

SAFLII Note: This case was originally published by Juta and Company (Pty) Ltd. Juta retains copyright as far as it subsists.

**IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(KAAPSE PROVINSIALE AFDELING)**

In die saak tussen:

ASSOCIATED SOUTH AFRICAN BAKERIES (PTY) LTD	APPELLANT
V	
ORYX & VEREINIGTE BÄCKEREIEN (PTY) LTD EN ANDERE	RESPONDENT

Parallel citation: 1982 (3) SA 893 (A)

Coram: Miller AR, Holmes Wn AR, Van Heerden Wn AR, Botha Wn AR en Hoexter Wn AR

Heard: March 11, 1982

Judgment: May 28, 1982

UITSPRAAK

Case Information

Appel teen 'n beslissing in die Suidwes-Afrika Afdeling (STRYDOM R). Die feite blyk uit die uitspraak van VAN HEERDEN Wn AR.

A W Mostert SC (bygestaan deur A Levin) namens die appellant: The appellant's rights flow from a right of pre-emption. Save for contending that it was in breach of the 'pool agreement', the respondents have not contended that the agreement was not validly and properly entered into, signed or executed. The appellant's rights were accordingly established. A right of pre-emption places the holder thereof in the same position in law as a prior purchaser. *Reynders v Randbank Bpk* 1978 (2) SA at 637G

- H; *Le Roux v Odendaal* 1954 (4) SA at 442C - F; *Tschirpig and Another v Kohrs* 1953 SA at 289E - G; *Owsianick v African Consolidated Theatres* 1967 (3) SA at 318 F et seq. The second sale in the case of a double sale will be set aside where the second purchaser was mala fide. See *Mulligan 'Double Sales and Frustrated Options'* 1948 (65) SALJ at 564; *Burchell 'Successive Sales'* 91 SALJ at 40; *De Jager v Sisana* 1930 AD at 74 and 80; *Reynders v Randbank Bpk* (supra at 637G - H); *Kazazis v Georgiades* 1979 (3) SA at 892 - 893. Mala fides is established not only where there is an element of deceit but also where knowledge of the first sale is shown. The sale by Kessler to the second respondent was in conflict with the right of preemption in favour of the appellant and the existence of that right was known to both Bremer representing the second respondent and (obviously) to Kessler. The appellant was entitled to the relief sought. The Court a quo made no finding either on the facts referred to above nor on the law. The Court a quo refused the appellant relief on the ground that the second respondent was (or had been) entitled to acquire the shares in question under the 'pool agreement'. In so doing he ignored the second agreement. The Court a quo erred in that the second respondent purported to derive its title to the shares from Kessler - not (as would have had to have been the case) under the pool agreement from the appellant. No offer had been made to the second respondent in terms of the pool agreement - nor could any such offer have been made after appellant had sold and transferred the shares to Kessler. To the extent to which it was found (or is inherent in the Court's findings) that the second respondent had enjoyed rights under the pool agreement, it had or must be deemed to have waived its rights thereunder or, alternatively, could only assert such rights by setting aside the sale by appellant to Kessler. The respondent's contention in the Court a quo was that it could not be acting both unlawfully and lawfully at (one and) the same time. This contention was upheld by the Court. The error herein is twofold. The appellant's cause of action is based on rights acquired from and against Kessler and the lawfulness or unlawfulness of the respondent's conduct springs from the fact that it acted in defiance of the appellant's rights in terms of an agreement with Kessler. The second error is that the respondent was not acting nor purporting to act under the rights acquired by it under the first agreement. The respondent based its claim to the shares on the fact that Kessler had lawfully acquired them and that it had thereafter lawfully acquired them from Kessler. The only issue therefore was whether the respondent was acting unlawfully having regard to the obligation of

1982 (3) SA p895

WESSELS AR

Kessler under the pre-emption agreement to transfer the shares in question to the appellant. To the extent that the respondent contended that it was entitled and obliged to protect its rights under the distribution arrangements which flowed from the original 'pool agreement' and the tie agreements thereunder, it is clear that these distribution rights have never been interfered with. It was, in any event, not entitled to protect its rights in that respect by unlawfully acquiring the shares in disregard of the appellant's pre-emptive rights.

S A Celliers SC (bygestaan deur P J Henning) namens die respondente: Die verkoop was beide deur appellant en Kessler mala fide in stryd met die tweede respondent se voorkoopreg aangegaan, en die tweede respondent het die verkoop nòg aanvaar nòg afstand van sy regte ten opsigte van die aandele gedoen.

Derhalwe kan die tweede respondent ingevolge sy voorkoopreg onder die 'pool agreement' die aandele in die hande van Kessler opvolg. Of die tweede respondent die reg gehad het om die aandele in die hande van Kessler op te volg al dan nie, het die tweede respondent inderdaad die aandele by Kessler verkry, en die appellant kan hul slegs van die tweede respondent opeis indien hy, eerstens, nie op 'n 'reg' deur sy eie mala fides geskep, hoef staat te maak nie, en, tweedens, mala fides aan die kant van die tweede respondent bewys. Vir soverre daar 'n feitegeskil op die stukke is, moet die aansoek beslis word op die feite deur die respondente beweer, tesame met slegs daardie feite deur die appellant beweer wat erken is deur die respondente. Sien *Burnkloof Caterers (Pty) Ltd v Horseshoe Caterers (Green Point) (Pty) Ltd* 1976 (2) SA te 938A - C. Wat betref appellant se mala fides: die appellant en Kessler was albei partye tot die 'pool agreement', en dus albei bewus van die tweede respondent se voorkoopreg daarin vervat. Die regte van die houer van 'n vroeëre voorkoopreg geniet dieselfde voorrang teenoor 'n latere koper as dié van 'n vroeëre koper of opsiehouer teenoor 'n latere koper. *Owsianick v African Consolidated Theatres (Pty) Ltd* 1967 (3) SA 310. Die appellant en Kessler, wat met volle kennis van die tweede respondent se vroeëre voorkoopreg die verkoop aangegaan het, was dus albei mala fide en skuldig aan 'n 'species of fraud' teenoor die tweede respondent - tensy die gewraakte verkoop met die toestemming van, of afstanddoening van sy regte deur, die tweede respondent geskied het. Sien *De Jager v Sisana* 1930 AD te 74, 80. Die appellant volg nie die voor die hand liggende

roete om aandele skriftelik en formeel aan die tweede respondent aan te bied nie. Geen verduideliking vir hierdie afwyking van die ooreengekome en in die statute beliggaamde roete word aangebied nie. Die 'waiver' wat in die plek van die voorgeskrewe prosedure kom, word nie van die raad van direkteure van die tweede respondent verkry nie, maar gee voor om van al die 'beneficial holders of all the shares, other than those beneficially held by A W K A Kessler and Associated South African Bakeries (Pty) Ltd ('ASAB') in the issued and paid-up share capital of Oryx & Vereinigte Bakkerie (Windhoek) (Edms) Bpk' verkry te gewees het. Beide die appellant en Kessler het geweet dat die appellant en die tweede respondent die enigste aandeelhouders in die eerste respondent was, en geen verduideliking vir die onware relaas in die 'waiver' word

1982 (3) SA p896

WESSELS AR

ooit aangebied nie. Maar nie eers al die tweede respondent se aandeelhouders word by die 'waiver' betrek nie: die grootste aandeelhouer in die tweede respondent was Oryx Bakkerie Windhoek Beherend (Edms) Bpk, 'n maatskappy waarin Bremer Meulens (Edms) Bpk 'n 37,5 per sent aandeelhouding gehad het. Die ondertekenaars van die 'waiver' sluit drie van die vier direkteure van die tweede respondent in. Die vierde direkteur was Bremer. Die vermyding of omseiling van Bremer is beduidend as in gedagte gehou word dat Bremer Meulens (Edms) Bpk die konkurrent van die appellant met betrekking tot die verskaffing van meel aan die eerste respondent was, en dat die appellant sy verbintenis ('tie') vir verskaffing van meel aan die eerste respondent sou verloor by vervreemding van sy aandeelhouding, tensy hy 'n ander verbintenis beding, soos hy wel gedoen het. Indien die tweede respondent volgens sy voorkoopreg die appellant se aandele gekoop het, sou hy nie die eerste respondent so 'n verdere verbintenis laat aangaan het nie. Die afleiding uit voorgaande is dat appellant sy onlonende en onbevredigende belegging in die eerste respondent wou verkoop maar die verkoop agter die rug van die tweede respondent (dws die volle raad van direkteure van die tweede respondent) en in die besonder agter die rug van Bremer wou bewerkstellig. Appellant se mala fides by die aangaan van die verkoop moet aanvaar word. Die appellant kan derhalwe nie die aandele in die tweede respondent se hande direk of indirek opvolg nie. Wat betref tweede respondent se reg om die aandele in die hand van Kessler op te volg, was die gewraakte verkoop 'n kredietverkoop, en die

eiendomsreg van die aandele het op Kessler oorgegaan op 28 Desember 1973. McGregor's Turstees v Silberbauer 9 SC te 36; Jeffery v Pollak and Freemantle 1938 AD te 22, 24; Bellairs v Hodnett 1978 (1) SA te 1136G. Oor die vraag of die houer van 'n voorkoopreg, by die verkoop van die betrokke saak, in stryd met die voorkoopreg, aan 'n derde met kennis, kan eis om as koper in die skoene van die derde te tree, heers nie eenstemmigheid in ons reg nie. In die Owsianick- saak supra is dié vraag positief beantwoord deur OGILVIE THOMPSON en WILLIAMSON ARR, en negatief deur BOTHA en POTGIETER ARR. Die benadering van OGILVIE THOMPSON en WILLIAMSON ARR vind in die huidige geval toepassing, en die bewoording van die voorkoopreg dui aan dat die voorkoopreghebbende in die skoene van Kessler kan tree as koper. Waar Kessler die aandele vrywillig aan die tweede respondent afgestaan het, was daar geen noodsaak om die appellant te betrek nie, en geen noodsaak vir litigasie nie. Die aanvaarding van die aandele deur die tweede respondent was regmatig teenoor Kessler en teenoor die appellant, en die eiendomsoorgang van die gewraakte aandele kan nie tersyde gestel word nie. Die regshulp deur die appellant aangevra kom in wese op 'n eis vir spesifieke nakoming van sy terugkoopreg neer, en die Hof sou in elk geval so 'n eis in sy diskresie geweier het.

Mostert SC in repliek.

Cur adv vult.

Postea (Mei 28).

1982 (3) SA p897

Judgment

VAN HEERDEN WN AR: Die appellant het in die Suidwes-Afrika Afdeling aansoek gedoen om 'n bevel nisi waarvolgens, onder andere,

- (a) die tweede respondent en die derde respondent, laasgenoemde in sy hoedanigheid as eksekuteur van die boedel van ene Kessler, redes moes aantoon waarom die verkoop of vervreemding en die oordrag van 15 000 aandele in die eerste respondent, deur Kessler aan die tweede respondent nie tersyde gestel sou word nie;
- (b) die derde respondent redes moes aanvoer waarom hy nie gelas sou word nie om die aandele aan die appellant aan te bied teen dieselfde prys

waarop en bedinge waarvolgens Kessler die aandele aan die tweede respondent verkoop en vervreem het, en

(c) die tweede en derde respondente nie verbied sou word nie om die aandele aan iemand anders te verkoop of te vervreem totdat die appellant sou versuim om binne 'n tydperk van dertig dae die aanbod genoem in (b) te aanvaar.

Die appellant se kennisgewing van mosie het verdere bedes beliggaam, maar om redes waarop nie ingegaan hoef te word nie, is dié nie meer ter sake nie.

Die aansoek is deur die eerste en tweede respondente bestry en beantwoordende en repliserende verklarings is ingehandig. Soos ek die posisie verstaan, het daar by die verhoor van die aansoek nie meer 'n rede bestaan om 'n bevel nisi uit te reik nie en het die appellant finale bevele aangevra. Die aansoek is egter deur STRYDOM R met koste afgewys. Vandaar die huidige appèl wat deur die eerste en tweede respondente (hierna, tensy anders aangedui, die respondente genoem) bestry word. Die onbetwiste agtergrondsfeite wat tot die aansoek aanleiding gegee het, kan soos volg opgesom word:

1. Voor 29 Desember 1972 het die appellant, die tweede respondent en 'n derde maatskappy aparte bakkerie in Windhoek bedryf. Op bedoelde datum het die appellant, Kessler, Bremer Meulens (Edms) Bpk ('Bremer Meulens'), die tweede respondent, en twee ander partye 'n skriftelike sindikaatsooreenkoms ('pool agreement') aangegaan. Daarvolgens sou 'n maatskappy gestig word wat die drie besighede vir eie voordeel sou bedryf.
2. Ingevolge die ooreenkoms sou Kessler die besturende direkteur van die nuwe maatskappy wees; sou die appellant en die tweede respondent in gelyke dele houers van die aandele wees; sou 'n voorkoopsreg (wat later in die statute van die nuwe maatskappy beliggaam is) tussen die aandeelhouders geld, en sou die maatskappy omskrewe gedeeltes van sy bakkeriebenodigdhede, soos meel, (hierna bloot benodigdhede genoem) slegs van die appellant en Bremer Meulens verkry, en sou laasgenoemde bepaling gedurende die 'vennootskapstydperk' bly voortduur. Hierdie tydperk is omskryf as die tydperk waarin die appellant en die tweede respondent gelyke aandeelhouders sou wees.
3. In uitvoering van die ooreenkoms is die eerste respondent geïnkorporeer en is gevolg gegee aan die ander bedinge daarvan. Aldus het die appellant en

die tweede respondent elk die houer van 15 000 aandele in die eerste respondent geword.

1982 (3) SA p898

VAN HEERDEN WN AR

4. Die tersaaklike gedeelte van die statute van die eerste respondent het soos volg gelees:

'(a) Any member (hereinafter called 'the transferor') proposing to transfer any share in the company shall give a notice in writing (hereinafter called 'a transfer notice') to the company stating the number of shares which the transferor wishes to transfer, and the price which he is willing to accept therefor.

(b) Save as hereinafter provided such transfer notice shall be incapable of withdrawal and shall irrevocably constitute the company the agent of the transferor for the purposes of transferring, selling, or disposing of the shares comprised therein, and of executing on behalf of the transferor all such transfers, receipts and other documents as may be necessary to effect registration of such shares into the name(s) of the transferee(s) and of receiving and giving a valid receipt for the price of such shares as agent for the transferor.

(c) Within seven days after receipt of such notice the company shall make an offer (hereinafter called 'the offer') of the shares comprised in such transfer notice at the cash price therein stated to the members (other than the transferor) and as nearly as possible in proportion to the number of shares held by them at the date on which the offer is made.

(d) (i) If any member (other than the transferor) shall within 14 days of the date of the offer, object to the price stated in the offer, the company shall withdraw the offer (and any acceptance received prior thereto shall be invalid) and cause the merchant bank, as hereinafter defined, to certify what in its opinion is the fair selling value of all the shares comprised in the offer as between a willing seller and a willing buyer.

