

146/92

SAAKNOMMER: 603/90

J MOKWANA Appellant

en

PIETERSE HOME BUILDERS (EDMS) BPK Respondent

HARMS, WnAR :

SAAKNOMMER: 603/90

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPÈLAFDELING)

In die saak tussen:

J MOKWANA

Appellant

en

PIETERSE HOME BUILDERS (EIENDOMS) BEPERK

Respondent

CORAM:

HOEXTER, HEFER, NIENABER, VAN DEN
HEEVER, ARR et HARMS, WnAR

VERHOORDATUM:

1 SEPTEMBER 1992

LEWERINGSDATUM:

15 SEPTEMBER 1992

U I T S P R A A K

HARMS, WnAR:

Die appellant, as bouheer, het 'n boukontrak
met die respondent op 12 Augustus 1988 gesluit. Die

kontrak het op sonderlinge wyse voorsiening vir die uitreiking van betalingsertifikate gemaak. Die respondent, gewapen met so 'n sertifikaat, het aksie vir betaling van R65 739,00, rente en koste teen die appellant in die landdroshof vir die distrik Kemptonpark ingestel. Summiere vonnis is aangevra en toegestaan. Die appellant se daaropvolgende appêl na die Transvaalse Provinsiale Afdeling (coram McCreath en Roos RR) het misluk. Die hof a quo het 'n aansoek om verlof om te appelleer van die hand gewys maar verlof is na aanleiding van 'n petisie gerig aan die Hoofregter, toegestaan.

In die landdroshof, die hof a quo asook die advokate se betoogpunte voor hierdie hof was die fokus uitsluitlik op die appellant se beantwoordende beëdigde verklaring gerig; die kernvraag wat daaruit blyk, is of die exceptio non adimpleti contractus vir 'n verweerder beskikbaar is indien hy met 'n

betalingssertifikaat gekonfronteer word. Geen aandag is aan die primêre vraag, naamlik of die eiser in sy dagvaarding 'n skuldoorsaak uiteengesit het, gegee nie.

Die boukontrak is nie in standaardvorm gegiet nie. Van huidige belang is veral die bepaling ten aansien van die kontraksom en die wyse van betaling. Aangesien dit nie prakties moontlik is om die relevante klousule sinvol op te som nie, word dit volledig aangehaal:

"10. PURCHASE PRICE AND PAYMENT

The purchase price payable by the EMPLOYER to the CONTRACTOR is the sum of R248 000,00 (TWO HUNDRED AND FORTY EIGHT THOUSAND RAND) payable as follows:-

- 10.1 the sum of R115 000,00 (ONE HUNDRED AND FIFTEEN THOUSAND RAND) shall be paid by the SOCIETY [synde 'n bougenootskap] to the CONTRACTOR by way of progress draws at the discretion of the SOCIETY in consideration for which the EMPLOYER hereby cedes, assigns and transfers to the CONTRACTOR all right, title and interest in and to the funds available for that purpose and undertakes to sign all such documents, including blank draw

authority forms, as may be necessary to give effect to the provisions hereof;

10.2 upon registration of a Second Mortgage Bond in favour of the SOCIETY by the EMPLOYER over Stand 885 Mashemong Section, Tembisa, the proceeds of such loan, amounting to R56 200 (FIFTY SIX THOUSAND TWO HUNDRED RAND) shall be deposited with Attorneys Hammond, Pole and Dixon of Boksburg who are hereby authorised to transfer such funds to an interest bearing special savings account with the South African Permanent Building Society, which funds shall, with the written consent of both parties, be applied from time to time to pay contractors in accordance with progress in constructing the WORKS after the funds referred to in 10.1 have been exhausted.

10.3 Upon registration of a First Mortgage Bond in favour of the SOCIETY by the EMPLOYER over stand 453 Tsepo Section, Tembisa, the proceeds of such loan amounting to R20 000,00 (TWENTY THOUSAND RAND), be applied in the same manner as is provided for in paragraph 10.2.

