

**IN DIE HOOGSTE HOF VAN APPÈL
VAN SUID AFRIKA**

RAPPORTEERBAAR

Saak No: 85/2000

In die saak tussen:

WAHLOO SAND BK

Eerste Appellant

**EDUARD WIUM ALBERTYN, JAN LEEUWNER
VAN WYK EN LIZETTE WEYER-HENDERSON
verteenwoordigend van die
LIZETTE WEYER-HENDERSON FAMILIE TRUST**

Tweede Appellant

**EDUARD WIUM ALBERTYN, JAN LEEUWNER VAN WYK EN
THOMAS MULLER VON BRATT
verteenwoordigend van die
TOM VON BRATT FAMILIE TRUST**

Derde Appellant

en

**DIE TRUSTEES VAN DIE HAMBLY PARKER
TRUST
KROMGOED (EDMS) BPK
DIE REGISTRATEUR VAN AKTES**

Eerste Respondent
Tweede Respondent
Derde Respondent

CORAM: VIVIER Wnd AHR, HOWIE, OLIVIER ARR, CLOETE EN
BRAND Wnd ARR

Verhoordatum: 11 September 2001
Uitspraak: 29 November 2001

Verkoping van dienende eiendom na aangaan van serwituutooreenkoms - eis om registrasie van serwituut voor oordrag van eiendom aan koper - afwesigheid van kennis van serwituutooreenkoms aan die kant van koper nie 'n verweer nie - toepaslikheid van stelreël *qui prior est tempore potior est iure* toegepas.

UITSpraak

BRAND Wnd AR

BRAND Wnd AR

[1] Die tweede respondent maatskappy is die geregistreede eienaar van 'n onroerende eiendom aan die oewer van die Krommerivier in die distrik van Humansdorp ("die eiendom"). Die drie appellante is eienaars van aangrensende eiendomme.

[2] Op 12 Mei 1999 is 'n ooreenkoms tussen die appellante en die tweede respondent voor 'n notaris verly wat beskryf is as 'n "wederkerige saaklike padserwituut", en waarna ek voortaan sal verwys as "die serwituutooreenkoms". In terme van die serwituutooreenkoms het die tweede respondent 'n reg van weg oor die eiendom aan die drie appellante verleen. Die eerste appellant het op sy beurt weer 'n reg van weg oor sy eiendomme aan die tweede respondent verleen.

[3] Ingevolge klousule 4.3 van die serwituutooreenkoms het die vier partye daartoe onderneem om die serwitute wat oor en weer verleen is teen die titelaktes van die betrokke eiendomme te laat registreer. Voordat sodanige registrasie egter kon plaasvind, het die tweede respondent in Julie 1999 die eiendom aan die eerste respondent verkoop.

[4] Toe die appellante verneem van die koopkontrak en dat die tweede respondent van voorneme was om daaraan uitvoering te gee deur die eiendom by wyse van registrasie in die akteskantoor aan die eerste respondent oor te dra, het hulle 'n dringende aansoek teen beide respondente in die Suidoos-Kaapse Plaaslike Adeling aanhangig gemaak. Die registrateur van aktes is ampshalwe as derde respondent gevoeg maar geen regshulp is teen hom gevra of toegestaan nie en hy is nie 'n party op appèl nie. Die regshulp waarvoor die appellante in

hul aansoek gevra het, is beliggaam in 'n bevel *nisi* wat teen die respondente uitgereik is op 26 Augustus 1999. Hiervolgens is die respondente, in wese, aangesê om op die keerdag redes aan te toon waarom die serwituutooreenkoms nie teen die titelakte van die eiendom geregistreer sal word voordat die eiendom op naam van die eerste respondent oorgedra word nie.

[5] Die tweede respondent het nie die bekragtiging van die bevel *nisi* betwis nie. Intendeel is daar 'n beëdigde verklaring deur 'n verteenwoordiger van die tweede respondent ingedien wat die aansoek ondersteun. Die eerste respondent daarenteen het wel die appellante se aansoek bestry.

[6] Op die verlengde keerdag van die bevel *nisi* het Horn Wnd R ten gunste van die eerste respondent beslis en gelas dat die bevel met

koste ter syde gestel word. Teen hierdie beslissing kom appellante nou, met verlof van hierdie Hof, in hoër beroep.

[7] Die *ratio decidendi* van die Hof *a quo* blyk in die volgende aanhalings uit sy uitspraak opgesluit te wees:

"'n Serwituut wat nie geregistreer is nie is afdwingbaar *inter partes*. Aangesien sodanige serwituut alleenlik werking by registrasie sou verkry, sou dit nie geld teenoor 'n koper van 'n dienende erf wat die grond *bona fide* aangekoop het sonder kennis van die bestaan van die serwituut nie. (*Van den Berg en 'n Ander v Van Tonder* 1963 (3) SA 588 (T); *Manganese Corporation Ltd v SA Manganese Ltd* 1964 (2) SA 185 (W) 189 A-B; *Grant and Another v Stonestreet and Others* 1968 (4) SA 1 (A) 20 B-C)"

en

"... Hierdie saak het niks te doen met die geval waar die serwituut-aanspraakmaker poog om 'n besondere vaste eiendom te beswaar nie. Het die koper ten tye van die aangaan van die koopvooreenkomst nie geweet van die serwituut nie is hy nie gebonde om gevolg daaraan te gee nie. Laasgenoemde geval word deur sy eie beginsels gereguleer waar die vooraangaande kennis van die koper 'n belangrike en deurslaggewende rol speel:

If a servient tenement is sold, the buyer is bound by the servitude registered in favour of the owner of the dominant tenement and it

is immaterial whether he did or did not know of the existence of the servitude. Knowledge of a servitude on the part of the buyer is material only when the servitude has not been registered. If it has not been registered the buyer of the servient tenement is not bound by the servitude unless he had knowledge of it when he bought it." (My onderstropping) per Hoexter AR in *Frye's (Pty) Ltd v Ries* 1957 (3) SA 575 (A) bl 582 C.