(ii) A copy of the merchant bank's certificate shall be served by the company upon the transferor as soon as possible after the certificate has been given by the merchant bank.

(iii) The transferor shall be entitled, within seven days after such service upon him to notify the company that he does not agree the value so certified and in such case the transfer notice given by him as aforesaid and the offer shall be deemed to be withdrawn and the transferor shall be entitled to retain his shares but may thereafter only transfer them pursuant to a new transfer notice.

(iv) If the transferor does not so notify the company, the price certified by the merchant bank shall thereafter be substituted for the price stated in the transfer notice and the offer and be conclusive and binding upon all the members, including the transferor, and in that event the company shall so soon as reasonably possible make a second offer (hereinafter called 'the second offer') of the shares at the price so certified, to the members (other than the transferor) as nearly as possible in proportion to the number of shares held by them at the date on which the second offer is made.'

5. Omdat die eerste respondent slegs twee aandeelhouders gehad het, is dit slegs nodig om te meld dat die statute voorts in effek bepaal het dat die betrokke aandeelhouer die eerste respondent binne 21 dae in kennis kon stel van sy voorneme om die eerste of tweede aanbod, soos die geval mag gewees het, te aanvaar, deur welke kennisgewing die eerste respondent onherroeplik gemagtig sou word om namens hom die betrokke aandele teen die tersaaklike prys aan te koop.

6. Oorspronklik is beoog om die eerste respondent as Oryx en Verenigde Bäckereien (Windhoek) (Edms) Bpk te registreer, maar inkorporasie het met sy huidige naam geskied, en dit is gemene saak dat in

1982 (3) SA p899

VAN HEERDEN WN AR

'n aantal dokumente die eerste respondent verkeerdelik met bogenoemde naam aangedui word.

7. Gedurende Desember 1973 was die appellant en die tweede respondent nog steeds die enigste aandeelhouders van die eerste respondent. Die direkteure van laasgenoemde was Kessler, Leitner, Ebhardt en Bremer ('Bremer'), die besturende direkteur van Bremer Meulens. Die aandeelhouders van die tweede respondent was Kessler, Leitner, Ebhardt, twee persone met

die van Schweckendiek wat blykbaar buitelanders was, twee familieledes van Kessler, en 'n maatskappy bekend as Oryx Beherend. Vanweë 'n 65,26 persent aandeelhouding kon laasgenoemde effektiewe beheer oor die tweede respondent uitoefen. Kessler (63 persent) en Bremer Meulens (37 persent) was egter die enigste aandeelhouders van Oryx Beherend en dit volg dus dat Kessler, wat besturende direkteur van Oryx Beherend en die tweede respondent was, beheer oor albei maatskappye gehad het.

8. Op 28 Desember 1973 het die appellant en Kessler 'n skriftelike ooreenkoms ('die 1973 ooreenkoms') aangegaan. Daarvolgens het die appellant al sy aandele in en vorderings teen die eerste respondent aan Kessler verkoop vir die som van R150 000. Die waarde van die vorderings is op R149 998 en dié van die aandele op R2 gestel. Indien die aandele aan Kessler oorgedra sou word, sou hy en die tweede respondent dus die enigste en gelyke aandeelhouders van die eerste respondent gewees het.

9. Terselfdertyd is verdere skriftelike ooreenkomste ('aksessore ooreenkomste') onderteken. Eerstens het die eerste respondent hom verbind om vir 'n tydperk van 10 jaar 62 per sent van sy benodigdhede ten opsigte van meel en koringprodukte, asook sekere ander benodigdhede, slegs van die appellant te verkry. Daardeur sou niesteenstaande die verstryking van die vennootskapstydperk die eerste respondent se verpligting teenoor die appellant betreffende sodanige benodigdhede voortduur (vide para 2 supra). Geen uitdruklike voorsiening is gemaak vir die bestendiging van die eerste respondent se soortgelyke verpligting teenoor Bremer Meulens nie, maar aanvaar kan word dat Kessler en die eerste respondent beoog het dat dit sou voortduur, en in die praktyk is aan die (hernude) verpligting gevolg gegee.

10. Tweedens het Kessler, Leitner, Ebhardt en die genoemde twee familieledes van Kessler 'n afstanddoening ten gunste van die appellant onderteken. Hulle het hulself beskryf as die enigste 'beneficial holders' van al die aandele in die eerste respondent, met uitsondering van die aandele gehou deur Kessler en die appellant, en het (a) toegestem, insoverre toestemming nodig was, tot die verkoop deur die appellant aan Kessler van al eersgenoemde se aandele in en vorderings teen die eerste respondent, en (b) afstand gedoen van enige regte wat hulle mag gehad het om bedoelde aandele en vorderings vanaf die appellant te koop.

Dit is gemene saak dat die genoemde beskrywing verkeerd was, aangesien nie een van die ondertekenaars 'n aandeelhouer van die eerste respondent was nie, en omdat hulle ook nie die enigste persone was wat op indirekte wyse 'n belang in die aandele van die eerste respondent

1982 (3) SA p900

VAN HEERDEN WN AR

gehad het nie. Soos reeds genoem, was die appellant en die tweede respondent die enigste aandeelhouders van die eerste respondent, en was benewens die genoemde persone ook die twee Schweckendieks en Oryx Beherend aandeelhouders van die tweede respondent. Die Schweckendieks was in die buiteland en hul aandeelhouding was gering, maar Oryx Beherend het meer as die helfte van die aandele in die tweede respondent gehou en kon dit dus beheer. Die afstanddoening kon dus nie as een deur al die aandeelhouders van die tweede respondent beskou word nie. Weliswaar het Kessler deur sy aandeelhouding in Oryx Beherend daardie maatskappy beheer, maar Bremer Meulens was ook 'n substansiële aandeelhouer. Voorts het slegs drie van die vier direkteure van die tweede respondent - en nie ook Bremer nie - die betrokke dokument geteken, en het dit dus ook nie 'n afstanddoening deur die direksie van die tweede respondent gekonstitueer nie.

11. Volgens 'n verdere aksessore ooreenkoms het die ondertekenaars van die afstanddoening 'n voorkeepsreg aan die appellant verleen ten opsigte van al hul aandele in en vorderings teen die eerste respondent. Vanweë die feit dat nie een van hulle 'n aandeelhouer van die eerste respondent was of geword het nie, en dat slegs Kessler as gevolg van die ooreenkoms van Desember 1973 sodanige aandele en vorderings sou verkry, is dit slegs nodig om die tersaaklike bedinge van die voorkeepsoreenkoms soos hulle tussen Kessler en die appellant sou geld, uiteen te sit. Daarvolgens was Kessler nie geregtig nie om die betrokke aandele en vorderings in en teen die eerste respondent aan 'n derde te verkoop of vervreem alvorens hy die aandele en vorderings aan die appellant aangebied het teen dieselfde prys en ooreenkomstig dieselfde bedinge as dié waarop hy bereid was om aan 'n derde te verkoop. Enige sodanige aanbod moes skriftelik gemaak word met vermelding van die

naam en adres van die derde, en die appellant kon die aanbod aanvaar binne 'n tydperk van dertig dae na ontvangs daarvan.

12. Die appellant se motivering vir die verkoop van die aandele aan Kessler was besorgdheid oor die finansiële posisie van die eerste respondent en die wyse waarop Kessler dit as besturende direkteur beheer het. Dit was egter vir die appellant as verskaffer van bakkerybenodigdhede van belang om voorsiening te maak, soos wel gedoen is, vir die voortsetting van die genoemde verpligting van die eerste respondent teenoor die appellant betreffende verkryging van meel, ens, en vir 'n voorkoopsreg sodat die aandele nie moontlik later direk of indirek aan die appellant se mededinger (Bremer Meulens) sou toeval nie. Op sy beurt was dit vir Bremer Meulens van ewe groot belang dat die eerste respondent se soortgelyke verpligting teenoor eersgenoemde sou bly voortbestaan.

13. Ten einde gevolg te gee aan die 1973 ooreenkoms het die appellant 'n getekende oordragvorm betreffende sy aandele in die eerste respondent aan Kessler besorg. Om redes wat sal blyk, is van die vorm gebruik gemaak om die oordrag van die aandele direk ten gunste van die tweede respondent te registreer.

14. Soos blyk uit wat reeds gesê is, was Bremer Meulens nie 'n party tot die 1973 ooreenkoms of enige van sy aksessore ooreenkomste nie.

1982 (3) SA p901

VAN HEERDEN WN AR

Meer bepaald was Bremer Meulens, 'n minderheidsaandeelhouer van die tweede respondent, en Bremer, 'n direkteur van die tweede respondent, nie 'n party tot die afstanddoening nie.

15. Daar bestaan 'n geskil oor die vraag of Bremer (namens Bremer Meulens) voor die aangaan van die 1973 ooreenkoms bewus was van die voornemens van die appellant en Kessler. Ek sal later na hierdie geskil terugkeer. Dit staan egter vas dat alvorens Bremer opgetree het soos hieronder uiteengesit, hy ten volle bewus was van die 1973 ooreenkoms asook die aksessore ooreenkomste daartoe. Wat vir huidige doeleindes van belang is, is dat Bremer bewus was van die voorkoopsreg wat die appellant in sy guns beding het.

16. Bremer beweer dat hy gedurende of ongeveer Maart 1974 vir die eerste keer kennis gekry van die aangaan van die 1973 ooreenkoms. Omdat Bremer Meulens se regte ingevolge die sindikaatsooreenkoms daardeur in gevaar gestel is weens verstryking van die vennootskapstydperk, het hy teenoor Kessler beswaar gemaak teen die feit dat die appellant se aandele aan eersgenoemde verkoop is sonder nakoming van die voorkoopsbepalings in die eerste respondent se statute. Sy houding was dat die tweede respondent, en nie Kessler nie, die aandele moes gekoop het. Hier dien gemeld te word dat dit nie vir my duidelik is nie hoe die aankoop van die aandele deur die tweede respondent die verpligting van die eerste respondent teenoor Bremer Meulens sou bestendig het. Selfs indien dit sou gebeur het, sou die vennootskapstydperk soos omskryf in die sindikaatsooreenkoms verstryk het. En aangesien Bremer slegs een van 'n aantal direkteure van die tweede respondent was, en Bremer Meulens slegs by wyse van 'n minderheidsaandeelhouding in die tweede respondent 'n belang in die eerste respondent gehad het, sou nòg hy nòg Bremer Meulens in 'n posisie gewees het om die eerste respondent te dwing om 'n nuwe verpligting teenoor Bremer Meulens aan te gaan.

17. Volgens Bremer het hy druk op Kessler uitgeoefen en het laasgenoemde later toegestem om die aandele en vorderings aan die tweede respondent te verkoop vir R150 000 (alhoewel Kessler aanvanklik 'n groter koopprys wou hê).

18. Alhoewel die oordragvorm geteken deur die appellant in die guns van Kessler gestrek het, het die eerste respondent op grond daarvan in die loop van 1974 die aandele in die naam van die tweede respondent geregistreer. Daarna was die tweede respondent die enigste aandeelhouer van die eerste respondent.

19. Kessler is teen die einde van 1978 oorlede en op 4 Januarie 1979 het die appellant vir die eerste keer bewus geword dat die aandele soos voornoemd aan die tweede respondent oorgedra is. Op 16 Januarie het die appellant toe skrywes laat rig aan oa die derde respondent. Hierin is verwys na die appellant se voorkoopsreg, die houding ingeneem dat Kessler in verbreking van sy kontraktuele verpligtinge die aandele aan die tweede respondent oorgedra het, en inligting versoek aangaande die verkoop en oordrag

daarvan. Op 13 Februarie is namens die appellant rapelle gestuur en ook 'n skrywe aan Bremer Meulens gerig. Daarin is gewys op die skepping van die voorkoopsreg wat teen Kessler en ten behoeve van die appellant sou geld; genoem dat die tweede

1982 (3) SA p902

VAN HEERDEN WN AR

respondent toestemming verleen het tot die verkoop van die aandele en vorderings deur die appellant aan Kessler, en die houding ingeneem dat Kessler kontrakbreuk gepleeg het deur die aandele aan die tweede respondent oor te dra. Ook Bremer Meulens is om bogenoemde inligting versoek.

20. Op 2 Maart het Bremer namens Bremer Meulens laasgenoemde skrywe beantwoord. Die tersaaklike gedeelte van die brief lees soos volg:

'We entered into a contract to which we were all parties and according to which a certain precentage of flour had to be bought from you.

Subsequently Mr Yates phoned us to tell us that you were not satisfied with the profits and management of Mr Kessler snr.

The next I heard was that Mr Kessler informed me that he had bought the shares with Premier Milling. He subsequently informed the board of Oryx Bakery that he was prepared to transfer the shares he bought to the holding company and he gave me the assurance that he did not in any way oblige himself or the company and did not undertake any obligations that could harm our interests.'

Die 'holding company' waarna verwys is, was klaarblyklik die tweede respondent. Duidelikheidshalwe moet ook gemeld word dat Bremer met die woorde 'Premier Milling' die appellant bedoel het.

'n Deel van die aangehaalde paragraaf kom beslis vreemd voor. Dit is duidelik dat Bremer laatstens gedurende die eerste kwartaal van 1974 bewus was van die verkoop van aandele aan Kessler en van die feit dat die appellant 'n voorkoopsreg teen Kessler beding het. Die kriptiese bewering dat Kessler vir Bremer verseker het dat geen verpligting van hom in stryd was nie met die oordrag van die aandele aan die tweede respondent, val dus nie maklik te begryp nie. Ook sal opgelet word dat geen woord gesê word nie oor die oordrag van Kessler se aangekoopte vorderings teen die eerste respondent.

Tot dusver het ek dit oor die onbetwiste bewerings gehad. In die bestrydende verklaring wat Bremer namens die eerste en tweede respondente gemaak het - hy was toe blykbaar in effektiewe beheer van beide - sê hy dat dit teen die einde van 1973 tot sy aandag gekom het dat die appellant sy belange in die eerste respondent wou verkoop en in dié verband samesprekings met Kessler gehad het. In Januarie 1974 het hy gehoor dat 'n koopkontrak wel aangegaan was, maar eers meer as 'n maand later, en na navraag van sy kant, het hy afskrifte van die 1973 en aksessore ooreenkomste ontvang. Hy het besef dat die verkoping in stryd met die tweede respondent se voorkoopsreg plaasgevind het, maar was ook bewus dat Bremer Meulens nie 'n aandeelhouer van die tweede respondent nie, en slegs 'n minderheidsaandeelhouer van Oryx Beherend, was. In 'n 'magstryd' teen Kessler sou laasgenoemde dus sy magsposisie as meerderheidsaandeelhouer van Oryx Beherend en sy vermoë om die direksie van die tweede respondent te beheer, kon aanwend. Derhalwe was dit vir Bremer Meulens nie prakties om die tweede respondent teen Kessler te laat optree nie.

