

/SG
IN DIE HOOGEREGSHOF VAN SUID AFRIKA
(TRANSVAALSE PROVINSIALE AFDELING)

DATUM: 31/10/2005

SAAK NO: 21579/2001 en 21580/2001

ONRAPORTEERBAAR

In die saak tussen:

OLD MUTUAL LIFE ASSURANCE COMPANY
(SOUTH AFRICA) LIMITED formerly known as
SOUTH AFRICAN MUTUAL LIFE
ASSURANCE SOCIETY

EISER

En

MALENTINO HOLDINGS (PTY)
LIMITED t/a RISTORANTE ITALIANO 1STE VERWEERDER

PIERRE VOSLOO 2DE VERWEERDER

DANIEL FRANCOIS DE
VILLIERS STEYN 3RDE VERWEERDER

En

OLD MUTUAL LIFE ASSURANCE COMPANY
(SOUTH AFRICA) LIMITED formerly known as
SOUTH AFRICAN MUTUAL LIFE
ASSURANCE SOCIETY

EISER

En

JOINTWO HOLDINGS (PTY)
LIMITED t/a MACRIB 1STE VERWEERDER

PIERRE VOSLOO 2DE VERWEERDER

DANIEL FRANCOIS DE
VILLIERS STEYN 3RDE VERWEERDER

UITSPRAAK

VAN DER MERWE, R

Gedurende Augustus 2001 het die eiser twee aksies ingestel. Onder saaknommer 21579/2001 is aksie ingestel teen Jointwo Holdings (Pty) Limited (Jointwo), handeldrywende as MacRib as eerste verweerder, Pierre Vosloo as tweede verweerder en Daniel Francois de Villiers Steyn as derde verweerder. Onder saaknommer 21580/2001 is aksie ingestel teen Malentino Holding (Pty) Limited (Malentino), handeldrywende as Ristorante Italiano as eerste verweerder en dieselfde tweede en derde verweerdere. Behoudens dat die eerste verweerdere en die bedrae wat gevorder word verskil, is die twee aksies origins identies. Na 'n aansoek daarvoor, was die twee aksies gekonsolideer.

In saaknommer 21579/2001 is die skuldoorsaak gebaseer op 'n skriftelike huurkontrak wat tussen die eiser en Jointwo gesluit is ten opsigte van winkel no. 94 wat geleë is in die Riverside Mall te Nelspruit. In saaknommer 21580/2001 is die skuldoorsaak gebaseer op 'n skriftelike huurkontrak wat tussen die eiser en Malentino gesluit is ten opsigte van winkel no. 96 in dieselfde kompleks. In elke geval is aangevoer dat die eerste verweerdere kontrakbreuk gepleeg het deurdat hulle nagelaat en versuim het om verskuldigde huurgeld aan die eiser te betaal. In elke geval was die aksies teen die tweede en derde verweerdere gebaseer op skriftelike borgaktes waarin hulle aanspreeklikheid aanvaar het vir die

nakoming deur die eerste verweerders van hulle verpligtinge uit hoofde van die huurkontrakte teenoor die eiser.

In elke aksie was verder aangevoer dat indien die eerste verweerders die kansellasië van die huurkontrakte sou betwis en steeds in okkupasië van die huurpersele sou bly, hulle aanspreeklik is vir betaling van verdere huurgeld soos in die huurkontrakte ooreengekom. Dit is nie nodig dat ek verder op hierdie skuldoorsaak ingaan nie aangesien daar nie daarmee volhard is nie in die lig van ooreenkomste wat tussen die partye bereik is. In hulle verweerskrifte het die eerste verweerders aangevoer dat die skriftelike huurooreenkomste nie die ware en korrekte bedoeling van die partye weergee nie, dat die kontrakte gerektifiseer moet word (die presiese terme waarvan later bespreek sal word) en indien aldus gerektifiseer sou beteken dat die eiser telkens kontrakbreuk gepleeg het wat aanleiding sou gee tot teeneise in elke geval.

