

Saak Nr 467/88  
/MC

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA  
(APPÈLAFDELING)

In die saak tussen

VENTER AGENTSKAPPE (EDMS) BEPERK Appellant

- en -

ANTONIO DA CONCEICAO SOUSA Respondent

CORAM: JOUBERT, E.M. GROSSKOPF, SMALBERGER ARR  
et FRIEDMAN, GOLDSTONE Wn ARR.

VERHOOR: 16 Maart 1990.

GELEWER: 29 Maart 1990.

U I T S P R A A K

FRIEDMAN Wn AR:

Die appellant (eiser in die hof a quo), 'n maatskappy wat as eiendomsagent handel dryf, het in die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling kommissie ten bedrae van R8 000-00 van die respondent (verweerder in die hof a quo) gevorder uit hoofde van die beweerde uitvoering deur die appellant van 'n mondelinge opdrag deur die respondent aan die appellant gegee om 'n koper vir respondent se plaas te vind. Gerieflikheidshalwe verwys ek na die partye soos in die hof a quo.

BLUM Wn R voor wie die verhoor gedien het, het na sluiting van die eiser se saak, absolusie van die instansie teen die eiser toegestaan en eiser beveel om die koste, beperk tot dié van 'n geslaagde eksepsie, te betaal. Teen hierdie bevel kom die eiser met verloop van die hof a quo in hoër beroep.

Dit is gemene saak dat na aanleiding van 'n mondelinge opdrag wat verweerder aan eiser gegee het om 'n koper vir sy plaas te vind, die eiser ene H.J. Klopper aan die verweerder voorgestel het en dat eiser die effektiewe oorsaak was van die koopkontrak wat verweerder op 5 November 1985 met Klopper gesluit het, ingevolge waarvan Klopper verweerder se plaas en sekere losgoed teen 'n globale koopsom van R160 000-00 gekoop het. Die volgende is die tersaaklike klousules van die koopbrief:

"2. The PURCHASE PRICE is the sum of R155 000,00 (ONE HUNDRED AND FIFTY FIVE THOUSAND RAND) for the above fixed property and R5 000,00 (FIVE THOUSAND RAND) for the loose assets mentioned hereinafter and which is included in the sale. The said total purchase price of R160 000,00 (ONE HUNDRED AND SIXTY THOUSAND RAND) shall be paid as more fully

set out in Paragraph 16 of this deed of sale.  
(Die verwysing na "Paragraph 16" is n fout;  
dit is klaarblyklik n verwysing na "Paragraph  
13".)

3. The PURCHASER shall pay all transfer costs incurred in respect of the transfer of the PROPERTY, including Transfer duty and the costs of this Deed of Sale, which amounts shall be paid immediately upon request of the SELLER'S Conveyancer.

4. TRANSFER

Transfer of the PROPERTY SHALL BE PASSED BY B J VAN DE VYVER, VAN WYK & KRIEK attorneys of 17 Church Street Parys, and shall be given and taken after the amount of R50 000,00 has been paid or guaranteed by the Purchaser in terms of Paragraph 16.1 of this Deed of Sale.

5. POSSESSION

Possession and vacant occupation of the PROPERTY shall be given to the PURCHASER on 5th November 1985 from which date it shall be at the sole risk, loss or profit of the PURCHASER.

## 9. AGENT'S COMMISSION

Commission in the amount of R8 000,00 (EIGHT THOUSAND RAND) shall be payable by the seller to Venter Agentskappe Edms Bpk of Breë Street, Parys from the first available cash paid in terms of this agreement.

13. The total purchase price of R160 000,00 (ONE HUNDRED AND SIXTY THOUSAND RAND) shall be payable as follows :

13.1 An amount of R50 000,00 (FIFTY THOUSAND RAND) upon date of signature of this deed of sale which amount shall be paid into the Trust account of the Attorneys until date of registration of Transfer of the property in the name of the purchaser upon which date the amount shall be paid over to the seller.

13.2 An amount of R50 000,00 (FIFTY THOUSAND RAND) shall be payable by the purchaser to the seller on the 4th (FOURTH) March 1986.

13.3 For the full outstanding balance of the purchase price namely R110 000,00

(ONE HUNDRED AND TEN THOUSAND RAND) the purchaser shall register a first bond over the property in favour of the seller.

13.6 The full outstanding balance shall be paid on or before the 5th November 1990.

15. All payment in terms of this agreement shall be made by the purchaser at the offices of B J VAN DE VYVER VAN WYK & KRIEK, 17 A Church Street Parys."