Bremer het toe teenoor Kessler daarop aangedring dat die eerste respondent se verbintenis tov benodigdhede met Bremer Meulens bestendig moes word en dat die appellant se aandeelhouding in die eerste respondent nie deur Kessler nie, maar wel deur die tweede respondent,

1982 (3) SA p903

VAN HEERDEN WN AR

verkry moes word. As gevolg van die aandrang het Kessler ingewillig om die aangekoopte aandele en vorderings (voortspruitende uit leningsrekenings) teen 'n prys van R150 000 aan die tweede respondent oor te dra, en om die genoemde verbintenis te bestendig. Die verkoping is later bevestig op aandeelhoudersvergaderings van die eerste en tweede respondente en met gebruikmaking van die oordragvorm wat die appellant op 9 Julie 1974 ten gunste van Kessler onderteken het, is die aandele toe in die naam van die tweede respondent geregistreer. Ter regverdiging van hierdie optrede sê Bremer:

'... dat, nadat die applikant (die appellant) sy voorneme om sy aandele in die eerste respondent oor te dra, gevorm en gemanifesteer het, die tweede respondent geregtig was om daardie aandele te bekom...'

Ten slotte wys Bremer op billikheidsoorwegings wat daarteen spreek dat die appellant na verloop van ongeveer vyf jaar

'na sy eie onregmatige poging om sy aandeelhouding in die eerste respondent aan Kessler te verkoop, nou teruigoordrag van die aandele vanaf die tweede respondent... (kan) eis...'

In die repliserende verklaring word vir die eerste keer spesifiek genoem dat Bremer (namens Bremer Meulens) toegestem het tot die verkoop aan Kessler. Die deponent (Yates) meld dat hy namens die appellant teenwoordig was by 'n byeenkoms in Windhoek wat Kessler in Oktober 1973 belê het. Aldaar het Kessler aangebied om die appellant se belange in die eerste respondent aan te koop. Gevra waarom Bremer nie teenwoordig was nie, het Kessler gesê dat Bremer Meulens net 'n indirekte minderheidsbelang in die tweede respondent gehad het en dat Kessler beoog het om dit - dws Bremer Meulens se aandeelhouding in Oryx Beherend - te verkry. Hierna, maar voordat die 1973 ooreenkomste aangegaan is, het Yates ('n direkteur van die appellant) die aanbod met Bremer bespreek. Laasgenoemde het gesê dat hy geen beswaar gehad het nie mits die eerste respondent se verbintenis met Bremer Meulens nie deur die voorgestelde ooreenkoms geraak sou word nie. Die deponent steun op 'n skrywe wat Bremer op 11 Maart 1974 namens Bremer Meulens aan die deponent gerig het. Die tersaaklike gedeelte lees soos volg:

'Although I am grateful for the assurance you and Mr Bloom have given me that your flour tie would not be affected if you would buy out Mr Kessler or sell to him, but that the flour tie remains as it was in the agreement to which we were a party when Oryx and Vereinigte were amalgamated, our attorneys have advised that we must have the position clarified as they cannot advise us on the basis of the documents you have forwarded to them.'

Opgelet sal word dat Bremer, wat volgens sy eie erkenning in Januarie 1974 bewus was dat Kessler en die appellant in die vorige Desember die 1973 ooreenkoms aangegaan het, verwys na 'n versekering wat namens die appellant gegee is indien 'n koopkontrak gesluit sou word. Dit skep die indruk dat die versekering gegee is alvorens die koopkontrak aangegaan is, en bied 'n mate van steun vir die appellant se bewering dat Bremer bewus was van die voorgenome verkoping.

Ten aansien van die oordrag van die aandele en vorderings aan die tweede respondent, beweer die appellant dat, aangesien Bremer Meulens die appellant se mededinger was, laasgenoemde nie sou toegestem

het nie tot bedoelde oordrag wat Bremer Meulens se indirekte belang in die eerste respondent sou vergroot.

Die Verhoorhof het bevind dat daar uit die stukke 'n geskil geblyk het aangaande die vraag of Bremer in 1973 toegestem het tot die verkoop of oordrag van die aandele aan Kessler, en dat dit nie in die mosieverrigtinge besleg kon word nie. Geen melding word in die uitspraak gemaak nie van 'n versoek van enige van die partye dat mondelinge getuienis aangebied kon word, of van oorweging, deur die Hof a quo, van die moontlikheid om mero motu die geskil deur sodanige getuienis te laat besleg. Die aansoek is egter van die hand gewys omdat, soos ek die Hof se kort motivering begryp, die oordrag van die aandele aan die tweede respondent slegs gedien het om die appellant se eie onregmatige vervreemding van die aandele aan Kessler ongedaan te maak.

Die appellant se smeekbedes was in hoofsaak gerig op positiewe afdwinging van sy verkoopsreg. Gesien die uitsprake in *Owsianick v African Consolidated Theatres (Pty) Ltd* 1967 (3) SA 310 (A), ontstaan die vraag of die appellant hoegenaamd op sodanige afdwinging aanspraak kon maak, en of sy enigste remedie nie 'n vordering vir skadevergoeding was nie. Om verskillende redes was die advokate vir die appellant en die respondente dit eens dat die houer van 'n voorkoopsreg na die sluiting van 'n koopkontrak in stryd met sy reg - en in sekere gevalle selfs na lewering van die koopgoed aan die latere koper - op die merx aanspraak kan maak, en ek meen dat hulle gelyk gegee moet word.

In die *Owsianick*-saak het die volgende, deur my vereenvoudigde, feitekompleks ter sprake gekom: 'n Huurkontrak het bepaal dat indien die verhuurder gedurende die huurtermyn begerig sou wees om die perseel te verkoop, sy dit eers aan die huurder moes aanbied teen die prys waarteen en die bedinge waarvolgens sy bereid was om die perseel aan 'n bona fide koper of kopers te verkoop. Voor verstryking van die huurtermyn het die verhuurder 'n tweede huurkontrak met 'n derde aangegaan. Daarvolgens is aan die derde 'n opsie verleen om die perseel aan te koop gedurende die tweede huurtermyn wat na verstryking van die eerste termyn 'n aanvang sou neem. In 'n aksie wat die huurder teen die verhuurder ingestel het, is aanspraak gemaak op 'n bevel om die verhuurder te verplig om die perseel aan die huurder teen die opsieprys te koop aan te bied. In haar verweerskrif het die verhuurder ontken dat sy 'n begeerte om te verkoop, soos bedoel in die eerste huurkontrak, gevorm het, en in die alternatief aangevoer dat die opsie nie voor

verstryking van die huurder se huurtermyn uitgeoefen kon word nie. Die huurder het daarna 'n eksepsie teen die verweerskrif aangeteken op die grond dat dit geen verweer teen sy aksie daargestel het nie.

Opgelet sal word dat die vraag of die huurder op die aangevraagde bevel aanspraak kon maak, nie direk deur die eksepsie ter sprake gebring is nie. BOTHA AR, met wie POTGIETER AR saamgestem het, het egter die regte van die houer van 'n voorkoopsreg ontleed en besluit dat, afgesien van die verkryging van 'n interdik om sy regte te beskerm, die houer nie lewering van die koopgoed kan vorder alvorens 1982 (3) SA p905

VAN HEERDEN WN AR

die goed aan 'n derde verkoop is nie. Omdat die huurder slegs 'n opsie verleen het, was die remedies van die houer van 'n voorkoopsreg na sluiting van 'n koopkontrak met 'n derde nie werklik ter sake nie, maar BOTHA AR het tog, soos dit my voorkom, die mening uitgespreek dat die houer in sodanige geval ook nie die koopgoed kan vorder nie.

OGILVIE THOMPSON AR het 'n teenoorgestelde standpunt gehuldig. Hy was van mening dat sodra die voorwaarde, wat aan 'n voorkoopsreg slegs latente regsrag verleen, in werking tree, die houer 'n aanspraak op die koopgoed verkry. Sy standpunt bring dus mee dat, indien die voorwaardelike gebeurtenis die sluiting van 'n koopkontrak tussen die verkoper en 'n derde is, die houer onmiddellik na sluiting van die koopkontrak as koper in die plek van die derde kan tree en laasgenoemde se regte ingevolge die kontrak teen die verkoper kan afdwing.

WILLIAMSON AR het dit nie nodig geag om oor die onderhawige vraag standpunt in te neem nie, maar het tog 'n prima facie voorkeur vir die mening van OGILVIE THOMPSON AR uitgespreek, terwyl die vyfde lid van die Hof, WESSELS AR, verkies het om die vraag heeltemal links te laat.

In *Bellairs v Hodnett and Another* 1978 (1) SA 1109 (A) te 1139, het hierdie Hof na die uiteenlopende menings van BOTHA en OGILVIE THOMPSON AR verwys, maar voortgegaan om vir die doeleindes van daardie appèl bloot te veronderstel dat die houer van 'n voorkoopsreg dit op positiewe wyse kan afdwing.

By 'n ondersoek na die regte van die houer van 'n voorkoopsreg is 'n aanknopingspunt te vind in D 18.1.75, die tersaaklike gedeelte waarvan soos volg lees (my vertaling):

'Indien die verkoper van grond beding dat in geval die koper (later) begerig sou wees om te verkoop, laasgenoemde slegs aan die verkoper mag herverkoop, kan die koper die actio empti instel om die beding af te dwing.'

In kommentare op die Romeinse reg word algemeen aanvaar dat die teks op 'n voorkoopsreg (jus protimeseos) ten gunste van die verkoper van goed betrekking het. Raadpleeg oa Zulueta The Roman Law of Sale te 57 - 8; Buckland A Textbook of Roman Law 3rde uitg te 495; Moyle Contract of Sale in the Civil Law te 176; Glück Erläuterung der Pandekten band 16 te 156, en Puchta Pandekten 8ste uitg te 523. Omdat aan die houer van die reg die actio empti toegeken word, kom dit voor dat Romeinsregtelik die houer se regte, wanneer hy wel kon ageer, gelyk gestel is aan dié van 'n gewone koper.

In sy genoemde uitspraak verwys BOTHA AR nie na D 18.1.75 nie, maar aanvaar hy dat volgens Van Zutphen Nederlandsche Practijke, sv 'voorcoop', wat hoofsaaklik op Berlichius Conclusiones deel 2 C 40 nrs 54 en 55, steun, die houer van 'n voorkoopsreg na 'n verkoop (maar voor lewering) aan 'n derde die koopgoed kan opeis. BOTHA AR gee voorts toe dat Van Zutphen die indruk skep dat in die genoemde omstandighede die houer in die plek van die derde kan tree en aldus laasgenoemde se regte ingevolge die koopkontrak kan afdwing. Van Zutphen se opvatting word vervolgens soos volg gekritiseer (Owsianick- saak supra te 323)

'It is clear, however, that Van Zutphen has... wrongly imported, in relation to a conventional 'voorkoopsreg', the legal position applicable under the

1982 (3) SA p906

VAN HEERDEN WN AR

Dutch law of 'naesting', or the legal jus retractus, under which a person had, in regard to certain immovable property, whenever it was sold to a third party, the right to demand that he be allowed to step in the buyer's place, and thus also in regard to the payment of the purchase price... The Dutch law of 'naesting' is not part of the modern law... and there is no procedure known to our law whereby the grantee of a right of pre-emption may, in the event of a sale to another in conflict with his rights, demand that he be allowed to step into the buyer's place.'

Dit is waar dat Van Zutphen waarskynlik 'n kontraktuele voorkoopsreg as analoog tot 'n naastingsreg, wat ex lege voortvloei, gesien het, maar in hierdie opsig staan hy hoegenaamd nie alleen nie. So, bv, verklaar Praelectiones Juris Civilis 18.5.12 dat 'n

pactum de retrovendendo en soortgelyke ooreenkomste (wat 'n gewone voorkoopsooreenkoms sou insluit) 'n vorm van naasting is. Voet 18.3.9 - 10, Schrassert Practicae Observationes 92.4 en Van Leeuwen Censura Forensis I. IV. 20.4, spreek in dieselfde sin en so-ook Berlichius (op cit II.40.53 ev) wat met een uitsondering waarop ek later terugkom, die gemeenregtelike naastingsreg gelyk stel aan die naastingsreg (jus retractus of jus protimiseos) wat iemand kontraktueel toeval.

Ook latere Duitse skrywers oor die Romeinse en Duitse gemene reg laat hulle in dieselfde trant uit. So, bv sê Glück (op cit band 16 te 167) dat 'n naastingsreg ex contractu, testamentêr of ex lege kan ontstaan. Wat 'n bedonge naastingsreg betref, is dit duidelik dat Glück dit het oor 'n voorkeepsreg in die algemeen en nie bloot oor een wat deur die verkoper van goed voorbehou is nie. Raadpleeg ook Windscheid Pandecten 8ste uitg band 2 te 603 - 4.

Volgens Van Zutphen (op cit nr 6) kan die houer van 'n voorkeepsreg in geval van 'n verkoop in stryd met sy reg in die plek van die derde tree selfs al het lewering reeds geskied, indien die derde geweet het dat die koopgoed aan die voorkeepsreg onderhewig was. In geval van 'n onkundige derde is die houer se enigste remedie 'n aksie vir skadevergoeding teen die verkoper. Hy steun oa op Berlichius (op cit nr 64) wat inderdaad dieselfde sê. Ook Glück (op cit band 16 te 167 - 8) wat daarop wys dat 'n kontraktuele voorkeepsreg van 'n gemeenregtelike naastingsreg verskil in die opsig dat eersgenoemde slegs 'n persoonlike reg, en nie 'n saaklike een, is nie, ken aan die houer van 'n voorkeepsreg wat in die plek van die derde tree, 'n aanspraak op die koopgoed toe selfs nadat lewering geskied het indien die derde bewus was van die bestaan van die voorkeepsreg.

Alhoewel Van Zutphen en Berlichius nie in soveel woorde so sê nie, is die onvermydelike gevolg van hul standpunte dat die houer van 'n voorkeepsreg wat na 'n verkoop aan 'n derde sy reg uitoefen, die regte en verpligtinge van die derde ingevolge die koopkontrak oorneem. Glück (op cit band 16 te 157) sê dan ook dat indien die reghebbende sy voorkeepsreg uitoefen, hy bereid moet wees tot nakoming van al die verpligtinge wat die derde kontraktueel teenoor die verkoper opgehoop het.

Met die eerste oogopslag kom dit voor asof Voet 18.1.2 tot 'n mate in stryd is met bogenoemde opvattinge betreffende die effek van 'n voorkeepsreg. Voet sê naamlik

dat, indien 'n verkoper in stryd met 'n voorkoopsreg 'n koopkontrak met 'n derde aangaan, die reghebbende

1982 (3) SA p907

VAN HEERDEN WN AR

'n aksie vir skadevergoeding het en maak nie melding van 'n reg om die koopgoed te vorder nie. Ek stem egter saam met OGILVIE THOMSPON AR (Owsianick- saak supra te 319) dat Voet tap dit het oor 'n geval waarin lewering van die koopgoed aan 'n bona fide derde reeds geskied het. Dit is dan ook opmerklik dat wat Voet sê, ooreenstem met Van Zutphen (op cit nr V) se standpunt dat na lewering die reghebbende slegs 'n aksie vir skadevergoeding teen die verkoper het, maar dat laasgenoemde in die volgende nommer spesifiek die geval uitsonder waarin die derde kennis van die voorkoopsreg gehad het.