Die tweede en derde verweerders het in hulle verweerskrifte aanvanklik op twee verwerse gesteun. Die eerste was dat hulle nie gebonde was aan die bepalings van die borgstellings nie omrede hulle deur wanvoorstelling oorreed was om hulle as borge teenoor die eiser te verbind. Daar is nie met hierdie verweer voortgegaan nie en word dit gevolglik nie nou verder bespreek nie. In die loop van die verwysing na

die getuienis sal daar egter kortliks na hierdie aspek verwys word. Die tweede verweer is daarop gebaseer dat indien die huurkontrakte gerektifiseer sou word, die eiser telkens kontrakbreuk gepleeg het en op daardie wyse die verpligtinge van die tweede en derde verweerders as borge verswaar het. Daarom, so is aangevoer, is die tweede en derde verweerders bevry van enige aanspreeklikheid.

Tydens betoog was dit gemeensaak tussen die partye se regsverteenwoordigers dat indien rektifikasie nie toegestaan sou word nie, nie enige van die verweerders 'n verweer teen die eiser se vorderings teen hulle sou hê nie.

In elkeen van die twee aksies was in paragraaf 5 van die besonderhede van vordering aangevoer dat die skriftelike huurooreenkomste op of ongeveer 7 Julie 1998 en te Johannesburg gesluit is. By die aanvang van die verhoor was namens die eiser aansoek gedoen om hierdie datum en plek te verander na 31 Desember te Kaapstad.

Die verweerders het nie onmiddellik ingestem tot hierdie wysiging nie en aangevoer dat die effek van die wysiging eers oorweeg moes word. Vir daardie doel het die saak afgestaan. By die hervatting was namens die verweerders aangevoer dat toegestem sou word tot hierdie wysiging

op voorwaarde dat 'n wysiging wat die verweerders ter selfde tyd sou aanvra ook toegestaan sou word. Uiteindelik was die twee wysigings apart beoordeel en het die verweerders toegestem tot die wysiging deur die eiser aangevra.

Die eiser het beswaar gemaak teen die voorgestelde wysiging van die verweerders in soverre dit 'n erkenning sou terug trek dat 'n geldige huurkontrak, alhoewel moontlik onderhewig aan rektifikasie, tussen die partye gesluit is.

Betoog was oor die toelaatbaarheid van die wysiging aangehoor. In 'n *ex tempore* uitspraak het ek die aansoek om wysiging van die verweerders van die hand gewys. Soos uit daardie uitspraak blyk was daar reeds tevore kennis gegee deur die verweerders van 'n voorgenome wysiging wat nie formeel tot die pleitstukke aangebring is nie maar waarteen die eiser nie beswaar gehad het nie. Tot daardie wysigings was dan ook formeel toegestem. Soos verder uit die uitspraak sal blyk is die aansoek om verdere wysiging afgewys omdat daar gepoog was om 'n erkenning terug te trek.

Wat die koste van die aansoek om wysiging deur die verweerders betref is dit laat oorstaan vir latere betoog. Betoog was nie aangehoor

voordat uitspraak op die meriete voorbehou is nie. Sedertdien het ek skriftelike betoog van die advokate versoek oor die kwessie van koste. Ek handel later daarmee.

'n Totaal van vier bundels met dokumente was by ooreenkoms ingehandig. Daar was verdere bewysstukke, gemerk A tot G, ingehandig.

Die verweerders het die las om te begin aanvaar. Die tweede en derde verweerders het getuig. Namens die verweerder was een deskundige getuie, dr. D H Tustin geroep om te getuig oor die skade wat die eerste verweerders na bewering gelei het.

Namens die eiser het mnre. D M Stuart-Findly en M Klosterman getuig sowel as 'n deskundige getuie mnre. G J Skinner.

Dit is nie nodig dat ek die getuienis van hierdie getuies afsonderlik en in detail bespreek nie. Die verloop van die gebeure blyk duidelik uit die geheel van die getuienis en die dokumentasie waarna binnekort verwys sal word. Baie van die feite is gemeensaak soos sal blyk uit wat hierna volg.

Colliers RMS wat hulleself beskryf as International Property Consultants, het met die beplanning van die Riverside Mall te Nelspruit begin. Op hulle beurt het hulle met die eiser (wat sedertdien gedemutualiseer is en 'n naamsverandering ondergaan het) onderhandel. Die eiser het sy belangstelling in die ontwikkeling getoon. Die eiser sou uiteindelik die onroerende eiendom aankoop en betaal vir die ontwikkeling daarvan en also die eienaar van die Riverside Mall word.