Op die oog af blyk klousule 13 dubbelsinnig te wees aangesien die som van die drie bedrae waarna in subparagraawe 13.1, 13.2 en 13.3 verwys word, R210 000-00 beloop terwyl die koopsom slegs R160 000-00 beloop. Dit is egter duidelik dat wat beoog is, is dat 'n deposito van R50 000-00 by ondertekening van die ooreenkoms betaal sou word en dat ingevolge klousule 4 oordrag van die eiendom daarna, maar voor betaling van

die volgende paalement wat op 4 Maart 1986 betaalbaar word, sou plaasvind. Simul ac semel met oordrag van transport sou h verband vir die uitstaande bedrag van die koopprys, naamlik R110 000-00, oor die eiendom ten gunste van die verweerder geregistreer word. Ofskoon die verweerder se prokureurs in h stadium hierop staatgemaak het ter ondersteuning van h betoog dat die koopkontrak nie afdwingbaar was nie, is dié betoog tydens die verhoor nie verder gevoer nie en vir die doeleindes van hierdie appèl is dit onnodig om verder daarop in te gaan.

Die tersaaklike paragrawe van die eiser se uiteensetting van eis lui soos volg:

- "3. Gedurende November 1985 en te Parys het die verweerder mondeling opdrag aan die eiser gegee om h koper te vind vir sekere

resterende gedeelte van die plaas Rietgat Nr 367 geleë in die distrik Parys (die eiendom).

4. Die eiser het 'n koper gevind wat gewillig en in staat was om die eiendom te koop.
5. Die eiser was die effektiewe oorsaak van 'n afdwingbare skriftelike koopooreenkoms wat op 5 November 1985 te Parys deur die verweerder en die koper onderteken is.
6. Klousule 9 van die koopooreenkoms bepaal soos volg: (Klousule 9 van die koopkontrak word hier aangehaal.)
  - 7.1 Die Eiser was 'n party tot die koopooreenkoms.
  - 7.2 In die vooropstelling het 'n skriftelike ooreenkoms tussen die eiser en die verweerder tot stand gekom dat die verweerder die bedrag van R8 000,00 aan die eiser sou betaal sodra die eerste gelde betaal ingevolge die koopooreenkoms beskikbaar word;
- 8.1 ALTERNATIEWELIK het die verweerder en die koper skriftelik 'n voordeel ten gunste van die eiser beding in die

kooppooreenkoms, naamlik dat die verweerder die bedrag van R8 000,00 aan die eiser sal betaal sodra die eerste gelde betaal ingevolge die kooppooreenkoms beskikbaar word, welke voordeel die eiser aanvaar het;

8.2 ALTERNATIEWELIK het die eiser en die verweerder voorafgaande die sluiting van die kooppooreenkoms, mondeling ooreengekom dat die verweerder kommissie in die bedrag van R8 000,00 aan die eiser sou betaal sodra die eerste gelde betaal ingevolge die kooppooreenkoms beskikbaar word.

9. Die koper het 'n bedrag van R42 000,00 ten gunste van die verweerder in trust inbetaal by die prokureur wat oordrag van die eiendom op die verweerder moes bewerkstellig (die prokureur). (Die woord 'verweerder' waar dit vir die tweede keer in hierdie paragraaf voorkom is 'n fout; dit moet lees 'koper'.)

10. Voordat oordrag kon plaasvind is die koper oorlede en gedurende of ongeveer

Februarie 1986 het die eksekuteur van die koper se boedel met die verweerder ooreengekom dat die verweerder toestem tot kansellasië van die koop-ooreenkoms teen betaling van die bedrag van R30 000,00 deur die boedel aan die verweerder.

11. n Bedrag van R29 990,01 is op of ongeveer 21 Februarie 1986 deur die prokureur aan die verweerder betaal uit die bedrag van R42 000,00 wat in trust inbetaal is.
12. In die vooropstelling is die verweerder teenoor die eiser aanspreeklik vir betaling van die bedrag van R8 000,00, maar aanmaning ten spyte, weier en/of versuim die verweerder om sodanige betaling aan die eiser te maak."

Behalwe om te erken dat die eiser die effektiewe oorsaak was van die koopkontrak wat met Klopper aangegaan is, het verweerder al die bewerings in die eiser se uiteensetting van eis ontken. Voorts

het verweerder soos volg gepleit:

"7. AD PARAGRAAF 7.2

7.1 The allegations herein made are denied as if specifically traversed and the Plaintiff is put to the proof thereof.

7.2 Alternatively to 7.1 above, should this Honourable Court find that the Plaintiff was the effective cause of an enforceable agreement of sale and that the Plaintiff is entitled to commission of R8 000,00 as alleged (all of which is still denied), then the Defendant pleads:

7.2.1 In terms of an oral agreement concluded between the Plaintiff, as represented by J C Bornman, H J Klopper and the Defendant at Parys on 5th November 1985, the Plaintiff agreed to receive payment of such commission as was due to it from the purchaser, H J Klopper.

