

# DIE WANRESEPSIE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG VAN DIE GEMEENREGTELIKE *BENEFICIA* VIR ONVERMOËNDE DEBITEURE

Johan Henning<sup>1</sup>

## Abstract

In addition to *cessio bonorum* (the forerunner of voluntary surrender) and *seureté du corps* (safe-conduct or vreygeley suspending arrest or detention, DG Van der Keessel, one of the great and last Roman-Dutch authorities, identified three *beneficia* available to impecunious debtors in the *ius commune* in the eighteenth century *rescripta inductionis*, *rescripta moratoria* and *surchéance van betaalinge*.

*Rescripta inductionis* provided an effective procedure whereby creditors of an impecunious debtor could be induced to agree to a moratorium. *Rescripta moratoria* and *surchéance van betaalinge* in essence involved the declaration of a moratorium on a petition showing that a postponement of obligations was equitable in the circumstances and necessary to restore the liquidity of a debtor.

In this contribution the various *beneficia* and the important and valuable role they could have played in South African law are analysed. The three South African decisions at the turn of the nineteenth century, all by judge Kotzé, resulting in the unnecessary abrogation of the *beneficia*, are evaluated and criticised as contextually incorrect and historically insensitive. It is emphasised that South African courts have continued to rely on principles and concepts underlying these common law *beneficia* in the interpretation of modern moratory legislation.

---

## 1. INLEIDING

Vir talle eeue, moontlik selfs bykans drie millenia, is en word daar in Westerse en ander regstelsels in krisistye van buitengewone billikheidsremedies, regsmiddels of voorregte (*beneficia*) gebruik gemaak om onderstand te verleen aan persone wat as gevolg van omstandighede buite hul beheer nie in staat is om hul verpligtinge reëlmstig na te kom nie.<sup>2</sup> Hierdie regsfigure staan generies tans bekend as *moratoria*.<sup>3</sup>

Die beweegredes onderliggend aan die verlening van 'n moratorium is tradisioneel en in beginsel tweeledig van aard. Eerstens billikheid, naamlik om aan persone wat deur omstandighede buite hul beheer verhoed word om hul verpligtinge betyds na te kom, uitstel te verleen. Sodoende word hierdie persone gevrywaar teen uitwinning, boedeloorgawe, verpligte sekwestrasie of siviele gyseling. Tweedens,

---

<sup>1</sup> Uitstaande Professor en Dekaan van die Fakulteit Regsleerdheid, Universiteit van die Vrystaat. E-posadres: henningj.rd@ufs.ac.za.

<sup>2</sup> A H Feller "Moratory legislation: A comparative study", *Harvard Law Review*, 1993, p. 1061.

<sup>3</sup> Hoewel almal nie noodwendig streng regstegnies as sodanig te tipeer is nie. Sien JJ Henning "Moratoria en *privilegia militum* veral in *tempore belli*", *Mededelings van die Sentrum vir Ondernemingsreg* 41 (Bloemfontein, 2007), pp. 14-18.

doelmatigheid, naamlik om gedurende tydperke wat as buitengewoon, dog tydelik van aard, beskou word, die onderliggende struktuur van die volkshuishouding onaangetas te bewaar en ekonomiese ineenstorting te verhoed.<sup>4</sup>

Regtens kan 'n moratorium omskryf word as 'n regs weldaad in die vorm van 'n uitstel van verpligtinge<sup>5</sup> wat van owerheidsweë verleen word<sup>6</sup> aan diegene wat vanweë abnormale of ander omstandighede buite hul beheer, nie in staat is om daardie finansiële en ander verpligtinge reëlmatig na te kom nie.<sup>7</sup> Hierdeur vind 'n gewisse ingreep plaas op die normale regsverhouding tussen kontrak- en prosespartye.

Dit wil voorkom asof die lang ontwikkelingsgang en gemeenregtelike verskyningsvorme van die regsfiguur merendeels ligtelik in die Suid-Afrikaanse regspraak en regsliteratuur oor die hoof gesien is en word.<sup>8</sup> Bykans geen aandag is

<sup>4</sup> EM Meijers en P Scholten, "Het recht tegenover de huidige crisis - Oorlogssurcéance", *Weekblad voor Privaatrecht Notaris-ambt en Registratie*, 1914, p. 404; SP Lipman, *Essai historique sur les surcéances*, (Amsterdam, 1827), p. 14; LG von Oberndorff, *Das vom Landesherrn oder von Staatswege erteilte Moratorium* (Greifswald, 1905), p. 14; A Mayer, "Zur Geschichte und Theorie des Moratoriums", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1915, pp. 181-182; M Pierre, *Le moratorium des effets de commerce, sa nature juridique et son application internationale* (Parys, 1918), pp. 12-13; A Koersner en N Rabenius, *Om moratorium nagra bidrag till kannadom om dess begrepp och anvandning* (Stockholm, 1923), p. 24; P Kostoff, *Le moratoire de guerre* (Parys, 1930), pp. 17-20.

<sup>5</sup> Gewoonlik in die vorm van 'n uitstel van betaling as sodanig of ook deur middel van 'n opskorting van siviele regsmiddels.

<sup>6</sup> Hetsy by wyse van direkte statutêre ingreep, hetsy deur die bemiddeling van die howe, hetsy met of sonder die medewerking van die meerderheid in waarde van skuldeisers. Sien Von Oberndorff, p. 7.

<sup>7</sup> Lipman, p. 14; DH Delprat, *De Nederlandsche en Belgische wetgevingen betrekkelijk de surseance van betaling onderling vergeleken* (Leiden, 1854), pp. 2-4; H Hanna, *The war and the suspension of legal remedies* (Dublin, 1914), pp. 7-8; Pierre, pp. 12-13; Koersner en Rabenius, p. 24; Kostoff, pp. 17-20; WF Trotter, *The law of contract during and after war* (Londen, 1940), p. 177; R Deumer, *Der private Kriegskredit und seine Organisation* (Berlyn, 1940), p. 86; JA Vreeswijk, *De surséance van betaling en het akkoord* (Deventer, 1973), pp. 4-5; S Kerr, "The effect of a moratorium", *Canadian Law Times*, 1914, p. 793; A Mayer, "Zur Geschichte und Theorie des Moratoriums", *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 1915, p. 181; SB Kitchin en RPB Davis, "The moratorium", *South African Law Journal*, 1915, p. 413; EG Lorenzen, "Moratory legislation relating to bills and notes and the conflict of laws", *Harvard Law Review*, 1919, p. 324; Feller, *Harvard Law Review*, 1933, p. 1062; F Rawle, *Bouvier's law dictionary and concise encyclopedia* (Londen, 1914), p. 2247; WS Anderson (red.), *Ballentine's law dictionary* (New York, 1969), p. 815; J Bourke, *Jowitt's dictionary of English law* (Londen, 1977), p. 1201; HC Black, *Law dictionary* (Londen, 1979), p. 910; FJ Ludes (red.), "Moratorium", *Corpus Juris Secundum LVIII* (St Paul, 1955), p. 1208.

<sup>8</sup> Uitsonderings is daar wel. Sien bv. *Worthington v Wilson* 1918 TPD 104, pp. 110-112.

en word deur howe en skrywers hieraan afgestaan nie.<sup>9</sup> Trouens, daar is al te kenne gegee dat die regsterm “moratorium” ’n heel resente oorsprong en boonop ’n suiwer Engelsregtelike herkoms het. Gebrekkige insigte soos dié is simptome van die negering van waardevolle Romeins-Hollandse regsfigure en aanknopingspunte.

In hierdie bydrae word die aandag dan juis ook gevestig op die betreurenswaardige wanrepsie in die Suid-Afrikaanse reg van ’n aantal besondere gemeenregtelike verskyningsvorme van individuele moratoria, naamlik drie *beneficia* vir onvermoënde debiteure wat in die Romeins-Hollandse reg bestaan het en waarvan een selfs voortbestaan in die moderne Nederlandse reg.

## 2. DRIE *BENEFICIA* VIR SKULDENAARS IN DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG

### 2.1 Inleiding

Die tydperk van die *Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden* was nie slegs in alle opsigte die bloeitydperk van die Romeins-Hollandse reg en van die Nederlandse regswetenskap in die algemeen nie,<sup>10</sup> maar dit was ook die periode van die hoog-

<sup>9</sup> Sien bv HE Hockly, DF Waters en RD Jooste, *Mars. The law of insolvency in South Africa* (Wetton, 1980), p. 5 se kriptiese verwysing na "surcheance van betaling"; C Smith, *The law of insolvency* (Durban, 1988), pp. 328-329; CF Forsyth, *Caney's law of suretyship in South Africa* (Wetton, 1982), p. 109; JC de Wet en AH van Wyk, *De Wet en Yeats. Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg* (Durban, 1978), p. 347; E Newman en DJ McQuoid-Mason, *Lee and Honore. The South African law of obligations* (Durban, 1978), p. 488; DJ Joubert, *General principles of the law of contract* (Wetton, 1987), p. 197; MA Diemont en PJ Aronstam, *The law of credit agreement and hire-purchase in South Africa* (Wetton, 1982), p. 347; JTR Gibson *South African mercantile and company law* (Kaapstad, 1983), p. 93; HH Pretorius, *Burgerlike prosesreg in die landdroshoue* (Durban, 1986), p. 262; Suid-Afrikaanse Regskommisie, *Hersiening van die insolvensiereg* (Pretoria, 1989), pp. 100-102; E du Plessis, "South Africa's foreign debt moratorium I. Exchange control. The standstill provisions", *Moderne Besigheidsreg*, 1986, p. 24; C Smith, "Problem areas in insolvency law", *SA Tydskrif vir Handelsreg*, 1989, pp. 112-113.

<sup>10</sup> DH van Zyl, *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* (Durban, 1979), p. 345; HR Hahlo en E Kahn, *The South African legal system and its background* (Kaapstad, 1968), p. 524; JW Wessels, *History of the Roman Dutch law* (Kaapstad, 1908), p. 294; GG Visagie, *Regspleging en reg aan die Kaap van 1652 tot 1806* (Kaapstad, 1969), p. 14; E Laspeyres, *Geschichte der volkswirtschaftlichen Anschauungen der Niederländer und ihrer Literatur zur Zeit der Republik* (Nieuwkoop, 1862), p. 24; P van Heijnsbergen, *Geschiedenis der Rechtswetenschap in Nederland* (Amsterdam, 1925), p. 351; H Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte. Zweiter Band. Neuere Zeit (1500-1800)*, (München, 1977), p. 501; J Kohler, "Niederländisches Handelsrecht in der Blutezeit des Freistaates", *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 1907, p. 293; OF Robinson, TD Fergus en WM Gordon, *An introduction to European legal history* (Abingdon, 1985), p. 357; E Kahn, "Hugo Grotius 10 April 1583 - 29 August 1645. A sketch of his life and his writings on Roman-Dutch law", *South African Law Journal*, 1983, p. 192.

bloei van die Nederlandse handel.<sup>11</sup> Dit was egter ook die tydperk van ekonomies-ontwrigtende oorloë met Engeland en Frankryk.<sup>12</sup> 'n Ryk teelaarde het derhalwe bestaan vir die ontwikkeling van regsfigure met die verlening van die een of ander respyt of onderstand as inhoud, afgestem op die billike beregtiging van die uiteenlopende belange van skuldeiser en skuldenaar veral in ekonomies-buitengewoon ontwrigtende omstandighede.<sup>13</sup>

