

CG

SAAKNOMMER: 632/88

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(APPELAFDELING)

In die saak tussen:

JURGENS EIENDOMSAGENTE

Appellant

en

GEORGE CHARLES SHARE

Respondent

CORAM: HOEXTER, KUMLEBEN ARR et NIENABER WAR

AANGEHOOR: 15 AUGUSTUS 1990

GELEWER: 3 SEPTEMBER 1990

U I T S P R A A K

NIENABER WAR

Die appellant is n eiendomsagent. Hy was die eiser in die landdroshof sowel as die appellant in die hof a quo. Wat hy geëis het, was kommissie op n transaksie wat hy as eiendomsagent beklank het. Die transaksie het misluk. So ook sy aksie. En so ook sy appèl. Weliswaar het die appellant (na wie ek voortaan as die eiser sal verwys) n koper vir die respondent (die verweerder) se eiendom gevind en het die verweerder, as verkoper, uitdruklik onderneem om aan die eiser kommissie te betaal selfs al sou die koop gekanselleer word. Die koop is juis nooit geïmplementeer nie omdat n aanvaarbare waarborg vir betaling van n bepaalde gedeelte van die koopsom nie betyds deur die koper gelewer is nie. Die fout wat die eiser gemaak het, was om die verskaffing van dié waarborg in sy dagvaarding in die landdroshof as n "voorwaarde" (eerder as n tydsbepaling) te bestempel. Dié etikettering is deur die verweerder in sy pleit erken. So is die saak dan ook in die landdroshof aangevoer. Op

daardie grondslag is bevind dat die sogenaamde voorwaarde nie vervul is nie en dat die nie-vervulling van die voorwaarde ook die kommissie-klausule verongeluk het. Op appèl na die Oos-Kaapse Afdeling van die Hooggeregshof is beslis dat die eiser aan die beskrywing van sy eisorsaak verkneg was en dat die appèl gevolglik moes misluk. En in die laaste instansie is dit, met verlof van die hof *a quo*, ook die vraag voor hierdie hof.

Die koop is beklank toe sowel ene Smith (as koper) en die verweerder (as verkoper) 'n dokument op 25 Februarie 1984 onderteken het. Die dokument was getiteld "Offer to Purchase", onder die prominente opskrif "Jurgens Estate Agents", en was deels gedruk en deels in handskrif voltooi. Die "Offer to Purchase" is aan die verweerder as "the Owner" geadresseer, en lui dat Smith

"hereby offers to purchase through the introduction of Jurgens (the agent), Freehold Stand No ... situate ... 3 Thunberg Ave Franciss Evatt Park (the property) ... upon the following terms and conditions" -

en dan volg die bepalings van die koopkontrak.

Klousule 2 handel met die betaling van die
koopsom van R57 000,00. Dit lui:

"2. FINANCE:

- (a) Cash Deposit in the sum of R1 400 (One Thousand Four Hundred Rand paid by P.E.M. on Approval) which shall be paid to JURGENS upon
- (b) A further cash deposit of R on or before the
- (c) R45 600 (...) secured by an approved Banker's/Building Society guarantee/s in favour of the Owner or his nominee delivered to the Owner's Conveyancer upon request provided that the guarantee referred to aforesaid shall not be called for until a Bond has been approved in principle in terms of Paragraph 3 below, and until the Attorneys acting for the Building Society have received instructions to attend to the registration of the first mortgage.
- (d) The further sum of R10 000 shall be secured by guarantee acceptable to the owner which shall be furnished by the Purchaser upon receipt by the Purchaser of the proceeds of the sale of his property referred to (in Clause 12 below) / situate Erf 1252/19 Kromme Rd, Young Park provided that in any case such guarantee is furnished by no later than 30 March 1984.

3. SPECIAL CONDITION:

This sale is conditional on the Agent on behalf of the Purchaser, or the Purchaser being able to obtain approval in principle of a FIRST MORTGAGE BOND on the security of the PROPERTY. Such MORTGAGE BOND shall be for the sum of R45 600 (Forty five Thousand Six Hundred Rand) which amount shall be raised at the prevailing rate of Building Society interest and on the usual Building Society terms and conditions. The purchaser hereby undertakes to do all things necessary and to sign all documents necessary to enable the said Agent to fulfil these conditions on the Purchaser's behalf."

Klousule 9 bepaal:

"9. COMMISSION:

That the Owner shall pay the Agents commission which shall be deemed to have been earned upon the acceptance of this Offer. In the event of the cancellation of this sale by either party for whatever reason, the owner shall nevertheless remain liable for payment of said commission to the Agent. Should a deposit have been received by the Agent from the Purchaser, the Agent shall be entitled to retain such commission from the deposit in such event."

Klousule 10 maak onder meer voorsiening vir h lex

commissoria:

"10. DEFAULT:

Failure on my part to fulfil any conditions hereof after acceptance will entitle the Owner to claim specific performance or cancel the Contract and claim damages suffered. Any monies deposited shall be retained by the Owner or his agent on account of liquidated damages until the latter have been assessed."

Ten slotte bepaal Klousule 12 soos volg:

"12. OTHER CONDITIONS:

This Offer is subject to the suspensive conditions: That (1) Property 19 Kromme Rd Young Park, which is sold is registerable and (2) that no 3 Thunberg Road Frances Evatt Park is approved by a Bank or building Society before 1 May 1984."

