

## MINISTER VAN LANDBOU-TEGNIËSE DIENSTE V. SCHOLTZ.

(APPÈLAFDELING.)

A 1970. November 2. 1971. Maart 19. VAN BLERK, WN.-H.R.,  
WESSELS, A.R., JANSEN, A.R., DE VILLIERS, WN.-A.R., en  
CORBETT, WN.-A.R.

\*Verkoping.—Van bul vir teeldoeleindes.—Stilswyende beding dat bul vrugbaar is.—Bewering dat bul egter onvrugbaar was.—Kansellasie van ooreenkoms.—Verjaring.—Eiser steun nie op actio redhibitoria nie.

OR 4 Augustus 1965 het die appellant 'n bul van die respondent, 'n bulteler, vir aanteldoeleindes gekoop. Op grond van 'n bewering dat die bul onvrugbaar was, het die appellant op 19 Augustus 1968 'n aksie ingestel om bekragtiging van kansillasie van die mondelinge ooreenkoms tussen die partye en vir die terugbetaling van die koopprys op grond van die verbreking van 'n stilswyende konsensuele waarborg dat die bul vrugbaar sou wees. In sy pleit het die respondent erken dat daar 'n stilswyende voerwaarde was dat die bul vir sy gewone doel, nl. vir aanteldoeleindes, geskik sou wees. Hy het ontken dat die bul onvrugbaar was. 'n Landdroshof het bevind dat die appellant se eis op die *actio redhibitoria* gegrond was en dat dit volgens artikel 3 (2) (b) van die Verjaringswet, 18 van 1943, verjaar het. Dié beslissing is in hoer beroep bevestig. In 'n verdere appèl,

D *Beslis*, dat die appellant nie op 'n verborge gebrek staat gemaak het nie en nie op die *actio redhibitoria* gesteun het nie.

*Beslis*, verder, dat die partye die ooreenkoms gesluit het met die verstandhouding dat die respondent onderneem het om 'n bul te lewer wat geskik sou wees vir teeldoeleindes en dat 'n stilswyende bepaling tot dien effekte 'n bepaling van die ooreenkoms was.

E *Beslis*, derhalwe, dat die pleit van verjaring ter syde gestel moes word. (DE VILLIERS, WN.-A.R., en CORBETT, WN.-A.R., het afgewyk).

Die beslissing in *Hackett v. G. & G. Radio Refrigerator Corporation*, 1949 (3) S.A. 664 (A.A.), onderskei.

Die beslissing in die Noord-Kaapse Afdeling in *Minister van Landbou-Tegniese Dienste v. Scholtz*, 1970 (3) S.A. 223, omvergoerp.

F \*Sale.—Of bull for stud purposes.—Implied stipulation that bull fertile.—Allegation that bull not fertile.—Cancellation of agreement.—Prescription.—Plaintiff not relying on actio redhibitoria.

G On 4th August, 1965, the appellant had purchased a bull from the respondent, a breeder of bulls, for stud purposes. On the ground that the bull was allegedly not fertile the appellant on 19th August, 1968, instituted an action for confirmation of the cancellation of the oral agreement between the parties and the repayment of the purchase price, basing his action on the breach of an implied consensual warranty that the bull would be fertile. In his plea the respondent admitted that there was an implied term that the bull would be suitable for its normal use, viz. stud purposes. He denied that the bull was not fertile. A magistrate's court had found that the appellant's claim was based on an *actio redhibitoria* and in terms of section 3 (2) (b) of the Prescription Act, 18 of 1943, it was prescribed. This decision was confirmed on appeal. In a further appeal,

H *Held*, that the appellant had not relied upon a latent defect and did not claim under the *actio redhibitoria*.

*Held*, further, that the parties had concluded the agreement on the basis that the respondent had undertaken to deliver a bull suitable for stud purposes and that an implied term to this effect was a term of the agreement.

*Held*, therefore, that the plea of prescription had to be set aside. (DE VILLIERS, A.J.A. and CORBETT, A.J.A., dissented).

The decision in *Hackett v. G. & G. Radio Refrigerator Corporation*, 1949 (3) 664 (A.D.), distinguished.

The decision in the Northern Cape Division in *Minister van Landbou-Tegniese Dienste v. Scholtz*, 1970 (3) S.A. 223, reversed.

[A.A.] [1971 (3)]

Appèl teen 'n beslissing in die Noord-Kaapse Afdeling (DE VOS HUGO, R.P., en VAN RHYN, R.), wat 'n beslissing van 'n landdroshof bevestig het. Die feite blyk uit die uitspraak van VAN BLERK, WN.-H.R.

H. C. J. Flemming, namens die appellant: Die getuienis toon dat die partye gekontrakteer het op die veronderstelling dat die relevante bul 'n vrugbare bul is. Dié veronderstelling is in ons reg as regsbeginseel reeds erken. Sien Kerr, *Principles of Law of Contract*, bl. 32-36; Wessels, *Law of Contract*, 2de uitg., paras. 952, 992; De Wet & Yeats, *Handelsreg en Kontraktereg*, 3de uitg. bl. 104-105; *Dickinson Motors (Pty.) Ltd. v. Oberholzer*, 1952 (1) S.A. 443; *Dutch Reformed Church Council v. Crocker*, 1953 (4) S.A. op bl. 61. Die feit dat die veronderstelling soms nie op die voorgrond staan nie verhoed nie dat dit soms 'n onmisbare skakel in die beredenering was nie. Vgl. *Roux v. Schreuder*, 1968 (3) S.A. op bl. 622. Trouens 'n meer geredelike erkenning van die veronderstellingsbeginseel sou die onderliggende beginseel gee vir die hele gebied van aanvanklike onmoontlikheid van prestasie en 'n eenvoudige dog gesonde basis gee vir 'n resultaat waartoe langs 'n steil pad gekom is in, bv., van der Westhuizen v. *Yskor Werknemers se Onderlinge Bystandsvereniging*, 1969 (4) S.A. 803. Vgl. ook die geval bespreek deur Bodenstern, 1914 S.A.L.J. op bl. 28. Die resultaat van onakkuraatheid van die veronderstelling is terugvordering van die reedsgelewerde prestasie met 'n vorm van *condictio* of *restitutio*, maar is sekerlik nie die *actio redhibitoria* waarop respondent steun nie. Dit is ook nie die *actio redhibitoria* soos bedoel in die Verjaringswet, 18 van 1943, wat geld by terugtrede uit 'n kontrak weens sulke daadwerklike kontrakbreuk nie. Met *actio redhibitoria* word verwys na 'n geval waar die koper se regs aanspraak net redhibisie omvat (uitgesonder tans die handelaar en die fabrikant), terwyl appellant se regs aanspraak in basiese inhoud ook aanspraak op skadevergoeding gee. Dat op die feite appellant sou verkies het—dalk omdat hy dit nie kan bewys nie—om nie skadevergoeding te vorder nie, verander nie die regsgrondslag van sy aangevraagde regshulp nie. Vgl. *Hackett v. G. & G. Radio and Refrigerator Corporation*, 1949 (3) S.A. op bl. 685; *Jaffe & Co. (Pty.) Ltd. v. Bocchi and Another*, 1961 (4) S.A. 358. Met *actio redhibitoria* word verwys na 'n aksie wat sekere bepaald-omskrewe elemente bevat, onder andere, dat die gebrek tydens die koop al aanwesig is, terwyl appellant se regs aanspraak sodanige bewys kan ontbeer en dit tweedens regtens in die aard van 'n toevalligheid is as die kontrakbreuk ontstaan juis daardeur dat 'n eienskap aanwesig is of ontbreek wat binne die tegniese begrip van „verborge gebrek” val. Konkursensie van aksies is bekend in vele gevalle, bv. 'n klant wat 'n hersteller op kontrak of delik aanspreek. Daar kan ook geen prinsipiële beswaar daarteen wees dat konkurrensie bestaan tussen 'n *actio redhibitoria* weens gebreke en 'n aksie gegrond op verbreking van 'n kontraktuele konsensuele term dat die goed geskik is vir hul doel nie: vgl. *Voet*, 21.1.3; *Vivian v. Woodburn*, 1910 T.S. op bl. 1289; *Overdale Estates (Pty.) Ltd. v. Harvey Greenacre & Co., Ltd.*, 1962 (3) S.A. op bl. 777G-778A, ondanks die feit dat die opsig van kontrakbreuk ook sou kwalifiseer as 'n „verborge gebrek”. In aansluiting by die aandagvestiging op konkurrensie van aksies, word ook aandag gevestig op die onderskeie toepaslikheidsgebiede van (1) veronderstelling, (2) aanspreeklikheid ooreenkomsstig die reg vir verborge ge-

[A.A.]

[1971 (3)]

breke, en (3) aanspreeklikheid ooreenkomstig *consensus* vir nie-geskiktheid vir die doel. Op die basis van die beskikbaarheid van die genoemde twee grondslae van aanspreeklikheid naas aediliese aanspreeklikheid, ontstaan die kardinale vraag of die vorm van die pleitstukke A appellant tot slegs een gebind het, nl. die *actio rehibitoria*. Die dagvaarding steun duidelik daarop dat appellant van respondent terugbetaling verg van die koopprys van die bul om die rede dat dit onvrugbaar was. Appellant het hom aldus beroep op 'n reg, nl. 'n reg om 'n betaalde koopprys terug te vorder. Op 'n behoorlike konstruksie van die Verjaringswet moet die verjaring van daardie reg bepaal word en nie die B verjaring van 'n „reg om 'n betaalde koopprys terug te vorder op grond van skuldoorsaak X” nie. Om gemelde kwessie te bepaal is dit wel nodig om te kyk welke skuldoorsaak die appellant het. Dit raak egter nie die genoemde prinsipiële uitgangspunt nie, maar slegs die C logika-proses waarvolgens bepaal moet word of verjaring ingetree het al dan nie. Dit sou trouens in ooreenstemming met moderne neigings wees om nie soseer te let op die formula wat gebruik word nie, maar op die substansie van appellant se geregtelike klag, nl. dat volgens die kontrak die onvrugbaarheid van die bul dwing tot restitutie. Met die relevante feite uiteengesit, is (mits natuurlik die getuienis wat ingevolge die pleitstukke of latere gebeure gelei word sodanige argument staaf) enige D regsargument wat 'n verweerder se aanspreeklikheid toon 'n toelaatbare en regsgeldige deel van die eiser se saak. *Peimer v. Finbro Furnishers*, 1936 A.D. op bl. 183-4; *Simmons, N.O. v. Gilbert Hamer & Co. Ltd.*, 1963 (1) S.A. 897 (N) op bl. 903C-D; *Maree v. Diedericks*, 1962 (1) S.A. 231; *Amalgamated Footwear & Leather Industries v. Jordan & Co. Ltd.*, 1948 (2) S.A. op bl. 894. Vgl. *Odendaal v. van Oudtshoorn*, 1968 E (3) S.A. op bl. 436D-G; *Furstenburg v. Gideon Erwin (Edms.) Bpk.*, 1960 (3) S.A. op bl. 833. En selfs, al sou 'n bepaalde skuldoorsaak nie met volledigheid of absolute duidelikheid uiteengesit word nie, impliseer dit nie dat die skuldoorsaak nie in die dagvaarding verskyn en verjaring nie aldus gestuit was nie—sekerlik ook nie as daar toevallig 'n ander F skuldoorsaak wel vollediglik terselfdertyd verskyn nie. *Trans-African Insurance Co. Ltd. v. Maluleka*, 1956 (2) S.A. op bl. 279; *Van Vuuren v. Boshoff*, 1964 (1) S.A. 395; *Louwrens v. Amery*, 1965 (1) S.A. op bl. 481H; *Schnellen v. Rondalia Assurance Corporation of S.A. Ltd.*, 1969 (1) S.A. 517; *Smith v. Williams*, 1952 (2) S.A. 682; *Parity Insurance G Co. Ltd. v. Wiid*, 1964 (1) S.A. op bl. 222A; *Yu Kwam v. President Insurance Co. Ltd.*, 1963 (1) S.A. 66. Die dagvaarding het aldus wel die relevante skuldoorsaak tot voldoende mate vervat dat hierdie eise ook in geskil was, en om te beantwoord aan die vereistes van stuiting van verjaring deur betekening van die dagvaarding aan die hand van die toets soos gestel in *Santam Insurance Co. Ltd. v. Vilakasi*, 1967 (1) H S.A. op bl. 253H.