In die lig hiervan behoort dit nie te verbaas dat die verlening van *beneficia* aan onvermoënde skuldenaars in die vorm van sogenaamde individuele *moratoria* in uiteenlopende en gesofistikeerde verskyningsvorms aan die Romeins-Hollandse reg bekend was nie. Dit blyk uit regsfigure soos *rescripta inductionis*, *rescripta moratoria* en *surchéance van betaalinge*.<sup>14</sup> Dit is drie van die *beneficia* of voorregte, benewens *seurete du corps* asook *cessio bonorum* (die voorloper van die huidige boedeloorgawe), wat volgens Van der Keessel<sup>15</sup> ten behoewe van betalingsonvermoënde of dilatore skuldenaars in die howe van Holland erkenning gevind het.<sup>16</sup>

Hierdie drie *beneficia* word om die beurt kortliks van naderby beskou.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> J van der Linden, *Rechtsgeleerd practicaal en koopmans handboek* (Amsterdam, 1806), 4 1 5; SJ Lee, *Aspects of European history 1494-1789* (Londen, 1978), pp. 155-157 (hierna "Lee, *European history*"); W Temple, *Observations upon the united provinces of the Netherlands* (Oxford, 1972), p. 108; V Barbour, *Capitalism in Amsterdam in the 17th Century* (Ann Arbor, 1963), p. 74; HC Diferee, *De geschiedenis van den Nederlandschen handel tot den val der Republiek* (Amsterdam, 1908), p. 330; R Mayr, *Lehrbuch der Handelsgeschichte* (Leipzig, 1921), p. 123; P Rehme, "Geschichte des Handelsrechts" in V Ehrenberg (red.), *Handbuch des gesamten Handelsrechts* (Stuttgart, 1913), p. 187; FS Gaastra, *De geschiedenis van de VOC* (Bussum, 1982), p. 136; Kohler, p. 252; HFWD Fischer, "Het oudvaderlandse handelsrecht en Hugo de Groot", *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1952, p. 602; A van Oven, "One hundred and fifty years of Dutch commercial law", *Netherlands International Law Review*, 1983, p. 187.

<sup>12</sup> Temple, p. 129.

<sup>13</sup> Sien ook Van Oven, *Netherlands International Law Review*, 1983, p. 188, sv "*surséance van betaling* (moratorium)".

<sup>14</sup> Sien o.m. Lipman, *Essai historique*, p. 46; SP Lipman, *Wetboek van Koophandel* (Amsterdam, 1839), p. 371; JC Voorduyn, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken* (Utrecht, 1841), p. 883; Delprat, p. 14; K Zwaardemaker, *Over surceance van betaling* (Leiden, 1878), pp. 25-38; H Schaap, "Surceance van betaling", *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving*, 1882, p. 249; GWB van der Feltz, *Geschiedenis van de wet op het faillissement en de surséance van betaling* (Haarlem, 1897), p. 336; WLPA Molengraaff, *De Faillissementswet* (Gravenhage, 1898), p. 515; GHA Grossheide, "Is wettelijke regeling van het akkoord buiten faillissement gewenst, en zoo ja, op welke wijze?", *Handelingen der Nederlandsche Juristen-vereniging I*, 1931, pp. 2-3; LG van Dam, *De surséance van betaling en het akkoord buiten faillissement* (Haarlem, 1935), p. 10; H Emmerich en WSW de Beer, *De saneering* (Haarlem, 1937), p. 85; WF Lichtenauer, *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland tot 1809* (Amsterdam, 1956), p. 197; HFA Völlmar, *Het Nederlandse handels-en faillissementsrecht* (Haarlem, 1961), p. 869; M Polak, *Faillissement en surséance van betaling* (Groningen, 1972), p. 417; Vreeswijk, p. 10; PC Maas, J van Schaik en T Blokland, *De in haar continuïteit bedreigde onderneming* (Zwolle, 1983), p. 83; CJ van Zeven (red.), *Faillissementswet* (Deventer, 1986), p. II 1-1.

<sup>15</sup> DG van der Keessel, *Praelectiones iuris hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad iurisprudentiam Hollandicam* (Amsterdam/Kaapstad, 1961-1967), p. 3 51 8.

<sup>16</sup> *Seureté du corps* word vanweë lengtebeperkings nie hier bespreek nie. Sien hieroor JJ Henning "Sureté du corps", *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 1992, pp. 1-19.

<sup>17</sup> Sien ook Forsyth, pp. 102-103.

## 2.2 Rescripta inductionis en rescripta moratoria

### 2.2.1 Inleiding

Vir beide *rescripta inductionis* en *rescripta moratoria* is nie ongereeld nie Romeinsregtelike ontstaansbronne of presedente nagespeur, naamlik die keiserlike regskripte aan te tref in *C 1 19 4* en *C 7 71 8*. Dit is nie nodig om 'n gedetailleerde konkordansie van die botsende standpunte en uiteenlopende insigte hier op te haal nie. Dit is voldoende om daarop te wys dat hierdie regskripte volgens die insigte van 'n beduidende aantal skrywers oor die *ius commune* in die oud-Hollandse reg voortgeleef het.<sup>18</sup>

Die merendeel van Romeins-Hollandse bronne<sup>19</sup> en die oorgrote meerderheid van meer resente kommentatore soos Lipman,<sup>20</sup> Delprat,<sup>21</sup> Zwaardemaker,<sup>22</sup> Van

<sup>18</sup> H de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleertheit* (Delft, 1664), p. 3 51 8; Voet, *Commentarius* (Hagae Comitibus, 1704), p. 42 3 20; Van der Linden, *Koopmans handboek*, p. 3 1 7 3; J Van der Linden, *Verhandeling over de judicieele practyck of form van procedereen voor de hoven van justitie in Holland gebruikelijk* (Leiden, 1798), p. 2 3 2 2; J Loenius, *Decisies en observatien* (Gravenhage, 1735), cas 17; S van Leeuwen, *Het Rooms-Hollandsch-recht* (Amsterdam, 1708), p. 4 41 5; S van Leeuwen, *Censura forensis* (Lugduni Batavis, 1741), p. 4 45 10; U Hüber, *Heden-daegsche rechtsgeleertheit* (Amsterdam, 1742), p. 5 43 1; G van Wassenaar, *Practyck judicieel ofte instructie op de forme en manieren van procedereen* (Utrecht, 1746), p. 1 8 1-13; F L Kersteman, *Academie der jonge practizijns of beredeneerde consideratien over de theorie en de practyck in zaaken van rechtspleging* (Gravenhage, 1765), p. 440; FL Kersteman *Hollandsch rechtsgeleert woorden-boek sv "brieven van respyt"* (Amsterdam, 1768); H Backhuysen, *Nieuw Nederlands advysboek* (Amsterdam, 1769), p. 2 31; T Boey, *Woordentolk of verklaring van de voornaamste onduitsche woorden* (Gravenhage, 1773), sv "atterminatie"; J Brunnenman, *Commentarius in duodecim libros Codicis Justiniani* (Lipsiae, 1679), p. 1 19 2 5; A Faber, *Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in Sabaudiae senatu tractatarum, ex ordine titolorum codicis Justiniani, quantum fieri potuit, accommodate ad usum forensem, in novem libris ditributus* (Genève, 1649), p. 1 19 14.; C van Bynkershoek, *Observationes tumulturiae* (Haarlem, 1926-1962), pp. I 598, IV 3167; DG Van der Keessel, *Theses seletae juris Holandici et Zelandici ad supplendam Hugonis Grotii Introductionem ad jurisprudentiam Hollandicam* (Lugduni Batavorum, 1800), p. 889; Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr.*, p. 3 51 8. Sien ook SJ Fockema Andreae en LJ Van Apeldoorn, *Aantekeningen op de Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid beschreven bij Hugo de Groot* (Arnhem, 1939), ad *Gr.*, 3 51 8; Zwaardemaker, p. 6; JH Dalhuisen, *Compositions in bankruptcy* (Leiden, 1968), pp. 12-30; KWF Grattenauer, *Ueber Generalindult und Spezialmoratorien* (Breslau, 1809), pp. 49-53; Van Dam, pp. 8-9; Lipman, *Essai historique*, pp. 14-24; Lipman, *Wetboek*, pp. 370-371; Delprat, pp. 5-8; Vreeswijk, p. 10; Van Zeven (red.), p. II 1-1; Schaap, p. 245; Lorenzen, p. 324; Feller, pp. 1062-1063; Van der Feltz, p. 335.

<sup>19</sup> De Groot, *Inleidinge*, p. 3 51 8; Voet, *Commentarius*, p. 42 3 20; Van der Linden, *Koopmans handboek*, p. 3 1 7 3; Van der Linden, *Judicieele practyck*, p. 2 3 2 2; Loenius, *cas 17*; Van Leeuwen, *Het Rooms-Hollandsch-recht*, p. 4 41 5; Van Leeuwen, *Censura forensis*, p. 4 45 10; Hüber, p. 5 43 1; Van Wassenaar, pp. 1 8 1-13; Kersteman, *Academie 440*; Kersteman *Hollandsch rechtsgeleert woorden-boek sv "brieven van respyt"*; Backhuysen p. 2 31; Boey, *Woordentolk sv "atterminatie"*; Brunnenman *ad Cod 1 19 2 5*; Faber *ad Cod 1 19 14.*; Van Bynkershoek, *Obs tum*, pp. I 598, IV 3167; Van der Keessel, *These Selectae*, p. 889; Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr.*, p. 3 51 8; LT Nassau La Leck, *Algemeen beredeneerd register op alle de voornaamste rechtsgeleerde advysen, consultatien, decisien, observatien, sententien, in eene alphabetische orde geschikt en zamengesteld* (Utrecht 1778-1789), p. 56 sv "atterminatie", p. 754 sv "respyt".

<sup>20</sup> Lipman, *Essai historique*, pp. 46-49.

<sup>21</sup> Delprat, p. 15.

<sup>22</sup> Zwaardemaker, p. 30.

Dam,<sup>23</sup> Polak,<sup>24</sup> Fockema Andreae en Van Apeldoorn<sup>25</sup> vertaal *rescripta moratoria* óf as *brievan van respijt* óf as *atterminatie* óf as *brievan van respijt en atterminatie*, met die klaarblyklike bedoeling om die terme *respijt* en *atterminatie* as uitruilbaar te gebruik, oftewel oor een en dieselfde kam te skeer. Ten einde verwarring te voorkom, word hier deurgaans slegs die term *brievan van respijt* as alternatief vir *rescripta moratoria* gebruik en bowendien sover doenlik gehou by die terminologie gebesig in tydgenootlike ordonnansies, plakkate en ander statutêre voorskrifte.

### 2.2.2 Rescripta inductionis

Een van die regsmiddels wat 'n skuldenaar kon gebruik om respyt te bekom, was bekend as die verkryging van sogenaamde *rescripta inductionis*, ook *mandementen van inductie* genoem.<sup>26</sup>

Volgens die *Resolutie vanden Staten van Hollandt, omne alle Mandementen van inductie te depecheren met Commissie op een Deurwaerder van desen Hove* van 24 November 1581<sup>27</sup> het die jurisdiksie om *rescripta inductionis* te verleen by die Hof van Holland berus. Die prosedure was kortliks dat die provinsiale hof op aansoek van die skuldenaar 'n bevel verleen, naamlik 'n *mandement van inductie*, waarkragtens die skuldeisers gedagvaar is om voor die *magistratus loci* te verskyn om te besluit of aan die skuldenaar uitstel verleen kan word. Die *magistratus loci* trag dan om die meerderheid van die skuldeisers daartoe te bring (*inducere*) om tot die gewenste respyt toe te stem. Geskied dit wel, bind die meerderheid skuldeisers die minderheid. Laasgenoemde is derhalwe dan genoodsaak om met die respyt verlief te neem.<sup>28</sup>

### 2.2.3 Rescripta moratoria

*Brievan van respijt*, oftewel *rescripta moratoria*, kon volgens artikel 226 van *d'Instructie, vanden Hove van Hollandt, Zeelant ende Vrieslandt* van 20 Augustus 1531<sup>29</sup> en artikels 31 tot 35 van die *Ordonnantie vanden Keyser* van 1544<sup>30</sup> slegs verleen word deur die *Hooge Overheid* met bekragtiging deur die betrokke hof.<sup>31</sup>

<sup>23</sup> Van Dam, p. 11.

