

## **WAT DIE OOG NIE SIEN NIE – DIE VERSWEË BEDINGE VAN ’N KONTRAK**

*Stalwo (Pty) Ltd v Wary Holdings (Pty) Ltd* 2008 1 SA 654 (HHA)

*Tolgaz Southern Africa v Solgas (Pty) Ltd; Easigas (Pty) Ltd v Solgas (Pty) Ltd* 2009 4 SA 37 (W)

### 1 *Inleiding*

Wanneer partye ’n skriftelike kontrak sluit, is daar onvermydelik heelwat wat nie uitgespel word nie. Dit sou vir die partye onmoontlik wees om in hulle kontrak vir alle moontlike gebeurlikhede voorsiening te maak. Die reg het gevolglik lank reeds die behoefte erken om die uitdruklike bedinge van ’n kontrak met versweë bedinge aan te vul. Die aard en omvang van sodanige versweë bedinge en die vereistes waaraan voldoen moet word alvorens ’n hof enige versweë beding in ’n kontrak sal inlees, het weer eens in die *Stalwo*- en *Tolgaz*-sake die aandag van die hof geniet.

## 2 *Die Stalwo-saak*

Die saak het betrekking op die geldigheid en uitleg van 'n kontrak vir die vervreemding van grond. Die respondent het beoog om 'n plaas in 'n industriële kompleks te omskep en het dele van die grond te koop aangebied. Hoewel die grond nog hersonereer moes word as industriële grond en onderverdeel moes word, het die appellant en respondent 'n kontrak gesluit waarvolgens die appellant 'n gedeelte van die grond sou koop. Die respondent het by die plaaslike owerheid aansoek gedoen om hersonering van die grond en die aansoek is goedgekeur onderhewig daaraan dat die respondent sekere verbeterings met betrekking tot die toegangspad, die afvoer van stormwater en die lewering van munisipale dienste op die perseel moes aanbring. Die respondent het gepoog om die koste verbonde aan die verbeterings aan die appellant oor te dra deur die koopprys te verhoog. Die appellant het die verhoging in koopprys verwerp en aansoek gedoen om 'n bevel vir spesifieke nakoming wat in die Oos-Kaapse hoë hof van die hand gewys is.

In die hoogste hof van appèl, soos in die hof *a quo*, het die geskil hoofsaaklik gedraai rondom twee vrae.

Eerstens moes die hof beslis of die formaliteite wat die Wet op Vervreemding van Grond 68 van 1981 ten opsigte van 'n kontrak vir die vervreemding van grond voorskryf, verhoed dat 'n stilswyende beding in sodanige kontrak ingelees kan word. Dit was gemeensaak dat die koop van die grond onderhewig was aan 'n opskortende voorwaarde waarvolgens die plaaslike owerheid goedkeuring sou verleen vir die hersonering en onderverdeling van die grond. Gemelde voorwaarde is egter nie in die vervreemdingsakte vervat nie. Die respondent het aangevoer dat die kontrak nie voldoen aan die formele vereistes in artikel 2(1) van die Wet op Vervreemding van Grond 68 van 1981 nie omdat 'n wesenlike beding waarop die partye ooreengekom het, nie op skrif gestel was nie.

Tweedens moes die hof beslis of die kontrak in stryd met artikel 3(a) en 3(e)(i) van die Wet op die Onderverdeling van Landbougrond 70 van 1970 sou wees. Die antwoord op die tweede vraag het hoofsaaklik gedraai rondom die uitleg van die Oorgangswet op Plaaslike Regering 209 van 1993. Hierdie bespreking fokus egter slegs op die eerste vraag voor die hof en die hof se bevinding ten opsigte van die tweede vraag word nie hier bespreek nie. Die beslissing van die hoogste hof van appèl is alleenlik wat betref die tweede vraag en die uitleg van die Oorgangswet op Plaaslike Regering 209 van 1993 op verdere appèl deur die konstitusionele hof in *Wary Holdings (Pty) Ltd v Stalwo (Pty) Ltd* (2008 11 BCLR 1123 (KH)) omvergewerp.

Die eerste vraag het egter nie in die grondwetlike hof ter sprake gekom nie en die hof het hom ook nie daarvoor uitgelaat nie. Gevolglik is die hoogste hof van appèl se uitspraak wat die eerste vraag betref, steeds geldig.

