

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(ORANJE VRYSTAATSE PROVINSIALE AFDELING)

Saak Nr. : 2802/2002

In die saak tussen:

DANIËL ELARDUS DE BEER

Eiser

en

JOHANNES ALBERTUS KOTZÉ

Verweerder

AANGEHOOR OP: 13 – 16 SEPTEMBER 2005

UITSPRAAK DEUR: C.J. MUSI R

GELEWER OP: 29 SEPTEMBER 2005

[1] Op 2 Junie 1995 het eiser (Daniel Elardus de Beer) en die verweerder (Johannes Albertus Kotzé) 'n vryevergunningsooreenkoms gesluit. In terme van die ooreenkoms was De Beer die vergunner en Kotzé die vergunde. Die kontrakstermyn was 10 jaar.

[2] Die eiser spreek verweerder aan vir die betaling van R40

992.00 en vir die betaling van R234 899.68 plus rente daarop as synde tantieme verskuldig aan eiser. Laasgenoemde eis is die enigste lewendige een aangesien die eis vir die betaling van R40 992.00 deur eiser geabandoneer was.

[3] Die eiser beweer in sy besonderhede van vordering dat:

“Dit (was) ‘n uitdruklike alternatiewelik stilswyende, verder alternatiewelik geimpliseerde terme van die ooreenkoms:

4.1 Dat die verweerder geregtig sal wees om die handelsnaam Cashwise te gebruik;

4.2 Die verweerder geregtig sal wees om met die gebruik van die handelsnaam ‘n mikroleen besigheid in terme van Aangansel “B” te bedryf te Bloemfontein;

4.3 Die verweerder vir die regte in terme van die aangehegte ooreenkoms Aangansel “B” tantieme van 6% op enige bedrag geld deur die verweerder uitgeleen betaal, welke bedrag betaalbaar is deur die Verweerder aan die Eiser op datum waarop so ‘n lening aan die verweerder terugbetaalbaar en verskuldig is (klousule 5.1);

4.4 Die ooreenkoms vir ‘n tydperk van 10 jaar sou dien, met aanvangsdatum 2 Junie 1995.

Ter verbreking van die ooreenkoms tussen die partye het die verweerder die ooreenkoms gerepudieer deurdad:

5.1 Hy (Verweerder) nagelaat het, alternatiewelik weier en / of versuim om tantieme te betaal in die bedrag van R40 992.00 vir die tydperk geeindig 31 Desember 1998;

5.2 Hy geen verdere tantieme aan die Eiser betaal het sedert Januarie 1999 nie;

5.3 Hy die besigheid (te) verkoop het aan 'n onbekende 3de party, en nie sy regte en verpligtinge kragtens die ooreenkoms gesedeer het nie, en nie die Eiser se skriftelike toestemming daarvoor gehad het nie;

5.4 Hy die Eiser verhoed om na 31 Desember 1998 te presteer, niteenstaande die Eiser se tender tot prestasie, wat hiermee verhaal word.

Die Eiser aanvaar die Verweerder se repudiasie en word die ooreenkoms hiermee gekanseller...”

[4] Die verweerder erken die bestaan van die ooreenkoms en erken dat hy weier om tantieme te betaal aan die eiser vir die tydperk geëindig 31 Desember 1998. Hy erken ook dat hy geen verdere tantieme aan die eiser betaal het sedert Januarie 1999 nie. Hy erken dat hy die besigheid gedurende Januarie 1999 aan 'n derde, mnr Das van Deventer, verkoop het maar voer aan dat dit met die medewete van die eiser geskied het nadat die besigheid te koop aangebied was aan die eiser en die eiser die aanbod van die hand gewys het. Die verweerder ontken dat die eiser geregtig is om die ooreenkoms te kanselleer. Laastens voer die verweerder aan dat die eiser se eis verjaar het.

[5] Namens die eiser het daar drie getuies, mnr De Beer, mnr Mathinus Nicolas Buys en mnr Heyneke, getuig. Die

verweerder het geen getuies geroep nie.

- [6] Mnr de Beer se getuienis is dat hy gedurende Maart 1995 met sy vryevergunningsbesigheid in die mikroleenbedryf begin het. Hy het, met die hulp van ander persone, 'n rekenaarprogram ontwikkel. Hy het in Junie 1996 'n persoon aangestel om vergundes opleiding en blootstelling te gee. Hy het ook 'n bemarkingsbeampte aangestel. Hy het die land in streke opgedeel en vir elke streek 'n streekbestuurder aangestel. Die streekbestuurder moes elke vergunde se kantoor ten minste een keer per maand besoek om aandag te gee aan klagtes, versoeke of probleme en om die tantieme te kollekteer. Die streekbestuurders vergader een keer per maand te Pretoria om probleme te bespreek sowel as om die tantieme oor te betaal.

- 6.1 Die verweerder is deur mnr Hennie Erasmus, die eertydse Vrystaatse streekverteenvoordiger, gewerf. Nadat die ooreenkoms op 2 Junie 1995 aangegaan is het die verweerder 'n opleidingskursus te Pretoria

bygewoon en latter 'n inligtingsessie te Winburg. Hy (eiser) het ook by geleentheid die verweerder se plaas besoek waartydens daar informeel oor die besigheid gesels is.