<sup>24</sup> Polak, p. 417.

<sup>25</sup> Fockema Andreae en Van Apeldoorn, *ad Gr*, p. 3 51 8.

<sup>26</sup> Voet, *Commentarius*, p. 42 3 20; Van der Linden, *Rechtsgeleerd practicaal en koopmans handboek*, p. 3 1 7 4; Van der Linden, *Verhandeling over de judicieele practyq of form van procedeeren*, p. 2 33 3 4.

<sup>27</sup> *Groot Placaet-Boeck*, 2 1422.

<sup>28</sup> Zwaardemaker, p. 29.

<sup>29</sup> *Groot Placaet-Boeck*, 2 757.

<sup>30</sup> *Ibid.* 1 326-327.

<sup>31</sup> sien ook Fockema Andreae en Van Apeldoorn, *ad Gr*, 3 51 8.

By die instelling van die *Hooge Raad* in 1581 met sy setel in Den Haag<sup>32</sup> het die bevoegdheid om *brieven van respijt* te verleen op die instansie oorgegaan. Dit is tewens uitdruklik so bepaal deur artikel 23 van die *Ordonantie ende Instructie, van den Hoogen Raedt van Appel* van 1 Mei 1582.<sup>33</sup>

Die *Ordonnantie* van 1544 het ten doel gehad om aan beide die Geheime Raad,<sup>34</sup> oftewel die *Secreeten Raad*, en die Hof van Holland reëls voor te skryf om by die verlening en bekragtiging van *brieven van respijt* in ag te neem. Sodanige regshulp mog nie verleen word nie, tensy dit duidelik geblyk het dat die applikant geen skuld gehad het aan die skade en verlies wat reëlmatige prestasie ten aansien van sy verpligtinge onmoontlik gemaak het nie. Is *brieven van respijt* wel verleen, moes die suksesvolle applikant binne een maand sy krediteure voor die hof daag met 'n aanbod van *borgtocht* oftewel sekerheidstelling. Die deugdelikheid van die sekerheid wat gestel is, kon dan deur die skuldeisers betwis word. Word dié egter in orde bevind, geld die respyt ingevolge die *rescriptum moratorium*.<sup>35</sup>

Deur middel van sodanige *rescripta moratoria* verkry die skuldenaar dan 'n gemagtigde uitstel van betaling van sy skulde.<sup>36</sup> Aangesien die respyt in die reël vir vyf jaar verleen is, is dikwels daarna verwys as *quinquenellen* otewel *vijf jaar brieven*.<sup>37</sup>

Van der Linden<sup>38</sup> sowel as Fockema Andreae en Van Apeldoorn<sup>39</sup> wys daarop dat hier 'n direkte afstammeling voorhande is van die keiserlike regskrip wat in die Romeinse reg *moratoria praescriptio* ingevoer het.<sup>40</sup> Dit was egter verder ontwikkel en het sekere elemente van *induciae* geabsorbeer, naamlik aspekte soos die aanhoor van die skuldeisers en die gebruikelike tydperk vir respyt van vyf jaar.

<sup>32</sup> Van Zyl, *Romeins-Hollandse reg* (1979), p. 301.

<sup>33</sup> *Groot Placaet-Boeck*, 2 794.

<sup>34</sup> Die *Grote Raad van Mechelen*, oftewel die *Grand Conseil Arresté*, is vanaf 1531 onderverdeel in die *Raad van State* en die *Geheime Raad*.

<sup>35</sup> Sien ook Fockema, *Andreae en Van Apeldoorn, ad Gr*, 3 51 8.

<sup>36</sup> De Groot, *Inleidinge*, p. 3 51 8; Voet *Commentarius*, p. 42 3 20; Van der Linden, *Koopmans handboek*, p. 3 1 7 3; Van der Linden, *Judicieele practijcq*, p. 2 32 2; Loenius, *cas* 17; Van Leeuwen, *Het Rooms-Hollansch-recht*, p. 4 41 5; Van Leeuwen, *Censura forensis*, p. 4 45 10; Hüber, p. 5 43 1; Van Wassenaar, pp. 1 8 1-13; Kersteman, *Academie der jonge practijzins*, p. 440; Kersteman, *Hollansch rechtsgeleert woorden-boek sv "brieven van respeyt"*; Backhuysen, p. 2 31; Boey, *Woordentolk sv "atterminatie"*; Brunnenman, *ad Cod*, 1 19 2 5; Faber, *ad Cod*, 1 19 14.; Van der Keessel, *Th Sel* p. 889; Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr*, 3 51 8.

<sup>37</sup> W van Alphen, *Papegay: ofte, formulier-boek, van alderande requesten, mandamenten, conclusien, schrifturen, als anders, in de dagelijcsche practijcke dienende voor de respectie hoven van justitie in Hollandt* (Utrecht, 1740), p. 2 598; Hüber, p. 5 43 11; Van der Linden, *Judicieele practijcq*, p. 2 32 2.

<sup>38</sup> Van der Linden, *Judicieele practijcq*, p. 2 32 1.

<sup>39</sup> Fockema Andreae en Van Apeldoorn, *ad Gr*, 3 51 8.

<sup>40</sup> C 1 19 4.

## 2.2.4 Verskille

Soos uit die voorafgaande en veral die *Ordonnantie* van 1544 blyk, was die verskille tussen *rescripta inductionis* en *rescripta moratoriae* eerstens prosesregtelik van aard. Laasgenoemde is aanvanklik verleen deur die *Hooge Overheid* en kon na 1581 slegs verleen word deur die Hooge Raad. Eersgenoemde is toegestaan deur die provinsiale howe, soos die Hof van Holland, terwyl die *magistratus loci* belas was met die taak om die toestemming van skuldeisers tot uitstel te hanteer, in die afwesigheid waarvan sodanige respyt in elk geval nie deur die provinsiale regter aan wie die *comittimus* geadresseer was, toegestaan kon word nie.<sup>41</sup>

'n Ander verskil lê daarin dat *rescripta moratoria* reeds namens die owerheid aan die skuldenaar die aangevraagde uitstel van betaling verleen, maar beveel dat die bevel voor die *magistratus loci*, waar die skuldenaar woon, geregistreer moet word nadat daar 'n ondersoek van die saak gehou is. Daarenteen het 'n *mandement van inductie* nog nie aan die skuldenaar uitstel as sodanig verleen nie, maar aan die regter die bevoegdheid verleen om, nadat geskikte sekerheid gestel is, oor daardie aangeleentheid ooreenkomstig die toestemming van die meerderheid van skuldeisers te beslis.<sup>42</sup>

Daarbenewens is *brievens van respijt* gewoonlik vir 'n tydperk van vyf jaar verleen, terwyl *mandamenten van inductie* in die meeste gevalle vir 'n korter tydperk aangevra en toegestaan is.<sup>43</sup>

Volgens sommige skrywers, soos Van der Linden,<sup>44</sup> was die toestemming van die meerderheid van die skuldeisers nie 'n vereiste vir die toestaan van *rescripta moratoria* nie, terwyl dit by *rescripta inductionis* uit die aard van die saak wel die geval was. De Groot<sup>45</sup> het egter onomwonde die mening gehandhaaf dat vir die verlening van *brievens van uitstel* nie alleen voldoende sekerheidstelling geverg is nie, maar ook die inwilliging van die *meerder-deel der inschuldere*.<sup>46</sup> Groenewegen<sup>47</sup> het stilswyend hiermee saamgestem. Voet,<sup>48</sup> Lulius, Van Spaan en Van der Linden<sup>49</sup>

<sup>41</sup> Delprat, p. 15.

<sup>42</sup> Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr*, p. 3 51 8.

<sup>43</sup> Van Alphen, p. 2 598; Hüber, p. 5 43 11; Van der Linden, *Judicieele practijcq*, p. 2 32 2; Delprat, p. 17.

<sup>44</sup> Van der Linden *Judicieele practijcq*, p. 2 32 2.

<sup>45</sup> De Groot, *Inleidinge*, p. 3 51 8.

<sup>46</sup> Ooreenkomstig C 7 71 8.

<sup>47</sup> S Groenewegen van der Made, *A treatise on the laws abrogated and no longer in use in Holland and neighbouring regions* (vert. B Beinart en M L Hewitt) (Johannesburg, 1984), *ad Gr*, p. 3 51 8; S Groenewegen van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis et inusutatis in Hollandia vicinisque regionibus* (Amsterdam, 1669), p. C 7 71 8.

<sup>48</sup> Voet, *Commentarius*, 42 3 20.

<sup>49</sup> D Lulius, P en R van Spaan en J van der Linden, *Rechtsgeleerde Observatien, dienende tot opheldering van verscheide duistere en tot nog toe voor de grootste gedeelte onbewezene passagien uyt de Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid van H de Groot* (Amsterdam, 1777-1778), p. 3 187; Van der Linden, *Judicieele practijcq*, p. 2 32 2.

het egter nie hiermee akkoord gegaan nie en moeite gedoen om te trag om aan te toon dat die standpunt van De Groot in stryd is met artikel 32 van die *Ordonnantie* van Karel V van 1544,<sup>50</sup> waarin niks vermeld word van toestemming van skuldeisers nie, maar slegs sekerheidstelling deur middel van borge vereis word. Kritiek teen die standpunt van De Groot is ook deur meer resente skrywers uitgespreek.<sup>51</sup>

Sover dit Romeins-Hollandse bronne betref, berus die laaste akademiese nadenke in die verband desnoods by Van der Keessel.<sup>52</sup> Hy handhaaf die mening dat die argument, gebaseer op die bewoording van enkele bepalings van die *Ordonnantie* van Karel V, nie te veel gewig dra nie. Tewens, die oogmerk met die *Ordonnantie*, so argumenteer Van der Keessel, was om 'n *beneficium* aan die gemenerereg bekend verder te reël om sodoende die misbruik daarvan enger aan bande te lê, en nie om die gemeenregtelike vereistes daarvoor in die ban te doen nie. Daarom is die vereiste in artikel 31 gestel dat respyt nie toegestaan moet word nie tensy 'n saak kortliks uitgemaak is aangaande die finansiële terugslag as gevolg waarvan die skuldenaar in geldelike nood beland het. Daarom het artikel 32 bepaal dat die bevel tot respyt nie in werking tree nie, tensy bewys van geskikte sekerheid gelewer is, nie aan die owerheid van wie die voorreg in effek verkry is nie, maar aan die hof wat oor die bevestiging van die sekerheid ondersoek instel. Daarom is ook die verdere vereistes in artikels 33 en 34 van die *Ordonnantie* gestel, asook in artikel 226 van d'Instructie vanden Hove van Hollandt, Zeelant ende Vrieslandt van 20 Augustus 1531,<sup>53</sup> dat aan die skuldeisers 'n afskrif verskaf moet word van die sekerheidstelling deur middel van borge op die dag waarop die oproep aan hul geskied, en dat hul aangehoor moet word indien hul hul teen die deugdelikheid van die sekerheid wil verset. Die gevolg van die toevoeging van die statutêre vereistes is derhalwe nie dat die primêre en allernoodsaaklikste gemeenregtelike vereiste, naamlik die toestemming van die meerderheid van die skuldeisers, nie meer gestel is nie.

