

Die formeelregtelike grondslag van die *ex contractu*-eis vir skadevergoeding weens kontrakbreuk

STEVE CORNELIUS*

SUMMARY

THE SUBSTANTIVE LAW BASIS OF THE *EX CONTRACTU* CLAIM FOR DAMAGES DUE TO BREACH OF CONTRACT

Parties generally enter into contractual relations with the sincere intention to fulfil all the obligations created in terms of their contract. However, for various reasons, parties sometimes do not comply with the terms of their contract. Where a party fails or refuses to perform their obligations as specified in their contract, that party commits breach of contract and the normal consequences for breach then ensue. One of these consequences is that the injured party may institute a claim for damages.

The nature of this remedy has been called into question. Is a claim for damages due to breach of contract derived from the contractual relationship between the parties, or is it no more than a delictual claim presented under the guise of contract? The fundamental values underlying the law of contract are *consensus* and reliance, as well as freedom of contract, sanctity of contract (*pacta sunt servanda*), good faith and privity of contract.

Freedom of contract and sanctity of contract demand that contracts that are freely entered into must be honoured and enforced. From this arises the principle that breach of contract occurs even if the failure or refusal to abide by the contract cannot be attributed to fault in the sense of a wilful disregard of the contract or a negligent failure to abide by the contract. This is in stark contrast with delict, where fault is generally required for liability. Furthermore, reliance and good faith also demand that the parties should honour their obligations in terms of the contract. This relationship based on reliance and good faith is broken when breach occurs, with the result that there is a need to provide redress to the injured party that can be derived from the contractual relationship. Lastly, privity of contract generally limits the effects of the contract, as well as the resultant rights and duties in terms of the contract, to the parties who contracted with each other. There is no such closed notion of privity in delict.

The article aims to explore the law of contract from a historical perspective and from a comparative analysis of various jurisdictions today to determine the nature of the claim for damages due to breach of contract. It concludes that there are fundamental differences between a claim for damages due to breach and a claim for damages due to the wrongful and culpable conduct of a third party. As a result, it is clear that the claim for damages due to breach of contract is a claim *ex contractu* that must be distinguished from delictual claims.

1 *Inleiding*

'n Mens sou verwag dat partye wat 'n kontrak sluit, dit doen met die ernstige en opregte bedoeling om die kontrak na behore uit te voer en stiptelik aan die onderskeie verbintenisse ingevolge die kontrak te voldoen. Dit is sekerlik tot 'n groot mate inderdaad die geval, maar slegs die mees dwase en liggelowige persoon sou egter aanneem dat partye altyd met opregte bedoelinge kontrakkeer. Dit is nou eenmaal

* Professor en Hoof van die Departement Privaatreg, Universiteit van Pretoria.

so dat die mensdom dikwels maar taamlik onbetroubaar is – soms met voorbedagte rade, soms weens onvoorsiene omstandighede, of soms weens onagsaamheid.

Gevollik is dit hoogs waarskynlik dat partye soms hulself oënskynlik in kontraktuele verhoudinge begewe, terwyl hulle nooit die daadwerklike bedoeling gehad het om ooit hulle verpligtinge ingevolge die kontrak na te kom nie.¹ Dit gebeur sekerlik ook van tyd tot tyd dat partye hulself kontraktueel verbind, welwetende dat hulle waarskynlik nooit die vermoë sal hê om hulle verpligtinge ingevolge die kontrak uit te voer nie. En soos Shakespeare² so welsprekend met die intrige tussen Shylock en Antonio uitwys, poog gewetenlose partye soms om met die regsbeginsels van die kontraktereg 'n lokval vir niksvermoedende teenpartye te stel.³

Daarbenewens geld die ou uitdrukking “spyt kom te laat” ook in verband met kontraksluiting en partye wat aanvanklik met bravade en die mees opregte bedoeling gekontrakteer het, sit daarna met selfverwyt wat daartoe kan lei dat daardie party nie meer ooreenkomstig die kontrak gebonde wil wees nie. Die hoop beskaam ook nie, en dit gebeur al te dikwels dat partye hulle eie vermoëns om te presteer oorskot, sodat hulle vol verwagting en met die mees opregte bedoelings kontrakte sluit, maar later vind dat hulle doodeenvoudig nie meer in staat is om die verpligtinge ingevolge die kontrak na te kom nie.⁴ Selfs waar partye nie hulle eie vermoëns oorskot het nie, gebeur dit steeds dat veranderde omstandighede tussenbeide tree en daartoe lei dat 'n party nie aan die verpligtinge ingevolge 'n kontrak kan voldoen nie.⁵ Soms is dit bloot onagsaamheid wat tot gevolg het dat 'n party versuim om te presteer of gebrekkige prestasie lewer.

