Sb 17/92

167/91
/mb

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPèLAFDELING)

In die saak tussen

JOHANN GROENEWALD MÖRSNER .... Appellant

en

BERNARD LEN .... Respondent

CORAM : JOUBERT, BOTHA, KUMLEBEN ARR
VAN COLLER *et* HARMS WnARR

VERHOORDATUM : 24 FEBRUARIE 1992

LEWERINGSDATUM: 12 MAART 1992

U I T S P R A A K

KUMLEBEN AR/...

Die respondent, die eiser in die hof *a quo*, het in sy vordering bekragtiging van sy kansellasie van 'n koopooreenkoms en meegaande regshulp aangevra. Die vernaamste deel van die koopsaak was sy ledebelang in 'n beslote korporasie wat hy aan die appellant verkoop het. Laasgenoemde het die eis op vele gronde bestry en ook 'n teeneis om skadevergoeding vir die beweerde verbreking van dieselfde kontrak aanhangig gemaak. By die aanvang van die verhoor het die partye ooreengekom dat net sekere geskilpunte in eerste instansie bereg sou word. Nadat die getuienis dienooreenkomstig aangehoor is, het die hof (per Streicher R in die Transvaalse Provinsiale Afdeling) sekere van die gespesifiseerde geskille ten gunste van die respondent besleg en bevind dat hy die ooreenkoms regmatig gekanselleer het. Die partye was dit eens dat, indien dit die bevinding van die hof sou wees, die teeneis nie kon slaag nie. Die hof het dus formeel bevind dat

die respondent se kansellasie van die ooreenkoms 'n geldige verweer teen die teeneis was. Die appellant, met verlof van die hof a quo, kom in hoër beroep teen die uitspraak.

Ter inleiding is dit slegs nodig om na die feite wat op die beregte geskilpunte betrekking het, te verwys.

Die beslote korporasie, C F en J H Vermeulen Handelaars BK, was die eienaar van die plaas bekend as Fleur de Lys geleë in die Transvaal. Teen die einde van 1987 het die respondent sy ledebelang in hierdie beslote korporasie verkry. Op die plaas het huisvesting bestaan vir 'n groot aantal besoekers. Daar was ook sport- en ontspanningsfasiliteite. Die respondent het die plaas onder meer benut deur dit aan die Departement van Onderwys en Opleiding, en ander instansies, teen vergoeding vir opleidingsdoeleindes en kursusse beskikbaar te stel. Reeds voordat die respondent enige belang in die plaas verkry het, is

aansoek gedoen om die nodige dranklisensie te bekom om sterk drank aan besoekers te verkoop. In Desember 1986, nadat planne vir sekere noodsaaklike veranderings aan die geboue aan die dranklisensieraad voorgelê is, het die raad voorwaardelike magtiging vir die verkryging van ŉ dranklisensie verleen. Alleenlik na finale goedkeuring en die uitreiking van die betrokke lisensie sou die verkoop van sterk drank op die plaas wettiglik kon geskied.

Op 29 Januarie 1988 het die partye ŉ skriftelike koopooreenkoms aangegaan waarvolgens die respondent sy uitsluitlike ledebelang en sy leningsrekening in die beslote korporasie, asook bepaalde roerende bates, aan die appellant verkoop het. Hierdie ooreenkoms, met twee latere byvoegings wat dit gewysig en aangevul het, bevat sekere voorwaardes en menige terme wat die regte en verpligtinge van die partye uiteensit. Ek hoef net die volgende aan te

haal:

KLOUSULE 6.3

"Die VERKOPER waarborg hiermee aan die KOPER dat ... die eiendom die reg besit om handel te dryf as vakansieoord wat tans handeldryf as 'n wildsplaas, sportplaas en ook 'n dranklisensie besit."

KLOUSULE 10

"Die partye plaas op rekord dat die Koper nie die reg sal hê om sy belang in die BK, wat hiermee verkoop word, te vervreem of te verpand of te sedeer of op enige ander wyse daarvan ontslae te raak tensy die Verkoper skriftelik toestemming daartoe gee of tensy hy die Verkoper uitbetaal, welke toestemming in geen geval onredelik weerhou sal word nie."

(Hierdie klousule kom voor in die eerste addendum tot die oorspronklike ooreenkoms.)

KLOUSULE 16

"Sou enige van die partye versuim en/of nalaat om enige betaling in terme van hierdie ooreenkoms te maak of om enige ander bepalings van hierdie ooreenkoms na te kom en in gebreke bly om hierdie gebrek reg te stel binne 21 dae vanaf betekening van 'n skriftelike kennisgewing per hand afgelewer, waarvoor 'n ontvangserkenning voor verkry is of betekening deur die adjunk-balju by die Domicilium adres soos vermeld in KLOUSULE 19 hiertoe, sal die

ander party geregtig wees om:
16.1 Hierdie ooreenkoms te kanselleer;"

KLOUSULE 26
"Die Verkoper sal verder verplig wees op die Effektiewe Datum om ook aan die Koper te lewer alle lisensies van die Korporasie .... Die Verkoper sal ook alle planne en aansoeke in sy besit van die Dranklisensie, Handelslisensie, Motorhawelisensie, beplande en bestaande geboue lewer."

