IN DIE HOOGSTE HOF VAN APPÉL VAN SUID-AFRIKA

Saaknommer: A569/04

In die saak tussen:

RONALD STUART NAPIER Appellant

en

BAREND PETRUS BARKHUIZEN Respondent

APPELLANT SE BETOOGSHOOFDE

1.

Die Appellant en die Respondent het op 27 September 1999 en te Pretoria 'n skriftelike versekeringsooreenkoms ("die versekeringsooreenkoms") aangegaan ingevolge waarvan die Appellant, *inter alia*, onderneem het om die Respondent skadeloos te stel vir skade of verlies ten opsigte van die Respondent se 1998 BMW328i, met registrasieletters en nommers: JSM825GP[1] ("die voertuig).

[1] P3, reël 10 – 16.

2.

Die Respondent voer aan dat ‘n motorongeluk op 24 November 1999 om ongeveer 14h00 plaasgevind het en dat die voertuig as gevolg daarvan sodanig beskadig het dat dit ekonomies onherstelbaar is.[2]

3.

Die Appellant het gevolglik die Respondent se eis op 7 Januarie 2000 repudieer.[3]

4.

Daaropvolgens het die Respondent aksie teen die Appellant ingestel vir die spesifieke nakoming van die versekeringsooreenkoms.

5.

Die Appellant het, *inter alia,* die kontraktuele verweer geopper dat die Appellant onthef is van aanspreeklikheid teenoor die Respondent uit hoofde van die bepalings van klousule 5.2.5 van die versekeringsooreenkoms.[4]

---

[2] P4, reël 5 – 10.
[3] P43, reël 15 – 16.
[4] P43, reël 5 – 16 en p44 reël 1 – 15, para. 1.

6.

6.1 Klousule 5.2.5 van die versekeringsooreenkoms bepaal:

"if we reject liability for any claim made under this Policy we will be released from liability unless summons is served on Lloyd's SA or Hamford (Pty) Ltd within 90 days of repudiation".[5]

6.2 Die Respondent het die Appellant gedagvaar op 8 Januarie 2002, dit wil sê bykans 2 jaar na Appellant se repudiasie.

7.

In repliek op die Appellant se bogenoemde kontraktuele verweer het die Respondent aangevoer dat klousule 5.2.5 van die versekeringsooreenkoms neerkom op 'n tydsbeperkingsklousule of vervaltermyn.[6] Die Respondent het voorts aangevoer dat:

7.1 Klousule 5.2.5 strydig is met die openbare belang.

5 P17, reël 4 – 5.
6 P53 reël 18; p54 reël 2, para. 1.6.2.

7.2 Klousule 5.2.5 *"druis in"* teen die bepalings van Artikel 34 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 108 van 1996, *"aangesien elke versekerde 'n reg het dat sy aksie teen 'n versekeraar deur die toepassing van die reg besleg kan word in 'n billike openbare verhoor en dat sy aksie beslis kan word voor 'n bevoegde Hof".*[7] en

7.3 Die beweerde inbreukmaking op die bepalings van Artikel 34 van die Grondwet nie redelik en regverdigbaar is nie.

8.

Die Appellant en die Respondent het ooreengekom om ingevolge Reël 33(4) van die Hooggeregshofreëls die volgende geskilpunte, afsonderlik van enige of ander verdere geskilpunte te laat beslis:

8.1 Paragraaf 1 van die Appellant se Verweerskrif, saamgelees met paragrawe 1.6.2, 1.6.3 en 1.6.4 van die Respondent se gewysigde repliek.[8]

9.

Vir doeleindes van die gestelde saak het die Appellant en Respondent oor die volgende feite ooreengekom:

[7] P54, reël 17 – 18 en p56, reël 2 – 6, para 1.6.3.
[8] P59, reël 9 – 15.

9.1 Die Respondent was te alle relevante tye verseker deur die Appellant.

9.2 Op 24 November 1999 was die Respondent se versekerde voertuig, BMW met registrasienommer JSM825GP in ‘n motorongeluk betrokke.

9.3 Die Respondent het op 2 Desember 1999 die Appellant behoorlik in kennis gestel van die voorval.

9.4 Op 7 Januarie 2000 het die Appellant die Respondent se eis skriftelik repudieer.

9.5 Op 8 Januarie 2002 het die Respondent sy besonderhede van vordering op die Appellant beteken.[9]

10.

