

A SISHEN HOTEL (EDMS) BPK v SUID-AFRIKAANSE
YSTER EN STAAL INDUSTRIËLE KORPORASIE BPK

APPËLAFDELING

RABIE Wn HR, JANSEN AR, BOTHA AR, NESTADT AR en M T STEYN Wn AR

B 1987 Februarie 19; Maart 26

Verhuurder en huurder—Regte van huurder—Reg van ongesteurde gebruik (commodus usus) van verhuurde grond—Grond waarop hotel opgerig is aan appelland verhuur—Deel van huurgeld 'n persentasie van drankverkope—Verhuurder, kragtens huurkontrak, geregtig om huurder te verplig om hotelbesigheid volgens bepaalde hoë standaarde te bedryf—Hotel langs nasionale pad geleë—Nasionale pad op aansoek van verhuurder verlé sodat verhuurder sy mynbedrywighede kon uitbrei—As gevolg van verlegging van nasionale pad, het hotel baie minder klandisie gelok as voorheen met gevolglike verlies van profyte—Hotel daarna gesluit—Bevind dat grond aan huurder verhuur is met spesifieke oogmerk om 'n hotelbesigheid daarop te bedryf met die doel om 'n wins daaruit te behaal—Verlegging van pad het gevolg gehad dat huurder se commodus usus van hotelpersseel versteur is—Alhoewel verlegging van pad geen regstreekse fisiese uitwerking op huurperseel gehad het nie, het dit onregstreeks huurder se commodus usus belemmer deur inkorting van toevloei van klandisie na die hotel—Verhuurder se optrede het op kontrakbreuk teenoor huurder neergekom—Kontrakbreuk van so 'n ernstige en wesenlike aard en omvang dat huurder geregtig was om huurkontrak te beëindig—Verhuurder ook aanspreeklik teenoor huurder om skadevergoeding vir huurder se verliese te betaal.

G Kragtens 'n huurkontrak tussen die respondent as verhuurder en die appelland as huurder aangegaan, het die respondent grond vir 'n tydperk van 20 jaar aan die appelland verhuur. 'n Hotel was deur 'n vorige huurder van die grond daarop opgerig. In die huurkontrak is die verhuurde grond as 'n 'hotel site' beskryf en 'n gedeelte van die huurgeld het bestaan uit 'n klein persentasie van die bruto opbrengs van drankverkope in die hotel. Die respondent het in die omliggende omgewing sekere mynbedrywighede gevoer en, om te verseker dat daar hotel akkommodasie van hoë gehalte vir besoekende beamptes beskikbaar was, het die respondent in die huurkontrak met die appelland sekere bepalinge ingesluit wat die appelland verplig het om die besigheid volgens bepaalde hoë standaarde te bedryf. Die hotel was langs die nasionale pad tussen Kuruman en Upington geleë en het weens sy ligging baie klandisie gelok. Ongeveer ses tot sewe jaar na die sluiting van die huurkontrak, het die respondent besluit om sy mynbedrywighede in die gebied uit te brei wat die verlegging van die nasionale pad noodsaaklik gemaak het. Die Provinsiale Administrasie het die respondent se aansoek om verlegging van die nasionale pad toegestaan en agt jaar na die sluiting van die huurkontrak is die verlegging van die pad voltooi. As gevolg van die verlegging van die nasionale pad het die appelland se hotel baie minder klandisie gelok as voorheen met die gevolg dat appelland se profyte gedaal het en uiteindelik is die hotelbesigheid teen 'n verlies bedryf. Die hotel is omtrent 11 jaar na die sluiting van die huurkontrak gesluit. Die appelland het in 'n Provinsiale Afdeling aksie teen die respondent ingestel vir betaling van skadevergoeding weens kontrakbreuk. Die appelland het beweer dat die verlegging van die

pad deur die respondent 'n verbreking van die huurkontrak was. Alhoewel die respondent aanspreeklikheid teenoor die appelland ontken het, het die respondent erken 'dat dit 'n stilswygende term van die betrokke huurkontrak was dat verweerder (respondent) so lank as wat eiser (appelland) die bepalinge van die betrokke huurkontrak nakom vrye en ongesteurde gebruik van die huurperseel en van die hotel daarop aan eiser sou verskaf en eiser nie van sy gebruik van die huurperseel en die hotel daarop sou ontnem of daarmee inmeng nie'. Die appelland se eis is deur die Provinsiale Afdeling van die hand gewys. In hoër beroep,

B *Beslis*, dat, volgens die huurkontrak tussen die appelland en die respondent, daar geen twyfel kon bestaan nie dat die respondent die huurperseel aan die appelland verhuur het met die spesifieke oogmerk om die appelland in staat te stel om daarop 'n hotelbesigheid te bedryf.

C *Beslis*, verder, dat dit ook klaarblyklik inherent in die kontrak was dat die appelland as huurder die hotelbesigheid sou bedryf met die doel om 'n wins daaruit te behaal.

D *Beslis*, verder, dat die verlegging van die nasionale pad en die gevolg daarvan sover dit die hotelbesigheid betref, die gevolg gehad het dat die appelland se *commodus usus* van die hotelpersseel versteur is: deur die nasionale pad te laat verlé, het die respondent 'n handeling verrig wat, alhoewel dit geen regstreekse fisiese uitwerking op die huurperseel gehad het nie, nietemin onregstreeks tog die appelland se *commodus usus* belemmer het deur die inkorting van die toevloei van klandisie na die hotel, en dat die hotelpersseel ná die sluiting van die pad nie meer dieselfde was as wat dit was ten tyde van die aanvang van die huurkontrak nie, aangesien dit destyds langs 'n deurpad geleë was en na die sluiting van die pad nie meer nie.

E *Beslis*, verder, dat die respondent se optrede op kontrakbreuk neergekom het: op die feite van die saak was die respondent se kontrakbreuk klaarblyklik van so 'n ernstige en wesenlike aard en omvang dat die appelland geregtig was om die huurkontrak van die hotelpersseel te beëindig.

F *Beslis*, derhalwe, dat die respondent kontrakbreuk gepleeg het ten opsigte van sy gemeenregtelike verpligting om die *commodus usus* van die huursaak aan die appelland te laat toekom, en dat die respondent op daardie grond aanspreeklik is om skadevergoeding (in 'n bedrag tussen die partye ooreengekom) aan die appelland te betaal. Appél gehandhaaf.

Die beslissing in die Transvaalse Provinsiale Afdeling in *Sishen Hotel (Edms) Bpk v Suid-Afrikaanse Yster en Staal Industriële Korporasie Bpk* omvergewerp.

Landlord and tenant—Rights of tenant—Right of undisturbed use (commodus usus) of leased premises—Land, upon which hotel erected, leased to appelland—Part of rental consisting of a percentage of liquor sales—Landlord, in terms of lease, entitled to oblige tenant to conduct hotel business according to certain high standards—Hotel situated next to a national road—National road, on application of landlord, diverted to enable landlord to extend its mining activities—As a result of diversion of national road, hotel attracting much less custom than previously with consequent loss of profits—Hotel subsequently closed down—Held that land leased to tenant for specific purpose of conducting a hotel business on it in order to make a profit therefrom—Diversion of road having as a consequence the disturbance of tenant's commodus usus of hotel premises—Although diversion of road had no direct physical effect on leased premises, it did directly hamper tenant's commodus usus by restricting flow of custom to hotel—Landlord's conduct amounting to a breach of contract against tenant—Breach of such a serious and material nature and extent that tenant entitled to terminate lease—Landlord also liable to tenant for damages for tenant's losses.

I In terms of a contract of lease between the respondent as landlord and the appelland as tenant, the respondent leased certain land to the appelland for a period of 20 years. An hotel had been erected on the leased land by a previous tenant. In the lease the leased premises were described as an 'hotel site' and a portion of the rental consisted of a small percentage of the gross proceeds of the liquor sales of the hotel. The respondent conducted certain mining operations in the surrounding district and, in order to ensure that hotel accommodation of a high standard was available for visiting officials, the respondent included in the lease certain provisions obliging the appelland to conduct its business according to certain high standards. The hotel was

- A situated next to the national road between Kuruman and Upington and, because of its situation, attracted considerable custom. About six to seven years after the conclusion of the lease, the respondent decided to extend its mining operations in the district which necessitated the diversion of the route of the national road. The Provincial Administration granted the respondent's application for the diversion of the national road and eight years after the conclusion of the lease the diversion of the road was completed. As a result of the diversion of the national road the appellant's hotel attracted much less custom than previously with the result that the appellant's profits declined and the hotel business was eventually conducted at a loss. The hotel was closed down about eleven years after the conclusion of the lease. The appellant instituted an action against the respondent in a Provincial Division for payment of damages for breach of contract. The appellant alleged that the diversion of the road by the respondent was a breach of the lease. Although the respondent denied liability to the appellant, the respondent admitted 'that it was a tacit term of the lease in question that defendant (respondent) would give to plaintiff (appellant) free and undisturbed use of the leased premises and of the hotel thereon for as long as plaintiff complied with the provisions of the lease in question and would not deprive or interfere with the plaintiff in its use of the leased premises and the hotel thereon'. The appellant's claim was dismissed by the Provincial Division. In an appeal,
- D *Held*, that, in terms of the contract of lease between the appellant and respondent, there could be no doubt that the respondent had leased the premises to the appellant with the specific object of enabling the appellant to conduct an hotel business thereon.
- Held*, further, that it was also clearly inherent in the contract that the appellant as tenant would conduct the hotel business for the purpose of making a profit from it.
- Held*, further, that the diversion of the national road and the consequences thereof to the hotel business had resulted in the appellant's *commodus usus* of the hotel premises being disturbed: in procuring the diversion of the national road, the respondent had performed an act which, although it had no direct physical effect on the leased premises, nevertheless indirectly hampered the appellant's *commodus usus* by restricting the flow of custom to the hotel, and that the hotel premises after the closure of the road were no longer the same as they were at the commencement of the lease as the hotel was then situated next to a through road and, after the closure of the road, no longer so situated.
- F *Held*, further, that the respondent's conduct amounted to a breach of contract: on the facts of the case the respondent's breach of contract was clearly of such a serious and material nature and extent that the appellant was entitled to terminate the lease of the hotel premises.
- Held*, accordingly, that the respondent had committed breach of contract in respect of its common law obligation of giving the *commodus usus* of the leased premises to the appellant, and that the respondent was on that ground liable to pay damages to the appellant (in an amount agreed to between the parties). Appeal allowed.
- G The decision in the Transvaal Provincial Division in *Sishen Hotel (Edms) Bpk v Suid-Afrikaanse Yster en Staal Industriële Korporasie Bpk* reversed.

- H Appèl teen 'n beslissing in die Transvaalse Provinsiale Afdeling (F S Steyn Wn R). Die feite blyk uit die uitspraak van Botha AR.
- M M Joffe SC* (bygestaan deur *P Ginsburg*) namens die appellant: In *Alfred McAlpine & Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration* 1974 (3) SA 506 (A) Corbett AJA (as he then was) laid down the following principle in regard to an implied term at 531H-532A: '... "implied term" is used to denote an unexpressed provision of the contract which derives from the common intention of the parties, as inferred by the Court from the express terms of the contract and the surrounding circumstances. In supplying such an implied term the Court, in truth, declares the whole contract entered into by the parties. In this connection the concept, J common intention of the parties, comprehends, it would seem, not only

- the actual intention but also an imputed intention.' In order to decide whether or not to imply a term, the first enquiry is, whether, regard being had to the express terms of the agreement, there is any room for importing the term contended for. *Pan American World Airways Inc v SA Fire & Accident Insurance Co Ltd* 1965 (3) SA 150 (A) at 175C; *Robin v Guarantee Life Assurance Co Ltd* 1984 (4) SA 558 (A) at 571C-572B. The express terms of the agreement of lease concluded between appellant and respondent do not exclude the possibility of implying the term contended for, namely that the respondent would give free and undisturbed use of the hotel site to the appellant and would take no steps, *inter alia*, to deprive the appellant of the said use and to interfere with such use by procuring the closure of the national road, thereby rendering access to the hotel impracticable, difficult or cumbersome. On the contrary, the manner in which the parties expressed themselves in the agreement of lease provides strong indications for the implication of the term. Reference is made to the following terms in the agreement of lease, namely: (1) the lease was concluded for an initial period of 20 years; (2) appellant undertook, throughout the currency of the lease, to conduct on the hotel site an hotel business 'strictly in accordance with law and to carry on and conduct the said business on the said premises continuously in a proper manner in terms of the hotel liquor licence appertaining thereto'; (3) appellant was obliged to maintain the standard of the hotel at a two star grading; (4) appellant was prohibited from removing or transferring the hotel liquor licence/licences and/or any licence/s relating to the business of the Hotel Minerva to any other premises; (5) appellant was obliged to keep the whole of the premises adequately and properly furnished to the satisfaction of the respondent throughout the currency of the lease; (6) respondent undertook, in the event of its deciding to establish a township at Sishen or should it be possible to obtain authority for the subdivision of lot A of Sishen to enable transfer of the hotel site to be effected, to sell the hotel site to appellant at a price to be determined by sworn appraisal. The express terms of the agreement envisage that the appellant would, for a period of 20 years, continuously conduct an hotel business on the leased premises and nowhere else with the premises adequately and properly furnished to the satisfaction of respondent whilst the hotel retained its two star grading. This could only be achieved if the appellant had free and undisturbed use of the hotel site and respondent took no steps to deprive the appellant of the said use or to interfere with the appellant's said use and, *inter alia*, by not procuring that the national road upon which the hotel was dependent be closed, thereby rendering access to the hotel site impracticable, difficult or cumbersome or precluding the passage of traffic along the road, thereby precluding the flow of custom to the hotel. Conduct on the part of the respondent which in effect would preclude appellant from carrying out the positive obligations which rested on it in terms of the agreement of lease would amount to a breach of the tacit term contended for by the appellant. The express terms lend support for the implication of the terms as sought by the appellant. As to surrounding circumstances, ie 'matters that were probably present to the minds of the parties when they contracted (but not actual negotiations and similar statements)', see *Cinema City v Morgenstern Family Estates and Others* 1980 (1) SA 796 (A) at 804G.

