

VOETSTOOTS TER UITSLUITING VAN AANSPREEKLIKHEID

By Johannes Jacobus van der Walt*

1 Inleiding

Soos die titel van hierdie artikel aandui, beïnvloed 'n voetstootsklausule kontraktuele aanspreeklikheid en sluit dit die werking van kontraktuele remedies uit.

Daar moet vanuit die staanspoor onderskei word tussen *ex lege* waarborge (*naturalia*) en *ex consensu* waarborge (*incidentalialia*). Die rede hiervoor is dat die voetstootsklausule nie laasgenoemde waarborge kan uitsluit nie. Verder, indien die voetstootsklausule wel ingesluit word en die *ex lege* waarborg word uitgesluit, laat dit die koper sonder die aedilisiese aksies.¹

In die Suid-Afrikaanse handelswêreld is daar sekere gevestigde grondbeginsels met spesifieke juridiese waarde en belang. Twee belangrike voorbeelde van hierdie grondbeginsels – *pacta sunt servanda* en die rol van goeie trou – vind toepassing in hierdie artikel. Kontraktuele verhoudings is geleë in die hart van die handelswêreld, daarom moet daar gestand gedoen word aan die inhoud van kontrakte. Goeie trou, alhoewel dit direk teenoor *pacta sunt servanda* staan, moet egter ook in ag geneem word vanweë die gemeenregtelike waarde van hierdie beginsel en ook nou die grondwetlike belang daarvan wat deur die saak van *Barkhuizen v Napier*² bewerkstellig is. Met inagnome van genoemde twee beginsels word die verband tussen die voetstootsklausule en *dolus* in die lig van Appèlhof beslissings bevraagteken waar die hof die *onus* wat deur die koper gedra word onnodig, en met respek verkeerdelik, ten gunste van die verkoper uitgelê het.³

Verder word die belangrikheid van 'n individu se onroerende eiendom ('n huis) in sodanige persoon se boedel in verband gebring met die uiteindelijke verkoop daarvan. Juis om hierdie belangrikheid word die toepassing van die Wet op Verbruikersbeskerming⁴ op die koop en verkoop van 'n individu se onroerende eiendom (huis) ook krities ontleed.

* Tweede Jaar BCom Regte, Universiteit van Pretoria.

¹ *Van der Merwe v Meades* 1991 4 All SA 43 (A).

² 2007 2 SA 323 (C).

³ *Van der Merwe* (n 1 hierbo).

⁴ Wet 68 van 2008, hierna 'die Wet'.

Derhalwe is die doel van hierdie artikel nie net om bloot informatief die presiese betekenis, inhoud en invloed van die voetstootsklausule te bespreek en te ontleed nie, maar ook die interpretasie van die klausule met spesifieke verwysing na *dolus* en die invloed daarvan te bevraagteken. Goeie trou word van meet af in ag geneem om nie net die gemeenregtelike perspektief te oorweeg nie, maar ook die toonaangewende statutêre en grondwetlike invloed. Laastens sal die hofspraak van *Odendaal v Ferraris*⁵ as 'n praktiese geval gebruik word ter illustrasie van die posisie wat in die artikel voorgelê word.

2 Belang van goeie trou in die Suid-Afrikaanse kontraktereg

Die belangrikheid van die Romeinse reg lê in die feit dat dit die grondslag van die Suid-Afrikaanse gemene reg vorm. Die beginsel van goeie trou is juis te vinde in die Romeinse reg. Goeie trou staan vandag vas in die Suid-Afrikaanse regstelsel, maar tot welke mate genoemde beginsel 'n daadwerklike invloed op kontrakte het, word toegelig na gelang van drie sake en die Wet op Verbruikersbeskerming.

Eerstens verwys ek na die bekende hofspraak van *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes*.⁶ In hierdie saak is 'n kontrak in sy geheel deur die hof op grond van openbare beleid ongeldig verklaar. Verskeie klausules was so onregverdig en so grof uitbuitend dat die kontrak, na die mening van die hof, nie afdwingbaar moes word nie. Die openbare belang en goeie trou het dus voorkeur geniet bo *pacta sunt servanda*. Derhalwe is die beginsel soos volg 'die onredelike en eensydige bevordering van jou eie belang ten koste van 'n ander kan in die uiterste van gevalle die beginsel van goeie trou aantas – in so 'n mate dat dit swaarder weeg as die openbare belang by die streng afdwingbaarheid van kontrakte.'⁷

In die saak van *Brisley v Drotzky*⁸ het die hof die standpunt ingeneem dat die beginsel in die *Sasfin*-saak tot gevalle van buitengewone onbillikheid beperk moet word. Alhoewel begrippe soos redelikheid en billikheid die kontraktereg ten grondslag lê, is hierdie waardes slegs abstrakte waardes eerder as substantiewe regsreëls wat deur 'n voorsittende beampte aangewend kan word om by kontraktuele verhoudings in te meng.⁹

⁵ 2008 4 All SA 529 (HHA).

⁶ 1989 1 SA 1 (A).

⁷ D Hutchinson *et al Kontraktereg in Suid-Afrika* (2010) 31.

⁸ 2002 4 SA 1 (HHA).

⁹ Hutchinson (n 7 hierbo) 32.

Verder word hierdie begrippe in 'n grondwetlike perspektief gestel in die saak van *Barkhuizen*: 'Notions of fairness, justice and equity, and reasonableness cannot be separated from public policy.'¹⁰ Die hof het gemeld dat daar by die grondwetlike aanvegting van 'n kontraktuele beding bepaal moet word of die beding wat aangeveg word strydig is met openbare beleid, soos vergestalt in die waardes onderliggend aan ons konstitusionele demokrasie. Laasgenoemde waardes is daardie waardes wat die grondwet as grondslag lê en ook dié wat uiting vind in die Handves van Regte. Derhalwe sal goeie trou steeds 'n integrale rol in kontrakte speel, maar slegs as 'n enkele faktor wat deel vorm van 'n konstitusionele, openbare beleid soos uiteengesit in die Handves van Regte.

Laastens word die Wet op Verbruikersbeskerming in ag geneem en word derhalwe aangevoer dat billikheid en goeie trou statutêr van belang gemaak is en dat dit in teenstryd met grondwetlike oorweging van openbare belang as 'n faktor *per se* kan dien om 'n kontrak as *ab initio* nietig¹¹ te ag of te vernietig. Die Wet vermeld die belang daarvan om verbruikers se welstand te bevorder deur die verbruiker te beskerm teen 'gewetenlose, onbillike, onredelike, onregverdige of andersins onbehoorlike handelspraktyke'¹² en 'oneerlike, misleidende, onbillike of bedrieglike gedrag.'¹³

Begrippe soos 'gewetenloos', 'onbillik' en 'onredelik' dui oënskynlik op die beginsel van goeie trou en daar word dus aan die hand gedoen dat waar die Wet op 'n kontrak van toepassing is, goeie trou 'n wesentlike invloed op genoemde kontrak se uitleg en geldigheid het.