Ten slotte moet 'n mens nooit uit die oog verloor nie dat daar by enige kontraktuele verhouding altyd 'n mate van botsende belange bestaan. Dit is nou eenmaal so dat die partye by 'n kontrak elkeen hulle eie belang nastreef en die bedinge van daardie kontrak vanuit hulle eie oogpunt en met hulle eie belange in gedagte sal lees en uitlê. Dit kan daartoe lei dat partye wat eerlik en opreg glo dat hulle inderdaad aan die vereistes van die kontrak voldoen, inderwaarheid hulself aan die verkeerde kant van die ware gemeenskaplike bedoeling kan bevind.⁶

Uit die aard van die saak kom 'n versuim om aan die verpligtinge ingevolge 'n kontrak te voldoen, in die algemeen neer op kontrakbreuk. Die vraag is egter of die reg hoegenaamd moet kennis neem van die mate waartoe die wilsingesteldheid of agsaamheid van die versuimende party 'n rol by die kontrakbreuk gespeel het. Indien wel, moet die vraag of kontrakbreuk plaasgevind het, asook die vraag na die regsgevolge van sodanige kontrakbreuk, afhang daarvan of die wilsingesteldheid of onagsaamheid van die versuimende party tot 'n meerdere of mindere mate regtens afkeurenswaardig, ofte wel skuldig in die sin van opset of nalatigheid sou wees? Die vraag is voorts of 'n eis om skadevergoeding, as noodwendige gevolg

¹ Sien by *Commissioner for the South African Revenue Service v NWK Ltd* 2011 2 SA 67 (HHA) vir 'n voorbeeld van 'n geval waar die opregte bedoeling van beide partye verdag was.

² *The Merchant of Venice*.

³ Sien ook by *Katzen v Mguno* 1954 1 SA 277 (T); *Kempston Hire (Pty) Ltd v Snyman* 1988 4 SA 465 (T); *MV Afris Pioneer; National Stevedores (Pty) Ltd v MV Afris; Pioneer* 2004 3 SA 88 (N); *Quartermark Investments (Pty) Ltd v Mkhwanazi* 2014 3 SA 96 (HHA).

⁴ Sien by *Crookes Brothers Ltd v Regional Land Claims Commission, Mpumalanga* 2013 2 SA 259 (HHA).

⁵ Sien by *Scoin Trading (Pty) Ltd v Bernstein NO* 2011 2 SA 118 (HHA).

⁶ Sien by ook *Hano Trading CC v JR 209 Investments (Pty) Ltd* 2013 1 SA 161 (HHA); *Starways Trading 21 CC (in liquidation) v Pearl Island Trading 714 (Pty) Ltd* 2019 2 SA 650 (HHA).

van kontrakbreuk,⁷ enigsins moet afhang van die skuld van die party wat in versuim verkeer. Indien wel, wat is dan die formeelregtelike aard van die eis vir skadevergoeding weens kontrakbreuk?

Bykans 'n halfeeu gelede reeds was Van der Merwe en Olivier van mening:

“Die onderskeiding tussen 'n aksie om skadevergoeding op grond van kontrakbreuk en 'n [deliktuele] eis onder die *lex Aquilia*, hoeseer ook al histories oorgelewer, gaan regs wetenskaplik eenvoudig nie op nie. Op welke gronde kan immers prinsipiël gedifferensieer word tussen die skuldige skending van 'n vorderingsreg na gelang daarvan of die dader 'n kontraksparty dan wel 'n derde is? Die gedagte dat 'n eis om skadevergoeding weens kontrakbreuk *ex contractu*, in teenstelling met 'n eis *ex delicto*, is, berus op 'n verwarring van twee verskillende vorderingsrege. Die een is die vorderingsreg wat deur die kontrak in die lewe geroep is, die ander is die vorderingsreg wat sekondêr ontstaan met die skending van die eerste vorderingsreg. Die eerste vorderingsreg het tot inhoud prestasie onder die kontrak – die tweede skadevergoeding. Dit moet duidelik wees dat die aksie om skadevergoeding nie *ex contractu* kan wees nie, want by sluiting van die kontrak het die partye in die reël nie skadevergoeding beoog nie. Wil 'n mens betoog dat die aksie om skadevergoeding *ex contractu* ontstaan, is die gevolgtrekking onvermydelik dat elke kontrak 'n alternatiewe verbintenis bevat. Dit sou 'n fiksie wees. Die eis om vervulling is wel gebaseer op die oorspronklike vorderingsreg en kan dus as *ex contractu* aangemerkt word.

... Nietemin ... bestaan daar nog meerdere positiefregtelike verskille tussen 'n eis om skadevergoeding op grond van kontrakbreuk en 'n eis onder die *lex Aquilia*. Ontleed 'n mens hierdie verskille wat in die lig van die histories geforseerde onderskeiding tussen kontrakbreuk en onregmatige daad begryp is, word spoedig duidelik dat in beginsel beswaarlik enige regverdiging daarvoor bestaan. In ieder geval durf anachronistiese materieel- en formeelregtelike verskille nie beswarend op moderne regs wetenskaplike analise inwerk nie. Ook is dit so dat in 'n gegewe geval 'n skadevergoedingseis *ex contractu* positiefregtelik reeds identies aan 'n soortgelyke eis *ex delictu* kan wees.”⁸

Gevolgtreklik kan gevra word of 'n eis om skadevergoeding op grond van kontrakbreuk steeds as afsonderlike kontraktuele eis onderskei behoort te word? Kan skade wat uit kontrakbreuk voortspruit nie bloot onafhanklik van die kontrak as 'n deliktuele eis met die *actio legis Aquiliae* verhaal word nie? Om hierdie vrae te beantwoord, is dit nodig om te let op sommige van die verskille tussen eise op grond van kontrak en eise op grond van delik.