A The Courts have, over the years, formulated a test for the implication of a term into an agreement, after having determined the parties' intention as set out above. The appellant has complied with such test. The test is set out in *Alfred McAlpine & Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration* (*supra* at 532H). The term must be necessary as opposed to merely reasonable in the business sense to give efficacy to the contract.

B *Union National South British Insurance Co Ltd v Padayachee and Another* 1985 (1) SA 551 (A) at 559C-F; *Mullin (Pty) Ltd v Benade Ltd* 1952 (1) SA 211 (A) at 214-15. Regard being had to the purpose of the agreement of lease, appellant's obligation to trade for 20 years whilst maintaining certain standards, and appellant's dependence on the road in order to do

C so, the term contended for is necessary in the business sense to give efficacy to the agreement. Another approach is that of the so-called officious bystander. This approach stems from a judgment of Scrutton LJ in *Reigate v Union Manufacturing Co* [1918] 1 KB 590 at 605 which was applied in the *McAlpine* case *supra* at 533A. If this officious bystander at

D the time of contracting had asked appellant and respondent: 'Is Iscor entitled to cause the road to be closed rendering access to the hotel impractical, difficult and cumbersome, and precluding the flow of custom to the hotel?' Both appellant and respondent would have said 'obviously not'. In *Van den Berg v Tenner* 1975 (2) SA 268 (A) at 277E it was held that the test for an implied term does not necessarily require that the parties

E should consciously have had in mind the situation which would later arise and the need to provide therefor. The test does not require that the parties should actually have intended the term. It is sufficient if it appears clearly that, had the parties, in the light of the express terms of the contract and the surrounding circumstances, actually contemplated the situation

F which actually arose, they would have provided therefor in the obvious manner and the parties must, therefore, be deemed to have intended the implied term. The Court is to determine what a reasonable and honest person would have done, not what a crafty person would have done. *Administrator (Transvaal) v Industrial & Commercial Timber & Supply Co* 1932 AD 25 at 33. In *Marshall v L M M Investments (Pty) Ltd* 1977 (3) SA

G 55 (W) at 58F Eloff J referred to the following important principle arising in the judgment of *Stirling v Maitland* (1884) 5 B & S at 582: 'If a party enters into an arrangement which can only take effect by the continuance of a certain existing state of circumstances, there is an implied engagement on his part that he shall do nothing on his own motion to put an end to that

H state of circumstances under which alone the arrangement can be operative.'

A lessor is under an obligation to refrain from doing anything which will disturb the lessee in his use and enjoyment of the lease premises. See Cooper *The South African Law of Landlord and Tenant* at 107; De Wet and Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 4th ed at 317. Should the lessor interfere with the lessee's use and enjoyment of the leased property, the lessee is, *inter alia*, entitled to damages. See *Law of South Africa* vol 14 para 149 at 147; *Seligson v Ally* 1928 TPD 259. The aforesaid obligation is a *naturalium* of a lease agreement. In terms thereof the lessor is bound to afford the lessee the *commodus usus* of the property let. See the unreported Appellate

J Division judgment in *Fourie NO en 'n Ander v Potgietersrusse Stadsraad*

(Case No 148/84)*, where it was held that it is the common law duty of a landlord, during the period of the lease, to give *commodus usus* of the leased premises to the tenant for the purpose for which it was let. The purpose of the lease concluded between appellant and respondent was to conduct on the hotel site an hotel business. The respondent's aforesaid obligation to afford the appellant the *commodus usus* of the leased premises was not excluded or modified by the express terms of the agreement of lease. The respondent, by virtue of its conduct, failed to comply with its aforesaid common law duty in that, by respondent's conduct, appellant was unable to trade as a hotel throughout the period of the lease. The appellant was accordingly unable to use the leased premises for the purposes for which it was leased. See, as to the application of this principle, *Baum v Rode* 1905 TS 66; *Pistorius v Abrahamson* 1904 TS 643; *Starfield & Starfield v Randles Brothers & Hudson* 1911 WLD 175; *Wireless & General (Pvt) Ltd v Arjay Investments (Pvt) Ltd* 1971 (4) SA 174 (R), especially at 176H-177; Cooper *The SA Law of Landlord and Tenant* at 108. As is apparent from the aforesaid, the lessor is obliged to give the lessee the *commodus usus* of the leased premises and is not entitled to do anything to deprive him thereof. The learned Judge's reference to *Enter Centre Enterprise (Pty) Ltd v Brogneri* 1972 (1) SA 117 (C) does not advance respondent's case and is distinguishable, alternatively wrongly decided, in view of the unreported Appellate Division case of *Fourie NO en 'n Ander v Potgietersrusse Stadsraad* (*supra*). In the present case the respondent was likewise obliged to give the appellant *commodus usus* of the leased premises. Inasmuch as use and enjoyment of the leased premises depended on access to the leased premises, the respondent was not entitled to interfere with such access. Accordingly, one of the incidents of this lease, by operation of law, was that the respondent would not procure that the road be closed, thereby rendering access to the hotel site impractical, difficult or cumbersome or preclude the passage of traffic along the road, thereby precluding the flow of custom to the hotel.

Even on the implied terms pleaded by the respondent, respondent is liable for the loss of profit suffered by the appellant by reason of the closure of the road. Respondent pleads that it was an implied term of the agreement of lease that it would give free and undisturbed use of the leased premises and of the hotel thereon to the appellant and that it would not deprive or interfere with the appellant's use of the leased premises and of the hotel. By causing the closure of the road in question, respondent has interfered with the appellant's use and enjoyment of the hotel site and the hotel thereon. The appellant has established the tacit term, alternatively the implied term, contended by it. The respondent's conduct in closing the road amounted to a breach of the tacit term, alternatively the implied term, contended for by appellant, alternatively was a breach of the term pleaded by the defendant. In the premises and in terms of the agreement between the parties, appellant is entitled to judgment in the sum of R650 000.

P Delpont namens die respondent: Die *locus classicus* waarin die beginsels saamgevat is wat van toepassing is by die vraag wanneer 'n Hof 'n stilswyende beding in 'n ooreenkoms sal inlees, is die bekende saak van

*Now reported ante at p 000—Eds.

A *Mullin (Pty) Ltd v Benade Ltd* 1952 (1) SA 211 (A). Die betrokke beginsels is wel bekend en is dit derhalwe nie die voorneme om dit hier volledig te behandel nie. 'n Hof sal nie maklik 'n stilswyende beding in 'n kontrak inlees nie. In *Alfred McAlpine & Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration* 1977 (4) SA 310 (T) het Trengove R (soos hy toe was) die beginsels van toepassing by 'n stilswyende beding weereens op 327-8 volledig bespreek. Sien veral op 328E-F. Sien ook *Van der Merwe v Viljoen* 1953 (1) SA 60 (A). Dit is uit die gesag duidelik dat op die vraag van die 'hypothetical bystander' beide partye moet antwoord 'Of course, so and so will happen; we did not trouble to say that; it is too clear'. Sien *Montesse Township and Investment Corporation (Pty) Ltd v Standard Bank of South Africa Ltd* 1964 (3) SA 221 (T). Kerr *Law of Contract* 3de uitg op 222 wys daarop dat 'n stilswyende beding nie in 'n kontrak ingelees kan word indien een van die partye op die vraag van die 'hypothetical bystander' mag antwoord 'I haven't thought of that; it is so unlikely that I am not prepared to give the matter serious consideration' of 'I haven't considered that; it doesn't fall within the ambit of negotiations; I am not going to consider it.' As die uitdruklike terme van 'n kontrak breedvoerig uiteengesit is, sal 'n Hof tereg wonder waarom nie ook die stilswyende beding in die kontrak opgeneem is nie. Vergelyk *Union Government v Faux Ltd* 1916 AD 105 op 112. Die feit dat dit redelik vir die partye sou gewees het om op 'n bepaalde term ooreen te kom, is nie voldoende grond vir 'n Hof om te aanvaar dat sodanige term wel as 'n stilswyende term van die kontrak ingelees moet word nie. *Techni-Pak Sales (Pty) Ltd v Hall* 1968 (3) SA 231 (W) op 236F. Indien die beginsels wat van toepassing is by die vraag wanneer 'n Hof 'n stilswyende beding in 'n kontrak sal inlees op die feite in die onderhawige geval toegepas word, kan dit uit onder meer: (1) die omringende omstandighede wat ten tyde van sluiting van die huurkontrak geheers het; (2) die bepalinge van die huurkontrak self; (3) die kennis wat die partye ten tyde van kontraksluiting gehad het; (4) die feit dat dit nie vir appellant 'n kwessie van ekonomiese noodsaak sou gewees het om aan te dring dat 'n stilswyende beding soos deur hom gepleit wel in die huurkontrak opgeneem moet word nie, afgelei word dat dit ten tyde van die kontraksluiting nie die partye se bedoeling was dat 'n stilswyende beding soos deur appellant gepleit in die huurkontrak ingelees moet word nie.

Ten aansien van die vraag of dit gesê kan word dat respondent H kontrakbreuk teenoor appellant gepleeg het deur nie die *commodus usus* van die huurperseel aan appellant te laat toekom nie: Daar is reeds hierbo daarop gewys dat appellant te alle tye vrye en ongesteurde gebruik van die hotelperseel self gehad het. Die ingange tot die hotelperseel het dieselfde gebly en die hotelbesigheid self kon te alle wesenlike tye voortgesit word. Appellant se klagte was egter dat hy die hotelbesigheid nie winsgewend I kon voortsit nie. Die omstandighede in die onderhawige saak verskil derhalwe wesenlik van die omstandighede in die ongerapporteerde saak van *Fourie NO en 'n Ander v Potgietersrusse Stadsraad*, waarop appellant hom beroep. In laasgenoemde saak kon die huurperseel self as gevolg van besoedeling deur plastieksakke nie gebruik word nie, terwyl die huur- J perseel self in die onderhawige geval natuurlik steeds gebruik kan word

om 'n hotelbesigheid daarop te bedryf. Die vraag wat dan ontstaan, is of A optrede aan die kant van die verhuurder wat nie enige invloed op die daadwerklike gebruik van die huurperseel self het nie, maar die winsgewendheid van 'n besigheid wat daarop bedryf word beïnvloed, B beskou moet word as 'n verbreking van die verhuurder se verpligting om die *commodus usus* van die huursak aan die huurder te laat toekom. In 'n poging om die vraag in die voorafgaande subparagraaf gestel te beant- C woord, is die gemenerereg met behulp van prof P van Warmelo nagegaan. Die resultaat van die navorsing sal vervolgens kortliks uiteengesit word. Die uitdrukking *commodus usus*, soos dit deur ons Howe gebruik word, is uit die Romeinse reg afkomstig. In die Romeinse reg is dit gestel dat die huurder 'n aksie teen die verhuurder kan instel as laasgenoemde hom nie D toelaat om die huursak te geniet nie. Vergelyk *D* 19.2.15.1: *frui ei non licet*; *D* 19.2.15.8: *dominus frui non patiatur*; *D* 19.2.24.4: *si ei frui non liceat*; *D* 19.2.23: *ut mihi frui liceat*. Die Romeinse reg het dit ook duidelik gemaak dat huurders van wonings nie onmiddellik geregtig is op 'n E vermindering van huurgeld as hulle een of ander deel van die wonings minder gerieflik mag gebruik nie. Vergelyk *D* 19.2.27 *pr*: *si paulo minus commode aliqua parte coenaculi uteruntur* (uit die woorde *commode* en *uteruntur* in hierdie teks is die uitdrukking *commodus usus* blykbaar afgelei). Die Romeinse reg en die regstelsels wat daarop voortgebou het, F het gevalle geken waar vermindering van huurgeld aangevra kan word waar die gerieflike en nuttige gebruik van die huursak deur *vis maior* of *casus fortuitus* aangetas word. In die lig daarvan dat nóg *vis maior* nóg *casus fortuitus* in die onderhawige geval ter sprake is, word daar nie verder op die gevalle ingegaan nie. Die uitdrukking *commodus usus* soos dit deur ons Howe gebruik word, is dan uit *Voet* 19.2.23 geneem waar *Voet* soos volg G verklaar het: *Similiter si non commodus sit praestitus rei usus, adeoque non sine magno incommodo suo habitator morari deberet, dum vicinus aedificans in totum, non modice, coenaculi conducti lumina obscurat, necessario ad usum reparandum non reficit*. (Die uitdrukking *commodus usus* is deur *Gane* vertaal as 'a convenient use of the property'.) Uit *Voet* se verwysings (naamlik *D* 19.2.15.1; *D* 19.2.27 *pr*; *D* 19.2.33 *in fine*; *D* 19.2.34; H *D* 19.2.35; *D* 7.6.1.4; *D* 19.2.25.2) is dit duidelik dat hy die Romeinse reg op die punt navolg. Die inhoud van die begrip *commodus usus* blyk verder uit *De Groot* 3.19.12; *Huber Praelectiones* 19.2.n5; *Huber Praelectiones ad Inst* 3.25.nI(i); *Loenius Decisies en Observatien* cas 34; *Van Leeuwen Cens For* 1.4.22.10; *Van der Keessel Dictata ad Gr Inleid* 3.19.11; *Van der Linden Koopmanshandboek* 1.15.12.20; *Hollandsche Consultatien* Deel II op 370 *Consult* 185; *Pothier Contrat de Louage* 5.59, 75, 76, 106, 143, 151; *Van Wesel De Remissione Mercedis* 1.2; *Gail* 2.23.3; *Perezius ad D* 19.2; *Zoesius Comment ad D* 19.2.n(13); *Donellus* 13.7.II, III; *Wesembecius ad D* 19.2.n 16. Die bestaan en omvang van die verhuurder se verpligting om I ongesteurde gebruik van die huursak aan die huurder te verskaf, is onder meer deur ons Howe bespreek in *Watson v Geard* (1884) 3 EDC 417; *Starfield and Starfield v Randles Bros & Hudson* 1911 WLD 175; *Baum v Rode* 1905 TS 66; *Wireless & General (Pvt) Ltd v Arjay Investments (Pvt) Ltd* 1971 (4) SA 174 (R); *Soffianti v Mould* 1956 (4) SA 150 (OK) op J 153D-E; *Hansen, Schröder & Co v Kopelowitz* 1903 TS 707; *Enter Centre*

