

DIE LEERSTUK VAN DIE „UNDISCLOSED PRINCIPAL“

deur

J.C. van der Horst

Proefskrif ingelewer vir die graad van
Doktor in die Regsgeleerdheid aan die
Universiteit van Stellenbosch.

Promotor: Prof. Dr. J.C. de Wet

Desember 1971



I N H O U D

Hoofstuk I	PROBLEEMSTELLING	1
Par. 1	Inleiding	1
Par. 2	Direkte verteenwoordiging	1
Par. 3	Die leerstuk en die begrip „undisclosed principal“	9
Par. 4	Die probleem geskep deur die leerstuk	14
Hoofstuk II	DIE „UNDISCLOSED PRINCIPAL“ IN DIE ENGELSE REG	17
Par. 1	„Authority“	17
	(a) Die vereiste	17
	(b) Die inhoud van „authority“	19
	(c) Die versaking van die vereiste	22
Par. 2	Die erkenning van direkte aanspreeklikheid tussen „undisclosed principal“ en derde	27
	(a) Die „undisclosed principal“ se reg om te eis	27
	(b) Die „undisclosed principal“ se aanspreeklikheid	35
Par. 3	Nadere ontleding van die „undisclosed principal“ se bevoegdheid en aanspreeklikheid	42
	(a) Die remedies van en teen die „undisclosed principal“	42
	(b) Die beskerming van die derde	44
	(c) Die beperking van die „undisclosed principal“ se aanspreeklikheid	53
	(d) Die verdere uitsluiting van die „undisclosed principal“	66
Par. 4	Samevatting	78
Hoofstuk III	DIE VERBORGE LASGEWER IN DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG	82
Par. 1	Die erkenning van direkte verteenwoordiging	82
Par. 2	Die verborge lasgewer in die Romeins-Hollandse bronne	88
Par. 3	Die regte van lasgewer teenoor derde	90
Par. 4	Die regte van derde teenoor lasgewer	98
Par. 5	Samevatting	106
Hoofstuk IV	DIE „UNDISCLOSED PRINCIPAL“ IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG	110
Par. 1	„Authority“	110
	(a) Die vereiste	110
	(b) Die inhoud van „authority“	112
	(c) Die versaking van die vereiste	113
Par. 2	Die erkenning van die leerstuk in die Suid-Afrikaanse reg	115
Par. 3	Nadere ontleding van die „undisclosed principal“-situasie	118
	(a) Die remedies van en teen die „undisclosed principal“	118
	(b) Die beskerming van die derde	119
	(c) Die beperking van die „undisclosed principal“ se aanspreeklikheid	126
	(d) Die verdere uitsluiting van die „undisclosed principal“	129

(e) Die funksie van die „undisclosed principal”-eise	132
Par. 4 Samevatting	134
Hoofstuk V EXCURSUS: DIE VERBORGE LASGEWER IN DRIE EUROPESE REGSTELSELS	137
Par. 1 Inleiding	137
Par. 2 Die Duitse reg	137
Par. 3 Die Nederlandse reg	145
Par. 4 Die Franse reg	152
Par. 5 Samevatting	157
Hoofstuk VI DIE DOGMATIESE REGVERDIGING VAN DIE LEERSTUK	160
Par. 1 Inleiding	160
Par. 2 Verklarings in die regspraak	161
(a) Engelse beslissings	161
(b) Suid-Afrikaanse beslissings	166
Par. 3 Pogings in die literatuur	168
(a) Onregmatige daad as aanspreeklikheidsgrondslag	168
(b) Die „undisclosed principal” as <u>cestui que trust</u>	170
(c) Die analogie van „assignment”	174
(d) „Consideration” as grondslag van die „undisclosed principal”-eise	181
(e) „Equity” as grondslag van die „undisclosed principal”-eise	187
Hoofstuk VII GEVOLGTREKKING	191
REGISTER VAN GEWYSDES	210
LITERATUUR	214

Hoofstuk I PROBLEEMSTELLINGPar. 1 Inleiding

Sedert die beslissing O'Leary and Another v. Harbord¹ in 1888 bestaan die leerstuk van die „undisclosed principal” in die Suid-Afrikaanse regspraak. Die uitgangspunt van hierdie verhandeling is dat die leerstuk en die reëls wat daarmee saamhang genoeg probleme skep om 'n ondersoek te regverdig.

Die problematiese karakter van die leerstuk volg daaruit dat die reëls in verband met die „undisclosed principal” op die oog af onversoenbaar is met die reëls wat betrekking het op direkte verteenwoordiging. Om ons probleem te kan formuleer, moet die reëls oor direkte verteenwoordiging in die Suid-Afrikaanse reg dus eers beskryf word. Aangesien die leerstuk van die „undisclosed principal” sy oorsprong in die Engelse reg het, is dit nodig om ook kortliks direkte verteenwoordiging in die Engelse reg te bespreek. Dit is verder nodig om op die teorie van verteenwoordiging in te gaan. Par. 2 word aan hierdie doelstellings gewy. In par. 3 word die leerstuk dan kortliks uiteengesit, die begrip „undisclosed principal” afgebaken, en 'n Afrikaanse term vir „undisclosed principal” gekies. Eindelik word in par. 4 die program van ondersoek, wat gevolg gaan word, geskets.

Par. 2 Direkte verteenwoordiging

Direkte verteenwoordiging het mens waar een persoon, die verteenwoordiger, namens 'n ander persoon, die prinsipaal, met 'n derde 'n ooreenkoms sluit, sodat regsbande direk tussen prinsipaal en derde gelê word, terwyl die verteenwoordiger self nóg regte aan die ooreenkoms ontleen nóg verpligtinge uit die ooreenkoms ooploop. Hierdie regsinstelling, wat mens reeds in die Romeins-Hollandse reg van die 17de eeu aantref,² is welbekend in die Suid-Afrikaanse reg.³

1 5 H.C.G.1.

2 Vgl. hoofstuk III hieronder.

3 Vgl. Blower v. Van Noorden 1909 T.S.890, op p.899; De Wet en Yeats, Kontraktereg en Handelsreg, 3de uitgawe (1964), pp.81-83; De Villiers and Macintosh, The Law of Agency in South Africa, 2de uitgawe deur Knight (1956), pp.1-16; Wille, Principles of South African Law, 6de uitgawe deur Gibson (1970), pp.449-450.

Dié aspekte van die verteenwoordigingsleer wat vir ons probleem van belang is, kan egter hier saamgevat word.

Vir die intree van verteenwoordigingsgevolge - d.w.s. die ontstaan van regte en/of verpligtinge in die persoon van die prinsipaal, en nie in dié van die verteenwoordiger nie - moet in beginsel aan twee vereistes voldoen wees. Eerstens moet die verteenwoordiger by sy optrede teenoor die derde daadwerklik namens die prinsipaal handel. Dit is juis hierdie optrede namens die prinsipaal, die feit dat die verteenwoordiger nie in sy persoonlike hoedanigheid teenoor die derde verskyn nie, maar wel as die verteenwoordiger van 'n ander, wat kenmerkend van verteenwoordiging is. Tweedens moet die verteenwoordiger deur die prinsipaal gemagtig („authorised”) wees om by die betrokke regshandeling(e) die prinsipaal se plek in te neem en vir hom op te tree. Trouens, van prinsipaal en verteenwoordiger kan eienlik slegs sprake wees waar sodanige magtiging, ook genoem volmag, bestaan.⁴

Die vereiste van optrede namens die prinsipaal beteken nie dat die prinsipaal noodwendig ten tyde van die sluiting van die ooreenkoms reeds geïdentifiseerd moet wees nie. Direkte verteenwoordiging van 'n ongeïdentifiseerde prinsipaal is wel moontlik, mits dit maar verteenwoordiger en derde se bedoeling is om die regsband te lê tussen die derde en 'n prinsipaal, wie se identiteit nog onbekend is.⁵

Soos uit die omskrywing van direkte verteenwoordiging hierbo blyk, dui die term „verteenvoordiging” 'n gebeure of verskynsel aan, naamlik dat een persoon in die plek van 'n ander 'n regshandeling verrig. Dit dui geen verhouding tussen persone aan nie. Hierdie

⁴ Ontbrekende volmag kan natuurlik deur latere ratifikasie van die verteenwoordigde aangevul word. Vgl. in die algemeen hieroor De Wet en Yeats, a.w., p.84; De Villiers and Macintosh, a.w., pp.108-123; Louwrens v. Clulee 1911 T.P.D.192.

⁵ Vgl. Bothomley v. Siew and Co. (1902) 9 H.C.G.207; Clark v. Watson 1905 N.L.R.695; Fairbairn v. Pepper (1904) 21 S.C.154; Marais v. Perks 1963 (4) S.A.802 (E). In die eersgenoemde twee beslissings word die ongeïdentifiseerde prinsipaal ten onregte 'n „undisclosed principal” genoem. Die gangbare Engelse term vir die ongeïdentifiseerde prinsipaal is „unnamed principal”. Vgl. Kahn, The Unnamed Principal, in (1956) 73 S.A.L.J.9.

punt verdien beklemtoning in die lig van die gebruik van die term „agency” in ons Engelstalige regs literatuur en beslissings. „Agency” word naamlik soms gebruik om 'n lasgewingsverhouding tussen 'n prinsipaal en 'n verteenwoordiger aan te dui, d.w.s. 'n lasgewingsverhouding waarby die lasgewer aan die lashebber volmag verleen het om die lasgewer te verteenwoordig.⁶ In ooreenstemming hiermee dra die gangbare Engelse terme vir „prinsipaal”, „verteenwoordiger” en „volmag” elk 'n dubbele betekenis. Wanneer naamlik van „principal”, „agent” en „authority” sprake is, word nie noodwendig gedink aan 'n „agent” wat gemagtig is om die „principal” te verteenwoordig nie, maar dikwels slegs aan iemand wat 'n opdrag het om in belang van 'n ander op te tree. Die „agent” se „authority” is dan ook nie noodwendig „volmag” om namens die „principal” teenoor derdes op te tree nie, maar 'n blote persoonlike verhouding teenoor die opdraggewer.⁷

Hoewel dit nou waar is dat die magtiging om 'n ander te verteenwoordig dikwels gepaard gaan met 'n opdrag wat vir die ander uitgevoer moet word, is dit die bestaan van die magtiging wat verteenwoordiging in beginsel moontlik maak, nie die bestaan, sonder meer, van die lasgewingsverhouding nie. Anders gestel: die wesenlike kenmerk van die verhouding tussen prinsipaal en verteenwoordiger is dat die verteenwoordiger deur die prinsipaal gemagtig is om die prinsipaal te verteenwoordig, en nie die enkele bestaan van 'n opdrag nie. Dit is hierdie gesigspunt wat soms in die gebruik van die terme „agency”, „principal”, „agent” en „authority” nie tot sy reg kom nie. Daarenteen tref mens in ons jongere Engelstalige regs literatuur die term „representation” aan, wat nie 'n lasgewingsverhouding tussen 'n prinsipaal en 'n verteenwoordiger aandui nie, maar wel verteenwoordiging as

⁶ Vgl. De Villiers and Macintosh, a.w., pp.16-17; Wille, a.w., p.450. Maasdorp, Institutes of South African Law, Vol.III, 8ste uitgawe deur Hall (1970), p.243, se definisie van „agency” is dié van 'n gewone lasgewingsooreenkoms.

⁷ Soos sal blyk, is dit juis in die „undisclosed principal”-gevalle dat hierdie gebruik van die terme ten duidelikste aan die lig kom.

regsverskynsel of regsfiguur.⁸

Daar kan nog daarop gewys word dat waar iemand in opdrag van 'n ander met 'n derde 'n ooreenkoms sluit, maar in eie naam handel, met die bedoeling om 'n regsband tussen homself en die derde te lê, en later aan sy opdraggewer rekenskap te gee, daar soms van indirekte verteenwoordiging gepraat word. Die term dien natuurlik om hierdie situasie van direkte verteenwoordiging te onderskei.⁹ Indirekte verteenwoordiging is egter geen besondere regsinstelling nie. Dis bloot 'n situasie wat daardeur gekenmerk word dat een persoon by die sluiting van 'n ooreenkoms 'n ander se belange behartig sonder om daardie ander te verteenvoordig, en dis dus, streng gesproke, geen verteenwoordiging nie.

Vervolgens kom ons by die Engelse reg. Om 'n akkurate samevatting van direkte verteenwoordiging in die Engelse reg te gee, is geen maklike taak nie, en wel omdat die verteenwoordigingsreg 'n sterk kasuïstiese inslag toon, en die terminologie soms mank gaan aan presiesheid.¹⁰ Hoewel daar nie sistematies tussen direkte en indirekte verteenwoordiging onderskei word nie,¹¹ ly dit geen twyfel nie dat die regsfiguur wat ons hierbo as direkte verteenwoordiging aangedui het, 'n bekende verskynsel in die Engelse reg is. Daar word naamlik erken dat waar (i) P vir V

8 Vgl. De Villiers and Macintosh, a.w., pp.1-3; Gibson, South African Mercantile and Company Law, tweede uitgawe (1966), pp.176-177. In die toonaangewende geval van Blower v. Van Noorden, t.a.p., word die „agent“ reeds ten regte nader omskryf met behulp van die term „representative“.

9 Vgl. De Wet en Yeats, a.w., pp.81-82. Hierdie onderskeiding is veral gangbaar in die moderne Duitse en Nederlandse reg.

10 Mens hoef slegs die eerste drie bladsye van die jongste uitgawe van Bowstead on Agency (13de uitgawe deur Reynolds en Davenport, London, 1968), die standaardwerk op hierdie gebied, te lees, om te beseef welke probleem dit is om algemene beginsels te probeer beskryf met terme wat skaars op 'n algemeen erkende betekenis aanspraak kan maak.

11 Slegs Stoljar, The Law of Agency (London, 1961), pp.11-12, gebruik die terme „direct agency“ en „indirect agency“, maar dui aan dat dit handel om „a distinction that is often made by civilian lawyers...“

1.2

magtig („authorise“) om in P se plek op te tree en vir hom te handel en (ii) V dan namens P met 'n derde 'n ooreenkoms sluit, die ooreenkoms bestaan tussen P en die derde, terwyl geen regsband tussen V en derde gelê word nie.¹² Soos in die Suid-Afrikaanse reg is direkte verteenwoordiging van 'n ongeïdentifiseerde prinsipaal (die sogenaamde „unnamed principal“) ook moontlik.¹³

In die Engelse reg is die gangbare terme vir prinsipaal en verteenwoordiger onderskeidelik „principal“ en „agent“. Soos in ons Engelse regstaal dra hierdie terme egter die addisionele betekenis van „lasgewer“ en „lashebber“, wat weer ten nouste saamhang met die opvatting van „agency“ as 'n soort lasgewingsverhouding.¹⁴ Ook die gebruik van die term „authority“ is nie beperk tot die situasie van direkte verteenwoordiging nie. Soos by die bespreking van die „undisclosed principal“-gevalle aangetoon sal word,¹⁵ word dit ook gebruik om eenvoudig die bestaan van 'n opdrag aan te dui.

Mens kan die posisie saamvat deur te sê dat hoewel direkte verteenwoordiging 'n alledaagse werklikheid van die Engelse regslewe is, hierdie regsverskynsel sistematies nie duidelik afgebaken is nie, en wel omdat die terme waarmee direkte verteenwoordiging beskryf word ook vryelik buite die verteenwoordigingsituasie aangewend word.

Dit is eindelik nog nodig om een en ander te sê oor die teorie van verteenwoordiging. Aangesien verteenwoordiging 'n wyse is om verbintnisse in die lewe te roep, moet deur middel van die teorie van verteenwoordiging aangetoon word dat hierdie instelling verantwoordbaar is in terme van aanvaarde grondslae van die verbintnissereg. Om te beskryf hoe hierdie probleem opgelos word, verwys ons eers kortliks na die verklaring vir kontraktuele gebondenheid.

¹² Vgl. in die algemeen Bowstead, a.w., pp.244, 373; Powell, The Law of Agency, 2de uitgawe (London, 1961), p.150; Fridman, The Law of Agency, 2de uitgawe (London, 1966), pp.147-149.

¹³ Vgl. Powell, a.w., pp.150-151, 266; Fridman, t.a.p.

¹⁴ Vir hierdie en ander betekenis van die term, vgl. Bowstead, a.w., pp.1-2; Powell, a.w., pp.31-32; Fridman, a.w., pp.8-10.

¹⁵ In par. II.1 hieronder.

Dat die kontrak een van die hoofbronne van verbintenis is, was reeds in die Romeinse reg 'n gemeenplaas. Op die vraag waarom mens gebonde is uit kontrak, het nog nooit volkome eenstemmigheid geheers nie. Die voor die hand liggende verklaring was nog altyd: omdat dit mens se bedoeling is om sodanig gebind te word.¹⁶ Om te sê dat 'n regsorde op die beginsel van privaautonomie gefundeer is, beteken eintlik niks anders nie as dat die reg binne perke die bedoeling van die regsobjek om regte te verwerf en verpligtinge op te loop ernstig opneem, en gevolg daaraan gee.¹⁷ Op die probleme wat ontstaan waar die manifestasie van 'n persoon se bedoeling nie 'n korrekte weergawe van die bedoeling self is nie, kan hier nie ingegaan word nie. Daar kan volstaan word met die stelling dat die „ontmoeting” van die kontrakspartye se bedoelinge, d.w.s. wilsooreenstemming, die uitgangspunt vorm ter vasstelling van die inhoud van die verpligtinge wat elk uit hoofde van die betrokke kontrak oploop, maar dat hierdie uitgangspunt nie onverbiddelik gehandhaaf word nie, en dat daar onder omstandighede ook ruimte bestaan om 'n teenparty gebonde te hou in terme van sy verklaring of in terme van die vertroue wat hy gewek het.¹⁸

Volgens eeue-ou opvatting het partye se bedoelinge bepaal, eerstens, teenoor wie jy jou verbind, en tweedens, wat die inhoud is van die verpligting, waartoe jy jou verbind. Die tegnologiese twintigste eeu met sy groot magkonsentrasie in organisasies¹⁹ en sy veelvuldige gebruik van sogenaamde gestandaardiseerde kontrakte, wat boonop meesal vir die leek van onoorsigtelik gekompliseerde aard is, het egter duidelik laat blyk dat die indiwidu se bedoeling ten aansien van die inhoud van die verpligting, waartoe hy hom verbind, dikwels in 'n groot mate fiktief kan wees.

- 16 Vgl. De Wet en Yeats, a.w., pp.10-15; A.J. Kerr, The Principles of the Law of Contract (1967), pp.1-9; Cheshire and Fifoot, The Law of Contract, 7de uitgawe (London, 1969), p.22; Chitty on Contracts, 23ste uitgawe (London, 1968), deel 1, p.2.
- 17 Vgl. in die algemeen oor privaautonomie W. Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, deel 2, Das Rechtsgeschäft (Berlin-Heidelberg-New York, 1965), par. 1.
- 18 Vgl. De Wet en Yeats, t.a.p.; Kerr, a.w., pp.1-3, 10; Cheshire and Fifoot, t.a.p.
- 19 In navolging van P.S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract (Oxford, 1961), p.16, gebruik ek hierdie term om maatskappye, vennootskappe, owerheidsinstansies, ens. aan te dui.

Eensyds het die individu se bedoeling naamlik in baie gevalle weinig of geen speelruimte by die bepaling van die inhoud van die kontrak nie, andersyds beskik hy dikwels nie oor insig in die aard van die verpligtinge wat hy oploop nie, sodat van sy bedoeling om hom sodanig te verbind slegs oneigenlik sprake kan wees.²⁰ Die bedoeling om teenoor 'n spesifieke persoon gebonde te wees, is egter vandag nog net so 'n hoeksteen van enige kontrak as wat outyds die geval was: van 'n kontrak kan naamlik in beginsel slegs sprake wees met verwysing na bepaalde persone, wat bedoel om teenoor mekaar geregtig en gebonde te wees.

Die kernprobleem by die dogmatiese regverdiging van verteenwoordiging is nou om die feit dat een persoon (die verteenwoordiger) die ooreenkoms sluit, terwyl die regsgevolge vir 'n ander (die prinsipaal) intree, verstaanbaar te maak in die lig van die vermelde grondslag van kontraktuele gebondenheid.²¹ Welke rol speel onderskeidelik die bedoelinge van prinsipaal en verteenwoordiger ter bereiking van wilsooreenstemming met die derde? Die oplossing van die probleem beweeg tussen twee pole: òf mens fingeer wilsooreenstemming tussen prinsipaal en derde, waardeur die verteenwoordiger tot blote werktuig van die prinsipaal gereduseer word, òf mens gaan uit van die bestaan van wilsooreenstemming tussen verteenwoordiger en derde, en verklaar dan dat die regsgevolge vir die prinsipaal intree omdat verteenwoordiger en derde dit bedoel, en die regsorde effek aan hulle bedoeling verleen.²² Die laasgenoemde opvatting bied klaarblyklik 'n meer akkurate beskrywing van die regswerklikheid as die eersgenoemde. Dit is 'n verskyningsvorm van die sogenaamde representasieteorie.²³

20 Vgl. oor hierdie hele aangeleentheid Atiyah, a.w., pp.1-19; Cheshire and Fifoot, a.w., pp.20-25; Flume, a.w., par.1-9.

21 In wat hierop volg beperk ek my tot die probleme rondom willekeurige verteenwoordiging, d.w.s. die dogmatiese regverdiging van deur die wet voorgeskrewe verteenwoordiging (bv. verteenwoordiging deur 'n voog of kurator) bly buite bespreking. Dis slegs die eersgenoemde vorm van verteenwoordiging wat in verband met die leerstuk van die „undisclosed principal” 'n rol speel.

22 Vir 'n oorsig van ander moontlikhede en variasies op hierdie twee konstruksies, sien Flume, a.w., par.43.2; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9de uitgawe (Frankfurt a.M., 1906, herdruk Aalen, 1963), deel 1, par. 73, voetnoot 16b. Vgl. ook Müller, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter (Stuttgart, 1969), pp.154-157.

Die inagneming hiervolgens slegs van die bedoelinge van die verteenwoordiger en die derde by die beoordeling van wilsooreenstemmingsprobleme hou klaarblyklike voordele in vir die handelsverkeer. Dit is dan nie verrassend dat hierdie teorie neerslag gevind het in 'n aantal regsisteme nie.²⁴ Deur De Wet en Yeats word die gedagtes wat hierdie teorie ten grondslag lê ook vir die Suid-Afrikaanse reg aanvaar.²⁵

Hoewel hierdie konstruksie van verteenwoordiging nou erkenning verleen aan die groot selfstandigheid wat dikwels die moderne verteenwoordiger se optrede kenmerk, neig dit tog om die prinsipaal op die agtergrond te dring, en hom byna as marionet in die verteenwoordiger se hande te laat verskyn. Ten regte word dan ook in die jonger Duitse literatuur gepoog om vir die prinsipaal 'n ietwat belangriker plek in te ruim as wat gewoonlik binne die raamwerk van die representasieteorie geskied. So beklemtoon Müller-Freienfels dat die verteenwoordiger se kompetensie of bevoegdheid om deur sy wilsuiting regsvolge vir die prinsipaal te laat intree van sekondêre aard is, en via magtiging ontleen is aan die bevoegdheid wat primêr by die prinsipaal self as regs subjek setel, naamlik om vir homself regte en verpligtinge te verkry.²⁶ Flume wys weer daarop dat die intrede van regsgevolge vir die prinsipaal uit hoofde van sy verteenwoordiger se optrede geen ontkenning van die prinsipaal se outonomie as regs subjek is nie, maar slegs die konsekwente deurvoering daarvan. Want volgens die beginsel van privaatoutonomie kan die prinsipaal binne perke vryelik vir homself regte en verpligtinge verwerf. Om hom toe te laat om vir hierdie doel van 'n verteenwoordiger gebruik te maak, is maar net die bevestiging deur die regsorde van sy bevoegdheid as regs subjek.²⁷

-
- 23 Vgl. verder hieroor Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch, in Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, band 10, 1866, pp.183-241.
- 24 Vgl. Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft (Tübingen, 1955), pp.12-14.
- 25 De Wet en Yeats, a.w., pp.81-83.
- 26 Müller-Freienfels, a.w., pp.65-103.
- 27 Flume, a.w., par.43.3.

Hierdie betoë van Müller-Freienfels en Flume het natuurlik geen praktiese implikasies vir die verteenwoordigingsreg nie. Ten regte beklemtoon hulle egter dat verteenwoordigingsgevolge nie heeltemal onafhanklik van die prinsipaal se bedoeling intree nie.²⁸ Want deur sy verlening van volmag stel hy enersyds die ontstaan van regte en verpligtinge tussen homself en derde in die vooruitsig, en baken hy andersyds die veld af waarbinne die regte en verpligtinge mag ontstaan.

Samevattend kan mens nou sê dat die instelling van verteenwoordiging dogmaties goed verantwoordbaar is, omdat die skepping van verbintenisse deur verteenwoordiging steeds uitdrukking is van die bedoeling om die betrokke verbintenisse in die lewe te roep, en wel die bedoeling van die partye en van een of albei se verteenwoordiger(s). Dat die prinsipaal deur die verteenwoordiger se sluiting van 'n ooreenkoms as kontraksparty teenoor die derde te staan kom, berus naamlik in die eerste plek op verteenwoordiger en derde se wilsooreenstemming om hierdie resultaat teweeg te bring. Deur die prinsipaal te verteenwoordig, verleen die verteenwoordiger egter ook uitdrukking aan die prinsipaal se bedoeling om regte teenoor die derde te verkry en/of verpligtinge teenoor hom op te loop. Dit verdien beklemtoning dat dit juis die verteenwoordiger se optrede namens die prinsipaal is, wat dit hoegenceemd moontlik maak vir die derde om self die bedoeling te vorm om regte teenoor die prinsipaal te verwerf en/of verpligtinge teenoor hom op te loop. Hierdie punt is van groot belang by die probleem om die leerstuk van die „undisclosed principal” dogmaties te verantwoord.

Par. 3 Die leerstuk en die begrip „undisclosed principal”

Die aanleiding tot die huidige ondersoek was die stelling gemaak deur De Wet en Yeats dat „'n stel reëls wat strydig is met die algemene beginsels van die verteenwoordigingsreg, is

²⁸ Die teendeel is natuurlik nooit deur die aanhangers van die representasieteorie beweer nie. Müller-Freienfels en Flume vrees skynbaar egter dat hierdie gedagte met verloop van tyd posgevat het.

die reëls wat betrekking het op die sogenaamde „undisclosed principal“.¹ Wat ons howe oor hierdie onderwerp te sê het, vat die skrywers soos volg saam: „Daar word naamlik geleer dat waar iemand in sy eie naam 'n ooreenkoms sluit met 'n ander, maar die kontraksluiter eintlik maar in diens van 'n ander handel, die derde na vore kan tree, sy hoedanigheid van 'prinsipaal' kan bekend maak, en kan ageer asof die „verteenwoordiger' van die begin af namens die „prinsipaal' gehandel het. Aan die ander kant kan die ander kontraksparty ook, as hy uitvind dat sy medekontraktant werklik maar 'n „verteenwoordiger' was, kies of hy die „verteenwoordiger' of die „prinsipaal' sal aanspreek.“² Die strydigheid met die beginsels van die verteenwoordigingsreg, waaroor die skrywers dit het, bestaan natuurlik in die erkenning van aanspreeklikheid tussen „prinsipaal' (die „undisclosed principal“) en die kontraksparty van die „verteenwoordiger' in 'n situasie waar daar, gemeet aan die hierbo beskrewe maatstawwe, geen direkte verteenwoordiging plaasgevind het nie, dog slegs sogenaamde indirekte verteenwoordiging.

Die persone wat in die „undisclosed principal“-situasie optree, moet nou nader afgebaken word. Daar is eerstens die „undisclosed principal“, wat ons die verborge lasgewer gaan noem. Daar is tweedens die „agent“, wat in opdrag van die lasgewer die ooreenkoms sluit. Ons gaan die „agent“ as lashebber aandui. Die persoon met wie die lashebber die ooreenkoms sluit, word die derde genoem. Die kenmerkende van die lashebber se optrede is dat hy die ooreenkoms met die derde in eie naam sluit. Dit is na aanleiding van die feit dat die lashebber nie namens die lasgewer optree nie, maar in eie naam, dat die lasgewer as „undisclosed“ aangedui word. Te oordeel aan hierdie term is die „undisclosed principal“ egter 'n persoon van wie die derde hoegenaamd nie bewus is nie. Die Engelse leerboeke beskryf die verborge lasgewer dan ook aldus. So word 'n „undisclosed principal“ in die

1 De Wet en Yeats, a.w., p.87.

2 Ibid., p.88. Die skrywers se verdere ontleding van die leerstuk is hier nie verder van belang nie.

jongste uitgawe van Bowstead on Agency gedefinieer as „a principal whose existence as principal is not known at the time of the transaction to the person dealing with the agent.”³ In hulle gesaghebbende opstel Undisclosed

Principals in Contract verklaar Goodhart en Hamson:

„By 'undisclosed principals' here are meant principals whose existence is not known to the third party and not principals who, known to be existent by the third party, are nevertheless not identified by name.”⁴ Fridman verklaar:

„Where the principal is 'undisclosed', neither the identity of the principal nor the fact that the agent is acting on behalf of someone else, is revealed to the third party with whom the agent contracts. In such instances, the third party believes that he is contracting personally with the agent...”⁵ Ook Powell gebruik die term „undisclosed

principal" vir gevalle waar die derde „does not know that [the agent] is acting for a principal at all.”⁶ En in die inleiding tot sy bespreking van die leerstuk van die „undisclosed principal" sê Stoljar dat „our problem has to do with an agent who contracts in his own name without disclosing the existence of [the principal]...”⁷

Ook in die Suid-Afrikaanse literatuur kom hierdie standpunt voor. Kahn sê naamlik dat mens met 'n „undisclosed principal" te doen het „where the existence of a principal is not revealed, so that the agent appears to be the principal...”⁸ En by implikasie onderskei De Villiers en Macintosh tussen „undisclosed principal" en „unnamed principal" na aanleiding van die omstandigheid of die lashebber „the existence of his principal" teenoor die derde bekend gemaak het.⁹

3 Bowstead, a.w., p.7.

4 (1932) 4 Cambridge L.J., p.320.

5 Fridman, a.w., p.147.

6 Powell, a.w., p.34.

7 Stoljar, a.w., p.203.

8 Kahn, The Unnamed Principal, in (1956) 73 S.A.L.J.9.

9 De Villiers and Macintosh, a.w., p.279.

Hierdie standpunt van die skrywers kan nie sonder voorbehoud aanvaar word nie, en wel om twee redes. In die eerste plek het mens in 'n hele aantal beslissings, wat toonaangewend op die gebied van die leerstuk is, te doen met 'n lasgewer van wie se bestaan die derde by kontraksluiting met die lashebber waarskynlik geweet het.¹⁰ Müller-Freienfels sê selfs dat „the doctrine of undisclosed agency was developed in the main in cases where, although the agent acted in his own name, it was well known that he had a principal behind him.”¹¹ Die definisie van die skrywers kom natuurlik neer op 'n ontkenning van hierdie toedrag van sake.

Die tweede rede is dat die probleme in verband met die „undisclosed principal” basies voortvloei uit die omstandigheid dat die derde met die lashebber en met hom alleen as kontraksparty rekening hou, nie enkel uit die omstandigheid dat die derde geen kennis van die bestaan van die lasgewer gehad het nie. Hoewel dit natuurlik waar is dat die derde uit die aard van die saak altyd met die lashebber as kontraksparty rekening hou waar hy nie van die bestaan van die lasgewer weet nie, is dit aan die ander kant duidelik dat waar die lashebber in eie naam optree, die derde nog altyd die lashebber as sy kontraksparty beskou, en dit ten spyte van sy moontlike kennis van die bestaan of selfs van die identiteit van die lasgewer. Waar aanspreeklikheid tussen sodanige lasgewer en die derde erken word, is die probleem om hierdie aanspreeklikheid te verklaar nie verskillend van die probleem om die aanspreeklikheid tussen derde en lasgewer, van wie se bestaan die derde aanvanklik glad nie bewus was nie, te verklaar. Dat die howe hierdie twee soorte gevalle nooit sistematies van

10 Vgl. byvoorbeeld Scrimshire v. Alderton (1743) 2 Str.1182 (93 E.R.1114); Kymer v. Suwercropp (1807) 1 Camp.109 en 180 (170 E.R.894 en 921); Waring v. Favenck (1807) 1 Camp.85 (170 E.R.886); Thomson v. Davenport (1829) 9 B.& C.79 (109 E.R.30); Higgins v. Senior (1841) 8 M.& W.834 (151 E.R. 1278). Vir die Suid-Afrikaanse reg sien Lippert & Co. v. Desbats 1869 Buch.189.

11 Müller-Freienfels, The Undisclosed Principal, in (1953) 16 M.L.R.299, op p.316.

mekaar onderskei het nie, maar die reëls in verband met die „undisclosed principal” op albei groepe aangewend het, is 'n erkenning dat al hierdie gevalle tot wesenlik dieselfde probleme aanleiding gee.

In hierdie verhandeling word dus met „undisclosed principal” bedoel 'n lasgewer waarmee die derde nie as kontraksparty rekening hou nie op grond van die feit dat die lashebber in eie naam die ooreenkoms met die derde sluit. Die enkele omstandigheid dat die derde bewus was daarvan dat die lashebber in opdrag van 'n ander optree, plaas die situasie dus nog nie buite die problematiek van die „undisclosed principal” nie.

Uit wat hierbo gesê is, volg dat waar 'n lashebber teenoor 'n derde verklaar dat hy namens A optree, terwyl hy eintlik in opdrag en in belang van B optree,¹² mens nie met 'n „undisclosed principal”-probleem te doen het nie, omdat die derde die lashebber nie as sy kontraksparty nie, maar wel as A se verteenwoordiger beskou. Mens het natuurlik ook nie met 'n „undisclosed principal” te doen waar iemand verklaar dat hy as „agent” optree, maar geen lasgewer identifiseer nie, en eintlik self die belanghebbende is.¹³ Dit is die omgekeerde van die „undisclosed principal”-situasie, waar die lashebber deur sy teenparty as kontraksparty beskou word, maar nie self die ware belanghebbende is nie. In hierdie geval verskyn die sogenaamde „agent” egter as verteenwoordiger van 'n buitestaander, terwyl hy self die belanghebbende is. Daar moet ook nog daarop gewys word dat die term „undisclosed principal” in beide Engelse en Suid-Afrikaanse beslissings soms foutief gebruik word om 'n ongeïdentifiseerde prinsipaal aan te dui, d.w.s. die term word soms in 'n situasie van

12 Vgl. die feite van die vroeë Engelse beslissing Phillips v. Duke of Bucks (1683) 1 Vern.227 (23 E.R.432).

13 Vgl. die feite van die Engelse beslissings Raynor v. Grote (1846) 15 M.& W.359 (153 E.R.888); Schmaltz v. Avery (1851) 16 Q.B.655 (117 E.R.1031), sowel as die Suid-Afrikaanse geval van Edelson v. Glenfields Estate (Pty) Ltd. 1955 (2) S.A.527 (E).

direkte verteenwoordiging aangewend.¹⁴

Eindelik moet nog iets oor die vertaling van „undisclosed” gesê word. Op die oomblik bestaan nog geen erkende Afrikaanse vertaling vir hierdie term nie. Slegs in twee Suid-Afrikaanse beslissings word gepoog om „undisclosed principal” te vertaal, naamlik met onverklaarde, ongeopenbaarde of versweë prinsipaal.¹⁵ Verder gebruik De Wet die uitdrukking onvermelde prinsipaal, maar hy sê nie uitdruklik of hy dit as vertaling vir „undisclosed principal” bedoel nie.¹⁶

Geeneen van hierdie terme is 'n gelukkige vertaling vir „undisclosed” nie. Onverklaard klink na 'n vertaling vir „undeclared”. Met versweë on ongeopenbaard is mens reeds nader aan die „undisclosed principal”-situasie. Albei terme moet egter op grond van taalgevoel onmiddellik as ontoepaslik verwerp word. Met onvermeld loop mens weer die gevaar van assosiasies met „unnamed”, wat die gangbare term vir die ongeïdentifiseerde prinsipaal is. Ten einde raad het ek dus besluit op verborge, wat verstaan moet word in die betekenis wat ek hierbo aan die term „undisclosed” gegee het, d.w.s. die lasgewer is verborge as moontlike reghebbende teenoor die derde op grond van die feit dat die lashebbende in eie naam optree.

Par. 4 Die probleem geskep deur die leerstuk

Uit wat hierbo gesê is, blyk duidelik genoeg waarom 'n ondersoek in verband met die „undisclosed principal”-leerstuk nodig is: in 'n situasie wat wesenlik van die tipiese situasie van direkte verteenwoordiging verskil, word sekere „verteenvoordigingsgevolge” erken, terwyl die terminologie van die leerstuk die indruk skep dat mens maar met besondere verteenwoordigingsreëls te doen het. Die „undisclosed principal”-situasie moet nou in sy geheel ontleed word om te sien of hierdie indruk geregverdig is.

¹⁴ Vgl. Benton v. Campbell, Parker & Co. [1925] 2 K.B.410, op pp.414, 415; Hersom v. Bernet [1955] 1 Q.B.98; Bothomley v. Siew & Co. (1902) 9 H.C.G.207, op pp.210, 211; Clark v. Watson 1905 N.L.R. 695, op pp.698, 699, 700; Scholtz v. Sieff 1928 O.P.D.131, op pp.132, 133.

¹⁵ In Lambinion v. Du Toit 1952 (4) S.A.431 (T), op pp.434, 435 (onverklaarde en versweë prinsipaal) en in Noordkaaplandse

Die vraag of mens hier met verteenwoordiging te doen het, is terselfdertyd die vraag na die bestaan van 'n kontrak tussen „undisclosed principal” en derde. Sou die bestaan van so 'n kontrak beweer word, dan moet ons nagaan of dit in terme van die gangbare kontraksteorie verantwoordbaar is. Sou die bestaan van so 'n kontrak ontken word, dan moet ons vasstel welke ander grondslag as kontrak moontlik ter regverdiging van die wedersydse eise tussen „undisclosed principal” en derde aangevoer word.

Hierdie vrae verteenwoordig tesame die probleem van die dogmatiese indeling van die leerstuk van die „undisclosed principal”, d.w.s. die probleem van hoe die leerstuk sistematies in die kontraktereg pas. Die ondersoek wil egter nie hiertoe beperk wees nie, maar ook funksionele oorwegings ter sprake bring. Onafhanklik van die versoenbaarheid al dan nie van die leerstuk met die beginsels van ons kontraktereg en verteenwoordigingsreg, wil ek dus die vraag stel of die reëls in verband met die „undisclosed principal” nie in effek 'n nuttige rol in die regslewe speel nie.

My werkwyse sal wees om eerstens die historiese oorsprong van die leerstuk en die positiewe reg oor die „undisclosed principal” in Engeland te beskryf (hoofstuk II). Sover ek weet, is nog nooit gepoog om op volledige wyse die historiese ontwikkeling van die verskillende reëls in verband met die „undisclosed principal” in die Engelse reg bloot te lê nie. Aangesien die leerstuk van die „undisclosed principal” in die Suid-Afrikaanse reg omtrent in sy geheel uit die Engelse reg afkomstig is, en by die toekomstige ontwikkeling van die leerstuk (d.w.s. indien dit nie verwerp word nie) in die Suid-Afrikaanse reg waarskynlik steeds op die Engelse reg teruggegryp sal word, het ek dit goed geag om by my behandeling van die Engelse reg volledigheid na te strew, op die gevaar af om my lesers te vermoei.

15 (vervolg) Aartappel-Kernmoerkwekers Ko-operasie Bpk. v. Cullinan 1971 (3) S.A.417, op pp.420, 421, 422, 423 (ongepoenbaarde en versweë prinsipaal).

16 J.C. de Wet, 'n Bydrae tot die geskiedenis van die ontwikkeling van direkte verteenwoordiging by die sluiting van ooreenkomste in T.H.R.-H.R., 1942, p.99.

Ná die behandeling van die Engelse reg sal ek direkte verteenwoordiging in die Romeins-Hollanse reg kortliks behandel, en dan probeer vasstel of die Romeins-Hollandse reg enige analogieë met die reëls in verband met die „undisclosed principal” bevat (hoofstuk III). Vervolgens word in hoofstuk IV die erkenning van die leerstuk en die positiewe reg oor die „undisclosed principal” in die Suid-Afrikaanse reg behandel. By wyse van regsvergelyking ondersoek ek daarop kortliks die wyse waarop enkele Europese regstelsels die „undisclosed principal”-situasie hanteer (hoofstuk V).

Eers dan kom ons by die beantwoording van die hierbo gestelde vrae. In hoofstuk VI probeer ek naamlik aantoon op welke wyse in regspraak en literatuur gepoog is om die spanning tussen die leerstuk en die kontraksteorie uit te stryk, en sluit in hoofstuk VII af met 'n kritiese samevatting.

Hoofstuk II DIE „UNDISCLOSED PRINCIPAL” IN DIE ENGELSE REGPar. 1 „Authority”(a) Die vereiste

Uit die omskrywing hierbo¹ van die „undisclosed principal”-situasie en van die persone wat daarin optree, blyk dat die verhouding tussen „undisclosed principal” en „agent” ’n lasgewingsverhouding is. Die opdrag waaroor dit tussen die verborge lasgewer en sy lashebbter handel, is dat laasgenoemde in belang van eersgenoemde by die sluiting van ’n ooreenkoms of ooreenkomste sal optree,² byvoorbeeld deur vir die lasgewer ’n saak of goed aan te koop of te verkoop. Wanneer so ’n opdrag bestaan, beskik die lashebbter volgens Engelsregtelike opvatting oor ’n bevoegdheid wat met die term „authority” aangedui word, ’n term dus wat ook gebruik word om die volmag om ’n ander te verteenwoordig, aan te dui.³ Die „authority” waaroor dit in die „undisclosed principal”-gevalle handel, gaan ek in par. (b) hieronder nader probeer ontleed.

Wat egter vas staan, is dat die reëls in verband met die „undisclosed principal” in beginsel slegs toegepas word wanneer daar ’n opdrag deur die beweerde „undisclosed principal” aan die beweerde „agent” gegee is, oftewel laasgenoemde oor „authority” beskik. Hierdie vereiste kom in die reël slegs indirek in die beslissings ter sprake, byvoorbeeld deurdat ondersoek word of die lashebbter „was really acting as agent” vir die lasgewer,⁴ of deurdat ten aansien van die verweerskrif van ’n derde, wat ’n skuldvergelykingsbevoegdheid teenoor die

1 Op p.10.

2 Die ooreenkoms tussen lasgewer en lashebbter kan ook lui dat die lashebbter nie net in belang van die lasgewer nie, maar ook in belang van homself optree, ’n toedrag van sake wat veral voorkom by vennootskappe. Vir toonaangewende voorbeelde van die behandeling van slapende vennote as „undisclosed principals”, sien Beckham v. Drake (1841) 9 M.& W.79 (152 E.R.35), op pp.95-96, 98; Kendall v. Hamilton (1879) 4 App.Cas.504, op pp.513, 515, 541, 542.

3 Vgl. pp.4-5 hierbo.

4. Vgl. Drughorn Ltd. v. Rederiaktiebolaget Transatlantic [1919] A.C.203, op p.206; Bart v. British West Indian Airways [1967] 1 Lloyd’s Rep.239, op p.282. En vgl. Rederiaktiebolaget Argonaut v. Hani [1918] 2 K.B.247, op p.249, waar die

II.1(a)

„undisclosed principal” probeer fundeer, die bewering vereis word dat die lashebber se „authority” ten tyde van die sluiting van die ooreenkoms bestaan het.⁵ In baie gevalle kom die opdrag of „authority” as sodanig glad nie ter sprake nie, eenvoudig omdat die bestaan van ’n lasgewingsverhouding genoegsaam daaruit blyk dat die „agent” as faktor opgetree het,⁶ of as makelaar,⁷ of as afslaer;⁸ of hy was vennoot,⁹ of medekoper,¹⁰ of mede-eienaar.^{11,12}

Indirek het die vereiste van „authority” ook duidelik tot uit-
ing gekom in die belangrike beslissing van Keighley, Maxsted & Co. v. Durant,¹³ waarin beslis is dat die leerstuk van ratifikasie nie op „undisclosed principals” van toepassing is nie. Hiermee is gesê dat dit nie vir P moontlik is om homself V se „undisclosed principal” te maak nie deur na sluiting van ’n ooreenkoms tussen V en D sy instemming te betuig met V se ongeopenbaarde bedoeling om die regsbande nie tussen homself en D nie, maar tussen P en D te lê. Dit beteken dat P as „undisclosed principal” na vore kan tree slegs indien V in opdrag van P gehandel het. Ten duidelikste kom hierdie houding tot uitdrukking in die woorde van Lord James of Hereford

4 (vervolg) moontlikheid van ’n eis deur of teen ’n „undisclosed principal” gestel word ten aansien van ’n kontrak gesluit „in the name of another person who was the agent of the undisclosed principal” (my beklemtoning); Horsfall v. Fautleroy (1830) 10 B.& C.754 (109 E.R.630), waar een van die motiveringe (R.Parke, p.759) vir die derde se mislukking teenoor die „undisclosed principal” die bevinding is dat die lashebber nie die „authority” gehad het om die betrokke kontrak te sluit nie; Beckham v. Drake (1841) 9 M.& W.79 (152 E.R.35), op pp.97, 99-100, waar die aanspreeklikheid van ’n slapende vennoot uit ’n kontrak gesluit deur sy medevennote uitdruklik afhanklik gestel is van die bevinding dat hy aan hulle die „authority” verleen het om die kontrak te sluit.