Van der Keessel<sup>54</sup> beklemtoon dat 'n gevolgtrekking dat die toestemming van die meerderheid skuldeisers irrelevant was by die verlening van *rescripta moratoria* direk in stryd sou wees met die bedoeling van die wetgewer en die logika van die reg. Dit veral aangesien deur die invoering van 'n vergelykbare *beneficium*, naamlik die voorreg van *cessio bonorum*, voldoende rekening met die belange van skuldenaars gehou is deur hoegenaamd nie toe te laat dat 'n bevel tot opskorting van betaling aan die onwillige skuldeisers, of ten minste die meerderheid van hulle,

<sup>50</sup> *Groot Placaet-Boeck*, pp. 1 326-327.

<sup>51</sup> Zwaardemaker, p. 30; Delprat, p. 16.

<sup>52</sup> Van der Keessel, *Th Sel*, p. 891; Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr*, p. 3 51 8.

<sup>53</sup> *Groot Placaet-Boeck 2*, p. 757, "Item. dat d'Impetrant van Respite, ten dage van den exploitte, gehouden sal wesen partye te leveren copie van zijn cautie, omme ten dage dienende daer in te concentreren, of tegens te seggen, so sijne goeden raedt sal gedragen."

<sup>54</sup> *Ibid.*

opgedring word nie.<sup>55</sup> Juis daarom dat artikel 35 van die *Ordonnantie* van Karel V ook sorgvuldig verbied het dat skuldeisers deur owerheidsbesluite gedwing word om tot 'n ooreenkoms met die meerderheid van skuldeisers toe te stem, selfs nie eers tot 'n ooreenkoms dat daar aan die skuldenaar respyt sonder sekerheid toegestaan moet word nie. Volgens Van der Keessel<sup>56</sup> word hier onmiskenbaar daarop gesinspeel dat daar selfs deur owerheidsbesluit net so min uitstel sonder die instemming van die meerderheid skuldeisers verleen kan word as wat 'n deel van die skuld kwytgeskeld kan word.

Afgaande op die oortuigende argumente van Van der Keessel, behoort die gevolgtrekking te wees dat die meer korrekte standpunt is dat die meerderheid in waarde van die skuldeisers nie slegs 'n vereiste was by *rescripta inductionis* nie, maar ook vir die verlening van *rescripta moratoriae*.<sup>57</sup> Dit noop egter ook 'n konklusie dat in hierdie opsig met die latere invoering van *surchéance van betaalinge*<sup>58</sup> aanvanklik die teenoorgestelde benadering gevolg is.

### 2.2.5 Ooreenkomste

Indien 'n persoon se boedel deur ongelukke en terugslae getref is en sy finansiële posisie sodanig verswak het dat hy in weerwil van sy beste wil en uiterste ywer nie in staat is om die las van sy skulde te bowe te kom nie, het daar in die tydgenootlike Romeins-Hollandse reg vir hom weinig anders oorgebly as die vreugdelose vooruitsig om aansoek te doen vir boedelafstand, oftewel tot *flebile ac miserabile cessionis beneficium*<sup>59</sup> sy toevlug te neem.

Maar dit kon gebeur dat slegs 'n tydelike gebrek aan likiditeit dit vir iemand onmoontlik maak om oombliklik aan die eise van sy krediteure te voldoen. Dit is veral die geval wanneer sy boedel inderdaad solvent is, in die sin dat sy bates sy laste oorskry, en indien aan hom 'n redelike tyd verleen sou word, hy inderdaad wel in staat sou wees om aan sy skuldeisers se vordering te voldoen. In sodanige omstandighede sou dit aan die een kant ongenaakbare optrede teenoor die skuldenaar wees om hom die rug te keer en insolvent te verklaar, terwyl dit aan die ander kant ook onbillik kon wees om van die skuldeisers te verwag dat hul uitstel moes gee sonder om seker te wees dat hul by verstryking van die respyt betaling sou ontvang. Dit is veral in sodanige gevalle dat regsfigure soos *brieven van respijt en mandamenten van inductie* tot hul reg kon kom en getrag het om 'n billike afweging te bewerkstellig tussen die uiteenlopende belange van krediteur en debiteur.

<sup>55</sup> Vgl. C 7 71 8.

<sup>56</sup> Van der Keessel, *Th Sel*, p. 891; Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr*, p. 3 51 8.

<sup>57</sup> So ook P Merula, *Manier van procederen in de provintien van Hollandt, Zeeland en West-Vriesland, belangende civiele zaaken II* (Leiden, 1783), pp. 2 6 3 en 4; W Schorer, *Aanteekeningen over de inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid van Hugo de Groot* (Middelburg, 1784), 3 51 8; Lipman, *Essai historique*, p. 44; Schaap, p. 249.

<sup>58</sup> Sien par. 5.3.4.

<sup>59</sup> Van der Linden, *Judicieele practijcq*, p. 2 32 1.

Gedurende die tydperk van respyt is aan die skuldenaar geleentheid gegun om sy finansiële posisie in orde te bring en kon betaling van sy skulde derhalwe nie by wyse van óf gedingvoering, óf tenuitvoerlegging van 'n vooraf verkreë hofbevel afgedwing word nie.<sup>60</sup> Aksies en tenuitvoerlegging is dus opgeskort en die skuldenaar het sodoende effektief dagvaarding, persoonlike arres, eksekusie, boedeloorgawe en siviele gyseling vrygespring.<sup>61</sup>

Die *moratorium* het gewoonlik slegs betrekking gehad op skulde voor die datum van verlening daarvan aangegaan. Skulde aangegaan tydens die tydperk waarvoor die *moratorium* verleen is, het steeds normaalweg betaalbaar gebly.<sup>62</sup>

Dit wil voorkom asof die toestemming van die meerderheid in waarde van die skuldeisers 'n voorvereiste was vir beide *rescripta inductionis* en *rescripta moratoriae*.<sup>63</sup> 'n Blote meerderheid in getal van skuldeisers is dus nie vereis nie, maar daar is gelet op die omvang van elke krediteur se eis. 'n Enkele krediteur met 'n vordering van 1 000 gulden het dus dieselfde gewig gedra as tien skuldeisers met 'n vordering van 100 gulden elk.<sup>64</sup>

Behoorlike sekerheid moes deur die skuldenaar tot bevrediging van die skuldeisers gestel wees.<sup>65</sup> Geskikte sekerheid in verband met die betaling van die skuld op bepaalde tye moes dus verskaf word. Dit blyk tewens meer as duidelik uit artikels 32 tot 35 van die *Ordonnantie* van Karel V van 1544, waarop die aandag reeds nadruklik gevestig is.<sup>66</sup> In beginsel moes sekerheid deur middel van borge gestel word, hoewel saaklike sekerheidstelling soms ook aangebied en aanvaar is.<sup>67</sup> Dit is in elk geval allesins duidelik dat die skuldeisers hulle nie met 'n *cautio iuratoria* tevrede hoef te gestel het nie, aangesien dit in die praktyk in werklikheid geen finansiële sekerheid inhou nie.<sup>68</sup>

---

<sup>60</sup> Voet, *Commentarius*, p. 42 3 20; *Contra* Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr*, p. 3 51 8 t.o.v. *rescripta inductionis* waardeur op die minste 'n mate van onduidelikheid geskep word oor die presiese nut van hierdie regsfiguur.

<sup>61</sup> Van Leeuwen, *Censura forensis*, p. 2 1 33 6; Voet, *Commentarius*, p. 42 3 14.

<sup>62</sup> Voet, *Commentarius*, p. 42 3 17; Faber, *ad C*, p. 1 9 16; Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr*, p. 3 51 8.

<sup>63</sup> Sien par. 5.3.2.5.3; Schaap, pp. 249-250.

<sup>64</sup> Hüber, p. 4 43 7.

<sup>65</sup> Van Leeuwen, *Het Rooms-Hollandsch-recht*, p. 4 41 5; Voet, *Commentarius*, p. 42 3 14; Hüber, p. 5 53 5; Van der Linden, *Koopmans handboek*, p. 3 1 7 3; Van der Linden, *Judicieele practijcq*, p. 2 32 2.

<sup>66</sup> Die vereiste is na alle waarskynlikheid aan die hand van *C* 1 19 4 gestel.

<sup>67</sup> Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr*, p. 3 51 8; Van der Linden, *Judicieele practijcq*, p. 2 32 3.

<sup>68</sup> Voet, *Commentarius*, p. 42 3 14; A Swaanswyck, *Bellum juridicum ofte oorlogh der advocaten, bestaande in consultatien, advysen, deductien, advertissemerten, en diergelycke schriftuyren van rechten, waer van d'een, d'andere, directelijck is* (Utrecht, 1743), *cas* 39 en *cas* 53; Van der Keessel, *Th Sel*, p. 890; Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr*, p. 3 51 8. Sien ook Delprat, p. 18.

Voet<sup>69</sup> deel enigsins kripties mee dat verjaring nie opgeskort is nie, aangesien die bedoeling nie kan wees om die krediteure<sup>70</sup> deur begunstiging van die skuldenaar te benadeel nie. Aangesien bykans alle aksies teen die skuldenaar vir die duur van die *moratorium* opgeskort is, wil dit op die oog af voorkom asof die stelling van Voet in stryd is met die gemeenregtelike billikheidsreël dat verjaring nie loop teen 'n skuldeiser wat nie kan ageer nie.<sup>71</sup> Eienaardig genoeg erken Voet wel hierdie billikheidsreël,<sup>72</sup> maar hy wend geen poging aan om dit met sy afwykende standpunt ten opsigte van *moratorium* te versoen nie. 'n Moontlike oplossing vir die klaarblyklike teenstrydigheid in bogenoemde opvattinge van Voet is dat hy van mening was dat die verlening van 'n *moratorium* nie die loop van bevrydende of verkrygende verjaring *teen die skuldenaar* aan wie dit verleen is, opskort of stuit nie en dat sy eersgenoemde standpunt derhalwe nie betrekking het op die loop van verjaring *teen die skuldeisers* van die persoon aan wie die *moratorium* verleen is nie. Die gevolgtrekking is dat die werking van die gemeenregtelike billikheidsreël daarop neerkom dat verjaring nie loop teen die skuldeisers van 'n persoon aan wie 'n *moratorium* verleen is wat tot gevolg het dat die skuldeisers se reg tot aksie opskort word nie.<sup>73</sup>

Op die vraag in hoeverre rente deur die verlening van 'n *moratorium* geraak word, is daar uiteenlopende standpunte in gemeenregtelike kenbronne. Aan die een kant bestaan die mening dat nóg die loop nóg die betaling van rente deur die verlening van 'n *moratorium* gestuit is.<sup>74</sup> Die aanspreeklikheid om rente normaalweg te betaal, is nie opgeskort nie.<sup>75</sup> Rente wat egter eers na die datum van die verlening van en dus tydens die *moratorium* in werking sou tree, het nie betaalbaar of opeisbaar geword nie.<sup>76</sup> Die argumente hiervoor aangevoer is dat in die Romeinse reg geen bewysplaas aan te tref is vir 'n reël dat geen rente tydens 'n *moratorium* geloop het nie; dat by die begunstiging van die skuldenaar gewaak moet word om die skuldeisers so min as moontlik te benadeel; en, laastens, dat deur die nie-betaling van rente aan die skuldenaar 'n finansiële meevaller verskaf sou word ten koste van die betrokke skuldeisers.<sup>77</sup> Die teenoorgestelde standpunt is gehandhaaf deur diegene wat van mening was dat rente gedurende die tydperk van die respyt nóg geloop het nóg

<sup>69</sup> Voet, *Commentarius*, p. 42 3 15.

<sup>70</sup> *Ibid.* "[N]ullum creditoribus praedictum"; P Gane, *The selective Voet being the commentary on the Pandects*, 1957 6, p. 380 vertaal die frase egter foutiewelik: "[N]o prejudice is created for debtors" (sic!).