7.2.2 In consequence thereof H J Klopper was substituted as the Plaintiff's debtor and the Defendant was absolved from liability to the Plaintiff.

7.3 Alternatively to 7.2 above, should this Honourable Court find that the Plaintiff is entitled to commission of R8000,00 (which is still denied) and that the Plaintiff did not absolve the Defendant from the payment of such commission (in which the Defendant persists), then the Defendant pleads:

7.3.1 That the commission was payable to the Plaintiff from the first available cash paid in terms of the agreement between the Defendant and H J Klopper;

7.3.2 No cash has been paid to the Defendant in terms of the aforesaid agreement and consequently no commission is payable to the Plaintiff."

Verweerder het nie op paragraaf 7.2 van die verweerskrif gesteun nie en dit is tans onnodig om verder daarmee te handel.

Die volgende getuies het namens eiser getuig:

mnr J P Coetzee van die prokureursfirma Vorster en Coetzee wat belas was met die bereddering van die boedel van wyle Klopper; mnr B J van de Vyver, die prokureur wat belas was met die oordrag van transport; mev Uys, laasgenoemde se sekretaresse; mnr Venter die besturende direkteur van die eiser en mnr J C F Bornman wat by eiser in diens is. Die getuienis wat voor die verhoorhof gelewer is, kan soos volg saamgevat word. Onmiddellik na ondertekening van die koopkontrak het Klopper h tjek ten bedrae van R42 000-00 aan prokureur Van de Vyver oorhandig. Klopper het terselfdertyd teenoor Van de Vyver onderneem om die balans van die deposito (asook h addisionele bedrag van R10 000-00 om

die hereregte, transportkoste en die koste verbonde aan die registrasie van die verband te dek) binnekort te betaal nadat hy die aangeleentheid met sy bank uitgeklaar het. Van de Vyver, aan wie Klopper goed bekend was, was met hierdie reëling heeltemal tevrede. Klopper het egter baie kort daarna siek geword en hy is op 20 November 1985, voordat hy enige verdere bedrag betaal het, oorlede. Die eksekuteurs van wyle Klopper se boedel wou klaarblyklik nie met die koop van die plaas voortgaan nie. Mnr. Vorster en Coetzee het namens die boedel beweër dat wyle Klopper nie geestelik bevoeg was om enige kontrak aan te gaan nie. Dié bewering is namens verweerder deur sy prokureurs ontken. Daarna het onderhandelings plaasgevind as gevolg waarvan 'n skikking uiteindelik op 13 Februarie 1986 tussen die boedel en die verweerder bereik is

waarvolgens die koopkontrak gekanselleer is en die bedrag van R42 000-00 wat prokureur Van de Vyver in sy trust rekening gehad het soos volg uitbetaal sou word, naamlik R29 990,01 aan verweerder en die balans (R12 000,00) aan die boedel. Ofskoon dit uit die briefwisseling asook sekere telefoniese gesprekke wat die skikking vooruitgeloop het, blyk dat beide verweerder en die eksekuteurs van eiser se eis om betaling van kommissie bewus was, is geen voorsiening tydens die skikking daarvoor gemaak nie. Inteendeel, dit blyk uit die telefoniese boodskap wat verweerder se prokureur (mnr Steyn) vir prokureur Van de Vyver gelaat het op 14 Februarie 1986 om Van de Vyver van die skikking te verwittig, dat hy nie wou gehad het dat eiser daarvan moes weet nie. Van de Vyver se sekretaresse, mev Uys, het getuig dat mnr

Steyn aan haar gesê het dat mnr Van de Vyver nie die aangeleentheid met eiser moet bespreek nie.

Op 14 Februarie 1986 het eiser 'n skriftelike aanmaning aan Steyn gerig waarin hy sy kommissie van die verweerder opgeëis het. In antwoord hierop het mnr Steyn op 7 Maart 1986 aan eiser geskryf en sy redes uiteengesit waarom verweerder nie bereid was om eiser se kommissie te betaal nie. Eerstens het hy beweer dat klousule 13 van die koopbrief verwarrend is en dat luidens 'n advokaat se opinie wat namens verweerder ingewin is, eiser as gevolg daarvan nie sou kon slaag met 'n eis vir spesifieke nakoming nie. Tweedens, dat verweerder deur die eksekuteurs meegedeel is dat wyle Klopper geestelik versteurd was toe die kontrak gesluit is en dat die koopkontrak derhalwe ongeldig is.

Derdens, dat volgens die eksekuteurs die boedel nie finansiëel in staat was om die koopsom te betaal nie. Hy het aangevoer dat om bogemelde redes verweerder geen keuse gehad het as om met die eksekuteurs ooreen te kom om die koop te kanselleer nie.

