

Source:

South African Law Reports, The (1947 to date)/CHRONOLOGICAL LISTING OF CASES – January 1947 to March 2019/1983/Volume 3: 335 - 618 (August)/BOTH v VAN NIEKERK EN 'N ANDER 1983 (3) SA 513 (W)

URL:

[http://jutastat.juta.co.za/nxt/gateway.dll/salr/3/11486/11724/11746?f=templates\\$fn=default.htm](http://jutastat.juta.co.za/nxt/gateway.dll/salr/3/11486/11724/11746?f=templates$fn=default.htm)

BOTHA v VAN NIEKERK EN 'N ANDER 1983 (3) SA 513 (W)

1983 (3) SA p513

Citation	1983 (3) SA 513 (W)
Court	Witwatersrandse Plaaslike Afdeling
Judge	Flemming R
Heard	February 23, 1983; February 24, 1983
Judgment	March 3, 1983
Annotations	Link to Case Annotations

Flynote : Sleutelwoorde

Verkoop - Van grond - Die kontrak - Formaliteite - Koper beskryf as "G... of sy genomineerde" - G deur nomineer as koper vervang - Sodanige vervanging hoef nie in skrif te wees soos vereis deur Wet 71 van 1969 nie - Nie 'n kontrak vir die verkoop van grond of 'n term daarvan nie.

Verkoop - Van grond - Die kontrak - Konstruksie van - Koper in kontrak beskryf as "G... of sy nomineer" - Vervanging van G deur nomineer het plaasgevind toe G, as gevolg van versuim om waarborg tydlig te lewer, reeds in mora was - Nominasie 'n aparte en selfstandige aspek - Tydperk waarbinne dit moes geskied moet beoordeel word met verwysing na oogmerk van partye - Nominasie regsgeldig in die omstandighede.

Maatskappy - Karakter en klas - Karakter - As selfstandige regspersoon - Nog op te rigte maatskappy aangedui as nomineer in kontrak vir koop van grond deur "G... of sy nomineer" - Maatskappy later geïnkorporeer en as koper aangewys - Maar het onvoldoende bates gehad om eiendom te koop - Slegs R1 se aandele uitgereik - Verkoper het aangevoer dat maatskappy slegs G in 'n ander gedaante was en gepoog om kontrak teen G af te dwing - Maar doel van inkorporasie korporasie juis om bates van maatskappy teen beskikbaarheid vir skuld van 'n individu te beskerm - Sou besondere gronde verg alvorens Hof sluier van inkorporasie lig - In casu moes ten minste onduidelbare onreg en duidelik onbehoorlike optrede aangetoon word - Aansoek om afdwinging van kontrak teen G van die hand gewys - Omstandighede waaronder Hof sluier van inkorporasie sal lig in die algemeen bespreek.

Headnote : Kopnota

Die kernaak van inkorporasie en daarmee die erkenning deur die regstelsel van 'n afsonderlike regspersoon is juis om die bates van die regspersoon te beskerm teen beskikbaarheid vir die skuld van 'n individu en omgekeerd. Dit sou ten minste besondere gronde verg voordat die besondere eienskap geïgnoreer word sodat 'n aandeelhouer of direkteur persoonlik aanspreeklik is op 'n maatskappy se kontrakte.

In casu, is 'n kontrak vir die verkoop van 'n woonhuis op 24 September 1982 onderteken. Die koper is aangegee as "Gerhardus Albertus van Niekerk of sy genomineerde" - synde eerste en tweede respondentte respektiewelik. 'n Waarborg vir die betaling van die saldo van die koopsom moes teen 23 November gelewer word. Op 24 November moes applikante (die verkoper) eerste respondent aanmaan om die verpligting na te kom. Gemelde aanmaning is gerig in terme van klousule 10 van die kontrak, in terme waarvan sy by magte was om die kontrak, na die verloop van 'n verdere sewe dae, te kasselleer of af te dwing in die geval van voortgesette versuim. Eers op 29 November het eerste respondent daarop gereageer deur vir die eerste keer die stelling in te neem dat 'n nominasie plaasgevind het in terme waarvan tweede respondent hom as koper vervang het. Dit het geblyk dat tweede respondent, 'n maatskappy wat eers op 11 Oktober 1982 geïnkorporeer is, 'n gemagtigde aandele kapitaal van R1 000 gehad het, waarvan R1 se aandele uitgereik is. In 'n aansoek om afdwinging van die kontrak, het applikante die regsgeldigheid van die nominasie bestry op grond daarvan dat dit te laat plaasgevind het (dws na eerste respondent reeds in *mora* was) en dat dit nie aan die vereistes van die Wet op Formaliteite met betrekking tot Koopkontrakte van Grond 71 van 1969 voldoen het waar dit nie behoorlik op skrif gestel is nie. Verder is aangevoer dat tweede respondent slegs eerste respondent in 'n ander gedaante was, en dat die Hof die sluier van inkorporasie moes lig ten einde die koopkontrak teen eerste respondent af te dwing, ongeag die bestaan van tweede respondent en enige regsgeldige nominasie wat mag blyk.

Beslis, dat eerste respondent, volgens die normale gevolge van die koopkontrak en die inkorporasie van die tweede respondent, daarop geregtig was om hom daarop te beroep dat nie hy nie, maar slegs tweede respondent, aanspreeklik was.

Beslis, verder, dat die Hof in die onderhawige geval slegs tot 'n konklusie van persoonlike aanspreeklikheid (deur eerste respondent) sou kon kom indien daar ten minste 'n oortuiging was dat applikante 'n onduidelbare onreg aangedoen is, en wel ten gevolg van iets wat vir die regdenkende duidelik onbehoorlike optrede aan die kant van eerste respondent was.

Beslis, derhalwe, dat, waar applikante haar self in die posisie gekontrakteer het waarvolgens net die maatskappy aanspreeklik was, waar sy self ingestem het tot die aanwys van 'n genomineerde sonder om te stipuleer dat die genomineerde voldoende eie bates moes hê, en waar die moontlikheid steeds bestaan het dat die maatskappy die nodige fondse sou kon bekom, die Hof nie tot die konklusie van persoonlike aanspreeklikheid deur eerste respondent kon kom nie.

Beslis, verder, wat betref die regsgeldigheid van die nominasie, dat wat plaasgevind het 'n kontraksoorname was: die kontraktuele band is by een party ontkoppel en aan 'n ander gekoppel, sonder dat die regte en verpligtinge enige wysiging ondergaan het.

Beslis, verder, dat sodanige kontrak vir die vervanging van 'n kontraksparty die eienskappe van 'n koopkontrak ontbeer, en ook nie 'n term van so 'n kontrak is nie, sodat die nominasie as regsgeldig beskou moes word al was dit nie in skrif nie.

Beslis, verder, wat betref die stelling dat die nominasie te laat plaasgevind het, dat die bevoegdheid tot nominasie 'n afsonderlike en selfstandige aspek was waarvoor die perke deur die partye se bedoeling bepaal moes word.

Beslis, op die feite, dat, insoverre die partye waarskynlik 'n redelike tydperk vir nominasie bedoel het, 29 November (toe applikante van die nominasie verneem het) nie buite sodanige redelike tydperk geval het nie.

Beslis, derhalwe, dat die aansoek met koste van die hand gewys moes word.

Die omstandighede waaronder die Hof die sluier van inkorporasie sal lig in die algemeen bespreek. *Sale - Of land - The contract - Formalities - Purchaser described in contract as "G... or his nominee" - Nominee being substituted as purchaser - Such substitution not required to be in writing as required by Act 71 of 1969 - Not a contract for the sale of land or a term thereof.*

Sale - Of land - The contract - Construction of - Purchaser described in contract as "G... or his nominee" - Substitution of G by nominee effected when G already in mora, having failed to furnish guarantee timeously - Nomination a separate and independent aspect - Time limit therefor to be assessed by reference to intention of parties - Nomination valid in circumstances.

Company - Character and class - Character - As independent legal persona - Company in course of formation reflected as nominee in contract for purchase of land by "G... or his nominee" - Company subsequently incorporated and substituted as purchaser - Company having insufficient assets to purchase property - Only one R1 share issued - Seller contending that

1983 (3) SA p514

company was only G in another guise and attempting to enforce contract against G - But purpose of incorporation to protect assets of company against availability for debt of an individual - Would require special grounds before Court will lift veil of incorporation - In casu at least unconscionable injustice and clearly improper conduct had to be shown - Application for enforcement of contract against G dismissed - Circumstances in which Court will lift veil of incorporation discussed in general.