Wat die eerste vraag betref, het appèlregter Maya beslis dat 'n hof 'n stilswyende beding of 'n beding uit die feite afgelei in 'n kontrak kan inlees indien die hof oortuig is dat die partye duidelik bedoel het om op grond van die voorgestelde beding te kontrakteer. Die hof maak hierdie bevinding op grond van die uitdruklike skriftelike bedinge van die kontrak en die ekstrinsieke getuienis wat in die betrokke geval toelaatbaar is. Indien 'n hof bevind dat 'n stilswyende beding in 'n kontrak ingelees moet word, word daardie beding eenvoudig in die skriftelike kontrak ingevoeg en as sodanig dus daarin vervat – Artikel 2(1) van die Wet op Vervreemding van Grond 68 van 1981 plaas dus nie 'n beletsel op die inlees van stilswyende bedinge nie.

### 3 *Die Tolgaz-saak*

In die *Tolgaz*-saak is die hof gevra om te beslis tot welke mate handelsgebruike en gewoontes by 'n kontrak ingelees kan word. Hierdie saak het gehandel oor die verspreiding van vloeibare petroleumgas en die hervul van gasbottels. Dit is algemene praktyk in die gasbedryf dat verspreiders van gas eiendomsreg van die gasbottels voorbehou en dat verbruikers slegs die inhoud van die gasbottels koop. Dit is ook algemene praktyk om nie gasbottels vir verbruikers te hervul nie, maar om 'n leë gasbottel vir 'n vol gasbottel te ruil. Die leë gasbottels word dan later hervul om weer uiteindelik vir ander leë gasbottels verruil te word. Dit gebeur dan ook van tyd tot tyd dat verbruikers 'n leë gasbottel van een verskaffer na 'n mededinger neem om “hervul” of geruil te word. In so 'n geval ruil die mededinger gewoonlik die leë gasbottel vir een van die mededinger se vol gasbottels en stuur dan die leë gasbottel terug na die betrokke verskaffer aan wie die gasbottel behoort om hervul te word. Die respondent het egter van tyd tot tyd gasbottels wat aan die appellante behoort het, hervul en aan verbruikers verskaf. Die appellante doen aansoek om 'n interdik wat die respondente verbied om hulle gasbottels op hierdie wyse te gebruik. Die respondent voer aan dat daar 'n onderlinge ooreenkoms tussen die onderskeie verspreiders van gas bestaan en dat dit 'n algemene handelsgebruik is dat een mededinger soms gasbottels wat aan 'n ander verspreider behoort, hervul en aan verbruikers voorsien. Die onderlinge ooreenkoms tussen die partye bevat gevolglik 'n insidentele beding te dien effekte. Die aansoek word in die hof *a quo* van die hand gewys.

Op appèl onderskei die hof tussen handelsgebruike en gewoontes wat voldoen aan die vereistes uiteengesit in *Van Breda v Jacobs* (1921 AD 330) om as't ware as 'n regsreël bindend te wees en wat as insidentele beding of *naturalium* van regsweë in die kontrak ingelees kan word en handelsgebruike en gewoontes wat nie aan daardie vereistes voldoen nie, maar steeds as stilswyende beding in die kontrak ingelees kan word.

Eersgenoemde sal aan vereistes uiteengesit in die *Van Breda*-saak voldoen en van regsweë in die kontrak ingelees word indien die handelsgebruik lank reeds bestaan, algemeen nageleef word, redelik is en seker is. Laasgenoemde sal in die kontrak ingelees word indien die handelsgebruik nie aan die voorgaande vereistes voldoen nie, maar dit duidelik blyk dat beide partye van die handelsgebruik bewus was en dienooreenkomstig wou kontrakteer. 'n Stilswyende beding kan selfs ingelees word waar die gewoonte so alombekend is dat 'n party, op grond van die vertrouens teorie, kan aanneem dat die ander party ooreenkomstig die betrokke gewoonte kontrakteer.

*In casu* voldoen die gewoonte nie aan die vereistes van die *Van Breda*-saak nie omdat dit nie redelik is vir een verskaffer om die gasbottels van 'n ander te hervul en gebruik nie, veral gesien in die lig van die kapitale uitleg wat nodig is om gasbottels aan te skaf en in stand te hou. Die beskikbare getuienis kon ook nie oortuigend aantoon dat die sogenaamde gewoonte algemeen nageleef word nie. Die respondent slaag trouens uiteindelik nie eens daarin om 'n ooreenkoms tussen die partye te bewys nie en die appèl word gevolglik gehandhaaf.