Ten spyte van die feit dat ‘n gedeelte van die Respondent se repliek (soos hierbo uiteengesit) handel met die ongeldigheid van ‘n kontraktuele bepaling op grond van strydigheid met die openbare belang, het die Respondent hom nie tydens betoog op daardie argument verlaat nie, maar slegs op die argument dat

[9] P60, reël 1 – 12.

die bepalings van klousule 5.2.5 inbreuk maak op die reg op toegang tot ‘n hof, soos vervat in Artikel 34 van die Grondwet.

11.

Op 17 September 2004 het De Villiers J, in die Hooggeregshof van Suid-Afrika (Transvaalse Provinsiale Afdeling) die volgende bevel gemaak :

11.1 Dit word verklaar dat klousule 5.2.5 van die versekeringsooreenkoms tussen die partye onbestaanbaar is met Artikel 34 van die Grondwet, 108 van 1996, en derhalwe ongeldig is.

11.2 Gemelde klousule 5.2.5 kan afgeskei word van die res van die bepalings van gemelde versekeringsooreenkoms.

11.3 Die Verweerder se spesiale pleit word van die hand gewys met koste.

12.

Die Appellant kom in hoër beroep teen die geheel van die uitspraak en bevel van die *Hof a quo* en voer aan dat klousule 5.2.5 van die versekerings-ooreenkoms nie in stryd is met Artikel 34 van die Grondwet nie, derhalwe geldig is en dat die Appellant se spesiale pleit gehandhaaf word.

13.

Dit is gemeensaak dat die versekeringsooreenkoms vryelik en in alle erns tussen die partye aangegaan is. Ter illustrasie daarvan bevat die sertifikaat van versekering, onder andere, die volgende relevante bewoording:

> *"**IMPORTANT**: **Carefully examine this policy***
>
> *Immediately on receipt please examine this policy and if it is not in accordance with your application kindly return it at once to the office of issue".*[10]

14.

Dit is 'n elementêre en grondliggende algemene beginsel dat kontrakte wat vryelik en in alle erns deur bevoegde partye aangegaan is in die openbare belang afgedwing word,[11] behalwe insoverre as wat die kontrakte die openbare belang skend of in stryd is met 'n statutêre bepaling.[12]

---

10 P15 reëls 22 – 24.

11 Magna Alloys & Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis 1984 (4) SA 874 (HHA) op 893 H – I; Sentrale Ko-öp Graanmaatskappy Bpk v Shifren & Andere 1964 (4) SA 760 (A) op 767 A.

12 Sasfin v Beukes 1989 (1) SA 1(A) op 9 A – C, Christie; The Law of Contract, 4de Uitgawe, p391.

15.

Dit was reeds die posisie in die gemenereg dat ‘n kontraksbepaling die openbare belang skend indien dit die jurisdiksie van howe ontneem.[13]

16.

Nieteenstaande die gemeenregtelike reël dat dit teen die openbare belang is om die jurisdiksie van howe uit te sluit is tydsbeperkingsklousules, soos die onderhawige, vir etlike jare deur die howe toegepas.[14]

17.

In Magna Alloys & Research SA (Pty) Ltd v Ellis *(supra)* op 891 B – E word gesê:

> *“’n Mens kan dus met veiligheid aanvaar dat daar in ons gemenereg niks is wat verklaar dat ‘n bepaling in ‘n ooreenkoms wat die handelvryheid van ‘n party inkort bloot om daardie rede ongeldig of onafdwingbaar is*

13 Schierhout v Minister of Justice 1925 AD 417 op 424:

> *“If the terms of an agreement are such as to deprive a party of his legal rights generally, or to prevent him from seeking redress at any time in the Courts of Justice here for any future injury or wrong committed against him, there would be good ground for holding that such an undertaking is against the public law of the land.”*

14 Sien, onder andere, Santam Insurance Ltd v Cave t/a The Entertainers 1986 (2) SA 48 (A) op 57 C – D.

nie. Dit volg dus dat daar in ons gemenereg nie gesag te vind is vir die benadering wat al so lank deur ons howe gevolg word nie, naamlik dat 'n bepaling in 'n ooreenkoms wat 'n beperking op die handelsvryheid van 'n party plaas, prima facie ongeldig of onafdwingbaar is ... Beslissings oor die onderwerp toon dat ons howe al vir baie dekades van die standpunt uitgaan dat dit in belang van die gemeenskap is dat iedereen vir sover moontlik vry moet wees om hom in die handels- en beroepswêreld te laat geld, en dat 'n onredelike inkorting van hierdie vryheid, of 'n inkorting daarvan wat die openbare belang skaad, nie toegelaat behoort te word nie."