6.2 Sy getuienis is dat me Eva Gardener en mnr Kobus Steyn, van sy besigheid se hoofkantoor, die verweerder se besigheid besoek het ten einde probleme aan te spreek. Die streekverteenwoordigers, mnr Erasmus en sy opvolger mnr Buys, het ook deurlopend advies en opleiding verskaf. Daar was ook voldoende tegniese hulp en administratiewe bystaand aan die verweerder gegee.

6.3 Op 23 Desember 1998 het die verweerder se vrou hom geskakel en die besigheid aan hom te koop aangebied. Hy het die aanbod van die hand gewys. Sy het daarna toestemming gevra om dit aan 'n derde party te verkoop. Hy het aangedui dat hy in beginsel geen problem daarmee het nie mits die derde party 'n

vryevergunningsooreenkoms met hom aangaan. Hy het haar meegedeel dat hy die aangeleentheid met sy prokureur sal bespreek en gedurende Januarie 1999 na haar terugkeer.

6.4 Gedurende Januarie 1999 het hy aan eiser kommunikeer dat hy insiklik is tot die beëindiging van die ooreenkoms met onmiddellike effek op voorwaarde dat die verweerder die agterstallige tantieme ten bedrae van R40 000.00 vereffen asook dat hy 12 maande se tantieme betaal geskat op die prestasie van die voorafgaande 12 maande. Hierdie bedrae is later verander na R43 956.00 agterstallige tantieme en R40 000.00 ten einde die ooreenkoms te kanselleer. Die verweerder het ontken dat hy agterstallige tantieme ten bedrae van R40 000.00 verskuldig was en het voorts beweer dat die eiser reeds op 23 Desember 1998 mondeliks toestemming gegee het dat die besigheid verkoop mag word op voorwaarde dat die rekenaarprogram aan hom gelewer word. Sy

voorwaardes was derhalwe nie aanvaarbaar vir die verweerder nie. Die rekenaarprogram is nogsteeds nie aan hom gelewer nie.

6.5 Hy het voorts ontken dat hy skriftelike toestemming gegee het dat die besigheid verkoop word. Hy het ook bevestig dat hy in Januarie 1999 oorweeg het om 'n dringende aansoek te bring om die verkoop van die besigheid te stop maar dat die aansoek nooit gebring is nie.

6.6 Hy het eers na 7 Augustus 2002 verneem dat die besigheid aan mnr Das van Deventer verkoop is vir R200 000.00. Daar was geen kontrak tussen hom en mnr Van Deventer nie. Sy getuienis is voorts dat hy nie afstand gedoen het van sy regte en verpligtinge ingevolge die ooreenkoms nie. Hy het nie die kontrak voor 7 Augustus 2002 gekanselleer nie. Die rede waarom hy dit nie vroeër gekanselleer het nie, is enersyds omdat hy te besig was en andersyds omdat

hy in verskeie hofaksies betrokke was. Die een hofaksie het gehandel oor die geldigheid van die vryevergunningsooreenkomste.

6.7 Alhoewel hy in Januarie 1999 reeds geweet het dat die besigheid aan 'n derde party verkoop is het hy en sy prokureur doelbewus besluit om geen stappe te neem tot en met 7 Augustus 2002 nie.

[7] Mnr Marthinus Nicolaas Buys se getuienis is dat hy gedurende Mei 1996 as streekbestuurder vir die Vrystaat aangestel was. Hy bevestig dat hy die eiser se besigheid ten minste een keer per maand besoek het. Hy getuig dat die eiser geen tantieme vir die periode Mei 1996 tot Januarie 1997 betaal het nie. Dat die verweerder by elke geleentheid 'n aanvaarbare rede gegee waarom hy nie tantieme kan betaal nie. Hierdie redes is aan die eiser gekommunikeer en hy het dit ook aanvaarbaar gevind. Hy kan nie onthou wat die redes was nie. Hy ontken dat die eiser enige klagte by hom gelê het. Hy noem dat hy onmiddellik aandag sou gee

aan enige klagte. Hy het ontken dat hy enige skriftelike klagte met betrekking tot die bemarking van die besigheid ontvang het. Hy ontken dat die eiser gratis regsadvies as deel van die produk aangebied het. Hy ontken ook dat WLT advertising deur die eiser aangestel was. Hy het vir Oktober 1998 en November 1998 tantieme kollekteer en dit aan die eiser oorbetaal. Toe hy die besigheid in Januarie 1999 besoek het die verweerder se vrou hom meegedeel dat hulle die besigheid verkoop het. Hy het hierdie inligting aan die eiser oorgedra en sy besoeke aan die besigheid gestaak. Gedurende kruisverhoor het hy getuig dat hy nie kennis dra van 'n AfriCash besigheid nie en dat hy nog nie enige van AfriCash se logos gesien het nie.