Die eerste en finale likwidasië- en distribusie rekening in wyle Klopper se boedel is voor die verhoorhof geplaas. Daaruit blyk dit dat die bruto boedel n bedrag van R1 588 312-02 beloop het terwyl die totale laste R1 016 223-90 bedra het, wat n balans vir verdeling van R572 088-12 gelaat het.

Aan die einde van die eiser se saak het verweerder se advokaat aansoek gedoen om absolusie van die instansie. Die aansoek was op die volgende stellings gegrond.

1. Dat wyle Klopper vanweë sy geestestoestand

nie n "gewillige koper" was nie.

2. Dat wyle Klopper nie finansieel in staat was om die plaas te koop nie.

3. Luidens klousule 9 van die koopkontrak kommissie slegs betaalbaar sou word sodra die eerste gelde ingevolge die kooporeenkoms betaal, beskikbaar word ("from the first available cash paid in terms of this agreement"). Aangesien die bron waaruit die kommissie betaalbaar sou word eers beskikbaar sou word op oordrag van die plaas en aangesien oordrag nie bewerkstellig is nie, is die voorwaarde ingevolge waarvan kommissie betaalbaar sou word, nie vervul nie.

Die hof a quo het, heeltemal tereg, die aansoek op die eerste grond afgewys. Ten opsigte van die tweede grond het die verhoorregter gesê dat in die lig van haar bevinding ten aansien van die derde grond,

dit onnodig was om te beslis of die eiser hom van die bewyslas gekwyd het om te bewys dat Klopper finansiëel in staat was om die plaas te koop, maar indien nodig sou sy bevind het dat eiser wel daarin geslaag het. Sy het egter tydens haar uitspraak ten opsigte van die aansoek om verlof om te appelleer, haar soos volg uitgelaat:

"Die hof is gevra deur mnr. Camp vir die verweerder dat, in die lig van die feit dat daar geen spesifieke bevinding gemaak is op die tweede grond van sy aansoek om absolusie, dit wil sê, dat die eiser nie die finansiële vermoë gehad het om die ooreenkoms te sluit; maar dat die aansoek waarskynlik nie op die grond suksesvol sou wees nie, die aspek ook na die appèlhof verwys word. Verlof word aldus ook daarop toegestaan."

Ten opsigte van die derde grond waarop die

aansoek om absolusie van die instansie gegrond was, is bevind dat aangesien die eiser in sy uiteensetting van eis nie op die leerstuk van fiktiewe vervulling staatgemaak het nie, daar geen antwoord op hierdie grond bestaan het nie en is absolusie van die instansie derhalwe toegestaan.

Die toets wat toegepas word wanneer die hof n aansoek om absolusie van die instansie by afsluiting van die eiser se saak oorweeg, is of daar getuienis is waarop n redelike man ten gunste van die eiser kan bevind. Sien Gascoyne v Paul and Hunter 1917 TPD 170; Gafoor v Unie Versekeringsadviseurs (Edms) Bpk 1961(1) SA 335(A) op 340(A-B).

Na my mening was daar voldoende getuienis voor die hof a quo ten opsigte van wyle Klopper se

vermoëns om die afwysing van 'n aansoek om absolusie van die instansie op hierdie grond te regverdig. By die voorverhoor-konferensie ingevolge Hofreël 37 het verweerder erken dat die stand van wyle Klopper se boedel ten tyde van kontraksluiting wesenlik dieselfde was as wat gereflekteer word in die likwidasië- en distribusierekening waarna hierbo verwys word. Ofskoon wyle Klopper likwiditeitsprobleme mag gehad het, was hy ongetwyfeld 'n vermoënde man. Hy sou waarskynlik geen probleem gehad het om die koopsom te betaal nie, selfs, indien nodig, deur van sy bates van die hand te sit. Die enigste oorblywende vraag is of die hof a quo se bevinding ten opsigte van die derde grond geregverdig was, al dan nie.

Die verhoorregter het van die standpunt uitgegaan dat, in ag genome die feit dat die

koopkontrak gekanselleer is, eiser op die leerstuk van fiktiewe vervulling sou moes staatmaak om in sy eis te slaag. Aangesien eiser se uiteensetting van eis, selfs soos deur nadere besonderhede aangevul, nie die nodige bewerings vir daardie leerstuk daarstel nie en in besonder, in die afwesigheid van h bewering dat verweerder die kontrak gekanselleer het om sy kontraktuele verpligting teenoor eiser te ontduik, het sy geen keuse gehad as om absolusie toe te staan nie.

