



THE SUPREME COURT OF APPEAL
REPUBLIC OF SOUTH AFRICA

JUDGMENT

NIE RAPPORTEERBAAR
Saaknommer : 688/06

In die saak tussen :

P F SWART

APPELLANT

en

M J JANSE VAN RENSBURG

EERSTE RESPONDENT

J M JANSE VAN RENSBURG

TWEEDE RESPONDENT

CORAM : FARLAM, HEHER. COMBRINCK ARR

DATUM : 19 NOVEMBER 2007

GELEWER : 29 FEBRUARIE 2008

Opsomming: Sale of immovable property – defences of common assumption, conventional penalty and repudiation dismissed.

Neutrale verwysing: *Swart v Van Rensburg* (688/2006) [2008] ZASCA 2 (29 Februarie 2008)

COMBRINCK AR/

COMBRINCK AR :

[1] Die appèl handel oor die aanspreeklikheid van die appellant vir die betaling van 'n bedrag van R60 000 aan die respondente uit hoofde van 'n skriftelike ooreenkoms vir die verkoop van onroerende eiendom. Die respondent het in 'n geding in die Pretoria landdroshof geslaag en 'n bevel vir betaling van die bedrag verkry. Die uitspraak en bevel is op appèl deur die Volbank, Pretoria Hooggeregshof, bevestig. Met verlof van daardie hof kom die appellant nou op hoër beroep.

[2] Die grondslag van die respondente se eis is 'n skriftelike koop-ooreenkoms wat op 11 Junie 2001 tussen 'n maatskappy, NPS Distributors (Edms) Bpk ('NPS'), as koper en die respondente as verkopers aangegaan is. Ingevolge die ooreenkoms het die respondente 'n eiendom bekend as erf 451, Garsfontein, Pretoria, aan NPS verkoop. Die tersaaklike terme was:

- (i) dat NPS binne twintig dae na ondertekening van die kontrak 'n waarborg vir die volle koopsom moes lewer;
- (ii) dat okkupasie op 1 September 2001 aan die koper gegee moes word;
- (iii) 'n 'geen voorstellingsklousule' wat as volg lees:

'8.2 Die partye bevestig dat daar geen voorstellings ten opsigte van die eiendom deur of namens die verkoper gemaak is wat aanleiding gegee het tot hierdie ooreenkoms nie en verklaar dat hierdie kontrak die volledige ooreenkoms tussen die partye beliggaam en geen wysiging of toevoeging daartoe sal geldig wees tensy dit skriftelik opgestel en onderteken is deur albei partye nie.';

- (iv) 'n 'geen waarborg' klousule wat lees:

'13.2 Geen waarborge word deur die Verkoper aan die Koper gegee dat die perseel vir enige ander doeleindes as vir residensiële doeleindes gebruik mag word en/of dat die Verkoper enige vergunning op hierdie stadium het vanaf die onderskeie owerhede om die perseel vir enige ander doeleindes te gebruik nie.'

- (v) 'n kansellasie klousule, die relevante deel waarvan as volg bewoord is:

'Indien die KOPER versuim om enige betalings ingevolge hierdie kontrak op die vervaldatum te maak, of versuim om enige van die verpligtinge kragtens hierdie kontrak hom opgelê op die vervaldatum na te kom, het die VERKOPER die volgende regte waarop hy geregtig is kragtens hierdie kontrak, naamlik:

9.1 Om die nakoming van die KOPER se verpligtinge, met inbegrip van betalings van die volle balans van die uitstaande koopprys met rente daarop ten tye van sodanige breuk, af te dwing; en

9.2 Die reg hê om die ooreenkoms summier te kanselleer in welke geval PIETER FRANCOIS SWART, in sy persoonlike hoedanigheid, verplig sal wees om, indien okkupasie reeds geneem is van die perseel, die eiendom te ontruim en verplig sal wees om aan die Koper 'n bedrag van R60 000,00 (sestig duisend rand) as voorafberaamde en ooreengekome skadevergoeding te betaal.'

Die respondente se eisorsaak is op klousule 9.2 hierbo gegrond. Daar is in die besonderhede van vordering beweer dat NPS versuim het om die waarborg vir die koopsom te lewer en dat na behoorlike kennisgewing die kontrak regmatiglik kanselleer is. Die bedrag van R60 000 het dus opeisbaar geword. Hierop het appellant die volgende verwere geopper:

- (a) dat die onmiddellike partye gekontrakteer het op die basis van 'n veronderstelling wat later geblyk het nie gegrond te wees nie en die kontrak dus nietig was; alternatiewelik
- (b) dat die verpligting tot betaling van die R60 000 neerkom op 'n strafbeding wat ingevolge die Wet op Strafbedinge, Wet 15 van 1962, buite verhouding was tot die nadeel deur respondent gely; alternatiewelik
- (c) bedrieglike wanvoorstelling aan die kant van respondente; alternatiewelik
- (d) dat respondente die kontrak repudieer het, welke repudiasie deur NPS aanvaar is en wat toe teruggetree het uit die ooreenkoms.