- [8] Mnr Bartholomeus Roelof Jacobus Heyneke is sedert 1999 in diens van die eiser. Hy is tans die Hoofbestuurder van die finansiële en administratiewe departement. Hy het rekords van die verweerder se besigheid getrek ten einde sy berekeninge te maak. Hy het vasgestel dat die omset van die verweerder se besigheid in die laaste jaar (1998)

gemiddeld R67 487.50 per maand was. Die tantieme teen 5% van gemiddelde omset sal derhalwe R3 374.37 per maand wees. Die gemiddelde omset vir die voorlaaste jaar (1997) was R72 793.33 per maand. Die tantieme sou R3 639.66 beloop. Die omset vir die tydperk 15 Augustus 1995 tot 2 Augustus 1998 was gemiddeld R70 795.25 per maand en die tantieme sou dus teen 5% R3 539.76 per maand wees. Dit is nie duidelik waarom die tantieme teen 5% bereken is terwyl die kontrak van 6% melding maak.

[9] Hy het die laagste syfer, R3 374.37, geneem as gemiddelde tantieme betaalbaar vir die tydperke. Die tantieme betaalbaar vir 'n drie jaar periode tot Augustus 2002 sou R121 477.32 beloop. Die tantieme betaalbaar vanaf 7 Augustus 2002 tot 1 Junie 2005, dus 33 maande en 19 dae, sou R113 422.36 beloop. Vir die totale termyn sou die tantieme dus R234 899.68 wees.

[10] Dit het die getuienis namens die eiser afgesluit. Die verweerder het geen getuies geroep nie. Ek ag dit nie nodig

om enigsinds in te gaan op die geloofwaardigheid van die getuies. Hulle getuienis was, in wese, nie aangeval nie en ek aanvaar hulle getuienis.

[11] Een van die strydvrage in hierdie aksie is, myns insiens, wanneer kontrakbreuk plaasgevind het. Die antwoord daarop sal dan as basis dien om te bepaal of die eiser se eis verjaar het al dan nie. Hierdie saak was op die rol geplaas vir beregting van die verjaring spesiale pleit. Om redes wat nie nou relevant is nie is die saak by ooreenkoms van die rol verwyder en is die spesiale pleit nie bereg nie. Die partye het ooreengekom om met verlof van die hof, welke toegestaan is, die verjaring verweer as deel van die meriete te hanteer.

[12] Mnr De Wet, namens die verweerder, het betoog dat die eiser versuim het om die wesenlike terme van die ooreenkoms te bewys. Voorts het hy aangevoer dat die eiser nie daarin geslaag het om op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys dat hy skade gely het as gevolg

van enige kontrakbreuk deur die verweerder nie. Hy argumenteer dat die eiser nie die feite waarop hy in sy pleitstukke steun, vir repudiasie, bewys het nie. Hy wys heeltemal tereg daarop dat die eiser gebonde is aan sy pleitstukke. Hy voer aan dat die bewering dat die verweerder sedert einde Januarie 1999 nie verdere tantieme aan die eiser betaal het nie, duidelik nie repudiasie op sigself daar stel nie. In **ANKON CC v TADCOR PROPERTIES (PTY) LTD** 1991 (3) SA 119 (CPD) te 121H tot 122D stel Van Deventer AJ dit as volg:

“In the absence of a Lex commissoria, the repudiation by a party of only some of his contractual obligations may in certain circumstances entitle the innocent party to accept the repudiation as a breach of contract and to summarily and unilaterally resile from the contract.

These circumstances must, however, fulfil two requirements:

1. Failure to perform is not enough. There must be an unequivocal refusal to be bound by the relevant term or terms of the contract.

Christie The Law of Contract in South Africa at 500 puts it as follows:

‘In *Schlinkman v Van der Walt and Others* 1947 (2) SA 900 (E) at 919 Lewis J said:

“Repudiation is in the main a question of the intention of the party alleged to have repudiated. As was said by Lord Coleridge LCJ in *Freeth v Burr* (1874) LR 9 CP at 214:

‘The true question is whether the acts or conduct of the party evince an intention no longer to be bound by the contract,’ ” ’

The learned author refers to other English decisions and quotes, inter alia, the following passage:

‘To this I would add only that the onus of proving that the one party has repudiated the contract is on the other party who asserts it.’

At 501, Christie, after quoting inter alia *Inrybelange (Edms) Bpk v Pretorius en ‘n Ander* 1996 (2) SA 416 (A) and *Van Rooyen V Minister van Openbare Werke en Gemeenskapsbou* 1978 (2) SA 835 (A) says:

‘... the Appellate Division approved of this passage, together with the short test enunciated by Williamson J in *Street v Dublin* 1961 (2) SA 4(W) at 10:

“The test as to whether conduct amounts to such a repudiation (as justifies cancellation) is whether fairly interpreted it exhibits a deliberate and unequivocal intention no longer to be bound.”

2. Repudiation is just another form of breach of contract. Not every breach of contract entitles the innocent party to rescission. It is for instance trite law that non-payment of rent is not per se good cause for cancellation. The obligation or obligations repudiated must therefore constitute a vital or material term of the contract.”