### 4 *Bespreking*

In verskeie uitsprake sedert 1970 het die hof die indruk gewek dat daar benewens die uitdruklike bedinge van 'n kontrak slegs sprake kan wees van twee soorte versweë bedinge, te wete insidentele bedinge (*naturalia*) wat van regsweë in 'n bepaalde

soort kontrak ingelees word en stilswyende bedinge wat, hoewel die partye dit nie oorweeg het nie, ingelees kan word indien dit duidelik is dat die partye waarskynlik daarop ooreen sou gekom het indien hulle aandag ten tyde van kontraksluiting daarop gevestig was (*Minister van Landbou-Tegniese Dienste v Scholtz* 1971 3 SA 188 (A); *Alfred McAlpine & Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration* 1974 3 SA 506 (A); *Seven Eleven Corporation of SA (Pty) Ltd v Cancun Trading No 150 CC* 2005 2 All SA 256 (HHA)). Die *Stalwo-* en *Tolgaz-*sake herbevestig egter nou weer dat daar ook 'n derde kategorie van versweë bedinge is, te wete bedinge waarop die partye inderdaad ooreengekom het of ten opsigte waarvan hulle inderdaad eensgesind was, maar vir een of ander rede nie uitgedruk het nie.

Hierdie belangrike onderskeid is nie altyd duidelik nie en ten einde dit behoorlik na waarde te ag, is dit noodsaaklik om die historiese ontwikkeling van die kontraktereg met betrekking tot versweë bedinge te oorweeg en hoe dit uiteindelik die hedendaagse posisie beïnvloed het.

## 5 Historiese oorsig

Aanvanklik was kontrakte in die Romeinse reg streng formalistiese transaksies wat hul geldigheid daaraan ontleen het dat die partye hulself in die openbaar op 'n bepaalde wyse uitgedruk het. Indien die partye die nodige formele woorde geuiter het, was dit onbelangrik of die partye inderdaad eensgesind was of nie – hulle was regtens kontraktueel gebonde. Die bedinge van hierdie kontrakte was dus ook regtens neergelê met vaste betekenis (*Tab* 6 1; *Inst* 3 15 1; sien ook Buckland *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian* (1963) 412 ev). Die formele woorde het bloot gedien om die aard van die transaksie te bepaal, terwyl die daadwerklike bedinge van die kontrak van regsweë aan die partye opgelê is (sien bv *D* 13 6 5 2; *D* 18 1 35 4; *D* 18 6 8; *D* 21 1 1 1; *D* 21 1 49; *D* 21 2 39). Hoewel kontrakte in die Romeins-Hollandse reg minder formalisties geword het, is hierdie beginsel dat sekere bedinge van regsweë in 'n kontrak ingelees word in die Romeins-Hollandse reg aanvaar (Van der Linden *Rechtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek* 1 14 4 5; Voet *Commentarius ad Pandectas* 17 2 12, 19 2 32, 21 1 1, 21 2 9; De Groot *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* 3 6 10).

In die Romeinse reg was daar aanvanklik min ruimte vir die inlees van versweë bedinge in 'n kontrak. Eers met die verskyning van minder formele kontrakte wat op wilsooreenstemming berus het, het die uitleg van kontrakte in die ware sin van die woord van belang geword en selfs in die geval van formele transaksies het die bedoeling van die partye 'n groot invloed op die betekenis van die bedinge gehad (sien bv *D* 2 14 1 3; *D* 44 7 3 1; Paulus *Sententiae* 1 1 1-2). Gevolglik is bedinge ten opsigte van aangeleenthede waarop die partye inderdaad eensgesind was, maar versuim het om uit te druk, beskou as stilswyende bedinge wat deel van die kontrak sou uitmaak. Die toenemende belang van wilsooreenstemming het deurgespyel na die Romeins-Hollandse reg (Voet 19 2 9, 23 2 42, 23 2 85; Van der Linden 1 14 4 1) en tot so 'n mate ontwikkel dat partye stilswyend deur hulle gedrag volledig kontrakteer (Van der Linden 1 14 4 6-9).

