

THE SOUTH AFRICAN LAW REPORTS

DIE SUID-AFRIKAANSE HOFVERSLAE

APRIL 1991 (2)

VAN DER MERWE v MEADES

A

APPÈLAFDELING

JOUBERT Wn HR, NESTADT AR, KUMLEBEN AR, FH GROSSKOPF AR en NIENABER AR
1990 November 6, 28

B

Verkoop—Van grond—Voetstootsklausule—Verborgte gebreke in koopsaak—Aanspreeklikheid van verkoper vir—Omvang van —Verkoper ontnem van beskerming van voetstootsklausule waar verkoper (1) ten tyde van kontraksluiting bewus is van gebrek en (2) die bestaan daarvan dolo malo verberg met die opset om die koper te bedrieg.

C

'n Koper wat 'n verkoper die beskerming van 'n voetstootsklausule wil ontnem, moet bewys dat die verkoper (1) ten tyde van kontraksluiting bewus was van die bestaan van 'n verborge gebrek in die *merx* en (2) die bestaan daarvan *dolo malo* van die koper verberg het met die opset om hom te bedrieg.

D

Hadley v Savory 1916 TPD 385 en *Van der Merwe v Culhane* 1952 (3) SA 42 (T) omvergewerp.
Die beslissing in die Noord-Kaapse Afdeling in *Meades v Van der Merwe* omvergewerp.

Sale—Of land—Voetstoots clause—Latent defects in property sold—Liability of seller—Scope of—Seller deprived of protection of voetstoots clause where seller (1) aware of defect at time of making of contract and (2) dolo malo conceals its existence with the intention of defrauding purchaser.

E

A seller will be deprived of the protection afforded by a voetstoots clause where the purchaser can prove that the seller (1) was aware of a defect in the *merx* at the time of the making of the contract and (2) *dolo malo* concealed its existence from the purchaser with the purpose of defrauding him.

F

Hadley v Savory 1916 TPD 385 and *Van der Merwe v Culhane* 1952 (3) SA 42 (T) overruled.
The decision in the Northern Cape Division in *Meades v Van der Merwe* reversed.

G

A Appèl vanaf 'n beslissing in die Noord-Kaapse Afdeling (Van Rhyn RP). Die feite blyk uit die uitspraak van Joubert Wn HR.

S J du Plessis namens die appellant het na die volgende gesag verwys: *Trust Bank van Afrika Bpk v Bekker* 1961 (3) SA 236 (T) op 238H–239A; *Knight v Hemming* 1959 (1) SA 288 (FC) op 290E–F, 290H–291A; *Holmdene Brickworks (Pty) Ltd v Roberts Construction Co Ltd* 1977 (3) SA 671 (A) op 683H; *Curtain Crafts (Pty) Ltd v Wilson* 1969 (4) SA 221 (OK) op 223B; *Glaston House (Pty) Ltd v Inag (Pty) Ltd* 1977 (2) SA 846 (A) op 867G; *Hadley v Savory* 1916 TPD 385; *Knight v Trollip* 1948 (3) SA 1009 (D); *Dibley v Furter* 1951 (4) SA 73 (K); *Van der Merwe v Culhane* 1952 (3) SA 42 (T); *Cloete v Smithfield Hotel (Pty) Ltd* 1955 (2) SA 622 (O); *Speight v Glass and Another* 1961 (1) SA 778 (N); *Crawley v Frank Pepper (Pty) Ltd* 1970 (1) SA 29 (N); *Mackeurtan Sale of Goods in South Africa* 5de uitg op 141; *Wells v South African Aluminite Co* 1927 AD 69 op 72; *Hamman v Moolman* 1968 (4) SA 340 (A) op 348D–H; *Kern Trust v Hurter (Edms) Bpk* 1981 (3) SA 607 (K) op 609H–616G; *Ericson v Gernie Motors (Edms) Bpk* 1986 (4) SA 67 (A) op 91E–F. *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 (3) SA 824 (A) op 832H.

H J Lacoek namens die respondent het na die volgende gesag verwys: *Glaston House (Pty) Ltd v Inag (Pty) Ltd* 1977 (2) SA 846 (A); *Knight v Hemming* 1959 (1) SA 288 (FC); *Lewak v Sanderson* 1925 CPD 267; *Flaks v Sarne and Another* 1959 (1) SA 222 (T); *Dibley v Furter* 1951 (4) SA 73 (K); *Orban v Stead and Another* 1978 (2) SA 713 (W); *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 (3) SA 824 (A); *Siman & Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1984 (2) SA 888 (A).

Cur adv vult.

F *Postea* (November 28).