Sedert ongeveer 1997 was die eiser in onderhandelinge met Spur Steak Ranchers Limited, die konsessiereggewer (franchisor) van die Spur en Panarotti handelsname asook met Foodgro ('n afdeling van Leisurenep Bpk), die konsessiereggewer (franchisor) van die MacRib en Ristorante Italiano handelsname. Beide hierdie konsessiegewers was begerig om huurterme met Colliers RMS te onderhandel. Spur se onderhandelinge het gehandel oor winkel no. 96 en Foodgro se onderhandelinge oor winkels 94 en 96 in die Riverside Mall kompleks. Die onderhandelinge het steeds met Colliers RMS voortgegaan ten spyte daarvan dat die eiser uiteindelik die eienaar/verhuurder van die winkels in die kompleks sou wees. Daar sal later aandag gegee word aan die verhouding tussen die eiser en Colliers RMS. Colliers RMS was beskryf as die “sole leasing agents” van die eiser. Soos later egter sal blyk was die finale besluit oor die sluiting van huurkontrakte en die terme daarvan

dié van die eiser. Mnr. Hilton Dukes het Colliers RMS verteenwoordig gedurende die tyd relevant tot hierdie aksies.

Die tweede en derde verweerders was daarin geïnteresseerd om sowel 'n MacRib, familie restaurant, en Ristorante Italiano, 'n Italiaanse restaurant, in die Riverside Mall oop te maak. Hulle is as geskikte kandidate deur die konsessiegewer Foodgro aanvaar en so aan Colliers RMS voorgestel. Die eienaars van 'n bestaande Spur restaurant te Nelspruit, die Du Preez broers, is ook deur die Spur konsessiegewer geïdentifiseer as 'n geskikte kandidaat en aan Colliers RMS voorgestel.

Mnr. Steyn, die derde verweerder, het getuig dat voordat hy en mnr. Vosloo, die tweede verweerder, deur Foodgro as konsessienemers aanvaar is, Foodgro aan hulle meegedeel het dat in die sogenaamde Food Court in die Riverside Mall sentrum daar óf 'n MacRib óf 'n Spur restaurant sou wees. Hulle, dit wil sê die tweede en derde verweerders, het Spur en MacRib beide as familie restaurante beskou en wou seker maak dat daar net een familie restaurant in die sentrum sou wees. Mnr. Steyn sê dat daar later van mnr. Hilton Dukes verneem is dat hierdie mededeling van Foodgro korrek was. Onder andere het Dukes aan hulle 'n plan getoon wat aangedui het dat daar óf 'n MacRib óf 'n Spur restaurant sou wees, maar nie albei nie.

Op 12 Desember 1997 teken die derde verweerder twee dokumente waarna tydens die verhoor verwys is as “heads of agreement” ten opsigte van winkel no. 94, vir MacRib, en winkel no. 96, vir Ristorante Italiano. In hierdie sogenaamde “heads of agreement” berig mnr. Hilton Dukes namens Colliers RMS aan Foodgro dat:

“Pursuant to our recent discussions, we have pleasure in detailing hereunder the provisions upon which the landlord will consider entering into an Agreement of Lease.”

Die oppervlakte van die betrokke winkel, die doel waarvoor dit gebruik sal word, die tydperk van die huurkontrak, die huurgeld en ander koste betaalbaar word in die ooreenkoms uiteengesit. Klousule 16.1 van die dokument lui soos volg:

“This letter records the basis upon which the tenant is prepared to enter into an Agreement of Lease with the Landlord for the hire of the leased premises and does not constitute an offer by the Landlord to let the leased premises to the Tenant on the terms and conditions contained herein.”

Paragraaf 16.2 op sy beurt lui soos volg:

“We confirm that we require you to sign the endorsement appearing below, and once signed, this letter will constitute an irrevocable offer by the Tenant to enter into an Agreement of Lease with the Landlord on the terms and conditions contained herein. Should the Landlord convey its acceptance, the essential elements of a lease will have been agreed and the parties hereby agree to be bound accordingly. Acceptance by the Landlord will take the form of an official letter signed by an authorised representative of the Landlord and will be accompanied by a formal Lease Agreement.”