*M. E. Kumleben, S.C.* (bygestaan deur *N. W. Zietsman*), namens die respondent: Where an article sold has a defect which destroys or impairs its usefulness for the purpose for which it was sold, the purchaser may rescind from the sale, require the seller to take back (*rehibere*) the article sold and claim return of the purchase price. This relief may be based on one of the following grounds: (a) the “tacit element” implicit in any contract of sale that the article has no such defects. Cf.

[A.A.]

[1971 (3)]

*Voet*, 21.1.4 and 8 (*Gane's translation vol. 3, pp. 646, 654*); *De Wet & Yeats, Kontraktereg en Handelsreg*, 3rd ed., pp. 225, 236; *Crawley v. Frank Pepper (Pty.) Ltd.*, 1970 (1) S.A. at p. 36C-E; *Jaffe & Co. (Pty.) Ltd. v. Bocchi and Another*, 1961 (4) S.A. at p. 363B-E. (b) An “implied term”, in the generally accepted meaning of this phrase, which is a term of a particular contract of sale guaranteeing that the article is free from such defects. Cf. *Mullin (Pty.) Ltd. v. Benade, Ltd.* 1952 (1) S.A. at pp. 214C-215A; *Techni-Pak Sales (Pty.) Ltd. v. Hall*, 1968 (3) S.A. at p. 236D-A. The distinction between an “implied warranty” and an “implied term” in substantive law is that the latter, being a guarantee, affords the additional remedy of a claim for consequential B damages. (c) An “express term” of the sale guaranteeing absence of such defects and having the same legal consequences as an “implied term”. An action based on the “implied warranty” or an “implied term” relating to latent defects rendering an article useless or substantially unfit for the purpose it was purchased is the *actio rehibitoria* C referred to in sec. 3 (2) (b) (ii) of the Prescription Act, 18 of 1943 (now repealed). See *Hackett v. G. & G. Radio and Refrigerator Corporation*, 1949 (3) S.A. at pp. 685, 686, 687, 688; *Jaffe & Co. (Pty.) Ltd. v. Bocchi and Another*, *supra* at pp. 358, 365C-F and 368; *Overdale Estates (Pty.) Ltd. v. Harvey Greenacre & Co.*, 1962 (3) S.A. at pp. 773F-774C. As in *Hackett's case*, it is not necessary to decide: (a) whether D an action based on such a guarantee in the form of an express term (with or without a claim for consequential damages) is an *actio rehibitoria* in terms of the said Prescription Act or whether some other provision of the Act governs such a cause of action; or (b) whether a claim for rescission based on such an implied term coupled with a claim for consequential damages is an *actio rehibitoria* in terms of this E Act. Cf. *Kroonstad Westelike Boere Ko-op Vereniging v. Botha*, 1964 (3) S.A. at pp. 571E-572A. Alternatively, if the implied term pleaded is not the *actio rehibitoria* referred to in sec. 3 (2) (b) (ii) of the Act, the evidence does not establish the “implied term” pleaded and consequently plaintiff can only rely upon the implied warranty, which defendant F acknowledged to exist (and which was prescribed). All the issues were canvassed at the trial and the magistrate ought to have found that the “implied term” constituting the guarantee was not proved. Perhaps due to confusion in terminology (and the fact that the summons and plea use the same phrase—“stilswygende term”—to mean G two different things), it is not clear whether the magistrate found the “implied term” proved or not. However, apart from any finding he may have made, an appraisal of the evidence indicates that no such implied term was proved. The distinction between an implied warranty and an implied term relating to fitness for purpose sold is often a fine or artificial one unless and until the element of guarantee (the under- H taking to make good any consequential loss) is taken into account. It is not sufficient to prove that the defendant intended or contemplated the sale of a fertile bull or impliedly represented that the bull was fertile or that this is what the plaintiff intended to buy. To prove the “implied term” the plaintiff had to show that the defendant went further and guaranteed as a term of their contract (a *promissum*) such fertility in the sense and with the intended consequences referred to above. Cf.

[A.A.] [1971 (3)]

*Naude v. Harrison*, 1925 C.P.D. at p. 90; *Schmidt v. Dwyer*, 1959 (3) S.A. at p. 898H; *Heilbut, Symons and Co. v. Buckleton*, 1911-1913 All E. Reprint at p. 85E-F. Applying the accepted test to determine the presence of an implied term such a guarantee is not a necessary inference from the express terms of the sale or other circumstances surrounding it, nor is such an implication necessary to give the sale business efficacy. Cf. *Van der Merwe v. Viljoen*, 1953 (1) S.A. at p. 65B-E; *Mullin (Pty.) Ltd. v. Benade Ltd.*, supra at pp. 214C-215A; Wessels, *Law of Contract in South Africa*, 2nd ed., vol. 1, para. 256. The evidence discloses that defendant, like the purchaser Lombard on behalf of plaintiff, assumed or concluded that the bull was fertile. The self-evident fact that a pedigree bull would only be bought for breeding purposes does not *per se* go further and establish such a guarantee. In fact, on an acceptance of all the facts pleaded *inter alia* by plaintiff in support of the implied term, they do not establish the existence of such an implied guarantee. The parties must be taken to have contracted and negotiated in the knowledge of the purchaser's rights in terms of the implied warranty existing in all such contracts. Assumptions, even affirmances, relating to fertility must be viewed against the background of this relief always being available. Finally, in the application for leave to appeal it was accepted and conceded on behalf of the plaintiff that no such implied term can be said to have been agreed upon. The right to contend that such an implied term existed or was established in evidence has thus been forfeited. Cf. *Bam v. Bhabha*, 1947 (4) S.A. at p. 804; *Glaser v. Milward*, 1950 (4) S.A. at p. 588A. Once this cause of action has been abandoned the question whether it has prescribed or not does not arise.

In the petition for leave to appeal the plaintiff bases his cause of action for the first time upon a common supposition ("veronderstelling") impliedly incorporated in the sale as a prerequisite to its coming into being or operation. The existence of this legal concept is not disputed. Cf. *De Wet & Yeats*, supra at pp. 104, 105; *Dickinson Motors (Pty.) Ltd. v. Oberholzer*, 1952 (1) S.A. at p. 450; Cheshire and Fifoot, *The Law of Contract*, 5th ed. p. 185. This new cause of action or ground for relief involves other factual issues and it must be shown that they were exhaustively canvassed by the evidence and that this new point raised could not have been met by the production of further evidence. See *Cole v. Government of the Union of South Africa*, 1910 A.D. at p. 273; *Shill v. Milner*, 1937 A.D. at p. 105. In any event the evidence of defendant does not establish that he intended such a legal supposition to govern the sale. It is significant that he states that if the bull was not fertile at the time of the sale he would have been prepared to substitute another for it. Alternatively, if this cause of action can be relied upon on appeal it is also prescribed. The cause of action for return of the purchase price paid would be based on the *condictio indebiti* which prescribes after three years from the date on which the cause of action first accrued against the debtor. See secs. 3 (2) (c) (viii) and 5 (1) (d) of the Prescription Act, 18 of 1943. Prescription thus started to run on this cause of action from the date when the purchase price was paid to defendant, that is from August, 1965. De Vos, *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg*,

[VAN BLERK, WN.-H.R.] [1971 (3)]

[A.A.]

p. 122; *De Wet & Yeats*, supra at pp. 210, 211. The issue of the summons whereby action was instituted to claim the money for breach of contract did not interrupt prescription based on the cause of action now relied upon or to be relied upon. The Act uses the word "right" or the phrase "right of action" as the synonym of "cause of action". Extinctive prescription is the rendering unenforceable of a right (cause of action) by the lapse of time (sec. 3 (1)). Different time periods are then specified for different causes of action in sub-sec. (2) of sec. 3. Therefore the provision in sec. 6 (1) (b) that prescription shall be interrupted by "service on the debtor of any process whereby action is instituted", read with the definition of "action" in sec. 1, refers to a legal proceeding brought for the enforcement of a right based on a particular cause of action which then interrupts the prescription of such right or cause of action. Cf. *Park Finance Corporation (Pty.) Ltd. v. Van Niekerk*, 1956 (1) S.A. at p. 673A-C; *O.K. Motors v. Van Niekerk*, 1961 (3) S.A. at p. 151; *Trans-Africa Insurance Co. Ltd. v. Maluleka*, 1956 (2) S.A. at p. 279A-C; *Goss v. E. C. Goss & Co. (Pty.) Ltd. and Others*, 1970 (1) S.A. at p. 608H; *Miller v. H. L. Shippel & Co. (Pty.) Ltd.*, 1969 (3) S.A. at pp. 450B-G, 453G-H; *Lydenburg Voorspoed Ko-operasie v. Els*, 1966 (3) S.A. at p. 37G-H. This interpretation is in general conformity with the object of extinctive prescription. A debtor ought not to be required to preserve proof that he has a defence to one cause of action simply because a claim has been made on some other ground. The summons and particulars of claim in this case make it perfectly clear that plaintiff founded his cause of action on breach of contract. Consequently plaintiff cannot on appeal rely on this new cause of action. Cf. *Hilton v. Sutton Steam Laundry* (1945) 2 All E.R. at p. 249B. Should plaintiff on appeal apply to amend his summons to rely on this new cause of action, which may be formally necessary, such an application for amendment should be refused on the ground that: (i) it is to no purpose since prescription can and will be successfully pleaded in answer to it; or alternatively, (ii) that defendant will be prejudiced by having to reopen the case and deal with any allegations relating to suspension or interruption of prescription of this cause of action which just conceivably could be raised. Cf. *McDonald Forman & Co. v. Van Aswegen*, 1963 (2) S.A. at p. 154F-G. This point can only be considered on appeal if its consideration "involves no unfairness to the party against whom it is directed". Cf. *Cole v. Government of Union of South Africa*, supra at p. 272. *Flemming*, in repleik.

*Cur. adv. vult.*

*Postea* (Maart 19).

VAN BLERK, WN.-H.R.: Die eindvraag in hierdie appèl is of die appellant, as koper van 'n teelbul, se reg van aksie teen die respondent, as verkoper, om bekragtiging van die kansellasië van 'n mondelinge ooreenkoms van koop tussen die partye, en om terugbetaling van die koopprys op grond van die verbreking van 'n stilswyende konsensuele waarborg dat die bul vrugbaar sal wees, onderworpe is aan die ver-

jaringstermyn van een jaar, wat ingevolge art. 3 (2) (b) (ii) van die Verjaringswet, 18 van 1943, vir die *actio redhibitoria* geld, dan wel of die verjaringstermyn, wat in hierdie geval van toepassing is, drie jaar is, soos bepaal deur art. 3 (2) (c) (i) van gemelde Wet ten opsigte van

A „enige mondelinge kontrak”. Die twee sub-artikels lui soos volg:

„3. (2) Die termyn ten opsigte van bevrydende verjaring is die volgende—

(b) een jaar ten opsigte van (ii) die *actio redhibitoria*,

(c) drie jaar ten opsigte van (i) enige mondelinge kontrak; . . .”

In 'n landdroshof het eiser (die Minister van Landbou-tegniese Dienste) op 19 April 1968 'n eis teen die verweerder ingestel om bekragtiging van die kanselliasie van 'n mondelinge ooreenkoms van koop tussen die partye waarby verweerder op 4 Augustus 1965 'n bul aan eiser verkoop het, en om terugbetaling van die koopprys bedraende R700 wat eiser aan verweerder vir die dier betaal het. Die landdros het bevind, soos verweerder in sy verjaringspleit beweer, dat eiser met die *actio redhibitoria* vorder en die eis gevolglik verjaar het. Op appèl het die Noord-Kaapse Afdeling dieselfde sienswyse gehuldig. Sien gewysde *Minister van Landbou-tegniese Dienste v. Scholtz*, 1970 (3) S.A. 223 (N.K.). Met verlof van hierdie Hof kom eiser nou in hoër beroep.