Soos in die hof benede het verweerder se advokaat in hierdie Hof betoog dat aangesien klousule 9 h bron voorskryf waaruit kommissie betaalbaar was, verweerder se verpligting om kommissie te betaal onderhewig was aan h voorwaarde, naamlik dat oordrag van die plaas moet geskied. Aangesien oordrag nie bewerkstellig is nie - so lui die betoog - sou eiser kon slaag slegs

indien die voorwaarde beskou kon word as vervul te  
 gewees het aan die hand van fiktiewe vervulling. Of  
 klousule 9 n voorwaarde daargestel het, soos verweerder  
 se advokaat betoog het, en of dit slegs die tyd bepaal  
 het wanneer kommissie opeisbaar sou word, hang van die  
 vertolking van klousule 9 af. Indien klousule 9 n  
 voorwaarde daarstel sou eiser nie geregtig wees op  
 kommissie tensy die voorwaarde nagekom is nie. Indien  
 die klousule slegs die tyd bepaal wanneer kommissie  
 opeisbaar sou word, ontstaan die vraag: wat was die  
 gevolg van die kansellasië van die ooreenkoms wat  
 oordrag onmoontlik gemaak het?

Klousule 9 bepaal dat kommissie aan eiser  
 betaalbaar word "from the first available cash paid in  
 terms of this agreement". Dit was te alle tye voor  
 die aanhoor van hierdie appèl, gemene saak dat die

uitwerking van klousule 9 was om nakoming van verweerder se verpligting om kommissie te betaal, uit te stel totdat die deposito ingevolge klousule 13.1 op die datum van registrasie van transport aan die verweerder oorbetaal word. Voor hierdie Hof is die vraag beredeneer of kommissie nie ingevolge klousule 9 betaalbaar geword het sodra die koper die bedrag van R42 000-00 aan die prokureur betaal het nie, die woorde "first available cash paid in terms of this agreement" synde n verwysing na die deposito. Indien dit die juiste vertolking van klousule 9 is, sou daar geen sprake gewees het van n uitstel van die datum van betaling tot oordrag van registrasie nie; kommissie sou opeisbaar geword het toe wyle Klopper die tjek vir R42 000-00 aan prokureur Van de Vyver oorhandig het. Dit was nie eiser se saak soos in sy uiteensetting van

eis gepleit nie. Gevolglik ag ek dit nie nodig om op sodanige vertolking uitsluitel te gee nie. Ek aanvaar dat kommissie ingevolge klousule 9 betaalbaar sou geword het slegs wanneer oordrag van die plaas op naam van die koper geregistreer sou word. Die vraag wat dan ontstaan, is of die blote feit dat die kontrak gekanselleer is met die gevolg dat oordrag nie sal plaasvind nie, daartoe aanleiding gegee het dat eiser se reg op betaling van kommissie verval het. Die antwoord op hierdie vraag hang af van die vertolking van klousule 9. Indien klousule 9 n voorwaarde skeep wat vervul moes word voordat kommissie betaalbaar geword het, sou eiser nie kon slaag nie tensy, op die grondslag van die leerstuk van fiktiewe vervulling, die voorwaarde as vervul beskou kon word.

Daar word in ons reg n onderskeid getref

tussen h voorwaarde en h kontraktuele bepaling. In die geval van h voorwaarde is die bestaan van h kontrak of h kontraktuele verpligting aan die vervulling daarvan onderhewig: indien die voorwaarde opskortend is, tree die kontrak nie in werking as die voorwaarde nie nagekom word nie; indien die voorwaarde ontbindend van aard is, verval die kontrak indien die voorwaarde in werking tree. In Macduff & Co Ltd (In Liquidation) v Johannesburg Consolidated Investment Co Ltd 1924 AD 573 het INNES HR op 590 die onderskeid tussen h voorwaarde en h bepaling soos volg uitgebeeld:

"Where the obligation is contractual the so-called 'condition' will prove not to be a true conditio. For while a contractual obligation can be enforced, no action will lie to compel the performance of a conditio."

Sien ook Scott and Another v Poupard and Another 1971(2) SA 373(A) op 378 H. In Pothier, A Treatise on the Law of Obligations, (Evans se vertaling) artikel 230, word die onderskeid soos volg gestel:

"A term differs from a condition, inasmuch as a condition suspends the engagement formed by the agreement: whereas a term does not suspend the engagement, but merely postpones the execution of it. A person who promises to pay upon a certain condition is not a debtor until the condition has taken place; there is merely an expectation of his becoming so; therefore if he pays what is the object of the obligation, by mistake and before the condition is accomplished, it may be reclaimed, as we have seen in the preceding article; on the contrary, a person who owes any thing subject to a term not yet expired, is a real debtor, and if he pays within the time he has no right of repetition, for he has only paid what was in effect due from him; but though he is a real

debtor, he is not compellable to discharge his obligation until the expiration of the term."