<sup>71</sup> *Contra non valentem agere non currit praescriptio*. Sien De Groot, *Inleidinge*, p. 3 46 4; Schorer, *ad Gr*, p. 3 46 4; Van Bynkershoek, *Obs Tum* 1, p. 70 en 1, p. 982; I Van den Berg, *Nederlands Advysboek* (Amsterdam, 1694) 4, p. 102; Nassau La Leck, *Algemeen beredeneerd register sv "citatie"*.

<sup>72</sup> Voet, *Commentarius*, p. 44 3 11.

<sup>73</sup> Sien in die besonder Voet, *Commentarius*, 1 4 10 oor die beginsel van minimum benadeling van skuldeisers d.m.v. 'n respyt.

<sup>74</sup> Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr*, p. 3 51 8.

<sup>75</sup> Voet, *Commentarius*, p. 42 3 15; Brunnenman, *ad C*, 1 19 2 4; Delprat, p. 24.

<sup>76</sup> Voet, *Commentarius*, p. 42 3 20; Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr*, p. 3 51 8.

<sup>77</sup> Brunnenman, *ad C*, 1 19 2 4.

betalbaar was. Aangesien 'n skuldenaar wat uitstel van betaling ontvang nie in *mora* verval nie, kon daar ook geen sprake wees van die betaalbaarheid van moratore rente tydens die respyt nie.<sup>78</sup> Dit word ter oorweging gegee dat laasgenoemde standpunt gemeenregtelik moontlik die mees haalbare en logies regverdigbare is. Dit behoort te blyk wanneer beide bedonge en moratore rente kortliks van naderby beskou word.

Rente *ex mora* of *ex officio judicis* is beskou as 'n straf waarmee die skuldenaar vir sy versuim veroordeel word. Versuim die skuldeiser om die rente in een en dieselfde aksie as die hoofsom te vorder, was dit in elk geval nie in 'n afsonderlike aksie verhaalbaar nie.<sup>79</sup> Nou is dit wel so dat die skuldenaar nie betyds betaal nie, maar aangesien hy juis 'n *uitstel van betaling* ontvang het, kan daar geen sprake wees dat hy in *mora* verval of dat *mora debitoris* of enige ander vorm van kontrakbreuk voorhande is nie.<sup>80</sup> Die owerheid of skuldeisers het tewens juis deur die verlening van die *moratorium* van die standpunt uitgegaan dat *mora* alleen dan sou ontstaan wanneer die termyn van die respyt verstryk het.<sup>81</sup>

Van bedonge rente wat *ex pacto vel conventione aut in obligatione* betaalbaar en opeisbaar is, kon hier in die gewone loop van sake ook kwalik sprake wees, tensy die moontlikheid van *brievens van respyt en mandamenten van inductie* reeds by sluiting van die ooreenkoms voorsien is. Vandaar dan stellig ook waarom die regsfiguur *moratorium* so dikwels omstrede was. Gestel 'n persoon verkry uitstel vir 'n tydperk van vier jaar om aan 'n skuld van 'n sekere bedrag te voldoen. Betaal hy daartydens rente, word die posisie van skuldeisers weinig nadelig geaffekteer. Geld die normale beginsel dat geen rente betaal word nie, ontvang die skuldeiser in werklikheid minder as wat hy sou ontvang het indien dit nie vir die respyt was nie, aangesien die beginsel geld dat hy wat na die aanvanklik ooreengekome termyn betaal, te min betaal. Dat rente nie betaal word nie is derhalwe juis in lyn met die normale verminderende effek van 'n *moratorium*.<sup>82</sup>

Die uitwerking van die verlening van 'n *moratorium* op die regsposisie van 'n borg het ook alles behalwe eensgesindheid onder skrywers oor die *ius commune*

<sup>78</sup> Hüber, p. 5 43 5; A Matthaëus, *De judiciis disputationes septe, decim* (Genève, 1760), pp. 13 67, 13 68; Delprat, p. 24.

<sup>79</sup> I van Z Steyn, *Mora debitoris volgens die hedendaagse Romeins-Hollandse reg* (Stellenbosch, 1929), pp. 85-90.

<sup>80</sup> Vgl. D 12 1 40; G F Puchta, *Vorlesungen über das heutige römische Recht* (Leipzig, 1854-55), p. 230; Steyn, pp. 40-41; Delprat, p. 26; JJ Henning, "Die Moratoriumwet, 1963", *Tydskrif vir Regswetenskap*, 1976, p. 107; JJ Henning, "Vennootskap en moratorium. Die regsposisie van die vennoot op militêre diens en sy vennote", *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 1978, p. 16.

<sup>81</sup> Delprat, p. 26.

<sup>82</sup> "Accorder une surséance, c'est accorder une diminution de la dette, c'est accorder nue grace à l'un préjudice de l'autre"; Lipman, *Essai historique*, p. 18.

ontlok.<sup>83</sup> Aan die een kant is die standpunt gehandhaaf dat die verlening van 'n moratorium 'n persoonlike verweer verskaf aan die hoofskuldenaar, wat nie tot die beskikking van sy borge is nie. Derhalwe kon 'n borg van 'n hoofskuldenaar, aan wie 'n moratorium verleen is, hom nie beroep op die *beneficium excussionis* of *beneficium divisionis* nie.<sup>84</sup> Betaal die borg, word hy, die skuldeiser van die hoofskuldenaar, onderhewig aan die moratorium. Aan die ander kant is die mening soms heftig verdedig dat die aangeleentheid uit 'n meer genaakbare oogpunt teenoor die borg beskou moet word en dat gelet moet word op die onregverdige gevolge van eersgenoemde standpunt. Dit is dat 'n voorreg wat aan 'n skuldenaar verleen word daarvolgens altyd tot nadeel van sy borge sal strek.<sup>85</sup> So 'n uiteinde is dan nie met die goedgunstigheid van die staatshoof te rym nie, want dit beteken dat hy een persoon begunstig ten koste van 'n ander.

Nog 'n argument wat teen die eersgenoemde standpunt aangevoer is, is dat indien die borg aanspreeklik gehou word en betaal, die respyt vir die hoofskuldenaar van weinig betekenis sal wees. Die respyt het net betrekking op skulde voor die verlening daarvan aangegaan. Dit beteken, so is geargumenteer, dat indien die borg betaal, hy tydens die moratorium onmiddellik aksie sou kon instel teen die hoofskuldenaar met die *actio mandati*.<sup>86</sup>

Die logiese antwoord op laasgenoemde argument is dat in gedagte gehou moet word dat die moratorium in die algemeen betrekking gehad het op *alle* kontraktuele skulde aangegaan voor die datum van verlening daarvan en dat die borg derhalwe geen aksie tydens die respyt teen die hoofskuldenaar sou kon instel nie. Die kontraktuele verbintenis, en derhalwe die borg se potensieële aanspreeklikheid vir betaling, het reeds voor die verlening van die moratorium beslag gekry. Die regte en verpligtinge van die borg spruit derhalwe nie voort uit 'n nuwe verbintenis wat eers na datum van verlening van en tydens die respyt aangegaan is nie.<sup>87</sup> Bowendien moet voor oë gehou word dat ook *cessio bonorum* nie die borg baat nie en dat tussen dié *beneficium* en die voorreg van moratorium bloot 'n graadverskil bestaan. In beide gevalle eis die skuldeiser van die borg wat hy nie op daardie tydstip van die hoofskuldenaar kan

<sup>83</sup> Voet, *Commentarius*, pp. 42 3 19, 46 1 16-18; Van Leeuwen, *Censura forensis*, pp. 4 45 10; Van Leeuwen, *Het Rooms-Hollandsch-recht*, p. 4 41 5; Hüber, p. 5 43 5; L Van Lanckeren, *Utrechtsche Consultatien* (Utrecht, 1695), p. 3 99; Nassau La Leck, *Algemeen beredeneerd register sv "atterminatie"*; Faber, *ad C*, p. 1 9 14; Brunnenman, *ad C*, p. 1 19 2 5; A Perezus, *Praelectiones in XII libros codicis Justiniani* (Amstelodami, 1661), *ad C*, p. 1 19 89; P Rebuffus, *Tractatus de literis dilatoriis* 1 4 in *In constitutiones regias commentarius ob ipsa iuris Romani fundamenta, ad planiorem rationis et veritatis intellectum reducta et ad usum practicum accommodata, non solum in scholis, sed in foro versantibus utilissimus* (Lugduni, 1554); RJ Pothier *Traite de la Procédure Civil* in *Oeuvres complètes de Pothier nouvelle édition* (Parys, 1844), p. 5 3 1 7.

<sup>84</sup> Voet, *Commentarius*, pp. 42 3 19 en 46 1 18; Van Leeuwen, *Censura forensis*, p. 4 45 10; Van Leeuwen, *RHR*, p. 4 41 5; Faber, *ad C*, p. 1 9 14; Brunnenman, *ad C*, p. 1 19 2 5.

<sup>85</sup> Hüber, p. 5 43 5; Van Lanckeren, *Utrechtsche Consultatien*, p. 3 99; Nassau La Leck, *Algemeen beredeneerd register sv "atterminatie"*; Perezus, *ad C*, p. 1 19 89.

<sup>86</sup> Van Lanckeren, *Utrechtsche Consultatien*, p. 3 99.

<sup>87</sup> Voet, *Commentarius*, pp. 42 3 19 en 46 1 18.

verhaal nie. Tewens, die hoofrede waarom 'n skuldeiser borgstelling verlang, is juis om van iemand te kan verhaal indien, vanweë die een of ander rede, nie tydig van die hoofskuldenaar verhaal kan word nie.<sup>88</sup>

Hoe dit ook al sy, daar behoort weinig twyfel, indien enige, te bestaan dat iemand wat ten tye van die verlening van die moratorium hom as borg verbind vir die betaling van die skuld deur die hoofskuldenaar na verstryking van die respyt, wel bevoordeel sal word tot aan die einde van die periode deur die beperkings voortspruitend uit die uitstel.<sup>89</sup>

## 2.3 Surchéance van betaalinge

### 2.3.1 Inleiding

Die derde voorreg uit guns vir skuldenaars wat veral teen die einde van die Republiek aanwending gevind het, is *surchéance van betaalinge*.<sup>90</sup> Dit het op die voorgrond getree gedurende die laat agtiende eeu, na die oorlog met Engeland. Dit het tewens die Republiek van die Verenigde Nederlande en kodifikasie oorleef om steeds in aangepaste en ontwikkelde vorm 'n eiesoortige en utilitêre deel van die moderne Nederlandse reg en dié van die ander Beneluxlande te vorm.<sup>91</sup>

*Surchéance* is afkomstig van die Franse woord *surséance* of *surseoir* wat respektiewelik “opskorting”, “uitstel” of “opskort”, “om uit te stel” beteken.<sup>92</sup> *Sur-*

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> Sien o.m. Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr.*, p. 3 51 8; Lipman, *Essai historique*, p. 46; Lipman, *Wetboek*, p. 371; Voorduyn, p. 883; Delprat, p. 14; Zwaardemaker, pp. 25-38; Schaap, p. 249; Molengraaff, p. 515; Grossheide, p. I 2-3; Van Dam, p. 10; Emmerich en De Beer, p. 85; Lichtenauer, p. 197; Völlmar, p. 869; Polak, p. 417; Vreeswijk, p. 10; Maas, Van Schaik en Blokland, p. 83; Van Zeven, II 1-1; Van Oven, p. 188 *sv* "surséance van betaling (moratorium)".