5 Vgl. Semenza v. Brinsley (1865) 18 C.B.(N.S.) 467 (144 E.R.526), op p.477; Borries v. Imperial Ottoman Bank (1873) L.R.9 C.P.38, op pp.44-46.

6 Vgl. Scrimshire v. Alderton (1743) 2 Str.1182 (93 E.R.1114); Rabone v. Williams (1785) 7 Term Rep.360 (101 E.R.1020); George v. Clagett (1797) 7 Term Rep.359 (101 E.R.1019); Moore v. Clementson (1809) 2 Camp.22 (170 E.R.1068).

7 Vgl. Waring v. Favencck (1807) 1 Camp.85 (170 E.R.886); Kymer v. Suwercropp (1807) 1 Camp.109 en 180 (170 E.R.894 en 921).

op p.251 van die verslag: „Doubtless a person can confirm and ratify a contract which was in fact made on his behalf. But an undisclosed principal must exist at the time of the contract. He cannot be brought into life as a principal after the contract has been made without any recognition of his existence.”

Wat die literatuur betref, vind mens die beste stelling oor die vereiste van „authority” by Goodhart en Hamson,¹⁴ wat verklaar: „A question of undisclosed principal properly speaking arises only in cases in which the agent was acting within his authority...”¹⁵

(b) Die inhoud van „authority”

Die ondersoek na die betekenis van die „authority” waaroor dit in die „undisclosed principal”-beslissings handel, geskied ten beste deur hierdie „authority” met volmag te vergelyk. Die vernaamste aspek van volmagsverlening is die bedoeling van die prinsipaal. Uit die aard van die saak is dit by volmagsverlening die prinsipaal se bedoeling, eerstens, dat regsbande direk tussen hom en derde ontstaan uit die verteenwoordiger se ooreenkoms met die derde. In ooreenstemming hiermee is dit in die tweede plek sy bedoeling dat die verteenwoordiger sy bestaan en miskien sy identiteit teenoor die derde sal openbaar.

- 8 Vgl. Filby v. Hounsell (1896) 2 Ch.737.
- 9 Vgl. Stracey v. Deey (1789) 7 Term Rep.361n (101 E.R.1021); Gouthwaite v. Duckworth (1810) 12 East 420 (104 E.R.164).
- 10 Vgl. Cothay v. Fennell (1830) 10 B.& C.671 (109 E.R.599); Smith v. Wheatcroft (1878) 9 Ch.D.223.
- 11 Vgl. Skinner v. Stocks (1821) 4 B.& Ald.437 (106 E.R.997).
- 12 Sien ook nog Nelthorpe v. Holgate (1844) 1 Coll.203 (63 E.R.384); Dyster v. Randall & Sons [1926] Ch.932.
- 13 [1901] A.C.240. Vgl. ook Saunderson v. Griffiths (1826) 5 B.& C.909 (108 E.R.338); Heath v. Chilton (1844) 12 M.& W.632 (152 E.R.1352).
- 14 T.a.p., p.338.
- 15 Vgl. ook op p.330: „It is only with suits on transactions within authority that we are concerned... It is from such suits only that the doctrine of undisclosed principal arose...” Vgl. ook Mechem, The Liability of an Undisclosed Principal, in (1910) 23 Harvard L.R.513, wat teen die einde van sy artikel (op p.598) verklaar: „It must be kept in mind that the rules here considered contemplate the actual existence of authority from a principal, though he be not disclosed... It is... an indispensable part of the plaintiff's case to show that the alleged principal was really such.”

II.1(b)

Hierteenoor word daar vir die toepassing van die leerstuk van die „undisclosed principal” nie onderskei tussen die geval waar die lasgewer beveel dat die lashebbter sy bestaan en identiteit teenoor die derde openbaar nie,¹ die geval waar hy spesifiek verbied dat sy bestaan of identiteit geopenbaar word,² en die tussengeval, waar die openbaring van sy belang by die saak vir hom irrelevant is.³ In ooreenstemming hiermee word dan ook nie onderskei tussen die situasie waar dit die lasgewer se bedoeling is dat regsbande direk tussen hom en die derde ontstaan nie, en dié waar by bedoel dat die transaksie selfstandig deur die lashebbter teenoor die derde afgewikkel word, waarop die lashebbter dan aan hom (die lasgewer) rekenskap gee. Dis wel waar dat die derde in een geval teen 'n beweerde „undisclosed principal” misluk omdat die derde nie die bestaan van „authority to create privity” kon bewys nie,⁴ wat die indruk mag skep dat die toepassing van die leerstuk veronderstel dat die lasgewer minstens bereid moes wees dat regsbande direk tussen hom en derde ontstaan. Aan die ander kant is daar verskeie gevalle waar „undisclosed principal”-remedies erken word in weerwil daarvan dat die lasgewer by opdraggewing klaarblyklik slegs indirekte verteenwoordiging in die vooruitsig gestel het.⁵

Mens kan die posisie saamvat deur te sê dat die gesindheid van die lasgewer met betrekking tot die ontstaan van regsbande tussen hom en derde in beginsel geen rol speel by die toepassing van die leerstuk nie. Hoewel „authority” dus die volmag om namens die lasgewer ooreenkomste te sluit kan omvat, is volmags-

1 Vgl. Ex p. Dixon, re Henley (1876) 4 Ch.D.133.

2 Vgl. Calder v. Dobell (1871) L.R.6 C.P.486, waar die lashebbter toe egter die lasgewer se identiteit geopenbaar het; Dyster v. Randall & Sons [1926] Ch.932.

3 Vgl. Coates v. Lewes (1808) 1 Camp.444 (170 E.R.1015).

4 Vgl. Armstrong v. Stokes (1872) L.R.7 Q.B.598, op pp.603-606, sowel as die dubbelsinnige stelling in Garnac Grain Co. Inc. v. H.M.F. Faure & Fairclough Ltd. and Bunge Corporation [1965] 3 All E.R.273, op p.283 onder aan die bladsy.

5 Sien die gevalle aangehaal in voetnoot 2 hierbo, en vgl. verder Cothay v. Fennell (1830) 10 B.& C.671 (109 E.R.599); Nelthorpe v. Holgate (1844) 1 Coll.203 (63 E.R.384).

verlening nogtans geen wesenlike bestanddeel van die opdraggewing wat „authority” skep nie. Gaan mens die feitlike omstandighede van die „undisclosed principal”-gevalle na, dan lyk dit selfs of mens in die meeste van die gevalle slegs met 'n opdrag te doen gehad het, sonder dat volmagsverlening plaasgevind het. Ek weet van slegs een geval waar daar op die feite duidelik volmagsverlening plaasgevind het.⁶

Insoverre die lashebber sonder volmag, wat in eie naam met 'n derde 'n ooreenkoms sluit, nou geag word 'n bevoegdheid te hê om sy lasgewer se verhouding met derdes te beïnvloed, het mens natuurlik met 'n anomalie te doen. Ek kan naamlik 'n ander magtig om my te verteenwoordig, en daardeur skep ek vir hom 'n nuwe bevoegdheid. Ek kan 'n ander egter nie magtig om in eie naam op te tree nie,⁷ want as regs subjek beskik hy reeds self ocr hierdie bevoegdheid. Die poging om 'n handelingsbevoegde regs subjek te „magtig” om in eie naam op te tree, sou as sinloos moet geld. Ek kan wel aan 'n ander die opdrag gee om in eie naam 'n ooreenkoms te sluit en dan aan my rekenskap te doen. Deur aanvaarding van die opdrag ontstaan egter slegs regsbande tussen hom en my. Dit skep nog nie die moontlikheid om 'n regsband direk tussen my en 'n derde te lê nie. Hierdie eenvoudige waarheid word natuurlik misken in alle gevalle waar met die gedagte gewerk word dat die blote bestaan van 'n opdrag 'n bevoegdheid vir die lashebber skep om sy lasgewer se regsverhoudinge met derdes te affekteer.

In die „undisclosed principal”-gevalle kan daar hoogstens sprake wees van 'n beskikkingsbevoegdheid van die lashebber, en wel in gevalle waar die lasgewer 'n saak of goed aan die lashebber toevertrou om dit in belang van die lasgewer te verkoop. Waar die lasgewer naamlik opdrag gee of toelaat dat die lashebber die saak of goed in eie naam verkoop,⁸ kan mens wel sê dat die

⁶ Ex p. Dixon re Henley (1876) 4 Ch.D.133. Miskien was dit ook die geval in Filby v. Hounsell (1896) 2 Ch.737.

⁷ Vgl. Bart v. British West Indian Airways [1967] 1 Lloyd's Rep.239, waar op p.282 gepraat word van „the doctrine that an undisclosed principal can sue and be sued on a contract made in the name of another person with his authority...” Vgl. ook die voorstel van Powell, a.w., p.177 dat „it is a contradiction in terms to speak of an agent's authority to contract as a principal. If an agent has authority to contract at all, it is to contract as an agent.”

⁸ Vir twee duidelike voorbeelde vgl. Curlewis v. Birkbeck (1863)

II.1(c)

'n sakeonderneming, waarvan B die bestuurder is. Die onderneming heet "Bushell & Co." Hoewel akseptasie van wissels by ondernemings van dié soort niks ongewoons is nie, verbied J vir B om wissels te aksepteer. Toe B 'n wissel namens „Bushell & Co." aksepteer, word J suksesvol op die wissel aangespreek deur 'n houër te goeie trou. Ter fundering van sy beslissing weifel die hof tussen twee moontlikhede, naamlik òf om 'n feitebevinding te maak dat B tog wel die betrokke „authority" gehad het òf om te sê dat B net „apparent authority" gehad het, maar dat die posisie teenoor derdes gehandhaaf word asof hy daadwerklike „authority" gehad het.³ Die basiese probleem was in elk geval of B vir „Bushell & Co." kon verbind, en die hof meen van ja. Wie „Bushell & Co." was, en dus vir „Bushell & Co." se verpligtinge moes instaan, was eintlik maar 'n identiteitskwessie. As „undisclosed principal" van B sou J nie kon geld nie, eenvoudig omdat B nie voorgegee het om persoonlik gebonde te wees nie, maar uitdruklik namens „Bushell & Co." opgetree het.⁴

In Watteau v. Fenwick het mens egter wel met 'n „undisclosed principal" te doen gehad. In hierdie saak is die eienaars van 'n hotel aanspreeklik gehou op grond van die aankoop van goedere vir die onderneming deur die bestuurder, wat egter geen „authority" gehad het om die betrokke ooreenkomste te sluit nie. Die eienaars was „undisclosed".⁵ Die hof sê dat sodra dit vas staan dat die verweerder die „real principal" was,⁶ die gewone beginsel geld, t.w. „that the

3 Die spanning tussen hierdie twee standpunte kom tot uiting in al drie uitsprake. Vgl. byvoorbeeld dié van H.R. Cockburn op p.99: "... if a person employs another as agent in a character which involves a particular authority, he cannot by a secret reservation divest him of that authority... Bushell must be taken to have had authority... Bushell cannot be divested of the apparent authority as against third persons by a secret reservation."

4 Wat ek vreemd vind, is dat die beslissing gemotiveer word in terme van die betrokke kontraktuele verpligtinge, terwyl dit tog handel om 'n eis uit 'n wissel. Dat die wisselverpligtinge in die lewe geroep is ter vervulling van die kontraktuele verpligtinge, is tog irrelevant. Beoordeel in terme van die wisselreg, waarvolgens as wisselparty aanspreeklik kan wees net wie as sodanig uit die wissel blyk, is die beslissing net verstaanbaar onder die aanname dat die hof van mening was dat „Bushell & Co." as akseptant beteken het

lashebber bevoeg („authorised”) is om die goed sodanig van die hand te sit. Die effek van die uitoefening van hierdie „authority” is egter slegs dat die lasgewer hom nie teenoor 'n koper (d.w.s. derde) op sy eiendomsreg sou kan beroep nie.⁹ Die kooporeenkoms tussen lashebber en derde skep nog geen regsband tussen lasgewer en derde nie.

(c) Die versaking van die vereiste

Vra mens nou of die vereiste van „authority” steeds streng gehandhaaf is, dan duik twee of drie probleemgevalle op, t.w. beslissings waarin 'n „undisclosed principal” aanspreeklik gehou is ten spyte van die feit dat sy lashebber geen „authority” tot sluiting van die betrokke transaksie gehad het nie.

Streng gesproke beteken die afwesigheid van die lashebber se „authority” natuurlik dat daar ten aansien van die betrokke transaksie geen verhouding van lasgewer en lashebber bestaan nie - waarmee die probleemstelling van die lasgewer se aanspreeklikheid dus verdwyn. Die probleem bestaan dus net weens die Engelse reg se neiging om lasgewerskap en lashebberskap as subjektiewe eienskappe op te vat, sodat op grond van die bestaan in ander opsigte van 'n verhouding van lasgewer en lashebber verklaar word dat die lasgewer nog altyd lasgewer is, ook waar in die gegewe geval geen „authority” bestaan nie. Word so 'n „lasgewer” nou teenoor die derde aanspreeklik gehou, dan ontstaan die vraag in hoeverre die vereiste van „authority” hiermee laat vaar is.

Die toonaangewende beslissing in hierdie verband is dié van Watteau v. Fenwick.¹ Alvorens dit bespreek word, moet egter eers aandag gegee word aan die beslissing in Edmunds v. Bushell & Jones,² waarop die hof in Watteau v. Fenwick gesteun het.

In die Edmunds-saak was die feite soos volg: J is eienaar van

8 (vervolg) 3 F.& F.894 (176 E.R.406); Lloyds and Scottish Finance v. Williamson [1965] 1 All E.R.641.

9 Mens het hier maar te doen met die werking van die algemene reël dat „a principal is bound by dispositions of property made by his agent acting within the scope of such agent's actual or apparent authority” (Bowstead, a.w., art.97).

1 [1893] 1 Q.B.346.

2 (1965) L.R.1 Q.B.97

II.1(c)

principal is liable for all the acts of the agent which are within the authority usually confided to an agent of that character, notwithstanding limitations, as between the principal and the agent, put upon that authority."⁷

Deur nou te sê dat die lasgewer aanspreeklik is vir 'n handeling wat nie deur die lashebber se „authority" gedek is nie, maar nogtans val binne die „authority" wat gewoonlik by sodanige tipe lashebber aangetref word, probeer die hof waarskynlik vermy om op die verwekking van 'n skyn te steun ter fundering van die „undisclosed principal" se aanspreeklikheid. Die rede hiervoor was dat die verweerders aangevoer het dat „the liability of a principal for the acts of his agent, done contrary to his secret instructions, depends upon his holding him out as his agent..."⁸ Die hof sê dan ook uitdruklik dat die aangehaalde beginsel geld ook waar daar geen „holding out of authority" was nie.⁹ En as gesag vir sy stelling-name beroep die hof hom op Edmunds v. Bushell & Jones, waar daar na die hof se mening geen „holding out" sou wees nie, „as the plaintiff knew nothing of the defendant."¹⁰

Hierdie beroep op Edmunds v. Bushell & Jones was natuurlik 'n mistasting, wat berus het op die oordrewe waarde wat die hof toegeken het aan die omstandigheid dat die identiteit van die eienaar van „Bushell & Co." nie aan die derde bekend was nie. Die hof mag verder ook beïnvloed gewees het deur die omstandigheid dat die lashebber in beide Edmunds v. Bushell & Jones en Watteau v. Fenwick die instruksies van die lasgewer verontagsaam het. In wese het mens egter

4 (vervolg) dat Jones (die lasgewer) akseptant is. Dit bevestig natuurlik my opvatting dat Jones geen „undisclosed principal" was nie. Let verder op dat indien dit wel as 'n gewone „undisclosed principal"-geval beskou word (soos bv. gebeur in Bowstead, a.w., pp.75n14, 274), die beslissing in stryd sou wees met die reël dat 'n „undisclosed principal" nie op 'n wissel aangespreek kan word nie (vgl. hieroor par. II.3(d) hieronder).

5 Die bestuurder se naam het bokant die deur verskyn, die lisensie was in sy naam uitgeneem, en die eiser het slegs aan hom krediet verleen.

6 Hier het mens dan die genoemde opvatting van lasgewerskap as subjektiewe eienskap, wat bly voortbestaan ook waar die opdrag daadwerklik ontbreek.

7 Op pp.348-349.

8 Op p.347.

9 Op p.349.

10 Ibid.

in Edmunds v. Bushell & Jones direkte verteenwoordiging van 'n ongeïdentifiseerde prinsipaal gehad. As gesag ter fundering van 'n „undisclosed principal” se aanspreeklikheid is dit verkeerdelik gebruik.

Daar is nog 'n tweede grond waarop Watteau v. Fenwick kritiek verdien. Die „usual authority” wat ter sprake is, is die „authority” waarmee derdes sou rekening hou, en met „authority” hou 'n derde net rekening as hy meen dat hy nie met 'n prinsipaal nie, maar wel met 'n verteenwoordiger kontrakteer – wat juis nie die geval is in 'n „undisclosed principal”-situasie nie. Mens het dus met die anomalie te doen dat in effek tegelykertyd gesê word die lasgewer is „undisclosed” en die derde hou op die een of ander wyse met hom rekening as kontraksparty.

Hoewel die beslissing in Watteau v. Fenwick nou daarop neerkom dat gebreek word met die beginsel dat 'n „undisclosed principal” net aanspreeklik kan wees in terme van die daadwerklik verleende „authority” van sy lashebber, is die saak tegelykertyd die duidelike bewys vir die regspraak se besorgdheid om die vereiste van „authority” as sodanig ongeskonde te behou. Want die hof het eerder kans gesien om „authority” te fingeer as om die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid heeltemal onafhanklik van „authority” te fundeer.

Die verdere geskiedenis van Watteau v. Fenwick lewer ook geen aanduiding van 'n neiging om die vereiste van „authority” prys te gee nie. Watteau v. Fenwick is eers gevolg in Kinahan & Co. v. Parry,¹¹ wat op die feite groot ooreenkoms met Watteau v. Fenwick vertoon. Daarna het dit ter sprake

11 [1910] 2 K.B.889. Hierdie beslissing is egter deur die Court of Appeal omvergewerp ([1911] 1 K.B.459) op grond daarvan dat daar geen getuienis was dat die bestuurder by die betrokke transaksie hoegenaamd die eienaars se „agent” was nie (welke bevinding klaarblyklik berus het op ander oorwegings as dié, dat die eienaars van die hotel die betrokke tipe transaksie uit die bestuurder se „authority” uitgesluit het). Bygevolg kon daar geen sprake wees van die toepassing van reëls van die „law of principal and agent” nie.

II.1(c)

gekom in drie ander beslissings. In Johnston v. Reading¹² lees mens dat „the ground of the judgment was that the articles ordered by the manager of the business were such that the business could not possibly be carried on without them, and was obliged to order them.”¹³ In Lloyds Bank v. Swiss Bankverein¹⁴ word gesê dat „the court there either had evidence or assumed that there was evidence, or took general notice of the ordinary course of dealing of the manager of a public house very much more extensive and precise, in fact, than anything I have proved in evidence before me...” En in Jerome v. Bentley & Co.¹⁵ word beklemtoon dat mens in Watteau v. Fenwick te doen gehad het, eerstens, met 'n bekende tipe „agent”, tweedens met 'n „agent” wat ten tyde van die ongemagtigde transaksies tog nog oor „authority” ten opsigte van ander transaksies beskik het.

Dat hierdie drie interpretasies almaldaarna strewe om die toepassingsveld van Watteau v. Fenwick te beperk, val nie te ontken nie. Die geheelbeeld wat na vore tree, is dat die fundering van die aanspreeklikheid van 'n „undisclosed principal” met behulp van die konsep van „usual authority” net dan deur die Engelse howe toegelaat sal word, wanneer dit om 'n besonder geykte situasie handel: eerstens moet daar inderdaad 'n verhouding van lasgewer en lashebber bestaan,¹⁶ en tweedens moet hierdie verhouding van welbekende aard en die „authority” wat gewoonlik daarmee gepaard gaan van welbekende inhoud wees. Neem mens verder in ag dat Watteau

12 (1893) 9 T.L.R.200, op p.201.

13 Hierdie kommentaar kan nie sonder voorbehoud aanvaar word nie. In Watteau v. Fenwick het die klem tog eintlik geval op die beskerming van die derde, en die feit dat die betrokke goedere noodsaaklik sou kon wees vir die voer van die besigheid, sou hoogstens 'n aanduiding wees dat die betrokke aankope binne die bestuurder se „usual authority” val. In die beslissing self is nie uitdruklik sprake van noodsaaklikheid nie. Daar word slegs gesê (p.348) dat die goedere „were such as would usually be supplied to and dealt in at such an establishment.”

14 (1912) 107 L.T.309, op p.313.

15 [1952] 2 All E.R.114, op p.116.

16 Vgl. Mechem, t.a.p., wat op p.599 na aanleiding van Watteau v. Fenwick verklaar: „Granting that an agency actually exists, it is held that the usual incidents attach to it...”

II.1(c)

v. Fenwick ten spyte van sy bekendheid slegs in Kinahan & Co. v. Parry gevolg is (en dan ook nog abortief), dan lyk die gevolgtrekking geregverdig dat die versaking van die vereiste van „authority” op so 'n begrenste skaal plaasgevind het, dat daar geen sprake kan wees van 'n verwerping van die algemene beginsel nie.

Par. 2 Die erkenning van direkte aanspreeklikheid tussen „undisclosed principal” en derde

(a) Die „undisclosed principal” se reg om te eis

'n Beslissing uit die jaar 1743¹ word gewoonlik as die eerste geval beskou waar die optrede van 'n „undisclosed principal” teenoor 'n derde uitdruklike sanksie in die regspraak verkry het. Alvorens egter tot die bespreking hiervan oorgegaan word, moet mens 'n beeld probeer kry van wat die regsposisie vóór 1743 was.

In die eerste plek was direkte verteenwoordiging teen die 18de eeu reeds 'n eeue-ou werklikheid van die Engelse reg,² hoewel dit sistematies geen helder afgebakende regsfiguur was nie.³ Makelaars en faktore was in hierdie stadium egter lank reeds ingeburger as beroepmatig optredende verteenwoordigers.⁴ Sluit so 'n verteenwoordiger namens sy prinsipaal 'n kontrak,⁵ dan kan prinsipaal en derde mekaar direk aanspreek.⁶ Die verteenwoordiger, wat deur 'n derde aangespreek word, kan aanspreeklikheid ontkom deur bewys dat hy in terme van die verleende bevoegdheid opgetree het.⁷

16 (vervolg) (my beklemtoning).

1 Scrimshire v. Alderton (1743) 2 Str.1182 (93 E.R.1114).

2 Vgl. Holdsworth, History of English Law, Vol. VIII, 2de uitgawe (London, 1937, herdruk 1966), pp.222-223.

3 Vgl. in die algemeen hieroor Fridman, a.w., pp.4-7.

4 Holdsworth, a.w., pp.224-226.

5 Vgl. Würdinger, Geschichte der Stellvertretung (agency) in England (Marburg, 1933), p.250, wat beweer dat dit nie nodig was dat die verteenwoordiger formeel in naam van die prinsipaal optree nie, maar dat sy hoedanigheid van verteenwoordiger sowel as die identiteit van die prinsipaal aan die derde bekend moes wees.

6 In voetnoot 1 op p.1183 van die verslag van Scrimshire v. Alderton word bv. verwys na die algemene regsreël „that the sale of the factor creates a contract between the owner and the buyer.”

7 Holdsworth, a.w., p.228.

II.2(a)

Wat was egter die posisie waar 'n lashebber in opdrag van sy lasgewer met 'n derde 'n ooreenkoms sluit, maar in eie naam handel, sodat die derde die lashebber as sy kontraksparty beskou? Dat lashebber en derde mekaar sou kon aanspreek, ly geen twyfel nie. Was direkte optrede van lasgewer teenoor derde of omgekeerd in beginsel egter uitgesluit? Ter beantwoording van hierdie vraag bestaan daar sover ek weet nou ongelukkig hoegenaamd geen direkte getuienis nie. Mens kan hier dus slegs spekulatief op grond van indirekte getuienis stelling inneem.

Die indirekte getuienis wat moontlik wel van hulp kan wees, is vervat in enkele beslissings uit die eerste helfte van die 18de eeu, wat almal handel oor die reg van 'n verkoper van goed, waar die betrokke goed of die opbrengs daarvan in die insolvente boedel van die persoon (meestal 'n faktor), aan wie die goed toevertrou is om dit te verkoop, staan te val.⁸ Die standpunt in hierdie beslissings is dat die verkoper sy eiendomsreg op die goed behou,⁹ of 'n reg het op die identifiseerbare geld of goedere, waarin die goed omgesit is.¹⁰ Hierdie standpunt word gehandhaaf selfs waar die lashebber persoonlik krediet aan die derde verleen het.¹¹ In een van hierdie gevalle,¹² waar die derde sonder kennis van die lasgewer die koopprys van die goed aan die kurator („assignee”) van die lashebber se insolvente boedel betaal het, word selfs gesê dat „the debt was not in law due to [the agent], but to

8 Holmes, The History of Agency, in (1891) 5 Harvard L.R.1, op pp.3-4, het die aandag op een van hierdie gevalle gevestig, en moontlik op sy voetspoor het Stoljar, The Law of Agency (London, 1961), pp.206-207, toe ook op ander ingegaan.

9 L'Apostre v. Le Plaistrier (1708) 2 Eq.Ca.Abr.113n (22 E.R.96); Copeman v. Gallant (1716) 1 P.Wms.314 (24 E.R.404); Godfrey v. Furzo (1733) 3 P.Wms.185 (24 E.R.1022.)

10 Burdett v. Willett (1708) 2 Vern.638 (23 E.R.1017); Whitecomb v. Jacob (1709) 1 Salk 160 (91 E.R.149); Scott v. Surman (1742) Willes 400 (125 E.R.1235).

11 Scott v. Surman, sup.

12 Gurratt v. Cullum (1710) Bull.N.P.42, wat saamgevat word in Scott v. Surman, sup., op pp.405-406. (Slegs lg. was tot by beskikking).

the person whose goods they were..."¹³ Na aanleiding van hierdie beslissings sien Stoljar kans om te verklaar: „The rule now being established that the goods and their proceeds remained the property of [the principal], it followed that [he] could recover his property not only from the assignee in bankruptcy but also from [the third]."¹⁴

Die geldigheid van Stoljar se gevolgtrekking moet op drie gronde bevraagteken word. Eerstens gaan dit in die aangehaalde gevalle om 'n eis teen die „assignee" of die „executor" van die lashebbër se insolvente boedel, nie om 'n eis teen die derde nie.¹⁵ Tweedens word in die latere gevalle, waar 'n verborge lasgewer wel teen 'n derde optree, op geeneen van hierdie beslissings gesteun nie. Derdens, selfs indien die lasgewer sy goed of die opbrengs daarvan van 'n derde sou kon verhaal,¹⁶ verduidelik dit nog nie hoe hy daartoe kom om kontraktuele regte uit te oefen nie, wat juis die kenmerkende van die „undisclosed principal"-gevalle is.

Ons kan nou probeer saamvat: oor die moontlikheid vóór 1743 van wedersydse aanspreeklikheid tussen „undisclosed principal" en derde op grond van die kontrak gesluit tussen lashebbër en derde is geen direkte getuienis beskikbaar nie, nòg ter bevestiging van die moontlikheid nòg ter ontkenning daarvan. Daar bestaan wel 'n aanknopingspunt vir die opvatting dat 'n persoon, wat binne kontraktuele verband 'n „undisclosed principal" sou heet, moontlik op grond van sy eiendomsreg teen

13 O.a. na aanleiding hiervan verklaar Holmes, t.a.p.: „Indeed I very readily should believe that at a much earlier date (d.w.s. as 1710 - die jaar waarin Gurratt v. Cullum beslis is), if one man's goods had come to another man's hands by purchase, the purchaser might have been charged, although he was unknown and had dealt through a servant, and that perhaps he might have been, in the converse case of the goods belonging to an undisclosed master." Die punt is natuurlik dat daar ongelukkig geen direkte getuienis bestaan om sodanige oortuiging te staaf nie.

14 A.w., p.207.

15 Slegs in Burdett v. Willett was die derdes skynbaar met die administratise van die insolvente boedel van die faktor gevoeg.

16 En vgl. in hierdie verband nog Drinkwater v. Goodwin (1775) 1 Cowp.251 (98 E.R.1070).

'n derde sou kon aageer vir sy goed of hulle waarde. Voorbeelde van sodanige aksie is egter skaars te vind, en in elk geval kan die oorgang van hierdie aksie na die aksie gebaseer op kontrak nie aangetoon word nie.

Dit bring ons dan by Scrimshire v. Alderton.¹⁷ Die feite was hierby soos volg. H het vir S opgetree as faktor by die verkoop van hawer. Dit was blykbaar die destydse gebruik dat koper en verkoper se identiteit oor en weer bekend gemaak word. Dat volgens destyds geldende reg die kontrak dan direk tussen koper en verkoper tot stand kom, word in die beslissing nie betwyfel nie. Maar hierdie verkoopmetode „being inconvenient to farmers at a distance, it had for many years past been customary for the farmer to allow 2d. per quarter more, upon the factor's taking the risque of the debts: since which they had ceased to inform the farmers of the buyers.”¹⁸ Die gebruik om die hawer deur middel van direkte verteenwoordiging te verkoop, het dus plek gemaak vir die gebruik om deur middel van indirekte verteenwoordiging te verkoop. In die onderhawige geval is die nuwe verkoopmetode gevolg. H (die faktor) het naamlik S se hawer in eie naam aan A (verweerder) verkoop. Toe H daarop insolvent raak, gee S kennis aan A om nie aan H te betaal nie, wat A egter tog doen. Daarop spreek S vir A aan vir die koopprys van die hawer.¹⁹ Sonder beroep op enige gesag stel H.R. Lee dit dat ten spyte van die nuwe verkoopmetode hier gevolg, die gewone reël geld, naamlik dat S direk van A die koopprys kan verhaal, mits A maar kennis gekry het om nie aan die faktor te betaal nie alvorens hy dit wel gedoen het.

Die Hoofregter se motivering van sy standpunt is dat aangesien

17 (1743) 2 Str.1182 (93 E.R.1114).

18 Op p.1182 van die verslag.

19 In die verslag word die aksie nie by naam genoem nie, bv. assumpsit of vir „money had and received”.

die faktor se verhoogde kommissie maar net op groter beveiliging van die lasgewer gerig sou wees (hy kan nou naamlik òf van die koper òf van die faktor verhaal), die gewone aanspreeklikheid bly voortbestaan. Hierdie opvatting oor die kommissie was op die feite nie geregverdig nie, eenvoudig omdat daar by die verkoop van die hawer geen direkte verteenwoordiging plaasgevind het nie, maar wel indirekte verteenwoordiging. H.R. Lee sou volgens die verslag voorts gesê het dat „here being notice before actual payment, there could be no harm done”,²⁰ waarmee skynbaar bedoel word dat as die derde ná kennisgewing aan die faktor gaan betaal, hy maar vir die gevolge moet instaan. Hierdie gedagte berus natuurlik op die pas verwerpte gevolgtrekking: dis naamlik slegs indien die faktor die lasgewer verteenwoordig het, dat mens van die koper sou kon verwag om gehoor te gee aan die lasgewer se kennisgewing. Kontrakteer hy egter met die faktor en met hom alleen (wat juis die effek van die nuwe verkoopmetode was, en wat ook die grondslag was waarop die spesiale jurie by die nuwe verhoor sy bevinding gebaseer het),²¹ dan is die lasgewer wat hom betref 'n buitestaander, aan wie se kennisgewings hy hom nie hoef te steur nie.²²

Die beslissing moet dan geld as swak gemotiveer. Dat die jurie waarskynlik ook H.R. Lee se standpunt as ongeregverdig en onbillik ondervind het, blyk daaruit dat hulle drie keer agtereenvolgens geweier het om ten gunste van die eiser te bevind, soos hy hulle aangesê het om te doen. Toe hulle individueel ondervra is, het hulle daarby gebly. En by 'n nuwe verhoor het die nuwe jurie toe weer (met die genoemde motivering) vir die verweerder bevind.

Die volgende geval waar 'n „undisclosed principal” opduik, is dié van Rabone v. Williams,²³ waar 'n „undisclosed principal”

20 Op p.1183 van die verslag.

21 Die nuwe jurie het naamlik verklaar (p.1183) „that they thought from the circumstances no credit was given as between the owner and the buyer, and that the latter was answerable to the factor only, and he only to the owner.”

22 Vgl. Ames, Lectures on Legal History (Cambridge, Mass., 1913), p.456, wat ook onomwonde verklaar dat A slegs die faktor se skuldenaar was.

23 (1785) 7 Term Rep.360n (101 E.R.1020).

geageer het vir die koopprys van goedere, wat deur 'n faktor vir hom verkoop is. Die vraag voor die hof was of die derde 'n vordering teen die faktor in skuldvergelyking teen die „undisclosed principal” se eis kon opwerp. Dit word bevestigend beantwoord. Die merkwaardige is egter die vanselfsprekendheid waarmee die „undisclosed principal” se reg om te eis behandel word. Sonder beroep op enige gesag verklaar Lord Mansfield: „Where a factor, dealing for a principal but concealing that principal, delivers goods in his own name, the person contracting with him has a right to consider him to all intents and purposes as the principal; and though the real principal may appear and bring an action upon that contract against the purchaser of the goods, yet that purchaser may set off any claim he may have against the factor in answer to the demand of the principal. This has long been settled.”

Rabone v. Williams is toe gevolg in George v. Clagett,²⁴ waar die vordering, wat in skuldvergelyking opgewerp is, 'n eis uit 'n wissel was. Daarna kom die reg van die „undisclosed principal” teenoor die derde ter sprake in enkele beslissings²⁵ vroeg in die 19de eeu, maar omdat die pertinente vraag in hierdie gevalle steeds die beskerming van die derde is, vind mens hier geen sterk en onomwonde stellings oor die „undisclosed principal” se reg om te eis as sodanig nie. Sulke stellings word wel in die twintiger en dertiger jare gemaak, maar voordat ons by hulle kom, moet eers kortliks gewys word op die analoë ontwikkeling wat intussen ten aansien van slapende vennote („dormant partners”) plaasgevind het, d.w.s. vennote wat nie as sodanig blyk nie teenoor derdes, wat met die ander vennoot of vennote ooreenkomste sluit.

24 (1797) 7 Term Rep.359 (101 E.R.1019), wat toe self 'n toonaangewende beslissing geword het.

25 Vgl. bv. Maanss v. Henderson (1801) 1 East 335 (102 E.R.130); Coates v. Lewes (1808) 1 Camp.444 (170 E.R.1015); Moore v. Clementson (1809) 2 Camp.22 (170 E.R.1068); Lanyon v. Blanchard (1811) 2 Camp.597 (170 E.R.1264); Mann v. Forrester (1814) 4 Camp.60 (171 E.R.20); Baring v. Corrie (1818) 2 B.& Ald.137 (106 E.R.317).

Reeds kort na die beslissing in Rabone v. Williams het mens al in die beslissing van Stracey v. Deey²⁶ in effek die erkenning gehad van die moontlikheid vir 'n slapende vennoot om die derde, wat met die optredende vennoot 'n ooreenkoms gesluit het, aan te spreek.²⁷ In Lloyd v. Archbowle²⁸ word egter met verwysing na slapende vennote as eisers gesê dat „a person with whom you have no privity of communication in your contract, shall not sue you”, en in Skinner v. Stocks²⁹ word met beroep op Lloyd v. Archbowle gepoog om die eis van sekere mede-eienaars te verongeluk. In hierdie geval het die mede-eienaars van 'n walvisboot naamlik op grond van kontrakbreuk teen 'n derde, wat met een van die mede-eienaars 'n ooreenkoms gesluit het, geageer. Die hof wys die beswaar egter van die hand en stel die „undisclosed principal” se reg om te eis algemeen en onomwonde: „The action may be maintained either in the name of the person with whom the contract was actually made, or in the name of the parties really interested.”³⁰ Enkele jare later word hierdie standpunt bevestig in die beslissing van Cothay v. Fennell,³¹ waarin die slapende vennoot as eiser ook uitdruklik op een peil gestel word met die „undisclosed principal” as eiser. Die hof verklaar: „If an agent makes a contract in his own name, the principal may sue and be sued upon it; for it is a general rule, that whenever an express contract is made, an action is maintainable upon it, either in the name of the person with whom it was actually made, or in the name of the person with whom, in point of law, it was made...”³²

26 (1789) 7 Term Rep.361n (101 E.R.1021).

27 Net soos in die Rabone- en George-sake is die vennote se eis egter hier gefnuik deur die erkenning van die derde se skuldvergelykingsbevoegdheid.

28 (1810) 2 Taunt.324 (127 E.R.1102), op p.327.

29 (1821) 4 B.& Ald.437 (106 E.R.997).

30 Op p.437

31 (1830) 10 B.& C.671 (109 E.R.599).

32 Op die gedagte dat daar 'n verskil is tussen die kontrak „actually made” en die kontrak wat „in point of law” tot stand sou kon, word in hoofstuk VI hieronder kritiek uitgeoefen.

Here, Cothay may be considered as agent for the Glasgow and Manchester houses, or they may be treated as dormant partners in this transaction; and a dormant partner in one instance, may sue as well as a dormant partner in the general business of a mercantile house.³³

Teen die dertiger jare van die 19de eeu kan die „undisclosed principal” se reg om te eis dus as finaal gevestig beskou word. By wyse van samevatting moet nou op drie aspekte van die gesketste ontwikkeling gewys word. Eerstens handel dit met weinig uitsondering oor koopkontrakte.³⁴ Hoewel die „undisclosed principal” se optrede nou nie in beginsel hier toe beperk is nie,³⁵ sou koopkontrakte steeds die belangrikste toepassingsgebied van sy eis bly.³⁶ Tweedens is daar die kwessie van die „undisclosed principal” se motief vir direkte optrede teenoor die derde. 'n Voor die hand liggende rede is om die gevolge van sy lashebbende se finansiële verleentheid te vermy.³⁷ 'n Ander oorweging, veral waar die lashebbende medebelanghebbende is, mag wees dat dit eenvoudig geriefliker is dat al die belanghebbendes gesamentlik optree.³⁸ Derdens is kenmerkend vir die erkenning van die „undisclosed principal” se reg om te eis die terloopsheid waarmee dit geskied het. Nêrens is dit as 'n nuwigheid behandel nie. Die swaartepunt van die regspraak se bemoeiing met die „undisclosed principal” as eiser was nooit sy bevoegdheid om op te tree as sodanig nie, maar die beperking op daardie bevoegdheid ter beskerming van die derde. Dit sou ook in die toekoms die geval wees. Op hierdie beperking ter beskerming van die derde word in par.3(b) hieronder ingegaan.

33 Op pp.672-673.

34 Daar is darem enkele gevalle van versekeringskontrakte. Vgl. Maanss v. Henderson, sup.; Lanyon v. Blanchard, sup.; Mann v. Forrester, sup.

35 Soos die algemene strekking van die hierbo aangehaalde stelling in Cothay v. Fennell reeds laat blyk.

36 Vgl. par. II.3(a) hieronder vir voorbeelde van sy optrede by ander kontrakte.

37 So byvoorbeeld was die lashebbende in Scrimshire v. Alderton, George v. Clagett, Moore v. Clementson en Baring v. Corrie insolvent, terwyl die vennoot in Stracey v. Deey se finansiële aangeleentheid „deranged” was.

38 Vgl. Skinner v. Stocks, sup.; Cothay v. Fennell, sup.

(b) Die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid

By die erkenning van die aanspreeklikheid van die „undisclosed principal” het mens geen so 'n beroemde geval soos Scrimshire v. Alderton as uitgangspunt nie. Dit is nietemin hoogs-waarskynlik dat die erkenning van sy aanspreeklikheid in die laaste kwart van die 18de eeu 'n duidelike aanvang neem. Wil mens nou 'n beeld hê van die regsposisie vóór hierdie erkenning,¹ dan moet eerstens onthou word wat reeds hierbo² oor die voorgeskiedenis van die „undisclosed principal” gesê is: daar is geen direkte getuienis ter staving of ter weerlegging van die stelling dat 'n „undisclosed principal” direk deur 'n derde aangespreek kon word nie. Wat betref die vroeë tydperk, toe die aksie van debt nog nie gewone remedie was om kontrakverpligtinge mee af te dwing,³ word in die moderne literatuur wel uitdruklik beweer dat daar geen sprake van sy aanspreeklikheid kon wees nie.⁴

In elk geval het mens eers in 1784 met 'n duidelike „undisclosed principal”-geval te doen. Dit is die beslissing in Nelson v. Powell.⁵ Die feite was dat P se makelaar, T, in eie naam van N goed gekoop het „without declaring his principal”. T betaal gedeeltelik aan N. Toe N vir T aanspoor om die balans te betaal, stuur P aan T genoeg geld om te betaal, en maak hierdie oorbetalings aan N bekend. Na N nogeens vergeefs vir T versoek het om te betaal, spreek hy P suksesvol aan vir die balans. Die mosie om 'n nuwe

1 En hierby word in die eerste plek gedink aan die voorafgaande twee eeue, sê vanaf 1600 tot 1780.

2 Op p.28.

3 D.w.s. in elk geval tot laat in die 16de eeu. Die aksie van assumpsit het skynbaar vanaf die vroeë 17de eeu die aksie van debt heeltemal as kontraktuele remedie verdring. Vgl. hieroor Cheshire and Fifoot, The Law of Contract, 7de uitgawe, pp.14-15.

4 Lewis, The Liability of the Undisclosed Principal in Contract, in (1909) 9 Columbia L.R.116, op p.133, verklaar bv.: „No case of the undisclosed principal being sued on a debt incurred by his agent for his benefit has yet been discovered.” Ames, Lectures on Legal History, p.456, sê dat „this anomalous doctrine is a modern notion. There is no trace of it in the days when the action of debt was the normal remedy upon simple contracts. The agent of the undisclosed principal received the quid pro quo from the third person; he, therefore, and he only could be the debtor.” Hierteenoor verklaar Stoljar, a.w., p.209: „In the Year Book period (d.w.s. van 1292 tot 1534), an action of debt would

verhoor op grond daarvan dat aan T krediet verleen was, en hy alleen aanspreeklik was, misluk. Dit verslag meld kortweg dat „Lord Mansfield held the principal liable whenever he was known...“⁶ Die resultaat lyk onbillik.

As tweede geval kan genoem word die sake Railton v. Hodgson en Peele v. Hodgson,⁷ waar mens op die feite egter met geen „undisclosed principal“ te doen gehad het nie. H (verweerder) het hier waarskynlik in eie naam van die eisers gekoop. Die betaling is egter afgewikkel deur die trekking van wissels deur eisers op 'n firma Smith, Lindsay and Co., wat H op kommissiebasis aldus geakkomodeer het. Die firma is ook in eisers se boeke en op die fakture as die kopers aangedui. Op die feite was H egter nie die „undisclosed principal“ van die firma nie, omdat die firma self nie die koopkontrak gesluit het nie, en ock nie H se lashebber was nie. In sy opsomming teenoor die jurie sou H.R. Mansfield hom egter onder andere soos volg uitgelaat het: „Suppose Hodgson had not been known to be the buyer, he would have been liable; Smith, Lindsay and Co. would only have been nominal buyers... What pretence was there that the Plaintiffs should be thrown upon the insolvent estate of Smith, Lindsay and Co., who never had the goods? This was a stronger case than that of a dormant partner.“⁸ Die hoofregter neem dus obiter die standpunt in dat die „werklike“ koper aanspreeklik is teenoor eisers, ook al het hulle aanvanklik glad nie met hom as koper gereken nie. Soos ons sal sien, sou hierdie beslissing later in the toonaangewende geval van Paterson v. Gandasequi 'n rol speel.

4 (vervolg) lie against a master if goods came to his use and benefit, even though they were goods which a servant had bought in his own name.“ Die punt is natuurlik dat geen verband tussen hierdie gevalle en dié van die „undisclosed principal“ (wat ten minste 250 jaar later eers voorkom) aangetoon kan word nie.

5 (1784) 3 Dougl.410 (99 E.R.723).

6 Op p.411

7 (1804) 4 Taunt.576n (128 E.R.456).

8 Op die beslissings oor slapende vennote word hieronder teruggekom.

Voortspruitend uit die insolvensie van 'n Londense makelaarsfirma word voorts twee belangwekkende beslissings in 1807 gelewer, t.w. dié in Waring v. Favenck⁹ en Kymer v. Suwercropp.¹⁰ In albei gevalle het die makelaars ware vir hulle lasgewers ingekoop sonder dat enige vermelding van die lasgewers plaasgevind het. In albei gevalle is die lasgewers aanspreeklik gehou vir die koopprys van die goed, ten spyte daarvan dat die makelaars in die een geval tot 'n groter bedrag as die eiserse vordering by die lasgewers in die skuld was (Waring-geval), en die koopprys in die ander geval gedeeltelik aan die makelaars betaal was (Kymer-geval). In Waring v. Favenck word verduidelik „that as the purchase had been made for the defendant (sic) by their agents, it was the same as if it had been made directly by the defendants themselves; and that this was, therefore, the common case of goods sold and delivered.”¹¹ En in Kymer v. Suwercropp sê die hof: „A person selling goods is not confined to the credit of a broker who buys them; but may resort to the principal on whose account they are bought...”¹² Mens moet natuurlik versigtig wees om hierdie beslissings sonder meer as suiwer voorbeelde van die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid te beskou. Dit lyk naamlik of die hof hier besondere betekenis geheg het aan die omstandigheid dat die betrokke lashebbers makelaars was. Met verwysing na hierdie twee gevalle word dan ook later in Armstrong v. Stokes¹³ gesê: „A broker always professes to make a contract between two principals, and, though in recent times, the strictness of the rules has to some extent been relaxed, in 1807 a London broker was bound by his bond... to make known to the person with whom the agreement is made the name of his principal if required, and not to deal on his own account.” Dit is dus goed moontlik dat die geredelike erkenning van die onderskeie lasgewers se aanspreeklikheid daarop berus dat die hof hierdie gevalle nie van direkte verteenwoordiging onderskei het nie -

9 (1807) 1 Camp.85 (170 E.R.886).

