'n hof enige terugbetaling mag gelas waar 'n verbruiker betaling ten opsigte van ongevraagde goedere gemaak het, sonder dat die verbruiker die goedere aan die verskaffer hoef terug te gee. Die hof mag terugbetaling ingevolge artikel 41 gelas afgesien van enige gemeenregtelike remedies wat ingevolge die algemene kontraktereg tot die verbruiker se beskikking is.[86] Dit is belangrik om daarop te let dat die remedie ingevolge artikel 41 van die *WMPC* 2010 "outomaties" tot die verbruiker se beskikking is.[87] Dit beteken dat die verbruiker enige betaling ten opsigte van ongevraagde goedere direk van die verskaffer kan terugeis. 'n Hof word eers genader indien die verskaffer weier om 'n terugbetaling te maak.[88] Die hof het dan 'n verpligting om artikel 41 teenoor die verskaffer af te dwing aangesien die lewering van ongevraagde goedere as 'n aggressiewe markpraktyk geklassifiseer word en op die "swartlys" van onbillike markpraktyke geplaas is.[89] Volgens Steennot is daar egter onduidelikheid oor die tydperk waarbinne 'n verbruiker betaling mag terugeis in geval van ongevraagde goedere.[90] Die rede hiervoor is dat artikel 41 bepaal dat die verbruiker betalings binne 'n redelike tyd van die verskaffer moet terugeis sodra die verbruiker bewus word van die lewering van ongevraagde goedere en sy regte ingevolge die *WMPC* 2010. Wat 'n redelike tyd is, is egter onduidelik.[91] Steennot verklaar dat 'n verbruiker bloot net 'n bewering hoef te maak dat goedere nie aangevra is nie vir die bewyslas om op die verskaffer te rus om die teendeel te bewys.[92] Die feit dat 'n verbruiker nie dadelik by die lewering van ongevraagde goedere reageer nie, is volgens Steennot nie voldoende bewys dat die verbruiker die goedere aangevra het nie.[93]

Die verbruiker word ook vrygespreek van enige betalingsverpligting en mag die goedere as 'n *onvoorwaardelike geskenk* van die verskaffer behou. Die verbruiker word eienaar van die goedere sonder betaling.[94] Geerts ea verklaar dat die bepalings van die *WMPC* dit duidelik maak dat die verskaffer ook nie mag vereis dat die verbruiker die ongevraagde goedere op sy (die verbruiker se) onkoste terugstuur

[82] Hierna verwys as *WMPC* 2010.
[83] a 84-87 *WMPC* 2010.
[84] a 88-91 *WMPC* 2010.
[85] a 92-94 *WMPC* 2010.
[86] a 94 lid 6 *WMPC* 2010.
[87] Steennot "De nieuwe Wet Marktpraktijken" 2011 (*WP 2011-5*) 1 18.
[88] Steennot (n 87) 18.
[89] Geerts ea "Oneerlijke handelspraktijken: praktijkervaringen in België met de sanctie van artikel 41 WMPC" 2011 *WODC* 1 41.
[90] Steennot (n 87) 19.
[91] Steennot (n 87) 18.
[92] Steennot (n 87) 19.
[93] Steennot (n 87).
[94] Geerts ea (n 89) 39.

of bewaar nie. Die verbruiker word eienaar van die goed sonder dat enige betaling verskuldig is.[95] Geerts ea argumenteer verder dat enige stilswye aan die kant van die verbruiker nie 'n aanduiding is dat die verbruiker toestem tot of die ongevraagde goedere aanvaar nie.[96] Selfs al bevestig enige meegaande skriftelike brief wat saam met die ongevraagde goedere gelewer is dat stilswye van die verbruiker gesien sal word as toestemming tot lewering, sal so 'n brief nie afgedwing kan word nie. Die bewyslas rus op die verskaffer om aan te toon dat die verbruiker voor die lewering van die goedere wel die goedere aangevra of 'n bestelling daarvoor geplaas het.[97] Indien die verbruiker aanvanklik betalings vir die ongevraagde goedere maak maar later uitvind wat sy regte ingevolge die *WMPC* 2010 is, sou dit moontlik wees vir die verbruiker om reeds-betaalde gelde of prestasie terug te eis.[98]