Die appellant het die plaas betrek en die besigheid, met bra twyfelagtige welslae, voortgesit. Die beoogde dranklisensie is nooit voor kansellasie van die koopooreenkoms toegestaan nie. Die appellant het nietemin die respondent se bedenklike voorbeeld gevolg deur drank onwettiglik op en vanaf die plaas te verkoop.

Op 7 April 1989 het die appellant die beslote korporasie in 'n privaatmaatskappy, C F en J H Vermeulen (Edms) Bpk, omskep en 100 aandele daarin aan homself uitgereik. Op 'n latere stadium het hy 'n verdere 410 aandele aan homself en 490 aandele aan ene

mnr Schlaepfer toegewys. Vir sy 490 aandele het Schlaepfer R5 656 468,38 betaal. Dit is gemene saak dat die appellant nooit skriftelike toestemming vir die omskepping in 'n maatskappy of vir die uitreiking van aandele verkry het nie. (Hierna verwys ek na hierdie twee handelinge as sy "optrede".) Daardeur het die appellant sy 100% ledebelang in die voormalige beslote korporasie met 'n 51% aandeelhouding in die maatskappy vervang. Die respondent het sy optrede as 'n verbreking van klousule 10 beskou. Op 10 Julie 1989 het hy die appellant ingevolge klousule 16 skriftelik aangemaan om die beweerde verbreking ongedaan te maak, dws, om die status quo ante te herstel. Die appellant wou of kon nie aan hierdie versoek voldoen nie waarop die kansellasie van die ooreenkoms gevolg het.

Verskeie verwere is aanvanklik in die verweerskrif uiteengesit en nog andere - sommige waarvan nie gepleit is nie - is ook op appèl geopper. Van die verwere is gegrond op die veronderstelling dat mondelinge toestemming wel bewys is.

Ek noem die volgende vrae wat uit die pleitstukke, en die betoog voor ons, ontstaan:

(i) Was die appellant se optrede sodanig dat hy ingevolge klousule 10 toestemming daartoe moes verkry het?

(ii) Indien wel, het die respondent tot sy optrede ingestem?

(iii) Kan die appellant hom op die leerstuk van estoppel beroep?

(iv) Was die respondent, ten tyde van die kennisgewing van terugtrede en die daaropvolgende kansellasie, self by magte om sy verpligtinge ingevolge die koopooreenkoms na te kom?

(v) Indien nie, kan sodanige onvermoë as ŉ geldige verweer deur die appellant geopper word?

Ek bespreek die vrae in hierdie volgorde.

Die Wet op Beslote Korporasies, nr 69 van 1984, het ŉ nuwe soort regspersoon daargestel. Die doelstelling was om ŉ eenvoudiger en goedkoper

ondernemingsentiteit in die lewe te roep. Daardeur sou klein besighede die voordele van regspersoonlikheid kon geniet sonder dat hulle aan die ingewikkelde voorskrifte van die Maatskappywet, nr 61 van 1973, hoef te voldoen. Sekere kenmerke is tipies van en eie aan 'n beslote korporasie. Om maar net enkeles te noem. Minimale formaliteite geld vir die administrasie en bedryf van 'n beslote korporasie. Soos wel bekend, word aandele nie uitgereik en geen aandeelkapitaal vereis nie. Alle lede het gelyke seggenskap in die bestuur en geen voorsiening vir die aanstelling van direkteure word gemaak nie. Die rekenkundige- en openbaarmakingsverpligtinge is in die geval van 'n beslote korporasie minder omvangryk.

Die betekenis en omvang van klousule 10 moet aan die hand van die appellant se optrede, en teen die agtergrond van hierdie kenmerkende verskille, bepaal word. Die bewoording van hierdie bepaling kon nouliks

meer omvattend gewees het. Die sinsnede "ontslae te raak" behels enige handeling waardeur die beheer en besit van die koopsaak permanent ontneem word: vanselfsprekend sluit dit dan die tot niet maak daarvan ook in. Die oogmerk was heel duidelik om die merx te bewaar - deur inter alia ontdoening daarvan te belet - totdat die prys betaal is.