The crux of incorporation and therewith the recognition of a separate legal *persona* by the legal system is to protect the assets of the legal *persona* against availability for the debts of an individual and *vice-versa*. It would at least require special grounds before this special characteristic is ignored so that a shareholder or director may be personally liable on a company's contracts.

In casu, a contract for the sale of a house was concluded on 24 September 1982. The purchaser was described as "Gerhardus Albertus van Niekerk or his nominee" - being first and second respondents respectively. A guarantee for payment of the balance of the purchase price had to be furnished by 23 November. On 24 November applicant (the seller) had to demand compliance with this obligation. The said demand was addressed in terms of clause 10 of the contract, in terms whereof she (the seller) was entitled either to cancel or to enforce compliance with the contract in the event of continued non-compliance after the lapse of a further seven days. Only on 29 November did first respondent react by adopting the attitude that a nomination had taken place in terms whereof second respondent had replaced him as purchaser. It appeared that second respondent, a company which was incorporated on 11 October 1982, had an authorized share capital of R1 000, of which one R1 share had been

1983 (3) SA p515

issued. In an application directed at enforcing compliance with the contract, applicant disputed the validity of the nomination on the grounds that it had taken place too late (ie after first respondent was already in *mora*) and that it did not comply with the requirements of the Formalities in respect of Contracts of Sale of Land Act 71 of 1969 inasmuch as it had not properly been reduced to writing. It was further contended that second respondent was merely first respondent in another guise, and that the Court ought to lift the veil of incorporation so as to enforce the contract of sale against the first respondent, regardless of the existence of second respondent and any valid nomination which might be established.

Held, that first respondent, in accordance with the normal consequences of the contract of sale and the incorporation of second respondent, was entitled to claim that not he, but only the second respondent, was liable.

Held, further, that the Court in the instant case could only arrive at a finding of personal liability (by first respondent) if there were at least a conviction that applicant had suffered an unconscionable injustice, and that as a consequence of something which, to right-minded persons, was clearly improper conduct on the part of first respondent.

Held, accordingly, whereas the applicant had of her own accord

contracted herself into the position where only the company was liable; whereas she had agreed to the institution of a nominee without stipulating that the nominee had to have sufficient independent means, and whereas the possibility that the company could raise sufficient funds still remained, that the Court could not arrive at a finding of personal liability by first respondent.

Held, further, as regards the validity of the nomination, that what had occurred was the adoption of a contract: the contractual chain was uncoupled from one party and coupled to another, without the rights and obligations being modified at all.

1983 (3) SA p516

FLEMMING

Held, further, that such a contract for the substitution of a contracting party lacked the characteristics of a contract of sale and was not a term thereof, with the consequence that the nomination had to be regarded as valid although not reduced to writing.

Held, further, in regard to the contention that the nomination

had been effected too late, that the capacity to nominate was a separate and independent aspect, and that limits imposed thereupon had to be determined by reference to the parties' intention.

Held, on the facts, that insofar as the parties had probably contemplated that nomination should take place within a reasonable period, 29 November (when applicant learned about the nomination) did not fall outside such a reasonable period.

Held, accordingly, that the application had to be dismissed with costs.

The circumstances in which the Court will lift the veil of incorporation discussed in general.

Case Information

Aansoek om 'n bevel ter afdwinging van 'n kontrak vir die verkoop van grond. Die feite blyk uit die uitspraak.

W G Muller SC (bygestaan deur J N S du Plessis) namens die applikante.

P M Wulfsohn SC (bygestaan deur mev K I Foulkes-Jones) namens die eerste respondent.

Geen verskyning namens die tweede respondent nie.

Cur adv vult.

Postea (Maart 3).

Judgment

FLEMMING R: Applikante het 'n woonhuis geleë te Westcliffe teen R300 000 verkoop. Die aanhef toon die koper as volg aan: "Gerhard Albertus van Niekerk (gebore 14 Maart 1944) (hierna verwys as die koper) of sy nomineë". Die laaste drie woorde is in handskrif aangebring en dra die paraaf van applikante en eerste respondent, genoemde Van Niekerk.

Applikante verlang deurvoering van die kontrak teen eerste respondent. Eerste respondent se standpunt is dat hy tweede respondent as sy nomineë aangewys het en dat die kontrak gevolglik nie teen hom persoonlik afdwingbaar is nie. Applikante betwis dat 'n geldige aanwysing plaasgevind het. Sy voer aan dat enige gepoogde aanwysing te laat plaasgevind het en boonop mank gaan aan die beweerde nodige

1983 (3) SA p517

FLEMMING R

voldoening aan die vereistes wat geld vir 'n verkoopkontrak van grond.

Die argument omtrent die noodsaaklikheid vir 'n nominasie om aan formele vereistes te voldoen, het in 'n beperkte sin sy relevansie verloor. By die aanhoor van argument op 24 Februarie is aansoek gedoen om 'n beëdigde verklaring in te handig wat op 21 Februarie 1983 gedateer is en wat onder andere 'n skriftelike nominasie en 'n skriftelike aanvaarding van die nominasie beweer, en die relevante skriftelike dokument wat op 21 Februarie 1983 gedateer is, identifiseer en aanheg. Ondanks beswaar is die bykomende beëdigde verklaring toegelaat. Die redes vir hierdie beslissing is op daardie stadium reeds aangedui. Essensieel gaan dit daarom dat dit verkeerd sou wees om die aansoek op 'n basis te beslis wat van die werklikheid afwyk weens nuwe regshandeling wat plaasgevind het en wat weens die datum van ontstaan daarvan nie in die opponerende verklaring vermeld kon gewees het nie. 'n Beslissing omtrent die noodsaaklikheid van voldoening aan vormvereistes sou nog nodig bly ten einde omtrent koste te beslis selfs indien die aanwysing van 'n nomineë op 21 Februarie 1983 'n verskil aan die partye se posisie gemaak het. Die aangevoerde argumente het dit in elk geval nodig gemaak om steeds te beslis of 'n bindende nominasie in November 1982 tot stand gekom het.

Gemelde bykomende verklaring vermeld ook ander feite. Paragraaf 4 daarvan mag nuut wees in 'n sekere sin, maar verander nie aan 'n feitegeskil wat reeds voorheen uit die stukke blyk nie. Paragraaf 5 daarvan is 'n toelaatbare antwoord op nuwe aspekte in die repliserende verklaring. Die restant daarvan bevat 'n antwoord op 'n beëdigde verklaring van applikante se eggenoot wat by die repliserende verklaring aangeheg was en wat by die aanhoor van die aansoek by ooreenkoms tussen die partye beskou is asof weggelaat uit die stukke. Die resultaat is dat 'n aansoek om deурhaling daarvan nie beslis hoef te word nie.

Die koopkontrak wat uiteindelik deur eerste respondent onderteken is as "koper" sonder verdere kwalifikasie van sy hoedanigheid, gebruik die

term "koper" herhaaldelik. Dit is nie aangevoer dat daardie woord weens die aanhef van die kontrak na eerste respondent verwys selfs indien daar 'n geldige nominasie tot stand gekom het nie. So 'n posisie sou trouens 'n onhoudbare resultaat meegebring het. Die partye het met soveel waarskynlikheid as wat aan sekerheid grens byvoorbeeld bedoel dat wie ookal uiteindelik transport neem, die risiko van wins en verlies dra en gebonde is aan die erkenning dat hy die eiendom geïnspekteer het en sonder voorstellings aan die kant van die verkoper koop. Daar hoef dan nie stilgestaan te word by die moontlikheid dat eerste respondent gebonde is tot betaling van die koopprys en verskaffing van waarborge vir betaling daarvan selfs indien daar 'n geldige nominasie van tweede respondent plaasgevind het nie.

Die uitstaande bepalinge van die koopkontrak is dat die koper by ondertekening van die koopkontrak R20 000 moet betaal waarvan R10 000 deur prokureur Botha (applikante se eggenoot) in 'n spaarboekie belê moet word en die saldo aan die verkoper oorhandig word. Vir die balans van R280 000 moes die koper by genoemde Botha 'n

1983 (3) SA p518

FLEMMING R

waarborg lewer binne 60 dae vanaf kontraksluiting. Omdat die kontrak op 24 September 1982 geteken is, was die laaste datum vir lewering van waarborge 23 November 1982. Hierdie datum is volgens die argument wat namens die applikante aangevoer is van 'n groot belang.