3 Romeinse Reg

Van meet af aan is 'n verbintenis as 'n regsband (*iuris vinculum*) beskou.¹⁴ Hierdie 'band' het sekere gevolge ingehou en soos hieronder aangedui sal word, het sodanige gevolge beduidend verander soos die Romeinse reg ontwikkel het. Hierdie regsband is 'n verbintenis waaraan die reg sekere gevolge heg.

In die Romeinse regstelsel is daar slegs 'n beperkte aantal kontrakte erken en kan geklassifiseer word as óf *stricti iuris*¹⁵ óf *bonae fidei*.¹⁶ Die belangrikste vereiste vir die totstandkoming van 'n

¹⁰ Sien (n 2 hierbo) by para 73.

¹¹ Artikel 51(3) van die Wet.

¹² Artikel 3(1)(d)(i) van die Wet.

¹³ Artikel 3(1)(d)(ii) van die Wet.

¹⁴ P van Warmelo 'n *Inleiding tot die Studie van die Romeinse Reg* (1971) 251.

¹⁵ Die *exceptio doli* verweer geld by *stricti iuris*-kontrakte.

¹⁶ Hutchinson (n 7 hierbo) 29.

kontrak, hetsy *stricti iuris*, hetsy *bonae fidei*, was wilsooreenstemming (*consensus*).¹⁷

3.1 *Stricti iuris*-kontrakte

By die bepalings van *stricti iuris*-kontrakte het goeie trou feitlik geen rol gespeel nie. Howe het geen diskresie gehad nie. Indien die korrekte prosedurele formaat nagekom is, sal die kontrak bindend wees, al was bedrog ten tyde van kontraksluiting aanwesig.¹⁸ Hierdie kontrakte het 'n *obligatio* tot gevolg gehad. Laasgenoemde was 'n band wat deur die reg opgelê is waarmee een party (die krediteur) 'n reg het teen die ander party ('n debiteur) se persoon.¹⁹ Waar die debiteur gevolglik nie sy verpligting nagekom het nie, kon die krediteur letterlik op sy persoon, dit wil sê op homself, beslag lê, en hom verkoop of selfs doodmaak.²⁰ Hierby het die handeling ('verkoopshandeling') *per se* tot gevolg gehad dat 'n verbintenis tot stand kom wat logieserwys neerkom op die handeling *mancipatio*.²¹ Dit sal toepaslik wees om te meld dat hierdie handeling formalisties en streng was. Daar moes aan oudmodiese vereistes, gebruike en tradisies voldoen word ten einde regserkende gevolge aan die bedoeling van die partye te gee.²² 'Hier het ons te doen met 'n formele handeling ('n *contractus*, in die sin van Gaius) waarvolgens die verbintenis tot stand kom.'²³

Mancipatio het 'n letterlike gebondenheid veroorsaak en blykbaar begin die begrip *obligatio* met die gebruik van *mancipatio* te ontwikkel om later gesien te word as 'n regsband waarvolgens die een party 'n eis teen aan die ander het.

3.2 *Bonae fidei*-kontrakte

Heelwat later het *bonae fidei*-kontrakte ontwikkel en het die behoefte aan die *exceptio doli* vervaag tot in 'n fase van ongebruik.²⁴ Kontrakte kon nou terug herlei word na die beginsel van goeie trou omrede die konsensuele koopkontrak in die ontwikkelde Romeinse reg 'n kontrak was wat deur die goeie trou beheer is ('n *negotium bonae fidei*).²⁵ In teenstelling met die *stricti iuris*-kontrakte behels die *negotium*, waaruit verbintenisse voortvloei (teenoor *obligatio*) slegs

¹⁷ Ten aansien van die artikel sal slegs *consensus* bespreek word.

¹⁸ Hutchinson (n 7 hierbo) 45.

¹⁹ Van Warmelo (n 14 hierbo) 251.

²⁰ Van Warmelo (n 14 hierbo) 252.

²¹ Soos hierbo.

²² Soos hierbo.

²³ Soos hierbo.

²⁴ PJ Thomas et al *Historiese Grondslae van die Suid-Afrikaanse Privaatreg* (2000) 358.

²⁵ Thomas (n 24 hierbo) 358.

dat, in die geval van 'n konsensuele koopkontrak (*emptio et venditio*), partye op drie punte moet ooreenkom.²⁶ Eerstens moet een partye bereid wees om te koop en die ander om te verkoop, tweedens moet die partye eens wees oor die saak wat verkoop word en derdens moet daar eenstemmigheid wees wat betref die prys wat betaal moet word.²⁷ Indien die verkoper nie sy verpligtinge nagekom het nie was die aksie genaamd *actio empti* tot die beskikking van die koper. Met die aksie kon die koper 'n bedrag geld eis wat hom in 'n posisie sou plaas indien die kontrak behoortlik nagekom is. Waar die verkoper bedrieglik opgetree het was die *actio empti* ook tot die beskikking van die koper waarby die verkoper vir die skade wat die koper gely het aanspreeklik sou wees.²⁸ Skadevergoeding kon dus met die *actio empti* verhaal word.

3.3 Faktore wat *consensus* beïnvloed

Sekere gebreke wat *consensus* beïnvloed is deur die Romeinse reg erken en vervolgens word daarop uitgebrei.

Bedrog (*dolus*) soos omskryf in Romeinse reg is 'enige geslepenheid, lis of duistere optrede wat daarop gemik was om 'n ander te mislei of te bedrieg'.²⁹

Uit bogenoemde word afgelei dat bedrog 'n bedrieglike handeling uitmaak. Sodanige handeling is een wat volgens die algemene opvatting in die gemeenskap as bedrieglik of onfatsoenlik bestempel word, wat juis daarom die saak bemoeilik om die begrip bedrog (*dolus*) deur middel van 'n klinkklare definisie uit te druk ook, omrede die opvatting van 'n gemeenskap met tyd verander.³⁰ Met inagnome van voormelde kan bedrog soos volg omskryf word: 'n Opsetlike onregmatige handeling wat gepaard gaan met 'n wanvoorstelling. Die rede hiervoor is oënskynlik dat 'n verkoper 'n wanvoorstelling maak ten aansien van byvoorbeeld die bedinge in die kontrak of waarborge oor die gehalte en toestand van die koopsaak. Hierbo is vermeld dat kontrakte wat op 'n bedrieglike wyse en teen die goeie trou beginsel aangegaan is, onderworpe is aan 'n reeks remedies vir die benadeelde. 'n Kontrak wat gesluit is en waar bedrog ter sprake is, is myns insiens vernietigbaar. Dus kan die benadeelde die kontak beëindig en restitusie eis, vir sover hy vermoënsregtelike skade gely het. Die benadeelde word dan in die finansiële posisie geplaas waarin hy homself bevind het voor kontraksluiting.³¹

²⁶ Van Warmelo (n 14 hierbo) 287.

²⁷ Soos hierbo.

²⁸ Thomas (n 24 hierbo) 363.

