

REPORTABLE

Case Number : 72 / 99

**IN THE SUPREME COURT OF APPEAL
OF SOUTH AFRICA**

In the matter between

**NATIONAL SORGHUM BREWERIES (PTY)
LIMITED t/a VIVO AFRICA BREWERIES****Appellant**

and

**INTERNATIONAL LIQUOR DISTRIBUTORS
(PTY) LIMITED****Respondent****Composition of the Court :****VAN HEERDEN ACJ; HEFER
ADCJ; VIVIER, OLIVIER and
PLEWMAN JJA****Date of hearing :****9 NOVEMBER 2000****Date of delivery :****28 NOVEMBER 2000****SUMMARY**

Claims for restitution and damages in separate actions. *Exceptio rei
judicatae* and the “once and for all” rule.

J U D G M E N T**PJJ OLIVIER**

OLIVIER JA

[1] I have had the benefit of reading the judgment prepared by the acting Chief Justice. Unfortunately I do not share the views expressed therein relating to the availability of the defences of *res judicata* or the “once and for all” rule.

The *exceptio rei judicatae vel litis finitae*

[2] The requirements for a successful reliance on the *exceptio* were, and still are : *idem actor, idem reus, eadem res* and *eadem causa petendi*. This means that the *exceptio* can be raised by a defendant in a later suit against a plaintiff who is “demanding the same thing on the same ground” (per Steyn CJ in ***African Farms and Townships Ltd v Cape Town Municipality*** 1963 (2) SA 555 (A) at 562 A); or which comes to the same thing, “on the same cause for the same relief” (per Van Winsen AJA in ***Custom Credit Corporation (Pty) Ltd v Shembe*** 1972 (3) SA 462 (A) at 472 A - B; see also the discussion in ***Kommissaris van Binnelandse Inkomste v Absa Bank Bpk*** 1995 (1) SA 653 (A) at 664 C - E); or which also comes to the same thing, whether the “same issue” had been adjudicated upon (see ***Horowitz v Brock and Others*** 1988 (2) SA 160 (A) at 179 A - H).

[3] The fundamental question in the appeal is whether the same issue

is involved in the two actions: in other words, is the same thing demanded on the same ground, or, which comes to the same, is the same relief claimed on the same cause, or, to put it more succinctly, has the same issue now before the court been finally disposed of in the first action?

[4] In my view, the answer must be in the negative. The same thing is not claimed in the respective suits, nor is reliance placed on the same ground or cause of action. What was claimed in the first suit was restitution in the form of repayment of the purchase price previously paid by the claimant. Such a claim is not one for damages but is a “distinct contractual remedy” (see Botha JA in ***Baker v Probert*** 1985 (3) 429 (A) at 439 A - B). In the second suit damages were claimed, which is in its very essence clearly distinguishable from restitution. The same thing is not claimed in the respective suits, the issue now under consideration has not been finally laid to rest.

[5] Nor are the respective claims based on the same grounds or same cause of action. In the first suit, the necessary allegations were the conclusion of the contract, the breach thereof, the payment of the purchase price, and the cancellation of the contract. In the second suit,

the respondent was required to plead and prove the conclusion of the contract, the breach and the cancellation thereof, that damage was suffered, the causal chain between the breach and the damage, and the *quantum* of the damage. The mere fact that there are common elements in the allegations made in the two suits, does not justify the *exceptio* - one must look at the claim in its entirety and compare it with the first claim in its entirety. If this is done in the present case, the differences are so wide and obvious that one simply cannot say that the same thing was claimed in both suits or that the claims were brought on the same grounds.

[6] Much reliance, however, was placed by counsel for the appellant on the decision of this Court in ***Custom Credit Corporation (Pty) Ltd v Shembe***, *supra*. In that case, the seller obtained an order for cancellation of the agreement, repossession of the bus sold, and forfeiture of all payments made by the purchaser. The forfeiture was claimed by virtue of a specific forfeiture clause in the contract. Later, after obtaining possession of the bus, the seller claimed, in a second action, damages in the form of the difference between the balance of the purchase price owing at the time of cancellation, and the value of the bus

after its return to the seller.

The question was whether it was competent for the seller to recover the said damages. This Court, per Van Winsen AJA, held that it was not because

- (a) the “once and for all rule” stands in the seller’s way (see 471 H - 472 E); and
- (b) the provisions of the Conventional Penalties Act, 15 of 1962, prohibits claims for both a penalty (including a forfeiture) and damages in the case of a breach of contract.

