

T
S
A
R

2
0
2
1
·
3

(409-629)

J
U
T
Λ

2021 · 3

TYDSKRIF VIR DIE SUID-AFRIKAANSE REG

Journal of South African Law

ARTIKELS

<i>O'Brien and Calitz</i> : Setting aside the (result of a) vote to reject a business rescue plan: mind the gaps when biting at the cherry!	409
<i>Eiselen</i> : Digitisation and consumer law in South Africa and Africa	436
<i>Van der Merwe</i> : Is a scheme rule prohibiting the keeping of animals in a sectional title scheme invalid? Lessons from the landmark decision of the New South Wales court of appeal	456
<i>Botes</i> : The use of geospatial surveillance data for public-health emergency and disaster management in South Africa: a review with legal recommendations	474
<i>Faber</i> : A conceptual view of the act of testation to elucidate a testator's intention in the South African law of succession: a proposed "act-based model" as opposed to the traditional "requirements model" (part 1).....	504
<i>Henrico</i> : Administrative law and voluntary religious associations in South Africa: some reflections	521

AANTEKENING

The unconstitutionality of section 5(1)(a) of the Extradition Act 67 of 1962 – implications for ongoing and future extradition proceedings in light of a decision of the Constitutional Court – Du Toit and Svicevic	538
--	-----

REGSPRAAK

What it means to be a parent: implications for family law and the law of intestate succession– De Waal and Mills 562	
Géén teenprestasie vir 'n serwituu van parkering oor eiendom van 'n aandeelblokskema – bedenklik – ook wat kompetensie betref – Sonnekus.....	571
The availability of the <i>actio legis aquiliae</i> and the <i>actio iniuriarum</i> between spouses – Neethling	602
Concern about the (seemingly) unlimited discretion to discharge an accused after close of the state's case – Watney.....	611

BOEKBESPREKINGS

J Grogan: <i>Workplace Law</i> by Van Staden	627
Peter van Blerk: <i>Preparation for Civil Trials</i> by Joubert.....	628



- Die Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg staan onder beheer van die Fakulteit Regsgeleerdheid van die Universiteit van Johannesburg.
- ISSN 0257-7747
- Ten volle geakkrediteerde tydskrif by Dept van Onderwys (DOE) *Social Sciences Citation Index (SSCI) Web of Science (WoS)* and *Scopus* accepted accredited journal
- Redaksie: J C Sonnekus BA LLB LLM LLD S F du Toit BA LLB LLD
(redakteur) K E van der Linde BLuris LLB BA Hons LLM LLD
C F Hugo BA (Regte) LLB LLM LLD M M Watney BA LLB LLM LLM LLD
M J van Staden LLB LLM LLD M L du Preez BA LLB LLM
C H MacKenzie BA (Hons) MA PhD
(taaladviseur)
- Redaksionele advieskomitee: Nasionaal – sy ed regter J C Kriegler; sy ed appèlregters F R Malan; R W Nugent en N P Willis; sy ed regter D H van Zyl; proff D van der Merwe en M F B Reinecke. Internasionaal – Proff V Sagaert (Leuven); M Martinek (Saarbrücken); W J Zwale (Leiden).
- Redaksie-adres: Fakulteit Regsgeleerdheid, Universiteit van Johannesburg Posbus 524 Auckland Park 2006 Suid-Afrika/Editorial address: Faculty of Law University of Johannesburg PO Box 524 Auckland Park 2006 South Africa – Telefax (011) 559 2049.
- Uitgewer: JUTA Law – Kaapstad – Claremont – Johannesburg.
- Uitgewersadres: Posbus 24299, Lansdowne, 7779 Suid-Afrika – Telefaks (021) 659 2360. Publisher's address: PO Box 24299, Lansdowne, 7779 South Africa – Telefax (021) 659 2360.
- Hierdie tydskrif verskyn in Februarie, Mei, Augustus en November van elke jaar. 'n Register vir elke jaar word die daaropvolgende jaar versend.
- 2021 intekengeld: inskrywings deur agente of boekwinkels: R1 687,00 (BTW ingesluit)
- Drukker: DJE Flexible Print Solutions.

TSAR-STYLE — GUIDELINES FOR AUTHORS

THE MANUSCRIPT — GENERAL

- 1 *TSAR* considers, after anonymous peer review, original manuscripts in Afrikaans, English or Dutch of articles, notes, discussions of case law and book reviews that have not been presented for publication elsewhere. Copyright of publications vests in the publishers.
- 2 The original manuscript in *TSAR* style, accompanied by a copy on computer disk or compact disc or per e-mail, must be delivered to the editor. On the printed manuscript, the author should indicate against each reference with a ✓ that the applicable reference has been double-checked personally at first-hand. In the event of the editorial staff having to make more than 15 style-related or spelling-related changes, the piece will be returned to the author in order to be attended to.
- 3 Length: Unless agreed otherwise with the editor, articles, including footnotes, must not be longer than 9 500 words, and notes and discussions of case law, not longer than 8 000 words. Contributions of less than 4 500 words will not be considered.

B ARTICLES

- 1 All contributions must be accompanied by a short summary of approximately 350 words in another of the official languages indicated in A 1 above. (An article written in Dutch must contain an English summary.) The summary must be provided with a title. No footnotes or references are allowed in the summary.
- 2 *Footnotes*
 - 2.1 The footnotes of articles, numbered sequentially, should be electronically incorporated into the text and should be shown at the bottom of pages and not at the end of the manuscript.
 - 2.2 In the text, the footnote number is generally shown after the first relevant punctuation mark, eg: Van der Merwe argues that the moon is made of cheese.²
 - 2.3 Identification of the writer of an article (as well as any acknowledgements) should be indicated in the footnotes, before note 1, with an *, as in : * Professor in Private Law, University of Johannesburg; Senior lecturer in Commercial Law, University of Pretoria. It is important for the sake of cross-referencing of later footnote numbers (see 2.9 below) that authors ensure that their word-processing programmes do not count this * as the first footnote.
 - 2.4 Footnotes begin with small letters unless the text in the footnote itself constitutes a full sentence, with a verb, eg: s 23(1); above, but Compare/See Van der Merwe 12. In English articles, *Cf* or *cf*, *ie* and *eg* should be italicized.
 - 2.5 All footnotes end with a full-stop.
 - 2.6 Refer to previous footnotes as follows: n 16 above and to footnotes which follow: see n 34 below [*ie*, a space should be left between n and 16/34]. *Supra* and *infra* are normally not used, but if used, should be in small letters if the word stands alone.
 - 2.7 In footnotes, a space should be left between the page number and *ff* or *et seq* — eg 124 ff (ff not italicized).
 - 2.8 In the event that several sources are referred to in the same sentence, separate information with; except for the last two sources, where “and” should be used.
 - 2.9 Cross-references in footnotes: When referring to a source in a later footnote, which source has already been fully referenced in a previous footnote, the following shortened referencing-style should be used: Surname of the author or shortened case name (n #) 678 {where # is the first full reference to the particular source}. In the event of several sources of the same author being referred to in this previous footnote, the date of the particular source should be mentioned in (), in order to avoid confusion: Surname of the author (n # (1990)) 678, in order to distinguish it from another source of the same author, to which source full reference has been made in the same footnote. This shortened referencing-style naturally does not apply to case discussions and notes, where there are no numbered footnotes. In these last-mentioned instances, refer to the author and the applicable page or paragraph number — except when there is reference to more than one contribution by the same author in this contribution where a key word from the title is also provided.
 - 2.10 In referring to case and book reviews, only the author, journal and page should be referred to. No reference to the title of the case or book review should be given, eg Van Wyk 1975 *THRHR* 152. With regard to subsequent references to reported case law in footnotes in articles as well as in notes and case discussions the shortened referencing style is used where merely a key word (normally the identifying name of the prominent party) is used with the word case followed by the relevant page number — eg the *Smith* case 687G and not merely “in *Smith*” (no cross-reference as for other sources — see B 2.9 above).
- 3 *Abbreviations*
 - 3.1 Apart from certain exceptions, no abbreviations nor acronyms should be used in the text but, owing to the fact that in discussions of case law

and book reviews no footnotes are used, abbreviations may be used in brackets in the text, as the part in brackets performs the function of a footnote. In the text, *BGB*, *BW*, *NBW*, *ABGB*, *CC* and *KO* may be used as abbreviations, as well as etc, *eg*, *ie*, *viz*. Foreign language abbreviations, such as *BGB*, in an English text, should be italicized as a foreign language. J or CJ etc should be used only in English contributions and will then follow directly after the surname of the particular judge: Innes CJ.

- 3.2 In footnotes, abbreviations should be used whenever possible.
- 3.3 Avoid full-stops in abbreviations. Words written together should be abbreviated without a space. Similarly, separate words should be abbreviated without full-stops (*SA*; *THRHR*; *TSAR*; *LLB*), except where confusion may result, then a space should be used.

C NOTES AND DISCUSSIONS OF CASE LAW

As under B regarding articles, but no footnotes are used. References etc, which would have been contained in footnotes, should be placed in brackets in the text and should — in the interests of legibility — be used sparingly; no summary in another language is given.

D REFERENCES

No initials or first names of authors are used unless there may be confusion (eg more than one author with the same surname has been referred to in the same footnote).

- 1 **Books**
 - 1 De Wet and Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 136 [or (4th ed) 136, if the date is unknown — never both].
 - 2 **Unpublished theses or dissertations**
 - 2 Van der Walt *Risiko-aanspreeklikheid uit Onregmatige Daad* (1974 thesis SA) 139-140.
 - 3 **Papers of the law commission**
 - 3 The South African Law Commission “Die instelling van ’n legitieme porsie of die verlening van ’n reg op onderhoud aan ’n langslwendende gade” *Herstening van die Erfreg* 1930, Project 22 (1986) 21-35. Take note that the law commission was renamed on 17 January 2003 (*GG* no 24277): South African Law Reform Commission / Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie.
 - 4 **Journal articles**
 - 4 Jansen “Die ontwikkeling van die nuwe vennootskapsreg” 1956 *SALJ* 593 598; Smith “The new European company” 1974 *Modern Law Review* (*MLR*) 683 where article begins on 593 or 683 but the specific reference is to 598.
 - 5 **Newspapers**
 - 5 *Beeld* (15-01-1983) 12 or *Beeld* (15 Jan 1983) 12. *Government Gazette* (in footnotes, abbreviated as *GG*) 6679 (28-09-1979).
 - 6 **Case law**
 - 6 *Conradie v Rossouw* 1965 2 SA 589 (K) 593F; *Green v Green* 1942 WLD 67 69; *Smith v Smith* 1946 AD 201. If reported in SAFLII: *Dewel Trust v Scholz* (11050/14) 2014 ZAWCHC 128 (18 Aug 2014). [] does not refer to paragraph and may not be used. Keep all references to sources as simple as possible.
 - 7 **Unreported case law**
 - 7 Whether in the text, in a footnote or as a heading of a case discussion: *Pienaar v Beukes* case no 492/90 (C) (unreported); or, in the event that the case number is not available, but the date upon which the judgment was delivered is: *Pienaar v Beukes* 15-01-1989 (C) (unreported).
 - 8 **Legislation: The Companies Act** 61 of 1973.
 - 8 **Old Authorities: D** 9 2 11 8; De Groot *Inleidinge* 2 2 12 and Voet *Commentarius ad Pandectas* 7 1 13 — thus, no full-stops.
 - 9 **Internet:** References to internet-based sources only are not encouraged. If used in addition to “normal” references: <http://www.lexml.de> (23-12-2005) ie not underlined or italicized and where the date last visited is provided between () as additional information.

E GENERAL

- 1 Capital letters — Use capital letters sparingly.
- 2 Further punctuation: *TSAR* style makes scant use of commas. A comma should be used only where clarity requires it. [] does not refer to paragraph. Quotation marks for *all* quotes: Use double quotation marks, while single quotation marks should be used within a quote. Quotations of longer than three printed lines are indented and printed smaller.
- 3 Authors are encouraged to consult recently published editions of *TSAR* in cases of uncertainty regarding any matter or to contact the editor.

Editorial address: per e-mail: tsar@uj.ac.za

The Editor *TSAR*
Faculty of Law
University of Johannesburg
PO Box 524
AUCKLAND PARK 2006

**GÉËN TEENPRESTASIE VIR 'N SERWITUUT VAN PARKERING OOR
EIENDOM VAN 'N AANDELEBLOKSKEMA – BEDENKLIK – OOK
WAT KOMPETENSIE BETREF**

Olive Marketing CC v Eden Crescent Share Block Ltd 2021 2 SA 170 (KZD)

SUMMARY

**SERVITUDE ENTITLING HOLDER TO UTILISE 250 PARKING SPACES ON
NEIGHBOURING PROPERTY IN ETERNITY WITHOUT ANY *QUID PRO QUO* –
DEEMED QUESTIONABLE**

The consequence of encumbering property with a perpetual praedial servitude is to burden all subsequent rightful holders of the servient tenement with the encompassing restriction to their entitlements as holders of the real right to the property. Such an encumbrance results in a severe subtraction from the dominium of the servient property. It would be deemed proof of prodigality if an owner were to consider such encumbrance unless a reasonable *quid pro quo* is received in lieu of the encumbrance, and this may take the form of damages payable to the owner of the servient property. The competencies of prodigals are restricted in their own interest and any perceived unassisted disposals of their assets are deemed a nullity. The same applies to any perceived disposal of valuable assets if the law limits the competency of the party to the disposal.

In light of the premise that when in doubt any presumed servitude should be interpreted restrictively it is submitted that a court should be sceptical when claim is laid to a perpetual servitude encumbering 250 out of a total of 311 parking spaces in a housing development scheme for retired persons for the benefit of unspecified generations of clients frequenting businesses housed on the neighbouring

property if no meaningful *quid pro quo* was paid by the owner of the neighbouring property and the competence of the directors who mandated a lawyer to register the servitude may be doubted. In order to protect the interest of holders of an interest in a share block scheme or a housing development scheme for retired persons the legislature enacted that any subtraction from the dominium of such schemes as owners of immovable property may only be agreed to when mandated by a special resolution.

In the *Olive Marketing* case no special resolution was minuted where the required decision had been taken. On account of a *stipulatio alteri* the first defendant acquired the property from the eThekweni Municipality in terms of an agreement of sale to which it was not a party. The sale agreement provided that a parking servitude over the subject property would be created in favour of the adjoining property as dominant tenement.

The court held that: it was the clear intention of the municipality and the buyer to create a praedial servitude, and the agreement of sale accurately reflected this intention. This judgement regarding the obligatory agreement may be sound but it is submitted that the court failed to consider whether any valid real agreement could be concluded to transfer the limited real right of the servitude unless the statutory requirements were met. By its signature to the sale agreement, the buyer had bound itself to grant and register the servitude, but the buyer never acquired ownership of the property.

The plaintiff only acquired ownership of the perceived dominant property fourteen years later and was not a party to the original sale. Therefore, it is doubtful whether he was entitled to compel the first defendant to cooperate in registration and the utilisation of the so-called praedial servitude. If a servitude was involved, it is submitted that at most a personal servitude could have been considered, because the utilisation of the parking spaces does not meet the requirement that the entitlement of the servitude must benefit the dominant property and not the drivers of the vehicles seeking parking. It is comparable to the well-known examples of a personal servitude to play tennis on the servient property or the walk on that property, but such a personal servitude is not transferable and is extinguished by the death of the holder. It does not burden the servient property in perpetuity.

The court's finding that the special resolution requirement under section 4B of the Housing Development Schemes for Retired Persons Act 65 of 1988 was not applicable because the registration of the servitude did not impact on a right of *occupation* under the act cannot be supported. The special resolution requirement prohibits not merely the alienation of land intended to be used for occupational purposes in the narrow sense but also aspects that impact on the quality of the housing of the residents including the parking facilities. It is submitted that any subtraction from the dominium is included under the restriction and requires a special resolution and the transfer of such a perpetual praedial servitude does subtract from the dominium.

1 *Inleidend*

Sonde met die bure is van oudsher bekend. Die spreekwoord kry nuwe betekenis in die onderhawige litigasie waar die hof beslis het dat 'n uitsluitlike parkeerterwituut ten gunste van ongeïdentifiseerde besoekers aan 'n konferensiesentrum en ysskaatsbaan geleë op die naasliggende buurperseel geregistreer is. Dit het geskied ter uitsluiting van die meerderheid van die inwonende senior burgers oor die meerderheid van die beskikbare parkeerplekke op die perseel van 'n behuisingskema vir afgetredenes wat bedryf word as 'n aandeelblokkema. Daar is dus, anders as by gebruikelike buurgeskille, nie net sprake van twee gelykwaardige buureienaars met botsende belange wat afgeweg moet word nie, maar die eiser het oënskynlik die sterker aanspraak as reghebbende van 'n beperkte saaklike reg oor die buureiendom, mits die serwituut geldig gevestig kon word.