Joubert Wn HR: Omstreeks 1958 het mnr Human op erf 4169 te Kimberley 'n woonhuis gebou waarin hy en sy vrou vir ongeveer 20 jaar gewoon het. Na sy oorlye het mev Human die woonhuis aan ene Du Plooy verkoop. Op 1 Augustus 1983 het die appellant ('Van der Merwe') die woonhuis van mev Du Plooy vir R180 000 gekoop en dit met sy gesin op 23 Maart 1984 betrek. Op 10 September 1986 het Van der Merwe die woonhuis aan die respondent ('Meades') vir R220 000 verkoop. Op 6 Februarie 1987 is die woonhuis aan Meades getranspoteer maar Van der Merwe het voortgegaan om in die woonhuis as huurder tot die einde van Maart 1987 te woon.

Klousule 8 van die koopkontrak tussen Van der Merwe en Meades bevat 'n voetstootsklousule waarvan die relevante gedeelte soos volg lees:

'Die eiendom word "voetstoots" en soos dit staan, verkoop en die verkoper gee geen waarborg met betrekking tot die geboue en enige verbeterings op die eiendom nie. Die verkoper sal ook nie aanspreeklik wees vir enige verborge of sigbare gebreke in die eiendom nie.'

Op 7 Mei 1987 het Meades in die Noord-Kaapse Afdeling van die Hooggeregshof 'n eis teen Van der Merwe ingestel vir die betaling van R32 000 synde die koste verbonde aan die herstel van 'n verborge gebrek in die dakkonstruksie van die woonhuis. Die verhoor het op 8 September 1988 begin en op 23 September 1988 het Van Rhyn RP die eis met koste

toegestaan. Met verlof van die Hof *a quo* kom Van der Merwe tans na hierdie Hof in hoër beroep teen daardie uitspraak.

Na aanleiding van die tweespalt in ons regspraak soos weerspieël in die Transvaalse en die Natalse standpunte oor die basis waarop 'n koper, wat van die bestaan van die verborge gebreke ten tyde van die aangaan van die koopkontrak onbewus was, 'n voetstootsklousule regtens kan aanveg, is dit nodig om ons gemene reg op hierdie gebied te raadpleeg. Met ander woorde, wat moet 'n koper bewys om die beskerming te ontnem wat 'n voetstootsklousule aan 'n verkoper verleen ten opsigte van aanspreeklikheid vir verborge gebreke?

Reeds in die Romeinse Republiek voor die Christelike jaartelling het die *Curules Aediles*, wat toesig en beheer oor die markverkeer gehad het, twee edikte uitgevaardig waarvan die tekste te vind is in *D* 21.1.1.1 en 38.1. Daarin word die verkoper van slawe (*mancipia*) en lasdiere (*iumenta*) op 'n mark verplig om die bestaan van bepaalde liggaamlike siektes (*morbi*) en seker gebreke (*vitia*) van die *merx* aan die koper bekend te maak. In 'n byvoegsel (*elogium*) tot die een edik het die *Curules Aediles* die bepaling daarvan tot vee (*pecus*) uitgebrei, soos blyk uit *D* 21.1.38.5. Die regsmiddels wat hulle aan die koper verleen het, was die *actio redhibitoria* om teruggawe van die koopprys, of vrystelling van betaling daarvan, teen teruglewering van die *merx* te eis, terwyl vermindering van die koopprys met die *actio quanti minoris* geëis kon word waar dit na die aangaan van die koop blyk dat die *merx* ten tyde van die aangaan van die koop wel een van die siektes of gebreke gehad het wat nie deur die verkoper aan die koper bekend gemaak is nie. Die koper moes egter by die aangaan van die koop van die bestaan van die siekte of gebrek onbewus gewees het (*D* 21.1.14.10 en 48.4). Die Romeinse juriste het die bepaling van die aediliese edikte ontwikkel en uitgebrei soos blyk uit die uittreksels van hul geskrifte wat opgeneem is in *D* 21 titel 1 (*De Aedilicio Edicto et Redhibitione et Quanti Minoris*). Onder *Justinianus* was die aediliese aksies beskikbaar vir 'n koper van enige spesifieke saak, roerend of onroerend (behalwe ingeval van fiskale verkopings), ongeag die plek waar die koop aangegaan is, solank die verborge gebreke by die aangaan van die koop aanwesig was sonder dat die koper daarvan bewus was. Die feit dat die verkoper by die aangaan van die koop glad nie van die bestaan van die verborge gebreke geweet het nie, was volkome irrelevant (*D* 21.1.1.2). Die posisie van 'n *bona fide* verkoper onder die aediliese edikte was derhalwe uitermate ongunstig. Die doel van hierdie edikte word deur *Ulpianus* soos volg gestel in *D* 21.1.1.2:

'*Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallacii vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.*'

Watson* se vertaling:

* *The Digest of Justinian* (Mommsen/Krueger ed)—English Translation edited by Alan Watson (University of Pennsylvania Press) band II op 602—Reds.