Eiser se besonderhede van eis meld dat dit 'n uitdruklike beding van die ooreenkoms is dat die bul 'n normale, gesonde en vrugbare bul is, D of in die alternatief, indien bevind word dat verweerder nie aldus uitdruklik gewaarborg het nie, word beweer—en dit is gedoen in para. 5 (b) van die besonderhede van eis—dat dit 'n stilswyende beding van die ooreenkoms is dat verweerder gewaarborg het dat die bul genoemde hoedanighede het. Die stilswyende beding, so gaan die uiteensetting van eis voort, word afgelei van die omringende omstandighede wat bestaan E het by die aangaan van die koop-ooreenkoms en meer bepaald uit die volgende omstandighede; (i) verweerder was te alle tersaaklike tye bewus dat eiser die bul vir aanteeldoelindes benodig het, (ii) dat die doel van die hele koop-ooreenkoms vrydel sou wees indien die verweerder nie 'n vrugbare bul sou verkoop het nie, (iii) dat eiser nooit F sou oorweeg het om die gemelde bul van verweerder te koop indien hy bewus was dat die bul—soos later vasgestel is—onvrugbaar was nie; en (iv) dat die verweerder te alle tersaaklike tye 'n bulteler was, en bewus was dat eiser 'n vrugbare bul vir aanteeldoelindes benodig het. Dit word ook beweer dat, alhoewel eers gedurende Januarie 1966 deur middel van toetse vasgestel is dat die bul onvrugbaar was, dit ten G tyde van die koop onvrugbaar was en dat onder die omstandighede verweerder 'n wesenlike beding van die koop-ooreenkoms, naamlik, die waarborg, verbreek het, wat bygevolg eiser geregtig gemaak het op terugtrede.

Omdat, soos later blyk, daar geen sprake is nie van bewys van 'n H uitdruklike beding wat in die verweerskrif ontken is, is dit slegs nodig om na verweerder se antwoord op die bewering van die bestaan van 'n stilswyende beding te verwys. Die verweerskrif op laasgenoemde bewering luis soos volg:

„4. Ad para. 5 (b)

(a) Verweerder erken dat dit 'n stilswyende term van die ooreenkoms was dat die genoemde bul vir sy gewone doel, naamlik vir aanteeldoelindes, geskik sou wees.

(b) Behalwe soos hierbo gepleit ontken verweerder die bewerings uiteengesit in para. 5 (b) van eiser se besonderhede van eis.

(c) Verweerder beweer dat eiser se eis, soos uiteengesit in die genoemde para. 5 (b), op die *actio redhibitoria* gegrond is, en hy beweer dat die genoemde eis voor uitreiking van dagvaarding ingevolge die bepaling van art. 3 (2) (b) (ii) verjaar het, en dus nie afdwingbaar is nie.”

Die verweerder ontken in sy verweerskrif die bewering dat die bul onvrugbaar was.

By die verhoor, wat sestien dae geduur het, is daar, onder meer, A getuienis voorgelê oor die onderhandelinge by die aankoop van die bul. Maar die landdros het besluit dat alvorens hy kan oorgaan tot „die behandeling van die meriete van die saak” dit nodig vir hom was om eers te bepaal of die eis nog „standhoudend” is dan wel of dit reeds B verjaar het. Hy het hom dit toe ten taak gestel om vas te stel

„wat in werklikheid die terme en voorwaardes van die koop-ooreenkoms was met spesiale verwysing na enige waarborg wat ten opsigte van . . . vrugbaarheid gegee is”.

Opsommenderwys word sy bevinding soos volg weergegee. Die verweerder wat 'n teler van bulle is, was bewus dat die bul spesifiek vir teeldoelindes aangekoop is en dat hy dit vir daardie doel verkoop het. C Volgens eiser se getuienis het die dier geen sigbare defekte openbaar nie. As die bul by aankoop daarvan reeds steriel was, dan was dit 'n verborge gebrek waarvan verweerder nie bewus was nie. Die verkoping het nie voetstoots plaasgevind nie. Die verweerder het „nooit te enige tyd op enige wyse uitdruklik die vrugbaarheid van Alman” —dit is die naam van die bul—„gewaarborg nie”, maar dat, „inag- D nemende” die voorgaande bevindings, verweerder

„stilswyend gewaarborg het dat die bul bekwaam is om kalwers voort te plant”. Daar is egter geen bevinding gemaak dat reeds ten tyde van die koop die bul 'n verborge gebrek van onvrugbaarheid gehad het nie.

Alhoewel die verweerder in sy verweerskrif 'n stilswyende beding van E die ooreenkoms erken, neem hy die standpunt in dat desnieteenstaande die eiser sy reg van aksie alleen kan uitoefen deur met die *actio redhibitoria* te ageer. Die landdros volg blykbaar dieselfde denkkrigting en vind steun daarvoor in die hierna gemelde *dictum* in Hoofregter WATERMEYER se uitspraak in *Hackett v. G. & G. Radio Refrigerator Corporation*, 1949 (3) S.A. 644 (A.A.) op bl. 685-686—dit is die meer- F derheidsuitspraak wat deurgaans hierin die *Hackett*-uitspraak genoem word. Die *dictum* is die volgende:

„. . . the *actio redhibitoria* . . . does . . . include . . . an action for rescission based on the ground of a latent defect of which the seller is unaware and in respect of which he has given no express warranty”.

Bygevolg het hy bevind dat die eiser se reg van aksie op die *actio redhibitoria* gegrond is en dat om dié rede die eis verjaar het. Die Hof a quo het by verwerping van die appèl hom ook beroep op die *Hackett*-uitspraak. Die *ratio decidendi* van laasgenoemde uitspraak blyk tui die volgende aanhaling daarvan op bl. 685-686:

„It seems therefore that the idea that two different rights of action to claim rescission of a contract, on the ground that the *res vendita* is marred by the presence of an undisclosed latent defect, have descended to us from Roman law and that these two rights of action have different periods of prescription is a fallacious one. There is only one right of action and it arises when certain conditions are fulfilled. It follows that the real question in this case is whether the right of action relied upon in this case is the right of action known in Roman-Dutch law by the name *actio redhibitoria*, in which case it is prescribed in one year, or whether it is some other right of action in respect of an oral contract, in which case it is prescribed in three years. On this point it seems to me both on the form of the summons and on the evidence led in the case, that there can be no doubt that it was the *actio redhibitoria*.” H

I have not attempted in what I have said above to state with any precision what rights of action are comprehended in the words *actio redhibitoria*. It is, however, sufficient for the purpose of this judgment to say that the *actio redhibitoria*, even if it does not include an action for rescission based on an express warranty against latent defects or on the actual knowledge of such defects on the part of the seller, does at any rate include an action for rescission based on the ground of a latent defect of which the seller is unaware and in respect of which he has given no express warranty."

In voormelde saak het die verkoper se aanspreeklikheid gespruit uit die natuurlike regsgevolg van die koop, naamlik, dat 'n verkoper *ex lege* aanspreeklik is teenoor 'n koper as gevolg van verborge gebreke wat die koopgoed minder geskik maak vir die doel waarvoor dit gekoop is, verborge gebreke wat ten tyde van die koop aanwesig was en waarvan die verkoper onbewus was. Die bevinding dat die eiseres in voornoemde saak met die *actio redhibitoria* ageer het, is gebaseer op die vorm van die dagvaarding en die getuienis. Die tersaaklike gedeelte van die uiteensetting van eis in daardie geval lui soos volg:

C „(1) Particulars:

1. That in or about December, 1943 plaintiff purchased from defendant certain household furniture comprising bedroom suite, kitchen table and bedside table for the sum of £70 3s. which was duly paid.
2. Upon delivery thereof to the plaintiff the said articles were found to suffer from a material latent defect in that the same were badly infected by borer beetles or insects, which defect had existed at the time of the contract of purchase and sale aforesaid.
- D 3. Plaintiff has tendered and hereby again tenders return of the aforesaid furniture against refund to her of the purchase price thereof but despite demand, defendant refuses or neglects to repay plaintiff the said purchase price."

Die regshulp wat aangevra is, is ook—behalwe 'n eis vir rente op die koopsom—bloot restitusioneel, naamlik, kansellasië van die koop en E terugbetaling van die koopprys.

Die getuienis is dat die eiseres, die koper, die meubels van die verweerder, gekoop het, soos sy getuig, sonder 'n waarborg want sy het aangeneem dat dit as eersteklas ware aan haar verkoop word en dat dit as sulks aan haar verkoop is. Maar dit was met boorkewers besmet. Namens verweerder is geen getuienis afgelê nie. Tydens die aanhoor van die appél in hierdie Hof is 'n erkenning gemaak dat die F verkoper 'n handelaar in meubels is. Dit was dus 'n geval waar daar geen sprake was nie van aanspreeklikheid *ex consensu* as gevolg van 'n ooreengekome waarborg, hetsy uitdruklik of stilswyend.

As die landdros se bevinding dat in die onderhawige geval 'n stilswyende waarborg gewys is, bedoel is 'n bevinding van 'n stilswyende beding te wees, dan moet volgens sy uitleg van die *Hackett*-uitspraak 'n koper met die *actio redhibitoria* ageer ongeag sy reg van aksie gegrond is op die verkoper se aanspreeklikheid as 'n natuurlike regsgevolg van die koop sonder afspraak (d.w.s. *ex lege*, uit hoofde van die ontwikkeling van ons reg gebaseer op die aediliese wetgewing) vir die H gemis aan geskiktheid van die *res vendita* as gevolg van 'n verborge gebrek dan wel of dit gebaseer is op die aanspreeklikheid van die verkoper *ex consensu* op grond van kontrakbreuk by verbreking deur laasgenoemde van 'n stilswyende beding waardeur garandeer word dat die *res vendita* nie aan 'n verborge gebrek mank gaan nie.

In eersgenoemde geval is dit regtens inbegrepe in die koop dat die koopgoed geskik is vir die doel waarvoor dit verkoop is, terwyl in laasgenoemde geval dit as 'n feit uit die getuienis, die gedraging van die

partye en die omringende omstandighede by 'n oorwig van waarskynlikhede, net soos in die geval van die bewys van die woorde en bedoeling by 'n uitdruklike beding, moet blyk dat die partye die bedoeling gehad het en stilswyend ooreengekom het dat geskiktheid gewaarborg word; om dié rede moet by die bepaling van die inhoud van die ooreenkoms die inbegrepe beding nie verwar word met die stilswyende beding nie. In die Engelsregtelike terminologie word na die eerste verwys as 'n „implied contract” in teenstelling met 'n „tacit contract” en die onderskeid tussen die twee word ook duidelik gestel deur Salmond, *Principles of the Law of Contracts*. 2de uitg., (1945) op bl. 24, 36, en 37, waar die volgende staan: bl. 24

„An implied contract is a contract fictitiously implied by the law, not a real contract which is left to be inferred from the conduct of the parties instead of from their words. A contract so manifested by conduct only may be conveniently distinguished as a *tacit* contract, thus leaving the word 'implied' free for exclusive use in its proper sense as meaning implied in law.”

Op bl. 36:

„The implied terms of a contract, meaning thereby the terms devised and implied by the law itself and imported into the contract as supplementary to the express terms which have their origin in the actual intention of the parties, must be distinguished from those terms inferred as a matter of fact to have been actually, though tacitly, declared or indicated by the party or parties whose declared will constitutes the contract. These latter terms may be described as *tacit* terms. It is regrettable that the word implied is ambiguous and is frequently applied not only to terms implied in law but also to terms implied in fact, i.e., *tacit* terms,”

en op bl. 37

„... an implied term represents an intention which they (the contracting parties) are deemed by the law to have possessed and which is added by the law to the express contract accordingly”.

Alvorens oorweeg word of die *Hackett*-uitspraak toepaslik is al dan nie op die geval waar die reg van aksie gebaseer is op verbreking van 'n stilswyende beding, sou dit dienstig wees om eers vas te stel wat die grondslag van die reg van aksie in hierdie geval is en om die betoë wat verband hou met dié ondersoek te behandel.

Dit is ten behoewe van eiser betoog dat sy aksie gebaseer is op 'n stilswyende bepaling soos uiteengesit in sy besonderhede van eis. Indien die *substratum* van die reg van aksie wel 'n konsensuele bepaling is, ontstaan die verder vraag of verweerder se verweerskrif so uitgelé moet word, dat dit 'n erkenning bevat van sodanige bepaling, dan wel of die erkenning, soos verweerder betoog, slegs betrekking het op sy aanspreeklikheid as verkoper as gevolg van die aanwezigheid van verborge gebreke ooreenkomstig die natuurlike regsgevolg van die koop, en dat selfs ook die getuienis niks meer bewys dan 'n aanspreeklikheid *ex lege* nie.

Samehangend met hierdie betoog voer die verweerder verder aan dat eiser vir bewys van die stilswyende bepaling nie kan volstaan deur slegs te bewys dat verweerder bedoel het, en in kontemplasie gehad het, die verkoop van 'n vrugbare bul nie en dat dit die bul is wat die eiser bedoel het om te koop nie, want die eiser sou boonop moet bewys dat verweerder verder gegaan het en vrugbaarheid garandeer het met die oog op vervullingsaanspreeklikheid vir gevolgskaad. Laastens in hierdie verband voer verweerder aan dat die landdros se bevinding dat verweerder stilswyend „gewaarborg het” dat die bul bekwaam is om kalwers voort te plant nie deur die getuienis geregverdig is nie.