10 (1807) 1 Camp.109 en 180 (170 E.R.894 en 921).

11 Op p.87.

12 Op p.112.

13 (1872) L.R.7 Q.B.598, op p.607.

wat in die lig van die lashebbers se optrede in eie naam natuurlik nie geregverdig was nie. Nietemin sou ook hierdie twee beslissings ter sprake kom in Paterson v. Gandasequi.¹⁴

Voordat egter oorgegaan word tot die bespreking van hierdie belangrike geval, moet eers gewys word op die erkenning van die aanspreeklikheid van slapende vennote. Hulle aanspreeklikheid word laat in die 18de eeu onomwonde erken,¹⁵ en die aanspreeklikheid uit kontrak van persone, wat nie partye tot die kontrak is nie, word aanvanklik selfs uitdruklik beperk tot vennote.¹⁶ Die vraag is wat die betekenis van hierdie gevalle vir die erkenning van die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid is. Dit val nie te ontken nie dat daar in die genoemde vroeë „undisclosed principal”-gevalle glad nie op hierdie beslissings gesteun word ter fundering van die lasgewer se aanspreeklikheid nie. Maar in die tweelinggeval van Railton v. Hodgson en Peele v. Hodgson word gesê dat daar vir die aanspreeklikheid van 'n verborge koper 'n sterker saak uit te maak is as vir dié van 'n slapende vennoot¹⁷ - wat darem op die oorredende krag van die vroeëre erkenning van die slapende vennoot se aanspreeklikheid dui.

Dit was dan die stand van sake vóór die beslissing in Paterson v. Gandasequi.¹⁸ In hierdie geval is die ooreenkoms

¹⁴ (1812) 15 East 62 (104 E.R.768).

¹⁵ Vgl. Hoare v. Dawes (1780) 1 Dougl.371 (99 E.R.239), op p.372: „The law with respect to them (d.w.s. slapende vennote), is not disputed, viz. that they are liable when discovered...” Vgl. voorts Young v. Axtell (beslis tussen 1788 en 1796) 2 H.Bl.242 (126 E.R.530); Gouthwaite v. Duckworth (1810) 12 East 420 (104 E.R.164); Lloyd v. Archbowl (1810) 2 Taunt.324 (127 E.R.1102), op p.327; Young v. Hunter (1812) 4 Taunt.582 (128 E.R.458); De Mautort v. Saunders (1830) 1 B.& Ad.398 (109 E.R.836), op pp.401-402.

¹⁶ Vgl. Coope v. Eyre (1788) 1 H.Bl.37 (126 E.R.24), op p.48: „This being an action on a contract of sale, the vendor can have no remedy against any person with whom he has not contracted, unless there be a partnership, in which case all the partners are liable as one individual.” Die verslapping van hierdie houding blyk egter reeds in 1810 uit die beslissing Gouthwaite v. Duckworth, *sup.*, waar *obiter* te kenne gegee word dat selfs by afwesigheid van 'n vennootskap 'n verborge „joint purchaser” medeaanspreeklik kan wees vir die koopprys van die goed.

¹⁷ Sien die aanhaling op p.36 hierbo.

¹⁸ Vir 'n ander aksie teen dieselfde verweerder op 'n soortgelyke stel feite, sien Addison v. Gandassequi (1812) 4 Taunt.572 (128 E.R.454), wat self 'n toonaangewende beslissing is.

deur die lashebber in eie naam gesluit, en hy is ook deur die eisers in hulle boeke as skuldenaar aangedui. By die lashebber se insolvensie spreek die eisers verweerder aan vir die koopprys, maar word 'n eis ontsê. By mosie word egter aansoek gedoen „to set aside the nonsuit, on the ground of assimilating this case of a dormant principal to that of a dormant partner, where, though the party furnishing goods to the ostensible partners intended at the time to give credit only to them, yet he may afterwards pursue his remedy against the dormant partner, when discovered.”¹⁹ En hierby sou op die beslissing in Railton v. Hodgson gesteun gewees het.²⁰ 'n Bevel nisi (d.w.s. vir die tersydestelling van die ontsegging van die eis) word toegestaan. Die lasgewer se verweer was nou dat die lashebber eisers se kontraksparty was en dat eisers die lashebber as skuldenaar gekies het. Aan die deugdelikheid van hierdie verweer twyfel die hof nie, mits dit maar vas staan dat eisers by kontraksluiting van verweerder as „the person for whose use and on whose account the goods were bought” bewus was. Maar vir die geval dat hulle nie daarvan bewus was nie, meen die hof dat wel teen hom geslaag sou kon word.²¹ Sonder beroep op enige gesag verklaar die Hoofregter, Lord Ellenborough: „The law has been settled by a variety of cases, that an unknown principal, when discovered, is liable on the contracts which his agent makes for him...”²² Dit is egter nie moeilik om te raai aan welke beslissings die Hoofregter gedink het nie. Eerstens het hy gedurende die beredenering van die saak self by wyse van tussenwerpsel verwys na Powel v. Nelson (sic), wat, sover by hom kon herinner, die geval sou gewees het waar „the liability of a principal was carried furthest...”²³ Tweedens het die eisers se advokate hulle beroep op Railton v. Hodgson en Peele v. Hodgson, asook op Waring v. Favenck, Kymer v. Suwercropp en Scrimshire v. Alderton.²⁴ Derdens, hoewel daar

¹⁹ Op p.63.

²⁰ Sien voetnoot (b) op p.67 van die verslag.

²¹ Juis hierdie punt was op die feite onseker; daarom is die bevel nisi gefinaliseer.

²² Op p.68. En op pp.69-70 sê R. Bayley: „I have generally understood that the seller may look to the principal when he discovers him, unless he has abandoned his right to resort to him.”

²³ Op p.65.

²⁴ Onthou sal word dat laasgenoemde saak eintlik veronderstel

nòg in die beredenering deur die advokate nòg in die uitspraak van die hof melding gemaak word van die beslissings in verband met die aanspreeklikheid van slapende vennote, kan mens die moontlikheid nie uitsluit nie dat die Hoofregter ook aan hierdie gevalle gedink het, veral as onthou word dat die analogie tussen hierdie gevalle en dié van die „undisclosed principal” die grondslag was waarop die bevel nisi toegestaan was.²⁵

Hiermee was die aanspreeklikheid van die „undisclosed principal” onomwonde geformuleer. Sy finale bestendinging kry hierdie aanspreeklikheid in die toonaangewende beslissing van Thomson v. Davenport,²⁶ waar die Hoofregter, Lord Tenterden, verklaar:²⁷ „I take it to be a general rule, that if a person sells goods (supposing at the time of the contract he is dealing with a principal), but afterwards discovers that the person with whom he has been dealing is not the principal in the transaction, but agent for a third person, though he may in the mean time have debited the agent with it, he may afterwards recover the amount from the real principal.”²⁸

Ter beslissing voor die hof was die aanspreeklikheid van 'n lasgewer, wie se bestaan uitdruklik by kontraksluiting deur die lashebber vermeld was, maar wie se identiteit nie geopenbaar was nie. Die hof sien dit as sy probleem om te besluit of die reël in verband met die „undisclosed principal”, oor die

²⁴ (vervolg) is om die eis van die „undisclosed principal”, nie sy aanspreeklikheid nie, te demonstreer. Skynbaar is dit egter hier gebruik om aan te toon dat die koper van goed ten spyte van sy betaling aan die tussenpersoon (in hierdie geval die faktor) aanspreeklik kon bly teenoor die verkoper - 'n argument wat moontlik nodig geag was weens verweerder se beswaar dat hy teenoor die lashebber aanspreeklik was, en nie nog teenoor die eisers ook aanspreeklik kon wees nie (p.64).

²⁵ Die rol wat die slapende vennoot speel by die erkenning van die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid is waarskynlik dus net mooi teenoorgesteld tot dié wat hy speel by die erkenning van die „undisclosed principal” se eis. Waar hy daar as remmende invloed moet geld (vgl. pp. 32-33 hierbo), is hy hier 'n bevorderende faktor.

²⁷ Met indirekte beroep op Paterson v. Gandassequi (sic), sup. en Addison v. Gandassequi, sup.

²⁸ Op p.86. En op p.90 sê R. Littledale: „Where goods are bought by an agent, who does not at the time disclose that he is acting as agent; the vendor, although he has debited the agent, may upon discovering the principal, resort to him for payment.”

²⁶ (1829) 9 B.& C.79 (109 E.R.30).

geldigheid waarvan die hof geen twyfel het nie, ook van toepassing is op die ongeïdentifiseerde lasgewer, waaroor dit op die feite handel. Die hof meen van ja.

Sedert Thomson v. Davenport het die beginsel dat die ontdekte lasgewer aangespreek kan word toe 'n bestendigheid geniet, wat tot vandag toe voortduur. In verskeie beslissings is dit bevestig en uitvoerig geformuleer.²⁹ As voorbeeld neem ons 'n stelling uit Kendall v. Hamilton³⁰: „...a person entering into a contract with one to whom, and to whom alone he trusted, may, on discovering that the contractor really had a principal, though he neither trusted to him nor gave credit to him, nor even knew of his existence, charge that principal, unless something has happened to prevent his doing so.” Dis geen oordrywing nie om te sê dat die moontlikheid om 'n „undisclosed principal” aan te spreek in die tweede helfte van die vorige eeu 'n vanselfsprekendheid - en dus oninteressant - geword het. Wat wel die regspraak se aandag verg en sy belangstelling wek, is die kwalifikasies, wat van vroeg of saam met die reël geformuleer is, waardeur die aanspreeklikheid van die „undisclosed principal” weer beperk is. Op die beperking van die aanspreeklikheid word in par. 3(c) hieronder ingegaan.

Eindelik moet op twee deurlopende motiewe by die aanspreeklikheid van die „undisclosed principal” gewys word. Eerstens kan mens veel meer konsekwent as ten aansien van die optrede van „undisclosed principal” teenoor derde aantoon dat die derde se direkte optrede teen die „undisclosed principal” die vermyding van die lashebbër as skuldenaar ten doel het. Inderdaad, die wenslikheid om 'n ander skuldenaar te vind, ontstaan eers wanneer dit vir die derde duidelik word dat dit onwenslik is om die lashebbër as skuldenaar te hê.³¹ Die aanspreeklikheid van 'n beweerde „undisclosed principal”

²⁹ Vgl. bv. Smyth v. Anderson (1849) 7 C.B.21 (137 E.R.9), op p.34; Calder v. Dobell (1871) L.R.6 C.P.486, op pp.489-490, 491, 498 ('n geval waarby die lasgewer se bestaan en identiteit bekend was); Armstrong v. Stokes (1872) L.R.7 Q.B.598, op pp.603-604; Kendall v. Hamilton (1879) 4 App.Cas.504, op pp.514, 541.

³⁰ Sup., p.541.

³¹ òf omdat daar niks van die lashebbër te verhaal is nie òf omdat dit waarskynlik voordeliger sal wees om teen die lasgewer op te tree.

kom dan ook tipies ter sprake waar die eiser se oorspronklike kontraksparty insolvent geraak het,³² of waar vergeefs gepoog is om hom tot die bedonge teenprestasie te beweeg.³³ Tweedens, in ooreenstemming met die posisie ten aansien van die „undisclosed principal” se eis, vind mens sy aanspreeklikheid hoofsaaklik by koopkontrakte. Hoewel die eis teen die „undisclosed principal” in beginsel nie hiertoe beperk is nie,³⁴ het die aanvanklike erkenning daarvan uitsluitlik by koopkontrakte plaasgevind, en het die koopkontrak steeds die oorwegende toepassingsveld van die eis gebly.³⁵

Par. 3 Nadere ontleding van die „undisclosed principal” se bevoegdheid en aanspreeklikheid

(a) Die remedies van en teen die „undisclosed principal”

In die voorafgaande deel van hierdie hoofstuk was daar telkens sprake van optrede van „undisclosed principal” teenoor derde, en omgekeerd. Die doel van hierdie subparagraaf is slegs om samevattend aan te dui om welke eise dit hier handel. Wat beklemtoning verdien, is dat die remedies wat in die regspraak aan die „undisclosed principal” en teen hom verleen word, steeds remedies is wat in beginsel ter beskikking staan van die persone wat die kontrak gesluit het, d.w.s. lashebber en derde. Dit handel dus om kontraktuele remedies.

Omdat, soos ons gesien het, die „undisclosed principal”-leerstuk sy hooftoepassing vind by koopkontrakte, het mens gewoonlik te doen met 'n eis om die koopprys. Dit kan egter ook 'n eis

32 Ek beperk my tot gevalle bespreek in par.II.2(b) en wys by wyse van voorbeeld daarop dat die lashebber insolvent was in Waring v. Favenck (9), Kymer v. Suwercropp (10), Paterson v. Gandasequi (14), Thomson v. Davenport (26), Smyth v. Anderson (29) en Armstrong v. Stokes (29).

(Die verwysings is na die voetnote hierbo.) En vgl. die vennootskapsgevalle Hoare v. Dawes (15), Coope v. Eyre (16), Gouthwaite v. Duckworth (15) en Kendall v. Hamilton (29).

33 Vgl. byvoorbeeld Nelson v. Powell (5) en Calder v. Dobell (29).

34 Vgl. byvoorbeeld die algemene strekking van die stelling uit Kendall v. Hamilton, aangehaal op p.41 hierbo. En vir voorbeelde van „undisclosed principal”-remedies buite die koopkontrak om, vgl. par. II.3(a) hieronder.

35 'n Opgawe van die beslissings is ondoenlik. By wyse van illustrasie kan daarop gewys word dat al die beslissings, waarna in die teks van par. II.2(b) verwys word, oor koopkontrakte handel.

wees om die versekerde som,¹ of om die uitgeleende geld,² of om die huurgeld,³ of om die opgeloopte koste,⁴ of om rekenskap van die geïnde geld.^{5,6} Aan die ander kant is ook 'n eis deur die „undisclosed principal” om daadwerklike vervulling of reële eksekusie niks ongewoons nie.⁷ By kontrakbreuk is selfs 'n eis om skadevergoeding deur of teen die „undisclosed principal” moontlik.⁸

Van 'n poging tot aanvegting („rescission”) is daar na my wete slegs eenmaal in 'n „undisclosed principal”-beslissing sprake, en die moontlikheid hiervan word ontken op grond van die bevinding dat die lashebbers die „real and only principals” is.⁹ Die verklaring vir die afwesigheid van hierdie remedie by die „undisclosed principal”-gevalle is moontlik dat aanvegting net ter sprake kan wees waar die persoon, wat voorgee om die kontrak aan te veg, se partyskap tot daardie kontrak vas staan. Dit is nou juis nie die geval met die „undisclosed principal” nie. En sou 'n derde wou aanveg, dan doen hy dit natuurlik teenoor die lashebber, nie teenoor die „undisclosed principal” nie.

Eindelik moet daarop gewys word dat daar enkele gevalle voorkom waar 'n „undisclosed principal” nie 'n vordering uit die ooreenkoms gesluit tussen die lashebber en die derde probeer afdwing nie, maar teen die derde 'n aksie van „trover” of „conversion” instel, d.w.s. 'n aksie gebaseer op 'n onregmatige daad wat die derde na bewering ten opsigte van die „undisclosed

1 Vgl. Lanyon v. Blanchard (1811) 2 Camp.597 (170 E.R.1264); Mann v. Forrester (1814) 4 Camp.60 (171 E.R.20); Browning v. Provincial Insurance Co. of Canada (1873) L.R.5 P.C.263.

2 Vgl. Sims v. Bond (1833) 5 B.& Ad.389 (110 E.R.834); Kendall v. Hamilton (1879) 4 App.Cas.504.

3 Vgl. Danziger v. Thompson [1944] K.B.654.

4 Vgl. Court v. Berlin [1897] 2 Q.B.396 (vennootskapsgeval).

5 Vgl. Gordon v. Ellis (1846) 2 C.B.822 (135 E.R.1167) (vennootskapsgeval).

6 Let op dat hier net voorbeelde gegee wil word; die opstel van 'n katalogus van „undisclosed principal”-remedies lyk ondoenlik.

7 Vgl. Nelthorpe v. Holgate (1844) 1 Coll.203 (63 E.R.384); Smith v. Wheatcroft (1878) 9 Ch.D.223; Dyster v. Randall & Sons [1926] Ch.932; Smith-Bird v. Blower [1939] 2 All E.R.406. Sien ook Harmer v. Armstrong [1934] Ch.65, op p.70.

principal" se roerende saak gepleeg het.¹⁰ Die lasgewer verlang in hierdie gevalle lewering van 'n versekeringspolis,¹¹ of die waarde van goed wat die derde vervreem het.¹² Van besondere belang vir die "undisclosed principal"-problematiek is hierdie gevalle nie.¹³

(b) Die beskerming van die derde

Waar 'n "undisclosed principal" teen sy lashebber se kontraksparty optree, bevind laasgenoemde hom in 'n posisie waarmee hy nie vooraf rekening gehou het nie. Dit is dan nie verbasend nie dat in die regspraak reëls ontwikkel is om die derde te beskerm teen 'n moontlike verswaring van sy posisie as gevolg van ingryping deur die verborge lasgewer. As voorbeeld van die algemene erkenning van hierdie beskerming kan dien 'n stelling uit die beslissing Montagu v. Forwood¹: "If A. employs B. as his agent to make any contract for him, and B. makes a contract with C., or employs C. as his agent, if B. is a person who would be reasonably supposed to be acting as a principal, and is not known or suspected by C. to be acting as an agent for any one, A. cannot make a demand against C. without the latter being entitled to stand in the same position as if B. had in fact been a principal." Dit is die beginsel wat ek nou aan die hand van sy ontwikkeling in die beslissings sal probeer ontleed.

-
- 7 (vervolg) Ek weet van geen geval in die Engelse reg waar dit handel om 'n eis om daadwerklike vervulling teen die "undisclosed principal" nie.
- 8 Vgl. Beckham v. Drake (1841) 9 M.& W.79 (152 E.R.35); Grissell v. Bristowe (1868) L.R.3 C.P.112; Turner v. Thomas (1871) L.R.6 C.P.610; Drughorn Ltd. v. Rederiaktiebolaget Transatlantic [1919] A.C.203.
- 9 Collins v. Associated Greyhound Racecourses Ltd. [1930] 1 Ch.1, op p.19, waar verklaar word dat "the plaintiff would be unable to sue on the contract between the company and [the agents], and a fortiori he would be unable to sue for rescission of such contract."
- 10 Vgl. in die algemeen oor hierdie aksie Salmond, Law of Torts, 14de uitgawe deur Heuston (London, 1965), pp.140-151.
- 11 Vgl. Westwood v. Bell (1815) 4 Camp.349 (171 E.R.111).
- 12 Vgl. Taylor v. Kymer (1832) 3 B.& Ad.320 (110 E.R.120); Lloyds and Scottish Finance v. Williamson [1965] 1 All. E.R.641.
- 13 Sien ook nog Goodhart and Hamson, t.a.p., pp.329-330.

Die beskerming van die derde dateer terug tot die bekende beslissings in Rabone v. Williams² en George v. Clagett,³ wat, soos hierbo aangetoon is,⁴ tot die eerste duidelike gevalle van die „undisclosed principal” gereken kan word. Die beskerming neem hier die vorm aan van die erkenning van 'n skuldvergelykingsbevoegdheid van die derde, wat deur 'n „undisclosed principal” aangespreek word. Hy kan naamlik sy eie vordering teen die lashebbber in skuldvergelyking opwerp teen die eis van die „undisclosed principal”. Van 'n regstegniese motivering van die skuldvergelykingsbevoegdheid is daar in hierdie twee toonaangewende beslissings weinig sprake. In Rabone v. Williams word eenvoudig volstaan met die stelling dat die derde geregtig is om die lashebbber as prinsipaal te beskou, welke standpunt gevolg word in George v. Clagett. Die eintlike probleem word nie aangeraak nie, naamlik om te verklaar waarom van 'n kardinale skuldvergelykingsbeginsel afgewyk word, t.w. die beginsel dat die skulde tussen dieselfde persone moet bestaan.

In Carr v. Hinchliff⁵ kom juis hierdie probleem ter sprake. Daar word daarop gewys dat die reg van skuldvergelyking as sodanig nie op Common Law berus nie, maar 'n skepping van die Statute of Set-Off⁶ is, waarvolgens skuldvergelyking slegs kan plaasvind ten opsigte van onderlinge („mutual”) skulde.⁷ By die „undisclosed principal”-situasie is die skulde egter nie onderling nie, „unless the factor may for this purpose be identified with the principal; but the cases of George v. Clagett, and Baring v. Corrie,⁸ show that they may be so identified.”⁹ Daar word voorts gesê dat

1 [1893] 2 Q.B.350, op pp.355-356. Vgl. ook Sims v. Bond (1833) 5 B.& Ad.389 (110 E.R.834), op p.393; Isberg v. Bowden (1853) 8 Ex.852 (155 E.R.1599), op p.859; Turner v. Thomas (1871) L.R.6 C.P.610, op p.613.

2 (1785) 7 Term Rep.360n (101 E.R.1020).

3 (1797) 7 Term Rep.359 (101 E.R.1019).

4 Op pp.31-32.

5 (1825) 4 B.& C.547 (107 E.R.1164).

6 2 Geo.2, c.22, s.13 (1728), gewysig deur 8 Geo.2, c.24, s.8 (1734).

7 Op pp.551, 553 van die verslag.

8 (1818) 2 B.& Ald.137 (106 E.R.317).

9 Op p.551. Let op dat daar in die genoemde twee beslissings nie uitdruklik sprake van identifikasie van lasgewer en

„by analogy to the defence given by the statute, a defendant is also entitled to say that his debt is extinguished by another debt due to him from any person who may be identified with the plaintiff.”¹⁰ Waaron dit egter in die eerste plek gebeur dat lasgewer en lashebber vir die doeleindes van skuldvergelyking met mekaar geïdentifiseer word, word nie gesê nie.

'n Ander benadering ter motivering van die skuldvergelykingsbevoegdheid is die standpunt dat die „undisclosed principal” weens die indruk teenoor die derde geskep nie vir laasgenoemde in 'n slegter posisie mag plaas as dié waarin hy hom sou bevind het, indien die lashebber wel prinsipaal was nie. Reeds in die vroeë vennootskapsgeval van Stracey v. Deey¹¹ word gesê dat aangesien verweerder „had been by the conduct of the plaintiffs led to believe that Ross (d.w.s. die aktiewe vennoot) was the only person he contracted with, they could not now pull off the mask and claim payment of debts supposed to be due to Ross alone, without allowing the parties the same advantages and equities in their defence that they would have had in actions brought by Ross.”¹²

By die skynverwekking waarvan in hierdie argumentasie sprake is, handel dit natuurlik nie om 'n skyn wat „undisclosed principal” direk teenoor derde verwek nie. By sodanige skyn staan mens buite die „undisclosed principal”-problematiek, want om te sê die lasgewer is „undisclosed”, is tog juis om te

9 (vervolg) lashebber is nie. Mens het hier dan maar net met 'n interpretasie van hierdie beslissings te doen, nie met uitdruklike gesag vir die identifikasiegedagte nie.

10 Op p.554.

11 (1789) 7 Term Rep.361n (101 E.R.1021).

12 Vgl. ook Baring v. Corrie, sup., waar die beroep op skuldvergelyking misluk onder andere omdat bevind word dat die „undisclosed principal” op generlei wyse die derde mislei het om die lashebber as eienaar van die suiker te beskou nie; Gordon v. Ellis (1846) 2 C.B.822 (135 E.R.1167), waar die derde se pleit ondeugdelik bevind word, omdat nie beweer is dat die verwekte skyn die lasgewers ten laste gelê word nie, nl. as gevolg van hulle toestemming of hulle versuim; Montagu v. Forwood, sup., op p.356: „If A. has allowed his agent B. to appear in the character of a principal he must take the consequences.”

sê hy staan binne die raamwerk van die betrokke ooreenkoms nie in kontak met die derde nie. Bygevolg kan hy ook geen skyn teenoor hom wek nie.¹³ Skynverwekking deur die „undisclosed principal” beteken hoogstens dat dit in die eerste plek hy is wat deur middel van sy opdraggewing aan die lashebber daarvoor verantwoordelik is dat die lashebber homself in 'n kontraktuele situasie begewe, binne welke die derde onder 'n wanindruk verkeer oor die regte en aanspreeklikhede wat daaruit vir hom (die derde) voortvloei. Dit is net in hierdie sin dat verwytbaarheid van die „undisclosed principal” as grondslag van die derde se skuldvergelykingsbevoegdheid beskou kan word.

Die vraag is nou in hoeverre daar van 'n uitdruklik gehandhaafde skuldvereiste in die regspraak sprake kan wees. Toonaangewend oor hierdie probleem is die beslissing in Cooke v. Eshelby,¹⁴ waar die derde se beroep op skuldvergelyking afgewys is, omdat by hom nie die oortuiging bestaan het dat die goed, wat hy gekoop het, die makelaar s'n was nie. Die hof gaan egter verder en stel dit dat vir 'n suksesvolle beroep op skuldvergelyking nie net hierdie oortuiging moet bestaan nie, maar dat die lasgewer ook hiervoor verwytbaar moet wees. „It must be shewn.... that the circumstances attending the sale were calculated to induce, and did induce, in the mind of the purchaser a reasonable belief that the agent was selling on his own account and not for an undisclosed principal; and it must also be shewn that the agent was enabled to appear as the real contracting party by the conduct, or by the authority, express or implied, of the principal.”¹⁵

13 Ek gaan miskien te ver deur in effek te beweer dat die begripmatig onmoontlik is dat 'n man terselfdertyd „undisclosed principal” is en direk die derde mislei ten opsigte van die verhouding van lasgewer en lashebber. Geen sodanige geval is egter aan my bekend nie.

14 (1887) 12 App.Cas.271. Vgl. die kommentaar op hierdie beslissing in Bowstead, a.w., pp.304-305.

15 Op p.278. Vgl. ook die interpretasie van Cooke v. Eshelby in Wester Moffat Colliery Co. v. Jeffrey 1911 S.C.346, naamlik dat die derde se suksesvolle verweer teen die „undisclosed principal” afhanklik is daarvan dat hy „must have been induced by the conduct of the

Die skuldvergelykingsreël, sê die hof (dareem nie eenstemmig nie), berus op estoppel.

Deur hierdie beslissing word dan finale beslag aan 'n skuldvereiste gegee. Of die vereiste nou gekoppel is met die hierbo verwerpte gedagte van direkte skynverwekking van „undisclosed principal” teenoor derde, dan wel of dit in die beter sin van indirekte veroorsaking van 'n skyn verstaan word, lyk dit vir my in elk geval na 'n ongewenste ontwikkeling.¹⁶

Eerstens kompliseer dit die bewysvoering. Nie alleen moet bewys word dat die derde slegs met die lashebber as kontraksparty gereken het nie, daar moet ook 'n kousale verband tussen die lasgewer se optrede en hierdie bedoeling van die derde aangetoon word. Dit kan weer lei tot die ondersoek na subtiele verskille ten opsigte van bevoegdheidsverlening, soos byvoorbeeld of die lasgewer uitdruklik beveel het dat sy naam verswyg word, dan wel of hy maar net verlof gegee het dat dit verswyg word.¹⁷ Tweedens sou die derde geheel en al beskerming ontbeer waar sy onkunde omtrent die lasgewer die lashebber, en nie die lasgewer nie, ten laste gelê moet word,¹⁸ byvoorbeeld waar die lasgewer uitdruklik beveel het dat die lashebber hom teenoor die derde moet openbaar, en die lashebber versuim het om dit te doen.¹⁹ Sou 'n hof hier die derde

15 (vervolg) principal to believe, and did believe, that the agent...was selling on his own account” (op p.352, en tot dieselfde effek op p.351).

16 Vgl. ook die kritiek van Powell, The Law of Agency, 2de uitgawe (London, 1961), pp.175-177.

17 Reeds in Cooke v. Eshelby self, op pp.281-282, begeef die hof hom in so 'n ondersoek.

18 Hierdie beswaar kan ook soos volg geformuleer word: die derde is onbeskermd waar „undisclosed principal” se skuld en derde se onkunde mekaar nie dek nie.

19 Dit was die posisie in Ex p. Dixon, re Henley (1876) 4 Ch.D.133, nogtans is die derde se skuldvergelykingsbevoegdheid erken. Vgl. ook Westwood v. Bell (1815) 4 Camp.349 (171 E.R.111), waar die „undisclosed principal” in 'n aksie van „trover” om 'n versekeringspolis misluk; Greer v. Downs Supply Co. [1927] 2 K.B.28, waar die derde beskerm word deur die hof se bevinding dat hy geen kontrak met die „undisclosed principal” gesluit het nie.

beskerm op grond daarvan dat die lasgewer moet instaan vir die lashebber se versuim, dan toon dit net dat die vereiste van die lasgewer se eie verwytbaarheid tog maar 'n leë dop is, en dat die derde se daadwerklike onkunde die deurslaggewende faktor is.

Samevattend moet mens dan sê dat die regspraak se motivering vir die bestaan van die derde se skuldvergelykingsbevoegdheid nie indrukwekkend is nie. Die vroeë verklaring dat lasgewer en lashebber met mekaar geïdentifiseer word, sê bloot hoe die skuldvergelyking moontlik is, nie waarom dit mag plaasvind nie. Die benadering wat die klem op die „undisclosed principal” se verwytbaarheid lê, dek weer nie alle gevalle waar die derde beskerm word nie (of dek dit net deur geweldige verwatering van die skuldvereiste) en mag moontlik lastige feitlike ondersoeke nodig maak. Die ware verduideliking van die regspraak se erkenning van die skuldvergelykingsbevoegdheid, meen ek, is dat die regters steeds die „undisclosed principal” se eis as 'n anomalie ondervind het, en wel of daar nou in die betrokke geval ernstiglik sprake kon wees van die „undisclosed principal” se verwytbaarheid of nie. Die blote feit dat die derde hom bevind teenoor 'n eiser met wie hy nie gereken het nie, was steeds vir die regspraak genoeg redê om die derde te beskerm. Mens het in wese dus met 'n billikheidsreël te doen. Die verklaring vir die feit dat die billikheidsgrondslag van die skuldvergelykingsreël skaars uitdruklik ter sprake kom, kan slegs te vinde wees in sy vanselfsprekendheid.²⁰

Erken mens nou dat die regspraak se motivering dien om die billikheidsgrondslag 'n respektabele aansyn te gee, eerder as dat hulle van praktiese belang is, dan is dit ook verstaanbaar dat daar beslissings is waarby die hof geen teoretiese grondslag van die skuldvergelykingsbevoegdheid vermeld nie, maar die moontlikheid van skuldvergelyking in beginsel afhanklik

²⁰ Vgl. Smith's Leading Cases, 13de uitgawe (1929), Vol.II, p.133, waar in verband met George v. Clagett gesê word: „The decision...too clearly results from principles of natural equity to need much discussion or explanation.”

stel slegs van die derde se onkunde in verband met die lasgewer.²¹ In die lig van hierdie beslissings moet die konsekwente handhawing van die skuldvereiste in die regspraak dan ook ontken word.

Die merkwaardige in verband met die toepassing van die skuldvergelingsreël is nou die standpunt ingeneem in 'n aantal beslissings dat die derde wat bewus was daarvan dat hy met 'n lashebber te doen het, op geen beskerming ingevolge die reël aanspraak het nie. So word byvoorbeeld in Montagu v. Forwood²² verklaar: "When a person who sells goods is known by the purchaser to be a broker - that is an agent - the case is entirely different: the purchaser cannot then set off a debt due to him from the broker against the demand of the principal." Selfs in Cooke v. Eshelby²³ kom hierdie houding soos volg tot uiting: "If the intending purchaser desires to deal with the broker as a principal and not as an agent in order to secure a right to set-off, he is put upon his inquiry... If he chooses to purchase without inquiry, or notwithstanding the broker's refusal to give information, he does so with notice that there may be a principal for whom the broker is acting as agent; and should that ultimately prove to be the fact, he has, in my opinion, no right to set off his indebtedness to the principal against debts owing to him by the agent."²⁴ Die omstandigheid dat die lashebber in eie naam opgetree het, skep op sigself dus nog nie vir die derde 'n skuldvergelingsbevoegdheid nie.

- 21 Moore v. Clementson (1809) 2 Camp.22 (170 E.R.1068); Fish v. Kempton (1849) 7 C.B.687 (137 E.R.272); Dresser v. Norwood (1864) 17 C.B.(N.S.) 466 (144 E.R.188); Semenza v. Brinsley (1965) 18 C.B. (N.S.) 467 (144 E.R.526) en Borries v. Imperial Ottoman Bank (1873) L.R.9 C.P.38 (waar die afwesigheid van 'n skuldvereiste blyk uit die bespreking van die vereistes waaraan die derde se pleit moet voldoen); Ex p. Dixon, re Henley, sup.
- 22 [1893] 2 Q.B.350, op p.355. Vgl. ook Fish v. Kempton, sup.; Dresser v. Norwood, sup., waar die derde se verteenwoordiger op hoogte van sake was; Mildred v. Maspons (1883) 8 App.Cas.874.
- 23 Sup., pp.277-278.
- 24 Vgl. ook Baring v. Corrie, sup., waar die beroep op skuldvergelings misluk onder andere omdat bevind word dat die derde rekening behoort te gehou het met die feit dat die lashebber as makelaar opgetree het.

Verder laat sommige beslissings egter blyk dat ook die derde se onwetendheid ten tyde van kontraksluiting op sigself nog nie deurslaggewend is vir die ontstaan van 'n skuldvergelykingsbevoegdheid nie. Deurslaggewend is alleenlik die derde se onkunde op die oomblik waarop die verrekenbare skulde teenoor mekaar te staan kom.²⁵ Uitdruklik word die derde se onkunde aan hierdie tydstip gekoppel in Semenza v. Brinsley, waar dit oor die deugdelikheid van die derde se verweerskrif gehandel het. Onder andere word vereis dat in die verweerskrif beweer moet word „that before the defendant was undeceived...the set-off accrued.”²⁶ En in Salter v. Purchell²⁷ word in verband met die derde se vordering teen die lashebber gesê: „It must be due either before the sale, or before notice to the defendant that plaintiff was the real owner” (d.w.s. van die goed wat die lashebber aan die derde verkoop het). Steun vir hierdie standpunt vind mens ook in die beslissings Moore v. Clementson²⁸ en Kaltenbach v. Lewis,²⁹ waarby die beroep op skuldvergelyking misluk het op grond van die derde se kennis van die lasgewer, welke kennis eers ná kontraksluiting, maar alvorens die betrokke skulde teenoor mekaar te staan gekom het, verkry is.³⁰

25 Vgl. Montagu v. Forwood, sup., p.353: „The right of set-off accrues the moment there are cross-debts.” Die derde se onkunde kom hier wel nie uitdruklik ter sprake nie, maar die gestelde beginsel word toegepas op 'n feitekompleks waarby die derde op hierdie tydstip hoegenaamd nie van die bestaan van 'n lasgewer kennis gedra het nie.

26 Semenza v. Brinsley, sup., pp.477-478.

27 (1841) 1 Q.B.209 (113 E.R.1110), op pp.213-214.

28 (1809) 2 Camp.22 (170 E.R.1068), waar daar kennis was „before the contract was completed” (p.24). Ek werk hier op die veronderstelling dat die derde se skuld eers opeisbaar sou wees (en die skulde dus verrekenbaar teenoor mekaar bestaan) by voltooiing van die daarvoor bedonge prestasie (nl. lewering van die wolmateriale).

29 (1885) 10 App.Cas.617, waar die derde kennis gekry het alvorens by die koopprys ontvang het vir die goed, wat hy kragtens die ooreenkoms met die lashebber moes verkoop, d.w.s. alvorens sy verpligting om aan die lashebber rekenskap te gee (by die ontstaan waarvan die skulde verrekenbaar teenoor mekaar te staan sou kom), ontstaan het.

30 Vgl. ook Stracey v. Deey (1789) 7 Term Rep.361n (101 E.R. 1021), waar die derde se vordering teen die aktiewe vennoot

Die standpunt ingeneem in al hierdie beslissings beteken natuurlik dat die derde se beskerming glad nie so omvattend is as wat die kategoriese verklaring in verband met sy beskerming in die toonaangewende geval van Rabone v. Williams mens laat vermoed nie.³¹ In effek ontbeer hy beskerming in alle gevalle waar hy vóór die tydstip waarop skuldvergelyking sou plaasvind, besef dat hy met 'n lashebber te doen het - en dit ten spyte van die lashebber se optrede in eie naam. Die verklaring vir hierdie toedrag van sake moet waarskynlik in die afwesigheid van 'n sistematiese onderskeid tussen direkte en indirekte verteenwoordiging in die Engelse reg gesoek word. Dit lyk naamlik of die derde in hierdie gevalle behandel word soos 'n derde by direkte verteenwoordiging, wat natuurlik geen beroep op skuldvergelyking het nie. By direkte verteenwoordiging behoef die derde egter geen beskerming nie, juis omdat dit by sluiting van die ooreenkoms sy bedoeling is om teenoor die prinsipaal gebonde te wees. Die bedoeling om teenoor die verborge lasgewer gebonde te wees, is daarenteen by die derde in die „undisclosed principal“-situasie afwesig, ook in gevalle waar hy daarvan bewus is of bewus word dat hy met 'n lashebber te doen het. Dit is selfs moontlik dat die derde 'n ooreenkoms met die lashebber in eie naam sluit spesifiek met die oog daarop om langs die weg van skuldvergelyking 'n vordering, wat hy teen die lashebber het, voldoen te kry. Om die derde bloot op grond van sy wete van die bestaan van 'n lasgewer te behandel soos die derde by direkte verteenwoordiging, is dus hoegenaamd nie te regverdig nie. Die billikheid van sommige beslissings waarin 'n derde sy skuldvergelykingsbevoegdheid ontsê word enkel op grond daarvan dat hy geweet het sy kontraksparty is 'n lashebber, kan dan ook minstens betwyfel word.³²

30 (vervolg) eers ná die verkoop van die vennootskapsgoedere, maar vóór die derde ontnugter is, ontstaan het; Isberg v. Bowden (1853) 8 Ex.852 (155 E.R.1599), op p.859, waar in effek gesê word dat die derde beskerm word waar die skulde teenoor mekaar te staan gekom het of betaling plaasgevind het aler die derde ontnugter is.

31 Sien die aanhaling op p.32 hierbo.

32 Vgl. die hierbo aangehaalde gevalle van Moore v. Clementson, Baring v. Corrie, Fish v. Kempton en Dresser v. Norwood.

Eindelik moet daarop gewys word dat hoewel die beskerming van die derde teen die moontlike verswaring van sy posisie as gevolg van ingryping deur die verborge lasgewer hierbo uitsluitlik aan die hand van die skuldvergelykingsbevoegdheid aangetoon is,³³ sy beskerming nie hiertoe beperk is nie.

Die derde staan ook veilig teenoor die lasgewer wanneer hy onbewus van die lasgewer teenoor die lashebber voldoen het,³⁴ en waarskynlik ook waar hy 'n skikking met hom getref het.³⁵

(c) Die beperking van die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid

Ons kom vervolgens by die nadere omskrywing van die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid.¹ Soos hierbo aangetoon is,² word hierdie aanspreeklikheid waarskynlik reeds sedert die laat 18de eeu erken, d.w.s. dit is in beginsel moontlik vir die derde, wat agter sy kontraksparty 'n „undisclosed principal” ontdek, om direk hierdie lasgewer op grond van die betrokke kontrak aan te spreek. Intussen is egter nooit ontken nie dat 'n kontrak gesluit is tussen derde en lashebber, op grond waarvan die derde teen die lashebber kon ageer. Waar die derde nou op grond van dieselfde skuldoorsaak, naamlik die kontrak, òn teen lashebber òn teen lasgewer kan optree, heers daar onsekerheid oor die alternatiwiteit of gesamentlikheid van

33 En let daarop dat mens maar met 'n variasie op die skuldvergelykingsgevalle te doen het waar 'n terughoudingsreg („lien”) van die derde (veral ten opsigte van 'n versekeringspolis) erken word, ter bevrediging van sy vordering teen die lashebber. Vgl. in hierdie verband Mann v. Forrester (1814) 4 Camp.60 (171 E.R.20); Westwood v. Bell (1815) 4 Camp.349 (171 E.R.111), op pp.352-353; Taylor v. Kymer (1832) 3 B.& Ad.320 (110 E.R.120), op p.334, waar die derde se terughoudingsreg op goed op een peil gestel word met dié op 'n versekeringspolis, en met die skuldvergelykingsbevoegdheid van die koper van goed wat aan 'n „undisclosed principal” behoort; Mildred v. Maspons (1883) 8 App.Cas.874.

34 Blackburn v. Scholes (1810) 2 Camp.341 (170 E.R.1177); Isberg v. Bowden, sup.; Curlewis v. Birkbeck (1863) 3 F.& F.894 (176 E.R.406). Sien ook Contes v. Lewes (1808) 1 Camp.444 (170 E.R.1015); Gardiner v. Davis (1825) 2 C.& P.49 (172 E.R.23); Lloyds and Scottish Finance v. Williamson [1965] 1 All E.R.641, waar die derde betaal het aan 'n krediteur van die lashebber, en die „undisclosed principal” in 'n aksie weens beweerde „conversion” misluk.

hulle aanspreeklikheid, sowel as oor die effek van afrekening tussen lasgewer en lashebber. Die reëls wat die uitsluiting van die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid beskryf, verteenwoordig 'n poging om hierdie ondeursigtige situasie te orden.

Basies kan die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid op een van twee wyses uitgesluit wees, enersyds weens een of ander vorm van afrekening deur die lasgewer met die lashebber, andersyds uit hoofde van die derde se optrede teenoor die lashebber alvorens die derde die lasgewer probeer aanspreek. Hierdie twee wyses van aanspreeklikheidsuitsluiting moet nou ontleed word, en ons begin by die eersgenoemde.

Hoewel daar aanvanklik beslissings was, wat die indruk skep dat die „undisclosed principal”, wat ontdek word, sonder voorbehoud aanspreeklik is, d.w.s. sonder inagneming van enige moontlike afrekening met die lashebber,³ word die teenoorgestelde standpunt in later beslissings as die korrekte aanvaar. Die uitgangspunt van hierdie houding het mens waarskynlik in die uitspraak van R. Bayley in die toonaangewende beslissing van Thomson v. Davenport.⁴

R. Bayley verklaar: „If he (d.w.s. die lashebber) does make himself personally liable, it does not follow that the principal may not be liable also, subject to this qualification, that the principal shall not be prejudiced by being

35 Vgl. Hudson v. Granger (1821) 5 B.& Ald.27 (106 E.R.1103); Ramazotti v. Bowring (1859) 7 C.B.(N.S.) 851 (141 E.R.1050), waar gesê word dat die „undisclosed principal” se ingryping geskied onderhewig aan 'n skuldvergelykingsooreenkoms tussen lashebber en derde.

1 Dit handel hier natuurlik net om sy aanspreeklikheid teenoor die derde. Sy aanspreeklikheid teenoor die lashebber word bepaal deur die inhoud van die ooreenkoms tussen lasgewer en lashebber, wat, behalwe sover dit die vereiste van „authority” aangaan, nie op sigself in hierdie ondersoek ontleed word nie.

2 Op pp.35-38.

3 Vgl. Nelson v. Powell (1784) 3 Dougl.410 (99 E.R.723); Kymer v. Suwercropp (1807) 1 Camp.109 en 180 (170 E.R.894 en 921).

4 (1829) 9 B.& C.79 (109 E.R.30). Maar let op dat dit reeds in Railton v. Hodgson (1804) 4 Taunt.576n (128 E.R.456) gestel word dat die lasgewer se aanspreeklikheid op billikheidsgronde uitgesluit kan wees.

made personally liable, if the justice of the case is that he should not be personally liable. If the principal has paid the agent, or if the state of accounts between the agent here⁵ and the principal would make it unjust that the seller should call on the principal, the fact of payment, or such a state of accounts, would be an answer to the action brought by the seller where he had looked to the responsibility of the agent."⁶ Hierdie houding vind ook in ander beslissing aanvaarding, en die beskerming van die „undisclosed principal" word selfs heel algemeen in terme van 'n verandering van sy posisie uitgedruk, byvoorbeeld dat „the vendor may not sue the undisclosed principal if the position of the latter towards his agent has been altered before the action is brought."⁷

Die indruk van hierdie gevalle skep, is dat die „undisclosed principal" sonder voorbehoud beskerm word, solank dit maar vas staan dat hy op een of ander wyse teenoor die lashebber vir die teenprestasie (d.w.s. die prestasie uiteindelik verksuldig aan die derde) ingestaan het. Motiveringe vir hierdie ingrypende kwalifikasie van sy aanspreeklikheid ontbreek in die beslissings feitlik geheelenaal.⁸ Die voor die hand liggende rede vir die kwalifikasie is dat die regters die „undisclosed principal" se aanspreeklikheid as sodanig anomalies gevind het.