2 Grondslae van die kontraktereg

Hutchinson en Pretorius verduidelik dat

“wilsooreenstemming en vertroue grondliggende begrippe in die moderne kontraktereg is. Ander grondliggende idees sluit die volgende in:

- kontrakteervryheid – die gedagte dat dit mense vry staan om te besluit of, met wie en op watter terme om te kontrakteer (party-outonomie);
- die bindende aard van kontrakte – die gedagte dat kontrakte wat vrylik en ernstig aangegaan is, gestand gedoen moet word en, indien nodig, deur die howe afgedwing moet word (*pacta sunt servanda*);
- goeie trou – die gedagte dat partye in 'n kontrak eerlik en billik in hulle omgang met mekaar moet optree; en

⁷ Sien ook *Administrator, Natal v Edouard* 1990 3 SA 581 (A) 597E; *Thoroughbred Breeders' Association v Price Waterhouse* 2001 4 SA 551 (HHA) 600C; die *Scoin Trading*-saak (n 5) 122H; *Mokala Beleggings v Minister of Rural Development and Land Reform* 2012 4 SA 22 (HHA) 26E; *Loureiro v iMvula Quality Protection (Pty) Ltd* 2014 3 SA 394 (KH).

⁸ *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1980) 484 ev.

- onmiddellikheid van partye (in kontraktuele verbondenheid) – die gedagte dat 'n kontrak slegs vir die partye tot die kontrak regte en verpligtinge skep en nie vir derde persone nie ('privity of contract')⁹.

Dit is in hierdie grondbeginsels van die kontraktereg waar die onafhanklike bestaan van 'n kontraktuele eis vir skadevergoeding weens kontraktbreuk, teenoor die deliktuele eis vir skadevergoeding met die *actio legis Aquiliae* bepaal moet word.

3 Kontrakteervryheid, wilsooreenstemming en die bindende aard van kontrakte

In *Freddy Hirsch Group (Pty) Ltd v Chickenland (Pty) Ltd*¹⁰ wys appèlregter Ponnar daarop¹¹ dat daar 'n belangrike onderskeid bestaan tussen kontraktuele en deliktuele eise. In die geval van kontraktuele aanspreeklikheid staan dit die partye in die algemeen vry om die aard en omvang van hulle wedersydse aanspreeklikheid te bepaal. Die verbintenisse ingevolge 'n kontrak ontstaan omdat die partye vrylik ingestem het om hulleself aan die kontrak te onderwerp. Daarteenoor word deliktuele aanspreeklikheid van regsweë aan 'n party opgedra. 'n Belangrike uitvloeisel van hierdie onderskeid is dat deliktuele aanspreeklikheid in die algemeen slegs ontstaan indien die deliktspleger met skuld in die sin van opset of nalatigheid opgetree het. Daarteenoor berus kontraktuele aanspreeklikheid op die vrywillige aanvaarding van die aanspreeklikheid en, in die geval van versuim om die verpligting na te kom, het skuld geen rol te speel nie.¹²

Dit was reeds in die Romeinse reg ten opsigte van *bona fide*-kontrakte 'n geïkte beginsel dat kontraktbreuk onmiddellik ontstaan het vanaf die oomblik dat die skuldenaar versuim het om prestasie betyds te lewer.¹³ 'n Aksie weens kontraktbreuk kon ingestel word sodra 'n party in gebreke was om die beloofde prestasie op die gegewe tyd te lewer.¹⁴ Daar was geen vereiste dat die benadeelde party ook moes aantoon dat die versuim te wyte was aan skuldige gedrag deur die party in versuim nie.¹⁵ Die gevolge van kontraktbreuk, soos aanspreeklikheid vir skadevergoeding, het onmiddellik by versuim ontstaan.¹⁶ Ook die plig om moratore rente ten opsigte van geldskuld te betaal, het onmiddellik by versuim ontstaan en die rente is vanaf die datum van wanbetaling bereken.¹⁷ Die Romeine het reeds die betaling van moratore rente op geldskuld beskou as 'n soort skadevergoeding om die skuldeiser te vergoed vir die feit dat hy nie die agterstallige bedrag tot sy voordeel kon belê of aanwend nie.¹⁸ 'n Strafbeding in 'n kontrak sou ook onmiddellik van krag word indien die skuldenaar nie teen die afgesproke datum presteer het nie, selfs al was dit duidelik dat die werk nie betyds voltooi kon word nie en selfs al het die teenparty

⁹ *Kontraktereg in Suid-Afrika* (2012) 22 ev.

¹⁰ 2011 4 SA 276 (HHA).

¹¹ 292F-H.

¹² die *Edouard*-saak (n 7) 597E; die *Thoroughbred Breeders*'-saak (n 7) 600C; die *Scoin*-saak (n 5) 122H; die *Mokala*-saak (n 7) 26E; die *Loureiro*-saak (n 7).

¹³ C 2 41 3.

¹⁴ D 12 1 5; D 45 1 72 2.

¹⁵ *Paulus Sententiae* 2 12 7, 2 13 1, 3 8 4; D 2 14 54; D 18 4 21; D 18 6 17; D 18 6 19; D 19 1 3 3-4; D 19 1 47; D 19 1 49 1; D 19 1 51; D 19 1 54; D 21 2 69 4; D 22 1 8; D 22 1 9 1; D 22 1 12; D 22 1 14; D 22 1 17 3; D 22 1 21; D 45 1 113; D 45 1 127.

¹⁶ D 45 1 113 1; D 45 1 114.

¹⁷ D 22 1 32; D 17 1 10 3.

¹⁸ D 13 4 8.