In die vroeëre Engelse reg het wilsooreenstemming as grondslag vir kontraktuele gebondenheid ook weinig aandag geniet. Voor die agtiende eeu moes 'n partye bloot 'n dokument onder seël of 'n *quid pro quo* ("consideration") toon om te bewys dat 'n kontrak gesluit is (Glanvill *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Anglie Qui Glanvillia Vocatur* 10 12; Teeven *A History of the Anglo-American Common Law of Contract* (1990) 188). In die geval van skriftelike dokumente is groot gewag gemaak van die seël wat daarop aangebring is en die skriftelike stuk is mettertyd

nie alleen beskou as bloot 'n rekord van die transaksie nie, maar as die kontrak self. Gevolglik is heelwat klem geplaas op die teks vervat in die geseëde dokument en die letterlike betekenis van die woorde wat die teks uitmaak (Wigmore IX *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* (1940) 83-86). Gevolglik was daar nie veel ruimte vir versweë bedinge in 'n kontrak onder seël nie.

Die rol van “consideration” en die erkenning van informele kontrakte wat op wilsooreenstemming berus, het daartoe gelyk dat die Engelse houe mettertyd erkenning sou verleen aan kontrakte wat bloot deur die gedrag van die partye gesluit is sonder dat hulle bedoeling mondeling of skriftelik uitgedruk is (Holdsworth *A History of English Law* (1925) 4 2 3 3 1). Vandaar was dit slegs 'n klein tree na die volgende ontwikkeling om stilswyende bedinge ten opsigte van aangeleenthede waarvoor die partye eensgesind was, maar nie uitdruklik verwoord het nie, in hulle kontrak in te lees (*Krell v Henry* 52 WR 246; *Hamlyn & Co v Wood & Co* 7 TLR 731; *Iven v Elwes* 61 ER 810).

Maar die Engelse houe het dit nie daar gelaat nie. Daar was ook die probleem dat onvoorsiene omstandighede soms in kontraktuele verhoudings opduik. In 'n poging om te verhoed dat die kontrakte in sulke omstandighede misluk het die Engelse houe met 'n kreatiewe oplossing vir die probleem vorendag gekom. 'n Beding is in die kontrak ingelees op grond van dit waartoe redelike partye in die omstandighede waarskynlik sou ingestem het indien hulle die omstandighede sou voorsien het (*The Moorcock* 37 WR 439; *Lyttleton Times Co Ltd v Warners Ltd* 23 TLR 751; *Midland Ry Co v London & North West Ry Co* 15 WR 34). Hierdie ontwikkeling word uiteindelik saamgevat in *Reigate v Union Manufacturing Co (Ramsbottom)* waar lord Scrutton verduidelik dat

“[a] term can only be implied if it is necessary in the business sense to give efficacy to the contract; that is, if it is such a term that it can confidently be said that if at the time the contract was being negotiated some one had said to the parties, ‘What will happen in such a case’, they would both have replied, ‘Of course, so and so will happen; we did not trouble to say that; it is too clear’” 1918 1 KB 592.

Dit het bekend geword as die “officious bystander test” of “omstandertoets”.

Die posisie in Engeland is saamgevat deur Williams (“Language and the law” 1945 *LQR* 71 401) waar hy verduidelik dat daar in die Engelse reg drie soorte versweë bedinge in 'n kontrak ingelees kan word:

- (i) Bedinge wat die partye waarskynlik in gedagte gehad het maar nie uitgedruk het nie.
- (ii) Bedinge wat die partye waarskynlik in hulle kontrak sou ingesluit het indien hulle aandag op die betrokke aspek gevestig was ten tyde van kontraksluiting.
- (iii) Bedinge wat, ongeag of die partye dit ten tyde van kontraksluiting beoog het al dan nie, deur 'n hof in 'n kontrak ingelees word omdat billikheid, openbare beleid of 'n regsreël dit vereis.