Die dokument is deur die derde verweerder geteken onder die opskrif:

“We hereby accept the terms and conditions of this letter and agree to take the said premises.”

Dit blyk dat mnr. M Klosterman op 8 Januarie 1998 die twee eerste verweerders as huurders goedgekeur het. Daarna op 9 Januarie 1998 het mnr. Hilton Dukes namens Colliers RMS die tweede verweerder

skriftelik in kennis gestel dat winkels 94 en 96 aan die twee eerste verweerders verhuur is. In die betrokke skrywe van Hilton Dukes word die tweede verweerder meegedeel dat die standaard huurkontrak voorberei word maar dat tot tyd en wyl dit onderteken is die getekende aanbod, waarna reeds verwys is, 'n bindende huurooreenkoms daarstel.

Tydens 'n sogenaamde “leasing meeting” gehou op 14 Januarie 1998 is aangekondig dat beide die eerste verweerders as huurders goedgekeur is.

Spur was op 30 Januarie 1998 deur Hilton Dukes skriftelik in kennis gestel dat hulle nie suksesvol was vir die verkryging van winkel no. 96 nie. Op 10 Februarie 1998 het die Spur konsessiegewer aan mnr. Hilton Dukes geskryf en meegedeel dat hulle teleurgesteld is dat hulle aanbod om winkel 96 te huur nie suksesvol was nie. Dit is gemeensaak dat Spur daarna voortgegaan het om 'n huurkontrak te beding. In die notule van die sogenaamde “leasing meeting” van 11 Februarie 1998 word genotuleer dat wat betref die “food court” nog een winkel vakant is en dat Spur die geleentheid gegee sal word om winkel no. 81 te huur. Alhoewel winkel no. 81 beskryf word as in die “food court” te wees is dit gemeensaak dat dit nie so is nie aangesien dit buite daardie gebied is by 'n ingang.

Volgens die derde verweerder was die mededeling dat die twee eisers suksesvol was in die verkryging van die huurkontrakte vir hom en die tweede verweerder 'n groot geleentheid. Hulle is ook meegedeel dat hulle die volgende dag naamlik 12 Februarie 1998 die formele huurkontrakte moes gaan teken.

Die getuienis namens die verweerders is dat hulle voor ondertekening van die huurkontrakte verneem het dat daar 'n moontlikheid bestaan dat Spur ook 'n winkel in die kompleks sou verkry. Daarom was mnr. Dukes pertinent daaroor gevra op 12 Februarie 1998 voor ondertekening van die huurkontrakte. Volgens die verweerders was Dukes se mededeling dat Spur nie in die kompleks besigheid sou doen nie. Om daardie rede sê die tweede en derde verweerder, is die twee huurkontrakte geteken en is die nodige betaling aan Dukes gemaak. Betaling is ook reeds aan die konsessiegewer gemaak.

Die huurkontrakte gee voor om op 7 Julie 1998 geteken te wees. Dit is gemeensaak dat dit nie korrek is nie. Namens die eiser was aanvaar dat dit voor 18 Mei 1998 sou wees. Daar is niks wat die getuienis van die tweede en derde verweerders weerlê oor die datum van ondertekening

van die kontrakte nie en vir doeleindes van hierdie uitspraak aanvaar ek dat dit wel geteken is op 7 Februarie 1998.

Tydens die aansoek om wysiging namens die verweerders was aangevoer dat die huurkontrakte eers deur die eiser geteken is op 31 Desember 1998 en dat tot daardie datum daar geen bindende huurkontrakte was nie. Dit is dan ook die basis waarop aangevoer is dat geen erkenning teruggetrek word nie maar dat dit bloot net 'n konstatering van feite is. Ek het reeds tevore na die sogenaamde “heads of agreement” verwys wat reeds 'n bindende ooreenkoms daarstel na kennisgewing van aanvaarding van die voorwaardes.