Die volgende artikel (231) lui soos volg:

"A term defers the right of requiring payment until it is fully completed."

Sien ook Voet 45.1.19.

In die onderhawige geval het h mens nie te doen met h voorwaarde nie. Klousule 9 bevat h tydsbepaling. Eiser het sy opdrag uitgevoer en die betaling van die kommissie waarop hy as gevolg daarvan geregtig was, was nie aan h voorwaarde onderhewig nie. Klousule 9 het slegs die tyd wanneer hy op betaling geregtig sou word, bepaal. Dit was derhalwe bloot h tydsbepaling (sien De Wet en Yeats, Kontraktereg en Handelsreg 4de uitgawe bl 134). In dié verband stem

die feite van die onderhawige geval ooreen met die in Van Heerden v Hermann 1953(3) SA 180 (T). Daar het die respondent, wat h verkoopsagent was, sy opdrag om h koper vir die appellant se eiendom te vind, uitgevoer. Die koopkontrak het bepaal dat die koper sy motorkar aan h motorhandelaar sou oorhandig aan wie die koper h opdrag sou gee om die motorkar vir die verkoper se rekening te verkoop. Voorts het die koopbrief bepaal dat die eiendomsagent se kommissie betaal sou word sodra die motorkar verkoop word. Die motorkar is nooit deur die koper vir verkoping oorhandig nie en die vraag wat ontstaan het, was of die agent op betaling van sy kommissie geregtig was, al dan nie. RAMSBOTTOM R (met wie DOWLING R saamgestem het) het beslis dat die eiendomsagent op sy kommissie geregtig was. Op bl 186A-D het RAMSBOTTOM R homself soos volg

uitgelaat:

"The provision that the commission was to be paid when the motor-car had been sold clearly does not import a condition of indebtedness; the debt is owed by the appellant whether the car has been sold or not. Nor is the estate agents' right to receive their full commission conditional upon the car realising any particular sum; when the car has been sold they are entitled to be paid - whatever price has been obtained. The provision that the commission will be paid when the car has been sold is not a condition pending fulfilment of which there is no contract to pay; it is a term of the contract by which the time for payment has been agreed and is analogous to a 'term' or time clause (dies). With regard to such a clause

'if it becomes manifest at a particular date that the act cannot be performed within the stipulated period, the law will consider the debtor in mora and will allow

the debtor to sue him before the whole period is completed,'

Wessels on Contract, para 1444. Applying this principle, if it becomes clear that the motor-car will not be delivered, the commission becomes payable."

Die woord "debtor" waar dit die tweede keer in die aanhaling uit Wessels on Contract voorkom, is 'n drukfout: dit moet lees "creditor". Volledigheidshalwe haal ek die volledige passasie uit Wessels' Law of Contract in South Africa aan:

"1444. As a general rule the debtor can demand the full period of the term for the fulfilment of his promise, and he cannot therefore be sued until the last day of the term is completely past (Inst., 3.15.2; 3.19.26; D. 44.7.50; Voet, 45.1.19).

If, however, a person undertakes to perform an act within a certain time and it

becomes manifest at a particular date that the act cannot be performed within the stipulated period, the law will consider the debtor in mora, and will allow the creditor to sue him before the whole period is completed (D. 45.1.72.2: 45.1.98.1)."

Dit dien daarop gelet te word dat dit twyfelagtig is of die verwysings na D. 45.1.72.2 en 45.1.98.1 steun verskaf vir die stelling wat in paragraaf 1441 gemaak word. Die stelling as sulks is egter in ooreenstemming met ons reg. Sien in hierdie verband Cohen v Haywood 1948(3) SA 365(A) op 371. Dit het gegaan oor 'n ooreenkoms wat 'n klousule bevat het wat as volg gelees het:

"(2) The sum of £300 (three hundred pounds) shall be payable in cash in terms of certain guarantee payable against registration of

certain transfer which guarantee has this day been given to the party of the second part (eiser se vrou)."

Op bl 371 het GREENBERG AR die volgende gesê:

"It appears to me that a far more reasonable interpretation of clause (2) is that it was inserted because it was not convenient for the appellant to pay the £300 immediately and the other party was prepared to allow him the opportunity of getting the funds out of the purchase price of the property, provided she received the undertaking contained in the letter of the 8th August, 1944. But this does not mean that the existence of the liability depended on the transfer of the property to Mrs Thomas. The difference between the questions whether a liability exists and whether the date for its performance has arrived is elementary. (See Wessels on Contract (vol. 1, sec. 1439 to 1444)). When, because of the cancellation of

the sale to Mrs Thomas, the guarantee became valueless, the extension of time which was given to the appellant also fell away and the £300 became payable immediately."