Volgens die kontrak het die koper ook ander verpligtinge gehad. Hy moes een kalendermaand kennis gee van sy voorneme om op 1 Desember 1982 of 1 Januarie 1983 besit en okkupasie van die eiendom te neem. Hierdie kontraktuele verpligting sou op 31 Oktober of dalk op 30 November ontstaan het. Die koper moes op aanvraag transportkoste, hereregte en sekere ander items betaal. Die koper moes ook vanaf datum van besitname 'n "okkupasie huur" van R1 500 maandeliks vooruitbetaal. Afgesien van 'n klousule vir die ongeldigmaking van wysigings wat nie skriftelik en geteken is nie, bevat die kontrak twee ander klousules wat van moontlike belang is. Klousule 11 bepaal dat die koper nie voor die datum van registrasie van transport geregtig is om sy regte in terme van die ooreenkoms oor te maak of the seeder sonder die skriftelike toestemming van die verkoper nie. Klousule 10 bepaal dat as die koper in gebreke is met 'n kontraktuele verpligting, die verkoper hom per geregistreerde pos moet aanmaan om die bepaling uit te voer en in geval van voortgesette versuim na 'n verdere sewe dae, het die verkoper die reg om die kontrak te kanselleer of om die kontrak af te dwing.

Klousule 11 kan in die lig van die uitdruklike skepping van die moontlikheid om 'n genomineerde aan te wys net die effek hê om eerste respondent van 'n sessie te weerhou behalwe miskien aan 'n genomineerde en om die genomineerde totaal die bevoegdheid tot sessie te ontnem. Dit kan gevolglik nie die beregting van die onderhawige dispuut beïnvloed nie.

Die feitelike verloop van sake is dat die saldo van die koopprys, dit wil sê R280 000, nou nog nie betaal is nie en dat geen waarborge daarvoor verskaf is nie. Op 13 Oktober is 'n skriftelike navraag aan eerste respondent gerig om vas te stel of die eiendom in sy naam of in die naam van 'n genomineerde geregistreeer moet word. Hierdie skrywe is nie opgevolg deur 'n verdere aandrang om te besluit of 'n nominasie sal plaasvind aldan nie. Op 24 November, toe die kontrakbreuk met betrekking tot verskaffing van waarborge reeds ontstaan het, is 'n aanmaningsbrief ooreenkomstig klousule 10 van die kontrak aan eerste respondent gerig. 'n Verdere skrywe van 25 November 1982 is gerig op die grondslag dat eerste respondent mondelings laat blyk het dat hy nie die kontrak sal nakom nie. Hy is gevra om die redes vir sy standpunt te laat blyk, en meegedeel dat 'n hofaansoek desnoods geloods sal word en dat hy opnuut gevra word om die oordragkoste te voorsien. 'n Antwoord gedateer 29 November noem die eerste maal dat 'n nominasie tot stand gekom het sonder om 'n datum daarvan te verstrek. Namens applikante is op 7 Desember 1982 aangedui dat die geldigheid van die nominasie betwis word en dat eerste respondent nie van sy verpligtinge onder die koopkontrak onthef word nie al sou die nominasie regsgeldig wees. Hierdie brief opper ook sekere feite wat nou aanvaar moet word, naamlik dat tweede respondent eers op

1983 (3) SA p519

FLEMMING R

11 Oktober 1982 geïnkorporeer is met 'n gemagtigde aandeelkapitaal van R1 000 waarvan R1 se aandele uitgereik is. Die brief noem ook die beskouing dat tweede respondent nie in staat is om die koop deur te voer nie. Die kennisgewing van mosie in hierdie aansoek is die volgende dag gedateer.

Namens applikante is aangevoer dat die Hof in die omstandighede die sluier van inkorporasie moet lig; dat tweede respondent eintlik maar eerste respondent in 'n ander gedaante is; en dat die kontrak teen die eerste respondent afgedwing moet word ondanks die bestaan van tweede respondent en enige regsgeldige nominasie wat origins mag blyk.

Namens applikante is op twee beslissings gesteun. *Francarmen Delicatessen (Pty) Ltd v Gulmini and Another* 1982 (2) SA 485 (W) help applikante nie. In daardie geval het die Hof sy diskresie ten aansien van gedingskoste uitgeoefen op die grondslag dat die werklike dispuut tussen die twee betrokke individue was. *Lategan and Another NNO v Boyes and Another* 1980 (4) SA 191 (T) sou applikante net aanhelp as in die onderhawige geval bedrieglik gebruik gemaak was "of the fiction of legal personality". Te oordeel aan die formulering van die gedeelte wat op 202A van die uitspraak verskyn, is dit waarskynlik verkeerd om te sê dat beslis is dat bedrog altyd 'n voorvereiste is. Dit sou trouens verstaanbaar wees as die Hof nie tot so 'n finale konklusie gekom het nie omdat in elk geval bevind was dat die tersaaklike verswygning nie bedrieglik was nie en daar ander redes was om die tweede respondent in daardie saak aan sy borgstelling gebonde te hou. Hierdie is egter 'n situasie waarin die afwesigheid van direkte presedent nie die vraag afhandel nie. Dit blyk dat diegene wat aandag gegee het aan die ignorering van die skeidslyn tussen 'n maatskappy en sy aandeelhouers dit op een punt eens is, naamlik dat 'n akkurate en volledige formulering van die perke van so 'n ignorering nie moontlik is nie. Dit is te meer die geval in 'n regstelsel wat nie vir groei en ontwikkeling suiwer van wetgewing afhanklik is nie. Die pasgenoemde oorweging is in sigself al rede waarom nie volstaan kan word met 'n beroep op die gesag waarna respondent die Hof verwys het nie. Ek aanvaar dat *Salomon v Salomon & Co* 1897 AC 22 en *dicta in Dadoo Ltd and Others v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530 die noodsaak bewys om te erken dat 'n maatskappy 'n afsonderlike regsentiteit is teenoor sy lede en dat daardie afsonderlikheid erken moet word. Die werklike debat gaan egter daaroor of daar gronde is om verby daardie afsonderlikheid te kyk in hierdie bepaalde geval in die lig daarvan dat die regspraak onmiskenbare tekens toon dat hy nie sonder voorbehoud by die afsonderlikheid sal volstaan nie en die ontwyfelbaarheid van die billikheid daarvan dat die Hof soms by die afsonderlikheid moet verbykyk. Die regserkenning van regspersone het nie oornag tot stand gekom nie en beskouinge daaromtrent het nie staties gebly nie. Daar is geen rede om te veronderstel dat selfs die Engelse reg volstaan het by benaderings wat in 1897 gegeld het nie.

Regsentwikkeling het begin toelaat dat bloot op grond van onderlinge afspraak te dien effekte (en met nakoming van sekere prosedures en formele vereistes) partye 'n onderlinge verhouding kan skep

1983 (3) SA p520

FLEMMING R

met betrekking tot bates en laste in die besonder, waarvolgens die posisie sal geld tussen hulle, maar ook teenoor derdepartyte asof daar nog 'n persoon naas hulself bestaan. Ook ons regstelsel duld so 'n skepsel van individue en aanvaar dat daardie skepsel hanteer word op die basis dat hyself draer van regte en verpligtinge kan wees en as sulks in die handelsverkeer en regsverkeer kan deelneem. Oorsee, met die meerdere kompleksiteite en variasies van die Amerikaanse samelewing waarskynlik 'n faktor, het die oortuiging algaande meer aanvaarding gevind by Howe sowel as navorsers dat ontwikkeling van die erkenning van die maatskappy as 'n verdere *persona* in die reg plaasgevind het weens die behoefte daarna in die verkeer, maar dat nadele kan ontstaan en onreg tot stand kan kom juis deur 'n aandrang op die erkenning van die afsonderlikheid van die regspersoon. Dit kom voor asof besef is dat om 'n volstrektheid te verleen aan die erkenning van die afsonderlikheid van die maatskappy soms inhou dat verder gegaan word as die doel en rede vir die erkenning van die bestaanbaarheid van 'n regspersoon; dat so 'n benadering die heer kan word van onreg in plaas daarvan dat erkenning van regspersoonlikheid bloot die verkeersbehoefte volgens billikheidsmaatstawwe dien; dat dit nie vir voldoening aan die behoeftes van die gemeenskap nodig is om 'n regspersoon so te benader dat totaal onaanvaarbare resultate ontstaan omdat partye toegelaat word om 'n fiktiewe persoon in die alledaagse verkeer te laat optree nie.