A *Enterprise (Pty) Ltd v Brogneri* 1972 (1) SA 117 (K). Nòg in die gemeneg nòg in ons regspraak is daar steun vir die standpunt dat optrede aan die kant van die verhuurder wat nie enige invloed op die huurperseel self het nie, maar wat die winsgewendheid van 'n besigheid wat daarop bedryf word beïnvloed, neerkom op 'n verbreking van die verhuurder se B verpligting om die *commodus usus* van die huursaak aan die huurder te laat toekom. Vergelyk in die verband *Enter Centre Enterprise (Pty) Ltd v Brogneri (supra)* op 123C-D, 124F). Die eiser in *Enter Centre Enterprise (Pty) Ltd v Brogneri (supra)* het net soos in die onderhawige geval op 'n stilswyende beding probeer steun, maar het die Hof in die geval bevind dat die eiser nie die stilswyende beding waarop hy gesteun het, bewys het C nie. Die gevalle wat deur *Pothier* para 152 en *Gail* 2.23.3 bespreek word, is appellant nie tot hulp nie. Daar is naamlik in die onderhawige geval nie sprake van 'n vermindering van huurgeld op grond van oormag nie en was die pad in elk geval slegs gedeeltelik en nie geheel en al nie, gesluit. (Vergelyk die verduideliking van *Pothier* para 152 in *Hansen, Schröder & D Co v Kopelowitz (supra)*.) Indien appellant korrek is in sy standpunt dat die sluiting van die pad op mynaktiwiteite neerkom, kan die vraag of respondent sy verpligting om *commodus usus* van die huursaak aan appellant te verskaf, verbreek het, in die onderhawige geval op 'n baie eenvoudige wyse opgelos word. Die verpligting wat op 'n verhuurder rus E om die *commodus usus* van die huursaak aan die huurder te verskaf, is een van die *naturalia* van 'n huurkontrak. Die verhuurder en huurder kan ooreenkom dat sodanige *naturalia* nie sal geld nie of kan die normale strekking daarvan wysig. Soos reeds hierbo aangetoon, behoort die huurkontrak en addendum daartoe as 'n eenheid gelees te word. In klousule 2 van die addendum is dit voorsien dat die hotel as gevolg van F respondent se mynbedrywighede verplig mag wees om te sluit. Hierdie klousule plaas 'n beperking op appellant se reg om op *commodus usus* van die huurperseel vir die volle duur van die huurtermyn aanspraak te maak. As die sluiting van die pad dan inderdaad deur mynaktiwiteite meegebring is, kan appellant hom as gevolg van die bepalings van gemelde klousule 2 G nie daarop beroep dat die *commodus usus* van die huurperseel hom ontnem is nie.

H Indien hierdie Hof sou bevind dat respondent wel kontrakbreuk gepleeg het, is die volgende vraag wat ontstaan die vraag oor welke tydperk appellant se skade bereken moet word. Op 'n behoorlike konstruksie van gemelde klousule 2 van die huurkontrak, moet die huurgeld na 10 jaar hersien word, maar dat die partye nie ooreengekom het met betrekking tot die wyse waarop dit hersien moet word nie. Dit beteken dat die huurkontrak slegs vir 10 jaar geldig sal wees en nie vir enige langer periode nie. *Trook t/a Trook's Tea Room v Shaik and Another* 1983 (3) SA 935 (N). Appellant is derhalwe slegs op skadevergoeding I bereken oor 'n tydperk van 10 jaar geregtig. Indien appellant hierdie Hof nie kan oortuig dat die bedrag van die skade met verwysing na die ooreenkoms tussen die deskundiges vir 'n tydperk van 10 jaar bereken kan word nie, kan die eis vir skadevergoeding bereken oor 'n tydperk van 10 jaar dan ook nie slaag nie. In die lig van die voorafgaande, is appellant se J eis A ongegrond en het die Hof *a quo* hierdie eis tereg van die hand gewys.

(Verder in verband met eis B, wat nie deur die Hof behandel is nie A weens die bevel wat op eis A gemaak is.)

Joffe SC in repliek.

Cur adv vult.

Postea (Maart 26). B

Botha AR: Hierdie appèl spruit voort uit 'n aksie om skadevergoeding weens kontrakbreuk wat die appellant as eiser in die Transvaalse Provinsiale Afdeling ingestel het teen die respondent as verweerder. Die aksie het misluk. Verlof om teen die afwysing daarvan na hierdie Hof in hoër beroep te kom, is aan die appellant toegestaan deur die Verhoorregter C (F S Steyn Wn R).

Die feite wat aanleiding gegee het tot die aksie is nie in geskil nie. By wyse van inleiding kan die spil waarom die saak draai eers net in die breedste trekke saamgevat word, soos volg: die appellant het van die respondent 'n hotelperseel gehuur, wat geleë was vlak langs 'n nasionale D pad, en daar 'n hotelbesigheid bedryf; tydens die duur van die huurkontrak het die respondent 'n verlegging van die nasionale pad in die omgewing van die hotel bewerkstellig, op so 'n wyse dat die pad nie meer langs die hotel verby geloop het nie; as gevolg daarvan het die klandisie van die hotel afgeneem en is die winsgewendheid van die besigheid daarmee heen; die appellant het toe die perseel ontruim en die respondent E aangespreek vir die vergoeding van gederfde wins, ook ten opsigte van die restant van die huurtermyn.

Die huurkontrak tussen die partye was skriftelik en is aangegaan op 26 Augustus 1974. Daarvolgens het die appellant van die respondent vir 'n aanvanklike tydperk van 20 jaar 'n hotelperseel en -gebou gehuur op die dorpie Sishen, in die Noord-Kaap. Die hotelgebou was opgerig deur 'n F vorige huurder van die respondent, wat oorspronklik net die perseel gehuur het en toe die gebou opgerig het en daar 'n hotelbesigheid bedryf het. Die sluiting van die huurkontrak tussen die appellant en die respondent is voorafgegaan deur 'n ooreenkoms tussen die appellant en die vorige huurder, waarvolgens die appellant van die vorige huurder al G laasgenoemde se belange in die hotelgebou en -besigheid aangekoop het vir 'n bedrag van R350 000. Gepaardgaande met die sluiting van die huurkontrak tussen die appellant en die respondent is die huurkontrak tussen die respondent en die vorige huurder by ooreenkoms gekanselleer. In die huurkontrak tussen die appellant en die respondent word daar na eersgenoemde verwys as 'the lessee' en na laasgenoemde as 'the H corporation'. Die aanhef van die kontrak en die vernaamste bepalings daarvan sien daar soos volg uit:

'Whereas

the corporation is the registered owner of certain portion "A" of the farm Sishen, situate in the division of Kuruman which is held by the corporation under and by virtue of deed of transfer 700/1948 dated 5 August 1948;

And whereas

an hotel known as Hotel Minerva has been erected and is being carried on by Gamagara Estate (Pty) Ltd on an hotel site situate on the said portion "A" of the farm Sishen, which site is held under a lease granted to it by the corporation;

And whereas

the lessee has purchased the business and property of the Hotel Minerva from Gamagara Estates (Pty) Ltd;

- A And whereas the corporation has agreed to cancel the existing lease of the hotel site and to grant a lease over the said site to the lessee;
Now therefore these presents witness
1. The corporation hereby lets to the lessee which hereby hires the hotel site on which the Hotel Minerva is erected, situated in the unproclaimed township of Sishen (on portion A of the farm Sishen in the division of Kuruman), the boundaries of the said site being indicated on the attached sketch plan.
- B 2. This lease will be deemed to have commenced on 1 March 1974 and shall continue for a period of 20 years. The lessee shall have the right to renew the lease from time to time on terms and conditions to be negotiated for further periods of 20 years each. The rental figure to be revised every 10 years.
3. The rental payable to the corporation will be:
- C (i) R240 per annum, payable three-monthly in advance.
(ii) $\frac{1}{3}$ of 1% (three-quarters of one per cent) of the gross liquor takings in the hotel (including off-sales), subject to a minimum calculated at R25 per month, payable three-monthly in arrear. Such payments shall be verified annually by a certificate from the lessee's auditors.
4. The lessee undertakes throughout the currency of the lease to conduct on the said hotel site an hotel business strictly in accordance with law and to carry on and conduct the said business on the said premises continuously in a proper manner in terms of the hotel liquor licence appertaining thereto. The lessee shall carry on the said hotel business throughout the currency of this agreement under the name of Hotel Minerva and shall not change the said name without the written consent of the corporation, which consent shall not be unreasonably withheld.
The lessee shall carry on the said hotel business for the sole account and benefit of itself and its associated companies and shall not permit any other person to be a partner
- E (whether disclosed or dormant) in or otherwise directly or indirectly interested in the said business without the consent in writing of the corporation first had and obtained, which consent shall not be unreasonably withheld.
5. The lessee shall carry on, and/or cause the said hotel business through the licensee, to be carried on in a proper and orderly manner and shall not do or suffer to be done any act on the said premises or in relation to the conduct and management of the said business whereby any nuisance, public or private, may be caused or any injury or annoyance done to any person/s in or near the said premises or which might endanger the liquor licence/s or other licence/s granted to the lessee or its nominee/s in respect of the said business or any renewal thereof. The hotel shall remain graded as not less than "2 Star" standard.
- F 6. The lessee shall observe and/or through the licensee cause to be observed all laws or regulations relating to the conduct of the said business and shall not commit or allow any breach of the liquor laws or of any lawful rules or regulations promulgated in connection therewith or of any special order issued by the licensing board affecting the said licence/s or premises to be committed.
- G 7. The lessee shall through the licensee punctually apply and pay for such renewal of the liquor and other licences attached to the said business as may from time to time be necessary in order to keep the licences alive and shall pay all expenses in connection with such renewal.
- H 8. The lessee shall not remove or transfer and/or through the licensee cause to be removed or transferred the hotel liquor licence/licences and/or any licence/s relating to the business of Hotel Minerva to any other premises, nor may such licence/s or any of them be transferred into the name of any other person without the consent in writing of the corporation first had and obtained to any such removal or transfer, which consent shall not be unreasonably withheld.
- I 9. The lessee shall keep the whole of the premises adequately and properly furnished to the satisfaction of the corporation throughout the currency of this agreement or any renewal thereof.
- ...
15. Should the corporation decide to establish a township at Sishen or should it be possible to obtain authority for the subdivision of lot A of Sishen to enable transfer of the hotel site to be effected, the corporation undertakes to sell the said hotel site to the lessee at a price to be determined by sworn appraisalment.
- J

16. Should the lessee decide not to renew the lease, the corporation shall have the first option to take over the hotel buildings together with furniture and fittings at a price to be determined by sworn appraisalment, by a sworn appraiser to be appointed by the corporation.'

Die aangehaalde bepalings weerspieël opvallend 'n groter regstreekse belang wat die respondent self gehad het by die wyse waarop die hotelbesigheid bedryf sou word as wat 'n mens gewoonlik by 'n verhuurder in so 'n soort kontrak aantref. Die verklaring daarvoor is geleë in die uitgebreide belange en bedrywighede van die respondent in die omgewing van Sishen. Soos seker algemeen bekend is, is die respondent op groot skaal betrokke by die ontginning van ystererts in daardie gebied. Baie van sy werknemers woon daar, veral in die dorp Kathu, wat nie ver is nie van Sishen en wat algaande aansienlik uitgebrei het, ten koste van Sishen. Werknemers afkomstig van die respondent se hoofkwartier in Pretoria besoek ook gereeld die gebied. Al die grond in daardie omgewing behoort aan die respondent. Dit is juis die respondent se mynbedrywighede wat aanleiding gegee het tot die verlegging van die nasionale pad, soos weldra sal blyk.