'n verlenging van tyd vir die uitvoering toegelaat.¹⁹ Die blote feit dat die skuldenaar versuim het om teen die afgesproke datum te presteer, of om prestasie op die ooreengekome tyd te ontvang, was voldoende om kontrakbreuk daar te stel.²⁰

Die Romeine het ook vroeg reeds die *actio praescriptis verbis*²¹ – 'n aksie vir kontrakbreuk, gegrond op die beginsel van goeie trou tussen kontrakspartye – in gevalle van gebrekkige prestasie in geval van onbenoemde kontrakte, erken.²² Hierdie aksie kon aanvanklik ingestel word om vervulling van die kontrak of restituisie te eis,²³ maar rente²⁴ of skadevergoeding²⁵ kon ook met hierdie aksie verhaal word. Hierdie aksie was tot die beskikking van 'n party selfs waar die teenparty wat in versuim is, geen blaam vir die versuim sou tref nie.²⁶

Die Romeinse beginsels met betrekking tot kontrakbreuk is ook in die Romeins-Hollandse reg gerespieer. Voet bied 'n taamlik omvattende bespreking van kontrakbreuk en volg tot 'n groot mate die beginsels soos deur die Romeinse juriste neergelê.²⁷ Hy meld nie skuld as vereiste vir 'n vordering gebaseer op kontrakbreuk nie en meld trouens dat die gevolge van kontrakbreuk, soos aanspreeklikheid vir rente en skadevergoeding, by die versuim van die skuldenaar ontstaan.²⁸ Voet meld ook die *actio praescriptis verbis*, wat aanvanklik slegs op vervulling van onbenoemde kontrakte gerig was, en toon aan hoe die klassieke Romeinse juriste hierdie aksie weldra ontwikkel het in 'n algemene aksie om skade weens kontrakbreuk te verhaal wat in sameloop met die aksies vir vervulling van benoemde kontrakte ingestel kon word.²⁹ Hy toon oortuigend aan hoe die klassieke Romeinse juriste mettertyd die *actio praescriptis verbis* selfs bo die *exceptio doli* ten opsigte van *stricti iuris*-kontrakte verkies het. Hierdie aksie was bloot gegrond op die *praescriptis verbis*, ofte wel die voorskriftelike woorde van die kontrak en die wederkerige gee-eneem verhouding wat in kontraktuele verband bestaan. Teen hierdie tyd het die ou Romeinse onderskeid tussen die *stricti iuris*-benoemde kontrakte en die onbenoemde *bona fide*-kontrakte grootliks vervaag³⁰ sodat alle kontrakte as *bona fide*-kontrakte beskou is. Gevolglik verg dit nie veel van 'n verbeelding nie om te sien hoe die oorsprong van die hedendaagse aksie vir skadevergoeding weens kontrakbreuk in die uitgebreide *actio praescriptis verbis* gevind kan word.

Dit wil voorkom of die beginsel van skuldlose aanspreeklikheid vir skadevergoeding weens kontrakbreuk vandag taamlik algemeen aanvaar word. In die Engelse reg plaas kontrakte oor die algemeen 'n streng plig op die skuldenaar om

¹⁹ D 45 1 113.

²⁰ Kaser en Dannenbring *Roman Private Law* (1968) 195; Van Zyl *Geskiedenis en Beginsels van die Romeinse Privaatreg* (1977) 272.

²¹ D 18 1 50 verwys na Labeo, wat tydens die laaste stormagtige jare van die Republiek en die beginjare van die Prinsipaas geleef het (54 vC-11 nC). Labeo verwys reeds na die *actio praescriptis verbis*, wat daarop dui dat dit teen sy leeftyd reeds as 'n volwaardige remedie ontwikkel het.

²² D 19 5 3; D 19 5 15; D 19 5 17 5; D 19 5 25; D 43 26 2 2; D 43 26 19 2.

²³ D 19 5 8.

²⁴ D 19 5 7.

²⁵ D 19 5 17 1.

²⁶ D 18 1 50.

²⁷ *Commentarius ad Pandectas* 22 1 24 ev.

²⁸ Voet (n 27) 19 1 1 ev.

²⁹ Voet (n 27) 19 5 4.

³⁰ Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands-Regt* 4 16, 4 20.

te presteer.³¹ Dit beteken op sy beurt dat kontrakbreuk op streng aanspreeklikheid berus en skuld is nie 'n element van kontrakbreuk in die Engelse reg nie, met die gevolg dat skadevergoeding weens kontrakbreuk in die Engelse reg nie berus op die skuld van die wanpresteerder nie.³²

Die posisie in die Duitse reg met betrekking tot kontrakbreuk is op die oog af ietwat meer ingewikkeld, want dit is gegrond op die sogenaamde *Verschuldensprinzip* of skuldbeginsel.³³ Paragraaf 286 van die *BGB* verwys na *Verzug* of versuim waar 'n skuldenaar (*Schuldner*) nalaat om op die ooreengekome datum te presteer³⁴ of om prestasie te lewer nadat 'n skuldeiser (*Gläubiger*) die skuldenaar aangemaan het dat die prestasie verskuldig is.³⁵ Paragraaf 276(1) *BGB* bepaal dat 'n skuldenaar verantwoordelik is vir sy opset of nalatigheid en dit impliseer dat 'n skuldenaar nie in die afwesigheid van opset of nalatigheid vir sy versuim aanspreeklik sal wees nie. Hierdie artikel moet saamgelees word met paragraaf 286(4) *BGB* wat bepaal dat 'n skuldenaar nie in versuim verkeer indien die versuim volg uit omstandighede waarvoor die skuldenaar nie verantwoordelik is nie. Paragraaf 286(4) *BGB* (en derhalwe paragraaf 276(1) *BGB*) staan egter as 'n uitsondering op die algemene reël van aanspreeklikheid weens *Verzug* ingevolge artikel 286(1) *BGB*, met die gevolg dat die bewyslas omgekeer word. Waar 'n skuldeiser skadevergoeding eis weens *Verzug* hoef die skuldeiser nie skuld te bewys nie – die skuldenaar moet die afwesigheid van skuld bewys.³⁶

