

Vonnisbespreking: Beskrywing van geskenkte onroerende goed wat met 'n verband beswaar is: *Scholtz v Scholtz* 2012 1 SA 382 (WKK); *Scholtz v Scholtz* (209/2011) [2012] ZASCA 9

Johan Lötz en Chris Nagel

Johan Lötz en Chris Nagel: Fakulteit Regsgeleerdheid, Universiteit Pretoria

Opsomming

Hierdie vonnisbespreking handel oor die vraag of die feit dat onroerende goed wat geskenk word met 'n verband beswaar is, 'n wesentlike beding is wat in die skenkingskontrak vervat moet word ten einde aan die geldigheidsvereistes van artikel 5 van die Algemene Regswysigingswet 50 van 1956 en artikel 2(1) van die Wet op Vervreemding 68 van 1981 te voldoen. Na oorweging van die twee *Scholtz*-sake in die lig van relevante positiewe reg en wetgewing argumenteer die skrywers dat die bestaan van 'n verband en die wyse waarop na die skenking daarmee gehandel word nie noodwendig wesentlike bedinge van die skenking is nie. Of sodanige inligting ingesluit moet word, is 'n feite- en nie 'n regspraak nie en sal van die omstandighede van elke saak afhang. Dit sal dus verkeerd wees om die insluiting daarvan in alle skenkingskontrakte van onroerende goed te vereis.

Abstract

Description of donated immovable property encumbered by a mortgage bond

This case note deals with the question whether the fact that immovable property which has been donated is encumbered by a mortgage bond, is a material or essential term of the contract of donation which should be included in such a contract for it to be valid in terms of both section 5 of the General Law Amendment Act 50 of 1956 and section 2(1) of the Alienation of Land Act 68 of 1981. Having considered the judgments in the two *Scholtz* cases in view of the relevant positive law and legislation, the authors argue that the existence of a mortgage bond and the manner in which it should be dealt with after the donation are not necessarily material terms of the donation. Whether this information should be included is not a question of law but of fact and will depend on the circumstances of each case. To require the inclusion thereof in all contracts of donation of immovable property would therefore be wrong.

1. Inleiding en tersaaklike wetgewing

Die onderhawige beslissings het gehandel oor die geldigheid van 'n skenkingskontrak in die lig van die formaliteitsvereistes – in die besonder die omskrywing van die geskenkte saak – wat in twee wette gestel word, naamlik die Algemene Regswysigingswet 50 van 1956 en die Wet op Vervreemding van Grond 68 van 1981.

1.1 Algemene Regswysigingswet 50 van 1956

Artikel 5 van die Algemene Regswysigingswet bepaal dat geen skenking wat na 22 Junie 1956 aangegaan is, ongeldig is bloot op grond van die feit dat dit nie geregistreer of notarieel verly is nie, met dien verstande dat geen skenkingskontrak waaronder nog presteer moet word en wat na die inwerkingtreding van die Wet aangegaan word, geldig is nie, tensy die bepaling daarvan beliggaam is in 'n skriftelike dokument wat onderteken is deur die skenker of deur 'n persoon wat handel in die skriftelike opdrag van die skenker en sodanige skriftelike opdrag in die teenwoordigheid van twee getuies gegee is.

Die Wet is net op sogenaamde egte skenkings van toepassing, naamlik skenkings wat uit suiwer vrygewigheid en onbaatsugtige welwillendheid gemaak is.¹ Dit is 'n eensydige kontrak wat aangegaan word met die bedoeling om die skenker te verarm en die begunstigde te verryk; sodra die ontvanger 'n teenprestasie moet lewer, is dit nie 'n egte skenking nie.² Dit moet ook 'n skenking wees wat nog uitgevoer moet word.³ Die formaliteite in die Wet is ook net op skenkings *inter vivos* van toepassing en skenkings *mortis causa* moet aan die geldigheidsvereistes vir testamente voldoen.⁴

Literatuur oor die algemene regsraad en -gevolge van skenkings is betreklik min;⁵ en oor die geldigheidsvereiste in artikel 5, naamlik dat die *bepalings* van 'n skenking in 'n dokument vervat moet wees, ensovoorts, is daar nie 'n oorfloed gesag nie.⁶ Soos hier onder blyk, het die hoë hof in die saak onder bespreking swaar gesteun op *Savvides v Savvides* 1986 2 SA 325 (T).

1.2 Wet op Vervreemding van Grond 68 van 1981

Artikel 2(1) van die Wet op Vervreemding van Grond bepaal dat geen vervreemding van grond na die inwerkingtreding van hierdie artikel (19 Oktober 1982), behoudens die bepaling van artikel 28, van krag is nie tensy dit vervat is in 'n vervreemdingsakte wat deur die partye daarby of deur hulle agente, handelende op hulle skriftelike gesag, onderteken is. Vir doeleindes van die onderhawige bespreking is dit belangrik om in gedagte te hou dat “vervreem” ingevolge artikel 1 van die Wet ook die skenking van grond insluit. Behoudens enkele uitsonderings wat nie hier ter sake is nie, sluit grond ook enige belang in grond in.⁷

Artikel 2(1) vereis dat die *bepalings* van die vervreemding in die akte vervat moet word. Dit hou in dat al die essensiële bedinge van die ooreenkoms (*essentialia*), soos die koopsaak, die koopprys en die partye, op skrif en in voldoende besonderhede beskryf moet wees, sodat dit sonder ekstrinsieke getuienis uit hoofde van die dokument self geïdentifiseer en bepaal kan

word. Dieselfde geld alle ander wesentlike bedinge in die ooreenkoms.⁸ Die doel van artikel 2(1) is om (a) geskille oor die inhoud van die kontrak te voorkom, (b) onsekerhede oor die inhoud van die kontrak uit die weg te ruim⁹ en (c) wanpraktyke teen te werk.¹⁰ Die formaliteitsvereistes in artikel 5 van die Algemene Regswysigingswet 50 van 56 het waarskynlik dieselfde oogmerk.¹¹ Terwyl beslissings oor artikel 5 betreklik skaars is, wemel dit van die gerapporteerde beslissings van dispute gegrond op artikel 2(1).¹² In die beslissings onder bespreking het die hof, vreemd genoeg, egter na net een uitspraak verwys, naamlik *Stalwo* hier bo.