Dit laat nog steeds die taak om 'n grondslag te vind of redes te stel waarom in hierdie geval by die afsonderlikheid van die maatskappy volstaan word. Al skyn geformuleerde reëls "onprakties en al kan bindende presedente nie aangehaal word nie, moet 'n benadering tot hierdie geval tog gevind word om "palm-tree justice" te vermy.

Vir beter perspektief omtrent die mate van ontwikkeling wat hier plaasgevind het of moontlik nodig geag mag word, is 'n verwysing na oorsese regstelsel nie onvanpas nie. Die Amerikaanse Howe se optrede word egter grootliks geïgnoreer, onder andere weens 'n gebrek aan insig in daardie regstelsel en omdat die benadering daar baie vloeibaar voorkom. Die artikel in die 1963 *International and Comparative Law Quarterly* band 12 op 189 dui wel op kategorieë van onderskeiding wat op logiese gronde moontlik by ons nuttiglik kan lei. Ek kan ook verwys na Pennington *Company Law* (1979) op 45 - 55; Gower *Modern Company Law* (1979) op 112; 1967 *Journal of Business Law* op 305; 1967 *Businessman's Law* band V op 100 - 102; A E Waring se artikel in 1980 *SALJ* op 225 - 231; Cilliers en Benade se *Maatskappyereg* (1982) op 39; vonnisbesprekings in *De Rebus*, onder andere Oktober 1982 omtrent *Banco de Mocambique v Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd* 1982 (3) SA 330 (T); Hahlo *Company Law through the Cases* (1977) veral op 44; en Benade 1967 *THRHR* 213.

Op die onderhawige terrein is al dikwels verwys na die "sluier" wat deur inkorporasie geskep word. Dit kom my voor dat 'n eerste onderskeiding hier nodig is om te verhoed dat die gemeenskaplike element by verskillende gevalle, naamlik dat die sluier nie altyd 'n volkome afskeiding veroorsaak nie, dalk verkeerdelik gebruik word om

1983 (3) SA p521

FLEMMING R

nie-ooreenstemmende gevalle in dieselfde mandjie te gooi en vandaar 'n enkele maatstaf vir 'n enkele diskresie af te lei. Eerste respondent is volgens die normale gevolge van die onderhawige kontrak en die inkorporasie van tweede respondent geregtig om hom daarop te beroep dat nie hy nie maar slegs die maatskappy aanspreeklik is. 'n Sterker effek as versluiering is ter sprake. Die uitgangspunt van ons regstelsel is dat eerste respondent inderdaad "n skild" gegee is; 'n grondslag om enige aanval op sy eie aanspreeklikheid af te weer. Wat ter sprake is, is deurdringbaarheid van die skild vir aanvalwapens. Dit is iets anders as deursigtigheid daarvan wat kwessies raak soos bv kennis omtrent wie agter die skild staan of van wat die verhouding tussen daardie persoon en die skild is, of welke kleur die skild het. Sommige gevalle gee nie leiding omtrent die bevoegdheid en gepasheid om die skild in hierdie geval ('n konsensuele handeling) weg te neem nie behalwe miskien deurdat dit aandui dat die "sluier" wat deur inkorporasie geskep is, relatiewe eerder as standhoudende digtheid het en na gelang van wat in gedrang is met verskillende mate van geredelikheid ten volle of gedeeltelik verby gegaan word. Die gevalle wat ek aldus sal noem is:

- (a) As dit gaan om 'n bepaalde kwaliteit van die regspersoon, kan volgens die mate van beheer, eienskappe van die beheerders of aandeelhouders aan die regspersoon oorgedra word. By 'n vraag of die maatskappy 'n vyandsonderdaan is kan so 'n proses plaasvind. Ek kan my voorstel dat by die vraag of 'n maatskappy 'n vermoënde koper of 'n aanvaarbare borg is, daar gekyk kan word na die persone wat hul ondersteuning aan die maatskappy gee en hulle finansies. Die assosiasie van sy beheerders met die maatskappy gee aan hom 'n kleur af. Dit is onderskeibaar van die oordrag van eienskappe van die siellose maatskappy aan 'n direkteur of aandeelhouer of verteenwoordiger of die "oordrag" van aanspreeklikheid.
- (b) Wanneer die Hof gevolg moet gee aan 'n bedoeling wat tot stand gekom het buite die kontrak wat in die akte en statute vervat is alleenstaande, kan aan die bedoeling gevolg gegee word. As die bedoeling van 'n strafregtelike verbod wyd genoeg is, kan dit 'n gepaste bevinding wees dat 'n individu die verbode handeling verrig het al het hy van 'n maatskappy gebruik gemaak. (Vgl *R v Gillet* 1929 AD 364.) As die bedoeling egter minder wyd is deurdat ruimte gelaat word vir die veroorsaking van dergelike resultate as wat verbied is sonder dat dit *in fraudem legis* is, word daarenteen weer aan daardie bedoeling gevolg gegee. (*Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipality (supra)*.) Op die terrein van die siviele reg kan dit gebeur dat 'n trustakte se bedoeling om die werknemers van 'n bepaalde maatskappy te bevoordeel, 'n bedoeling ten voordele van daardie werknemers toon ondanks verdwyning van die genoemde maatskappy weens amalgamasie. By 'n onderliggende vennootskapsbedoeling tussen partye kan aan daardie bedoeling erkenning verleen word al het die partye 'n maatskappy gestig om aan hul bedoeling uitvoering te gee. (Vgl *In re Yenidje Tobacco Co Ltd* [1916] 2 Ch 426.) As die partye se bedoeling is om

1983 (3) SA p522

FLEMMING R

in werklikheid oordrag van beheer oor 'n bate te bewerkstellig via 'n verkoop van die aandele in die maatskappy wat eienaar daarvan is, kan aan hul onderlinge bedoeling gevolg gegee word ondanks die aanwesigheid van 'n maatskappy. (Vgl by ons *Phame (Pty) Ltd v Paizes* 1973 (3) SA 397 (A) op 419; *Bellairs v Hodnett and Another* 1978 (1) SA 1109 (A) op 1130G.) Laasgenoemde benadering het al toepassing gevind om te verstel vir finansiële nadele weens onvolledige waarde van bedoelde prestasie, maar sover ek weet nie gelei tot 'n uitbreiding van aanspreeklikheid na iemand wat nie 'n kontraksparty is ten aansien van spesifieke nakoming van kontraksverpligtinge nie.

- (c) Dit kan soms korrek wees om te bevind dat 'n handeling die handeling van 'n party is al het dit in naam van die maatskappy plaasgevind. Welke maatstawwe omtrent omstandighede of selfs *mala fides* of andersins dan geld, hoef nie nou uitgemaak te word nie. Die omstandighede van die huidige geval laat geen ruimte vir tweede respondent om handelinge namens eerste respondent te verrig het nie. (Vgl *Wallersteiner v Moir* [1974] 3 All ER 217 (CA).)
- (d) Die terrein van toedig van kennis of miskien eerder die vermenging van kennis, toon wel die relatiewe van die afgrensing van die maatskappy teenoor sy direkteure. Dit toon egter ook dat verskillende maatstawwe in verskillende situasies geld. Dit bevestig op sy beurt dat daar geen vrye rigtinglose of willekeurige diskresie bestaan vir 'n Hof om inkorporasie te negeer nie. 'n Mededeling aan 'n direkteur is dikwels juis die metode om kennis aan die maatskappy oor te dra (sodat die direkteur se kennis dan die maatskappy se kennis is). Dit is nie altyd effektief nie. By bedrog deur die direkteure teenoor die maatskappy, is die sluier tussen maatskappy en die natuurlike persoon daarenteen so sterk dat dit die direkteur dikwels nie sal help om te bewys dat sy kennis ook die maatskappy se kennis is of dat hyself aan die maatskappy kennis gegee het nie. (Vgl *R v Kritzing* 1971 (2) SA 57 (A).) Die terrein van wanvoorstellings, siviel of krimineel, berus op besondere grondslae wat daartoe kan lei dat daardie grondslae hul nie laat stuit daardeur dat 'n maatskappy - of 'n individu - betrokke was in die proses tussen onreppeliger en benadeelde nie.