[7] Since the introduction of the Conventional Penalties Act, 15 of 1962, a forfeiture clause, such as the one invoked by Custom Credit Corporation against Shembe, is correctly seen as a penalty clause - see subsection (1) read with section 4. Whatever the motive for the inclusion of such a clause in a contract may be - whether as a genuine pre-estimate of damages or *in terrorem* - the amount forfeited may not be more than the prejudice suffered by the creditor as a consequence of the debtor’s breach of contract - see section 3. “Prejudice” in this section has a wide connotation, and includes all harm or hurt suffered by the creditor - se ***Van der Walt v Central SA Lands and Mines*** 1969 (4) SA 349 (W) at 352 - 3.

[8] It follows that although the forfeiture clause in **Shembe** arose, as it inevitably must, from the contract between the parties, its *raison d'être* and validity are to be found in the damage suffered by the creditor. To emphasise the point : in order to reduce the amount of the forfeiture, the actual prejudice suffered by the creditor must be proved by the debtor - see **Smith v Bester** 1977 (4) SA 937 (A) at 942 H; **Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis** 1984 (4) SA 874 (A) at 906 E; **Chrysafis and Others v Katsapas** 1988 (4) SA 818 (A) at 828 I; and see A J Kerr, *The Principles of the Law of Contract* 4th edition, 602).

[9] It follows that although a claim for forfeiture arises *ex contractu*, its essence and function is to compensate the creditor for prejudice (including damage) suffered by it. From this it would follow that if a creditor relies in an action on a forfeiture clause, it cannot again in a later action claim damages: the “thing” claimed, and the cause of action for both claims, are similar and has already been finalised. Thus viewed, **Shembe’s** case is plainly distinguishable.

The “once and for all rule”

[10] The rule, derived from English law, requires that all claims generated by the same cause of action, be instituted in one action. As shown above, the respective claims in this matter did not arise from one,

singular, cause of action. The rule cannot bring about that contractual claims and claims for damages must be brought in the same action.

[11] It follows that neither the *exceptio res judicatae* nor the “once and for all” rule can be relied on to thwart the respondent’s claim.

[12] In the result, the appeal is dismissed with costs.

P J J OLIVIER JA

CONCURRING WITH OLIVIER JA :

**HEFER ADCJ
VIVIER JA
PLEWMAN AJA**

Van Heerden WndHR:

[1] Gedurende Desember 1994 het die appellant en die respondent drie skriftelike ooreenkomste aangegaan. Daarvolgens het die appellant drie verspreidingsregte van ‘n produk van die appellant in omskrewe gebiede aan die respondent “verkoop”. Die koopprys ten opsigte van elke ooreenkoms was R50 000 wat deur die respondent betaal is.

[2] Op ‘n later stadium het die respondent aksie teen die appellant in die landdroshof van Pretoria ingestel. Daarin het hy onder andere terugbetaling van die totale bedrag van R150 000 gevorder. Hierdie aanspraak was gegrond op die bewering dat die respondent vanweë die wesentlike kontrakbreuk van die appellant uit die ooreenkomste teruggetree het.

[3] Die appellant het nie die aksie bestry nie en verstekvonnis ten bedrae van R150 000 is toe deur die respondent verkry. Die totale bedrag is daarna deur die appellant betaal. Dit dien nog vermeld te word dat die respondent nie in bogenoemde aksie enige skadevergoeding van die appellant gevorder het nie.

[4] Op 26 April 1996 het die respondent in die Transvaalse Provinsiale Afdeling 'n verdere aksie teen die appellant aanhangig gemaak. In die besonderhede van die vordering is in wese dieselfde bewerings as in die dagvaarding in die landdroshof gemaak, tesame met 'n bewering dat die respondent weens die appellant se kontrakbreuk, en die gevolglike kansellasië van die ooreenkomste, skade ten bedrae van nagenoeg R4 miljoen gely het. Na bewering het die skade bestaan uit uitgawes wat die respondent ter voldoening van sy verpligtinge ingevolge die ooreenkomste aangegaan het, sowel as verlies aan inkomste. Derhalwe is betaling van bedoelde bedrag van die appellant gevorder.

[5] Die appellant het 'n spesiale verweerskrif ingedien. Daarin is aangevoer dat vanweë die landdroshofbevel die aksie vir skadevergoeding onontvanklik was; d.w.s. dat bedoelde bevel *res judicata* was ten opsigte van ander vorderings wat uit die beweerde kontrakbreuk ontstaan het. In die alternatief is die volgende beweer:

- “ 7.1 judgment has been granted in favour of the plaintiff in respect of substantially the same issues as arise in this action and in proceedings between the plaintiff and the defendant;
- 7.2 the defendant as a matter of law is not entitled to contest the validity of the said cancellation and the facts giving rise thereto;
- 7.3 the plaintiff as a matter of law is not entitled to institute action based upon the same or substantially the same cause of action;
- 7.4 in the circumstances the plaintiff, having elected to cancel the agreements and claim payment of the sum of R150 000,00 is estopped from seeking the relief claimed in this action.”