Teen hierdie agtergrond kan die beslissings onder bespreking geëvalueer word.

2. Feite en regspraak in *Scholtz*

Die partye het in November 2007, terwyl hulle nog getroud was, 'n skriftelike skenkingsooreenkoms aangegaan. Die tersaaklike gedeelte van die ooreenkoms (Aanhangsel A tot die stukke voor die hof)¹³ was soos volg:

1. Die skenker [verweerder] skenk aan die begiftigde [eiser] as 'n skenking inter vivos sy halwe aandeel in 'n sekere erf nr. 1809, Bakkershoogte, wat die skenker se eiendom kragtens Transportakte nr. T27151/2004 ("die eiendom") is.
2. Die skenker onderneem om onmiddellik al sodanige handeling te verrig as wat nodig mag wees om die eiendom aan die begiftigde oor te dra.
3. Die begiftigde sal die oordragkoste, met inbegrepe van hereregte, betaal.
4. Die begiftigde aanvaar die skenking met dank.

Die eiser doen aansoek om 'n bevel vir spesifieke nakoming ingevolge die ooreenkoms. Die verweerder opper die volgende verweer:

In ieder geval is die eiendom Erf 1809 Bakkershoogte gehou kragtens transportakte T2715/2004 verbind by wyse van 'n eerste verband ten gunste van Nedbank Beperk tot 'n bedrag van ongeveer R2 miljoen. Geen voorsiening word gemaak in aanhangsel A met betrekking tot Nedbank Beperk se regte en hoe dit geraak word nie en is aanhangsel A om hierdie rede ook onafdwingbaar.

Die regspraak waaroor die hoë hof (en die hoogste hof van appèl) gevolglik kragtens reël 33(4) van die Eenvormige Hofreëls uitsluit moes gee, was of onroerende eiendom wat met 'n verband beswaar is, geldiglik aan 'n ander persoon geskenk kan word terwyl daar in die skenkingsakte geen melding van die verband gemaak word nie. Dit behoeft geen betoog nie dat hierdie vraag beantwoord moes word in die lig van die vereiste in artikel 5 van Wet 50 van 56 dat "die bepaling" van die skenking in die skenkingskontrak vervat moet word.¹⁴

3. Uitspraak en redes van die hof benede in *Scholtz*

Regter Le Grange steun in sy uitspraak in *Scholtz* swaar op *Savvides*, waar 'n soortgelyke regspraak ter sprake was, naamlik of 'n eiendom wat aan die beperkte saaklike reg van 'n verbandhouer onderhewig was, geskenk kan word sonder dat die skenkingsakte enige verwysing na die beswaring bevat. Die skenker sou bloot haar eiendom soos in die akte van transport omskryf, aan haar kinders skenk, maar in die prokurasie wat in die saak ter sprake was, het sy geen aanduiding gegee dat die eiendom beswaar was nie en dus die indruk gewek dat sy ongekwalfiseerde of onbelemmerde eiendomsreg van die saak aan haar kinders wou oordra. In sy uitspraak in *Savvides* verwys waarnemende regter Myburgh na die sinsnede “tensy die bepalings daarvan beliggaam is in 'n skriftelike dokument” in artikel 5 van die Algemene Regswysigingswet 50 van 56 en verklaar:¹⁵ “In my view merely to say she donated the property presupposes that she was the absolute owner thereof which she was not.” Met verwysing na die volgende stelling in 'n vorige uitgawe van Owens se bydrae in *The Law of South Africa*,¹⁶ naamlik dat “[n]ot only ownership but also limited real rights in property, such as a mortgage bond or the ownership of land subject to a usufruct may be donated”,¹⁷ beslis die regter dat 'n skenker 'n omskrewre beperkte saaklike reg oor 'n eiendom kan skenk mits die skenker die absolute eienaar van die beperkte saaklike reg is wat hy of sy wil skenk.¹⁸ Die regter meld voorts dat in daardie saak daar geen poging aangewend is om die omvang van die skenker se eiendomsreg in die skenking te omskryf nie. Daar moet in gedagte gehou word dat sy nie die absolute eienaar ('n begrip ontleen aan Owens hier bo) van die eiendom was nie en dat die geheel van haar eiendomsreg (“the whole of her ownership”) onderhewig was aan die saaklike reg van die verbandhouer. Volgens die regter is die bepalings van die skenking om daardie rede nie ooreenkomstig artikel 5 op skrif gestel nie, wat dan ook die einde van die moontlike regsgeldigheid van die “gepoogde” skenking beteken het.¹⁹

In *Scholtz* voer die begiftigde (eiser) se advokaat aan dat die bovermelde uitspraak in *Savvides* bloot in die verbygaan (*obiter*) gemaak is, aangesien dit glad nie met die basiese beginsels van 'n skenking gehandel het nie en dus nie gevolg moet word nie. Hy argumenteer voorts dat die bepalings van artikel 5 van die Algemene Regswysigingswet nooit meer beswarend as dié van artikel 2(1) van die Wet op Vervreemding van Grond kan wees nie en op 'n soortgelyke wyse uitgelê moet word. In appèl is daar egter 'n stokkie voor dié argument gestee, aangesien daar bevind is dat waar grond geskenk word, beide wette van toepassing is, maar omdat die Regswysigingswet strenger vereistes daarstel deurdat die skenker se handtekening deur twee getuies geattesteer moet word, dit voorrang geniet by skenkingskontrakte, soos in hierdie geval.²⁰ Die laaste been van sy betoog was dat die versuim om die beperkte saaklike reg van die verbandhouer te vermeld, nie nietigheid van die skenking tot gevolg kan hê nie, aangesien dit nie eers 'n vereiste vir die vervreemding van grond is nie.²¹ Soos te verwagte, het die skenker (verweerder) se advokaat hom geheel en al met die bevindings in *Savvides* vereenselwig, naamlik dat die skenking weens die gewraakte versuim nietig was.²²