Dit is nog nodig om te let op BOTHA AR se stelling (Owsianick- saak supra te 322) dat Van Zutphen (op cit nrs 4 en 6) steun op Berlichius wat op sy beurt dit het oor 'n konvensionele jus retractus en nie 'n konvensionele voorkoopsreg nie, en dat dit nie duidelik is dat die regte van die twee soorte reghebbendes identies is nie. Dit is waar dat aan 'n jus retractus in enge sin blykbaar saaklike werking verleen is, dws dit kon ook teen 'n onkundige derde afgedwing word, maar dit blyk nie dat skrywers aan my bekend enige verdere tersaaklike onderskeid tussen die genoemde twee regte trek nie. Bowendien kom dit my, met eerbied, voor dat Berlichius in nrs 53 ev wel skryf oor 'n voorkoopsreg in die algemeen, en nie net oor die besondere geval waarin 'n verkoper vir hom teenoor sy koper 'n opsie of 'n voorkoopsreg (dws 'n jus retractus) voorbehou het nie.

Die voorgaande uiteensetting van die menings van skrywers oor die Romeins-Hollandse en Duitse gemene reg kan nou soos volg saamgevat word:

(a) Behalwe dat die houer van 'n voorkoopsreg 'n bloot persoonlike reg het, word geen tersaaklike onderskeid tussen enersyds, sy reg en, andersyds, 'n naastingsreg wat ex lege voortspruit en 'n jus retractus getrek nie.

(b) Indien 'n verkoper in stryd met 'n voorkoopsreg 'n koopkontrak met 'n derde aangaan, kan die koper deur 'n eensydige wilsverklaring in die plek van die derde tree. 'n Koopkontrak word dan geag aangegaan te gewees het tussen die verkoper en die houer van die voorkoopsreg.

(c) Indien lewering reeds geskied het, kan die reghebbende nie met sy persoonlike reg die koopgoed in die hande van die derde opvolg nie tensy laasgenoemde bewus was van die bestaan van die voorkoopsreg.

Dit is insiggewend om daarop te let dat die menings van skrywers soos Van Zutphen en Glück weerklank vind in moderne regstelsels. Volgens die Duitse Burgerlike Wetboek kan die reghebbende nadat 'n koopkontrak in stryd met sy reg aangegaan is, in die plek van die derde tree. Larenz Lehrbuch des Schuldrechts 12de uitg band 2 te 129 omskryf die statutêr gereguleerde, persoonlike voorkoopsreg as 'n 'Gestaltungsrecht', dws

'n reg om deur 'n eensydige, regskeppende wilsverklaring 'n koopkontrak tot stand te bring met dieselfde inhoud as die kontrak wat die verkoper met die derde aangegaan het'.

Raadpleeg ook Enneccerus-Lehmann Schuldrecht 15de uitg te 473 - 4.

Wat die Amerikaanse reg betref, skryf Corbin Contracts band 1A te 1982 (3) SA p908

VAN HEERDEN WN AR

473 - 4, die volgende aangaande 'n geval waarin O aan B 'n voorkoopsreg verleen het:

'When O receives an offer from C ('n derde), his acceptance of that offer without first offering to B on the same terms is a breach for which B can recover damages, but it also has the effect of an offer to sell to B, giving him a power of acceptance. O's promise to make that offer is specifically enforceable, and if B gives notice of acceptance he consummates a contract to sell on the terms offered by C and accepted by O. He can get a decree for specific performance against both O and C, unless C has already received conveyance and is protected as an innocent purchaser for value.'

Ek kan geen rede vind waarom nie in die Suid-Afrikaanse reg gevolg gegee sal word nie aan die gemeenregtelike siening van die aard van 'n voorkoopsreg soos opgesom in (a) tot (c) hierbo, en wat in ooreenstemming is met die regsreëls wat huidiglik in lande soos Duitsland en Amerika geld. 'n Voorkoopsreg is, behalwe vir sy persoonlike werking, beslis anoloog met die gemeenregtelike naastingsreg en 'n jus retractus, en dit bevredig sekerlik nie die regsgevoel nie indien 'n verkoper wat hom verbind het om indien hy 'n saak wil verkoop, 'n koopkontrak met 'n houer van 'n voorkoopsreg aan te gaan, behoudens aanspreeklikheid vir skadevergoeding sy

verpligting as't ware ongedaan kan maak nie. En wat die kennisleer betref, het dit reeds wye erkenning in soortgelyke verband in ons reg gevind. Raadpleeg oa De Jager v Sisana 1930 AD 71 en Le Roux v Odendaal and Others 1954 (4) SA 432 (N). Ek kan dus, met eerbied, nie saamstem nie met die reedsgenoemde gevolgtrekkings van BOTHA AR aangaande die remedies van sodanige reghebbende.

Duidelikheidshalwe moet gemeld word dat dit vir die doeleindes van die onderhawige appèl nie nodig is nie om 'n mening aangaande die volgende vrae uit te spreek:

- (i) Of die houer van 'n voorkoopsreg 'n koopkontrak tussen hom en die verkoper tot stand kan bring slegs nadat 'n koopkontrak met 'n derde aangegaan is en nie ook, bv, indien die verkoper 'n aanbod aan die derde gemaak het nie. Moontlik kan die presiese bewoording van die voorkoopsreg in hierdie verband van belang wees.
- (ii) Of die reghebbende in die plek van die derde kan tree indien die betrokke koopkontrak aan bepaalde vormvereistes, soos bv in geval van verkoop van onroerende goed, moet voldoen.
- (iii) Of die tydstip waarop die al of nie kennis van die derde aangaande die voorkoopsreg van belang is, verband hou met die sluiting van die koopkontrak of met die lewering van die koopgoed.

Ek sê dat hierdie vrae nie vir beslegting opduik nie omdat Kessler wel die aandele en vorderings aan die tweede respondent verkoop het, die kontrak vormvry aangegaan kon word, en die tweede respondent deurgaans kennis van die appellant se voorkoopsreg gedra het.

Ek keer terug na die feite van die onderhawige appèl. Die voorkoopsreg waarvoor die statute van die eerste respondent voorsiening gemaak het, verskil van die normale voorkoopsreg in die sin dat 'n aandeelhouer wat sy aandele wou verkoop 'n kennisgewing aan die eerste respondent moes rig en dat die maatskappy daarna as verteenwoordiger

1982 (3) SA p909

VAN HEERDEN WN AR

van alle aandeelhouders moes optree. Waarskynlik is die betrokke bepaling opgestel aan die hand van 'n voorbeeld wat bedoel was om te geld in 'n geval waarin 'n maatskappy meer as twee aandeelhouders het. Die eerste respondent het egter slegs

twee aandeelhouders gehad en het voorts nie 'n onafhanklike belang in 'n verkoop van aandele en vorderings deur sy een aandeelhouer aan die ander een gehad nie. Indien die appellant dus in 1973 sy aandele direk aan die tweede respondent te koop aangebied het, en laasgenoemde die aanbod aanvaar het, sou nie een van hulle of die eerste respondent later kassie kon maak het teen die feit dat die statute nie streng nagekom was nie. Trouens, die rig van die vereiste kennisgewing aan die eerste respondent sou in sodanige geval onnodig en ietwat absurd gewees het. Vir huidige doeleindes kan dus veronderstel word dat die statute 'n direkte en wedsydse voorkoepsreg tussen die twee aandeelhouders geskep het. So gesien, kan die kernvraag wat besleg moet word soos volg geformuleer word: Kan A (die appellant) teen B (die tweede respondent) optree indien A in stryd met 'n voorkoepsreg ten gunste van B die betrokke saak aan C (Kessler) verkoop het met voorbehoud van 'n voorkoepsreg in sy (A se) guns, en B daarna met kennis van laasgenoemde voorkoepsreg die saak van C gekoop het en lewering ontvang het? Namens die respondente is betoog dat indien A mala fide opgetree het, B geregtig was om in die plek van C te tree; dat dit vir B onnodig sou wees om regtens te ageer en dat hy by wyse van 'n 'kommersiële' remedie die saak van C kon verkry; dat B nie tegelykertyd regmagtig en onregmagtig kon gehandel het nie, en dat A hom dus nie oor B se buiteregtelike optrede sou kon bekla nie. Daarteenoor was die grootste gedeelte van die betoog namens die appellant daarop toegespits om aan te toon dat die appellant nie mala fide opgetree het nie, of alternatiewelik dat die tweede respondent afstand gedoen het van sy regte voortspruitende uit die appellant se verkoop van die aandele en vorderings aan Kessler, of 'n keuse maak het om nie sy regte uit te oefen nie. In besonder is betoog dat die tweede respondent bewus was van die appellant se voorgenome verkoop van die aandele aan Kessler en inderdaad daartoe toegestem het.

Soos blyk uit para 10 hierbo, was drie van die vier direkteure van die tweede respondent bewus van die voorgenome verkoping aan Kessler en het hulle trouens die afstanddoening van Desember 1973 onderteken. Die vraag wat die meeste beredeneer is, was of die vierde direkteur, Bremer, ook aldus bewus was en sy toestemming tot die verkoop verleen het. Vanweë my siening van die antwoord op bogenoemde kernvraag, is ek bereid om vereers te veronderstel dat Bremer nie die genoemde voorkennis gehad het nie, en dat dus ook nie gesê kan word dat die

tweede respondent sodanige kennis gehad het nie (of dat laasgenoemde op een of ander wyse sy toestemming verleen of van sy regte afstand gedoen het nie).

In die lig van hierdie veronderstelling is dit duidelik dat nadat die appellant sy aandele in en vorderings teen die eerste respondent (hierna, tensy anders aangedui, bloot die aandele genoem) aan Kessler verkoop het, die tweede respondent geregtig was om deur 'n eensydige

1982 (3) SA p910

VAN HEERDEN WN AR

wilsverklaring in die plek van Kessler te tree, aldus 'n koopkontrak tussen die appellant en die tweede respondent tot stand te bring, en om daarna die aandele in die hande van die appellant of Kessler op te vorder. Of die appellant in 'n subjektiewe sin mala fide opgetree het, sou nie ter sake gewees het nie. Omgekeerd val dit egter nie in te sien nie waarom kwaaië trou aan die kant van die appellant 'n sterker reg aan die tweede respondent sou verleen het.

Ter motivering van die pas verkondigde stellings, is dit nodig om ietwat uit te wei oor die aard van die kennis van 'n derde wat by toepassing van die kennisleer ter sprake kom. In *De Jager v Sisana* (supra) is verwys na vorige beslissings wat dit gehad het oor die regte van 'n koper teenoor 'n latere koper wat met kennis van eersgenoemde se regte die betrokke saak van die verkoper aankoop en lewering verkry.

CURLEWIS AR, wat die meerderheidsuitspraak gelewer het, het die volgende gesê (te 74):

'Various decisions of the Courts of South Africa were quoted to us in which the principle was laid down that a purchaser of any property... who buys with knowledge of the rights of a third party to or in such property is bound thereby, and that it would be a species of fraud on his part if he attempted to defeat such third party's rights.'

En WESSELS AR het hom in 'n aparte uitspraak met verwysing na die beslissing in *Cato v Alion and Helps* 1922 NPD 469 soos volg uitgelaat:

'That case applied the rule that a purchaser of property made in derogation of the rights of a third party with knowledge of such rights is a species of fraud upon the third party and does not defeat his rights.'

Ek stem saam met die mening uitgespreek deur SPOELSTRA WN R, in *Kazazis v Georghiades en Andere* 1979 (3) SA 886 (T) te 893, dat die verwysings na bedrog slegs dien as 'n aanknopingspunt in die regsisteem ter onderskriging van die

kennisleer, en dat beide Appèlregters blote kennis as voldoende beskou het. Spesifiek wat 'n voorkoopsreg betref, dien daarop gelet te word dat Berlichius en Van Zutphen ter voorheen aangehaalde plaatse beide nie enige vorm van bedrog vereis nie, maar bloot verklaar dat die reghebbende na lewering die saak van die kundige derde kan opvorder, en dan byvoeg

'omdat die koper [die derde] te kwader trou was en bedrieglik gehandel het'. Bedrog word dus uit blote kennis regtens gekonstrueer. Ook Glück (op cit band 16 te 168 gelees met 66 n 6) spreek in dieselfde sin.

Dit blyk dus dat om van bedrog of mala fides binne die raamwerk van die kennisleer te praat - altans vir sover dit 'n verkoop in stryd met 'n voorkoopsreg aangaan - oorbodig is en moontlik verwarring kan skep. Die juiste siening na my mening is dat vanweë die kennisleer aan 'n persoonlike reg beperkte saaklike werking verleen word. Anders as 'n saaklike reg wat teen almal geld omdat oa by wyse van fiksie kennis daarvan aan almal toegeskryf word, het 'n voorkoopsreg dus saaklike werking slegs teen diegene wat daadwerklik daarvan kennis dra (of, moontlik, optree met dolus eventualis ten opsigte van die bestaan daarvan).

Dit volg dus dat nie gevolg gegee kan word nie aan die respondente se betoog dat die appellant mala fides aan die kant van die tweede respondent moes bewys het, en nie daarin geslaag het nie omdat die

1982 (3) SA p911

VAN HEERDEN WN AR

tweede respondent se verkryging van die aandele in die lig van die appellant se vroeëre kwaaië trou nie as mala fide aangemerkt kan word nie. Al wat die appellant ter bewys van sy skuldoorsaak moes aangetoon het, was die bestaan van sy voorkoopsreg en kennis daarvan aan die kant van die tweede respondent. Dit het hy gedoen. Op hul beurt het die respondente aangetoon dat, op die voorheen genoemde veronderstelling, die appellant in verbreking van die tweede respondent se voorkoopsreg en met kennis daarvan die aandele aan Kessler verkoop het wat ewe-eens bewus van die bestaan van bedoelde voorkoopsreg was. Enige regte wat eers die tweede respondent en later die appellant vanweë die onderskeie handelinge in stryd met die twee voorkoopsregte verkry het, het nie op mala fides berus nie en kon ook nie deur bewys daarvan versterk word nie.

Ek kom nou by die betoog dat die tweede respondent deur buiteregeregtelike optrede bereik het presies dit wat hy regtens kon bereik het.

Indien die betoog in die lig van die feite ten volle gefundeer was, sou dit moontlik 'n afdoende verweer teen die appellant se skuldoorsaak daargestel het, en ek is bereid om te veronderstel dat dit die geval sou gewees het.