... Die onus het op die applikante gerus om te bewys dat die eerste respondent daadwerklike kennis van die bestaan van die serwituut gehad het toe die koop aangegaan is." (*Grant and Another v Stonestreet and Others (supra)* 16 H- 17) Na my mening het die applikante nie daarin geslaag om hul van hierdie onus te kwyt nie en om dié rede alleen, kan die aansoek nie slaag nie."

[8] Die beslissings waarna die geleerde Regter in die aangehaalde gedeeltes verwys, insluitende *Frye's (Pty) Ltd v Ries (supra)*, is gebaseer op wat kortweg bekend staan as "die kennisleer", oftewel "the doctrine of notice". Hoewel die tweede respondent in sy antwoordende eedsverklaring verskeie verwerpe teen appellante se aansoek opgewerp het, het hy hom in hierdie Hof uitsluitlik op die

toepassing van die kennisleer ter verdediging van die Hof *a quo* se beslissing in sy guns beroep.

[9] Daarteenoor was die betoog namens appellante dat die Hof *a quo* fundamenteel fouteer het in sy toepassing van die beginsels van die kennisleer op die onderhawige feite. Volgens die beginsels van die kennisleer, so is namens die appellante betoog, is die koper se kennis van 'n ongeregistreerde serwituut slegs ter sake waar die reghebbende poog om dit af te dwing teen 'n koper wat reeds deur registrasie in die akteskantoor eienaar van die dienende erf geword het. In so 'n geval kan die ongeregistreerde serwituut, ooreenkomstig die kennisleer, slegs teen die koper/eienaar afgedwing word indien hy die dienende erf verkry het met kennis van die serwituut. Waar die koper nog nie eienaar geword het nie, so het die betoog namens appellante voortgegaan, is die beginsels van die kennisleer glad nie

van toepassing nie en is die koper se gebrek aan kennis van die serwituut by die aangaan van die koopkontrak geen verweer teen die afdwing van die serwituutooreenkoms nie. Ter ondersteuning van hierdie betoog is verwys na 'n lang reeks beslissings waarin die kennisleer konsekwent ten aansien van koper/eienaar toegepas is en nooit in 'n geval soos die onderhawige waar die koper nog nie die eienaar van die dienende eiendom geword het nie. Dit sal geen doel dien om die verwysing na die lang reeks beslissing waarop die appellante steun, te herhaal nie. Ek volstaan deur te sê dat die appellante na my oordeel gelyk gegee moet word.

[10] Die onderliggende oorweging waarom 'n ongeregistreerde serwituut nie teen die *bona fide* koper aan wie onbeswaarde titel van die dienende eiendom deur registrasie in die akteskantoor oorgedra is afdwingbaar is nie, blyk uit die volgende *dictum* van Ogilvie

Thompson AR in *Grant and Another v Stonestreet and Others*

(*supra*) 20 A-B:

"Having regard to our system of registration the purchaser of immovable property who acquires clean title is not lightly to be held bound by an unregistered praedial servitude claimed in relation to that property. If, however, such purchaser has knowledge, at the time he acquires the property, of the existence of the servitude he will ... be bound by it notwithstanding the absence of registration."

[11] Die onderliggende oorweging waarom die *bona fide* koper wat eienaar geword het, nie gebonde is aan 'n ongeregistreerde serwituut nie, hou dus direk verband met die feit dat hy by registrasie van die dienende eiendom in sy naam onbeswaarde titel daarvan verkry het. Dit spreek vanself dat hierdie oorweging geen toepassing kan vind waar die koper nog nie oordrag verkry het nie. Sy gebrek aan kennis van die serwituutooreenkoms kan dus nie op grond van hierdie oorweging 'n verweer teen die eienaar van die heersende eiendom se

eis vir spesifieke nakoming van die serwituutooreenkoms wees nie.

Hoewel daar in gerapporteerde gewysdes soms verwys word na kennis van die ongeregistreerde serwituut aan die kant van "die koper" as synde die tersaaklike oorweging, is dit duidelik dat die verwysing beoog is om op die koper/eienaar betrekking te hê. 'n Voorbeeld hiervan is die *dictum* uit *Frye's (Pty) Ltd v Ries (supra)* waarin die Hof *a quo* steun vir sy standpunt vind. Dit is so dat Hoexter AR daarin verwys na kennis aan die kant van die koper, maar uit die konteks van die beslissing as geheel is dit duidelik dat hy die koper wat reeds eienaar geword het bedoel. Die hele beslissing in die *Frye's* saak wentel immers juis om die beskerming wat registrasie in die akteskantoor aan die houer van 'n geregistreeerde reg bied.

[12] Voor registrasie van oordrag het die koper van die dienende erf slegs 'n persoonlike reg op oordrag. Terselfdertyd het die eienaar van

die heersende eiendom ook 'n persoonlike reg op registrasie van die serwituut uit hoofde van die serwituutooreenkoms. Dat hierdie twee regte in hul aard nie van mekaar verskil nie blyk uit die volgende *dictum* van Innes HR in *Willoughby's Consolidated Co v Copthall Stores Ltd* 1918 AD 1 op 16:

"Now a servitude, like any other real right, may be acquired by agreement. Such an agreement, however, though binding on the contracting parties, does not in itself vest the legal title to the servitude in the beneficiary, any more than the contract of sale of land passes the dominium to the buyer. The right of the beneficiary is to claim performance of the contract by delivery of the servitude, which must be effected *coram lege loci* by an entry made in the Register and endorsed upon the title deed of the servient property."