Regter Le Grange meen dat die eiser se argument dat artikel 2(1) van die Wet op Vervreemding van Grond ook op skenkings van toepassing is, *nie sonder meriete* is nie.²³ (’n Mens sou dit eintlik as vanselfsprekend aanvaar in die lig van die tersaaklike bepalings wat hier bo in paragraaf 1.2 weergegee is en wat die regter woordeliks aanhaal,²⁴ soos die geval was in byvoorbeeld *Janse van Rensburg v Koekemoer* waarna hier bo verwys word en waarin sonder omhaal aanvaar is dat artikel 2(1) aldus van toepassing is.) Die regter beskou die volgende aanhaling uit *Stalwo* 658 oor die doel van artikel 2(1) as insiggewend (“instructive”).²⁵

Section 2(1), whose objective is to achieve certainty in transactions involving the sale of fixed property regarding the terms agreed upon and limit disputes, requires an agreement for the sale of land to be in writing and signed by the parties. That means that the essential terms of the agreement, namely the parties, the price and subject matter, must be in writing and defined with sufficient precision to enable them to be identified. And so must the other material terms of the agreement.

Gevolglik beslis die regter dat dieselfde oorwegings ook die bepalings van artikel 5 van die Algemene Regswysigingswet moet onderlê, naamlik om sekerheid (“certainty”) in transaksies te verseker.²⁶ Regter Le Grange voer aan²⁷ dat in die konteks van skenkings wat nog uitgevoer moet word, die woorde “die bepalings” beteken dat ten minste na al die wesenlike bedinge verwys (“refer”) moet word, naamlik die voorwerp (“subject matter”) van die skenking wat met voldoende duidelikheid omskryf moet word, dat een party eiendom aan ’n ander oordra en dat een party geen teenprestasie sal lewer nie of, indien dit wel nodig is, ’n teenprestasie moet lewer wat van geringe waarde is.

Die nievermelding van die verband oor die skenking is vir regter Le Grange belangrik, want dit verdoesel die ware toedrag van sake: “On the face of the contract, the Defendant appears to be the owner of an unencumbered portion of the property, which is not the case.” Soos in *Savvides* is die feit dat beperkte saaklike regte ook geskenk kan word, klaarblyklik die deurslaggewende rede vir die regter se beslissing, met verwysing na *Stalwo* 658, dat daar nie aan die statutêre voorskrif in artikel 5 voldoen is nie.²⁸

Since limited real rights in property such as a mortgage bond or the ownership of land subject to a usufruct may be donated, the need to define the real extent of one’s ownership in property becomes imperative. The failure to do so will definitely fall short of the requirements as stipulated in section 5(1) of the General Law Amendment Act, Act 50 of 1956.

Die regter²⁹ herhaal dat die verweerder sy eiendomsreg as dié van ’n absolute eienaar beskryf nieteenstaande die feit dat die hele eiendom met ’n verband ten gunste van Nedbank beswaar was. Gevolglik is dit volgens die regter onseker of die verweerder bedoel het om ’n onbeswaarde eiendom te skenk en of dit die bedoeling was dat sy verpligtinge ingevolge die verband deur die eiser oorgeneem sou word. ’n Belangrike opmerking van die regter oor die oordrag van onroerende eiendom wat vir doeleindes van hierdie bespreking belangrik is, lui:³⁰

The rights of bondholders, in my view, must be an important consideration where a donation of an encumbered property is concerned as no transfer of immovable property can be registered unless the bond over the property is cancelled or the transferee is substituted for the transferor as debtor in respect of the bond. In this regard see section 56(1) and 57(1) of the Deeds of Registries Act, 47 of 1937.

Ondanks versoë deur die eiser oor die moontlike aflossing van die verband en die betaling van oordragkoste deur die eiser of die verweerder na gelang die geval, hou regter Le Grange voet by stuk en beslis soos volg:³¹

In terms of the law, the terms of the donation must be stipulated in the deed. In this instance it was not done and only demonstrates that the terms of the donation are vague, uncertain and not defined properly and with sufficient clarity ... The failure of the Defendant to define the full extent of his ownership of the property, which was subject to the real right of the bondholder, clearly fall [*sic*] short of what is required by law ... The reasoning in the *Savvides* case is therefore sound. By reason of the foregoing, “the terms of the donation” were not reduced in writing as required by law ... It follows that the parties failed to comply with section 5(1) of the General Law Amendment Act 50 of 1956, therefore rendering the contract of donation void.

Die klaarblyklike resultaat van die uitsprake in *Savvides* en *Scholtz* is dat waar onroerende eiendom geskenk word – hetsy dit ingevolge die Regswysigingswet of die Wet op Vervreemding van Grond geskied – ’n besondere vereiste vir die geldigheid van die skenkings- of vervreemdingsakte gestel en in ons reg ingevoer word, naamlik dat die bestaan en omvang van ’n beperkte saaklike reg oor die eiendom, soos ’n verbandreg of vruggebruik, ten gunste van ’n ander party ten volle in die akte openbaar moet word.

Die korrektheid van die invoer van sodanige vereiste word hier onder beoordeel.

4. Uitspraak en redes van die hoogste hof van appèl in *Scholtz*

In appèl deur die begiftigde (appellant/eiser) het die skenker (respondent/verweerder) steeds vasgeklou aan sy verweer dat die lot van die bestaande verband oor die geskenkte eiendom ’n wesenlike beding is. Aangesien die skenkingsakte swyg oor hoe met die verband gehandel moet word, so is ook in appèl geargumenteer, was al die bedinge nie skriftelik daarin vervat nie. Gevolglik was die skenking weens hierdie late nietig.