Wat betref die formele huurkontrakte self handel klousule 2 met die periode van die huurkontrak en die toerusting van die winkel en bepaal klousules 2.7 en 2.8 soos volg:

“2.7 Notwithstanding any of the abovementioned provisions, this Lease shall only become binding upon the Landlord, when signed by the Tenant and by or on behalf of the Landlord, until which time the Tenant shall have no right of occupation whatsoever and no

claim to the existence of a tenancy, verbal or written,
as a result of:

2.7.1 Negotiations having been conducted or
concluded;

2.7.2 This Lease having been drafted, and signed by
the Tenant only;

2.7.3 The acceptance by the Landlord or its agents or
employees of any payment of rental or the
giving of possession of the premises to the
Tenant.

2.8 Should the Tenant already have taken possession of
the premises and the Landlord declines to sign this
Lease, the Tenant shall nevertheless be bound by the
terms of this Lease, save that the Tenant's occupation
of the premises shall be deemed to be on a monthly
tenancy, subject to one calendar month's written
notice to be given by either party, but subject in all

other respects to the terms and conditions of this Lease.”

Dit is gemeensaak dat voor 31 Desember 1998 die eerste verweerders reeds okkupasie van die gehuurde persele verkry het. Intendeel het die huurkontrakte formeel in werking getree gedurende September 1998.

Klousule 5 handel met die gebruik van die gehuurde perseel. Klousule 5.1 daarvan lui soos volg:

“The Tenant shall use the premises solely for the purposes set out in Section 7 of the Schedule and under its aformentioned trade name and acknowledges that it shall not have an exclusive right to any particular type of business being conducted in the building.”

Dit is juis hierdie klousule wat die verweerders aanvoer reggestel moet word. In die verweerskrif word gevra dat die volgende gedeelte van klousule 5.1 deurgehaal word:

“... and acknowledges that it shall not have an exclusive right to any particular type of business being conducted in the building.”

In die plek van die deurgehaalde gedeelte vra die verweerders dat die volgende ingevoeg moet word:

“The landlord undertakes not to let floor space in the building to anyone for the purpose of establishing or running a Spur restaurant, for the duration of this lease.”

Dit is gemeensaak tussen die partye dat daar aanvanklik aangedui was dat die huurkontrakte gesluit sou word in naam van entiteite wat nog opgerig sou word. Die eerste verweerders het tot stand gekom na die aanvanklike ondertekening van die “heads of agreement” en die formele huurooreenkomste. Dit is gemeensaak dat die bladsye waarop die verkeerde inligting voorkom bloot vervang is. Dit is dan ook die basis waarop die eiser aanvoer die datum van 7 Julie 1998 op die dokumente aangebring is. Die partye het egter nie enige besondere punt hiervan gemaak nie.

Mnr. Vosloo getuig dat by 'n vergadering wat te Nelspruit gehou was op 29 April 1998 hy verneem het dat Spur wel 'n perseel in die Riverside Mall bekom het. Dit is gemeensaak dat Colliers RMS Spur op 29 April 1998 skriftelik verwittig het dat hulle suksesvol was om 'n huurkontrak te verkry ten opsigte van winkel no. 81.

Nadat mnr. Vosloo hierdie inligting bekom het, het hy met Steyn geskakel en uiteindelik was met die konsessiegewer gekonsulteer en was besluit dat die konsessiegewer se regsverteenvoerder 'n brief namens die eerste verweerders sou voorberei en na die eiser sou stuur. 'n Skrywe gedateer 18 Mei 1998 was aan mnr. M Klosterman gerig en was die geskiedenis van die onderhandeling uiteengesit. In paragraaf 9 van die brief word die volgende gevolgtrekking gemaak:

“We are astounded by these findings since as aforesaid, the aforementioned Lease Agreements have been entered into on the sole basis that Spur, (or any other family restaurant) would not be granted a lease. Had we been aware that another family restaurant, such as Spur, would be conducting a business in the Mall, we would not have entered into the aforesaid Lease Agreements. Alternatively, we would not have entered into the Leases on the existing terms. Bearing

in mind that we have invested a fortune of money in the aforesaid businesses, the existence of any other family restaurant in the Mall, (such as Spur) shall severely jeopardise, if not prejudice our businesses.”