Die bepalings betreffende ongevraagde goedere in die *WMPC* 2010 is 'n poging deur die Belgiese wetgewer om die Europese Riglyn ten opsigte van kontrakte wat op 'n afstand met die verbruiker gesluit is (weg van die besigheidsperseel van die verskaffer) nasionaal te implementeer.[99] Daar bestaan kritiek omdat die Belgiese wetgewer nie artikel 7 lid 3 van die Europese riglyn ook by die *WMPC* 2010 ingesluit het nie.[100] Artikel 7 lid 3 van die riglyn bepaal dat indien 'n verskaffer "vervangende goedere" van dieselfde kwaliteit en hoeveelheid aan die verbruiker lewer sonder dat die verbruiker vooraf toestemming daartoe verleen het, die lewering van sulke vervangende goedere nie traagheidsverkope of die lewering van ongevraagde goedere is nie. Ten spyte van die feit dat lidlande 'n diskresie gehad het om artikel 7 lid 3 as deel van nasionale wetgewing te implementeer sou die invoeging daarvan in die Belgiese reg onduidelikheid voorkom het.[101]

Volgens Geerts ea is die gemeenregtelike remedies van die verbruiker baie beperk. Daar is hoofsaaklik twee gemeenregtelike remedies, naamlik 'n eis om skadevergoeding en die nietigverklaring van die ooreenkoms omdat toestemming tot lewering ontbreek. Gemeenregtelik word die lewering van ongevraagde goedere beskryf as 'n "oneerlijke handelspraktijk" en dit word deur artikel 1382 van die Belgiese Wetboek (BW) gereguleer. Artikel 1382 vorm deel van hoofstuk II wat onregmatige dade reguleer en bepaal dat waar 'n persoon (deur sy eie skuld) skade aan 'n ander veroorsaak daardie skade vergoed moet word. Volgens Geerts ea is die bewyslas op die verbruiker om aan te toon dat hy skade gely het as gevolg van die oneerlike handelspraktyk (lewering van ongevraagde goedere) van die verskaffer. Daarmee saam moet die verbruiker aantoon dat 'n oneerlike handelspraktyk teenwoordig is en dat daar 'n kousale verband tussen die skade en die oneerlike handelspraktyk is. Die skrywers argumenteer dat laasgenoemde geweldig moeilik kan wees om te bewys.[102]

[95] Straetmans en Stuyck "De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming – een onvoldoende stap in, de goede richting" 2010-2011 *RW* 386-403.
[96] Geerts ea (n 89) 40.
[97] Geerts ea (n 89) 40.
[98] Geerts ea (n 89) 39. Sien ook Stuyck *Handelspraktijken Anno 2008* (2008) 104-105.
[99] *EU Directive on Distance Contracts with the Consumer 97/7/EC.*
[100] Geerts ea (n 89) 39-40. Sien ook Steennot ea *Wet Marktpraktijken* (2010) 64-65.
[101] Geerts ea (n 89) 39-40.
[102] Geerts ea (n 89) 50.

 [ISSN 0257 – 7747]

## 5 *Die posisie in Duitsland*

Ongevraagde goedere word hoofsaaklik deur artikel 241a van die *BGB* gereguleer.[103] Voor die inwerkingtreding van die 2002-wysigings aan die *BGB* (ten opsigte van die Duitse verbintenisreg) het afsonderlike wetgewing bestaan vir verskeie aspekte wat ook verbruikersbeskerming ingesluit het. Voorbeelde hiervan is wetgewing wat standaardvorm-kontrakte en sogenaamde "huis-verkope", verkope wat plaasgevind het by die verbruiker se woning ("doorstep selling"), gereguleer het. Die verspreide wetgewing binne die konsep van statutêre verbruikersbeskerming het tot ingewikkelde uitlegprobleme gelei en is deur die hervorming van 2002 as deel van die *BGB* ingevoeg.[104] Standaardvorm-kontrakte (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) is byvoorbeeld voor 2002 gereguleer deur die *Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen* (*AGBG*) maar is geïnkorporeer en gekodifiseer as deel van artikels 305 tot 310 van die *BGB*. Wetgewing wat verkope by die verbruiker se huis gereguleer het, word ingevolge die *Haustürwiderrufsgesetz* vanaf 2002 deur artikels 312 en 312a van die *BGB* gereguleer. Daarmee saam is bepalings wat verreikende gevolge ten opsigte van verbruikersooreenkomste (*Verbraucherverträge*) het ook in 2002 in die *BGB* ingevoer.[105]