Die eerste punt in appèl was of artikel 5 van die Regswysigingswet of artikel 2(1) van die Wet op Vervreemding van Grond die deurslag in die onderhawige saak moet gee. Appèlregter Brand beslis dat waar grond geskenk word, beide wette van toepassing is, maar omdat die Regswysigingswet strenger vereistes daarstel deurdat die skenker se handtekening deur twee getuies geattesteer moet word, dit voorrang geniet by skenkingskontrakte.³²

Die verhoorhof se bevinding dat die nie-uitdruklike vermelding in die skenkingsakte van hoe met die verband gehandel moet word, noodwendig veroorsaak het dat die skenking nietig is,

word egter in appèl verwerp. Die rede hiervoor is dat die verhoorhof dit uit die oog verloor het dat die ontbrekende beding (“missing term”) rakende die verband aangevul kon word deur ’n behoorlike uitleg van die uitdruklike bedinge van die ooreenkoms, alternatief, deur dit as ’n stilswyende beding te beskou.³³ Eersgenoemde moontlikheid word onderskryf deur die algemene reël by die uitleg van kontrakte dat in geval van dubbelsinnigheid, die uitleg van ’n kontrak nie beperk is tot die bewoording van die dokument nie, maar dat dit binne die konteks of die feitelike omringende omstandighede en agtergrond daarvan uitgelê moet word.³⁴

Wat die stilswyende beding-moontlikheid betref, wys appèlregter Brand daarop dat die grondslag hiervan nie binne die bestek van die uitleg van uitdruklike bedinge val nie en ook nie op uitdruklike wilsooreenstemming berus nie, maar dat dit spruit uit die gemeenskaplike bedoeling van die partye soos deur die hof afgelei uit die uitdruklike bedinge van die kontrak en die omringende omstandighede van die geval.³⁵ Met betrekking tot ’n stilswyende beding in die konteks van statutêre formaliteitsvoorskrifte steun die hoogste hof van appèl op *Wilkins NO v Voges*,³⁶ waar beslis is dat indien ’n stilswyende beding ingelees word in ’n kontak wat aan statutêre formaliteitsvoorskrifte moet voldoen, dit nie afbreuk doen aan sodanige statutêre formaliteitsvoorskrifte nie, en vervolg:

A tacit term in a written contract, be it actual or imputed, can be the corollary of the express terms – reading, as it were, between the lines – or it can be the product of the express terms read in conjunction with evidence of admissible surrounding circumstances. Either way, a tacit term once found to exist, is simply read or blended into the contract as such: as such it is “contained” in the written deed. Not being an adjunct tool but an integrated part of the contract, a tacit term does not, in my opinion, fall foul of ... the Act [the predecessor of section 2(1) of the Alienation of Land Act].

Volgens appèlregter Brand kan daar nie uit die pleitstukke vasgestel word of daar inderdaad ’n dispuut bestaan het oor die wyse waarop met die verband gehandel moes word nie. Met ander woorde, daar is ’n Babelse verwarring oor die vraag of die verband gekanselleer of gesubstitueer moet word.³⁷ Die hoogste hof van appèl bevind dat indien hierdie verwarring opgeklaar is, die ontbrekende bepaling deur kontraksuitleg of deur die invoeging van ’n stilswyende beding aangevul kan word.³⁸ Met verwysing na *Neethling v Klopper*,³⁹ waar bevind is dat statutêre formaliteitsvoorskrifte nooit daarin kan slaag om alle dispute uit die weg te ruim nie, kom appèlregter Brand tot die volgende slotsom:⁴⁰

It therefore stands to reason that a subsequent dispute about the terms of the contract, in itself, cannot render the agreement void *ab initio*. The court will simply have to determine the dispute. Once the facts of this case have been determined on the pleadings or by the court it may emerge that the donation is indeed invalid because the deed omitted to record a material term.

Gevolgtlik word bevind dat die respondent nie ’n geldige verweer geopenbaar het nie en slaag die appèl.⁴¹

5. Bespreking

5.1 Die ondersteunende gesag en redenasie in *Savvides*

Indien 'n mens die oorspronklike bron waarna die regter verwys, naamlik Owens,⁴² nagaan, verskyn die deurslaggewende stelling, “Not only ownership but also limited real rights in property, such as a mortgage bond or the ownership of land subject to a usufruct may be donated”, onder die opskrif “What may be donated” (soos die regter in *Savvides* wel aandui). Owens het geen voetnoot bygevoeg waarin enige gesag vir die stelling vermeld word nie, straks omdat dit vanselfsprekend is dat sodanige skenking gemaak kan word. Die stelling het egter niks te doen met formaliteite vir die geldigheid van 'n skenking wat in die volgende paragraaf van gemelde werk bespreek word nie. Dit is derhalwe moeilik om te verstaan hoe die regter in *Savvides* bostaande stelling kon inspan as motivering vir sy beslissing dat die skenking weens die nievermelding van die verband nie aan die formaliteitsvereistes voldoen het nie: “The last sentence [die aangehaalde stelling hier bo] is authority for my saying that she could have donated her unrestricted right of a portion of the ownership of the property *but not as it was done in the present case.*”⁴³ Tog is hierdie redenasie in die verhoorhof in *Scholtz*⁴⁴ as “sound” aanvaar en verklaar dat die bedinge van die skenking nie op skrif gestel is nie “as required by law”. “What law?” is die vraag wat onwillekeurig na vore kom. Ons stem gevolglik saam met die eiser se advokaat se betoog in *Scholtz* dat die bovermelde uitsprake in *Savvides* bloot in die verbygaan (*obiter*) gemaak is, aangesien dit glad nie met die basiese beginsels van 'n skenking gehandel het nie en dus nie gevolg moet word nie. In appèl is daar ook nie 'n groot ophef van *Savvides* gemaak nie en appèlregter Brand het terloops in die verbygaan opgemerk:⁴⁵ “[T]he facts in *Savvides* were not entirely on all fours with the facts of this case. Yet I believe they were similar enough to render the two cases indistinguishable on their facts.” Soos hier bo bespreek, het die hoogste hof van appèl geheel en al 'n ander benadering as die verhoorhof gevolg om tot die gevolgtrekking te kom dat die skenker (verweerder/respondent) nie 'n geldige verweer geopenbaar het deur aan te voer dat die skenkingsakte nie aan die formaliteitsvoorskrifte van artikel 5 van die Regswysigingswet of artikel 2(1) van die Wet op Vervreemding van Grond voldoen het nie.