Kort na die aangaan van die huurkontrak het die appellant die geriewe wat die hotel aan sy gaste gebied het aansienlik uitgebrei en opgeknop, soos deur die aanbring van 'n voortreflike restaurant en so meer. Daarbenewens het die appellant en die respondent ooreengekom dat die appellant 'n aantal bykomstige slaapkamers tot die hotelgebou sou byvoeg. In hierdie verband het die partye op 3 en 4 April 1975 onderskeidelik 'n skriftelike addendum tot die huurkontrak onderteken, wat soos volg lui:

'Whereas:

1. The parties entered into an agreement of lease on 26 August 1974.

2. The lessee desires to add a number of rooms to the existing hotel on the site described in the said agreement

Now therefore these presents witness:

1. The corporation hereby agrees to the extension of the existing hotel with an additional 30 bedrooms by the lessee.

2. The lessee acknowledges that he is aware of the fact that the hotel may be forced to close down at any time after a period of 20 years from the date of this agreement as a result of the mining activities of the corporation at Sishen and the lessee further acknowledges that in the event of the hotel being forced to close down as a result of such mining activities at any time after the expiration of such period of 20 years the corporation will not be liable to pay any compensation whatsoever for any damage or loss regarding the additional 30 rooms that the lessee may suffer.

The parties further agree that in the event of the hotel being forced to close down as a result of the mining activities of the corporation within the said period of 20 years, the parties shall bear such loss or damage of the lessee proportionately to the number of years expired from the date of this agreement.

3. The corporation warrants that it will not allow any other hotel and/or bottle store to be established at Kathu within a period of 10 years from the date of this agreement or such lesser period as the parties may agree upon if both parties are satisfied that the need for a further hotel and/or bottle store exists. In the event of such need arising within the period of 10 years the corporation hereby grants the lessee the first option to establish such further hotel and/or bottle store at Kathu.

The foregoing warrant (sic) of the corporation is subject to the following conditions:

(a) The lessee shall manage and conduct the hotel according to the standards prescribed by law for a two star hotel. In the event of the hotel being degraded or it being found by the Hotel Board that the standards of the hotel do not correspond with the standards prescribed for a two star hotel, the corporation will be entitled to regard the aforementioned warrant as null and void.

- (b) That the 30 rooms are in fact added to the hotel within a period of five years from the date of this agreement.
(c) The management of the hotel will at all times give preference to officers and employees of the corporation and will ensure that at least one room will be available on arrival for such officials and employees, provided that reservations will be made at least 24 hours prior to their arrival.

4. Except as herein modified or amended all terms and conditions of the agreement between the parties dated 26 August 1974 shall remain in full force and effect.'

Daarna het die partye mondeling ooreengekom om die getal bykomstige slaapkamers te verminder van 30 na 15. Die appellant het toe wel die 15 bykomstige kamers opgerig. Die koste wat die appellant daaraan bestee het, en aan die uitbreiding en opknapping van die ander geriewe van die hotel, soos hierbo vermeld, het altesaam ongeveer R360 000 beloop. Die appellant se totale besteding in verband met die verkryging van die besigheid en die opknapping en uitbreiding van die hotel het dus nagenoeg R700 000 beloop.

Die respondent se eie belang by die wyse waarop die hotelbesigheid bedryf sou word en die standaard van die geriewe wat aangebied en gehandhaaf sou word, blyk verder ook uit 'n brief wat later, op 20 November 1981, deur die respondent aan die voorsitter van die Nasionale Drankraad geskryf is, en waarin die volgende voorkom:

'We lease to Sishen Hotel (Pty) Ltd t/a Minerva Hotel and Off Sales the site on which Minerva Hotel presently carries on business, namely 1st Street, Sishen.

... Since Minerva Hotel and Off Sales acquired the business in March 1974 they have, to our knowledge, maintained a high standard at the hotel and have expended large sums of money in improving and increasing the facilities at the hotel. This was done by them willingly and at our special request. We in turn, in order to protect their financial investment, undertook to guarantee to them that we would not allow any other hotel and/or bottle store to be established at Kathu within a period of 10 years from 4 April 1975. . .

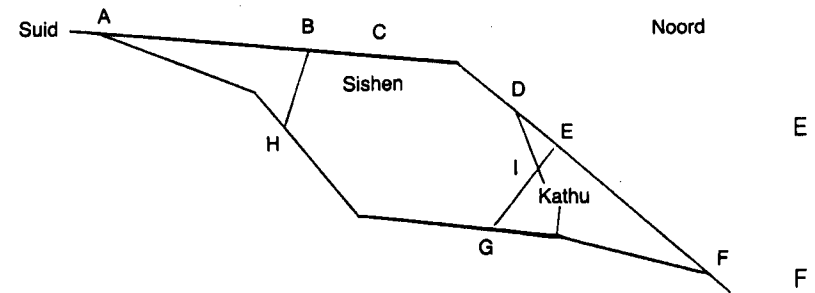
Our employees, guests, officials and visiting business men and dignitaries (both local and overseas) have over the years made and still make continuous use of the Minerva Hotel's accommodation and service provided to them. For its employees and guests, Iscor sets a high priority on the standards of hotel and ancillary services and would not like to see any eventuality arising which may have a detrimental effect thereon.'

Gedurende die jare van 1974 tot 1982 was daar 'n groot toename in die wins wat die appellant uit die hotelbesigheid behaal het. Dit is onnodig om besonderhede te vermeld. 'n Genoegsame aanduiding van die winsgewendheid van die hotel is dat die besigheid in die boekjaar wat geëindig het in Februarie 1982 'n bruto wins opgelewer het van bykans R350 000.

En toe kom die moeilikheid met die pad.

Ten tyde van die aangaan van die huurkontrak het die nasionale pad direk ten weste van Sishen geloop, op daardie plek in 'n rigting van suid na noord. Die ingang tot die hotelperseel was 50 meter van die pad af; klaarblyklik was die hotel baie goed sigbaar vir gebruikers van die pad. Ten suide van die hotel loop die pad naasteby in 'n suidwestelike rigting, na Olifantshoek en dan Upington, en vandaar verder, enersyds na Suidwes-Afrika en andersyds na die Suid-Kaap. Ten noorde van die hotel het die pad min of meer noordoos geloop, in die rigting van Kuruman, en daarna loop dit na Vryburg, en dan verder na die Wes-Transvaal. Dit is dus duidelik dat die hotel geleë was reg langs 'n belangrike deurpad. So het die posisie gebly tot in 1981. Enkele jare tevore het die respondent

vasgestel dat die ysterertsneerslae wat ten ooste van Sishen ontgin was, in 'n noordwestelike rigting gestrek het, en daar is toe besluit om die respondent se mynbedrywighede na die noordweste te ontplooi. Dit sou die pad ten noorde van Sishen in die gedrang bring. Gevolglik het die respondent vertoë gerig tot die Kaapse Provinsiale Administrasie, wat die bevoegde owerheidsinstansie was om die aangeleentheid te hanteer, om 'n gedeelte van die nasionale pad, vanaf 'n punt ten suide van Sishen tot 'n punt ten noordooste daarvan, in 'n ooswaartse rigting te verlé. Nadat daar onderhandelinge tussen die respondent en die Provinsiale Administrasie plaasgevind het, het laasgenoemde ingestem om die nodige administratiewe stappe te doen om die verlegging van die pad te bewerkstellig. Die verlegging is toe van owerheidsweë gemagtig, maar die respondent moes self die nodige werk laat doen en die koste daarvan dra. Die verlegging het in verskillende fases plaasgevind, wat 'n aanvang geneem het in 1981 en voltooi is in Mei 1982. Om 'n verduideliking te vergemaklik van die uiteindelijke uitwerking van die verlegging, sal ek gebruik maak van die volgende baie ruwe skematiese voorstelling:



Die oorspronklike ligging van die pad word aangedui deur die letters A, B, C, D, E en F. Die nuwe pad loop van A oor H en G na F. Die hotel is geleë oorkant C, ten ooste van die pad. Die ou pad tussen A en C bestaan nog; die afstand van A na C is omtrent 13 km. Vanaf 'n punt onmiddellik ten noorde van C, oor D en E tot by F, is die pad nou egter heeltemal gesluit vir verkeer. Die hotel is dus nou nie meer geleë langs 'n deurpad nie. Reisigers wat op die nasionale pad noordwaarts reis moet dit nou by A verlaat en die 13 km oor B na C ry om die hotel te bereik. Die hotel is ook bereikbaar vanaf die nuwe nasionale pad by punt H, oor B na C, 'n afstand van nagenoeg nege km. Die pad tussen H en B (ses km) is egter 'n ongemaklike en selfs gevaarlike pad, vanweë die bestaan van drie onbewaakte spoorweegoorgange daarop en die feit dat vragmotors gereeld oorkruis daaroor ry. Reisigers wat die hotel besoek, moet terugkeer na die nasionale pad met die roete C-B-A of die roete C-B-H. Met die ou pad kon die inwoners van Kathu wat van die geriewe van die hotel gebruik wou maak, dit maklik bereik langs die roete I-D-C, 'n afstand van ongeveer 12 km. Noudat die pad tussen D en C gesluit is, moet hulle egter 25 km ry om by die hotel te kom, van I langs G, H en B na C, wat die slegte pad tussen H en B insluit.

Die verlegging van die nasionale pad tussen A en F, en in die besonder die sluiting van die pad tussen C en F, het 'n dramatiese uitwerking gehad

A op die winsgewendheid van die appellant se hotelbesigheid. Die hotel het baie minder klandisie gelok as voorheen. Profyt het spoedig oorgeslaan na verlies. Vanweë volgehoue verliese het die appellant besluit om die hotel te sluit. Dit het gebeur in Junie 1985.

B Teen die agtergrond van die voorgaande feite kan daar nou gekyk word na die pleitstukke in die saak. Gelukkig hoef slegs enkele aspekte daarvan vermeld te word. Dit is 'n heuglike kenmerk van die wyse waarop hierdie geding in die Hof *a quo* gevoer is dat die voorverhoor-samesprekings tussen die regsverteenvoerders van die partye uiters vrugbaar was. Daar is op 'n menigte feite ooreengekom; deskundiges van albei kante is bymekaar gebring om tot 'n vergelyk te probeer kom oor die omvang van die skade wat die appellant gely het as gevolg van die sluiting van die pad; en uiteindelik is daarin geslaag, soos 'n bietjie later sal blyk, om die geskilt punte vir beslegting ingrypend te vernou. Vir hierdie verstandige optrede verdien die regsverteenvoerders van albei kante 'n pluimpie.

D Die appellant se besonderhede van eis bevat twee afsonderlike eise, wat genoem word eis A en eis B. Eis A is in wese gegrond op 'n beweerde stilswyende beding van die huurkontrak, wat in para 5 soos volg uiteengesit word (die verwysing na 'the said road' is 'n verwysing na die pad soos dit ten tyde van die aangaan van die huurkontrak bestaan het):

- E '5. It was an implied term of the lease that the defendant would:
- (a) give free and undisturbed use of the hotel site to the plaintiff;
 - (b) take no steps to:
 - (i) deprive the plaintiff of the said use;
 - (ii) interfere with the plaintiff's said use, and *inter alia* by not procuring that the said road be closed, thereby:
 - (i) rendering access to the hotel site impractical, difficult or cumbersome;
 - (ii) precluding the passage of traffic along the said road, and thereby precluding the flow of custom to the hotel.'

Ten opsigte van hierdie bewerings het die respondent in para 2 van sy versoek om nadere besonderhede die volgende gestel:

G '2. In die lig van eiser se gebruik van die woord "onder meer" ("*inter alia*") in hierdie subparagraaf, word eiser versoek om die wesenlike inhoud van die beweerde stilswyende term van die ooreenkoms waarop hy steun volledig uiteen te sit.'

H Daarop het die appellant geantwoord in para 2 van sy nadere besonderhede:

'2. The defendant was obliged to furnish to the plaintiff *commodus usus* of the premises let by the defendant to the plaintiff.'

In para 4 van die verweerskrif het die respondent soos volg gepleit met betrekking tot para 5 van die appellant se besonderhede van eis:

I '4.1 Verweerder erken dat dit 'n stilswyende term van die betrokke huurkontrak was dat verweerder so lank as wat eiser die bepalings van die betrokke huurkontrak nakom vrye en ongesteurde gebruik van die huurperseel en van die hotel daarop aan eiser sou verskaf en eiser nie van sy gebruik van die huurperseel en die hotel daarop sou ontnem of daarmee inmeng nie.

4.2 Onderhewig aan die voorafgaande, word elke bewering in hierdie A paragraaf deur verweerder ontken.'

Ten aansien van eis A het die appellant verder beweer dat, in stryd met sy B verpligtings ingevolge die aangevoerde stilswyende beding,

'... the defendant procured and caused the said road to be . . . closed . . . ;

waarop die respondent erken het

'... dat die Administrateur van Kaapland op sy aansoek die betrokke pad . . . gesluit . . . het',

maar die respondent het ontken dat hy in stryd met sy beweerde C verpligtings opgetree het. In eis B het die appellant sy vordering gegrond op die bepalings van die addendum tot die huurkontrak, wat ek vroeër aangehaal het. Dit is onnodig om die bewerings in die pleitstukke in hierdie verband te ontleed, om redes wat later sal blyk.