[3] Voor ek handel met die verwere dien gemeld te word dat dit gemenesaak geword het dat NPS versuim het om die waarborg vir die koopsom te lewer, dat kennisgewing van voornemens om te kanselleer gegee is en dat behoorlike kansellasië op 15 Oktober 2001 geskied het. Verder was die partye dit eens dat indien appellante nie in een van sy verwere slaag nie, die bedrag van R60 000 regtens betaalbaar is. Daar dien verder gemeld te word dat appellant se advokaat die verweer van bedrieglike wanvoorstelling laat vaar het en niks verder hoef daaroor gesê te word nie. Ek handel dus voorts met die ander verwere.

[4] Dit sal dienlik wees om met die vraag of appellant daarin geslaag het om te bewys dat respondente die kontrak repudieer het te begin. Dit is 'n feitevraag wat kortliks afgehandel kan word. Ten einde te slaag in die verweer moes bewys word dat die respondente se optrede ' . . . a deliberate unequivocal intention no longer to be bound' daargestel het. (Sien *Street v Dublin* 1961 (2) SA 4 (W) te 10 aangehaal met goedkeuring in *Inrybelange (Edms) Bpk v Pretorius* 1966 (2) SA 416 (A) te 427.) Vir die toets wat toegepas moet word, sien *Highveld 7 Properties v Bailes* 1999 (4) SA 1307 (HHA) para 21. Waarop appellant staatgemaak het is in die briewewisseling uiteengesit. In 'n brief gedateer 20 September 2001 word die volgende gesê:

'Sekere bates onder meer vaste aanhegtings asook liginstallasies is teenstrydig met die bepalings van die ooreenkoms verwyder, alternatiewelik is ons cliënt in kennis gestel dat dit verwyder sal word. Ons cliënt het hieroor navraag gedoen waarna u cliënt ons cliënt gekonfronteer het deur te sê dat die bates word verwyder. Die sleutels van die perseel is deur u cliënt teruggeneem en gevolglik kan ons cliënt nie okkupeer nie. Hierdie voormelde optrede deur u cliënt word as repudiasie aan die kant van u cliënt beskou en word ons cliënt se regte in hierdie verband voorbehou.'

In 'n latere brief gedateer 28 September 2001 blyk die volgende:

'Uit die houding van u cliënt om voort te gaan om die goedere te verwyder is dit duidelik dat daar nie okkupasie aan ons cliënt verleen word nie, alternatiewelik dat daar okkupasie verleen word maar dat goedere wat verwyder word, u cliënt nie geregtig was om te verwyder nie. Hierdie optrede is duidelike repudiasie van die ooreenkoms ten opsigte waarvan ons cliënt sy regte voorbehou.'

Die brief eindig met die volgende paragraaf:

'Ons het dan streng opdrag van ons cliënt om u in kennis te stel dat ons cliënt, sonder benadeling van regte, bereid is om voort te gaan met die transaksie op voorwaarde dat die *status quo* ten opsigte van die verwydering van verbeteringe wat vaste aanhegtings tot die eiendom vorm onmiddellik herstel word en ons cliënt in 'n posisie geplaas word om die eiendom te okkupeer.'

Daarna volg 'n brief gedateer 10 Oktober 2001 waarin die sogenaamde repudiasie aanvaar word en NPS terugtree uit die ooreenkoms. Uit die briewewisseling blyk dit duidelik dat waarop die appellant staatmaak vir bewys van repudiasie is die verwydering van aanhegtings uit die perseel, teenstrydig met die bepalings van die kontrak. Dit is inderdaad ook sodanig gepleit. Die appellant en sy vrou het albei in die landdroshof getuig. Volgens hulle getuienis het die vaste aanhegtings waarna verwys is in die korrespondensie