Paragraaf 241a *BGB* handel oor ongevraagde prestasie en lid 1 van die artikel bepaal dat die lewering van ongevraagde goedere deur 'n verskaffer aan 'n verbruiker nie 'n eis teenoor die verbruiker daarstel nie. 'n Verbruiker is onder geen verpligting om enige betalings ten opsigte van ongevraagde goedere te maak nie en hoef ook nie ongevraagde goedere te bewaar of selfs te hou nie. In teenstelling met beide die Skotse reg en Belgiese reg bepaal artikel 241a lid 2 dat 'n verskaffer wel statutêre remedies tot sy beskikking het en teenoor die verbruiker kan instel indien die verskaffer verkeerdelik onder die indruk was dat die verbruiker die goedere aangevra of bestel het of indien die verbruiker bewus was dat so 'n verkeerde indruk bestaan of daarvan bewus kon wees indien die verbruiker redelike sorg aan die dag gelê het. Goedere is egter nie ongevraagde goedere indien die verskaffer, op grond van 'n bestaande ooreenkoms met die verbruiker, vervangende goedere van dieselfde kwaliteit en hoeveelheid aan die verbruiker lewer en die verbruiker in kennis stel van die feit dat die verbruiker nie onder enige verpligting is om die vervangende goedere te aanvaar nie.[106]

Die invoeging van traagheidsverkope as deel van die algemene verbintenisreg in die *BGB* het kritiek deur Duitse skrywers uitgelok.[107] Die invoeging is volgens hierdie skrywers lynreg in stryd met verskeie strukturele beginsels van die Duitse reg wat nie op die stadium van die invoeging daarvan deur die Duitse wetgewer voorsien is nie.[108] Die implementeringsprobleme veroorsaak 'n negatiewe praktiese impak aangesien traagheidsverkope nie algemene praktyk in Duitsland is nie.[109] Hierdie onvoorsiene gevolge dien volgens kritici van Europese harmonisering as

103 *Bürgerliches Gesetzbuch*.
104 Zekoll en Reimann (reds) *Introduction to German Law* (2005) 191.
105 § 474-479 *BGB*.
106 § 241a.3 *BGB*.
107 Casper "Die Zusendung unbestellter Waren nach § 241a *BGB*" 2000 *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1602; Schwarz "§ 241a *BGB* als Störfall für die Zivilrechtsdogmatik" 2001 *Neue Juristische Wochenschrift* 449.
108 Casper (n 107) 1602; Schwarz (n 107) 449.
109 Casper (n 107) 1602; Schwarz (n 107) 449.

sprekende voorbeeld waarom harmonisering as sodanig in ’n spesifieke lidland ingewikkeld kan wees.[110]