'n Skerpe teenstelling tot die reël van Thomson v. Davenport ontstaan egter deur die beslissing in Heald v. Kenworthy,⁹ waar dit gestel word dat daar 'n plig op die lasgewer (as koper)

5 Op die feite het dit naamlik gehandel oor 'n lashebber in Liverpool met 'n lasgewer in Skotland.

6 Op pp.88-89. Met „state of accounts" word waarskynlik gedink aan die geval waar die lashebber by die lasgewer in die skuld is, miskien tot 'n groter bedrag as dié waarvoor die derde die lasgewer wil aanspreek. Met die woorde „where he had looked to the responsibility of the agent" het mens 'n verwysing na die tweede wyse van uitsluiting, wat hieronder behandel word.

7 Smethurst v. Mitchell (1859) 1 El.& El.622 (120 E.R.1043), op p.630. Vgl. ook Smyth v. Anderson (1849) 7 C.B.21 (137 E.R.9), op pp.35-36.

8 Soos uit die aangehaalde stelling blyk, word dit in Thomson v. Davenport kripties in terme van billikheid gemotiveer.

9 (1855) 10 Ex.739 (156 E.R.638).

rus om toe te sien dat die lashebber die skuld teenoor die derde voldoen.¹⁰ Sy blote afrekening met die lashebber beskerm hom nog geensins nie; beskerming geniet hy slegs indien sy afrekening met die lashebber die gevolg is van sy misleiding deur die derde.¹¹ Ten spyte hiervan word 'n „undisclosed principal”, wat te goeie trou met sy lashebber afgereken het, toe egter in Armstrong v. Stokes¹² beskerm, en die hof meen dat Heald v. Kenworthy se standpunt „intolerable hardship” kan veroorsaak.¹³ Daarna word Armstrong v. Stokes egter uitgesonder en Heald v. Kenworthy se standpunt uitdruklik onderskryf in die beslissings van Irvine v. Watson¹⁴ en Davison v. Donaldson.¹⁵

Die vraag is nou of met hierdie drie beslissings 'n strenge aanspreeklikheid van die „undisclosed principal” in die sin van die beslissing in Heald v. Kenworthy gevestig raak.¹⁶ Teen die heersende mening in wil ek dit betwyfel. Want eerstens het mens in geeneen van hierdie gevalle op die feite klaarblyklik met 'n „undisclosed principal” te doen gehad nie. Hoewel die feitlike posisie in Heald v. Kenworthy nie heeltemal duidelik is nie (die hof het dit net oor die deugdelikheid van die verweerskrif gehad), lyk dit tog of die lashebber die lasgewer teenoor die derde verbind het,¹⁷ d.w.s. dit lyk na 'n geval van direkte verteenwoordiging. In die beslissing word trouens glad nie na die lasgewer as 'n „undisclosed principal” verwys nie. Irvine v. Watson was waarskynlik 'n geval van direkte verteenwoordiging van 'n ongeïdentifiseerde prinsipaal. Dat die beslissing hoegenaamd binne die raamwerk van die „undisclosed principal”-problematiek ter sprake gekom het, mag moontlik gedeeltelik te wyte wees aan die misleidende kopstuk van die hofverslag, wat verkeerdelik die ongeïdentifiseerde prinsipaal as „undisclosed principal” bestempel. Davison v. Donaldson

10 Op p.745.

11 Op p.748. R. Bayley se reël word naamlik so geïnterpreteer dat dit onbillik sou wees dat die derde die lasgewer aanspreek waar hy self veroorsaak het dat die lasgewer met die lashebber afreken. Vir 'n geval waar die derde se eis juis om hierdie rede misluk, sien Horsfall v. Fautleroy (1830) 10 B. & C. 754 (109 E.R. 630).

12 (1872) L.R. 7 Q.B. 598.

13 Op p.610.

14 (1880) 5 Q.B.D. 414, op pp.417, 418, 420-421.

15 (1882) 9 Q.B.D. 623, op pp.627-629.

16 Soos Stoljar, a.w., p.215, dan ook beweer.

was 'n beslissing wat pertinent slegs oor die aanspreeklikheid van 'n vennoot gehandel het, en die hof het dit net by wyse van analogie oor die aanspreeklikheid van 'n „undisclosed principal” gehad.¹⁸ In hierdie beslissing word ook met verwysing na Irvine v. Watson gesê: „All the judges agreed in laying down that, where the seller knows that there is a principal behind the person with whom he is dealing,¹⁹ he must be shewn to have himself done something which raises an equity against him, otherwise the principal is not discharged.”²⁰ Die strenge aanspreeklikheid van die lasgewer, wat in hierdie beslissing erken word, is dus eintlik vir 'n situasie van direkte verteenwoordiging geformuleer, nie vir dié van die „undisclosed principal” nie. Die gedagte van die moontlike misleiding van lasgewer deur derde pas ook goed op die situasie van direkte verteenwoordiging, en wel waar die derde die verteenwoordiger as sy skuldenaar behandel, en daardeur indirek die lasgewer beweeg om met die verteenwoordiger af te reken. In die „undisclosed principal”-situasie beskou die lasgewer hom self egter in die eerste plek nie as skuldenaar van die derde nie, en laasgenoemde behandel in elk geval (ten minste aanvanklik) die lashebbër as sy skuldenaar. Hoe hier sinvol sprake kan wees van misleiding van die lasgewer deur die derde, is moeilik in te sien.²¹ Eindelik is dit insiggewend dat daar geen geval bestaan waarby die lasgewer klaarblyklik „undisclosed” was en Heald v. Kenworthy se aanspreeklikheidsmaatstaf tog nog aanwending gevind het nie. Mens kan nou die posisie opsom deur te sê dat die effek van 'n „undisclosed principal” se afrekening met sy lashebbër op sy aanspreeklikheid teenoor die derde nog onopgeklar is. Die reël waarvolgens hy deur afrekening beskerm word, het wel praktiese toepassing gevind. Na aanleiding van die beslissing in Heald v. Kenworthy word egter in die literatuur oorwegend

17 Vgl. C.B. Pollock se samevatting op pp.744-745, en ook p.747 van die verslag.

18 Vgl. pp.629-630 van die verslag.

19 My beklemtoning.

20 op p.628.

21 Vgl. die analoë probleem van die „undisclosed principal” se skynverwekking teenoor die derde op pp.46-47 hierbo.

voorkeur verleen aan die gedagte dat daar 'n plig op die „undisclosed principal” rus om toe te sien dat teenoor die derde voldoen word, en dat hy slegs beskerming geniet waar sy afrekening met sy lashebbër die gevolg is van sy misleiding deur die derde.²² Hierdie standpunt is egter verwerplik, omdat Heald v. Kenworthy se reël vir die situasie van direkte verteenwoordiging geformuleer is, en in 'n egte „undisclosed principal”-situasie sinloos en onbillik is.

Daarmee kom ons by die tweede wyse waarop die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid teenoor die derde uitgesluit kan wees, naamlik uitsluiting deur die derde se optrede teenoor die lashebbër.²³ Hierdie uitsluiting word gewoonlik tuisgebring onder die sogenaamde beginsel van eleksie, wat binne die raamwerk van die onderhawige probleemstelling²⁴ ter sprake kom wanneer 'n verborge lasgewer, wat deur 'n derde aangespreek word, beweer dat die derde deur sy eleksie of keuse om die lashebbër as skuldenaar te behandel, belet is om teen hom (die lasgewer) op te tree. Die grondslag van hierdie verweer is 'n reël, wat in 'n reeks beslissings ontwikkel is, waarvolgens die derde of lashebbër of „undisclosed principal” as sy skuldenaar mag behandel, maar nie albei nie.²⁵

²² Vgl. Bowstead, a.w., pp.295-297; Goodhart and Hamson, t.a.p., pp.327, 337-338; Mechem, t.a.p., pp.529-530; Stoljar, a.w., pp.215-216.

²³ Let op dat die optrede waarvan hier sprake is, onderskei moet word van dié wat as misleiding van die lasgewer sou kon kwalifiseer onder die eerste wyse van aanspreeklikheidsuitsluiting. In daardie geval word die lasgewer beskerm as gevolg van sy reaksie op die derde se optrede. By die optrede waaroor ons dit nou gaan hê, is die moontlike reaksie van die lasgewer egter irrelevant: die derde se optrede alleen is deurslaggewend vir die lasgewer se beskerming.

²⁴ Dit kom nl. in verskeie ander situasies ook ter sprake, bv. waar die probleem bestaan of die eiser die nuwe firma, dan wel die oue, in wie se plek die nuwe gekom het, as skuldenaar behandel het (Scarf v. Jardine (1882) 7 App. Cas.345), of waar vonnis teen 'n getroude vrou verkry is, en haar man daarna aangespreek word (Morel Brothers v. Westmorland [1904] A.C.11; Moore v. Flanagan [1920] 1 K.B.919).

²⁵ Hierdie keuse word natuurlik eers moontlik by ontdekking van die „undisclosed principal”, aangesien die derde tot in daardie stadium uit die aard van die saak net met die lashebbër as skuldenaar gereken het. Vgl. Mechem, t.a.p. p.592.

Ook hierdie reël gaan terug op Thomson v. Davenport,²⁶ waar dit gestel word dat optrede teen 'n lasgewer nie in die weg gestaan word deur kredietverlening aan sy lashebber alvorens kennis van die bestaan en identiteit, of van die identiteit²⁷ van die lasgewer verkry is nie, en wel omdat die onbekendheid van die lasgewer se identiteit tot gevolg het dat die derde by kontraksluiting geen eleksie ten opsigte van kredietverlening kan maak nie.²⁸ Hiermee was natuurlik niks nuuts gesê nie, want die blote erkenning van die aanspreeklikheid van 'n „undisclosed principal” (wat in hierdie stadium - 1829 - ou nuus was) kom tog daarop neer dat 'n derde, wat aanvanklik teenoor 'n lashebber krediet verleen, nogtans agterna teen sy lasgewer kan slaag. Met sy verduideliking van die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid in terme van die onmoontlikheid van eleksie deur die derde, het die hof waarskynlik egter die gedagte laat posvat dat sodra die moontlikheid van eleksie wel ontstaan het, die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid uitgesluit sou wees indien die derde die lashebber verder as skuldenaar behandel het.²⁹ Soos hierbo aangedui, sou slegs die derde se optrede ná kennisverkryging van die lasgewer vir die vasstelling van sy moont-

26 Sup. Reeds in Paterson v. Gandasequi (1812) 15 East 62 (104 E.R.768) kom die probleem van eleksie ter sprake, dog slegs op die veronderstelling dat lasgewer teenoor derde „disclosed” was. Waar die eiser van die begin af van beide lasgewer en lashebber kennis gedra het, het mens maar te doen met die feitlike vraag of die kontrak tot stand gekom het tussen eiser en lasgewer, dan wel tussen eiser en die lashebber, wat na bewering geëlekteer sou gewees het as skuldenaar. Vgl. hieroor Addison v. Gandassequi (1812) 4 Taunt.572 (128 E.R.454); Mortimer v. M'Callan (1840) 6 M.& W.58 (151 E.R.320), op pp.71-72; Smyth v. Anderson (1849) 7 C.B.21 (137 E.R.9), op p.33.

27 Op die feite was die lasgewer naamlik net ongeïdentifiseerd, sy bestaan was egter bekend.

28 Sien pp.86-87, 91 van die verslag. En vgl. die ongelukkige poging van Würdinger, a.w., pp.426-438, om die grondslag van die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid in kredietverlening deur die derde aan die „undisclosed principal” te soek.

29 Let op dat mens liefs hier nie moet formuleer dat waar die moontlikheid van eleksie ontstaan het, die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid uitgesluit sou wees deur kredietverlening aan die lashebber nie, want kredietverlening vind in die reël by kontraksluiting reeds plaas. Wanneer die derde die „undisclosed principal” ontdek, het hy gewoonlik alreeds krediet aan die lashebber verleen. Dit kom nou daarop aan of hy hom verder as skuldenaar behandel, dan wel of hy die lasgewer as skuldenaar behandel.

like eleksie of keuse in aanmerking behoort te kan kom.³⁰

Die gedagte dat die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid op grond van die derde se eleksie uitgesluit kon wees, het in elk geval ná Thomson v. Davenport algemene aanvaarding gevind. So word byvoorbeeld in Smyth v. Anderson³¹ verklaar: „There can be no doubt, that, where goods are bought on account of a principal unknown at the time, but who resides in this country, and nothing has been done to show an election on the part of the seller to take the agent as the actual buyer,³² the seller, on discovering the principal, may sue him for the price.”³³ In 'n onlangse beslissing word die alternatiwiteit van die derde se moontlikhede van optrede bondig saamgevat: „The plaintiffs could not enforce the contract against both. Their right against the defendant and their right against the principal were inconsistent rights. At some stage the plaintiffs had to elect to avail themselves of one of those inconsistent rights and abandon the other.”³⁴

Staan dit nou vas dat die derde deur sy eleksie van die lashebbber verhinder word om teen die lasgewer op te tree, dan ontstaan die vraag na die inhoud van die begrip eleksie, m.a.w. onder welke omstandighede word die derde geag 'n eleksie te maak het? Bloot om betaling van die lashebbber te verlang, is eerstens nog geen eleksie nie.³⁵ Ook die bewys van 'n vordering teen die insolvente boedel van die lashebbber is skynbaar nog geen eleksie nie.³⁶ Selfs die

30 Vgl. Kendall v. Hamilton (1879) 4 App.Cas.504, op pp.515, 542.

31 (1849) 7 C.B.21 (137 E.R.9), op p.34.

32 My beklemtoning.

33 Vgl. verder Priestly v. Fernie (1863) 3 H.& C.977 (159 E.R.820), op pp.983-984; Kendall v. Hamilton, sup., op p.514.

34 Clarkson Booker v. Andjel [1964] 2 Q.B.775, op p.794. By wyse van uitsondering het mens hier 'n geval waar die beroep op eleksie gedoen word deur die lashebbber, nie deur die „undisclosed principal” nie.

35 Dit kan afgelei word uit die feit dat nog sterker optrede as om betaling te verlang (hierna geboekstaaf) nog nie as eleksie geld nie. Vgl. ook Calder v. Dobell (1871) L.R.6 C.P.486.

instelling van 'n aksie is nog nie eleksie nie - dis wel 'n sterk bewys daarvan, maar op sigself is dit nie eleksie nie.³⁷ Skynbaar die enigste optrede, wat sonder twyfel die derde se aksie teen die lasgewer fnuik, is die optrede teen die lashebber tot en met die vonnisverkryging teen hom.³⁸ So lui dit byvoorbeeld in Priestly v. Fernie:³⁹ "The very expression that where a contract is so made (d.w.s. met die lashebber in eie naam) the contractee has an election to sue agent or principal, supposes he can only sue one of them, that is to say, sue to judgment. For it may be that an action against one might be discontinued and fresh proceedings be well taken against the other."

Staan dit nou verder vas dat mens in geval van vonnisverkryging teen die lashebber eleksie het, wat tot gevolg het dat die lasgewer se aanspreeklikheid uitgesluit is, dan ontstaan vervolgens die vraag na die effek van vonnisverkryging teen die lashebber waar die derde ten tyde van vonnisverkryging geen kennis hoegenaamd van die lasgewer gehad het nie, en sy optrede teen die lashebber dus nie sinvol as eleksie beskryf kan word nie. Juis hierdie probleem het opgeduik in Kendall v. Hamilton, en die standpunt word ingeneem dat die lasgewer ook onder hierdie omstandighede veilig staan, en wel in terme van

36 Vgl. Taylor v. Sheppard (1835) 1 Y.& C.Ex.271 (160 E.R.110), waar dit op die feite nie seker is of die derde by bewys van sy vordering reeds oor die nodige inligting beskik het om 'n keuse te maak nie - in elk geval het hy agterna met volle kennis die "certificate of conformity", waardeur die insolvent volgens die destydse reg gerehabiliteer ("discharged") is, onderteken; Curtis v. Williamson (1874) L.R.10 Q.B.57, waar die derde se beëdigde verklaring ter bewys van sy vordering ingedien is.

37 Vgl. Clarkson Booker v. Andjel, sup., waarby die aksie oorspronklik teen die lasgewer ingestel is, laat vaar is, en toe teen die lashebber opgetree is.

38 Let op dat dit net om die vonnis as sodanig gaan. Of daar voldoening ("satisfaction") i.t.v. die hofbevel geskied, is irrelevant.

39 Sup., op pp.983-984. Vgl. ook Curtis v. Williamson, sup., pp.60-61, waar Priestly v. Fernie ter sprake is; Kendall v. Hamilton, sup., p.514.

die sogenaamde beginsel van transit in rem judicatam,⁴⁰ waarvolgens 'n tweede vonnis op grond van dieselfde kontrak net nie moontlik sou wees nie.⁴¹ Daarmee het mens dan die paradoks dat die enigste volbloedgeval van eleksie heeltemal onafhanklik van die konsep van eleksie verstaan kan word.

Hierdie toedrag van sake bevraagteken natuurlik die toepaslikheid van die konsep van eleksie by die aanspreeklikheid van die „undisclosed principal“. Enkele dicta bestaan dan ook, waar gepoog word om die konsep te red en te bestendig, en wel deur uitdruklik 'n eie toepassingsveld daarvoor in te ruim. So word in Clarkson Booker v. Andjel⁴² gesê dat vir die daarstelling van eleksie „the external acts of the plaintiff must lead to the conclusion, as a matter of fact, that the plaintiff has settled to a choice involving abandonment of his option to enforce his right against one party. I have no doubt that in a given case this may be shown without his proceeding to the length of obtaining a judgment;⁴³ indeed, if judgment is obtained against either principal or agent, this is more than election, though frequently referred to as election: the judgment supersedes the contractual right against either, and if obtained against the agent precludes action against the principal even if the plaintiff was ignorant of his existence and therefore unable to elect.”⁴⁴ Klem word ook

40 Sien in die algemeen hieroor Halsbury's Laws of England, 13de uitgawe deur Simonds (London, 1956), Vol.15, par.364.

41 Vgl. Kendall v. Hamilton, sup., p.515, waar beklemtoon word dat die derde se aksie moontlikhede ná vonnisverkryging teen die lashebber eenvoudig uitgeput is, en wel onafhanklik daarvan of die optrede teen die lashebber die resultaat van 'n keuse tussen lashebber en lasgewer was al dan nie. Vgl. ook Hammond v. Schofield [1891] 1 Q.B.453 (waar opgetree is teen 'n „undisclosed“ vennoot ná vonnisverkryging teen die ander vennoot), op p.457: „It is of course settled law that where one of two joint contractors has been sued to judgment on the joint contract the other contractor may, if subsequently to the judgment an action is brought against him, plead the judgment obtained against his co-contractor in bar of such action; and it seems also to be well settled...that the basis of this defence is not the election or unconscious election, if there can be such a thing, of the plaintiff, but the right of the co-contractor when sued in a second action on the same contract to insist, though not a party to the first action, on the rule that there shall not be more than one judgment on one

daarop gelê dat die bestaan van eleksie steeds 'n feitlike vraag is, wat met inagneming van alle relevante omstandighede beantwoord moet word⁴⁵ – waardeur maar net erken word dat daar tot op hede nog geen situasie in die regspraak uitgekristalliseer het, wat sonder meer as eleksie geld nie. Die toesegging van 'n eie toepassingsgebied aan die eleksiebegrip word dan ook nêrens gesteun met voorbeelde uit die regspraak nie.⁴⁶

Ten aansien van die tweede wyse waarop die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid uitgesluit kan wees, is mens dus verplig om die gevolgtrekking te maak dat 'n „undisclosed principal” tot dusver nog nooit aanspreeklikheid ontduik het weens die derde se eleksie in die sin van optrede wat nie op vonnis teen die lashebber uitloop nie. Wel staan die „undisclosed principal” veilig waar die derde sy optrede teen die lashebber deurgevoer het tot by vonnisverkryging, en wel vonnisverkryging as sodanig, d.w.s. sonder inagneming van voldoening in terme van die hofbevel. Die vraag is nou of mens hier met 'n verstandige reël te doen het.

Gaan mens in beginsel van die standpunt uit dat die derde prestasie van die verborge lasgewer mag verhaal, dan lyk hierdie reël sekerlik onsinnig, en wel of dit nou as uitdrukking van eleksie dan wel as uitdrukking van transit in rem judicatum beskou word. Of dit hoegenaamd verantwoordbaar is dat die lasgewer teenoor die derde aanspreeklik is, word eers in hoofstuk VII hieronder bespreek. In hierdie stadium blyk egter reeds dat die gedagte van die verborge lasgewer se

41 (vervolg) entire contract.” Vgl. verder Ex p. Higgins (1858) 3 De G. & J. 33 (44 E.R.1181); Morel v. Westmorland [1904] A.C.11; Moore v. Flanagan [1920] 1 K.B.919; R.M.K.R.M. v. M.R.M.V.L. [1926] A.C.761.

42 Sup., p.795.

43 My beklemtoning

44 Vgl. ook L.J. Atkin se stelling in Moore v. Flanagan, sup., p.928: „Having recovered judgment against the agent he cannot sue the principal. This depends, not on election, but on the construction of the contract... Election is a separate principle which at a stage short of judgment may bar the remedy which a person may otherwise have against the principal.” As Lord Atkin herhaal hy indirek hierdie standpunt in United Australia Ltd. v. Barclays Bank Ltd. [1941] A.C.1, op p.30, waar hy „inconsistent rights” (d.w.s. sodanige regte as wat die derde s'n teen

aanspreeklikheid nie konsekwent deurgevoer word nie. Want het die derde nog geen betaling ontvang nie, en het die lasgewer ook nog nie teenoor sy lashebber voldoen nie, dan is nie in te sien (d.w.s. uitgaande van die howe se eie standpunt dat die lasgewer in beginsel teenoor die derde aanspreeklik is) waarom blote vonnis teen die lashebber die lasgewer se aanspreeklikheid moet ophef nie.⁴⁷

Dit lyk dus of die derde se optrede teen die lashebber slegs relevant behoort te wees vir die lasgewer se aanspreeklikheid vir sover dit die lasgewer beïnvloed om teenoor sy lashebber te presteer. Aangesien daar egter 'n reël bestaan waarvolgens die lasgewer in elk geval op grond van afrekening met sy lashebber beskerm kan word (d.w.s. sonder verwysing na enige optrede van derde teenoor lashebber), lyk dit of eleksie, of dan transit in rem judicatam, hoegenaamd geen sinvolle funksie te vervul het nie, en dus nie verdien om binne die raamwerk van die „undisclosed principal“-problematiek ernstig opgeneem te word nie.

44 (vervolg) lasgewer en lashebber is) teenoor „alternative remedies“ stel, en sê dat die kwessie van eleksie ten opsigte van laasgenoemde ontstaan eers ná een van die eise op vonnis uitgeloop het. Ten opsigte van eersgenoemde sou mens dus kan aflei dat die moontlikheid van eleksie reeds vóór vonnisverkryging bestaan.

45 Vgl. Calder v. Dobell (1871) L.R.6 C.P.486, op pp.491, 497, 498; Curtis v. Williamson (1874) L.R.10 Q.B.57, op p.59; Clarkson Booker v. Andjel [1964] 2 Q.B.775, op pp.792, 794. Die maatstaf neergelê in laasgenoemde beslissing - naamlik dat mens by aksie-instelling met eleksie te doen het indien die besluit tot aksie-instelling (i) geneem is met kennis van alle relevante feite en (ii) 'n waarlik on-dubbelsinnige optrede („a truly unequivocal act“) was - los natuurlik geen enkele probleem op nie.

46 Sover ek weet bestaan slegs één beslissing wat moontlik steun aan hierdie standpunt verleen. Dit is die geval van MacClure v. Schemeil (1871) 20 W.R.168, wat ek ongelukkig nie self kon nagaan nie, maar waaroor die hof in Clarkson Booker v. Andjel, sup., p.790, soos volg berig: „In that case the plaintiffs, who were suing for the price of goods sold, were held not entitled to recover from the principal on two grounds, the second of which was that 'by demanding payment from (the agent), and taking proceedings in bankruptcy against him after they knew him to be only an agent, they had made a final and irrevocable election to treat him as their debtor instead of the defendants.'“ Die moeilikheid is dat mens nie weet

Eindelik moet daarop gewys word dat hoewel dit hierbo gestel is dat die „undisclosed principal” se beskerming in beginsel berus ðf op sy eie optrede ter vereffening van die skuld ðf op die derde se optrede ter invordering van die skuld, dit 'n oorvereenvoudiging is om te meen dat in die praktyk 'n duidelike skeiding tussen die twee beskermingsgronde gehandhaaf word. Mens kan eerstens daarop wys dat albei beskermingsgronde teruggaan op dieselfde beslissing, naamlik Thomson v. Davenport.⁴⁸ Die neiging om die derde én die lasgewer se optrede gesamentlik deurslaggewend te laat wees vir die (nie)-aanspreeklikheid van die lasgewer, kom daarna tot uiting in beslissings soos Horsfall v. Fauntleroy⁴⁹ en Heald v. Kenworthy.⁵⁰ Tog word die derde se optrede in hierdie gevalle darem geensins as eleksie behandel nie. Dit gebeur wel by implikasie in 'n geval soos Smethurst v. Mitchell,⁵¹ waar die derde se mislukking enersyds gemotiveer word met beroep op sy lang getalm om die lasgewer aan te spreek (wat nie uitdruklik as eleksie van die lashebbber bestempel word nie, maar wat darem sou aantoon dat die lasgewer nie geëlekteer is nie), andersyds met verwysing na die feit dat die lasgewer intussen tot sy nadeel sy posisie verander het. Die gedagte lê nie ver nie dat die hof meen die lasgewer het juis weens die getalm van die derde (d.w.s. weens sy „eleksie” van die lashebbber) sy posisie gaan verander.⁵²

46 (vervolg) waarop die insolvensie-prosedure uitgeloop het nie, mens weet nie hoe gewigtig die ander grond van die beslissing was nie, en boonop blyk nie of dit 'n geval van 'n „undisclosed principal” was nie. Vgl. darem ook Scarf v. Jardine (1882) 7 App.Cas.345; Bilborough v. Holmes (1876) 5 Ch.D.255.

47 Vgl. Powell, a.w., p.270: „Clearly it is contrary to justice that [the third] should not be able to sue [the principal] if his judgment against [the agent] is unsatisfied. The rule works particularly harshly where [the third] does not even know of [the principal's] existence until after he has obtained judgment against [the agent].” Vgl. ook Stoljar, a.w., p.218.

48 Vgl. pp.54 en 59 hierbo.

49 Vgl. voetnoot 11 op p.56 hierbo

50 Vgl. p.56 hierbo

51 (1859) 1 E.L. & E.L.622 (120 E.R.1043).

52 Vgl. ook nog Priestly v. Fernie, sup., waar dit op p.984 lui dat „there is abundance of authority to shew that where the situation of the principal is altered by dealings with the agent as principal, the former is no longer subject to an action.”

(d) Die verdere uitsluiting van die „undisclosed principal”

In par.3(b) hierbo het ons gesien dat daar ter beskerming van die derde sekere beperkings bestaan op die „undisclosed principal” se bevoegdheid om die derde aan te spreek. In par.3(c) hierbo het dit aan die ander kant geblyk dat daar sekere beperkings bestaan op die derde se bevoegdheid om die ontdekte lasgewer aan te spreek. Die beskrywing van hierdie twee groepe beperkings behels egter nog geen volledige definiëring van die situasies waarby die remedies van „undisclosed principal” en derde teenoor mekaar uitgesluit is nie. Die doel van hierdie subparagraaf is om dié definiëring te voltooi deur middel van 'n oorsig van die situasies van uitsluiting wat nie deur par.3(b) en 3(c) gedek word nie.

In die eerste plek is 'n suksesvolle eis deur of teen 'n „undisclosed principal” nie moontlik waar die verpligting, wat afgedwing staan te word, 'n verpligting uit 'n sogenaamde „contract under seal” is nie. Voorts kan 'n „undisclosed principal” nie op 'n wissel aangespreek word op grond daarvan dat sy lashebbër se handtekening op die wissel verskyn nie.¹ Dit is 'n voor die hand liggende gevolg van die aard en funksie van die betrokke skriftelike stukke; want ter vervulling van sy funksie as verhandelbare waardepapier is dit by die wissel onontbeerlik dat dit sonder meer uit die wissel self blyk wie daarop aanspreeklik is,² en by kontrakte „under seal” dien die skriftelike stuk juis om finaal die identiteit van die kontrakspartye en hulle verpligtinge vas te lê.³

1 Reeds in Sims v. Bond (1833) 5 B.& Ad.389 (110 E.R.834), op p.393, word die moontlikheid vir 'n „undisclosed principal” om in te gryp slegs vir kontrakte „not under seal” gestel. In Beckham v. Drake (1941) 9 M.& W.79 (152 E.R.35) word dit op pp.92-93, 95-96 ondubbelsinnig gestel dat die leerstuk van die „undisclosed principal” nie aangewend kan word by aanspreeklikheid uit wissels en kontrakte „under seal” nie. Vgl. ook Spurr v. Cass, Cass v. Spurr (1870) L.R.5 Q.B.656, op p.659; Mechem, t.a.p., pp.516-517.

2 Vgl. Beckham v. Drake, sup., p.92, waar gesê word dat „each party who receives the bill is making a contract with the parties upon the fact of it, and with no other party whatsoever.” Vgl. verder Emlye v. Lye (1812) 15 East 7 (104

II.3(d)

Daar kan nog daarop gewys word dat waar 'n „undisclosed principal” ook 'n cestui que trust is,⁴ hy wel 'n verpligting uit hoofde van 'n kontrak „under seal” kan afdwing. Dit is egter die gevolg van 'n billikheidsreël wat ten gunste van cestuis que trust bestaan, sodat dit maar 'n toevalligheid is wanneer die eiser wat die prestasie afdwing ook 'n „undisclosed principal” is.⁵ Verder moet die trustee (lashebber) as eiser of verweerder gevoeg wees, en boonop word die derde nie gedwing om teenoor die cestui que trust (d.w.s. onder omstandighede die „undisclosed principal”) te presteer nie, maar wel teenoor die trustee (d.w.s. onder omstandighede die „undisclosed principal” se lashebber).⁶ Dit gaan dus hier maar net om die bevoegdheid van 'n cestui que trust qua cestui que trust om sy belange te beskerm waar die trustee versuim om op te tree.

Tweedens kan die „undisclosed principal” uitgesluit wees deur die uitdruklike of stilswyende terme van die kontrak gesluit tussen lashebber en derde. Hiermee is niks anders gesê nie as dat dit die kontraksluitende partye in beginsel vrystaan om hulle kontrak uitdruklik of stilswyend sodanige inhoud te gee, dat remedies vir of teen 'n moontlike „undisclosed principal” van enigeen van hulle uitgesluit is. Die bestaan van die leerstuk van die „undisclosed principal” kom dus nie neer op die inkorting van die kontraksluitende partye se vryheid om hulle ooreenkoms die inhoud te gee wat hulle wil nie.

2 (vervolg) E.R.746), waar die poging ten behoeve van die houer van 'n gedishonoreerde wissel om twee vennote, slegs een waarvan trekker van die wissel was, aanspreeklik te hou, misluk. En vir 'n promessegewal sien Siffkin v. Walker (1809) 2 Camp.308 (170 E.R.1165).

3 Vgl. Harmer v. Armstrong [1934] Ch.65, op pp.70-71, waar gesê word dat waar 'n lashebber 'n „contract under seal” sluit, „the principal can neither sue nor be sued upon it, the rule being that the parties are determined exclusively by the form of the instrument.” En sien Cheshire and Fifoot, a.w., 7de uitgawe (London, 1969), pp.19-20, wat aantoon dat hierdie sogenaamde kontraksvorm, hoewel histories belangrik, eintlik maar 'n formele wyse is om verpligtinge in die lewe te roep, wat weinig gemeen het met die gewone kontrak gebaseer op wilsooreenstemming.

Vir die behoorlike begrip van hierdie formulering van die „undisclosed principal” se uitsluiting is dit nodig om sy ontwikkeling aan die hand van 'n reeks beslissings na te gaan. In die eerste plek moet mens helderheid daaroor hê dat die moontlikheid van 'n eis op 'n kontrak deur of teen 'n „undisclosed principal” teen die dertiger jare van die vorige eeu algemene erkenning geniet het. En aangesien dié moontlikheid in beginsel by alle kontrakte „not under seal” bestaan het,⁷ sou dit eintlik geen verskil moes maak of die eis deur of teen die „undisclosed principal” gebaseer was op 'n skriftelike kontrak, dan wel op 'n mondelinge ooreenkoms nie. Verder sou mens verwag dat daar in beginsel vrye bewyslewering mag plaasvind oor wie die „undisclosed principal” van een van die kontrakterende partye is met die oog op sy eis teen die derde of omgekeerd. In weerwil van die sogenaamde „parol evidence rule” vind mens dan ook dat in Beckham v. Drake⁸ teen 'n „undisclosed principal” geslaag word in 'n eis uit 'n skriftelike kontrak. Verder word in 1841 in die geval van Higgins v. Senior⁹ verklaar dat mondelinge getuienis „in no way contradicts the written agreement. It does not deny that it is binding on those whom, on the face of it, it purports to bind; but shews that it also binds another...” Dit alles het egter nog nie beteken dat partye (d.w.s. lashebber en derde) hulle ooreenkoms nie uitdruklik of by implikasie so

4 Vgl. par. VI.3(b) hieronder vir 'n poging in die literatuur om die „undisclosed principal” deurgaans as cestui que trust te behandel.

5 Vir die toepassing van die reël is dit ook maar 'n toevalligheid wanneer die kontrak „under seal” is.

6 Vgl. Harmer v. Armstrong, sup., pp.87, 88,90-91, 93.

7 Vgl. die algemene strekking van die formuleringe in Thomson v. Davenport (1829) 9 B.& C.79 (109 E.R.30), op p.86; Cothay v. Fennell (1830) 10 B.& C.671 (109 E.R.599), op p.672; Sims v. Bond (1833) 5 B.& Ad.389 (110 E.R.834), op p.393.

8 (1841) 9 M.& W.79 (152 E.R.35). Vgl. ook nog Bateman v. Phillips (1812) 15 East 272 (104 E.R.847); Wilson v. Hart (1817) 7 Taunt.295 (129 E.R.118); Garrett v. Handley (1825) 4 B.& C.664 (107 E.R.1208), wat waarskynlik egter gevalle van direkte verteenwoordiging was. Let op dat Wilson v. Hart die enigste van die pas genoemde vier gevalle is waar die „parol evidence rule” pertinent ter sprake was.

II.3(d)

kon sluit dat die ooreenkomssluitende partye en hulle alleen op grond van die kontrak kon eis, en teen hulle alleen op grond van die kontrak geëis kon word nie.¹⁰ Of hulle dit wel gedoen het, is 'n feitlike vraag ter beantwoording waarvan eweneens vrye bewyslewing sou kon plaasvind.

Dit was waarskynlik die stand van sake toe in 1848 die bekende beslissing van Humble v. Hunter¹¹ gelewer word. In hierdie geval het die eiseres na bewering 'n bevrachtingsooreenkoms met die verweerder gesluit. In die skriftelike stuk waarop gesteun word, verskyn egter net die eiseres se seun as kontraksparty. Die stuk is deur hom onderteken en hy word daarin as „owner” van die betrokke skip beskryf. By die eiseres se eis teen die verweerder weens kontrakbreuk lewer die seun mondelinge getuienis dat sy moeder die ware eienaar van die skip was en hy as haar „agent” die bevrachtingsooreenkoms onderteken het.¹² Sy slaag.

Op grond van 'n bevel nisi is die vraag voor die hof nou of hierdie getuienis toelaatbaar was, en die hof meen van nee, sodat 'n nuwe verhoor toegestaan word. Die hof laat hom onder andere soos volg uit: „We were rather inclined at first to think that this case came within the doctrine that a principal

9 (1841) 8 M.& W.834 (151 E.R.1278), op p.844.

10 Vgl. bv. Lucas v. De la Cour (1813) 1 M.& S.249 (105 E.R.93), waar die optredende vennoot se verklaring teenoor die derde, dat die boombas sy eie was (d.w.s. nie vennootskapseiendom nie), verhoed het dat die ander vennote op die kontrak ingryp; Robson v. Drummond (1831) 2 B.& Ad.303 (109 E.R.1156), waar die optredende vennoot se tegniese vaardigheid so wesenlik tot die kontraksinhoud behoort het, dat die slapende vennoot nie in sy skoene kon tree nie en bygevolg nie die derde vir die teenprestasie kon aanspreek nie.

11 (1848) 12 Q.B.310 (116 E.R.885). Dit blyk nie uit die verslag of dit 'n „undisclosed principal”-geval was nie (vgl. voetnoot 12 hieronder). In beide regspraak en literatuur word dit egter gereeld as „undisclosed principal”-geval bestempel.

12 Twyfelagtig is natuurlik wat bedoel word met die stelling dat die seun bewys het hy was die eiseres se „agent”. Het hy bewys dat hy hom teenoor verweerder as haar verteenwoordiger geopenbaar het? Dan was dit maar 'n geval van direkte verteenwoordiging, analoog aan die gevalle genoem in voetnoot 8 hierbo. Of het hy slegs bewys dat sy hom opdrag gegee het om die ooreenkoms te sluit (wat

may come in and take the benefit of a contract made by his agent. But that doctrine cannot be applied where the agent contracts as principal; and he has done so here by describing himself as "owner" of the ship."¹³ Die woorde „where the agent contracts as principal" is natuurlik dubbelsinnig. Indien maar net die geval getref wil word waar die lashegger daadwerklik sy lasgewer se optrede wou uitsluit, dan kan mens vrede hê met die stelling. Indien egter met „contracts as principal" bedoel word die verskyning teenoor die derde as prinsipaal of as enigste belanghebbende, dan is die stelling natuurlik 'n totale ontkenning van die geldigheid van die leerstuk as sodanig, aangesien die lashegger by verborgenheid van die lasgewer steeds as prinsipaal teenoor die derde verskyn. In latere beslissings is hierdie woorde egter in die eersgenoemde sin opgevat, sodat met beroep op Humble v. Hunter gesê word dat die „undisclosed principal" uitgesluit kan wees deur die terme van die ooreenkoms.¹⁴ Die indruk dat mens maar met 'n bevinding te doen gehad het dat die seun se partyskap op die feite wesenlik tot die kontraksinhoud behoort het, was waarskynlik versterk deur die hof se beroep op Lucas v. De la Cour en Robson v. Drummond,¹⁵ beslissings dus waar juis in effek sodanige bevinding ten opsigte van die betrokke vennote gemaak was.

12 hy toe ook gedoen het)? In hierdie geval sou sy 'n „undisclosed principal" wees.

13 Op p.315. Let op dat die hof dit glad nie oor mondelinge getuienis as sodanig het nie, terwyl verweerder se advokate se bewering juis was dat optrede deur of teen 'n „undisclosed principal" „is subject to the paramount rule of evidence that parol testimony is not admissible to vary a written contract" (p.314).

14 Federiaktiebolaget Argonaut v. Hani [1918] 2 K.B.247, op p.249; „...an undisclosed principal cannot sue or be sued on the contract, if to do so would be to violate a term of the written contract."; Drughorn Ltd. v. Rederiaktiebolaget Transatlantic [1919] A.C.203, op p.206: „...evidence of authority of an outside principal is not admissible, if to give such evidence would be to contradict some term of the contract itself." Vgl. ook Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge & Co. [1915] A.C.847, op p.864: „...a person cannot claim to be a principal to a contract, if this would be inconsistent with the terms of the contract itself."; Finzel, Berry & Co. v. Eastcheap Dried Fruit Co. [1962] 1 Lloyd's Rep.370, op p.375.

15 Vgl. voetnoot 10 hierbo.

Die kenmerkende van die beslissing is nou dat daar vir die maak van hierdie feitlike bevinding in effek slegs van die inligting vervat in die skriftelike stuk gebruik gemaak is. Hierdie werkwyse het aanvanklik geen invloed in die regspraak uitgeoefen nie, maar omtrent 'n halfeeue later gee dit by eise gebaseer op 'n skriftelike kontrak aanleiding tot die praktyk om die skriftelike stuk alleen deurslaggewend te laat wees vir die vraag of die lashebbter „as principal” gekontrakteer het al dan nie. Dui die skriftelike stuk die lashebbter nie duidelik as prinsipaal aan nie, dan is mondelinge getuienis toelaatbaar om te bewys wie wel prinsipaal is. So is in latere beslissings bevind dat die beskrywing van die lashebbter as „proprietor”¹⁶ of as „charterers”¹⁷ hom as prinsipaal aandui, maar nie sy beskrywing as „charterer”,¹⁸ of as „tenant”,¹⁹ of as „disponent owners”²⁰ nie. Kortom, na aanleiding van die beslissing in Humble v. Hunter is 'n regsgebied wat alreeds geen groot aanspraak op oorsigtelike ordening en helderheid van beginsel gehad het nie, verder gekompliseer deur die invoering van 'n afsonderlike wyse vir die behandeling van eise deur of teen „undisclosed principals” gebaseer op skriftelike kontrakte. En omdat die gegewens uit die skriftelike stukke gewoonlik relatief karig is, lyk dit of die interpretasie waartoe die hof hulself deur middel van hierdie werkwyse beperk het, die gevaar van onsaaklikheid²¹ en spitsvondigheid²² wesenlik moes verhoog het.²³

- 16 Formby Brothers v. Formby (1910) 102 L.T.116, waar dit ten spyte van die hof se gebruik van die term „undisclosed principal” onduidelik is of die verweerder se partyskap maar net nie uit die skriftelike stuk geblyk het nie, dan wel of hy inderdaad „undisclosed” was.
- 17 Rederiaktiebolaget Argonaut v. Hani, sup.
- 18 Drughorn Ltd. v. Rederiaktiebolaget Transatlantic, sup.
- 19 Danziger v. Thompson [1944] K.B.654, waar die lasgewers waarskynlik teenoor die derde geopenbaar was.
- 20 O/Y Wasa SS. Co. Ltd. & N.V. Stoomschip Hannah v. Newspaper Pulp and Wood Export (1949) 82 Ll.L.Rep.936. Hierdie beslissing kon ek ongelukkig nie self nagaan nie, sodat ek nie weet of dit op die feite wel oor 'n „undisclosed principal” gehandel het nie. My inligting oor die beslissing berus op die opsomming daarvan in die Digest van die Law Reports (1931 - 1950), Vol.3, kolom.4956.
- 21 Vgl. bv. Formby Brothers v. Formby, sup., waar die beperking van die getuienis tot die skriftelike stuk (wat om 'n tegniese rede - die feit dat die punt nie in die County Court reeds geopper was nie - nie gebeur het nie) tot 'n ander resultaat sou lei as dié waartoe dit op grond van

Dit kom as geen verrassing nie dat in die regspraak self protes teen Humble v. Hunter opgegaan het. Reeds in Killick & Co. v. Price & Co. and Lingfield SS. Co. Ltd.²⁴ is ernstig betwyfel of Humble v. Hunter nog as gesaghebbend aanvaar kon word, en gemeen daar is gesag „for the proposition that in a contract such as this it is permissible to show that it was made with the agent in his character as agent.”²⁵ In Formby Brothers v. Formby²⁶ is Humble v. Hunter se geldigheid egter herbevestig, en die beginsel word toegepas in Rederiaktiebolaget Argonaut v. Hani.²⁷ Kort daarna word egter in Drughorn Ltd. v. Rederiaktiebolaget Transatlantic²⁸ gesê dat die tyd moontlik sal kom wanneer die beginsels van die Humble- en Formby-beslissings heroorweeg moet word. Ook word in beide die Drughorn-geval en Danziger v. Thompson²⁹ weë gevind om die mondelinge getuienis toelaatbaar te maak. Eindelik word in Epps v. Rothnie³⁰ gesê dat beide Humble v. Hunter en Formby Brothers v. Formby „can no longer be regarded as good law.” In hierdie geval het die eiser nie op 'n skriftelike kontrak gesteun nie, maar die verweerder se beroep

21 (vervolg)vrye bewyslewing wel gekom het.

22 Vgl. bv. die volgende stelling van Lord Sumner in Drughorn Ltd. v. Rederiaktiebolaget Transatlantic, sup., p.209: „Unless this contract is read as stipulating that Lundgren charters for himself only, the appellants fail. I think it cannot be so read. It states that Lundgren charters, and so he does; but it does not say that he is not chartering for others, and if that is what he has done in fact the law allows them to prove it.” In hierdie beslissing het mens ook die spitsvondige onderskeiding van Lord Haldane tussen gevalle wat „a question of property” en dié wat „a question of agency” is (p.207). In die eersgenoemde gevalle is die beweerde verteenwoordiger prinsipaal, in die ander kan sy verteenwoordigerskap bewys word. Hierdie tradisie word voortgesit in Danziger v. Thompson, sup., op pp.656-657, waar „lessor” tot die eerste groep gereken word, maar „lessee” of „tenant” tot die tweede.

23 Vgl. ook Fridman, Establishing Agency, in (1968) 84 L.Q.R.224, op p.242.

24 (1896) 12 T.L.R.263. Let darem daarop dat hierdie geval beslis is voor enige van die beslissings genoem in voetnote 16 tot 20 hierbo.