(Sien ook *Cape Explosive Works and Another Ltd v Denel (Pty) Ltd and Others* 2001 (3) SA 569 (HHA) 580 B-E.)

[13] Gevolglik het ons te make met twee aansprake op persoonlike regte, voortspruitend uit eise vir spesifieke nakoming van twee

kontrakte, wat met mekaar in botsing is. Die onderskeie regte waarop aanspraak gemaak word is versoenbaar deurdat eiendomsreg en 'n saaklike serwituut naas mekaar kan bestaan. Nietemin is die aansprake onversoenbaar deurdat die eerste respondent oordrag van onbeswaarde titel eis wat uiteraard nie met 'n geregistreerde saaklike serwituut oor die eiendom versoenbaar is nie.

[14] Hoe moet hierdie botsende aansprake hanteer word? Die eerste respondent se standpunt is dat sy aanspraak voorrang moet geniet omdat hy onbewus was van die serwituutooreenkoms toe hy gekoop het. Soos ek reeds gesê het, is daar eenvoudig geen regsbasis vir hierdie standpunt nie.

[15] Daarteenoor het die appellante aangevoer dat die voorrang tussen die botsende aansprake, soos in die geval van mededingende kopers van dieselfde eiendom ooreenkomstig die stelreël *qui prior est*

tempore potior est iure bepaal moet word. (Sien byvoorbeeld *Krauze v Van Wyk* 1986 (1) SA 158 (A)). Ooreenkomstig die beginsel van die *prior est tempore*-reël moet die appellante se aanspraak, wat eerste in tyd is, voorrang geniet tensy die eerste respondent spesiale omstandighede kan aantoon wat die balans van billikheid in sy guns laat swaai (sien byvoorbeeld *Barnard v Thelander* 1977 (3) SA 932 (C) 938 G-H). Weens die beperkte basis waarop die eerste respondent sy saak fundeer het, het hy nie werklik gepoog om enige balans van billikheid in sy guns aan te toon nie en het hy in elk geval nie daarin geslaag nie. Indien die *prior est tempore*-stelreël dus deurslaggewend is, moet die appellante in hul aanspraak slaag.

[16] As gevolg van die eerste respondent se uitsluitlike beroep op die kennisleer as basis vir sy saak het hy geen alternatief vir die *prior est tempore*-stelreël aan die hand gedoen nie en is die toepaslikheid

van hierdie stelreël op 'n geval soos hierdie, wat buite die veld van mededingende kopers val, nie behoorlik ondersoek nie. Volgens aanduidings wat reeds in hierdie Hof gegee is, wil dit blyk dat die stelreël *prior est tempore* nie net in geval van dubbele verkopings geld nie maar ten aansien van botsende persoonlike regte in die algemeen.

(Sien byvoorbeeld *Barnhoorn N O v Duvenhage and Others* 1964 (2)

SA 486 (A) 494 - *in fine* en *Krauze v Van Wyk (supra)* 171 G-J. Sien

byvoorbeeld ook *Sofokleous v Millennium Properties (Pty) Ltd* 1998

(4) SA 980 (W) 988 F en RH Christie *The Law of Contract* 4e uitgawe

(2001) 610.) Na my mening is daar geen rede waaom die stelreël nie

ook in 'n geval soos die onderhawige toegepas moet word nie.

Hieruit volg dit dat die appellante geregtig was op die bevel waarvoor

hulle gevra het, naamlik dat registrasie van die eiendom op naam van

die eerste respondent nie plaasvind alvorens die serwituutooreenkoms

geregistreer is nie. Gevolglik moes die Hof *a quo* die bevel *nisi* tot die effekte, wat uitgereik is op 26 Augustus 1999, bekragtig het.

[17] Die laaste aangeleentheid wat oorweeg moet word, is die koste van 'n deurhalingsaansoek wat die eerste respondent in die Hof *a quo* gerig het met betrekking tot sekere gedeeltes van die appellante se repliserende verklaring en aanhangsels daartoe. Hierdie gedeeltes het betrekking op die eerste respondent se kennis van die serwituutooreenkoms by die aangaan van die koopkontrak. Hoewel die deurhalingsaansoek deur die appellante bestry is, is dit deur die Hof *a quo* toegestaan op die basis dat die betrokke gedeeltes in die funderende eedsverklarings tuisgehoort het en nie in die repliserende verklaring nie. Op appèl is namens die appellante betoog dat die eerste respondent nie die deurhalingsaansoek moes gebring het nie omdat die hele twis rondom die eerste respondent se kennis van die

serwituutooreenkoms op die ou end irrelevant blyk te wees.

Objektief gesproke is die betoog natuurlik korrek. Waar dit egter uitsluitlik gaan om koste is die antwoord op appellante se betoog na my oordeel dat dit die appellante is wat op ontoelaatbare wyse 'n aangeleentheid in hul repliserende eedsverklaring geopper het en daarna die eerste respondent se aansoek om deurhaling daarvan geopponeer het. In dié omstandigheid lê dit nie die appellante in die mond om agterna die bring van die deurhalingsaansoek te kritiseer nie. Gevolglik is die eerste respondent geregtig op die koste van die deurhalingsaansoek.

[18] Vir hierdie redes slaag die appèl met koste en word die bevel van die Hof *a quo* vervang met die volgende:

"(a) Die bevel *nisi*, gedateer 26 Augustus 1999, word finaal gemaak.