In die bespreking word nie alleen volstaan met die afweging van die gebruikelike gemeenregtelike norme nie. Waar van toepassing word kennis geneem by die beoordeling van die tersake konstruksies van die beginsels wat in enkele van die vergelykbare moderne Vastelandse regstelsels benut word. Daardie regstelsels gaan gemeen met die Suid-Afrikaanse reg uit van 'n beginselbenadering en nie 'n kasuïstiese benadering nie. Anders as in vergelykbare dog gekodifiseerde Vastelandse regstelsels waar 'n *numerus clausus* van diensbaarhede as beperkte saaklike regte erken word, kan 'n eenaar in die Suid-Afrikaanse reg met 'n teenparty beding oor die omskrywing van 'n diensbaarheid. Die partye is dus

nie gebonde aan die keurslyf van erkende diensbaarhede nie, maar in die proses moet steeds gehou word aan die onderliggende oorheersende regsbeginsels wat die aard van hierdie soort beperkte saaklike regte beheers en die bevoegdhede van die tersake rolspelers omskryf. In die nuwe Belgiese wysiging van die tersake boek 3 van die *Burgerlijk Wetboek* wat op 24 Januarie 2020 aanvaar is, en dus een van die mees resente hersienings van die vergelykbare privaatreë verwoord, bepaal artikel 3.3 byvoorbeeld: “Enkel de wetgever kan zakelijke rechten creëren. ... De zakelijke gebruiksrechten zijn de erfdiensbaarheden, het recht van vruchtgebruik, erfpacht en opstal.” Daar kan partye nie met 'n beroep op party-otonomie self vindingryk raak met die ontwerp van nuwe tipes diensbaarhede nie.

2 *Toepaslike regsbeginsel: diensbaarhede en die vervreemding van waardevolle vermoënsbelange as 'n “subtraction from the dominium” – algemene beginsels en 'n eweredige quid pro quo*

Weens die potensieel ingrypende beperking wat per definisie van 'n diensbaarheid uitgaan op die bevoegdhede van die eienaar van die dienende perseel, word dit in beginsel beperkend uitgelê. Selfs as dit vasstaan dat die objek van die reg 'n saak en nie bloot prestasie nie is, word steeds by twyfel voorkeur gegee aan 'n uitleg wat eerder strook met 'n persoonlike serwituut as met 'n erfdiensbaarheid omdat laasgenoemde ewigdurend kan wees en dus die eienaar van die dienende perseel se bevoegdhede vir ewig beperk. (“Dewyl alle servituten eene vermindering in de natuurlijke vrijheid te weeg brengen, moeten zij strikt worden uitgelegd” a 2 4 9 6 4 van Van der Linden *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807-08* – (De Smid-uitg (1967)) 135; Van Styrum *Over de Onderscheiding der Erfdiensbaarheden en de daaraan verbonden Rechtsgevolgen* (1880) 8; *Stuart v Grant* 24 (1903) NLR 416 429; *Smit v Russouw* 1913 CPD 847 853; *Willoughby's Consolidated Co Ltd v Cophthall Stores Ltd* 1918 AD 1 16; *Ex parte Will G Hare (Pty) Ltd* 1958 4 SA 416 (K) 419; *Jonordon Investment (Pty) Ltd v De Aar Drankwinkel (Edms) Bpk* 1969 2 SA 117 (K) 125-126; Van der Merwe *Sakereg* (1979) 464; Zwolve *Simplex et Perpetuum – Beschouwingen over Eigendom en Tijd* (2006) 75-77.) Buysse bespreek die beëindiging van 'n erfdiensbaarheid in die Belgiese reg indien die dienende perseel nie langer redelikerwys die te wagte nut aan die heersende perseel sal kan bied nie (*Uitdoving van Erfdiensbaarheden in het Algemeen* (2015) 16 en 82-89; sien Muylle oor die verskil tussen abstrakte en konkrete duur van 'n saaklike reg “Het ewigdurend karakter van het eigendomsrecht. Oude materie, nieuwe perspectieven” 2013-14 *Rechtskundig Weekblad* 4 5-7).

Indien daar ruimte vir twyfel is, word nie ligitelik aanvaar dat die eienaar van die vermoedelik dienende perseel bedoel het om 'n beperkte saaklike reg oor sy eiendom te verleen nie. Daar word eerder rekening gehou met die ontstaan van 'n vorderingsreg wat in baie opsigte vergelykbare bevoegdhede aan die reghebbende persoonlik sal verleen as wat die geval met 'n beperkte saaklike reg sou wees, maar dan van beperkte duur. (Sien oor die terughoudendheid waar daar twyfel was of van 'n enkele serwituut of meerdere identiese diensbaarhede sprake was waar dieselfde regsobjek eienaar van twee aangrensende persele was wat tegelyk met een akte 'n reg van weg oor die dienende erf bekom het, Ter Rele “Twee heersende erwe te Alkmaar” 7192 (2018) *WPNR* 359 360 na aanleiding van die uitspraak van die *Rechtbank* Noord-Holland van 19 Julie 2017. Ter Rele argumenteer tereg dat dit in stryd met die vertrekpunt van 'n beperkende uitleg sou wees om niteenstaande die feit dat daar met die voorbehoud van die diensbaarheid slegs sprake van 'n enkele

regsubjek as eienaar van die twee heersende erwe was, uit te gaan van 'n implisiete verdubbeling van beperkte saaklike regte hoewel slegs in die enkelvoud sprake van 'n diensbaarheid was wat gevestig is – sien ook Booms “Gevolgen van kwantitatiewe splitsing van goederen voor beperkte regte” 2015 *NTBR* 296 298-307.)

Diensbaarhede kan (behoudens die statutêre uitsonderings waar die wetgewer bepaalde diensbaarhede in die openbare belang vestig, kwasië as 'n beperkte onteiening soos vir 'n spoorlyn of elektriese verspreidingslyn), soos ander saaklike regte hetsy op 'n oorspronklike wyse, soos met verjaring (a 6 van die Verjaringswet 68 van 1969), of op 'n afgeleide wyse gevestig word. (Sien Van der Walt *The Law of Servitudes* (2016) 279-287.) In laasgenoemde geval is die vestiging van die beperkte saaklike reg afhanklik van die nakoming van alle vereistes wat die reg vir die vestiging van hierdie vermoënsregte stel en dat niks haper met hetsy die saaklike ooreenkoms of met die legitimeringswyse van toepassing by die vestiging van die bepaalde reg nie (besitsverkryging by roerende sake en registrasie by onroerende sake – sien a 32 saamgelees met a 3(1)(o) van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937; Sonnekus “Diensbaarhede val nie uit die hemel nie” 2015 *TSAR* 653). Vóór registrasie teen die titelakte van die dienende erf is daar by bedonge diensbaarhede geen sprake van 'n beperkte saaklike reg nie en sodanige registrasie mag slegs volg op nakoming van die formele vereistes vervat in die Wet op Vervreemding van Grond 68 van 1981. Aangesien die Suid-Afrikaanse reg 'n negatiewe registrasiesistelsel volg, is registrasie egter geen waarborg dat die oënskynlik geregistreerde diensbaarheid ook inderdaad met nakoming van alle materiële en formele vereistes vir die vestiging van die saaklike reg tot stand gekom het nie. Rektifikasie van 'n verkeerdelik geregistreerde beperkte saaklike reg kan gelas word deur die hof, met inbegrip van rojering as dit inhoudelik nie juis is nie (a 4(1)(b)(ii) van Wet 47 van 1937).

In die lig van die omstrede interpretasie in meerdere Suid-Afrikaanse uitsprake van die begrip “subtraction from the *dominium* in land” saamgelees met artikel 63(1) van die Registrasie van Aktes Wet en Wet 68 van 1981 kom Van der Walt myns insiens tereg tot die gevolgtrekking: “Servitudes (both praedial and personal) are interests in land and constitute a subtraction from the *dominium* in land, and consequently the Alienation of Land Act 68 of 1981 requires that any agreement granting such a right has to be in writing and signed by both parties to be valid” (377). (Sien vir 'n samevatting van die inhoudelike kritiek teen die “subtraction”-leer Sonnekus “Gebrek aan wetenskap vervlak regspraak tot kasuïstiek” 2015 *TSAR* 405; *contra* Badenhorst “New real rights to land in South Africa: a twofold test” 2015 *Prop L Rev* 197 198-206.)

Ook waar 'n serwituut deur die testateur in die bemaking van twee verskillende grondstukke aan twee verskillende begunstigdes as legatë bemaak word terwyl oor die één grondstuk ten gunste van die ander 'n erfdiensbaarheid voorbehou word, vestig die diensbaarheid op die ou einde deur die bemiddeling van die eksekuteur op 'n afgeleide en nie 'n oorspronklike wyse nie soos ook gebeur by voorbehoud van 'n diensbaarheid soos vruggebruik deur die verkoper vir homself (Van der Walt 375-377). Dit is by die legatë so hoewel daar nie sprake van 'n meersydige regshandeling soos 'n kontrak is nie, maar van die testamentêre bemaking as eensydige regshandeling waarin die laaste wilsuiting van die testateur vervat is. In 'n abstrakte stelsel soos die van Suid-Afrika (*Legator McKenna Inc v Shea* 2010 1 SA 35 (HHA) 44E-J; *Oriental Products (Pty) Ltd v Pegma 178 Investments Trading CC* 2011 2 SA 508 (HHA) 512C-E) kan die saaklike reg op 'n afgeleide wyse vestig nieteenstaande 'n fatale gebrek wat kleef aan die onderliggende verbintenisskeppende ooreenkoms, maar die omgekeerde is nie moontlik nie.

Soos deurgaans kan daar slegs sprake van 'n regsgeldige saaklike ooreenkoms wees mits die tersake oordraer en ontvanger van die toepaslike vermoënsreg oor die nodige bevoegdheede vir die bepaalde regshandeling beskik het. Slegs die eienaar van 'n grondstuk het, mits hy handelingsbevoegd is, die *ius disponendi* om 'n beperkte saaklike reg oor sy grond aan 'n ander te verleen, maar 'n eienaar van twee aangrensende persele kan by die vervreemding van een van sy persele aan 'n derde vir homself of alle opvolgende eienaars van die een perseel 'n diensbaarheid oor die ander perseel voorbehou (De Groot *Inleidinge* 2 36 6; Van Leeuwen *Roomsch-Hollandsch Recht* 2 19 6 en Van Styrum 49).

In laasgenoemde geval sal uiteraard geen sprake wees van 'n betaling van vergoeding as teenprestasie vir die verlening van die diensbaarheid nie, want wie betaal nou aan homself vir die bestemming wat hy aan sy saak gee, maar in alle ander gevalle is dit gebruikelik dat die verwerwer van 'n beperkte saaklike reg as 'n waardevolle vermoënsreg aan die verlener daarvan 'n teenprestasie bied. Terwyl daar behoudens by geopenbaarde verkwistende neigings geen regsreël téén vrygewigheid is nie, is dit wêreldvreemd om te aanvaar dat 'n grondeienaar sonder meer gratis aan 'n eienaar (te swyg van ál die opvolgende eienaars) van 'n buurperseel 'n waardevolle mandjie van inhoudsbevoegdheede oor sy grondstuk sou verleen veral as dit boonop die uitoefening van die ooreenstemmende bevoegdheede van homself én sy opvolgers *ad infinitum* ten aansien van sy grondstuk as dienende erf wesenlik inperk soos wat die geval met 'n serwituut van weiding of watertrekking sou wees. (Sien met betrekking tot die Belgiese reg Sagaert “De vergoedingsplicht bij openbare erfdienstbaarheden” 1999 *Tijdschrift voor Onroerendgoedrecht* 130 136-163 veral § 17.)

Uit die kenbronne van die gemenerereg soos by van die ou skrywers is geen voorbeeld bekend waar 'n eienaar sonder teenprestasie die bestemming van een van sy naasliggende persele met 'n erfdiensbaarheid aan bande sou wou lê tensy hyself beoog om die voordeel van dusdanige bestemming as eienaar van die heersende erf te geniet na die vervreemding van die dienende perseel aan 'n derde nie. In alle ander ondermaanse gevalle is dit gebruikelik dat 'n reghebbende slegs teen 'n relatief eweredige teenprestasie homself sal ontdaan van sy vermoënsbelange en nie willens en wetens homself sal verarm deur al sy vermoënsbelange sonder teenprestasie aan ander uit te deel nie. (Die lering vervat in die Evangelie dui juis op die uitsondering: “Een ding kom jy kort – gaan verkoop *alles wat jy het, (quaecumque habes vende)* en gee dit [die opbrengs] vir die armes, en jy sal 'n skat in die hemel hê; ...” – *Mar* 10:21 – 1933-vert met my kursivering en die Vulgaat-tek.)

Selfs indien die hof 'n permanente reg van noodweg verleen, sonder dat daar sprake van wilsooreenstemming tussen die partye daartoe was, word algemeen aanvaar dat die hof aan die reghebbende van die noodweg 'n plig tot redelike teenprestasie oplê.

“In die Romeinse, Romeins-Hollandse en die Suid-Afrikaanse reg, word vereis dat die eienaar van die blokkland 'n billike prys (*iustum pretium*) vir 'n permanente noodweg moet betaal. Dit beteken dat die prys in verhouding tot die voordele deur die eiser verkry en die nadele deur die verweerder gely, bepaal moet word” (Van der Merwe 489-490).

Ten opsigte van die toekenning van 'n reg van noodweg is die neiging toenemend om die vergoeding wat betaalbaar is aan die eienaar van die dienende perseel te bereken soos by skadevergoeding. Die uitgangspunt is dus nie slegs die berekende voordeel of verryking wat die bevoordeelde gaan geniet danksy die toegekende beperkte saaklike reg nie, maar om veral ook te let op die nadeel wat die eienaar van die dienende perseel gaan ly weens die inperking van sy normale inhoudsbevoegdheede

om na goeë dunnke sy perseel te ontwikkel en te benut. (Sien Van der Merwe 490 n 230; Van Staden *Ancillary Rights in Servitude Law* (2015 proefskrif US) 180 en 235 met verwysing na *Jersey Lane Properties (Pty) Ltd t/a Fairlawn Boutique Hotel & Spa v Hodgson* (A5030/11) 2012 ZAGPJHC 86 (7 Mei 2012) par 10.) Dit sluit aan by die bekende *actio negatoria* waar eweneens voorsiening vir skadevergoeding gemaak word indien die reghebbende nadeel ly weens die onregmatige toe-eiening van bevoegdheide deur die verweerder. (Sien Van Es *De Actio Negatoria – Een Studie naar de Rechtsvorderlijke Zijde van het Eigendomsrecht* (2005) 66-68 en 119-127.) Ook die nuwe Belgiese Boek 3 bepaal in artikel 3:136 *BW* oor die berekening van die tersake vergoeding: “De ligging van de uitweg wordt door de rechter bepaald op zodanige wijze dat deze het minst schadelijk is, tegen een vergoeding die *evenredig is aan de veroorzaakte schade*” (my kursivering). Hoewel die billikheid van só ’n skadevergoedingsbenadering nie betwyfel word nie, gaan dit reëlreg téén die beginselvertrekpunt dat ’n reghebbende van ’n beperkte saaklike reg juis die inhoudsbevoegdheide eie aan die beperkte saaklike reg uitoefen en dus nie tegelyk ook onregmatig kan optree waarvoor skadevergoeding binne die deliktereg gebaseer op skuldige wangedrag van toepassing kom nie. By ’n verrykingsvordering speel laasgenoemde daarteenoor geen rol nie.

Gewoonlik word onderliggend aan die eventuele saaklike ooreenkoms beding oor die teenprestasie wat as vergoeding vir die verlening van die diensbaarheid verskuldig is deur die verkryger van die beperkte saaklike reg. Die bedonge teenprestasie volg nie outomaties uit die verlening van die beperkte saaklike reg nie, maar is deel van die bedinge van die onderliggende verbintenisskeppende ooreenkoms. Sodanige persoonlike regte word uitgewis deur voldoening met prestasie deur die prestasiepligtige en is as persoonlike regte nie afdwingbaar teen derdes nie. Teenprestasie hoef nie in die vorm van betaling van ’n geldbedrag te wees nie en kan selfs bestaan uit die terugtrekking van ’n beswaar teen ’n ontwikkeling wat vir die reghebbende van die dienende erf waardevol is om wel mee te kan voortgaan (sien die opmerking in *Body Corporate, Seascapes v Ford* 2009 1 SA 252 (HHA) 254B-C).