D Wat betref die berekening van die skadevergoeding wat die appellant ingevolge eis A gevorder het, het die deskundige getuies van beide partye na voorverhoor-samesprekings wat oor drie dae gestrek het, 'n notule opgestel wat onder meer weerspieël dat hulle dit eens was oor die metode waarvolgens die appellant se skadevergoeding bereken moes word, maar dat hulle nie saamgestem het oor die vraag of die sluiting van die pad die enigste oorsaak was van die appellant se skade nie. Laasgenoemde E struikelblok is egter uit die weg geruim deur verdere samesprekings wat gevolg het, en wat daartoe gelei het dat 'n verdere dokument opgestel is, onder die opskrif 'Addendum to the pre-trial minute'. Dit is deur die F prokureurs van die partye onderteken op 5 November 1985 en is met die aanvang van die verhoor aan die Verhoorregter voorgelê. Dit lui soos volg:

- '1. The *quantum* of the plaintiff's claim is admitted in the amount of R650 000 which loss was occasioned as a result of closure of the road for the period ending 28 February 1994.
- 2. The Court is requested to determine the following issues:
 - 2.1 Has plaintiff proved the implied terms as pleaded in para 5 of the particulars of claim and amplified in para 2 of the plaintiff's further particulars?
 - 2.2 Has plaintiff proved a breach of the implied terms pleaded by the defendant in para 4 of its plea?
 - 3. If plaintiff proves any one of the implied terms referred to in para 2.1 above, and that the closing of the road was a breach thereof, or the breach referred to in para 2.2 above, the plaintiff is entitled to judgment.
 - 4. In the event of plaintiff's claim A:
 - 4.1 succeeding, no relief is sought in respect of claim B;
 - 4.2 failing, the Court is requested to determine claim B.'

H In para 1 van die dokument (waarna ek sal verwys as die addendum tot die voorverhoor-notule) word die skade wat die appellant gely het as gevolg van die sluiting van die pad erken met verwysing na die tydperk tot 28 Februarie 1994. Dit is die datum waarop die aanvanklike huurtermyn van 20 jaar tot 'n einde sou geloop het, volgens klousule 2 van die huurkontrak, soos hierbo aangehaal. Tydens die beredenering van die I appèl voor hierdie Hof het dit geblyk dat daar 'n geskil tussen die partye bestaan het oor die tydperk wat vir die berekening gebruik moet word (die respondent wou dit beperk tot die eerste 10 jaar van die huurkontrak, weens die laaste sin van klousule 2 van die kontrak); hierdie geskil is egter J doelbewus nie in die addendum tot die voorverhoor-notule beliggaam nie,

A maar voorsiening is daarvoor gemaak in 'n afsonderlike dokument, wat nie aan die Verhoorregter geopenbaar is nie, om redes wat later sal blyk. Ek is van voorneme om hierdie geskil voorlopig links te laat lê; ek sal later, teen die einde van hierdie uitspraak, daarop terugkom. Vir die huidige bespreek ek die saak aan die hand van die addendum tot die voorverhoor-notule soos dit staan.

B Die effek van die addendum tot die voorverhoor-notule was dat die omvang van die saak, wat eis A betref, op so 'n wyse ingekort is dat slegs enkele vrae oorgebly het vir oorweging. Volgens die notule is daardie vrae die volgende:

C [1] (a) of die huurkontrak onderhewig was aan die stilswyende bedinge wat aangevoer word in para 5 van die appellant se besonderhede van eis en para 2 van die nadere besonderhede daarby;

(b) indien wel, of die sluiting van die pad kontrakbreuk deur die respondent ten opsigte daarvan daargestel het; en

D [2] of die sluiting van die pad kontrakbreuk deur die respondent daargestel het ten opsigte van die stilswyende beding wat uiteengesit word in para 4 van die respondent se verweerskrif.

E Indien òf [1] (a) en (b) òf [2] ten gunste van die appellant beslis sou word, sou dit vanself volg dat die appellant geregtig sou wees op vonnis vir die ooreengekome bedrag van R650 000.

Die vermelding in die pleitstukke van 'n stilswyende beding in drie oënskyklik verskillende gedaantes (para 5 van die besonderhede van eis, para 2 van die nadere besonderhede en para 4 van die verweerskrif) en die wyse waarop dit gehanteer is in die addendum tot die voorverhoor-notule, en ook met die verhoor in die Hof *a quo* en in die betoogshoofde van albei kante in hierdie Hof, is ietwat koddig. Daar is deurgaans alhierweë aanvaar dat die stilswyende beding aangevoer in para 5 van die besonderhede van eis gegrond is op die *consensus* van die partye, soos afgelei uit, of

F veronderstel vanweë, die bepaling van die kontrak en al die omringende omstandighede wat destyds aan die partye bekend was, soos onder meer blyk uit die onderhandelinge wat tussen hulle plaasgevind het ten tyde van die kontraksluiting. Daarteenoor is die sogenaamde stilswyende beding aangevoer in para 2 van die nadere besonderhede beskou as iets anders, naamlik 'n term wat van regsweë by die huurkontrak inbegrepe is as 'n

G gemeenregtelike *naturale* van die kontrak. Op hierdie grondslag is daar uitgegaan van die veronderstelling dat die beding vermeld in para 2 van die nadere besonderhede as 'n alternatief tot die beding in para 5 van die besonderhede van eis aangevoer is. Dwarsdeur die gedingvoering het die klem egter geval op die beding uiteengesit in para 5 van die besonderhede van eis, en op 'n ondersoek na die afgeleide of veronderstelde *consensus* van die partye. Met die oog daarop is daar 'n klomp getuienis voor die

H Verhoorhof gelê, onder andere met verwysing na 'n massa dokumente, en in die betoogshoofde voor hierdie Hof is die getuienis weer in besonderhede uitgepluis. Daar is slegs by wyse van alternatief aandag geskenk aan die gemeenregtelike verpligtings van 'n verhuurder, wat saamhang met die *naturalia* van 'n huurkontrak. Na my mening is dit 'n aweregse

J manier om die saak te benader, veral vanweë die sogenaamde stilswyende

A beding wat die respondent self geopper het in para 4 van sy verweerskrif, A
wat klaarblyklik ook verband hou met die respondent se verpligtings
kragtens die gemene reg en wat dus aansluiting vind by para 2 van die
appellant se nadere besonderhede. Die logiese aanvangspunt van 'n
ondersoek na die respondent se beweerde aanspreeklikheid teenoor die
appellant in hierdie saak—en iets wat uitgemaak moet word alvorens daar
ruimte kan wees vir 'n navraag na die bestaan al dan nie van 'n ware B
konsensuele stilswyende beding—is om vas te stel wat die respondent, as
verhuurder, se gemeenregtelike verpligtings teenoor die appellant, as
huurder, behels het met betrekking tot die toegang tot die verhuurde
perseel, en of die respondent kontrakbreuk in daardie verband gepleeg
het. Dit is wat ek vervolgens gaan bespreek. C

Kragtens die gemene reg is 'n verhuurder verplig om aan sy huurder die
commodus usus van die huursaak te laat toekom. Die appellant se bewering
in para 2 van sy nadere besonderhede is dus (onder die skuilnaam van 'n
stilswyende beding) 'n korrekte stelling van die respondent se gemeenreg-
telike verpligting teenoor die appellant kragtens die huurkontrak. Ewe- D
eens is die strekking van die respondent se bewerings in para 4 van sy
verweerskrif, naamlik dat die respondent aan die appellant die vrye en
ongesteurde gebruik van die huurperseel en die hotel daarop moes verskaf
en nie die appellant sy genoemde gebruik sou ontnem of dit sou
belemmer nie, in ooreenstemming met die gemeenregtelike verpligtings
van die respondent teenoor die appellant. Die uitdrukking 'vrye en E
ongesteurde gebruik' dui egter slegs op die negatiewe begrip dat daar nie
op die huurder se gebruik inbreuk gemaak mag word nie, en gee geen
aanduiding van die inhoud en aard van die gebruik waarop die huurder
geregtig is nie.

F Uit verskeie Latynse woordeboeke blyk dit dat die woord *commodus* 'n
wye skakering van betekenis omvat, onder andere: doelmatig, geskik,
behoorlik, gerieflik, gunstig; en, met die oog op wat 'n bietjie later
hieronder gesê sal word, sou ek in die besonder daarby wil voeg: nuttig en
voordelig. In *Gane* se vertaling van *Voet* word *commodus usus* weergegee as
'convenient use' (kyk bv *Voet* 19.2.14 en 23). In Pothier se *Traité du*
Contrat de Louage praat hy van dit waarop die huurder geregtig is ten G
opsigte van die huursaak as *la jouissance*, wat in *Mulligan* se vertaling
weergegee word as 'the enjoyment' (kyk bv para 75); ek sou aan die hand
doen dat *Pothier* se begrip van *jouissance* miskien ten beste weerspieël kan
word in die woord 'gebruiksgenot'. In *The Treasure Chest v Tambuti*
Enterprises (Pty) Ltd 1975 (2) SA 738 (A) op 748 *in fine* het Holmes AR die H
huurder se *commodus usus* beskryf as 'the snugness and benefit of his
occupation'.

Voordat daar verder gegaan word met die bespreking van *commodus usus*
is dit gerade om die grense van die ondersoek af te baken. Enersyds word
dit beperk tot die samehang van die feite van die huidige saak: waar die
verhuurder veroorsaak het dat die toegang tot die verhuurde perseel met
'n openbare pad langs verander en ingekort is, met die gevolg dat die
toevoel van klandisie na die hotel verminder het en die winsgewendheid
van die besigheid vernietig is. Andersyds moet die ondersoek toegespits
word op die betoog wat namens die respondent aan hierdie Hof voorgelê
is, die strekking waarvan nou reeds aangedui kan word. Daar is J

A aangevoer—ek haal aan uit die betoogshoofde van mnr *Delport*, wat namens die respondent opgetree het—

'... dat appellant te alle tye vrye en ongesteurde gebruik van die hotelperseel self gehad het. Die ingange tot die hotelperseel het dieselfde gebly en die hotelbesigheid self kon te alle weselike tye voortgesit word. Appellant se klagte was egter dat hy die hotelbesigheid nie winsgewend kon voortsit nie.'

B Na aanleiding daarvan gaan die betoogshoofde soos volg voort:

'Die vraag wat dan ontstaan, is of optrede aan die kant van die verhuurder wat nie enige invloed op die daadwerklike gebruik van die huurperseel self het nie, maar die winsgewendheid van 'n besigheid wat daarop bedryf word beïnvloed, beskou moet word as 'n verbreking van die verhuurder se verpligting om die *commodus usus* van die huursaak aan die huurder te laat toekom.'

C Vervolgens het mnr *Delport* ons verwys na 'n klomp gemeenregtelike kenbronne en na verskeie beslissings van ons Howe, en ten slotte sy betoog saamgevat soos volg:

'Dit word aan die hand gedoen dat daar nóg in die gemene reg nóg in ons regspraak steun is vir die standpunt dat optrede aan die kant van die verhuurder wat nie enige invloed op die huurperseel self het nie, maar wat die winsgewendheid van 'n besigheid wat daarop bedryf word beïnvloed, neerkom op 'n verbreking van die verhuurder se verpligting om die *commodus usus* van die huursaak aan die huurder te laat toekom.'

D Onder die gemeenregtelike kenbronne waarna mnr *Delport* ons verwys het, soos by *De Groot, Van der Linden, Voet* en *Van der Keessel*, het ook geskaar *Pothier* se verhandeling oor die huurkontrak. Dit is nie korrek om

E *Pothier* saam met die ander genoemde skrywers te skaar nie, omdat hy nie oor die Romeins-Hollandse reg geskryf het nie. Hy val dus nie binne die bestek van die uitdrukking 'die gemeenregtelike kenbronne' nie. Ek sal nietemin in wat hieronder volg, bloot ter wille van gerief, en met die oog op mnr *Delport* se betoog, tog *Pothier* insluit onder die algemene verwysing na die gemeenregtelike bronne. Inderdaad, soos algaande sal blyk, word

F daar by *Pothier* meer as elders rigsnoere aangetref vir die beslegting van hierdie saak; en dit is veilig om van daardie rigsnoere gebruik te maak, omdat wat *Pothier* sê geensins in stryd is met wat 'n mens by die skrywers oor die Romeins-Hollandse reg of in ons regspraak aantref aangaande die begrip *commodus usus* nie, maar intendeel daarby aansluit.

G Die verpligting van die verhuurder teenoor die huurder met betrekking tot laasgenoemde se gebruik van die huursaak, en die begrip *commodus usus* in dié verband, word in die gemeenregtelike bronne waarna ons verwys is meestal fragmentaries en kasuïsties behandel. Gewoonlik word die meeste aandag geskenk aan gevalle waar die huurder aanspraak kan

H maak op 'n vermindering of kwytstelling van sy verpligting om die huurgeld te betaal, uit hoofde van 'n inbreuk op sy *commodus usus* as gevolg van *vis maior* of *casus fortuitus*, en dan geskied die bespreking aan die hand van besondere voorbeelde eerder as beginsels—sien in hierdie verband die kommentaar van Solomon R in *Hansen, Schröder & Co v Kopelowitz* 1903 TS 707 op 717 in fine-718 (en vgl *Bayley v Harwood* 1954

I (3) SA 498 (A) op 505G). As 'n tipiese voorbeeld kan daar verwys word na *Voet* 19.2.23 (daar is deur mnr *Delport* aan die hand gedoen dat hierdie teks die oorsprong is van die gebruik van die uitdrukking *commodus usus* in ons regspraak en praktyk). Die strekking van wat *Voet* daar sê is dat 'n huurder wat weens *iusta causa* die huursaak ontruim nie verder
J aanspreeklik is vir huurgeld nie. Een van die gevalle wat hy dan noem

waar dié benadering toepassing vind, is waar die *commodus usus* van die huursaak nie gepresteer word nie (*si non commodus sit praestitus rei usus*), in so 'n mate dat die bewoner nie sonder groot ongerief vir homself (*non sine magno incommodo suo*) daar sou moet aanbly nie; en as 'n voorbeeld gee hy die geval van 'n buurman wat 'n gebou oprig en daardeur die lig van die verhuurde perseel verduister, in die geheel en nie net in 'n mate nie (*in totum, non modice*). Ander voorbeelde wat hy noem, is waar die huurder verdryf word deur die vyand, of deur rowers, of deur spoke, of deur die pes. In 19.2.24 en 25 verskaf *Voet* 'n menigte verdere voorbeelde met verwysing na landbougrond en die mislukking van oeste as gevolg van onvrugbaarheid, insekte, weersomstandighede, en so meer. Dit is onnodig om op die besondere gevalle in te gaan. In breë trekke is die benadering van die ander skrywers na wie ons verwys is, dieselfde as dié van *Voet*. Dit is alleenlik by *Pothier* (*Traité du Contrat de Louage* para 152) waar 'n bespreking aangetref word van 'n voorbeeld waarvan die feite vergelykbaar is met dié van die huidige saak. Ek sal later daaraan aandag gee.