25 Op p.264. Op die feite is toe bevind dat daar ten spyte van Lingfield SS. Co. se nie-vermelding in die skriftelike stuk gewone, direkte verteenwoordiging plaasgevind het.

26 Sup.

27 Sup.

28 Sup., p.209.

29 Sup., pp.656-657.

30 [1945] K.B.562, op p.565.

op die skriftelike stuk waarin 'n reeds afgelope huurverhouding beliggaam was, beweeg die hof tog om te sê dat „the agreement was an ordinary agreement in writing and even if the plaintiff was compelled to rely on it, evidence would have been admissible on ordinary principles applicable to any contract in writing, to prove that the person signing it as a contracting party, was acting for an undisclosed principal.”³¹ Neem mens hierby in ag dat mondelinge getuienis in die vermelde beslissings ten spyte van die teoretiese swarigheid in effek slegs een maal uitgesluit was,³² dan is die gevolgtrekking geregverdig dat die praktiese resultate van Humble v. Hunter nooit 'n wesenlike verandering in die toepassing van die „undisclosed principal“-leerstuk teweeggebring het nie, en dat die teoretiese posisie hedendaags oorwegend in ooreenstemming gebring is met die praktiese werklikheid,³³ naamlik dat daar in beginsel vrye bewyslewering kan plaasvind ten aansien van die bestaan van 'n „undisclosed principal” onafhanklik daarvan of die kontrak op skrif gestel is al dan nie.

Mens moet nou nie vergeet dat met hierdie moontlikheid van vrye bewyslewering nog geen verandering intree in die uitgangspunt wat hierbo³⁴ gestel is nie, naamlik dat dit die kontraksluitende partye in beginsel vrystaan om uitdruklik of stilswyend hulle ooreenkoms so te sluit dat remedies vir of teen 'n moontlike „undisclosed principal” van enigeen van hulle uitgesluit is. Op hierdie eenvoudige waarheid pas die regspraak se reël dat die „undisclosed principal” deur die terme van die ooreenkoms uitgesluit kan wees nou baie mooi, en dit ten spyte van die feit dat by die formulering

³¹ Vgl. verder Filby v. Hounsell (1876) 2 Ch.737, waar die derde darem sou geweet het dat die afslaaersfirma vir iemand anders optree; Smith-Bird v. Blower [1939] 2 All E.R.406, waar mens met suiwer „undisclosed principals” te doen het. In beide gevalle het dit eintlik pertinent daarom gegaan of die skriftelike stukke, waarop die eisers se onderskeie eise om daadwerklike vervulling gebaseer was, aan die vereistes gestel deur die Statute of Frauds voldoen. In beide gevalle slaag die lasgewer sonder dat die lashebbber se moontlike prinsipaalskap beweer word.

³² In Rederiaktiebolaget Argonaut v. Hani, sup. In Formby Brothers v. Formby wou die hof dit uitsluit, maar word op 'n tegniese grond verhinder om dit te doen. In Drughorn Ltd. v. Rederiaktiebolaget Transatlantic en Danziger v. Thompson word die beginsel van Humble v. Hunter erken (in laasgenoemde geval sonder uitdruklike

van die reël in die eerste plek en seker uitsluitlik gedink was aan die probleem van die toelaatbaarheid van mondelinge getuienis.³⁵ Ek meen dan ook dat dit verstandig is om die regspraak se formulering te behou as algemene ordeningsbeginsel by die probleem - die feitlike vraag - van die uitsluiting van die „undisclosed principal”. Daarmee het ons die punt bereik waar met voorbeelde die uitsluiting of gepoogde uitsluiting van die „undisclosed principal” in terme van die gestelde reël aangetoon kan word.

As voorbeeld van die uitsluiting van 'n „undisclosed principal” onder hierdie reël sou Humble v. Hunter self kon dien slegs indien dit vas gestaan het dat die posisie soos gestel in die skriftelike stuk 'n getroue weergawe was van die werklike kontrakverhouding.³⁶ Slegs dan demonstreer hierdie beslissing die reël wat na aanleiding daarvan geformuleer is. Dieselfde kommentaar geld vir Rederiaktiebolaget Argonaut v. Hani, wat die enigste is van al die beslissings, wat op die spoor van Humble v. Hunter volg, waarby die lasgewer daadwerklik uitgesluit is.

Ook afgesien van die Humble v. Hunter-tradisie is daar gevalle waar die „undisclosed principal” uitgesluit is weens die wesenskap van die lashebber se identiteit, waar sy identiteit m.a.w. as kontraksterm beskou kan word. Die rede vir die wesenskap van die lashebber se identiteit kan daarin te vinde wees dat daar van sy persoonlike hoedanighede

32 (vervolg) vermelding van Humble v. Hunter), maar die toepassing op die feite afgewys. Ook in O/Y Wasa SS. Co. Ltd. & N.V. Stoomschip Hannah v. Newspaper Pulp and Wood Export Ltd., sup., word Humble v. Hunter onderskei.

33 Hoewel die moderne skrywers Humble v. Hunter nie onomwonde verwerp nie, laat hulle geen twyfel oor die onguns waarin die beslissing vandag verkeer nie. Vgl. Bowstead, a.w., pp.275-276; Stoljar, a.w., pp.220-224; Fridman, t.a.p. pp.239-244.

34 Op p.67.

35 Oor die verwarring van Humble v. Hunter se reël met die „parol evidence rule”, vgl. Landon in (1945) 61 L.Q.R. 130 en (1946) 62 L.Q.R.20; Powell, a.w., pp.154-157; Stoljar, a.w., p.221

36 Vgl. voetnote 11 en 12 op p.69 hierbo.

op die spel is,³⁷ soos sy karakter en kredietwaardigheid,³⁸ of sy tegniese vaardigheid.³⁹ Die rede kan ook wees dat die lashebber se verklaring teenoor die derde hom ondubbel-sinnig as prinsipaal in die ooreenkoms aangedui het,⁴⁰ of dat die terme van die ooreenkoms hom eenvoudig as enigste prinsipaal aangedui het.⁴¹

Aan die ander kant kan die uitsluiting van die "undisclosed principal" die gevolg wees van die feit dat die terme van die ooreenkoms 'n groep persone, waaronder die "undisclosed principal" hom bevind, uitsluit. So byvoorbeeld was lashebber en derde in Morrison, Kekewich & Co. v. Mendel⁴² albei lede

37 Vgl. die algemene stelling in Harmer v. Armstrong [1934] Ch.65, op p.70, dat 'n "undisclosed principal" daadwerklike vervulling van 'n kontrak kan eis onderworpe onder andere egter daaraan "that, if the contract has been entered into with an agent by reason of considerations as to the personal qualities of the agent... that special relief would not be granted..." En vgl. Smith v. Wheatcroft (1878) 9 Ch.D.223, waar die derde se verweer misluk omrede hy nie bewys het "that he would have been unwilling to enter into a contract in the same terms with anybody else" nie (p.230), d.w.s. hy kon nie aantoon dat persoonlike oorwegings ten opsigte van sy kontraksparty 'n rol gespeel het nie.

38 In Humble v. Hunter lui dit bv. op p.317: "You have a right to the benefit you contemplate from the character, credit and substance of the party with whom you contract."

39 Vgl. Robson v. Drummond (1831) 2 B.& Ad.303 (109 E.R.1156), waar die aktiewe vennoot, 'n koetsmaker, die verpligting teenoor die huurder van die koets gehad het om die koets vir die huurtydperk in stand te hou. Die slapende vennoot gee vóór afloop van die huurtydperk voor om die koetsmaker se verpligting oor te neem, maar sy aksie om 'n gedeelte van die huurgeld 'misluk. Vgl. by wyse van analogie die geval van Boulton v. Jones (1857) 2 H.& N.564 (157 E.R.232), waar daar egter geen sprake was van 'n verhouding van lashebber en lasgewer tussen die persoon, wat met die derde gekontrakteer het, en die een wat hom ná nakoming van die eerste se kontrakverpligting aangespreek het nie. Op p.566 lui dit: "When a contract is made, in which the personality of the contracting party is or may be of importance, as a contract with a man to write a book, or the like...no other person can interpose and adopt the contract."

40 Vgl. Lucas v. De la Cour (1813) 1 M.& S.249 (105 E.R.93) en sien voetnoot 10 op p.69 hierbo; Greer v. Downs Supply Co. [1927] 2 K.B.28, waar die lashebber homself as verkoper van die hout voorgedoen het. Let darem op dat die hof se bevinding dat daar geen kontrak tussen eiser en verweerder bestaan het nie (pp.36, 37), nie die enigste weg was om laasgenoemde te beskerm nie. Want aangesien

van die „Metal Exchange“, volgens wie se reëls die lede slegs teenoor mekaar aanspreeklik is ter vervulling van kontrakte waarby geen ander prinsipaal uitdruklik vermeld word nie. Die mislukking van eisers se aksie op grond van beweerde kontrakbreuk aan die kant van die derde motiveer die hof met verwysing na die bestaan van die reël, waarvan eisers kennis gedra het. Die inagneming van eisers se kennis lyk onnodig. Die hof kon eenvoudig die bevinding gemaak het dat die reël in die kontrak beliggaam was, sodat aanspreeklikheid volgens die kontrak self beperk was tot die daarin vermelde persone.⁴³

Ten slotte kom ons by die gevalle waar die „undisclosed principal“ se persoonlikheid in negatiewe sin relevant is, insoverre die derde teen hom persoonlik as kontraksparty beswaar sou hê. Die probleem van wanvoorstelling tree pertinent by hierdie gevalle na vore. Ons neem as voorbeeld Archer v. Stone,⁴⁴ waar die derde dit as voorwaarde vir die sluiting van die ooreenkoms gestel het dat die lashebbber nie optree vir die persone, wat inderdaad die „undisclosed principals“ was nie. Die eis deur die lashebbber en twee van die drie „undisclosed principals“ om daadwerklike vervulling misluk op grond van die lashebbber se wanvoorstelling.

Wat is egter die posisie waar 'n moontlike prinsipaal glad nie by die sluiting van die ooreenkoms ter sprake kom nie,

40 (vervolg) die verweerder 'n vordering teen die lashebbber gehad het, sou hy in terme van sy skuldvergelykingsbevoegdheid (bespreek in par. II.3(b) hierbo) beskerm gewees het, al sou eiser se reg om as „undisclosed principal“ op die kontrak in te gryp in beginsel erken gewees het.

41 Vgl. Collins v. Associated Greyhound Racecourses Ltd. [1930] 1 Ch. 1, waar die hof bevind het dat uit die terme van die ooreenkoms tussen lashebbbers en derde blyk dat die lashebbbers die „real and only principals“ is (p.19).
42 (1888) 5 T.L.R.153.

43 Vir 'n analoë geval vgl. Montgomerie v. U.K. Mutual Steamship Association [1891] 1 Q.B.370, waar die terme van die versekeringskontrak bepaal het dat slegs lede ten aansien van verliese kon eis, en die lasgewer geen lid was nie. Sien ook United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association v. Nevill (1887) 19 Q.B.D.110, waar die eis teen die lasgewer om 'n kontribusie misluk omdat sodanige aanspreeklikheid in terme van die genootskap se statute en die polis net op lede rus.

44 (1898) 78 L.T.34.

maar die derde weens persoonlike oorewegings nie die „undisclosed principal” (indien geopenbaar) as kontraksparty sou wou hê nie? In Dyster v. Randall & Sons⁴⁵ is beslis dat blote nie-vermelding van die lasgewer nog geen wanvoorstelling is wat sy eis kan laat misluk nie, selfs al het die nie-vermelding geskied met volle wete van die derde se houding teenoor die lasgewer.⁴⁶ Hierdie standpunt word egter gekoppel met die vereiste dat die lashebber se persoonlike eienskappe geen „material ingredient” van die kontrak moet wees nie. Waar dit die geval is, het mens natuurlik met die pas bespreekte uitsluiting van die „undisclosed principal” deur die terme van die kontrak te doen. Ons probleem is egter hier of die derde se blote subjektiewe instelling teenoor die „undisclosed principal” genoeg is om die „undisclosed principal” se eis te laat misluk. In Nelthorpe v. Holgate⁴⁷ word dit gestel dat die derde se wispelturigheid of onredelikheid of afkeurenswaardige motief geen verskil kan maak aan die „undisclosed principal” se bevoegdheid om in te gryp op die kontrak nie.⁴⁸ Meen die hof egter dat daar goeie gronde bestaan vir die derde se beswaar teen die „undisclosed principal” se ingryping, dan sal die derde waarskynlik beskerm word.⁴⁹ Aangesien die uitsluiting van die „undisclosed principal” in hierdie geval nie die gevolg is van die feit dat die lashebber se persoonlike eienskappe wesenlik tot die kontraksinhoud sou behoort nie, kan mens hierdie uitsluiting nie tuisbring onder die reël oor die uitsluiting van die „undisclosed principal” deur die terme van die kontrak nie. Eerder lyk dit of mens maar te doen het met 'n beskerming analoog aan dié behandel in par.3(b) hierbo.

45 [1926] Ch.932, waar die eiser van 'n lashebber vir kontraksluiting gebruik gemaak het juis omdat hy geweet het dat die verweerders nie met hom persoonlik sou onderhandel nie.

46 Die hof het hier klaarblyklik nie met die moontlikheid van passiewe wanvoorstelling gereken nie.

47 (1844) 1 Coll.203 (63 E.R.384), op pp.219-221.

48 Vgl. ook Nash v. Dix (1898) 78 L.T.445.

49 Vgl. in dié verband die besonder lastige geval van Said v. Butt [1920] 3 K.B.497, en sien die bespreking daarvan deur Goodhart and Hamson, t.a.p., pp.349-352, sowel as Müller-Freienfels, Die „Anomalie” der verdeckten Stellvertretung des englischen Rechts, in (1952) 17 Rabels Zeitschrift 578, op pp.611-617.

Die probleem van die gevalle waar die derde dit teen die „undisclosed principal” persoonlik het, kan dan saamgevat word deur te sê dat die „undisclosed principal” se eis uitgesluit is waar die lashebbër uitdruklik 'n wanvoorstelling maak. Word geen wanvoorstelling uitdruklik gemaak nie, dan kan die „undisclosed principal” in beginsel ingryp. Hierdie moontlikheid om in te gryp word hom egter ontsê waar die hof van mening is dat daar goeie gronde bestaan vir die derde se beswaar teen sy ingryping.

Par. 4 Samevatting

Die punt is nou bereik waar ons inligting oor die leerstuk van die „undisclosed principal” in die Engelse reg saamgevat kan word. My opmerkings wil ek onder drie gesigspunte maak. Eerstens gaan ek enkele opmerkings oor die historiese agtergrond van die leerstuk maak, tweedens moet kortliks kommentaar ten opsigte van die verskillende reëls in verband met die „undisclosed principal” gelewer word, en derdens moet iets oor die funksie van die leerstuk gesê word.

Wat die leerstuk se ontstaan betref, val twee punte op: die terloopsheid waarmee sowel die „undisclosed principal” se reg om te eis as sy aanspreeklikheid erken word,¹ en die feit dat die erkenning van sy bevoegdheid en van sy aanspreeklikheid onafhanklik van mekaar plaasvind.² Die laasgenoemde punt beteken dat die leerstuk uit twee remedies ontstaan, wat elk op sigself tot erkende regsinstelling ontwikkel, en op die vroegste teen die dertiger jare van die vorige eeu ineengroei om gesamentlik die instelling te vorm wat hedendaags as die leerstuk van die „undisclosed principal” aangedui word. Die terloopsheid van die ontstaan van die

1 Soos op pp.34 en 41 hierbo aangedui is, was die regspraak se eintlike sorg steeds die beperkings op die remedies van „undisclosed principal” en derde, nie die remedies self nie.

2 Let op dat daar by die twee ontwikkelingsgange wat in par. II.2(a) en II.2(b) geskets is, geen „oorkruising” of wedersydse beïnvloeding plaasgevind het nie. (Slegs die geval van Scrimshire v. Alderton het by één geleentheid buite sy „eie” ontwikkelingsgang ter sprake gekom - vgl. voetnoot 24 op pp.39-40 hierbo.)

leerstuk beteken dat dit reeds ingeburger was, alvorens iemand gevra het of dit 'n verantwoordbare regsinstelling was al dan nie.

Die eerste bedenkinge oor die leerstuk waarvan ek kennis dra, word so laat as 1872 gelug in die bekende beslissing van Armstrong v. Stokes,³ waar verwys word na „that which might originally have been a mistake, in allowing the vendor to have recourse at all against one to whom he never gave credit”,⁴ en ook verklaar word: „It has often been doubted whether it was originally right so to hold (d.w.s. om 'n „undisclosed principal” teenoor 'n derde aanspreeklik te hou); but doubts of this kind come now too late...”⁵ Buite die regspraak word die leerstuk daarna deur Pollock⁶ aan kritiek onderwerp, terwyl in 'n beslissing van die House of Lords uit die jaar 1901 verklaar word dat „the rule which permits an undisclosed principal to sue and be sued on a contract to which he is not a party, though well settled, is...an anomaly...”⁷ Die enkele opstelle wat toe sedert die vroeë jare van hierdie eeu oor die „undisclosed principal” gepubliseer is, gaan in die reël dan uit van hierdie opvatting van die leerstuk as 'n „anomalie” in die kontraktereg. Oor hierdie opstelle gaan ons dit in hoofstuk VI hieronder hê.

Ons kom tweedens by die afsonderlike reëls in verband met die „undisclosed principal”. Die grootste enkele kenmerk van hierdie reëls is dat hulle in die algemeen nog nie aanspraak het op die helderheid en finaliteit, wat mens by 'n gevestigde regsinstelling verwag nie. Punte ten opsigte waarvan tans nog onsekerheid bestaan, kan maklik aangedui word. Dit is

3 (1872) L.R.7 Q.B.598.

4 Op p.610.

5 Op p.604. Soos ek aangedui het, lewer die beslissings en literatuur oor die „undisclosed principal” ongelukkig hoegenaamd geen bewys van die baie kere wat die korrektheid van die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid betwyfel sou gewees het nie.

6 Sien sy opmerkings in (1887) 3 L.Q.R.358 e.v.

7 Keighley, Maxsted & Co. v. Durant [1901] A.C.240, op p.256.

eerstens onseker of die verborge „lasgewer" aangespreek kan word, waar die „lashebber" se optrede buite die raamwerk van sy „authority" geval het, of in stryd met sy opdrag was.⁸ Tweedens is dit onseker of die derde se suksesvolle beroep op skuldvergelyking die verwythbaarheid van die „undisclosed principal" veronderstel.⁹ Derdens is daar nog veel te argumenteer oor die beweerde plig wat rus op die „undisclosed principal" as koper om toe te sien dat die verkoper van die goed betaal word.¹⁰ Na aanleiding van die konsep van eleksie bestaan daar vierdens nog heelwat misverstand oor die effek van die derde se optrede teenoor die lashebber, alvorens hy die „undisclosed principal" aanspreek.¹¹ Vyfdens hou die ingewikkelde geskiedenis van die reël dat die „undisclosed principal" deur die terme van die ooreenkoms uitgesluit kan wees, tesame met die feit dat die reël tot dusver uitsluitlik by skriftelike kontrakte aanwending gevind het, tot vandag toe die gevaar in dat hierdie reël met die „parol evidence rule" verwar kan word.¹²

Daar kan nou ook gevra word of enige reëls in verband met die „undisclosed principal" miskien tot onbillike beslissings gelei het of sou kan lei. Die ingrypende beperkings wat ten opsigte van beide „undisclosed principal" en derde se eise bestaan, getuig natuurlik van die billikheidsbewussyn, wat die regspraak by die ontwikkeling van die leerstuk aan die dag gelê het. Soos hierbo geblyk het, word hierdie beperkings egter nie konsekwent deurgevoer nie, d.w.s. die derde word nie konsekwent deur middel van die skuldvergelykingsreël beskerm nie,¹³ en die standpunt dat die verborge lasgewer enkel op grond van afrekening met sy lashebber veilig teenoor die derde staan, geniet geen goeie aansien nie.¹⁴ Soos ek probeer aantoon het, handel dit by albei hierdie situasies om die ongegronde toepassing van reëls van direkte verteen-

8 D.w.s. dat die probleem van Watteau v. Fenwick, bespreek op pp.23-25 hierbo, nog nie tot rus gekom het nie.

9 D.w.s. dat ook die probleem geskep deur Cooke v. Eshelby, bespreek op pp.47-49 hierbo, nog nie bevredigend opgelos is nie.

10 D.w.s. dat die spanning tussen Heald v. Kenworthy en Armstrong v. Stokes, waaroor ons dit op pp.55-58 hierbo gehad het, nog nie opgehef is nie.

11 Vgl. die bespreking op pp.60-64 hierbo.

12 Vgl. pp.68-74 hierbo, en sien veral die bewysplekke aangehaal in voetnoot 35 op p.74.

woordiging, wat in die egte „undisclosed principal“-situasie egter tot onbillike gevolge kan lei. Verder bevredig enkele van die heel vroegste „undisclosed principal“-beslissings nie die billikheidsgevoel nie.¹⁵

Ten slotte moet nog iets oor die funksie van die leerstuk gesê word. Ons het dit hierbo reeds kortliks oor die moontlike motiewe, wat „undisclosed principal“ en derde se optrede ten grondslag mag lê, gehad.¹⁶ Dis waarskynlik geen oorvereenvoudiging nie om te sê dat hulle direkte optrede teenoor mekaar in die reël die vermyding van die lashebbes as skuldenaar ten doel het, en wel vanweë sy finansiële verleentheid. Op grond hiervan kan mens die hoof funksie van die leerstuk beskryf as die beskerming van die persone „aan weerskante“ van die tussenpersoon, wat in belang van die een met die ander 'n ooreenkoms gesluit het, en daarna in finansiële verleentheid raak. Mens kan egter nie uitsluitlik hierdie beskermingsfunksie aan die leerstuk toeskryf nie. Ons het naamlik ook gevalle teëgekem wat daarop dui dat die verklaring vir direkte optrede tussen „undisclosed principal“ en derde te vinde mag wees in die eenvoudige omstandigheid dat dit vir hulle die gerieflikste werkwyse is.¹⁷ In sulke gevalle het die leerstuk klaarblyklik 'n blote utiliteitsfunksie.

Die vraag na die verantwoordbaarheid van hierdie funksies van die leerstuk is belangrik. Ons gaan dit egter eers in hoofstuk VII probeer beantwoord, nadat ons ook die leerstuk se funksie in die Suid-Afrikaanse reg ter sprake gebring het,¹⁸ en nadat ons verder vasgestel het welke middels sekere ander moderne regstelsels inspan om die doel te dien, wat die „undisclosed principal“-leerstuk in die Engelse reg en in die Suid-Afrikaanse regspraak dien.¹⁹

13 Sien pp.50-52 hierbo.

14 Sien pp.57-58 hierbo, sowel as die bespreking van Waring v. Favenck en Kymer v. Suwercropp op pp.37-38 hierbo.

15 Sien my kommentaar oor Scrimshire v. Alderton (p.31) en Nelson v. Powell (p.36) hierbo. Vgl. ook nog Skinner v. Stocks (1821) 4 B. & Ald.437 (104 E.R.997).

16 Sien pp.34, 41-42 hierbo.

17 Vgl. byvoorbeeld die gevalle vermeld in voetnoot 38 op p.34 hierbo.

18 In hoofstuk IV hieronder.

19 In hoofstuk V gaan ons dit naamlik oor die Duitse, die Nederlandse en die Franse reg hê.

Hoofstuk III DIE VERBORGE LASGEWER IN DIE ROMEINS-
HOLLANDSE REG

Par. 1 Die erkenning van direkte verteenwoordiging

Ten spyte van die hoë peil wat die Romeinse beskawing op die gebiede van die regsgeleerdheid en die handel bereik het, was direkte verteenwoordiging nie by die Romeine 'n erkende regsinstelling nie. Om die waarheid te sê, die enigste kategoriese reëling op hierdie gebied was die verbod op verteenwoordiging, uitgedruk in die bekende reël „stipulari alteri nemo potest”. Die afwesigheid van verteenwoordiging berus aanvanklik moontlik op die Romeinse opvatting van die hoogs persoonlike aard van obligationes,¹ en op die eiesoortige Romeinse familiestruktuur, wat verteenwoordiging in 'n mate ontbeerlik gemaak het, aangesien die paterfamilias of dominus sonder meer die regte verkry het uit die ooreenkomste gesluit deur sy filiusfamilias of servus.²

In die behoefte om die vader of heer ook aanspreeklik te stel uit die ooreenkoms van die huisseun of slaaf, het die praetor mettertyd voorsien deur sy verlening van die aksies wat sedert die middeleeue met die versamelnaam actiones adiecticiae qualitatis aangedui word. Soos die naam laat blyk, het hierdie aksies 'n bykomende aanspreeklikheid geskep: die paterfamilias of dominus is naamlik benewens die seun of slaaf, wat die ooreenkoms gesluit het, teenoor die derde aanspreeklik.³ Met verteenwoordiging in die moderne sin van die woord het mens hier nog nie te doen nie, omdat die „verteenwoordiger” self gebonde bly, d.w.s. hy verdwyn nie uit die prentjie nie, soos met die hedendaagse verteenwoordiger gebeur.

Tot die kategorie van actiones adiecticiae qualitatis word ook gereken die aksie waarmee die ondernemer aanspreeklik gestel word uit ooreenkomste gesluit deur die bestuurder van sy handelonderneming,⁴ en die aksie waarmee die reder aanspreeklik

1 Vgl. H. Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen (Rostock u. Schwerin, 1852), pp.1-4; K.H. Jauw, Lastgeving, Machtiging en Volmacht (Brussel, 1938), pp.50-55; U. Müller, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter (Stuttgart, 1969), p.19)

2 Vgl. Max Kaser, Das Römische Privatrecht, eerste deel (München, 1955), p.226; Müller, a.w. pp.19-21.

3 Kaser, a.w., p.505; Müller, t.a.p. Let daarop dat die slaaf se verpligting slegs 'n obligatio naturalis was.

4 Die actio institoria.

gestel word uit ooreenkomste gesluit deur sy skeepskaptein.⁵ In albei gevalle veronderstel die aanspreeklikheid dat die bestuurder of skeepskaptein binne sy bevoegdheidsfeer opgetree het, maar dis irrelevant of hy in potestate van die ondernemer of reder verkeer het. Hy kon dus ook 'n buitestaander se slaaf wees, of selfs 'n vrye persoon.⁶

Na die voorbeeld van die actio institoria word in die laatklassieke reg op Papinianus se aanbeveling 'n aksie toegeken,⁷ waardeur die heer aanspreeklikheid ooploop vir alle skulde gemaak deur sy procurator of vermoënsbestuurder binne die sfeer van sy bevoegdheid, terwyl die heer op sy beurt e contrario 'n aksie teen die procurator se teenparty verkry.⁸ Neem mens nou in ag dat die meeste welgestelde Romeine sulke procuratores gehad het, wat meesal vrygestelde slawe was, dan is dit duidelik welke belangrike uitbreiding van die aanspreeklikheid van 'n opdraggewer uit die ooreenkomste gesluit deur 'n vry persoon die toekenning van hierdie aksie meegebring het.

Soos hierbo geblyk het, is die adjektisiese aksies aanvanklik verleen om die swak posisie van derdes teenoor die paterfamilias of dominus te verbeter. Die ondernemer of reder het egter nooit die paterfamilias of dominus se sterk posisie teenoor derdes geniet waar die besigheidsbestuurder of skeepskaptein nie in potestate van die ondernemer of reder was nie. Toe hierdie aksies teen hulle toegestaan word, het hulle op hulle beurt miskien beskerming behoef. Beskerming is wel verleen in die analoë geval van die opdraggewer van die procurator, wat e contrario teen die derde kon ageer. Dit lyk waarskynlik dat ook die opdraggewer van die institor (besigheidsbestuurder)

5 Die actio exercitoria.

6 Vgl. Kaser, a.w., p.508; Jörs-Kunkel, Römisches Privatrecht (Berlin -Göttingen-Heidelberg, 1949), p.268; Müller, a.w., p.22.

7 In die naklassieke reg bekend as die actio quasi institoria.

8 Vgl. Kaser, t.a.p.; Jörs-Kunkel, t.a.p.; De Wet, 'n Bydrae tot die geskiedenis van die ontwikkeling van direkte verteenwoordiging by die sluiting van ooreenkomste, in T.H.R.-H.R., 1942, pp.102-103.

III.1

of magister navis (skeepskaptein) e contrario teen die derde sou moes kon ageer.⁹

Die Romeinse reg het ook ander gevalle van aanspreeklikheid tussen „prinsipaal” en derde as dié onder die adjektisiese aksies geken. Voorbeelde hiervan was die aanspreeklikheid deur die condictio ex mutuo (wat toegestaan is waar 'n „verteenwoordiger” 'n geldskierter se geld in bruikleen gegee het),¹⁰ die aanspreeklikheid van die tutor teenoor sy pupillus wat nog infans was, uit sy sekerheidstelling vir die sorgvuldige behartiging van laasgenoemde se sake (waar die stipulasie ten behoeve van die pupillus gedoen is deur 'n servus publicus of magistratus),¹¹ en die aanspreeklikheid tussen municipia en derdes uit ooreenkomste gesluit deur beamptes ten behoeve van die municipia.¹²

Die resultaat was dan dat daar 'n wye gebied van aanspreeklikheid tussen opdraggewers of lasgewers en derdes was ten opsigte van ooreenkomste gesluit tussen lashebbers en derdes. In beginsel het die Romeine egter nie afgewyk van die standpunt dat die lashebbers en derdes steeds ook direk teenoor mekaar aanspreeklik blyk nie. Dit was die stand van sake in die laatklassieke reg, en in hierdie vorm is „verteenwoordiging” ook in die Justiniaanse kodifikasie bestendig.

In die middeleeue gebeur daar nie veel opwindends met die verteenwoordigingsgedagte nie.¹³ Die Glossatore en Kommentatore het hulle hoofsaaklik besig gehou met die vraag na die geldigheid al dan nie van die Romeinsregtelike reël „stipulari alteri nemo potest”. Die oorwegende standpunt was dat die reël geld, maar dat 'n hele aantal uitsonderinge daarop bestaan.

9 Vgl. Buchka, a.w., pp.51-55; R. Powell, Contractual Agency in Roman Law and English Law, in Butterworths S.A. Law Review, 1956, pp.50-51, wat praat van gevalle waar „the principal could sue without obtaining a mandate from his agent to sue the third party”, en dan as voorbeelde van hierdie „agent” onder andere die institor en die magister navis noem.

10 Vgl. De Wet, t.a.p., p.104; Kaser, a.w., p.443.

11 Vgl. Kaser, a.w., p.309, voetnoot 18.

12 Ibid., pp.262-263; Jörs-Kunkel, a.w., pp.74-75.

13 Sien in die algemeen oor Glossatore, Kommentatore en Kanonieke reg De Wet, t.a.p., pp.105-111; Buchka, a.w., pp.127-141, 145-151; Müller, a.w., pp.29-47, 61-72.

III.1

Die Kommentatore se behandeling van die stof is ook gekenmerk deur formalisme. Die ontstaan van die prinsipaal se aksie op grond van die verpligting wat die derde in die aanwesigheid van die stipulans ten gunste van die prinsipaal op hom neem, hang naamlik daarvan af of die stipulans die stipulasie-formule korrek uitgespreek het.

Soos mens miskien kon verwag, het die reël „stipulari alteri nemo potest" die middeleeue toe oorleef, en verskeie eeue lank nog in die regsteorie voortgespook. So was die beskouinge van die Franse Humaniste en die Suid-Nederlandse juriste vóór De Groot nog heeltemal oorheers deur die reël. Selfs onder ons Romeins-Hollandse skrywers moet Vinnius nog aangemerkt word as troue aanhanger van die reël. Dit geld ook vir die Fries, Sande. Selfs so laat as in die werke van Van der Keessel en Van der Linden vind mens nog spore van die reël.¹⁴

Intussen het verteenwoordiging—in die moderne sin van die woord - egter reeds teen die 17de eeu in die Hollandse praktyk gevestig geraak,¹⁵ en het dit geleidelik in die regsgeleerdheid as selfstandige regsinstelling aanvaarding gevind. In hierdie ontwikkeling het die behoeftes van die snel groeiende handelsverkeer seker die deurslaggewende rol gespeel.¹⁶ Die formalisme van die middeleeue het net nie meer by die nuwe tyd gepas nie, en die veelvuldige gebruik van verteenwoordigers by die sluiting van ooreenkomste sou ernstig gestrem wees indien die verteenwoordiger uit die ooreenkoms aanspreeklikheid kon ooploop.¹⁷ So vind mens dat hoewel sommige van ons ou skrywers nog dogmatiese bedenkinge teen verteenwoordiging opper, hulle die erkenning daarvan in die praktyk darem nie kan ontken nie.¹⁸

14 De Wet, t.a.p., pp.111-112, 210-212, 218, 223-225.

15 Vgl. die gevalle bespreek deur De Wet, t.a.p., pp.226-229.

16 Vgl. Müller, a.w., pp.99-100, 105-106.

17 Vgl. die Friese beslissing gerapporteer deur Sande, Decisiones Frisicae, 3.7.1, waar die argument voorkom dat verteenwoordigers nie persoonlik gebonde moet wees nie, omdat hulle gebruik „pro expediendis negotiis et commerciis perquam necessarius est".

18 So bv. Sande en Vinnius, bespreek deur De Wet, t.a.p., pp.218-219.

Die erkenning van die instelling op meriete (in teenstelling dan met die gedagte dat dit 'n euwel is, die bestaan waarvan nie weggeredeneer kan word nie) is nog nie by De Groot merkbaar nie. Sy bydrae op hierdie gebied, soos De Wet aantoon,¹⁹ is van middeleeuse inslag en daarby taamlik verward. Nogtans vind mens by De Groot uitdruklike stellings tot die effek dat jy verpligtinge deur 'n ander kan oploop,²⁰ en regte deur middel van 'n ander kan verkry.²¹ Die laasgenoemde standpunt word selfs op heel moderne wyse gemotiveer met die verklaring dat die prinsipaal geag word sy instemming met die derde se aanbod te betuig het sodra die verteenwoordiger sy wilsuiting maak.²²

Daarmee is twee gedagtes gegee wat grondliggend in die moderne opvatting van verteenwoordiging is: die gedagte van 'n kontrak tussen prinsipaal en derde, en die gedagte dat dit desnieteenstaande die verteenwoordiger se wilsuiting is wat meewerk tot die daarstelling van wilsooreenstemming. Grotius laat verder geen twyfel daaroor nie dat die veronderstelling vir hierdie regsverkryging is dat die „*promissio in nomen eius collata est cui danda res est*“, en dat die verteenwoordiger òf 'n spesiale mandatum acceptandi moet hê, òf 'n opdrag van so 'n algemene aard dat sy bevoegdheid on namens die regsverkrygende (die prinsipaal) die aanbod te aanvaar geag moet word tot die opdrag te behoort,²³ kortom, die prinsipaal moet geopenbaar wees, die verteenwoordiger moet gemagtig wees.

Die eerste kategoriese ontkenning van die geldigheid van die reël „*stipulari alteri nemo potest*“ vind mens nietemin eers by Groenewegen,²⁴ wie se standpunt gou naklink by Paulus Voet, Wissenbach, Van Leeuwen en Johannes Voet.²⁵ By Johannes Voet

19 T.a.p., pp.212-218. Vgl. ook nog Müller, a.w., pp.125-132.

20 Grotius, De Jure Belli ac Pacis, 2.11.12.

22 „...sed plane ex tali acceptatione (d.w.s. van die verteenwoordiger) promissionem perfici: quia consensus potest et per ministrum interponi ac significari. Velle enim censor quod in alterius voluntate posui, si et ille velit.“ Die gedagte is blykbaar dat die prinsipaal (deur magtiging) sy bedoeling of wil in die verteenwoordiger „geplaas“ het.

23 Grotius, t.a.p.

24 De Legibus Abrogatis, ad Inst. 3.19.19 (by Groenewegen, 3.20.19).

25 Vgl. De Wet, t.a.p., pp.220-222.

21 Ibid., 2.11.18 (tweede paragraaf).

kom die verteenwoordiger se optrede namens die prinsipaal nou ook pertinent ter sprake. In sy Pandekte-kommentaar, 17.1.9, verklaar Voet naamlik dat sessie van die mandatarius se aksie (d.w.s. die aksie verkry uit sy ooreenkoms met die derde) nie nodig is nie (d.w.s. vir die mandans of lasgewer se optrede teen die derde) „quoties mandatarium non suo, sed mandantis nomine contraxisse, expressum est“. Elders verklaar hy dat sedert dit die heersende opvatting geword het dat mens in die algemeen deur 'n ander 'n vordering kan verwerf, dit skaars meer betwyfel kan word dat uit die kontrak van 'n faktor qualis 'n geldige aksie aan die lasgewer toekom.²⁶ Die optrede namens die prinsipaal word dus as voorveronderstelling vir die ontstaan van sy vordering teen die derde behandel.

Hoewel die regsgeleerdheid teen die tweede helfte van die 17de eeu dan reeds oorwegend op die standpunt gestaan het dat mens beide regte kon verkry en verpligtinge kon oploop uit die ooreenkomste namens jou gesluit deur jou verteenwoordiger, was dit nog nie bevry van die gedagte dat by die verteenwoordiger self regte en verpligtinge uit die ooreenkoms gevestig raak nie. So meld Voet byvoorbeeld net dat sommige mense meen dat slegs die prinsipaal, en nie die verteenwoordiger nie, uit die ooreenkoms deur die derde gesluit met die verteenwoordiger aanspreeklik word, maar hy self onderskryf hierdie opvatting darem nie uitdruklik nie.²⁷ Uit die bewysplekke waarna Voet verwys, blyk dat die standpunt, wat hy nie uitdruklik onderskryf nie, op daardie tydstip alreeds sy verskyning gemaak het onder andere in beslissings vermeld deur Cooren²⁸ en Sande,²⁹ en aanvaar is deur Groenewegen³⁰ en Van Leeuwen.³¹ Op die aangehaalde plek stel Van Leeuwen dit dan ook dat hy „quod sciens cum institore contrahit, fidei domini sequi videtur.“³²

Ná Voet neem ook Van Bynkershoek in 'n opstel oor „Bodemery“ die

26 Voet, Commentarius ad Pandectas, 14.3.7.

27 A.w., 14.3.6. Voet het dit hier eintlik oor lasgewer (praeponens) en faktor (institor), maar uit die samehang blyk duidelik dat dit 'n gewone geval van direkte verteenwoordiging is wat hy in gedagte het.

28 Cooren, Observationes, obs. 28, n.47 e.v.

29 Sande, Decisiones Frisicae, 3.7.1, waaroor ons dit reeds in voetnoot 17 op p.85 hierbo gehad het.

30 De Legibus Abrogatis, ad D.14.3.ult.

31 Censura Forensis, 1.4.3.6, 7 en 10.

32 Ibid., 1.4.3.7. Vgl. verder oor Van Leeuwen se bydrae Müller, a.w., pp.106-107.

standpunt in dat die skeepskaptein nie persoonlik aanspreeklik is vir 'n geldlening gemaak binne die raamwerk van sy bevoegdhede as beheerder van die skip nie.³³ By Schorer kan mens dit as finaal bevestig beskou dat die verteenwoordiger ná kontraksluiting heeltemal uit die prentjie val. In sy aantekening op De Groot, Inleiding, 3.1.36, verwys hy na die bewysplek wat Voet se weifelende houding bevat, en sê dan onomwonde dat volgens die reg van sy tyd slegs die prinsipaal, en nie die verteenwoordiger nie, aangespreek mag word.^{34, 35} Hiermee het die regsinstelling wat hedendaags as direkte verteenwoordiging bekend staan, dan sy finale beslag in die Romeins-Hollandse reg gehad.

Par. 2 Die verborge lasgewer in die Romeins-Hollandse bronne

Uit die behandeling van direkte verteenwoordiging hierbo het geblyk hoe uitdruklik die Romeins-Hollandse reg op die standpunt staan dat die ontstaan van regsbande tussen prinsipaal en derde veronderstel dat die verteenwoordiger nie slegs in belang van die prinsipaal opgetree het nie, maar ook namens die prinsipaal. Inderdaad sou mens slegs in laasgenoemde geval met 'n verteenwoordiger te doen hê. Die persoon wat slegs in belang van 'n ander optree, sou volgens Romeins-Hollandse reg alleenlik as lashebber kwalifiseer.¹

Hierdie onderskeid laat mens vermoed dat daar nie veel tekens van 'n „undisclosed principal” in die Romeins-Hollandse reg te vinde sal wees nie, d.w.s. mens kan kwalik verwag dat verteenwoordigingsgevolge (naamlik die bestaan van aanspreeklikheid tussen prinsipaal en derde) in die Romeins-Hollandse reg erken

33 Van Bynkershoek, Quaestiones Juris Privati, 3.16. Hy beroep hom hierby op die Friese beslissing wat Sande rapporteer, vermeld in voetnote 17 en 29 hierbo.

34 Schorer het dit hier, soos by Voet die geval was, oor direkte verteenwoordiging van lasgewer (praeponeus) deur faktor (institor).

35 Ná Schorer kom natuurlik nog Van der Keessel en Van der Linden. Hulle het die konsep van verteenwoordiging egter niks verder ontwikkel as waartoe dit in Schorer se tyd (2de helfte van die 18de eeu) gebring was nie. Hulle werk val in hierdie opsig eerder op deur die herverskyning van historiese motiewe. Vgl. hieroor De Wet, t.a.p., pp.223-225.

1 Dit wil natuurlik sê, as daar inderdaad lasgewing plaasgevind het. Mens kan ook sonder opdrag in belang van 'n ander optree, soos by saakwaarneming.

sal word waar die „prinsipaal” verborge was by die „verteenwoordiger” se sluiting van ooreenkomste. Nadere ondersoek bevestig hierdie vermoede. Vir eers kom die verborge lasgewer baie selde in ons gemeenregtelike bronne ter sprake. Waar hy wel in die sistematiese verhandelinge vermeld word, geskied dit in die reël juis om aan te toon dat die gewone gevolge van verteenwoordiging hier nie intree nie, d.w.s. dat mens maar net met 'n kontrak tussen „verteenwoordiger” en derde te doen het.

Ons neem as voorbeeld 'n teks uit Voet se Pandekte-kommentaar, waaroor ons dit in 'n ander verband reeds kortliks hierbo gehad het,² naamlik Voet, 14.3.6. Voet stel dit eers dat 'n aksie beskikbaar is vir die derde òf teen lasgewer òf teen faktor. Dan gaan hy egter voort om te sê dat die standpunt ook gehuldig word dat die derde geen keuse het nie, dog slegs die lasgewer kan aanspreek. Op hierdie reël word nou weer drie uitsonderinge geformuleer, en een daarvan is die geval waar die lasgewer verborge was. Hier is die faktor aanspreeklik „quia tunc non alterius, quam ejus, quocum contraxit, videri potest fidem secutus”. Hierdie verduideliking laat geen twyfel daaroor nie dat geen optrede van derde teen verborge lasgewer voorsien word nie.³

Tog kom daar enkele praktyksgevalle voor waar die lasgewer wel verborge was, en direkte optrede van lasgewer teen derde of omgekeerd bespreek word. Verder vind mens gevalle waar eweneens die verhouding lasgewer-derde behandel word, maar waarby dit onseker is of die lasgewer verborge was, dan wel of daar direkte verteenwoordiging van 'n ongeïdentifiseerde prinsipaal plaasgevind het. Die res van die onderhawige hoofstuk word in die eerste plek gewy aan die ondersoek van al hierdie gevalle. Ons gaan verder 'n paar beslissings van die Hoë Raad beskou, sommige waarvan pertinent slegs oor die aanspreeklikheid tussen lashebbes en derde handel. Die betrokke hofverslae lewer egter interessante aanduidinge van die standpunt wat die Romeins-Hollandse reg teenoor 'n verborge lasgewer sou inneem.

² Sien p.87 hierbo.

³ Vgl. ook Van Leeuwen, Censura Forensis, 1.4.3.6. en 7 (meer onomwonde as Voet); Schorer se aantekening (n.36) op De Groot, Inleiding, 3.1.31.

By die behandeling van hierdie en van ander gemeenregtelike materiaal sal dit veral daarop aankom om vas te stel of mens in die Romeins-Hollandse reg remedies het wat 'n ooreenkoms vertoon met die remedies wat in die Engelse reg na aanleiding van die leerstuk van die „undisclosed principal” aangetref word. Ek sal eers die lasgewer se regte teenoor die derde behandel (par.3) en daarna die omgekeerde situasie (par.4). By die behandeling van die lasgewer se regte sal ek ook kortliks ingaan op 'n situasie wat meer dikwels as ons eintlike probleemgevalle voorkom, maar minder omstrede is, naamlik waar die lasgewer se eiendomsverkryging van goed gekoop deur sy faktor ter sprake is.

Par. 3 Die regte van lasgewer teenoor derde

Na my beste wete bestaan daar in ons ou bronne slegs twee gevalle waar mens op die feite klaarblyklik met 'n verborge lasgewer te doen het, en hierdie lasgewer se regte teenoor die derde dan pertinent ter sprake kom. Die eerste is 'n geval uit die jaar 1604, waaroor berig word in Holl. Cons., 3 (eerste deel).¹

A het hier in belang van B en C sekere goedere aan D verkoop sonder om hoegenaamd sy hoedanigheid van faktor te openbaar. By A se insolvensie is die vraag tussen B en C aan die een kant en A se skuldeisers aan die ander kant of die opbrengs van die goedere B en C toekom, dan wel of dit in die insolvente boedel val (B en C synde dan konkurrente skuldeisers). Die advies lui dat ten spyte van B en C se verborgenheid, A nog steeds die goed verkoop het „in qualiteyt als Faktor”. Die gevolg is dat B en C aanvanklik dan self die skuld sou kon invorder, welke toedrag van sake nie verander het by A se insolvensie nie. In wese het mens hier dus die standpunt dat die verborge lasgewers, en nie die faktor nie, die ware skuldeisers was. Die gevolg is dat A se krediteure nie teenoor B en C daarop kon staan dat hulle die reg het om die skuld in te vorder nie.