Die kern van die betoog is eerstens dat indien die tweede respondent van sy regsaansprake en - middels gebruik gemaak het, hy, desnoods deur instelling van 'n aksie, oordrag van die aandele in sy naam sou kon bewerkstellig het. Tot sover kan akkoord met die betoog gegaan word, want indien die tweede respondent in Kessler se skoene getree het, en bereid sou gewees het om teen Kessler en die appellant te ageer, sou hy wel oordrag van die andele kon verkry het. Die tweede stut van die betoog is egter dat deur nie op die genoemde wyse op te tree nie, maar wel van 'n 'kommersiële' remedie van oorreding gebruik te maak, die appellant presies dieselfde resultaat bewerkstellig het, en daarmee kan ek nie saamstem nie.

Indien die tweede respondent na die verkoop van die aandele aan Kessler deur uitoefening van sy voorkoopsreg in Kessler se plek getree het, sou hy, soos blyk uit wat voorheen gesê is, aan al Kessler se verpligtinge gebonde gewees het. Die voorkoopsreg wat die appellant vir homself in Desember 1973 beding het, sou dus teen die tweede respondent gegeld het. Vanweë die 'kommersiële' wyse waarop die tweede respondent egter wel opgetree het, het daar nooit 'n koopkontrak tussen die appellant en die tweede respondent tot stand gekom nie, en kan die appellant vanselfsprekend nie huidiglik op 'n kontraktuele voorkoopsreg teenoor die tweede respondent staatmaak nie. Namens die respondente is aan die hand gedoen dat die tweede respondent wel die aandele onderhewig aan die appellant se voorkoopsreg verkry het, maar die grondslag waarop dit sou gebeur het, is nie vir my duidelik nie. Ek kan ook net nie insien hoe so 'n reg anders as deur 'n kontrak tussen die appellant en die tweede respondent kon ontstaan het nie, en laasgenoemde het deur te verkies om nie sy voorkoopsreg regtens uit te oefen nie die totstandkoming van sodanige kontrak gefnuik.

Die advokaat vir die respondente het tereg, na my mening, nie munt probeer slaan uit die feit dat die voorbehoud van 'n voorkoopsreg deur 'n voormalige aandeelhouer in stryd met die eerste respondent se statute

1982 (3) SA p912

VAN HEERDEN WN AR

sou wees nie. Die posisie is naamlik dat die voorkoopsreg waarvoor die statute voorsiening maak slegs tussen aandeelhouders geld, en indien 'n aandeelhouer al sy

aandele verkoop en oordra, is hy vanselfsprekend nie meer 'n aandeelhouer nie en geld bedoelde voorkoopsreg net vir die reeds bestaande en nuwe aandeelhouders. Daarom sou 'n voorbehoud van 'n voorkoopsreg ten gunste van iemand wat nie meer 'n aandeelhouer is nie, indruis teen die voorkoopsreg ontstaande uit die statute. Dit mag dus wees dat die tweede respondent kopsie sou kon gemaak het indien die appellant die aandele met voorbehoud van 'n voorkoopsreg aan hom aangebied het, en dat hy - sonder om die aanbod te aanvaar - 'n interdik teen oordrag van die aandele aan Kessler sou kon verkry het. Maar volgens my mening sou hy nie eenvoudig die voorkoopsreg in die aanbod kon negeer het en deur 'n aanname 'n koopkontrak sonder 'n voorkoopsreg tot stand kon bring nie.

Daar is 'n verdere struikelblok in die weg van aanvaarding van die tweede been van die betoog onder bespreking. Die vraag ontstaan naamlik of die tweede respondent sy voorkoopsreg sou uitgeoefen het. Ten koste van herhaling is dit nodig om weer eens die aandag daarop te vestig dat drie van die tweede respondent se vier direkteure hul toestemming tot die verkoop van die aandele aan Kessler verleen het. In die gewone loop van sake sou die direksie van die tweede respondent sy voorkoopsreg moes uitgeoefen het, en indien Bremer as die vierde direkteur sodanige besluit sou voorgestel het, is dit hoogs onwaarskynlik dat hy die medewerking van Kessler en die ander twee direkteure sou verkry het. Namens die respondente is aangevoer dat Bremer 'n bevel sou kon verkry waarvolgens die ander direkteure belet sou word om teen so 'n voorgestelde besluit te stem. Dit is vir my egter hoegenaamd nie duidelik nie dat sodanige bevel hetsy ingevolge art 252 van die Maatskappywet 61 van 1973, hetsy kragtens die gemene reg, verleen sou kon word. Eerstens was Bremer nie 'n aandeelhouer van die tweede respondent nie. Tweedens blyk dit nie dat die ander direkteure, behalwe Kessler, enige voordeel uit die verkoop van die aandele aan Kessler getrek het of op enige wyse onbehoorlik opgetree het nie. Derdens is daar niks wat daarop dui dat dit in belang van die tweede respondent was dat die aandele aan die tweede respondent, en nie aan Kessler nie, verkoop moes word. So bv blyk dit nie dat die koopprys van R150 000 minder was as die waarde van die aandele nie. Trouens, soos dit my voorkom, was dit slegs Bremer Meulens wat vir eie voordeel, en nie vir die voordeel van die tweede respondent nie, sou wou toesien dat die aandele aan die tweede respondent toeval. Bremer (namens Bremer Meulens) se hele optrede was daarop gemik om vir die tweede respondent - en dus indirek vir Bremer Meulens as aandeelhouer van Oryx

Beherend wat op sy beurt 'n aandeelhouer van die tweede respondent was - 'n groter belang in die eerste respondent te verkry met die oog op bestendiging van laasgenoemde se verbintenis teenoor Bremer Meulens.

Maar al veronderstel ek ook dat Bremer die hipotetiese bevel sou kon verkry het, is dit vir my duidelik dat hy geen regstappe sou geneem het nie, hetsy persoonlik of namens Bremer Meulens, om bedoelde

1982 (3) SA p913

VAN HEERDEN WN AR

bevel te verkry. Dit is waar dat Bremer in briewe aan Kessler die houding ingeneem het dat die verkoop van die aandele aan Kessler tersyde gestel kon word, maar indien die inhoud van die briewe saam met die bewerings in sy bestrydende verklaring gelees word, is daar weinig twyfel dat hy nie tot regsaksie sou oorgegaan het nie.

Ek kom derhalwe tot die gevolgtrekking dat die tweede respondent nie buiteregereglik bereik het wat hy kon en sou bereik het indien hy sy voorkoopsreg ingevolge die statute van die eerste respondent uitgeoefen het nie. Dit volg dus dat Kessler in verbreking van die appellant se voorkoopsreg die aandele aan die tweede respondent verkoop het.

Die appellant se smeekbedes is in effek daarop gerig om die aandele te bekom. As finale argument is dan ook namens die respondente aangevoer dat 'n Hof in die uitoefening van 'n diskresie nie as't ware spesifieke nakoming in die guns van die appellant moet beveel nie.

Dit is aanvaarde reg dat 'n Hof wel in gepaste gevalle kan weier om aan 'n kontraktant spesifieke nakoming toe te staan, wat dan meebring dat hy slegs op die alternatiewe remedie van skadevergoeding geregtig is. Hierdie diskresie strek wyd maar moet vanselfsprekend judisieël uitgeoefen word: Haynes v Kingwilliamstown Municipality 1951 (2) SA 371 (A) te 378. In die Owsianick- saak supra te 320 en 325 het OGILVIE THOMPSON en WILLIAMSON ARR aanvaar dat sodanige diskresie ook uitgeoefen kan word wanneer die houer van 'n voorkoopsreg trag om sy reg af te dwing. In daardie saak was egter slegs die onderlinge regsposisies van die houer en die ander kontraktant ter sprake. In casu geld 'n verskillende feitekompleks. Indien die appellant deur uitoefening van sy voorkoopsreg in die plek van Kessler sou tree, sou daar weliswaar 'n koopkontrak tot stand kom, maar aangesien die aandele reeds aan die tweede respondent oorgedra is, sou die appellant die aandele van

laasgenoemde moes opvorder. Sy persoonlike reg met saaklike werking sou dus nie as 'n bloot kontraktuele vordering beskou kon word nie, en sou ook nie teen die ander kontraktant gerig wees nie.

Daar is ook nog ander oorwegings wat my laat twyfel of die regsposisie met betrekking tot 'n diskresie wat in sake soos die Haynes- saak supra geformuleer is, wel in 'n geval soos die onderhawige toepassing vind. Vanweë die gevolgtrekking waartoe ek hieronder kom, veronderstel ek egter ten gunste van die respondente dat sodanige wye diskresie wel in casu uitgeoefen kan word.

Die omstandighede wat ter sprake kom, is die beweerde mala fide optrede van die appellant en die verandering in die finansiële posisie van die eerste respondent sedert 1974 toe die aandele aan die tweede respondent oorgedra is.

Wat eersgenoemde aspek betref, is dit nodig om aandag te gee aan Bremer se kennis en optrede voor en na die sluiting van die 1973 ooreenkoms. Soos blyk uit wat net na my agtergrondsuiteensetting gesê is, beweer Bremer dat dit teen die einde van 1973 tot sy kennis gekom het dat Kessler en die appellant samesprekings gevoer het met die oog op die verkoop van laasgenoemde se aandele in die eerste respondent. Hoewel Bremer tydens die opstel van die bestrydende verklaring geweet het presies wanneer die 1973 ooreenkoms aangegaan is, vermy hy 1982 (3) SA p914

VAN HEERDEN WN AR

om te sê van wie hy die inligting verkry het en of dit voor of na sluiting van die ooreenkoms gebeur het. Volgens die onbeantwoorde bewerings van Yates in die repliserende verklaring moes Bremer se kennis geheel of gedeeltelik op Yates se mededelings aan hom berus het. Onthou sal word dat volgens Yates hy voor die aangaan van die genoemde ooreenkoms die aangeleentheid met Bremer bespreek het, en dat laasgenoemde die houding ingeneem het dat hy geen beswaar teen die voorgestelde verkoop van die aandele van Kessler gehad het nie mits die verbintenis van die eerste respondent teenoor Bremer Meulens nie daardeur geraak sou word nie. Die skrywe wat Bremer op 11 Maart 1974 aan Yates gerig het, staaf mi die betrokke bewerings (vide para 20 hierbo). Bremer se verwysing na die versekering wat Yates en Bloom aan hom gegee het 'if you would buy out Mr Kessler or sell to him', het naamlik na woordlui betrekking op 'n gebeure voordat 'n koopkontrak - die 1973 ooreenkoms - daadwerklik aangegaan is. Die verdere verwysing in die skrywe na die raad wat Bremer van sy prokureurs ontvang het, spreek nie teen bedoelde

konstruksie nie, want hulle sou klaarblyklik wou vasstel of die verbintenis van die eerste respondent teenoor Bremer Meulens nie nadelig getref is nie deur iets vervat in die 1973 ooreenkoms en die aanhangsels daartoe.

Ek vind ook nie in die eerste paragraaf van die skrywe - waarin Bremer meld dat volgens sy prokureur

'he has not received the documents regarding the purchase of your shares that was discussed whilst we were in Windhoek'

iets wat my konstruksie weerlê nie. Hierdie paragraaf is goed te rym met 'n situasie waarin Bremer en oa Yates die voorgestelde verkoop van die aandele bespreek het, en Bremer daarna in kennis gestel is, of verneem het, dat die koop beklank is. Die laaste sin van die paragraaf waarin verwys is na Yates se herhaalde beloftes om die dokument aan die prokureur te stuur, dui ook daarop dat die gesprek in Windhoek waarskynlik 'n geruime tyd voor 11 Maart 1974 plaasgevind het.

Daar is 'n aantal verdere aanduidings wat ten gunste van Yates se weergawe spreek. Ek noem slegs twee. Eerstens is dit opmerklik dat Bremer, wat hom so bekla oor die appellant en Kessler se beweerde geknoeiery, self meld dat hy teen die einde van 1973 kennis van die onderhandelinge tussen Kessler en die appellant verkry het, maar nêrens noem dat hy toe enige beswaar teen Kessler of die appellant geopper het nie. Tweedens steun Bremer in die bestrydende verklaring op 'n brief wat hy op 15 Maart 1974 aan Kessler geskryf het. Hierin meld hy oa dat Yates die prokureurs van Bremer Meulens geskakel het om te hoor of die 'dokumente' - klaarblyklik die afstanddoening - al geteken was en gesê het dat 'dit baie ernstig en haastig is'. Na my mening is Yates se optrede te vereenselwig slegs met 'n stellige verwagting dat Bremer Meulens wel die afstanddoening sou teken. Namens die appellant is egter sterk steun geplaas op briewe wat Bremer en sy prokureurs in Maart 1974 aan Kessler gerig het. Die houding wat in hierdie briewe ingeneem is, kan nie, so is betoog, met Yates se bewerings vereenselwig word nie. In hierdie skrywes is naamlik die houding ingeneem dat die verkoop van die aandele aan Kessler onregmatig was en tersyde gestel kon word (vide para 16 hierbo), terwyl 1982 (3) SA p915

VAN HEERDEN WN AR

Bremer ook sy verbasing uitgespreek het oor die 'ingewikkelde ooreenkomste' wat in Desember 1973 aangegaan was. Daar steek pit in die advokaat se betoog, maar die eienaardige is, veral in die lig van die feit dat dit die appellant was wat in stryd met

die eerste respondent se statute opgetree het, dat Bremer nooit 'n soortgelyke skrywe aan Yates gerig of laat rig het nie. En indien Bremer wel, soos Yates beweer, voorwaardelik die voorgestelde verkoop goedgekeur het, kan 'n mens begryp waarom dit nie gebeur het nie.

'n Moontlike verklaring vir die briewe aan Kessler en sy prokureurs is dat Bremer bewus of bevrees was dat die 1973 ooreenkoms nie spesifiek vir die voortsetting van die eerste respondent se verbintenis teenoor Bremer Meulens voorsiening gemaak het nie, en dat hy druk op Kessler wou uitoefen om sodanige voortsetting te verseker.

Dat daar geen poging was om die aangaan van die ooreenkoms vir Bremer geheim te hou nie, blyk uit 'n brief wat Kessler se prokureurs reeds op 31 Januarie 1974 aan Bremer se prokureurs gerig het, en waarin gevra is dat Bremer of Bremer Meulens die ingeslote aanhangsels D en E moes voltooi en onderteken. Hierdie aanhangsels was onderskeidelik die 1973 afstanddoening en die aksessore ooreenkoms met betrekking tot die appellant se voorkeepsreg (vide para 9 hierbo). Die indruk wat 'n mens kry, is dat Kessler se prokureurs verwag het dat Bremer of Bremer Meulens sonder beswaar 'n party tot die twee ooreenkomste sou word, en so 'n verwagting sou waarskynlik berus het op 'n houding wat Bremer reeds vroeër geopenbaar het. Namens die respondente is klem gelê op die feit dat Yates vir die eerste keer in die repliserende verklaring die meermaal genoemde gesprek met Bremer in Windhoek vermeld het, en dat hy nie in die funderende verklaring gesteun het nie op Bremer se voorwaardelike toestemming tot die voorgenome verkoop van die aandele aan Kessler. Soos hieronder blyk, was dit egter nie vir die appellant nodig om oorspronklik op sodanige toestemming te steun nie. Ek kan ook niks sinisters daarin vind dat die gesprek eers in die repliserende verklaring vermeld is nie. In hierdie verband dien die aandag daarop gevestig te word dat nieteenstaande meer as een skrywe van Yates aan Bremer waarin spesifiek gewys is op die voorkeepsreg wat die appellant teenoor Kessler voorbehou het, en waarin inligting oor die oordrag van die aandele deur Kessler aan die tweede respondent aangevra is, Bremer nooit die houding ingeneem het dat hy die oordrag bewerkstellig het omdat hy nie voorkennis van die 1973 ooreenkoms gehad het nie. Inteendeel het hy in 'n skrywe aan die appellant valslik beweer dat die oordrag geskied het omdat Kessler hom die versekering gegee het

'that he did not in any way oblige himself or the company...'