18.

Na analogie van die beslissing in Magna Alloys & Research SA (Pty) Ltd *(supra)* kan ook, *in casu*, met veiligheid aanvaar word dat daar in ons gemenereg niks is wat verklaar dat 'n bepaling in 'n ooreenkoms wat die tydperk vir toegang tot howe inkort bloot om daardie rede ongeldig of onafdwingbaar is nie.

19.

19.1 By 'n ooreenkoms is die party wat beweer dat hy nie gebonde is aan 'n beperking wat hy op hom laat lê het nie die party wat die bewyslas dra om te bewys dat die afdwing van die beperking die openbare belang sal benadeel. Met aanvaarding van die openbare belang as die toetssteen

bring dit verder mee dat daar nie ‘n las op die persoon wat ‘n beperking wil afdwing, rus om te bewys dat die beperking redelik is nie. Die enigste toets is of die beperking van so ‘n aard is dat dit die openbare belang sou benadeel indien dit afgedwing word, en die las om sodanige benadeling te bewys rus op die persoon wat weier om hom te onderwerp aan ‘n beperking waartoe hy toegestem het. [15]

19.2 Die bevinding in Canon KZN (Pty) Ltd t/a Canon Office Automation v Booth 2005 (3) SA 205 (NPA) dat die bewyslas op die party rus wat ‘n sogenaamde *“restraint of trade”* klousule wil afdwing om te bewys dat die kontraktuele bepaling redelik is, is onderskeibaar aangesien dit, in die betrokke beslissing, aanvaar is dat die klousule inbreuk maak op die bepalings van Artikel 22 van die Grondwet.

20.

‘n Ooreenkoms wat vir een van die partye onredelik of onbillik werk was in ons gemenereg normaalweg nie ‘n grond waarop die ooreenkoms aangeveg kon word nie en dit is in die openbare belang dat persone hulle moet hou aan ooreenkomste wat hulle aangegaan het.[16]

---

15 Magna Alloys & Research SA (Pty) Ltd *(supra)* op 893 A – B.

16 Magna Alloys & Research SA (Pty) Ltd *(supra)* op 893 H – I; McCullough & Whitehead v Whiteaway Company 1914 AD 599 op 625 tot 626:

> *”Now, that the document was one sided and harsh admits of no doubt: but I am not aware of any principle of our law by which, on that ground alone, an undertaking deliberately and knowingly entered into could be repudiated.*

21.

Die bogenoemde afdwing van ooreenkomste word uitgedruk in die stelreël *pacta sunt servanda*.

22.

Die bogenoemde beginsels is gevestigde reg. Dit word aan die hand gedoen dat dit ook die regsbeginsels is waarvolgens daar beoordeel moet word of die bepalings van klousule 5.2.5 geldig en afdwingbaar is, tensy daar bepalings in die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 108 van 1996 ("die Grondwet") is wat die heroorweging van die pre-konstitusionele regsposisie vereis.[17] Dit volg daaruit dat alle statute interpreteer moet word deur die prisma van die Grondwet.[18] Benewens voorgaande moet die pre-konstitusionele regsposisie,

---

> *Certainly we were referred to no such authority. Nor do any of the decisions with regard to contracts in restraint to trade seems to me to be in point"*

.

17 Total Support Management (Pty) Ltd and Another v Diversified Health Systems (SA) (Pty) Ltd and Another 2002 (4) SA (HHA) 661 op 672 I – J, 673 A – B, para [22].

18 Investigating Directorate: Serious Economic Offences and Others v Hyundai Motor Distributors (Pty) Ltd and Others: In re Hyundai Motor Distributors (Pty) Ltd and Others v Smit NO and Others 2001 (1) SA 545 (CC) op 558 E – F (para [21]):

> *"[21] Section 39(2) of the constitution provides a guide to statutory interpretation under this constitutional order. It states: 'When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the bill of rights'.*
>
> *This means that all statutes must be interpreted through the prism of the bill of rights."*

insluitende die gemeenregtelike kontraktereg, beoordeel word onderhewig aan grondwetlike kontrole.[19]

23.