[13] Die bewering dat die verweerder “die ooreenkoms repudieer het deurdat hy die besigheid (te) verkoop het aan ‘n

onbekende derde party, en nie sy regte en verpligtinge kragtens die ooreenkoms gesedeer het nie, en nie die eiser se skriftelike toestemming daarvoor gehad het nie.” word ook aangeval. Mnr De Wet is van mening dat die verweerder nie die skriftelike toestemming van die eiser nodig gehad het om die “**besigheid**” aan ‘n derde te verkoop nie (Mnr De Wet se beklemtoning). Klousule 8.4 van die ooreenkoms bepaal die volgende:

“Gedurende die bestaan van hierdie ooreenkoms moet die vergunde nie hierdie ooreenkoms of die regte of verpligtinge hierkragtens vervreem, oordra, sedeer of op enige ander wyse oordra sonder die vooraf skriftelike toestemming van die vergunner nie.”

Hierdie klousule verwys slegs na regte en verpligtinge en nie na ‘n “besigheid” nie.

- [14] Die doel van pleitstukke is om kennis te gee aan die Hof en ander partye tot ‘n aksie wat die feite en basis is waarop daar gesteun gaan word. Die Hof sal dan kan bepaal wat die

strydvrage in die aksie is. Hierdie kan slegs gedoen word wanneer elke party sy saak met presiesheid stel. Die graad van presiesheid sal afhang van die omstandighede van elke saak. Die belangrikheid van pleitstukke moet ook nie ten onregte opgehemel word nie. Daar moet gekyk word na die wesenlike bewerings. Ek moenie myself blind staar teen die *ipsissima verba* van die pleitstukke nie **BOWMAN NO v DE SOUZA ROLDAO** 1988 (4) SA 326 (TPD) te 331 G - I; **WEEPER v KRIEL** 1977 (4) SA 212 (KPA) te 217 G - H; **IMPREFED (PTY) LTD v NATIONAL TRANSPORT COMMISSION** 1993 (3) SA 94 (AD) te 107 C tot 108 F.

[15] In **ROBINSON v RANDFONTEIN ESTATES GM CO LTD** 1925 AD 173 te 198 was daar gesê:

“The object of pleadings is to define the issues; and the parties will be kept strictly to their pleas where any departure would cause prejudice or would prevent full enquiry. But within those limits the Court has a wide discretion. For pleadings are made for the Court, not the Court for pleadings. And where a party has had every facility to place all the facts before the trial Court

and the investigation into all the circumstances has been a thorough and as patient as in this instance, there is no justification for inference by an appellate tribunal, merely because the pleadings of the opponent has not been as explicit as it might have been.”

Alhoewel bogenoemde aanhaling na die benadering van ‘n hof van appel verwys is dit na my mening mutatis mutandis van toepassing by ‘n hof van eerste instansie. Dit is ook die benadering wat ek in hierdie saak gaan volg aangesien daar voldoende feite voor my geplaas is.

- [16] Dit is duidelik dat die eiser se besonderhede van vordering op ‘n onbeholpe wyse opgestel is. Die wesenlike bewering in hierdie saak is dat die verweerder die ooreenkoms repudieer het deur nie die ooreengekome tantieme te betaal nie en die “besigheid” aan ‘n derde te verkoop voordat die kontrakstermyn verstryk het. Die mildelike en onbeheerste dog verkeerde gebruik van die voegwoord *en* in paragraaf 5.3 van die besonderhede van vordering het ruimskoots tot die lompheid van die pleitstukke bygedra. Alhoewel die eiser

nie repudiasie op die beste moontlike manier gepleit het nie is ek tevrede dat dit wel bewese is in terme van paragraaf 5.2 en 5.3 van die besonderhede van vordering. Daar is in elk geval geen sprake van benadeling nie want die verweerder het in sy pleitstukke erken dat hy sedert Januarie 1999 geen verdere tantieme aan die eiser betaal het nie en dat hy die besigheid aan 'n derde party verkoop het. Die verweerder voer aan dat die eiser se eis verjaar het.

- [17] Die verweerder dra natuurlik die onus om beide die begin en die einde van die verjaringstermyn te bewys – sien **GERICKE v SACK** 1978 (1) SA 821 (A) te 827 H – 828 A; **SANTAM LTD v ETHWAR** 1999 (2) SA 244 (SCA) te 256 G. Artikel 12 (1) van die Verjaringswet; No 68 van 1969 (die Wet) lees as volg:

“Behoudens die bepalings van subartikels (2) en (3), begin verjaring loop sodra die skuld opeisbaar is”

Subartikels (2) en (3) is nie relevant vir die doeleindes van

hierdie saak nie. Dit is gemene saak dat die verjaringstermyn vir hierdie skuld drie jaar is. Die Wet bevat geen definisie van die woord “opeisbaar” of sy Engelse ewekine “due” nie. Die begrip moet dus sy gewone betekens gegee word. **Loubser: Extinctive Prescription 1996** te bladsy 51 verwys aan die hand van gesag na die verskillende betekenisse wat aan die term geheg was.

“The prescription Act contains no definition of the term “due” and the term must therefore be given its ordinary and usual meaning, namely that of a debt “owing and already payable,” or “immediately claimable” or “immediately exigible at the well of the creditor” or a debt in respect of which the debtor is under an obligation to perform immediately. A debt is due, owing or payable when the creditor acquires a complete cause of action for its recovery, that is when the entire set of facts which the creditor must prove to succeed with his claim against a debtor is in place: when everything has happened which would entitle the creditor to institute action and to obtain judgment.”