²⁹ Thomas (n 24 hierbo) 243.

³⁰ Warmelo (n 14 hierbo) 347.

³¹ P du Plessis *Borkowski's Textbook on Roman Law* (2010) 78 en 346.

Nalatigheid (*culpa*) sluit oor die algemeen nie wilsooreenstemming uit nie, maar stel die verkoper aanspreeklik vir vordering en skadevergoeding. Alle skuld word onder *culpa* verstaan behalwe *dolus*. Drie vorme ten aansien van *culpa* word erken, maar slegs een word hier gemeld – *culpa lata*. ‘Growwe nalatigheid [of *culpa lata*] was vir alle praktiese doeleindes presies dieselfde as *dolus*.’³²

3.4 Verpligtinge van die verkoper

By *perfecta*-wording van ’n koopkontrak ontstaan daar sekere verpligtinge wat op die verkoper rus waaronder een die waarborg teen verborge gebreke is.³³

Tesame met vrywaring teen uitwinning het die waarborg teen verborge gebreke met die verloop van tyd ontwikkel. Hierdie verpligtinge tree *ipso iure* in werking.

3.4.1 Vrywaring teen uitwinning

Die vrywaring behels dat die verkoper aan die koper waarborg dat niemand met ’n beter titel die saak of ’n deel daarvan kan uitwin nie.³⁴ Vrywaring teen uitwinning is by elke koopkontrak inbegrepe, maar kon deur die partye uitdruklik uitgesluit word. Om laasgenoemde ’n moontlikheid te maak moes beide partye uitdruklik ’n kontrakbeding, naamlik die *pactum de non praestanda evictione*, insluit. Die *pactum de non praestanda evictione* kon nie afgedwing word indien die verkoper ’n saak wat hy geweet het aan ’n ander behoort op ’n bedrieglike wyse verkoop het of as hy meegewerk het om uitwinning te bewerkstellig nie.³⁵

3.4.2 Waarborg teen verborge gebreke

Verborge gebreke is daardie gebreke waarvan die koper nie kennis dra nie en ook nie redelik verwag kan word om van kennis te dra nie. Waar die verkoper kennis van die verborge gebrek dra, kom dit op *dolus* neer.³⁶ ’n Waarborg teen verborge gebreke is een van die verpligtinge, net soos ’n vrywaring teen uitwinning, wat van regsweë by die sluiting van ’n koopkontrak geld. Die oudste remedie was ’n aksie hangende die grootte van grond naamlik die *actio de modo agri*. Die remedie vind toepassing in ’n geval waar grond deur *mancipatio* oorgedra is en die verkoper ’n formele verklaring afgelê het oor die grootte van die grond. Die verkoper kon gevolglik aanspreeklik gehou

³² Thomas (n 24 hierbo) 243.

³³ Thomas (n 24 hierbo) 358.

³⁴ Thomas (n 24 hierbo) 355.

³⁵ Thomas (n 24 hierbo) 358.

³⁶ Warmelo (n 14 hierbo) 295.

word vir dubbeld die waarde van die grond waarmee die grond kleiner is as wat hy verklaar het.

Benewens die *actio de modo agri* het die *aediles curules* twee aksies aan die koper toegestaan. Die eerste remedie naamlik *actio redhibitoria* het ten doel om die partye in die posisie te plaas waarin hulle voor kontraksluiting was. Die koper kon dus die koopprys en die verkoper die koopsaak terugeis. Die *actio redhibitoria* kan slegs gebruik word indien die terugtrede regverdig is. Die toets daarvoor is of die verborge gebrek so ernstig is dat die koopsaak nutteloos is vir die doel waarvoor dit aangekoop is.³⁷ Tweedens is die *actio quanti minoris* ook tot die verkoper se beskikking wat die koper in staat stel om op 'n *pro rata*-vermindering van die koopprys aan te dring.³⁸

Hierdie waarborg is deur die Aediliesiese Edik ingevoer en het soos volg bepaal:³⁹

Those who sells slaves are to apprise purchasers of any disease or defect in their wares and whether a given slave is a runaway, a loiterer on errands or still subject to noxal liability; all these matters they must proclaim in due manner when the slaves are sold.

Dus is die herkoms van 'n waarborg teen verborge gebreke te vinde by die verkoop van slawe. Ulpianus het dit egter duidelik gestel, soos vervat in die *Digesta*, dat 'n verkoper steeds aanspreeklik sal wees al was laasgenoemde onbewus van die latente gebrek.⁴⁰

Dit is egter opvallend dat 'n openbaarmakingsplig op die verkoper rus om enige gebreke waarvan die koper nie van kennis dra nie of verwag kan word om kennis te dra nie, te openbaar. Dus indien die verkoper bewus is daarvan moet hy dit openbaar. Soos reeds aangedui, is die kennisname van die gebrek deur die verkoper nie 'n verweer nie – daarom 'n waarborg teen verborge gebreke.

Let egter op die volgende:⁴¹

Julian in his fifteenth book (Digest) distinguishes between the knowing and unknowing seller ... He says that if he (seller) acted unknowingly in selling a diseased herd or an unsound timber, then in an action on purchase (*actio empti*) he will be held responsible for the difference from the smaller amount I would have paid had I known of this. But if he knew but kept silent and so deceived the buyer, he will be held responsible to the buyer for all the losses sustained due to this sale.

Genoemde sluit egter aan by Voet waar hy meld dat 'n verkoper wat geweet het van 'n gebrek aanspreeklik is vir die totale verlies wat

³⁷ CJ Nagel et al *Besigheidsreg* (2007) 131.

³⁸ Nagel (n 36 hierbo).

³⁹ D.21.1.1.1.

⁴⁰ Vergelyk Voet 21, 1, 10 waar Voet dieselfde standpunt inneem en ook verwys na Ulpianus.

⁴¹ D.19.1.13.

deur die koper gely is as gevolg van die defektiewe produk.⁴² Waar 'n verkoper egter onwetend van die gebrek die saak verkoop het, sal laasgenoemde slegs aanspreeklikheid opgedoen vir sover hy of sy 'n fabrikant is.⁴³

Gevolglik is 'n verkoper aanspreeklik, ingevolge die aediliesiese aksies, vir enige verborge gebreke, ongeag of die verkoper kennis gedra het van die gebrek al dan nie. Verder sal die *actio empti* tot die koper se beskikking wees indien die optrede van die verkoper *dolus* uitmaak. Die kennis van die verkoper aangaande die gebrek is deurgaans van belang ten einde *dolus* daar te stel.⁴⁴ Met inagnome van bogenoemde word daar aan die hand gedoen dat waar die verkoper kennis van die gebrek dra en waar die koper op grond daarvan bedrieg word, sal hy bykomend tot die aediliesie aksies ook ingevolge die *actio empti* aanspreeklik wees:⁴⁵

[I]f he knew but kept silent and so deceived the buyer, he will be held responsible to the buyer for all the losses sustained due to this sale.⁴⁶ A seller ... who was aware of a defect is liable in addition to make good the whole loss.⁴⁷ If the vendor expressly exclude some disease and, for the rest, declare the slave healthy or give security in respect thereof, the agreement made is to be observed (for there is no return for those who forego their redress) unless the vendor, knowing of the disease, deliberately kept silent about it; in such case, the defence of fraud will be available.