betrekking op geisers, wasbakke en 'n ligkas. Toe dit onder kruisverhoor aan hulle gestel is dat die geisers nie verwyder is en dat inspeksie daar en dan sou bewys dat die geisers nog steeds daar was, het hulle toegegee dat hulle geen persoonlike kennis dra van die feit dat die geisers wel verwyder is nie. Wat die verwydering van die wasbakke betref, is van belang dat in die brief van 28 September 2001 NPS se prokureur toegegee het dat daar dalk 'n misverstand kon wees in verband met die omvang van die woorde 'salontoerusting' in die skriftelike kontrak. Die kontrak het die verkoper gemagtig om alle salontoerusting te verwyder. Verder dien gemeld te word dat respondente onderneem het om die ligkas wat hulle verwyder het terug te plaas. Wanneer respondente se optrede oorweeg word, is dit duidelik dat geen redelike persoon kon aflei dat hulle die bedoeling gehad het om nie hulle verpligtinge onder die ooreenkoms na te kom nie. Beide respondente het getuig dat die eiendom beskikbaar was vir okkupasie op 1 September 2001 ter nakoming van die ooreenkoms. Hulle het verder getuig dat slegs die salontoerusting, insluitende die wasbakke, verwyder is. Hulle prokureur het herhaaldelik daarna in die korrespondensie die sleutels tot die eiendom getender ten einde NPS in staat te stel om te okkupeer. Hy het aangebied om die kontroversiële ligkas terug te plaas en ten einde laaste ook voorgestel dat die partye om 'n tafel bymekaar kom om hulle geskille te probeer oplos. Die voorstel is blykbaar van die hand gewys. Gegewe al hierdie feite stem ek volkome saam met die hof *a quo* dat daar geen repudiasie van hierdie ooreenkoms aan die kant van die respondente was nie en dat die daaropvolgende kansellasië dus ongeldig was.

[5] Ek handel voorts met die vraag of die bedrag wat van appellant geëis word 'n strafbeding was wat ingevolge die Wet op Strafbedinge verminder behoort te word. Die appellant het gepleit dat klousule 9.2 'n strafbeding is soos omskryf in art 3 van die Wet op Strafbedinge, dat dit buite verhouding is tot die nadeel deur appellant gely en dat dit dus ingevolge die bepalings van die Wet verminder moet word tot 'n mate wat die hof billik mag ag. Die geding is op hierdie grondslag in die landdroshof gevoer en ook sodanig redeneer in die hof *a quo*. In hierdie hof slaan appellant se advokaat 'n totaal nuwe rigting in en voer aan dat die Wet nie van toepassing is nie. Hy betoog dat die

appellant nie iemand is wat binne die definisie van art 1 van die Wet val nie. In wese bepaal gemelde artikel dat daar kontrakbreuk ter sprake moet wees alvorens 'n strafbeding binne die konteks van die Wet afdwingbaar kan wees. Sodanige kontrakbreuk moet deur een van die kontrakspartye geskied. Aangesien appellant 'n derde party was tot die kontrak, kon hy nie kontrakbreuk pleeg nie en is die Wet dus nie op hom van toepassing nie. Die betoog is voorts dat die gemenereg geld, dat aangesien appellant geen prestasie uit die kontrak ontvang het nie, dit 'n suiwere strafbeding wat *in terrorem* bepaal is wat onafdwingbaar is. Hoe vindingryk die argument mag wees, appellant is gebonde aan sy pleitstukke. Soos aangetoon, het hy hom verlaat op die bepalings van die Wet en die saak is op hierdie basis gevoer. Dit staan nie die appellant vry om tot nadeel van respondent af te wyk van sy pleitstukke en 'n nuwe verweer te opper nie. Dit gesê, is ek buitendien van mening dat in hierdie saak dit nie 'n verskil maak of die Wet wel van toepassing is of nie. Indien die bedrag geëis blyk 'n egte vooruitberaming van skade te wees, is dit ingevolge die gemenereg afdwingbaar. (Sien *Cape Town Municipality v F Robb & Co (Ltd)* 1966 (4) SA 329 (A) te 336C-F.) Die eiendom is vir 'n prys van R750 000 verkoop. Die waarskynlikhede dui daarop dat dit bo die markwaarde was. In briewe van sy prokureur word gekla dat die appellant te veel betaal het vir die eiendom. Die tweede respondent se getuienis was dat die eiendom nie op die mark was nie, maar dat die appellant haar telefonies in die wildtuin gekontak het en aangebied het om enige prys wat sy mag noem te betaal. Toe die bedrag van R60 000 bepaal is, moes respondente ook in ag geneem het dat die haarsalon wat daar bedryf was gesluit moes word en die werknemers skeidingspakkette betaal moes word. Dan was daar nog die uitgawes verbonde aan die verwydering van die salontoerusting en die herstelwerk aan die vloer en muur. Gegewe al hierdie koste en veral die wins wat die respondente uit die transaksie sou gemaak het, is ek tevrede dat die bedrag van R60 000 'n onderskatte vooruitberaming van skade was. Dit wil my voorkom dat respondente 'n veel groter bedrag skade gely het. Die verweer is dus sonder meriete.