Verder is Owens se voorbeelde van 'n skenking van beperkte saaklike regte, synde 'n verband en onroerende goed onderhewig aan 'n vruggebruik, onvanpas, aangesien verbande in die praktyk nie normaalweg “geskenk” word nie, maar vir doeleindes van sekerheidsessie “gesedeer” word,⁴⁶ en 'n vruggebruik in elk geval weens die persoonlike aard daarvan deur regswerking nie saam met die blooteiendom waaroor dit strek, of afsonderlik, vir skenking vatbaar is nie.⁴⁷ 'n Vruggebruik kan net deur 'n voorbehoud of notariële sessie geskep en ongedaan gemaak word.⁴⁸ Gevolglik staan dit die blooteienaar vry om na hartelus met sy of haar beperkte saaklike reg (blooteiendom) te handel en is 'n bestaande vruggebruik oor sodanige (bloot)eiendom in die konteks van 'n skenking irrelevant. Owens se skenking-scenario hier bo is dus nie veel werd nie.

5.2 Regspraak oor artikel 2(1) van die Wet op Vervreemding van Grond en voorgangers daarvan

Hier bo is aangetoon dat die omskrywing van “vervreem” in hierdie Wet ook skenkings insluit, en regspraak oor hierdie artikel rakende die omskrywing van die koopsaak is dus ook vir skenkings relevant. Die volgende algemene riglyne oor die omskrywing van ’n koopsaak kan aan die hand van *Clements v Simpson*⁴⁹ vasgestel word: ’n Absoluut akkurate beskrywing van die saak is nie ’n vereiste nie, en solank die saak tot sekerheid herlei kan word, is dit vanself seker (’n vry vertaling die beginsel van *certum est quod certum reddi potest*). In hierdie verband merk hoofregter Watermeyer in *Van Wyk v Rottcher’s Saw Mills (Pty) Ltd*⁵⁰ oor ’n voorganger van die huidige artikel 2(1) op:

Clearly, if sec. 30 be construed so as to require a written contract of sale to contain, under pain of nullity, a faultless description of the property sold couched in meticulously accurate terms, then such a construction would merely be an encouragement to a dishonest purchaser to escape from his bargain on a technical defect in the description of the property, even in cases where there was no dispute at all between the parties. Such construction would be an encouragement to dishonesty and cause loss of revenue to the State, and it should be avoided if possible.

In *Headermans (Vryburg) (Pty) Ltd v Ping Bai*⁵¹ is die volgende aanhaling uit die *Van Wyk*-saak dan ook as die korrekte benadering (“true approach”) beskryf:

There must, of course, be set out in the written contract the essential elements of the contract. One of such essential elements is a description of the property sold and, provided it is described in such a way that it can be identified by applying the ordinary rules for the construction of contracts and admitting such evidence to interpret the contract as is admissible under the parol evidence rule ... the provisions of the law are satisfied.

Voorgaande beteken nie dat die hof ’n kontrak vir die partye sal opstel indien hul bedoeling nie met ’n redelike mate van sekerheid vasgestel kan word nie, maar soos regter Colman in *Burroughs Machines Ltd v Chenile Corporation of SA (Pty) Ltd*⁵² aandui:

inelegance, clumsy draftsmanship or loose use of language in a commercial document purporting to be a contract, will not impair its validity as long as one can find therein, with reasonable certainty, the terms necessary to constitute a valid contract.

Volgens die *Clements*-saak is die toets of die eiendom slegs uit hoofde van die koopkontrak self behoorlik geïdentifiseer kan word sonder dat ekstrinsieke getuienis aangevoer moet word oor die partye se onderhandelinge of wilsooreenstemming.

Dit is opvallend dat daar nie in een van bogemelde beslissings melding gemaak word van die bestaan van beswarings op die koopsaak, soos ’n verband, wat openbaar moet word nie. Voorts het die beslissing van die hoogste hof van appèl waarop in *Scholtz* gesteun is as gesag vir die doelstellings van die Wet op Vervreemding van Grond, naamlik *Stalwo*, eintlik niks te doen gehad met die regsvraag ter sprake nie en bloot bevestig wat teen hierdie tyd algemeen oor die doel van artikel 2(1) bekend is. *Stalwo* het naamlik gehandel oor opskortende voorwaardes, onderverdeling van landbougrond en die betaling van eiendomsagentekommissee. Meer nog, juis oor die vraag wat as essensiële of wesenlike

bedinge van 'n koopkontrak beskou moet word, het die hof in *Stalwo*⁵³ opgemerk dat “[w]hat precisely is meant in this context by ‘material term’ need not be decided”. Dit is dus geen gesag vir die uiteindelijke beslissing dat die bestaan van 'n verband oor die betrokke eiendom in 'n skenkings- of vervreemdingsakte geopenbaar moet word nie.

In appèl is *Stalwo* egter nie aan die groot klok gehang nie en net in 'n beperkte mate ingespan as gesag dat die *essentialia* en wesenlike bedinge by die vervreemding van grond op skrif gestel moet word,⁵⁴ en dat die moontlikheid bestaan dat 'n wesenlike beding as 'n stilswyende beding in 'n vervreemdingsakte van grond ingelees mag word sonder dat die wetgewer se bedoeling rakende formaliteitsvoorskrifte noodwendig daardeur verydel sal word.⁵⁵

In *Janse van Rensburg v Koekemoer*⁵⁶ is beslis dat die skenking van 'n bewoningsreg 'n “belang in grond” is, soos omskryf in artikel 1 van die Wet op Vervreemding van Grond, en dat die skenkingsakte daarvan aan die vereistes van artikel 2(1) van die Wet op Vervreemding van Grond en artikel 5 van die Algemene Regswysigingswet moet voldoen. In *Koekemoer* was die reg op bewoning mondelings geskenk en derhalwe nietig.