(e) Nalatigheidsbeginsels kan meebring dat die plig om skade te verhoed nie ontbreek omdat slegs die maatskappy kontraktueel gebonde is nie. Vgl *Fairlane Shipping Corporation v Adamson* [1974] 2 All ER 967 (QB).

(f) Die Wetgewer kan die sluier trek of lig waar hy wil, bv omtrent inligting (aangaande direkteure of hul belange of net die maatskappy se eie finansies); aanspreeklikheid (bv vir inkomstebelasting wanneer 'n maatskappy aangewend word om persoonlike aanspreeklikheid in te kort; ens). Die Wetgewer kan ook die skild wat weens inkorporasie ontstaan kragtelos maak (bv weens onvoldoende ledetal; waar die maatskappy verkeerd beskryf word op 'n tjek; of in omstandighede van likwidasië). Sulke bepalinge, langs wisselende lyne, dui nie aan wat die bestek van die gemeenregtelike benadering tot assimilasië tussen aandeelhouer en

1983 (3) SA p523

FLEMMING R

maatskappy moet wees nie, behalwe dat dit meermale sal blyk dat wetgewende maatstawwe omtrent die persoonlike aanspreeklikheid wat in 'n bepaalde situasie ontstaan 'n voldoende aanduiding gee dat 'n Hof nie daarnaas uit hoofde van gemeenregtelike oorwegings vir dieselfde situasie tog ook aanspreeklikheid kan erken volgens ander maatstawwe nie.

(g) Vrae na beheer en ignorering van afsonderlike identiteit van filiaalmaatskappye, is 'n afsonderlike terrein waar waarskynlik eiesoortige oorwegings voldoende mag wees.

In oorsese stelsels is daar tog skynbaar aanknopingspunte te vind vir persoonlike aanspreeklikheid vir die vervulling van 'n kontrak. Persoonlike aanspreeklikheid is al erken wanneer 'n direkteur sy eie sake en die maatskappy se sake verstrengel en aldus self die streep daardeur trek dat die maatskappy afsonderlike belange het en afsonderlik funksioneer. Dit is nie in hierdie geval aangetoon nie. In die Duitse reg is al voldoende regverdiging gevind vir nie-strengte handhawing van 'n maatskappy se afsonderlikheid nie in verband met bv handelsmerke en skuldvergelyking, geeneen waarvan hier ter sprake is nie. 'n Direkteur se lening aan 'n maatskappy is by geleentheid al hanteer asof dit aandeelkapitaal was. Tweede respondent beskik oor geen leningsfondse nie en daar is nie bewys dat in die omstandighede 'n voorstelling gemaak was dat tweede respondent voldoende kapitaal het waarop aplikante enigens gereageer het nie. Hoewel hierdie instansies nie 'n volledige lys sou wees nie en klaarblyklik ook nie bindend is op ontwikkelinge in die Suid-Afrikaanse reg nie, lyk die beperkte aantal van instansies en die beperkte gronde waarop sulke resultate gevolg het, aanduidend van wat in logika 'n geldige benadering by ons behoort te wees.

Dit lyk na die korrekte benadering om te besef dat die kernsaak van inkorporasie en daarmee van erkenning deur die regstelsel van 'n afsonderlike regspersoon juis is om die bates van die regspersoon te beskerm teen beskikbaarheid vir die skuld van 'n individu en omgekeerd.

Daarmee saam gaan selfstandige optrede in die regsverkeer. Hoe meer dit periferaal of selfs irrelevant is tot erkenning van die genoemde eienskappe om nie teen die afsonderlikheid van die maatskappy vas te kyk nie, hoe minder beswaar kan daarteen wees om die afsonderlikheid van die maatskappy nie as 'n begrensende perk op die beoordeling van [6]gebeure te sien nie. Op die ander uiterste, hoe meer direk juis die kardinale van afsonderlike regspersoonlikheid in gedrang kom, hoe moeiliker kan dit geregverdig word om reg teen die grein te gaan. Ek sien dit ook as die natuurlike taak van die Hof om afsonderlikheid in daardie konteks te erken. Dit sou ten minste besondere gronde verg; iets wat 'n redelik dwingende [7]noodsaak skep in die belang van geregtigheid om die elementêre van maatskappystigting uit te skryf sodat 'n aandeelhouer of direkteur persoonlik aanspreeklik is op 'n maatskappy se kontrakte. Blote billikheid, op sy beste 'n redelik onhanteerbare perd, is nie voldoende nie. Ek het genoeg vertroue in die regstelsel om te aanvaar dat waar 'n direkteur aanspreeklik gestel word vir 'n maatskappyskuld, dit wel 'n billike resultaat sal wees. Billikheid of vermeende billikheid teenoor een of

1983 (3) SA p524

FLEMMING R

ander party of 'n oorwig van billikhede, kan egter nóg as regverdiging nóg as riglyn dien. (Vgl egter *Benade* aw op 224.)

In hierdie geval het applikante haarself in die posisie gekontrakteer waarvolgens net die maatskappy nou vir betaling [8]van die koopprys aanspreeklik is. Sy vrees skynbaar dat 'n bevel vir betaling teen die maatskappy net tot likwidasië daarvan kan lei in omstandighede waar tweede respondent behalwe R1 niks besit nie. Haar regs aansprake het ekonomies geen inhoud in sulke omstandighede nie. Daardie (potensiële) omstandighede [9]ontstaan weens die toedoen van eerste respondent om 'n maatskappy te nomineer wat niks werd is nie. So gesien is daar 'n mate van billikheid (maar ook niks meer nie) ten gunste van persoonlike aanspreeklikheid van eerste respondent.

Selfs wat daardie billikhede betref, is kwalifikasie geregverdig. Applikante self het ingestem tot die aanwys van 'n [10]genomineerde sonder om te stipuleer dat die genomineerde self eie bates tot voldoende omvang moet hê. Daar is niks wat bewys dat, ten tyde van die November 1982 nominasie, eerste respondent nie werklik in staat was en bedoel het om die nodige fondse aan tweede respondent te voorsien nie. Die stukke regverdig hoogstens 'n vraagteken omtrent so 'n voorneme en dan [11]is dit bloot daarop gebaseer dat die fondse nog nie voorsien is nie. Die onbetwiste getuienis is egter dat dit normale praktyk is vir 'n maatskappy om 'n uitgereikte aandelekapitaal te hê wat veel minder is as die werklike kontant behoeftes. Daar is nie feite bewys wat die saak vergelykbaar maak met *Orkin Bros Ltd v Bell and Others* 1921 TPD 92 nie.

[12]Die inhoud van die stukke regverdig enkele ophelderende opmerkings. Die aanvanklike aansoek het 'n bewering gemaak wat onhoudbaar was in die lig van die aanvaarde kontraksterme, naamlik dat applikante in elk geval nie haar eiendom sou verkoop aan 'n koper wat 'n leë dop skyn te wees nie. Eers in die repliserende verklaring word gepoog om "aan te voer" dat dit 'n geval is

[13]"waar die sluier van regspersoonlikheid gelig moet word om sodoende die ware verskil te openbaar en bogemelde agbare Hof in staat te stel om 'n regverdige beslissing te vel".

Weens ignorering van die beëdigde verklaring van applikante se man, is haar feitlike bewerings uitsluitlik daarop gebaseer dat eerste respondent die enigste direkteur en aandeelhouer van [14]tweede respondent is en dat dit "derhalwe duidelik" is dat die benoeming 'n poging tot ontduiking van kontraktuele verpligting is. Applikante se saak word niks verder gevoer as hierdie ongeregverdigde afleiding en submissies nie. Ek kan die geval daarom ook nie gelyk stel aan 'n situasie waar 'n party [15]persoonlik 'n belet op handelsvryheid aangegaan het en teneinde sy verpligting te ontduik dan 'n maatskappy oprig wat die verbode handelinge verrig nie. (Vgl ook *Gower* aw op 126, 128.) In *Cattle Breeders Farm (Pvt) Ltd v Veldman* 1974 (1) SA 169 (RA) het die man 'n huweliksverpligting omtrent huisvesting teenoor sy vrou gehad en is hy met die oog op die beheersregte wat hy oor die betrokke maatskappy gehad het, nit toegelaat om 'n onvermoë om sy verpligtinge na te kom op te werp op grond van die maatskappy se eiendomsreg nie. In die onderhawige geval het die partye juis bedoel dat eerste respondent

1983 (3) SA p525

FLEMMING R

vandat 'n nominasie plaasvind geen verdere verpligtinge sal hê nie.