In **BENSON AND ANOTHER v WALTERS AND OTHERS**

1984 (1) SA 73 (A) op 82 A – E is die volgende gesê

“Section 12 (1) of the Prescription Act 68 of 1969 provides that
“prescription shall commence to run as soon as the debt is due”.

It is clear with the date on which a debt becomes due does not
always coincide with the date on which it arises. In **List v
Jungers 1979 (3) SA 106 (A) at 121, DIEMONT JA** remarked
that the difference relates to the coming into existence of the
debt on the one hand and the recoverability thereof on the other
hand. And in **The Master v I L Back and Co Ltd and Others
1983 (1) SA 986 (A) at 1004** the following was said:

“The word ‘debt is due’ in the section (i.e. s 12 (1)) must be given their ordinary meaning. It seems clear that this means that there must be a liquidated money obligation presently claimable by the creditor for which an action could presently be brought against the debtor. Stated another way, the debt must be one in respect of which the debtor is under an obligation to pay immediately.” In parenthesis it may be pointed out that, if it was intended to formulate a principle of general application, the words “liquidated” and “money” were clearly used *per incuriam*, since there is no doubt that prescription runs in regards to unliquidated claims for damages and also claims not sounding in money.”

Sien ook **DESAI NO v DESAI AND OTHERS** 1996 (1) SA
141 (A) te 147 B – D; **DELLOITE HASKINS AND SELLO
CONSULTUS (PTY) LTD v BOWTHORPE HELLERMAN
DEUTSCH (PTY) LTD** 1991 (1) SA 525 A te 532 H.

[18] In **HMBMP PROPERTIES (PTY) LTD v KING** 1981 (1) SA

906 (N) te 909 D – E het Thirion korrek na my mening tot die slotsom gekom dat:

“A debt can only be said to be claimable immediately if the creditor has the right to immediately institute an action for its recovery. In order to be able to institute action for the recovery of a debt the creditor must have a complete cause of action in respect of it... The Plaintiff must have a complete cause of action at the stage when summons is issued (**Mohamed v Nagdee 1952 (1) SA 410 (A) at 418**) or at any rate when the summons is served.” **Marlene and Trade Insurance Co. Ltd v Reddinger 1966 (2) SA 407 (A); Santam Insurance Co. Ltd v Vilakazi 1967 (1) SA 246 (A).**”

Skuldoorsaak is bedryf as “...the entire set of facts which give rise to an enforceable claim and includes every fact which is material to be proved to entitle a plaintiff to succeed in his claim. It includes all that a plaintiff must set out in his declaration in order to disclose a cause of action. Such cause of action does not “arise” or “accrue” until the occurrence of the last of such facts and consequently the last of such facts is sometimes loosely spoken of as the cause of action.” Per Watermeyer J in **Abrahamse & Sons v SA Railways and Harbours 1933 CPD 626** soos aangehaal in **HMBMP** supra.

- [19] Dit is derhalwe duidelik dat die skuld eers opeisbaar raak wanneer die skuldeiser 'n volkome skuldoorsaak vir die verhaling van die skuld het.
- [20] Dit is gemene saak dat die kontrak in hierdie saak eers in Junie 2005 tot 'n einde sou kom. Die verweerder het geen tantieme sedert Januarie 1999 betaal nie en hy het die eiendom (gedurende Januarie 1999) aan 'n derde vervreem terwyl die ooreenkoms 'n looptyd van tien jaar gehad het: tot Junie 2005. Ons het dus te doen met sogenaamde vooruitlopende repudiasie (anticipatory breach).
- [21] Daar is twee uiteenlopende gedagterigtings met betrekking tot wat die effek van vooruitlopende repudiasie is. Dit blyk dat daar by die Hoogste Hof van Appel ook nie eenstemmigheid hieroor is nie. Dat kontrakbreuk 'n volkome skuldoorsaak is behoef geen betoog nie. Die problem by vooruitlopende repudiasie is juis wanneer kontrakbreuk plaasvind.

- [22] 'n Bestudering van die gesag toon aan dat repudiasie geskied wanneer een kontraksparty ondubbelsinnig deur woord, daad of gedrag te kenne gee dat hy hom nie aan die afspraak gaan hou nie, daardeur die verwagting wek dat die doel, wat met die ooreenkoms beoog is, in ieder geval wat hom betref nie bewerkstellig gaan word nie. Sien **De Wet en Van Wyk: Kontrakte en Handelsreg 5de Uitgawe** te bladsy 168; **CULVERWELL AND ANOTHER v BROWN** 1990 (1) SA 7 (AD) te 14B – D. In **VAN ROOYEN v MINISTER VAN OPENBARE WERKE EN GEMEENSKAPSBOU** 1978 (2) SA 835 (A) te 845 – 846 A het Rabie AR daarop gewys dat daar nie 'n subjektiewe bedoeling hoef te wees om 'n einde aan die ooreenkoms te maak nie. Die toets is objektief. Daar moet dus objektief gekyk word na die woorde of gedrag van die repudieerende party. In **DATACOLOR INTERNATIONAL (PTY) (LTD) v INTAMARKET (PTY) (LTD)** 2001 (2) SA 284 (SCA) te 294 F – G word die toets as volg neergelê:

“The emphasis is not on the repudiating party’s state of mind, on

what he subjectively intended, but on what someone in the position of the innocent party would think he intended to do, repudiation is accordingly not a matter of intention, it is a matter of perception. The perception is that of a reasonable person placed in the position of the aggrieved party. The test is whether such a notional reasonable person would conclude that proper performance (in accordance with a true interpretation of the agreement) will not be forthcoming. The inferred intention accordingly serves as the criterion for determining the nature of the threatened actual breach.