Van belang is ook dat die bepalings van klousules 10 en 11 van die brief wat soos volg lui:

“10. In the circumstances therefore, we are left with no alternative but to conclude that:

10.1 Your agent made a representation, ie: that Spur would not be granted a lease whilst knowing that this was false since it appears that negotiations with Spur had already commence with the view to granting them (Spur) a lease; or

10.2 It may be concluded that after the negotiations and before the conclusion of the Lease Agreements between the parties, the circumstances changed and that your agents

have failed in their duty to inform us that the representations previously made were false or that the circumstances had changed as aforesaid.

11. Unless we are a receipt of your written confirmation that Spur or any other family restaurant shall not be granted a lease in the Mall, we shall be left with no alternative but to instruct our attorneys to take whatever action which may in the circumstances be necessary.”

Dit blyk dat daar nie skriftelik op hierdie skrywe gereageer is nie en daarom het die verweerders 'n soortgelyke skrywe aan die konsessiegewer gerig. Die konsessiegewer het op 18 Junie 1998 met Colliers RMS in verbinding getree per brief en 'n afskrif van die skrywe van 3 Junie 1998 aangeheg.

Intussen egter was 'n “leasing meeting” op 20 Mei 1998 gehou. In paragraaf 7.3 daarvan word ten opsigte van die “food court” soos volg berig:

“MacRib and Ristorante Italiano have sent a letter to MK (M Klosterman) stating their objections to the Spur coming in. MK said that no exclusivity was given by OMP (Old Mutual Properties), and MK felt that the centre could sustain the Spur as a second family restaurant and that OMP would proceed on that basis. CRMS (Colliers RMS) have signed leases from MacRib and Ristorante Italiano. RR (R Ross) asked HD (Hilton Dukes) to establish MacRib and Ristorante Italiano’s commitment to the centre. RR stated that OMP would be prepared to cancel their leases due to the demand of good restaurants wanting to be in the centre, eg Mimmos and McDonalds.”

Dit is gemeensaak dat Hilton Dukes nooit aan die tweede en derde verweerders meegedeel het dat die eiser dit sou oorweeg om die huurkontrakte te kanselleer indien hulle so sou verkies nie.

Dit is gemeensaak tussen die partye dat Colliers RMS, en ’n besonder Hilton Dukes, nie ’n agent was namens en ten behoeve van die eiser wat die eiser kon bind ten opsigte van ooreenkomste nie. Namens die verweerders was Dukes beskryf as ’n “nuntius” wat dit wat die eiser bedoel en beoog het om te doen oorgedra het aan die verweerders en

ander voornemende huurders. Op daardie basis gesien is dit die standpunt van die verweerders dat ook die eiser bedoel het om slegs een sogenaamde familie restaurant naamlik óf die Spur óf MacRib in die kompleks toe te laat. Op daardie basis gesien, so is namens die verweerders betoog, was daar 'n voorafgaande ooreenkoms of afspraak tussen die eerste verweerders en die eiser dat, solank as wat die eerste verweerders se huurkontrak sou duur, Spur nie ook 'n huurkontrak gegee sou word nie. Op daardie basis, so het die betoog voortgegaan, is die verweerders geregtig op rektifikasie van die huurkontrakte. In die alternatief is aangevoer dat deur Dukes toe te laat om sekere standpunte aan die eerste verweerders oor te dra, die eiser 'n wanvoorstelling gepleeg het wat hulle ook geregtig maak op rektifikasie. In hierdie verband was namens die verweerders gesteun op die uitspraak in *Benjamin v Gurewitz* 1973 1 SA 418 (A).

Namens die eiser is aangevoer dat die eerste verweerders nie geregtig is op rektifikasie van die huurkontrakte nie omdat daar nie aangetoon was dat die skriftelike huurkontrakte nie die werklike en ware bedoeling van die partye weergee nie weens 'n gemeenskaplike fout wat deur hulle gemaak is. Daar is verder betoog dat daar geen ander klousule bestaan waarop die partye ooreengekom het en wat per abuis uit die ooreenkoms gelaat is nie. Die argument is onder andere daarop gebaseer