## 6 Vergelykende oorsig

Die posisie in die Engelse reg met betrekking tot versweë bedinge is steeds hoofsaaklik soos Williams in sy uiteensetting dit verwoord het. In *Trollope & Colls Ltd v North West Metropolitan Regional Hospital Board* (1973 2 All ER 260 (HL)) verwys daardie hof na bedinge wat ingelees kan word op grond van noodsaaklikheid

om uitvoering te verleen aan die kontrak of op grond van die omstandertoets. Die hof verkies egter om 'n stilswyende beding in die betrokke kontrak in te lees op grond daarvan dat die partye duidelik bedoel het om die betrokke beding in die kontrak in te sluit. Daar is gevolglik 'n duidelike onderskeid wat betref verskillende kategorieë van versweë bedinge wat in die Engelse reg in 'n kontrak ingelees kan word. (Sien bv ook *Equitable Life Assurance Society v Hyman* 2000 3 All ER 961 (HL); *Flat Roof Co Ltd v Bowden* 2009 EWHC 2894 (Ch); *Attorney General of Belize v Belize Telecom Ltd* 2009 2 All ER 1127 (PC)).

Hierdie benadering word grootliks ook gevolg in ander jurisdiksies waar die Anglo-Amerikaanse regstradisie geld. In *Byrne v Australian Airlines Ltd* (185 CLR 410) onderskei die Australiese hooggeregshof tussen verskeie soorte versweë bedinge. Eerstens verwys die hof na stilswyende bedinge wat op grond van die omstandertoets in 'n kontrak ingelees kan word. Tweedens is daar stilswyende bedinge wat in 'n kontrak ingelees kan word indien dit vanuit 'n besigheidsoogpunt noodsaaklik is om uitvoering aan 'n kontrak te verleen. Die hof bevraagteken egter of hierdie inderdaad onderskeibaar is as twee afsonderlike kategorieë van bedinge. Derdens verwys die hof na insidentele bedinge wat van regsweë in kontrakte van 'n bepaalde aard ingelees word ongeag die bedoeling van die partye. Dan is daar laastens ook stilswyende bedinge wat die latente versweë bedoeling van die partye weerspieël en as sodanig in 'n kontrak ingelees kan word.

In *Canadian Pacific Hotels Ltd v Bank of Montreal* (77 NR 161) onderskei die hooggeregshof van Kanada tussen bedinge wat van regsweë ingelees word en insidenteel is tot alle kontrakte van 'n bepaalde kategorie. Daarteenoor kan bedinge ook ingelees word om 'n leemte in 'n kontrak aan te vul indien dit in die besigheidsin noodsaaklik is om uitvoering aan die kontrak te gee en die omstandertoets bevredig word. 'n Verdere onderskeid word deur die appèlhof van British Columbia gemaak in *Petro-Canada v Disco Oil & Gas Ltd* (96 BCLR (2d) 174) waar die hof aandui dat 'n stilswyende beding eerstens in 'n kontrak ingelees kan word indien dit noodsaaklik is in die besigheidsin om uitvoering aan die kontrak te gee en tweedens indien dit die duidelike maar versweë bedoeling van die partye weerspieël.

Die rol wat handelsgebruike in hierdie verband speel, is in *Georgia Construction Co v Pacific Great Eastern Railway* (36 CRC 23) deur die Kanadese hooggeregshof en in *Boyd v Cormier* (2006 NBCA 24) deur die appèlhof van New Brunswick oorweeg. In beide sake beslis die hof dat 'n handelsgebruik slegs as insidentele beding in 'n kontrak ingelees kan word indien die betrokke gebruik redelik en duidelik is en algemeen nageleef word in die bepaalde bedryf. Nietemin is die Kanadese hooggeregshof in *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v Hofer* (142 NR 241) bereid om 'n gevestigde gebruik wat deur die lede van 'n vereniging nagekom word, in die konstitusie van die betrokke vereniging in te lees. Dit is insiggewend, want die hof verwys hier nie na 'n gebruik wat algemeen in die geval van alle verenigings toepassing vind nie, maar na 'n gebruik wat uniek aan een bepaalde vereniging is en gevolglik nie aan die vereistes neergelê in die *Georgia Construction*- en *Boyd*-sake voldoen nie. Die hof in die *Lakeside*-saak verduidelik nie uitdruklik die gronde waarop dit nietemin die betrokke gebruik in die konstitusie inlees nie, maar dit wil voorkom of dit op die stilswyende instemming van die partye berus. Dit wil dus voorkom of die Kanadese hof onderskei tussen gebruike wat so algemeen aanvaar word dat dit regs krag verkry en as insidentele beding of *naturalium* van regsweë in 'n kontrak ingelees kan word, teenoor gebruike wat nie aan die vereistes voldoen om regs krag te verkry nie, maar aan die partye bekend was en in die kontrak ingelees kan word omdat die partye duidelik op grond van sodanige gebruike gekontrakteer het.