Die aanbod is deur Smith onderteken. Direk daaronder

volg die woorde:

"ACCEPTANCE BY OWNER

I, the owner, of the above property accept the offer as above and agree to pay JURGENS ESTATE AGENTS commission in the sum of R2 500,00 (Two Thousand Five Hundred Rand) for effecting the sale, the conveyancing Attorney being hereby

duly and properly authorised to deduct such commission from any deposit or from the purchase price on transfer".

Dit is deur die verweerder onderteken. Teenoor albei handtekeninge verskyn ook dié van 'n werknemer van die eiser, ene Roos, as getuie.

Die wyse van finansiering van die koopsom is ondanks die soms kriptiese bewoording van die kontrak betreklik duidelik: eerstens, 'n deposito van R1 400,00 wat Smith, as werknemer van die Port Elizabethse munisipaliteit by goedkeuring van die transaksie deur die munisipaliteit ("P.E.M") van laasgenoemde sou verkry; tweedens, 'n bank- of bougenootskapsverband oor die verkoopte eiendom self ten bedrae van R45 600,00; en derdens, 'n waarborg ten bedrae van R10 000,00, wat bestem was om uit die opbrengs van die verkoping van Smith se eie eiendom te Young Park te kom.

Ter uitvoering van hierdie bepalings is goedkeuring vir 'n verband oor die Francis Evatt Park-

eiendom vir R47 000,00 bekom, wat ook die bedrag van die deposito van R1 400,00 sou dek. Dit het geen probleem opgelewer nie. Die knoop het by die verskaffing voor 30 Maart 1984 van die waarborg vir R10 000,00 uit die opbrengs van die verkoping van Smith se Young Park-eiendom, gelê.

Die Young Park-eiendom is wel verkoop. Dit het trouens reeds voor sluiting van die gewraakte transaksie tussen die verweerder en Smith gebeur. Die koper van die Young Park-eiendom was ene Scholtz. Hy was by die Departement van Gemeenskapsbou werksaam. Die departement sou hom met die finansiering van die koopsom behulpzaam wees. Op 14 Maart 1984 is 'n lening ten bedrae van R21 600,00 ten opsigte van die Young Park-eiendom aan Scholtz goedgekeur, betaalbaar by oordrag van gemelde eiendom op sy naam.

Met die oog op nakoming van klousule 2(d) van die koopkontrak tussen die verweerder en Smith is die

departement genader om 'n waarborg ten gunste van die verweerder vir R10 000,00 te lewer. Die departement was bereid om dit te doen. Op 30 Maart 1984, die datum in klousule 2(d) vermeld, reik die Departement van Gemeenskapsbou dan ook 'n waarborg uit, gerig aan die verweerder se prokureur, die tersaaklike bepalings waarvan ooreenkomstig die departement se gebruikelike bewoording, soos volg gelui het:

- "1. Die bedrag hieronder aangedui word tot u beskikking gehou en sal aan u betaal word, op ontvangs deur my, van skriftelike kennisgewing dat ondervermelde transaksies behoorlik geregistreer is.
2. Die Departement behou die reg voor om hierdie waarborg te eniger tyd voor sodanige registrasie te kanselleer deur u skriftelik daarvan kennis te gee. Ingeval hierdie waarborg gekanselleer word, sal die Departement enige stukke wat die Departement of sy prokureur van u mag ontvang het, aan u terugstuur.
3. Hierdie waarborg -
 - (i) is geldig vir 'n tydperk van drie maande vanaf die datum hiervan;
 - (ii) is nie verhandelbaar of oordraagbaar nie; en
 - (iii) moet aan die Departement oorhandig

word teen betaling van genoemde bedrag."

Die bedrag was R10 000,00 en die transaksies waarna verwys is, was die kansellasië van alle bestaande verbande oor die Young Park-eiendom en die registrasie van h eerste verband daaroor ten bedrae van R21 600,00 ten gunste van die Nasionale Behuisingskommissie.

Toe hierdie waarborg dieselfde middag aan die verweerder se prokureur, Mnr Odendaal, aangebied is, word dit egter summier deur hom verwerp op grond daarvan dat dit ter keuse van die departement kanselleerbaar was. Later die aand oorreëde die werknemer van die eiser, Roos, die verweerder egter om h dokument te teken waarin hy verklaar:

"Hiermee erken ek, Mnr G C Share ontvangs en aanvaar ek die waarborg van die Departement van Gemeenskapsbou soos ook gelewer aan Mnr Odendaal soos vereis in paragraaf 2(d) van bogemelde aanbod om te koop."

Wat Roos doelbewus nooit aan die verweerder openbaar het

nie, was dat Odendaal die waarborg vroeër die dag reeds verwerp het. Wyselik het die eiser hom, gedurende die geding, nooit op dié dokument beroep nie. Roos het intussen aan sy prinsipaal, Jurgens (die eienaar van die eiser), gerapporteer dat Odendaal die waarborg verwerp het. Op dié stadium was dit vir Jurgens reeds te laat om 'n bankwaarborg te bekom. Wat hy wel gedoen het, was om die verweerder die aand by sy huis te besoek ten einde aan hom persoonlik 'n tjek vir R10 000,00 te oorhandig, uitgemaak aan die verweerder se prokureur, gedateer 30 Maart 1984, en getrek op rekening van Jurgens City and Country Supplies, tesame met 'n brief, gerig aan die verweerder, wat soos volg lui:

"I hereby hand over cheque No 7915 in terms of clause no 2D of the contract between purchaser, J J Smith and G C Share regarding the purchase of 3 Thunberg Rd, Francis Evatt Park.

The money mentioned must be held in trust by Huisamen Bester Odendaal & Brophy to be invested in a special savings interest bearing account pending registration of the property situate at 3 Thunberg Road, Francis Evatt Park

in the name of the new purchaser.