A 'This edict was promulgated to check the wiles of vendors and to give relief to purchasers circumvented by their vendors. It must, though, be recognised that the vendor is still liable, even though he be unaware of the defects which the aediles require to be declared. There is nothing inequitable about this; the vendor could have made himself conversant with these matters; and in any case, it is no concern of the purchaser whether his deception derives from the ignorance or the sharp practice of his vendor.'

B Al troos vir die verkoper was dat geen vergoeding vir gevolgskaad (*id quod interest*) uit hoofde van die verborge gebreke van hom met die aediliese aksies deur die koper geëis kon word nie. Om vergoeding vir gevolgskaad te eis, moet die koper van die *actio empti* gebruik maak, maar dan moet hy bewys dat die verkoper ten tyde van die aangaan van die koop bewys van die verborge gebreke was dog dit bedrieglik (*dolo malo*) verswyg het. D 19.1.13 pr, 13.1; D 18.1.43.2; Van Warmelo *Vrywaring teen gebreke by Koop in Suid-Afrika* proefskrif Leiden 1941 op 53; Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 2de druk op 263; Zimmermann *The Law of Obligations* (1990) op 308-9. Die koper sou ook indien hy by wyse van 'n stipulatio met die verkoper vir die afwesigheid van verborge gebreke gestipuleer het, die *actio ex stipulatu* kon aanwend om vergoeding van gevolgskaad te eis. D 21.1.44.2; D 21.2.16.2, 31, 32, Van Warmelo (*op cit* op 30).

E *Digesta*-tekste waarin die woord *dolus* voorkom, moet met groot omsigtigheid benader word omdat die Romeinse juriste van die klassieke periode (150 vC tot 250 AD) daaronder *mala fides* verstaan het, en nie *dolus malus* of *fraus* in die tegniese betekenis van bedrog soos omskrywe deur Labeo in D 4.3.1.2 waarop die *actio doli (mali)* en die *exceptio doli (mali)* gebaseer is nie. Van Oven (*op cit* op 260):

F '*Dolus* had in het klassieke recht de betekenis van kwade trouw, niet van opzet, wetenschap of arglist.'

G In die Romeinse reg was dit vir 'n verkoper en 'n koper geoorloof om deur ooreenkoms die verkoper te onthef van aanspreeklikheid onder die aediliese edikte (D.2.14.31). Raadpleeg die Duitse juris Von Glück (1755-1831) *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* (1796) band 4 op 264. Hulle was volkome vertrouwd met wat in die Romeins-Hollandse reg 'n voetstootsklausule genoem word ofskoon hierdie benaming aan hulle onbekend was. Ek sal voortaan na die Romeinse eweknie geriefliksheidshalwe as 'n voetstootsklausule verwys. 'n Verkoop bevattende 'n voetstootsklausule was bekend as *venditio simpliaria* (Buckland *A Textbook of Roman Law* 2de druk op 493).

I Waar 'n koper niteenstaande die aanwesigheid van 'n voetstootsklausule die verkoper aanspreek met 'n aediliese aksie of 'n *actio empti* omdat die *merx* verborge gebreke het, dan kon die verkoper met die *exceptio pacti* hom op die voetstootsklausule beroep. Die koper kon dan repliseer met die *replicatio doli (mali)*, sodat hy dan moet bewys dat die verkoper ten tyde van die aangaan van die koop bewys was van die bestaan van die verborge gebreke maar hul bestaan opsetlik verswyg het met die oogmerk om die koper te bedrieg (*circumveniendi emptoris causa*), met ander woorde hy moet bewys dat die verkoper *dolo malo* die verborge gebreke verswyg het. Slaag die koper daarin om dit te bewys dan kan die J verkoper hom nie op die beskerming van die voetstootsklausule beroep

nie. (Moyle *The Contract of Sale in the Civil Law* (1892) op 215.) Raadpleeg A D 19.1.39, D 19.1.6.9. Ek haal D 21.1.14.9 (Ulpianus) aan:

'*Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo et de cetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum est eo quod convenit (remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus), nisi sciens venditor morbum consulto reticuit: tunc enim dandam esse de dolo malo replicationem.*'

(My beklemtoning.) Watson* se vertaling daarvan met my kursivering:

'If the vendor expressly exclude some disease and, for the rest, declare the slave healthy or give security in respect thereof, the agreement made is to be observed (for there is no return for those who forego their redress) unless the vendor, knowing of the disease, deliberately kept silent about it; in such case, the defence of fraud will be available.'

C Die standpunt van die Romeinse reg is derhalwe glashelder: 'n koper wat 'n verkoper die beskerming van 'n voetstootsklausule wil ontnem, moet bedrog (*dolus malus*) aan die kant van die verkoper bewys by die aangaan van die koop bevattende die voetstootsklausule, dws die verkoper moes toe bewys gewees het van die bestaan van die verborge gebreke wat hy D opsetlik verswyg het ten einde die koper te bedrieg.