(vide para 20 hierbo). Yates kon dus nouliks verwag het dat Bremer in die bestrydende verklaring vir die eerste keer sou steun op agterbakse gedrag aan die kant van die appellant en Kessler.

Ek meen nie dat Yates se weergawe inherent onwaarskynlik is nie. By 'n opweging van die tersaaklike bewerings in die bestrydende en repliserende verklarings begunstig die waarskynlikhede na my mening dus Yates se weergawe van die genoemde gesprek. Indien ek egter

1982 (3) SA p916

VAN HEERDEN WN AR

verkeerd sou wees, kan, op die beste vir die respondente, Yates se weergawe nie verwerp word nie.

Namens die appellante is egter ook betoog dat omdat Yates se tersaaklike bewerings vir die eerste keer in die repliserende verklaring gemaak is, dié hoegenaamd nie in ag geneem kan word nie. Indien die bewerings as deel van die appellant se saak in die funderende verklaring gemaak moes gewees het, sou die betoog gefundeerd gewees het. Maar, soos reeds aangetoon, was dit nie deel van die appellant se skuldoorsaak dat die tweede respondent wel, en die appellant nie, mala fide opgetree het. Dit was Bremer wat in sy beantwoordende verklaring 'n klagte van kwaaië trou aan die deur van die appellant gelê het, en laasgenoemde was geregtig om daarop te antwoord vir sover die klag as 'n vorm van spesiale verweer in aanmerking kon kom. In die onderhawige verband is die vraag of die appellant mala fide opgetree het, van belang slegs by oorweging van die uitoefening van die diskresie onder bespreking, en myns insiens is dit duidelik dat die bewyslas op die respondente gerus het om aan te toon waarom die diskresie uitgeoefen moes word. Immers, indien 'n skuldige party versoek dat die Hof nie spesifieke nakoming moet beveel nie, vra hy 'n tegemoetkoming, en tensy, moontlik, die openbare belang op die spel is, moet hy deur die nodige bewysmateriaal die grondslag vir die tegemoetkoming lê. Derhalwe was die appellant ten volle geregtig om te antwoord op die beskuldiging dat hy mala fide opgetree het.

Nie een van die partye het die Hof a quo versoek om die geskil onder bespreking met behulp van mondelinge getuienis op te los nie, en namens die respondente is sodanige aansoek ook nie aan hierdie Hof gerig nie. Dit is reeds herhaaldelik beslis dat 'n applikant in mosieverrigtinge in die Reël nie kan slaag nie indien tersaaklike en egte feitegeskille uit die stukke blyk, en dat die applikant in sodanige geval aansoek

moet doen om die aanhoor van mondelinge getuienis. Dit is egter nie 'n reël sonder uitsonderings nie. In *Tomkin (Pty) Ltd v Bauer* 1931 TPD 292, 'n geval van 'n bestrede sekwestrasie-aansoek, het GREENBERG R in verband met mosieërrigtinge in die algemeen die volgende gesê (te 294):

'If a party against whom the balance of probabilities lies is not prepared to claim that viva voce evidence will disturb the balance, it seems to me that this attitude goes a long way towards entitling the Court to say that such evidence will not have that effect...'

In *R Bakers (Pty) Ltd v Ruto Bakeries (Pty) Ltd* 1948 (2) SA 626 (T) te 631, het 'n Volle Hof beslis dat stellings soos bogenoemde slegs van toepassing is in gevalle waarin mosieërrigtinge statutêr voorgeskryf word. 'n Gedeelte van die motivering in laasgenoemde saak is - ook deur 'n Volle Hof - gekritiseer in *Room Hire Co (Pty) Ltd v Jeppe Street Mansions (Pty) Ltd* 1949 (3) SA 1155 (T) te 1159 ev, maar die Hof het ook aanvaar dat 'n onderskeid getrek moet word tussen gevalle waarin mosieërrigtinge statutêr voorgeskryf word en dié waarin die applikant uit eie keuse van dié prosedurevorm gebruik maak. In nie een van laasgenoemde sake is egter verwys nie na die beslissing in *Prinsloo v Shaw* 1938 AD 570. In hierdie saak, waarin die Hof a quo 'n aansoek om 'n interdik aangehoor het, is naamlik gesê (te 575):

'... I think the fact that the respondent did not avail himself of the provision 1982 (3) SA p917

VAN HEERDEN WN AR

already quoted to make an application for the attendance and cross-examination of any of the witnesses is an element to be taken into consideration (see *Tomkin (Pty) Ltd v Bauer* 1931 TPD 292).'

En in nog 'n beslissing van die Transvaalse Volle Hof in *Kuper v Stellenbosch Farmers' Winery Ltd* 1961 (3) SA 56 (T) sê KUPER R (te 58):

'In motion proceedings if a person against whom the balance of probabilities is, seeks an opportunity to upset the balance by giving evidence he should, save in exceptional circumstances, be afforded that opportunity.'

Ek vind dit onnodig om standpunt in te neem aangaande die vraag of die stellings in die Bauer- saak supra beperk moet word tot gevalle waarin 'n statutêre bepaling mosieërrigtinge voorskryf. Dit is in elk geval duidelik dat algemeen aanvaar word dat minstens in sodanige gevalle die party teen wie die oorwig van waarskynlikhede geld in die reël aansoek moet doen om die aanhoor van mondelinge getuienis indien

hy 'n uitspraak teen hom wil vermy. En in die Room Hire- saak supra te 1164 word gesê dat in ander gevalle van egte feitegeskille

'the Court should ordinarily decline to decide the dispute purely on the probabilities as disclosed in the affidavits...'.
(My kursivering.)

Soos reeds aangetoon, het die appellant in die onderhawige geval sy skuldoorsaak bewys en was hy prinsipieel geregtig om deur uitoefening van sy voorkoopsreg oordrag van die aandele te vorder. Soos ook aangetoon, het die las op die respondente gerus betreffende die lê van 'n feitlike grondslag waarop die Hof a quo sy veronderstelde diskresie in hulle guns kon uitoefen. Die geskil onder bespreking het betrekking slegs op 'n vergunning aangevra deur die respondent sover dit spesifieke remedies van die appellant betref, en raak nie die meriete van laasgenoemde se skuldoorsaak nie. Na my mening moet 'n party wat sodanige vergunning aanvra, pro tanto as applikant beskou word en in geval van 'n feitegeskil rekende die grondslag van die vergunning wat deur hom bewys moet word, moet hy in die Reël aansoek doen om die aanhoor van mondelinge getuienis - te meer in 'n geval soos die onderhawige waarin die oorwig van waarskynlikhede teen hom spreek.

Aangesien die respondente nie so 'n aansoek gerig het nie - en myns insiens die onderhawige nie 'n geval is waarin 'n Hof mero motu die aanhoor van mondelinge getuienis moet beveel nie - kan die respondente dus nie steun op die omstrede bewering dat die appellant te kwaaië trou opgetree het in die sin dat Bremer nie geken is nie voordat die 1973 ooreenkoms aangegaan is.

Indien Yates die waarheid spreek, het Bremer in soveel woorde te kenne gegee dat hy geen beswaar teen die aangaan van die 1973 ooreenkoms gehad het nie mits, soos reeds genoem, Bremer Meulens se verbintenis nie daardeur geraak sou word nie. Dit was klaarblyklik die bedoeling van die appellant en Kessler dat die verbintenis moes bly voortbestaan, en na my mening het hulle dus te goeie trou gehandel toe hulle die ooreenkoms gesluit het in die stellige verwagting dat Bremer nie daarteen gekant was nie. Teen die respondente moet dus veronderstel word nie slegs dat al vier direkteure van die tweede respondent in kennis gestel is van die voorneme om die ooreenkoms aan

1982 (3) SA p918

VAN HEERDEN WN AR

te gaan nie, maar ook dat al vier daartoe toegestem het, sy dit dan ook voorwaardelik in Bremer se geval.

Daar is ook 'n verdere rede waarom ek, selfs indien Bremer se bewerings as juis aanvaar word, nie die veronderstelde diskresie in die guns van die respondente sou uitoefen nie. Soos reeds meermale aangedui, is Bremer se houding dat hy, namens Bremer Meulens, deur die reg in eie hande te neem in plaas van aksie teen die appellant in te stel, eenvoudig kwaad met kwaad vergeld het. Soos ook aangetoon, het hy in die proses die voorkoopsreg wat die appellant voorbehou het tot niet gemaak. Verder het hy, anders as wat die appellant en Kessler in 1974 gedoen het, die aangaan van die ooreenkoms tussen Kessler en die tweede respondent vir die appellant geheim gehou oor 'n tydperk van bykans ses jaar, en uiteindelik 'n blatante leuen vertel toe die appellant navraag by hom gedoen het. En ek meen nie dat 'n Hof sodanige gedrag as't ware kan goedkeur deur die veronderstelde diskresie in die guns van Bremer Meulens, as een van die werklik belanghebbende partye, uit te oefen nie.

Die tweede aspek wat oorweeg moet word, is die beweerde verbeterde finansiële posisie van die eerste respondent gedurende die lang tydsverloop vanaf 1974 totdat die aansoek in 1979 aanhangig gemaak is. Hieroor hoef nie veel gesê te word nie. Die aangaan van die 1973 ooreenkoms was nie vir Bremer geheim gehou nie, maar dieselfde kan nie gesê word nie van die koopkontrak van die aandele wat in 1974 tussen Kessler en die tweede respondent aangegaan is. Dit blyk gemene saak te wees dat Bremer nooit 'n woord daaroor teenoor die appellant gerep het nie, en volgens Yates het die appellant eers in 1979 van die verkoop bewus geword. Selfs toe die appellant hierna navraag by Bremer gedoen het, het laasgenoemde nie beweer nie dat hy 'n oordrag van die aandele aan die eerste respondent bewerkstellig het vanweë die appellant se vorige optrede in stryd met die tweede respondent se voorkoopsreg. Inteendeel het hy in 'n skrywe aan die appellant bewustelik die onware bewering gemaak dat die oordrag geskied het omdat Kessler die versekering gegee het dat hy hom nie op enige wyse betreffende die aandele verbind het nie (vide para 20 hierbo). Ek sê dit omdat dit gemene saak is dat Bremer reeds in 1974 insae in die 1973 ooreenkoms en die aksessore ooreenkomste daartoe gehad het, en dus wel deeglik bewus was van die verkoopsreg wat die appellant teenoor Kessler voorbehou het. Soos reeds herhaaldelik genoem, was die ander direkteure van die tweede respondent partye tot die aksessore ooreenkomste,

en dit val dus nie in te sien nie waarom 'n mens simpatie sal hê vir die tweede respondent vanweë die feit dat die aandele wat van Kessler verkry is gedurende die tydperk van geheimhouding moontlik in waarde vermeerder het.

In elk geval blyk dit dat die posisie van die eerste respondent slegs in 'n beperkte sin verbeter het, en dat op 30 Junie 1978 (die laaste datum waarvoor Bremer syfers verstrek) die aandeelhoudersbelang steeds R374 (negatief) was en dus nie 'n positiewe waarde gehad het nie. Dit is ook nodig om te meld dat verreweg die grootste belang in die tweede respondent deur die boedel van Kessler en Bremer Meulens gehou word, en dat dit juis Kessler en Bremer, namens Bremer Meulens, 1982 (3) SA p919

VAN HEERDEN WN AR

was wat in stryd met die appellant se voorkoopsreg opgetree het.

Samevattend is ek van mening dat indien ek 'n wye diskresie sou hê om nie 'n bevel gemik op spesifieke nakoming, in die breë sin, te verleen nie, ek in die lig van wat reeds gesê is dit nie ten gunste van die respondente sou uitoefen nie. Ek kan ook byvoeg dat dit geensins blyk dat 'n aanspraak op skadevergoeding in die onderhawige geval vir die appellant 'n bevredigende alternatiewe remedie sal wees nie.

Ten slotte kom ek by die appellant se smeekbedes. Onthou sal word dat die eerste daarvan gerig was op tersydestelling van die verkoop of vervreemding en oordrag van die betrokke 15 000 aandele deur Kessler aan die tweede respondent, en die tweede op verlening van 'n bevel wat die derde respondent sou verplig om die aandele aan die appellant aan te bied teen dieselfde prys en volgens dieselfde bedinge waarop en waarteen Kessler die aandele aan die tweede respondent vervreem het.

In die eerste instansie dien opgemerk te word dat die koopkontrak tussen Kessler en die tweede respondent nie tersyde gestel kan word nie. Gerieflikheidshalwe het ek tot dusver dit gehad oor die houer van 'n voorkoopsreg wat in die plek van die derde tree, maar daardeur wou ek nie te kenne gee dat hy as koper die derde vervang nie. Die juiste posisie is dat by uitoefening van 'n voorkoopsreg na sluiting van 'n koopkontrak met 'n derde 'n selfstandige, en nie 'n vervangende nie, koopkontrak tot stand kom. Soos Larenz (op cit te 132) dit stel (vry vertaal):

'Die uitoefening van die voorkoopsreg raak nie die geldigheid nie van die koopkontrak aangegaan tussen die derde en die gebondene (verkoper) nie.'

Tweedens, en op die veronderstelling dat 'n Hof wel die oordrag van die koopgoed aan 'n derde in stryd met 'n voorkoopsreg in 'n bepaalde geval tersyde kan stel, meen ek nie dat sodanige bevel in casu verleen moet word nie. Hoewel Yates sê dat die appellant sy voorkoopsreg wil uitoefen, het dit nog nie gebeur nie. Indien, om een of ander rede, die appellant teen uitoefening sou besluit, sou 'n tersydestelling van die oordrag geen doel gedien het nie. Op die keper beskou, is dit uit die oogpunt van die appellant ook nie nodig dat die oordrag vernietig word nie. Soos blyk uit wat reeds gesê is, was die appellant geregtig om deur uitoefening van sy reg 'n koopkontrak tussen hom en die derde respondent (as eksekuteur van die boedel van Kessler) tot stand te bring, in welke geval hy daarna sonder meer op grond van die kennisleer oordrag van die aandele van die tweede respondent sou kon vorder. Wat die tweede smeekbede betref, het die advokaat vir die appellant erken dat dit nie toegestaan kan of behoort te word nie, en versoek dat 'n verklarende bevel aangaande die appellant se regte verleen word. Hy het ook versoek dat sodanige bevel op beide die verkoopte aandele en vorderings betrekking moet hê. Geen beswaar teen hierdie versoeke is namens die respondente geopper nie. Ek hoef dus slegs te sê dat ek sterk twyfel het of 'n Hof 'n verkoper wat in stryd met 'n voorkoopsreg opgetree het, kan beveel om 'n aanbod aan die reghebbende te maak. In casu benodig die appellant in elk geval nie sodanige bevel ten einde sy voorkoopsreg uit te oefen nie.