[6] Opgelet sal word dat in die alternatiewe verweer nie spesifiek verwys is na die sogenaamde “once and for all” reël nie. Hierdie reël, waaroor hieronder meer, is dus nie as iets afsonderlik van die verweer van *res judicata* gepleit het nie.

[7] By die aanvang van die verhoor voor Preller Wnd R is ingevolge ‘n ooreenkoms tussen die partye gelas dat die spesiale verweer afsonderlik verhoor moes word. Sonder dat enige getuienis gelei is, het die hof *a quo* toe die spesiale pleit met koste afgewys. Die rede hiervoor was dat die respondent “se eise om restitusie na kansellasië . . . en om skadevergoeding . . . twee verskillende skuldoorsake was”. Voorts is bevind dat die appellant nie op die “once and for all” reël as ‘n selfstandige verweer kon steun omdat dit nie in die spesiale verweerskrif – en veral para 7 daarvan – geopper is nie.

[8] Met verlof van die verhoorregter kom die appellant in hoër beroep na hierdie hof. Hy steun op die *exceptio rei judicatae* waarvan, so is betoog, die

“once and for all” reël ‘n verskyningsvorm is.

[9] Die gemeenregtelike vereistes vir die toepassing van die verweer van *res judicata* is (i) dat die twee aksies tussen dieselfde partye aanhangig gemaak is; (ii) dat die skuldoorsaak in beide gedinge dieselfde was, en (iii) dat dieselfde regshulp in beide aksies gevorder is.

[10] Uit bostaande aanhaling uit die uitspraak van *Preller Wnd R* blyk dat hy ‘n skuldoorsaak met ‘n vordering daaruit ontstaande vereenselwig het. Dit is klaarblyklik nie korrek nie. Uit dieselfde regsoorsaak kan immers meerdere vorderings voortspruit. Dit is natuurlik so dat in ‘n aksie vir restitusie beweer moet word dat die eiser gepresteer het, terwyl dit ‘n vereiste vir die verhaal van skadevergoeding is dat die eiser skade moes gely het. In ‘n eng sin kan dus gesê word dat hoewel albei vorderings uit kansellasië van ‘n kontrak voortspruit, hulle nie ten volle op dieselfde skuldoorsaak berus nie. In Boshoff v Union Government, 1932 TPD 345 (T) 349 is egter bevind dat die begrip “skuldoorsaak” nie eng vertolk moet word nie. En soos later sal blyk, is in Custom Credit Corporation (Pty) Ltd v Shembe 1972(3) SA 462 (A) beslis, minstens by noodwendige implikasie, dat ‘n vordering vir onder andere herbesit van ‘n verkoopte saak en een vir skadevergoeding wat albei uit kansellasië van ‘n kontrak voortvloei, op ‘n enkele skuldoorsaak berus. Die werklike vraag in

die onderhawige appèl is dus of vereiste (iii) bevredig is.

[11] Hierdie vereiste moet nie letterlik uitgelê word nie. So byvoorbeeld is die vereiste bevredig indien in die tweede aksie ‘n gedeelte gevorder word van die geheel wat in die eerste geding geëis is: Voet 44.2.3. ‘n Verdere uitsondering word genoem deur Voet 44.2.4 waar vermeld word dat indien die koper met een van die aediliese aksies ageer het, hy nie later die ander aksie mag instel nie. In so ‘n geval verskil die regshulp waarop in die tweede aksie aanspraak gemaak word klaarblyklik van dit wat in die eerste aksie gevorder is. Nietemin is volgens Voet die verweer onder bespreking toepaslik. (In die verbygaan kan ek daarop wys dat Voet nie die uitsondering aan die uitoefening van ‘n keuse gekoppel het nie.)

[12] In Kommissaris van Binnelandse Inkomste v ABSA Bank Bpk 1995(1) SA 653 (A) 668 C-D het Botha AR met verwysing na Voet 44.2.4 gesê “dat dit vir ‘n verweer van *res judicata* nie ‘n onwrikbare vereiste is dat dit wat gevorder word dieselfde moet wees nie”. In hierdie saak is met ‘n beroep op Boshoff v Union Government, *supra*, betoog dat die Engelsregtelike leerstuk van sogenaamde geskilpunt estoppel in ons reg geresipieer is. (Die aanwendingsgebied daarvan verskil van die verweer van *res judicata* deurdat in die geval van eersgenoemde nie aan vereiste (iii) voldoen hoef te word nie.)