Daar word voorts geadviseer dat voldoening teenoor A in stede van teenoor B en C ook nie langs die weg van skuldvergelyking

¹ Die geval word ook gerapporteer in Holl. Cons., 4.3 en 6.3.

kon plaasvind nie. D het naamlik 'n vordering gebaseer op 'n vooruitgedateerde wissel teen A gehad. Heeltemal in ooreenstemming met hulle uitgangspunt dat B en C die ware skuldeisers was, stel die skrywers van die advies dit dat A se skuld nie teen B en C se vordering opgewerp kon word nie, omdat die skulde nie tussen dieselfde persone bestaan nie. Hulle lê verder ook klem op die feit dat die beweerde teenvordering (d.w.s. van D teen A) op die tydstip wat vir skuldvergelyking in aanmerking kom, nog nie opeisbaar was nie. Hierdie opmerking skep egter die indruk dat die skuldvergelykingsverweer miskien sou geslaag het indien die beweerde teenvordering wel opeisbaar was. Dit sou beteken dat die faktor uit hoofde van die koopkontrak self skuldeiser van die derde moes gewees het.

Hoewel hierdie advies dan in beginsel op die standpunt staan dat die verborge lasgewer sonder meer uit die kontraksluiting van sy lashebber met die derde regte teenoor die derde verwerf, skep die skrywers se uitlating oor die opeisbaarheid van die beweerde teenvordering 'n mate van verwarring. Soos ons sal sien, kom hierdie uitlating later in die Suid-Afrikaanse reg ter sprake by die probleem van die beskerming van die derde.² Die dubbelsinnigheid van die advies getuig van die praktyksneiging om vir elke aspek van 'n advies 'n argument gereed te hê, eerder as om 'n sistematies geslote en wetenskaplik verantwoordbare verduideliking aan te bied.

Dit bring ons by die tweede geval, 'n Amsterdamse advies uit die jaar 1671, wat opgeneem is in Van den Berg se Nederlands Advysboek.³ Die eisers se faktor het hier sewe bale gare in belang van die eisers aan vier persone verkoop, waarby niks hoegenaamd geblyk het van enige ander belanghebbende as die faktor self nie. By laasgenoemde se insolvente oorlye wil die eisers die koopprys van die vier kopers verhaal. Die vraag is of drie van hulle se vordering vir goed verkoop en gelewer aan die faktor in skuldvergelyking opgewerp kan word. Daar word van ja geadviseer. Hierdie mening berus op die beskouing

² Vgl. par. IV.3(b) hieronder.

³ Deel 1, adv. 92. Vgl. ook adv. 93 en 94, wat oor dieselfde feite handel.

dat daar by die verkoop van die gare slegs 'n kontrak tussen faktor en kopers tot stand gekom het, d.w.s. die kopers het alleenlik die faktor se skuldenaars geword. Toe die teenvordering ontstaan het, sou die skulde mekaar ipso jure tot die omvang van die kleinere (naamlik dié van die drie kopers) uitgewis het.

Die merkwaardige van die advies is nou egter dat toegegee word dat die eisers vir die balans sou kan slaag.⁴ Heeltemal in ooreenstemming met die verduideliking van die oor en weer uitwissing van die skulde word egter erken dat die eisers eintlik net as die faktor se sessionarisse behoort te kan ageer.⁵ Het sessie egter onmoontlik geword (byvoorbeeld deur dood of insolvensie van die faktor), dan kan die eisers sonder meer utiliter ageer. By die faktor se insolvente oorlye het hulle naamlik „het effect van cessie...bekomen...”⁶ Hulle mag dan nie in 'n beter posisie verkeer as waar sessie daadwerklik plaasgevind het nie.

In effek is hierdie advies dus 'n bevestiging van die moontlikheid dat 'n verborge lasgewer direk die teenparty van sy faktor kan aanspreek om die koopprys van sy goed te verhaal, en wel sonder dat sessie van die vordering aan hom plaasgevind het. Hierdie moontlikheid is egter slegs 'n noodoplossing vir die geval waar daadwerklike sessie onmoontlik geword het, en in elk geval kan die verwere, wat teen 'n sessionaris beskikbaar sou wees, teen die verborge lasgewer gebruik word.

'n Soortgelyke geval, wat egter nie sonder meer as 'n situasie van indirekte verteenwoordiging geklassifiseer kan word nie, kom voor in Barels se adviesboek.⁷ B het hier 'n versekeringskontrak gesluit in opdrag van A. Hy sluit dit egter in eie naam en ten behoewe van homself „of die het anders in't geheel of ten deele mogen aengaen”. By intrede van die skade is die

⁴ Vgl. die meer terughoudende standpunt in adv. 93 (p.246), waar die eisers se reg slegs as 'n preferente vordering (d.w.s. teenoor ander krediteure van die insolvente boedel) op die opbrengs van die goed bestempel word.

⁵ En indien die eisers sessionarisse was, sou die skuldvergelijkingsverweer natuurlik geen probleem skep nie, aangesien die skuldenaar sy vordering teen die sedent altyd in verrekoning kan bring teen die sessionaris se eis.

⁶ Op p.244 van die a.w.

⁷ Barels, Advysen over den Koophandel en Zeevaart, deel 1, adv. 17. Hierdie advies dateer uit die jaar 1698.

nou reeds vervelige vraag of een van die versekeraars die vordering wat hy teen B het in verrekening kan bring teen A se eis om die versekerde bedrag. In die advies word van ja gemeen, en wel op grond van die bekende argument dat B na regte die skuldeiser-skuldenaar onder die kontrak was, met die gevolg van outomatiese oor en weer uitwissing van die wedersydse skulde van B en versekeraar. Om egter te verduidelik hoekom A in die eerste plek teen die versekeraars mag optree, word gesê „dat zo wel na rechten als na practycque een Factor actie zoude acquireeren voor zyn Meester, zelfs zonder hem te hebben gemeld⁸ ten tyde van het aengaen van den Contracte...“⁹

Wat beteken die beklemtoonde woorde? As bedoel word dat die heer ook aksie verkry waar die lashebber slegs in eie naam opgetree het, dan bevestig die advies natuurlik die reg van die verborge lasgewer om direk die derde aan te spreek. Let mens egter op die feite van die geval, dan is dit meer waarskynlik dat bedoel word dat die nie-vermelding van die lasgewer se identiteit op sigself nog nie die lasgewer se optrede teenoor die derde uitsluit nie.

In elk geval word die lasgewer ook hier as 'n kwasi-sessionaris behandel. Dit word naamlik met beroep op Nederlands Advysboek, 1.92¹⁰ gestel dat die lasgewer sy reg van die lashebber verkry, en dus nie in 'n beter posisie kan verkeer as wat die lashebber self sou wees nie. Dit word ook gestel dat die „direkte“ aksie wat faktor vir lasgewer verkry „altoos resideerd en verblyft in den boezem van den Factor“. Wat die lasgewer verkry, is bloot 'n utilis actio wat per fictionem juris op hom oorgaan slegs wanneer daadwerklike sessie deur die faktor onmoontlik is weens die faktor se insolvensie.¹¹

8 My beklemtoning.

9 Op p.94 van die a.w.

10 Vgl. pp.91-92 hierbo.

11 Op p.94 van die a.w. Dit blyk terloops nie uit die advies of die lashebber in hierdie geval insolvent was nie, d.w.s. of praktiese struikelblokke sessie inderdaad in die weg gestaan het. Let verder op dat die idee van die oorgang van 'n actio utilis 'n ongerymdheid is. Van oorgang van 'n aksie kan tog slegs met verwysing na die oorspronklike aksie sprake wees. Die toekenning van 'n actio utilis kom juis in aanmerking waar die persoon, wat die skuldenaar wil aanspreek, nie self die oorspronklike aksie kan uitoefen nie.

In effek lê hierdie advies dan dieselfde bevoegdheid neer vir die ongeïdentifiseerde lasgewer waarom dit op die feite handel, as wat in Nederlands Advysboek, 1.92 ten opsigte van 'n verborge lasgewer neergelê word: hy kan sonder sessie teen die faktor se teenparty optree waar daadwerklike sessie onmoontlik is, maar hy mag nie in 'n beter posisie verkeer as wat 'n sessionaris sou verkeer nie.

Vervolgens moet 'n advies, wat verskeie kere by die regverdiging van die derde se skuldvergelykingsbevoegdheid in die Suid-Afrikaanse reg vermeld word, van nader beskou word, t.w. Holl. Cons., 1.274.¹² Die lasgewer het hier sekere wyne aan 'n faktor toevertrou om te verkoop. Toe die faktor insolvent raak en die lasgewer sy wyne by die faktor wil gaan opeis, beweer 'n derde dat hy die wyne gekoop het, en dat voldoening plaasgevind het deur die verrekening van die koopprys van die wyn teen sekere penninge, wat die faktor aan hom (die derde) verskuldig was. Die advies lui egter dat die derde teenoor die lasgewer aanspreeklik is vir die koopprys.

Ongelukkig blyk nie uitdruklik of die derde met enige belanghebbende benewens die faktor gereken het nie. Waarskynlik was dit wel die geval.¹³ Hierdie vermoede word veral gestaaf deur die feit dat aan die derde 'n skuldvergelykingsbevoegdheid ontsê word. Mens kan ook vermeld dat derde en faktor swaers was, sodat dit uiters waarskynlik was dat die derde by die verkoop van die wyn minstens geweet het hy handel met 'n faktor. 'n Aanduiding dat die lasgewer se bestaan maar darem nie sy identiteit bekend was nie, het mens in die stelling dat betaling aan die faktor die derde teenoor die lasgewer sou bevry - wat 'n aanneemlike standpunt is waar die derde nie die lasgewer se identiteit ken nie, maar kwalik houdbaar sou wees vir die geval van direkte verteenwoordiging van 'n geïdentifiseerde prinsipaal. Samevattend moet mens sê dat die skrywer van die advies klaarblyklik self nie weet of dit om direkte dan wel om indirekte verteenwoordiging handel nie. Enersyds ontken hy die derde se skuld-

12 Vgl. Heydenrych v. Woolven (1897) 14 S.C.376, op p.378; Symon v. Brecker 1904 T.S.745, op p.748; Wessels & Co. v. Rudman 1911 C.P.D.667, op p.671.

13 In Heydenrych v. Woolven, t.a.p., gaan H.R. de Villiers darem te ver deur die kennis van die derde as 'n vanselfsprekendheid te behandel. In Symon v. Brecker, sup., p.751, volg R. Wessels op sy spoor.

vergelykingsbevoegdheid (wat van direkte verteenwoordiging getuig), andersyds meen hy dat die derde se betaling aan die faktor bevrydend sou werk (wat van indirekte verteenwoordiging getuig). My gevolgtrekking is dat hierdie geval geen nuttige bydrae lewer ter opheldering van die Romeins-Hollandse reg se stellingname teenoor die verborge lasgewer nie.

Ons beskou vervolgens 'n geval wat in 1763 voor die Hoë Raad ter beslissing gestaan het, en opgeteken is deur Pauw.¹⁴

Sempronius het hier 'n bestelling vir die vervaardiging en kleuring van sekere lakens geplaas by Sejus, die institor van Caja, wat die lakens vervaardig het. Teen Caja se eis om betaling vir die lakens werp Sempronius onder andere op dat hy slegs met Sejus die kontrak gesluit het.¹⁵ Hierdie verweer faal egter, en Caja slaag.

Uit die verslag blyk nou nie mooi of Sejus by kontraksluiting uitdruklik namens Caja opgetree het nie. Sempronius se verweer skeep die indruk dat dit nie die geval was nie. Aan die ander kant het dit geen twyfel gely nie dat Sempronius deeglik van Caja as eintlike belanghebbende bewus was, soos veral geblyk het uit die feit dat hy die lakens by haar woning laat afhaal het, en sonder protes die rekening, wat in haar naam uitgemaak was, aanvaar het. Klaarblyklik het mens hier nie met die eis van 'n verborge lasgewer te doen nie. Ten regte het die Hoë Raad dit as 'n geval van direkte verteenwoordiging behandel, en daarmee gevolg verleen aan Sempronius en Caja se bedoelinge, wat by kontraksluiting miskien nie uitdruklik verklaar was nie, maar tog duidelik genoeg uit die omstandighede geblyk het.

Die laaste praktyksgeval wat ek wil gebruik om lig op ons probleem te probeer werp, is dié opgeteken deur Van Bynkershoek in sy Observationes Tumultuariae, II.1792 en 1805. Sempronius was hier die lashebber van ene baron Gortz, wat sekere aangeleenthede vir die Sweedse Kroon behartig het. Sommige van Sempronius se opdragte het nou met baron Gortz se verpligtinge teenoor die

¹⁴ Pauw, Observationes Tumultuariae Novae, II.864.

¹⁵ Let op dat dit slegs een van drie verwere was. Een van die ander verwere het ten nouste saangehang met die feit dat Sempronius self in opdrag van 'n ander opgetree het. Op hierdie sy van die saak kom ons in par.4 hieronder terug.

Sweedse Kroon in verband gestaan, ander het slegs op die baron se persoonlike sake betrekking gehad. Ná die baron se dood word Sempronius deur die Sweedse gesant in Amsterdam aangespreek ter aflegging van rekenskap van sy (Sempronius se) optrede in belang van die Sweedse Kroon. Sy verweer was dat hy uit die lasgewingsooreenkoms slegs teenoor baron Gortz of teenoor laasgenoemde se erfgename aanspreeklikheid opgeloop het.

In die Amsterdamse hof word Sempronius egter aanspreeklik gehou, hoewel bepaal word dat hy teen die Kroon in rekening mag bring wat hy teen baron Gortz in rekening sou kon bring. Die Hoë Raad, was sy beslissing gee op die veronderstelling dat Sempronius by die uitvoering van die betrokke opdragte geweet het dat dit om Kroonaangeleenthede handel, bevestig dat Sempronius teenoor die Sweedse Kroon aanspreeklik is, maar bepaal „dat de rekening alleen soude gaan over affaires van de Croon, en niet over de particuliere affaires van de Baron Gortz...”

Wat is nou die bydrae wat hierdie geval tot ons ondersoek lewer? Dit lê eerstens in die beskerming van die derde in die Amsterdamse hof, tweedens in Van Bynkershoek se afwykende mening teenoor die standpunte van beide die Amsterdamse hof en die Hoë Raad. Ons lig hierdie twee punte kortliks toe. Eerstens: hoewel Sempronius daarvan bewus was dat die Sweedse Kroon die baron se lasgewer was, is daar geen aanduiding dat direkte aanspreeklikheid van Sempronius teenoor die Sweedse Kroon in die vooruitsig gestel was by die totstandkoming van die lasgewingsverhouding tussen Sempronius en baron Gortz nie. Waar sodanige direkte aanspreeklikheid toe egter in die Amsterdamse hof erken word, word dit gekwalifiseer op 'n wyse wat daarop neerkom dat Sempronius nie slegter daaraan toe mag wees as wat die geval sou wees indien hy deur sy kontraksparty (d.w.s. baron Gortz) aangespreek sou word nie. Die ooreenkoms tussen hierdie beskerming en dié wat in beginsel in die Engelse reg vir die derde, wat deur 'n „undisclosed principal” aangespreek word, bestaan, lê voor die hand.¹⁶

Tweedens: die beslissing van die Hoë Raad was nie eenstemmig nie, maar wel 'n meerderheidsbeslissing van vyf teenoor drie. Van Bynkershoek was een van die drie lede wat 'n afwykende mening daarop nagehou het. Na aanleiding van die erkenning van Sempronius se skuldvergelykingsbevoegdheid deur die Amsterdamse hof kla Van Bynkershoek, „sed vide, quam ea res confusionibus

¹⁶ Soos op pp.50-52 hierbo aangetoon is, word hierdie beskerming

pateat, si a recte juris via recedamus." Uit die samehang blyk duidelik dat Van Bynkershoek dit nie teen die skuldvergelykingsbevoegdheid as sodanig het nie, maar wel teen die erkenning van die Sweedse Kroon se reg om in te gryp op 'n verhouding waartoe dit nie party was nie - dit is naamlik hierdie ingryping wat die verwarrende toedrag van sake meebring, dat skulde teen mekaar verreken word, wat nie tussen dieselfde persone bestaan nie. In effek neem Van Bynkershoek, in teenstelling met die Amsterdamse hof en die meerderheid van die Hoë Raad, onomwonde stelling in teenoor die ingryping op 'n kontrak waartoe jy nie party is nie, ook al was die verweerder van die eiser as ware belanghebbende bewus. Die gevolgtrekking lyk redelik dat Van Bynkershoek sodanige ingryping nog sterker sou afkeur waar die verweerder nie oor kennis van die eiser as ware belanghebbende beskik het nie.

Tot hier toe het ons dit onder andere oor verskeie gevalle gehad waar goed in belang van die lasgewer verkoop word. Wat is egter die posisie waar vir hom ingekoop of aangekoop word? Hierdie situasie moet nou kortliks behandel word.

Op die vraag na die verborge lasgewer se eiendomsverkryging van aangekoopte goedere is reeds sowat dertig jaar gelede deeglik ingegaan deur H.F.W.D. Fischer.¹⁷ By bevinding ten opsigte van ons gemene reg is dat die verborge lasgewer eiendomsreg op die gekoopte goed vestig sodra lewering aan die lashebber plaasgevind het.¹⁸ Op grond van verwysings wat ek self nagegaan het,¹⁹ kan ek hierdie standpunt bevestig.²⁰

16 (vervolg) egter nie konsekwent in die Engelse beslissings deurgevoer nie.

17 Fischer, De geschiedenis van de eigendomsverkrijging van door een middellijken vertegenwoordiger gekochte roerende zaken, in T.H.R.-H.R., 1939, pp.1-26.

18 T.a.p., pp.14-15. Sien ook De Blécourt-Fischer, Kort Begrip van het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht, 7de druk (Groningen, 1959), p.154.

• 19 Handvesten der Stad Amstelredam, deel 2, p.539 ('n advies van vier advokate en tien prokureurs uit die jaar 1619); Cooren, Observationes, no.25 ('n beslissing van die Hoë Raad, 1624); Schrassert, Practicae Observationes, no.108; Groenewegen, De Leg. Abr., ad C.4.27.1; Groenewegen se aantekening op De Groot, Inl., 3.1.36; Van Leeuwen, C.F., 1.4.3.9; Voet 14.3.7 (aan die einde); Barels, Advysen over den Koophandel en Zeevaart, deel 2, adv. 26; Boel se aantekening op Loenius, Decisien en Observatien, cas. 9; Van Zurck, Codex Batavus, s.v. "factoren", par. 1; Lybreghts, Koopmans Handboek, hfst. 5, cas. 43; Van der Keessel, Th. 426. Vgl. ook Van Zutphen, Practycke der Nederlansche Rechten,

Hoewel mens hier nou belangwekkende inligting het oor die verborge lasgewer se reg op gekoopte roerende goed, is mens ongelukkig niks wyser oor sy reg teenoor die derde nie. Want omdat die ontstaan van die lasgewer se eiendomsreg besit van die goed deur die lashebber veronderstel, kan 'n regstryd oor die goed uit die aard van die saak nooit tussen lasgewer en derde ontstaan nie.²¹ Selfs in die geval waar die lashebber insolvent raak alvorens die goedere aan hom gelewer is, kan daar nog geen sprake wees van direkte optrede van lasgewer teenoor derde nie. Slegs die kurator sou lewering kan eis, en die lasgewer sou ná lewering aan die kurator maar van laasgenoemde die goed moes opeis.

In hierdie stadium kan ons saamvat deur te sê dat ons slegs in die twee adviese wat eerste bespreek is,²² gesag vir die verborge lasgewer se bevoegdheid om die derde aan te spreek, gevind het. Hierdie bevoegdheid van die verborge lasgewer word egter nie genoegsaam verduidelik of dogmaties gefundeer nie. Enersyds word die indruk geskep dat hy die derde se eintlike skuldeiser is, andersyds word aan hom die bevoegdhede van 'n sessionaris toegeken, sonder dat daadwerklike sessie plaasgevind het. Uit die karige inligting wat tot ons beskikking staan, is ook geen duidelike keuse in ons gemeenregtelike praktyk tussen hierdie twee standpunte af te lei nie.²³

Par. 4 Die regte van derde teenoor lasgewer

In verband met die moontlike aanspreeklikheid van 'n verborge lasgewer teenoor die lashebber se kontraksparty, kon ek so goed as geen direkte inligting opspoor nie, nòg by ons ou skrywers

19 (vervolg) s.v. „mandaet”, cas. 6; Van Bynkershoek, Obs. Tum., I.403; Barels, a.w., deel 2, adv. 79.

20 Let op dat dit hierby slegs om roerende goed handel (waartoe ook gereken word 'n „actie” - d.w.s. 'n aandeel - in die Oos Indische Compagnie. Vgl. Cooren, t.a.p.). By Van Zutphen, a.w., s.v. „mandaet”, cas. 15, handel dit om onroerende goed, en hier word uitdruklik hertransport van lashebber aan lasgewer vereis.

21 D.w.s. 'n regstryd waarby die lasgewer op grond van sy beweerde eiendomsreg ageer.

22 Op pp. 90-92 hierbo.

23 Holl. Cons., 3 (eerste deel).³ (verborge lasgewer) en 1.274 (ongeïdentifiseerde lasgewer) skyn die eerste moontlikheid te verteenwoordig. Daarenteen dui Nederlands Advysboek, 1.92 (verborge lasgewer) en Advysen over den Koophandel en Zeevaart, 1.17 (ongeïdentifiseerde lasgewer) op die tweede.

nòg in die advies- en vonnisversamelings. Slegs één geval het onder my aandag gekom waarby dit pertinent om die aanspreeklikheid van lasgewer teenoor derde handel. Ons gaan eerstens hierdie geval van nader beskou. Aan die hand van twee voorbeelde sal ek daarop probeer aantoon dat 'n teks soms verstaan kan word om die aanspreeklikheid van 'n verborge lasgewer teenoor die derde te poneer, sonder dat hierdie werkwyse egter die enigste of selfs die oortuigendste interpretasiemoontlikheid is. Daarna behandel ek twee regsgedinge waarby die lashebber sy aanspreeklikheid teenoor die derde op die lasgewer probeer afskuif het. Ten slotte gaan ek in op Pothier se stellingname ten opsigte van die onderhawige probleem.

Die feite van die geval waarby lasgewer en derde teenoor mekaar gestaan het,¹ was soos volg. Maevius en Sempronius was vennote in 'n societas vinaria. Toe Maevius in gebreke bly om aan Titius die koopprys van 'n sekere hoeveelheid wyn, wat Maevius van Titius gekoop het, te betaal, ageer Titius in solidum teen Maevius en Sempronius vir die koopprys plus rente. Aangesien Maevius insolvent was, het dit vir Titius daarop aangekom om teen Sempronius te slaag. Hy misluk egter beide in die Amsterdamse hof en op appèl voor die Hoë Raad. Hoewel Titius probeer bewys het dat hy by die verkoop van die wyn hoofsaaklik Sempronius se krediet gevolg het, was die deurslaggewende oorweging vir die Hoë Raad klaarblyklik die vraag of Maevius by sluiting van die kontrak in die hoedanigheid van faktor van die vennootskap opgetree het al dan nie. Sempronius sou naamlik nie deur die optrede van sy medevennoot gebind word, tensy laasgenoemde as faktor van die vennootskap opgetree het nie. „Sed non probabat Titius contraxisse se cum Maevio tanquam institore...”

In effek het mens hier die ontkenning van die aanspreeklikheid van die nie-vermelde vennoot teenoor die derde onder omstandighede waar die Engelse reg waarskynlik bereid sou wees om die nie-vermelde vennoot as „undisclosed principal” te bestempel en aanspreeklik te hou. Die beslissing is 'n bevestiging van die reël van direkte verteenwoordiging dat mens aanspreeklikheid uit 'n ander se kontraksluiting oploop slegs indien die ander namens jou opgetree het.

1 Sien Pauw, Observationes Tumultuariae Novae, I.145.

Vervolgens beskou ons 'n stelling wat Christinaeus in sy vonnis-versameling maak.² Hy stel dit dat waar 'n faktor 'n ooreenkoms sluit, hy geag word nomine institorio (d.w.s. as faktor) te kontrakteer. Hy word dus nie nomine proprio gebind nie. Die gedagte is klaarblyklik dat sy lasgewer dan gebind word. By wyse van verduideliking vervolg hy dan: „quòd factores licet mille litteris scribant se debitores, non propterea poterunt conveniri, quòd videntur scribere factorio nomine.” Die feit dat die faktor homself in 'n skriftelike stuk as skuldenaar beskryf, beteken dus nog nie dat hy self aanspreeklik is nie - hy is dit nie solank dit maar blyk dat hy inderdaad as faktor geskryf het. Ook onder hierdie omstandighede sou sy lasgewer dus self aanspreeklikheid oploop.

Wanneer moes sy faktorskap egter geblyk het? Die slotfrase (d.w.s. „quòd videntur scribere factorio nomine”) gee hieroor geen uitsluitel nie. Dit is nou moontlik om te argumenteer dat die faktor se hoedanigheid van faktor maar net objektief (d.w.s. sonder verwysing na die derde se wete daarvan) moet vas staan. Die faktor sou dan aanspreeklikheid teenoor die derde kon ontduik en die lasgewer aanspreeklikheid oploop in alle gevalle waar die faktor in opdrag van die lasgewer die ooreenkoms gesluit het, of die faktor nou in eie naam dan wel namens die lasgewer opgetree het. Mens sou egter net so wel kon argumenteer dat die faktor se hoedanigheid by kontraksluiting teenoor die derde moes blyk. Die laasgenoemde interpretasiewyse hou die voordeel in dat dit klop met die aanvaarde konstruksie van verteenwoordiging in die Romeins-Hollandse reg. Afgesien van historiese oorwegings is dit ook duidelik dat die eersgenoemde interpretasie sou uitloop op 'n reëling wat uiters onbillik werk teenoor die derde vir geval die lasgewer (op wie alléén die derde in terme van hierdie interpretasie aangewese sou wees) insolvent is.

'n Soortgelyke probleem word gelewer deur 'n advies van die Gelderse juris, Schrassert, uit die jaar 1728.³ Op die feite het mens hier gewone, direkte verteenwoordiging gehad. Die verweerder is aangespreek vir die betaling van gelewerde hout. Sy verweer was dat hy hom nie persoonlik verbind het nie, maar die hout in sy hoedanigheid van dykgraaf gekoop het vir herstelwerk aan die dyk. Tereg word geadviseer dat hy nie aan-

² Christinaeus, Decisiones Curiae Belgicae, deel 3, dec. 33, n. 9.

³ Schrassert, Consultatien, deel 1, adv. 49.

III.4

spreeklik is nie. Daar word egter nog verder gegaan en verklaar: „Want de Reghtsgeleerden spreekende van een Volmagtiger Commissionaris en diergelijcke die eens anders saecken betragten verklaeren dat een soodanigen handelaer off schoon hy simpliciter off sonder uytdruckinge van syn qualiteit met ymant handelt evenwel niet geoordeelt mag worden sigh selven te hebben verbonden nog aanspraeckelijck is als maer uyt de saecke selfs constere dat hy voor hem selven niet heeft gehandelt.”⁴

Onseker is nou weer op welke situasie die kwalifisering slaan, naamlik dat uit die saak self moet blyk dat die lashebber nie vir homself handel het nie. Word hier maar net bedoel dat ofskoon die lashebber se lashebberskap by kontraksluiting nie ter sprake gekom het nie, die teenparty nogtans bedoel het dat die regsband tussen hom en die lasgewer ontstaan? Of word bedoel dat die lashebber veilig staan, solank maar ten tyde van die regsgeding, wat teen hom gevoer word, die ware toedrag van sake aan die lig kom? In die eerste geval sou mens met direkte verteenwoordiging, in die tweede met 'n verborge lasgewer te doen hê. Hoe tussen hierdie twee interpretasiewyses 'n keuse gemaak kan word, weet ek nie, tensy mens die eerste moontlikheid uitsluit op grond van die feit dat die woord constere (blyk, vas staan) nie in die verlede tyd gebruik word nie. Hierteenoor moet erken word dat ook die res van die aanhaling (d.w.s. insluitend die woorde wat die kontraksluiting anndui) in die teenwoordige tyd geskryf is. In elk geval word uitdruklik die standpunt gehuldig dat die lashebber nie persoonlik teenoor die teenparty gebonde is nie. Die skrywer maak egter nie die gevolgtrekking dat die betrokke lasgewer dan aanspreeklik is nie.⁵

Hierdie twee gevalle toon dan dat dit haas onmoontlik is om die aanspreeklikheid van 'n verborge lasgewer af te lei uit bewysplekke wat dit uitdruklik het slegs oor die lashebber se vermyding van aanspreeklikheid, en dan ongekwalifiseerd praat

⁴ Op p.336 van die a.w.

⁵ Let op dat waar dit in die volgende paragraaf van die advies gestel word dat ook die opdraggewer van die verweerder nie persoonlik aanspreeklik is nie, mens nou nie met die ontkenning van die aanspreeklikheid van die lasgewer te doen het nie. Want in hierdie paragraaf het die skrywer dit nie meer oor die hipotetiese situasie waarvan in die aanhaling sprake is nie, maar oor die feite van die geval, waarby die lasgewer se beskerming daarop berus dat hy die opdrag nomine civitatis vel universitatis gegee het, wat skynbaar meegebring het dat die koopprys van die hout van die staatskas verhaalbaar was.

van blyke van sy lashebberskap.

Ek het hierbo laat blyk dat daar ook praktyksgevalle voorkom waar die lashebber se poging om aanspreeklikheid teenoor die derde te vermy die vorm aanneem dat die lashebber die aanspreeklikheid op sy lasgewer probeer afskuif. As eerste voorbeeld kan hier genoem word die hierbo behandelde geval uit Pauw se *Observationes Tumultuariae Novae*,⁶ waar Sempronius met Caja se institor, Sejus, 'n kontrak vir die vervaardiging en kleuring van sekere lakens gesluit het. Ons het hierbo tot die gevolgtrekking gekom dat Sejus as gewone verteenwoordiger behandel kan word, sodat daar van die bestaan van 'n kontrak tussen Sempronius en Caja uitgegaan kan word. Wat die saak nou ingewikkelder maak, is dat Sempronius die betrokke ooreenkoms in opdrag van ene Titius gesluit het. Sempronius het hom toe verder verweer⁷ teen Caja se eis met die bewering dat Sejus die opdrag ten opsigte van die lakens nie van hom, Sempronius, aanvaar het nie, maar wel direk van sy lasgewer, Titius. Dus sou slegs Titius uit die ooreenkoms aanspreeklik wees. Hierdie verweer misluk egter ook.

Ter verduideliking van die Hoë Raad se standpunt toon Pauw aan dat geen aanspreeklikheid van Titius teenoor Sempronius se teenparty in die vooruitsig gestel was nie, nóg deur Sejus nóg deur Sempronius nóg deur Titius self. Die vraag of Titius teenoor Sejus en Caja geïdentifiseerd was (wat uit die feite nie blyk nie), staan op die agtergrond. Waaroor Pauw se behandeling egter geen twyfel laat nie, is dat as voorvereiste vir Titius se aanspreeklikheid teenoor Caja geld die bedoeling van Titius en Sejus om hierdie aanspreeklikheid in die lewe te roep. Uit die aard van die saak sou daar van die lasgewer se aanspreeklikheid dan geen sprake kan wees waar die lashebber in eie naam opgetree het nie.

Ons tweede voorbeeld is ook afkomstig van 'n geval wat Pauw

⁶ II.864. Sien p.95 hierbo.

⁷ D.w.s. afgesien van die verweer vermeld op p.95 hierbo. Daar was nog 'n derde verweer ook, wat hier egter nie van belang is nie.

III.4

opgeteken het, en wat hy taamlik breedvoerig bespreek.⁸ Sempronius het hier in opdrag van Cajus 'n sekere hoeveelheid brandewyn, wat per skip na Amsterdam vervoer sou word, verseker. In die versekeringskontrak is as versekerde aangedui „Sempronius, of die 't anders in 't geheel of ten deele zoude moogen aangaan". Toe die skip nie sy bestemming bereik nie, word die versekerde bedrag aan Sempronius uitbetaal. Agterna blyk egter dat Cajus bedrieg was deur ene Titius, wat die brandewyn nooit aan boord van die skip besorg het nie, en die faktuur en vragbriewe, op grond waarvan Sempronius die versekeringskontrak gesluit het, vervals het. Hierop word Sempronius met die condictio indebiti aangespreek deur Lucia, die weduwee van Maevius, wat vir een vyfde van die versekerde bedrag onderskrywer was. Sy slaag, welke bevinding in 1745 op appèl voor die Hoë Raad bevestig word. Hoewel die eis hier nou nie op kontrak gebaseer was nie, maar wel op 'n onverskuldigde betaling, is die geval van belang weens die wyse waarop Sempronius hom probeer verweer het.⁹ Sy bewering was dat nie hy self nie, maar wel sy lasgewer, Cajus, aangespreek behoort te word.¹⁰ Die condictio indebiti sou naamlik nie beskikbaar wees teen iemand wat „non suo sed alterius nomine indebitum acceperit" nie. En wel sou hy, Sempronius, die onverskuldigde bedrag „alterius nomine" aanvaar het op grond daarvan (i) dat hy in opdrag van Cajus opgetree het (wat sou geblyk het uit die stukke voorgelê ter bewys van die skade), en (ii) dat Cajus sy optrede „geratificeer" het. Die verslag lui egter dat „non sufficit mandatum habuisse, sed oportet praeterea procuratorio nomine egisse". Die resultaat waartoe die hof geraak, berus dan daarop dat geen twyfel bestaan het nie dat Sempronius „non procuratorio sed suo nomine" opgetree het.

Hoewel die lasgewer, waaroor dit op die feite gehandel het, in die Engelse reg miskien as „undisclosed principal" bestempel sou word, en aanspreeklikheid sou oploop indien hy self deur die derde (op die feite Lucia, wat in die versekeraar se plek getree het) aangespreek sou word, ly dit darem geen twyfel nie dat 'n

8 Observationes Tumultuariae Novae, I.148.

9 Let op dat ons dit nou slegs oor sy eerste verweer gaan hê. Die tweede, naamlik dat hy deur ontvangs van die oorbetalde bedrag nie werklik verryk was nie, is hier nie verder van belang nie.

10 Vgl. interessantheidshalwe ook nog Van Bynkershoek, Observa-

Engelse hof in die onderhawige geding tot dieselfde resultaat sou geraak, waartoe die Hoë Raad geraak het. In die hele literatuur oor die „undisclosed principal” kom mens naamlik geen enkele geval teë waar die lashebber daarin slaag om aanspreeklikheid teenoor die derde te vermy met behulp van die argument dat sy „undisclosed principal” aangespreek behoort te word nie. In teenstelling met die Engelse reg se waarskynlike beoordeling van die verhouding lasgewer-derde, is die wesenlike van die beslissing van die Hoë Raad egter weereens die aandrang daarop dat mens uit 'n ander se optrede aanspreeklikheid oloop slegs indien die ander namens jou opgetree het. Hieruit volg weer dat 'n lasgewer nie teenoor 'n derde aanspreeklikheid kan oloop nie, tensy lashebber en derde dit bedoel nie.

Eindelik moet ons kortliks aandag skenk aan Pothier se stellingname oor die lasgewer se aanspreeklikheid. En wel gaan ons paragrawe 82 en 447 van sy bekende verhandeling oor die verbintenissereg¹¹ van nader beskou.

In par. 82 behandel Pothier die geval waar een persoon 'n ander aanstel om sekere sake te behartig, en die aangestelde persoon dan by die uitvoering van sy taak in eie naam ooreenkoms te sluit. Wat ons nou interesseer, is om te sien hoe Pothier die verhouding lasgewer-derde behandel. Sy houding is, om dit matig te stel, dubbelsinnig. Enersyds stel hy dit dat die lasgewer geag word deur tussenkoms van die lashebber met die derde 'n ooreenkoms te gesluit het, andersyds beklemtoon hy dat die lashebber eintlik self kontraksparty is, en dat die lasgewer slegs tot die lashebber se kontrak en die verpligtinge wat daaruit voortspruit, „toetree” („accéder”). Wat die effek van hierdie toetrede is, dui hy nie presies aan nie. Sy vergelyking van die onderhawige geval met dié waarby die actio exercitoria, die actio institoria en die actio utilis institoria toegeken sou word, laat egter blyk dat hy waarskynlik die aanspreeklikheid van las-

10 (vervolg) tionones Tumultuariae, II.1097, waar dieselfde verweer voorkom. Die geskil word hier egter op 'n punt uit die wisselreg beslis.

11 Pothier, Traité des Obligations (uitgawe Parys, 1848).

gewer teenoor derde in die oog het, welke aanspreeklikheid benewens dié van lashebber teenoor derde te staan kom.¹²

Die grondslag van die aanspreeklikheid is skynbaar te vinde in die omstandigheid dat die lasgewer deur sy lasgewing by voorbaat die kontrakte gesluit deur die lashebber sou goedgekeur het („adopter et approuver”).

In par. 447 behandel Pothier die meer spesifiek omskrewe situasie waar mens iemand oor 'n sakeonderneming of handelskrip aangestel het. Hy lê neer dat die lasgewer hier aksessor aanspreeklik is uit alle kontrakte wat die lashebber binne die raamwerk van sy bevoegdheid in eie naam gesluit het. Die rede vir die lasgewer se aksessore aanspreeklikheid is dat hy deur sy opdraggewing by voorbaat sou toestem („consentir”) tot sy eie aanspreeklikheid uit alle kontrakte gesluit deur die lashebber.¹³

Ons kan nou saamvat. In paragrawe 82 en 447 het Pothier dit oor die gevolge van 'n lashebber se optrede in eie naam. In albei gevalle postuleer hy die verborge lasgewer se aanspreeklikheid teenoor die derde. Nêrens word hierdie aanspreeklikheid egter naastenby oortuigend gefundeer nie. Want by par. 82 weet Pothier self nie of hy die lasgewer as die derde se kontraksparty wil beskou nie, dan wel of die lasgewer liever net tot die lashebber se kontrak moet „toetree” nie. Om die lasgewer as kontraksparty te beskou waar die lashebber in eie naam opgetree het, is natuurlik in stryd met Pothier se eie definisie van 'n kontrak, wat veronderstel dat die kontrakspartye van mekaar weet en hulle teenoor mekaar wil verbind.¹⁴ Hoe mens aan die ander kant „toetree”

12 Onthou sal word dat die vermelde aksies in die Romeinse reg 'n adjektisiese aanspreeklikheid geskep het (vgl. p. 82 hierbo), d.w.s. die vader, heer of lasgewer word aanspreeklik benewens die huisseun, slaaf of lashebber.

13 Let op dat Pothier ook in hierdie paragraaf die term „accéder” (toetree) gebruik ter verduideliking van die aanspreeklikheid, wat ongelukkig nie blyk uit Van der Linden se Nederlandse vertaling van die werk nie.

14 Vgl. par. 3 van die a.w.

tot 'n kontrak, is geheel en al onduidelik. Net so onbevredigend is die verduideliking in albei paragrawe in verband met die lasgewer se goedkeuring van of toestemming tot sy eie gebondenheid. Deur sy opdraggewing mag die lasgewer wel by voorbaat teenoor die lashebber 'n skadeloosstellingsverpligting op hom neem. Maar hoe dèrdes nou regte kan ontleen aan hierdie ooreenkoms tussen lasgewer en lashebber, is nie duidelik nie.

Dit val skaars te betwyfel dat Pothier se behandeling van hierdie stof nie indrukwekkend is nie. Hy moes nietemin 'n indruk gemaak het op die Amerikaanse skrywer, Story,¹⁵ wat hom onder andere op hierdie twee paragrawe beroep¹⁶ ter steun vir sy stelling, enersyds dat 'n actio utilis teen die „principal” beskikbaar is vir die teenparty van die „agent”, wat in eie naam opgetree het, andersyds dat die „principal” onder hierdie omstandighede aksessor aanspreeklik is teenoor die teenparty. Hoewel die aanspreeklikheid waaroor Pothier en Story dit het meer aan die Romeinse reg as aan die moderne verteenwoordigingsreg herinner, is Story se stellings met die bewysplekke uit Pothier toe met goedkeuring aangehaal in die eerste Suid-Afrikaanse beslissing waarin die aanspreeklikheid van die „undisclosed principal” erken is.¹⁷

Par. 5 Samevatting

Die oogmerk van hierdie hoofstuk was om vas te stel of die Romeins-Hollandse reg teenhangers bevat vir die remedies en reëls wat in die Engelse reg rondom die figuur van die „undisclosed principal” aangetref word. Ons kan die resultate nou saamvat.

Die vernaamste mededeling in verband met die verborge lasgewer in die Romeins-Hollandse reg is dat hy nie daar is nie;

15 Story, Commentaries on the Law of Agency, 9de uitgawe deur Greenough (Boston, 1882), par.163.

16 Hy beroep hom ook op par. 74, 448 en 449, wat egter niks verander aan die probleem geskep deur par. 82 en 447 nie.

17 O'Leary and Another v. Harbord (1888) 5 H.C.G.1, op p.16.

mens kan spreekwoordelik sê dat hy skitter deur sy afwesigheid. Vir eers ontbreek die verborge lasgewer terminologies in die Romeins-Hollandse reg, d.w.s. daar bestaan geen geykte term om hom aan te dui nie, in teenstelling dan met die Engelse reg se geykte term „undisclosed principal”. Hierdie toedrag van sake is maar net die weerspieëling van die feit dat 'n verborge lasgewer 'n seldsame figuur is in die literatuur, en so goed as glad nie voorkom in ons advies- en vonnisversamelings nie. Dit beteken natuurlik nog glad nie dat daar nie in die praktyk veelvuldig in belang van verborge lasgewers opgetree is nie. Dit beteken wel dat aan sodanige lasgewers nóg deur die regsteorie nóg in die regspraktyk die status toegeken is van persone wat geregtig en gebonde was teenoor die kontrakspartye van die betrokke lashebbers.

Die twee adviese wat wel aan die verborge lasgewer die reg wil toeken om direk teen die derde te ageer, kan nie veel gewig dra nie. Die eerste is dubbelsinnig,¹ die tweede is volgens eie erkenning 'n noodoplossing, wat eintlik met die aanvaarde reg in stryd is.² In albei adviese val die klem van die bespreking op die probleme rondom skuldvergelyking, eerder as op die lasgewer se reg as sodanig. Ook in die twee adviese waar dit op die feite oor 'n ongeïdentifiseerde lasgewer handel,³ staan die skuldvergelykingsprobleem in die voorgrond. Op grond van hierdie vier gevalle kan mens hoogstens sê dat daar sporadiese aanknopingspunte bestaan vir die erkenning van die verborge lasgewer se reg om direk die derde aan te spreek.

Waar die lasgewer aan die ander kant daadwerklik in 'n geding teen die derde slaag,⁴ het mens in wese met direkte verteenwoordiging te doen. En die erkenning van die lasgewer se reg om die derde aan te spreek in die geval wat Van Bynkershoek opgeteken en bespreek het,⁵ lewer ten slotte ook geen argument vir die erkenning van die verborge lasgewer se reg

1 Vgl. pp. 90-91 hierbo.

2 Vgl. pp. 91-92 hierbo.

3 Vgl. pp. 92-95 hierbo.

4 Vgl. p. 95 hierbo.

5 Vgl. pp. 95-97 hierbo.

teenoor die derde nie. Eerstens was die lasgewer se identiteit hier bekend, sodat die Hoë Raad miskien van mening was dat dit 'n geval van direkte verteenwoordiging was. Tweedens het die Amsterdamse hof sy huiwering oor sy eie standpunt tot uitdrukking gebring in die erkenning van die derde se skuldvergelykingsbevoegdheid.⁶ Derdens het Van Bynkershoek hom onomwonde teen die derde se aanspreeklikheid uitgespreek.

Wat die aanspreeklikheid van die verborge lasgewer betref, het ons slegs by die Fransman, Pothier, 'n positiewe aanknopingspunt gevind.⁷ Hoewel hy groot gesag in ons howe geniet, kan hy nie as 'n skrywer oor die Romeins-Hollandse reg beskou word nie. Die aksessore aanspreeklikheid van die lasgewer wat hy poneer, is verder dogmaties onverdedigbaar, en verskil van dié van die „undisclosed principal”, wat volgens Engelse reg alternatief tot die lashebbër aanspreeklik is. Teenoor Pothier se stellingname het ons in die drie gevalle wat deur Pauw opgeteken is 'n duidelike aanduiding van die verwerping van die verborge lasgewer se aanspreeklikheid in die Romeins-Hollandse reg. Uit twee van die gevalle blyk as wesenlike struikelblok vir die aanspreeklikheid van die lasgewer die omstandigheid dat die lashebbër nie namens die lasgewer opgetree het nie.⁸ In die derde geval word weer beklemtoon dat die vereiste bedoelinge om die aanspreeklikheid in die lewe te roep, afwesig was.⁹

My gevolgtrekking is dat die Romeins-Hollandse reg oor geen remedies beskik wat ongeveer ooreenkom met dié van die Engelse reg, nòg wat betref die „undisclosed principal” se optrede teen die derde, nòg wat betref die derde se optrede teen die „undisclosed principal”. Omdat daar in beginsel geen moontlikheid van direkte optrede tussen verborge lasgewer en

6 Vgl. p.49 hierbo, waar in effek die mening uitgespreek is dat ook die erkenning van die derde se skuldvergelykingsbevoegdheid in die Engelse reg berus op die regters se huiwering oor die korrektheid van die „undisclosed principal” se eis.