5.3 Hoofstuk 2 van die Wet op Vervreemding van Grond

Terwyl artikel 2(1) in hoofstuk 1 van die Wet vervat is en dus op alle vervreemdings van grond van toepassing is,⁵⁷ is hoofstuk 2 van die Wet volgens die opskrif daarvan net op die verkoop van grond op afbetaling van toepassing. Hierbenewens bepaal die woordomskrywing van “grond” in artikel 1 dat “grond” in artikel 3(2) en hoofstuk 2 beteken grond wat hoofsaaklik vir woondoeleindes gebruik word of wat bestem is om hoofsaaklik aldus gebruik te word.⁵⁸ Hierbenewens bevat artikel 1 'n woordomskrywing van 'n “kontrak” waarvolgens dit (a) 'n vervreemdingsakte is waarkragtens grond verkoop word teen 'n betaling deur die koper aan die verkoper van 'n bedrag geld in meer as twee paaiemente oor 'n tydperk van meer as een jaar; en (b) ook enige ooreenkoms of ooreenkomste wat tesame dieselfde strekking het, watter vorm die ooreenkoms of ooreenkomste ook al mag aanneem.

Van besondere belang is artikel 6 in hoofstuk 2 wat sekere inligting voorskryf wat in sodanige kontrak vervat moet word, onder andere:

'n Kontrak moet bevat ... indien die grond met 'n verband beswaar is, die naam en adres van die persoon of sy verteenwoordiger, of in die geval van 'n deelnemingsverband, die naam en adres van die benoemde maatskappy, of sy verteenwoordiger, ten gunste van wie die verband oor die grond ten tyde van die sluiting van die kontrak geregistreer is.⁵⁹

Artikel 7 bevat uitgebreide bepalinge oor sertifikate wat die verkoper aan die koper moet verskaf onder die opskrif “Verkoop van grond wat met verband beswaar is”, wat nie hier herhaal word nie.

Die punt is eenvoudig dat die wetgewer dit uitdruklik uitgestippel het dat die gegewens oor die bestaan van die verband en alles wat daarmee saamgaan, net in die kontrak vervat moet

word by die verkoop van grond vir residensiële doeleindes soos hier bo uiteengesit. In die lig hiervan moet die eiser se advokaat in *Scholtz* gelyk gegee word met sy argument dat so 'n vereiste nie in die geval van 'n skenking gestel kan word terwyl dit nie eers in alle gevalle by die verkoop van grond gestel word nie. Ongelukkig blyk dit nie uit die hofverslag of bogenoemde inligting in die stukke voor die hof gedien het nie.

5.4 Wat is 'n wesenlike beding?

Hier bo is vermeld dat ten einde aan die bepalings van die Algemene Regswysigingswet en die Wet op Vervreemding van Grond te voldoen, vereis word dat die *essentialia* en wesenlike bedinge in die skriftelike ooreenkoms vervat moet word. Anders as die *essentialia* wat met gemak deur regsekerheid identifiseerbaar is, is die bepaling van 'n wesenlike beding in elke besondere geval 'n perd van 'n ander kleur. Verder is gesag oor wat 'n wesenlike beding is, so skaars soos hoendertande. Wulfson⁶⁰ beskou 'n wesenlike beding as 'n beding "which the parties regard as important enough to insert in their contract". Ons meen hierdie toets is te vaag en subjektief. Van Rensburg en Treisman⁶¹ werp ook nie veel lig op die vraag nie en meld bloot dat "[t]he essential terms of the contract, together with all the additional terms incorporated into the contract by agreement, constitute its material terms". Anders gestel, volgens hierdie skrywers is 'n niewesenlike beding dus 'n bepaling wat bloot vir inligtingsdoeleindes in 'n kontrak ingesluit word en nie bedoel is om die partye kontraktueel te verbind nie. In *Johnson v Leal*⁶² is byvoorbeeld beslis dat dit moeilik is om presies te omskryf wat 'n wesenlike beding is. Ongelukkig het die hoogste hof van appèl, soos in die geval van *Stalwo* vir doeleindes van daardie saak, dit onnodig geag om daarvoor te beslis.

Ten einde te bepaal of 'n beding wesenlik is, is die volgende toets in *Jones v Wykland Properties*⁶³ voorgestel: Het die kontrakspartye hulle inderdaad van die beding vergewis en het die kontrakspartye uitdruklik of stilswyend ooreengekom dat die beding deel van die kontrak moet wees, en dat hulle daaraan gebonde sal wees? Indien die antwoord op al hierdie vrae bevestigend is, is die beding wesenlik. Hierdie toets is effektief en prakties toepaslik. In *Jones* het die vraag juis gehandel oor die wesenlikheid al dan nie van 'n okkupasie- en risikodatum by die verkoop van grond. Hier het die partye 'n standaard gedrukte koop-ooreenkoms gebruik en die blanko spasie wat die okkupasie- en risikodatum aandui, voltooi as "as agreed". Die hof bevind dat die okkupasie- en risikodatum inderdaad wesenlik is en dat die partye nie regtens op 'n datum ooreengekom het nie. Derhalwe is die koop-ooreenkoms nietig, aangesien daar nie aan die formaliteitsvoorskrifte van artikel 2(1) van die Wet op Vervreemding van Grond voldoen is nie.⁶⁴

In *Smit v Walles*⁶⁵ was die probleem ook die voltooiing van 'n okkupasiedatum. Aangesien die koper, as huurder, reeds die eiendom voor sluiting van die koopkontrak geokkupeer het, is aangevoer dat die okkupasiedatum om dié rede nie wesenlik is nie en dat die onbehoorlike voltooiing daarvan in die koop-ooreenkoms nie strydig met die bepalings van 2(1) van die Wet op Vervreemding van Grond is nie. Die hof gaan akkoord met die argument en beslis dat die okkupasiedatum in hierdie geval nie wesenlik is nie en dat getuienis aangevoer mag word om die onduidelikheid op te klaar.⁶⁶

Uit bostaande is dit duidelik dat die toets om te bepaal of 'n beding weselik is of nie, 'n feite- en nie 'n regspraak is nie. Omdat al die feite, soos deur die hoogste hof van appèl bevestig, nie voor die verhoorhof in *Scholtz* was nie, kon daar logieserwys nie *getoets* word of die afhandeling van die verband kragtens die bepalinge van artikels 56(1) (wat vereis dat 'n bestaande verband eers gekanselleer moet word alvorens die betrokke eiendom getransporeer mag word) of 57(1) (wat vereis dat indien die betrokke verband nie gekanselleer word met die oordrag van die eiendom nie, die nuwe eienaar die verpligtinge van die verbandgewer moet oorneem) van die Registrasie van Aktes Wet weselik is of nie.