In die gevalle hierbo genoem gaan dit om die versteuring van die huurder se gebruik en genot van die huursaak as gevolg van faktore waaroor die verhuurder geen beheer het nie. In die onderhawige saak is die posisie anders. Hier is dit die verhuurder self (die respondent) wat, soos beweer word deur die huurder (die appellant), die versteuring van laasgenoemde se *commodus usus* veroorsaak het. Dat dit hier inderdaad gaan om die optrede van die verhuurder self, val nie te betwyfel nie. Alhoewel die sluiting van die pad deur 'n formele owerheidshandeling teweeggebring is, het dit slegs gebeur omdat die respondent dit so wou gehad het en vertoë in dié verband tot die betrokke owerheidsinstansie gerig het. Die saak is dus tereg beredeneer op die grondslag dat die respondent verantwoordelik is vir die sluiting van die pad, net asof hy dit op sy eie bewerkstellig het. Die vraag is dus, wanneer pleeg die verhuurder kontrakbreuk ten opsigte van sy verpligting om aan die huurder die *commodus usus* van die huursaak te laat toekom? Hieroor word daar in die bronne waarna ons verwys is (op twee uitsonderings na) so min en so kasuïsties gepraat dat dit van geen werklike hulp is in die huidige saak nie. As 'n enkele voorbeeld kan daar weer verwys word na *Voet*. In 19.2.14 behandel hy die *actio conducti* wat aan die huurder verleen word teen die verhuurder, en sê dat dit gerig is op die prestasie van gebruik of dienste, en tegelykertyd al daardie dinge waarsonder 'n mens dit nie gerieflik (nuttig) kan gebruik nie (*ut usus vel operae praestentur, et simul ea omnia, sine quibus commode quis uti nequit*); dit lig hy dan toe met 'n verwysing na die gereedskap van 'n plaas, soos uiteengesit word in 'n *Digesta*-teks; en dan gaan hy voort om te sê dat die aksie gerig is op die noodsaaklike herstel of vervanging van deure, vensters en so meer, en wei dan verder uit oor die verhuurder se verpligtings in daardie besondere verband. Die twee uitsonderings in die bronne, waar 'n mens wel iets leersaams aantref oor die verhuurder se betrokke verpligting, is *Holl Cons* II.185 (op 370-1) en *Pothier* (*op cit* para 75-80), wat ek nou agtereenvolgens sal bespreek.

In *Holl Cons* II.185 formuleer die onbekende skrywer van die advies 'n paar algemene stellings waarby dit die moeite sal loon om 'n wyle stil te staan. Die skrywer het te doen gehad met 'n huurkontrak waarvolgens ene

A Lucq Doysemond 'n brouery gehuur het van ene Roeland Garnier. Klaarblyklik het die huurder hom daaroor bekla dat die verhuurder se optrede (wat dit was, blyk ongelukkig nie) veroorsaak het dat die huurder se gebruik van die brouery verhinder of belemmer is. Die skrywer sê die volgende (ek laat sy verwysings na die *Digesta* en ander bronne weg):

B 'Dunkt (onder correctie) en is na rechte kennelijk dat de verhuurder niet alleen eens of *prima vice*, maar 't allen tijden en gestonden gedurende de huur-jaren schuldig is te presteren dat de huurlingen 't verhuurde goed bequamelijk en ten oorbaar mogen gebruiken. En indien de verhuurder 't selve niet presteert zulk dat de huurlingen 't gepachte goed niet kunnen gebruiken ten oorbaar deur toedoen ofte faut van den verhuurder; zoo is den verhuurder aan den huurling gehouden alle schaden en interessen te betalen en is 't zelve gebruik 't welke den verhuurder schuldig is te presteren te verstaan tot sulke neringe als daar het huis toe gedestineert is. En zoo lange als de Brouwerije bij den voorsz. Lucq Doysemond gehuurd niet behoorlijk bruikbaar gemaakt was bij den voorsz. Garnier. Zoo is de voors. Lucq niet schuldig eenige huur te betalen overmits dat het ongebruik of de incommoditeit des gebruiks merkelijken tijd geduurt heeft. Immers aangezien dat de wanwilligheid des voors. Garniers, in 't accommoderen van de voors. Brouwerije was strijdende jegens alle redenen en billikheid. Zoo is hij gehouden aan den voors. Lucq, voor de geheele en totale schaden en interessen.'

Daar is veral twee aspekte van hierdie aanhaling wat ek wil beklemtoon, en wat ook verband met mekaar hou. Die eerste is dat die skrywer, alhoewel hy nie die uitdrukking *commodus usus* gebruik nie, klaarblyklik tog die inhoud van daardie begrip weergee by wyse van die woorde

E 'bequamelijk en ten oorbaar mogen gebruiken'. Volgens Van Dale se *Groot Woordenboek der Nederlandse Taal* beteken 'oorbaar' onder andere 'nuttig' en 'voordelig'; vandaar my besondere vermelding vroeër van hierdie woorde as skakerings van die betekenis van *commodus*. ('Bequamelijk' kan in die huidige samehang weergegee word as 'doelmatig'—vgl *Van Dale, sv* 'bekwaam'.) 'Voordelig' beteken ook 'wingsgewend': kyk *HAT*.

F Die gedagte wat uit die voorgaande na vore kom, is dat *commodus usus* die idee van wingsgewendheid kan omvat, waar die huurder op die huurperseel 'n besigheid bedryf. En dit lei tot die tweede aspek wat aandag verdien: die gebruik wat die verhuurder moet presteer '... is ... te verstaan tot sulke neringe als daar het huis toe gedestineert is', dws die gebruik behels die bedrywighede waarvoor die huursak bestem is om gebruik te word.

G Wat die skrywer klaarblyklik beoog, is gebruik vir die doel waarvoor die saak verhuur is ingevolge die huurkontrak. Inderdaad kan die inhoud en omvang van 'n huurder se *commodus usus* in enige gegewe geval nie bepaal word anders as met verwysing na die doel waarvoor die saak verhuur is ingevolge die huurkontrak nie. In ons regspraak word die begrip *commodus usus* ook vasgekoppel aan die doel waarvoor die huursak verhuur is (vir 'n enkele goeie voorbeeld, kyk *Baum v Rode* 1905 TS 66 op 67-68; en vgl *Starfield & Starfield v Randles Brothers & Hudson* 1911 WLD 175 op 181 en vgl ook *Bayley v Harwood (supra)* op 502-3). Dit is eintlik 'n vanselfsprekende gedagte, maar een wat van belang is in die huidige saak.

I Volgens die bepalings van die huurkontrak tussen die appellant en die respondent, wat ek vroeër aangehaal het, kan daar geen twyfel bestaan nie dat die respondent die huurperseel aan die appellant verhuur het met die spesifieke oogmerk om die appellant in staat te stel om daarop 'n hotelbesigheid te bedryf. Trouens, die huidige is 'n ietwat buitengewone J geval omdat die kontrak, vanweë die respondent se eie belang by die

aangeleentheid, waarna ek vroeër verwys het, die appellant as huurder A verplig het om die besigheid volgens bepaalde hoë standaarde te bedryf, en om daardie standaarde te handhaaf. Afgesien daarvan, is dit egter ook B klaarblyklik inherent in die kontrak dat die appellant as huurder die hotelbesigheid sou bedryf met die doel om 'n wins daaruit te behaal. Pas 'n mens die gedagtes wat ek hierbo uit die *Holl Cons* gehaal het op die feite van die huidige geval toe, dan lei dit tot die gevolgtrekking dat die sluiting C van die pad die gevolg gehad het dat die appellant se *commodus usus* van die hotelperseel versteur is; maar dit laat nog die vraag oop of die respondent daarvoor aanspreeklik is, in die sin dat sy optrede 'n verbreking was van sy verpligting in dié verband, sodat daar gesê kan word dat dit kontrakbreuk van sy kant was wat as die oorsaak van die versteuring van die *commodus D usus* aangemerkt moet word.

Die verpligting van die verhuurder in die onderhawige verband word deur *Pothier* in sy verhandeling oor die huurkontrak (deel II, hoofstuk I, afdeling II) bespreek onder die opskrif: 'Van die verbintenis van die verhuurder om nie enige inbreuk te maak op die gebruiksgenot van die huurder nie' (*De l'obligation du locateur de n'apporter aucun trouble à la jouissance du conducteur . . .*). In para 75 stel *Pothier* die algemene reël soos volg: dit is 'n gevolg van die verbintenis wat die verhuurder onderneem teenoor die huurder deur die huurkontrak, *praestare ei frui licere*, dat hy nie enige inbreuk mag maak op die gebruiksgenot van die huurder nie, gedurende die hele tyd wat die huur bestem is om voort te duur. (Dit is 'n E effens meer letterlike vertaling van *Pothier* se Frans as dié van *Mulligan* op 33.) *Pothier* bespreek dan die toepassing van die reël op die verhuuring van plaasgrond, waarby ek nie hoef stil te staan nie. In para 76 behandel hy die huur van huise in 'n dorp of stad, en hy begin weer met 'n algemene F stelling, wat ek verkies om soos volg te vertaal, eerder as op die beknopte wyse van *Mulligan* (op 34): dit sou 'n versteuring wees wat die verhuurder veroorsaak aan die gebruiksgenot wat sy huurder behoort te hê van die huis (*ce seroit un trouble que le locateur apporterait à la jouissance que son locataire doit avoir de la maison*), as hy (die verhuurder) enigiets sou doen wat daartoe strek om daardie gebruiksgenot te verminder of om dit minder G gerieflik te maak vir die huurder (*s'il faisoit quelque chose qui tendit à diminuer cette jouissance, ou à la rendre moins commode au locataire*). *Pothier* gee dan twee voorbeelde: as ek, nadat ek die huur van 'n huis aan jou verskaf het, te werk gaan om 'n venster oop te maak in die gemeenskaplike muur van daardie huis en van 'n ander, naburige huis wat aan my behoort, H wat my 'n uitsig gee op die huis wat ek aan jou verhuur het, of as ek 'n geut aanbring wat water van my huis op joune laat val wat nie daar geval het voordat ek aan jou die huur gegee het nie, dan is dit 'n inbreuk wat ek maak op jou gebruiksgenot, waarteen jy geregtig is om jou te verset, want I die huis was nie destyds, toe ek die huur aan jou verskaf het, onderhewig aan die ongerief van daardie uitsig of daardie geut nie; aangesien ek deur die huurkontrak my verbind het om jou die gebruiksgenot van daardie huis te gee, soos dit destyds was, is dit nie te betwyfel nie dat, deur daardie uitsig (venster) of daardie geut aan te bring, ek ongerief veroorsaak, en bygevolg 'n inbreuk op die gebruiksgenot wat ek jou belowe het. In para 80 sê *Pothier* verder (om dit kort te stel) dat die huurder 'n aksie het om die verhuurder te verhinder om enige inbreuk te maak op sy gebruiksgenot, J

A en ook om skadevergoeding te verhaal, as hy skade gely het. In *Pothier* se bespreking van die verhuurder se verpligting, soos hierbo opgesom, is daar veral twee aspekte waarop ek die aandag wil vestig. Die eerste is die wye en ongekwalifiseerde terme van sy omskrywing van die verhuurder se verpligting en van watter optrede 'n verbreking daarvan sou meebring, B gekoppel aan sy voorbeeld van die venster in die muur. Hierdie voorbeeld is interessant, omdat dit vir *Pothier* klaarblyklik nie gaan om die venster in die muur, as sodanig nie; dit gaan om die feit dat die huurder daardeur afgeloer kan word en die privaetheid van sy gebruiksgenot aldus geskend word. Die voorbeeld moet dus gesien word as 'n geval waar die verhuurder inbreuk maak op die huurder se *commodus usus* sonder dat sy optrede 'n C daadwerklike of regstreekse fisiese uitwerking het op die huurperseel self. Die aantasting van die huurder se gebruik en genot is slegs 'n onregstreekse gevolg van die verhuurder se fisiese handeling buite die huurperseel. Die tweede aspek is *Pothier* se beklemtoning van die feit dat die huurperseel ná die verhuurder se optrede nie meer in dieselfde D toestand is as wat dit was toe die huurkontrak aangegaan is nie. Dat 'n mens in verband met 'n inbreuk op die huurder se *commodus usus* moet age slaan op die toestand van die huurperseel ten tyde van die aanvang van die huur, spreek eintlik vanself, maar dit is van belang in die huidige saak. As die twee oorwegings wat ek nou na aanleiding van *Pothier* se bespreking genoem het, op die feite van die huidige saak toegepas word, dan kan dit E 'n grondslag vorm vir die beskouing dat die respondent, deur die pad te laat sluit, 'n handeling verrig het wat, alhoewel dit geen regstreekse fisiese uitwerking op die huurperseel gehad het nie, nietemin onregstreeks tog die appellant se *commodus usus* belemmer het deur die inkorting van die toevloei van klandisie na die hotel, en dat die hotelperseel ná die sluiting F van die pad nie meer dieselfde was as wat dit was ten tyde van die aanvang van die huurkontrak nie, aangesien dit destyds langs 'n deurpad geleë was en ná die sluiting van die pad nie meer nie. Of so 'n beskouing wel geregverdig is, sal ek vervolgens ondersoek aan die hand van 'n verdere passasie in *Pothier*.