Dit hou ook verband met breë billikhede dat met die bykomstige bewys van verdere feite, die situasie desnoods binne die bereik van *Orkin Bros Ltd v Bell and Others* (*supra*) kan kom. Verder [16]mag daar voldoende omstandighede wees om druk op eerste respondent uit te oefen om wel, soos hy aandui, die nodige fondse aan tweede respondent te verskaf. Op grond van die beginsel dat

"a man in a fiduciary relationship is not allowed to place himself in a position where his own interests and his fiduciary duties come into conflict"

[17](*Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD 168) mag die maatskappy, seker eers wanneer dit onder 'n ander se beheer staan soos wanneer dit in likwidasië is, geregtig wees om van eerste respondent betaling te vorder van die mate van aanspreeklikheid vir skadevergoeding waaraan eerste respondent die tweede respondent blootgestel het. Statutêre [18]voorskrifte omtrent aanspreeklikheid vir skulde wat aangegaan is maar wat die maatskappy nie in staat is om te betaal nie, mag denkbaar ook toepassing vind. As dit later sou blyk dat tweede respondent die nodige fondse tog nie kan bekom nie en ook dat daar nie beginsels is waarop applikante haar skadevergoeding (indien enige) kan verhaal nie, regverdig dit [19]die Hof nie om volgens die huidige stand van sake te bevind dat persoonlike aanspreeklikheid van eerste respondent bestaan nie. Ek verstaan die aanknopingspunte in oorsese stelsels wat berus op die feit dat 'n maatskappy onvoldoende bedryffondse het, nie om te berus bloot op die beperktheid van huidige kontantbates nie. Afgesien van die skaal waarop bedryfswere gevoer word in die groefheid van disproporsie tussen [20]verpligtinge en die vooruitsig om bates te kry, is die totale omstandighede skynbaar van belang. Ek meen dat daar in hierdie geval ook net tot 'n konklusie van persoonlike aanspreeklikheid sou kon kom as daar ten minste 'n oortuiging was dat applikante 'n onduidelbare onreg aangedoen word en wel ten gevolg van iets [21]wat vir die regdenkende duidelik onbehoorlike optrede aan die kant van eerste respondent is. Heeltemal afgesien van die bekendheid daarvan dat maatskappye, in die besonder privaats maatskappye, gestig word met 'n werklik nominale aandelekapitaal en hul fondse dan andersins bekom, en afgesien daarvan dat daar geen poging is om te suggereer dat eerste respondent nie die nodige finansiering kan reël nie, is [22]applikante in die posisie dat sy nie die eiendom hoef af te gee tensy sy volle betaling verkry nie. Tweede reponent sou aansienlik gehelp kon word met die proses van betaling deurdat hy 'n verband kan reël met die verkoopte eiendom as sekuriteit en aldus in staat word om 'n baie groot deel, indien nie alles nie, van die koopprys te betaal.

[23]Vir die bereiking van 'n konklusie omtrent die ander argumente wat geopper is, is dit nodig om te bepaal wat die regs aard is van 'n nominasie soos wat die partye hier bedoel het. Die partye was dit tereg eens dat eerste respondent die koper was en die koper gebly het totdat die tweede respondent hom as koper vervang het ten gevolge van 'n behoorlike nominasie. Ten aansien van 'n kontrak wat beskou is as een met dergelike strekking is in *Hughes v Rademeyer* 1947 (3) SA 133

1983 (3) SA p526

FLEMMING R

(A) gesê dat die vervanging plaasvind "by delegating". As daardie delegasie werklik 'n geval is van die uitwissing van eerste respondent se verpligtinge en die vervanging daarvan met splinternuwe verpligtinge, staan applikante se argumente [24]enigins versterk. Die skepping van regte en verpligtinge wat nie voorheen bestaan het nie, al is dit in die plek van ander maar moontlik ooreenstemmende regte en verpligtinge wat wel voorheen bestaan het maar tot niet is, is kwalik te onderskei van die totstandkoming van 'n nuwe koopverhouding (wat 'n vorige koopverhouding vervang). 'n Delegasie sou ook, so sou [25]geargumenteer kan word, meebring dat die kennisgewing wat ooreenkomstig klousule 10 van die kontrak gegee is, van effek ontnem is omdat dit gegee is ten aansien van 'n verpligting wat nie meer bestaan nie terwyl vir die nuutgeskepte verpligting nog geen aanmaning afgelewer is nie.

Daar is gesag wat toon dat 'n suiwer begrip van delegasie 'n [26]situasie in gedagte het waar 'n novasie van 'n bestaande kontrak plaasvind; 'n bedoeling om een stel verbintenisse tot niet te maak en dit te vervang met 'n splinternuwe stel verbintenisse. Vergelyk, bv, *Brenner v Hart* 1913 TPD 607; *Froman v Robertson* 1971 (1) SA 115 (A) op 122H; De Wet en Yeats [27]Kontraktereg en Handelsreg (1978) op 241 gelees met die omskrywing van novasie op 239. Ek is egter nie oortuig dat dit in *Hughes v Rademeyer* bedoel was om die woord "delegation" in daardie tegniese sin te gebruik nie. Streng tegnies sou dit juis verkeerd wees om te sê dat deur te "delegeer", "he releases himself". Die tipiese delegasie verg die

toestemming **E** van minstens drie partye. Kommentaar op die respondent se konstruksie was in daardie saak onnodig omdat dit voldoende was om die appellant se konstruksie van die betrokke kontrak te verwerp. Dit was gevolglik onnodig om te beslis dat skriftelike aanvaarding van die nominasie nodig was of om besondere aandag aan fyner onderskeidings te gee.

Ons reg erken kontraksvryheid wat beperk is alleen vir sover **F** wetgewing of oorwegings van openbare beleid dit inkort. Partye hoef nie hul kontrak binne een van die geykte kontrakstipes te forseer nie. Tweedens is reeks bekend dat partye resultate wat identies is met die gevolge van delegasie kan verkry sonder novasie. Een voorbeeld sou wees as X hom in Januarie as **G** medeprinsipale skuldenaar met K verbind teenoor S; in Februarie 'n sessie van al K se kontraktuele regte aan X plaasvind; en 'n ooreenkoms in Maart aangegaan word tussen S en K (of tussen al drie partye) waarvolgens K geen verdere aanspreeklikheid teenoor S het nie. Met 'n kontrak soos die onderhawige kon die partye ook indeeffekresultate verkry wat met 'n delegasie ooreenstem maar sonder dat 'n noverende **H** skuldvervanging plaasvind. Wat die onderhawige partye met uitoefening van hul kontraksvryheid bedoel het en na mening reggekry het, is om partye te vervang sonder om die skuld te vervang. Hulle het ooreengekom dat eerste respondent iemand mag aanwys wat die kontrak as sulks oorneem deurdat dieselfde regte en verpligtinge wat reeds bestaan van een party na 'n ander oorgaan. Daardie regte en verpligtinge ondergaan geen wysiging wanneer dit so oorgaan nie.

Waar partye so 'n resultaat tot stand bring, is dit uit 'n oogpunt van

1983 (3) SA p527

FLEMMING R

helderheid van terminologie verkieslik om daarna te verwys as 'n kontraksoorname. Dit dui aan wat die partye werklik tot stand gebring het. Dit is 'n term wat bekend is in Nederland en voorgestaan word deur prof C van Loggerenberg in sy proefskrif (Leiden, 1981). Hy noem kontraksoornames ingevolge **A** wetsbepalings, bv waar 'n kurator in die skoene van 'n insolvent tree. Van meer belang om die bestaanbaarheid van kontraksoorname in ons reg te bevestig, is die reëling dat wanneer 'n koper van verhuurde eiendom transport neem, hy nie net die verhuurder se regte verkry nie maar ook sy bestaande verpligtinge. Geen nuwe kontrak word geskep nie. Hierdie **B** kontraksoorname berus op die Howe se gewilligheid om die bestaanbaarheid van 'n oorname van 'n bestaande kontrak te erken, weliswaar in daardie geval as 'n kwessie van regswerking. 'n Kontraksoorname vind ook plaas as 'n skadu-prinsipaal na vore tree ten aansien van 'n kontrak wat namens hom gesluit is of as hy op so 'n kontrak aangespreek word.