<sup>91</sup> Völlmar, p. 868; Vreeswijk, p. 10: "De surséance is derhalve niet van Franse, doch van oudvaderlandse oorsprong en komt als zodanig uitsluitend voor in het recht van de Beneluxlanden"; JD Veegens *De wet op het faillissement en de surcéance van betaling* (Haarlem, 1909), p. 207; WF Th Corpeleijn, M L B van der Lande, R J Schimmelpenninck en H A Tulp, *Faillissementsgids* (Deventer, 1978), p. 92; P VerLoren van Themaat, *Bedrijven in moeilijkheden* (Zwolle, 1982), p. 22; JA Coster van Voorhout, *Repertorium voor verzekeringsrecht en faillissementsrecht* (1980), p. 129; AMJ van Buchem-Spapens, *Faillissement en surséance van betaling volgens BW en NBW* (Zwolle, 1983), p. 97; WP Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen* (Zwolle, 1976), p. 137; TJ Dorhout Mees, *Nederlands handels- en faillissementsrecht V. Recht van reclame; faillissement; surséance en akkoord* (Arnhem, 1979), p. 10; AL de Vries, *De extraterritorialiteit van het faillissement in het internationaal privaatrecht* (Amsterdam, 1926), p. 205; Maas, Van Schaik en Blokland, p. 83; Van Zeven, II 1-1; Van Oven, p. 188 *sv* "surséance van betaling (moratorium)"; RD Kolléwijn, *Tien jaren Nederlandse rechtspraak internationaal privaatrecht* (Leiden, 1986), p. 454.

<sup>92</sup> J Heinsius, *Woordenboek der Nederlandsche Taal* (Leiden 1934), *sv* "surséance" en "surseeren". Volgens BT Atkins, A Duval en RC Milne, *Collins-Robert. French-English English-French dictionary* (Londen, 1980), p. 645 beteken "surseoir" "to defer, postpone, to stay, to grant a reprieve". Sien ook Van Zeven II 1-1 *sv* "Uitstel van betaling (surseoir = opschorten)".

*chéance van betaalinge* as sodanig is egter waarskynlik 'n eg Romeins-Hollandse regsfiguur, inheems van oorsprong en nie van die Franse reg afkomstig nie.<sup>93</sup>

Van der Keessel<sup>94</sup> omskryf *surchéance van betaalinge* as 'n guns van die owerheid waardeur dit aan die skuldenaar vir 'n jaar, vir twee jaar, of vir 'n ander termyn uitstel van betaling verleen, met opskorting van alle aksies, beslagleggings en eksekusies.

### 2.3.2 Ontstaan

Hoewel vroeëre voorbeelde van *surchéance* bekend is,<sup>95</sup> het *surchéance van betaalinge*, sover dit die verlening van voorregte deur die owerheid aan 'n individuele skuldenaar betref, veral die regstoneel begin oorheers tydens en na die ekonomies-uitmergelende sogenaamde *Vierde Engelse Zeeoorlog*<sup>96</sup> in die vroeë sewentigerjare van die agtiende eeu.<sup>97</sup>

Volgens Van der Linden is die regsmiddel skandelik misbruik tydens die oorlog teen Engeland toe dit die mode geword het vir 'n aantal handelaars wat, omdat hul dubbeld en dwars insolvent was, nie kans gesien het om hul na *rescripta inductionis* of *rescripta moratoria* met enige positiewe gevolg te wend nie, op onbehoorlike wyse van die verlening van *surchéance van betaalinge* deur die *Staat van Holland* gebruik gemaak het.

Die *Vierde Engelse Zeeoorlog*<sup>98</sup> was vir talle ondernemings rampspoedig en het veral die Verenigde Oostindische Compagnie 'n enorme terugslag toegedien. Talle kosbare skeepsvrage handelsware uit die Ooste het in Engelse hande geval. Pogings van die VOC om handel onder neutrale vlage voort te sit, was net gedeeltelik suksesvol. Die bewindhebbers van die VOC het in 1781, soos gebruikelik, korttermynlenings aangegaan om die vaarte na Asië te finansier. Die sogenaamde *anticipatiegelden* is dan gewoonlik terugbetaal uit die opbrengs van die veilings van die handelsware uit die Ooste. Reeds vroeg in 1781 was dit egter vir die bewindhebbers duidelik dat die opbrengs van die voorjaarsveilings nie genoeg sou wees om die *anticipatiegelden* af

<sup>93</sup> Vreeswijk, p. 10; Van Dam, p. 12.

<sup>94</sup> Van der Keessel, *Th Sel*, p. 895; Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr*, p. 3 51 8.

<sup>95</sup> *Holl Cons* 2, p. 281 *sv* "Surcheantie ende inhibitie waar inne die met den anderen verschillen", *dd* 18 Augustus 1629; Nassau la Leck *sv* "surcheance"; Loenius *Decisien en Observatien, cas* 77; Van der Keessel, *Th Sel*, p. 895; Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr*, p. 3 51 8. Volgens Fockema Andreae en Van Appeldoorn, *ad Gr*, p. 3 51 8 is die volgende resolutie op 26 Julie 1596 deur die State van Holland aangeneem: "[D]at alle proceduren ende executiën teghens den heere van Cralingen over de schulden in desen geroert, egeene uitgesondert, sullen blijven *gesurcheert* den tydt van twee jaren eerstkomende sulcks deselve voor den voorn. tydt werden uytgesteld ende *gesurcheert* by desen.....".

<sup>96</sup> Vgl. Van Dam, pp. 12-13.

<sup>97</sup> Sien ook Van der Linden, *Judicieele Practijcq*, p. 4 7 7; Zwaardemaker, p. 30; Van Dam, pp. 12-13; Polak, pp. 417-418; Vreeswijk, p. 10.

<sup>98</sup> 1780-84. Sien Van Zeben, II 1-1.

te los nie.<sup>99</sup> Hul moes hul noodgedwonge na die State-Generaal wend vir *surchéance van betaalinge*.<sup>100</sup> Dit is toegestaan vir een jaar ten aansien van die aflossing van *anticipatiegelden*.<sup>101</sup> Ongelukkig het die *Resolutie van de Staaten van Holland waar by aan de Oost-Indische Compagnie verleend word surchéance voor een jaar, ten aanzien van de aflossing van Capitaalen op Recepissen wegens anticipatien Penningen; mee verbod aan de houderen, om hun verschuldigde zoo wegens inkoop van goederen als andersins daar tegen te mogen rescontreeeren* van 6 Februarie 1781 geen blywende oplossing vir die geldelike probleme van die VOC gebied nie en daar is uiteindelik in 1795 besluit om dit te nasionaliseer.<sup>102</sup>

Hierdie tipiese handelwyse het talle ander ondernemers aangespoor om dieselfde optrede te volg en daar is aanvanklik in gewaande belang van die handel moontlik sonder die nodige omsigtigheid aan hul versoeke voldoen. Ironies genoeg het juis die sakesektor egter spoedig teen die oordrewe inskiklikheid beswaar gemaak. Soos onder aangetoon word, was die State van Holland genoop om veral op aandring van die Amsterdamse handelsgemeenskap teen sekere wanpraktyke in te gryp.<sup>103</sup>

### 2.3.3 Sekerheidstelling

*Surchéance van betaalinge* is aanvanklik dikwels verleen sonder dat enige sekerheid aan skuldeisers gestel is en sonder dat die toestemming van die meerderheid van skuldeisers vereis is. Die State van Holland het op 26 Februarie 1784 egter getrag om 'n einde aan hul oordrewe inskiklikheid te maak.

### 2.3.4 Werking, evaluering en nalatenskap

*Surchéance van betaalinge* het aan 'n skuldenaar 'n aantreklike alternatief vir 'n konsensuele afspraak gebied, waardeur daar voor *cessio bonorum* tot 'n vergelyk met skuldeisers gekom kon word. Dit is klaarblyklik ook meer aantreklik beskou as die ander reeds bekende voorregte soos *rescripta moratoria* en *rescripta inductionis*.

Die oogmerke van *surchéance van betaalinge* en *cessio bonorum*, oftewel boedelafstand, verskil ook opmerklik. Terwyl *cessio bonorum* gesien kan word as 'n algemene afstanddoening van die bates van die skuldenaar ten behoeve van die skuldeisers, kan *surchéance* gekarakteriseer word as 'n algemene uitstel van betaling wat aan 'n skuldenaar verleen word. *Cessio bonorum* en die latere verpligte sekwestrasie is gerig op die likwidasië van die vermoë van die skuldenaar, terwyl *surchéance* bedoel is om aan die skuldenaar tyd te gun om sy sake in orde te kry om eventueel sy likiditeit te herstel. Geen wonder dus dat *surchéance* algemene byval

<sup>99</sup> Gaastra, p. 149.

<sup>100</sup> Van Zeben, II 1-1.

<sup>101</sup> Van Dam, p. 13; Gaastra, p. 149; Delprat, p. 56.

<sup>102</sup> Gaastra, p. 152.

<sup>103</sup> Zwaardemaker, p. 35.

onder skuldenaars gevind het, veral na die ekonomiese rampspoed wat tydens en na die oorlog met Brittanje in die laat agtiende eeu ervaar is nie, soveel so dat daar moeite ondervind is om wanpraktyke rondom die verlening daarvan aan bande te lê.

Hoewel Van der Keessel,<sup>104</sup> vanweë die aanvanklike wanpraktyke rondom *surchéance*, van mening was dat die regsfiguur *plurimum ex iniquo habet et a iuris ratione plane abhorret* is, neem Van der Linden<sup>105</sup> ’n veel meer pragmatiese houding hieromtrent in: “Is ‘er immer een middel in de Practijq uitgevonden, dat, mits het wel in de juiste termen geappliceert word, billik en in de daad favorabel is, het is voorzeker het middel van *Surchéance van betaalinge*.”

As tydenootlike voorbeeld van die nutswaarde van hierdie regsfiguur dien die geval van ’n gevestigde handelaar wat in die buitelandse handel bedrywig is en met die vooruitsig dat hy die nodige produkte sal ontvang, sekere gebruikelike ondernemings in die verband gee en sekere ander kontraktuele verpligtige aangaan. ’n Onvoorsiene oorlog en die strooptogte van die vyand ter see verhoed die invoer van die produkte en maak dit vir hom onmoontlik om aan sy verpligtige en ondernemings te voldoen, sonder dat hy enige skuld daaraan het. So kan sy likiditeit ernstig in gedrang gebring word. Terwyl hy waarskynlik inderdaad selfs dubbeld solvent kan wees, is sy hande tydelik effektief gebind sover dit die onmiddellike delging van sy skulde en die reëlmatige nakoming van verpligtige aangaan. Dit is veel meer billik dat sy verpligtige deur ’n buitengewone grasia van owerheidsweë vir ’n paar maande uitgestel word as wat hy genadeloos uitgelewer word aan vervolging deur sy skuldeisers of genoop word om gebruik te maak van regsmiddels, “[d]ie in geene anderen, dan bankbreukigen hunne applicatie vinden”.<sup>106</sup>

Die opvallende van *surchéance* in teenstelling met regsfigure soos *rescripta inductionis* en *rescripta moratoria* is teweens juis dat eersgenoemde die verskeie kodifikasies en hervormings van die Nederlandse insolvensiereg oorleef het en tans steeds ’n nuttige rol in die regstelsels van die Beneluxlande speel, waar dit as ’n inheemse regsfiguur eie aan die regstelsels beskou word. Die uiteindelijke oogmerk van *surchéance* sluit tans ’n akkoord met skuldeisers voor die verlening van ’n sekwestrasiebevel in. Daardeur kan die sekwestrasie van ’n skuldenaar se boedel effektief voorkom word.