Ook wat die hedendaagse kontraktereg in Suid-Afrika aanbetref, het die houe dit telkens duidelik gemaak dat skuld nie 'n element van kontrakbreuk is nie en dat 'n eis om skadevergoeding derhalwe nie op die skuld van die wanpresteerder berus nie. In *Legogote Development Co (Pty) Ltd v Delta Trust & Finance Co*³⁷ stel regter Viljoen dit onomwonde dat 'n skuldeiser in die geval van kontrakbreuk kan aanspraak maak op skadevergoeding en dit is nie nodig om te beweer of te bewys dat die kontrakbreuk aan die opset of nalatigheid van die skuldenaar te wyte is nie.³⁸

Die aangehaalde mening van Van der Merwe en Olivier³⁹ berus derhalwe op die wanopvatting dat 'n eis om skadevergoeding weens kontrakbreuk berus op “die skuldige skending van 'n vorderingsreg”. Daar bestaan doodeenvoudig geen historiese of betroubare hedendaagse gesag vir hierdie stelling nie. Kontrakbreuk is doodeenvoudig die skending van 'n vorderingsreg – skuld is nie ter sake nie.

³¹ *British and Commonwealth Holdings Plc v Quadrex Holdings Inc* 1989 1 QB 842 859; *Barclays Bank Plc v Fairclough Building Ltd* 1994 CLC 529 (QB) 542 *et seq*; *Aegean Sea Traders Corp v Repsol Petroleo SA (The Aegean Sea)* 1998 CLC 1090 (QB) 1106; *CTI Group Inc v Transclear SA (The Mary Nour)* 2007 2 CLC 530 (QB) 534.

³² *Forsikringsaktieselskapet Vesta v Butcher* 1989 AC 852 (HL) 879; *Tenant Radiant Heat Ltd v Warrington Development Corp* 1988 1 EGLR 41 (CA); *Barclays Bank Plc v Fairclough Building Ltd* 1994 CLC 529 (QB) 542 *ev*.

³³ Schwartze *Das Recht der Leistungsstörungen* (2022) 545.

³⁴ par 286(2).1 *BGB*.

³⁵ par 286(1) *BGB*.

³⁶ Lorenz “Reform of the German law of breach of contract” 1997 *Edinburgh LR* 317 328.

³⁷ 1970 1 SA 584 (T) 587.

³⁸ Sien ook die *Edonard*-saak (n 7) 597E; die *Thoroughbred Breeders* -saak (n 7) 600C; die *Scoin Trading*-saak (n 5) 122H; die *Mokala*-saak (n 7) 26E; die *Loureiro*-saak (n 5).

³⁹ (n 8) 484 *ev*.

4 *Vertroue en goeie trou*

Wat dan van die argument dat daar in die geval van kontrakbreuk twee afsonderlike eisoorse sake bestaan, te wete die eis gegrond op die aanvanklike verbintenis wat die partye met die kontrak in die lewe geroep het, asook die afsonderlike eis vir skadevergoeding wat eers met kontrakbreuk ontstaan?⁴⁰ Wat is dan die oorsprong van hierdie verbintenis indien dit nie uit die skuld van die wanpresteerder afgelei kan word nie?

Die Romeine het reeds sedert die tyd van die Republiek aanvaar dat kontraktuele verhoudings op die wedersydse vertroue en goeie trou van die kontrakspartye berus.⁴¹ Die beginsel van goeie trou het vereis dat die partye tot 'n kontrak tot 'n groot mate eerlik en billik teenoor mekaar moet optree.⁴² Die *actio praescriptis verbis* is juis aan hierdie beginsel van goeie trou ontleen.⁴³ Met ander woorde, die Romeinse reg het reeds die aanspreeklikheid vir skadevergoeding weens kontrakbreuk afgelei uit die wedersydse vertroue en die versweë plig van die partye om in goeie trou te handel wat onderliggend was aan alle *bona fide*-kontrakte. Hierdie beginsel is ook in die Romeins-Hollandse reg te vinde. Aangesien die ou Romeinse onderskeid tussen die *stricti iuris*-benoemde kontrakte en die onbenoemde *bona fide*-kontrakte teen hierdie tyd grootliks vervaag het⁴⁴ is alle kontrakte as *bona fide*-kontrakte beskou, met die gevolg dat kontrakbreuk ook as vertrouensbreuk beskou is. Derhalwe stel Voet dit onomwonde dat skadevergoeding in die geval van kontrakbreuk verhaal kan word omdat die verhouding van goeie trou geskend is.⁴⁵

Hierdie onderliggende beginsel van goeie trou geld in die algemeen ook vandag en kan dit, net soos in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg, beskou word as 'n grondslag waarop 'n eis vir skadevergoeding weens kontrakbreuk berus. In die Duitse reg stel paragraaf 242 *BGB* uitdruklik die vereiste van *Treu und Glauben* – 'n skuldenaar moet sy verpligtinge ingevolge 'n kontrak in goeie trou uitvoer. Daarbenewens bepaal paragraaf 241(2) *BGB* dat die aard van prestasie elke party kan verplig om ag te slaan op die regte, regsbelange en ander belange van die teenparty. Gevolglik kom kontrakbreuk by implikasie ook daarop neer dat die verhouding van goeie trou geskend word.