Bogenoemde vrae word in voorgaande volgorde behandel. Die aard van die reg van aksie waarop eiser steun moet blyk uit die inkleding van sy eis, en die aangevoerde bewyse wat die inhoud van die ooreenkoms moet bepaal. Dit is dan ook, soos reeds aangedui, blykens die A vorm van die dagvaarding en die getuienis dat in die *Hackett*-saak vasgestel is wat die aard van eiseres se reg van aksie was en dat sy in werklikheid met die *actio redhibitoria* ageer het. Dit is duidelik en ondubbelsinnig deur eiser in sy eisvormulering gestel dat hy hom beroep op die nie-nakoming van 'n stilswyende konsensuele beding, 'n bepaling B wat spesifiek bepleit is en, wat meer, is die omstandighede waarvan die beding afgelei moet word, vermeld. Nooit is in die uiteensetting van eis melding gemaak van die bestaan van 'n verborge gebrek as gevolg waarvan verweerder as een van die *naturalia* van die koop teen eiser aanspreeklik sou wees nie. Hier kan op die vorm van die eis geen sprake daarvan wees dat die eiser met die skyn van 'n *actio empti* op die C *actio redhibitoria* steun nie.

Die feit dat die relief aangevra dieselfde restitusionele regshulp is waartoe die *actio redhibitoria* beperk is, is nie 'n aanduiding van die aard van eiser se aksie nie. Kansellasië van die koop en terugbetaling van die koopprys kan ewewel met die *actio empti* aangevra word al is D dit die enigste regshulp wat na luid van die ooreenkoms van koop by verbreking daarvan verkry kan word, soos dit trouens hier die geval blyk te wees. SCHREINER, A.R., in die *Hackett*-saak op bl. 689 stel die posisie korrek waar hy met betrekking tot die regshulp wat onder die koopkontrak gevorder kan word, sê:

E "... cancellation is claimable for various kinds of serious failure in the implementation of the contract, including the appearance of important latent defects in the thing sold. This form of relief cannot afford a test whether the short prescription applies since cancellation can be obtained both under the *actio empti* and under the *actio redhibitoria* . . ."

Die verweerder se getuienis is dat as hy as bulteler 'n bul verkoop en dit nie aan sy doel beantwoord nie kan dit teruggegee word en by F implikasie sou die koop dan verval. Geen beperking is gemeld van die tydsverloop waarbinne eiser die bul kon terug gee nie. Trouens dit kan moontlik uit praktiese oorwegings vir die koper van 'n bul moeilik wees om selfs binne die tydperk van twaalf maande na die aankoop daarvan G paringseisoen is, dit is in Februarie-maand. Indien 'n bul net na dié seisoen verstryk het, aangekoop word om die volgende seisoen gebruik te word, dan sou dit onrealisties wees om die koper se reg van aksie deur 'n eenjaarverjaringstermyn onafdwingbaar te maak. Die waarborg H waarop eiser hom hier beroep is nie beperk tot 'n waarborg teen verborge gebreke nie. Dit is ook 'n waarborg teen sigbare gebreke. Omdat toevallig die gebrek blykens die getuienis nie sigbaar was nie, kan dié feit nie die eiser se reg van aksie van aard verander nie. Volgens die eiser se saak soos geformuleer, het hy 'n waarborg gehad wat hom dermate beskerming verleen het, dat hy nie genoodsaak was om in eie belang binne twaalf maande vas te stel of die dier vry van gebreke—hetsy sigbaar of onsigbaar—is nie. Aangesien eiser se aksie nie 'n aksie vir kansellasië gegrond op 'n verborge gebrek is nie, is daar klaarblyklik om dié rede ook geen definitiewe bevinding gemaak dat daar werklik

'n verborge gebrek ten tyde van die koop was nie. Die landdros se bevinding op dié punt lui soos volg:

„Indien Alman by aankoop reeds steriel was soos eiser beweer dan was dit 'n bedekte of verborge gebrek waarvan verweerder nie bewus was.”  
Al wat deur die pleitstukke in geskil gestel is, is die aanwesigheid van 'n gebrek ongeag of dit 'n sigbare of verborge gebrek is. A

Wat die getuienis betref—later word vollediger daarna verwys—is die landdros se bevinding daarvolgens dat die verweerder stilswyend ge- waarborg het dat die bul bekwaam is om kalwers voort te bring, gereg- verdig. Die bevinding, soos blyk uit die landdros se redes vir uitspraak, is gedoen na vasstelling op die getuienis van B

„wat in werklikheid die terme en voorwaardes van die koopooreenkoms was met spesiale verwysing na enige waarborg wat ten opsigte van vrugbaarheid gegee is”.

Dat dit 'n bevinding is van die bestaan van 'n konsensuele bepaling word nie betwis nie. Wat wel aangeveg word is dat die getuienis nie so 'n afleiding regverdig nie. Op die oog af mag die bevinding deur die C landdros strydig blyk te wees met sy gevolgtrekking dat eiser met die *actio redhibitoria* ageer het. Maar gesien die landdros se gevolgtrekking dat volgens die *Hackett*-uitspraak 'n aksie, wat gegrond is op die nie-nakoming van 'n stilswyende konsensuele beding, die *actio redhibitoria* is, is die bevinding volgens dié beskouing versoenbaar met die verja- D ringspleit. Daar skyn min twyfel te bestaan dat verweerder by die op- stelling van sy verweerskrif die *Hackett*-uitspraak ook so verstaan het, geen verskil getref het tussen aanspreeklikheid *ex lege* en aanspreeklik- heid *ex consensu* nie, en om dié rede geen teenstrydigheid daarin gesien het om „'n stilswyende term van die ooreenkoms”—en dit moet die oor- eenkoms wees wat eiser op steun—te erken en in dieselfde asem die E bewering te maak dat eiser se eis

„soos uiteengesit in voormelde para. 5 (b) van die besonderhede van eis op die *actio redhibitoria* gegrond is”.

Die betoog, dat die bewys van 'n waarborg gegee by wyse van 'n stil- swyende beding sonder bewys van 'n bedoeling deur die verkoper om vir gevolgskade aanspreeklik te wees die waarborg nie uit die kategorie van F die *naturalia* van die koop neem nie, skyn analoog te wees aan die fou- tiewe sienswyse dat die beperkte vorm van relief wat as gevolg van die nie-nakoming van die waarborg aangevra kan word 'n aanduiding is dat op die aediliëse regsmiddel gesteun word. Dit is nie nodig om te herhaal wat hierbo oor hierdie aspek van die ooreenkoms tussen die partye gesê G is aangaande die eiser se regte by terugtrede nie, behalwe dat hier by- gevoeg kan word dat volgens die getuienis die verweerder juis nie die bedoeling gehad het om aanspreeklikheid vir gevolgskade op hom te neem nie, en die eiser se getuie, van Marle, het ook in gedagte gehad dat indien die bul nie geskik is nie, daar nie gevolgskade gevorder sal word nie want, soos hy sê, as 'n bul na aankoop onvrugbaar is neem H die teler gewoonlik die bul terug en vervang dit of hy gee die geld terug. Dit is die gebruik onder bultelers. Soos reeds genoem verweerder self sê dat in so 'n geval hy bereid sal wees om die bul terug te neem en dit te vervang. Met dié gebruik in gedagte is die ooreenkoms aangegaan met buite rekening lating van aanspreeklikheid vir gevolgskade.

Uit die getuienis blyk dat die verweerder die graad B.Sc. Agric., in veteelt het. As voorligtingsbeampte in diens van die Staat het hy na

skatting 'n paar duisend bulle vir teeldoelindes, soos vereis deur die Veeverbeteringswet, geïnspekteer. Sedert 1958—as vennoot in die besigheid bekend as „Simmentaler Stoetery (Sen. Scholtz en Seun)”—lê hy hom toe op die teel van bulle met die bedoeling om dit vir teeldoelindes te verkoop. Vantevore het hy meer as sestig bulle verkoop waarvan ongeveer sewe aan die Staat verkoop is. Die dag toe die betrokke bul aangekoop is, is altesaam vier Simmentaler bulle deur eiser van verweerder gekoop.

Dr. van Marle, 'n professor in veeteelt aan die Universiteit van die Oranje-Vrystaat, en Dr. Lombaard, 'n teelkundigebeampte van die Departement van Landbou-tegniese Dienste, het namens eiser die vier Simmentaler bulle op die plaas van verweerder gaan uitsoek en aangekoop. Die betrokke bul, alhoewel nie 'n geregistreerde bul nie, is 'n opreggeteelde bul en is verkoop as 'n graadbul geskik vir suiwerteling, as die kalwers nie geregistreer word nie. Die bul is spesiaal aangekoop vir teling uit die Staat se Simmentaler kudde by Glen Landboustasie. Dit is egter later vasgestel dat die bul nie verse kan beset nie omrede hy onvrugbaar was.

By die aankoop is die bul se teelorgane nie bevoel nie; die dier is nie klinies ondersoek of dit vrugbaar is nie. Die vrugbaarheid van die bul was nooit tydens die onderhandelinge genoem nie. Dit is egter deur die partye aanvaar dat die bul vrugbaar is en geskik sal wees vir teeldoelindes. Verweerder self het die vertroute uitgespreek dat die bul goeie kalwers uit eiser se kudde sal teel. Hy sê dat as hy „gedink het” dat die bul onvrugbaar was sou hy dit nie verkoop het nie en dat dit sy „bedoeling” was dat die bul wel vrugbaar was, want as hy 'n bul verkoop dan behoort hy aan te teel volgens sy kudde rekords; en as hy 'n bul verkoop wat op datum van verkoop onvrugbaar is, sal hy bereid wees om dit te vervang.

Vir die bevinding dat die verweerder gewaarborg het dat die bul bekwaam is om kalwers voort te plant, is, afgesien van die direkte getuienis, sterk steun te vind in die waarskynlikheid, dat die verweerder as 'n beroepsteler wat stoetbulle—wat in 'n betreklik hoë prysklas val—verkoop, kwalik sy besigheid sou kon voortsit, as hy nie instaan vir die teelvermoë van die bulle wat hy vir teeldoelindes verkoop nie. Die bul is hier vir R700 verkoop terwyl dit twee jaar later as slagdier slegs R190 behaal het.

'n Bul kan begryplik vir meer as een doel of gebruik geskik wees. Byvoorbeeld, vir teeldoelindes en vir skoudoeleindes, of selfs as 'n slagding. So het verweerder, nadat die bul aan hom teruggegee is dit as 'n skoubul gebruik en 'n tweede prys verower. Die onvrugbaarheid van die dier was blykbaar volgens die skoureëls nie 'n diskwalifikasie nie, want slegs voorkoms het getel. As die bul dus net vir skoudoeleindes verkoop gewees het, sou die verborge gebrek van onvrugbaarheid nie tersake gewees het nie. Terwyl met die oog op die besonder gebruik waarvoor die dier wel aangekoop is, onvrugbaarheid die koop verydel. Die feit dat die bul vir dié spesiale doel gekoop is gee aan die ooreenkoms van koop 'n ander inhoud dan dié van die gewone koop met die natuurlike regsgevolg dat die verkoper aanspreeklik is as gevolg van verborge gebreke wat die saak vir die één gewoonlyke gebruik waarvoor dit geskik moet wees ongeskik of minder geskik maak.

Besondere feite kenmerk die transaksie en gee daaraan 'n besondere inhoud wat die ooreenkoms uit die kategorie neem van die geval waar van regsweë 'n verklarnde bedoeling finger word. Hier is die voorwerp van die koop 'n spesiale uitgesoekte en geïdentifiseerde teelbul; almal wat dié dag gemoeid was met die koop is deskundiges in veeteelt en bekend met die vereiste hoedanighede wat teelbulle moet hê, of waarvan hul moet voldoen.