Dit dien beklemtoon te word dat *surchéance van betaalinge* ontwikkel het naas *cessio bonorum*.<sup>107</sup> Laasgenoemde sowel as die Romeinsregtelike *missio in possessionem* het die Ordonnansie op die Amsterdamse Desolate Boedelkamer van 1777 beïnvloed, wat weer as voorbeeld gedien het vir die eerste Suid-Afrikaanse insolvensiewetgewing, naamlik kommissaris JA de Mist se Provisioneele Instructie

<sup>104</sup> Van der Keessel, *Th Sel*, p. 895; Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr*, p. 3 51 8.

<sup>105</sup> Van der Linden, *Judicieele Practijcq*, p. 4 7 7.

<sup>106</sup> *Ibid.* Sien ook Van der Keessel, *Th Sel*, p. 859.

<sup>107</sup> Van der Keessel, *Th Sel*, p. 895; Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr*, p. 3 51 8.

voor de Commissarissen van de Desolate Boedelkamer van 1804.<sup>108</sup> In laasgenoemde het die huidige Insolvensiewet van 1936,<sup>109</sup> net soos sy voorgangers, weer sy wortels.<sup>110</sup>

Voorts behoort reeds hier daarop gewys te word dat die raakpunte tussen *surchéance van betaalinge* aan die een kant en die huidige Suid-Afrikaanse geregtelike bestuurbevel, of selfs 'n moratoriumskema ingevolge artikel 311 van die Maatskappywet van 1973,<sup>111</sup> en 'n administrasiebevel kragtens artikel 72 van die Wet op Landdroshowe van 1944<sup>112</sup> aan die ander kant, op die oog af meer as net opmerklik is.

In die konteks van die *privilegia* van betalingsonvermoënde of illikiede skuldenaars val veral die relatiewe laat verskyning van *surchéance van betaalinge* op die Romeins-Hollandse regstoneel in die oog, asook die aanvanklike oordrewe begunstiging wat daardeur aan debiteure tot die potensieële nadeel van krediteure verleen is. Ironies genoeg was dit egter juis hierdie regsfiguur wat die toets van die tyd deurstaan het. Dit het die Republiek van die Verenigde Nederlande oorleef en vorm steeds 'n eiesoortige en utilitêre deel van die moderne Nederlandse reg en dié van die ander Beneluxlande.

### 3. SUID-AFRIKAANSE REGSPRAAK

#### 3.1 Inleiding

Die vraag ontstaan waarom die gemeenregtelike individuele *moratoria*, oftewel *beneficia* vir debiteure, waaronder *surchéance van betaalinge*, nie meer deel vorm van die hedendaagse Suid-Afrikaanse regstoneel nie. Die antwoord hierop lê opgesluit

---

<sup>108</sup> Sien hieroor W de Villiers, *Die Oud-Hollandse insolvensiereg en die eerste insolvensiereg van de Kaap de Goede Hoop* (Groningen, 1923), pp. 1-11; Visagie, p. 111; PJ van der Merwe, *Regsinstellings en reg aan die Kaap van 1806 tot 1834* (Seepunt, 1984), p. 57.

<sup>109</sup> Wet 24 van 1936.

<sup>110</sup> De Wet en Van Wyk, p. 421.

<sup>111</sup> Wet 61 van 1973.

<sup>112</sup> Wet 32 van 1944.

in 'n aantal uitsprake van regter Kotzé, waarin hy beslis het dat die gemeenregtelike *moratoria* geabrogeer is deur die Kaapse Insolvency Ordinance, 1843.<sup>113</sup>

## 3.2 Uitleg van regter Kotzé

### 3.2.1 Kaapse regspraak

In *Newcombe v O'Brien*<sup>114</sup> kom regter Kotzé tot die gevolgtrekking dat die gemeenregtelike remedie, “*surcheance van betaalinge*”, geabrogeer is deur die Kaapse Insolvency Ordinance, 1843.<sup>115</sup> Aangesien die Kaapse insolvensiewetgewing bykans *verbatim* oorgeneem is deur Natal in 1846,<sup>116</sup> die Oranje-Vrijstaat in 1878<sup>117</sup> en die Zuid-Afrikaansche Republiek in 1880<sup>118</sup> is die uitspraak van kardinale belang vir die lotgevalle van *surcheance van betaalinge* in die suidelike Afrika van die negentiende eeu.<sup>119</sup>

Regter Kotzé verwoord sy standpunt soos volg: “Some of us may think that the old Roman-Dutch remedy of *surcheance van betaling* (suspension of payment for debts) should, under certain conditions, have been retained when the Insolvency Ordinance was introduced, but the Ordinance distinctly provides that ‘all the laws and customs heretofore in force within this colony, in so far as the same are repugnant

<sup>113</sup> Die Franse *Code Civil* wat in Nederland op 1 Maart 1811 die pek van die *Wetboek Napoleon ingericht voor het Koninkrijk Holland* ingeneem het, het nie erkenning aan enigeen van die drie regsfigure verleen nie. Die eerste maatreeël in Nederland na die terugverkryging van onafhanklikheid was egter om *surcheance van betaalinge* weer in die lewe te roep. Die reël het bly geld tot die invoering van die *Wetboek van Koophandeli* op 1 Oktober 1838. Daarna is *surcheance van betaling* gereël deur artikels 900 tot 923 van die *Wetboek van Koophandel*. Met die invoering van die *Wet op die faillissement en de surcheance van betaling* van 30 September 1893 het die onderskeid tussen handelaars en nie-handelaars verval asook die voorvereiste van buitengewone oorlogsomstandighede of ander onvoorsiene rampe. Die vereiste is egter gehandhaaf dat die skuldenaar moes aantoon dat hy na verloop van tyd in staat sal wees om aan al sy verpligtinge te voldoen. Na die invoering van die *Wet van 16 Mei 1925* was dit nie langer nodig dat bewys moet word dat die vooruitsig bestaan dat alle skulde ten volle vereffen sal word nie. Voldoende vir die verlening van *surcheance* was nou slegs dat dit nie moet blyk nie dat die “bevrediging” van krediteure na verloop van tyd nie moontlik sal wees nie. Die logiese uiteinde van die ontwikkeling is bereik met die invoering van die *Wet oudende nieuwe regeling van de surcheance van betaling, de gelegenheid tot akkoord opende van 7 Februarie 1935*, waardeur die uiteindelijke minimum-oogmerk van *surséance* vasgestel is as ’n akkoord wat vir minstens twee-derdes in waarde van die skuldeisers aanvaarbaar is. Verdere verwysings wat nie hier direk ter sake is nie, is ingevoer deur die *Wet van 26 April 1962*, ten opsigte van *omvangryke surséances*, en die *Wet van 6 Mei 1976*, oor die moontlike benoeming van ’n *rechter-commissaris*. Sien verder TJ Dorhout Mees, *Nederlands handels- en faillissementsrecht V. Recht van reclame; faillissement; surséance en akkoord* (Arnhem, 1979), pp. 10-21.

<sup>114</sup> (1906) 20 EDC 296.

<sup>115</sup> Ordonnansie 6 van 1843.

<sup>116</sup> Ordinance for regulating the due collection, administration, and distribution of insolvent estates within the district of Natal, 24 van 1846. Dit is later herroep deur die Insolvency Law 47 van 1887.

<sup>117</sup> De Wet over de Insolventie (Hoofdstuk CIV van het Wetboek voor den Oranjevrijstaat).

<sup>118</sup> Wet voor het regelen van de behoorlike Invordering, Bestiering en Verdeeling van Insolvente Boedels binnen deze Provincie, Wet 21 van 1880. Dit is later herroep deur die Insolventiewet 13 van 1895.

<sup>119</sup> Sien *Kirkland v Romyn*, 1915 ad 327 330.

to or inconsistent with any of the provisions of this Ordinance, shall be and the same are hereby respectively repealed'. *Surcheance*, or suspension of debts, is no longer a remedy of which a debtor can avail himself against the demand of his creditors. It may be of interest to mention that after the war of 1880-81 land in the Transvaal dropped in value to a most extraordinary extent, and in an application for *surcheance* of payment by a debtor was *per infortunium* granted by an acting judge; but on a similar application coming before me I, on the return day, dismissed it on the ground that the Insolvency Ordinance, which had been introduced into the Transvaal Province in 1880, had repealed this remedy of the Roman-Dutch law."

### 3.2.2 Transvaalse regspraak

Die Transvaalse regspraak waarna in die aanhaling hierbo verwys word, is deur regter Kotzé in sy aantekeninge op sy vroeëre vertaling van Van Leeuwen<sup>120</sup> geïdentifiseer as sy eie ongerapporteerde uitspraak in *Ex parte van de Veen* wat op 11 Julie 1885 gelewer is. In dieselfde aantekeninge gee hy ook te kenne dat die ander Romeins-Hollandse *beneficia* vir skuldenaars, soos *rescripta moratoria*, stilswyend "herroep" is deur die betrokke insolvensiewetgewing.

Hoewel ook De Villiers<sup>121</sup> na die betrokke uitspraak verwys as *Ex parte van de Veen*, is volgens die *Cape Law Journal*<sup>122</sup> op 1 Junie 1885 in die Transvaalse hooggeregshof uitspraak gelewer in "*Ex parte Van de Veer*",<sup>123</sup> waarin bevind is dat die "doctrine of attermination" by noodwendige implikasie "herroep" is deur artikel 4 van die "Insolvent Ordinance".

Hierdie standpunt is sonder meer deur Suid-Afrikaanse handboekskrywers as korrek aanvaar<sup>124</sup> en deur regter Kotzé weer in 'n latere Kaapse uitspraak onderskryf.<sup>125</sup>

### 3.2.3 Ander perspektiewe

Of die standpunt van regter Kotzé in historiese perspektief beskou as korrek onderskryf kan word, is egter nie bo alle twyfel verhewe nie. Soos reeds beklemtoon, het *surchéance van betaalinge* gemeenregtelik ontwikkel naas *cessio bonorum*.<sup>126</sup> Laasgenoemde, sowel as die Romeinsregtelike *missio in possessionem*, het die Ordonnansie op die Amsterdamse Desolate Boedelkamer van 1777 beïnvloed, wat weer as voorbeeld gedien het vir die eerste Suid-Afrikaanse insolvensiewetgewing,

<sup>120</sup> JG Kotzé, *Simon van Leeuwen's Commentaries on the Roman-Dutch Law II* (Londen, 1886), p. 341.

<sup>121</sup> De Villiers, p. 67.

<sup>122</sup> WHS Bell, "Digest of cases - Supreme Court, Transvaal", *Cape Law Journal*, 1885, p. 272.

<sup>123</sup> Sic!

<sup>124</sup> Vgl. HE Hockley *Mars. The law of insolvency in South Africa* (5de uitgawe, Kaapstad, 1958), p. 5; EM de la Rey, *Mars. The law of insolvency in South Africa* (8ste uitgawe, Kaapstad, 1988), p. 5.

<sup>125</sup> *Van der Merwe v Bruwer* 1914, CPD 845 848.

<sup>126</sup> Van der Keessel, *Th Sel*, p. 895; Van der Keessel, *Praelectiones ad Gr*, p. 3 51 8.

naamlik kommissaris JA de Mist se *Provisioneele Instructie voor de Commissarissen van de Desolate Boedelkamer* van 1804.<sup>127</sup> In laasgenoemde het die huidige Insolvensiewet van 1936,<sup>128</sup> net soos sy voorgangers, weer sy wortels.<sup>129</sup>

Die oogmerke van *surchéance van betaalinge* aan die een kant en *cessio bonorum*, oftewel boedelafstand, en verpligte sekwestrasie van 'n skuldenaar se boedel aan die ander kant, verskil ook opmerklik. Terwyl *cessio bonorum* gesien kan word as 'n algemene afstanddoening van die bates van die skuldenaar en verpligte sekwestrasie as 'n algemene beslaglegging op die bates van die skuldenaar ten behoeve van sy skuldeisers, kan *surchéance* gekarakteriseer word as 'n algemene uitstel van betaling wat aan 'n skuldenaar verleen word. *Cessio bonorum* en verpligte sekwestrasie is gerig op die likwidasië van die vermoë van die skuldenaar, terwyl *surchéance* bedoel is om aan die skuldenaar tyd te gun om sy sake in orde te kry om eventueel sy likiditeit te herstel en juis so boedeloorgawe of verpligte sekwestrasie te voorkom.