Selfs in die Engelse reg, wat maar taamlik afsydig staan teenoor die rol van goeie trou in die kontraktereg, staan dit vas dat die verhouding tussen die partye berus op 'n onderlinge verwagting van eerlikheid en goeie trou tussen die partye.⁴⁶ Aanspreeklikheid vir skadevergoeding weens kontrakbreuk kan dan ook uit hierdie onderliggende verwagting van goeie trou afgelei word.⁴⁷

Ook in Suid-Afrika word aanvaar dat die onderliggende verhouding tussen die kontrakspartye op goeie trou gegrond is en gedrag in stryd met die kontrak kom neer op 'n skending van die goeie trou verhouding tussen die partye.⁴⁸ Die

⁴⁰ Van der Merwe en Olivier (n 8) 484.

⁴¹ *D* 18 1 50. Sien ook n 22 hierbo.

⁴² *D* 16 3 31.

⁴³ *D* 19 5 3; *D* 19 5 15; *D* 19 5 17 5; *D* 19 5 25; *D* 43 26 2 2; *D* 43 26 19 2.

⁴⁴ Van Leeuwen (n 30) 4 16, 4 20.

⁴⁵ Voet (n 27) 19 2 15.

⁴⁶ *HH Casualty v Chase Manhattan Bank* 2003 Lloyd's Rep 61.

⁴⁷ *Yam Seng Pte Ltd (a company registered in Singapore) v International Trade Corp Ltd* 2013 EWHC 111 (QB).

⁴⁸ *Neugebauer & Co Ltd v Hermann* 1923 AD 564 573 ev; *Spies v Lombard* 1950 3 SA 469 (A); *Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Hovis* 1980 1 SA 645 (A); *Mutual and Federal Insurance Co Ltd v Oudtshoorn Municipality* 1985 1 SA 419 (A); *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Beperk v Saayman NO* 1997 4 SA 302 (HHA).

vereiste van goeie trou is 'n wesenlike grondbeginsel van die wyse waarop partye kontrakte sluit en prestasie lewer.⁴⁹ Gevolglik kan die oorsprong van die verbintenisse om skadevergoeding by kontrakbreuk te betaal, uit die skending van die vertroue en goeie trou verhouding tussen die partye afgelei word. Anders as wat Van der Merwe en Olivier dit wou hê, is daar inderdaad 'n kontraktuele grondslag waaruit die bykomende verpligting afgelei kan word om skadevergoeding by kontrakbreuk te betaal.⁵⁰

Die argument dat partye nie skadevergoeding ten tyde van kontraksluiting voorsien nie, gaan ook nie op nie.⁵¹ 'n Party is slegs aanspreeklik vir skade weens kontrakbreuk ten opsigte van gewone skade wat natuurlikerwys uit verbreking van die betrokke soort kontrak sal voortspruit, asook besondere skade wat ten tyde van kontraksluiting deur die partye voorsien of redelikerwys voorsienbaar was.⁵² Die tydstop van kontraksluiting is derhalwe beslissend; enersyds wat die aard van die kontrak en die aanspreeklikheid vir gewone skade aanbetref, en andersyds wat aanspreeklikheid vir besondere skade aanbetref. Dit maak logies sin, want die datum van kontraksluiting is immers die datum waarop die partye tot die aard en omvang van die wedersydse aanspreeklikheid ingestem het.⁵³ Indien skadevergoeding weens kontrakbreuk met die *actio legis Aquiliae* verhaal moes word, sou die datum van kontrakbreuk deurslaggewend wees en die datum van kontraksluiting, en bygevolg die wilsooreenstemming van die partye, sou op die agtergrond geskuif word.

5 Kontraktuele verbondenheid

Die argument dat 'n eis vir skadevergoeding weens kontrakbreuk in wese dieselfde is as 'n deliktuele eis vir skadevergoeding, berg nóg 'n belangrike denkfout.⁵⁴

Die beginsel van kontraktuele verbondenheid of onmiddellikheid van partye beteken dat 'n kontrak in die algemeen slegs *inter partes* bindend is en slegs *inter partes* verbintnisse skep. Derde partye verkry, behoudens 'n uitdruklike beding ten behoeve van 'n derde, in die algemeen geen vorderingsregte ingevolge 'n kontrak waartoe hulle nie toegestem het nie. Insgelyks verkry hulle ook geen verpligtinge ingevolge sodanige kontrakte nie. Hierdie beginsel is reeds in die Romeinse reg erken⁵⁵ en in die Romeins-Hollandse reg geresipieer.⁵⁶

Die reël geld ook tot 'n groot mate in die moderne kontraktereg. In Duitsland berus die beginsel op paragraaf 241(1) *BGB*, wat bepaal dat 'n skuldeiser daarop geregtig is om prestasie van 'n skuldenaar te vorder. Ook in die Engelse reg geld die beginsel dat iemand wat nie 'n party tot 'n kontrak is nie, in die algemeen nie enige regte of verpligtinge ingevolge daardie kontrak bekom nie.⁵⁷

⁴⁹ *Mitsubishi Hitachi Power Systems Africa (Pty) Ltd v Murray and Roberts Power & Energy* 2021 5 SA 532 (HHA) 538.