Die grondwetlike waardes *("values")* van waardigheid, gelykheid en vryheid vereis dat die howe hul taak om ooreenkomste ongeldig te verklaar of om te weier om dit af te dwing met omsigtigheid *("perceptive restraint")* moet benader.[20] Een van die redes daarvoor is dat kontrakteervryheid deel vorm van die grondwetlike reg tot vryheid.

24.

Artikel 34 van die Grondwet bepaal die volgende:

> *"34.* ***Toegang tot howe***
>
> *Elkeen het die reg dat 'n geskil wat deur die toepassing wat die reg besleg kan word, in 'n billike openbare verhoor beslis word voor 'n Hof of, waar dit gepas is, 'n ander onafhanklike en onpartydige tribunaal of forum."*

---

19 Per Cameron AR in Brisley v Drotsky 2002 (4) SA 1 (HHA) op 33 F – H, para [88].
20 Per Cameron AR in Brisley v Drotsky *(supra)* op 35 E – F, para [94].

25.

Die Respondent voer aan dat klousule 5.2.5 van die versekeringsooreenkoms, waartoe hy vryelik en in alle erns ‘n party was *“indruis”* teen sy grondwetlik verskanste reg tot toegang tot die howe, deurdat hy ‘n aksie teen die Appellant moet instel binne 90 dae nadat sy eis gerepudieer is.

26.

Artikel 8(2) van die Grondwet bepaal soos volg:

> *“’n Bepaling van die handves van regte bind ‘n natuurlike of ‘n regspersoon indien, en in die mate waarin, dit toepasbaar is met in agneming van die aard van die reg en die aard van enige plig deur die reg opgelê”.*

27.

Artikel 34 van die Grondwet sal, uit hoofde van die bepalings van Artikel 8(2) van die Grondwet dus slegs partye bind indien, en in die mate waarin dit toepasbaar is, met inagneming van die aard van die Respondent se reg en die aard van enige plig wat deur die reg opgelê word.

28.

Artikel 34 bind die partye nie ten opsigte van die versekeringsooreenkoms en die bepalings daarin vervat nie en dit is nie toepasbaar op die versekeringsooreenkoms nie, vir die volgende redes:

28.1 Artikel 34 van die Grondwet plaas geen plig op die Appellant of die Respondent om te verseker dat die ander kontraksparty toegang tot howe het nie.

28.2 Artikel 34 van die Grondwet verleen geen regte vir die Appellant en die Respondent *vis-a-vis* mekaar dat die ander moet verseker dat elk van die partye 'n reg het op toegang tot die howe nie.

28.3 Die partye het in die versekeringsooreenkoms vryelik en in alle erns met mekaar ooreengekom dat, *inter partes,* dit billik is dat aksie ingestel moet word binne 90 dae na repudiasie van enige eis. Die partye het dus self bepaal wat billik is ten einde te verseker dat albei partye spoedige beslegting kan verkry van enige geskil wat mag onstaan.

28.4 Die reg op toegang tot die howe is reeds in die gemenereg verskans deurdat dit teen die openbare belang is om die jurisdiksie van howe uit te sluit.[21]

28.5 Die aard van die reg geskep in Artikel 34 van die Grondwet is intrinsiek van so ‘n aard dat dit slegs afdwingbaar is teen die Staat. ‘n Natuurlike of ‘n regspersoon word slegs gemeenregtelik te laste gelê om nie ooreen te kom om die jurisdiksie van howe totaal uit te sluit nie. In hierdie sin kan Artikel 34 nie aangewend word om die gemeenregtelike posisie te ontwikkel nie.

28.6 Die partye tot ‘n ooreenkoms kan, met die uitsondering van bepalings wat so onredelik is dat dit teen die openbare belang indruis, self bepaal op welke wyse administratiewe geregtigheid *inter partes* tussen hulle sal geld, selfs al beteken dit dat die party minder regte het as waarop hulle by ontstentenis van hul ooreenkoms, sou gehad het.

29.