Waar die koper vergoeding vir gevolgskade wil eis, moet die hy van die *actio empti* gebruik maak, maar dan moet hy bewys dat die verkoper ten tyde van kontraksluiting bewus was van die verborge gebreke dog dit bedrieglik (*dolo malo*) verswyg het.⁴⁸

Soos duidelik blyk, is die koper deurlopend teen verborge gebreke beskerm. Die uitsluiting van 'n waarborg teen verborge gebreke geld in beginsel, met verwysing na die substantiewe inhoud, op presies dieselfde manier as die van vrywaring teen uitwinning. In die geval waar die waarborg teen verborge gebreke uitgesluit word, word die werking van die aediliesie aksies dienooreenkomstig onmoontlik. Nes die *pactum de non praestanda evictione* is die uitsluiting van die waarborg teen verborge gebreke 'n uitsluitingsklousule en sodanig sal die vereistes van eerlikheid (*bona fides*) sowel as die onkunde van die verkoper aangaande die verborge gebrek ook geld.

⁴² D.21.1.10.

⁴³ C.J. Nagel et al *Kommersiële Reg* (2011) 223.

⁴⁴ D.21.1.1.2; D.18.1.43.2; D.19.1.13; Voet 21.1.10.

⁴⁵ D.21.14.9.

⁴⁶ D.19.1.13.

⁴⁷ Voet 21.1.10.

⁴⁸ P. van Warmelo *Vrywaring teen Gebreke by Koop in Suid-Afrika* Proefskrif (1941) 53.

Die basis van die Romeinse kontraktereg is toegelig met verwysing na hoe 'n kontrak tot stand kom, watter gebreke die kontrak beïnvloed sowel as toepaslike verpligtinge van die verkoper waarop die koper geregtig is. Vervolgens word die voetstootsklausule bespreek.

4 Voetstootsklausule: 'n Oorsig

'Daar is 'n verskeidenheid van klausules wat die aanspreeklikheid van die verkoper inperk wat onder die vaandel van die klausule vaar.⁴⁹ Vir die doeleindes van die artikel word die bespreking beperk tot 'n geval waar 'n saak voetstoots verkoop word. So 'n klausule is bloot daarop gemik om die verkoper van sy vrywaringsplig te onthef en sodanig word die Aediliese Edik se werking uitgesluit.⁵⁰ Myns insiens sluit die klausule enige waarborg teen verborge gebreke en gevolglik ook die vrywaringsplig van die verkoper, uit.⁵¹ Aanspreeklikheid vir onskuldige wanvoorstellings moet ook aangespreek word. In die saak van *Cockroft v Baxter*⁵² beslis Regter Ogilvie Thompson dat 'n voetstootsklausule wel aanspreeklikheid vir onskuldige wanvoorstelling kan uitsluit mits dit so bewoord is, maar dat 'n blote voetstootsklausule dit nie doen nie. Hy onderskei tussen wanvoorstellings wat op die kwaliteit van die saak en wanvoorstellings wat op omstandighede wat die waarde van die saak affekteer, gemik is.

By eersgenoemde is daar op 'n ooreengekome kwaliteit van die koopsaak gekontrakteer.⁵³ Dus, indien ooreengekome kwaliteit op 'n *dictum et promissum* neerkom, kan die insluiting van die voetstootsklausule nie die aanspreeklikheid vir die afwesigheid van die gewaande kwaliteit uitsluit nie. In beginsel kan 'n klausule nie uitgesluit word deur 'n klausule in te sluit wat eersgenoemde uitsluit en gevolglik nutteloos laat nie. Tweedens, '[i]n die Romeins-Hollandse reg, waar die voetstootsklausule sy oorsprong vind, was onskuldige wanvoorstelling as grond van aksie onbekend, sodat aanspreeklikheid daarvoor nie deur die voetstootsklausule uitgesluit is nie'.⁵⁴ Let daarop dat die klausule kan bepaal dat die verkoper geen aanspreeklikheid sal dra vir enige voorstellings ten opsigte van verborge gebreke nie en dus voldoen dit aan die 'bewoording' soos bedoel deur Regter Ogilvie Thompson.⁵⁵

⁴⁹ GL Grobler *Die Grondslag vir die Aanspreeklikheid van die Verkoper Weens Gebreke in die Koopsaak* (1974) 219.

⁵⁰ 1955 4 SA 93 (K) 96.

⁵¹ Sien hierbo 'Waarborg teen verborge gebreke'.

⁵² 1955 All SA 184 (K).

⁵³ Vergelyk met die *dictum et promissum* soos in *Phame (Pty) Ltd v Paizes* 1973 3 All SA 501 (A).

⁵⁴ Grobler (n 48 hierbo) 222.

⁵⁵ *Cockroft v Baxter* (n 54 hierbo).

'n Verborgte gebrek behels, soos beslis in *Holmdene Brickworks (Pty) Ltd v Roberts Construction Co Ltd*⁵⁶ 'n abnormale kwaliteit of eienskap wat die gebruiksnut van die koopsaak vernietig of weselik belemmer vir die doel waarvoor die *merx* gekoop is of waarvoor dit normaalweg gebruik word. Die hof het egter nagelaat om te beslis watter van die volgende aanwending moet vind. Moet die gebrek maklik waarneembaar of redelik waarneembaar wees, of moet dit redelikerwys waarneembaar wees deur 'n gewone koper? In die saak van *Van der Merwe v Meades*⁵⁷ is die posisie soos volg uiteengesit: In die Romeinse reg, by die sluiting van die kontrak, moes die koper onbewus gewees het van die bestaan van die gebrek. Die feit dat die verkoper by kontraksluiting van die gebrek onbewus was, was irrelevant. Kragtens die aediliese aksies, in die geval van verborge gebreke, was daar geen eis tot die beskikking van die koper en vir skadevergoeding nie en kon hy slegs skadevergoeding eis met die *actio empti*, mits hy kon bewys dat die verkoper ten tyde van kontraksluiting van die gebrek bewus was en dat hy die verborge gebrek *dolo malo* (opsetlik met die bedoeling om te bedrieg) verswyg het.⁵⁸

Derhalwe kan die hedendaagse verborge gebrek, soos volg omskryf word:⁵⁹

'n Gebrek in 'n koopsaak van 'n nie-onbenullige aard wat die gebruiksnut van die koopsaak affekteer en wat nie tydens die kontraksluiting aan die *koper* bekend was nie en ook nie met redelike sorgbesteding deur hom opgemerk kon word nie. [eie beklemtoning]

Vervolgens kan die voetstootsklausule soos volg omskryf word: 'n Voetstootsklausule is 'n uitsluitingsklausule wat spesifiek daarop ingestel is om die verkoper se *ipso iure* waarborg teen verborge gebreke uit te sluit. Hieruit spruit twee toepaslike vrae: Eerstens, is die blote kennis van 'n verborge gebrek genoeg om die verkoper aanspreeklik te stel? Tweedens moet vasgestel word of die verswyging van die gebrek met 'n opset om te bedrieg gepaard moet gaan. Ten einde gestelde vrae te beantwoord word daar na hofsake verwys.