By sommige persoonlike diensbaarhede soos ’n vruggebruik oor die plaas wat die erfflater aan sy seun as legaat nagelaat het maar aan sy vrou as sy weduwee wel ’n vruggebruik oor die plaas verleen het, kan die testateur ’n lasbepaling op die begunstiging van die seun plaas deur hom te verplig om jaarliks aan sy susters ’n bedrag oor te betaal wat aanvanklik as som deur die vruggebruikster aan die seun as belaste eienaar oorbetal moet word. Die testateur mag bedoel het om só wel die dogters te bevoordeel in ruil vir die begunstiging van die seun met die eiendomsreg op die plaas, maar omdat hy tydens die duur van die vruggebruik van hul moeder nog nie self die finansiële voordeel van die opbrengs van die plaas geniet nie, word die weduwee van die testateur met die lasbepaling belas vir die duur van die vruggebruik. Hoewel hier in die voorbeeld dus sprake sou kon wees van ’n periodieke prestasie deur die vruggebruikster as reghebbende van die persoonlike diensbaarheid is dit nie soseer ’n periodieke teenprestasie vir die persoonlike diensbaarheid nie as ’n vermenging van ’n voorwaarde van die legaat met ’n *modus* of lasbepaling. Anders as ’n erfdiensbaarheid is sodanige prestasieplig wat op die reghebbende van die vruggebruik rus ook nooit ewigdurend nie.

Omdat ’n gevestigde erfdiensbaarheid die herverkoopwaarde van die heersende erf verhoog, kan die aanvanklike verkryger daarmee rekening hou dat die teenprestasie wat hy aanvanklik vir die verwerwing van die vermoësbate opgedok het, in die herverkoopwaarde van die perseel verreken sal kan word. Daar word dus nie in die reël voorsiening gemaak dat die opvolgende reghebbendes van die diensbaarheid

telkens opnuut met die eienaar van die dienende perseel sal moet onderhandel oor vergoeding verskuldig vir die uitoefening van die inhoudsbevoegdheids van die reeds bedonge en verworwe beperkte saaklike reg nie.

“Serwituutaktes bevat dikwels ook bedinge van ’n persoonlike aard, soos byvoorbeeld watter vergoeding betaalbaar is en wie aanspreeklik is vir die registrasiekoste Myns insiens is ... daar nou algemene statutêre magtiging vir die registrasie van ’n persoonlike reg wat intiem verbonde is met (of soos die wetgewer dit stel ’aanvullend is tot of andersins diensbaar is aan’) ’n registreerbare saaklike reg” (De Waal *Die Vereistes vir die Vestiging van Grondserwituut in die Suid-Afrikaanse Reg* (1989 proefskrif US) 286-287).

Hoewel geen voorbeeld in die Suid-Afrikaanse regspraak bekend is waaruit sou blyk dat ’n diensbaarheidsreghebbende periodiek die reghebbende van die dienende erf moet vergoed vir die uitoefening van sy bevoegdheids as diensbaarheidsreghebbende nie, maak die nuwe Nederlandse wetboek wel in artikel 5:70.2 *BW* voorsiening vir ’n verpligting wat op die reghebbende van die heersende erf geplaas kan word om eenmalig óf periodiek vergoeding as “retributie” aan die eienaar van die dienende erf te betaal: “In de akte van vestiging van een erfdiensbaarheid kan aan de eigenaar van het heersende erf de verpligting worden opgelegd aan de eigenaar van het dienende erf op al dan niet regelmatig terugkerende tijdstippen een geldsom – de retributie – te betalen.”

Hierdie unieke statutêre gemunte “retributieplig” het geen gemeenregtelike parallel nie en vind ook geen aansluiting in die *Ontwerp* van Meijers uit 1954 of die Regeringsontwerp van 1957 nie. Dit is ingevoeg in die *Gewijzigd Ontwerp* uit 1972, na aanleiding van die voorlopige verslag van ’n kommissie uit die tweede kamer (sien *VV II Parl Gesch BW Boek 5* (1981) 248 en *MvA II Parl Gesch BW Boek 5* (1981) 250).

Anders as gebruikelik is die prestasiepligtige nie alleen die teenparty van die reghebbende van die persoonlike reg nie, maar alle opvolgende diensbaarheidsreghebbendes. Reehuis en Heisterkamp beklemtoon die onpersoonlike aard van hierdie prestasieverpligtinge waarvoor die Nederlandse wetgewer hiermee voorsiening maak: “Zodoende geldt een eenmaal bedongen periodieke vergoedingsverplichting, mits in de akte vasgelegd, ook voor volgende eigenaren van het heersende erf” (*Goederenrecht* (2019) 515 § 615). Die reg op die periodieke vergoeding is nie sedeerbaar aan ’n ander nie en is onlosmaaklik verkleef aan die eiendomsreg van die dienende erf wat bevestig dat dit geen “gewone” vorderingsreg is nie.

“Een betalingsverplichting die niet in de akte van vestiging is opgenomen vormt geen retributie. Een dergelijke verplichting geldt slechts tussen partijen en heeft derhalve geen goederenrechtelijke werking. De rechtsopvolger onder bijzondere titel van de eigenaar van het heersende erf is aan die verplichting dan ook niet gebonden” (Asser/Bartels en Van Velten *5 Eigendom en Beperkte Rechten* (2017) § 176).

In die opsig van die aktegebondenheid verskil die plig tot “retributie” van die bekende vergoedingsnorm gebaseer op skadevergoeding by die verlening deur die hof van ’n reg van noodweg waar juis geen sprake van ’n onderliggende verbintenisskeppende of saaklike ooreenkoms is nie. (Sien Peter *Groene Serie Zakelijke Rechten* (2019) *ad a* 5:70 *BW* § 9.)

Die moontlikheid van ’n betalingsverpligting tot periodieke “retributie” het sedert die inwerkingtreding van die nuwe Nederlandse wetboek nog weinig ter sprake gekom in die gerapporteerde regspraak sodat nog nie met sekerheid aangedui kan word hoe die howe en die praktyk met die unieke prestasieverpligting gaan omgaan nie. In ’n uitspraak van die regbank van Noord-Holland van 7 April 2015

is in die alternatief deur die eienaar van die beweerde dienende erf aanspraak gemaak op 'n periodieke betaling van €120 per maand indien die hof erkenning sou verleen aan die aanspraak van die eiser op 'n erfdiensbaarheid van weg en parkering oor die dienende erf wat kwansuis deur verjaring gevestig sou wees. Die hof het téén die eiser se aanspraak dat 'n erfdiensbaarheid gevestig het deur verjaring beslis en gevolglik het die vergoedingsaspek nooit aan die orde gekom nie (ECLI:NL:RBNHO:2015:2216). In werklikheid het die geregshof Amsterdam reeds in 2013 beslis dat die “retributieverpligting” vervat in die akte slegs ter sprake kan kom waar die diensbaarheid uit 'n saaklike ooreenkoms ontstaan het en in die akte vervat is en nie as dit deur verjaring gevestig het nie (ECLI:NL:GHAMS:2013:4892).

Dit neem volgens sommige outeurs nie weg dat 'n eienaar wat skade ly weens die deur verjaring gevestigde diensbaarheid ten gunste van 'n ander grondstuk se eienaar steeds die hof mag nader met 'n eis vir skadevergoeding nie. Myns insiens is dit nie vanselfsprekend dat aan al die aanspreeklikheidsvestigende elemente van só 'n deliktuele vordering voldoen sal kan word nie. Verkrygende verjaring is 'n regmatige oorspronklike wyse van regsverkryging en kan nie tegelyk onregmatig wees nie. Hoe dan ook sy, sal 'n skadevergoedingsverpligting deur 'n hof nooit as periodieke verpligting gelas kan word wat ewigdurend op alle regsopvolgers sal rus nie. Die hofbevel bevestig bloot dat die suksesvolle eiser 'n vorderingsreg het waar voldoen is aan al die aanspreeklikheidsvestigende elemente, maar die vorderingsreg bly gebonde aan al die erkende kenmerke van 'n persoonlike reg en is nie teen onbetrokke derdes afdwingbaar nie. (Sien die kritiese bespreking deur Sonnekus “Suksesvolle beroep op verjaring en tóg deliktuele- of verrykingsaanspreeklikheid?” 2017 *TSAR* 733-760; Jansen “Schadevergoeding uit onrechtmatige daad na verkryging door artikel 3:105 BW” 2018 *Themis* 3-11; Verstijlen “De verjaring voorbij” 2018 *NJB* 2380-2386.)

In 'n uitspraak van 5 November 2019 van die geregshof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2019:9513) moes die hof op appèl wel beslis oor die formulering vervat in 'n erfdiensbaarheid wat in 'n tersake akte gevestig is ten gunste van die eienaars van chalets op die skiereiland wat ontstaan het na die afsluiting van die oorspronklike Lauwerszee. Die akte bevat bepalings ten laste van die owerheid (Rijkwaterstaat) met betrekking tot die gebruik van die jaghawe en die gepaardgaande toegangswêë, die beligting aldaar en die instandhouding van die terrein. Aspekte van die verpligtinge wat op die reghebbende van die dienende erf rus, is in stryd met die algemene passiwiteitsreël teen die opdring van 'n positiewe verpligting tot instandhouding op die eienaar van die dienende erf – *servitus in faciendo consistere nequit*: “Het afvoeren van huisvuil is een actieve handeling waarvoor in beginsel geen erfdienstbaarheid kan worden gevestigd” (§ 4.19). Die hof beslis wel dat in die akte voorsien is dat die chaletienaars verplig word om *ad infinitum* as reghebbendes van die erfdiensbaarheid 'n bydrae jaarliks ter delging van die instandhoudingskoste van die jaghawe aan die owerheid te betaal as “retributie” vir die gepaardgaande instandhoudingskoste, maar dat dit slegs as onderdeel van 'n regsgeldige erfdiensbaarheid ter sprake kan kom wat nie die geval was nie, (§ 4.3 saamgelees met § 4.22 van die uitspraak). (Sien ook soortgelyk die uitspraak van die geregshof Arnhem-Leeuwarden van 22 Oktober 2019 — ECLI:NL:GHARL:2019:8825.) In werklikheid vertoon dit kenmerke gemeen aan 'n heffing betaalbaar deur 'n deeltiteleienaar met betrekking tot die benutting van die dienste en geriewe waarvoor die beheerliggaam verantwoordelik is.

Met die bogenoemde algemene beginsels moes rekening gehou gewees het in die onderhawige *Olive Marketing*-saak. Indien dit wel gedoen sou wees, sou die uitslag waarskynlik anders moes wees.

3 Die feite onderliggend aan die geskil

In *Olive Marketing CC v Eden Crescent Share Block Ltd* het die direkteure van Scott & Scott Property Investments BK, wat as eiendomsontwikkelaars 'n belang by Eden Crescent Aandeleblokskema gehad het, deur onderhandelinge die voormalige huurbesit *leasehold* van die perseel waarop die ou Holiday Inn-kompleks aan die strandfront van Durban gevestig is, bekom van Renhill Properties Shareblock Ltd. Renhill het tot op daardie stadium die huurbesit oor daardie perseel gehou uit hoofde van 'n huurooreenkoms van Februarie 1972 met die stadsraad van Durban.

Kragtens die oorspronklike ooreenkoms van 1972 is aan die destydse huurbesitter toestemming deur die stadsraad verleen om op die perseel 'n hotelkompleks op te rig en dit as hotel te bedryf. Klousule 9 van daardie huurbesitooreenkoms het bepaal dat die huurder vir die duur van die huur 250 parkeerplekke op daardie perseel beskikbaar sal stel vir besoekers aan die aangrensende ysskaatsbaan (Ice Drome) en filmteater (par 46).

“When the city council (the City Council) approved the development of the Ocean City Complex and ice rink near the Golden Mile, it attempted to ensure that the project would not be scuppered by the lack of parking facilities. ...

To alleviate the problem of limited parking in proximity to the ice rink, the City Council, when leasing the property adjoining the Ocean City Complex, included the condition in the leasehold agreement that the lessee would make 250 parking bays on the leased property available for the exclusive use of patrons and users of the ice rink” (174H-175A).

In die uitspraak word nie openbaar hoekom die stadsraad nie van meet af met die ontwikkeling van die Ocean City-kompleks voorsiening gemaak het vir voldoende parkering op daardie perseel nie. Die stadsraad as eienaar van beide die aangrensende persele het eenvoudig sy magsposisie toe al misbruik om die onkoste verbonde aan die verskaffing van voldoende parkering vir die ontwikkeling op sy Ocean City-perseel af te wentel op 'n private ontwikkelaar sonder om self as eienaar van die aangrensende Ocean City-kompleks daarvoor op te dok. Die stadsraad kon kwalik as eienaar en verhuurder van die huurder van die perseel waarop die Ice Drome en teater opgerig is, vereis om duur strukturele veranderinge aan die stadsraad se perseel aan te bring ten einde vir parkering vir 250 voertuie voorsiening te maak indien daardie huurkontrak nie daarvoor voorsiening gemaak het nie. Die prestasieverpligting van die huurder van erf 11496 het dus aan die stadsraad as verhuurder 'n vorderingsreg verleen om dié prestasie van die huurder te vorder. As persoonlike reg sou dit nie afdwingbaar wees teen 'n opvolgende huurder nie tensy hy hom eweneens daartoe verbind het nie.

Dit is bekend dat die Durban strandfront reeds dekades 'n kopseer aan besoekers van die strandfront bied weens die beperkte beskikbaarheid van voldoende parkeerplek. Die stadsraad was moontlik van mening om met dié skuif met een klap 250 voertuie wat anders elders parkeerplek sal behoef van die straat te kry. 'n Opmerking van regter Moodley in die onderhawige *Olive Marketing*-saak dui op die erkenning van die probleem:

“An inescapable consequence of the high volume of visitors to these attractions is the concomitant increase in the volume of traffic, which in turn creates a demand for convenient and secure parking facilities. Prospective patrons and clients are frequently deterred from enjoying an entertainment facility or utilising the services of a business by the inconvenient or limited parking in proximity to the premises visited. ... When the adjoining property was eventually sold, the condition was carried forward. A material term of the sale agreement was that 250 parking bays would remain available to the Ocean City Complex, and a parking servitude would be registered by the purchaser to secure in

perpetuity the benefit of the 250 parking bays for the owner and developer of the ice rink. The main issue for determination at this stage of the trial is the validity of the parking servitude” (par 1-2).

In die huurooreenkoms tussen die stadsraad en die uitbaters of ekspluitante van die ysskaatsbaan en teater op die aangrensende perseel is ’n samehangende klousule opgeneem waarkragtens laasgenoemde huurders ingelig is dat hul besoekers vir die 25 jaar-duur van die ooreenkoms van die parkeerplekke op die aangrensende perseel gebruik mag maak en dat ’n parkeerfooï daarvoor gehef sal word deur die uitbaters van die Holiday Inn-kompleks wat vergelykbaar sou wees met die gangbare parkeerfooï verskuldig in parkeergarages in die omliggende omgewing (par 46 saamgelees met par 81).

Die uitspraak verduidelik nie wanneer die gemelde 25 jaar huurbesittermyn afgeloop sou wees nie en ook nie of dieselfde aanvangsdatum van toepassing sou wees op die prestasiepligtige huurder van die latere Holiday Inn-kompleks as wat op die uitbaters van die aangrensende Ocean City-perseel van toepassing was nie. Niks dui daarop dat die twee huurkontrakte “toevallig” op dieselfde datum met die stadsraad in 1971/72 gesluit is nie. Indien enige van die huurtermyne reeds begin loop het toe die gemelde onderhandelinge in 1971 ter sprake was wat tot die ontwikkeling van die eerste perseel en oprigting daarop van die hotelkompleks gelei het, kon dit nie sonder hernuwing steeds ’n rol gespeel het na die eeuwisseling nie – méér as 25 jaar het toe reeds verstryk.

Na die verwerwing van die huurbesit (*leasehold*) van Renhill Properties het Scott & Scott met die stadsraad onderhandel vir die omskakeling van die huurbesit in volle eiendomsreg oor die tersake erf 11496 waarop die Holiday Inn-kompleks opgerig is maar wat nie langer winsgewend as hotel bedryf is nie. Die stadsraad was op daardie stadium steeds die geregistreerde eienaar van sowel daardie erf as die aangrensende Ocean City-perseel geïdentifiseer as erf 12424 wat oorspronklik aangedui is as “Lot 11444”, en nog vroeër as “Lot 26, Block Snell Townlands of Durban” bekend was (n 1 van die uitspraak). Die gerapporteerde uitspraak openbaar nie wat die koopsom ter sprake was nie en bied ook geen insae in die ander bedinge in daardie koopkontrak nie.

Tydens die aanvanklike onderhandelinge met die stadsraad het die direksie van Scott & Scott op aandrang van die stadsraad as verkoper ingewillig om in die toekoms ’n serwituut ten gunste van die aangrensende perseel, erf 12424, teen die titelakte van erf 11496 te registreer ingevolge waarvan die besoekers aan eersgenoemde perseel, wat toe as die ou ysskaatsbaan en filmteater bedryf was, gebruik sal mag maak van 250 uit die totaal van 311 parkeerplekke op die verskillende parkeervlakke in die hotelkompleks op erf 11496.