In casu illustreer die feite dat Artikel 34 nie horisontale werking het nie, vir die volgende redes:

---

21 Schierhout *(supra)* op 424.

29.1 Die partye het *inter partes* ooreengekom dat administratiewe geregtigheid en billikheid bevredig sal word indien aksie binne 90 dae nadat 'n eis gerepudieer is deur die Respondent teen die Appellant ingestel moet word.

29.2 Die bepaling in die kontrak sluit nie die jurisdiksie van die howe of toegang tot die howe uit nie.

29.3 Die essensie van die Respondent se beroep op die bepalings van Artikel 34 van die Grondwet is dat die Respondent 'n verdere tydperk wil verkry waarbinne aksie ingestel kan word, nadat die eis gerepudieer is. Daardie tydperk, by ontstentenis van enige ander ooreengekome tydperk, is die oorblywende tydperk van die verjaringstermyn ingevolge die bepalings van die Verjaringswet, 68 van 1969.

29.4 Die Appellant het geen plig teenoor die Respondent om te verseker dat die Respondent aksie teen die Appellant kan instel binne die volle verjaringsperiode nie. Die Appellant is hoogstens daaraan gebonde, in die gemenereg, om nie die jurisdiksie van die howe uit te sluit nie.

29.5 Die partye het bepaal wat hulle, *inter partes*, as administratiewe geregtigheid en as billikheid beskou om spoedige beslegting van die

geskil te verkry en daardeur, ten minste, afstand gedoen van enige regte om vir langer tydperke die geleentheid te hê om aksie in te stel.[22]

30.

Indien Artikel 34 van die Grondwet horisontale werking sou hê (wat ontken word) en tydsbeperkingsklousules in stryd is met Artikel 34 van die Grondwet, volg die volgende absurde resultaat:

30.1 Tydsbeperkings vir die instel van arbitrasies, waarop partye vryelik en in alle erns ooreenkom, sal ongeldig wees omdat dit in stryd is met die bepalings van Artikel 34. Dit is onhoudbaar.[23]

30.2 Die agterliggende bedoeling tot Artikel 34 is om administratiewe billikheid te bevorder, terwyl dit nou gebruik word om die partye se reg om ooreen te kom op administratiewe billikheid van albei van die partye te ontneem.

---

22 Total Support Management v Diversified Health Systems (SA) (Pty) Ltd *(supra)* op 674 C – G, paras [27] en [28]:

> *"[28] The ambit and application of s34 was not fully argued before us and its proper interpretation must be left open. It may well not be of application. Even if the fairness requirement of s34 applies to private arbitrations, there is nothing which precludes the parties themselves from defining what is fair. In my view, the fairness requirement is satisfied where parties who resort to arbitration agree to forego a right of appeal and accept that the well-known and well-established principles governing arbitration will apply".*

23 Total Support Management v Diversified Health Systems (SA) (Pty) Ltd *(supra)* op 674 E:

> *"In a private arbitration the parties may by agreement exclude any form of public hearing – the need for anonymity or secrecy may well underlie the decision to resort to arbitration".*

31.

In die vooropstelling is Artikel 34 nie toepasbaar nie. Die Respondent het nie in betoog daarmee volhard dat die bepalings van klousule 5.2.5 strydig is met die openbare belang nie. Die Appellant se appél behoort dus te slaag op grond daarvan dat die bepalings van Artikel 34 van die Grondwet nie toepasbaar is nie.

32.

Indien Artikel 34 van die Grondwet wel horisontale werking het (wat steeds ontken word) vereis die grondwetlike waardes *("values")* van waardigheid, gelykheid en vryheid dat die howe hul taak om ooreenkomste ongeldig te verklaar of om te weier om dit af te dwing met omsigtigheid (*"perceptive restraint"*) moet benader.[24]

[24] Per Cameron AR in Brisley v Drotsky *(supra)* op 35 E – F, para [94]:

> *"On the contrary, the constitutional values of dignity and equality and freedom require that the courts approach their tasks of striking down contracts or declining to enforce them with perceptive restraint. One of the reasons, as Davis J has pointed out , is that contractual autonomy is part of freedom. Shonn of its obscene excesses contractual autonomy informs also the constitutional value of dignity: …"*

33.

Die grondwetlike regte van waardigheid, gelykheid en vryheid vind uitdrukking in die stelreël *pacta sunt servanda*.[25] Die partye se genoemde grondwetlike reg is een waarop albei partye aanspraak kan maak.

34.