- (b) Behoudens paragraaf (c) word die eerste respondent gelas om die applikante se gedingskoste te betaal.
- (c) Die applikante word gesamentlik en afsonderlik gelas om die eerste respondent se koste van die deurhalings-aansoek te betaal".

FDJ BRAND
WND APPÈLREGTER

STEM SAAM:

Vivier Wnd AHR
Howie AR

CLOETE AJA

[1] This appeal concerns competing personal rights which the three appellants on the one hand and the first respondent on the other seek to assert over immovable property registered in the name of the second respondent.

[2] The facts and the dispute fall within a narrow compass. The second respondent executed a notarial deed granting praedial servitudes of a right of way over property owned by it in favour of neighbouring properties owned by the appellants. Before the servitudes were registered in the deeds registry the second respondent sold its property to the first respondent. The first respondent refused to consent to registration of the servitudes. Hours before the property was to be transferred into the first respondent's name the appellants obtained a rule *nisi* which operated as an interim interdict precluding the third respondent, the Registrar of Deeds, from proceeding with the registration. The rule called upon the respondents to show cause why the appellants should not be permitted to register the servitudes over the property prior to, or simultaneously with, registration of the property into the name of the first respondent.

[3] Only the first respondent opposed the relief sought. It did so *inter alia* on the basis that those who represented it in purchasing the property from the second respondent had no knowledge of the notarial deed granting the servitudes. It must be accepted for the purposes of the appeal that this allegation is factually correct: the evidence to the contrary in the replying affidavit was correctly struck out by the court *a quo*.

[4] On the extended return day the court *a quo* discharged the rule, with costs, on the basis that the following *dicta* of Hoexter JA in *Frye's (Pty) Ltd*

v Ries 1957(3) SA 575(A) at 582 C-D were decisive of the position (the emphasis was added by the court *a quo*):

‘If a servient tenement is sold, the buyer is bound by the servitude registered in favour of the owner of the dominant tenement and it is immaterial whether he did or did not know of the existence of the servitude. Knowledge of a servitude on the part of a buyer is material only where the servitude has not been registered. If it has not been registered the buyer of the servient tenement is not bound by the servitude unless he had knowledge of it when he bought.’

The court *a quo* again relied upon this passage in refusing leave to appeal.

[5] What the learned judge *a quo*, with respect, failed to appreciate is that Hoexter JA was dealing in the underlined passage with the position of a purchaser of immovable property who has obtained transfer of the property.

The passage quoted was preceded by the following remarks:

‘Generally speaking, no person can successfully attack the right of ownership duly and properly registered in the Deeds Office. If the registered owner asserts his right of ownership against a particular person he is entitled to do so, not because that person is deemed to know that he is the owner, but because he is in fact the owner by virtue of the registration of his right of ownership’.

In *Grant and Another v Stonestreet and Others* 1968(4) SA 1(A) (a case also relied upon by the court *a quo*) Ogilvie Thompson JA set out the legal position in similar terms at 20 A-C:

‘Having regard to our system of registration, the purchaser of immovable property who acquires clean title is not lightly to be held bound by an unregistered praedial servitude claimed in relation to that property. If, however, such purchaser has knowledge, at the time he acquires the property, of the existence of the servitude, he will ... be bound by it notwithstanding the absence of registration.’

[6] In the present matter the first respondent was not yet the registered owner of the property when the rule was granted and the court *a quo* was

incorrect in discharging the rule on the basis which it did. It does not follow, however, that the rule should have been confirmed – which is the relief sought by the appellants on appeal.

[7] If the rule is not confirmed, the consequence will be that the first respondent will obtain specific performance of its personal right to clean transfer of the property. That is why the first respondent has opposed the confirmation of the rule. On the other hand, if the rule is confirmed, the appellants will succeed in obtaining specific performance of their personal rights to have the servitudes registered over the property. That is why the appellants have sought the confirmation of the rule. The fact that the appellants can only obtain an order for specific performance against the second respondent whilst it is still the registered owner of the property – a contention advanced during argument - begs the question. The question is whether the appellants should be allowed to do so i.e. whether the appellants should be allowed to obtain specific performance of their personal rights where the granting of such relief would derogate from the right of the first respondent to obtain specific performance of its personal right. The right which the first respondent has against the second respondent is not merely to obtain transfer of the property, but to obtain clean transfer: it purchased the property without servitudes. I see no difference in principle between the present case and a case where the registered owner sells immovable property

and thereafter grants a servitude over it to a third party before the property is registered in the name of the purchaser. In both cases the competing rights cannot be reconciled. For that reason the question which inevitably arises is which right should enjoy preference when specific performance is sought of either or both.

[8] The answer to the question depends upon whether the current law relating to competing personal rights in the same property (where the later right was acquired without knowledge of the earlier) should be extended to cover the present case.

[9] The final word has not been spoken on whether knowledge of the subsequent right holder at the time of registration of his right suffices to enable the prior right holder to assert his right, or whether such knowledge must have existed at the time the subsequent right holder acquired his right. The cases are not harmonious: see e.g. *Jansen v Fincham* (1892) 9 SC 289 at 293; *Ridler v Gartner* 1920 TPD 249; *Frye's (Pty) Ltd v Ries*, *supra*, *loc. cit.*; *Grant v Stonestreet*, *supra*, at 16H - *in fine*; *Dhayanundh v Narain* 1983(1) SA 565(N) at 572 C – 574 B and 576 A-C. No argument was addressed to this Court on the point and it would accordingly be prudent to assume in favour of the first respondent that knowledge at the time of registration is not sufficient.