Vir die stelling dat die omskepping van die beslote korporasie in 'n maatskappy nie deur klousule 10 verbied word nie, het die appellant op aa 29C(1) en 29D(1) van die Maatskappywet gesteun. Eersgenoemde artikel maak voorsiening vir sodanige omskepping. Artikel 29D(1) lui soos volg:

> "(a) By die registrasie van 'n maatskappy wat van 'n beslote korporasie omgeskep is, gaan alle bates, laste, regte en verpligtinge van die korporasie oor op die maatskappy.
>
> (b) 'n Regsgeding wat voor die registrasie deur of teen die korporasie ingestel is, kan deur of teen die maatskappy voortgesit word, en

enigiets anders wat deur of ten opsigte van die korporasie gedoen is, word geag deur of ten opsigte van die maatskappy gedoen te wees.

(c) Die regspersoon wat voor die omskepping as 'n beslote korporasie bestaan het, bly ondanks die omskepping voortbestaan as 'n regspersoon, maar in die vorm van 'n maatskappy."

Hierdie bepalings, aldus die betoog, dui aan dat so 'n omskepping nie van wesenlike belang is nie en dat so 'n vervorming dus nie deur die verbod in klousule 10 getref word nie. Maar hulle is eerder bewys tot die teendeel. Juis omdat 'n ander soort regspersoon (met die onderskeidende kenmerke waarop reeds gewys is) in die lewe geroep is, was dit nodig ter wille van kontinuïteit om die bepalings van a 29D(1) tot die Maatskappywet by te voeg.

Daar kan dus met sekerheid gesê word dat die omskepping van die beslote korporasie in 'n maatskappy sonder toestemming (of betaling van die koopprys) deur

klousule 10 belet word.

Die verdere vraag of die uitreiking van aandele aan Schlaepfer ook met die klousule strydig is, hoef bygevolg nie oorweeg te word nie. Aangesien aandele nooit deel van die koopsaak uitgemaak het nie, kan die vraag slegs hipoteties gestel word: indien die respondent aanvanklik aandele - eerder as sy ledebelang - aan die appellant verkoop het, kon daar enige twyfel bestaan dat die oordrag van bykans 'n helfte van sy aandele op 'n vervreemding sou neerkom wat binne die bestek van die verbod van klousule 10 sou val? Die antwoord is voor die hand liggend: Nee.

Streng gesproke behoort die feitevraag (vraag (ii) hierbo) dus tot die omskepping in 'n maatskappy beperk te word. Daar mag egter moontlik gesê word dat toestemming tot die aandeeluitreiking implisiet toestemming tot die omskepping insluit. Ek sal bygevolg ten gunste van die appellant die vraag op

die wydste moontlike grondslag benader: Het die respondent tot sy optrede (wat altwee handelinge insluit) toegestem; of het die respondent, wetende daarvan, te kenne gegee dat hy geen beswaar daarteen het nie?

Ter inleiding verwys ek na wat in dié verband gepleit word. Soos reeds genoem, beweer die respondent dat die appellant die bepalings van klousule 10 in twee opsigte verbreek het: deur die omskepping in ŉ maatskappy en die aandeeluitreiking. In antwoord daarop, na erkenning van sy optrede, pleit die appellant soos volg:

> "Verweerder beweer dat hy reeds voor 22 Mei 1989 vir Eiser meegedeel het dat die beslote korporasie in ŉ maatskappy omskep is en dat Eiser geen beswaar daarteen geopper het nie."
>
> "Verweerder beweer dat hy reeds voor 22 Mei 1989 vir Eiser meegedeel het dat ŉ Switser aandele in gemelde maatskappy sou verkry en dat Eiser geen beswaar daarteen geopper het nie."

> "Verweerder beweer dat Eiser op 22 Mei 1989 tydens ŉ telefoniese gesprek toestemming aan hom verleen het dat gemelde Switser aandele in gemelde maatskappy verkry en dit goedgekeur het. Eiser het op gemelde datum, sowel as tydens ŉ verdere telefoniese gesprek tussen die partye, onderneem om aan Verweerder sy skriftelike toestemming ten aansien daarvan te gee, maar het versuim om sodanige skriftelike toestemming aan Verweerder te verskaf." (Ek beklemtoon.)

Daar sal opgelet word dat ten aansien van die omskepping die appellant se verweer tot mededeling na omskepping en die afwesigheid van beswaar beperk is: daadwerklike toestemming word slegs ten opsigte van die aandeeluitreiking gepleit. Vir doeleindes van verhoor is die appellant gevra om besonderhede oor die beweerde toestemming te verstrek waarop hy geantwoord het: "Die toestemming het geskied tydens ŉ telefoniese gesprek [op 22 Mei 1989] te Pretoria." In die verbygaan wys ek daarop dat volgens die pleitstukke moet afgelei word dat toestemming gedurende die telefoongesprek uitdruklik gegee is. (Vgl Roos v Engineering

Fabricators (Edms) Bpk 1974(3) SA 545 (A) 549 E - G.)