Die partye se grondwetlike reg op waardigheid, gelykheid en vryheid (soos dit uitdrukking vind in die stelreël *pacta sunt servanda)*, vereis dat die versekeringsooreenkoms wat vryelik en in alle erns deur hulle aangegaan is deur die howe afgedwing word, behalwe indien ‘n bepaling daarin vervat ongeldig en onafdwingbaar is, omdat dit die openbare belang skaad of indien dit in stryd is met ‘n statutêre bepaling. Indien ‘n kontraktuele bepaling ongeldig en onafdwingbaar is omdat dit die openbare belang skaad of omdat dit in stryd is met ‘n statutêre bepaling is dit *per se* onafdwingbaar. Dit word aan die hand gedoen dat die tydsbeperkingsklousule wat vervat is in klousule 5.2.5 nie teen die openbare belang is nie, aangesien:

34.1 Die jurisdiksie van die howe word nie uitgesluit nie.

---

[25] Afrox Healthcare Bpk v Strydom 2002 (6) SA 21 (A) op 38 D, para. [23]:

> *“Die grondwetlike waarde van kontrakteersvryheid omvat, op sy beurt, weer die beginsel wat in die stelreël pacta sunt servanda uitdrukking vind”.*

Per Cameron AR Brisley v Drotsky *(supra)* para. [94] op p35 E – F.

34.2 Die partye se reg om ‘n geskil tussen hulle te laat besleg word nie weggeneem of beperk nie.

34.3 Daar is geen getuienis of aanduiding dat die periode van 90 dae onvoldoende was om die Respondent in staat te stel om aksie teen die Appellant in te stel om die geskil tussen hulle te laat bereg nie. Nog minder is daar enige getuienis of aanduiding daarvan dat die periode van 90 dae onvoldoende is of was om die Respondent in staat te stel om aksie in te stel. Die bewyslas was op die Respondent om aan te toon dat die bepalings van klousule 5.2.5 so onredelik is dat dit teen die openbare belang is en gevolglik onafdwingbaar is.[26] Eers as die oorwegings in Artikel 36 van die Grondwet te sprake kom verander die bewyslas.

34.4 Die Hof behoort in ieder geval sy reg om te verklaar dat ‘n ooreenkoms of ‘n bepaalde bepaling in ‘n ooreenkoms in stryd is met die openbare belang behoort omsigtig en slegs in die duidelikste van aangeleenthede uit te oefen, selfs indien die terme van die ooreenkoms, of sommige terme daarvan ‘n persoon se individuele sin vir reg en regverdigheid aantas.[27]

---

26 Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd *(supra)* op 893 A – C.

27 Sasfin (Pty) Ltd v Beukes *(supra)* op 9B:

> *“No court should therefore shrink from the duty of declaring a contract contrary to public policy when the occasion so demands. The power to declare contracts contrary to public policy should, however, be exercised sparingly and only in the clearest of cases, lest uncertainty as to the validity of contracts result from an arbitrary and indiscriminate use of the power. One must be careful not to*

35.

Indien ‘n kontraktuele bepaling nie die openbare belang skaad of in stryd is met ‘n statutêre bepaling nie, maar ‘n grondwetlike reg beperk, sal sodanige beperking slegs geregverdig wees indien dit redelik en regverdigbaar is in ‘n oop en demokratiese samelewing gebaseer op waardigheid, gelykheid en vryheid.[28]

36.

Soos reeds hierbo aangetoon is dit die grondwetlike waardes *(“values”)* van waardigheid, gelykheid en vryheid wat uitdrukking vind in die stelreël *pacta sunt servanda*.[29] Die openbare belang in ‘n oop en demokratiese samelewing gebaseer op waardigheid, gelykheid en vryheid vereis in die algemeen volle kontrakteersvryheid en die reg van mense om hulleself ten opsigte van alle regmatige onderwerpe vryelik te verbind.[30]

---

conclude that the contract is contrary to public policy merely because its terms (or some of them) offend one’s individual sense of proprietary and fairness.

In the words of Lord Atkins in Fender v St John Mildmay 1938 AC 1 (HL) at 12([1937] 3 ALL ER 402 at 407 B – C):

“The doctrine should only be invoked in clear cases in which the harm to the public is substantially incontestable, and does not depend upon the idiosyncratic inferences of a few judicial minds’”.