[17] As such a repudiatory breach may be typified as an intimation by or on behalf of the repudiating party, by word or conduct and without lawful excuse, that all or some of the obligations arising from the agreement will not be performed according to their true tenor. Whether the innocent party will be entitled to resile from the agreement will ultimately depend on the nature and the degree of the impending non-or malperformance.

[18] The conduct from which the inference of impending non-or malperformance is to be drawn must be clearcut and unequivocal, i.e. not equally consistent with any other feasible hypothesis. Repudiation, it has often been stated, is “a serious matter”... requiring anxious

consideration and – because parties must be assumed to be predisposed to respect rather than to disregard their contractual commitments not lightly to be presumed.”

[23] Indien bovermelde toets op die feite van hierdie saak toegepas word is dit duidelik dat die verweerder gedurende Januarie 1999 duidelik en ondubbelsinnig te kenne gegee het dat hy nie by die terme van die ooreenkoms gaan hou nie. Hy het immers die eiendom verkoop. Die eiser moes onder hierdie omstandighede – as redelike persoon – besef het dat daar nie enige verdere prestasie in terme van die kontrak, van die verweerder se kant, sal wees nie. Na my mening het daar vooruitlopende repudiasie in Januarie 1999 plaasgevind.

[24] Die vraag wat nou ontstaan is wat is die effek van die repudiasie. Soos reeds hierbo na verwys is daar nie eenstemmingheid nie. Die een gedagterigting wil dit hê dat kontrakbreuk plaasvind die oomblik waarop daar vooruitlopende repudiasie geskied terwyl die ander skool van mening is dat vooruitlopende repudiasie geen effek het nie

en dat kontrakbreuk eers plaasvind wanneer die onskuldige party 'n keuse uitoefen om die repudiasie te aanvaar.

[25] In **CULVERWELL AND ANOTHER v BROWN** *supra* te 28 het Hefer JA die effek van repudiasie as volg beskryf:

“A repudiation as was once said, is a “thing writ in water”... It merely affords the injured party an election to terminate the agreement by accepting the repudiation (**Nash v Golden Dumps (Pty) Ltd 1985 (3) SA 1 A at 22 D – F**), and unless and until that happens the repudiator’s obligation to perform and the other party’s right to receive performance remain wholly unaffected. The latter is not obliged to decide whether to accept the repudiation immediately but is allowed a reasonable period of time to consider and exercise his election (**Segal v Massur 1920 CPD 634 at 644, Potgieter and Another v Van der Merwe 1949 (1) SA 361 (A) at 372; Mahabeer v Sharma NO and Another 1985 (3) SA 729 (A) at 736 E – F**).” Sien ook **HMBMP Properties (PTY) Ltd v King 1981 (1) SA 906 (N) te 910 B –D.**”

[26] Die benadering dat repudiasie 'n aanbod is om 'n

kontraktuele verhouding te ontbind en dat daardie verhouding eers by aanvaarding van die aanbod ontbind, is al by verskeie geleenthede deur die Hoogste Hof van Appel in oënskou geneem. In **STEWART WRIGHTSON (PTY) LTD v THORPE** 1977 (2) SA 943 (AD te 953 E - H is daar gesê:

“In those instances where our old authorities did recognize the possibility of terminating a bilateral contract for a breach by the other party, it seems clear that this was considered to flow from the breach as of right, and not as a result of any application of a theory of offer and acceptance. In fact, it would be highly artificial to consider a breach as an offer to terminate, as in most instances termination is the very last result that the party in breach desires or intends...It has also been long recognised in our practice that a party purporting to terminate for an invalid reason may later justify the termination on a different and valid ground existing at the time of the termination... The rule militates against any theory of offer and acceptance. Nor is support for such a theory, in my view, to be found in the fact that it has been said that

“election seems...to stand on exactly the same footing as waiver: it is indeed a form of waiver”

(**Moyce v Estate Taylor, 1948 (3) SA 822 (AD) at p.829**).

Whatever resemblance there may be between the two concepts, it is difficult to see how election could be based on agreement...

The cases dealing with the giving of notice of an election also do not appear to support such a theory."

[27] In **ATTERIDGEVILLE TOWN COUNCIL v LIVANOS T/A**

LIVANOS BROTHERS 1992 (1) 296 (A) is repudisie en die effek daarvan weereens onder die loep geneem.