5.5 Was die vermelding van die verband in *Scholtz* 'n weselike beding?

Alhoewel dit nie uit die stukke voor die hof blyk nie, was en is die verband steeds in beide die skenker (verweerder/respondent) en begiftigde (eiser/appellant) se name, as gelyke mede-eienaars van die eiendom (onder verwysing B93144/2004), geregistreer. Ons het hierdie inligting deur middel van "Search Works", 'n program wat landwyd elektronies met die Aktekantore se databasisse gekoppel is, bekom en geverifieer.

Derhalwe is dit onvermydelik dat die begiftigde (eiser/appellant) inderdaad bewus moes gewees het van die feit dat die geskenkte eiendom met 'n verband beswaar was en steeds is. Voorts is die moontlikheid ook nie uitgesluit nie dat die leerstuk van toegerekende kennis, ten spyte van die beslissing in *Frye's (Pty) v Ries*,⁶⁷ in hierdie geval toegepas kan word, omdat sowel die begiftigde as die skenker 'n party tot die akteregistrasiehandeling was. In *Frye's* is beslis dat die leerstuk van toegerekende kennis nie werking mag vind op die (openbare) inligting wat op die Aktekantore se databasis aan die algemene publiek beskikbaar is nie.

Aangesien die begiftigde (eiser) bewus was, of moes gewees het, van die bestaan van die verband, is hierdie gegewe deurslaggewend, en dit het die vermelding van die verband in die skenkingsakte tot 'n nieweselike beding gereduseer.⁶⁸ Alternatief, soos aangeroen deur die hoogste hof van appèl, moes die verhoorhof hierdie feitelike omringende omstandighede en agtergrond in ag geneem het by die uitleg van die skenkingsakte.

In die onderhawige geval, soos wat die algemene handelsgebruik by meerdere verbandgewers betaam, was en is die begiftigde (eiser/appellant) en skenker (verweerder/respondent) afsonderlik en gesamentlik kragtens die bepalinge van die verbandakte aanspreeklik. Derhalwe was die tafel reeds vir die partye gedek oor die wyse waarop daar met die verband kragtens die bepalinge van artikels 56(1) (kansellering) of 57(1) (substitusie) van die Registrasie van Aktes Wet gehandel moet word, en was 'n (verdere) ooreenkoms om die aspek tussen die begiftigde en skenker uit te klaar, onnodig. Weer eens is dit 'n feitelike omringende omstandigheid en agtergrond wat die verhoorhof in ag moes geneem het.

6. Gevolgtrekking

Op grond van bostaande is ons oortuig dat die verhoorhof gefouteer het deur te vereis dat daar, as *algemene reël*, met 'n verband in 'n vervreemdings- of skenkingsakte gehandel moet word om sodoende óf aan die *essentialia* óf wesenlikheidsvereiste vir doeleindes van die voorskrifte van artikel 2(1) van die Wet op Vervreemding van Grond of artikel 5 van die Algemene Regswysigingswet te voldoen. Indien die verhoorhof se bevinding rakende verbande konsekwent in die praktyk toegepas word, is daar bitter min vervreemdingsaktes wat hierdie toets sal deurstaan. Gevolglik moet die hoogste hof van appèl se benadering en bevinding in die onderhawige saak onderskryf word.

Afhangende van die omstandighede van elke betrokke geval kan die situasie natuurlik ontstaan dat daar in 'n besondere geval inderdaad met die verband in die vervreemdingsakte gehandel moet word ten einde aan die bepalings van voormelde wetgewing te voldoen. Of dit nodig is of nie, is 'n feite- en nie 'n regspraak nie wat gekoppel is aan die wesenlikheid van die beding en die uitleg van die vervreemdingsakte.

Bibliografie

Joubert, W.A. (red.) 1979. *The law of South Africa* Vol. 8. Durban: LexisNexis.

—. 2005. *The law of South Africa* Vol. 8(1). Durban: LexisNexis.

—. 2010. *The law of South Africa* Vol. 24. Durban: LexisNexis.

Kerr, A.J. en G. Glover. 2010. Sale. In Joubert (red.) 2010.

Nel, H.S. 1991. *Jones Conveyancing in South Africa*. 4de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Owens, P.R. 1979. Donations. In Joubert (red.) 1979.

—. 2005. Donations. In Joubert (red.) 2005. (Bygewerk deur B. Wunsch (heruitgawe), 2de uitgawe deur H. Daniels).

Scott, S. 1991. *The law of cession*. 2de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Van der Merwe, C.G en M.J. de Waal. 2010. Servitudes. In Joubert (red.) 2010.

Van Rensburg, A.D.J. en S.H. Treisman. 1984. *The practitioner's guide to The Alienation of Land Act*. Durban: Butterworths.

Wulfson, P.M. 1980. *Formalities in respect of Contracts of Sale of Land Act (71 of 1969)*. Durban: Butterworths.

Eindnotas

¹ Sien bv. *De Jager v Grunder* 1964 1 SA 446 (A) 465E en die gesag aldaar.

² Sien bv. *The Master v Thompson's Estate* [1961] 2 All SA 174 (FC); *Ovenstone v Secretary for Inland Revenue* [1980] 2 All SA 25 (A) 37; *Commissioner, South African Revenue Services v Woulidge* 2002 1 SA 68 (HHA) en die gesag na verwys.

³ 'n Sg. "executory donation" waarna in die Engelse teks van art. 5 verwys word; sien bv. ook *Albert v Pearse and the Master* 1973 1 SA 827 (N); *Nezar v Die Meester* 1982 2 SA 430 (T); *Savvides v Savvides* 1986 2 SA 325 (T); *Jordaan v De Villiers* 1991 4 SA 396 (K); *Stander v Commissioner for Inland Revenue* 1997 3 SA 617 (K); *Commissioner, South African Revenue Services v Marx* 2006 4 SA 195 (K); *Janse van Rensburg v Koekemoer* 2011 1 SA 118 (GSJ) en die gesag waarna in hierdie sake verwys word.