[10] This Court held in *Krauze v van Wyk en Andere*, 1986(1) SA 158(A) at 171 G-J that in the case of double sales, the maxim *qui prior est tempore potior est jure* lies at the root of the preference accorded to the first purchaser. The same maxim was applied by this Court in the earlier case of *Barnhoorn NO v Duvenhage and Others*, 1964(2) SA 486(A) at 494 H-*in fine* (referred to in the *Krauze* case at 171 I-J) where the competing personal rights were a cession of a fideicommissary right to property and an option to purchase the same property. More recently, the maxim was applied in *Croatia Meak CC v Millennium Properties (Pty) Ltd (Sofokleos intervening)*; *Sofokleous v Millennium Properties (Pty) Ltd and Another* 1998(4) SA 980(W) at 988 F where a lessor granted a lessee the exclusive right to conduct a certain type of business in a shopping complex and then subsequently granted a lease in the same complex to another lessee whose business competed with that of the first lessee. Christie ‘The Law of Contract in South Africa’ 4th ed (2001) at 610 supports the general application of the maxim to all cases where there are competing claims for specific performance.

[11] The position in the present matter is somewhat different from that in the two decisions of this Court to which I have just referred in that in those cases enforcement of the one right would entirely preclude specific performance of the other right, whereas in the present matter enforcement of

the appellants' rights would not preclude the first respondent from obtaining transfer of the property, although its rights of ownership would be diminished. Save in the respect just mentioned, I see no distinction between the present case and the other two cases decided by this Court and I do not consider the distinction to be one of principle. The maxim is essentially based in equity and in my view it would be both logical and equitable to extend its operation to cover a case such as the present. The maxim was undoubtedly of limited application in the Roman-Dutch law and of even more limited application in the Roman law (see Mulligan, 'Double Sales and Frustrated Options' (1948) 65 *SALJ* 564). But as Lord Tomlin said in *Pearl Assurance Co v Union Government* 1934 AD 560 (PC) at 563 (in a passage subsequently quoted with approval by this Court in *Alpha Trust (Edms) Bpk v van der Watt* 1975(3) SA 734(A) at 749 E):

'[The Roman-Dutch law] is a virile living system of law, ever seeking, as every system must, to adapt itself consistently with its inherent basic principles to deal effectively with the increasing complexities of modern organised society'.

In addition, Stratford CJ said in *Jajbhay v Cassim* 1939 AD 537 at 542:

'Now the Roman-Dutch law, which we must apply, is a living system capable of growth and development to allow adaptation to the increasing complexities and activities of modern civilised life. The instruments of that development are our own courts of law. In saying that of course I do not mean that it is permissible for a court of law to alter the law; its function is to elucidate, expound and apply the law. But it would be idle to deny that in the process of the exercise of those functions rules of law are slowly and beneficially evolved. That evolution, to be proper, must come from, and be in harmony with, sound first principles which are binding upon us. In relation to the present problem I do not regard the law to be well settled.'

(See also *Daniels v Daniels*; *Mackay v Mackay* 1958(1) SA 513(A) at 522 G – 523 B.)

[12] I accept that the maxim should not be applied unfairly. This Court said so, in terms, in the *Krauze* case at 173 I-J. It is in this context that the equities fall to be considered. In the present matter it suffices to say that the first respondent's contentions (such as they are) on the equities are unconvincing.

[13] The final question which must be considered is the costs order made in the application to strike out the allegations made for the first time in the replying affidavit to the effect that the first respondent had knowledge of the granting of the servitudes when he purchased the property. Those allegations would, in themselves, have entitled the appellants to the relief they seek and the appellants' attempt to rely upon them in the court *a quo* was correctly met with the application to strike them out. The costs order made in this regard was entirely appropriate.

[14] It is for these reasons that I concur in the order made by Brand AJA.

.....
 TD CLOETE
ACTING JUDGE OF APPEAL

CONCUR

VIVIER ADCJ

HOWIE **JA**
BRAND **AJA**

OLIVIER AR

[1] In wese en op sy eenvoudigste gestel, is die feite in onderhawige geval die volgende. B (die tweede respondent) is die eienaar van 'n grondstuk. In Mei 1999 gaan hy en A (die appellante), die eienaar van 'n aangrensende eiendom, 'n ooreenkoms aan in terme waarvan hulle oor-en-weer 'n reg van weg oor hul eiendomme aan mekaar verleen. A en B kom ook ooreen dat die serwitute teen die titelaktes van beide hul grondstukke in die akteskantoor geregistreer moet word. Voordat sodanige registrasie kon plaasvind, en wel in Julie 1999, verkoop B sy grondstuk aan C (die eerste respondent). A wil die ooreengekome serwituut in die akteskantoor registreer. B het geen beswaar nie. C ontken A se aanspraak op registrasie,

omdat, so sê hy, hy geen kennis van die ooreenkoms tussen A en B gehad het nie. Argumentsalwe kan aanvaar word dat (i) C geen sodanige kennis gehad het nie; (ii) as logiese korrelaat van (i), dat B dus die bestaan van sy ooreenkoms met A verswyg het teenoor C; (iii) dat A self nie verwytbaar opgetree het nie - geen bewering is gemaak dat hy vir C mislei het nie.

[2] Klaarblyklik moet A slaag in sy aanspraak op registrasie van die serwituut. Gestel daar was nooit sprake van 'n verkoping van die grondstuk deur B aan C nie. B sou geen verweer gehad het teen A se aanspraak op registrasie nie : A eis immers spesifieke nakoming deur B van die kontrak. Hoe kan A se aanspraak ontsenu word deur die feit van die verkoping deur B aan C? Soos gesê, het A nie verwytbaar opgetree nie. Insoverre as wat B die bestaan van die serwituut-ooreenkoms teenoor C verswyg het, is C se remedie teen B vir kansellasië van sy kontrak met B en / of vir skadevergoeding. Insoverre B nie sy kontrak teenoor C kan nakom om

"skoon" titel te lewer nie, is C se remedie weer eens teen B vir kansellasië en / of skadevergoeding.