Na die suksesvolle voltooiing van die onderhandelinge is die koopkontrak onderteken op 28 Julie 1994. Soos ooreengekom, is die eiendomsreg op erf 11496 deur die stadsraad oorgedra aan en geregistreer in die naam van Eden Crescent Share Block Company wat as aandeelblokskema ingelyf is op 7 April 1993. Daardie datum sou ook die datum van uitreiking van die eerste aandeel van die aandeelblokskema wees omdat dit deel van die registrasievereistes is dat die ondertekenaars van die akte moes onderneem om ’n aantal aandeel op te neem (“the first share transfers were registered in December 1994” – 182D). Laastens met die eerste registrasie van die aandeel het die beperkende bepaling van artikel 8(1)(c) die bevoegdheid van die direksie omskryf. Iedere aandeelreghebbende in so ’n skema het die bevoegdheid om sy “reg op of belang in die gebruik van vaste eiendom” in ooreenstemming met die toepaslike gebruiksooreenkoms en -reëls te benut (woordomskrywing in a 1 saamgelees met a 4 en a 7(2) van Wet 59 van 1980). Die uitspraak dui aan

dat ten tye van die sluit van die kooporeenkoms in Julie 1994 Scott & Scott die enigste aandeelhouders van die aandeelblokskema was niteenstaande die feit dat die skema reeds sedert Augustus 1993, kwalik drie maande na die registrasie van die aandeelblokskema, as behuisingskompleks vir afgetredenes in die voormalige Holiday Inn as aandeelblokskema bedryf is (par 47 n 21). Die uitspraak dui nie aan welke konstruksie dit moontlik sou maak dat die afgetredenes wat sedert Augustus 1993 reeds die leefruimtes van die behuisingskema vir afgetredenes bewoon het en as sodanig deur die wet beheer word, geen reghebbendes van die aandeelblokskema sou wees wat as voertuig vir die skema gedien het nie. Kragtens die woordomskrywingsartikel van die Wet op Behuisingsontwikkelingskemas vir Afgetrede Persone 65 van 1988 het iedere reghebbende van 'n behuisingsbelang in só 'n behuisingskema 'n "reg om daardie grond te gebruik of te okkupeer" en is sy bevoegdheede dus nie beperk tot die okkupering van sy slaapkamertjie of badkamertjie nie.

Dié aandeelblokskema is as konstruksie benut ten einde 'n behuisingsontwikkelingskema vir afgetrede persone in die voormalige Holiday Inn-kompleks te bedryf wat beheer word deur Wet 65 van 1988. Luidens die koopkontrak is uitdruklik deur die plaaslike owerheid bepaal dat die behuisingskompleks ingevolge die gemelde wet bestuur moet word met nakoming van alle toepaslike verordeninge en bouregulasies waaronder die beskikbaarstelling van 'n voorgeskrewe getal parkeerplekke vir die potensiele getal okkupeerders van die skema:

"The agreement also recorded that the property was to be developed in accordance with all relevant municipal bylaws and town planning scheme regulations, and would only be used for the purpose defined in s 4C of the Housing Development Schemes for Retired Persons Act 65 of 1988 (the HDSRP Act). The first defendant therefore was obliged to provide parking bays for its residents in compliance with the town planning scheme regulations and 250 parking bays under the servitude for use by patrons of the plaintiff's property" (175F-G).

Dit is aangedui as minstens 135 parkeerplekke (par 114 wat die tersake deel van die stadsbeplanningskema bevat waarna die hof as die TPS-verordeninge verwys, saamgelees met die aangehaalde klousules 13 en 15 uit die kooporeenkoms in par 50). Klousule 15 van die kooporeenkoms bepaal:

"15.1 It is recorded that in terms of clause 9 of Deed of Lease L42/72 registered in respect of this lot, the Lessee (and in this case the Purchaser) is obliged to provide and have available parking on the lot for at least 250 motor vehicles for the Lessee of the adjoining property described as Lot 11444 Durban (the dominant tenement). ...

15.3 The servitude shall contain, inter alia, the following conditions:

15.3.1 The servitude area shall be used for the purpose of parking at least 250 motor vehicles and shall be made available for the exclusive use of the dominant tenement.

15.3.2 The Purchaser may charge a tariff for the use of the servitude area comprising the parking area which may not be more than the average amounts charged for a similar period of time for parking by parking garages in the vicinity of the lot."

Nóg uit hoofde van die oorspronklike huurooreenkoms van 1972 nóg uit hoofde van die kooporeenkoms van 1994 het enige prestasieverpligting met saaklike werking jeens derdes as opvolgers in titel ontstaan. Laasgenoemde klousule 15.3.2 van die kooporeenkoms het ook geen saaklike verpligting of prestasieverpligting met saaklike werking jeens derdes met betrekking tot die prestering van die vermelde parkeertarief as teenprestasie ingehou nie en kan nie analoog aan die "retributieplig" van die Nederlandse *BW* waarna hierbo verwys is, as periodieke

teenprestasie afdwingbaar teen alle opvolgende reghebbendes van die heersende perseel kwalifiseer nie.

Geen serwitut is by die oordrag van die eiendomsreg aan die aandeelblokskema as nuwe eienaars van die erf deur die stadsraad as voormalige eienaar voorbehou en teen die titelakte van die eiendom of ten gunste van die naasliggende eiendom van die stadsraad geregistreer nie.

In die lig van die algemene beginsels hierbo uiteengesit, het hoogstens 'n *ius in personam ad rem acquirendam* vir die stadsraad uit die ooreengekome beding in die koopkontrak met Scott & Scott voortgevloei. Dit sou egter onmoontlik wees om die vorderingsreg effektief daarna teen Scott & Scott as die kontraksteenparty met 'n vordering om spesifieke nakoming af te dwing. Laasgenoemde was op geen stadium die eienaar van die perseel nie en sou dus nie gedwing kon word om mee te werk tot die registrasie van die serwitut op iemand anders se eiendom nie. Erf 11496 was op geen stadium die eiendom van Scott & Scott BK nie want dit is op 16 April 1996 direk deur die stadsraad oorgedra aan "Eden Crescent Share Block Company" soos wat in die koopkontrak ooreengekom is (T9724/96 – par 5). Die nuwe eienaar was nooit party tot daardie koopkontrak nie en gevolglik ook nie dienooreenkomstig prestasiepligtig nie.

Daar is geen verduideliking in die uitspraak hoekom die koper ingewillig het dat 'n parkeerserwitut vir 250 parkeerplekke op die kompleks van die aandeelblokskema geregistreer sou kon word nie behalwe dat dit waarskynlik in die oë van die stadsraad as 'n "voortsetting" geag was van die prestasieverpligting wat ingevolge die huurbesitkontrak vantevore beding was en daarom as opskortende voorwaarde ingeklee is. Die stadsraad wou moontlik homself beskerm teen 'n potensiële skadevergoedingseis van sy huurders van die aangrensende Ocean City-perseel indien die parking wat luidens hul huurbesitooreenkoms aan hul belof is, nie langer op die buurperseel beskikbaar sou wees na die oordrag van die eiendomsreg nie. Uiteraard sou die persoonlike reg van die prestasiegeregtigde slegs afdwingbaar wees teen die oorspronklike prestasiepligtige kragtens daardie huurkontrak. Dit was die stadsraad as verhuurder. Sonder novering was daar in alle geval hoogstens nog sprake van 'n prestasieverpligting en ooreenstemmende reg op prestasie vir die restant van die oorspronklike huurtermyn van 25 jaar wat in 1997 in alle geval afgeloop sou wees.

Die destydse huurders van die aangrensende perseel was nooit deel van die ooreenkoms met Scott & Scott of hul voorgangers as huurbesitters nie en die koopoooreenkoms het ook nie voorsiening gemaak vir 'n beding ten behoeve van 'n geïdentifiseerde derde nie. Hierbo is wel gemeld dat 'n eienaar van aangrensende persele by die afverkoop van een daarvan aan 'n ander regsobjek vir homself en ook vir opvolgende reghebbendes van "sy" perseel 'n diensbaarheid oor die vervreemde perseel kan voorbehou, maar dit is ongebruiklik dat die reghebbende van die diensbaarheid 'n ongespesifiseerde derde sou wees wat nie binne afsienbare tyd die eienaar van die heersende erf sou word nie. Selfs indien dit wel die bedoeling sou wees, kan 'n persoonlike diensbaarheid nie vir ongespesifiseerde derdes luidens die Suid-Afrikaanse gemenerereg beding word nie (sien par 12 hieronder).

Die verwysing in die nuwe Belgiese Boek 3 in artikel 3:114.1 *BW* maak ook slegs voorsiening vir die vestiging van 'n erfdiensbaarheid ten gunste van 'n derde mits die derde reeds reghebbende van 'n gevestigde erfdiensbaarheid oor die dienende grondstuk was vóór die vervreemding van die eiendom ter sprake kom:

"Een erfdienstbaarheid is een last op een onroerend goed, het lijdend erf, tot gebruik en tot nut van andermans onroerend goed, het heersend erf. Een erfdienstbaarheid kan ook worden gevestigd

tussen: onroerende goederen die aan dezelfde persoon toebehoren indien één van hen bezwaard is met een zakelijk gebruiksrecht ten voordele van een derde.”

Scott & Scott het luidens die uitspraak tydens die aanvanklike onderhandelinge met die stadsraad in 1994 aan Chennells Albertyn Brunton en Tanner Ingelyf as die oordragprokureur en notaris wat hul mandaat geniet het, die bevoegdheid verleen om mee te werk tot die registrasie van so 'n parkeerserwituut op erf 11496. Scott & Scott was as die mandator toe nie die eenaar van erf 11496 nie en het dit ook nooit geword nie. Slegs die eenaar of sy gemagtigde verteenwoordiger beskik oor die nodige *ius disponendi* om 'n geldige saaklike ooreenkoms vir die verlening van 'n beperkte saaklike reg oor die grondstuk te kan sluit.

Die bevoegdheid van die gemelde prokureur en notaris as vermeende oordragprokureur vir doeleindes van die eventuele registrasie van só 'n parkeerserwituut is onduidelik en dié aspek word hieronder in paragraaf 11 nader bespreek. Luidens die uitspraak is 'n opvolgende mandaat in Julie 1996 aan die betrokke oordragprokureurs verleen deur die destydse direksie van die aandeleblokskema, wat op daardie stadium grootliks met die direksie van Scott & Scott ooreengestem het, maar wat vier maande daarna as direksie bedank het:

“The special power of attorney was signed on 17 July 1996 by the second third party under authority of the resolution of the directors of the first defendant dated 17 July 1996. At that date the second to the sixth third parties were directors of the first defendant. They resigned as directors on 15 November 1996” (par 55).

Die feite in die onderhawige saak verskil wesenlik van dié wat in *Body Corporate, Seascapes v Ford* (2009 1 SA 252 (HHA) 256H-J) aan die orde was. In daardie saak het dit ook gegaan oor die reservering van parkeerplekke in 'n gebou waarin die parkeerreghebbendes geen ander sakeregtelike belang gehad het nie. Daar is tussen die ontwikkelaar van die deeltitelskema en die ses beswaarmakers teen die registrasie van daardie ontwikkeling ooreengekom dat die besware teruggetrek sou word in ruil vir die toekenning van parkeerserwitute oor ses geïdentifiseerde parkeerplekke in die deeltitelkompleks aan die beswaarmakers: “the developer was obliged to grant servitude rights to six parking bays as a quid pro quo for obtaining the necessary consents from the objectors” (256B-C). Dit is uit die uitspraak onduidelik of die beperkte saaklike reg aan hulle in hul persoonlike hoedanigheid of as eenaars of reghebbendes van belange in die naasliggende persele toegekome het, hoewel Van der Merwe en Pienaar sonder meer aanvaar dat dit erfdiensbaarhede was (“The law of property (including real security)” 2009 *ASSAL* 897 931-933). Daar is in daardie uitspraak egter geen sprake van registrasie van die diensbaarhede teen die titelakte van 'n heersende erf of erwe nie, terwyl in die onderhawige *Olive Marketing*-saak die serwituut wél teen die titelakte van die heersende perseel vermeld word: “The title deed of the property, deed of transfer T034297/09, records that the property is held ‘[w]ith the benefit of a Parking Servitude over Erf 11496 Durban as created in the notarial deed of servitude K173/97S [the servitude]’” (175D en n 2). In die uitspraak is nie deur appèlregter Streicher daarop ingegaan of dit 'n erfdiensbaarheid of 'n persoonlike diensbaarheid was nie en die formulering is nie duidelik nie:

“In terms of a notarial agreement concluded on 5 June 2003 and registered on 4 July 2003 the appellant, being the body corporate in respect of the sectional title scheme Seascapes on Erf 1745, Sea Point East, in Cape Town, granted to the first to sixth respondents as owners of neighbouring properties, the right to use parking bays in the sectional title scheme ... an undertaking by the developer, Faircape Property Developers CC (the developer), to register servitudes over six parking bays in the development in favour of neighbouring properties” (2531-254C – my kursivering).

Daardie gebou in die Kaap was die onderwerp van 'n deeltitelskema en die parkeervakke kon as eenhede of eksklusiewe die objek van 'n saaklike reg gevorm het – wat nie die geval in die Holiday Inn-kompleks in Durban is nie. Daardie parkeervakke is ook presies per ligging en vierkante meter oppervlakte in sowel die notariële akte as die deeltitelplan van die dienende perseel geïdentifiseer as selfstandige regsobjekte (sien 257G-258E). Die hoogste hof van appèl het beslis dat dit noodsaaklik was vir die regsgeldige vestiging van die serwituut op die eiendom van die skema dat aan die voorskrif van instemming deur minstens 75 persent van die stemgeregtigde reghebbendes in die deeltitelskema voldoen moet word vir die verlening van die parkeerserwitute. Die beslissing bevestig dat die verlening van 'n beperkte saaklike reg van 'n serwituut inderdaad as 'n vervreemding van die tersake bevoegdhede hanteer moet word en gevolglik slegs geldig kan wees mits aan die kompetensievereiste soos van toepassing ingevolge artikel 29 van die toepaslike Wet op Deeltitels 85 van 1986 voldoen word. (Sien Pienaar en Horn *Sectional Titles and Other Fragmented Property Schemes* (2020) 103 n 258 en 173.) Die hoogste hof van appèl het bevind dat in daardie geval die diensbaarheid wel regsgeldig verleen is omdat meer as 75 persent van die deeltitelreghebbendes reeds voor die daarstelling van die vereiste algemene vergadering iedereen persoonlik by die aankoop van hul belang in die skema skriftelik daartoe ingestem het dat 'n besluit geneem word om die parkeerserwitute te laat registreer en geen een van die reghebbendes later aangedui het dat die instemming herroep word nie.

In die uitspraak van regter Moodley is na die uitspraak van die hoogste hof van appèl in die *Seascapes*-saak verwys vir gesag dat 'n parkeerserwitute in die Suid-Afrikaanse reg verleen kan word, sonder om te onderskei tussen 'n persoonlike- en 'n erfdiensbaarheid en sonder om te besin of dieselfde soort serwituut wat in daardie saak ter sprake was ook in die onderhawige saak ter sprake kon wees (par 69 n 41). (Die Suid-Afrikaanse reg ken soos die moderne Nederlandse en Skotse reg wel parkeerserwitute, hoewel dit nie dikwels voorkom nie; sien Sonnekus “Notariële binding, deeltitels en 'n erfdiensbaarheid om te parkeer” 2017 *TSAR* 116-137.)

4 *Gewysigde bestemming van die heersende erf regverdig nie outomaties 'n verhoogde las op dienende erf nie*

Teen September 2003 het die ou Ocean City-kompleks klaarblyklik die einde van sy ekonomiese bloeityd bereik en moes plek maak vir Ramiah, die ontwikkelaar agter Olive Marketing CC, se visie om 'n moderne konferensiekompleks op dieselfde perseel op te rig. Pas met die bekendraak van die voorgenome ontwikkelingsplanne vir die aangrensende perseel as toekomstige konferensiefasiliteit en die implikasies wat dit vir die druk op die parkeerfasiliteite van die aandeelblokskema sal hê, het die aandeelblokskema die stadsraad, wat steeds die eienaar van die aangrensende perseel was, genader met 'n versoek om die geregistreerde parkeerserwitute hetsy in geheel te laat roeier of minstens wesenlik te wysig. Teen die tyd was die ontwikkeling van die behuisingskema vir afgetredenes op die voormalige Holiday Inn-perseel reeds lank voltooi en die skema meer as 'n dekade in volle swang met permanente inwoners. Dié inwoners het waarskynlik heel ander parkeerbehoefte as wat die aanvanklik sporadiese hotelgaste van die ou Holiday Inn sou gehad het. Terwyl dit denkbaar is dat die hotelgaste nie iedere dag regdeur die jaar al 311 parkeerplekke benut het nie en daar toe sprake van spaarkapasiteit kon wees, gaan 'n permanente reservering van 250 van daardie totaal aan parkeerplekke vir besoekers aan 'n aangrensende konferensiesentrum en verbandhoudende besighede

waarskynlik beduidend méér inbreuk maak op die gebruiksbevoegdheids van die reghebbendes van die behuisingskema. Hul verblyf en gevolglike parkeerbehoefte is immers nie vakansieseisoengebonde nie.