This money is given on behalf of the purchaser."

(n Identiese brief, gerig aan die verweerder se prokureur, is die volgende dag aan laasgenoemde oorhandig.) Die verweerder, onthuts oor al die laat-aand besoeke, weier egter om die tjek van Mnr Jurgens te aanvaar. Op dié stadium het hy in elk geval bedenkinge oor die hele transaksie begin koester en het hy, volgens Roos, trouens vroeër reeds aan laasgenoemde gevra of hy hom daaraan kon onttrek.

Op 2 April 1984 skryf die verweerder se prokureur aan Smith:

"Ons skryf aan u in opdrag van Mnr Share. Op instruksies van die kliënt word u hiermee kennis gegee dat die kontrak tussen Mnr Share en uself gekanselleer word. Kragtens klousule 2(d) van die kontrak, moes u voor of op 30 Maart 1984 n aanvaarbare waarborg van R10 000,00 aan kliënt verskaf het. Dit is nie gedoen nie. Aangesien u kontrakbreuk gepleeg het, het kliënt besluit om die kontrak te kanselleer. Hierdie brief dien dan as kennisgewing tot dien effekte. U kan derhalwe

aanvaar dat daar nie met die oordrag van die eiendom voortgegaan sal word nie. Kliënt behou sy regte voor ten opsigte van enige eis om skadevergoeding."

(Geen melding word in die brief van enige opskortende voorwaarde gemaak nie. Klousule 2(d) is gewoonweg ingesien as 'n verpligting wat daar op die koper gerus het om die waarborg betyds te lewer.)

Ofskoon Smith deur middel van sy prokureur in daaropvolgende korrespondensie nog op nakoming van die koop aangedring het, was dit prakties die einde van die saak tussen die verweerder en Smith aangesien Smith kort daarna 'n ander huis vir R58 000,00 gekoop het. Die einde van die saak tussen die verweerder en die eiser was dit egter nie. Die eiser het in die landdroshof 'n eis vir betaling van R2 500,00 aanhangig gemaak. In paragraaf 1 van sy besonderhede van eis verwys hy na die sluiting van die koopkontrak. Origens word sy eis soos volg uiteengesit:

"2. Die koop was onderhewig aan die volgende voorwaardes:-

- 2.1 dat Mnr Smith h verband bekom van R45 600,00 welke verband in beginsel goedgekeur moes word teen die, op daardie stadium, geldende Bouvereniging rentekoers, terme en voorwaardes;
- 2.2 dat Mnr Smith h waarborg aan Verweerder lewer vir die bedrag van R10 000,00 teen die verkoop van sy eiendom geleë te Kromweg 19, Youngpark, maar in elk geval nie later nie dan 30 Maart 1984;
- 2.3 dat h kontant deposito van R1 400,00 aan Jurgens betaal word deur die Port Elizabeth Munisipaliteit of as sodanig deur hulle goedgekeur word vir betaling;
- 2.4 dat die eiendom van Mnr Smith geleë te Kromweg 19, Youngpark verkoop en registreerbaar is;
- 2.5 dat die eiendom geleë te Thunbergweg 3, Francis Evatt Park, synde die eiendom van die verweerder op daardie stadium, goedgekeur word deur h Bank of Bouvereniging voor 1 Mei 1984.

3. Bogenoemde voorwaardes is almal tydig nagekom en het daar h geldige en bindende koop tot stand gekom tussen die Verweerder en gemelde Mnr Smith, wat op daardie stadium h koper was wat gewillig en in staat was om Verweerder se eiendom aan te koop.

4. In terme van klousule 9 van die gemelde skriftelike ooreenkoms is Verweerder die bedrag van R2 500,00 aan Eiser verskuldig synde eiendomskommissie, welke bedrag verweerder weier en/of versuim om te betaal nieteenstaande aanmaning."

h Aansoek om summiere vonnis is laat vaar toe die verweerder soos volg antwoord:

- "3. Ek beskik wel oor h bona fide verweer en het nie Kennisgewing van Voorneme om te Verdedig afgelewer bloot met die doel om die aksie te vertraag nie en konstateer dat daar geen geldige koopkontrak soos in die dagvaarding beweer, tot stand gekom het nie, aangesien die kontrak aan sekere opskortende voorwaardes onderhewig was, welke voorwaardes nie nagekom is nie. Spesifiek genoem, het Smith nie die waarborg van R10 000,00 aan my gelewer voor of op 30 Maart 1984 nie.
4. Ek voer derhalwe met respek aan dat die Eiser nie daarin geslaag het om h Koper te kry wat gewillig en in staat is om my eiendom te koop nie en voer verder aan dat Eiser derhalwe nie op enige kommissie geregtig is nie."

Daarop volg die verweerder se pleit, waarin paragrawe 1 en 2 van die eis erken word. Op paragraaf 3

pleit hy soos volg:

- "2.1 Verweerder ontken dat die voorwaardes tydig of enigsins nagekom is en ontken spesifiek dat h waarborg aan Verweerder gelewer is vir die bedrag van R10 000,00 soos vereis.
- 2.2 Verweerder ontken ook dat daar h geldige en bindende koop tot stand gekom het en verg bewys daarvan.
- 2.3 Verweerder erken nie dat gemelde Mnr Smith h koper was wat gewillig en in staat was om Verweerder se eiendom aan te koop nie en verg bewys daarvan."