[3] Maar die vraag kan tereg gevra word of die kwessie werklik so eenvoudig is. Gestel B (die eienaar van die grondstuk) het dit eers aan C verkoop. Voor transport kan plaasvind, gaan hy die serwituut-ooreenkoms met A aan. Sou A in hierdie geval ten spyte van C se beswaar nog steeds registrasie van die serwituut kan afdwing? Ek meen van **nee**. Waarom nie? Omdat C se vorderingsreg op "skoon" transport ontstaan het voor die totstandkoming van A se reg op registrasie van die serwituut.

[4] Dus: die kronologiese opeenvolging van die kontrakte is van kernbelang; die eerste reghebbende word beskerm. Die *qui prior*-reël is dus die basis waarop gekies word of A dan wel C se regte gehandhaaf moet word. Helder insig in die problematiek van hierdie en soortgelyke gevalle word eers verkry indien mens die persoon wat twee opeenvolgende

kontrakte met twee verskillende persone met botsende inhoude in die middel van die prentjie plaas, d w s B in ons geval.

[5] Dat B in ons geval botsende en onversoembare regte verleen het onderskeidelik aan A en C val myns insiens nie te betwyfel nie. Hy kan nie "skoon" transport aan C gee sonder om kontrakbreuk teenoor A te pleeg nie; net so min kan hy die serwituut laat registreer sonder om kontrakbreuk teenoor C te pleeg, deur iets anders te lewer as waartoe hy en C ooreengekom het.

[6] Gewoonlik word die *qui prior*-reël toegepas waar die skepper van die teenstrydige opeenvolgende regte **dieselfde** reg vir die twee verkrygers skep.

Krauze v Van Wyk en Andere 1986 (1) SA 158 (A) was so 'n geval : A gaan eers 'n koopkontrak met B aan, daarna oefen C 'n opsie (voorheen deur A aan hom verleen) uit om dieselfde grondstuk te koop. B se regte word gehandhaaf. Dit gaan oor 'n geval waar dieselfde verkoper gelyksoortige

mededingende persoonlike regte aan twee verskillende kopers verleen het.

(Vgl bl 171 G e v van die verslag vir 'n bespreking van die reël.)

[7] Daar bestaan egter geen wetenskaplike beginsel waarom die *qui prior*-reël nie ook sal geld waar maar onversoenbare vorderingsregte deur dieselfde persoon ten gunste van twee ander deur opvolgende kontrakte geskep word nie, al is die een vorderingsreg gerig op transport en die ander op registrasie van 'n serwituut, soos in die onderhawige geval. *Barnhoorn, N.O. v Duvenage and Others* 1964 (2) SA 486 (A), het egter nie met ongelyksoortige regte (soos in ons geval) te doen nie, maar met gelyksoortige persoonlike regte om transport van grond te eis. Ietwat vereenvoudig, was die feite soos volg: (Sien ook die nuttige bespreking deur Van der Merwe en Rowland, *Die Suid-Afrikaanse Erfreg*, 6^e uitgawe 335) A bemaak sy plaas Zamenkomst aan B onderhewig aan 'n *fideicommissum* in die guns van C. Voor afloop van die fideikommissêre termyn, in Januarie

1949, gee B en C 'n opsie aan D om die plaas binne ses maande na B se afsterwe te koop - d w s nadat C se regte as *fideicommissarius* om transport vry van die fideisommissum te eis, sou gevestig het. B sterf en D oefen die opsie uit. C, wat intussen eienaar van die plaas geword het, weier transport aan D. Sy verweer is dat hy reeds voor die verlening van die opsie aan D, en wel in Oktober 1948, sy fideikommissêre regte aan sy minderjarige kinders sedeer het. Met 'n beroep op die beginsel *qui prior est tempore, potior est iure* het beide die hof *a quo* en hierdie Hof bevind dat die minderjariges se reg eerste gevestig is en derhalwe voorkeur bo dié van D geniet. Die belang van die uitspraak vir huidige doeleindes is dat beide die regte van D en dié van die minderjariges as persoonlike regte beskou is, beide met inhoud om transport van die eiendom vry van die *fideicommissum* te bekom (sien Hoexter AR op 494).

[8] *Barnhoorn N.O. v Duvenage and Others* is derhalwe 'n geval van gelyksoortige vorderingsregte om transport van grond te eis, een wat uit 'n sessie en die ander wat uit 'n opsie-verlening ontstaan het. Nogtans kan ek nie insien waarom die *qui prior*-beginsel nie sal geld waar die botsende vorderingsregte op verskillende maar onversoenbare gevolge (soos in ons geval) gerig is nie. As die *qui-prior* reël goed en billik geag word waar met presies dieselfde soort vorderingsregte te doen gekry word (bv beide aansprake op transport) dan behoort dit ook te geld waar daar botsende en onversoenbare vorderingsregte voor hande is, al verskil hul ten opsigte van wat gevorder kan word. Dit is al meer male gesê dat ons reg 'n viriele sisteem is wat ooreenkomstig sy basiese beginsels aanpasbaar is om nuwe situasies te hanteer. (Sien Hefer AR in *Willis Faber Enthoven (Pty) Ltd v Receiver of Revenue* 1992 (4) SA 202 (A) op 220 B - 223 H.) Die onderhawige is klaarblyklik 'n gepaste geval vir sodanige uitbreiding.