Alvorens hierdie feitevraag bespreek word, is dit dienstig om op die getuienis van die appellant en respondent kommentaar te lewer. Die verhoorregter het hom daaroor soos volg uitgelaat:

> "Ek is nie beïndruk met òf die eiser òf die verweerder as ŉ getuie nie. Alhoewel beide van hulle selfversekerd in die getuiebank voorgekom het, is dit duidelik dat beide van hulle sonder enige gewetenswroeging valse getuienis sal lewer wanneer dit hulle pas."

Die oorkonde is deurspek met voorbeelde van elkeen se oneerlikheid en ontwykendheid: die vernaamste daarvan word ter onderskraging van die hof se gevolgtrekking in die uitspraak genoem. Die respondent se verduideliking oor hoedat klousules 6.3. en 26 in die ooreenkoms ingelyf is, kan nie aanvaar word nie. Sy ontkenning dat hy teen ŉ profyt sterk drank verkoop het, is belaglik. Toe hy ŉ lening aanvra, skroom hy nie om

valslik te verklaar dat hy wel 'n dranklisensie ten opsigte van die plaas besit nie. Bewys van die appellant se oneerlikheid kom net so opvallend voor. Volgens hom sou die respondent vir hom vertel het dat drankverkope 'n netto wins van R120 000,00 per maand oplewer en het hy hom sowaar geglo. Sy getuienis oor die voorraadopname was in sekere opsigte uiters onbetroubaar. Hy was bereid om bedrieglik op te tree deur te versoek dat 'n sekere ooreenkoms terugwerkend gedateer word en deur met sy seun, Ulrich, mee te werk toe hy sekere wanvoorstellings gemaak het. Sy getuienis word ook in sekere opsigte deur die aanvaarbare getuienis van ander persone weerspreek: byvoorbeeld, sy getuienis oor wat mnr Solomon Ramalia hom sou meegedeel het aangaande die hoeveelheid drank wat by die plaas afgelewer is en die wins wat met die verkoop daarvan gemaak is. Op 'n stadium is die appellant ondervra oor 'n brief wat hy geskryf het

waarin 'n reeks onwaarhede voorkom. Sy enigste verduideliking en verskoning was dat hy die brief "sonder benadeling van regte" geskryf het. Was hy dalk onder die indruk dat getuienis ook sonder benadeling afgelê kan word? Hierdie voorbeelde - en veel meer kan aangehaal word - regverdig die verhoorhof se gevolgtrekking volkome. Dit is nie verrassend dat die hof se bevindinge oor die gehalte van hul getuienis nie op appèl aangeveg is nie. Voor ons het mnr Grobler, wat namens die appellant opgetree het, hom op die swakhede in die respondent se getuienis verlaat sonder om die tekortkominge in die appellant s'n te probeer goedpraat.

Om na die kwessie van toestemming terug te keer, die appellant het hoofsaaklik op die gemelde telefoongesprek gesteun. Die gesprek, soos blyk uit die transkripsie, was tot 'n groot mate onduidelik en onsamehangend. 'n Uittreksel, wat tipies van die transkripsie is, lui soos volg:

"A [Appellant]: Okay so I'm going to make an appointment for for for to see him. Now when can you go

BL [Respondent]: I can go any -

(Click sound, speech from speaker disappears)

A: Hello

(Another click sound, the speech returns)

BL: - up to you, so you just tell me when and I'll go

A: Okay. Eh your phone went dead now

BL: Hey?

A: Your phone went dead

BL: Oh Jesus no

A: (Laughs) Anyhow, no allright so are gou going to be here this week

BL: I am here the whole week ja

A: Okay Bernie

BL: So you just phone and tell me when and then its allright

A: Ja ja

BL: Okay?

A: Okay. And eh eh oh yes another thing before I forget. Did eh, you've (click sound) seen the news hey, (click sound) about Tinus

BL: No eh hello!

A: Yes

BL: Are you there?

A: Yes

BL: Sorry man, this phone is something very wrong

A: Na, you go away and then

BL: Ja, and suddenly you're just gone
A: While you talk
BL: You're gone, you started to speak, you you said?"

ŉ Verdere transkripsie van ŉ gedeelte van die gesprek, wat as ŉ "verbeterde" een beskryf word, is as bewysstuk E ingehandig. Dit is nodig om die volgende daaruit aan te haal:

"JGM: [Die Appellant] Now, Bernie, what about Avfin, look as I told you about this foreign guy, this Swiss guy
BL: Right
JGM: things are almost sort of ready now
BL: OK
JGM: Now, have you got any objection then to me paying off Avfin, or must we do something about it before, I mean in principle.
BL: You see that is why we were suppose to meet on the 5th
JGM: Ja .... hallo
BL: I arranged it all for you to meet, there is some I can hear the phone going plot plot
JGM: Ja Ja
BL: Cut, I'm speaking and I'm sure that I'm just speaking to nothing."
....
JGM: In principle, let us take a sort of decision then that ... O.K. lets start (a) with ... this foreign guy

BL: Right

JGM: And ... let us say I can manage to get the thing through, now finally after all this battling, because I still haven't got a final reply, you don't have any objection against that going ahead, as such?