Die stadsraad was nie te vinde vir enige van die voorstelle van die aandeelblokskema nie en het aangedui dat hulle die perseel in die mark sou sit met die oog op verkoop daarvan mét inbegrip van die waardevolle parkeerserwituut. Hoewel Ramiah as die voornemende ontwikkelaar op die hoogte was van die bedenkinge van die aandeelblokskema oor die geldigheid van die parkeerserwituut, het hy volhard in sy houding dat dit deel van die koop vorm en na verwerwing van die eiendomsreg op die perseel in 2008 voortgegaan met die voorgenome ontwikkeling van die konferensiefasiliteit sonder om self vir voldoende parkering op sy eiendom voorsiening te maak. “Mr Ramiah’s undisputed testimony about the development of a world class ice rink and conference facilities on the plaintiff’s property and the challenges posed by the lack of parking facilities sustain this view” (par 113). Toe die verweerders later vir hom en sy besoekers toegang tot die parkeervlakke in die kompleks van die aandeelblokskema weier, is met die litigasie begin om ’n verklarende bevel dat hy op die parkering uit hoofde van die geregistreerde erfdiensbaarheid geregtig is en ook aanspraak het op substansiële skadevergoeding vir die nadeel na bewering gely weens die uitsluiting van sy besoekers van die parkeerplekke sedert die geskil ontvlam het.

5 Plaaslike owerheid se ongelyke hantering van ontwikkelingsvoorwaardes

Die uitspraak bied geen verduideliking hoekom ’n parkeerserwituut ten koste van die regsbelange van die bewoners van die aftreebehuisingkompleks op aandring van die munisipaliteit geregistreer moes word, óf hoekom die stadsraad nie van die latere ontwikkelaar van die konferensiekompleks kon vereis om op daardie perseel vir afdoende parkeerplek vir sy besoekers voorsiening te maak nie. Voor die ontwikkeling van die Holiday Inn-kompleks is destyds uit hoofde van voorskrifte van die stedelike ontwikkelingsplan wel van die ontwikkelaar van die behuisingskema vir bejaardes vereis om voldoende parkering vir die bewoners te voorsien. Ingevolge die gelykheidsbeginsel vervat in artikel 9(1) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 sou verwag kon word dat die plaaslike owerheid sonder aansien des persoons sy verordeninge en bouregulasies met inbegrip van sy parkeervoorskrifte op alle ontwikkelaars sou toepas.

Aangesien die hotelkompleks voor die ontwikkeling van die nuwe kongresfasiliteite reeds gevestig was en daar dus aanvaar kan word dat die werklike getal parkeerplekke wat maksimaal daar beskikbaar is (311) eweneens toe reeds vasgestaan het en daar nooit sprake was dat ’n bykomstige parkeerverdieping bygebou sou word nie, is dit vir die eerste verweerder duidelik dat die somme rekeningkundig nie kon klop indien dieselfde regulasies onveranderd toepassing moet vind nie. Nadat uit die 311 beskikbare parkeerplekke 250 vir die gebruik deur die besoekers aan die buurerf gereserveer is, bly beslis geen 135 parkeerplekke oor nie, hoewel dit die getal parkeerplekke was wat luidens die voorskrifte vervat in die stedelike ontwikkelingskema en toepaslike verordeninge vir die bewoners van die goedgekeurde aftreebehuisingkompleks beskikbaar moes wees as voorwaarde vir die goedkeuring van die skema. Word aanvaar dat die bepaling dwingende krag as geldige verordeninge geniet het, sal nienakoming die sluiting van die behuisingskema vir die afgetredenes meebring weens vervulling van ’n ontbindende voorwaarde.

Die uitspraak van regter Moodley bied oënskynlik ’n ontkenning van die probleem en verplig nie die eerste verweerder om sienderoë dit bloot te stel

aan 'n oortreding van die verordeninge wat vir die bedryf van die besigheid as aftreebehuisingskompleks ononderhandelbaar is nie. “Counsel for the second defendant properly submitted that a TPS has the force of law and the first defendant must comply with the TPS regulations” (par 116). Uit die getuienis wat gelei is, blyk dat met verloop van tyd bepaalde veranderinge aan die voormalige hotelkompleks aangebring is waardeur 'n aantal parkeerplekke ingeboet is ten einde plek te maak vir pakruimtes, wasgeriewe en 'n beter veiligheidsafskerming van die kompleks. Al die veranderinge is met goedkeuring van die stadsraad se bouinspekteurs aan die konstruksie aangebring wat tot 'n vermindering van die beskikbare parkeervakke gelei het. Klaarblyklik bevind die hof dat sodanige vermindering aan die totale beskikbare getal parkeervakke geen invloed op die inhoud van die parkeerserwituut het nie. Die verminderde getal parkeerplekke word dus nie pro rata toegepas op sowel die serwituut as die reghebbendes van die aandeelblokskema nie en het slegs betrekking op die voorgeskrewe getal parkeervakke beskikbaar vir die inwoners van die aftreebehuisingkema: “Mr Ramiah testified that, according to the plans from the eThekweni Development and Planning Unit, there should have been at least 324 bays but he counted 263 bays because of various alterations effected on the parking area” (par 118).

Die hof bevind dat van die moontlike 185 behuisingseenhede vir afgetredenes op daardie stadium nie meer as 92 van die bewoners parkeerbehoefte het nie. Dit beteken dat daar in totaal 'n behoefte aan 342 parkeerplekke is wat 'n tekort laat van 31 parkeervakke vir die 92 afgetredenes wat 'n behoefte aan parkering het indien iedere bewoner vir slegs een voertuig parkering behoef en mits geen rekening gehou word met die getal van 263 beskikbare parkeerplekke getel deur Ramiah nie (par 123 van die uitspraak). Word wél daarmee rekening gehou, het die inwoners slegs 13 parkeervakke tot hul beskikking. Die gevolg van die uitspraak is teen dié agtergrond des te meer uniek: 'n hooggeregshofbevel om deurlopend wederegterlik op te tree omdat tog nie aan die voorgeskrewe getal parkeervakke vir die bewoners van die behuisingkema vir bejaardes soos aanvanklik vereis, voldoen kan word nie – hoewel regter Moodley dit nie so bereken nie (par 122-125).

6 *Die objek van 'n serwituut moet duidelik op die diagram van die dienende erf in die akteskantoor aangedui word – parkeervakke in 'n aandeelblokskema moet duidelik identifiseerbaar wees en is geen selfstandige “eenhede” of eksklusiewe gebruiksareas as regsobjekte nie*

As 'n mens parkeerserwitute as 'n nuwe vorm van erfdiensbaarhede erken, moet dit duidelik afgemeet en aangedui kan word op die grondstuk, soos 'n reg van weg oor die grond na 'n straat aan die anderkant van die perseel gekarteer word. By deeltitelskemas word serwitute van weg duidelik op die tweede bladsy van die deelplan aangedui. In die geval van 'n aandeelblokskema bestaan geen deelplan wat op verskillende horisontale vlakke verskillende eenhede en gepaardgaande ruimtes kan identifiseer nie. Vir registrasiedoeleindes is daar slegs één grondstuk as objek van die saaklike reg van die eienaar.

Namens die eiser is beweer dat die aanspraak op die parkeerplek vir 250 voertuie op die aangrensende erf reeds sedert 1967 bestaan het (par 35). Op daardie stadium was die perseel braak en was daar nog geen sprake van 'n parkeergarage of afgemete parkeerplekke op daardie perseel nie omdat dit eers met die bou van die hotelkompleks later gerealiseer het. Verder wek die bevinding van die hof dat die serwituut wel 'n ewigdurende verpligting op die eienaar van die dienende erf plaas

om voorsiening op twee verskillende vloere van 'n parkeergarage te maak vir 250 parkeerplekke tot voordeel van die aangrensende perseel as heersende erf (par 104), die indruk dat hier sprake is van 'n positiewe verpligting om 'n duur parkeergarage op te rig en ewigdurend in stand te hou. Dit sou reëlreg in stryd wees met die bekende beginsel van die serwitutereg *servitus in faciendo consistere nequit*. Dit impliseer dat sou, soos wat noodwendig die geval moet wees met enige bouwerk, die konstruksie in die toekoms die einde van sy lewe bereik en dan gesloop moet word, die eienaar van die dienende erf dan verplig sal wees om 'n vervangende parkeergarage op te rig wat weer voorsiening sal moet maak vir minstens twee verdiepings waarop parkeerplek vir 250 voertuie vir die eksklusiewe gebruik deur besoekers aan die heersende perseel sal moet wees.

Niks in die uitspraak of die aktesregister dui daarop dat die tersake erf 11496 in Durban ooit gederegistreer was as “gewone” onroerende perseel ten einde dit daarna te herregistreer in die deeltitelregister nie want dit was geen deeltitelskema nie. Gevolglik kon hier geen sprake daarvan wees dat die tersake 250 parkeerplekke as afgemete parkeerplekke die objek van serwituteregte kon word soos wel die geval kon wees in die *Seascope*-saak hierbo vermeld nie. Eenhede op verskillende vlakke van 'n gebou kan slegs selfstandige status as regsobjekte verkry na registrasie in die deeltitelregister en behoorlike kartering as sodanig tot en met die laaste desimaal van die vierkante meter oppervlakte. 'n Mens behoort dus 'n onderskeid te maak tussen die oppervlakte van 'n wooneenheid en die oppervlakte van parkeerarea as onderskeie selfstandige objekte van verskillende saaklike regte. Die wooneenheid in die behuisingskompleks vir afgetredenes het klaarblyklik ook aan 'n reghebbende van sodanige individuele bewoningsregte kragtens sy aandeelhouding aanspraak verleen om die grond te gebruik en te okkupeer wat die benutting van 'n parkeerplek vir sy voertuie kan insluit (sien die omskrywing in a 1 van Wet 65 van 1988 *sv* “behuisingsbelang”, “om daardie grond te gebruik of te okkupeer”). Hoewel die parkeervloere deel van die gemeenskaplike eiendom gebly het, het die reghebbendes die bevoegdheid gehad om daarvan gebruik te kon maak en die ewigdurende vervreemding van sodanige bevoegdhede ten aansien van 250 van die beskikbare 311 parkeerplekke maak ongetwyfeld negatief inbreuk op die reghebbendes se bevoegdhede.

Meyer benadruk tereg dat die beskikbaarheid van voldoende parkeerruimte vir die reghebbende bewoners van enige soort behuisingskema, ongeag welke regsstruktuur daarvoor benut word, 'n deurlopende bron van twis en ergernis, indien nie litigasie nie, is. In sy ervaring “as a conveyancer, since the early days of sectional titles schemes, and also as an owner, parking and more particularly, the use and abuse of demarcated parking areas is one of the biggest sources of dissatisfaction in sectional title schemes and, for that matter, other communal housing schemes” (“Parking in sectional titles schemes” 2021:1 *De Rebus* 8). (Sien ook *Kingshaven Homeowners' Assoc v Botha* 2020 JOL 48430 (WKK) waar die hof die respondent belet het om voortaan binne die behuisingskompleks enige van sy voertuie elders as in sy eie motorhuis óf op sy eie afgemete perseel te parkeer.)

Die objek van 'n diensbaarheid moet onverbidlik 'n duidelik identifiseerbare saak wees. In die geval van 'n parkeerserwitut moet dit 'n afgemete gedeelte van die grondstuk of van die gemeenskaplike eiendom in die aandeelblokgebou wees. Die posisie is anders waar op verskillende horisontale vlakke danksy 'n geregisteerde deeltitelskema, ook regsobjektiwiteit op 'n deel van so 'n verdieping verleen sou word. In die eersgemelde gevalle, waar geen deeltitelskema ter sprake is nie, is die enigste saaklike objek die hele grondstuk. Indien dit werklik 'n geldige erfdiensbaarheid is wat ten aansien van die 250 parkeerplekke op die

verskillende vloere van die parkeergarage geïdentifiseer is, rus die beperking op die hele grondstuk. Die eventuele slooping van die bouwerk beëindig dan nie die diensbaarheid nie terwyl slooping van vloere uit 'n deeltitelskema die objek laat teniet gaan. (Sien *Kidson v Jimspeed Enterprises CC* 2009 5 SA 246 (GNP) par 7-9; *National Stadium South Africa (Pty) Ltd v FirstRand Bank Ltd* 2011 2 SA 157 (HHA) 168G-H par 40; *Hendricks v Hendricks* 2016 1 SA 511 (HHA); Sonnekus “Bewoningsreg (*habitatio*) – verval dit weens versteuring (vernietiging) van die bouwerk?” 2009 *TSAR* 450-469; Scott “Effect of the destruction of a dwelling on the personal servitude of *habitatio*” 2011 *THRHR* 155 167-169; *contra* Van der Merwe “Extinction of personal servitude of *habitatio*” 2010 *THRHR* 657 663.)

In die “ou” Nederlandse *BW* is uitdruklik in artikel 752 voorsiening gemaak vir die reëling van so 'n herlewing van 'n erfdiensbaarheid sodra die heersende of dienende grondstuk weer fisies in staat sou wees om die “diens” te benut wat vervul moet word om aan die *utilitas*-kern van die diensbaarheid te voldoen. Die bepaling kwalifiseer dus die algemene bepaling vervat in artikel 750 *OBW*. In die huidige Nederlandse wetboek word die beëindiging van 'n diensbaarheid in die algemeen gereël in artikel 3:81.2 *BW*. Die gevolgtrekking van Pleysier is:

“In principe blijft de erfdiensbaarheid dus bestaan, tenzij de rechter haar later wijzigt of opheft. Men zou daarbij kunnen denken aan art. 5: 78 en 79 waarbij de rechter op vordering van de eigenaar van het dienende erf de erfdiensbaarheid kan opheffen, maar ik zie een beroep op die artikelen in deze casus niet snel slagen” behalwe as nougeset gelet word op die ou skrywer Paulus se advies (*D* 8 2 20 2) oor die regsreël:

“De ‘werken’ op het diende erf zijn dus veranderd. Strikt genomen zou er dus een nieuwe erfdiensbaarheid gevestigd moeten worden. Daarop is al gewezen door de Romeinse jurist Paulus in de derde eeuw n. Chr., volgens *Digesten* 8 2 20 2: het nieuwe gebouw moet volgens dezelfde ‘aard en kwaliteit’ worden herplaatst wil de oude erfdiensbaarheid nog kunnen gelden” (“Een erfdiensbaarheid blijft bestaan als de ‘werken’ op het dienend erf worden veranderd, maar dat geen verzwarende van de erfdiensbaarheid oplevert” 2010 *Juridische Berichten voor het Notariaat* 54 § 6 na aanleiding van die uitspraak van onderskeidelik die hof te Arnhem 20 April 2010, NJF 2010, 226 wat die appèl van die uitspraak van die hof van eerste instansie in die Rb Arnhem van 14 Des 2005 was).

Toegepas in die onderhawige saak op die bespreekte moontlike toekomstige scenario waar die ou Holiday Inn-kompleks eendag gesloop sou word terwyl die parkeerserwituut steeds as erfdiensbaarheid erken word, is dit reeds 'n rede om oor die sinvolheid daarvan om dit as 'n ewigduerende erfdiensbaarheid in te klee, ernstig te twyfel. (Sien Everaars se bespreking van die omstandighede waar artikels 5:78-80 *BW* ter sprake sou kon kom waar objektief blyk dat die omstandighede dermate verander het sedert die aanvanklike verlening van 'n diensbaarheid, dat die ongewysigde voortsetting daarvan nie langer geduld behoort te word indien rekening gehou word met die norme teen regsmisbruik nie – “Wijziging erfdiensbaarheden” 2019 *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 11 16-19.)

7 *Beperkte kompetensie van direksie van 'n aandeelblokskema om enige regshandeling te verrig wat neerkom op 'n “subtraction from the dominium” met betrekking tot enige onroerende bate*

7.1 Die Wet op die Beheer van Aandeelblokke 59 van 1980 beperk in artikel 8(1)(c) die bevoegdhede ofte wel kompetensies van direkteure van hierdie soort maatskappye uitdruklik sodat hulle nie die bevoegdheid het om *enige* onroerende bate van só 'n aandeelblokskema, ligtelik te vervreem nie:

“Ondanks andersluidende bepalings van die een of ander wet –

- (c) het 'n aandeelblokkemaatskappy *nie die bevoegdheid om, behalwe met goedkeuring by spesiale besluit van 'n algemene vergadering van die aandeelblokkemaatskappy, vaste eiendom waarvan hy die eienaar is of van sy regte op vaste eiendom waarvan hy nie die eienaar is nie en ten opsigte waarvan hy 'n aandeelblokkemaatskappy bedryf, te vervreem of sedgeer nie*, na gelang van die geval” (my kursivering).