Tot dieselfde effek is die saak van Van den Berg v Tenner 1975(2) SA 268(A). Die partye het ooreengekom om n kooptransaksie waarvolgens verweerder alreeds R10 000-00 van die koopsom betaal het, te kanselleer. Hulle het toe ooreengekom dat as teenprestasie vir die kansellasië verweerder aan eiser die bedrag van R10 000-00 sou betaal, welke bedrag voorsien sou word uit die opbrengs van die verkoop van n maatskappy wat deur verweerder beheer is asook van die oordrag van sekere eiendom. Namens verweerder is betoog dat die bepaling van die klousule wat die bron aandui waaruit die bedrag van R10 000-00 voorsien sou word, as

opskortende voorwaardes uitgelê moet word, wat die werking van die ooreenkoms uitgestel het tot die gebeurtenisse in daardie voorwaardes bedoel plaasgevind het. Dit is betoog dat aangesien kansellasië van die ooreenkomste waaruit die R10 000-00 voorsien sou word, die opskortende voorwaardes onmoontlik gemaak het, die ooreenkoms weggeval het en dat eiser derhalwe geen reg gehad het op betaling van die bedrag van R10 000-00 nie. Die hof het hierdie betoog verwerp. BOTHA AR het op 275H-276C hom soos volg uitgelaat:

"In die onderhawige geval is betaling van die bedrag van R10 000 nie uitsluitend tot die opbrengs van die verkoop deur verweerder van die steenmakersaak beding nie, maar as 'n bron aangewys waaruit verweerder se prokureurs die bedrag regstreeks aan eiser sou betaal ter delging van verweerder se reeds bestaande skuld. Ook is dit myns insiens duidelik,

soos ek reeds probeer aantoon het, dat verweerder se verpligting teenoor eiser nie aan die afhandeling van die verkoop van die steenmakersaak afhanklik was nie.

Die enigste uitwerking van die bepalings van klousule 2 van die ooreenkoms van 2 Desember 1970 op die verpligting van die verweerder om die bedrag van R10 000 aan eiser te betaal, was om nakoming van daardie verpligting uit te stel tot na die datum van afhandeling van die verkoop deur verweerder van die steenmakersaak, en die datum van registrasie van die oordrag van Kromdraai aan Mobile Earthmoving Services, of totdat dit duidelik geword het dat daardie gebeurtenisse weens omstandighede nie meer kon plaasvind nie. Dit volg egter nie dat die verpligting aan die plaasvind van die beoogde gebeurtenisse afhanklik gestel is nie."

Voorts het BOTHA AR op 276 D-F gesê :

"Gevolglik het die kansellasie van die

ooreenkomste van 19 November 1970, wat die plaasvind van die beoogde gebeurtenisse onmoontlik gemaak het, geen uitwerking op die totstandkoming of voortbestaan van verweerder se verpligting om die bedrag van R10 000 aan eiser te betaal nie. Die datum waarna nakoming van daardie verpligting deur genoemde klousule 2 uitgestel is, het weens die onmoontlikwording van die beoogde gebeurtenisse, verstryk, en die bedrag van R10 000 het dus binne redelike tyd daarna aan eiser "betaalbaar" geword. Die beweerde stilswyende beding sou dus nie met die bepaling van klousule 2 in stryd wees nie, maar bestaanbaar daarmee.

Myns insiens was eiser geregtig om die terugbetaling aan hom van die bedrag van R10 000 te vorder bloot op grond van die kansellasië van die ooreenkoms van 12 Junie 1970 en die onmoontlikwording, as gevolg van die kansellasië van die twee ooreenkomste van 19 November 1970, van die wyse en tyd waarop terugbetaling van daardie bedrag in die ooreenkoms van 2 Desember 1970 beding is."

Verweerder se advokaat het betoog dat die aangehaalde gedeeltes uit BOTHA AR se uitspraak obiter was en dat indien hulle letterlik toegepas word, enige kansellasië, selfs 'n ongeregverdigde kansellasië, 'n eis-oorsaak in 'n geval soos die onderhawige sonder meer sou daarstel. Ek gaan met hierdie betoog nie akkoord nie. Bogemelde aanhalings het deel gevorm van die ratio decidendi. Dit is onnodig om die feite van Tenner se saak verder te analiseer. Dit is genoeg om te sê dat die betrokke klousule in daardie saak 'n voorbeeld skep van 'n bepaling wat 'n bron aanwys waaruit en 'n tyd bepaal wanneer 'n bepaalde skuld gedelg moet word. Dit onderstreep die onderskeid tussen so 'n bepaling en 'n ooreenkoms wat 'n voorwaarde bevat, waarvan die bestaan van 'n skuld afhanklik is.