dat, alhoewel dit aanvanklik in vooruitsig gestel was dat óf MacRib óf Spur in die kompleks besigheid sou kon doen, daar nooit ooreengekom is tussen eiser en die twee eerste verweerders dat daar vir die duur van die huurkontrak, en enige verlenging daarvan, nooit 'n Spur toegelaat sou word as huurder nie. Intendeel, die dag voor die formele ondertekening van die huurkontrakte was dit die uitgesproke oogmerk van die eiser om Spur as 'n huurder toe te laat. Dukes was by daardie vergadering en was bewus van daardie standpunt maar ten spyte daarvan deel hy die tweede en derde verweerders op 12 Februarie 1998 mee dat daar nooit 'n Spur in die kompleks sou kom nie. Ek stem saam met mnr. Van Blerk SC dat op daardie stadium Dukes waarskynlik opsetlike wanvoorstelling of bedrog gepleeg het. Dukes was egter nie 'n verteenwoordiger van die eiser nie en het mnr. Maritz namens die verweerders korrek aanvaar dat Dukes se stelling nie bindend op die eiser sou wees nie.

Soos reeds gestel is namens die verweerders gesteun op die uitspraak in die saak van *Benjamin v Gurewitz supra*. Die betrokke uitspraak is nie gesag vir mnr. Maritz se standpunt dat 'n wanvoorstelling sonder meer as basis vir rektifikasie kan dien nie. Wat duidelik blyk uit die *Benjamin* saak *supra* is dat daar opsetlike wanvoorstelling was waar daar 'n sogenaamde gemeenskaplike fout was waarvan albei partye

bewus was. Daarom help die beroep van mnr. Maritz op Christie, *The Law of Contract*, 4de uitgawe, bl. 373-374 hom ook nie.

In die verweerder se verweerskrif was ook gesteun op die feit dat die brief van 18 Mei 1998, waarna verwys is, tot die kennis van die eiser gekom het en met daardie kennis die kontrak eers geteken is deur die eiser op 31 Desember 1998. Die argument was dat dit 'n kwalifikasie van die eerste verweerders se aanbod was wat aanvaar was deur die latere ondertekening van die kontrakte. Hierdie betoog is nie mee voortgegaan tydens argument nie. Na my oordeel tereg so.

Na my oordeel het die eerste verweerders nie daaraan geslaag om aan te toon dat hulle geregtig is op rektifikasie van die huurkontrakte nie. Dit beteken dat daar geen verweer vir die tweede en derde verweerders bestaan nie en dat die eerste verweerders se teeneise ook nie kan slaag nie.

Streng gesproke is dit nie nodig dat ek gevolglik met die vraagstuk van skade hoef te handel nie. Ek vind dit egter nodig om kortliks my standpunt daaroor uiteen te sit.

Dr. D H Tustin is 'n mark navorser. Hy het 'n vraelys opgestel wat aan besoekers van die sentrum voorgehou is en waarop antwoorde verkry is. Ten einde 'n beter steekproef te hê was ook telefoniese navrae gedoen. Mnr. Skinner se reaksie op hierdie vrae was dat onvolledige vrae gevra is. So onder andere was nie aan 'n besoeker van die sentrum gevra waar en by welke restaurant in die sentrum hy of sy sou gaan eet indien daar nie 'n Spur bestaan het nie. Mnr. Skinner het aangedui, en na my oordeel heeltemal tereg, dat indien daardie eenvoudige vrae gevra is dit met eens 'n antwoord sou verskaf oor wat die mark aandeel was wat elkeen van die ander restaurante, insluitende die twee verweerders, verloor het. Die ander wesenlike probleem wat die eerste verweerders ondervind in die bewys van skade is dat die sogenaamde “koek” verdeel is tussen drie restaurante. Dit het mnr. Maritz toegegee is verkeerd. Dit moes tussen tenminste vyf restaurante verdeel gewees het. Omdat die vyfde restaurant se omsetsyfers, uitgawes, ensovoorts nie beskikbaar is nie kon die aandeel van die vyfde restaurant in die oorloop van kliënte, indien 'n Spur nie in die sentrum bestaan het nie, nie bereken word nie. Dit beteken dat die skade wat na bewering gelei is deur die twee eerste verweerders nie bewys is nie. 'n Derde probleem wat deur mnr. Van Blerk SC uitgewys is, en ook aanvanklik deur mnr. Skinner, is dat sekere wisselende koste wat die twee eerste verweerders sou moes aangaan met 'n groter toeloop van kliënte, nie bewys is nie. Weereens is namens die

eiser aangevoer dat die tweede en derde verweerders baie eenvoudig die inligting kon verskaf indien hulle kon sê welke addisionele koste daar sou wees met 'n groter toeloop van kliënte en of die kliënte hoegenaamd geakkommodeer sou kon word.