In die onderhawige geval is daar geen suggestie met die **C** strekking dat tweede respondent na 'n behoorlike nominasie nie gebonde sou wees aan swakhede in eerste respondent se posisie wat reeds ontstaan het nie. As applikante reeds 'n reg op kansellatie verwerf het, voor nominasie, sou tweede respondent daaraan bloot staan. Hy sou geen verweer kon bou daarop dat 'n **D** onheil wat reeds die eerste respondent getref het, voor die nominasie ingetree het nie. Dit was stellig ook nie bedoel dat wanneer tweede respondent die koper word in plaas van eerste respondent, hy sou kon aanvoer dat hy nie die onbetaalde "okkupasie huur" ten aansien van die periode voor nominasie hoef te betaal nie. Verdere voorbeelde sou bygevoeg kon word. Vir huidige doeleindes is dan egter van belang dat 'n **E** kennisgewing ooreenkomstig klousule 10 van die kontrak wat behoorlik aan eerste respondent besorg is die effek het om die periode van sewe dae waarna dit verwys, te laat loop ondanks 'n nominasie wat gedurende daardie sewe dae plaasvind. Totdat applikante verneem van 'n geldige nominasie, sou sy so 'n **F** kennisgewing aan eerste respondent kan lewer. As so 'n lewering plaasgevind het, sou dit applikante se posisie nie verswak indien 'n nominasie gedurende die daaropvolgende sewe dae of na verstryking daarvan plaasvind nie.

Namens applikante is aangevoer dat 'n nominasie net kon plaasvind tot en met 23 November toe sy geregtig geword het om 'n aanmaning ooreenkomstig klousule 10 van die kontrak te **G** versend. Die argument was basies dat sy anders nie sou weet aan wie sy die kennisgewing moet stuur nie en gekortwiek is in haar reg om die nodige stappe te doen vir afdwinging of kansellatie van die kontrak. Weens die oorwegings wat reeds genoem is, is hierdie rede nie 'n geldige een nie. Sy kon op 24 November die aanmaning aan eerste respondent stuur. **H** en dit sou volle en bindende uitwerking hê op wie ookal die uiteindelijke koper sou blyk te wees. As hierdie konklusie korrek is, stem ek saam met eerste respondent se advokaat dat daar eintlik geen basis is om die datum van die verpligtinge om waarborge te lewer te kies bo die datum om 'n ander verpligting na te kom ten einde die uiterste datum vir die kontraksoorname te bepaal nie. Voorheen hierin is reeds genoem dat daar 'n hele aantal verpligtinge was met verskillende datums vir prestasie.

1983 (3) SA p528

FLEMMING R

Dit is so dat in *Berman v Teiman* 1975 (1) SA 756 (W) skynbaar bloot van die tyd wat vir die lewering van waarborge gestel was, afgelei was dat 'n nominasie nie later as daardie tydstip kon plaasvind nie. 'n Feitelike afleiding in een geval is nie **A** bindend by 'n ander geval nie. Dit is vir my nie duidelik of daardie aspek in dispuut was tussen die partye nie en dit mag ook geregtig wees om daardie beslissing te onderskei van die huidige op grond van die ander tydsgebonden verpligtinge wat in hierdie geval aanwesig is. Dit moet aanvaar word dat die werklike maatstaf die partye se waarskynlike bedoeling is **B** aangesien hulle nie self 'n uitgesproke perk gestel het nie. Die datum vir lewering van waarborge skep in hierdie geval vir my nie so 'n waarskynlikheid dat dit die uiterste perk is wat die partye vir nominasie beoog het dat bevind kan word dat applikante haar van haar bewyslas in daardie verband gekwyt het nie.

Dit is dienlik om te meld dat applikante se funderende **C** verklaring geen suggestie maak omtrent die bedoeling van die partye aangaande die tyd wat vir nominasie beskikbaar sou wees nie. 'n Brief wat 'n aanhangsel tot die verklaring vorm, noem wel, moontlik as 'n kwessie van feitelike relaas van gebeure, dat die nominasie bekend gemaak is toe eerste respondent "reeds **D** in *mora* was". Daarop volg 'n sin wat sê dat die nominasie verwerp word. Die repliserende verklaring laat blyk dat dit wel applikante se kontensie is dat die nominasie ongeldig was omdat eerste respondent reeds in *mora* was. Hierdie aanslag op die saak verteenwoordig nie getuienis omtrent die partye se daadwerklike bedoeling nie, maar wel 'n standpunt omtrent wat regtens volg uit eerste respondent se *mora* met betrekking tot **E** die waarborge. Dit volg nie. *Mora* met betrekking tot 'n bepaalde verpligting (en eerste respondent was ook in *mora* met betrekking tot betaling van die transportkoste) hou geen noodwendige of oortuigende verband met die duur van die geleentheid om 'n onverwante reg uit te oefen nie. Perke vir prestasieverpligtinge word neergelê volgens afspraak na gelang **F** van die verskeie verpligtinge wat ter sprake is en die behoeftes daaromtrent; die bevoegdheid tot nominasie is 'n afsonderlike en selfstandige aspek waarvoor die perke deur die partye se bedoeling bepaal word volgens die behoeftes wat in daardie verband ondervind word. Eerste respondent het ook nie ingegaan op die vraag omtrent uiterste datum vir nominasie nie. **G** Hy het, verkeerdelik, bloot gesê dat tweede respondent nog nie in *mora* gestel is nie ondanks die feit dat hy die aanmaningsbrief ooreenkomstig klousule 10 wat aan homself afgelewer is nie betwis nie. Essensieel is die Hof dan gelaat met die karige aanduidings - wat nie oortuigend is nie - in die kontrak self, tesame met die besef dat die werklike **H** vraag, naamlik die partye se waarskynlike bedoeling, selfs op die stukke nie werklik aandag ontvang het nie. In so ver die partye waarskynlik 'n redelike tyd vir nominasie beoog het, is ek op die beskikbare getuienis nie op waarskynlikhede oortuig dat 29 November (toe applikante van die nominasie verneem het) buite 'n redelike tyd val alhoewel 23 November daarbinne val nie. Daar is minstens net soveel voor te sê dat 30 November die laaste datum was omdat dit die uiterste datum was waarop kennis gegee moes word van okkupasie van die eiendom en dit desnoods afgelei

1983 (3) SA p529

FLEMMING R

kan word dat dan sou moes blyk wie vir okkupasie die sleutels van die huis moes ontvang.

In verband met die vraag wat pas afgehandel is asook die argument wat nou oorweeg sal word, is dit nodig om die beslissing in *Trevel Investments (Pty) Ltd v Friedhelm Investments (Pty) Ltd* 1982 (1) SA 7 (A) te onderskei. As applikante in werklikheid met die eerste respondent ooreengekom het dat tweede respondent of 'n ander persoon wat deur eerste respondent genomineer word, die reg het om die onderhawige eiendom te koop, sou daardie beslissing vergelykbaar wees. Anders as wat in hierdie geval gebeur het, sou daar dan geen **B** koopkontrak wees totdat die opsie uitgeoefen word nie. In die onderhawige geval was daar reeds 'n koopkontrak voor die nominasie en wel een waarby ooreengekom is dat eerste respondent die leisels in die hande het in die opsig dat hy mag nomineer.

Ten aansien van die vraag of 'n kontraksoorname moet voldoen aan die vereistes van Wet 71 van 1969 wat nog gegeld het toe **C** die

onderhawige kontrak gesluit was, is verwys na heelwat gesag wat nie toepaslik is nie. Daar is aangevoer dat enige wysiging in die identiteit van die kontraksparty 'n wysiging van 'n wesenlike term is en gevolglik net soos die primêre kontrak in skrif moet wees. Afgesien daarvan dat daar gewigtig **B** gesag is waarvolgens die name van die partye by 'n koopkontrak geen "terme" is nie (alhoewel wel deel van die "kontrak") mis hierdie benadering 'n belangriker onderskeid. 'n Wysiging kom tot stand deur nuwe ooreenkoms tussen die twee kontrakspartye. Nominasie kom tot stand deur die uitoefening van 'n reg wat reeds in behoorlike vorm geskep is en by die uitoefening waarvan eerste respondent nie afhanklik is van verdere **E** instemming aan die kant van applikante nie. Daar is verwys na gesag omtrent die noodsaak van vermelding van die naam van die hoofskuldenaar (dan 'n buite party) by borgkontrakte. Dit is kwalik moontlik om aan 'n borgkontrak inhoud te gee sonder om die hoofskuld te identifiseer. Daarvoor is vermelding van die **F**naam van die hoofskuldenaar dikwels nodig. 'n Koopkontrak is ten volle sinvol al moet die naam van 'n sessionaris of 'n genomineerde eers later vasgestel word. 'n Dergelike sinvolheid is selfs by 'n borgkontrak moontlik. Vgl *Pizani and Another v First Consolidated Holdings (Pty) Ltd* 1979 (1) SA 69 (A) te 79.