Zimmermann wys daarop dat paragraaf 241a *BGB* net van toepassing is waar ’n besigheid aan ’n verbruiker ongevraagde goedere verskaf.[111] In hierdie opsig is dit belangrik om na die definisies van ’n “verbruiker” (*Verbraucher*) en “entrepeneur” (*Unternehmer*) soos omskryf in paragraaf 13 en 14 van die *BGB* te kyk. ’n Verbruiker word omskryf as iemand wat ’n natuurlike persoon is en ’n regshandeling verrig wat nie binne die bestek van sy besigheid of professionele aktiwiteit is nie.[112] Zimmermann verduidelik dat paragraaf 241a *BGB* gebaseer is op artikel 9 van die *EU Distance Contracts Directive*,[113] maar dat dit wyer beskerming bied as wat deur die Europese Unie voorgeskryf is.[114] Die verbruiker word vrygespreek van enige betalingsverpligting ten opsigte van die ongevraagde goedere en ook van enige verpligting om die goedere terug te gee of terug te stuur.[115] Die skrywer argumenteer verder dat by die uitleg van paragraaf 241a *BGB* daar na die bepalings van die *Directive*[116] (artikel 9) ook gekyk sal moet word en bevraagteken of howe in Duitsland gebonde is aan uitsprake van die Europese Hof van Justisie.[117] Dit is interessant om kennis te neem van die feit dat ongevraagde goedere nie as deel van verbruikersbeskerming in die *BGB* gereguleer word nie (anders as in Suid-Afrika, Skotland of België) maar eerder as deel van die algemene verbintenisreg. Zimmermann benadruk die feit dat die wetgewer net gedeeltelik suksesvol was in die invoeg van nuwe konsepte verwant aan verbruikersbeskerming asook die invoeging van losstaande wetgewing in die *BGB*.[118] Die invoeging van artikel 241a en die strategiese posisie waar die artikel in die *BGB* ingevoeg is, is volgens Zimmermann deel van die probleem omdat dit sonder enige logiese rede te midde van belangrike bepalings ten opsigte van goeie trou geplaas is.[119] Daar word verwys na skrywers soos Flume[120] en Mansel[121] wat die strategiese plasing van paragraaf 241a *BGB* as “monsteragtig” verklaar en dat dit ’n “ongeëwenaarde fout aan die kant van die wetgewer” was.

Sonnekus bevestig dat die verskaffer van ongevraagde goedere nie betaling kan afdwing teenoor die verbruiker nie, maar meer nog dat die verskaffer ook nie teruggawe van “sy” goedere met die *rei vindicatio* kan terugeis nie.[122] Volgens die skrywer abandonneer ’n verskaffer sy eiendomsreg ten opsigte van ongevraagde goedere die oomblik wat dit aan die verbruiker gelewer word.[123] Die rede hiervoor is dat die verskaffer volle risiko vir sy aksies en die lot van sy goedere aanvaar die

110 Schwarz (n 107) 449.
111 Zimmermann *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives* (2005) 204.
112 § 13 *BGB*.
113 Dir 97/7 Europese Unie.
114 Zimmermann (n 111) 204.
115 Zimmermann (n 111) 204.
116 *Distance Selling Directive* Dir 97/7.
117 Zimmermann (n 111) 205.
118 Zimmermann (n 111) 198-199.
119 Zimmermann (n 111) 199 n 306: “It sits awkwardly between two of the most fundamental rules within the German law of obligations.”
120 Flume “Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung – die Änderungen des BGB durch das Fernabsatzgesetz” 2000 *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1428.
121 Mansel in Jauering (red) *Bürgerliches Gesetzbuch* (2004) n 1.
122 Sonnekus *Unjustified Enrichment in South African Law* (2008) 136.
123 Sonnekus (n 122).

oomblik wat goedere ongevraagd gelewer word.[124] Aangesien die oogmerk van die wetgewer ingevolge die bepalings van artikel 241a die afkeur en voorkoming van traagheidsverkope is, kan die verskaffer nie die skynbare ongegronde oordrag van eiendomsreg aan die verbruiker met sy *condictio* herstel nie.[125] Die rede hiervoor is ook te wyte aan die feit dat die wetgewer deur die bewoording van artikel 241a 'n *statutêre skenking* daarstel wat "geaktiveer" word sodra die verskaffer homself skuldig maak aan traagheidsverkope en ongevraagde goedere aan die verbruiker lewer.