In dié opsig word die bevoegdhede van die direkteure van so 'n aandeelblokkemaatskappy dus méér aan bande gelê as wat gebruiklikerwys die geval van maatskappydirekteure sou wees wat andersins die bevoegdheid kragtens 'n maatskappy se eie dokumente mag hê om na goeë dunde by wyse van 'n direksiebesluit te beskik oor bates van die regspersoon met inbegrip van die onroerende bates mits dit nie oor die grootste deel van die maatskappy se bates handel nie. Selfs in die nuwe Maatskappywet 71 van 2008 word die bevoegdhede van die direksie in artikel 112(2) beperk indien dit oor 'n vervreemding van die geheel of die grootste deel van die maatskappy se bates sou gaan, maar nie noodwendig by 'n beskikking oor iedere onroerende bate nie: “'n Maatskappy mag nie die geheel of grootste deel van sy bates of onderneming vervreem nie, tensy – (a) die vervreemding deur 'n spesiale besluit van die aandeelhouers goedgekeur is, ooreenkomstig artikel 115.” Die uitsondering wat die praktyk en die howe op daardie bepaling duld in die geval van 'n sogenaamd eenparige toestemming (“unanimous consent”) is nie in Wet 59 van 1980 herhaal nie en kom in die lig van die mees onlangse uitspraak van die hoogste hof van appèl by monde van appèlregter Wallis ter sprake waar daar werklik sprake is van slegs 'n enkele aandeelhouer vir die regspersoon:

“Where the company only has a single shareholder, these requirements become a mere formality. In those circumstances it seems to me that the principle of unanimous consent can be invoked in answer to the appellants' contention. That principle, long recognised in English company law, from which our courts have received much guidance, was accepted as part of our law relating to companies, under both the 1926 and the 1973 Companies Acts” (*Moraitis Investments (Pty) Ltd v Montic Dairy (Pty) Ltd* 2017 5 SA 508 (HHA) 524C-E – met verwysing na Beuthin “The principle of unanimous assent” 1974 *SALJ* 2; *Sugden v Beaconhurst Dairies (Pty) Ltd* 1963 2 SA 174 (OK) 179H-181A; *Gohlke and Schneider v Westies Minerale (Edms) Bpk* 1970 2 SA 685 (A) 693E-694E en *Quadrangle Investments (Pty) Ltd v Witind Holdings Ltd* 1975 1 SA 572 (A)).

Omdat die wetgewer uitdruklik bepaal dat by ontstentenis van 'n spesiale besluit van die algemene vergadering wat per definisie 'n 75 persent meerderheidsbesluit van alle aandeelhouers vereis, enige vermeende regshandeling wat anders sou lei tot 'n vervreemding of vermindering van die inhoudsbevoegdhede van die reghebbende regspersoon kragteloos is omdat die nodige kompetensiebevoegdheid daarvoor ontbreek, is 'n oënskynlike handeling in stryd met hierdie wetsvoorskrif nietig. “When one is concerned with an absence of authority to conclude the agreement in the first place, that is not a matter of avoiding the agreement, but of advancing a contention that *no agreement came into existence*” (die *Moraitis*-saak 517H – my kursivering).

Hierbo is om die rede verwys na die juiste uitspraak van appèlregter Streicher in die *Seascape*-saak waar tereg daarvan uitgegaan is dat die kompetensie van die beheerliggaam van 'n deeltitelskema soos die direksie van 'n aandeelblokkemaatskappy deur die wetgewer beperk word en dat geen regsgeldige vervreemding van selfs net die bevoegdhede onderliggend aan 'n diensbaarheid met betrekking tot 'n parkeerterrein sonder die spesiale besluit van al die reghebbendes op 'n algemene vergadering moontlik is nie.

7.2 Hoewel die Wet op die Beheer van Aandeleblokke 59 van 1980 dit nie uitdruklik bepaal nie, word uit die strekking van die wet afgelei dat enige poging van die direksie om in stryd met dié voorskrif te beskik oor enige van die inhoudsbevoegdthede van die regs persoon gebaseer op die eiendomsreg ten aansien van die onroerende bate van die regs persoon eweneens nietig is indien dit neerkom op 'n "subtraction from the *dominium*". 'n Poging om 'n diensbaarheid aan 'n derde oor die onroerende eiendom van die aandeleblokskema te verleen sonder die nakoming van die voorskrif van artikel 8(1)(c) behoort dus met nietigheid getref te word ongeag of dit oor 'n erf- of 'n persoonlike diensbaarheid sou handel. Die wetgewer wou met die besondere statutêre bepaling verhinder dat op die inhoudsbevoegdthede van die reghebbendes van die aandeleblokskema ten aansien van die kernbate van die skema inbreuk gemaak word tensy die onderliggende besluit met die instemming van minstens 75 persent van hulle geneem is.

Die inhoudsbevoegdthede van die reghebbende van die dienende erf word ewigdurend beperk met die verlening van 'n erfdiensbaarheid en in die geval van 'n persoonlike diensbaarheid tot met die dood van die reghebbende indien dit 'n natuurlike persoon is of 100 jaar indien die reghebbende van die persoonlike diensbaarheid 'n regs persoon sou wees. In die geval van 'n erfdiensbaarheid wat in beginsel ewigdurend kan wees, is die gevolglike beperking op die inhoudsbevoegdthede van die reghebbende van die dienende grond vergelykbaar met 'n vervreemding van die bevoegdheid in bepaalde gevalle. Indien byvoorbeeld 'n serwituut van watertrekking en waterleiding geregistreer word wat aan die serwituutreghebbende die bevoegdheid verleen om 'n vaste hoeveelheid water per dag aan die bron op die dienende erf te onttrek en daardie bron kan maksimaal slegs presies daardie hoeveelheid water lewer, kom die diensbaarheid in beginsel neer op 'n algehele beperking van die bevoegdheid van die eienaar om ooit solank die diensbaarheid bestaan self daardie gebruiksbevoegdheid te kan uitoefen. Dit is daarna net so buite sy bereik as wat dit sou wees indien dit vervreem was.

7.3 Die verlening van die bevoegdthede aan 'n diensbaarheidsreghebbende kom regstegnies nie op 'n *oordrag* van die inhoudsbevoegdthede van die eienaar neer nie. By die beëindiging van die beperkte saaklike reg is daar nie sprake van 'n terugoordrag van daardie bevoegdthede aan die eienaar nie. By beëindiging van die diensbaarheid val die beperking bloot weg en danksy die elasticiteit van die subjektiewe reg gedy die bevoegdthede van die eienaar van die voormalig dienende saak wat so lank beperk was bloot tot hul gebruikelike onbeperkte omvang. Dit word egter betwyfel of die wetgewer met die formulering in en redaksie van die tersake subartikel in Wet 59 van 1980 bewustelik wou onderskei tussen "vervreem" en "oordra" as dit oor die effektiewe "subtraction from the *dominium*" gaan (sien die aanhaling hierbo van Van der Walt 377).

Die Wet op Vervreemding van Grond 68 van 1981 omskryf in die woordoms krywingsartikel "vervreem": "'vervreem', met betrekking tot grond, verkoop, ruil of skenk, ongeag of so 'n verkoping, ruil of skenking onderworpe is aan 'n opskortende of ontbindende voorwaarde". Omdat die wet in die eerste plek gemik is op die regulering van die formaliteite wat die aangaan van die verbintenisskeppende ooreenkoms wat sodanige vervreemding ten grondslag lê, kan nie uit die nievermelding van die verlening van enige beperkte saaklike reg soos 'n diensbaarheid oor grond afgelei word dat verlening van 'n diensbaarheid oor die onroerende bate van 'n aandeleblokskema nie as 'n vervreemding vir doeleindes van artikel 8(1)(c) van daardie wet hanteer kan word nie. Dit sou 'n klassieke

argumentum ad ignorantiam wees om die teendeel te beweer (Copi *Introduction to Logic* (1961) 57 ev).

7.4 Indien die direksie van die Eden Crescent-aandeleblokskema ná die inlywing van die skema as regspersoon sonder nakoming van die voorskrif van 'n spesiale besluit byvoorbeeld by wyse van 'n erfdiensbaarheid vir ewig die grootste deel van die parkeergebied van die aandeleblokskema aan 'n derde kon toeken, is die resultaat in die sin van 'n ewigdurende ontneming van daardie bevoegdheid van die reghebbendes om die parkeergebied te kan benut soortgelyk aan die ontneming van die bevoegdheid indien dit vervreem is.

8 *Die aangrensende grond is geen reghebbende nie*

Die opmerking van die advokaat vir die eiser wat regter Moodley klakkeloos herhaal as sou die aangrensende grond geïdentifiseer as die heersende erf reeds sedert 1971 'n reg op parkering op die buurgrond gehad het, is onpresies: “the plaintiff’s property has since 1971 been entitled to parking on the first defendant’s property” (par 80). Beide die aangrensende persele het as regsobjekte destyds aan die stadsraad behoort en niemand kan 'n ekstra saaklike reg op sy eie grond verkry nie. Die grond as regsobjek kon nooit reghebbende wees nie. Reghebbende kan alleen 'n regsobjek wees. Die destydse raadsnotules maak slegs gewag van “be reserved exclusively for use by patrons of the cinema and/or Ice Drome” (184B par 35) wat niks oor die vestiging van enige vermoënsreg vir wie dan ook meld nie.

9 *Parkeerfooi betaalbaar deur individuele voertuigbestuurder óf deur die ekspluitante van die besighede op aangrensende perseel?*

Die uitspraak openbaar nie of luidens die tersake klousule 9 van die huurbesitoooreenkoms van destyds of klousule 15 van die koopkontrak wat hierbo aangehaal is, die ekspluitante van die ysskaatsbaan en die filmteaters 'n vaste parkeerfooi maandeliks aan die reghebbende van die buurperseel verskuldig was ongeag hoeveel van die 250 parkeerplekke vir 'n bepaalde tyd daadwerklik benut word nie en of die betalingsverpligting op die huurders van daardie fasiliteite sou rus nie. Dit openbaar ook nie of die betalingsverpligting uitsluitlik rus op die periodieke voertuigbestuurders wat hul voertuie daar parkeer nie. Die verpligting sou in die laasgemelde geval dan slegs afgedwing kon word teen die benutter van die parkeerplek en slegs vir die werklike parkeertyd wat benut is – soos gebruiklik is by parkeergarages.

Die verwysing na die gangbare parkeerfooi vir vergelykbare parkering in die omgewing laat vermoed dat laasgenoemde die geval was. Indien laasgenoemde, kom die ekspluitante van die ysskaatsbaan en teater daar werklik skotvry van af sonder dat uit die uitspraak enige agterliggende ratio vir dié meevaller blyk.

“The servitude provides that ‘the Grantor may charge a tariff for the use of the servitude area comprising the parking area which may not be more than the average amounts charged for a similar period of time for parking, by parking garages in the vicinity of the servient tenement’” (par 109 – my kursivering).

Die opmerking van regter Moodley is nie te rym nie met die volgende aanhaling wat die indruk laat asof die hof van mening was dat die ooreenkoms wat met die stadsraad gesluit was tydens die aanvanklike onderhandelinge vir die oordrag van die eiendomsreg op die dienende erf inhou dat die uitbaters van die heersende perseel

vir die parkeergeld verantwoordelik moet wees: “Had the plaintiff been allowed access to the parking bays in terms of the servitude, as a necessary consequence the payment would have been fixed in accordance with the terms of the servitude too” (par 108). By voorbaat kan tog nie bepaal word hoe lank ’n bepaalde voertuig op ’n gegewe moment daar geparkeer sal staan nie en dus kan die verskuldigde vergoeding nie aan die hand van daardie sleutel vooraf bereken word nie. Aangesien Ramiah, die woordvoerder namens die eiser as huidige eienaar van die heersende erf geen party tot daardie onderhandelinge in 1993 en 1994 was nie, is dit onduidelik hoe hy gebonde sou kon wees aan daardie ooreenkoms.

Dit lyk dus nie of voorsiening ooit gemaak was dat die reghebbende van die heersende erf enige teenprestasie vir die diensbaarheid verskuldig sou wees nie maar wel asof voorsien was dat die individuele voertuigbestuurders vir die parking sal betaal. Hierbo is met verwysing na die uitsonderlike statutêre nuutreëling in die Nederlandse wetboek vir periodieke retribusie vir die benutting van ’n diensbaarheid beklemtoon dat die Suid-Afrikaanse gemenerereg geen voorbeelde ken van soortgelyke periodieke vergoedingverpligtinge wat as saaklike las op alle toekomstige eienaars van die heersende erf geplaas word nie. By ontstentenis dus van enige verbandhoudende eweredige vergoeding van die reghebbende van die dienende erf vir die verlies aan bevoegdhede opgesluit in die vermeende diensbaarheid, sou ernstige twyfel geregverdig wees of in hierdie geval wel ’n geldige erfdiensbaarheid teen die erf van die aandeelblokskema geregistreer kon word.

Hierbo is reeds opgemerk dat dit nie gebruiklik is dat die reghebbende van ’n diensbaarheid teen ’n onseker en immer veranderende tarief tot in ewigheid vir die benutting van die bevoegdhede ingevolge die diensbaarheid ’n soort huurgeld soos ’n heffing betaal nie. Dit moet juis in die geval van ’n diensbaarheid as beperkte saaklike reg vermy word. Ook die eienaar betaal aanvanklik vir die verwerwing van die eiendomsreg en nie daarna deurlopend vir die benutting van sy inhoudsbevoegdhede nie.

10 *Onderbenutting en gevolglike verlies aan parkeerinkomste wis nie ’n diensbaarheid uit nie*

Nieteenstaande die versoek in 2004 dat die stadsraad, wat toe nog die eienaar van die “heersende” perseel was en bevoeg was om daartoe in te stem, afstand doen van die vermeende serwituut as erfdiensbaarheid of minstens instem tot die wysiging daarvan om vir minder staanplekke en ’n ander vergoedingsreëling as teenprestasie voorsiening te maak, het die stadsraad die versoek van die hand gewys. In die daaropvolgende onderhandelinge vir die oordrag van die eiendomsreg op die perseel is juis die serwituut as lokaas benut om die perseel op te vysel (par 60). Die korrespondensie namens die aandeelblokskema met die stadsraad in September 2004, dui daarop dat geen langtermynhuurkontrak oor die benutting van die parkeerarea op enige stadium gesluit is met enige van die ekspluitante van die fasiliteite op die aangrensende perseel nie.

Die wispelturige en kortstondige benutting van slegs 60 parkeerplekke deur besoekers aan die teater en ysskaatsbaan op een enkele dag het dit in die oë van die eienaar van die dienende perseel nie ekonomies geregverdig om 250 parkeerplekke permanent uitsluitlik vir sodanige potensiele besoekers te moet reserveer ten koste van die inwoners van die behuisingkema vir bejaardes in die kompleks nie (par 62). Van Styrum het reeds anderhalf eeu gelede daarop gewys dat behoudens die regsnorme van uitwissende verjaring, die “bestendigheid” al dan nie van die

benutting deur die reghebbende van 'n diensbaarheid van geen betekenis is nie (12). Die reghebbende van 'n serwituut van weiding verloor nie sy reg van weiding omdat hy dit nie ten volle benut nie. Ook die eienaar verloor nie in die Suid-Afrikaanse reg bloot deur onderbenutting van sy eiendom sy eiendomsreg nie tensy daar sprake van is dat 'n derde onregmatig die bevoegdheid homself soos 'n plakker aangematig het – daar is nie iets soos “use it or loose it” nie ongeag wat populistiese uitlatings van politici mag voorgee. Dit is egter wel duidelik dat op geen stadium enige redelike vergoeding vir die reservering van die 250 parkeerplekke as teenprestasie vir die inperking van die bevoegdheid van die reghebbendes van die aandeelblokskema deur die eienaar van die dienende perseel ontvang is nie.

Hoewel namens die eerste verweerder in die geskil betoog is dat die diensbaarheid weens die onderbenutting verval het, is die argument onoortuigend – maar nie om die rede wat die hof aanvoer nie:

“This argument is ill-conceived. Whether the servitude was enforced or asserted since registration is irrelevant and immaterial – the servitude is a perpetual servitude, whether enforced or not, and there cannot be a tacit relinquishment of the parking bays, as suggested by the first defendant” (par 111).

'n Diensbaarheid kan deur uitwissende verjaring verval soos gereël in hoofstuk 2 van die Verjaringswet 68 van 1969, maar dit kom pas na 30 jaar ter sprake, wat nie hier die geval was nie.

11 *Die vereiste handelingsbevoegdheid moet die handelende party se optrede by die volvoering van die vermoënsverskuiwing dek en nie slegs by die sluit van die verbintenisskeppende ooreenkoms nie*

Hoewel die uitspraak daarop wys dat toe die koopkontrak in 1994 gesluit is na bewering alle aandele in die aandeelblokskema nog aan Scott & Scott behoort het, word nie aangedui wat die posisie met die aandeelhouing twee jaar later teen 17 Julie 1996 was nie: “The *sale agreement* was concluded before the shares in the first defendant were sold and transferred” (par 51 – my kursivering). Bepalend vir die vestiging van die beperkte saaklike regte is nie slegs of 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms tot stand gekom het nie, maar ook of 'n geldige saaklike ooreenkoms bestaan het ten tye van die oordrag by wyse van die registrasie van die diensbaarheid as legitimeringshandeling. Dit het eers op 18 Februarie 1997 gebeur (par 56) en dit is hoogs onwaarskynlik dat op daardie stadium steeds geen aandele aan aandeelhouers vervreem is nie want die behuisingskema was toe reeds meer as drie jaar in bedryf. Hoe dan ook, stem die omstandighede nie ooreen met die geval waarna appèlregter Wallis in die *Moraitis*-saak verwys en waar daar slegs sprake van 'n enkele aandeelhouer was nie.