E Die Romeinse reg betreffende die voetstootsklausule word deur resepsie deel van die Romeins-Hollandse reg ofskoon die bespreking daarvan deur die Nederlandse juriste bra skraal is. Van Leeuwen (1626-1682) *Het Roomsche Hollandsche Recht* 4.18.7 en *Censura Forensis* 1.4.19.15 verwys na hierdie klausule as 'met den voet te stoten'. So ook Wassenaar (1589-1664) in sy *Practyck Notariael* cap 12 nr 8. Kersteman (1728-1793) in sy *Hollandsch Rechtsgeleert Woordenboek* 1768 sv 'Koop' op 235 gebruik 'voetstoots'. So ook in die regspraak soos blyk uit 1 *Observationes Tumultuariarum* 749 en 2 *Observationes Tumultuariarum Novae* 763.

F Dit bring ons by dié belangrike passasie van Voet (1647-1713) 21.1.10 waarvan ek die teks in vier dele met nommers tussen () hakies gaan onderverdeel ten einde bespreking daarvan te vergemaklik. Die teks lees soos volg:

- (1) *Venditoris scientiam aut ignorantiam quod attinet, ea quantum ad has actiones non consideratur, dum placuit, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae aediles praestari jubent, tamen teneri debere (si modo excipias servitutem celatam secundum ea, quae supra num 1 notata) quia non interest emptoris, an ignorantia venditoris fallatur, an calliditate.* D 21.1.1.2.
- (2) *Quamvis venditor, qui vitium scivit, insuper ad damni totius, quod emptori ex vitiosa re illatum est, reparationem teneatur; ad quam non est obligatus, qui ignoravit, nisi fuerit artifex.* Cod 4.58.1 arg D 19.1.13; D 19.2.19.1; Mynsingerus Cent 1 Observ 56 in fine; Ant Faber Cod lib 4 tit 33 defin 1; Maevius Ad Jus Lubec lib 3 tit 6 art 14 num 11 & seqq.
- (3) *De caetero venditorem, qui vitium scivit, non excusabit, quod tempore venditionis generaliter pactus fuerit, ac protestatus, se rem vendere, qualis est, nec de vitis ejus morbisve velle teneri; eo quod generali illa formula callide atque insidiosae obscure locutus videtur; qualem omnino teneri, patet arg. D 18.1.43.2, Ant Faber Cod lib 4 tit 33 defin 1 num 4, 5 Gomeisius Variar Resol tom 2 cap 2 num 49.*
- (4) *Quin imo, si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo, & de caetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum quidem est eo quod convenit, si venditor morbi istius certam scientiam non habuerit, quia remittentibus actiones suas non est*

*Watson (*op cit* band II op 605)—Reds.

A *regressus dandus; sed si sciens morbum, consulto reticuerit, dandum esse de dolo replicationem, Ulpianus tradit D 21.1.14.9, D 19.1.6.9, D 19.1.39, Maevius Ad Jus Lubec lib 3 tit 6 art 14 nr 14, 15.*

(Beklemtoning in (3) van *qualis est* deur my.)

B Hierdie passasie word gevind in die hoofstuk (*De Aeditio Edicto & Redhibitione, & Quanti Minoris*) waarin Voet die aedilisiere edikte en hul regsmiddels behandel. Gedeelte (1) van die passasie vertaal ek soos volg:

'Wat betref wete of onwetenskap van die verkoper, word dit sover as dit hierdie aksies aangaan nie oorweeg nie, aangesien dit aanvaar is dat die verkoper hoewel hy onwetend is van daardie aangeleenthede waarvoor hy deur die *aediles curules* beveel is om verantwoordelik te wees, desnietemin aanspreeklik behoort te wees (mits u die verborge servituut uitsonder volgens wat hierbo in nr 1 vermeld is) omdat dit vir die koper nie van belang is of hy deur die verkoper se onwetenskap of geslepenheid bedrieg is nie, D 21.1.1.2.'

D Hier beroep Voet hom op D 21.1.1.2, wat ek hierbo aangehaal het, se slotwoorde vir die stelling van Ulpianus dat dit vir die aedilisiere aanspreeklikheid van die verkoper irrelevant is of hy by die aangaan van die koop bewus of onbewus van die bestaan van die verborge gebreke was. Behalwe om te sê dat die koper by die aangaan van die koop van hul bestaan onbewus moes gewees het (D 21.1.14.10 en 48.4), verg dit geen verdere kommentaar nie.