In *Hadley v Savory*⁶⁰ is 'n perd voetstoots verkoop waar die verkoper van 'n latente gebrek bewus was. Regterpresident De Villiers baseer sy uitspraak op Voet.⁶¹ Sy interpretasie daarvan is dat wanneer die verkoper bewus is van 'n latente gebrek en met die aangaan van 'n kontrak 'n voetstootsklausule insluit, dit op bedrog neerkom.

⁵⁶ 1977 4 All SA 94 (A) soos bespreek in DJ Lötz *Besondere Kontrakte in die Hof* (2007) 57.

⁵⁷ 1991 4 All SA 43 (A) soos bespreek in DJ Lötz *Besondere Kontrakte in die Hof* (2007) 5.

⁵⁸ Soos bespreek in Lötz (n 57 hierbo) 62.

⁵⁹ Nagel (n 43 hierbo) 223. Sien ook *Dibley v Further* 1951 94 SA 73 (K); *Holmdene* (n 56 hierbo).

⁶⁰ 1916 TPA 385 bl46 A.

⁶¹ D.21.1.10.10.

Vervolgens verwerp hy die verweerder se argument dat die eiser nie aangetoon het dat hy bedrieglik gehandel het nie.⁶²

In *Van der Merwe v Culhane*⁶³ verkoop die eiser 'n huis voetstoots aan die verweerder. Ten tyde van kontraksluiting is die eiser bewus dat daar boorkewer in die houtwerk van die huis is, maar openbaar dit nie aan B nie. Waarnemende Regter Bresler verwys ook na Voet:⁶⁴

Dit is waar dat Voet sê dat die verkoper slegs gebonde is as hy die gebrek opsetlik versteek. Uit die tekste waarop Voet steun is dit egter duidelik dat juis deur 'n voetstootsklausule in die kontrak in te sluit terwyl hy van die gebrek weet, hy die gebrek opsetlik versteek.

In die saak van *Van der Merwe v Meades* het die hof die gemenerereg uitgelê en tot die gevolgtrekking gekom dat die Romeinse posisie net so in die Romeins-Hollandse reg oorgeneem is. Beide laaste twee genoemde sake is deur die hof verwerp en daar is beslis deur die hof dat waar 'n koper die voetstootsklausule wil aanveg moet die koper net bewys dat die verkoper daadwerklik van die verborge gebrek bewus was nie, maar dat laasgenoemde dit *dolo malo* verswyg het.

Met respek, die hof het hier gefouteer deur om die *onus* wat verlang word ten einde die aedilisiere aksies te verwar met dié van skadevergoeding. Alhoewel die voetstootsklausule die aedilisiere aksies se werking uitsluit kan 'n kontraktuele klousule nie die *onus* van die koper verhef nie.

Dit is duidelik, in die afwesigheid van die voetstootsklausule, dat waar die verkoper weet van die verborge gebrek sal die verkoper steeds aanspreeklik wees ingevolge die aedilisiere aksies. Waar die koper skadevergoeding wil eis, moet hy bewys dat die verkoper die verborge gebrek verswyg het met die bedoeling om te bedrieg (*dolo malo*).⁶⁵ Tot op hierdie stadium word daar aan die hand gedoen dat die benadering korrek is, maar neem die volgende situasie as 'n voorbeeld. 'n Verkoper verkoop sy huis voetstoots. Die huis het 'n verborge gebrek, waarvan die verkoper kennis gedra het ten tyde van kontraksluiting. Die koper kan nie die kontrak kanselleer en restitusie eis nie (*actio redhibitoria*). Hy kan ook nie 'n *pro rata*-vermindering van die koopprys eis nie (*actio quanti minoris*), tensy hy *dolo malo* verswyging deur die verkoper bewys. Let daarop dat sonder die klousule, sou die verkoper, al het hy kennis van die gebrek gedra al dan nie, aanspreeklik wees ingevolge die aedilisiere aksies. Hoekom nou waar die verkoper die voetstootsklausule insluit word die koper belas met dieselfde bewyslas om skadevergoeding, in die afwesigheid van die voetstootsklausule, te kan eis?

⁶² Grobler (n 49 hierbo) 387.

⁶³ 1952 3 SA 42 (T).

⁶⁴ Grobler (n 49 hierbo) 259.

⁶⁵ *Van der Merwe* (n 1 hierbo).

Dit is die mening van die skrywer dat waar daar sprake van 'n voetstootsklausule is, die definisie van 'n verborge gebrek dienoor eenkomstig aangepas moet word na 'n tweeledige definisie. Hierdie definisie sal soos volg lui: 'n Gebrek van 'n nie-onbenullige aard wat die gebruiksnut van die *merx* affekteer en waarvan beide die koper sowel as die verkoper ten tyde van kontraksluiting onbewus is. Omrede die verkoper toekomstige aanspreeklikheid, wat hy ten doel het om juis nie voor aanspreeklik te wees nie, met die voetstootsklausule kan uitsluit,⁶⁶ moet die definisie derhalwe aangepas word omrede dit onbillik, onregverdig en onredelik teenoor die koper sal wees indien die verkoper sodanige aanspreeklikheid kan uitsluit met deeglike kennis van die verborge gebrek en in die posisie geplaas word waar die koper 'n verhewe *onus* dra.

Verder kan ook geredeneer word dat waar 'n persoon, wie bewus is van 'n verborge gebrek en steeds die voetstootsklausule insluit en die gebrek verswyg, se optrede outomaties neerkom op 'n opsetlike verswyging met die bedoeling om die koper te bedrieg.

Ten slotte het die hof in *Truman v Leonard*⁶⁷ beslis dat waar 'n kontraktuele beding weens bedrog tot stand kom, sodanige beding op grond van openbare belang regtens onafdwingbaar is. Derhalwe waar 'n verkoper 'n verborge gebrek bedrieglik verswyg, moet 'n voetstootsbeding nie weggedink word nie. Die beding sal steeds staan, maar 'n verkoper sal slegs daarop kan steun vir sover hy of sy eerlik gehandel het. Die hof het Voet aangehaal ter ondersteuning van sy beslissing:⁶⁸

For the rest a seller who was aware of a defect will not be excused by the fact that at the time of sale he generally agreed and declared that he was selling the thing such as it is, and that he did not wish to be held liable for its defects and diseases. That is because by such a general form of words he appears to have spoken darkly in artfulness and trickery; and it is a clear inference from the passages cited below that such a person is in every way held liable.