⁴ Sien Owens (2005:377); *Ex parte Oosthuizen* 1964 1 SA 174 (O).

⁵ Die bron waarna die meeste in die regspraak verwys word, is Owens (1979:152).

⁶ Sien bv. Owens (2005:377–9).

⁷ Sien die woordomskrywing in art. 1.

⁸ Sien bv. *Magwaza v Heenan* 1979 2 SA 1019 (A); *Johnston v Leal* 1980 3 SA 927 (A); *Jones v Wykland Properties* 1998 2 SA 355 (K); *Herselman v Orpen* 1989 4 SA 100 (SOK); *Shoprite Checkers (Pty) Ltd v Bumpers Schwarmas CC* 2002 6 SA 202 (K).

⁹ Sien bv. *Stalwo (Pty) Ltd v Wary Holdings (Pty) Ltd* 2008 1 SA 654 (HHA).

¹⁰ Sien *Philmatt (Pty) Ltd v Mosselbank Developments CC* 1996 2 SA 15 (A).

¹¹ Sien *Scholtz* (WKK) par. 14.

¹² Sien oor die afgelope paar jaar bv. *Engelbrecht v Merry Hill (Pty) Ltd* 2006 3 SA 238 (OK); *Just Names Properties 11 CC v Fourie* 2007 3 SA 1 (W); *Manna v Lotter* [2007] 3 All SA 50 (K); *Reivelo Leppa Trust v Kritzinger* [2007] 4 All SA 794 (SOK); *Thorpe v Trittenwein* 2007 2 SA 172 (HHA); *Balduzzi v Rajah* [2008] 4 All SA 183 (W); *Fairoaks Investment Holdings (Pty) Ltd v Olivier* 2008 4 SA 302 (HHA); *Fraser v Viljoen* 2008 4 SA 106 (HHA); *Just Names Properties 11 CC v Fourie* 2008 1 SA 343 (HHA); *Lancino Financial Investments (Pty) Ltd v Bennet* [2008] 4 All SA 220 (HHA); *Stalwo (Pty) Ltd v Wary Holdings (Pty) Ltd* 2008 1 SA 654 (HHA); *Waterval Joint Venture Property Co (Pty) Ltd v City of Johannesburg Metropolitan Municipality* 2008 2 All SA 700 (W); *JR 209 Investments (Pty) Ltd v Pine Villa Country Estate (Pty) Ltd, Pine Villa Estates (Pty) Ltd v JR 209 Investments (Pty) Ltd* 2009 4 SA 302 (HHA).

¹³ Aanhangsel A tot die stukke voor die hof.

¹⁴ Sien par. 1.1 hier bo.

¹⁵ 333A.

¹⁶ Vol. 8 par. 124.

¹⁷ 333E.

¹⁸ 333A–B.

¹⁹ 333E–F.

²⁰ Par. 8.

²¹ Par. 6.

²² Par. 7.

²³ Par. 11.

²⁴ Par. 11–2.

²⁵ Par. 14.

²⁶ Par. 14.

²⁷ Par. 15.

²⁸ Par. 16.

²⁹ Par. 17.

³⁰ Par. 18.

³¹ Par. 19–22.

³² Par. 8.

³³ Par. 11.

³⁴ Sien *KPMG Chartered Accountants SA v Securefin Ltd* 2009 4 SA 399 (HHA) (t.a.p.); hierdie aspek word weer in par. 5.5 hier onder aangeraak.

³⁵ Par. 12; sien bv. *Alfred McAlpine & Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration* 1974 3 SA 506 (A).

³⁶ 1994 3 SA 130 (A) 143.

³⁷ Sien artt. 56(1) en 57(1) van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937.

³⁸ Par. 13–7.

³⁹ 1967 4 SA 459 (A).

⁴⁰ Par. 18.

⁴¹ Par. 19.

⁴² 1979:152.

⁴³ Ons kursivering.

⁴⁴ Par. 21.

⁴⁵ Par. 10.

⁴⁶ Sien *Lief v Dettmann* 1964 2 SA 252 (A); Scott 1991:45–9.

⁴⁷ Sien *Durban City Council v Woodhaven* 1987 3 SA 555 (A); *Armstrong v Bhamjee* 1991 3 SA 195 (A); *Resnekov v Cohen* 2012 1 SA 314 (WKK); Nel 1991:212–20; art. 66 van die Registrasie van Aktes Wet.

⁴⁸ Sien artt. 65(1), 67, 68(2) en 69(1) van die Registrasie van Aktes Wet; Van der Merwe 2010, par. 613, 617.

⁴⁹ 1971 3 SA 1 (A).

⁵⁰ 1948 1 SA 983 (A) 989.

⁵¹ 1997 3 SA 1004 (HHA) 1009.

⁵² 1964 1 SA 669 (W) 670.

⁵³ Par. 8.

⁵⁴ Par. 9.

⁵⁵ Par. 12.

⁵⁶ 2011 1 SA 118 (GSJ).

⁵⁷ Sien bv. Kerr en Glover 2010:90–7.

⁵⁸ Sien *Bouwer v Auae (Pty) Ltd* 1991 4 All SA 201 (W) en die gesag aldaar.

⁵⁹ Art. 6(1)(d).

⁶⁰ 1980:75.

⁶¹ 1984:51–2.

⁶² 1980 3 SA 927 (A) 973.

⁶³ 1998 1 SA 355 (K).

⁶⁴ Sien ook *King v Potgieter* 1950 3 SA 7 (T) waar beslis is dat die okkupasiedatum wesenlik is.

⁶⁵ 1985 2 SA 189 (T).

⁶⁶ Sien ook *Mulder v Van Eyk* 1984 4 SA 204 (SOK) waar beslis is dat die okkupasiedatum nie wesenlik is nie.

⁶⁷ 1957 3 SA 575 (A).

⁶⁸ Sien bv. *Smit* hier bo.