Bedoelde betoog is verwerp. Die opvatting van Botha AR was naamlik dat in Boshoff die gemene reg toegepas is maar dat bevind is dat vereiste (iii) in bepaalde gevalle verslap kan word om sodoende dieselfde resultaat as in die Engelse reg te bereik.

[13] Ter verdere illustrasie van die toepassing van vereiste (iii) kan verwys word na 'n geval wat by die onderhawige aansluit. Gestel dat 'n eiser op grond van 'n beweerde terugtrede uit 'n kontrak restitusie gevorder het; dat bevind is die verweerder bewys het dat hy wel sy verpligtinge nagekom het, en dat die aksie derhalwe afgewys is. Gestel voorts die eiser het hierna weereens 'n aksie teen die verweerder ingestel wat gegrond was op dieselfde beweerde terugtrede, met die enigste verskil dat die eiser skadevergoeding gevorder het. Hoewel die aangevraagde regshulp in die twee aksies verskil het, was 'n verslapping van die letterlike toepassing van vereiste (iii) in die tweede aksie klaarblyklik aangewese.

[14] In die onderhawige geval is die enigste verskil van bogenoemde postulaat dat die respondent nie gesteun het op 'n skuldoorsaak ten aansien waarvan hy in sy eerste aksie gefaal het nie. Die vorderings in die respondent se aksies en dié in die hipotetiese geval was egter presies dieselfde.

[15] As algemene reël kan dus gesê word dat indien 'n eiser op 'n

remedie aanspraak gemaak het en later op dieselfde skuldoorsaak ‘n aanverwante remedie trag af te dwing, hy hom vasloop teen ‘n verweer van *res judicata* weens ‘n verslapping van vereiste (iii).

[16] Toegegee kan word dat daar ‘n verskil is tussen restitusie en skadevergoeding. So byvoorbeeld is dit geen verweer teen ‘n aksie vir restitusie dat daarsonder die verweerder beter daaraan toe is as wat hy sou gewees het indien hy nie die kontrak aangegaan het nie. Nietemin is vorderings vir restitusie en skadevergoeding aanverwant minstens omdat, in ‘n geval soos die onderhawige, hulle gerig is op betaling van bedrae wat ingevolge dieselfde skuldoorsaak, in die wye sin van die woord, beweerdelik verskuldig is.

[17] Met ‘n beroep op Shembe het die appellant betoog dat weens die “once and for all” reël die respondent in elk geval nie in die tweede aksie ‘n vordering kon afdwing wat hy in die eerste aksie kon aangevra het nie. In daardie saak het die verkoper (en later sy sessionaris), die reg gehad om na wanprestasie van die koper die volle balans van die koopprys te vorder (klousule 9(a) van die koopkontrak) en om by wanbetaling uit die kontrak terug te tree, in welke geval die verkoper herbesit van die verkoopte voertuig kon verkry en reeds betaalde paaiemente kon behou (klousule 9(b)).

[18] Toe die koper nie die paaiemente betyds betaal het nie, het die

sessionaris aksie teen hom ingestel. Daarin is in hoofsaak voldoening van die koper se verpligtinge ingevolge die kontrak gevorder. In die alternatief, en indien voldoening nie sou geskied nie, is aanspraak gemaak op herbesit van die verkoopte voertuig en verbeurdverklaring van reeds betaalde paalemente weens terugtrede uit die kontrak. Hy het egter nie skadevergoeding gevorder nie.

[19] Die sessionaris het vonnis by verstek ten opsigte van die hoofvordering sowel as die alternatiewe vordering verkry. Toe die koper weereens versuim het om te voldoen, het die sessionaris op grond van die alternatiewe bevel op die voertuig beslag laat lê waarna dit verkoop is.

[20] Hierna is 'n tweede aksie teen die koper ingestel. Hierin het die sessionaris skadevergoeding gevorder bereken met verwysing na die posisie waarin hy sou gewees het indien die koper wel sy verpligtinge nagekom het. Hierdie hof het op appèl beslis dat die tweede aksie nie ontvanklik was nie.