BL: No, I've got no objection there at all.

JGM: OK, so then what we can do then, taking that as a starting point, as soon as the money is released, I've got to go and sit down around a table with Avfin, my argument is the following, and I wanted to have this clear ......

BL: Hallo

JGM: Yes?

BL: Yea, I don't know what is going on here, truly, hey there is something very very wrong here .....

JGN: But haven't you heard what I said?

BL: Nothing at all

JGM: OK

BL: It was dead, I have been screaming at you ... we must not talk too much over the phone

JGM: No alright, but I just want to get clarity I mean what we discuss here isn't of vital importance, ..

BL: The only thing is that I want to know that OK .. you know he is buying into the company, obviously as I told you

BL: Right

JGM: He is buying shares and so on, so what I have to do now before this thing gets concluded, or once it is concluded for that matter, we get to the stage where money will

materialise.

BL: Correct ja.

JGM: OK, so I can hold back on Avfin for quite a while if you want me to.

BL: No, I've got nothing there you know its something that Avfin and I have to sit down and sort out the same way as you and I must should first sit and then we go to Avfin.

....

BL: I think the first step is, even with you sorting the money out.

JGM: Ja

BL: Let us get together, I will give you the permission that you require, in writing.

JGM: OK

BL: And then that is done, the Avfin side we can sort out the same time."

Die gesprek bevat geen pertinente mededeling dat die beslote korporasie in 'n maatskappy omskep is nie. Daar is ook geen sprake van uitdruklike toestemming tot die aandeeluitreiking nie. Mnr Grobler moes hom noodgedwonge verlaat op die stelling dat die inhoud van die gesprek <u>by implikasie</u> sodanige afleidings regverdig: en in diè verband het hy hom veral op die woorde "shares", "company" en "let us get

together, I will give you the permission that you require" verlaat.

Soos 'n mens sou verwag, is die respondent in die getuiebank hieroor uitgevra. Ek kan nie op die verhoorhof se volledige samevatting van die respondent se antwoorde en verduidelikings verbeter nie. Dit lui soos volg:

> "Volgens die eiser was die lyn baie sleg en dat dit die geval was blyk duidelik uit die transkripsie van die gesprek. Volgens die eiser moes die eerste rentebetaling geskied het aan die einde van April 1989 en het die verweerder nie betaal nie. Die verweerder het 'n tekort aan fondse gehad en het gesê hulle moet op 15 Mei 1989 ontmoet om die saak uit te sorteer. Die ontmoeting op 15 Mei 1989 het nie plaasgevind nie, die eiser was ontsteld daaroor en wou graag met die verweerder ontmoet. Dat die eiser graag met die verweerder en sy prokureur wou ontmoet blyk duidelik uit die transkripsie.
>
> Aan die begin van die gesprek word gepraat van 'n derde verband. Ingevolge die ooreenkoms kon the verweerder 'n derde verband oor die eiendom registreer, dit wil sê na die Avfin en die Klaserie Jeug verbande. Ingevolge die ooreenkoms was die verweerder verplig om die eiser van sy

verpligtinge as borg en mede-hoofskuldenaar teenoor die verbandhouers Avfin en Klaserie Jeug te onthef so gou moontlik, maar in elk geval binne 24 maande. Volgens die eiser het die verweerder gedurende die 18 maande wat die telefoongesprek voorafgegaan het, gereeld vertel van lenings van buitelanders en hy het gemeen dat die verweerder weer besig was om te verwys na so ŉ lening. Die eiser wou onthef word van sy verpligtinge teenoor die verbandhouers maar het terselfdertyd die houding ingeneem dat Avfin aan hom geld geskuld het ten opsigte van betalings deur hom gemaak ten opsigte van die Avfin lening voor registrasie van die verband en voor uitbetaling van die lening.

Volgens die eiser wou die verweerder van hom weet of hy maar kon voortgaan om Avfin te betaal voordat die eiser die geld wat Avfin aan hom verskuldig was van Avfin verhaal het. Dit was ten opsigte van die afbetaling van die Avfin lening wat die eiser gesê het dat hy nie beswaar het nie, aldus die eiser se getuienis. Die eiser het getuig dat hy nié die gedeelte van die maatskappy en die aandele reg kon verstaan het nie. Dit was ŉ baie swak hoorbare telefoongesprek en hy sou nooit, veral nie in die lig van die feit dat die verweerder agterstallig was met die rentebetalings toegelaat het dat die verweerder die bk in ŉ maatskappy verander en aandele verkoop nie. Hy wou die verweerder en sy prokureur ontmoet en dit was eintlik al waarin hy belanggestel het. Hy het die telefoongesprek beskryf as 'a set up to try and set me up'.