⁵⁰ (n 8) 484.

⁵¹ Van der Merwe en Olivier (n 8) 484.

⁵² *Holmdene Brickworks (Pty) Ltd v Roberts Construction Co Ltd* 1977 3 SA 670 (A) 687C-E.

⁵³ die *Freddy Hirsch*-saak (n 10).

⁵⁴ Van der Merwe en Olivier (n 8) 484.

⁵⁵ *D* 45 1 38 17.

⁵⁶ Voet (n 27) 19 1 1-2.

⁵⁷ *Beswick v Beswick* 1968 AC 58; *Smith v Jafton Properties Ltd* 2021 2 WLR 527; *Sotheby's v Mark Weiss Ltd* 2020 EWCA Civ 1570.

Hierdie beginsel is reeds herhaaldelik deur die hof in Suid-Afrika bevestig.⁵⁸ In *Bowring NO v Vrededorp Properties CC* verduidelik appèlregter Brand dat die oorweging waarvolgens B prestasie van C kan verhaal op grond van 'n kontraktuele verpligting wat teenoor A aangegaan is, lynreg in stryd is met die beginsel van kontraktuele verbondenheid.⁵⁹

Die probleem is dat deliktuele aanspreeklikheid nie op dieselfde manier begrens word nie. Enige persoon wat skade ly weens die onregmatige, skuldige gedrag van 'n ander, kan in beginsel daardie skade met die *actio legis Aquiliae* van die deliktspleger verhaal.⁶⁰ Indien die aksie om skadevergoeding weens kontrakbreuk te verhaal maar bloot 'n verskyningsvorm van die *actio legis Aquiliae* was, soos Van der Merwe en Olivier dit wou hê,⁶¹ sou dit beteken dat kontrakspartye hulself in 'n situasie kan bevind waar kontrakbreuk teenoor 'n medekontraktant ook noodwendig kan lei tot aanspreeklikheid teenoor derdes. Dit neem nie weg dat derde partye aanspreeklikheid teenoor kontrakspartye kan opdoen indien hulle aandadig is aan die kontrakbreuk deur die kontraksparty nie – soos trouens herhaaldelik bevestig is in die gevestigde regspraak van die hoogste hof van appèl:

“In *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd* [1981 2 SA 173 (T) 202G-H] it was held to be a delict for a person to induce another to breach a contract. Van Dijkhorst J expressed it as follows:

‘A delictual remedy is available to a party to a contract who complains that a third party has intentionally and without lawful justification induced another party to the contract to commit a breach thereof. *Solomon v Du Preez* 1920 CPD 401 at 404; *Jansen v Pienaar* (1881) 1 SC 276; *Isaacman v Miller* 1922 TPD 56; *Dun & Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd* 1968 1 SA 209 (C) at 215’.”⁶²

Dit wil ook nie sê dat eise op grond van kontrakbreuk en deliktuele eise nie kan oorvleuel nie. Maar dit is van groot belang om die onderskeid tussen kontraktuele eise en deliktuele eise in gedagte te hou.

Loureiro v iMvula Quality Protection (Pty) Ltd is 'n sprekende voorbeeld van die dwaling wat begaan kan word indien die onderskeid tussen kontraktuele eise en deliktuele eise uit die oog verloor word.⁶³ Sowel die hof *a quo* as die hoogste hof van appèl het uitvoerig aandag geskenk aan die optrede van die wag wat ten tyde van die rooftog aan diens was. Dit is in stryd met die beginsel van kontraktuele verbondenheid. Die vraag wat ter sake was, was egter of kontrakbreuk ten opsigte van 'n kontrak vir die lewering van sekuriteitsdienste plaasgevind het. Indien skadevergoeding weens kontrakbreuk *a la* Van der Merwe en Olivier met die *actio legis Aquiliae* verhaal sou word, sou dit beteken dat die betrokke wag ook individueel teenoor Loureiro aanspreeklik kon wees vir die kontrakbreuk van iMvula. Die feit is egter dat die wag anders as wat die kontrak bepaal het, nie gewapen was nie en ook

⁵⁸ *Cullinan v Noordkaaplandse Aartappelkernmoerkwekers Koöperasie Bpk* 1972 1 SA 761 (A) 770D-H; *Wynland Construction (Pty) Ltd v Ashley-Smith* 1985 3 SA 798 (A) 817H ev; *Pfeiffer v First National Bank of SA Ltd* 1998 3 SA 1018 (HHA) 1025E-H; *Sweets from Heaven (Pty) Ltd v Ster Kinekor Films (Pty) Ltd* 1999 1 SA 796 (W) 800E-F; *Sefalana Employee Benefits Organisation v Haslam* 2000 2 SA 415 (HHA).

⁵⁹ 2007 5 SA 391 (HHA) 396H.

⁶⁰ *Alberts v Minister of Justice and Correctional Services* 2022 6 SA 59 (HHA).

⁶¹ (n 8) 484 ev.