7 Vgl. pp.104-106 hierbo.

8 Vgl. pp. 99, 103 hierbo.

9 Vgl. p.102 hierbo.

derde is nie, tref mens in die Romeins-Hollandse reg ook nie die verwere aan wat in die Engelse reg vir die derde teen die „undisclosed principal“ en omgekeerd beskikbaar is nie. Die naaste aan die Engelsregtelike problematiek het ons gevind by die herhaaldelike bespreking van die skuldvergelykingsbevoegdheid van die derde, wat deur die lasgewer aangespreek word. Soos in hoofstuk IV hieronder sal blyk, is hierdie probleem ook die enigste waarby in die latere Suid-Afrikaanse reg oor die „undisclosed principal“ op die Romeins-Hollandse reg gesteun sou word.

Hoofstuk IV DIE „UNDISCLOSED PRINCIPAL” IN DIE SUID-
AFRIKAANSE REG

Par. 1 „Authority”

(a) Die vereiste

Soos in die Engelse reg is daar in die Suid-Afrikaanse regspraak in beginsel slegs sprake van 'n „undisclosed principal”-situasie waar 'n lasgewingsverhouding bestaan, en die lashebber dan in terme van sy „authority” 'n ooreenkoms met 'n derde sluit. In teenstelling met die Engelse beslissings, waar die vereiste van „authority” meesal slegs indirek ter sprake kom, of stilswyend gehandhaaf word,¹ kom die bestaan van die lashebber se „authority”, of die bestaan van die lasgewingsverhouding, dikwels uitdruklik in die Suid-Afrikaanse beslissings oor die „undisclosed principal” ter sprake. Ons neem as voorbeeld twee stellings uit Judelson & Cohen v. Booth and Others.² Daar word verklaar: „If the respondents (d.w.s. die beweerde „undisclosed principals”) seek to take advantage of this contract, it lies upon them to show that they are entitled to do so by virtue of a contract of agency between themselves and the syndicate (d.w.s. die beweerde lashebber).” En voorts: „If the syndicate were not the agent of the owners (d.w.s. die beweerde „undisclosed principals”), the latter are not entitled to...say to the appellants, 'We can now sue you for the purchase price of the erven.’”³

Indirekte steun vir die vereiste van „authority” vind mens verder, net soos in die Engelse reg, in die afwysing van die moontlikheid van ratifikasie deur 'n „undisclosed principal”. In Louwrens v. Clulee⁴ was die vraag van verweerder se eiendomsreg op 'n perd naamlik afhanklik daarvan of haar man dit as haar „agent” gekoop het. Geen afdoende bewys is egter gelewer dat verweerder se man die perd in opdrag van verweerder gekoop het

1 Sien pp.17-18 hierbo.

2 1913 T.P.D.747, op pp.750 en 752.

3 Vgl. verder O'Leary and Another v. Harbord (1888) 5 H.C.G.1, op p.10; Symon v. Brecker 1904 T.S.745, op pp.746; 750; Natal Trading and Milling Co. v. Inglis 1925 T.P.D.724, op p.726; Avis v. Highveld Supply Stores 1925 A.D.410, op pp.415-416; Chappell v. Gohl 1928 C.P.D.47, op pp. 51-52; Don Shoe Co. v. Goodman Bros. 1931 O.P.D.26, op pp.28-29.

4 1911 T.P.D.192.

nie. Aan die ander kant bevind die hof dat die man hom nie teenoor die derde as verteenwoordiger voorgedoen het nie. Dit skep die vraag of verweerder deur ratifikasie van haar man se optrede terugwerkend as „undisclosed principal” kon geld. Die hof ontken egter die moontlikheid van ratifikasie, waar die beweerde verteenwoordiger nie namens die beweerde prinsipaal opgetree het nie. Sos in die Engelse geval van Keighley, Maxsted & Co. v. Durant⁵ is die implikasie duidelik: as „undisclosed principal” ten opsigte van 'n bepaalde kontrak kan mens geld slegs indien jou beweerde lashebber reeds vóór kontraksluiting die betrokke opdrag van jou ontvang het.⁶

Omdat ons howe nie betwyfel dat die bestaan van „authority” voorvereiste vir die toepassing van die „undisclosed principal”-leerstuk is nie, het mens in die gevalle waar „authority” wel ter sprake kom, gewoonlik slegs met 'n feitlike vraag te doen. Die reëls in verband met die „undisclosed principal” word aangewend waar „authority” op die feite bestaan,⁷ en word afgewys waar dit nie bevind word nie.⁸ Die blote omstandigheid dat die beweerde lashebber inderdaad die opdrag aanvaar het om in belang van die beweerde „undisclosed principal” op te tree, beteken skynbaar op sigself nog nie dat hy by die kontraksluiting, wat die voorwerp van die gedingvoering vorm, wel sodanig opgetree het nie. Hoewel dit klaarblyklik haas onmoontlik is om by optrede van die lashebber in eie naam te onderskei tussen die geval waar hy wel en die geval waar hy nie „on behalf of” die lasgewer opgetree het nie, laat die

5 Sien pp.18-19 hierbo. In Louwrens v. Clulee word terloops met goedkeuring na hierdie beslissing verwys.

6 Vgl. ook nog Keystone Trading Co. v. Die Verenigde & C. Mij. 1926 T.P.D.218, op pp.221-223.

7 Bv. in O'Leary and Another v. Harbord, sup.; Symon v. Brecker, sup.; Heydenrych v. Woolven 14 S.C.376; Wessels & Co. v. Rudman 1911 C.P.D.667; Wells v. Don & Co. 1917 E.D.L.303; Natal Trading and Milling Co. v. Inglis, sup.; Avis v. Highveld Supply Stores, sup.; Eaton & Louw v. Arcade Properties (Pty.) Ltd. 1961 (4) S.A.233 (T). In laasgenoemde geval het die lashebber se „authority” saamgeval met die bestaan van 'n vennootskap. Dit is sover ek weet die enigste Suid-Afrikaanse geval waar die leerstuk

beslissing in Don Shoe Co. v. Goodman Bros.⁹ blyk dat ons howe wel bereid is om hierdie feitlike vraag te beantwoord. Die hof het hier bevind dat ofskoon die beweerde lashebber oor „authority” beskik het om die beweerde „undisclosed principal” teenoor derdes te bind, hy in die betrokke transaksie vir eie rekening en in belang van homself opgetree het, „and it is therefore immaterial that Dorfman (d.w.s. die beweerde lashebber) could have purchased on behalf of the appellant company if he chose to do so.”¹⁰

(b) Die inhoud van „authority”

Die „authority” waaroor dit in die Suid-Afrikaanse „undisclosed principal”-beslissings handel, verskil nie wesenlik van dié wat ons in die Engelse reg leer ken het nie.¹ In beginsel word hierdie „authority” naamlik in die lewe geroep deur die lasgewer se opdrag aan die lashebber om in belang van die lasgewer op te tree. Uitdruklik of stilswyend is die strekking van die ooreenkoms tussen lasgewer en lashebber dan dat die ekonomiese gevolge van die lashebber se optrede die lasgewer, en nie die lashebber nie, moet tref.

Soos in die Engelse reg word by ons ook geen onderskeid getref tussen gevalle waar lasgewer en lashebber direkte en dié waar hulle indirekte intrede van die gevolge van die lashebber se kontraksluiting vir die lasgewer beoog het nie. In ooreenstemming hiermee word ook nie onderskei tussen gevalle waar die lasgewer bedoel het dat die lashebber namens hom optree en dié waar hy verborge wou bly nie. Om die waarheid te sê kom die lasgewer se bedoeling in geen enkele van die „undisclosed principal”-beslissings pertinent ter sprake nie.² Hoewel die lashebber hom self merkwaardigerwys in die meerderheid

7 (vervolg) van die „undisclosed principal” op 'n vennootskap van toepassing gemaak is - in teenstelling dan met die meer onbevangende benadering in die Engelse praktyk.

8 Bv. in Judelson & Cohen v. Bootha and Others, sup.; Don Shoe Co. v. Goodman Bros., sup.; Lewis & Co. (Pty.) Ltd. v. Pietersburg Ko-operatiewe Boere Vereeniging and Others 1936 A.D.344.

9 1931 O.P.D.26.

10 Op p.29. Vgl. ook Dawson v. Van Rooyen 1914 N.L.R.481.

1 Sien pp.19-22 hierbo.

2 Vgl. darem Wells v. Don & Co. 1917 E.D.L.303, op pp.307-308.

IV.1(b)

van die gevalle waarskynlik opsetlik as enigste belanghebbende voorgedoen het,³ word deur die regspraak aan hierdie bedoeling van die lashebber geen besondere gevolge geknoop nie. Vir die toepassing van die leerstuk kom dit in effek enkel daarop aan of die lasgewer verborge was by die lashebber se kontraksluiting met die derde, welke kontraksluiting moes val binne die raamwerk van die optrede, wat by opdraggewing in die vooruit sig gestel was.

Eindelik moet nog gevra word waarop die „authority” van die lashebber betrekking het. Soos in die Engelse reg kan dit in beginsel betrekking hê op enige verbintenisregtelike aktiwiteit, wat die lasgewer self sou kon onderneem. In die meerderheid van die Suid-Afrikaanse gevalle handel dit egter bloot oor die „authority” om te verkoop, d.w.s. 'n saak of goed word aan die lashebber toevertrou met die opdrag om dit van die hand te sit.⁴

(c) Die versaking van die vereiste

Die vraag of daar in die Suid-Afrikaanse reg afgewyk is van die vereiste van „authority” wil ek bespreek aan die hand van die beslissing in Chappell v. Gohl.¹ Die relevante feite van hierdie geval was soos volg: Gohl het 'n sakeonderneming van W, wat deur W self bestuur is, gekoop. Volgens ooreenkoms tussen Gohl en W gaan W voort om die onderneming te bestuur, sonder om Gohl se belang by die saak teenoor buitestaanders te laat blyk. Tot W se „authority” behoort die moontlikheid om lenings op oortrokke bankrekening aan te gaan, en van ander se borgtog gebruik te maak vir sekerheidstelling van die skuld.² Chappell

³ Sien veral Symon v. Brecker, sup., p.746; Wells v. Don & Co., sup., pp.306-307; Avis v. Highveld Supply Stores, sup., p.413. Vgl. ook O'Leary and Another v. Harbord, sup., p.10; Heydenrych v. Woolven, sup., p.378; Wessels & Co. v. Rudman, sup., p.669; Natal Trading and Milling Co. v. Inglis, sup., p.726; Chappell v. Gohl, sup., p.50.

⁴ Vgl. O'Leary and Another v. Harbord, sup.; Heydenrych v. Woolven, sup.; Symon v. Brecker, sup.; Wessels & Co. v. Rudman, sup.; Wells v. Don & Co., sup.; Natal Trading and Milling Co. v. Inglis, sup.; Avis v. Highveld Supply Stores, sup. In Dawson v. Van Rooyen, sup., en Noordkaaplandse Aartappel-Kernmoerkwekers Ko-operasie Bpk. v. Cullinan 1971 (3) S.A.417, het dit waarskynlik gehandel oor die „authority” om te koop, en in Chappell v. Gohl, sup., onder andere oor die „authority” om lenings op oortrokke bankrekening aan te gaan (maar vgl. par.IV.1(c) hieronder).

¹ 1928 C.P.D.47.

staan nou borg vir W se verpligtinge teenoor die bank, sonder om kennis te dra van Gohl se belang by die onderneming. Toe W insolvent raak, betaal Chappell die ooreengekome bedrag aan die bank, en spreek vir Gohl as W se „undisclosed principal” aan.

Dit blyk egter dat W in stryd met Gohl se instruksies nagelaat het om ná Gohl se aankoop van die onderneming die bestaande bankrekening te sluit en 'n nuwe te open, verder dat W in troubreuk teenoor Gohl die fondse uit die betrokke rekening aangewend het ook ten aansien van twee ander ondernemings, waarin W 'n belang gehad het, sowel as vir sy persoonlike doeleindes. Nogtans bevind die hof: „The agent was...acting within the scope of his authority in obtaining money on overdraft and the fact that he used such authority mala fide or in fraud of his principal would not entitle the principal to repudiate the authority.”³ Gevolglik slaag Chappell teen Gohl vir die bedrag wat hy onder die borgtog betaal het.

Insoverre W nou vir ongemagtigde doeleindes die geld van die bank opgeneem het, is dit duidelik dat Gohl hier eintlik aanspreeklik gehou is op grond van optrede van W in stryd met sy opdrag. Hoe belangrik is hierdie versaking van die vereiste van „authority”? Die kenmerkende van die hof se werkwyse is dat dit 'n „feitlike bevinding” maak dat die betrokke optrede van W tog deur „authority” gedek was.⁴ Dit bewys dat die hof vasberade is om die vereiste as sodanig intak te bewaar. Want die hof verkies om 'n „feitlike bevinding” van die bestaan van „authority” te maak, eerder as om te sê dat die „undisclosed principal” aanspreeklik gehou word ten spyte van die feit dat sy lashebber in stryd met sy opdrag opgetree het.

Die ooreenkoms tussen die probleem geskep deur hierdie beslissing

2 Vgl. die feitlike bevinding op pp.51-52. Dit is wel waar dat Gohl by die aankoop van die onderneming onbewus mag gewees het van die oortrokke rekening en van die borgtog. Sy bevoegdheidsverlening aan W (sien p.49) was egter in sulke algemene terme, dat dit die toekomstige opneem van geld op die vermeldde wyse moes ingesluit het.

3 Op p.52.

4 Vgl. ook die voorstel van De Villiers and Macintosh, a.w., p.214, dat „the true ratio of the case is that...the agent was in fact acting on behalf of his principal...and within the scope of his authority.”

en dié geskep in die bekende Engelse geval van Watteau v. Fenwick,⁵ lê voor die hand. Ook in Watteau v. Fenwick is bevind dat die ongemagtigde optrede tog wel deur „authority”, naamlik sogenaamde „usual authority”, gedek sou gewees het. Formeel is albei beslissings 'n onomwonde bevestiging van die „authority”-vereiste, materieel verteenwoordig albei 'n versaking daarvan.

Die moontlike belangrikheid van hierdie afwyking van die vereiste van „authority” lê in die toekoms. Tot dusver is Chappell v. Gohl naamlik op hierdie punt nog nie in die Suid-Afrikaanse reg gevolg nie. Dat dit in die toekoms wel kan gebeur, is natuurlik nie uit te sluit nie. Op die implikasies van 'n moontlike verdere verslapping van die vereiste kom ek in hoofstuk VII hieronder terug.

Par. 2 Die erkenning van die leerstuk in die Suid-Afrikaanse reg

Met die beslissing in 1888 van die saak O'Leary and Another v. Harbord maak die leerstuk van die „undisclosed principal” sy uitdruklik verskyning in die Suid-Afrikaanse reg. Alvorens hierdie geval bespreek word, moet egter eers ingegaan word op die beslissing in Lippert & Co. v. Desbats, waarop die hof hom in O'Leary se geval beroep.

Die feite in Lippert & Co. v. Desbats¹ was soos volg. Ene Speyer het in San Francisco in belang van L, 'n bevragtings-ooreenkoms met D gesluit, ingevolge waarvan D 'n vrag meel vanaf San Francisco na L in Suid-Afrika moes vervoer. In die skriftelike stuk, waarin die ooreenkoms beliggaam is, verskyn slegs Speyer as kontraksparty van D. Toe D sy verpligtinge onder die kontrak nie nakom nie, spreek L hom aan vir skadevergoeding op grond van kontrakbreuk. D neem eksepsie teen die eis op grond daarvan dat hy geen verpligting teenoor L op hom geneem het nie.² Die hofverslag meld kortweg dat die hof die eksepsie verwerp (p.193), maar gee ongelukkig nie die teks van die hof se beslissing op die eksepsie nie, sodat inligting beskikbaar is nòg oor die beweegredes vir die hof

⁵ Sien pp.23-25 hierbo.

¹ 1869 Buch.189.

² Hiervan toon L hom deeglik bewus deur teenoor D aan te bied om sekerheid te stel teen 'n moontlike eis van Speyer (sien p.191 van die verslag).

se standpunt nóg oor enige moontlike gesag waarop die hof gesteun het. In die deel van die hofuitspraak waarvan die teks wel beskikbaar is, beroep die hof hom ook op geen gesag ter staving van sy erkenning van D se aanspreeklikheid teenoor L nie.³

Of mens nou in hierdie geval 'n „undisclosed principal“-situasie gehad het, kan nie met sekerheid gesê word nie. Die hof verwys glad nie na die leerstuk nie; om die waarheid te sê, na L word nêrens as „principal“ verwys nie. Dit staan in elk geval bowe twyfel dat Speyer in opdrag en vir rekening van L opgetree het. Hoewel Speyer in die skriftelike stuk as kontraksparty aangedui is,⁴ was L die geadresseerde („consignee“), sodat D in elk geval moes geweet het van L se belang by die saak. Dit is dus moontlik dat mens te doen gehad het met 'n geval van direkte verteenwoordiging, waarby daar net geen melding van die prinsipaal in die skriftelike stuk gemaak is nie. Die beslissing moet waarskynlik as 'n grensgeval beskou word.

Met O'Leary and Another v. Harbord⁵ kom ons dan by die eerste suiwer geval van 'n „undisclosed principal“. In hierdie geding is H aangespreek as die „undisclosed principal“ van ene Lynch, wat 'n kontrak gesluit het vir die verkoop en oordrag van 'n myn huur („mining lease“), waarvan H die houer was. Die beslissing word gegee op die veronderstelling dat H „undisclosed“ was, en dat daar volledige voldoening aan die vereiste van „authority“ was.⁶ Hoewel die eisers nie slaag nie,⁷ erken die hof tog dat H in beginsel wel in sy hoedanigheid van Lynch se „undisclosed principal“ aangespreek kan word. Die hof se regverdiging vir

3 L verhaal egter slegs 'n nietig bedraggie, aangesien hy vir die grootste deel nie die beweerde skade kon bewys nie.

4 Maar vgl. L se bewering (p.190) dat D vóór die vertrek uit San Francisco reeds volle kennis gedra het van L as prinsipaal in die saak. (In reël 18 op hierdie bladsy moet dit natuurlik „principals“ in plaas van „agents“ lees.)

5 5 H.C.G.1.

6 Sien p.10 van die verslag.

7 Hulle kon naamlik nie aantoon hoe hulle eis afgelei was van die party wat met Lynch die kontrak gesluit het nie.

sy standpunt is enersyds dat hierdie aanspreeklikheid ongetwyfeld in terme van die Engelse reg sou bestaan,⁸ en andersyds dat die beslissing in Lippert & Co. v. Desbats „appears to me to have established that our law is in accord with the English law upon this point.”⁹ Verder verwys die hof nog met goedkeuring na die hierbo gewraakte standpunt van Pothier en Story.¹⁰

Met hierdie stellingname van die hof kan taamlik veel fout gevind word. Soos ek so pas probeer aantoon het, is dit in die eerste plek te betwyfel of Lippert & Co. v. Desbats oor 'n „undisclosed principal” handel. Tweedens, selfs indien dit die posisie was, dan bestaan nog geen afdoende bewys dat die hof in daardie geval sy bevinding op Engelse beslissings gegrond het nie.¹¹ Aan die ander kant het Pothier en Story dit nie spesifiek oor 'n „undisclosed principal” nie, en die aanspreeklikheid wat hulle poneer verskil van dié wat in die Engelse reg ten opsigte van die „undisclosed principal” ontwikkel is. In effek het die hof sonder genoemde gronde die beslissing in Lippert & Co. v. Desbats as verskoning gebruik om die Engelsregtelike aanspreeklikheid van die „undisclosed principal” vir die Suid-Afrikaanse reg goed te praat, en hierdie oorname uit die Engelse reg probeer regverdig met beroep op 'n aanspreeklikheid wat dogmaties onverdedigbaar is en daarby van dié van die „undisclosed principal” verskil. Om alles te kroon, was die hele betoog ontbeerlik, aangesien die geskil uiteindelik op 'n ander punt beslis is.¹²

'n „Undisclosed principal” duik vervolgens op in Heydenrych v. Woolven,¹³ waar die hof te doen het met die probleem van die derde se bevoegdheid om 'n vordering, wat hy teen die lashebber het, te verreken teen die „undisclosed principal” se eis. Hierdie bevoegdheid word sonder verwysing na Lippert of O'Leary se gevalle erken, welke standpunt daarna gevolg word in Symon v. Brecker¹⁴ en Wessels & Co. v. Rudman,¹⁵ wat ook

8 Vgl. pp.10-15 van die verslag.

9 Op p. 16. Die Engelsregtelike beginsel waaroor die hof dit het, is dat „where a party contracts with an agent, believing at the time that he is the principal, the undisclosed principal is bound by the contract, and is entitled to enforce it.” (Op p.11 van die verslag.)

10 Op p.16 van die verslag. En sien pp.105-106 hierbo.

11 Maar let darem op dat die advokate hulle in Lippert se geval oorwegend op Engelse bewysplekke beroep het.

12 Sien voetnoot 7 op p.116 hierbo.

13 14 S.C.376 (beslis in 1897).

chronologies die volgende twee duidelike gevalle van 'n „undisclosed principal” in die Suid-Afrikaanse reg is. Opvallend is nou hoe groot die ooreenkoms tussen hierdie drie beslissings en die vroeë Engelse gevalle van Rabone v. Williams en George v. Clagett¹⁶ is. Ook in die Suid-Afrikaanse gevalle het die hof dit naamlik uitdruklik slegs oor die skuldvergelykingsbevoegdheid, maar veronderstel sonder beroep op gesag die korrektheid van die „undisclosed principal” se eis,¹⁷

Hierna word die leerstuk met gereelde beroep op O'Leary and Another v. Harbord in die Suid-Afrikaanse praktyk gevolg, en wel sonder dat enige beginselbesware teen die leerstuk as sodanig geopper word.¹⁸ Twyfel oor die regsreëls rondom die leerstuk vind mens selde. Die hof sien sy eintlike probleem gewoonlik as 'n feitlike, naamlik die vasstelling of mens op die feite met 'n „undisclosed principal”-situasie te doen het. In hierdie kritieklose aanvaarding van die leerstuk het egter onlangs 'n wending gekom, en wel in die beslissing van Noordkaaplandse Aartappel-Kernmoerkwekers Ko-operasie Bpk. v. Cullinan,¹⁹ waar die verweerder beweer het dat hy vir homself en in belang van twee verborge lasgewers gehandel het. Obiter verklaar die hof²⁰ dat die leerstuk van die „undisclosed principal” 'n fremdkörper (sic) in ons reg is, en vereenselwig hom met De Wet en Yeats se sienswyse dat die leerstuk onhoudbaar en onelegant is.²¹ Die hof meen ook „dat ons gangbare reg in verband met hierdie leerstuk by 'n grondige ondersoek na ons regsbronne kan baat.”²²

Par. 3 Nadere ontleding van die „undisclosed principal”-situasie

(a) Die remedies van en teen die „undisclosed principal”

Soos in die Engelse reg¹ handel dit by die wedersydse eise van

14 1904 T.S.745, op p.748.

15 1911 C.P.D.667, op p.671.

16 Sien pp.31-32 hierbo.

17 Let byvoorbeeld op dat die „undisclosed principal” in beide Heydenrych v. Woolven en Symon v. Brecker slaag vir die balans.

18 Vgl. Judelson & Cohen v. Bootha and Others 1913 T.P.D.747, op p.750; Dawson v. Van Rooyen 1914 N.L.R.481, pp.483-484; Natal Trading and Milling Co. v. Inglis 1925 T.P.D.724, pp.726-727; Avis v. Highveld Supply Stores 1925 A.D.410, p.414; Chappell v. Gohl 1928 C.P.D.47, p.51; Don Shoe Co. v. Goodman Bros. 1931 O.P.D.26, p.29. Mens kon miskien verwag dat bedenkinge ingegee sou wees deur die laat negentiende eeuse besware teen die leerstuk (vgl.p.79 hierbo).

„undisclosed principal” en derde in die Suid-Afrikaanse regspraak uitsluitlik om kontraktuele remedies. Aangesien mens in die meerderheid van die gevalle te doen het met die verkoop van goed in belang van 'n „undisclosed principal”, is daar verskeie voorbeelde in ons reg van 'n eis van die „undisclosed principal” om die koopprys van die goed.² Waar die derde nie self koper van die goed is nie, maar slegs 'n persoon wat in opdrag van die lashebber die goed aan 'n ander verkoop, het mens 'n eis om die geïnde geld.³ Verder is daar 'n eis om huurgeld,⁴ eise om skadevergoeding,⁵ en eise om daadwerklike vervulling of reële eksekusie.⁶ Pogings om 'n kontrak aan te veg, hetsy van die kant van die „undisclosed principal” hetsy van die kant van die derde, ontbreek egter geheel en al.⁷

(b) Die beskerming van die derde

Reeds in O'Leary se geval word dit op grond van Engelse beslissings algemeen gestel dat „the principal must take the contract subject to all equities in the same way as if the agent were the real principal...”¹ Met daadwerklike beskerming van die derde het mens egter eers in die beslissings Heydenrych v. Woolven, Symon v. Brecker, Wessels & Co. v. Rudman en Wells v. Don & Co. te doen. En die merkwaardige van hierdie beslissings is dat daar nóg op die beginsel gestel in O'Leary and Another v. Harbord nóg op enige Engelse beslissing gesteun word. Inteendeel, met 'n mate van vindingrykheid

19 1971 (3) S.A.417.

20 Op p.423 van die verslag.

21 De Wet en Yeats, a.w., pp.88, 89.

22 Op p.423. Let darem op dat die hof self onagsaamheid oor die verskil tussen direkte en indirekte verteenwoordiging aan die dag lê deur te praat van optrede namens 'n verborge lasgewer (pp.420, 421, 423).

1 Sien p.42 hierbo.

2 Vgl. Heydenrych v. Woolven, sup.; Symon v. Brecker, sup.; Judelson & Cohen v. Booth and Others, sup. (waar die lasgewerskap nie op die feite bewys is nie); Wells v. Don & Co., sup. En vir 'n eis van 'n derde teen 'n beweerde „undisclosed principal” om die koopprys van goed, vgl. Don Shoe Co. v. Goodman Bros., sup.

3 Vgl. Wessels & Co. v. Rudman, sup.; Avis v. Highveld Supply Stores, sup.

4 Vgl. Cook v. Aldred 1909 T.S.150. Ek moet egter toegee dat dit 'n ope vraag is of mens hier 'n „undisclosed principal”-geval het.

5 Vgl. Lippert & Co. v. Desbats, sup.; Dawson v. Van Rooyen, sup.

word teruggegryp na die Romeins-Hollandse reg ter fundering van die derde se beskerming.²

In Heydenrych v. Woolven³ het 'n „undisclosed principal” die derde aangespreek vir die koopprys van 'n orrel. Teen hierdie eis werp die derde 'n vordering, wat hy teen die „undisclosed principal” se lashebber het, in skuldvergelyking op. Die hof erken dat daar in ons reg geen direkte gesag oor hierdie punt bestaan nie, „but upon every principle regulating the dealings of third persons with the agents of undisclosed principals the set-off ought to be allowed.”⁴ Ter staving van die skuldvergelykingsbevoegdheid word dan twee argumente aangevoer. Eerstens word by wyse van analogie op die regte van 'n akuldenaar gewys, waar die vordering gesedeer is. 'n Vordering wat hy teenoor die sedent het, kan die skuldenaar naamlik altyd in skuldvergelyking teen die eis van die sessionaris opwerp. Tweedens word met beroep op Voet, 16.2.10,⁵ en twee van die adviese daar aangehaal,⁶ 'n e contrario-argument aangebied. Volgens hierdie bewysplekke is die opwerp van skuldvergelyking teen die lasgewer nie moontlik waar die skuldenaar by kontraksluiting met die lashebber van die ware toedrag van sake bewus was nie. „The inference is obvious that the set-off must be allowed where the existence of the agency had not been disclosed.”⁷

In Symon v. Brecker⁸ word die derde se skuldvergelykingsbevoegdheid uit die reëls oor skuldvergelyking self afgelei. Eerstens word die lashebber se prinsipaalskap vis-à-vis die derde beklemtoon - waaruit volg dat die lashebber self 'n eis teen die

6 Vgl. O'Leary and Another v. Harbord, sup.; Natal Trading and Milling Co. v. Inglis, sup.

7 Sien p.43 hierbo vir die naastenby ooreenstemmende posisie in die Engelse reg, en vir die verklaring waarom hierdie regsmiddel onder die „undisclosed principal”-eise ontbreek. (1888) 5 H.C.G.1, op p.12.

2 Hierdie stelling geld slegs vir die eersgenoemde drie gevalle. In Wells v. Don & Co. word Heydenrych v. Woolven eenvoudig gevolg, en geen gemeenregtelike bronne kom ter sprake nie. (1897) 14 S.C.376.

3 Op p.378.

5 Wat in die verslag verkeerdelik as Voet, 16.2.11, aangegee word.

6 Naamlik Holl. Cons., 1.274 (wat op pp.94-95 hierbo bespreek is) en Holl. Cons., 3 (eerste deel).80 (wat 'n geval van direkte verteenwoordiging was, en verkeerdelik as Holl. Cons., 3.8 aangegee word).

7 Op p.379.

8 1904 T.S.745.

derde aan die kontrak ontleen (of in elk geval bevoeg is om die opbrengs van die verkoopte goed te ontvang).⁹

Tweedens word gesê dat skuldvergelyking volgens ons reg outomaties plaasvind.¹⁰ Toe die lashebber se vordering ontstaan het, sou dit dus onmiddellik tot die omvang van die op daardie tydstip reeds bestaande vordering van derde teenoor lashebber uitgewis word.¹¹ Die resultaat is dan dat die „undisclosed principal” slegs vir die balans teenoor die derde slaag.

Ter ondersteuning van hierdie standpunt word voorts die vermelde e contrario-argument gebaseer op Voet, 16.2.10, in effens omvattender vorm bygehaal.¹² Hier kom nou ook die derde advies¹³ wat Voet op die bewuste plek aanhaal, ter sprake, naamlik Holl. Cons., 3 (eerste deel).3, waaroor ons dit hierbo gehad het.¹⁴ Ons het gesien dat die indruk in hierdie advies geskep word dat die derde se skuldvergelykingsverweer sou geslaag het, indien die beweerde teenvordering wel opeisbaar was. In 'n taamlik onhelder bespreking van die geval kom R. Wessels dan ook tot die gevolgtrekking dat die skrywers van die advies van mening was „that, but for the fact that the bill was not due, there might have been compensatio...”¹⁵ Hy meen dat Voet die geval ook so verstaan het. In effek word die skuldvergelykingsreëls wat veronderstel is om uit Voet, 16.2.10, en Holl. Cons., 3 (eerste deel).3, te blyk, as addisionele regverdiging vir die derde se skuldvergelykingsbevoegdheid gebruik.

Eindelik word nog 'n argument aangevoer wat ongeveer ooreenkom met die Engelsregtelike gedagte dat die lasgewer weens

9 Vgl. pp.747, 750-751, 752 van die verslag.

10 Vgl. pp.747, 751. Volgens De Wet en Yeats, a.w., pp.195, 201-203, is dit maar een van twee opvattinge in ons gemene en hedendaagse reg, die ander synde dat 'n beroep op skuldvergelyking voorvereiste is vir die oor en weer uitwissing van die skulde.

11 Vgl. pp.747-748, 751. Die derde se vordering was hier natuurlik kleiner as dié waarteen hy dit wou verreken.

12 Op p.751 van die verslag.

13 D.w.s. afgesien van die twee vermeld in voetnoot 6 op p.120 hierbo.

14 Sien pp.90-91 hierbo.

15 Op p.752 van die verslag.

sy misleiding van die derde „estopped” is om die derde se beroep op skuldvergelyking te verongeluk.¹⁶ R. Wessels stel dit naamlik dat die lashebber „is estopped from saying that he is not a principal, and his principal is estopped from saying that he had no right to act suo nomine, because he imposed no restrictions upon him and gave him carte blanche to sell in his own name. Hence on the principle of estoppel the agent of an undisclosed principal can be treated as a principal by a person dealing with him, and mutual compensatio can take place between them.”¹⁷ Die resultaat, soos gesê, is dan dat die „undisclosed principal” slegs vir die balans slaag.¹⁸

Dit bring ons by Wessels & Co. v. Rudman,¹⁹ waar mens 'n argument kry wat byna lyk op 'n ontwikkeling van die sessie-analogie in Heydenrych se geval. Die hof se uitgangspunt is dat die lashebber volgens Romeins-Hollandse reg die derde se kontraksparty is, „and the contract does not, until cession, become the contract of agent's principal”²⁰ Waar sessie nou plaasvind, is dit duidelik dat die derde se vordering teen die sêdent (d.w.s. die lashebber) verreken kan word teen die eis van die sessionaris (d.w.s. die „undisclosed principal”). Dan vervolg die hof: „In our practice I do not think any cession would be necessary when the Court ascertains that the agent was acting for an undisclosed principal, but the Court would not interfere with the rights which have accrued to the third party, who contracted with the agent as principal.”²¹ Die hof beoordeel dus die verhouding tussen lasgewer en derde asof die lashebber sy vordering aan sy lasgewer gesedeer het.

16 Vgl. die bespreking op pp.47-49 hierbo na aanleiding van die beslissing in Cooke v. Eshelby.

17 Op p.752.

18 Let ten slotte op dat die hof ook enkele Engelse beslissings bespreek (pp.748-749), en dit stel dat die Engelse hofe tot dieselfde resultaat sou kom, hoewel moontlik langs 'n ander weg.

19 1911 C.P.D.667.

20 Op p.670.

21 Ibid.

Tweedens herhaal die hof die nou reeds bekende argument gebaseer op Voet, 16.2.10, en twee van die adviese daar aangehaal,²² en beroep hom ook op Van der Keessel, Th.826, waarvolgens 'n skuldvergelykingsbevoegdheid bestaan vir 'n versekeraar wat deur 'n aanvanklik ongeïdentifiseerde versekerde aangespreek word, d.w.s. hy kan sy vordering teen die lashebber in verrekening bring teen die eis om die versekerde bedrag.²³

In die derde plek voer die hof 'n argument aan wat beskou kan word as die Romeins-Hollandse ekwivalent van die estoppelargument in Symon v. Brecker. Die hof stel dit naamlik dat 'n pleit „equivalent to the old exceptio doli mali” vir die derde beskikbaar sou wees, en wel omdat die lasgewer die derde mislei het om met die lashebber as prinsipaal te kontrakteer.²⁴

Die wyse waarop Suid-Afrikaanse howe die derde^{se} skuldvergelykingsbevoegdheid regverdig, kan nou saamgevat word. In die eerste plek het ons howe ten spyte van kennisname van die Engelsregtelike standpunt hier 'n onafhanklike koers ingeslaan, en die skuldvergelykingsbevoegdheid met beroep alleenlik op gemeenregtelike bronne gefundeer. Tweedens kan by hierdie fundering drie verskillende momente onderskei word, naamlik (i) die argumente wat uitgaan van die reëls in verband met skuldvergeliking self; (ii) die argument wat die lashebber en „undisclosed principal” as sedent en sessionaris hanteer; (iii) die argument wat in ooreenstemming met die estoppelbeginsel uitgaan van die verwytbaarheid van die „undisclosed principal”. 'n Onderlinge opweging van hierdie argumente teen mekaar het tot dusver nie in die regspraak plaasgevind nie. Mens kan dus nie

22 D.w.s. die adviese vermeld in voetnoot 6 op p.120 hierbo.

23 Op p.671 van die verslag. Let op dat die hof hom ook nog beroep op Van Leeuwen, C.F., 1.4.36.15, wat egter 'n totale mistasting is, aangesien Van Leeuwen dit hier het oor 'n verweerder se moontlikheid om 'n ander persoon se vordering teen die eiser in verrekening te bring teen die eiser se eis. Van die opwerp van verweerder se eie vordering (d.w.s. die vordering teen 'n ander persoon) teen die eiser se eis, is geen sprake nie.

24 In die onderhawige geval deur die opdragging aan die lashebber en deur hom in besit van die saak te stel (vgl. pp.672-673).

prioriteit aan enigeen toeken nie, en moet, net soos vir die Engelse reg, die bestaan van verwytbearheid (d.w.s. van die „undisclosed principal”) as voorvereiste vir die werking van die skuldvergelykingsbeginsel ontken. Mens moet ook nie vergeet nie dat die regstegniese aard van die argumente²⁵ ten spyte, mens hier weer, soos in die Engelse reg, in wese 'n billikheidsreël het. Soos in die Engelse reg tref mens ook in die Suid-Afrikaanse regspraak die standpunt aan dat die derde beskerming ontbeer indien hy bewus was van die lasgewer as belanghebbende by die ooreenkoms.²⁶ Hierdie opvatting het ek reeds by die behandeling van die Engelse reg hierbo²⁷ gewraak, en aangedui dat enkel die lashebber se optrede in eie naam die deurslaggewende faktor vir die ontstaan van die derde se skuldvergelykingsbevoegdheid behoort te wees.

Die standpunt dat die derde op grond van sy kennis van die lasgewer beskerming ontbeer, skep natuurlik ook by ons die vraag na die tydstip waarop die derde se onkunde moes bestaan (d.w.s. om vir beskerming in aanmerking te kon). Ons het gesien dat die deurslaggewende tydstip in die Engelse reg dié is waarop die skulde verrekenbaar teenoor mekaar te staan kom.²⁸ Vir die Suid-Afrikaanse reg gee Wessels & Co. v. Rudman uitsluitel oor hierdie punt. In hierdie geval het die derde reeds kennis van die lasgewer gehad toe hy die geld volgens ooreenkoms met die lashebber van die koper in, d.w.s. hy het kennis van die lasgewer gehad toe die lashebber se eis vir die geïnde bedrag ontstaan. Nogtans bevind die hof: „It appears that the debt which the defendant (d.w.s. die derde) claims to set off was due to him from the agent at the time the sale took place, and the question at issue cannot, therefore, be affected by the fact that he acquired certain information

25 Ek dink hier meer spesifiek aan (i) en (ii) hierbo.

26 Vgl. Symon v. Brecker, sup., p.750: „If Symon (die derde) knew that Barandella was acting as the agent of Brecker, then there could be no doubt whatever that there could be no set-off or compensatio.”

27 Sien p.52 hierbo.

28 Sien p.51 hierbo.

within a reasonable time after the sale."²⁹ In effek kan die derde in die Suid-Afrikaanse reg hom op skuldvergelyking beroep, mits hy maar ten tyde van die kontraksluiting met die lashebber onbewus was van die „undisclosed principal”.

Eindelik moet daarop gewys word dat hoewel daar nog nie in die Suid-Afrikaanse reg gevalle voorgekom het waar die derde hom teen die „undisclosed principal” se eis verweer het op grond van sy voldoening teenoor of skikking met die lashebber nie, hierdie beskermingswyses waarskynlik sonder enige bedenking deur ons howe aanvaar sou word. Ten opsigte van voldoening het dit reeds in 'n obiter dictum gebeur, toe H.R. Innes in Symon v. Brecker verklaar het dat „payment to the agent would be a full discharge; the principal could not demand payment over again.”³⁰ Verder kom die beslissing in Avis v. Highveld Supply Stores³¹ daarop neer dat die derde in terme van sy gedeeltelike voldoening teenoor die lashebber beskerm word. Die derde is in hierdie geval aangespreek om betaling van die som van £80, die koopprys van 'n wa wat hy in opdrag van die lashebber verkoop het. Voor die verkop het die derde egter op sekuriteit van die wa £20 19/- se goed aan die lashebber verskaf. Die „undisclosed principal” slaag nou teen die derde vir die koopsom van die wa minus die waarde van die goed gelewer aan die lashebber. Die verklaring hiervoor is dat die derde ten tyde van die „undisclosed principal” se optrede reeds tot die omvang van die waarde van die gelewerde goed die vordering teen hom om die koopprys van die wa voldoen het.³²

29 Op p.669 van die verslag. Hierdie standpunt is dus in botsing met die Engelse beslissings van Moore v. Clementson en Kaltenbach v. Lewis (sien p.51 hierbo).

30 Op p.747 van die verslag.

31 1925 A.D.410.

32 Vgl. ook nog Wells v. Don & Co. 1917 E.D.L.303, waar die lewering van goedere aan die lashebber ook as gedeeltelike voelddoening gekonstrueer kan word.

(c) Die beperking van die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid

Ons het gesien dat die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid in die Engelse reg hoofsaaklik na aanleiding van twee soorte gebeure uitgesluit kan wees, eerstens as gevolg van afrekening van die „undisclosed principal” met sy lashebber,¹ tweedens as gevolg van die derde se optrede teen die lashebber alvorens hy die „undisclosed principal” aanspreek.

Voorbeelde van die eersgenoemde wyse van aanspreeklikheidsuitsluiting bestaan daar na my wete nie in die Suid-Afrikaanse reg nie. Wel bestaan een obiter dictum ten aansien van hierdie probleem, t.w. die algemene opmerking van R. Solomon in O'Leary and Another v. Harbord dat „the state of the account between the principal and the agent must not be altered to the prejudice of the former.”² Hierdie stelling is duidelik 'n eggo van die standpunt ingeneem in die Engelse regspraak vóór die beslissing in Heald v. Kenworthy, maar toon geen bewustheid van die probleem wat na aanleiding van laasgenoemde beslissing ontstaan het nie,³ naamlik of daar nie moontlik 'n plig op die „undisclosed principal” rus om toe te sien dat die derde betaal word nie, met die gevolg dat hy hom nóg op voldoening teenoor die lashebber nóg op die „state of the account” tussen hom en die lashebber sou kan beroep.⁴

Dit bring ons by die tweede grond waarop die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid uitgesluit kan wees, naamlik as gevolg van die derde se optrede teen die lashebber. Oor hierdie probleem bestaan wel 'n Suid-Afrikaanse beslissing, naamlik dié in Natal Trading and Milling Co. v. Inglis.⁵ In hierdie geval het die derde die lashebber aangespreek vir die terugbetaling van die koopgeld van sekere ongelewerde mielies, en

1 Of analoë omstandighede, byvoorbeeld dat die lashebber by die lasgewer in die skuld is.

2 (1888) 5 H.C.G.1, op p.12.

3 Sien pp.55-58 hierbo.

4 Let op dat De Villiers and MacIntosh, a.w., pp.249-250, die beslissing in Armstrong v. Stokes as „doubtful authority” bestempel, en daarmee die tans heersende Engelse opvatting van die strenge aanspreeklikheid van die „undisclosed principal” volg.

5 1925 T.P.D.724.

vonnis by verstek verkry, welke vonnis egter onbevredig bly. Eers ná hierdie vonnisverkryging kom die derde van die „undisclosed principal” te wete, en spreek hom aan vir lewering van die mielies of terugbetaling van die koopprys. Hy misluk op grond van die bestaan van 'n vonnis teen die lashebber. Ter verduideliking van sy standpunt stel die hof dit dat daar geen ruimte vir die toepassing van die eleksieleerstuk is waar die derde die lashebber sonder kennis van die „undisclosed principal” aangespreek het nie.⁶ Die beslissing waartoe die hof wel kom, is natuurlik 'n uitdrukking van die sogenaamde beginsel van transit in rem judicatam, waarvolgens vonnisverkryging die aksie-oorsaak (of grond waarop geageer word) uitput („exhaust”), sodat 'n verdere vonnis op grond van die betrokke kontrak nie moontlik is nie.⁷ Die hof se standpunt kan soos volg saamgevat word: omdat die aanspreeklikheid van „undisclosed principal” en lashebber alternatief is, en nie gesamentlik of gesamentlik en afsonderlik nie, bestaan slegs één aksie op die kontrak gesluit tussen lashebber en derde - welke aksie uitgeput is waar die derde vonnis teen die lashebber verkry het, en wel onafhanklik daarvan of aan die vonnis voldoen is al dan nie.⁸

Hierdie standpunt, wat van suiwer Engelsregtelike herkoms is, probeer die hof nog uit die Romeins-Hollandse reg ondersteun met beroep op Voet, 46.2.1, waarvolgens vonnis 'n vorm van novasie sou wees, „and to that extent [judgment] extinguishes or supersedes the original obligations...”⁹

6 Vgl. p.727 van die verslag, waar beaam word dat „in order that the doctrine of election can be applied there must be or must have been a possible choice of two debtors. And the difficulty in the present case arises from the fact that there was no possible choice, there could have been no election at the date when the appellant obtained default judgment against the Riverview Creamery because at that date appellant was not aware that respondent was the actual principal of the Riverview Creamery in the transaction.” Vgl. ook p.742 van die verslag.

7 Let op dat hierdie beginsel volgens die beslissing (pp.729-731, 733-734) nie tot die kontraktereg beperk is nie. Dit sou aanvanklik verskyn het by aanspreeklikheid uit onregmatige daad, later aangewend word ten opsigte van mede-aanspreeklikheid uit kontrak, en toe uitgebrei wees na die aanspreeklikheid van „undisclosed principal” en lashebber teenoor die derde.