11.1 Die argument van regter Moodley oortuig nie omdat hy slegs fokus op die verbintenisskeppende ooreenkoms en nalaat om te vra na die saaklike ooreenkoms en die kompetensie van die direksie van die aandeelblokskema om wilsooreenstemming daartoe te hê in 1997 toe die registrasie moes plaasvind vir die oordrag van die diensbaarheid aan die stadsraad. Toe was die oorspronklike direksie wat in November van 1996 bedank het nie langer bevoeg om sonder nakoming van die vereistes vir 'n spesiale besluit oor die saaklike ooreenkoms te besluit nie en was die mandaat wat in Julie 1996 aan die oordragprokureur verleen is, kragteloos:

“The contract of sale in which the obligation to create the servitude is unassailable and undisputed. This court must give effect to the intention of the parties by attaching the normal grammatical meaning to the words of the contract. Therefore, the default position in this matter is the contract as set out in [72] and [73] above, and not the presumption against the servitude” (par 84).

Ek kan tog ook nie aan ’n prokureur ’n mandaat verleen om ’n diensbaarheid oor eiendom te registreer waarvan ek nie die beskikkingsbevoegde eienaar is op die moment in die toekoms wanneer aan die vermeende saaklike ooreenkoms uitvoering gegee moet word met die registrasie as legitimeringshandeling nie. Die appèlhof het reeds in *Weeks v Amalgamated Agencies Ltd* beslis:

“Upon a contract of sale the ownership in the property sold does not pass to the purchaser, unless in addition to giving delivery the seller has the intention of transferring the property, and the purchaser has the intention of becoming the owner. *‘In omnibus rebus quae dominium transferunt concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam sive ea venditio, sive donatio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit perduci ad affectum (id) quod inchoatur non potest’* (Digest 44.55). So Voet (41.1.35) says: – *‘Sequatur insuper acceptatio facienda eum, in quem res transitura est, ut ita concurrant affectus ex utraque parte contrahentium, et animus utriusque consentiat in dominii translationem’*” (1920 AD 218 230).

Daardie beslissing bevestig dat in ’n abstrakte stelsel, soos wat in die Suid-Afrikaanse reg by alle afgeleide wyses van regsverkryging van ’n vermoënsreg van toepassing is, die nodige kompetensie van die tersake oordraer en verkryger op die moment waarop aan die objektiewe legitimeringsmoment (registrasie by onroerende sake) voldoen word, ononderhandelbaar is. Tensy die kontraksparty wat oënskyklik die tersake saaklike ooreenkoms met die teenparty as toekomstige verwerwer van die vermoënsreg gesluit het, op die moment van registrasie in 1997 oor die nodige handelingsbevoegdheid beskik en die bevoegdheid het om die tersake saaklike reg dan oor te dra, is die vermeende handeling as regshandeling niksseggend en nietig. Die uitspraak in die *Weeks*-saak bevestig dat die kompetensie om ’n geldige saaklike ooreenkoms te kan sluit, bepaal moet word op die moment van registrasie omdat die *animus*-element met die legitimeringsmoment moet saamval in die sin dat dit dan steeds moet bestaan, ook indien dit reeds vooraf ontstaan het.

“The essential elements of the real agreement are an intention on the part of the transferor to pass ownership and the intention of the transferee to become the owner of the property. The abstract theory does not require a valid underlying contract, eg an agreement of sale, but ownership will not pass, despite registration of transfer, if there is a defect in the real agreement. As explained by Ponnar JA in *Du Plessis v Proffitius* 2010 (1) SA 49 (SCA) para 11, *it is at the moment of passing of ownership that the transferor must have the intention of transferring ownership (and obviously when the transferee must have the intention of acquiring ownership), which supplies the subjective element for the passing of ownership*” (*Swart v Starbuck* 2016 5 SA 372 (HHA) 380F-G).

In *Mahlabe v Fischer* NO ((1817/19) 2019 ZANHC 63 (18 Okt 2019)) bevestig die hof dat sonder ’n regsgeldige mandaat verleen deur die statutêr voorgeskrewe meerderheid belanghebbendes ingevolge Wet 28 van 1996 geen geldige saaklike ooreenkoms gesluit is wat enige vermoënsregtelike gevolge het nie en dat ’n oënskynlige registrasie in die akteskantoor niksseggend is (par 21-24).

11.2 Namens die aandeelblokskema is aangevoer dat op geen stadium enige spesiale besluit geneem is met die voorgeskrewe 75 persent meerderheid van alle aandeelhouders op ’n algemene vergadering ingevolge waarvan die reghebbendes van die skema, wat as behuisingskema vir afgetredenes bedryf word, moes instem om 250 van die beskikbare parkeerplekke te ontbeer ten gunste van die gaste

van die besighede op die aangrensende grondstuk nie. Luidens die uitspraak van regter Moodley was dit nie nodig om aan die dwingende voorskrif van artikel 8(1) (c) te voldoen nie omdat die *koopoooreenkoms* gesluit is voordat die aandele aan die aandeelhouders verkoop is. Die koopoooreenkoms is inderdaad in Julie 1994 onderteken tussen die stadsraad en Scott & Scott, maar laasgenoemde was nooit die eienaars van die tersake erf nie. Hoewel die inhoud van daardie koopoooreenkoms nie openbaar is in die uitspraak nie, word afgelei dat die ooreenkoms tussen Scott & Scott en die stadsraad voorsiening gemaak het vir 'n beding ten behoeve van 'n derde, die gemelde aandeelblokskema wat reeds op 7 April 1993 geregistreer is. Ongeag welke konstruksie vir die beding ten behoeve van 'n derde aangehang word, moes die saaklike ooreenkoms wat die oordrag van die eiendomsreg aan Eden Crescent aandeelblok onderlê het, met dié regspersoon gesluit gewees het toe die oordrag op 16 April 1996 met die registrasie van die eiendomsreg in die regspersoon se naam volvoer is. (Sien Sonnekus “Enkele opmerkings om die beding ten behoeve van 'n derde” 1999 *TSAR* 594-629.) Die *animus accipiendi domini* het dus nie afgehang van die bedoeling van die direksie van Scott & Scott nie, maar van dié van Eden Crescent en die vraag is juis of dié in 1997 toe die diensbaarheid gevestig is met registrasie daarvan oor die nodige bevoegdheid beskik het om toe die saaklike ooreenkoms te kon sluit.

Selfs as dit 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms was ingevolge waarvan Scott & Scott hul verbind het om in die toekoms na registrasie van die eiendom in die naam van die aandeelblokskema wel 'n saaklike ooreenkoms vir die vestiging van 'n serwituutreg ten gunste van die naasliggende erf te laat registreer, was dit van geen betekenis om die vestiging van die beperkte saaklike serwituutreg meer as 'n jaar nadat die eiendom in die naam van Eden Crescent geregistreer is, daar te stel nie. Die eiendomsreg oor die erf is direk van die stadsraad oorgedra aan Eden Crescent en nooit aan Scott & Scott nie. Hoewel die Suid-Afrikaanse reg vertrouwd is met die konstruksie van 'n beding ten behoeve van 'n derde, ken dit geen beding wat ten laste van 'n derde aangegaan kan word sonder dat die derde 'n party tot die ooreenkoms is nie.

11.3 Die hof se verwerping van die toepaslikheid van artikel 8(1)(c) van Wet 59 van 1980 is gedoen sonder verwysing na enige gesag hoegenaamd. Dit verbaas nie – daar is geen bekende gesag vir só 'n regsdwaling nie. Nie eens 'n voormalige eenaar behou enige bevoegdheid om later jare beskikkingsbevoegdhede oor sy voormalige eiendom uit te oefen tensy dit uitdruklik voorbehou was nie. In hierdie geval was Scott & Scott nooit die eienaars van die perseel nie. Die beginsel onderliggend aan die bekende stelreël *res aliena pignori dari non potest* vind ook gelykluidend toepassing by die vermeende bevoegdheid om enige ander beperkte saaklike reg oor andermansgoed te kan verleen of vestig met inbegrip van 'n vermeende vestiging van 'n diensbaarheid – *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (*D* 50 17 54). Dié stelreël verhinder nie dat 'n niereghebbende 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms oor andersmanssaak sluit nie – enige Jan Rap en sy maat mag regsgeldig as swendelaar 'n kontrak sluit om die staatspresident se eiendom te verkoop. Hy kan egter nie 'n geldige saaklike ooreenkoms sluit waardeur die saaklike reg inderdaad oorgedra word nie. Die verkoper as opligter sal by wanprestasie vir die gelede skade vergoeding moet opdok omdat hy gebonde is aan die waarborg teen uitwinning (*D* 18 1 28). Daarmee het die regmatige eenaar vrede. (Sien Jansen “De koop en verkoop van eens anders goed: enige opmerkings over art 1507 OBW” 1998 *GROM* 37.)

Hoewel regter Moodley Hall se *Servitudes* as gesag vir sy oortuiging aanhaal, maak hy geen gewag van die ontbrekende beskikkingsbevoegdheid van die direksie van die aandeleblokskema toe die saaklike ooreenkoms ter sprake moes kom in 1997 met die registrasie van die diensbaarheid nie: “A praedial servitude in land is constituted by means of a deed executed by the owner of the dominant land and the owner of the servient land registered against the title deed of the servient land” (par 68 en dieselfde geld die verwysings na Van der Merwe en De Waal “*Servitudes*” in *LAWSA* en Van der Walt *Law of Servitudes* in par 69-73).

11.4 Indien die verlening van ’n diensbaarheid tot gevolg het dat die inhoudsbevoegdhede van die reghebbendes van die dienende grondstuk wat die onderwerp van ’n behuisingskema vir afgetrede persone is wesenlik ingeperk word, behoort dit soos ’n vervreemding van die grond hanteer te word want die resultaat met betrekking tot die som van die inhoudsbevoegdhede van die reghebbendes is vergelykbaar. Die Wet op Behuisingsontwikkelingskemas vir Afgetrede Persone 65 van 1988 wat op Afrikaans onderteken is, bepaal uitdruklik in artikel 4B:

“Vervreemding van grond onderworpe aan *reg van okkupasie*

(1) Tensy minstens 75 persent van die houers van regte van okkupasie in ’n behuisingsontwikkelingskema daartoe instem, *mag die betrokke grond nie vry van daardie regte vervreem word nie ...*

(2) Enige vervreemding wat plaasvind sonder die instemming van die houers soos in subartikel (1) beoog, *is van nul en gener waarde*” – my kursivering.

Die woordskrywingsartikel van die wet omskryf “reg van okkupasie” as:

“die reg van ’n koper van ’n behuisingsbelang –

(b) wat die bevoegdheid verleen om ’n gedeelte in ’n behuisingsontwikkelingskema te okkupeer vir die duur van die lewe van die koper of, behoudens artikel 7, iemand anders vermeld in die kontrak ingevolge waarvan die behuisingsbelang verkry is, maar sonder dat dit die bevoegdheid verleen om oordrag te eis van die eiendomsreg van die gedeelte waarop die behuisingsbelang betrekking het.”

Aangesien die wetgewer geen besondere inhoud aan die begrip “okkupeer” in die wet verleen het nie, moet aanvaar word dat die begrip sy gebruikelike inhoud en betekenis het. Dit omvat nie alleen die bevoegdheid om in die slaapkamer te slaap, die sitkamer te sit, die badkamer te gebruik en die kombuis te benut nie, maar ook om waar van toepassing sy voertuig in die beskikbare parkeerruimte te mag kwyt en die gemeenskaplike trap en ingangsportaal te benut. Die huurder geniet as okkupeerder van die huurperseel immers ook sodanige bevoegdhede. Dit sou dus erg gekunsteld wees om te wil betoog dat die beperking wat ingevolge artikel 4B op die bevoegdhede van die direksie van so ’n skema gelê word om te verhinder dat lukraak die grond van die skema vervreem word sonder nakoming van die statutêr voorgeskrewe prosedure slegs van toepassing sou wees indien dit oor die vervreemding van die slaap- of badkamer van die wooneenhede sou gaan, maar nie van toepassing is op die beskikking oor die parkeerarea of enige ander deel van die gemeenskaplike areas van die skema nie.

Die feit dat die serwituut “maar net” oor parkeerplekke en nie hul leefruimte in die behuisingskema vir afgetrede persone nie handel, verskoon nie die vertrapping van hul belange en die minagting van die wetsvereiste van ’n besluit deur minstens 75 persent van die belanghebbendes nie. “The special resolution requirement under s 4B of the HDSRP Act is not applicable because the registration of the servitude does not impact on a right of occupation under the Act. It prohibits alienation of land intended to be used for residential purposes and not parking areas” (par 95).

Die woordskrywingsartikel van grond in daardie wet verwys nie alleen na die oppervlakte van die wooneenhede nie maar sluit ook die onverdeelde oppervlakte op gemeenskaplike grond in: “met betrekking tot ’n behuisingsontwikkelingskema, grond wat hoofsaaklik vir woondoeleindes gebruik word of bestem is om hoofsaaklik aldus gebruik te word, met inbegrip van enige eenheid en enige onverdeelde aandeel in grond”.

Die strekking van die statutêre bepaling vervat in gemelde artikel 4B van Wet 65 van 1988 stem ooreen met die gelyksoortige formulering vervat in artikel 8(1)(c) van Wet 59 van 1980 wat eweneens bedoel is om die belange van die kwesbare reghebbendes te beskerm.

11.5 In die *Olive Marketing*-saak behoort sowel artikel 8(1)(c) van Wet 59 van 1980 as artikel 4B van Wet 65 van 1988 toepassing te gevind het ten einde gevolg te gee aan die wetgewer se duidelike bedoeling om die belange van die reghebbendes in sodanige skemas te beskerm teen ’n wesentliche vermindering van hul gebruiksbevoegdhe. Sonder die reghebbendes se instemming behoort ’n wesentliche deel van hul bevoegdhe nie ingeperk te word deur die verlening van die vermeende parkeerdienbaarheid nie. Dit sal die bedoeling van die wetgewer ook juis in die lig van die heersende doelgerigte interpretasie van wetgewing negeer indien met ’n beroep op vermeende “slim” wetsuitleg beweer sou word dat die verlening van ’n ewigdurende erfdienbaarheid ten gunste van derdes as benutters van ’n naasliggende grondstuk nie op ’n vervreemding van die belange “in die grond” soos bedoel in Wet 68 van 1981 neerkom nie. Die bedoeling van die wetgewer sou nie gediend wees met só ’n uitleg nie. In ooreenstemming met artikel 16 van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937, wat eweneens op Afrikaans onderteken is, behoort rekening gehou te word met die wye interpretasie van “oordrag” van saaklike regte op grond. Dit sluit in alle beperkte saaklike regte met inbegrip van sowel erfdienbaarhede as persoonlike diensbaarhede wat op ’n afgeleide wyse verkry word op sterkte van ’n saaklike ooreenkoms gesluit tussen die eienaar en die verwerwer van die beperkte saaklike reg. Die afwykende opmerking in *Standard Bank of South Africa Ltd v Hunkydory Investments 188 (Pty) Ltd (No 2)* (2010 1 SA 634 (WKK) 644D-G) waarvolgens “vervreem” onder artikel 228(1) van die vorige Maatskappywet nie verband- of pandbelasting sou insluit nie en dus nie die bevoegdhe van die direksie beperk om sodanige belasting as beperkte saaklike regte op die bates van ’n maatskappy te stapel nie, bevat geen oortuigende stawende argumente of regsvergeliking nie en is ook nie sedertdien deur hetsy die hoogste hof van appèl

of die grondwetlike hof gevolg nie.

11.6 Die oomblik in 1993 toe Eden Crescent Share Block Ltd as ’n aandeelblokskema ingelyf is, het dit as regspersoon regsobjektiwiteit verwerf en as sodanig die kompetensie gehad om draer van regte en verpligtinge te wees. Vanaf daardie moment was die dienende direkteure van die maatskappy gebonde aan die beperkings op hul kompetensies as direksie soos vervat in die toepaslike wet én die gemenerereg. In die lig van die duidelike formulering vervat in artikel 8(1)(c) van Wet 59 van 1980, kan geen beoogde regshandeling wat neerkom op die vervreemding van enige inhoudsbevoegdhe van die reghebbendes van die regspersoon daarna sonder nakoming van die voorgeskrewe spesiale besluit op ’n algemene vergadering geneem word nie. Enige beoogde saaklike ooreenkoms om ’n diensbaarheid as beperkte saaklike reg aan ’n ander ten aansien van die onroerende bate van die aandeelblokskema te verleen, het slegs regsrag mits die persone wat voorgee om die

regspersoon te verteenwoordig die nodige kompetensie daartoe het. Die wetgewer laat geen ruimte vir 'n diskresie in die formulering nie: “enige handeling van ‘n aandeelblokmaatskappy wat sy vermoë of bevoegdheids oorskry, [is] nietig”. Geen hof kan in dié duidelike formulering 'n diskresie inlees asof daar staan dat sodanige abortiewe regshandeling bloot vernietigbaar mag wees nie.