⁶² *Cipla Medpro (Pty) Ltd v Aventis Pharma SA and Related Appeal* 2013 4 SA 579 (HHA) 591J-592B per ar Nugent namens die hele hoogste hof van appèl.

⁶³ 2014 3 SA 394 (KH). Sien ook my bespreking van hierdie saak Cornelius “Who guards the guardians? liability for breach of contract” 2014 TSAR 879.

nie die korrekte gradering gehad het nie. Dit is waarin die kontrakbreuk van iMvula as kontraksparty geleë was. Om daardie nalate deur sy werkgewer aan die betrokke wag toe te skryf, sou beteken dat werknemers voortaan sal moet aandrang daarop om al die kontrakte te sien waarvolgens hulle dienste uitgekonnekteer word sodat hulle kan verseker dat hulle die kontrakte kan nakom en nie hulself aanspreeklik stel weens kontrakbreuk nie. Dit kan tog sekerlik nie wenslik of haalbaar wees nie. Dit kan beslis ook nie in 'n mededingende handelsmark sinvol wees dat elke werknemer ten volle insae tot die geringste besonderhede van elke kontrakverhouding van die werkgewer moet hê nie.

Net so het die hof in *Country Cloud Trading CC v MEC, Department of Infrastructure Development* bevind dat 'n derde party, wat 'n lening aan 'n kontraksparty gemaak het, nie op grond van delik skadevergoeding van die ander kontraksparty kon verhaal indien daardie kontraksparty oënskynlik kontrakbreuk gepleeg het nie.⁶⁴ Regter Khampepe waarsku dat dit kontrakspartye vrystaan om alle aspekte van hulle verhoudinge onderling te reël. Hulle kan hulle wedersydse aanspreeklikheid beperk of uitbrei, hulle kan strafbedinge neerlê of vrywarings verleen. Hulle kan selfs hulle eie geskilbeslegtingsprosesse neerlê. 'n Hof kan nie die grense uitwis wat die partye vir hulself neergelê het deur deliktuele aanspreeklikheid teenoor onverbonde derde partye op te lê nie.⁶⁵ Indien skadevergoeding weens kontrakbreuk egter met die *actio legis Aquiliae* verhaal kon word, sou hierdie argumente nie geldig wees nie en sou 'n derde party inderdaad die grense van kontrakteervryheid en party-otonomiteit aan bande kon lê.

6 Gevolgtrekking

Die gedagte dat daar geen onderskeid behoort te wees nie tussen 'n eis vir skadevergoeding weens kontrakbreuk en 'n deliktuele eis vir skadevergoeding met die *actio legis Aquiliae*, is misplaas. Dit is gegrond op 'n wanopvatting van die aard van kontraktuele eise. In *Brisley v Drotsky* verduidelik adjunk hoofregter Harms:

“Daar bestaan wesenlike beleidsverskille in die benadering tot kontrakte en dié wat op delikte van toepassing is. In eersgenoemde geval reël die partye hulle regsverhoudinge vrywilliglik en ag hulle hulself gebonde aan hulle wilsuiting. Hulle bepaal die aard en omvang van hulle regsverhoudinge. In die geval van delikte het die partye geen seggenskap in die skep van hulle regsverhoudinge nie en bepaal die gemeenskapsoortuiging of 'n regsverhouding moet bestaan en wat die inhoud daarvan moet wees.”⁶⁶

In die geval van kontrakbreuk berus die regtens afkeurenswaardige aard van die versuim daarop dat 'n kontraksparty nie sy woord, wat vrylik verleen is, gestand doen nie en die verhouding van goeie trou met die ander kontraksparty verbreek. Daarteenoor is dit die gesindheid van die delikspleger, wat opsetlik of nalatig optree en skade veroorsaak, wat regtens afkeurenswaardig is in die geval van 'n delik.

Ten slotte kan gelykstelling van die kontraktuele eis vir skadevergoeding met die deliktuele eis vir skadevergoeding die deur vir oewerlose aanspreeklikheid open en kontrakspartye kan hulself maklik in situasies bevind waar hulle hulself moet verweer teen derde partye wat hulle nooit voorsien of redelikerwys kon voorsien het nie.

⁶⁴ 2015 1 SA 1 (KH).

⁶⁵ (n 64) 22E ev.

⁶⁶ 2002 4 SA 1 (HHA) 15C-D.

Die Romeinse *actio praescriptis verbis*⁶⁷ was 'n aksie om vervulling van die kontrak of restitusie te eis,⁶⁸ maar rente⁶⁹ of skadevergoeding⁷⁰ kon ook daarmee verhaal word. Teen die klassieke Romeinse reg en in die Romeins-Hollandse reg het die verlengde *actio praescriptis verbis* ontwikkel in 'n algemene kontrakaksie weens kontrakbreuk⁷¹ en so die grondslag gelê vir ons hedendaagse aksies weens kontrakbreuk. Dit is daarom duidelik dat die eis vir skadevergoeding weens kontrakbreuk inderdaad *ex contractu* ontstaan en as sodanig van deliktuele eise vir skadevergoeding onderskei moet word.

⁶⁷ D 19 5 3; D 19 5 15; D 19 5 17 5; D 19 5 25; D 43 26 2 2; D 43 26 19 2.

⁶⁸ D 19 5 8.

⁶⁹ D 19 5 7.

⁷⁰ D 19 5 17 1.

⁷¹ Voet (n 27) 19 5 4.