Dit is gemene saak dat verweerder as beroepsbulteler die betrokke bul saam met ander bulle te koop aangebied het vir teeldoelindes en dat eiser vir dié doeleindes die bul gekoop het, terwyl verweerder asook eiser se twee verteenwoordigers, Prof. van Marle en Dr. Lombaard, al drie as deskundiges op die gebied van veeteelt bewus was van die moontlikheid dat die bul onvrugbaar kan wees. Verweerder het egter aanvaar dat die bul vrugbaar is omdat sy kudde 'n „hoë vrugbaarheid” toon—die vrugbaarheidsyfer skat hy naby aan 97 persent tot 98 persent; daar het nog net een keer vyf koeie oorgeslaan. Prof. van Marle, wat voor die aangaan van die koop die „seleksiewerk” gedoen het terwyl Dr. Lombaard die „koopwerk” gedoen het, sê dat sy wetenskaplike kennis is dat daar volgens Amerikaanse gegewens 8 persent bulle is wat nie vrugbaar is nie. Dr. Lombaard sê, alhoewel tydens die koop die woord vrugbaar nooit genoem is nie, was dit verweerder se plig om 'n bul te lewer wat gebruik kan word vir teeldoelindes. Dit is wat hy waarskynlik ten tyde van die koop in gedagte gehad het.

Aangesien verweerder selfs hoë verwagtinge van die bul as teelbul gehad het, asook vertrou in die vrugbaarheid van sy kudde, is dit 'n beweegrede en aansporing wat hom as bulteler van naam in alle waarskynlikheid sou dwing om 'n waarborg van vrugbaarheid te gee. Trouens, as hy te kenne sou gegee het dat hy nie die vrugbaarheid van sy teelbulle waarborg nie sou dit begryplik potensiële kopers, wat hy graag wou trek, afskrik. Wat Prof. van Marle betref, hy is bewus van die feit dat bulle onvrugbaar kan wees. Dit is waarskynlik dat hy die eiser, teen so 'n gebeurlikheid sou wou vrywaar. Per slot van rekening, hy het gegaan om 'n vrugbare bul te selekteer. Boonop sou die aankoop van 'n onvrugbare bul die hele doel van die koop verydel.

Uit die getuienis en die omringende omstandighede is dit duidelik af te lei dat die partye die transaksie aangegaan het met die verstandhouding dat verweerder onderneem het om 'n bul te lewer wat geskik is vir teeldoelindes, en dat gevolglik 'n stilswyende bepaling tot dien effekte 'n bepaling van die ooreenkoms is. Dit is 'n wesentlike beding, die verbreking waarvan die eiser op terugtrekking geregtig maak.

Die belangrike vraag wat oorbly, is of die *Hackett*-uitspraak die onderhawige geval dek. Hoofregter WATERMEYER sê in die uitspraak op bl. 685: (hy het dit gesê net voor wat gesê is in die eerste aanhaling hierbo):

„This examination of the Roman-Dutch writers has led me to the conclusion that in Roman-Dutch law the right of action for rescission of a contract on account of a latent defect in the *res vendita*, which is spoken of as the *actio redhibitoria*, is a right of action which has been developed by the application of some principles taken from the Aedilician *actio redhibitoria* and some from the *actio empti*, and this right of action took the place of whatever rights of action existed in Roman law and it was neither the *actio redhibitoria* of the Roman law nor the *actio empti* of the Roman law.”

Ongelukkig word nie gesê watter beginsels van die *actio redhibitoria* die ontwikkelde reg van aksie behou het en watter beginsels dit van die *actio empti* geleen het nie. Maar hoe dit ook al sy—soos blyk uit die eerste aanhaling—die geleerde Hoofregter sê die werklike vraag was in daardie saak ontstaan het, en wat ook hier ontstaan, is of op die *actio redhibitoria* met 'n eenjaarverjaringstermyn gesteun word. En die antwoord daarop het hy in die vorm van die dagvaarding en die getuienis gevind. Hy konkludeer, sonder om te meld watter regte van aksie die woord *actio redhibitoria* behels, dat die *actio redhibitoria*—al sou dit nie 'n aksie vir kansellasië gebaseer op 'n uitdruklike waarborg teen verborge gebreke, of op die werklike kennis deur die verkoper van sodanige gebreke insluit nie—in elk geval 'n aksie insluit vir kansellasië gebaseer op grond van 'n verborge gebrek waarvan die verkoper onbewus was en ten aansien waarvan hy nie 'n uitdruklike waarborg gegee het nie. Klaarblyklik het die geleerde HOOFREGTER die eiseres se aksie op die oog gehad toe hy gesê het

„... the *actio redhibitoria* . . . does at any rate include the action for rescission based on the ground of a latent defect of which the seller is unaware and of which he has given no express warranty”.

En eiseres se aksie was gegrond op niks anders as die verkoper se aanspreeklikheid voortvloeiende uit die natuurlike regsgevolg van die koop in teenstelling met 'n aksie wat, soos in die onderhawige geval, gegrond is op die verkoper se aanspreeklikheid vir die verbrekking van 'n stilswyende konsensuele bepaling. Die mening dat dit so is word versterk deur die woorde „and of which he has given no express warranty”; met ander woorde, waar daar nie 'n waarborg *ex consensu* gegrond op 'n afspraak tussen die partye is nie.

Dit is wel so, dat geen melding gemaak word van 'n stilswyende konsensuele waarborgbeding nie, maar omdat 'n stilswyende beding dieselfde juridiese gebondenheid as 'n uitdruklike bepaling opleë, sou dit eerder saam met die uitdruklike waarborg buite die trefwydte van die *actio redhibitoria* val, as wat dit met die *naturalia* van die koop sou gaan. Daar bestaan ook geen noodsaaklikheid om die woorde van die geleerde HOOFREGTER so 'n wye uitleg te gee dat 'n stilswyende kontraktuele beding daarby ingebryp word. Dit is ook te betwyfel of die handelsverkeer behoefte sou hê aan so 'n uitgebreide betekenis wat die net van die *actio redhibitoria* so wyd span dat die koper se reg om *ex contractu* te vorder met 'n verjaringsverbeuring tot twaalf maande ingekort word. Indien die stelling deur die geleerde HOOFREGTER gemaak wel 'n betekenis kan hê wat 'n stilswyende konsensuele waarborgbepaling behels, dan was dit nie nodig vir die beslissing in die *Hackett*-saak, waar die grondslag van die aksie totaal anders is as dié van die onderhawige geval, om sodanige bepaling by die *actio redhibitoria* te betrek nie, en is hierdie Hof derhalwe nie gebonde aan die toepaslikheid wat in dié opsig aan die aksie gegee is nie, veral waar die geleerde HOOFREGTER hom weerhou het van vermelding van die somtotaal van die regte van aksie wat die woorde *actio redhibitoria* behels.

Die gevolgtrekking is dat die *Hackett*-saak van die onderhawige geval te onderskei is en nie daarop van toepassing is nie.

Ten slotte is namens verweerder betoog dat eiser in hierdie Hof hom nie, soos hier gedoen is, kan beroep op die bewys en bestaan van 'n

stilswyende beding nie, want in sy aansoek tot hierdie Hof om verlof om te appelleer het hy dié reg prys gegee, waar hy in sy aansoek sê dat hy aanvaar dat die getuienis nie die bestaan van 'n stilswyende waarborg aangetoon het nie; en betoog dat die getuienis wel die bestaan aantoon van 'n stilswyende beding gebaseer op 'n gemeenskaplike A aanvaarding of veronderstelling van die partye, welke veronderstelling later geblyk het onjuis te wees, en bygevolg daar in werklikheid geen ooreenkoms tot stand gekom het nie. Die koper sou dan—so gaan die betoog voort—die koopsom met 'n *condictio* kan terugvorder, welke aksie na drie jaar verjaar. Steun vir die betoog word gevind in die uitspraak van Appèlregter VAN DEN HEEVER in *Dickinson Motors (Pty.) Ltd. v. Oberholzer*, 1952 (1) S.A. 443 (A.D.). B

Opponerende verklarings is deur die verweerder voorgelê, maar hierdie Hof het desondanks verlof om te appelleer toegestaan en, soos die gebruik is, geen redes vir die beslissing gegee nie. Aangesien die konklusie is dat 'n stilswyende beding wel bewys is, is dit nie nodig om die meriete van die betoog wat berus op die regsfiguur van „veronderstelling” te oorweeg nie, en hoof slegs daarop gewys te word dat hier geen sprake kan wees van 'n verbeuring van 'n reg nie. Aannemende, sonder om 'n mening daaroor uit te spreek, dat 'n party in 'n aansoek om verlof om te appelleer 'n reg van dié aard onherroepelik kan prysgee, het die eiser hier slegs „aanvaar” dat die getuienis hom nie help om 'n stilswyende beding te bewys nie. Eiser sê in sy petisie: D

„Die appellant aanvaar dat die getuienis nie die bestaan van 'n stilswyende waarborg aangetoon het nie. Aangesien . . . 'n stilswyende waarborg . . . meebring dat die respondent ook vir skadevergoeding aanspreeklik kan gewees het en die applikant aanvaar dat dit nie die onverklaarde bedoeling van die partye was dat die aanspreeklikheid van die respondent sover sou strek indien die bul onvrugbaar was nie.” E

Die aanvaarding dat die getuienis nie die besondere afleiding regverdig nie is klaarblyklik gedoen bloot vir die doeleindes van betoog en nie om van 'n reg afstand te doen nie. Op dieselfde feite het eiser 'n analoë betoog baseer wat prakties op dieselfde neerkom. Hy het uit sy pad gegaan om in sy petisie 'n regsbedoelinge voor te lê wat streng F gesproke nie nodig was vir die doeleindes van die aansoek nie. In die praktyk is dit niks ongewoons nie dat gedurende beredenering 'n punt selfs laat vaar word net om dit later met groter ywer te beklemtoon. Myns insiens moet die appèl gehandhaaf word en die volgende bevel uitgereik word.

Die appèl slaag en die bevel van die landdros word verander na G een wat die pleit van verjaring tersyde stel met koste. Dit word bevel dat die saak na die landdros terugverwys word vir afhandeling van eiser se eis, en dat die eiser geregtig is op die koste in hierdie Hof en die koste in die Noord-Kaapse Afdeling.

WESSELS, A.R., en JANSEN, A.R., het met die uitspraak van VAN H BLERK, WN.-H.R. saamgestem.

DE VILLIERS, WN.-A.R.: Hierdie is 'n appèl teen 'n beslissing van die Noord-Kaapse Afdeling wat in die volgende omstandighede ontstaan: Appellant, hierna genoem eiser, het 'n geding in die landdroshof, Kimberley, aanhangig gemaak teen respondent, hierna genoem verweerder, en sy eis soos volg geformuleer:



„4. Op of omtrent 4 Augustus 1965 en te Vlakpan, Douglas het die verweerder aan eiser 'n Simmenthalerbul, beskrywe as Alman V42, vir die bedrag van R700 verkoop. Gemelde bul is gedurende die begin van Augustus 1965 aan eiser te Glen, Oranje Vrystaat gelewer en die bedrag van R700 is aan verweerder deur die eiser betaal.

A 5. (a) Dit was 'n uitdruklike term van die genoemde koop-ooreenkoms aangegaan tussen die eiser en verweerder op 4 Augustus 1965 dat die verweerder waarborg dat die gemelde bul Alman V42 'n normale, gesonde en vrugbare bul is.

(b) In die alternatief indien die Agbare Hof sou bevind dat die verweerder nie uitdruklik gewaarborg het dat die bul Alman V42 'n gesonde, normale en vrugbare bul is nie, dan word dit beweer dat dit 'n stilswyende term van die gemelde ooreenkoms was dat die verweerder waarborg dat die gemelde bul Alman V42 'n normale, 'n gesonde en vrugbare bul is. Hierdie stilswyende term word afgelei van die omringende omstandighede wat bestaan het by die aangaan van die koop-ooreenkoms en meer bepaald die volgende:

(i) Dat die verweerder te alle tersaaklike tye bewys was dat die eiser die gemelde bul vir aantel-doeleindes benodig het.

(ii) Dat die doel van die hele koop-ooreenkoms vrydel sou wees indien die verweerder nie 'n vrugbare bul aan eiser sou verkoop het nie.

(iii) Dat die eiser nooit sou oorweeg het om die gemelde bul van verweerder te koop indien hy bewys was dat die bul onvrugbaar was nie.

(iv) Dat die verweerder te alle tersaaklike tye 'n bulteler was en bewys was dat eiser 'n vrugbare bul vir aantel-doeleindes benodig.