28 Artikel 36 van die Grondwet.

29 Afrox Health Care Bpk v Strydom *(supra)* op 38D, para [23]; Brisley v Drotsky *(supra)* op 35 E – F, para [94].

30 Law Union & Rock Insurance Co Ltd v Carmichele Executor 1917 (AD) 593 op 598:

“Public policy demands in general full freedom of contract: the right of men freely to bind themselves in respect of all legitimate subject matters.”

37.

Die aard van die reg wat die Respondent aanvoer op inbreuk gemaak word is die Respondent se reg tot toegang tot die howe. Die Respondent se reg tot toegang tot die howe word nie beperk deur die bepalings van klousule 5.2.5 nie, aangesien die Respondent steeds onbeperkte toegang tot die howe het om ‘n geskil tussen die Appellant en die Respondent te laat besleg. Die enigste beperking op die Respondent is dat die Respondent verplig word om binne ‘n periode van 90 dae na datum van repudiasie van die eis aksie teen die Appellant moet instel om spesifieke nakoming van die versekeringsooreenkoms af te dwing. In die aangeleentheid van Afrox Health Care Bpk v Strydom *(supra)* is die reg van Strydom om ‘n geskil met Afrox Health Care Bpk betreffende mediese nalatigheid van die mediese personeel van Afrox Health Care Bpk te laat besleg in geheel deur ‘n vrywaringsklousule uitgesluit. Ten spyte daarvan is in hierdie Agbare Hof bevind dat daar nie afgewyk behoort te word van die stelreël *pacta sunt servanda* nie.[31]

38.

Die belang en die doel van klousule 5.2.5 van die versekeringsooreenkoms is klaarblyklik om, tot voordeel van albei partye te verseker dat spoedige beregting van enige geskil wat tussen die partye ontstaan verkry kan word. Dit is in

---

31 Afrox Health Care (Pty) Ltd v Strydom *(supra)* op 38 E – F para. [24].

belang van albei partye om beskikbare getuienis voor die Hof te plaas om die geskil te bereg en om binne 'n korter tydperk finaliteit te verkry.[32]

39.

Selfs gesien deur die prisma van die Grondwet is daar geen noodsaak vir die Hof om die gemenereg uit te brei, aan te pas, of te ontwikkel nie. Analoog daaraan dat die partye in 'n privaat arbitrasie by ooreenkoms 'n openbare verhoor kan uitsluit[33] kan partye by ooreenkoms bepaal dat dit *inter partes* billik is om binne 90 dae na repudiasie aksie in te stel omdat die partye dit as billik beskou.[34]

40.

Die Respondent het vryelik en in alle erns die versekeringsooreenkoms aangegaan, met insluiting van die bepalings van klousule 5.2.5. Daar is geen ruimte vir die Respondent om nou, in nabetragting, aan te voer dat die bepalings

---

32 Bierman v Mutual & Federal Versekeringsmaatskappy 2004 (2) ALL SA 389 O.

33 Total Support Management v Diversified Health Systems (SA) (Pty) Ltd *(supra)* op 674 E – G:

> *"In a private arbitration the parties may by agreement exclude any form of public hearing – the need for anonymity or secrecy may well underlie the decision to resort to arbitration."*

34 Total Support Management v Diversified Health Systems *(supra)* op 674 E – G:

> *"Even if the fairness requirement of s34 applies to private arbitrations there is nothing which precludes the parties themselves from defining what is fair …."*

van klousule 5.2.5 *"indruis"* teen die Respondent se beweerde grondwetlike reg tot toegang tot die howe nie.

41.

In die vooropstelling het die *Hof a quo* fouteer deur nie die volgende bevel te verleen nie:

41.1 Dit word verklaar dat klousule 5.2.5 van die versekeringsooreenkoms tussen die partye bestaanbaar is met Artikel 34 van van die Grondwet, 108 van 1996, en derhalwe geldig is.

41.2 Die Verweerder se spesiale pleit word gehandhaaf.

41.3 Die Eiser se eis word van die hand gewys met koste, met insluiting van die koste van twee advokate.

42.

Dit sal versoek word dat die Appellant se appél gehandhaaf word met koste, met insluiting van die koste van twee advokate.

GETEKEN TE PRETORIA OP HEDE DIE ____ DAG VAN JUNIE 2005

____
A C LE ROUX S.C.

____
P G CILLIERS