E In gedeelte (2) wys Voet egter daarop dat 'n verkoper wat by die aangaan van die koop bewus was van die bestaan van 'n verborge gebrek bowendien (onder die *actio empti*) aanspreeklik is om die koper se gevolgskade te vergoed. Dog indien die verkoper onbewus daarvan was, is hy nie aanspreeklik vir gevolgskade nie tensy hy 'n vakman (*artifex*) was. F *Gane* vertaal gedeelte (2) aldus:

'A seller, however, who was aware of a defect is held liable in addition to make good the whole loss which has been inflicted upon the purchaser as a result of the defective thing; though one who was ignorant is not put under obligation for this unless he was a craftsman.'

G Gedeelte (3) is van besondere belang omdat Voet daarin 'n voetstootsklousule lousule opper. Een van die wyses waarvolgens die Romeine na 'n voetstootsklousule verwys het, was wanneer 'n *merx* verkoop word *qualis est* (soos dit is). Ek vertaal gedeelte (3) soos volg:

H 'Origens sal dit nie 'n verkoper wat bewus van die gebrek was, verontskuldig nie waar hy ten tyde van die verkoop in algemene terme beding en verklaar het dat hy die *merx* voetstoots verkoop en dat hy nie vir die gebreke en die siektes daarvan aanspreeklik wil wees nie. Dit is om die rede dat hy beskou word om deur daardie algemene formule van die voetstootsklousule geslepe en bedrieglik op 'n obskure wyse te gepraat het, soos blyk uit D 18.1.43.2, Ant Faber *Cod* lib 4 tit 33 defin 1 num 4,5 Gomeisus *Variar Resol* tom 2 cap 2 num 49.'

I *Gane* vertaal dit soos volg:

J 'For the rest a seller who was aware of a defect will not be excused by the fact that at the time of sale he generally agreed and declared that he was selling the thing such as it is, and that he did not wish to be held liable for its defects and diseases. That is because by such a general form of words he appears to have spoken darkly in artfulness and trickery; and it is clear inference from the passages cited below that such a person is in every way held liable.'

Ek laat weg 'the passages cited below' in voetnoot 3 van die vertaling. Voet A se beroep op D 18.1.43.2 is veelseggend omdat hierdie *Digesta*-teks soos volg lees:

'*Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiosae obscure dissimulat.*'

Watson* se vertaling daarvan is soos volg:

B 'The vendor must guarantee that he is free of fraud, which comprises not merely the use of obscure language in order to deceive but also circumventing concealment.'

C Volgens D 18.1.43.2 behoort 'n verkoper daarvoor in te staan dat bedrog by hom afwesig is, wat nie slegs daarin bestaan dat hy met die oogmerk om te bedrieg op 'n obskure wyse praat nie maar ook listig op 'n obskure wyse verberg. In gedeelte (3) pas Voet die Romeinse reg toe. 'n Verkoper wetende van 'n gebrek in die *merx* wat 'n voetstootsklousule in *algemene terme* beding, tree *dolo malo* op sodat hy nie van aanspreeklikheid onthef word nie. Dit word versterk deur wat Voet in gedeelte (4) verkondig. D Gedeeltes (3) en (4) behoort in samehang gelees te word. Ek kan verder daarop wys dat die Franse juris *Antonius Faber* (1557-1624) op wie Voet steun, 'n uitspraak van 'n Franse Hof in die jaar 1589 vermeld wat op die Romeinse reg gebaseer is. Die 16de eeuse Spaanse juris *Antonius Gomezius* na wie Voet verwys, steun op die relevante *Digesta*-tekste soos D 18.1.43.2; D 19.1.1.1; D 19.1.6.9; D 19.1.13.6 en D 19.1.39, benewens die E opvatting van die middeleeuse Kommentatore en Kanoniste.

Ek behandel nou gedeelte (4) wat ek soos volg vertaal:

F 'Waar die verkoper inderdaad (in 'n voetstootsklousule) uitdruklik (aanspreeklikheid) vir 'n bepaalde siekte uitgesonder het terwyl hy die *merx* gesond verklaar of toegesê het betreffende ander siektes dan moet die (koop) gehandhaaf word indien die verkoper nie vasstaande kennis van die betrokke siekte gehad het nie omdat geen regres verleen word aan (kopers) wat afstand van hul aksies gedoen het nie. Dog indien die verkoper wel geweet het van die betrokke siekte maar dit opsetlik verswyg het dan moet 'n *replicatio doli (mali)* aan die koper verleen word soos Ulpianus in D 21.1.14.9 meedeel. D 19.1.6.9, D 19.1.39, Maevius *Ad Jus Lubec* lib 3 tit 6 art 14 nr 14, 15.'

G Die werk van Maevius was nie vir my beskikbaar nie. *Gane* se vertaling van gedeelte (4) is soos volg:

H 'Nay indeed if a seller has in so many words made an exception of some disease, and for the rest has stated or promised that (the slave or animal) is sound, the parties ought in sooth to stand by the covenant which was made, unless he was definitely aware of such disease. That is because no recourse ought to be granted to those who forgo actions. But Ulpian lays down that if, being aware of the disease, he deliberately held his peace, a replication of fraud ought to be granted. D 21.1.14.9, D 19.1.6.9, D 19.1.39; Maevius *Law of Lubeck* book 3 tit 6 art 14 nn 14 and 15.'