D 6. Die gemelde bul Alman V42 is deur die eiser gedurende Oktober 1965 die eerste keer op sekere verse gebruik en gedurende November en Desember 1965 het eiser gevind dat die verse wat deur die gemelde bul gedek was, nie dragtig was nie. Op 5 Januarie 1966 en weer op 12 Januarie 1966 het die eiser deur middel van toetse vasgestel dat die gemelde bul Alman V42 heeltemal onvrugbaar is. Eiser het verweerder van die onvrugbaarheid van die gemelde bul op 17 Februarie 1966 in kennis gestel.

E 7. Eiser beweer dat die gemelde bul Alman V42 alreeds op 4 Augustus 1965 toe dit aangekoop is onvrugbaar was en gevolglik het die verweerder 'n wesentlike term van die koop-ooreenkoms tussen hom en die eiser, naamlik die waarborg soos uiteengesit in para. (5) hiervan, verbreek.

8. Die gemelde bul Alman V42 was totaal ongeskik as gevolg van sy onvrugbaarheid vir die doel waarvoor dit aangekoop was en eiser was gevolglik geregtig om die koopkontrak van 4 Augustus 1965 tussen hom en die verweerder in verband met gemelde bul te kanselleer en het gevolglik die kontrak gekanselleer.

F 9. Die gemelde bul Alman V42 is alreeds op 10 Maart 1966 deur die eiser aan verweerder teruggelewer maar die verweerder ten spyte van behoorlike aanneming weier en/of versuim om die bedrag van R700 aan eiser terug te betaal. Weshalwe eis eiser:

1. Bekragtiging dat die koopkontrak behoorlik gekanselleer is;
2. Betaling van die bedrag van R700;
3. Rente teen 6 persent *a tempore morae* op die bedrag van R700 tot datum van betaling;

4. Koste van geding;
5. Alternatiewe regshulp."

Verweerder het soos volg gepleit:

„2. Ad para. 4:

Behalwe dat verweerder beweer dat die genoemde bul op die plaas „Vlakpan“, distrik Douglas, aan eiser gelewer is, en dat dit daarna op eiser se instruksies en vir eiser se rekening per trein vanaf Douglas na Glen vervoer is, word hierdie paragraaf erken.

3. Ad para. 5 (a):

Hierdie sub-paragraaf word ontken.

4. Ad para. 5 (b):

(a) Verweerder erken dat dit 'n stilswyende term van die ooreenkoms was dat die genoemde bul vir sy gewone doel, naamlik vir aantel-doeleindes, geskik sou wees.

(b) Behalwe soos hierbo gepleit, ontken verweerder die bewerings uiteengesit in para. 5 (b) van eiser se besonderhede van eis.

(c) Verweerder beweer dat eiser se eis, soos uiteengesit in die genoemde para. 5 (b) op die *actio redhibitoria* gegrond is, en hy beweer dat die

genoemde eis voor uitreiking van dagvaarding ingevolge die bepaling van art. 3 (2) (b) (ii) verjaar het, en dus nie afdwingbaar is nie.

5. Ad para. 6:

Behalwe vir die feit dat verweerder erken dat eiser hom op of omtrent 17 Februarie 1966 in kennis gestel het dat die genoemde bul onvrugbaar was, dra verweerder geen kennis van die bewerings in hierdie paragraaf, A erken dit nie, en stel eiser tot die bewys daarvan.

6. Ad paragraaf 7 en 8:

Verweerder ontken ieder en elke bewering uiteengesit in hierdie paragraaf, en stel eiser tot die bewys daarvan.

7. Ad para. 9:

Verweerder erken dat die genoemde bul aan hom gelewer is en dat hy weier om die genoemde bedrag van R700 te betaal. Verweerder beweer B dat eiser daarna geweer het om die genoemde bul terug te ontvang.

Weshalwe vra verweerder dat eiser se eise van die hand gewys word, met koste."

In 'n replikasie het eiser al die feitelike bewerings in die verweerskrif ontken en in besonder soos volg geantwoord op paragraaf 3 en 4 daarvan:

„Ad paragraaf 3 en 4 van verweerder se verweerskrif:

(a) Behalwe vir die erkennings wat verweerder in hierdie paragraaf gemaak het, word alle ander feitebewerings, regstellings en ontkenings ontken asof dit apart uiteengesit en ontken is.

(b) Eiser ontken spesifiek dat sy eis verjaar het en verg bewys van verweerder se bewerings in hierdie verband."

Met die verhoor van die saak in die landdroshof is 'n wysiging van D die besonderhede van eis aangevra en toegestaan, maar aangesien die inslag daarvan nie in hierdie appèl tersake is nie, hoef nie verder daarna verwys te word nie.

Getuënis is vervolgens aangevoer namens die partye op al die geskildpunte wat uit die pleitstukke ontstaan maar, om redes wat later sal blyk, word net die getuënis van drs. van Marle en Lombaard, wat E namens eiser getuig het, en dié van verweerder, betreffende die vraag of vrugbaarheid uitdruklik beding is en of dit geïmpliseer moet word, in die lig van genoemde omringende omstandighede, as 'n term van die koop-ooreenkoms, uiteengesit.

[Die Edelagbare Regter het dié getuënis volledige uitgesit en soos F volg voortgegaan.]

Na aanhoor van al die getuënis het die landdros sy redes vir uitspraak gegee. In die aanhef daarvan verskyn die volgende:

„In sy pleidooi ontken verweerder dat daar 'n uitdruklike waarborg was sover dit Alman se vrugbaarheid aangaan, maar gee toe dat dit stilswyend 'n deel van die ooreenkoms was dat die bul vir aantel-doeleindes geskik sou wees. Hy G gaan verder en sê dat indien die hof sou bevind dat laasgenoemde die geval is dan is die eis gebaseer op die *actio redhibitoria* en dan het dit reeds voor dagvaarding verjaar. Eiser ontken dat die eis verjaar het en tree in geding met verweerder op grond daarvan dat laasgenoemde kontrakbreuk gepleeg het en sy eis gevolglik nie verjaar het nie.

Voor die hof kan oorgaan tot behandeling van die meriete van die saak is dit dus nodig om te bepaal of die eis nog standhoudend is of reeds verjaar het. H Om aan hierdie voorvereiste te voldoen moet dit gevolglik vasgestel word wat in werklikheid die terme en voorwaardes van die koop-ooreenkoms was met spesiale verwysing na enige waarborg wat ten opsigte van Alman V42 se vrugbaarheid gegee is. Om aan dit te doen moet die getuënis van drs. van Marle en Lombaard wie namens eiser die ooreenkoms aangegaan en die bul gekoop het, behandel word."

Voorts verwys hy na die getuënis van drs. van Marle en Lombaard (maar nie na dié van verweerder nie) en eindig met die volgende:

„Opsommend, vind ek die toestand soos volg te wees:

(a) Verweerder is 'n teler van bulle;

- (b) Verweerder was bewus daarvan dat Alman V42 spesifiek vir teeldoeleindes aangekoop word en hy het hom vir daardie spesifieke doel verkoop;
- (c) Alman het volgens eiser se twee getuies, normaal voorgekom—m.a.w. daar was geen sigbare defekte nie;
- (d) Indien Alman by aankoop reeds steriel was soos eiser beweer, dan was dit 'n bedekte of latente gebrek waarvan verweerder nie bewus was nie;
- (e) Die verkoping het nie voetstoots plaasgevind nie en ek vind staving vir hierdie stelling in die feit dat verweerder aanvanklik bereid was om Alman te vervang;
- (f) Verweerder was op datum van verkoop nie bewus van Alman se steriliteit nie;
- (g) Verweerder het nooit te enige tyd op enige wyse die vrugbaarheid van Alman gewaarborg nie;
- (h) Verweerder het inagnemende wat hierbo gesê is, *stilswyend* gewaarborg dat Alman bekwaam is om kalwers voort te plant.
- In die omstandighede word eiser se bewering dat daar enige uitdruklike waarborg was (in teenstelling met 'n *stilswyende* waarborg) nie gehandhaaf nie. Die vraag ontstaan nou of die eis gebaseer is op die *actio redhibitoria* en indien wel, dan het dit kragtens die Verjaringswet reeds verjaar op die datum van uitreiking van die dagvaarding.
- C Na my mening is dit onnodig om enigsins in die gewysdes te delf ten einde vas te stel wat die toestand in hierdie opsig is. Hoofregter WATERMEYER het bo aan bl. 686 van sy uitspraak in *Hackett v. G. & G. Radio & Refrigerator Corporation*, 1949 (3) S.A. 664, in 'n saak wat gelykoortig aan die huidige is, gesê dat die *actio redhibitoria* includes an action for rescission based on the ground of a latent defect of which the seller is unaware and in respect of which he has given no express warranty'. Om hierdie redes dan bevind ek dat die huidige aksie gebaseer is op die *actio redhibitoria* en dat dit reeds verjaar het toe die dagvaarding gedurende April 1968 uitgereik is.
- D In verdere redes wat hy later verskaf het, het die landdros verduidelik dat die woord „uitdruklik” ingevoeg moes gewees het tussen „enige” en „wyse” in sub-para. (g) voornoemd.

Uit bogemelde redes wil dit voorkom of die landdros bevind het dat eiser *stilswyend* gewaarborg het dat Alman V42 vrugbaar is, maar dat, uit hoofde van die passasie waarna hy verwys het in *Hackett* se saak, 'n aksie wat op so 'n beding gegrond is, onder die *actio redhibitoria* sorteer en dat, in die lig van die bepalings van art. 3 (2) (b) (ii) van die Verjaringswet, 18 van 1943, eiser se eis reeds verjaar het toe die onderhawige saak aanhangig gemaak is. Vervolgens was dit nie nodig om te bevind of Alman V42 vrugbaar was tydens die aangaan van die koopkontrak al dan nie.

Eiser het appèl aangeteken teen die uitspraak van die landdros en, aangesien geen bevinding deur die landdros gemaak is of Alman V42 inderdaad vrugbaar was tydens die aangaan van die koopoooreenkoms al dan nie, is dit deur die partye ooreengekom dat die appèl net sou gaan oor die aangeleentheid waaroor die landdros bevindings gemaak het en (by implikasie) dat, indien die appèl sou slaag, die saak na die landdros terugverwys sou word om te beslis of Alman V42 so vrugbaar was of nie. Vir die rede is dan ook net die getuies van dr. van Marle, dr. Lombaard en verweerder voor die Hof *a quo* gelê.

H Met die appèl voor die Hof *a quo* het eiser aanvaar dat 'n uitdruklike konsensuele waarborg van vrugbaarheid nie bewys is nie, maar dit is namens hom aangevoer dat sy eis (gegrond op 'n *stilswyende* konsensuele waarborg van vrugbaarheid wat bewese bevind is deur die landdros en ook op die pleitstukke erken is) onder die *actio empti* sorteer en nog nie verjaar het toe dagvaarding in die onderhawige saak uitgereik is nie (kyk art. 3 (2) (c) van Wet 18 van 1943) en dat *Hackett* se saak nie van toepassing is nie.

Die Hof *a quo* het eiser se appèl verwerp met koste. DE VOS HUGO, R.P., het bevind dat verweerder se pleit, behoorlik vertolk, nie 'n erkenning inhou dat 'n *stilswyende* waarborg van vrugbaarheid tussen die partye beding is nie maar slegs 'n erkenning van die sogenaamde *stilswyende* waarborg (implied warranty) teen latente gebreke wat die grondslag is van die *actio redhibitoria*. Hy het verder bevind dat van die terme van die koopoooreenkoms self en die omringende omstandighede nie afgelei kan word dat 'n vrugbare bul gelewer moes word nie en vervolg:

„daar is niks in die omringende omstandighede wat enigsins daarop dui dat dit hier om iets meer gaan as dat 'n koopkontrak met die nakoming van die minimum vereistes aangegaan is nie. Daar is ooreengekom oor die *merx*, die *pretium* en die verhandeling van die een teen die ander. In so 'n geval bepaal die gemene reg die verpligtings van die partye. Hier is dit nie 'n geval van *conventio vincit legem* nie. Albei die partye het wel verwag dat die bul vrugbaar sal wees, m.a.w. dat die *merx* die doel sou beantwoord waarvoor dit gekoop is. Dit is egter nog geen *conventio* wat die gewone gemeenregtelike gevolge verander nie”.

VAN RHYN, R., het tot dieselfde gevolgtrekking gekom maar bygevoeg, uit hoofde van die alternatiewe pleit vervat in para. 4 (c) van die verweerskrif, dat selfs indien dit bewys is, 'n eis wat daarop gegrond is 'n eis is wat sorteer onder die *actio redhibitoria* en reeds verjaar het, en in dié opsig het hy, soos die landdros, gesteun op die reeds genoemde passasie in *Hackett* se saak.