Wat wel ter sake is, is 'n aantal beslissings wat begin met *Flaks v Sarne and Another* 1959 (1) SA 222 (T). Daarvolgens was **G**dit in hierdie geval nodig om die vervanging van koper skriftelik te doen. Die beslissing is nie minder duidelik omdat die vraag skynbaar nie op appèl geargumenteer is nie of nie ernstig geargumenteer is nie. In *Vassiliades v Kumalo* 1974 (3) SA 396 (N) was dit tussen die advokate gemene saak dat 'n **H**delegasie in die suiwer sin van die woord ongeldig was omdat die delegasie nie deur die partye geteken was nie. In *Grobler v Bennion* 1976 (2) SA 459 (N) is 'n kontraksoorname wat nie skriftelik was nie as ongeldig beskou met beroep op die genoemde twee beslissings. Daarnaas is daar ook die *obiter* opmerking in *Hughes v Rademeyer* waarna reeds verwys is. Op 140 in die verslag word aangedui dat dit nie eers nodig was om sover te gaan om te besluit of 'n bevoegdheid om te deleger deur die kontrak geskep is nie en dat dit voldoende

1983 (3) SA p530

FLEMMING R

was om te oordeel of die kontrak dermate vatbaar is vir 'n geldige konstruksie dat 'n eksepsie teen die relevante dagvaarding afgewys moes word.

Daarenteen is daar in hierdie Afdeling die keuse van 'n **A**teenoorgestelde beslissing. In *Bonicasa Ontwikkeling (Edms) Bpk v Tuckers Land and Development Corporation (Edms) Bpk* 1981 (3) SA 922 (T) is *Flaks v Sarne* onderskei en was die Hof nie bereid om *Grobler v Bennion* te volg nie. Daar is ook verwys na 'n bedenking wat in 'n ander beslissing van hierdie Afdeling uitgespreek is.

BIn 'n hele aantal beslissings blyk 'n duidelike patroon om die wetgewing met betrekking tot vormvereistes vir die verkoop van grond te beperk tot kontrakte wat werklik bestempel kan word as kontrakte vir die *verkoop* van grond. Dit is by daardie beslissing opmerklik dat die argumente omtrent 'n statutêre begeerte vir regsekerheid telkens in die perspektief **C**geplaas is dat die Wetgewer se oogmerke net so ver gevoer moet word as wat die Wetgewer self voorskryf. Daar is ook die meermaal erkende benadering dat, wanneer die onderlinge verpligtinge eenmaal deur opskrifstelling buite die terrein van 'n verskil van bereidwilligheid van die partye geplaas is, skrif nie bygebring moet word as 'n vereiste vir verdere **D**lotgevallen van die kontrak nie uitgesonderd wysigings aan die inhoud daarvan. In *Dadabhay v Dadabhay and Another* 1981 (3) SA 1039 (A) sou dit volgens die partye se kontrak nie nodig wees vir die party wat op transport geregtig is om 'n bedrag as teenprestasie te betaal aan die transportgewer vir die verkryging van die grond nie. Die kontrak is beskou as nie 'n kontrak vir die verkoop van grond of vir sessie ten aansien van **E**grond nie. In *Neethling v Klopper en Andere* 1967 (4) SA 459 (A) blyk 'n ooreenstemmende benadering waar partye na kansellasië van 'n koopkontrak nie bedoel het om opnuut 'n koopkontrak te sluit nie, maar hoogstens om geen gelding aan kansellasië van 'n kontrak te verleen nie.

Die inhoud van die vervangingskontrak of in hierdie geval van **F**die vervangingshandelinge, is om die kontraktuele band by een party te ontkoppel en dieselfde band aan 'n ander party te koppel; die terugtrekende party onderneem nie om transport van grond te gee nie; die toetredende party onderneem nie om as 'n koopprys van die grond enige betaling aan terugtrekende party te maak nie. Dit lyk logies dat 'n kontrak vir vervanging van **G**'n kontraksparty, ook die eienskappe van 'n koopkontrak ontbeer. Dat sodanige logika gevolg moet word, word onbetwisbaar aangedui deur *Labuschagne v Denny* 1963 (3) SA 538 (A). Alhoewel in daardie saak die vereistes van die Huurkoopwet van 1942 ter sprake was, was die situasie ooreenstemmend met die onderhawige. Die betrokke Wet het ook net gegeld vir 'n **H**verkoopkontrak (behoudens uitbreidende omskrywings wat nie relevant is nie). Die *ratio* van die beslissing is dat 'n kontrak waarvolgens een party deur 'n ander vervang word nie 'n kontrak is waarby goed verkoop word nie en 'n ooreenkoms bly waarby bestaande regte en verpligtinge bloot oorgedra word. Die konklusies gaan om die wesenssaad van 'n vervangingsooreenkoms. Die eindkonklusie is dat so 'n ooreenkoms geen ooreenstemming met 'n koopsooreenkoms toon nie.

Dit volg dat die Natalse Hof in die lig van *Labuschagne v Denny* tot

1983 (3) SA p531

FLEMMING R

'n verkeerde slotsom gekom het en dat, wat hierdie Afdeling betref, die *Bonicasa* -beslissing as korrek beskou moet word. Ek dink nie daar is iets in te lees dat FAURE WILLIAMSON AR wat deel gehad het aan die beslissing van *Labuschagne v Denny* nie na sy eie uitspraak in *Flaks v Sarne* verwys het nie.

ADie eindresultaat is dat die onbetwiste getuienis waarvolgens 'n nominasie van tweede respondent deur eerste respondent plaasgevind het op 26 Oktober welke nominasie deur 'n skriftelike notule besluit aanvaar is, as regsgeldig beskou moet word al was die nominasie nie in skrif nie.

BN avoltooiing van sy repliek het applikante se advokate gevra dat die aansoek verwys moet word vir die aanhoor van mondelinge getuienis. Selfs dié versoek was voorwaardelik afhanklik daarvan dat die Hof nie bereid is om op die stukke in applikante se guns te beslis nie. Die Hof is gevra om getuienis aan te hoor indien geoordeel sou word dat die kontrak **C**dubbelsinnig is en ook omtrent die vraag of die nominasie bedrieglik of *mala fide* was. Dit is nie duidelik welke getuienis aangehoor moet word omtrent die dubbelsinnigheid van die kontrak nie. Die getuienis omtrent die nominasie gaan nie soseer oor strydige feitestellings wat uit die stukke blyk nie, maar eerder oor 'n oordeel oor die lig waarin die nominasie **D**beskou moet word volgens getuienis en kruisverhoor wat nog nie voor die Hof is nie. Na my oordeel is 'n saak nie uitgemaak vir mondelinge toetsing van origens onbetwiste getuienis nie. Vir sover betwiste feite aangegaan, is hierdie 'n geval waar die benadering toegepas moet word dat 'n party ten aanvang moet besluit of hy getuienis wil aanvra en of hy wil volstaan met sy aansoek soos skriftelik voltooi. In elk geval het afwysing van **E**die aansoek bloot die effek van absolusie van die instansie. Dit staan applikante vry om haar regte op te volg met nuwe prosedures.

Applikante het konsekwent daarby gebly om geen bevel teen tweede respondent te vra nie. Tweede respondent was nie by aanhoor van die aansoek verteenwoordig nie. Die bevel wat **F**gemaak word, is geformuleer met kennisname daarvan dat die gepastheid van gebruik van twee advokate nie betwis is nie en dat ooreengekom was dat sekere koste in die geding sou wees.

Die aansoek word afgewys met koste wat die koste van twee advokate sal insluit asook die koste van mnr Botha se verklaring en van die aansoek om deурhaling daarvan.

GApplikante se Prokureurs: *Hofmeyr, Van der Merwe*. Eerste Respondent se Prokureurs: *Ernest Beder, Friedland & Friedland*.