I In gedeelte (4) pas Voet ook die Romeinse reg toe deur verbatim die woorde van Ulpianus in D 21.1.14.9 te gebruik. 'n Koper wat 'n verkoper sy beskerming onder die voetstootsklousule wil ontnem, moet bedrog (*dolus malus*) aan die kant van die verkoper bewys, dws dat die verkoper by die aangaan van die koop bewus was van die bestaan van die verborge

* Watson (op cit band II op 520)—Reds.

A gebrek wat hy opsetlik verberg het met die oogmerk om die koper te bedrieg. Dit is die antwoord volgens ons gemene reg op die vraag wat ek hierbo gestel het.

B Wat ons regspraak betref, het hierdie Hof in die meerderheidsuitspraak van Galgut Wn AR in *Glaston House (Pty) Ltd v Inag (Pty) Ltd* 1977 (2) SA 846 (A) op 867G-868A verwys na die teenstelling tussen die Natalse en die Transvaalse standpunte in verband met die voetstootsklausule sonder om dit nodig te ag om tussen hulle te kies. Die Natalse standpunt oor die voetstootsklausule is soos volg gestel deur Selke R in *Knight v Trollip* 1948 (3) SA 1009 (D) op 1013:

C 'I think it resolves itself to this, viz that here the seller could be held liable only in respect of defects of which he knew at the time of the making of the contract, being defects of which the purchaser did not then know. In respect of those defects, the seller may be held liable where he has designedly concealed their existence from the purchaser, or where he has craftily refrained from informing the purchaser of their existence. In such circumstances, his liability is contingent on his having behaved in a way which amounts to a fraud on the purchaser, and it would thus seem to follow that, in order that the purchaser may make him liable for such defects, the purchaser must show directly or by inference, that the seller actually knew. In general, ignorance due to mere negligence or ineptitude is not, in such a case equivalent to fraud.'

D Hierdie benadering is basies in ooreenstemming met wat 'n koper E gemeenregtelik moet bewys om 'n verkoper die beskerming van 'n voetstootsklausule te ontnem, nl:

- F (1) dat die verkoper ten tyde van die aangaan van die koop daadwerklik bewys was van die bestaan van die verborge gebrek in die *merx*; en
- (2) dat die verkoper die bestaan van die verborge gebrek teenoor die koper *dolo malo* verswyg het, dws opsetlik (*consulto*) met die oogmerk om die koper te bedrieg (*circumveniendi emptoris causa*).

G Die Transvaalse standpunt vir sover dit deur De Villiers RP in *Hadley v Savory* 1916 TPD 385 en Bresler Wn R in *Van der Merwe v Culhane* 1952 (3) SA 42 (T) ingeneem is, nl dat die verkoper wat bewys is van 'n verborge gebrek ten tyde van die koop maar dit nie aan die koper openbaar nie, sy beskerming onder 'n voetstootsklausule ontnem word, is nie in ooreenstemming met ons gemene reg nie, soos blyk uit die voorgaande, veral gedeeltes (3) en (4) van *Voet* 21.1.10 wat gebaseer is op *D* 18.1.43.2, *D* 21.1.14.9, *D* 19.1.6.9, *D* 19.1.13.1, *D* 19.1.39. Hierdie standpunt H behoort derhalwe nie nagevolg te word nie.

I Vervolgens wend ek my tot die geskilpunte in die onderhawige geval. Soos vermeld, het Meades op 7 Mei 1987 teen Van der Merwe 'n eis vir die betaling van R32 000 vir die herstel van 'n verborge gebrek in die dakkonstruksie van die woonhuis ingestel. Die hoofeis, gebaseer op die *actio quanti minoris*, berus op die bewering dat Van der Merwe ten tyde van die koop bewys van die verborge gebrek was maar die bestaan daarvan opsetlik en bedrieglik teenoor Meades verswyg het. In die alternatief is beweer dat Van der Merwe dit nalatiglik verswyg het. Van der Merwe, wat in sy verweerskrif ontken het dat hy ten tyde van die aangaan van die koop van die verborge gebrek bewys was, het gepleit dat sy aanspreeklikheid J deur die bepaling van die voetstootsklausule uitgesluit is. Wanneer die

pleitstukke in samehang met die notule van die voorverhoorsamespreking A gelees word, dan is dit gemene saak tussen die partye dat daar ten tyde van die aangaan van die koop 'n verborge gebrek in die konstruksie van die dak was wat lewensgevaarlik was deurdat geen windverspanning in die dak aangebring is nie, dat sodanige gebrek herstel benodig wat R32 000 behoort B en dat Meades ten tyde van die koop onbewys van die bestaan van die verborge gebrek was. Die geskilpunte was:

- (1) of Van der Merwe ten tyde van die aangaan van die koop werklik bewys van die bestaan van die verborge gebrek was; indien wel, (2) of Van der Merwe die bestaan van die verborge gebrek opsetlik en bedrieglik, alternatief nalatiglik, teenoor Meades verswyg het. (Die skuldoorsaak gegrond op nalatigheid is voor ons laat vaar.) C

Die bewyslas het deurgaans op Meades gerus om op 'n oorwig van waarskynlikhede die inhoud van die geskilpunte te bewys.