G Vroeër, toe ek verwys het na die skrywers se behandeling van inbreuke op die huurder se *commodus usus* as gevolg van *vis maior* of *casus fortuitus*, het ek gemeld dat daar by *Pothier* (para 152) 'n voorbeeld aangetref word waarvan die feite vergelykbaar is met dié van die huidige saak. Paragraaf 152 kom voor in 'n afdeling van *Pothier* se werk waarin hy gevalle bespreek waar 'n huurder geregtig is op 'n kwytskelding van huurgeld, in die geheel H of ten dele. Ten aanvang van sy bespreking formuleer *Pothier* ses algemene beginsels, waarvan die sesde een hier ter sprake is. Dit kom voor in para 143: Wanneer die huurder nie volkome (*absolument*) sy gebruiksgenot van die saak ontnem is nie, maar deur onvoorsiene toeval (*par un accident imprévu*) sy gebruiksgenot 'n baie aansienlike aantasting en vermindering ondergaan het (*la jouissance a souffert une altération et une diminution très considérable*), kan hy 'n proporsionele vermindering van die huurgeld eis, I van die tyd wat sy gebruiksgenot daardie vermindering ondergaan het. Hierdie beginsel word dán deur *Pothier* toegelig in para 152. Ek vertaal dit soos volg: Om die sesde van ons beginsels toe te pas op huurkontrakte van huise, laat ons veronderstel dat ek aan iemand 'n herberg langs 'n grootpad J (*sur la grande route*) verhuur het, en dat daarna, en gedurende die

huurtermyn, die grootpad verander is, op so 'n wyse dat daardie herberg, A wat baie gereeld besoek was, verlate geword het nadat dit nie meer langs die pad geleë was nie: in daardie geval, alhoewel die huurder die gebruik het van al die dele van die huis (*quoique le locataire jouisse de toutes les parties de la maison*), is hy geregtig om 'n vermindering van die huurgeld te eis, B aangesien die gebruiksgenot van daardie herberg deur die verandering van die pad 'n baie aansienlike benadeling en vermindering ondergaan het (*la jouissance de cette auberge souffrant, par le changement de la route, une altération et une diminution très considérables*). *Pothier* tref hier 'n onderskeid tussen die gebruik van die gebou as sodanig, en die voordelige benutting daarvan vir die doel waarvoor dit gehuur is, nl om te gebruik as 'n C herberg. Die teenstelling is treffend, met die oog op die betoog namens die respondent in die huidige saak, soos vroeër aangedui, dat die appellant na die sluiting van die pad nog steeds die vrye en ongesteurde gebruik van die hotelperseel self gehad het, dat die ingange tot die hotelperseel dieselfde gebly het en dat die hotelbesigheid nog voortgesit kon word. Dit lyk D amper asof *Pothier* se teks spesifiek ontwerp was om 'n pertinente antwoord op hierdie betoog te verskaf. Om die punt verder te beklemtoon, haal ek *Mulligan* se vertaling (op 60) van die laaste gedeelte van para 152 aan—dit is 'n effens vryer vertaling as myne hierbo, maar dit weerspieël *Pothier* se gedagtegang korrek:

E '... although the lessee has occupation of every part of the house, he is nevertheless entitled to claim a reduction of rent, seeing that his beneficial occupation of the inn has been greatly impaired and diminished, by reason of the alteration in the main-road.'

Pothier se bespreking het betrekking op die geval waar die grootpad verlé is buite die beheer van die verhuurder, en die huurder dus 'n vermindering van huurgeld kan eis vanweë die belemmering van sy F *commodus usus* as gevolg van oormag of toeval. Daar is na my mening egter geen twyfel nie dat die beginsel wat in sy gedagtegang vervat is, by wyse van analogie ook toepaslik moet wees op 'n geval waar die verlegging van die pad deur die verhuurder self bewerkstellig is. As 'n mens in gedagte hou wat *Pothier* in para 76 sê in verband met die verhuurder se verpligting om nie inbreuk te maak op die huurder se *commodus usus* nie, soos hierbo G bespreek (en veral sy voorbeeld van die loergat in die muur), dan moet dit noodwendig volg dat die verhuurder wat self die pad verander op die wyse wat *Pothier* beoog, kontrakbreuk pleeg teenoor die huurder en aansprek- H lik is vir al die gewone gevolge van kontrakbreuk. Die beskouing wat ek hierbo, as 'n uitvloeisel van wat *Pothier* in para 76 sê, aan die hand gedoen het, is na my mening dus wel geregverdig.

Namens die respondent het mnr *Delpont* aangevoer dat die reëls insake huurvermindering waar die huurder se *commodus usus* versterk word as gevolg van oormag of toeval, gegrond is op billikheid en 'n bestaansreg van hulle eie het, sonder verwysing na die verpligting van die verhuurder in daardie verband, en dat die geval wat *Pothier* in para 152 bespreek dus nie I enige aanwending kan vind in die huidige saak nie. Ek stem nie daarmee saam nie. In De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 4de uitg op 323 word dit juis gesê dat kwytskelding of vermindering van huurgeld in die bedoelde gevalle gegrond is op die algemene beginsels van ons reg met betrekking tot onmoontlikwording van prestasie en die wederkerigheid J van die verpligtings by die huurkontrak (kyk ook *Law of South Africa*

band 14 para 153 nota 2 op 149; *contra* Cooper SA *Law of Landlord and Tenant* op 180). Dit is moeilik om in te sien hoe die regsposisie in sulke gevalle op enige ander beginselgrondslag geregverdig kan word. Daardeur wil ek nie te kenne gee dat gebeurde wat aan die verhuurder toe te skryf is en wat aanleiding gee tot 'n eis om kansellatie van die kontrak en skadevergoeding op grond van kontrakbreuk, noodwendig ook 'n eis om kwytstelling van die huurgeld sal geregverdig as die gebeurde buite die beheer van die verhuurder plaasvind nie; daar mag moontlik graadverskille bestaan (vgl my vroeëre verwysings na *Voet* en *Pothier* in verband met gevalle van *vis maior* en *casus fortuitus*), maar dit is onnodig om 'n mening daaroor uit te spreek, of om selfs daarop in te gaan. Met die oog op die omstandighede van die huidige saak is dit voldoende om te sê dat ek oortuig is daarvan dat *Pothier* se bespreking van die geval in para 152, by wyse van analogie, 'n insiggewende en belangrike aanduiding verskaf van hoe hierdie saak besleg moet word.

Daar is verder namens die respondent betoog dat *Pothier* para 152 nie in die huidige saak bruikbaar is nie, vanweë die beperkte uitleg wat aan daardie passasie gegee is in die saak *Hansen, Schröder & Co v Kopelowitz* 1903 TS 707. Die feite in daardie saak hou geen verband met dié in die huidige geval nie en gevolglik hoef ek nie daarna te verwys nie. Maar in die uitsprake van beide Wessels R (op 712) en Solomon R (op 719-20) word *Pothier* para 152 behandel (Innes HR het saamgestem). Die effek van wat in die genoemde uitsprake gesê word, is die volgende: *Pothier* het in gedagte die geval waar die pad waarlangs die herberg geleë is, van owerheidsweë geheel en al gesluit word, sodat reisigers nie die herberg kan bereik nie; *Pothier* beoog nie 'n geval waar 'n ander, beter en korter pad aangelê word, wat deur reisigers verkies word, sodat hulle die pad langs die herberg vermy nie. Mnr *Delport* se betoog was dat ons in die huidige geval met die tweede soort situasie te doen het, en nie met die eerste nie. Ek gaan nie daarmee akkoord nie. Die huidige geval kan nie presies tuisgebring word of onder die eerste situasie of onder die tweede nie; dit lê tussenin. Om die posisie toe te lig, verwys ek terug na die skematiese voorstelling van die feitlike posisie wat ek vroeër verskaf het. Dit is nie hier die geval dat daar bloot langs die oorspronklike roete van die pad, A, B, C, D, E, F, 'n ander pad gemaak is, A, H, G, F nie. 'n Gedeelte van die oorspronklike pad, van C oor D en E na F is inderdaad gesluit. Maar die hele pad verby die hotel is nie gesluit nie; van A oor B na C het dit bly voortbestaan. Die beperkende uitleg wat aan *Pothier* para 152 gegee is in die genoemde uitsprake is gevolglik nie hier van toepassing nie. Die onderhawige geval val buitekant die bestek van die twee teenstellings wat in daardie saak bespreek is, maar daar bestaan by my geen twyfel nie dat die feite hier klaarblyklik eerder tuishoort by die eerste gestelde situasie as by die tweede. Op die keper beskou, is die posisie hier dat die hotel aanvanklik geleë was langs 'n deurpad, en dat daardie pad, as 'n deurpad, inderdaad gesluit is. Die kern van die saak is dat die deurpad langs die hotel verby nie meer bestaan nie. Die feit dat die stukkie tussen A en C behoue gebly het, en dat dáárlangs nog toegang tot die hotel verkry kan word, is nie van wesenlike belang nie. Dit sou min verskil gemaak het as die stukkie tussen A en B ook gesluit is, maar toegang nog verkry kon geword het van H oor B na C. Die *Hansen, Schröder*-saak is gevolglik die respondent nie tot hulp nie.

Gedurende die betoog in hierdie Hof is daar aan die respondent se advokaat die vraag gestel: wat sou die posisie gewees het as die respondent nie slegs die pad tussen C en F laat sluit het nie, maar ook die gedeelte tussen A en B, asook die pad tussen H en B? Mnr *Delport* het geantwoord dat die respondent dan aanspreeklik sou gewees het om die appellante se skade te vergoed. Die antwoord is korrek—en onvermydelik. Daar kan geen twyfel wees nie dat die respondent, deur alle verkeer na die hotel af te sluit, kontrakbreuk sou gepleeg het. Maar sodra dit aanvaar word, soos dit moet, dan is dit onmiddellik vernietigend van die basiese grondslag van die betoog namens die respondent, naamlik dat die verhuurder nie kontrakbreuk pleeg ten opsigte van sy verpligting om *commodus usus* aan die huurder te laat toekom nie, as sy optrede geen daadwerklike invloed op die huurperseel self het nie, maar slegs die winsgewendheid van die besigheid wat daarop bedryf word, beïnvloed. Die voorbeeld van die algehele sluiting van die toegangspaaie bewys dat die betoog, as 'n veralgemening, nie korrek kan wees nie. Dit bevestig terselfdertyd die gevolgtrekking, wat voortvloei uit my bespreking van die gemeenregtelike bronne hierbo, dat daar in die bronne wel steun te vind is vir die standpunt dat die verhuurder sy verpligting ten opsigte van *commodus usus* verbreek as sy optrede deur die pad te sluit die toevloei van klandisie na die hotel inkort en die huurder se voordelige benutting van die hotel aldus belemmer.

In 'n poging om die voorgaande gevolgtrekking te ontgaan, is daar namens die respondent aan die hand gedoen dat die vraag na die verhuurder se aanspreeklikheid in beginsel 'n kwessie van graad is. In soverre die betoog berus het op die omvang van die sluiting van die pad of die paaie in die omgewing en die gevolglike inkorting van die toevloei van klandisie na die hotel, is dit onaantoonbaar. As die verhuurder kontrakbreuk pleeg deur al die toegangspaaie te sluit en so alle klandisie van die hotel weg te hou, dan moet dieselfde beginsel van toepassing wees as hy 'n gedeeltelike sluiting van die toegangspaaie bewerkstellig en die toevloei van klandisie ten dele inkort. Die graad van sy optrede kan nie die beginsel van sy kontrakbreuk affekteer nie. 'n Mens kan dit maklik toelig met 'n voorbeeld. Gestel dat die respondent nie net die pad tussen C en F gesluit het nie, maar ook die pad tussen A en B, sodat slegs die pad van H oor B na C oorgebly het, en gestel dat daardie pad nie net 'n moeilike pad was vanweë spoorweggoorgange en vragmotorverkeer nie, maar inderdaad 'n sanderige bergpad was wat slegs met vierwiel-aangedrewe voertuie aangedurf kon word. Sommige mense sou tog nog die hotel besoek het, maar dit val nie te betwyfel dat die respondent nogtans kontrakbreuk sou gepleeg het nie. Natuurlik sou die graad van die inbreuk op die huurder se *commodus usus* 'n uitwerking kon hê op die regsmiddels wat hom toekom weens die kontrakbreuk. Om weer 'n voorbeeld te noem: gestel dat die respondent slegs 'n beperkte verlegging van die pad by punt C teweeggebring het, sodat die hotelingang nie net 50 meter van die pad was nie, maar sê 200 meter, en dat dit 'n geringe inkorting van die toeloop van klandisie na die hotel meegebring het, gepaard met 'n klein vermindering van die profyt van die besigheid. Dan sou die appellante nie geregtig gewees het om terug te tree uit die huurkontrak en om die hotel te sluit en dit te ontruim nie, maar hy sou vermoedelik steeds 'n eis om

A skadevergoeding weens kontrakbreuk gehad het. Hierdie oorwegings skep egter nie probleme in die huidige saak nie. In hierdie verband moet ek vir 'n oomblik afdwaal en terugverwys na die gemeenregtelike skrywers se behandeling van inbreuke op die huurder se *commodus usus* weens *vis maior* of *casus fortuitus*. Uit die gevalle wat ek vroeër by wyse van voorbeeld uit Voet aangehaal het, blyk dit dat die huurder slegs in vry drastiese omstandighede die reg gegun word om die huurperseel te ontruim en aanspraak te maak op 'n kwytstelling van die huurgeld. *Pothier* se sesde beginsel aangaande 'n vermindering of kwytstelling van huurgeld, vroeër genoem, weerspieël dieselfde gedagte, terwyl hy by die toepassing daarvan in para 152 nie eens verwys na die ontruiming van die herberg deur die huurder nie, en blykbaar aan laasgenoemde slegs 'n vermindering van die huurgeld toelaat en nie 'n algehele kwytstelling nie. Na my mening speel hierdie oorwegings egter geen rol in die huidige saak nie. Sodra dit vasstaan, soos hier die geval is, dat die verhuurder kontrakbreuk gepleeg het, moet dit noodwendig volg dat die huurder se regsmiddels bepaal word aan die hand van die algemene beginsels ten opsigte van die gevolge van kontrakbreuk (vgl by wyse van analogie die *Treasure Chest*-saak *supra* op 745B en 747C). Volgens die feite van die huidige saak was die respondent se kontrakbreuk klaarblyklik van so 'n ernstige en wesenlike aard en omvang dat die appelland geregtig was om die huurkontrak van die hotelperseel te beëindig. Ter staving van hierdie stelling is dit genoeg om te verwys na die enorme bedrag van die skade wat die appelland berokken is, soos blyk uit die addendum tot die voorverhoor-notule.