Die Texas hooggeregshof verduidelik in *Danciger Oil & Refining Co of Texas v Powell* (154 SW 2d 632) dat 'n versweë beding in 'n kontrak ingelees kan word mits dit noodsaaklik is om uitvoering aan die kontrak te verleen of die betrokke beding so duidelik uit die ander bedinge van die kontrak afgelei kan word dat dit duidelik die bedoeling van die partye was om op daardie grondslag te kontrakteer. 'n Versweë beding kan egter ook uit die feite afgelei en in 'n kontrak ingelees word indien dit nodig is om aan die ware bedoeling van die partye uitvoering te gee. In *Grimes v Walsh & Watts Inc* (649 SW 2d 724) vereenvoudig die Texas appèlhof vir die agtste distrik die posisie ietwat wanneer dit aandui dat 'n stilswyende beding in 'n kontrak ingelees kan word indien dit noodsaaklik is om uitvoering aan die kontrak te verleen of waar die betrokke beding duidelik deur die partye beoog is. 'n Soortgelyke benadering word gevolg in meeste van die ander Amerikaanse deelstate (sien *Percoff v Solomon* 67 So 2d 31(Alabama); *Walgreen Arizona Drug Co v Plaza Center Corp* 647 P 2d 643 (Arizona); *Kroger Co v Bonny Corp* 216 SE 2d 341 (Georgia); *Bobenal Investment Inc v Giant Super Markets Inc* 260 NW 2d 915 (Michigan); *Tuttle v WT Grant Co* 171 NYS 2d 954 (New York); *Mercury Investment Co v FW Woolworth Co* 706 P 2d 523 (Oklahoma)).

Een beginsel wat feitlik deurgaans in gemelde jurisdiksies benadruk word, is dat howe slegs 'n beperkte diskresie het om die bedinge van kontrakte by wyse van stilswyende- of insidente bedinge aan te vul. Howe kan nie bedinge in 'n kontrak inlees bloot omdat dit redelik of billik sou wees nie. Daarby is howe meesal huiwerig om te krap aan die inhoud van kontrakte wat die partye vermoedelik met sorg vasgestel het.

Die benadering in kontinentale regstelsels is ietwat anders. In Duitsland word daar na die inlees van versweë bedinge verwys as aanvullende kontraksuitleg (*ergänzende Vertragsauslegung*). Aanvullende kontraksuitleg word toegepas wanneer daar 'n leemte in 'n kontrak bestaan in die sin dat die partye hulself onbewustelik nie volledig ten opsigte van een of ander aspek uitgedruk het nie. 'n Hof kan dan op grond van goeie trou 'n beding in 'n kontrak inlees waarop redelike partye ooreen sou gekom het indien hulle daaraan gedink het, mits daar in die ander bedinge, asook die doel en strekking van die kontrak 'n aanknopingspunt vir die betrokke beding bestaan (*BGH Urt v 20.7.2005 - VIII ZR 397/03*). 'n Hof moet uit die ander bedinge van die kontrak en ander omstandighede waaruit die bedoeling van die partye vasgestel kan word, bepaal tot welke mate 'n leemte by wyse van aanvullende uitleg aangevul kan word. Maar 'n hof kan nie 'n kontrak by wyse van aanvullende uitleg wesenlik wysig of die duidelike bedoeling van die partye weerspreek nie (*BGH Urt v 13.12.2006 - VIII ZR 25/06*; *BGH Urt v 10.11.1999 - I ZR 183/ 97*). Aanvullende uitleg kan op enigeen van drie gronde berus, te wete “wirklicher Parteiwille” of die daadwerklike bedoeling van die partye (*BAG Urt v 22.4.2009 - 7 AZR 768/07*), “hypothetischen Parteiwillen” of die vermeende bedoeling van die partye (*BGH Urt v 20.7.2005 - VIII ZR 397/03*) en “vernünftige Regelung durch den Richter” of billike vasstelling deur die regter uit hoofde van toepaslike bepalinge in die onderskeie kodifikasies (*BGH Urt v 24.1.2008 - III ZR 79/07*) soos § 157 BGB wat uitvoering gee aan goeie trou.