10.4 The EMPLOYER undertakes to take all steps reasonably possible to procure the registration of the aforementioned Mortgage Bonds so as to expedite the commencement of the WORKS and to provide the funds necessary for the discharge of the EMPLOYER'S obligations to the

CONTRACTOR in terms of this contract.

- 10.5 The balance of the purchase price will be provided by the EMPLOYER from, inter alia, Key Money received by the EMPLOYER in consideration for the leasing of those portions of the WORKS to be utilised as an Ice Cream Parlour, a Games Room and a Supermarket as depicted on the PLANS AND SPECIFICATIONS. Such funds will, together with any shortfall necessary, be paid to Attorneys Hammond, Pole and Dixon of Boksburg by not later than the date upon which the leased premises are respectively occupied but in any event by not later than the date upon which such funds are required to discharge the EMPLOYER'S obligations to the CONTRACTOR as evidenced by progress in the WORKS and such funds will be applied in the manner provided for in 10.2 and 10.3."

Hieruit blyk die volgende:

- (a) Daar het geen verpligting op die appellant gerus om die R115 000 waarna in klousule 10.1 verwys is, te betaal nie. Die geld was al (soos blyk uit klousule 2.2) beskikbaar aangesien die nodige eerste verband ten tye van kontraksluiting reeds geregistreer was.

Die aanspraak op daardie geld is reeds met die sluit van die boukontrak aan die respondent gesedeer. Die appellant het gevolglik sy beskikkingsbevoegdheid oor daardie bedrag verloor. Die verpligting het op die respondent gerus om betaling van daardie bedrag van die bouvereniging op te eis.

- (b) Die bedrae vermeld in klousules 10.2 en 10.3 moes by die gemelde prokureursfirma inbetaal word. Die kontrakspartye het 'n gesamentlike beskikkingsbevoegdheid oor hierdie fondse besit. Dit kon egter eers aangewend word nadat die bedrag in klousule 10.1 genoem, uitgeput was. Beide partye moes skriftelik toestem tot enige trekking uit hierdie fondse.

- (c) Geen voorsiening is vir trekkings op bepaalde tydstippe of nadat 'n bepaalde hoeveelheid werk verrig is, gemaak nie. Dit beteken dat vorderings-

betalings 'n kwessie vir ad hoc beskikking was.

Dit bring my dan by klousule 14.1 wat die enigste klousule is wat betrekking het op die uitreiking van sg betaling- of vorderingsertifikaat. Klousule 14 is 'n klousule wat, kragtens die opskrif en die inhoud, met kontrakbreuk handel en klousule 14.1 lui dan soos volg:

"14.1 In the event of the EMPLOYER failing or refusing to authorise the release of funds held in the manner contemplated in Clause 10, the CONTRACTOR shall be entitled to call in the services of an Architect or Quantity Surveyor or a Building Inspector with not less than seven years experience to examine the WORKS and to certify that the CONTRACTOR is entitled to such funds for which he has applied or any lesser portion."

Klousule 14.3 sit die remedies ter beskikking van die partye uiteen sou enige ander vorm van kontrakbreuk wat nie in klousule 14.1 genoem is nie, plaasvind.

Alvorens 'n sertifikaat ooreenkomstig klousule

14.1 aangevra kan word, moes die essensiële jurisdiksionele feit van 'n weiering of nalate deur die bouheer "to authorise the release of funds" teenwoordig wees. Hoewel daar 'n terugverwysing na klousule 10 in die algemeen is, kan klousule 10.1 (wat op die eerste R115 000 betrekking het) nie ter sake wees nie aangesien die bouheer juis kragtens die bepalinge van die kontrak self nie die bevoegdheid gehad het, vanweë die sessie, om die vrystelling van die daarin vermelde fondse te magtig nie. Dit beteken dat klousule 14.1 slegs van toepassing is ten aansien van fondse wat ingevolge klousules 10.2, 10.3 of 10.5 deur die prokureurs gehou moes word. Aangesien beide partye 'n betaling uit daardie fondse skriftelik moes magtig, het klousule 14.1 voorsiening daarvoor gemaak dat indien die bouheer sou weier of versuim om die nodige magtiging te verskaf, 'n sertifikaat verkry kon word. Maar, soos aangetoon, die verpligting om fondse wat aldus gehou is vry te stel, kon

eers ontstaan "after the funds referred to in 10.1 have been exhausted".