[6] Ek handel voorts met die verweer dat die kontrak gesluit is op grond van 'n gemeenskaplike veronderstelling wat later geblyk het nie gegrond te wees nie. Die verweer is so gepleit:

‘4.2 Verweerder voer aan dat daar geen ooreenkoms tot stand gekom het tussen die Eisers en NPS Distributors (Edms) Beperk nie en op grond daarvan dat:

- 4.2.1 die partye gekontrakteer het op die basis van die veronderstelling dat:
 - (a) Eisers reeds aansoek gedoen het om hersonering van die erf van spesiaal na besigheid;
 - (b) dat alhoewel nie gewaarborg nie, daar geen rede bestaan waarom die aansoek om hersonering afgekeur sal word nie;
- 4.2.2 Na kontraktering het dit geblyk dat Eisers geen sodanige aansoek tot die owerheid gerig het nie, alternatiewelik dat daar verskeie probleme met die aansoek bestaan en dat dit waarskynlik nie goedgekeur sal word nie;
- 4.2.3 Omdat gemelde veronderstelling verkeerd geblyk te gewees het, het daar derhalwe nie konsensus tussen partye bestaan rakende gemelde aanhangsel “A” nie en is dit derhalwe nietig.’

Die pleitopsteller maak dieselfde fout uitgewys deur Nugent R in *Wilson Bayly Holmes (Pty) Ltd v Maeyane* 1995 (4) SA 340 (T) te 343G. Daar was konsensus tussen die partye. Hulle het albei (na bewering) gedwaal omtrent die feite uiteengesit in paragraaf 4.2.1 hierbo aangehaal. Tydens die verhoor het appellant se advokaat gepoog om getuienis te lei om die veronderstelling te bewys. Daar is teen die getuienis beswaar gemaak op grond daarvan dat dit ingevolge die integrasiereël (‘parol evidence rule’) ontoelaatbaar was. Die landdros, hoewel sy nie 'n uitdruklike reëling gemaak het nie, het die beswaar gehandhaaf en die getuienis is dus nie gelei nie. Appellant voer aan dat die getuienis verkeerdelik uitgesluit is en dat sodanige getuienis om 'n gemeenskaplike veronderstelling te bewys wel toelaatbaar is. Die hof *a quo* het bevind dat die landdros tereg die getuienis op grond van die integrasiereël uitgesluit het. Daar is ook op die feite bevind dat appellant nie die veronderstelling sou kon bewys nie al het hy getuienis daaroor gelewer.

[7] Die vraagstuk wanneer 'n veronderstelling lei tot nietigheid van 'n kontrak is in hierdie hof behandel in *Van Reenen Steel (Pty) Ltd v Smith* NO 2002 (4) SA 264 (SCA). Die volgende stelling in *Wilson Bayly Holmes (Pty) Ltd (supra)* is goedgekeur as synde in ooreenstemming met gesag en beginsel:

'a common mistake relating to the existence of a particular state of affairs will not render the contract void unless it can be said that the parties expressly or tacitly agreed that the validity of the contract was conditional upon the existence of that state of affairs'.

[8] Ek aanvaar dat daar gevalle kan wees waar 'n derde wat verpligtinge opgelê word deur 'n kontrak en dit wil beveeg, wel getuienis mag lei ten einde nietigheid van die kontrak te bewys op grond van 'n gemeenskaplike veronderstelling sonder om getref te word deur die integrasiereël. (Sien *YXZS Industries v AF Dreyer (Pty) Ltd* 2004 (4) SA 186 (W) en gewysdes daar aangehaal.) Wat ek egter nie kan aanvaar nie is dat 'n derde hom op nietigheid van die kontrak uit hoofde van 'n gemeenskaplike veronderstelling kan beroep waar die onmiddellike partye met volle kennis van die feite nie die kontrak as nietig beskou en voortgaan om voldoening daaraan te gee. Dit is van belang om in gedagte te hou dat appellant nie 'n buitestaander tot die kontrak was nie. Hy het as direkteur van die maatskappy (NPS) te alle tye, van die aangaan van die kontrak tot sy beëindiging, die maatskappy verteenwoordig en al die besluite geneem. Hy het ook inderdaad die kontrak namens NPS geteken. (Streng gesproke was hy ook persoonlik 'n kontrakterende party wat gerieflikheidshalwe na verwys word as 'n derde party.) Die onbetwiste feite is dat NPS nooit hom beroep het op die nietigheid van die kontrak op grond van die sogenaamde gemeenskaplike veronderstelling nie. Dit is wel in korrespondensie te berde gebring. In 'n brief gedateer 20 September 2001 sê die appellant se prokureurs die volgende:

'1. Tydens en voor kontraksluiting was ons kliënt te alle relevante tye onder die indruk gebring dat alhoewel die eiendom verkoop steeds as residensieel geklassifiseer is en is geen waarborge geteken ten aansien van die hersonering van die perseel nie en was daar konsensus tussen die partye en was ons kliënt direk onder die indruk gebring dat daar geen probleme behoort te wees by die hersonering van die eiendom om besigheidsregte te verkry nie. Op daardie veronderstelling is die ooreenkoms inderdaad gesluit. Dit is gemeensaak dat 'n haarsalon ook inderdaad op die eiendom bedryf is.

2. Dit blyk nou dat daar inderdaad probleme en selfs onoorkomelike probleme bestaan met betrekking tot die hersonering en of hersonering inderdaad op hierdie stadium suksesvol deurgevoer kan word.

3. Indien ons kliënt bewus was van hierdie feite, sou hy inderdaad nie die ooreenkoms gesluit het nie aangesien die bedoeling van ons kliënt deurgaans was om die eiendom te koop vir die bedryf van besigheid op die betrokke perseel.

4. Met inagneming van bogemelde en op die veronderstelling waarop gekontrakteer is, is die koopsom ook beding en blyk dit nou dat die eiendom in elk geval aldus finansiële instelling die koopsom ook buitensporig hoog is met inagneming van huidige markwaarde in so 'n mate dat indien ons kliënt nie onder die indruk gebring is dat besidheidsreg verkry sou word nie, hierdie ooreenkoms inderdaad nooit gesluit sou word nie.'

Hy volg dit op in die brief van 28 September 2001 met die volgende:

'Mnr Swart is as deel van onderhandelinge onder die indruk gebring dat u kliënte in elk geval reeds in aanvang geneem het met sodanige hersoneringsaansoek en is dit juis nou ons opdrag om u te versoek om ons van afskrifte van sodanige aansoek te voorsien indien daar Stad- en Streeksbeplanners hierby betrokke is, die naam van sodanige firma asook die kontakpersoon wat met sodanige aansoek sou handel. Dit is inderdaad so dat hersonering nie gewaarborg is nie maar is dit wel deeglik deel van die onderhandelinge en is dit ook verseker 'n oorweging by die bepalings van die koopsom.'

In dieselfde brief verskyn die paragraaf in para 4 hierbo aangehaal wat gerieflikheidshalwe weer aangehaal word:

'Ons het dan streng opdrag van ons kliënt om u in kennis te stel dat ons kliënt, sonder benadeling van regte, bereid is om voort te gaan met die transaksie op voorwaarde dat die status quo ten opsigte van die verwydering van verbeteringe wat vaste aanhegtings tot die eiendom vorm, onmiddellik herstel word en ons kliënt in 'n posisie geplaas word om die eiendom te okkupeer.'

Daar sal gelet word dat daar geen bewering van 'n gemeenskaplike veronderstelling is nie maar eerder dat daar wanvoorstelling was. Daar is ook nie – en daar was nooit – gepoog om te verklaar dat die kontrak nietig was nie. Daarna volg die sogenaamde aanvaarding van die repudiasie op 10 Oktober 2001 – 'n onteenseglike bewys dat die kontrak wat NPS betref tot daardie dag nog in stand was. Dit is gemene saak dat die hoofpartye tot die ooreenkoms dus nie op grond van 'n gemeenskaplike veronderstelling die kontrak as nietig beskou het nie en in teendeel voortgegaan met die uitvoering van die kontrak. In hierdie omstandighede kan ek nie insien dat die appellant as 'n derde hom kan beroep op gemeenskaplike veronderstelling nie. Dieselfde sou die geval wees met bedrieglike wanvoorstelling. As die party wat daardeur geraak word nie hom daarop beroep ten einde die kontrak nietig te verklaar nie, maar eerder die kontrak in stand hou, hoe kan 'n derde hom op die nietigheid daarvan beroep? Die getuienis was myns insiens ontoelaatbaar op grond daarvan dat dit irrelevant was tot die geding tussen die partye.

[9] Om op te som dus, is ek van mening dat die hof *a quo* tereg bevind het dat appellant se verwere nie kan slaag nie en dat die bevel van die landdros met betrekking tot betaling van die R60 000 gehandhaaf moet word.

[10] Die appèl word van die hand gewys met koste.

.....
P C COMBRINCK
APPÈLREGTER

Stem saam:

FARLAM AR
HEHER AR