'n Aansoek om na hierdie Hof te appelleer is deur die Hof *a quo* van die hand gewys.

In 'n aansoek na hierdie Hof om teen die uitspraak van die Hof *a quo* te appelleer het eiser, nadat hy 'n oorsig gegee het van die verloop van die onderhawige saak tot en met die afwysing van sy appèl in die Hof *a quo*, die volgende gesê:

„11. Die applikant aanvaar dat die getuies nie die bestaan van 'n *stilswyende* waarborg aangetoon het nie. Aangesien daar in kwaliteit geen verskil tussen 'n uitdruklike en 'n *stilswyende* waarborg bestaan nie (de Wet & Yeats, *Kontraktereg en Handelsreg*, 3de uitg., bl. 228) sou 'n bevinding dat die koopkontrak wel 'n *stilswyende* waarborg bevat het, meebring dat die respondent ook vir skadevergoeding aanspreeklik kon gewees het, en die applikant aanvaar dat dit nie die onverklaarde bedoeling van die partye was dat die aanspreeklikheid van die respondent sover sou strek indien die bul onvrugbaar was nie.

12. Die applikant betoog egter eerbiediglik dat die getuies wel die bestaan aantoon van 'n *stilswyende* term gebaseer op 'n gemeenskaplike aanvaarding of veronderstelling van die partye. Aangaande die regsfiguur „veronderstelling” verwys die applikant eerbiediglik na *De Wet & Yeats, op. cit.*, bl. 104-105, waar aangetoon word dat indien 'n ooreenkoms gesluit word op 'n gemeenskaplike veronderstelling, wat vals blyk te wees, daar in werklikheid geen ooreenkoms tot stand kom nie. Voorts verwys die applikant eerbiediglik na die beslissings in *Dutch Reformed Church Council v. Crocker*, 1953 (4) S.A. 53; en in *Dickinson Motors (Pty.) Ltd. v. Oberholzer*, 1952 (1) S.A. 443; en veral na die volgende stelling in 'n Engelse gewysde wat op bl. 450 van laasgenoemde saak met goedkeuring aangehaal is deur Appèlregter SCHREINER:

„... that an agreement founded upon a common mistake, which mistake is impliedly treated as a condition which must exist in order to bring the agreement into operation, can be set aside, formally if necessary, or treated as set aside and as invalid without any process or proceedings to do so.”

13. Die applikant betoog voorts eerbiediglik dat indien 'n koopkontrak as uitdruklike of *stilswyende* term 'n veronderstelling bevat, welke veronderstelling blyk onjuis te wees, die koper die koopsoem wat hy betaal het met 'n *condictio* kan terugvorder, soos beslis is deur Appèlregter VAN DEN HEEVER in die *Dickinson*-saak, welke aksie volgens die Verjaringswet eers na drie jaar verjaar.

Dié aansoek, 'n antwoordende verklaring waarin verweerder onder meer aangevoer het dat eiser nie behoort toegelaat te word om op

hierdie laat stadium die uitspraak van die landdros te regverdig op 'n grond van aksie wat nie gepleit is nie en nie behoorlik in die aangevoerde getuienis ondersoek is nie, ten spyt, is egter toegestaan.

Met die verhoor van die appèl voor hierdie Hof het mnr. *Flemming*, A wat namens eiser opgetree het, gesteun op die nuwe grond van aksie genoem in die aansoek om verlof om te appelleer en vir 'n wysiging van eiser se besonderhede van eis gevra om so 'n grond van aksie in te voeg, indien nodig. In die alternatief het hy die argument wat voor die Hof *a quo* aangevoer is, herhaal.

B Ek behandel laasgenoemde argument eerste. Saam met die landdros en die Hof *a quo* het ek geen twyfel nie dat die verweerskrif geen erkenning van 'n stilswyende waarborg van vrugbaarheid as 'n term van die kooporeenkoms inhou nie. Indien dit die bedoeling van verweerder was om so 'n erkenning te maak, kon hy eenvoudig para. 5 (b) van die besonderhede van eis erken het soos hy

C para. 5 (a), waarin 'n uitdruklike waarborg beweer word, ontken het. Al wat erken word, is dat dit 'n „stilswyende term” van die ooreenkoms was dat Alman V42 vir sy gewone doel, naamlik vir aantelddoeleindes, geskik sou wees. En om die beperkte omvang van die erkenning te beklemtoon, word in para. 4 (b) gepleit dat

D „behalwe soos hierbo gepleit, ontken verweerder die bewerings uiteengesit in para. 5 (b) van eiser se besonderhede van eis”.

Na my mening is die erkenning wat in para. 4 (a) van die verweerskrif vervat is, niks meer nie as 'n erkenning van 'n geïmpliseerde geskiktheidswaarborg (implied warranty) teen latente gebreke in Alman V42, 'n natuurlike regsgevolg van die koop, wat, indien dit later sou blyk dat Alman V42 inderdaad 'n latente gebrek gehad het tydens die

E aangaan van die koop, miskien sou kon lei tot 'n geding onder die aediliese aksies. Die gebruik van die uitdrukking „stilswyende term” is ongelukkig maar die woorde „implied warranty” word meermale verkeerdelik gebruik om so 'n natuurlike gevolg van 'n kooptransaksie te beskryf.

F Ek behandel vervolgens die vraag of eiser bewys het dat dit 'n stilswyende term van die koopkontrak was dat Alman V42 vrugbaar is en laat buite rekening 'n argument wat deur mnr. *Kumleben*, wat namens verweerder met die appèl voor hierdie Hof verskyn het, aangevoer is dat die erkenning wat in para. 11 van eiser se aansoek om verlof om te appelleer vervat is, eiser belet om die Hof *a quo* se bevinding op hierdie grond te regverdig.

G Die beginsels wat by so 'n ondersoek toegepas moet word, blyk uit die volgende aanhalings:

„The question as to the circumstances in which a term ought to be implied in a contract was discussed in *Douglas v. Baynes*, 1908 A.C. 477, which was an appeal from the Supreme Court of the Transvaal. Lord ATKINSON in giving the judgment of the Judicial Committee said at p. 482:

H „The principle on which terms are to be implied in a contract is stated by KAY, L.J., in *Hamlyn v. Wood*, (1891) 2 Q.B. 488 at p. 494, in the following words: “The Court ought not to imply a term in a contract unless there arises from the language of the contract itself, and the circumstances under which it is entered into, such an inference that the parties must have intended the stipulation in question that the Court is necessarily driven to the conclusion that it must be implied.”

The question I am now considering has also been dealt with in a series of cases in this Court. See *Union Government (Minister of Railways and Harbours) v. Faux Ltd.*, 1916 A.D. 105; *Barnabas Plein & Co. v. Sol Jacobson*

& Son, 1928 A.D. 25 at p. 31; *Administrator (Transvaal) v. Industrial & Commercial Timber & Supply Co. Ltd.*, 1932 A.D. 25 at pp. 31-33; *West Witwatersrand Areas, Ltd. v. Roos*, 1936 A.D. 62 at pp. 74-75; *West End Diamonds, Ltd. v. Johannesburg Stock Exchange*, 1946 A.D. 910 at p. 921. SOLOMON, J.A., in delivering the judgment of the Court in the case first mentioned said on p. 112:

A “It is needless to say that a Court should be very slow to imply a term in a contract which is not to be found there . . . The rule to be applied by a court in determining whether or not a condition should be implied, is well stated by Lord ESHER in the case of *Hamlyn & Co. v. Wood & Co.*, (1891) 2 Q.B.D. at p. 491, as follows: “I have for a long time understood that rule to be that a Court has no right to imply in a written contract any such stipulation, unless, on considering the terms of the contract in a reasonable and business manner, an implication necessarily arises that the parties must have intended that the suggested stipulation should exist. It is not enough to say that it would be a reasonable thing to make such an implication. It must be a necessary implication in the sense that I have mentioned”.

B In *Barnabas Plein & Co. v. Sol Jacobson & Son*, supra at p. 31, STRATFORD, J.A., quoted with approval the remarks of SCRUTTON, L.J., in *Reigate v. The Union Manufacturing Co.*, 118 L.T. 483. Those remarks were as follows:

C “You must only imply a term if it is necessary in the business sense to give efficacy to the contract; that is, if it is such a term that you can be confident that if at the time the contract was being negotiated someone had said to the parties “what will happen in such a case”, they would have replied “of course so and so. We did not trouble to say that; it is too clear”.”

(Per CENTLIVRES, H.R., in *Mullin (Pty.) Ltd. v. Benade Ltd.*, 1952 (1) S.A. 211 (A.D.) te bl. 214-5), en

D Vervolgens behandel ek die beweerde stilswyende beding. In *Mullin (Pty.) Ltd. v. Benade Ltd.*, 1952 (1) S.A. 211 (A.D.), het die HOOFREGTER die gewysdes versamel wat oor stilswyende beding handel. Wanneer dit toelaatbaar is om 'n stilswyende beding in 'n kontrak te veronderstel word daarop verskillende maniere uiteengesit. Dit is egter duidelik dat 'n hof geregig is om so 'n beding te presumerer slegs indien hy vrywel noodgedwonge dit moet doen om die ooreenkoms vatbaar te maak vir 'n redelike vertolking in die omstandighede. Die uitdrukking „stilswyende beding” dui reeds daarop dat dit iets moet wees wat die partye bedoel het, of geag moet word te bedoel het, maar waaraan hulle geen uiting gegee het nie. Gevolglik moet so 'n beding afgelei word van die kontrak self en die omstandighede wat geheers het by sy sluiting. Om dit af te lei van wat na die kontraksluiting plaasgevind het sou wees om aan die partye profetiese gawes toe te skrywe.”

(Per VAN DEN HEEVER, A.R., in *Van der Merwe v. Viljoen*, 1953 (1) S.A. 60 (A.D.) te bl. 65).

E Alhoewel bogemelde gewysdes gaan oor geskrewe kontrakte, kan ek aan geen rede dink waarom die *ratio* daarvan nie behoort te geld in 'n saak, soos die onderhawige, waar dit gaan oor 'n mondelinge kontrak nie. Kyk *Raap and Maister v. Aronowsky*, 1943 W.L.D. 68, waar MILLIN, R., die volgende op bl. 74 sê:

G “. . . it remains clear law that you are not entitled to imply a term unless it is necessary to give effect to what was clearly the intention of the parties as disclosed by them in the express terms they have used and in the surrounding circumstances; that is to say, unless it is necessary to give the contract that business efficacy which it can clearly be seen by the Court both parties must have intended”.

H Uiteraard kan die „express terms” van 'n kontrak blyk uit of 'n geskrif, H wat deur die partye onderteken is, of die uitdruklike erkende bepalinge van 'n mondelinge ooreenkoms.

Ek vind dan ook dat genoemde beginsels inderdaad deur SOLOMON, R., toegepas is in die saak van *O.K. Bazaars v. Block*, 1929 W.L.D. 37, waar 'n mondelinge kontrak ter sprake was. Kyk oor *Luxor (Eastbourne), Ltd. v. Cooper*, 1941 A.C. 108, waarin die volgende op bl. 137 verskyn:

„There have been several general statements by high authorities on the power of the Court to imply particular terms in contracts. It is agreed on all sides that the presumption is against the adding to contracts of terms which the parties have not expressed. The general presumption is that the parties have expressed every material term which they intended should govern their agreement, whether oral or in writing. But it is well recognised that there may be cases where obviously some term must be implied if the intention of the parties is not to be defeated, some term of which it can be predicated that 'it goes without saying', some term not expressed but necessary to give to the transaction such business efficacy as the parties must have intended. This does not mean that the Court can embark on a reconstruction of the agreement on equitable principles, or on a view of what the parties should, in the opinion of the Court, reasonably have contemplated. The implication must arise inevitably to give effect to the intention of the parties.”