Ten opsigte van paragraaf 4 pleit die verweerder -

- "3.1 Uit hoofde van voornoemde ontken Verweerder dat hy die geëisde bedrag of enige bedrag hoegenaamd aan Eiser verskuldig is vir eiendomskommissie of om enige ander rede.
- 3.2 Verweerder erken nie aanmaning nie en verg bewys daarvan."

Die eiser verlaat hom onomwonde op klousule 9 van die koopkontrak. (Weliswaar verwys hy in sy nadere besonderhede na sy

"besonderhede van dagvaarding waaruit blyk dat eiser sy mandaat vervul het en derhalwe geregtig is op sy kommissie" -

maar vir doeleindes van die verweer gegrond op die nie-
 vervulling van die beweerde voorwaarde, is dit onnodig om
 te beslis of dit as 'n afsonderlike eisorsaak bedoel was.
 As dié verweer vir die een eisorsaak geld, geld dit
 eweneens vir die ander.)

Klousule 9 vorm deel van die ooreenkoms tussen
 die verweerder en Smith. Die eiser was nie 'n
 gedefinieerde party tot daardie ooreenkoms nie. Nietemin
 behels klousule 9 (saamgelees met die "Acceptance by
 owner") 'n beding ten behoeve van die eiser. Na regte
 moes die eiser in sy dagvaarding 'n aanvaarding van die
 voordeel van daardie beding beweer het (Vgl BAKER v
AFRIKAANSE NASIONALE AFSLAERS EN AGENTSAP (EIENDOMS)
BEPERK 1951 (3) SA 371 (A); BADENHORST v VAN RENSBURG
 1986 (3) SA 769 (A) te 780 C-D.) - maar die afwesigheid
 van so 'n bewering is nie deur die verweerder by wyse van
 óf 'n versoek om besonderhede óf eksepsie óf pleit geopper
 nie. Uit die onbetwiste getuienis blyk voorts dat die

eiser die voordeel van die klousule, tot kennis van die verweerder, aanvaar het - soos tereg deur die landdros bevind is, 'n bevinding wat voor nóg die hof a quo nóg hierdie hof betwis is.

Die verweer kom hierop neer: klousule 2(d) is in wese 'n opskortende voorwaarde, oftewel, dit was tussen die partye gemeensaak dat dit 'n opskortende voorwaarde is. Dié voorwaarde kwalifiseer die geheel van die ooreenkoms en dus ook die kommissie-klousule, klousule 9. En vir sover die voorwaarde nie vervul is nie, omdat 'n aanvaarbare waarborg nie betyds deur die koper gelewer is nie, bied dit 'n volkome antwoord op 'n eis gegrond op klousule 9.

Dit opper, sommeer met die wegspring, twee vrae:

- (i) is klousule 2(d) werklik 'n opskortende voorwaarde; en indien nie,
- (ii) staan dit die eiser vry om die teendeel te betoog?

Ek behandel die twee vrae om die beurt.

Klousule 2 van die koopkontrak bepaal wanneer en op welke wyse betaling van die koopsom moet geskied.

Om mee te begin is daar die deposito van R1 400,00 "paid by PEM on approval". Die Port Elizabethse Munisipaliteit is, soos die eiser self, nie 'n party tot die kontrak nie. Nietemin word sy goedkeuring geverg. Myns insiens kan dit alleen maar beteken dat die partye voorsien het dat die munisipaliteit 'n voorskot van R1 400,00 aan Smith sou bewillig wat vir die doeleindes van 'n deposito op die koopsom aangewend kon word. In daardie sin behels dit wel 'n egte voorwaarde en is dit tereg deur die eiser in sy uiteensetting van eis as sodanig beskryf.

Tweedens is daar die waarborg van R45 600,00. Klousule 2(c) noem dit nie 'n voorwaarde nie, maar Klousule 3, saamgelees met Klousule 12, maak dit duidelik dat die hele transaksie onderworpe was aan die verkryging van goedkeuring vir 'n lening deur die koper by wyse van 'n

eerste verband oor die Francis Evatt Park-eiendom voor 1 Mei 1984. Onmiskenbaar is dit 'n voorwaarde. Word die voorwaarde vervul, ontstaan die verpligting om die waarborg te lewer. Opvallend is dit dat die kontrak nie meld wanneer die goedkeuring verleen of dié waarborg gelewer moet word nie. (Vgl CARDOSO v TUCKERS LAND AND DEVELOPMENT CORPORATION (PTY) LTD 1981 (3) SA 54 (W).)

Die koper sou dus, na goedkeuring van die lening, deur die verkoper aangemaan moes word om die waarborg voor 'n bepaalde tydstip te lewer alvorens daar van kontrakbreuk aan die kant van die koper sprake kon wees.

Derdens is daar die gewraakte waarborg vir R10 000,00 uit die opbrengs van die verkoping van die Young Park-eiendom. Weer eens omskryf klousule 2(d) dit nie as 'n voorwaarde nie; maar klousule 2(d) verwys uitdruklik na klousule 12 en word die twee klousules saam gelees, omvat hulle kennelik twee komponente:

(a) die verkoping deur Smith van die Young Park-eiendom

en die implementering van daardie transaksie teen 'n koopsom wat die R10 000,00 sou oplewer wat by wyse van 'n waarborg teen die koopprys van die Francis Evatt Park-eiendom vereffen sou kon word;

- (b) die verskaffing van 'n waarborg vir R10 000,00 teen 30 Maart 1984.