Smallberger AR stel dit as volg (te 304 A –B):

"It is common to speak of the termination of a contract by one party's acceptance of the other's repudiation thereof. One needs however, to define with greater precision what, juristically, this encompasses. By repudiation, in the sense in which the word is used in the present matter, is meant the evincing of a clear intention by one party, by his acts or conduct, not to perform his obligations under a contract acknowledged to be binding (**Culverwell and Another v Brown 1990 (1) SA 7 (A) at 14B – E**). Such conduct constitutes a breach of contract in anticipado."

(my onderstreping)

[28] In **DATACOLOR INTERNATIONAL** *supra* te 287 J – 288 B

het Nienaber JA die volgende gesê:

“Repudiation has sometimes been said to consist of two parts: the act of repudiation by the guilty part, evincing a deliberate and unequivocal intention no longer to be bound by the agreement, and the act of his adversary, “accepting” and thus completing the breach... The better view is that repudiation is a breach in itself ... that the “intention” does not in truth have to be either deliberate or subjective... but simply descriptive of conduct heralding non-or malperformance on the part of the repudiator; and that the so-called “acceptance”, although a convenient catchword, does not “complete” the breach but is simply the exercise by the aggrieved party of his right to terminate the agreement.”

[29] Dit is duidelik uit die later uitsprake van die Hoogste Hof van Appel dat repudiasie inderdaad kontrakbreuk daarstel en nie net ‘n aanbod tot die beëindiging van ‘n kontraktuele verhouding is nie. Dit is ‘n verskyningsvorm van kontrakbreuk wat die onskuldige party ‘n reg gee om ‘n keuse, binne ‘n redelike tyd, uit te oefen. Die kontrakbreuk is selfstandig en nie afhanklik van die keuse van die onskuldige

party nie. Die onskuldige party sal dan by kontrakbreuk 'n volledige skuldoorsaak het.

[30] Die feite van hierdie saak is 'n goeie voorbeeld daarvan. Die verweerder het die eiendom verkoop as deel van die repudiasie. Die kontrakbreuk is op daardie stadium gepleeg. Die eiser het dus op daardie stadium 'n volle skuldoorsaak het. Die verjaringstermyn het dus gedurende Januarie 1999 of die laaste op die laaste dag van Januarie 1999 begin loop.

[31] Mnr Knoetze SC, namens die eiser, het aan die hand van wat in **HMBMP PROPERTIES** *supra* te 912 G - H gesê was, geargumenteer dat die verjaringstermyn eers begin loop het toe die eiser die kontrak op 12 Augustus 2002 gekanselleer het. In daardie saak het Thirion J tot die volgende slotsom gekom:

“In my view in the case of an anticipatory breach the innocent party's cause of action, in respect of damages resulting from the

repudiation by the other party of an obligation which is to be performed by him at some future date, only accrues and the “debt” of the guilty party only becomes due when the innocent party makes his election to treat the contract as at the end. Consequently I am of the view that prescription commences at that date.”

- [32] **DE WET EN VAN WYK** *supra* te 296 voetnota 234 stem nie saam met Thirion J se gevolgtrekking nie. Daarin word daar pertinent gesê dat:

“by repudiëring voordat gepresteer word, begin verjaring loop op die datum van repudiëring en nie eers by die onskuldige se terugtrede nie – die beslissing in HMBMP ..., is na my mening verkeerd.”

- [33] Dit is duidelik dat die **HMBMP**-saak aan die hand van die toe konvensionele uiteensetting van die leerstuk van repudiasie beslis was. Dit is nie in lyn met die nuwe beskouing van die leerstuk van repudiasie nie. (Sien **ATTERIDGEVILLE TOWN COUNCIL v LIVANOS SUPRA EN DATACOLOR INTERNATIONAL (PTY) LTD v INTRAMARKET (PTY) LTD**

supra). In die lig van die hedendaagse benadering sien ek nie my weg oop om die **HMBMP** beslissing te volg nie. Ek is oortuig daarvan dat, hy vooruitlopende repudiasie, verjaring begin loop die oomblik waarop die repudiator – objektief beoordeel – ondubbelsinnig deur word of daad aandui dat hy nie gaan hou by die wesenlike kontraksterme nie en daardeur die verwagting wek dat die doel van die ooreenkoms, wat hom betref, nie bewerkstellig gaan word nie. Dit is myns insiens die oomblik waarop die onskuldige party 'n volkome skuldoorsaak het en die skuld opeisbaar word. Na my mening het die verjaringstermyn gedurende Januarie 1999 of die laaste op die laatste dag van Januarie 1999 begin loop. Die eiser se keuse om die ooreenkoms te kanselleer toon slegs aan dat hy sy reg, om die kontrak te kanselleer, uitgeoefen het. Die eis behoort dus van die hand gewys te word aangesien dit reeds verjaar het.