Dit kom voor of die Duitse benadering strook met die Engelse benadering soos saamgevat deur Williams. Dit wil voorkom of aanvullende uitleg op grond van “wirklicher Parteiwille” in die Duitse kontraktereg ooreenstem met die Engelsregtelike inlees van bedinge wat die partye waarskynlik in gedagte gehad het maar nie uitgedruk het nie. Die omstandertoets van die Engelse reg skyn ooreen te stem met die “hypothetischen Parteiwillen” in die Duitse reg, terwyl “vernünftige

Regelung” oënskynlik dieselfde is as bedinge wat in die Engelse reg van regsweë in bepaalde soorte kontrakte ingelees word.

Hierdie oënskynlike ooreenstemming is egter slegs oppervlakkig aangesien die onderliggende kontraktereg in die Engelse- en Duitse reg in wesenlike aspekte verskil. In die Engelse tradisie word kontrakte langdradig en volledig opgestel en versweë bedinge word slegs by uitsondering ingelees. Die posisie is heel anders in kontinentale regstelsels waar kontrakte hoofsaaklik ooreenkomstig die betrokke burgerlike- of handelswetboeke opgestel word. Sodanige kontrakte is gewoonlik korter en eenvoudiger as kontrakte in die Anglo-Amerikaanse tradisie (Wessels en Van Wechem III *Contracteren in de Internationale Praktijk* (1997) 325). Daarbenewens speel die beginsels van goeie trou ’n belangrike rol in kontinentale regstelsels. Uit die aard van die saak is die inlees van versweë bedinge in kontrakte in die kontinentale tradisie dan ook van groter belang as wat die geval in die Anglo-Amerikaanse tradisie is.

Duitse howe geniet ’n groter mate van vryheid wanneer dit kom by die aanvullende uitleg van kontrakte en versweë bedinge kan ingevolge § 157 *BGB* ingelees word uit hoofde van billikheid en redelikheid.

Hierdie meer openlike benadering is nie beperk tot Duitsland nie. Schelhaas (“*De entire agreement clause* in het Europese contractenrecht” in Busch en Schelhaas *Vergelijkender Wijs: Opstellen Aangeboden aan Prof Mr Ewoud H Hondius* (2007) 288 296) verduidelik in hierdie verband “dat de scheidslijn tussen aanvulling en uitleg van contractuele bepalingen in Nederland dun is en vaak in elkaar overloopt”. Artikel 6:248.1 *BW* bepaal: “Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.”

Die verwysing na redelikheid en billikheid bring mee dat howe, in soverre dit die inlees van ongeskrewe bedinge aanbetref, ’n groot mate van beweegruimte geniet en selfs nie huiwer om in bepaalde gevalle in te gryp waar redelikheid en billikheid dit sou vereis nie.

## 7 Bespreking

Die Suid-Afrikaanse reg aangaande die aanvulling van kontrakte met stilswyende- en insidentele bedinge is gegrond op die Engelse reg (die *Scholtz-* en *Alfred McAlpine-*sake). Dit beteken dat die howe ook ’n meer beperkte diskresie het om versweë bedinge in ’n kontrak in te lees (die *Seven Eleven-*saak). Ons reg erken slegs bepaalde kategorieë van versweë bedinge en ’n hof kan slegs ’n bepaalde soort beding in ’n kontrak inlees indien daar aan die streng vereistes vir die betrokke soort beding voldoen word. Dit kan nie op grond van regverdigheid of billikheid of ter wille van geregtigheid gedoen word nie.

’n Ontleding van regspraak hier ter plaatse en elders waar die Engelse reg sy invloed uitoefen, toon duidelik dat daar benewens die uitdruklike bedinge van ’n kontrak ook drie kategorieë van versweë bedinge onderskei kan word.

Eerstens is daar insidentele bedinge of *naturalia* wat van regsweë in enige kontrak van ’n bepaalde aard ingelees word, tensy die partye anders ooreenkom. Hierdie bedinge is inderdaad niks meer nie as verpligtinge wat die reg een party op lê en word afgelei uit die gemenerereg, wetgewing, regspraak en handelsgebruike. In soverre die partye hulself nie uitspreek ten opsigte van hierdie soort bedinge nie, kan gesê word dat hulle nie berus op die ware of oënskynlike wilsooreenstemming



tussen die partye nie (*AA Farm Sales (Pty) Ltd (t/a AA Farms) v Kirkaldy* 1980 1 SA 13 (A) 17C) en geld dit ongeag die bedoeling van die partye.