Die formulering van gepaste verklarende bevel bied probleme. Indien

1982 (3) SA p920

BOTHA WN AR

die appellant met bewussyn van die juiste regsposisie gehandel het, kon hy reeds in 1979 sy voorkoopsreg uitgeoefen het. Dit kom my dus voor dat in effek slegs verklaar behoort te word dat die gewraakte verkoop van die aandele en vorderings aan die tweede respondent, en die oordrag van die aandele in laasgenoemde se naam, in stryd met die appellant se voorkoopsreg geskied het, en dat geoordeel volgens die geskilpunte geopper in die stukke, die appellant geregtig is om deur uitoefening van sy voorkoopsreg die aandele en vorderings op te vorder.

Die appellant se derde smeekbede was gerig op verkryging van 'n bevel wat die tweede en derde respondente sou verbied om die aandele te verkoop of te vervreem aan iemand anders as die appellant totdat die appellant sou versuim om binne 'n tydperk van dertig dae die aanbod, wat die derde respondent volgens die eerste

smeekbede verplig sou word om te maak, te aanvaar. Uit wat reeds gesê is, volg dat ook hierdie smeekbede nie toegestaan kan word nie.

Die resultaat is dus dat die appèl slaag met koste, insluitende dié van twee advokate, en dat die bevel van die Hof a quo deur die volgende vervang word:

'(1) Dit word verklaar dat die verkoop deur Kessler in 1974 aan die tweede respondent van die aandele en vorderings in en teen die eerste respondent, en die daaropvolgende oordrag van die aandele aan die tweede respondent, geskied het in stryd met die applikant se voorkoopsreg teen Kessler voortspruitende uit die ooreenkoms aangegaan in Desember 1973, en dat, in soverre dit die geskilpunte aangaan wat in die stukke geopper is, die applikant geregtig is om deur uitoefening van sy voorkoopsreg die aandele en vorderings op te vorder.

(2) Die eerste, tweede en derde respondente word beveel om gesamentlik en afsonderlik die koste van die aansoek op 'n onbestrede basis te betaal, terwyl die eerste en tweede respondente gelas word om gesamentlik en afsonderlik alle oorblywende koste, meegebring deur hul verset, te betaal. Laasgenoemde koste sluit in dié verbonde aan die optrede van twee advokate.

MILLER AR en HOLMES WN AR het met VAN HEERDEN WN AR saamgestem.

Judgment

BOTHA WN AR: Die feite en die geskilpunte in hierdie appèl blyk uit die uitspraak van my Kollega VAN HEERDEN. Ek stem met eerbied nie saam met sy gevolgtrekking dat die appèl slaag nie. Na my mening moet die appèl misluk, om die redes wat volg.

My Kollega bevind, op grond van die gesag wat in sy uitspraak ontleed word, dat die appellant in beginsel aanspraak kan maak op die positiewe afdwinging van die voorkoopsreg wat hy teenoor Kessler beding het (ek sal daarna verwys as die appellant se terugkoopsreg). Sy gevolgtrekking in hierdie opsig is in ooreenstemming met dié van OGILVIE THOMPSON AR in *Owsianick v African Consolidated Theatres (Pty) Ltd* 1967 (3) SA 310 (A) te 320G. Ek stem met die gevolgtrekking saam. Vir die doeleindes van my beslissing is dit egter nie vir my 1982 (3) SA p921

BOTHA WN AR

nodig om in te gaan op 'n vertolking van die gesag wat deur my Kollega bespreek word, of op die regs wetenskaplike uitleg van wat gebeur as daar 'n verbreking van 'n voorkoopsreg plaasvind en die reghebbende stappe wil doen om sy reg af te dwing in omstandighede soos dié van die huidige saak nie. Ek aanvaar bloot argumentshalwe dat my Kollega se uitleg van die regsposisie in hierdie verband korrek is.

Waar ek van my Kollega verskil, is oor die vraag of die Hof in 'n geval soos die huidige 'n diskresie het om die positiewe afdwinging van sy regte te weerhou van iemand in die posisie van die appellant, en indien wel, oor die verdere vraag of sodanige diskresie aan die hand van die feite in hierdie saak teen die appellant uitgeoefen behoort te word. My Kollega betwyfel die korrektheid van 'n positiewe beantwoording van die eerste vraag, maar beantwoord in elk geval die tweede vraag ontkennend. My sienswyse is dat beide vrae bevestigend beantwoord behoort te word.

Ten opsigte van eise om spesifieke nakoming van 'n kontrak is dit duidelik dat die Hof 'n diskresie het om te weier om spesifieke nakoming te gelas. In *Haynes v Kingwilliamstown Municipality* 1951 (2) SA 371 (A) te 378F is die posisie soos volg gestel:

'It is, however, equally settled law with us that although the Court will as far as possible give effect to a plaintiff's choice to claim specific performance it has a discretion in a fitting case to refuse to decree specific performance and leave the plaintiff to claim and prove his *id quod interest*. The discretion which a Court enjoys, although it must be exercised judicially, is not confined to specific types of cases, nor is it circumscribed by rigid rules. Each case must be judged in the light of its own circumstances.'

Onder die voorbeelde wat DE VILLIERS WN AR aangegee het van die gronde waarop die Hof sy diskresie teen die verlening van 'n bevel tot spesifieke nakoming kan uitoefen, kom die volgende voor:

'(e) where it would operate unreasonably hardly on the defendant, or where the agreement giving rise to the claim is unreasonable, or where the decree would produce injustice, or would be inequitable under all the circumstances.'

DE VILLIERS WN AR het 'n uittreksel uit die uitspraak van SCHREINER AR in *R v Milne and Erleigh* (7) 1951 (1) SA 791 (A) aangehaal (te 379A), wat gedeeltelik soos volg lui:

'In our law a grant of specific performance does not rest upon any special jurisdiction; it is an ordinary remedy to which in a proper case the plaintiff is entitled. But the Court has a discretion whether to grant the order or not... generally, specific performance will be refused where it would be 'inequitable in all the circumstances'... 'or where from a change of circumstances or otherwise it would be unconscionable' to enforce the contract specifically...' en het ook 'n uittreksel uit Story Equity Jurisprudence met goedkeuring aangehaal (te 379D), wat ten dele soos volg lui:

'In truth the exercise of this whole branch of Equity Jurisprudence respecting the rescission and specific performance of contracts is not a matter of right in either party, but it is a matter of discretion in the Court: not indeed of arbitrary or capricious discretion dependent upon the mere pleasure of the Judge, but of that sound and reasonable discretion which governs itself as far as it may by general rules and principles, but which at the same time withholds or grants relief, according to the circumstances of each particular case, when these rules and principles will not furnish any exact measure of justice between the parties. On this account it is not possible to lay down any rules and principles

1982 (3) SA p922

BOTHA WN AR

which are of absolute obligation and authority in all cases; and therefore it would be a waste of time to attempt to limit the principles or the exceptions which the complicated transactions of the parties and the ever-changing habits of society may at different times and under different circumstances require the Court to recognise or consider.'

Ek gee hierdie aanhaling hier weer omdat die benadering wat daarin weerspieël word na my mening treffend van toepassing is op die omstandighede van die huidige saak.

In die Owsianick- saak supra te 320E - G het OGILVIE THOMPSON AR beslis dat die afdwinging van die reg van die houer van 'n voorkoopsreg om 'n koper te word van die betrokke voorwerp onderhewig is aan die diskresie van die Hof om 'n bevel tot spesifieke nakoming te weier, en WILLIAMSON AR het van dieselfde standpunt uitgegaan (te 325H - 326A). Ek kan aan geen grond dink waarop hierdie standpunt bevraagteken hoef te word nie. As aanvaar word dat die houer van 'n voorkoopsreg

in die by ooreenkoms bepaalde omstandighede deur 'n eensydige wilsverklaring en sonder bystand van die Hof die koper van die betrokke voorwerp kan word, dan kan hy tog nie lewering van die voorwerp, dws spesifieke nakoming van die koopkontrak, afdwing sonder 'n bevel van die Hof nie, en dis klaarblyklik op sodanige afdwinging wat die uitlatings van OGILVIE THOMPSON AR en WILLIAMSON AR IN DIE Owsianick- saak supra betrekking het. Daar kan geen rede wees waarom hierdie soort eis om spesifieke nakoming in 'n buitengewone klas moet val wat nie onderhewig is aan die algemene oorheersende diskresie van die Hof soos dit in ons reg op hierdie gebied geld nie.

In die Owsianick- saak het die Hof nie te doen gehad met 'n geval waar die betrokke voorwerp alreeds verkoop en gelewer was aan 'n derde met kennis van die reghebbende se verkoopsreg nie, soos in die huidige saak wel die geval is met verwysing na die verkoop en lewering van die aandele deur Kessler aan die tweede respondent. Ek is egter oortuig daarvan dat die bykomstige aanwesigheid van 'n derde persoon wat met kennis van die regte van die houer van die verkoopsreg die voorwerp verkry het, geen afbreuk doen aan die toepaslikheid van die Hof se diskresie om te weier om die positiewe afdwinging van die reg as sodanig te gelas nie. Die oorsprong van daardie reg bly steeds die kontrak waardeur dit in die lewe geroep is, en die aangevraagde regshulp bly steeds gerig op die spesifieke nakoming van die kontrak, selfs in soverre as wat die reghebbende die voorwerp in die hande van die derde met kennis wil opvolg, wat ook al die regswetenskaplike verklaring mag wees wat die sogenaamde kennisleer ten grondslag lê. Of daar nou gesê word dat daar op grond van die derde se kennis aan die persoonlike reg van die reghebbende saaklike werking verleen word (soos my Kollega VAN HEERDEN in sy uitspraak sê), of dat die reghebbende se eis teen die derde 'n deliktuele of quasi- deliktuele vordering is (soos in die loop van die betoog voor hierdie Hof aan die hand gedoen is), of op watter grondslag die aanspreeklikheid van die derde ook al gestel word - dit is vrae waaroor ek geen mening hoef uit te spreek nie - die wese van die reghebbende se eis bly na my oordeel steeds gerig daarop om die afdwinging van sy kontrak in forma specifica te bewerkstellig. Gevolglik het die Hof na my mening die bevoegdheid

1982 (3) SA p923

BOTHA WN AR

om in die uitoefening van 'n diskresie, wanneer die omstandighede dit regverdig, te weier om die reghebbende sy eis te laat afdwing, ook teen die derde met kennis, op dieselfde grondslag as wat uiteengesit is in die hierbo aangehaalde uittreksel uit die werk van Story.

In soverre my benadering neerkom op 'n uitbreiding van die Hof se diskresie tot 'n soort geval ten opsigte waarvan dit voorheen nog nie erken is nie, is dit miskien wesenlik om iets meer te sê oor die bestaan van so 'n diskresie. Ek is bewus daarvan dat VAN DEN HEEVER AR in *Preller and Others v Jordaan* 1956 (1) SA 483 (A) te 500G sy instemming betuig het met Schorer se waarskuwing:

'dat 'n Regter wat volgens sy gesonde verstand, na goeddunk en sonder regsreëls kan oordeel meer te vrese is as honde en slange'.

Ek is ook bewus van die kritiek wat al uitgespreek is teen die wye diskresie wat in die regspraak aanvaar is met betrekking tot bevel tot spesifieke nakoming (kyk bv *De Wet en Yeats Kontraktereg en Handelsreg* 4de uitg te 190 - 191). Feit is egter dat die erkenning van 'n wye regterlike diskresie by eise om bevel tot spesifieke nakoming vas en onherroeplik ingeburger is in ons reg. Afgesien daarvan, is my eie mening dat dit as 'n kwessie van gesonde regsbeleid wenslik is om ten opsigte van sodanige eise aan die Hof 'n diskresie toe te vertrou. Gevolglik het ek geen huiwering nie om so 'n diskresie uit te brei tot 'n geval soos die huidige, waar die bestaansreg daarvan op grond van dieselfde oorwegings van regsbeleid met ewe veel krag verdedigbaar is. In hierdie verband wil ek dit waag om die hierbo-aangehaalde waarskuwing van Schorer te probeer beantwoord met 'n aanhaling van wat Molengraaff in 1887 gesê het (my Kollega VAN HEERDEN het my goedgegunstiglik na hierdie passasie verwys, soos dit weergegee word in sy doktrale proefskrif, *Grondslae van die Mededingingsreg* (1958) te 285):

'Ongetwyfeld word by onze opvatting zeer veel overgelaten aan de subjectiewe meening, aan die appreciatie van den rechter, maar juist daarin zien wij niet het minste bezwaar. Integendeel het behoort oer het meest eigenaardig tot de taak van den rechter, om daar te beslissen waar alles afhangt van die appreciatie der omstandigheden; juist daar is de rechter het nuttigst werkzaam en ook het meest onmisbaar, waar wij de onpartijdige uitspraak van vroede mannen noodig hebben; willen of kunnen wij de uitspraak niet aan hem overlaten, vertrouwen wij die niet aan hem toe, wij deden waarlijk het beste door onze rechters af te schaffen.'

Vervolgens wend ek my tot die feite van die huidige saak. Ter aanvang is dit nodig om aandag te skenk aan die algemene benadering wat na my mening gevolg behoort te word tot die bewerings wat voorkom in die beëdigde verklarings van Yates en Bremer. As algemene uitgangspunt kan 'n applikant in mosieversigtigings op finale regshulp van die soort wat hier ter sprake is op die stukke en sonder die aanhoor van mondelinge getuienis aanspraak maak slegs as dit blyk dat hy op sodanige regshulp geregtig is op grondslag van die bewerings wat gemaak word deur die respondent en sodanige van die applikant se bewerings as wat deur die respondent erken word (vgl Stellenbosch Farmers' Winery Ltd v Stellenvale Winery (Pty) Ltd 1957 (4) SA 234 (K) te 235E - G; Burnkloof Caterers (Pty) Ltd v Horseshoe Caterers (Green Point) (Pty) Ltd 1976 (2) SA 930 (A) te 938A - C; Tamarillo (Pty) Ltd v B N Aitken (Pty) Ltd 1982 (1) SA 398 (A) te 430G - 431A). Ek sal na 1982 (3) SA p924

BOTHA WN AR

hierdie posisie verwys as die algemene reël wat geld by mosieversigtigings. Op die algemene reël is daar wel uitsonderings, soos bv waar die bewerings of die ontkenning van die respondent so vergesog of klaarblyklik onhoudbaar is dat die verwerping daarvan bloot op die stukke geregverdig is. Vir my doeleindes is dit nie nodig om verder hierop uit te brei nie. Van belang is dat die algemene reël na my mening klaarblyklik ook van toepassing is op verwerpe wat die respondent teen die applikant se eise opper in sy beantwoordende verklaring. As die respondent se bewerings 'n verweer openbaar, dan kan die applikant op die stukke nie slaag nie, al sou hy sodanige bewerings in sy repliserende verklaring ontken, en al sou die bewyslas ten opsigte van die verweer volgens die gewone toepaslike reëls by die respondent berus. Na my oordeel geld dieselfde posisie met betrekking tot feite wat 'n respondent beweer ter ondersteuning van 'n verweer dat die Hof in die uitoefening van 'n diskresie wat aan hom toekom die applikant sy aangevraagde regshulp moet ontsê. Ek kan geen rede insien waarom so 'n verweer op 'n ander grondslag behandel moet word as enige ander verweer nie. Trouens, indien daar enige verskil bestaan, kan daar met krag geredeneer word dat 'n respondent se beroep op die diskresie van die Hof in 'n geval soos die huidige met meer toeskietlikheid behandel behoort te word as 'n ander verweer, op grond van die wye en onomskrewe aard van die Hof se diskresie (vgl die Tamarillo- saak supra te 443B - F).