- [34] Sou my beskouing van die regsposisie verkeerd wees is dit in elk geval duidelik dat hierdie eis ook nie op die benadering dat die kontrakbreuk eers op 12 Augustus 2002 – die datum

van kansellasië – plaasgevind het kan slaag nie. Op hierdie benadering moes die eiser sy keuse binne 'n redelike tyd nadelig bewus geword het van die repudiasie uitgeoefen het. Die versuim deur 'n onskuldige party by kontrakbreuk om sy keuse binne 'n redelike tyd uit te oefen het sekere gevolge. In hierdie verband is daar in **MAHABEER v SHARMA NO AND ANOTHER** 1985 (3) SA 729 (AD) te 736 G - H die volgende gesê:

“Depending on the circumstances, such a failure may, eg, justify an inference that the right was waived or, stated differently, that the party entitled to cancel has elected not to do so..., or it may open the door to some other defense. In such cases the lapse of an unreasonably long time forms part of the material which is taken into account in order to decide whether the party entitled to cancel should or should not be permitted to assert his right. But per se it cannot bring about the loss of the right.”

[35] Die eiser het aanvanklik twee redes verskaf vir sy versuim om voor 12 Augustus 2002 sy keuse uit te oefen. Hy sê dat hy enersyds te besig was om aandag te gee aan

aangeleenthede verwant aan sy besigheid en die hele mikroleen bedryf en andersyds dat hy gewag het vir die beslissing van die Hoogste Hof van Appel – welke op 23 November 2001 gelewer is.

- [36] Die rede dat hy te besig was om aandag te gee aan ander aangeleenthede is nie vir my aanvaarbaar nie. Sy besigheid het 'n regsafdeling gehad. Sy prokureur het inderdaad gedurende Januarie 1999 aandag aan hierdie aangeleentheid gegee en instruksies van hom bekom. Sy prokureur en sy streekverteenwoordiger het hom meegegee dat die eiendom verkoop is aan 'n derde party. Hy het in Januarie 1999 al geweet wat die ware toedrag van sake was. Hy kon sy prokureur op daardie stadium opdrag gegee het om die kontrak te kanselleer en die verweerder te dagvaar vir skadevergoeding. Niks het hom verhoed om dit te doen nie. In die groter skema van die lewe is die meeste besigheidspersone baie besig. Dit, volgens my, kan kwalik as rede dien waarom daar nie aandag gegee kan word aan ernstige en verdienstelike aangeleenthede soos

kontrakbreuk nie.

[37] Die saak wat uiteindelik by die Hoogste Hof van Appel gaan draai het – **DE BEER v KEYSER AND OTHERS** 2002 (1) SA 827 SCA – het oor die geldigheid van die vryevergunningooreenkomste gegaan. Dit was beperk tot vergundes in Kwa-Zulu Natal. Die verweerder was nooit deel van daardie groep nie. Hy het ook nooit deur woord of daad aangedui dat hy die geldigheid van die kontrak bevraagteken nie. Die eiser het reeds vroeg in 1999 geweet dat Kadima Cash Wise nie meer bestaan nie. Niks het hom verhoed om aksie in te stel terwyl hy gewag het vir die uitspraak van die Hoogste Hof van Appel. In elk geval is daardie uitspraak op 23 November 2001 gelewer. Hy het voldoende tyd tussen 23 November 2001 en einde Januarie 2002 gehad om die kontrak te kanselleer en te dagvaar vir skadevergoeding.

[38] Sy getuienis is ook dat hy en sy regsverteenwoordiger doelbewus besluit het om geen stappe te neem nie. Hulle

het eers in 2003 besluit om stappe te neem. Hulle het 'n berekende risiko geneem. Die periode tussen Januarie 1999 tot 12 Augustus 2002 is na my mening 'n onredelike lang tyd. Die redes vir die onredelike lang tyd is ook onaanvaarbaar in die lig van die getuienis en omstandighede van hierdie saak. Dit is vir my duidelik dat, objektief gesproke dit nie onredelik sou wees van die verweerder om te dink dat die eiser afstand gedoen het van sy reg nie. Enige redelike persoon in die posisie van die verweerder sou ook – in die lig van die omstandighede – tot sodanige slotsom gekom het. In my oordeel behoort die verweerder nie toegelaat te word om sy reg op so 'n laat stadium na so onredelike lang versuim uit te oefen nie. Die redelike tyd wat aan die onskuldige party gegun word is om hom in staat te stel om sy opsies te oorweeg. Wat 'n redelike tyd is sal uiteraard van die omstandighede van elke saak afhang. In die omstandighede van hierdie saak – waar die eiendom reeds verkoop is deur die repudiator – sal 'n tydperk van hoogstens ses maande uitgeoefen sou die eis in elk geval verjaar het. Sy doelbewuste versuim druis in teen die beleidsoorweging dat

‘n skuldenaar nie self moet besluit wanneer verjaring teen hom moet begin loop nie. Om hierdie redes behoort die eis ook van die hand gewys te word.

[39] Daar is geen redes waarom die koste nie die sukses moet volg nie.

[40] In die omstandighede word die volgende bevel gemaak.

a) Die eiser se eis word van die hand gewys met koste.

C.J. MUSI, R

Namens die eiser:	Adv. Barnard Knoetze SC In opdrag van: Horn & Van Rensburg BLOEMFONTEIN
-------------------	--

Namens die verweerder:	Adv. P.J.T. de Wet In opdrag van: Symington & De Kok BLOEMFONTEIN
------------------------	--

/ms