Tweedens is daar eenparige stilswyende bedinge wat uit die gedrag van die partye afgelei word omtrent aangeleenthede waaroor hulle eensgesind was, maar nie mondeling of skriftelik in woorde uitgedruk het nie. Eenparige stilswyende bedinge is gegrond op die onuitgedrukte ware bedoeling van die partye soos afgelei uit die omringende omstandighede en ander toelaatbare getuienis (*Cardoso v Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd* 1981 3 SA 54 (W) 61G). Die toets om te bepaal of eenparige stilswyende bedinge in 'n kontrak ingelees kan word, is 'n subjektiewe feitevraag wat berus op die werklike wilsingesteldheid van die partye. In die *Tolgaz*-saak wys regter Jajbhay op 'n belangrike beginsel (46H). 'n Eenparige stilswyende beding kan ook uit hoofde van die vertrouenssteorie afgelei word uit die oënskynlike wilsooreenstemming tussen die partye waar een party 'n redelike indruk teenoor die ander gewek het dat hulle op 'n bepaalde grondslag kontrakkeer.

Derdens is daar toegerekende stilswyende bedinge wat berus op die toepassing van die omstandertoets. Hierdie bedinge raak aangeleenthede wat die partye glad nie beoog of voorsien het nie, maar indien hulle aandag daarop gevestig was ten tyde van kontraksluiting, sou hulle waarskynlik 'n bepaalde beding in hulle kontrak ingesluit het. Toegerekende stilswyende bedinge berus op die vermeende bedoeling wat die partye as redelike persone waarskynlik sou gevorm het indien hulle die betrokke aangeleentheid oorweeg het. Die toets is vandag steeds soos neergelê deur lord Scrutton in die *Reigate*-saak en toegepas in die *Alfred McAlpine*-saak (533B) en die *Seven Eleven*-saak (266a).

Toegerekende stilswyende bedinge berus gevolglik op 'n regsifiksie en die toets om te bepaal of 'n toegerekende stilswyende beding in 'n kontrak ingelees kan word, is objektief (die *Seven Eleven*-saak).

## 8 Slot

Nadat dit vir 'n tyd lank wou voorkom of ons howe die bestaan misken van eenparige stilswyende bedinge wat op die werklike of oënskynlike wilsooreenstemming tussen die partye berus (sien my kritiek op die *Seven Eleven*-saak in “The unexpressed terms of a contract” 2006 *Stell LR* 494), is die *Stalwo*- en *Tolgaz*-uitsprake verfrissend. Die howe herbevestig in hierdie twee uitsprake weereens die bestaan van 'n kategorie van versweë bedinge wat onontbeerlik vir die kontraktereg is. Die oorgrote meerderheid van kontrakte wat op 'n daaglikse basis gesluit word, berus inderdaad daarop dat die partye bloot deur gedrag stilswyend instem tot die essensiële bedinge wat dan as eenparige stilswyende bedinge tesame met die toepaslike insidentele bedinge die grondslag van hulle kontrak vorm – dink maar net aan al die koopkontrakte wat op 'n daaglikse basis in winkels gesluit word. Die partye kom dikwels ooreen op die koopsaak, die koopprys en die oorgaan van eiendomsreg sonder dat hulle een enkele woord in hierdie verband teenoor mekaar uitdruk. In ander gevalle mag die koopsaak en/of die koopprys uitdruklik bespreek word, maar die partye swyg oor die oorgaan van eiendomsreg, hoewel die partye eensgesind is dat eiendomsreg sal oorgaan op die uiteindelijke koper. Die versweë gemeenskaplike bedoeling van die partye word dan as eenparige stilswyende beding in die kontrak ingelees. Daarmee saam sal die waarborg teen verborge gebreke en die waarborg teen uitwinning van regsweë as insidentele bedinge in die kontrak ingelees word, tensy die partye anders ooreengekom het.

Dit is egter belangrik dat daar in gevalle soos hierdie 'n feitebevinding ten opsigte van die ware toedrag van sake gemaak word. Dit is nie nodig om op 'n regsifiksie

te steun en te vra “waarop sou die partye ooreengekom het” nie – die partye *het* inderdaad ooreengekom en daar moet uitvoering gegee word aan hulle werklike of oënskynlike eensgesindheid.

STEVE CORNELIUS  
*Universiteit van Pretoria*