[9] Onversoenbaar met die bogemelde siening, soos weerspieël deur 'n hele aantal uitsprake van ons howe, en veral die uitsprake van hierdie Hof in *Krauze v Van Wyk en Andere en Barnhoorn N.O. v Duvenage and Others*, is die mening van Prof Beinart dat

" ... priority in time applies to real rights only, and not to personal rights which are in competition - they are always concurrent."

(Sien 1968 *Acta Juridica* 211 voetnoot 316.) En om die uitspraak in *Barnhoorn N.O. v Duvenage and Others*, spesifiek op die kwessie van die *qui prior*-reël, sommeer net as verkeerd af te skryf, soos wat Beinart doen, is nie behulpsaam nie. Selfs in ons gemene reg was die *qui prior*-beginsel van toepassing op gevalle van opeenvolgende verkopings waar daar nog geen oordrag was nie en beide kopers dus slegs persoonlike regte op lewering gehad het, soos duidelik blyk uit Van Leeuwen, *Censura Forensis* 1.4.19.26. Beinart sê voorts ook nie vir ons hoe die probleem van "concurrency" dan opgelos moet word nie.

[10] Ek hou dit dan as my oortuiging na dat die *qui prior*-beginsel geld ook waar dieselfde persoon deur verskillende regshandelinge, hetsy gelyksoortig of ongelyksoortig in vorm, opeenvolgens vir twee of meer ander persone persoonlike regte skep wat ten aansien van dieselfde objek van regte onversoenbare aansprake tot gevolg het. Dit het in onderhawige geval gebeur en die *qui prior*-reël is dus inderdaad die regswetenskaplike verklaring waarom die appellante se regte teenoor die tweede respondent voor dié van die eerste respondent beskerm moet word.

[11] Word bogemelde beginsel nie op die feite in die onderhawige geval toegepas nie, beland 'n mens - soos trouens in alle ander gevalle waar toepaslike regsbeginsele oor die hoof gesien word - in 'n doolhof, waaruit die enigste ontvlugting 'n beroep op "billikheid" of "equity" is. Billikheid het 'n rol te speel nadat die *qui prior*-reël toegepas is; dit het nie, in die onderhawige soort situasies 'n eie, selfstandige regskeppende funksie nie.

Word in hierdie gevalle laasgenoemde funksie aan die billikheid toegeken, degenereer ons reg tot 'n kasuïstiese, arbitrêre en sisteemlose benaderingswyse : soms word die eerste regsverkryger, soms die tweede een beskerm. Ek het dus 'n beginselbeswaar teen die sogenaamde "billikheidsbenadering" soos namens die respondent aangevoer, afgesien daarvan dat, soos reeds gesê, die uiteindelijke saaklike regte wat die onderskeie party in die onderhawige saak beoog, in wese onversoenbaar is. Die werklikheid is dat die "billikheidsbenadering" eenvoudig resulteer in 'n willekeurige keuse tussen die aansprake van die appellante en die eerste respondent; dit het met "versoening" niks te doen nie.

[12] Daar is egter nog 'n ander beswaar teen die genoemde billikheidsbenadering. Dit is dat die beroep namens die respondent op 'n passasie in die ou beslissing in *Hofgaard v Registrar of Mining Rights, Stephenson and D'Elboux*, 1908 TS 650 eenvoudig nie gehandhaaf kan

word nie. In gemelde saak het S 'n opsie aan H verleen ten aansien van sekere kleims. Voordat H sy opsie uitgeoefen het, sluit H 'n koopkontrak met C om kleims aan laasgenoemde oor te dra. C is onbewus van die opsie en gaan aansienlike koste met betrekking to die kleims aan. Daarna oefen H sy opsie uit en doen aansoek om 'n interdik om S te verbied om die oordrag van die kleims aan C te verbied. Curlewis R wys die aansoek van die hand. Die agbare regter bevind (op 654, 2^e par) dat die reg van 'n koper nie onderhewig is aan die regte van 'n opsiehouer nie. Hierdie bevinding weerspieël nie meer die stand van ons reg nie en is al herhaaldelik verwerp in die beslissings hierna bespreek.

[13] In 1951 verskyn Wessels se gesaghebbende *Law of Contract* in South Africa. In vol 2, par 4434, bl 1089 verwerp hy die billikheidsbenadering van *Hofgaard* in geval van voorgang van regte ten aansien van eiendom wat nog nie oorgedra is nie:

'The principle here applied [die *dictum* in *Hofgaard*] may be an important factor in the exercise of a discretion in ordering what is analogous to specific performance ... or of leaving the injured party to an action for damages, **but it is**, with submission, **not appropriate in the decision as to which party has a prior legal right to property not yet transferred**" (My beklemtoning)

[14] Ook Broome RP het in *Le Roux v Odendaal and Others* 1954 (4) SA 432 (N) die *qui prior*-reël as die vertrekpunt in gevalle van opeenvolgende verkopings beskou. Slegs as die toepassing van dié reël onbillik werk, kan dit versag word. Die billikheidsvertrekpunt in *Hofgaard* word verwerp :

'With respect, I do not think that this principle ought to be the sole guide in cases of double sales. What if the equities are evenly balance? Is neither purchaser entitled to transfer?' (Op 443 D - E)

[15] Die negering van die *qui prior*-reël ten gunste van 'n "billikheidsbenadering" is oortuigend aan die kaak gestel deur Macdonald R in *B.P. Southern Africa (Pty) Ltd v Desden Properties (Pvt) Ltd and Another* 1964 (2) SA 21 (SR). Hy bevestig dat die uitgangspunt die *qui prior*-reël is, wat slegs opgehef kan word as daar besondere omstandig- hede voor hande is. Van *Hofgaard* sê die geleerde regter (op 25 C - E):

'In my view *Hofgaard's* case was wrong, not only because it misapplied *Kohling's* case, but also because the learned Judge paid regard only to the effect of his decision on the parties. In my view, by far the more important aspect is the general effect which the decision in any particular case is likely to have. It is the policy of the law to uphold, within reason, the sanctity of contracts. It follows that Courts of law should, as far as possible, in matters of this kind, adopt an approach which will discourage sellers from entering into contracts the performance of which will necessarily involve a breach of an earlier contract, and by adopting such an approach reduce a potential cause of hardship. The concern of the Courts should primarily be with the removal of the cause of these cases of hardship rather than with the result in a particular case.'