Dit is van geen betekenis dat die direksie van Scott & Scott, in hul onderhandelinge in 1994 met die stadsraad van Durban as destydse eienaar en voornemende oordraer van die erf ooreengekom het dat 'n parkeerserwituut vir 250 van die beskikbare 311 parkeerplekke ten gunste van die besoekers aan die naasliggende perseel geregistreer sal word nie. Uit daardie verbintenisskeppende ooreenkoms kon geen regsgeldige saaklike ooreenkoms afgelei word nie want Scott & Scott was op geen stadium die geregistreerde eienaar van die beoogde dienende erf nie. Enige mandaat wat deur die direksie van Scott & Scott in 1994 aan 'n oordragprokureur in die verband verleen is, verloor sy geldigheid wanneer die lasgewer nie langer die reghebbende is van die saak waarop kragtens daardie mandaat die lashebber die diensbaarheid moet registreer nie. Sodra 'n ander regsobjek die eienaar van die tersake erf is wat as vermeende dienende erf aangedui word, kan die destydse gemandateerde nie regsgeldig namens die eienaar meewerk tot die registrasie van die beperkte saaklike reg nie. As vermeende oordraggewer het die prokureur die nodige bevoegdheid en mandaat ontbeer aangesien die eiendom op 16 April 1996 sonder enige geregistreerde diensbaarheid met betrekking tot die parkeerplekke aan die aandeelblokmaatskappy oorgedra is – *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet* (D 50 17 54 en Cod 8 53 14). Die oomblik toe die eiendom in die naam van die regspersoon geregistreer is, het die direksie van Scott & Scott geen bevoegdheids of kompetensie in die verband gehad nie en was die direksie van die skema daarna in beheer – maar hul kompetensie om oor onroerende bates van die aandeelblok te beskik, is onderworpe aan die toepaslike wetgewing. Die direksie van die skema se besluit van 17 Julie 1996 sou slegs geldig gewees het indien aan die voorgeskrewe spesiale besluit soos vereis in artikel 8(1)(c) voldoen is. In die geval het dit vereis 'n spesiale besluit met 75 persent meerderheid van alle reghebbendes op 'n algemene vergadering. Die uitspraak van regter Moodley bevat geen verwysing na 'n uittreksel uit die notule van sodanige spesiale vergadering nie maar slegs na 'n uittreksel uit die notule van die direksievergadering van daardie datum (par 55). Dit speel geen rol hoeveel aandele in 1997 reeds aan aandeelhouders verhandel was gedurende die vier jaar sedert die maatskappy in April 1993 geregistreer is nie.

Die beslissing van regter Moodley tot die teendeel oortuig nie. Die feit dat die belange van die aandeelhouders niteenstaande die statutêre beskerming vervat in artikel 4B van Wet 65 van 1988 nadelig deur die verlening van die parkeerserwituut oor 250 van die beskikbare 311 parkeerplekke geraak word, is onvoldoende belig.

11.7 Regter Moodley beklemtoon deurentyd die geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms wat uit die koopkontrak gesluit deur Scott & Scott voortgevloei het om in die toekoms mee te werk tot die oordrag van die erfdiensbaarheid. Ter vermeende versterking van sy argument verwys die regter selfs na die kennisleer waarop die advokaat vir die eiser gesteun het as verweer teen die aangevoerde bedenkinge oor die nienakoming van die spesiale besluitsvereiste soos vervat in artikel 8(1)(c) van die wet:

“Therefore, doing what was necessary to give effect to the authorised servitude *must similarly have been authorised*, and did not amount to an alienation of land that required a special resolution under s 8(1)(c) of the Share Blocks Control Act or s 4B of the HDSRP Act. I find merit in his submission and *the authority relied upon*.”

Mr Pillemer advanced as authority and settled law on how the doctrine of notice operates in the case of unregistered servitudes, explanation by Brand JA in *Bowring NO v Vrededorp Properties CC* [2007 5 SA 391 (SCA)] ...

I am satisfied that the first defendant cannot rely on its status as a share block company and compliance required with the provisions of the Share Blocks Control Act to avoid its contractual obligation to give effect to the unregistered servitude and to cooperate in the registration of the servitude that was agreed in the sale agreement. It could have been compelled to comply with its obligation in law to convert the personal right into a real right by the registration of the servitude, had there been no special power of attorney executed on behalf of the servient tenement" (par 92-94 – my kursivering).

Benewens die feit dat die eerste gekursiveerde konjunkties gesag bied vir die konklusie nie, is die res van die argument eweneens onoortuigend. Die beroep op die kennisleer is onvoldoende om die gebrekkige kompetensiebevoegdheid ten tye van die toetsing daarvan vir die saaklike ooreenkoms by registrasie van die vermeende diensbaarheid te vervang. Die Suid-Afrikaanse reg ken geen regsreël waarvolgens eens met 'n beroep op estoppel of skynverwekking die daadwerklik ontbrekende kompetensies ingetoor kan word nie.

12 *Nut van die diensbaarheid vir die heersende grondstuk óf vir 'n bepaalde regsobjek?*

Indien die partye tot die onderhandelinge om die huurbesit (*leasehold*) oor die perseel waarop die Holiday Inn-kompleks is, in eiendomsreg te verander inderdaad bedoel het om 'n parkeerserwituut as diensbaarheid oor daardie perseel ten gunste van die okkupeerders van die aangrensende perseel te skep, sou dit buitengewoon wees. Dit sou daarop neerkom om 'n diensbaarheid nóg tot voordeel van die erf nóg tot voordeel van die stadsraad as destydse eienaar daar te stel, maar tot voordeel van 'n ongespesifiseerde skaar van besoekers as kliënte aan die ou ysskaatsbaan en die bioskoopteaters. Die stadsraad wou duidelik nie die raadsvoertuie daar parkeer nie en die huurders van die persele op daardie erf wou ook nie hul eie voertuie daar parkeer nie. Die bedoeling sou eerder kon wees om aan hul ongeïdentifiseerde kliënte as besoekers van die ysbaan of die teaters gerieflike parkering beskikbaar te stel waarvoor hulle as ekspluitante van daardie fasiliteite self geen ontwikkelingsuitgawes hoef aan te gaan nie en ook nie kosbare spasie hoef af te staan nie.

Sodanige scenario is nie in ooreenstemming met die normale begrip van 'n erfdiensbaarheid nie. Die periodieke benutting van die 250 parkeerplekke op die onderskeie parkeervlakke in die Holiday Inn-kompleks verhoog nie die gebruiks- of nutswaarde van die aangrensende perseel wat sy inhoudsbevoegdhede betref soos wat die geval sou wees met 'n serwituut van watertrekking of weiding nie, maar verhoog die gemak van die kliënte as besoekers van die ysskaatsbaan en die teaters wat nie hoef te gaan sukkel om parkeerplek te vind terwyl hul die ysskaatsbaan of die filmteater besoek nie. Dit verhoog ook die potensiële wins van die huurders van daardie ondernemings want hulle kan sonder om self as ontwikkelaars van hul kompleks uitgawes aan te gaan of kosbare vloerspasie aan parkeerplek af te staan, hul kliënte verwys na gerieflik geleë parkeerplek op die naasliggende perseel.

Só gesien, vertoon die scenario wel 'n mate van ooreenstemming met 'n klassieke persoonlike diensbaarheid waar die *reghebbende* byvoorbeeld die bevoegdheid aan ontleen om na willekeur te gaan wandel in die bos op die dienende erf, te gaan tennis speel op die tennisbaan wat daarop geleë is of om met sy boot op die dam aldaar te gaan vaar. Die vergunning om appels te pluk, te wandel of te gaan piekniek

hou op andermansgrond kan nie as 'n erfdiensbaarheid gevestig word nie maar dit kan wel 'n persoonlike diensbaarheid wees want die uitoefening van die bedonge vergunning strek die lewenskwaliteit van die reghebbende tot voordeel. Dit verhoog nie die nut van 'n ander grondstuk met 'n aks nie (*D 8 1 8* en sien die bespreking by Voet 8 1 1 in *n e* van die *Gane-vert*).

Die vergelyking gaan egter nie werklik op nie: Die eventuele voertuigparkeerders in die tersake 250 parkeerplekke in die aandeelblok se gebou, is nie die “reghebendes” van die persoonlike diensbaarheid nie maar die kliënte van besighede wat dit op die perseel van die buurperseel bevind. In die opsig verskil die feite én dus die regsposisie wesenlik van die van die ses beswaarmakers wat ses parkeerplekke vir hul gebruik in die *Seascope*-saak bekom het.

Ten einde aan die nutsvereiste te voldoen, moet 'n erfdiensbaarheid tot voordeel strek van die eienaar van die heersende erf in sy hoedanigheid as eienaar en nie bloot in sy persoonlike hoedanigheid nie. Daar moet dus 'n *genoegsame verband* wees tussen gebruikmaking van die heersende erf (ooreenkomstig die natuurlike aard en/of die inrigting daarvan) en die bevoegdheid wat die inhoud van die erfdiensbaarheid daarstel. 'n Erfdiensbaarheid wat bloot die persoonlike genot of plesier van 'n momentele eienaar bevredig, is onbestaanbaar. (Sien *D 8 1 8pr*; 8 3 4; 8 3 20 3; Voet 8 1 1; 8 4 15; Van der Linden *Supplementum ad Voet 8 1 1*; Huber 2 43 9; *Willoughby's Consolidated Co Ltd v Cophall Stores Ltd* 1913 AD 267 286-287; *Stephens v De Wet* 1920 OPD 78 79 en 90 waar die verkeerdelik as erfdiensbaarheid geregistreer is terwyl slegs voorsiening gemaak is vir die bevoegdheid van die diensbaarheidsreghebbende om op die dam te gaan vaar met sy skuit en sodoende watersport te beoefen op die dam. Sien ook *Jonordon Investment (Pty) Ltd v De Aar Drankwinkel (Edms) Bpk* 1969 2 SA 117 (K) 123; *Hotel De Aar v Jonordon Investment (Edms) Bpk* 1972 2 SA 400 (A) 405-406; *Lorentz v Melle* 1978 3 SA 1044 (T) 1049.) Van der Merwe beklemtoon ook dat die voordeel danksy die diensbaarheid die inherente nutsvoordeel vir die eienaar van die heersende grondstuk moet verhoog “[D]aar [moet] 'n direkte korrelasie ... bestaan tussen die voordeel wat vir die heersende erf deur middel van die erfdiensbaarheid verkry word en die beswaring wat die erfdiensbaarheid vir die dienende erf meebring” (“Die nutsvereiste by erfdiensbaarhede” in Joubert (red) *Petere Fontes: LC Steyn Gedenkbundel* (1980) 163 176; sien ook Neels “Erfdiensbaarhede: nut vir die heersende erf” 1988 *TSAR* 527 528-530).

13 *Bepaalde duur van 'n persoonlike diensbaarheid*

'n Persoonlike diensbaarheid onderskei dit onder andere daarin van 'n erfdiensbaarheid dat dit nie ewigdurend die bevoegdhede van die eienaar van die dienende erf sal kan beperk nie. 'n Persoonlike diensbaarheid word by ontstentenis van 'n andersluidende afspraak wat die duur selfs kan verkort, laastens beëindig met die afsterwe van die natuurlike persoon as reghebbende of waar die reghebbende 'n regspersoon is na 100 jaar en omdat persoonlike diensbaarhede nooit oordraagbaar is nie, kan dit nie oorgedra word aan 'n erfgenaam of regsopvolger van die aanvanklike serwituutreghebbende nie. (*D 7 1 56*, 33 2 8; De Groot *De Jure Belli ac Pacis* 2 4 7; Voet 7 41, 22 3 17; Van Leeuwen *RHR* 2 9 13, *CF* 1 2 14 2; Noodt *De Usufructu* 2 6; *Johannesburg Municipality v Transvaal Cold Storage Ltd* 1904 TS 722 729; *South African Railways and Harbours v Paarl Roller Flour Mills Ltd* 1921 CPD 62 68; *Goliath v Estate Goliath* 1937 CPD 312 316.) Omdat 'n persoonlike diensbaarheid nooit geregistreer kan word ten gunste van 'n ongespesifiseerde reghebbende nie (dit sal immers onmoontlik wees om te bepaal wanneer so 'n ongespesifiseerde

reghebbende te sterwe gekom het sodat dit afgeloop kan wees) is dit ondenkbaar dat die parkeerserwituut ten aansien van die 250 parkeerplekke geregistreer kon wees vir 'n ongespesifiseerde toekomstige skaar van kliënte of besoekers aan die ysskaatsbaan of die filmteaters. Hierdie aspek is nie eens aangeraak in die onderhawige uitspraak van regter Moodley nie.

14 *Gevolgtrekking*

Die uitspraak dui nie aan dat hoegenaamd besin is oor die verskillende aard van 'n ewigdurende erfdiensbaarheid teenoor 'n persoonlike diensbaarheid of selfs daarteenoor rekening gehou is met 'n persoonlike reg nie. Die hof staar dit blind teen die feit dat die parkeeraanspraak as 'n erfdiensbaarheid geregistreer is en toets nie of aan die tersake vereistes vir die vestiging van sodanige diensbaarheid voldoen is nie. Indien nie, het die hof die bevoegdheid om rojering van die foutiewelik geregistreerde diensbaarheid te gelas. Die feit dat geen eweredige teenprestasie as vergoeding of *quid pro quo* ooit deur die verwerwer van die diensbaarheid aan die aandeelblokskema as reghebbende van die vermeende dienende erf betaal is nie, laat reeds ernstige twyfel. Die scenario van 'n periodieke aanspraak op 'n parkeergeldjie sou nie eens voldoen het aan die unikum-reëling vervat in die Nederlandse wetboek onder die reëling van 'n *retributieplig* nie.

Geen syfers oor die werklike “inkomste” wat gedurende al die jare met die parkeerreëling deur die aandeelblokskema verdien is, blyk uit die uitspraak nie, maar daar word betwyfel of dit in dieselfde orde sou kon wees as die bedrag van meer as R6,7 miljoen wat die eiser as skadevergoeding vir die laaste drie jaar voor *litis contestatio* gevorder het. (Daar is getuig dat onderdakparkering in 'n nabygeleë parkeergarage R350 per maand bedra wat minder as R12 per dag is (par 32). Indien bv aanvaar word dat in daardie tyd die gangbare parkeerfooi gemiddeld R5 per uur kon beloop het en dat gemiddeld 200 dae per jaar 100 van die parkeerplekke telkens vir 5 uur voltyds beset kon wees deur besoekers aan die kongres- en verwante fasiliteite, kon die totaal aan parkeerinkomste kwalik meer as R500 000 per jaar bedra het en oor die drie jaar tydperk dus weiniger as R1,5 miljoen. Hierdie berekening mag selfs té ruim wees in die lig van die enigste verwysing na werklike benuttingsyfers: “The plaintiff had only used the parking on one day, when approximately 60 bays were used twice” (par 62). Dit is nie alleen wesenlik minder as die R6,7 miljoen wat die eiser as skadevergoeding vorder nie, maar 'n aanduiding dat geen eweredige teenprestasie vir die voordeel wat die serwituutreghebbende geniet aan die reghebbende van die dienende perseel verskaf is in ruil vir die voordeel wat die erfdiensbaarheid vir die reghebbende daarvan inhou nie.

Regter Moodley het desnieteenstaande ten gunste van die eiser beslis dat die geregistreerde serwituut K173/97 soos geregistreer in die KwaZulu-Natal Aktereregister op 18 Februarie 1997 vanaf daardie datum geldig is. Gevolglik beslis die hof ten gunste van die eiser vir skadevergoeding:

“The plaintiff’s claim for damages against the first defendant succeeds to the following extent:

- 4.1 The first defendant is held liable to pay to the plaintiff damages sustained by the plaintiff in consequence of the first defendant’s failure to permit the plaintiff to exercise its right to parking under the servitude. ...
- 4.2 The damages in para 4.1 shall be computed from 18 April 2010, as any claim for damages prior to that date has prescribed.
- 4.3 The damages in para 4.1 shall be inclusive of damages until the first defendant performs under the servitude or tenders to do so.

4.4 The quantification of such damages is held over for later determination” (219D-G).

In die lig van die voorgaande is daar ruimte om te betoog dat ’n ander hof op appèl tot ’n ander uitspraak mag kom.

JC SONNEKUS
Universiteit van Johannesburg