[21] Alvorens ek by die *ratio* van die beslissing kom, is dit aangewese om te vermeld waarop die hof se bevinding **nie** gegrond was nie. In sy uitspraak het Van Winsen Wnd AR gesê dat 'n eiser nie vervulling van die verweerder se verpligtinge ingevolge 'n kontrak en alternatiewelik remedies op grond van terugtrede kan vorder nie. Die rede is dat 'n keuse tussen twee botsende stelle remedies gemaak moet word. Kies hy vervulling, verval sy dan bestaande reg

om terug te tree. Dit staan die eiser egter vry om, indien die verweerder nie aan 'n vonnisskuld ten opsigte van die balans van die koopsom voldoen nie, opnuut te kies om terug te tree. Dan kan hy egter nie verbeurdverklaring van paaieimente vorder nie. Weens die aanvaarding van die sogenaamde “double barrelled” remedie deur ons howe, kan voldoening en in die alternatief middels voortspruitende uit terugtrede, egter in een aksie afgedwing word.

[22] Van Winsen Wnd AR het vervolgens daarop gewys dat die eiser in Shembe nie geregtig was om ingevolge klousule 9(b) op behoud van reedsbetaalde paaieiment aanspraak te maak nie. Derhalwe, so het hy voorts bevind, was die alternatiewe vonnis verkeerd verleen. Vanweë die houding van die partye aangaande die vrae wat beslis moes word, het hy egter voortgegaan om te veronderstel dat die verstekvonniss nie aanvegbaar was nie. Dit volg dus dat die uitspraak tot dusver nie gebaseer was op die uitoefening van 'n keuse deur die eiser nie.

[23] Ek kom dan by die kern van die motivering vir die uitspraak. Dit blyk eerstens uit die volgende passasie (op 472A):

“The law requires a party with a single cause of action to claim in one and the same action whatever remedies the law accords him upon such cause”.

Net hierna is egter gesê (op 472B):

“This is the *ratio* underlying the rule that, if a cause of action has previously been finally litigated between parties, then a subsequent attempt by the one to proceed against the other on the same cause for the same relief can be met by an *exceptio rei judicatae vel litis finitae*”.

[24] Dit blyk dus dat Van Winsen Wnd AR die “once and for all” reël gesien het as ‘n uitvloeisel van die *exceptio rei judicatae*. Uit ‘n ander oogpunt beskou, vind daar by die toepassing van die reël ‘n verslapping van vereiste (iii) plaas.

[25] Dit is nodig om weereens te onderstreep dat in Shembe in die alternatiewe aksie restitusie (herbesit van die motor), en in die tweede aksie skadevergoeding gevorder is. Ek kan dus nie die wesentlike feite van daardie saak van dié van die onderhawige geval onderskei nie.

[26] In die uitspraak van die hof *a quo* in die huidige appèl is die moontlikheid geopper dat die passasies hierbo aangehaal *obiter dicta* was. Dit blyk egter (op 472E) dat Van Winsen Wnd AR met verwysing na art 4 die Wet op Strafbedinge 15 van 1962, slegs **addisionele** redes vermeld het waarom die aksie vir skadevergoeding moes misluk.

[27] Ek sluit nie die moontlikheid uit dat bogenoemde reël in uitsonderlike gevalle nie toepassing vind nie. Indien dit wel die regsposisie is, sal die eiser egter by wyse van repliek of andersins op sodanige omstandighede

moet steun.

[28] Ek het reeds vermeld dat die hof *a quo* bevind het dat die appellant hom nie op die reël kon beroep nie omdat dit nie spesifiek gepleit was nie. Soos pas geblyk het, was hierdie siening verkeerd. 'n Beroep op die reël is immers volgens Shembe 'n beroep op die *exceptio*. Bowendien hoef 'n party nie die regsgevolge van feite deur hom uiteengesit te etiketteer nie.

[29] In Shembe is net soos in die onderhawige geval in die eerste aksie vonnis by verstek verleen. Die respondent se advokaat het egter tereg nie betoog dat omdat vonnis nie in 'n bestrede aksie verleen is, die *exceptio* nie van toepassing was nie.

[30] Volledigheidshalwe meld ek dat die respondent in die tweede aksie beide positiewe en negatiewe interesse gevorder het. Dit was klaarblyklik nie toelaatbaar nie, maar is vir die doeleindes van hierdie appèl nie ter sake nie.

[31] Ten slotte dien vermeld te word dat wat hierbo ten aansien van 'n aksie of geding gesê is vanselfsprekend ook op mosieverrigtinge van toepassing is.

[32] Ek sou dus die appèl met koste handhaaf en die bevel van die verhoorhof dienooreenkomstig wysig.

HJO VAN HEERDEN