In DESIGN AND PLANNING SERVICE v KRUGER 1974 (1) SA

689 (T) verklaar Botha R op 695 C-F soos volg:

"In the case of a suspensive condition, the operation of the obligations flowing from the contract is suspended, in whole or in part, pending the occurrence or non-occurrence of a particular specified event (cf. THIART v. KRAUKAMP, 1967 (3) S.A. 219 (T) at p. 225). A term of the contract, on the other hand, imposes a contractual obligation on a party to act, or to refrain from acting, in a particular manner. A contractual obligation flowing from a term of the contract can be enforced, but no action will lie to compel the performance of a condition (SCOTT AND ANOTHER v. POUPARD AND ANOTHER, 1971 (2) S.A. 373 (A.D.) at p. 378 in fin.). This distinction between a condition and a term is of particular importance in determining the consequences of the non-occurrence of the event postulated in a positive suspensive condition."

Hierdie siening is, met eerbied gesê, suiwer.

"Term" word hier gebruik, soos Kumleben R in MEYER v BARNARDO AND ANOTHER 1984 (2) SA 580 te 584 C-F, opgemerk het, nie in die sin van 'n "provision" van die ooreenkoms nie, maar "as an exigible part of it", naamlik, "an obligation with a corresponding right". (Vgl ook LOCKE v CENTRACOM PROPERTY INVESTMENTS (PTY) LTD 1985 (2) SA 116 (N) te 117I.) Sowel die "term" as die "condition" is bepalings of "provisions" van die ooreenkoms. Waar die bepaling die werking van 'n besondere verbintenis (d.w.s. die opeisbaarheid van die betrokke prestasie) uitstel tot, en afhanklik stel van, die plaasvind al dan nie, van 'n toekomstige, onsekere gebeurtenis, is die bepaling in wese 'n opskortende voorwaarde. (Vgl TUCKERS LAND AND DEVELOPMENT CORPORATION (PTY) LTD v STRYDOM 1984 (1) SA 1 (A) te 10D.) Plaas dit daarenteen bloot 'n verpligting op die betrokke kontraksparty om voor of op 'n sekere tydstop

n bepaalde prestasie te lewer, is dit n tydsbepaling oftewel "time clause". (Vgl DE WET EN YEATS : KONTRAKTEREG EN HANDELSREG, 4de uitgawe, 131 ev; VAN HEERDEN v HERMANN 1953 (3) SA 180 (T) te 186 A-D; FERNDAL INVESTMENTS (PTY) LTD v D.I.C.K. TRUST (PTY) LTD 1968 (1) SA 392 (A); WATSON v FINTRUST PROPERTIES (PTY) LTD 1987 (2) SA 739 (C) te 761H.) So gesien, meen ek dat (a) (die eerste van die twee komponente hierbo vermeld) n egte opskortende voorwaarde is en (b) n tydsbepaling. Alleen as voorwaarde (a) vervul word, ontstaan die koper se verpligting onder (b); omgekeerd, as die voorwaarde (a) nie vervul word nie, verval die verpligting onder (b).

In die onderhawige geval is daar wel aan (a) voldoen; gevolglik was dit die koper se verpligting om die voorgeskrewe waarborg voor of op 30 Maart 1984 te verskaf.

Die getuienis voor die landdros was bykans

uitsluitlik op die nakoming van klousule 2(d) toegespits.

In hierdie hof was dit kwalik ter sprake. Dis te verstane. Korrek benader - op die grondslag dat klousule 2(d) 'n tydsbepaling eerder as 'n voorwaarde is - was die hele debat of die klousule behoorlik nagekom is toe die departement se waarborg, alternatiewelik, die eiser se tjek aangebied is, eintlik onvanpas. Die vraag was immers nie of die koper kragtens klousule 2(d) teenoor die verweerder kontrakbreuk gepleeg het nie, maar of daar aan die voorvereistes vir inwerkingstelling van klousule 9 voldoen is. Met die oog op daardie vraag was die koper se kontrakbreuk, selfs die verkoper s'n, en selfs al sou dit in 'n kansellasie van die kontrak eindig, irrelevant.

Kragtens die klousule was kommissie teen kansellasie bestand. Ten beste vir die verweerder sou die nie-nakoming van klousule 2(d) slegs ter sake wees indien klousule 2(d), soos klousule 12, 'n opskortende voorwaarde was wat ook klousule 9 kwalifiseer.

So 'n onderskeid, vir doeleindes van 'n eis vir kommissie, tussen die verstryking van 'n ooreenkoms vanweë óf kansellasië óf die nie-nakoming van 'n voorwaarde, maak sin. Kansellasië van die kontrak voorveronderstel, in die eerste plaas, 'n voltooide kontrak en dit beteken noodwendig dat die agent gedoen het wat van hom verwag is om sy kommissie te verdien. Dat die verkoper in so 'n geval kommissie moet betaal, is begryplik: is die kontrak as gevolg van sy eie toedoen gekanselleer, het hy net homself te blameer dat hy ondanks kansellasië kommissie moet betaal; ingeval van kontrakbreuk deur die koper, kan hy die skade wat hy ly deur die agent te moet betaal, steeds van die koper verhaal. By nie-vervulling van 'n opskortende voorwaarde wat die gehele ooreenkoms affekteer, beteken dit daarenteen dat die agent nie 'n afdwingbare koop bewerkstellig het nie. Normaalweg is dit die eiendomsagent se opdrag om 'n koop teweeg te bring wat nie net geldig (vgl BRAYSHAW v SCHOEMAN EN ANDERE

1960 (1) SA 625 (A)) maar ook afdwingbaar is (vgl NAIDU v NAIDOO 1967 (2) SA 223 (N) op 227 D-F) - en h transaksie is nie afdwingbaar as h opskortende voorwaarde wat die geheel daarvan raak, nie vervul is nie. Partye kan natuurlik spesifiek ooreenkom dat kommissie betaalbaar sal wees selfs al verval die ooreenkoms origens vanweë die nie-nakoming van h voorwaarde (vgl COMMERCIAL BUSINESS BROKERS v HASSEN 1985 (3) SA 583 (N)) - maar h eis op daardie grondslag sou duidelike en onmiskenbare bewoording verg. Enige twyfel oor uitleg sal teen die agent tel, aangesien dit nie te verwagte is dat die opdraggewer sou bedoel het om vergoeding te betaal sonder om waarde vir sy geld te ontvang nie.