Die betoog van die respondent se advokaat in verband met die graad van die respondent se inbreukmaking op die appelland se gebruik van die hotelperseel, het hy ook op 'n ander lees geskoei, wat toegespits was op sy argument dat optrede van die verhuurder wat bloot 'n nadelige invloed het op die winsgewendheid van die huurder se besigheid, nie 'n verbrekking is van die verhuurder se verpligting ten opsigte van *commodus usus* nie. Dié deel van die betoog was gebaseer op sekere voorbeelde wat aan ons voorgehou is. Een so 'n voorbeeld is die volgende: waar die respondent sy mynbedrywighede sou staak en al sy werknemers uit Sishen en Kathu verwyder, sodat daar twee verlate dorpe sou oorbly, met 'n gepaardgaande afname in die winsgewendheid van die hotel. 'n Ander voorbeeld is, as 'n mens die garansie in klousule 3 van die addendum tot die huurkontrak sou wegdink, waar die respondent 'n hotelbesigheid op Kathu sou oprig en bedryf of verhuur, in mededinging met dié van die appelland, weer met 'n gepaardgaande vermindering van die winsgewendheid van die appelland se besigheid. Na my oordeel het hierdie soort voorbeelde niks te doen met die feite van hierdie saak nie. Dit is nie gevalle waar die respondent se optrede sou verskil van dié waarmee hierdie saak gemeoid is, in graad nie; dit is optrede van 'n geheel ander aard. Indien die respondent na die sluiting van die huurkontrak, maar voordat die appelland die besit van die hotelperseel verkry het, die pad van C na F sou laat sluit het, sou die appelland geregtig gewees het om aan die respondent te sê: jy lewer nou aan my iets anders as waarvoor ek gekontraktee het; ek het 'n hotel langs 'n nasionale deurspad gehuur; wat jy my nou gee, is nie so 'n hotel nie; dit is so 'n verskillende ding dat ek dit nie hoef te aanvaar nie. Daar is dus wel 'n onregstreekse fisiese wisselwerking tussen die respondent se sluiting

van die pad en die *commodus usus* van die huurperseel. In die voorbeelde wat die respondent se advokaat aangevoer het, bestaan daar niks van die aard nie. Die toepassing van die verhuurder se verpligting insake *commodus usus* op die besondere feite van hierdie saak behels hoegenaamd nie 'n waarborg teen klandisie-verlies nie. Die genoemde voorbeelde val buite die kader van die feite van hierdie saak, en hoef gevolglik nie verder bespreek te word nie. Dit is genoeg om te sê dat as daar bloot argumentshalwe veronderstel sou word dat die verhuurder in die genoemde voorbeelde geen aanspreeklikheid teenoor die huurder opdoen nie, dit geen afbreuk sou doen aan die bevinding dat hy volgens die feite van hierdie saak wel kontrakbreuk gepleeg het nie.

Wat die regspraak betref, het mnr *Delport* in sy betoogshoofde steun vir sy betoog probeer vind in die saak *Enter Centre Enterprise (Pty) Ltd v Brogneri* 1972 (1) SA 117 (K). In die loop van sy betoog in hierdie Hof het hy egter geredelik—en heeltemal tereg—toegegee dat die omstandighede in daardie saak so verskillend was van dié in die huidige geval dat hy nie daarop kon staatmaak nie. Dit is dus onnodig om daardie saak in oorweging te neem of om aandag te skenk aan die standpunt van *De Wet en Yeats* (op cit op 323 voetnota 73) dat die beslissing daarin 'onoortuigend' is. Die ander sake waarna ons verwys is, wat nog nie hierbo vermeld is nie, neem ook nie hierdie saak enigsins verder nie.

My gevolgtrekking is dus dat die respondent kontrakbreuk gepleeg het ten opsigte van sy gemeenregtelike verpligting om die *commodus usus* van die huursaak aan die appelland te laat toekom, en dat hy op daardie grond aanspreeklik is om skadevergoeding aan die appelland te betaal. Dit is derhalwe onnodig om oorweging te skenk aan die beweerde stilswyende beding wat gegrond is op die stilswyende *consensus* van die partye.

Ten slotte moet daar nog een oorblywende geskilpunt tussen die partye behandel word, waarna ek vroeër in hierdie uitspraak verwys het. Dit het betrekking op die tydperk waarvoor die appelland se skadevergoeding bereken moet word. Ten tyde van die ondertekening van die addendum tot die voorverhoor-notule het die partye 'n verdere skriftelike ooreenkoms onderteken, wat (soos ek vroeër gemeld het) nie aan die Verhoorregter geopenbaar is nie, maar wat aan ons voorgelê is. In dié dokument word onder meer soos volg bepaal:

'In the event of the Court holding in favour of the defendant that the lease was only valid for a period of 10 years, then the agreed loss of R650 000 in regard to plaintiff's claim A is to be reduced to R280 000.'

Mnr *Joffe*, wat namens die appelland opgetree het, het aan ons verduidelik hoe dit gekom het dat hierdie ooreenkoms aangegaan is. Tydens die samesprekings om die *quantum* van die appelland se skadevergoeding by ooreenkoms te bepaal, het dit geblyk dat daar namens die respondent aangevoer sou word dat die huurkontrak slegs vir die eerste 10 jaar daarvan geldig sou wees. Mnr *Joffe* se standpunt was dat dit volgens die pleitstukke in die saak nie vir die respondent oopgestaan het om daardie punt te opper nie, terwyl mnr *Delport* se houding die teenoorgestelde was. Die oogmerk van die ooreenkoms was om dit vir mnr *Joffe* moontlik te maak om sy standpunt in die verhoor te opper, maar om terselfdertyd die appelland te vrywaar teen 'n beslissing van absolusie van die instansie indien mnr *Delport* se standpunt deur die Verhoorregter gehandhaaf sou

A word. Soos sake toe by die verhoor verloop het, het die Verhoorregter inderdaad nooit hierdie aangeleentheid beslis nie.

Voor hierdie Hof het mnr *Delport* betoog dat die huurkontrak net geldig was vir die eerste 10 jaar, omdat die laaste sin van klousule 2 daarvan vereis het dat die partye aan die einde van daardie tydperk opnuut oor die bedrag van die huurgeld moes onderhandel en daarop moes ooreenkom.
B Ek is nie aangetrokke tot hierdie argument nie. In die lig van die eerste sin van klousule 2 en die strekking van die kontrak as geheel, wil dit my voorkom asof die partye bes moontlik beoog het dat die kontrak na 10 jaar gewoon sou voortduur met die huurgeld soos dit was, indien hulle nie ooreengekom het, of kon ooreenkom, op 'n veranderde bedrag van huurgeld nie. Dit is egter nie nodig om 'n besliste mening hieroor uit te spreek of om verder daaroor uit te wei nie, omdat ek van mening is dat mnr *Joffe* se standpunt, wat hy in hierdie Hof beredeneer het, korrek is, naamlik dat die pleitstukke in die saak geen ruimte laat vir 'n oorweging van mnr *Delport* se betoog nie. Paragraaf 3 van die appellant se besonderhede van eis lui soos volg:

D 'On or about 26 August 1974, and at Pretoria, the plaintiff and the defendant entered into a written agreement of lease, in terms whereof the defendant let to the plaintiff who hired from it an hotel site on which the Hotel Minerva was erected, situate in the unproclaimed township of Sishen, for a period of 20 years commencing on 1 March 1974, so as to enable the plaintiff to carry on the business of a licensed hotel, namely the Hotel Minerva, on the said hotel site.'

Hierop het die respondent in para 2 van sy verweerskrif gepleit:

F 'Onderhewig aan die volle bepalings van die betrokke skriftelike huurkontrak, word die bewerings in hierdie paragraaf deur die verweerder erken.'

G Na my mening is die verweer dat die kontrak slegs geldig was vir 10 jaar 'n besondere verweer wat pertinent geopper moes gewees het as die respondent daarop wou staatmaak. So 'n verweer kan nie verskuil word agter 'n algemene verwysing na die 'volle bepalings' van die kontrak nie, veral nie waar die appellant uitdruklik beweer het dat die huurkontrak gesluit was vir 'n tydperk van 20 jaar nie.

H Tydens die verhoor is daar in die getuienis geen ondersoek hoegenaamd ingestel na die vraag of die partye inderdaad opnuut tot 'n ooreenkoms geraak het oor die huurgeld na die verstryking van die eerste tydperk van 10 jaar nie. Daardie tydperk het verstryk op 28 Februarie 1984. Daarna het die partye steeds die huurkontrak voortgesit. Die hotel is eers in Junie 1985 gesluit. Op 3 Junie 1985 het die respondent 'n brief aan die appellant se prokureurs geskryf, waarin die volgende gesê word:

'As far as Iscor is concerned, it has a valid and enforceable agreement of lease with your client which will only expire on 28 February 1994 should your client not exercise the option granted to it in terms of the agreement of lease.'

I In hierdie omstandighede kan die moontlikheid bepaald nie uitgesluit word dat die partye inderdaad na die eerste 10-jaar tydperk opnuut oor die huurgeld ooreengekom het, of stilswyend aanvaar het dat die huurkontrak teen die bestaande huurgeld sou voortduur nie, en dat die appellant getuienis te dien effekte sou kon voorgelê het indien die betrokke J geskilpunt behoorlik op die pleitstukke geopper was nie.

In die resultaat is die appellant geregtig op skadevergoeding in die A bedrag wat in die addendum tot die voorverhoor-notule genoem word. Die bevel wat hieronder in die plek gestel word van die bevel van die Hof *a quo*, is soos dit deur mnr *Joffe* aan ons voorgestel is; mnr *Delport* het geen beswaar daarteen geopper, indien die appèl sou slaag nie.

Die bevel van die Hof is soos volg:

1. Die appèl word gehandhaaf, met koste, wat insluit die koste van twee advokate.
2. Die bevel van die Hof *a quo* word tersyde gestel en vervang deur die volgende bevel:

'Judgment is granted in favour of the plaintiff against the defendant for payment of the sum of R650 000 together with statutory interest thereon from 6 November 1985 to date of payment, with costs of suit, including the costs consequent upon the employment of two counsel, and including the qualifying fees of the plaintiff's expert witnesses in respect of whom the plaintiff gave notice in terms of Rule 36(9).'

Rabie Wn HR, Jansen AR, Nestadt AR en M T Steyn Wn AR het saamgestem.

Appellant se Prokureurs: *Goldblatt, Bloch, Edelstein & Gross*, Pretoria; *Israel & Sackstein*, Bloemfontein. Respondent se Prokureurs: *Strydom, Smith & Vennote*, Pretoria; *Van der Merwe & Sorour*, Bloemfontein.

PROTECTIVE MINING & INDUSTRIAL EQUIPMENT
SYSTEMS (PTY) LTD (FORMERLY HAMPO
SYSTEMS (PTY) LTD) v AUDIOLENS
(CAPE) (PTY) LTD

APPELLATE DIVISION

CORBETT JA, HOEXTER JA, GROSSKOPF JA, NESTADT JA and NICHOLAS AJA

1987 February 23; March 30

Trade and trade mark—Trade mark—Infringement—Section 44(1)(a) of Trade Marks Act 62 of 1963—'Unauthorised use' in s 44(1)(a)—Meaning of—No more than well-established rule of trade mark law, viz that proprietor of trade mark has right to prevent others from selling goods which, while not his, are marked with his mark.

Trade and trade mark—Trade mark—Infringement—Section 44(1)(a) of Trade Marks Act 62 of 1963—'Use as trade mark'—Meaning of in context of section—Expression connoting use only in respect of goods other than 'genuine' goods.