„n Ontleding van die aangevoerde getuienis in die lig van bogenelde beginsels oortuig my dat die Hof *a quo* gelyk gegee moet word dat die landdros foutter het toe hy bevind het dat 'n stilswyende waarborg van vrugbaarheid as 'n term van die mondelinge koopkontrak geïmpliseer moet word. Die uitdruklike terme van die koopkontrak waarop die partye ooreengekom en spesiaal gepleit het, is dat 'n besondere bul genaamd Alman V42—en ek beklemtoon nie 'n teelbul nie—vir R700 verkoop is. Die omringende omstandighede wat eiser spesiaal gepleit het kom daarop neer dat verweerder, 'n bulteler, bewus daarvan was dat eiser Alman V42 wou aankoop vir teeldoel. D eïndes en nie sou gekoop het as hy bewus was dat Alman V42 inderdaad onvrugbaar was—die soort omstandighede wat by elke koop teenwoordig is waar dit bekend is dat die *res vendita* vir 'n besondere doel aangekoop word. En die uitdruklike terme van die koopkontrak, in die lig van genoemde omstandighede, is nie van so 'n aard nie dat daarvan afgelei moet word dat die partye stilswyend beding het dat Alman V42 inderdaad vrugbaar is. Dit is nie nodig dat so 'n term veronderstel moet word om doeltreffendheid aan die koopkontrak te verleen nie. Dit is doeltreffend, sonder so 'n veronderstelling. Indien dit later sou blyk dat Alman V42 nie vrugbaar was toe die koop aangegaan is nie, kan eiser hom op die aediliese aksies beroep. Indien hy F meer versigtig wou gewees het, kon hy op 'n uitdruklike waarborg van vrugbaarheid aangedring het voordat hy gekoop het of desnoods self 'n ondersoek na die vrugbaarheid van Alman V42 laat instel het.

Dit is egter aangevoer namens eiser dat sommige van die uitlatings wat verweerder teenoor drs. Van Marle en Lombaard gemaak het, beskou kan word as relevante omringende omstandighede. Ek kan nie saamstem nie. Uit die aangevoerde getuienis is dit duidelik dat, nadat verweerder verwittig is van die doel van drs. Van Marle en Lombaard se besoek, is laasgenoemdes geneem deur verweerder na 'n kraal waarin daar 7 of 8 jong bulle was wat te koop was. Besonderhede van herkoms van die bulle is deur verweerder verskaf en dr. Van Marle, H wat die uitsoekwerk moes doen, het self 4 bulle, waaronder Alman V42 was, uitgesoek. Hy het vermoed dat Alman V42 'n jong bul was wat nog nie vantevore gebruik is nie. Hy het spesiaal na sy teelorgane gekyk maar nie daaraan gevoel nie en geen abnormaliteite waargeneem nie. Nadat die pryse van die 4 bulle vasgestel is, is die koopkontrak beklink daar by die kraal sonder dat een woord geryp is oor vrugbaarheid. Eers daarna is na die moeder van Alman V42 verneem en gaan kyk en is sekere uitlatings deur verweerder gemaak soos dat hy vertrou dat

Alman V42 goeie kalwers sal teel of behoort te teel, ens. Dat dit so is, blyk uit die getuienis van verweerder soos gestaaf deur dr. van Marle. Dit wil dus voorkom dat, ofskoon eiser miskien op genoemde uitlatings kon gesteun het in 'n poging om—na behoorlike wysiging van die pleitstukke—te bewys dat die reeds aangeane koopkontrak A later stilswyend gewysig is 'om 'n waarborg van vrugbaarheid by te voeg, hy nie in hierdie saak geregtig is om daarop te steun nie want hy kan net steun op omstandighede wat geheers het by die sluiting van die koopkontrak. (Kyk *Van der Merwe v. Viljoen, supra*).

Al sou hierdie uitlatings egter kon dien as omringende omstandighede vir die doel van die onderhawige ondersoek, meen ek nie dat dit daarop dui dat die partye stilswyend moes beding het dat Alman V42 vrugbaar is nie. Trouens ek meen dat dit eerder daarop dui dat geen stilswyende waarborg van vrugbaarheid afgelei kan word nie. Alman V42 was destyds 'n jong bul wat nog nie vir vrugbaarheid getoets is nie en, alhoewel verweerder voorheen nie veel las met onvrugbaarheid C gehad het nie, het die moontlikheid van onvrugbaarheid tog bestaan. Dit was die waarskynlike rede waarom hy op versigtige wyse die „vertrou” uitgespreek het dat Alman V42 „behoort volgens sy kudde-rekords goed te teel”, en „aanvaar” het dat dit behoort vrugbaar te wees omdat sy kudde 'n hoë vrugbaarheid toon. As by die aangaan van die koop die vraag pertinent aan verweerder sou gestel gewees het D of hy waarborg dat Alman V42 vrugbaar is, sou hy ongetwyfeld gesê het dat hy in die omstandighede wat toe geheers het, dit nie kon doen nie. Dit blyk uit sy getuienis—en dit is geensins deur die landdros verwerp nie—dat hy bewus was van sy regte en besef het dat indien dit later sou blyk dat Alman V42 aan 'n latente gebrek van onvrugbaar- E heid gely het tydens die aangaan van die koop, teen hom aeger sou kon word onder die aediliese aksies en dat hy die bul sou moes terugneem en die koopprys terugbetaal. Hy het ook in soveel woorde gesê: „As hulle my 'n waarborg gevra het dat die bul vrugbaar is sou ek dit nie gegee het nie omdat ek meen dat geen teler 'n bul vir vrugbaarheid kan waarborg nie as hy nog nie koeie of verse beset het nie en/of geen F sementoets gemaak is nie.” En dit is in die lig hiervan dat verweerder se antwoord wat onmiddellik hierop gevolg het en wat soos volg lui, verstaan moet word:

„Na my mening behoort my bulle vrugbaar te wees. As ek gedink het dat die bul nie vrugbaar was nie sou ek dit nie verkoop het nie. Dit was van beide kante aanvaar dat die bul vrugbaar is. As bul nie vrugbaar was by verkoop nie was ek bereid om dit te vervang. Dit was my bedoeling dat die bul wel vrugbaar was.”

Hy het naamlik niks meer bedoel nie as dat hy vertrou het dat Alman V42 vrugbaar sou wees. Dit is uiters onwaarskynlik dat hy in die heersende omstandighede anders sou bedoel het en hom moontlik in 'n groot aksie vir skadevergoeding sou wou beland het. Ek stem dus heel- H hartig saam met die slotsom waartoe die Hof *a quo* geraak het dat die partye 'n doodgewone koopkontrak aangegaan het sonder enige bykomende *conventio* wat die gewone gemeenregtelike gevolg van so 'n verkoop verander. Die goeie verwagtinge wat verweerder gehad en uitgespreek het, kan nie verhef word tot *promissa* nie. (Vgl. *Naudé v. Harrison*, 1925 C.P.D. 84 te bl. 90, en *Schmidt v. Dwyer*, 1959 (3) S.A. 896 (K) te bl. 898).

Dit volg dus dat die enigste grond waarop eiser in die pleitstukke ageer het nie bewys is nie en dat dit onnodig is om die grond waarop die landdros sy uitspraak baseer het te behandel of enige mening uit te spreek oor die juiste strekking van *Hackett* se saak.

A Die vraag bly dan oor of eiser se eis gehandhaaf kan word op die regsgrond wat in para. 12 van die aansoek om verlof om te appelleer in die vooruitsig gestel en in hierdie Hof vir die eerste keer aangevoer is. Ek wil aanvaar vir die doeleindes van hierdie saak dat so 'n aksie in ons reg bestaan maar, soos reeds daarop gewys, is dit nie die regs-

B grond waarop eiser deurgaans sy saak baseer het nie. 'n Wysiging van pleitstukke om 'n nuwe grond van aksie in te sluit word nie op appèl toegestaan nie tensy die Hof oortuig is dat die partye bewustelik die pleitstukke uitgebrei het om die nuwe grond van aksie te dek of tenminste dat alle beskikbare getuienis in verband daarmee voor die Hof gelê is (kyk *Cole v. Government of the Union of S.A.*, 1910 A.D. 263

C te bl. 273, en *Shill v. Milner*, 1937 A.D. 101 te bl. 105). In die onderhawige saak het die partye ongetwyfeld nie doelbewys die pleitstukke uitgebrei nie en is dit uiters twyfelagtig of geen verdere getuienis aangevoer of verdere vrae gestel sou gewees het nie indien die partye besef het dat gemelde grond van aksie ook ter sprake was. Maar hoe dit ook

D al sy, hou bedoelde grond van aksie, soos ek dit verstaan, die volgende in: naamlik dat die koop aangegaan is op die stilswyende gemeenskaplike veronderstelling dat Alman V42 vrugbaar is en dat die koop *ab initio* ongeldig sou wees, indien dit nie die geval is nie; dat Alman V42 inderdaad onvrugbaar was toe die koop aangegaan is met die

E gevolg dat die koop *ab initio* ongeldig was; en dat eiser derhalwe geregtig is om die koopsom van verweerder te verhaal onder die *condictio indebiti*. Geen getuienis is egter deur ðf dr. van Marle ðf dr. Lombaard gelewer nie waarvan dit afgelei moet word dat hulle die aangegane ooreenkoms so bedoel of verstaan het, en te oordeel na die houding

F wat deur eiser in twee Howe ingeneem is, is dit baie onwaarskynlik dat hulle dit so bedoel of verstaan het. Eiser het hardnekkig volgehou dat 'n stilswyende waarborg beding is wat eiser die reg gegee het om, onder meer, vir gevolgskaade te eis en die feit dat daar nie vir sodanige skade geëis is nie is nie ter sake nie. Verweerder se getuienis dui ook nie daarop dat so 'n ooreenkoms aangegaan is nie. Ek verstout my om

G te sê dat hy baie verbaasd sou gewees het indien iemand tydens die aangaan van die koop sou gesuggereer het dat of enige koopooreenkoms aangegaan is, sou ahang daarvan of Alman V42 inderdaad vrugbaar is. Ek herhaal dat die algemene trant van die getuienis as 'n geheel daarop dui dat 'n doodgewone koopooreenkoms met die gewone regsgevolge

H sonder enige bykomende *conventio* aangegaan is, en sekerlik sonder die buitengewone *conventio* waarop eiser nou wil staatmaak. Dit sou ongeoorloof wees om geïsoleerde antwoorde uit die getuienis van verweerder te neem—getuienis wat gelewer is om 'n bewering dat hy vrugbaarheid gewaarborg het, die hoof te bied—en dit te gebruik as grondslag van 'n buitengewone soort koopooreenkoms wat waarskynlik nooit in sy gedagte was nie, nie gepleit is nie en nie pertinent aan hom gestel in nie. Dit is derhalwe onnodig om mnr. *Kumleben* se argument dat

hierdie grond van aksie ook reeds verjaar het, te behandel. Ek sou dus die appèl van die hand wys met koste.

CORBETT, WN.-A.R., het met DE VILLIERS, WN.-A.R., saamgestem.

Appellant se Prokureurs: *Elliot, Maris, Wilmans en Hay*, Kimberley: *Adjunk-Staatsprokureur*, Bloemfontein. Respondent se Prokureurs: *Duncan en Rothman*, Kimberley; *McIntyre en van der Post*, Bloemfontein.

## GROSVENOR MOTORS (BORDER) LTD. V. VISSER.

(EASTERN CAPE DIVISION.)

1971. March 5, April 29. MUNNIK, J. and HART, A.J.

*Salc.—Motor vehicle.—Purchaser buying a 1969 model.—A 1968 model delivered.—Purchaser claiming that purchase price less than amount paid.—What purchaser must prove when sued for balance of purchase price.*

The respondent had purchased a 1969 model car from the appellant. He found, however, that the car delivered to him and accepted by him was a 1968 model and when sued for the balance of the purchase price of R200 he pleaded by way of the *exceptio quanti minoris* that the value of the vehicle delivered was R200 less than the purchase price and accordingly the appellant was not entitled to the amount claimed. A magistrate's court having found in the respondent's favour, in an appeal, held, that what the respondent had to prove was that the actual or true value of the vehicle was R200 less than the purchase price. Held, further, that, on the evidence, the respondent had failed to prove such value. Appeal accordingly allowed.

Appeal from a decision in a magistrate's court. Facts not material to this report have been omitted.

C. T. Howie, for the appellant.

J. W. Smalberger, for the respondent.

*Cur. adv. vult.*

*Postea* (April 29th.)

HART, A.J.: In terms of a written order dated 21.6.68 the plaintiff (now appellant), motor dealers of East London, sold to the defendant (now respondent) a new Escort model motor car for the sum of R1,729 to which has to be added the cost of seat belts, tyres, licence fees and number plates bringing the total amount of the sale to R1,762.21. In the transaction was included a trade-in of a 1966 model Volkswagen car at an agreed figure of R1,050 leaving a balance of R712.21 to be paid by the defendant to the plaintiff on delivery. The written order contained the following conditions: "Delivery required on 20.12.68 ('69 model)".