Teen hierdie agtergrond wend ek my na die respondent se uiteensetting van eis. Dit gaan van die veronderstelling uit dat die kontrak sou bepaal dat "the Defendant would hold available an amount of R115 000,00 at a bank or building society" en dat "the Defendant would hold R56 200,00 available with attorneys Hammond Pole & Dixon". Die kontrakbreuk waarop die respondent dan staatgemaak het, was 'n versuim van die appellant om die gemelde bedrae beskikbaar te hou ("keep available"). Daardie versuim, volgens die respondent, het hom geregtig gemaak om 'n sertifikaat ingevolge klousule 14.1 aan te vra.

Ek is van oordeel dat die respondent gedwaal het in die formulering van sy eis. Ten eerste het daar geen verpligting op die appellant gerus om die bedrag van R115 000,00 beskikbaar te hou nie. Soos reeds gesê, is

die aanspraak op daardie geld reeds aan die respondent by sluiting van die kontrak gesedeer. Ook kon die appellant nie die vrylating van daardie geld magtig nie. Ten tweede, die geld na verwys in klousules 10.2 en 10.3 moes by die prokureurs inbetaal word. Die verbande in daardie klousules gemeld, is volgens die eisuiteensetting wel geregistreer en die kontrak het ieder geval bepaal dat die respondent se verpligting om die werk te verrig eers sou ontstaan nadat hierdie verbande vir registrasie ingedien is. As die bewering in die dagvaarding sou impliseer dat die appellant versuim het om die opbrengs van die verbande by die prokureur in te betaal, sou dit die respondent in ieder geval nie geregtig gemaak het op 'n aanwending van die bepalinge van klousule 14.1 nie. Dit sou 'n ander tipe kontrakbreuk daargestel het wat aan die respondent 'n reg tot kansellasië in terme van klousule 14.3 sou verleen het. Aangesien die geld na verwys in klousule 10.1 volgens die dagvaarding nog nie

uitgeput was nie, het daar nie 'n verpligting op die appellant gerus om sy skriftelike toestemming tot die aanwending van die ander fondse te verleen nie. Maar, en in ieder geval, dit word hom nêrens ten laste gelê dat hy geweier of versuim het om die vrylating van daardie fondse te magtig nie.

Dit volg uit voorgaande dat ek van oordeel is dat die respondent nie die nodige bewerings gemaak het waaruit afgelei kan word dat hy geregtig was om 'n sertifikaat ter betaling te bekom nie. Dit beteken dat die respondent geen skuldoorsaak uitgemaak het nie en summiere vonnis kon dus nie toegestaan gewees het nie. In die lig van hierdie gevolgtrekking is dit nie nodig om oorweging te skenk aan die vraag of die verweer wat in die beantwoordende verklaring uiteengesit is, 'n regsgeldige verweer was nie.

Die volgende bevel word gevolglik gemaak:

(a) Die appèl slaag met koste.

- (b) Paragraaf 1 van die bevel van die hof a quo word gewysig om te lees:

"Die appèl slaag met koste en die bevel van die landdros word gewysig om te lees 'Aansoek om summiere vonnis word van die hand gewys met koste.'".

- (c) Die koste van die aansoek om verlof tot appèl aan hierdie hof en die koste van die aansoek om verlof tot appèl gerig aan die hof a quo word deur die respondent betaal.



L T C HARMS
WnAR

HOEXTER,	AR)	
HEFER,	AR)	STEM SAAM
NIENABER,	AR)	
VAN DEN HEEVER,	AR)	