[16] Ook Hofmeyr R het, in *Botes v Botes en 'n Ander* 1964 (1) SA 623

(O), die *qui prior*-reël as die toepaslike reël beskou om die botsing van regte

tussen 'n opsiehouer en 'n latere koper te bereg. Die "billikheidsbenadering"

van *Hofgaard* word verwerp (op 627 A) :

'Die saak van *Hofgaard* is na my oordeel egter geen duidelike gesag vir die stelling dat die finale beslissing tussen die onderskeidelike regte van die mededingende kopers op die oorwig van billikheidsoorwegings gebaseer moet word nie. Die aansoek was om 'n tydelike interdik hangende 'n geding vir spesifieke nakoming en die beslissing van die aansoek was vermoedelik sonder meer gebaseer op die beginsels wat van toepassing is by die toekenning al dan nie van tydelike interdikte. Sodanige beginsels plaas juis die gemelde oorwig van billikheidsoorwegings op die voorgrond en dit is vir my gevolglik glad nie duidelik dat Curlewis R, bedoel het om die huidige twisvraag te beantwoord nie.'

[17] Die regsposisie is weer korrek, myns insiens, deur Vivier R in *Barnard v Thelander* 1977 (3) SA 932 (K) saamgevat. Dit het daar gegaan om botsende aansprake uit hoofde van opvolgende koopkontrakte. Na 'n deurtastende ondersoek van die regsbronne en literatuur wat die totale gebied van botsende persoonlike regte gedek het, (wat tog immers onnodig sou gewees het as dit bloot om billikhede gaan), formuleer die geleerde regter die beginsel soos volg : (op 938 F - H):

'In al die onlangse beslissings van ons Howe, waarin na *McKerron* se artikel verwys is, is die eenparige standpunt dus ingeneem dat die eerste koper se persoonlike reg voorrang geniet bo dié van 'n latere koper, en dat die eerste koper, in die afwesigheid van spesiale omstandighede wat die balans van billikheid raak, geregtig is op 'n interdik wat oordrag aan die latere *bona fide* koper verhinder, en ook geregtig is op reële eksekusie teenoor die verkoper.

Beide op gesag, sowel as op beginsel, wil ek my met eerbied met hierdie standpunt vereenselwig. Ek wil my ook vereenselwig met die oorwegings wat in *Le Roux*, *Botes* en *B.P. Southern Africa* se sake ter ondersteuning daarvan genoem is.'

Ten aansien van die *Hofgaard*-benaderingswyse sê Vivier R (op 935 H)

'In *Hofgaard* se saak was die aansoek vir 'n tydelike interdik *pendente lite*, en soos Hofmeyr, R (soos hy toe was), in *Botes* se saak, *supra* op bl. 627,

daarop wys, was die beslissing vermoedelik gebaseer op die beginsels van toepassing by tydelike interdikte waar die oorwig van billikheidsoorwegings op die voorgrond geplaas word.'

[18] *Reynder v Rand Bank Bpk* 1978 (2) SA 630 (T) het die beginsel aanvaar dat 'n eksekusie-skuldeiser se regte op beslaglegging en verkoping voorrang geniet bo die van 'n reghebbende op oordrag van 'n bepaalde eiendom, al het laasgenoemde se vorderingsreg op lewering ontstaan voor die beslaglegging, ten spyte van die eksekusie-skuldeiser se kennis van die reghebbende se regte. Nestadt R verwerp die *dictum* in *Hofgaard* as toepaslik op gevalle van teenstrydige aansprake. Hy verwys met goedkeuring na Wessels, hierbo aangehaal, en Broome RP (in *Le Roux v Odendaal and Others, supra*) se verwerping van gemelde "billikheidsbenadering'.

[19] In aansluiting by die hierbo-bespreekte beslissings meen ek dan dat die korrekte benaderingswyse in die onderhawige geval is om die *qui prior*-reël as vertrekpunt toe te pas - dus, ten gunste van die appellante. Die

Hofgaard--benadering is al so dikwels deur Provinsiale Afdelings verwerp - myns insiens tereg - dat dit nie op geregverdigde wyse ten aansien van die problematiek tans ter sprake as vertrekpunt kan geld nie. Die gemelde Provinsiale beslissings dek 'n wye veld van gevalle waar botsende persoonlike regte teenoor mekaar te staan kom. Die feit dat die onderliggende feitestelle van mekaar verskil, doen nie afbreuk aan die beginsel van *qui prior* nie, tensy 'n mens in casuïstiek verval. Ons reg het 'n beginselstandpunt oor die problematiek van teenstrydige aansprake in die onderhawige soort gevalle en daar is geen behoefte aan 'n casuïstiese of "equitable" oplossing nie.

[20] Word die *qui prior*-vertrekpunt in die huidige geval aanvaar, is die volgende vraag of die eerste reponent spesiale omstandighede aantoon het waarom dit opsy geskuif moet word. Geen sodanige omstandighede is aangetoon nie. Om hierdie rede moet die appèl slaag.

P J J OLIVIER