Omdat klousule 2(d) in wese h tydsbepaling en nie h egte opskortende voorwaarde was nie, bied die nie-verskaffing van die waarborg op 30 Maart 1984 na regte dus nie h verweer teen die eiser se eis gegrond op klousule 9 nie.

Wat dan oorbly, is die tweede vraag, of die eiser, vanweë die wyse waarop hy sy eis ingeklee en aangebied het, nie tog maar op klousule 2(d) as 'n opskortende voorwaarde aangewese is nie.

Dit is wesenlik op hierdie punt dat die eiser in die hof *a quo* gefaal het.

Die hof begin om te sê:

"This argument (naamlik dat Klousule 2(d) 'n tydsbepaling en nie 'n egte voorwaarde behels nie) is not without force because on the face of it clause 2(d) of the 'Offer to Purchase' does contain simply terms of the contract concerning the payment of the purchase price. However, appellant's claim against respondent is based on a *stipulatio alteri*. Nowhere is it alleged nor does it appear that appellant accepted the benefits conferred in terms of the agreement between respondent and Smith with the result that the fact of such acceptance and the nature of what was accepted have to be inferred from the circumstances. From appellant's actions in seeking to ensure that clause 2(d) was complied with, from appellant's particulars of claim and from the acceptance by the parties at the trial that the issue between them was as to whether this particular clause had been complied with, it seems to me that no more can be inferred than that appellant accepted that

appellant's entitlement to agent's commission in terms of the agreement would depend, *inter alia*, upon the compliance by Smith with the provisions of clause 2(d) as if they were suspensive conditions."

Dié redenasie vind ek onoortuigend. Van die feit dat die eiser sy bes gedoen het om die transaksie te red, kan mens nie noodwendig die afleiding maak dat hy klousule 2(d) as 'n opskortende voorwaarde beskou het nie. Bowendien maak dit nie saak wat die eiser daaroor gedink het nie. Of die klousule 'n opskortende voorwaarde behels, is 'n regspraak wat, in die afwesigheid van 'n aanspraak op rektifikasie, nie van die een of die ander party se siening daaroor afhanklik is nie, te meer nog waar die eiser, as derde, 'n buitestaander tot die sluiting van die ooreenkoms was. Die hof gaan dan voort:

"I consider that Mr Ford's submission for the respondent that appellant should be confined to the cause of action he relied on in the trial Court - see A.J. SHEPHERD (EDMS) BPK vs SANTAM VERSEKERINGSMAATSKAPPY BPK 1985 (1) S.A. 399 (A.D.) at 413H-415C - should be upheld and there are thus no grounds upon which we can

interfere with the magistrate's judgement."

Dit opper die eintlike punt, naamlik, of die eiser deur die pleitstukke en sy aanbieding van die saak gekniehalter is.

Onteenseglik praat die eiser in paragraaf 2 van sy besonderhede van eis van "voorwaardes" - ofskoon nie uitdruklik van "opskortende voorwaardes" nie - waaraan die koop kwansuis "onderhewig" sou wees en wat blykens paragraaf 3 na bewering "nagekom" was. Dit is taalgebruik wat met egte opskortende voorwaardes strook.

(Vgl BADENHORST v VAN RENSBURG, *supra*, te 777I-778A.)

Inderdaad omvat die bepaling waarna in dié paragraaf van die uiteensetting van eis verwys word dan ook, op twee na, egte opskortende voorwaardes sodat die beskrywing nie geheel en al onakkuraat was nie. Slegs paragraaf 2.2 en deel van paragraaf 2.3 is op die keper beskou nie egte opskortende voorwaardes nie.

Die woord "voorwaardes" ("conditions") word in

die algemene spreektaal, en selfs in die regspraak, regstegnies nie altyd presies gebruik nie (vgl KERR : THE PRINCIPLES OF THE LAW OF CONTRACT, 4de uitgawe, 337; CHRISTIE, THE LAW OF CONTRACT IN SOUTH AFRICA, 118 et seq.; JOUBERT, GENERAL PRINCIPLES OF THE LAW OF CONTRACT, 170) - wat nog te sê in pleitstukke voor 'n landdroshof. Soms word daaronder verstaan "voorvereistes" ("prerequisites"). Dikwels word dit losweg gebruik in die sin van "kontraksbepalings" oor die algemeen in plaas van 'n besondere soort kontraksbepaling, te wete, 'n egte voorwaarde. (Vgl R v KATZ 1959 (3) SA 408 (K) te 417 E-F.) Ook in die kontrak self word die uitdrukking "terms and conditions" los en vas gebesig. 'n Gepaste voorbeeld is klousule 10 wat die verkoper magtig om onder meer skadevergoeding te vorder en die reedsbetaalde deposito ingeval van "failure on my (die koper se) part to fulfil any conditions hereof ..." verbeurd te verklaar. Kennelik slaan dit op

tydsbepalings en nie op egte voorwaardes nie. Elders, soos in klousule 12, word weer verwys na egte "suspensive conditions". Soos in die kontrak, so word in paragraaf 2 van die besonderhede van eis, egte voorwaardes sowel as tydsbepalings saam onder een benaming, "voorwaardes", gegroepeer.