D Om hom van die bewyslas te kwyf, het Meades sterk gesteun op 'n mededeling wat mev Human aan Van der Merwe oor die toestand van die dak gemaak het voor die aangaan van die koop met Meades. Verder het Meades ook getuienis aangebied oor Van der Merwe se reaksie toe hy op 16 Maart 1987 met die toestand van die dak gekonfronteer is.

E Volgens mev Human se getuienis het Van der Merwe, nadat hy die woonhuis gekoop het en reeds daarin gewoon het, spesifiek met haar oor die dak van die woonhuis gepraat. Sy het hom vertel dat haar oorlede man nie gelukkig was nie met 'n deel van die dak wat 'n bietjie hol geraak het. Haar oorlede man het 'n ingenieur gekry om in die dak te klim en dit te inspekteer. Die ingenieur het na sy inspeksie vir hulle vertel dat die dak veilig is. Hulle kon nog 20 jaar in die woonhuis bly. Die ingenieur het wel gemeen daar was te min hout in die dak. Haar getuienis oor die ingenieur se bewering betreffende te min hout in die dak is nooit in kruisondervrag- F ning aangeval nie.

G Meades het aan die westelike kant van die woonhuis aangebou. Toe die aanbouing dakhooft is, het hy op 16 Maart 1987 mnre Krist en Van Zyl van Hodgetts Timbers gekry om die opmetings van die nuwe dak te doen wat by die bestaande dak moes aanpas. Om dit te doen, moes hulle gaan kyk na die dakkappe van die bestaande dak. Die aanbouing was aan die teenoorgestelde kant van die woonhuis as die gewelmuur en die swembad. Krist en Van Zyl se inspeksie van die bestaande dak het aan die lig gebring dat die dakkappe skuins lê in die rigting van die gewelmuur en die swembad omdat die dak nie kruisverspannings gehad het nie. 'n Groot skoorsteen in die middel van die dak het vermoedelik die dak staande H gehou. Hulle het die dak weens die fout in sy konstruksie as baie onveilig beskou. Van Zyl het Meades telefonies ontbied wat dadelik na die toneel gekom het. Daar het hulle hom gewys hoe die gewelmuur oorhel en hom oor die dak se toestand ingelig.

I Van der Merwe en sy vrou het ook by die toneel opgedaag waar 'n ontstoke Meades vir Van der Merwe gekonfronteer het. Hy wou van Van der Merwe weet of hy bewys was van die fout in die dak. Die strekking van die getuienis van Krist, Van Zyl en Meades was dat Van der Merwe nie verbaas was nie. Van der Merwe het erken dat hy bewys van die probleem met die dak was maar hy was gerusgestel deur wat mev Human hom van die ingenieur se bevinding vertel het, sodat hy dit nie nodig geag J

A het om Meades daarvan te verwittig by die aangaan van die koop nie. Daar is heelwat aandag in die getuienis bestee aan die vraag of die gesprek oor die dak of die gewelmuur gedraai het.

B Van der Merwe se getuienis was dat hy kort nadat hy in die woonhuis getrek het, bemerk het dat die gewelmuur skuins was. Hy het gemeen dis skeef gebou. Hy het al die jare wat hy die woonhuis bewoon het geen verslegting van die oorhel van die gewelmuur agtergekom nie. Hy het ook geen krake in die mure bemerk nie. Hy het mev Human oor die gewelmuur gevra wat skuins is en nie oor die dak nie. Wat sy hom vertel het oor die ingenieur se bevinding betreffende die dak het hom gerusgestel dat daar geen gevaar was nie en dat die dak veilig was. Hy het ontken dat sy aan hom vertel het dat daar volgens die ingenieur te min hout in die dak was. Sy hoofslaapkamer is by die gewelmuur. Hy het 'n swembad wat hom ongeveer R12 000 gekos het twee meter vanaf die gewelmuur gebou. Hy het self geen kennis van dakke nie. Hy was self nooit in die dak nie. Hy het wel geweet daar was 'n defek in die dak maar hy het nie die aard en D omvang daarvan geken nie. In kruisondervraging het hy getuig dat hy dit nie met die aangaan van die koop aan Meades openbaar het nie. Sy woorde was:

'Ja, ek het dit afgeskud en ek het gereken daar is niks verkeerd nie.'