Ten opsigte van sy woorde:

> 'Let us get together, I will give you the permission that you require, in writing'

het die eiser getuig dat daar twee maniere was om daarna te kyk. Eerstens was 'n gedeelte van die Avfin lening in sy naam en het hy onder die indruk verkeer, omdat hy aangeneem het dat Avfin hom geld skuld, dat hy moes saam ingaan wanneer die verweerder die lening gaan afbetaal. Tweedens was daar die kwessie van 'n derde verband wat hy besig was om te registreer. Indien die verweerder 'n ander verband in die plek van die Avfin verband sou stel, sou hy moes toestem dat sy verband 'n derde verband bly. Volgens die eiser het hy na hierdie toestemming verwys."

Nieteenstaande die hof se ongunstige opmerkings oor die respondent se getuienis, waarna reeds verwys is, bestaan daar myns insiens onvoldoende rede om sy verduideliking as vals te verwerp. Maar selfs indien dele daarvan verdag is, kan daar met vertroue op 'n beoordeling van al die getuienis in dié verband gesê word dat toestemming op grond van hierdie telefoongesprek nie bewys is nie.

Die getuienis van die appellant oor die

toestemming-vereiste is uiters insiggewend. Tydens hoofondervraging is hy hieroor uitgevra:

> "Ja, nou wat was u eie siening in verband met u reg om die BK te omskep in ŉ maatskappy en om aandele in die maatskappy verdere aandele in die maatskappy, te laat uitreik aan mnr. Schlaepfer. Was u siening dat dit strydig was met die ooreenkoms met mnr. Len of nie? -- Nee, ek het, kyk, mnr. Len het geen probleme daarmee gehad van die staanspoor af nie, maar toe ek hierdie ooreenkoms ingestuur het na mnr. Van der Westhuizen, het hy vir my daarop attent gemaak dat daar so ŉ klousule in die ooreenkoms bestaan en vir my gesê dat ek aandag daaraan moet gee. As en indien ek dit nou as van toepassing beskou.
>
> Ja? -- Ek het hom toe gesê ek dink nie hy hoef bekommerd te wees nie. Ek het die saak met mnr. Len bespreek, ek sien nie dat, sover dit my betref, dat ek die onderneming verbreek het daar nie. Dit was iets wat ek gedebatteer het met my ouditeur op ŉ stadium en ander mense, maar my persoonlike gevoel was dat ek nie besig was om te vervreem nie, my belang te vervreem nie. Trouens, ek dink ek was besig om my belang te verbeter in waarde.
>
> Nadat mnr. Van der Westhuizen vir u gesê het dat daar moontlik oorskryding van die bepaling kan wees, wat het u gedoen, wat het u vir hom gesê? -- Ja, mnr. Van der Westhuizen het my daarop attent gemaak en hy het ook vir my daarop attent gemaak

dat dit op skrif moet wees. Toe sê ek vir hom nee, goed, Jasper, ek neem kennis daarvan en ek sal daarmee handel. Ek het besluit ek sal nou maar vir veiligheid mnr. Len se toestemming op skrif kry vir wat dit mag werd wees.

Ja? -- En ek het mnr. Len toe geskakel en hy was so op hoogte van die situasie dat hy in elk geval half aangebied het om dit vir my op skrif te gee. Die volgende dag het ek besluit dat ek hom liewer moet skakel en vir hom sê, sit net vir my 'n brief in die pos tot die effek dat ek dit op skrif het. Ek het hoegenaamd nie 'n probleem hiermee voorsien nie, veral nie in die lig van die gesprekke wat ek met mnr. Len gehad het nie.

Ja, het hy dit toe vir u deur die pos gestuur? -- Nee, ek het nooit so iets ontvang nie."

Deur so te getuig, het die appellant vir homself 'n dilemma geskep. Indien hy onder die indruk verkeer het dat toestemming onnodig was, sou hy dit nie aangevra het nie. Indien hy besef het dat toestemming wel nodig was en 'n brief tot dien effekte (in 'n verdere gesprek) aangevra het, sou hy op die respondent se versuim om een te stuur seer sekerlik gereageer het.

Die respondent se prokureur het op 28 Junie

1989 'n brief aan die appellant se prokureur, mnr van der Westhuizen, geskryf waarin gesê is:

> "In aansluiting by ons skrywe gedateer 26 Junie 1989, wens ons u mee te deel dat ons op 27 deser 'n soek by die kantoor van die Registrateur van Maatskappye uitgevoer het en toe tot ons skok en verbasing vasgestel het dat u kliënt die beslote korporasie C.F. & J.H. VERMEULEN HANDELAARS BK op 7 April 1989 onregmatiglik tot 'n maatskappy omskep het.
>
> Bogemelde omskepping het sonder enige kennis aan die kant van ons kliënt en sonder sy toestemming plaasgevind. Daar bestaan gegronde redes waarom ons kliënt nie tot sodanige omskepping sou ingestem het nie en derhalwe beskou ons kliënt die omskepping as 'n verbreking van klousule 10 van die addendum tot die ooreenkoms gedateer 10 Januarie 1988. Ons kliënt sal ook op hierdie ... daad van kontrakbreuk aan die kant van u kliënt steun as ... grond vir sy kansellasie van die ooreenkoms."