Kyk mens na wese eerder as woorde bestaan daar weinig twyfel dat die eiser hom op klousule 9 as eisoorzaak beroep en dat sy eintlike saak is dat hy aan die "voorwaardes" (oftewel die voorvereistes) van daardie klousule voldoen het, naamlik dat die koop, klousule 9 inkluis, op die verweerder bindend is. Inderdaad was dit nie vir die eiser nodig om enigiets meer te sê as dat die ooreenkoms bindend is nie, dat hy die voordeel van klousule 9 aanvaar het en dat die omstandighede wat klousule 9 in werking stel, aldus ingetree het nie. Die bewering in paragraaf 2.2 was gevolglik eintlik oorbodig aangesien hy, by vervulling van die egte voorwaardes in

paragraaf 2 vermeld, op kommissie geregtig sou wees selfs al was die waarborg in paragraaf 2.2 vermeld nooit gelewer nie.

Die besonderhede van eis omskryf dus al die elemente wat die eiser nodig gehad het om te kan slaag, selfs sonder paragraaf 2.2. Daarbenewens bevat dit oortollige materiaal wat onteenseglik die indruk geskep het dat die eiser hom ook op die oorbodige bewering as deel van sy eisoorzaak verlaat. Juis daaraan het die verweerder, sowel in sy antwoord op die aansoek om summiere vonnis as in sy pleit, sy enigste werklike verweer geknoop. Dié indruk is deur die eiser se advokaat tydens sy openingsrede in die landdroshof be-aam toe hy gesê het:

"Nou dit wil voorkom, Edelagbare, asof die lewering van 'n waarborg in terme van hierdie klousule voor 30 Maart 1984 die eintlike groot geskilpunt in hierdie saak is. Ek wil ook op hierdie stadium net meld dat dit die Eiser se saak sal wees dat daardie klousule nie aan die Verweerder die reg gegee het om enige waarborg

wat aan hom verstrek is, te weier nie, maar dat hy inderdaad verplig was om h waarborg te aanvaar wat gewoonlik in die algemeen gesproke in die handel aanvaarbaar sou wees. Edelagbare, dit is dan die geskilpunte soos die Eiser dit beskou."

Op daardie voetstuk is die saak dan ook in die landdroshof voorgedra. Eers op appèl na die Oos-Kaapse Provinsiale Afdeling het die eiser se advokaat die situasie suiwer ingesien en die korrekte juridiese rigting probeer inslaan. Mog hy dit nog doen?

Met h beroep op A J SHEPHERD (EDMS) BPK v SANTAM VERSEKERINGSMAATSKAPPY BPK 1985 (1) SA 399 (A) meen die hof a quo van nee.

In SHEPHERD se saak was die omstandighede egter heel anders. Wat die eiser aldaar gepleit het, was dat h bepaalde versekeringspolis steeds gegeld het. Tydens sy openingsrede het die eiser se advokaat die verhoorhof meegedeel dat dit gemeensaak tussen die partye was dat die polis vanweë die nie-vereffening van h premie verval

het - die twis sou voortaan wees of 'n nuwe polis tot stand gekom het toe 'n latere endossement uitgereik is. Op daardie grondslag is die saak gevoer en verloor. Tydens betoog op appèl is die nuwe grondslag vir die eerste maal op sy beurt laat vaar en is daar gepoog om op die oorspronklike eisorsaak, aangevul met die endossement, terug te val. Dit is nie toegelaat nie.

"In die lig van die bostaande is ek van mening dat gesê kan word dat dit by die verhoor gemene saak tussen die partye was dat die polis verval het en dat die enigste geskilpunt was of die uitreiking van die endossement 'n nuwe polis, of die herstel van die polis wat verval het, tot gevolg gehad het. In hierdie omstandighede meen ek dat die appellant beperk moet word tot die skuldoorsaak waarop hy in die Hof a quo gesteun het, net soseer asof hy in 'n pleitstuk te kenne gegee het dat dit sy enigste skuldoorsaak was." - per RABIE HR te 415B-D.

Dié uitlating in SHEPHERD se saak het in CHEMFOS LTD v PLAASFOSFAAT (PTY) LTD 1985 (3) SA 106 (A) ter sprake gekom. Die eiser het in sy uiteensetting van eis op die verkoop van goedere gevolg deur 'n erkenning

van aanspreeklikheid deur die verweerder staatgemaak. Voor die verhoorhof het hy hom slegs op die erkenning van aanspreeklikheid verlaat. Voor hierdie hof wou hy op die koopkontrak terugval. Weereens misluk die poging.

"It appears to me to be very clear that the appellant expressly informed the Court and the respondent what its cause of action was; and, if not in express terms, by the clearest implication, it indicated that it was foregoing or abandoning the original cause of action for purposes of the claims now made." - per MILLER AR te 114H.

Na my mening is dit - afstanddoening of die skyn van afstanddoening - die beginsel wat uit hierdie beslissings spreek. Van so iets was daar in die onderhawige geval geen sprake nie. Wat hier verskuif het, was nie die eisorsaak nie, maar die klem. Bowendien was daar geen "disavowal" of verwerping van h eisorsaak gebaseer op klousule 9 nie. Wat die advokaat van die eiser in sy openingsrede verkondig het, was bloot sy persoonlike vertolking van die geskilpunte soos dit

uit die pleitstukke blyk, sonder dat hy ooit te kenne probeer gee het dat hierdie siening van hom "gemene saak tussen die partye" was of veronderstel was om die partye enigsens te bind.