Dit behoort duidelik voor oë gehou te word dat *surchéance van betaalinge* as 'n tipe moratorium nie as die enigste reddingsmiddel bedoel is nie, maar as blote palliatief, as tydelike noodmaatreël. Dit beoog nie 'n *concursum creditorum* of 'n kansellasië van skulde nie. Anders as boedelafstand en verpligte sekwestrasie is die primêre oogmerk daarvan die behoud van die *status quo ante*. Sekwestrasie wis in effek skulde uit in ruil vir die bates van die skuldenaar. Moratorium handhaaf die skulde en laat die skuldenaar toe om sy bates intussen te behou.<sup>130</sup>

Voorts is *surchéance van betaalinge* gemeenregtelik hoofsaaklik verleen in omstandighede waar dit nóg tot voordeel van die skuldenaar nóg tot voordeel van sy skuldeisers sou wees indien sy boedel gesekwestreer sou word. Boonop blyk uit die Kaapse Ordinance for Regulating the due Collection, Administration, and Distribution of Insolvent Estates within the Colony van 1843,<sup>131</sup> dat sover dit gemeenregtelike regsfigure betref, die oogmerk primêr daarop gerig was om *cessio bonorum* in die ban te doen. Die frase waarop regter Kotzé gesteun het, behoort in konteks beskou te word. Die betrokke gedeelte van Ordonnansië 6 van 1843 is soos volg verwoord: "And whereas it is also expedient . . . that the benefit or relief of cession of goods and property commonly called *cessio bonorum* now available to insolvent debtors in this Colony be abolished: *Be it therefore enacted . . . that . . . all laws and customs heretofore in force within this Colony in so far as the same are repugnant to or inconsistent with any of the provisions of this Ordinance shall be*

<sup>127</sup> Sien hieroor De Villiers, *Die Ou-Hollandse insolvensiereg*, pp. 1-11; Visagie p. 111; Van der Merwe, p. 57.

<sup>128</sup> Wet 24 van 1936.

<sup>129</sup> De Wet en Van Wyk, p. 421.

<sup>130</sup> Vgl. RH Skilton, "Moratoria and the Soldiers' and Sailors' Civil Relief Act", *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1943, p. 33.

<sup>131</sup> Ordonnansië 6 van 1843.

and the same are hereby respectively repealed.”<sup>132</sup> Bowendien is die howe in artikel 1 van die betrokke Ordonnansie weereens uitdruklik verbied om aan enige persoon of persone die “benefit or relief” bekend as *cessio bonorum* te verleen. Indien die bedoeling was om ook *rescripta moratoria* en *surchéance van betaalinge* by die verbod in te sluit, is dit bloot redelik om te verwag dat die *beneficia* ook deur die wetgewer vermeld sou gewees het. By die uitleg van ’n statutêre voorskrif soos dié bestaan tog ’n vermoede dat die wetgewer die bestaande reg nie meer wil wysig as wat nodig is nie. Dit bring mee dat vir die verandering van die bestaande reg ’n duidelike bepaling of wetsduiding nodig is.<sup>133</sup>

Indien die tersake frase in konteks beskou word en ’n mate van sensitiwiteit aan die dag gelê word vir historiese perspektief, behoort die afleiding nie ligtelik en sonder meer gemaak te kan word nie dat die wetgewer noodwendig en implisiet ook regsfigure tot die beskikking van solvente maar tydelik illikiede skuldenare, soos *surchéance van betaalinge*, deur die invoering van die ordonnansie in die ban wou doen.

In skerp kontras hiermee is die Romeins-Hollandse privilegie van krygslui teen persoonlike arres in Suid-Afrika in *Casson v Conolly*,<sup>134</sup> *Dougherty v Willoughby*,<sup>135</sup> *Lewis v Wheeler*<sup>136</sup> en *Price Brothers v Apter*<sup>137</sup> uitdruklik en sonder omhaal geresipiëer.<sup>138</sup>

Ongelukkig is die standpunt van regter-president Kotzé so lank reeds klakkeloos as korrek aanvaar dat dit waarskynlik nou reeds te laat is om te trag om die gemeenregtelike *beneficia* uit die stowwerige skatkis van die verlede op te diep,<sup>139</sup> veral indien aanvaar word dat die stelreël *communis error facit ius* dan waarskynlik hier aangewend sal word.<sup>140</sup>

Tot die verdwyning van die gemeenregtelike *beneficia* vir debiteure van die Suid-Afrikaanse regstoneel, het direkte of indirekte Engelsregtelike invloed moontlik ook nie ’n te onbeduidende bydrae gelewer nie.<sup>141</sup> As dit so is, is dit heel ironies dat die mees onlangse Britse insolvensiewetgewing, die *Insolvency Act* (1986),<sup>142</sup>

<sup>132</sup> Beklemtoning aangebring.

<sup>133</sup> Vgl. LC Steyn, *Die uitleg van wette* (5de uitgawe, Wetton, 1981), p. 97; LM du Plessis, *The interpretation of statutes* (Durban, 1986), p. 69; G-M Cockram, *The interpretation of statutes* (Wetton, 1987), p. 99.

<sup>134</sup> (1881) 1 SC 68.

<sup>135</sup> (1881) 2 NLR 161.

<sup>136</sup> 1902 *South African Law Journal*, p. 270.

<sup>137</sup> (1902) 16 EDC 53.

<sup>138</sup> sien ook WHS Bell, "Immunity of arrest of persons on military service", *South African Law Journal*, 1901, p. 450.

<sup>139</sup> Vgl. De Villiers, *Ou-Hollandse insolvensiereg*, p. 67.

<sup>140</sup> Vgl. *Glazer v Glazer* 1963 4 SA 694 (A).

<sup>141</sup> sien WW Burton, *Observations on the insolvent law of the Colony* (Kaapstad, 1829), pp. 162-163; De Villiers, *Die Ou-Hollandse insolvensiereg*, p. 9; HR Hahlo en É Kahn, *The Union of South Africa. The development of its laws and its constitution* (Londen, 1960), pp. 19-25, 668-671; Cilliers en Benade, *Maatskappyereg* (Durban, 1982), p. 32.

<sup>142</sup> Aa 252-263 van die *Insolvency Act* 1986 (c 45).

uitdruklik voorsiening maak vir reëlings waardeur 'n "moratorium for insolvent debtors" bewerkstellig kan word en wat juis beoog om sekwestrasie te voorkom.<sup>143</sup>

### 3.3 Gevolge

Aangesien die Kaapse insolvensiewetgewing bykans *verbatim* oorgeneem is deur Natal,<sup>144</sup> die Oranje-Vrijstaat<sup>145</sup> en die Transvaal,<sup>146</sup> was hierdie uitsprake van regter Kotzé effektiewelik en vir alle praktiese doeleindes die doodsteek vir die resepsie van die gemeenregtelike *beneficia* in die hele tydgenootlike Suider-Afrika.

Een van die meer opsigtelike gevolge hiervan was dat omvattende statutêre moratoria desnoods telkens in Suid-Afrika ingevoer moes word gedurende die Eerste en Tweede Wêreldoorlog sowel as tydens die 1960-noodtoestand en die Grensoorlog gedurende die laaste sewentiger- en tagtigerjare van die vorige eeu.<sup>147</sup> Die vrugtelose geskarrel ter naspeuring van Engelsregtelike wortels vir die Suid-Afrikaanse geregtelike bestuur, ingevoer deur die Maatskappywet 46 van 1926,<sup>148</sup> asook die huidige oorhaastige voorstelle vir die invoering van "korporatiewe herstel" ("business rescue") ingevolge die Maatskappywetsontwerp van 2008<sup>149</sup> en "business recovery" ingevolge die konsepwetsontwerp op Insolvensie en Besigheidherstel,<sup>150</sup> is simptome van die wanresepsie van die wydlopende gemeenregtelike *beneficia*.

## 4. SLOT

Dit is duidelik dat wanresepsie van Romeins-Hollandse *beneficia* vir tydelik illikiede skuldenaars in die Suid-Afrikaanse reg toegeskryf kan word aan die onversigtige bewoording van Kaapse insolvensiewetgewing, wat klakkeloos in Natal, die Vrystaat en Transvaal oorgeneem is, asook die histories-onsimpatieke en onsensitiewe interpretasie

<sup>143</sup> Sien JR Lingard, *Corporate rescues and insolvencies* (Londen, 1989), par. 14, 15; C Berry en E Bailey, *Bankruptcy Law and practice* (Londen, 1987), par. 12 2 4.

<sup>144</sup> Ordinance for regulating the due collection, administration, and distribution of insolvent estates within the district of Natal, 24 van 1846. Dit is later herroep deur die Insolvency Law 47 van 1887.

<sup>145</sup> De Wet over de Insolventie (Hoofdstuk CIV van het Wetboek voor den Oranjevrijstaat).

<sup>146</sup> Wet voor het regelen van de behoorlijke Invordering, Bestiering en Verdeeling van Insolvente Boedels binnen deze Provincie 21 van 1880. Dit is later in die Zuid-Afrikaansche Republiek herroep deur die Insolventiewet 13 van 1895.

<sup>147</sup> Bv die Openbare Welzijn en Moratorium Wet 1 van 1914 (*Buitengewone Zitting*); die Spesiale Pensioen en Moratoriumwet 29 van 1940; die Moratoriumwet 51 van 1960; die Moratoriumwet 53 van 1962; die Moratoriumwet 25 van 1963; die Wet op Landboukrediet 28 van 1966. 'n Moratorium tov buitelandse skulde is uitgevaardig op 1 Januarie 1985 kragtens die Wet op Betaalmiddels en Wisselkoerse 9 van 1933. Sien JJ Henning, *Onderstand en privilege ingevolge die Moratoriumwet, 1963. Ontwikkeling, toepassing en inkorting*. 15 *Mededelings van die Sentrum vir Ondernemingsreg* (Bloemfontein, 1991), pp. 14-18.

<sup>148</sup> Sien JJ Henning, "Corporate rescue schemes in South African company law" in Rajak (red.), *WG Hart lectures on insolvency law* (Londen, 1993), pp. 9-51.

<sup>149</sup> Hoofstuk 6 van die "Companies Bill" B61D van 2008.

<sup>150</sup> Hoofstuk 24 van die SA Regshervormingskommissie se "Insolvency and Business Recovery Bill", 2003.

van hierdie wetgewing in 'n drietal uitsprake, almal deur een en dieselfde regter, wat die moontlikheid van die verlening van gepaste gemeenregtelike individuele moratoria aan hulpbehoewendes effektief in die wiele gery het.

Die feit dat die besondere nutswaarde van veral *surchéance van betaalinge* in sy land van oorsprong besef is, en, nieteenstaande die aanvaarding van die Franse *Code Civil* in 1811, voortleef in die moderne Nederlandse reg sowel as in dié van die Beneluxlande, beklemtoon des te meer die ingrypende wyse waarop en die gewisse mate waardeur die Suid-Afrikaanse reg verarm is deur die wanresepsie van die gemeenregtelike *beneficia*. Dit is veral die geval aangesien hierdie ongelukkige stand van sake effektief voorkom kon gewees het deur 'n meer omsigtige en histories-sensitiewe vertolking van die insolvensiewetgewing.