Dit is dus duidelik dat indien die voetstootsklausule ingesluit is terwyl die verkoper van die verborge gebrek weet hy ten doel het om dit met opset te versteek⁶⁹ en tree hy bedrieglike op. Dit kom neer op *dolus* en is teenstrydig met die *bonae fidei* beginsel. Derhalwe moet in die geval waar 'n die voetstootsklausuleingesluit word, 'n definisie-verandering van 'n verborge gebrek plaasvind. Dit is duidelik dat waar iemand tot sy eie voordeel en ten koste van 'n ander party kontraktuele aanspreeklikheid kan uitsluit dit nie in die openbare

⁶⁶ Ingevolge die huidige definisie soos aanvaar deur die positiewe reg.

⁶⁷ 1994 4 All SA 445 (SOK).

⁶⁸ D.21.1.10.

⁶⁹ In die sin om inligting van die koper te weerhou, nie fisiese veranderinge aanbring nie.

belang kan wees nie.⁷⁰ Dus sal die 'n eis om skadevergoeding outomaties volg in omstandighede waar die verkoper die voetstootsklausule insluit en die verborge gebrek verswyg. Met inagneming van die bogenoemde, is die *onus* wat deur die koper gedra word onnodig, en met respek verkeerdelik, ten gunste van die verkoper uitgelê.⁷¹ Die *onus* van die hof is dus regverdigbaar in die afwesigheid van die voetstootsklausule en nie in die aanwesigheid daarvan nie.

5 Die Wet op Verbruikersbeskerming

Die Wet het 'n diepgaande impak op kontrakte waar dit regte aan die verbruiker verleen en verpligtinge vir die verskaffer daarstel. Vervolgens word die impak van genoemde wet bespreek met inagneming van die wisselwerking tussen *dolus* en die voetstootsklausule. Daar is wel in ag geneem dat die Wet sy herkoms vind vanuit die Kanadese reg, maar om regsvergeelyking effektief toe te pas en van belang te maak in die artikel is egter nie moontlik nie vanweë die uiteenlopende aard van die wetgewing wat verbruikerbeskerming in Suid-Afrika en Kanada reël.⁷²

5.1 Is die Wet van toepassing?

Eerstens moet vasgestel word of die Wet van toepassing is op 'n natuurlike persoon of 'n individu, wat sy of haar onroerende eiendom of verblyfplek, aan 'n ander individu verkoop.⁷³ Ingevolge die Wet is 'n verskaffer iemand wat goedere en dienste bemark.⁷⁴ Artikel 5(8)(c) bepaal dat die Wet van toepassing is ongeag of die verskaffer 'n individu is. Met ander woorde 'n individu is 'n verskaffer vir die doeleindes van die Wet. Verder is 'n verbruiker iemand aan wie die bepaalde goedere of dienste in die gewone loop van die verskaffer se besigheid bemark word. Die vraag ontstaan egter: Wat is in die gewone loop van die individu se besigheid? Is dit in die gewone loop van 'n individu se besigheid om eenmalig of menigmaal sy of haar onroerende eiendom te verkoop? Wat egter duidelik is, is dat 'n individu in die gewone loop van sy of haar lewe 'n ooreenkoms

⁷⁰ Vergelyk *Sasfin* (n 6 hierbo) en *Truman* (n 71 hierbo).

⁷¹ *Van der Merwe* (n 58 hierbo).

⁷² Roger Tassé, OC 'Consumer protection rights in Canada in the context of electronic commerce' (1998) in 'n verslag aan die Kanadese Kantoor vir die Verbruikersaffêre Industrie [http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/cdrcec_e.pdf/\\$FILE/cdrcec_e.pdf](http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/cdrcec_e.pdf/$FILE/cdrcec_e.pdf) (besoek op 3 Maart 2013).

⁷³ Vergelyk W Jacobs *et al* 'Fundamental consumer rights under the Consumer Protection Act 68 of 2008: A critical overview and analysis' (2010) 13 *Potchefstroomse Elektroniese Regsjoernaal* 3, waar tot die gevolgtrekking gekom is dat 'n hof duidelikheid hieroor moet bied.

⁷⁴ Artikel 1 van die Wet.

(kontrak) kan aangaan om sy of haar onroerende eiendom te verkoop.⁷⁵

Soos hieronder vermeld, is daar in 'n ooreenkoms wat op die verskaffing van goedere⁷⁶ betrekking het 'n versweë waarborg dat die goedere en dienste aan vereiste standarde voldoen. Dit is belangrik om op die gebruik van die woord 'ooreenkoms' te let wat die Wet definieer as 'n reëling of verstandhouding tussen twee of meer partye wat voorgee om 'n regsverhouding tussen hulle te vestig.⁷⁷ Dit het tot gevolg dat 'n individu 'n ooreenkoms ingevolge die Wet kan aangaan ten einde sy of haar onroerende eiendom te verkoop en ook die beskerming van artikel 56 van Die Wet geniet, omrede die omskrywing van 'ooreenkoms' geensins van 'in die gewone loop van die verskaffer se besigheid' melding maak nie. Genoemde versweë waarborg word gemaak deur, onder andere, 'n kleinhandelaar wat die produk moet verskaf.⁷⁸ 'n Individu is 'n verskaffer, soos reeds genoem, en dus kan 'n individu, analoog, as 'n kleinhandelaar, soos gedefinieer deur die Wet, gesien word.

Die Wet verleen en versterk spesifieke regte aan verbruikers soos byvoorbeeld 'die reg op gelyke behandeling in die markplek'.⁷⁹ Dit is seker dat waar onroerende eiendom deur 'n eiendomsontwikkelaar aan 'n verbruiker verkoop word die verbruiker die beskerming van die Wet sal geniet.⁸⁰ Waarom dan kan 'n verbruiker wat nie onroerende eiendom vanaf 'n ontwikkelaar aankoop nie, nie die beskerming van die Wet geniet nie? Juis as gevolg van die aard van onroerende eiendom met betrekking tot 'n individu se boedel, met ander woorde die belangrikheid van onroerende eiendom as 'n bate vir 'n individu, sal dit voordelig wees, bykomend tot gemeenregtelike reëls, om 'n individu se vermoënsregtelike belang in sodanige onroerende eiendom te beskerm, ongeag of die eiendom aangekoop is van 'n eiendomsontwikkelaar, al dan nie.

Verder word daarop gewys dat die Wet op Vervreemding van Grond⁸¹ spesifieke formaliteitsvereistes vir die vervreemding van onroerende goed voorskryf. Hierdie is egter die uitsondering op die algemene reël ingevolge die gemenerereg, dat geen formaliteitsvereistes vir die totstandkoming van 'n geldige kontrak vereis word nie, tensy partye tot die teendeel ooreenkom.⁸² 'n Standpunt wat ingeneem kan word is dat vanweë die belangrikheid van onroerende eiendom, statutêre vereistes in plek gestel is ten einde dit voldoende

⁷⁵ Hutchinson (n 7 hierbo) 22.

⁷⁶ Dit sluit onroerende eiendom in – sien artikel 1 van die Wet.