E Hy het nie daaraan gedink met die aangaan van die koop nie omdat hy gerusgestel is deur die bevinding van die ingenieur soos mev Human dit aan hom gestel het.

F Die Verhoorregter het dit belangrik geag dat mev Human Van der Merwe meegedeel het dat daar volgens die ingenieur te min hout in die dak was. Hy glo Van der Merwe nie dat hy nie geweet het dat die gebrek te doen het met te min hout in die dak nie.

G Na my oordeel het die Verhoorregter fouteer. Dit is gemene saak dat daar 'n verborge gebrek in die dak was vir sover geen windverspanning in die dak aangebring is nie. Die bewyslas is op Meades om aan te toon dat Van der Merwe ten tyde van die koop eerstens van die bestaan van die verborge gebrek bewus was en dit tweedens doelbewus verswyg het. Daar is geen aanvaarbare getuienis waarvan selfs die eerste afleiding gemaak kan word nie. Die getuienis van mev Human gaan nie eens sover as om op die bestaan van 'n werklike probleem te dui, gedagtig aan wat die ingenieur haar meegedeel het nie. Wat Van der Merwe van haar gehoor het, was gerusstellend omdat die ingenieur se bevinding was dat die dak veilig is en H dat hulle nog 20 jaar in die woonhuis kon woon. Ofskoon Van der Merwe nie allesins 'n bevredigende getuie was nie en hy homself soms weerspreek het, is ek van oordeel dat sy getuienis in die lig van die voorgaande heeltemal aanneemlik is dat hy vantevore wel gehoor het van 'n probleem in die dak, ofskoon nie van die verborge gebrek soos dit gepleit is nie, maar nie die aard en omvang daarvan besef het nie. Hy was gerusgestel I deur mev Human se mededeling van die ingenieur se bevinding aangaande die veiligheid van die dak. Van der Merwe se hele optrede om met sy gesin in die woonhuis te bly en om die swembad digby die gewelmuur te bou, is faktore wat sy gerusstelling oor die dak se toestand onderskraag. Na my oordeel het Meades nie daarin geslaag om op 'n oorwig van waarskyn- J likhede hom van die bewyslas te kwyt dat Van der Merwe by die aangaan

van die koop werklik bewus was van die bestaan van die verborge gebrek A soos gepleit nie. Meades het dus nie daarin geslaag om die inhoud van die eerste geskilpunt te bewys nie. Selfs indien Van der Merwe bewus van die bestaan van die verborge gebrek was (wat nie bewys is nie), dan het Meades geensins bewys dat Van der Merwe dit opsetlik met die bedoeling om hom te bedrieg verswyg het nie.

B Die gevolg is dat die appèl slaag met koste. Die bevel van die Hof *a quo* word deur die volgende bevel vervang:

'Die eis word met koste afgewys.'

C Appellant se Prokureurs: *Coetzee & Honiball*, Kimberley; *Hill, McHardy & Herbst*, Bloemfontein. Respondent se Prokureurs: *Hertog, Moul, Horn, Kriel & Kie*, Kimberley; *Honey & Vennote*, Bloemfontein.

PHOTOCIRCUIT SA (PTY) LTD v DE KLERK NO AND DE SWARDT NO AND OTHERS

APPELLATE DIVISION

VAN HEERDEN JA, MILNE JA, EKSTEEN JA, NIENABER JA and PREISS AJA

1990 November 8, 30

F *Labour law—Labour Relations Act 28 of 1956—Industrial council—Settlement of disputes—Function of council in terms of s 23(1) of Act limited to a mediating role—Council having no adjudicatory powers—Such also the position in regard to other functions of the council in terms of s 23(1) of Act.*

G *Labour law—Labour Relations Act 28 of 1956—Industrial council—Settlement of disputes—Jurisdiction to settle dispute between employers and employees conferred by s 23(1)—Section 23(1) extending jurisdiction of council to non-members of the council.*

H *Labour law—Labour Relations Act 28 of 1956—Industrial council—Industrial council agreement—Declaration by Minister in terms of s 48(1)(b) (prior to amendment in 1988) that agreement or specified provisions thereof binding on all employers and employees of particular industry who were not parties to the agreement and not parties to the council—Minister declaring provisions of certain agreement binding on such employers and employees in terms of s 48(1)(b) 'excluding those contained in' certain specified clauses (one such being a clause prohibiting deductions from the wages payable to employees but excluding 'deductions in respect of subscriptions to a trade union which is a party to this agreement'—Minister thereby doing precisely what s 48(1)(b), read with s 24(1)(d), empowered him to do, i.e. to declare that all the provisions of the agreement or 'such provisions thereof as he may*