Daarop het die appellant se prokureur dieselfde dag geantwoord:

> "Wat betref u addisionele skrywe van 28 Junie 1989 kan ons u kliënt se 'skok en verbasing' nie deel nie. Geen benadeling van welke aard ookal kan vir u kliënt daaromtrent bestaan nie. Daar is ook geen verbod in die kontrak dat sodanige omskepping

> mag plaasgevind het nie. Uit hoofde waarvan u dit as 'n daad van kontrakbreuk beskou, is nie duidelik nie. U sal vir ons verdere inligting moet gee met betrekking tot welke skade u kliënt daardeur sou ly of hoe sy belange daardeur benadeel kan word."

Die vorige maand het mnr van der Westhuizen van die omskepping in 'n maatskappy bewus geword. Hy het die appellant aangeraai om die nodige toestemming te bekom. Laasgenoemde het daartoe ingestem hoewel hy die nodigheid daarvoor bevraagteken het. In die omstandighede is dit enigsins aanvaarbaar dat sy prokureur so sou geantwoord het sonder om sy kliënt te raadpleeg? En indien die appellant vir hom gesê het dat toestemming tydens die telefoongesprek gegee is, sou hy in dier voege geantwoord het? Die antwoord op beide vrae is beslis: Nee. (Ek mag net noem dat toe mnr van der Westhuizen oor die inhoud van sy brief uitgevra is, was sy antwoorde uiters onoortuigend (Volume 15, bladsye 1360 en 1361): dit is egter

onnodig om daaroor uit te wei.) In sy brief van 4 Julie 1989 skryf die respondent se prokureur onomwonde soos volg:

> "Ons plaas op rekord dat die omskepping van die Beslote Korporasie na 'n maatskappy en die uitreiking van die 490 aandele aan Mnr. W. Schlaepfer sonder sy kennis of toestemming plaasgevind het en 'n verdere daad van kontrakbreuk aan die kant van u kliënt daarstel waarop ons kliënt vir sy kansellasie van die ooreenkoms sal steun."

Hierdie stelling het ook nie enige antwoord in die brief van mnr van der Westhuizen, gedateer 10 Julie 1989, uitgelok dat toestemming inderdaad gegee is nie. Dieselfde geld vir die formele kennisgewing van terugtrede ingevolge klousule 16 wat op 10 Julie 1989 persoonlik aan die appellant beteken is.

Ten slotte wys ek daarop dat die appellant se bewering in sy verweerskrif dat hy die respondent "reeds voor 22 Mei 1989 [m a w voor die

telefoongesprek] vir Eiser meegedeel het dat die beslote korporasie in 'n maatskappy omskep is en dat Eiser geen beswaar geopper het nie", geensins bewys is nie. Die appellant se getuienis in dié verband is vaag en onbevredigend. Enige voorstelling te dien effekte is deur die respondent in sy getuienis heftig ontken: "that is completely incorrect."

In die omstandighede kan met sekerheid gesê word dat die nodige toestemming - by implikasie of andersins - nie verleen is nie en dat die respondent nooit - by implikasie of andersins - te kenne gegee het dat hy geen beswaar teen die omskepping in 'n maatskappy het nie.

Dit bring ons by vraag (iii) hierbo. Aanvanklik het die appellant estoppel gepleit om die afwesigheid van <u>skriftelike</u> toestemming te oorbrug. Die uitgangspunt van hierdie verweer was dat mondelinge toestemming wel bewys is. Voor ons het mnr Grobler

hierdie verweer, in die alternatief, op ŉ wyer grondslag (en in die veronderstelling dat toestemming nie verleen is nie) aangevoer. Hy het dit soos volg geformuleer - sy betoog is in Engels voorgedra:

> "That the respondent created the impression that the appellant could conclude the transaction with the Swiss gentleman which transaction was the sale of shares in the company to the Swiss gentleman without first having the respondent's written permission."