⁷⁷ Artikel 1 van die Wet.

⁷⁸ Artikel 56(1) van die Wet op Verbruikersbeskerming 68 van 2008.

⁷⁹ Hutchinson (n 7 hierbo) 34.

⁸⁰ Dit is die gewone loop van 'n eiendomsontwikkelaar se besigheid om onroerende eiendom te bemark en te verkoop.

⁸¹ 68 van 1981, artikel 2(1).

⁸² Hutchinson (n 7 hierbo) 167, Nagel (n 45 hierbo) 199.

te reguleer. In die saak van *Clements v Simpson*⁸³ bevestig die hof dat die wetgewer formaliteite vereis om onsekerhede te voorkom, dispute uit te sluit en wanpraktyke teë te werk.

Dus is dit die mening van die skrywer dat die Wet toepassing vind in 'n geval waar een individu sy of haar onroerende eiendom of verblyfplek, aan 'n ander individu verkoop.

5.2 Invloed van die Wet

Volgens die Wet het elke verbruiker die 'reg om goedere te ontvang wat van goeie gehalte, in 'n goeie werkende toestand en vry van enige defekte is'.⁸⁴ Dit is nie ter sake of die produkgebrek of defek verborge of sigbaar is nie, en of dit voor ontvangs van goedere deur 'n verbruiker opgemerk kon word nie.⁸⁵ In 'n ooreenkoms wat op die verskaffing van goedere aan 'n verbruiker betrekking het, is daar 'n versweë bepaling dat die kleinhandelaar waarborg dat die goedere aan die vereistes en standaarde voldoen soos beoog in die Wet.⁸⁶

Voor die inwerkingtreding van die Wet is 'n onderskeid tussen 'n latente en -patente gebrek gemaak.⁸⁷ Die kennisname van die gebrek is ook verslap in die sin dat daar nie van 'n verbruiker verwag word om die gebrek 'op te merk' nie. Verder is die werking van die voetstootsklousule drasties ingeperk aangesien die bepalings (*supra*) nie van toepassing is nie.⁸⁸

[I]ndien die verbruiker uitdruklik ingelig is dat bepaalde goedere in 'n spesifieke toestand aangebied is nie; en uitdruklik toegestem het om die goedere in daardie toestand te aanvaar, of wetend op 'n wyse opgetree het wat bestaanbaar is met aanvaarding van die goedere in daardie toestand nie.

Binne ses maande na die lewering van goedere kan 'n verbruiker dit aan die verskaffer teruggee sonder boete en op die verskaffer se onkoste en risiko, indien die goedere nie aan die vereistes en standaarde (*supra*), voldoen nie. Die verskaffer moet die gebrekkige, onveilige of defektiewe goedere herstel of vervang; of die prys deur die verbruiker vir die goedere betaal, aan die verbruiker terugbetaal.⁸⁹ Die verbruiker kan nóg die onroerende eiendom aan die verskaffer teruggee en die verskaffer kan nóg die onroerende eiendom vervang. Die verskaffer kan steeds die onroerende eiendom op sy onkoste herstel.

⁸³ 1971 3 All SA 196 (A).

⁸⁴ Artikel 55(2)(b) van die Wet.

⁸⁵ Artikel 55(5)(a) van die Wet.

⁸⁶ Artikel 56(1) van die Wet.

⁸⁷ Artikel 55(5)(a) van die Wet.

⁸⁸ Artikel 55(6)(a)-(b) van die Wet.

⁸⁹ Artikel 56(2)(a)-(b) van die Wet.

Die remedies ingevolge artikel 56(2) moet binne ses maande afgedwing word, maar die versweë waarborg bly voortbestaan vir 'n onbepaalde tydperk. Die voetstootsklausule het geen invloed op hierdie waarborg nie aangesien hierdie waarborg slegs oorkom (uitgesluit) word deur om aan die vereistes van artikel 55(6) te voldoen. Hierdie versweë waarborg is bykomend tot die gemeenregtelike waarborg.⁹⁰ In die skrywer se opinie het die Wet tot gevolg dat twee waarborge nou bestaan. Eerstens die waarborg soos vervat in artikel 56 en tweedens die gemeenregtelike waarborg teen verborge gebreke.⁹¹ In die eerste ses maande geld die versweë waarborg om aan die bepalings van die Wet te voldoen wat die verbruiker teen beide latente en patente gebreke beskerm. Die gemeenregtelike waarborg geld steeds, maar die statutêre waarborg is meer voordelig vir die verbruiker. Wat egter nadelig is van die statutêre waarborg is dat dit sal verval omdat sy remedies onderworpe is aan 'n tydsbeperking. 'n Bepaling sonder remedies om dit af te dwing is myns insiens 'n onafdwingbare bepaling. Vervolgens kan 'n voetstootsklausule ingesluit word, maar om die versweë waarborg uit te sluit moet daar aan artikel 55(6) voldoen word. 'n Voetstootsklausule, soos bedoel in die artikel, kan nie die versweë waarborg uitsluit nie omrede 'n beding nie strydig met wetgewing mag wees nie.⁹²

In die saak *Trollip v Jordaan*⁹³ het die appellant 'n plaas van die respondent gekoop ingevolge 'n koopkontrak wat die grense en grootte van die plaas korrek weerspieël het. Die appellant is egter mislei om te glo dat die plaas meer beboste grondgebied ingesluit het as wat die geval was, omdat die respondent se agent die grense van die plaas verkeerdelik aangedui het.⁹⁴

The statement in clause 1 that the property is sold voetstoots, that is to say, as seen, inspected and approved by the purchaser does not, as I have previously mentioned, refer to the area of land alleged to have been pointed out by the respondent to the appellant sixteen months before the signing of the deed of sale; it clearly and specifically refers to the property as defined in the deed of sale. The deed does not state that the appellant is buying the land which was pointed out to him; it declares unambiguously that the appellant is buying the property described in the deed of sale and that he has seen, inspected and approved of that property. What is more, that is the very property which the respondent, in terms of the deed of sale, is selling to the appellant.

Deur die klousule in te sluit het die appellant die eiendom gekoop soos beskryf in die koopkontrak. Dus is die appèl van die hand gewys.

⁹⁰ Artikel 56(4) van die Wet.

⁹¹ Sien hierbo 'Waarborg teen verborge gebreke'.

⁹² Nagel (n 45 hierbo) 44.

⁹³ 1961 1 SA 238 (A).

⁹⁴ Soos hierbo 93.

Vervolgens word afgelei dat 'n voetstootsklausule egter bykomend kan bepaal dat die verskaffer aan die vereistes van artikel 55(6) voldoen het, in sover dit werklik aan voldoen is, of indien dit by noodwendige implikasie sal blyk uit die gedrag van die verbruiker dat daar aan die genoemde artikel voldoen sal word. Die gemeenregtelike vermoede dat wetgewing nie bestaande reg onnodig wysig nie dien ook as 'n grond vir die gevolgtrekking dat die werking van die voetstootsklausule steeds geld soos voor die Wet, net ondergeskik aan die Wet.