Die Duitse wetgewer het op 14 Junie 2013 wetgewing uitgevaardig wat verskeie wysigings aan bestaande bepalings in die *BGB* teweegbring ten einde implementering van die *EU Consumer Rights Directive* daar te stel.[126] Paragraaf 241a is gewysig deurdat die omskrywing van "sake" (*Sachen*) nou verwys na roerende goedere wat gas, water en elektrisiteit insluit. Daar mag nie van die bepalings van paragraaf 241a *BGB* afgewyk word tot nadeel van die verbruiker nie en die bepalings daarvan bly geldig selfs waar dit moontlik deur "ander reëlings" (getref deur die verskaffer) omseil word.[127]

## 6 *Regsvergelykende kommentaar en slotopmerkings*

Die regulering en voorkoming van traagheidsverkope (asook die lewering van ongevraagde goedere as 'n vorm daarvan) is 'n nuwe verskynsel in die Suid-Afrikaanse reg en die bewoording van artikel 21 van die Wet op Verbruikersbeskerming blyk net so vreemd te wees. Indien daar egter na die regsvergelykende posisies in die verskeie Europese lidlande gekyk word (Skotland, België en Duitsland) tree die bedoeling en nut van artikel 21 na vore. Daarmee saam moet die aanhef van die Wet op Verbruikersbeskerming ingedagte gehou word wat bepaal dat "dit nodig is om innoverende middele te ontwikkel en toe te pas ten einde … gevolg te gee aan internasionaal erkende verbruikersregte".[128] In Skotland word die lewering van ongevraagde goedere verbied en rus daar geen verpligting op die verbruiker om betalings ten opsigte van ongevraagde goedere te maak, goedere terug te stuur of selfs die goedere te bewaar nie.[129] Indien betalings wel deur die verbruiker gemaak is, mag dit teruggeëis word en ongevraagde goedere word as 'n *onvoorwaardelike geskenk* tussen die verskaffer en die verbruiker geag.[130] Die verskaffer kan ook strafregtelike boetes opgelê word.[131] Daar is 'n soortgelyke regulering van ongevraagde goedere en traagheidsverkope in België en die lewering van ongevraagde goedere word as 'n aggressiewe bemarkingspraktyk beskou wat strafregtelike gevolge vir die verskaffer inhou.[132] Goedere wat ongevraagd aan verbruikers gelewer word, word deur die wetgewer as 'n *onvoorwaardelike geskenk* aan die verbruiker beskou en enige betalingsverpligting word uitgewis.[133] Ingevolge die Duitse reg[134] word die

124 Sonnekus (n 122). Sien ook n 41.
125 Sonnekus (n 122).
126 *Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung.*
127 § 241a *BGB*.
128 aanhef van die Wet op Verbruikersbeskerming.
129 *Distance Selling Regulations* reg 24.
130 *Distance Selling Regulations* reg 24.
131 reg 24(6).
132 a 94 lid 6 saamgelees met a 41 van die *WMPC* 2010.
133 a 94 lid 6 saamgelees met a 41 van die *WMPC* 2010.
134 § 241a *BGB*.

verbruiker soortgelyk kwytgeskeld van enige betalingsverpligting teenoor die verskaffer en het die verskaffer geen reg tot vordering nie, wat sy *condictio* ten opsigte van eiendomsreg insluit.[135]

Die invoering van internasionale verbruikersregte ingevolge die Wet op Verbruikersbeskerming is belangrik en selfs prysenswaardig. Dit is ook so dat 'n blindelingse invoeging en oorname van internasionale wetgewing in ons unieke Suid-Afrikaanse situasie katastrofiese gevolge kan hê. In geval van artikel 21 blyk dit egter of die wetgewer probeer het om homself te goed van sy taak te kwyt en dui die bewoording van artikel 21 op 'n sogenaamde "overkill" oftewel oordrewe gebruik van sy magte. Die rede vir hierdie stelling is duidelik as daar na die volgende argumente gekyk word.

Die omskrywing van "ongevraagde goedere" word onnodig in artikel 21(1) verbreed deur te verwys na gevalle wat eerder deur ander artikels in die wet gereguleer moet word en wat verwarring ten opsigte van die gemeenregtelik posisie veroorsaak. Deur byvoorbeeld die lewering van 'n oormaat goedere ingevolge artikel 21(1)(*b*) (saamgelees met artikel 19) gelyk te stel aan traagheidsverkope word onnodige verwarring veroorsaak en word die behoorlike implementering van artikel 21 verhoed.[136] Die rede waarom die omskrywing van ongevraagde goedere ingevolge artikel 21 deur die wetgewer verbreed is, word bevraagteken aangesien nie een van die regsvergelykende posisies 'n soortgelyke uitbreiding insluit nie.