Of kousule 2(d) na regte 'n voorwaarde of 'n tydsbepaling is, is 'n regspraak. Die benadering, wat in so 'n geval gevolg moet word, blyk uit die volgende aanhaling uit 'n uitspraak van Botha AR in WORKMEN'S COMPENSATION COMMISSIONER v CRAWFORD AND ANOTHER 1987 (1)

SA 296 (A) te 307 G-I:

"This is not a case in which this Court is constrained to decide a point of law and to deal with the appeal accordingly, whatever the position taken up by the parties may have been, on the basis that it is clear that all the relevant facts had been fully canvassed (cf PADDOCK MOTORS (PTY) LTD v IGESUND 1976 (3) SA 16 (A) at 23B-G). It is, on the contrary, in my opinion, a case where, if this Court were to accept the belated submission of counsel for the appellant on the point of law raised in argument, it would be wrong to decide the appeal on the basis thereof, for it would run counter to what was common cause in the Court a quo, and if the point had been taken there

timeously, whether in the pleadings or otherwise, the possibility cannot be excluded that the respondents' conduct of their case would have been different, for example in relation to the cross-examination of Fisher (cf A J SHEPHERD (EDMS) BPK v SANTAM VERSEKERINGSMAATSKAPPY BPK 1985 (1) SA 399 (A) at 415B-E)."

Sou die saak n ander wending geneem het indien die eiser paragraaf 2.2 uit sy besonderhede van eis weggelaat het? Geen ander werklike verweer as die ontkenning van die nakoming van klousule 2(d) is geopper nie. Mens kan die moontlikheid dus nie uitskakel dat die verweerder die saak nie sou betwis het as die eiser se pleit hom nie in dié opsig mislei het nie. Tot daardie mate is hy wel benadeel, soos die eiser se advokaat dan ook geredelik voor hierdie Hof toegegee het, en behoort die koste in die landdroshof wat ná betekening van die dagvaarding aangegaan is, in ieder geval vir die eiser se rekening te wees.

Die enigste ander moontlike benadeling waarop

die verweerder se advokaat kon wys, was dat die verweerder denkbaar rektifikasie van klousule 9, (die beding ten behoeve van 'n derde) kon gevra het, as paragraaf 2.2 weggelaat was. Die vermeende verweer sou dan wees dat beide die verweerder en die eiser (as derde party) dit in werklikheid eens was dat kommissie kragtens klousule 9 slegs betaalbaar sou wees indien Smith sy waarborg vir R10 000,00 behoorlik en betyds gelewer het. Maar daarvan, en veral of die eiser ooit bedoel het om van die voordele van klousule 9 af te sien, was daar in die getuienis (wat volledig oor al die gebeure gehandel het) nie eens 'n sweempie van 'n suggestie nie. Dat die verweerder so 'n verweer sou geopper het en Smith as 'n party sou gevoeg het, as paragraaf 2.2 nie in die eiser se uiteensetting van eis opgeneem was nie, is so onwaarskynlik dat dit goedskiiks as blote spekulاسie buite rekening gelaat kan word.

Die eiser kan dus nie verhinder word om hom

daarop te beroep dat klousule 2(d) 'n tydsbepaling en nie 'n opskortende voorwaarde is nie. En as dit eenmaal vas staan, bied die koper se versuim om betyds 'n waarborg vir betaling van die R10 000,00 te lewer, nie 'n antwoord op die eiser se eis gegrond op klousule 9 van die kontrak nie.

In die lig van hierdie gevolgtrekking word dit onnodig om te beslis of daar nie tog aan klousule 2(d), selfs al was dit 'n voorwaarde, voldoen is nie, en in die besonder of 'n waarborg wat te eniger tyd ter keuse van die waarborggewer teruggetrek kan word, op daardie grond alleen deur die ander party afgekeur mag word - 'n vraag wat in DAVIS v BRAATVEDT 1989 (3) SA 327 (N) op 332A ooggelaat is; en so ook of 'n verkoper verplig is om, in plaas van 'n waarborg, daadwerklike betaling te aanvaar waar sodanige betaling onderworpe gestel word aan voorskrifte ten opsigte van belegging wat die kontrak self nie aan die verkoper oplê nie.

En ten slotte is dit ook nie nodig om op die eiser se alternatiewe argument in te gaan, naamlik, dat klousule 9, as 'n kwessie van vertolking, 'n eis vir kommissie erken selfs al is die voorgeskrewe voorwaardes nie vervul nie. Die vraag of COMMERCIAL BUSINESS BROKERS v HASSEN, *supra*, met BADENHORST v VAN RENSBURG, *supra*, versoenbaar is, kan dus vir die wyle ter syde gelaat word.

Ek maak die volgende bevele:

1. Die appèl slaag met koste.
2. Die bevel van die hof *a quo* word gewysig om te lui:
 - (i) die appèl slaag met koste;
 - (ii) die bevel van die landdroshof word gewysig om te lui:
 - (a) vonnis vir die eiser ten bedrae van R2 500,00;
 - (b) rente op die gemelde

bedrag teen 11% per jaar

a tempore morae;

(c) die verweerder is
teenoor die eiser
aanspreeklik vir
betaling van die koste
van uitreiking en
betekening van die
dagvaarding;

(d) die eiser is teenoor die
verweerder aanspreeklik
vir betaling van die
balans van die koste in
die landdroshof.


P M NIENABER WAR

STEM SAAM:

HOEXTER AR)
KUMLEBEN AR)