In die uitspraak van my Kollega VAN HEERDEN word daar verwys na die saak Tomkins (Pty) Ltd v Bauer 1931 TPD 292 en daaropvolgende sake wat betrekking het op die posisie in aansoeke om sekwestrasie en ander mosieverrigtinge wat kragtens statutêre bepalings voorgeskryf word. My Kollega sê dat minstens in sulke gevalle die party teen wie die oorwig van waarskynlikhede geld in die reël moet aansoek doen om die aanhoor van mondelinge getuienis indien hy 'n uitspraak teen hom wil vermy. Ek is nie seker dat hierdie stelling, in die algemene terme waarin dit ingeklee is, nie ietwat verder gaan as wat deur die sake geregverdig word nie. Vir sy doeleindes is dit egter nie nodig om verder daaroor uit te wei nie. Soos ek sy uitspraak verstaan, verwys my Kollega na die genoemde sake slegs met die doel om aan te toon dat die algemene reël wat geld in mosieverrigtinge, soos ek dit hierbo geformuleer het, onderhewig is aan uitsonderings. Op daardie beperkte grondslag hoef ek niks meer te sê nie as dat die genoemde sake na my oordeel geensins as 'n analogie aangewend kan word om 'n uitsondering op die algemene reël in die onderhawige saak te konstateer nie. En wat betref die ander sake, met 'n oënskyklik algemener strekking, waarna my Kollega in hierdie verband verwys (in die besonder, Prinsloo v Shaw 1938 AD 570 en Kuper v Stellenbosch Farmers' Winery Ltd 1961 (3) SA 56 (T)), volstaan ek met die opmerking dat 'n nalesing van die uitsprake daarin dit dadelik duidelik maak dat hulle nie in verband gebring kan word met die huidige saak nie.

In wese kom my Kollega se benadering hierop neer: waar 'n respondent hom beroep op die uitoefening van 'n diskresie van die aard waaroor dit hier gaan, vra hy 'n vergunning met betrekking tot die besondere regs middels van die applikant, wat nie die meriete van laasgenoemde

1982 (3) SA p925

BOTHA WN AR

se skuldoorsaak raak nie, en daarom moet so 'n respondent pro tanto as applikant beskou word, met die gevolg dat die algemene reël wat by mosieverrigtinge geld, soos hierbo gestel, nie hier van toepassing is nie. Na my eerbiedige mening is hierdie benadering verkeerd. 'n 'n Respondent wat hom op die soort diskresie beroep wat hier ter sprake is, opper 'n verweer teen die bevel wat die applikant aanvra, wat hy ten volle geregtig is om te opper; op die keper beskou, vra hy, volgens my oordeel, net so min 'n vergunning as 'n respondent wat hom daarop beroep dat die applikant se eis verjaar het, en daar is net so min rede om van die

algemene reël af te wyk in die een geval as in die ander. Bowendien bring 'n beroep op die Hof se diskresie in 'n geval soos die huidige oorwegings van billikheid en geregtigheid te berde wat direk betrekking het op die openbare belang en openbare beleid en die Hof se funksie en bevoegdhede in dié verband. Die Hof se eie betrokkenheid by 'n verweer van hierdie aard vereis sekerlik nie dat daar 'n uitsondering gemaak moet word op die algemene reël by mosieversigtigings nie. Intendeel: waar oorwegings van openbare beleid op die spel kom (dit is 'n aspek van hierdie saak waarna ek later weer sal verwys), is daar des te meer rede waarom 'n applikant die risiko sal dra dat sy aansoek op die stukke misluk wanneer 'n onoplosbare feitelike geskil op die stukke ontstaan en hy nie aansoek doen om die aanhoor van mondelinge getuienis nie.

Teen hierdie agtergrond is dit vir my nodig om sekere aspekte van die beëdigde verklaring van Yates en Bremer van naderby te beskou.

[Na ontleding van die verklarings het die bealse Appèlregter voortgegaan soos volg.]

Die gevolgtrekking wat na my oordeel geregverdig is uit al die voorgaande feite, is kortom dat Yates doelbewus opgetree het op 'n wyse wat daarop gerig was om Bremer en Bremer Meulens te uitoorlê.

Daarteenoor het Bremer, toe hy bewus geword het van Yates se optrede, nie daarmee verlies geneem nie, maar stappe gedoen om sy eie en Bremer Meulens se belange te beskerm, deur Kessler te oortuig om die aandele aan die tweede respondent oor te dra. In die proses het hy net so heimlik teenoor Yates opgetree as wat laasgenoemde teenoor hom opgetree het. Hy het, op sy beurt, vir Yates uitoorlê. Vir 'n Hof om in hierdie omstandighede tot die hulp van een van die mededingende partye te kom ten einde hom in staat te stel om die buit waarvoor daar baklei word van die ander terug te vorder, is 'n gedagte wat my teen die bors stuit. Geregtigheid vereis dat die partye gelaat moet word presies net in die posisie waarin hulle hulself bevind. Die Hof behoort hom nie in te meng in, of enige deel te hê aan, die soort spel en teenspel wat hier vorendag gekom het nie. In *pari delicto potior est conditio possidentis*.

Die pas-aangehaalde spreuk geld natuurlik nie in die huidige saak in sy geykte verband, waar dit gaan oor 'n *condictio ob turpem vel injustam causam* nie (kyk bv *Jajbhay v Cassim* 1939 AD 537); ek gebruik die spreuk net om uiting te gee aan die benadering wat die Hof na my oordeel behoort toe te pas op die feitelike posisie wat

hier voor hom gelê is. Maar terselfdertyd kan daar 'n geldige analogie gevind word tussen die toepassing van die aangehaalde stelreël in sy gewone samehang 1982 (3) SA p926

BOTHA WN AR

en die feite van die huidige saak. Die onderliggende ratio van die reël is die openbare beleid. Soos dit in 'n Engelse beslissing meer as 200 jaar gelede gestel is, wat aangehaal word in *Jajbhay v Cassim* (supra te 551):

'All writers upon our law agree in this, no polluted hand shall touch the pure fountains of justice.'

Na my mening vereis oorwegings van openbare beleid dat, waar twee partye mekaar probeer uitoorlê het soos *Yates* en *Bremer* hier, op die wyse wat ek geskets het, die Hof moet weier om spesifieke nakoming van 'n kontrak ten gunste van die een teen die ander te gelas.

My Kollega VAN HEERDEN sê in sy uitspraak dat *Bremer*, volgens sy eie bewerings, eenvoudig kwaad met kwaad vergeld het, en dat die Hof nie as't ware sy gedrag kan goedkeur deur 'n diskresie ten gunste van *Bremer Meulens* toe te pas nie. Na my eerbiedige mening slaan hierdie benadering die bal heeltemal mis. Deur die aangevraagde regshulp aan die appellant toe te staan, moet die Hof dan maar as't ware *Yates* se gedrag 'goedkeur'. En dit is nogal *Yates* wat die hele petalje begin het; *Bremer* het maar net gered wat daar te redde was. In ieder geval kan daar aan die onderliggende gedagte van die openbare beleid in omstandighede soos die huidige geen verskil gemaak word deur wie van die twee partye toevallig as die eisende gedingvoerder optree nie. Die Hof weerhou hom daarvan om enige van die twee tot hulp te kom.

Ek verloor nie uit die oog nie dat die tweede respondent deur die verkryging van die aandele van *Kessler* in sommige opsigte in 'n beter posisie kon beland het as waarin hy sou gewees het as hy destyds geregtelike stappe teen die appellant en *Kessler* sou ingestel het, soos in my kollega VAN HEERDEN se uitspraak uitgewys word. Na my mening is dit egter nie iets waaroor die appellant hom nou kan bekla nie, gesien die feit dat dit hy is wat eerstens die bal aan die rol gesit het. Ek verloor ook nie uit die oog nie dat dit nie *Kessler* se eksekuteur (die derde respondent) is wat die Hof se diskresie te berde bring nie, maar wel *Bremer*, as verteenwoordiger van die tweede respondent, en dat dit, wat *Bremer* betref, in werklikheid nie soseer gaan oor die tweede respondent se belange as sodanig nie, maar uiteindelik oor die belange

van Bremer Meulens en homself. Die werklikheid is egter dat die ware dramatis personae in hierdie gedingvoering die appellant, deur Yates, is, aan die een kant, en aan die ander kant, Bremer Meulens, deur Bremer. By die uitoefening van die Hof se diskresie sien ek geen rede in waarom die Hof sy eie oë vir die werklikheid moet sluit nie. Die Hof se diskresie omvat ook die oorweging van die belange van partye buitekant die kontrak waarom dit gaan (vgl Haynes v Kingwilliamstown Municipality (supra te 318B - D)).

Daar is 'n laaste oorweging wat na my oordeel van deurslaggewende belang is om die saak finaal teen die appellant te beklink. In sy beantwoordende verklaring sê Bremer - en dit moet aanvaar word - dat die appellant sy aandele en leningsrekening aan Kessler verkoop het teen R150 000, wat ongeveer R25 000 minder was as die boekwaarde daarvan: Bremer sê dat die appellant R14 988 op sy aandeelkapitaal (wat vir R2 verkoop is) en R20 000 op sy leningsrekening ingeboet het. Die rede daarvoor was, soos reeds vermeld, dat die appellant gretig was

1982 (3) SA p927

BOTHA WN AR

om van 'n belegging ontslae te raak wat in daardie stadium baie swak was.

Sedertdien, in die ongeveer vyf jaar vandat die tweede respondent die aandele van Kessler teen dieselfde prys verkry het totdat die mosieverrigtinge aanhangig gemaak is, het die sake van die tweede respondent geweldig verbeter, soos blyk uit syfers wat deur Bremer verstrek is, as gevolg van die aanwending deur die tweede respondent van verbeterde deskundige tegniese en finansiële bestuur.

[Na uiteensetting van die syfers het die belese Regter voortgegaan soos volg.]

As die appellant toegelaat word om nou die aandele terug te kry, dan verkry hy 'n bate wat tans baie meer werd moet wees as wat dit destyds was, en dit nogal teen dieselfde weggeeprys as wat hy toe bereid was om daarvoor te aanvaar. Selfs met inagneming van die feit dat Bremer nie die appellant verwittig het van die tweede respondent se verkryging van die aandele nie, en aangenome dat Yates se bewering waar is dat hy eers aan die begin van 1979 van die ware toedrag van sake te hore gekom het (Bremer sê dat hy dit moeilik vind om dit te aanvaar), kan ek my nie indink dat dit versoenbaar is met 'n behoorlike uitoefening van die Hof se diskresie om die appellant toe te laat om homself op so 'n wyse te verryk ten koste van die tweede respondent nie. In hierdie opsig is dit belangrik om daarop te let dat dit die tweede respondent is wat regstreeks benadeel sou word ten voordele van die

appellant indien aan laasgenoemde die aangevraagde regshulp verleen sou word, want dit is die tweede respondent wat destyds die koopprys van die aandele betaal het en wat nou die veel waardevoller bate teen dieselfde lae prys aan die appellant sou moes afstaan. By die beoordeling van hierdie oorweging kan die manewales van Yates en Bremer buite beskouing gelaat word. Die tydsverloop en die veranderde omstandighede maak dit so klaarblyklik onbillik teenoor die tweede respondent om die appellant toe te laat om sy regte af te dwing dat die Hof na my oordeel bykans geen keuse het as om sy diskresie teen die verlening van regshulp aan die appellant uit te oefen nie.

In die voorafgaande bespreking het ek die saak beoordeel op grondslag van die stukke. Dit is die grondslag waarop die geding in die Hof a quo gevoer is: die appellant het nooit versoek dat mondelinge getuienis aangehoor moes word of dat die saak na verhoor verwys moes word nie, en die Hof a quo het sodanige stappe ook nie mero motu oorweeg nie. In hierdie Hof is die appellant se saak ook beredeneer op die grondslag dat die appellant op die stukke geregtig is op die aangevraagde regshulp. Eers heel aan die einde van sy hoofbetoog het die appellant se advokaat, op 'n vraag van 'n lid van hierdie Hof, gesê dat die Hof die saak na mondelinge getuienis moet verwys, maar slegs indien die betoog aangaande afstanddoening, eleksie, estoppel en berusting nie op die stukke gehandhaaf sou word nie. Hierdie versoek op die laaste nippertjie was as 't ware 'n stellinginname in die laaste loopgraaf. Teen die agtergrond van die hele verloop van die saak en in die besondere omstandighede van hierdie saak is ek oortuig daarvan dat dit nie reg sou wees om nou oorweging te skenk aan hierdie moontlikheid nie. Dit staan die appellant vry om opnuut ander regsverrigtinge aanhangig te maak indien hy daartoe geadviseer word.

1982 (3) SA p928

BOTHA WN AR

Ten slotte: die beperkte aard van die regshulp wat my kollega VAN HEERDEN in sy uitspraak aan die appellant verleen, in die vorm van 'n verklarende bevel, affekteer nie die slotsom waartoe ek in hierdie uitspraak geraak het nie. 'n Verklarende bevel soos my Kollega voorstaan, het slegs sin as dit daarop gerig is om die appellant in staat te stel om sy regte in forma specifica af te dwing, en dit is juis daardie resultaat wat, volgens my beskouing, die Hof in die uitoefening van sy diskresie nie behoort toe te laat nie.

Ek sou derhalwe die appèl van die hand wys, met koste, insluitende die koste van twee advokate.

HOEXTER WN AR het met BOTHA WN AR saamgestem.

Appellant se Prokureurs: Lorentz & Bone, Windhoek; Rosendorff, Venter & Brink, Bloemfontein. Respondente se Prokureurs: Theunissen & De Wet, Windhoek; Siebert & Honey, Bloemfontein

SAFLII Note: This case was originally published by Juta and Company (Pty) Ltd. Juta retains copyright as far as it subsists.