6 *Odendaal v Ferraris*⁹⁵

Met inagnome van die algehele posisie soos geskets in die artikel word die beslissing van die saak in oënskou geneem en word dit krities ondersoek teen die gemeenregtelike agtergrond en die positiefregtelike toepassing daarvan. Daarna word die Wet op Verbruikersbeskerming op die feitlike agtergrond van die saak toegepas.

In hierdie saak het die respondent, Kevin Ferraris, 'n woonhuis by die applikant, Talita Odendaal, gekoop onderworpe aan 'n voetstootsklausule. Nadat die respondent die eiendom bewoon het, het hy 'n reeks defekte ontdek wat nie aan hom bekend gemaak is nie. Daarna het hy die applikant in kennis gestel dat hy instruksies vir sy bank gegee het om die betaling van die eiendom uit te stel. Die applikant het gevolglik aansoek gedoen om die respondent te verplig om die eiendom te ontruim.

Die respondent het verskeie defekte aan die hof gestel, byvoorbeeld dat die plafon tekens van ernstige waterbeskadiging toon en gedeeltelik ineengestort het, dat die riool mangat versteek was gedurende hul inspeksie van die woonhuis en dat die trappe bedek is met dierevelle met die doel om die defek te versteek. Die trappe het die eerste aand nadat hulle ingetrek het in duie gestort. Met die insluiting van die voetstootsklausule meen die applikant dat sy vrygesprek is van enige aanspreeklikheid ten aansien van genoemde gebreke.

Die hof volg dus die posisie soos uiteengesit in *Van der Merwe v Meades*. Die riool mangat en die trappe is beide bedek en juis daarom is beide gebreke vervorm in verborge gebreke. Met respek, kan 'n verborge gebrek nie versteek word nie, juis omdat dit verborge is. Wanneer 'n gebrek versteek word is dit nie 'n verborge gebrek nie, maar 'n versteekte gebrek. Dus het die hof verwag dat die koper nie net kennisname van 'n gebrek moet bewys waarvan die verkoper indien hy kennis daarvan dra, nie moet bedrieglik verswyg nie.

⁹⁵ 2008 4 All SA 529 (HHA).

Verder, waar die verkoper hierdie 'verborge' gebrek versteek word daar bykomend van die koper verwag om bedrieglike versteking te bewys. Soos reeds vermeld, deur 'n huis voetstoots te verkoop en van 'n verborge gebrek kennis te dra kom neer op *dolus* wat dus beteken dat 'n persoon nie hoef te bewys dat 'n gebrek op 'n spesifieke manier versteek moet word om op bedrog neer te kom nie.

In die verdediging kon die respondent nie bewys dat die applikant van enige gebrek geweet het nie en ook nie dat sy dit van hom weerhou het nie. Die trappe was bedek, maar die respondent het nooit aangevoer dat die applikant dit so bedek het met die doel om 'n gebrek te versteek nie en dieselfde geld vir die riool mangat. Daar is deur die applikant erken dat die mangat bedek is, maar dat dit met redelike sorg deur die respondent opgemerk kon word en dus nie 'n verborge gebrek is wat weerhou is nie. Laasgenoemde is 'n praktiese voorbeeld van die oorlaaide onus van 'n koper. Daar is *in casu* die standpunt ingeneem dat daar redelikerwys van enige koper verwag kan word dat 'n verkoper 'n rioolmangat, in 'n waskamer, met 'n kartonboks kan bedek. Die vraag is egter watter nugterdenkende, redelike, koper sou verwag dat waar 'n kartonboks in 'n waskamer geplaas is dat hierdie boks 'n rioolmangat sal bedek?

Die respondent kon ook nie bewys dat die applikant van die gebreke geweet het ten tye van kontraksluiting nie.⁹⁶ Die hof het beslis dat die respondent die eiendom moet verlaat aangesien die voetstootsklausule die applikant beskerm en die respondent nie *dolo malo* verswyging kon bewys nie.

'n Aangepaste beslissing, wat met bepalings en doel van die Wet op Verbruikersbeskerming strook word vervolgens uiteengesit. Die respondent het 'n reg om goedere te ontvang wat van 'n goeie gehalte, in 'n goeie werkende toestand en vry van enige defekte is.⁹⁷ Tesame met die versweë waarborg is die applikant aanspreeklik vir enige defekte, latent of patent. Dus in die eerste ses maande sal die respondent verplig word om die plafon te vervang, verantwoording te doen vir die rioolmangat en die herstelkoste van die trappe. Die insluiting van die voetstootsklausule sal nie die respondent vryspreek van die verpligting ingevolge artikel 55 nie.⁹⁸

Die respondent het die gebreke onder die applikant se aandag gebring voordat die ses maande tydperk verstryk het. 'n Aangepaste uitspraak word nou voorgehou:

- (1) Die respondent kan nie verplig word om die eiendom te verlaat, indien hy dit nie sou verkies nie. Vervolgens word die appèl van die hand gewys.

⁹⁶ In die skrywer se opinie is dit die enigste rede wat die beslissing regverdig.

⁹⁷ Artikel 55(2)(b) van die Wet.

⁹⁸ Artikel 55(6)(a)-(b) van die Wet.

(2) Aanspreeklikheid vir enige gebreke, latent of patent, in die woonhuis, wat nie ontstaan het as gevolg van die gebruik daarvan deur die respondent nie, is die van die applikant.

7 Slotopmerkings

Die interpretasie ten aansien van die onus wat deur die koper gedra word, moet aangepas word soos reeds gemeld. Verder sluit verborge gebreke nie versteekte gebreke in nie en versteking van 'n gebrek gee *per se* aanleiding tot *dolus*. Die posisie wat ingeneem word dat daar 'n definisieverandering plaasvind by die insluiting van die voetstootsklausule is myns insiens in lyn met 'n openbare beleid soos te vinde in die Handves van Regte en ook in die Wet op Verbruikersbeskerming.

Met verwysing na die hofsaak van *Trollip v Jordaan*⁹⁹ word analogies afgelei dat 'n voetstootsklausule slegs kan stipuleer dat daar aan artikel 55(6) se vereistes voldoen is, of aan voldoen kan word, maar kan nie die werking van die artikel uitsluit, soos wat die klousule steeds 'n verkoper se waarborg teen verborge gebreke kan uitsluit nie. Die bepaling van die Wet is onduidelik en abstrak. Soos vermeld is daar nou twee waarborge, die eerste wat statutêr van aard is en die tweede wat gemeenregtelik van aard is. 'n Ander interpretasie wat verneem dat 'n voetstootsklausule regtens nie meer kan bestaan nie kan myns insiens nie korrek wees nie. Indien sodanige interpretasie ondersteun word, beteken dit dat die Wet die gemeenregtelike waarborg teen verborge gebreke vervang het, wat teenstrydig met artikel 55(6) van die Wet is.

⁹⁹ Sien (n 98 hierbo).