Daar bestaan oorvloedige gronde waarom hierdie verweer nie kan slaag nie: (i) Soos geformuleer, slaan dit nie op die omskepping in ŉ maatskappy nie tensy veronderstel word dat "sale of shares" sydelings daarna verwys. (ii) Soos reeds aangedui, is estoppel in hierdie vorm nooit gepleit nie. (iii) In hulle ooreenkoms by die aanvang van die verhoor, het die partye bepaal dat slegs die geskille wat deur die

bewerings in paragraaf 3 tot 8 van die verweerskrif ontstaan in die eerste stadium besleg sou word. Die paragrawe het die estoppel, soos aanvanklik gepleit, ingesluit. In die omstandighede was die appellant nie geregtig om hierdie verweer op ander gronde aan te voer nie: "The duty of an appellate tribunal is to ascertain whether the Court below came to a correct conclusion on the case submitted to it." per Innes AR in Cole v Government of the Union of S.A. 1910 A.D. 263 op 272 (Vgl ook A J Shepherd (Edms) Bpk v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk 1985(1) S.A. 389 (A) 415 C - D.) (iv) Hierdie verweer soos voorgedra deur mnr Grobler kan in elk geval nie slaag nie. Die oorsaaklikheidselement is nie bewys nie, naamlik, dat die indruk wat die respondent na bewering geskep het, daartoe gelei het dat die appellant die omskepping sonder toestemming laat geskied het. Dit blyk dat die appellant nooit voor die omskepping op 7 April

1989 (oftewel daarna) onder die indruk verkeer het dat toestemming nodig was nie. Sy getuienis wat dit aantoon, is reeds in 'n ander verband aangehaal. Die appellant se beskouing van die aangeleentheid was dat die omskepping nie op 'n verbreking van klousule 10 neerkom nie. Hy het dus nie bewys dat enige indruk ("impression") wat hy mag gehad het, hom tot die omskepping sonder toestemming beweeg het nie. Terloops wys ek daarop dat sy besluit om "vir veiligheid" die respondent se toestemming te verkry (indien so 'n besluit ooit geneem is) heel duidelik eers na die omskepping geneem is.

Die oorblywende vrae ((iv) en (v) hierbo) kan gesamentlik - en saaklik - afgehandel word. Die appellant het in sy verweerskrif beweer dat die respondent, ten tyde van die kennisgewing van terugtrede van 10 Julie 1989, sekere van sy verpligtinge ingevolge die koopooreenkoms nie behoorlik

nagekom het nie. Ek gebruik as voorbeeld die bewering dat die respondent, met verwysing na klousules 6.3 en 26, onvolkome presteer het deurdat hy nie 'n dranklisensie aan die appellant gelewer het nie. Op grond hiervan het die appellant hom op die exceptio non adimpleti contractus beroep. Aangesien die respondent nie hierdie verpligting wou of kon nakom nie, kan die appellant - aldus sy betoog - weier om sy sy verbreking van klousule 10 reg te stel: die kennisgewing van terugtrede en bygevolg die daaropvolgende kansellasie was derhalwe sonder regsgevolge. Daar steek nie enige pit in hierdie betoog nie. Die exceptio, synde 'n verweer, slaan op wederkerige prestasies wat ingevolge 'n ooreenkoms gelyktydig nagekom moet word (asook op gevalle waarin die eiser eers moet presteer). Soos die huidige Hoofregter in Ese Financial Services (Pty) Ltd v Cramer, 1973(2) S.A. 805 (C) 809 D - E, beklemtoon het:

"For reciprocity to exist there must be such a relationship between the obligation to be performed by the one party and that due by the other party as to indicate that one was undertaken in exchange for the performance of the other and, in cases where the obligations are not consecutive, vice versa (see de Wet and Yeats, Kontraktereg, p.138; Myburgh v Central Motor Works, 1968(4) S.A. 864 (T) at p.865; Anastasopoulos v. Gelderblom, 1970(2) S.A. 631 (N) at p.636)."

Soos die aanhaling aandui, het die exceptio te doen met wederkerige prestasies. Derhalwe, waar 'n obligatio non faciendi verontagsaam word, wat op kontrakbreuk neerkom, kan ek my nouliks indink dat 'n verweerder hom op hierdie exceptio met welslae kan beroep. Hoe dit ookal sy, tussen die respondent se verpligtinge om ingevolge die ooreenkoms te presteer en die appellant se verbreking van klousule 10 kan daar geen sprake van wederkerigheid wees nie. Dit het mnr Grobler geredelik toegegee. Dit is bygevolg onnodig om te beslis of die respondent op die tersaaklike tydstip in staat en

bereid was om sy deel van die ooreenkoms uit te voer.

Die advokate was dit eens dat, sou die appèl nie slaag nie, die bevindings van die hof a quo deur die bevel wat hierna volg, vervang en aangevul behoort te word.

Die appèl word van die hand gewys met koste, insluitende die koste van twee advokate. Die beslissing van die hof a quo word gewysig om soos volg te lui:

"1. Bede 1 word toegestaan.

2. Verweerder se teeneis word van die hand gewys.

3. Verweerder word beveel om die koste van die verhoor te betaal; insluitende die koste van twee advokate en die kwalifiserende fooie van Dr Jansen.

4. Bedes 3.1, 3.2, 4, 5 en 6 word sine die uitgestel vir latere beregting.

M E KUMLEBEN
APPèLREGTER

JOUBERT AR)
BOTHA AR)
VAN COLLER WnAR) - Stem saam
HARMS WnAR)