Die verskil tussen 'n voorwaarde en 'n

bepaling van 'n kontrak soos hierbo uiteengesit, vind ook ondersteuning in die Amerikaanse reg. Sien Corbin on Contracts, artikel 1362 wat soos volg lui:

"In many cases property has been transferred or services rendered in return for a promise to pay the agreed compensation upon the occurrence of a specified event. If this event becomes impossible of occurrence and if reasonable interpretation shows that the contract was not aleatory, the event is eliminated as a condition of the duty of payment and the performance must be rendered within a reasonable time."

Voorts sê die geleerde skrywer:

"One who promises to pay for land or other property or for services, as soon as a sale is made or a loan obtained, must pay the agreed amount if the sale becomes impossible

by reason of destruction or otherwise, or if the loan cannot be obtained."

Hy gaan soos volg voort:

".....an owner may promise to pay a commission to a broker as soon as the owner receives payment from the purchaser; the promise must generally be performed in a reasonable time if the third party cannot or will not pay."

In h voetnoot verwys die geleerde skrywer na h Amerikaanse saak Lee v Bossung, 138 NE 2d 913, 127 Ind.App. 388 (1956), wat hy soos volg opsom:

"an owner promised to pay a brokerage commission 'at the time that [purchasers] make the payment of \$11,000'. The purchasers abandoned possession and failed to pay. The court gave judgment to the broker for the commission."

Dit is natuurlik moontlik dat die leerstuk van

fiktiewe vervulling toegepas kan word in die geval van  
n tydsbepaling waar n skuldenaar doelbewus die  
totstandkoming van die tyd van betaling dwarsboom.

Sien Ferndale Investments (Pty) Ltd v D.I.C.K. Trust

(Pty) Ltd 1968(1) SA 392(A) op 395D. Soos egter uit

die Ferndale saak blyk, waar n bepaling slegs die tyd

bepaal wanneer betaling moet geskied, is dit nie nodig

vir n skuldeiser om op die leerstuk van fiktiewe

vervulling te steun nie. In die Ferndale saak het die

verweerder die eiser opdrag gegee om n verband vir hom

te kry en het die verweerder onderneem om n lenings-

kommissie te betaal teen registrasie van n verband.

Die eiser het sy opdrag uitgevoer maar nadat die

verweerder die lening aanvaar het, het hy met die

voorskieter ooreengekom om die lening te laat vaar.

Namens verweerder is betoog dat kommissie nie opeisbaar

was nie aangesien geen verband geregistreer is nie.

Die hof het hierdie betoog verwerp. VAN BLERK AR het

op 394 D-F dit soos volg gestel:

"I see no reason why this provision should be taken to constitute a condition failing the fulfilment of which there is no contract to pay notwithstanding the fact that the mandate had been performed and the loan had been accepted.

Normally, once the event upon which commission is payable has occurred, which generally is the concluded contract between the principal and the third party, the agent's right to commission remains unaffected if the principal, as in the present case, chooses to cancel the concluded agreement with the third party. A departure from the normal course would require the written mandate to be couched in clear language conveying that such was the intention."

Voorts het VAN BLERK AR op 395 C gesê:

"The present case is not concerned with performance of a term which is a condition of indebtedness, but as RAMSBOTTOM, J., said in Van Heerden v Hermann, 1953(3) SA 180(T) at p 189, if the doctrine of fictional fulfilment applies to a condition of that kind it applies, a fortiori, in the case where the term merely fixes the time when payment is to be made."

Soos ek die uitspraak verstaan, het die hof bevind dat die eiser se eis op albei grondslae moes slaag. Dit volg egter nie dat waar daar 'n tydsbepaling in 'n ooreenkoms voorkom, dit nodig is om op die leerstuk van fiktiewe vervulling staat te maak nie.

Om op te som: klousule 9 het slegs die tyd bepaal wanneer eiser se reeds verdiende kommissie betaalbaar sou word. As gevolg van die kansellasie

van die koopkontrak het dit onmoontlik geword dat sodanige tyd ooit sou aanbreek en onder die omstandighede het die kommissie onmiddellik opeisbaar geword. Aangesien klousule 9 slegs 'n tydsbepaling is, was die eiser nie genoodsaak om hom op die leerstuk van fiktiewe vervulling te beroep nie; sy uiteensetting van eis het 'n regsgeldige eisoorzaak daargestel.

Die appèl slaag met koste, en die uitspraak van die hof a quo word gewysig om te lees: "Die aansoek om absolusie van die instansie word afgewys met koste".

G. FRIEDMAN Wn AR.

JOUBERT AR)  
E.M. GROSSKOPF AR)  
SMALBERGER AR)  
GOLDSTONE Wn AR)

Stem saam.