Indien daar na die kwessie van "onvoorwaardelike eiendomsoordrag" soos beskryf in artikel 21(6) gekyk word, is dit vanuit 'n gemeenregtelike oogpunt (die gemeenregtelike vereistes vir en onderskeid tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms en saaklike ooreenkoms) onwaarskynlik dat eiendomsreg vanaf die verskaffer na die verbruiker sal oorgaan.[137] Tog wys die regsvergelykende posisies in Skotland, België en Duitsland daarop dat die verbruiker wel eiendomsreg in die goedere verkry. Hoe moet die bewoording van artikel 21 dan uitgelê word met inagneming van die regsvergelykende posisie? Die antwoord is opgesluit in die verskil tussen die bewoording van artikel 21 en die bepalings van die onderskeie regsvergelykende jurisdiksies. In Skotland en België word die bewoording *onvoorwaardelike geskenk* gebruik en in Duitsland blyk daar ook 'n statutêre skenking te wees. Indien die Suid-Afrikaanse wetgewer eerder *onvoorwaardelike geskenk* in artikel 21 gebruik het sou die uitleg van veral artikel 21(6) moontlik vereenvoudig kon word en sou die gemeenregtelike posisie met duidelikheid deur 'n statutêre skenking vervang word. Daar word verder aanbeveel dat die bewoording van artikel 21 in geheel vereenvoudig moet word om te strook met die toepaslike internasionale posisie maar belangriker nog, om toegang deur verbruikers (wat spesifiek weerlose verbruikers ingevolge artikel 3 van die Wet op Verbruikersbeskerming insluit) te vergemaklik, voldoende beskerming te bied en regsekerheid daar te stel.

135 Sonnekus (n 122) 236.
136 Sien volledige bespreking in 2.1 hierbo.
137 Sien volledige bespreking in 2.2 hierbo.

 [ISSN 0257 – 7747]

**SUMMARY**

**UNSOLICITED GOODS IN TERMS OF THE CONSUMER PROTECTION ACT IN COMPARATIVE PERSPECTIVE**

Though consumer protection is not a new concept in South African law, the Consumer Protection Act 68 of 2008 is an attempt by the legislature to merge and regulate various widely-scattered consumer protection legislation under one act. It is the first time in the history of South African law that a consumer is provided with eight basic fundamental consumer rights. Part C of chapter 2 of the act regulates the consumer's fundamental right to choose. Part of this right includes section 21 and the protection of consumers in respect of unsolicited goods. The inclusion of unsolicited goods as part of the act aims to bring the South African position more in line with the international position regarding inertia selling. Problems arise in the practical application of section 21 in the unique South African landscape.

There are clear similarities between the wording of section 21 and other similar provisions that regulate unsolicited goods in European countries (also member states of the European Union). Because of South Africa's legal and historical background, the positions in Scotland, Belgium and Germany are discussed comparatively. Statutory regulation of unsolicited goods in these countries has as its origin the implementation of European Directives in the relevant member state, but the manner of implementation in the national law of each country differs. A further purpose of the comparative analysis is to find solutions to questions that arise from the critical analysis and explanation of section 21 and the South African position. The issue regarding the broad definition given to unsolicited goods in terms of section 21 to also include situations where an existing contractual relationship is present between the supplier and consumer is discussed as well as possible problems regarding the time constraints for the recovery of the goods by the supplier and retention of the goods by the consumer. The issue regarding possible transfer of ownership in the unsolicited goods in terms of section 21(6) is also examined. Although section 21 regulates both unsolicited goods and services the focus of this discussion is on the former (goods). The contribution concludes with recommendations and concluding remarks taking into account the comparative analysis.