Met hierdie enkele kort opmerkings oor die bewys van die omvang van skade is ek tevrede dat die twee eerste verweerders ook nie daarin geslaag het om hulle skade te bewys nie.

Ek het reeds hierbo daarop gewys dat die verweerders se aansoek om wysiging van die hand gewys is en dat koste oorgestaan het. Namens die verweerders het mnr. Maritz gevra dat die koste die uitslag van die saak behoort te volg. Mnr. Van Blerk SC namens die eiser het betoog dat die verweerders die koste moet dra en wel om die volgende redes:

1. Die verweerders se aansoek om wysiging het nie gevolg op die eiser se wysiging nie.
2. Die eiser se wysiging was daarop gemik om die bewerings in die besonderhede van vordering in ooreenstemming te bring met die inhoud van die dokumente waarop die eiser sou steun en was dus formeel van aard.

3. Die verweerders se wysiging daarenteen was daarop gemik om 'n erkenning terug te trek wat veroorsaak het dat die aansoek om wysiging nie kon slaag nie.

Mnr. Van Blerk SC het verder daarop gewys dat alhoewel die aansoek om wysiging nie die koste van twee advokate aan die kant van die eiser sou regverdig nie maar twee advokate was reeds betrokke in die verhoor en daarom behoort die koste van twee advokate toegelaat te word. Ek stem saam met hierdie benadering van mnr. Van Blerk.

Die partye het ooreengekom op welke bedrae die eiser geregtig is indien die eiser slaag in die eise. Die partye is ook *ad idem* dat rente teen 2% per maand betaalbaar is op die bedrae soos dit maandeliks betaalbaar geraak het. In hierdie verband het die partye ooreengekom dat dit nie nodig is dat ek elke maand se bedrag afsonderlik hoof uiteen te sit en betaling van rente daarop te gelas nie. Die partye is tevrede dat indien die totaal bedrag as vonnis toegestaan word die partye self die renteberekening sal kan doen.

1. In saaknommer 21579/2001 word vonnis ten gunste van die eiser teen die eerste, tweede en derde verweerders

gesamentlik en afsonderlik toegestaan in die bedrag van R1 972 265.82.

1.2 Die verweerders word gesamentlik en afsonderlik gelas om rente bereken teen die koers van 2% per maand te betaal op die bedrae soos dit maandeliks betaalbaar geraak het.

1.3 Die verweerders word gesamentlik en afsonderlik gelas om die koste van die aksie te betaal op die skaal soos tussen prokureur en kliënt, wat insluit die koste van twee advokate.

2. In saaknommer 21580/2001 word vonnis ten gunste van die eiser teen die eerste, tweede en derde verweerders gesamentlik en afsonderlik toegestaan in die bedrag van R1 229 048.17.

2.1 Die verweerders word gesamentlik en afsonderlik gelas om rente bereken teen die koers van 2% per maand te betaal op die bedrae soos dit maandeliks betaalbaar geraak het.

2.2 Die verweerders word gesamentlik en afsonderlik gelas om die koste van die aksie te betaal op die skaal soos tussen prokureur en kliënt, wat insluit die koste van twee advokate.

3. Die verweerders word gesamentlik en afsonderlik gelas om die koste veroorsaak deur hulle aansoek om wysiging te betaal wat insluit die koste van twee advokate.

W J VAN DER MERWE
REGTER VAN DIE HOOGGEREGSHOF

21579/2001 – 21580/2001

DATUM VAN VERHOOR: 13/09/2005

NAMENS DIE EISER: ADV J MARID

IN OPDRAG VAN: MNRE BRIAN KAHN ING

NAMENS DIE VERWEERDERS: ADV P J VAN BLERK

IN OPDRAG VAN: MNRE GRIESEL & BREYTENBACH

DATUM VAN UITSPRAAK: 31/10/2005