'n Bevestiging van die wesenlike punte van hierdie beslissing kry mens daarna in Van Staden v. Prinsloo,¹⁰ waar die verweerder beweer het dat eiser belet sou wees om teen hom (verweerder) op te tree, aangesien hy deur 'n „letter of demand” en 'n dagvaarding verweerder se „undisclosed principal” sou geëlekteer het. Met beroep op Natal Trading and Milling Co. v. Inglis verklaar die hof egter „that the other contracting party is only debarred from suing the agent if he has taken judgment against the principal, and vice versa. The reason why he is then debarred is not because he elected to sue the principal but because the judgment is regarded as a form of novation of the cause of action on which it is founded and supersedes the obligation.”¹¹

In effek het ons dus dieselfde reël as die Engelse reg, naamlik dat die „undisclosed principal” veilig staan waar die derde sy optrede teen die lashebber deurgevoer het tot by vonnisverkryging. Of voldoening in terme van die vonnis plaasgevind het, is irrelevant. Die kritiek wat ek hierbo¹² op hierdie reël uitgespreek het, geld ook vir die Suid-Afrikaanse beslissings, wat die Engelse reg in hierdie opsig eenvoudig napraat. Ons howe stig egter nog verder verwarring deur novasie by te haal om die beletsel op die derde se optrede te verduidelik. Met transit in rem judicatum word in die Engelse reg beklemtoon dat die onsekerheid wat bestaan solank die derde die moontlikheid het om sy vordering af te dwing, opgehef word deur vonnis.¹³ Of transit in rem judicatum se gebruik in die „undisclosed principal”-situasie nou goed te

8 Op p.743 van die verslag. Vgl. ook nog die samevatting in Noordkaaplandse Aartappel-Kernmoerkwekers Ko-operasie v. Cullinan, sup., pp.423-424.

9 T.a.p.

10 1947 (4) S.A.842 (T).

11 Op p.847.

12 Op pp.63-64.

13 Vgl. die toonaangewende beslissing van King v. Hoare (1844) 13 M.& W.494 (153 E.R.206), op p.504: „...the judgment is a bar to the original cause of action, because it is thereby reduced to a certainty...” Vgl. ook De Wet en Yeats, a.w., p.216, wat dit stel dat vonnis van 'n hof 'n skuld nie vernuwe nie, „maar eerder bekragtig en bestendig.”

praat is al dan nie, dit is 'n beginsel van die prosesreg wat gebaseer is op die funksie van 'n hof, naamlik om geskille finaal te besleg. Hierteenoor is novasie 'n beginsel van die privaatreë. Dit berus op partye se bedoelinge om 'n ou skuld tot niet te maak en 'n nuwe skuld in die plek van die oue te skep. Die aanwending hiervan in die prosesregtelike situasie waarmee ons te doen het, is klaarblyklik misplaas.

(d) Die verdere uitsluiting van die „undisclosed principal”

Soos by die ondersoek van die Engelse reg, moet nou ook vir die Suid-Afrikaanse reg die vraag gestel word of daar, afgesien van die gevalle bespreek in die voorgaande twee paragrawe, moontlik omstandighede bestaan waaronder wedersydse eise van „undisclosed principal” en derde uitgesluit is. Vir die Engelse reg het ons eerstens daarop gewys dat die leerstuk nie van toepassing is op „contracts under seal” nie, en dat 'n „undisclosed principal” ook nie op 'n wissel aangespreek kan word nie (d.w.s. in sy hoedanigheid van „undisclosed principal”).¹ Die eersgenoemde geval is vir die Suid-Afrikaanse reg betekenisloos, eenvoudig omdat ons reg geen „contracts under seal” ken nie. Hoewel daar na my beste wete nog geen geval opgeduik het waar teen 'n „undisclosed principal” op grond van 'n wissel geageer is nie, is die uitsluiting van sy aanspreeklikheid by eise uit wissels darem in die verbygaan reeds deur 'n Suid-Afrikaanse hof beaam, naamlik in O'Leary and Another v. Harbord, waar R. Solomon in sy uiteensetting van die leerstuk die opmerking maak dat „curiously enough, the principle is not applicable to the most common of all mercantile contracts, namely, to bills of exchange...”²

Vir die Engelse reg het ons voorts gewys op die reël afkomstig van Humble v. Hunter, dat die „undisclosed principal” deur die terme van die ooreenkoms uitgesluit kan wees.³ Ons

1 Sien p.66 hierbo.

2 Op p.14 van die verslag, en met beroep op die Engelse beslissing van Beckham v. Drake (vgl. voetnoot 2 op p.66 hierbo).

3 Vgl. pp.67-70 hierbo.

het gesien dat hierdie reël tot dusver slegs by skriftelike kontrakte aanwending gevind het, en hom uitnemend tot verwar- ring met die sogenaamde „parol evidence rule” leen. Na aanleiding van die onsekerheid wat ons in hierdie verband in die Engelse reg gevind het, moet twee vrae vir die Suid- Afrikaanse reg beantwoord word. Eerstens, ken ons reg beper- kings op die toelaatbaarheid van mondelinge getuienis in verband met 'n „undisclosed principal” waar die kontrak tussen lashebber en derde in skrif beliggaam is? Tweedens, ken ons reg die reël dat die „undisclosed principal” deur die terme van die ooreenkoms uitgesluit kan wees? Ons begin met die eerste vraag.

In Lippert & Co. v. Desbats,⁴ die heel eerste geval waar mens moontlik met 'n „undisclosed principal” in die Suid-Afrikaanse reg te doen gehad het,⁵ het die argumentasie van die advokate skynbaar hoofsaaklik oor die toepaslikheid van die „parol evidence rule” gehandel.⁶ Die hof se verwerping van verweer- der se eksepsie kom neer op 'n aanvaarding van eiser se bewering dat „the relation between principal and agent can be esta- blished by parol evidence, although not stated in the written document.”⁷

In O'Leary se geval, waar dit uitdruklik oor 'n „undisclosed principal” handel, vind mens dan 'n onomwonde erkenning van die toelaatbaarheid van mondelinge getuienis in verband met 'n „undisclosed principal”. R. Solómon wys eers daarop dat „it has...been contended in many cases⁸ that to allow parol evidence to be given to prove that a person, who does not appear on the face of the agreement to be a contracting party, is in reality one of the parties to the contract, would be a breach of this rule of evidence.”⁹ Die reg, meen hy, is

⁴ 1869 Buch.189.

⁵ Ek sê „moontlik”, want soos aangetoon is (pp.115-116) blyk nie uit die verslag of dit wel die geval was nie.

⁶ Vgl. p.192 van die verslag.

⁷ Ibid.

⁸ D.w.s. in die Engelse reg.

⁹ Op p.11. Die reël waaroor dit handel is „the rule of evidence which provides that the contents of a written agreement cannot be varied or contradicted by oral evidence”.

intussen bowe twyfel bevestig „that, though parol evidence is not admissible for the purpose of discharging the apparent party to the contract, it may be admitted for the purpose of introducing the real party.”¹⁰ Hierdie stelling is 'n duidelike eggo van die opmerkings gemaak in die Engelse beslissing van Higgins v. Senior,¹¹ waarna R. Solomon dan ook kort daarop verwys as „correctly setting forth the rules on the subject.”¹² Humble v. Hunter kom minder goed daarvan af. R. Solomon meen naamlik: „The judgments in the case were unconsidered, and certainly do not appear to me to be very convincing.”¹³ Sy standpunt ten opsigte van mondelinge getuienis word daarna uitdruklik beaam in Dawson v. Van Rooyen,¹⁴ en teen 'n „undisclosed principal” word geslaag in Chappell v. Gohl,¹⁵ ten spyte van die feit dat die betrokke ooreenkoms in skrif beliggaam was.

Die antwoord op die eerste vraag is dus dat waar die kontrak tussen lashebber en derde in skrif beliggaam is, ons reg in beginsel geen beperkings op die toelaatbaarheid van mondelinge getuienis in verband met 'n „undisclosed principal” ken nie. Hierdie helder toedrag van sake is waarskynlik te danke aan die feit dat die dubbelsinnige beslissing van Humble v. Hunter nie in die Suid-Afrikaanse reg as uitgangspunt vir die oplossing van die onderhawige probleem gedien het nie (soos in 'n groot mate in die Engelse reg gebeur het), maar wel die opvatting verkondig in Higgins v. Senior.

10 Op p.11. Vgl. ook die stelling in Cook v. Aldred 1909 T.S.150 (waar dit onseker is of mens op die feite met 'n „undisclosed principal” te doen het), op p.151, dat mondelinge getuienis „does not in truth vary the written contract, because the liability of the other party to the contract remains. It simply informs the Court that some other person is entitled to sue upon it, and that the principal desires to enforce his rights under it.”

11 Sien p.68 hierbo.

12 Op p.12.

13 Op p.13.

14 1914 N.L.R.481, op p.485.

15 1928 C.P.D.47.

Ons tweede vraag is of die Suid-Afrikaanse reg die reël ken dat die „undisclosed principal” deur die terme van die kontrak uitgesluit kan wees. Wat eerstens vas staan, is dat mens in ons reg geen pertinente formulering van so 'n reël teëkom nie. Dat 'n „undisclosed principal” wel uitdruklik of stilswyend deur die terme van die ooreenkoms tussen lashebber en derde uitgesluit kan wees, kan egter geen twyfel ly nie.

Die moontlikheid om 'n eis deur of teen 'n „undisclosed principal” uitdruklik uit te sluit, is 'n voor die hand liggende gevolg van die lashebber en derde se vryheid as regssubjekte, om hulle ooreenkoms die inhoud te gee wat hulle wil. Die moontlikheid van 'n „undisclosed principal”-eis kan ook stilswyend uitgesluit wees waar die lashebber se persoonlike eienskappe ten nouste met die bedonge prestasie saamhang. In Moravian Mission Society v. Swart¹⁶ word dan ook in die algemeen verklaar dat 'n „undisclosed principal” kan ageer op grond van die kontrak gesluit deur sy lashebber, „unless the identity of the person contracting was material.” En in Morris v. Skinner,¹⁷ waar die beweerde lashebber professionele dienste aan die verweerder gelewer het, misluk die eiser weens die bevinding dat die kontrak van persoonlike aard sou gewees het, en dus nie vatbaar vir „adoption” nie.¹⁸

(e) Die funksie van die „undisclosed principal”-eise

Om te besluit welke funksie die leerstuk van die „undisclosed principal” in die Suid-Afrikaanse reg vervul, moet mens weet wat die beweegredes vir „undisclosed principal” en derde se direkte optrede teenoor mekaar is. Ons gevolgtrekkings oor die funksie van die leerstuk in die Engelse reg¹ gee reeds die aanknopingspunt, dat die „undisclosed principal” of derde miskien die lashebber as skuldenaar wil vermy op grond van die finansiële verleentheid, waarin laasgenoemde verkeer. Daar kom dan ook in die Suid-Afrikaanse reg gevalle voor waar dit duidelik om hierdie rede voordelig was om die

¹⁶ 1935 (1) P.H., A.21.

¹⁷ 1945 (2) P.H., A.28. Vgl. ook die bespreking van hierdie geval deur De Villiers and MacIntosh, a.w., pp.111-112.

lashebber as skuldenaar te vermy, òf vir „undisclosed principal”² òf vir derde.³ In die meerderheid van die gevalle blyk egter niks omtrent die lashebber se finansiële omstandighede nie, sodat ook hier die moontlikheid bestaan om die betrokke eise te verklaar bloot in terme van gerieflikheidsoorwegings.⁴

Die feitlike omstandighede in sommige gevalle van 'n „undisclosed principal” of 'n beweerde „undisclosed principal” gee verder aanduiding van hoe die behoefte aan direkte optrede teen derde of teen „undisclosed principal” onafhanklik van die finansiële verleentheid van die lashebber kan ontstaan. Dit is byvoorbeeld moontlik dat die lashebber nie tot daadwerklike vervulling in staat is nie, omdat hy nie reghebbende is ten aansien van die saak, waaroor die ooreenkoms tussen hom en derde handel nie.⁵ Die probleem kan geografies wees, naamlik dat die lashebber hom in 'n verafgeleë land bevind, terwyl lasgewer en derde albei by die plek van prestasie teenwoordig is.⁶ Die probleem kan ook wees dat die lasgewingsverhouding tussen lasgewer en lashebber tot 'n einde gekom het,⁷ wat beteken dat die lashebber ophou om die kanaal te wees waardeur die wedersydse prestasies tussen lasgewer en derde vloei.

In al hierdie gevalle, net soos in die gevalle waar die lashebber in finansiële verleentheid verkeer, kan dit òf vir

18 Vgl. ook nog Lambinion v. Du Toit 1952 (4) S.A.431 (T), waar 'n „undisclosed principal”, indien hy sou bestaan het, stilsyend deur die terme van die kontrak uitgesluit sou wees.

1 Sien p.81 hierbo.

2 Vgl. Avis v. Highveld Supply Stores 1925 A.D.410.

3 Sien Natal Trading and Milling Co. v. Inglis 1925 T.P.D.724; Chappell v. Gohl 1928 C.P.D.47. Vgl. ook Don Shoe Co. v. Goodman Bros. 1931 O.P.D.26.

4 Vgl. bv. Heydenrych v. Woolven (1897) 14 S.C.376; Symon v. Brecker 1904 T.S.745; Wessels & Co. v. Rudman 1911 C.P.D.667; Dawson v. Van Rooyen 1914 N.L.R.481.

5 Vgl. O'Leary and Another v. Harbord (1888) 5 H.C.G.1, waar slegs die „undisclosed principal” self oordrag van die „mining lease” sou kon gee.

6 Vgl. Lippert & Co. v. Desbats 1869 Buch.189.

7 Vgl. Judelson & Cohen v. Bootha and Others 1913 T.P.D.747.

IV 3(e)

lasgewer òf vir derde van wesenlike belang wees dat die ekonomiese gebeure en regsgevolge, wat in die vooruitsig gestel is, en die intree waarvan nou bedreig staan, tog wel werklikheid word. Die funksie van die eise van „undisclosed principal” teen derde en omgekeerd is nou klaarblyklik om die verwerking van hierdie gebeure hoegenaamd moontlik te maak, of dit in elk geval vinniger, goedkoper of geriefliker moontlik te maak, as wat die geval sou wees waar die afwikkeling van die betrokke vermoëns- of belangeverskuiwing via die lashebbber moes plaasvind. In wese bied die leerstuk dus 'n „kortpad” aan „undisclosed principal” en derde ter beskerming en ter bevordering van hulle belange. Of en hoe hierdie „kortpad” te regverdig is, kom in hoofstuk VII hieronder ter sprake.

Par. 4 Samevatting

'n Samevatting van die Suid-Afrikaanse reg oor die „undisclosed principal” kan mens ten beste gee deur dit te vergelyk met die Engelse reg oor die „undisclosed principal”. Dat die leerstuk uit die Engelse reg in Suid-Afrika ingevoer is, is algemeen bekend. Dat hierdie invoering geskied het op 'n wyse wat skaars te regverdig is, het ek by die bespreking van die geval O'Leary and Another v. Harbord hierbo probeer aantoon.¹

Hoewel die verskillende reëls in verband met die „undisclosed principal” nou in hoofsaak op die Engelsregtelike reëls gebaseer is, kan die Suid-Afrikaanse reg oor die „undisclosed principal” darem geensins as identies met dié van Engeland beskryf word nie. Hierdie toedrag van sake kan enersyds daaraan toegeskryf word dat ons tot dusver slegs 'n betreklik klein aantal gevalle van 'n „undisclosed principal” in die Suid-Afrikaanse regspraak gehad het, waardeur sekere Engelsregtelike probleme glad nie of slegs onvolledig ter sprake gekom het. Andersyds is dit daaraan toe te skryf dat ons howe sekere reëls, by name dié ter beskerming van die derde, vanuit ons gemene reg probeer regverdig het. Hierdie stellings kan nou deur nadere verge-

¹ Sien pp.116-117 hierbo.

lyking van die Suid-Afrikaanse met die Engelse reg toegelig word. Dit lewer die volgende resultate.

Aan die vereiste van „authority” het ons howe uitdruklik vasgehou, in teenstelling met die grotendeels stilswyende handhawing daarvan in die Engelse reg.² Soos in die Engelse reg bestaan by ons onsekerheid oor die „lasgewer” se aanspreeklikheid na aanleiding van die „lashebber” se ongemagtigde optrede, hoewel mens darem moet toegee dat die versaking van die vereiste in die Suid-Afrikaanse reg nie naastenby so in die oog lopend as in die Engelse reg geskied het nie.³

Ons kom tweedens by die beskerming van die derde. Hoewel die Romeins-Hollandse reg ten aansien van die verborge lasgewer geen konsekwente skuldvergelykingsreëling ten gunste van die derde bevat,⁴ wat vergelykbaar is met dié wat in die Engelse reg oor die „undisclosed principal” ontwikkel is nie, het ons howe nogtans met beroep op die gemene reg 'n skuldvergelykingsreëling ter beskerming van die derde geskep, wat in sy effek wesenlik met die Engelse reëling ooreenstem. Ons howe het egter nog geen sekerheid oor die dogmatiese grondslag van die derde se beskerming nie.⁵ In die besonder bestaan dieselfde onduidelikheid as in die Engelse reg oor die vraag of die verwytbaarheid van die „undisclosed principal” voorvereiste is vir die derde se beskerming.

Wat aan die ander kant die beperkings op die derde so moontlikheid om die „undisclosed principal” aan te spreek, betref, word die Suid-Afrikaanse reg gekenmerk deur die karigheid van die beskikbare materiaal. Ons howe het byvoorbeeld nog glad nie nodig gehad om stelling in te neem oor die vraag of die „undisclosed principal” hom sonder meer teenoor die derde kan beroep op sy afrekening met die lashebber nie, dan wel of 'n plig op hom rus om toe te sien dat teenoor die derde voldoen

2 Sien p.110 hierbo.

3 Sien pp.113-115 hierbo.

4 Sien pp.108-109 hierbo.

5 Sien pp.123-125 hierbo.

word nie.⁶ Ek het reeds hierbo probeer aandui wat in hierdie opsig die verstandige keuse sou wees.⁷

Wat betref die beperking op die derde se bevoegdheid om die „undisclosed principal” aan te spreek uit hoofde van die derde se voorafgaande optrede teen die lashebbber, het ons howe tot dusver die Engelsregtelike verwarring in verband met die konsep van eleksie vermy, maar darem self die probleem vertroebel deur novasie as verklaring vir 'n reël van die prosesreg te gebruik.⁸ In sy effek is ons howe se standpunt natuurlik net so onbevredigend as dié van die Engelse reg.

Ten opsigte van die kwessie van mondelinge getuienis in verband met die „undisclosed principal”, waar die betrokke kontrak in skrif beliggaam was, kan eindelik daarop gewys word dat die Suid-Afrikaanse reg oor 'n wesenlik helderder reëling as die Engelse reg beskik.⁹

Waar ons reg nou as duideliker of meer oorsigtelik as die Engelse reg kan geld, moet dit nie sonder meer as prestasie van die Suid-Afrikaanse regspraak beskou word nie. Eerstens het daar nog nie by ons, soos in die Engelse reg, ten opsigte van elk van die betrokke probleme 'n aantal gevalle met totaal verskillende feitlike omstandighede, wat miskien om verskillende oplossings vra, ter beslissing gestaan nie. Tweedens het ons reg die voordeel gehad, wat ook in die toekoms voortbestaan, om by die oplossing van die probleme in verband met die „undisclosed principal” op die ervaring van die Engelse reg te kan steun, om botsende standpunte uit die Engelse reg teen mekaar te kan opweeg, en te sien waarheen elkeen lei.

In verband met die toekoms van die leerstuk in die Suid-Afrikaanse reg is my vernaamste indruk dan ook dat dit 'n veld van ryke moontlikhede is, aan die een kant om tekortkominge in die instelling wat die Engelse reg ons gelewer het uit die weg te ruim, aan die ander kant om die mistastings van die Engelse reg te herhaal of te vererger.

6 Sien p.126 hierbo.

7 Sien pp.56-58 hierbo.

8 Sien pp.128-129 hierbo.

9 Sien p.131 hierbo.

Hoofstuk V EXCURSUS: DIE VERBORGE LASGEWER IN DRIE EUROPESE REGSTELSELS

Par. 1 Inleiding

'n Omvattende ondersoek oor die verborge lasgewer in die Europese reg val buite die bestek van hierdie ondersoek. Dit lyk nietemin doenlik om regsvergeelykenderwys na te gaan welke moontlikhede van aanspreeklikheid tussen verborge lasgewer en derde in die Nederlandse, Duitse en Franse reg bestaan. Die bereiking van hierdie doel vereis eerstens dat elk van die betrokke sisteme se opvatting van verteenwoordiging kortliks geskets word. Daarna sal geykte vorme van optrede in belang van 'n verborge lasgewer ondersoek moet word met die oog op die moontlike bestaan van parallelle tot die „undisclosed principal“-eise. Vir sover dit mag blyk dat sodanige parallelle in hierdie regstelsels ontbreek, sal ons moet probeer vasstel van welke alternatiewe metodes daar moontlik in die regs- en handelsverkeer gebruik gemaak word om die doelstellinge te bereik, wat in die Engelse en Suid-Afrikaanse reg deur die „undisclosed principal“-eise bereik word. Hierdie vraag is belangrik, omdat dit moontlik aanknopingspunte lewer vir die behandeling van die probleem van die funksionele regverdiging van die leerstuk in hoofstuk VII hieronder.

Par. 2 Die Duitse reg

Na my wete was die instelling van verteenwoordiging in geen ander regstelsel die voorwerp van sulke intensiewe studie soos in die Duitse reg nie.¹ Die dogmatiese grondslae van die verteenwoordigingsreg is hoofsaaklik in die vorige eeu ontwikkel en is saamgevat in 'n selfstandige titel in die Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).² Die literatuur, wat sedert die inwerkingtrede van die BGB in 1900 steeds hierdie bepalinge as uitgangspunt het, is omvattend en gesofistikeerd. In 'n bespreking van hierdie omvang kan mens dus slegs poog

1 Vir 'n oorsig oor die literatuur, vgl. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, 11de uitgawe (1957) bewerk deur Brändl en Coing (hierna aangehaal as Staudinger-Coing), die voetnoot by die begin van die Vorbemerkungen

om ten opsigte van die situasies wat vir ons probleem van belang is, sover moontlik 'n heersende mening aan te dui.

Die twee grondgedagtes van die Duitse verteenwoordigingsreg is dié wat mens ook in die Romeins-Hollandse reg en die Suid-Afrikaanse reg aantref. Die verteenwoordiger moet eerstens oor volmag beskik, wat die bevoegdheid is om deur optrede namens sy prinsipaal regte en verpligtinge vir die prinsipaal teenoor derdes te verwerf. Die tweede grondgedagte is die sogenaamde Offenheitsgrundsatz of openheidsbeginsel, wat beteken dat daar van verteenwoordigingsgevolge in beginsel slegs sprake kan wees by openbaring deur die verteenwoordiger teenoor die derde dat die ooreenkoms nie ten bate en ten laste van homself nie, maar wel van sy prinsipaal moet strek.³

Uit hierdie beginsels volg dat waar 'n lashebber in belang van 'n verborge lasgewer 'n ooreenkoms met 'n derde sluit, daar slegs tussen lashebber en derde regsbande ontstaan, hoewel die lashebber natuurlik uit hoofde van die lasgewings-ooreenkoms rekenskap aan sy lasgewer verskuldig mag wees. Hierdie situasie word gewoonlik as middellike of indirekte verteenwoordiging beskryf, hoewel dit geen verteenwoordiging hoegenaamd in die sin van die BGB is nie. Dit lê voor die hand „dass die tatsächliche Interessenlage (d.w.s. by indirekte verteenwoordiging) mit der rechtlichen Gestaltung nicht voll im Einklang steht.“⁴ Ter oplossing van die probleme hierdeur meegebring, is die konsekwente handhawing van die openheidsbeginsel reeds meermale aan kritiek onderwerp,⁵ waardeur die

1 (vervolg) tot par. 164 e.v.

2 BGB, par. 164-181.

3 BGB, par. 164. Vgl. verder Staudinger-Coing, a.w., Vorbemerkungen 11 en 15 tot par. 164 e.v.; Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 10de uitgawe (Berlin, 1957), par. 36 I; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, deel 2, Das Rechtsgeschäft, par. 43 I, 44 I.

4 Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (München, 1967), p.534.

5 Vgl. Staudinger-Coing, a.w., Vorbemerkung 14 by par. 164 e.v.;

beginsel self as uitgangspunt egter nooit in diskrediet geraak het nie.

Die wyses waarop die onwenslike gevolge van die strenge deurvoering van die openheidsbeginsel vermy word, kan nou aan die hand van verskeie voorbeelde aangetoon word. Ons bespreek eerstens die geval waar 'n lashebber in eie naam in belang van sy lasgewer 'n saak of goed of waardepapiere aankoop. By lewering van die goed deur die derde aan die lashebber vestig laasgenoemde natuurlik self eiendomsreg daarop. Hierin lê juis die lasgewer se risiko, want as deel van die lashebber se vermoë is die goed vatbaar vir beslaglegging deur skuldeisers van die lashebber, en sou dit ook in die lashebber se insolvente boedel val. Die vermindering van die lasgewer se risiko bring wetgewing en regsgeleerdheid teweeg deur die moontlikheid te skep om die tydsduur van die lashebber se eiendomsreg op die goed te verminder tot prakties nul. Die BGB ken naamlik die vorm van eiendomsoordrag bekend as constitutum possessorium („Besitzkonstitut“), wat plaasvind waar eienaar en verkryer ooreenkom dat eersgenoemde ophou om die saak as eienaar te besit, en dit voortaan as sogenaamde „Besitzmittler“ vir die nuwe eienaar hou.⁶ In die regsliteratuur en beslissings is egter die opvatting ontwikkel (wat hedendaags algemene erkenning geniet) dat die ooreenkoms gesluit kan word alvorens die oordraggewer self die besit van die goed verkry (die sogenaamde „antizipiertes Besitzkonstitut“).⁷ Sy werking het die ooreenkoms dan op die tydstip wat die oordraggewer self besit – en dus eiendom – van die saak verkry. Waar lasgewer en lashebber nou sodanige ooreenkoms gesluit het, verkry laasgenoemde by lewering van

5 (vervolg) Müller-Erzbach, Die Grundsätze über mittelbare Stellvertretung, aus der Interessenlage entwickelt (1905), wat ongelukkig nie tot my beskikking was nie – vgl. egter Lehmann, a.w., pp.283–284; Bettermann, Vom stellvertretenden Handeln (Bochum, 1937, herdruk Aalen, 1964), veral pp.46–79.

6 BGB, par. 930. Sien in die algemeen hieroor Staudinger, a.w., III. Band, 1. Teil, 11de uitgawe (1956) bewerk deur Berg, Ring en Seufert (hierna aangehaal as Staudinger-Berg), ad par. 930; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10de uitgawe (Tübingen, 1957), par. 67 I; Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 3de uitgawe (München u. Berlin, 1966), par. 51 V.

V.2.

die saak deur die derde slegs vir die sogenaamde „logiese sekonde" eiendom, waarop die lasgewer eienaar word.

Die eiendomsorgang van lashebber aan lasgewer kan egter kragtens par. 181 BGB ook bewerkstellig word deur middel van 'n sogenaamde „Insichgeschäft" van die lashebber.⁸ Ná die goed aan hom gelewer is, sluit hy naamlik as verteenwoordiger van die lasgewer met homself in sy private hoedanigheid van eienaar van die saak die ooreenkoms van „Besitzkonstitut". Hiertoe moet hy natuurlik die nodige volmag hê, en verder moet daar een of ander objektiewe manifestasie van die bedoeling om eiendom oor te dra wees, byvoorbeeld hy sonder die goed af, of hy maak 'n inskrywing in sy boeke, of hy pos 'n opgawe van die ingekoopte waarde-papiere aan die lasgewer.⁹

Die maatreëls wat gebruik kan word ter beskerming van die lasgewer is nie beperk tot die gevalle waar die lashebber roerende goed of waarde-papiere vir die lasgewer aankoop nie. Verwerf die lashebber naamlik uit die ooreenkoms met die derde 'n vordering (byvoorbeeld vir die koopprys, of vir skadevergoeding weens kontrakbreuk) in belang van die lasgewer, dan kan 'n resultaat analoog aan dié van die „antizipiertes Besitzkonstitut" bereik word deur die invoeging van 'n sogenaamde „Vorausabtretungsklausel" in die lasgewingsooreenkoms, d.w.s. 'n ooreenkoms waardeur die vordering of vorderinge, wat die lashebber nog moet verwerf, gesedeer word.¹⁰ Sodanige sessie is volgens Duitse reg heeltemal geldig.¹¹ Die „Vorausabtretungsklausel"

7 Vgl. Staudinger-Berg, a.w., Anmerkung 6 by par. 930; Wolff-Raiser, a.w., par. 67 I 2; Baur, a.w., par. 51 V 6.

8 Vgl. hieroor Wolff-Raiser, a.w., par. 67 I 4; Baur, a.w., par. 51 V 5.

9 Vgl. Staudinger-Coing, a.w., Anmerkung 21 by par. 181, en die bewysplekke aangehaal in voetnoot 8 hierbo.

10 Vgl. Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, 4. Band, 4de uitgawe bewerk deur Gessler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder (hierna aangehaal as Schlegelberger-Hefermehl) (Berlin u. Frankfurt a.M., 1966), Anmerkung 12 by par. 392.

11 Vgl. oor die sessie van toekomstige vorderinge Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, 9de uitgawe (München, 1968), par. 30 III.

tree dan in werking op die oomblik wat die vordering ontstaan, sodat die lashebber weereens slegs vir die sogenaamde „logiese sekonde” houër van die vordering is, waarop die lasgewer as sessionaris geld (d.w.s. op grond van die voorafgaande sessie van die vordering deur die lashebber aan hom).¹²

Die gemeenskaplike kenmerk van hierdie drie gevalle is nou dat 'n verkorting van die tydperk waartydens die lashebber geld as eienaar van die goed of houër van die vordering, wat hy vir die lasgewer verwerf het, bewerkstellig word. Die verkorting van hierdie tydperk het ten doel die vermindering van die lasgewer se risiko. Wat nou egter duidelik is, is dat al die moeite vergeefs is, indien die lashebber ten tyde van die „logiese sekonde”, of alvorens oordrag deur middel van 'n „Insihgeschäft” plaasvind, reeds insolvent is. In so 'n geval behoort die betrokke saak of vordering naamlik tot die insolvente boedel, waaruit die lashebber geen beskikkings mag maak nie.¹³ Gevolglik kan die lasgewer dan slegs as konkurrente skuldeiser vir die waarde van die saak of vordering ageer.

Hierdie toedrag van sake laat duidelik blyk dat die effektiewe beskerming van die verborge lasgewer net moontlik is indien verhoed kan word dat die lashebber eienaar word van die saak, of houër word van die vordering, wat hy vir die lasgewer verwerf. Die erkenning van die sogenaamde „Geschäft für den, den es angeht”, sowel as die reël vervat in par. 392 II van die Handelsgesetzbuch (HGB), moet nou juis verstaan word as pogings om hierdie resultaat teweeg te bring.

Die „Geschäft für den, den es angeht”, is 'n ooreenkoms of transaksie vir hom, wie dit aangaan.¹⁴ Met sodanige ooreenkoms

¹² Sien Larenz, t.a.p. Deur Schlegelberger-Hefermehl, t.a.p., word vir die geval van die sogenaamde Kommissionsgeschäft, waaroor ons dit hieronder sal hê, selfs beweer dat die lasgewer onmiddellik by ontstaan van die vordering skuldeiser van die derde word, d.w.s. dat daar geen sogenaamde „Durchgangserwerb” van die lashebber sou wees nie.

¹³ Par. 6, Konkursordnung, en vgl. ook par. 29 e.v., Konkursordnung.

¹⁴ Vgl. in die algemeen hieroor Staudinger-Coing, a.w., Vorbemerkungen 44-49 by par. 164 e.v.; Flume, a.w., par.

V.2.

het mens te doen indien aan drie vereistes voldoen word. Dit moet eerstens 'n ooreenkoms wees waarby een van die partye nie self die belanghebbende is nie, soos waar 'n lashebber 'n saak vir sy lasgewer aankoop. Tweedens moet daar gepaard met die verbintenisskeppende ooreenkoms 'n saaklike ooreenkoms gaan, waardeur regte deur die nie-belanghebbende se teenparty oorgedra word, soos waar 'n derde ingevolge 'n koopkontrak met 'n lashebber sy eiendomsreg op 'n saak oordra. Derdens moet dit vir die teenparty van die nie-belanghebbende om die ewe wees of die betrokke regte gevestig raak by die man met wie hy die ooreenkoms sluit (d.w.s. die nie-belanghebbende, binne die raamwerk van ons probleem, die lashebber), dan wel of 'n ander die regte verwerf. Is aan hierdie vereistes voldoen, dan word die ware belanghebbende onmiddellik eienaar van die betrokke saak sonder dat daar sogenaamde „Durchgangserwerb" deur die nie-belanghebbende kontraksparty is. Onder die vermelde omstandighede sou ons verborge lasgewer dus sy eiendomsreg op die gekoopte saak kan afdwing teen 'n skuldeiser van die lashebber, wat beslag op die saak gelê het, of hy sou die saak uit die lashebber se insolvente boedel kan opeis.¹⁵

Hoewel die saaklike ooreenkoms dus volgens die leer van die „Geschäft für den, den es angeht", direkte werking tussen die oorspronklike reghebbende (die derde) en die persoon, wie dit aangaan (die lasgewer), kan hê, bestaan die verbintenisregtelike

14 (vervolg) 44 II; Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, pp.545-547. Let op dat die term „Geschäft für den, den es angeht", 'n versamelnaam is vir 'n aantal heel verskillende gevalle, wat tot verskillende probleme aanleiding gee. Dit word byvoorbeeld ook aangewend vir gevalle van direkte verteenwoordiging van 'n ongeïdentifiseerde prinsipaal, of 'n prinsipaal wat nog bepaal moet word, asook by die verwerwing van regte deur ouers vir hulle kind kragtens par. 1646 BGB. Ons beperk ons hier egter tot die situasie wat vir die „undisclosed principal" - problematiek van belang mag wees.

15 Maar let darem daarop dat beide regspraak en die leerboeke oorwegend terughoudend in die erkenning van die lasgewer se onmiddellike verwerwing van eiendomsreg is : Staudinger-Coing, a.w., Vorbemerkung 48 by par. 164 e.v.; Flume, a.w., par. 44 II 1 c; Larenz, a.w., p.547; Lehmann, a.w., pp. 289-290.

V.2.

ooreenkoms slegs tussen die persone wat daadwerklik die ooreenkoms gesluit het.¹⁶ In ons lasgewingsgeval sou slegs die lashebbër dus deur die derde om betaling van die koopprys aangespreek kan word, en sou die lasgewer sessie van die lashebbër se vordering moet kry indien hy die derde op grond van gebreke in die verkoopte saak wil aanspreek.

Ek het hierbo gesê dat ook die reël vervat in par. 392 II HGB gemik is op die vermyding van „Durchgangserwerb”. In hierdie paragraaf handel dit oor 'n besondere lasgewingsverhouding, naamlik dié tussen Kommittent en Kommissionär. Die Kommissionär is iemand wat beroepmatig vir rekening en in opdrag van 'n ander (die Kommittent), maar in eie naam, ware of waardepapiere koop of verkoop.¹⁷ Par. 392 II HGB bepaal nou dat sodra die Kommissionär in belang van die Kommittent 'n vordering verkry het, hierdie vordering in die verhouding tussen Kommittent en Kommissionär of laasgencemde se skuldeisers geld as alreeds deur Kommissionär aan Kommittent gesedeer. Dit bring mee dat die Kommittent by insolvensie van die Kommissionär 'n sogenaamde afsonderingsreg op die vordering het, wat daarop neerkom dat die Kommittent kan verhoed dat die vordering in die insolvente boedel val.¹⁸ Het die Kommissionär die vordering aan een van sy skuldeisers gesedeer, dan is hierdie sessie teenoor die Kommittent ongeldig.¹⁹ En poog enige skuldeiser om beslag op die vordering te lê, dan kan die Kommittent dit deur beswaar in terme van par. 771 Zivilprozessordnung verhoed.²⁰ Die fiksie van par. 392 II HGB geld natuurlik nie teenoor die derde, teen wie die Kommissionär die vordering verwerf het nie,²¹ sodat die Kommittent nog altyd daadwerklike sessie van die vordering moet kry, alvorens hy teenoor die derde kan ageer.

16 Vgl. Larenz, a.w., p.546; Lehmann, a.w., p.290; Palandt-Lauterbach, Bürgerliches Gesetzbuch, 24ste uitgawe (München u. Berlin, 1965), Anmerkung 1 by par. 164. Vgl. ook die beslissing van die Reichsgericht uit die jaar 1920, nl. RGZ 100, 190(192).

17 Par. 383 HGB. Die regsreëls in verband met die sg. Kommissionsgeschäft is saamgevat in par. 383-406 HGB.

18 Vgl. Mentzel, Kommentar zur Konkursordnung, 7de uitgawe bewerk deur Kuhn (Berlin u. Frankfurt a.M., 1962), Anmerkungen 1, 22-26 by par. 43; Schlegelberger-Hefermehl, a.w., Anmerkung 19 by par. 392.

Die effek van par. 392 II HGB is dus vergelykbaar met dié van die „Geschäft für den, den es angeht“, eerstens insoverre daar vir praktiese doeleindes geen „Durchgangserwerb“ by die Kommissionär plaasvind van die vorderinge verwerf vir die Kommittent nie, tweedens insoverre die ooreenkoms gesluit tussen Kommissionär en derde desnieteenstaande geen regsbande tussen Kommittent en derde teweegbring nie.

Samevattend kan die beskerming van die verborge lasgewer in die Duitse reg nou soos volg beskryf word. Daar bestaan in die eerste plek verskeie moontlikhede vir die vermindering van die verborge lasgewer se risiko ten opsigte van die goed of die vorderinge, wat die lashebbër uit ooreenkomste met derdes vir die lasgewer verwerf. Die vermindering van risiko word teweeggebring deur die verkorting van die tydperk waartydens die lashebbër geld as houër van die saaklike en/of vorderingsregte, wat hy in belang van die lasgewer verwerf het. Hoewel hierdie beskermingsmoontlikhede nou wel gereeld vermeld word by die Duitse skrywers se behandeling van die probleme geskep deur indirekte verteenwoordiging, het mens hier darem geen beskermingstegnieke wat spesifiek met die oog op die beskerming van die verborge lasgewer ontwerp is nie. Die sogenaamde „antizipiertes Besitzkonstitut“, die sogenaamde „Insichgeschäft“ en sessie by voorbaat is naamlik algemene regsinstellinge, wat elk in verskeie situasies aangewend kan word. Die gebruik daarvan ter beskerming van 'n verborge lasgewer berus op die lasgewer en lashebbër se bedoeling om die betrokke werkwysë te volg. Verder het ons gesien dat die kern van die lasgewer se risiko, naamlik die lashebbër se sogenaamde „Durchgangserwerb“ van die goed of vordering, nie deur die vermelde beskermingsmetodes vermy word nie.

Hierteenoor hang nóg die erkenning van 'n „Geschäft für den,

19 Schlegelberger-Hefermehl, a.w., Anmerkung 22 by par. 392.

20 Ibid., Anmerkung 17 by par. 392.

21 Oor die probleem wat ontstaan waar die derde toevallig ook skuldeiser van die Kommissionär is, sien Schlegelberger-Hefermehl, a.w., Anmerkung 23 by par. 392.

den es angeht" nóg die werking van par. 392 II HGB van lasgewer en lashebber se bedoeling af, dog geskied beide van regsweë. In albei gevalle word die gevolge van „Durchgangserwerb" by die lashebber vermy. Dat hiermee nóg geen besonder groot beskermingveld vir die verborge lasgewer geskep is nie, is egter duidelik. Want aan die gemelde vereistes vir die bestaan van 'n „Geschäft für den, den es angeht", word volgens heersende opvatting eintlik slegs by alledaagse kontanttransaksies voldoen. Die lasgewer verwerf verder alleenlik saaklike regte en kan vorderingsregte uit die betrokke ooreenkoms slegs via die persoon van die lashebber verkry. Aan die ander kant is die enigste reël waardeur 'n waarlik effektiewe en omvattende beskerming aan 'n lasgewer gebied word - dié van par. 392 II HGB - in sy werking beperk tot 'n bepaalde soort lasgewingsverhouding, naamlik dié tussen Kommittent en Kommissionär.

Par. 3 Die Nederlandse reg

Hoewel die Nederlandse Burgerlijk Wetboek (B.W.) van 1838 in sy behandeling van verteenwoordiging en lasgewing as 'n gewysigde weergawe van die Franse Code civil eerder dan as 'n kodifikasie van die Nederlandse gemene reg beskou moet word,¹ is die verteenwoordigingsreg wat op die B.W. gefundeer is in wesenlike ooreenstemming met die reëls oor verteenwoordiging wat in die Romeins-Hollandse reg bestaan het.

Die B.W. bevat nog geen selfstandige titel oor verteenwoordiging nie,² maar behandel dit in een asem met die lasgewingsooreenkoms,³ wat die indruk skep dat die volmag om 'n ander te verteenwoordig nie onafhanklik van 'n lasgewingsooreenkoms kan bestaan nie. Hierdie standpunt word egter eenparig deur die moderne Nederlandse

1 Vgl. Asser, Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, algemeen deel, tweede druk bewerk deur Scholten (Zwolle, 1954), pp.231-235.

2 Soos wel in die latere Duitse en Switserse kodifikasies die geval is.

3 Sien B.W., arts. 1829-1856.

regsgeleerdheid afgewys.⁴ Die werkwys van die B.W. bring natuurlik mee dat waar die moderne literatuur dit oor volmachtgever en vertegenwoordiger het, die betrokke artikels van die B.W. slegs van lastgever en lasthebber praat. Dit blyk nietemin ten duidelikste dat die ontstaan van regsbande tussen prinsipaal (of dan volmachtgever) en derde twee gegewenhede veronderstel, eerstens, dat die verteenwoordiger volmag gehad het om namens die prinsipaal met die derde die ooreenkoms te sluit, tweedens, dat die verteenwoordiger by sluiting van die ooreenkoms ook namens die prinsipaal opgetree het.⁵ Is aan hierdie vereistes voldoen, dan loop die verteenwoordiger geen aanspreeklikheid teenoor die derde op nie.⁶ Tree die „verteenwoordiger“ daarenteen nie namens die „prinsipaal“ op nie, dan ontstaan slegs wedersydse aanspreeklikheid tussen „verteenwoordiger“ en derde.⁷

⁴ Vgl. Asser, a.w., eerste deel, tweede stuk, derde druk bewerk deur Van der Grinten (hierna aangehaal as Asser-Van der Grinten) (Zwolle, 1959), p.20; Asser, a.w., derde deel, derde stuk, derde druk bewerk deur Kamphuisen (hierna aangehaal as Asser-Kamphuisen) (Zwolle, 1960), pp.712-713; Knol en Rutgers, Beginselen van het Privaatrecht, eerste deel, dertiende druk (s'Gravenhage, 1964), pp.478-479. In die B.W. self vind mens reeds in arts. 1852 en 1855 aanknopingspunte vir die skeiding van volmagswerking van die lasgewingsverhouding. Daar kan ook op gewys word dat die bestaande ontwerp vir 'n nuwe B.W. voorsiening maak vir 'n selfstandige titel oor „Volmacht“, en wel in Boek 3, Titel 3. Vgl. verder Best, Het Ontwerp-Meijers voor een nieuw Burgerlijk Wetboek (Zwolle, 1956), pp.174-180.

⁵ Vgl. B.W., arts. 1829, 1836, 1844. En sien voorts ten aansien van albei vereistes Asser-Van der Grinten, a.w., p.44; Pitlo, Het Stelsel van het Nederlandse Privaatrecht, tweede druk (Haarlem, 1964), pp.184-186, 188; Algra, Inleiding tot het Nederlands Privaatrecht, vyfde druk (Groningen, 1969), p.408.

⁶ B.W., art. 1843. Vgl. ook die Wetboek van Koophandel (W.v.K.), arts. 373, 455, 790, 926.

⁷ Vgl. W.v.K., arts. 77, 78; Pitlo, a.w., pp.190-191.

Hierdie laasgenoemde geval bring ons by die situasie wat vir ons probleem van belang is, naamlik dié waar die lasgewer verborge is. Die standaardvoorbeeld van 'n verborge lasgewer in die Nederlandse reg het mens in die lasgewer (genoem die committent of commissiegever) van die commissionair. Soos in die Duitse reg is die commissionair iemand wat beroepmatig in opdrag en vir rekening van ander koopoooreenkomste sluit, maar daarby steeds in eie naam optree.⁸ Uit sodanige ooreenkomste ontstaan daar slegs tussen commissionair en derde regsbande,⁹ terwyl wedersydse regte en verpligtinge natuurlik op grond van die lasgewingsverhouding tussen die verborge committent en sy commissionair bestaan.¹⁰

Die vraag is nou of daar na aanleiding van die kontrak gesluit tussen commissionair en derde dan hoegenaamd geen regswerking tussen lasgewer en derde is nie. In hierdie verband moet eers daarop gewys word dat waar die commissionair vir sy lasgewer 'n saak inkoop, laasgenoemde sonder meer by lewering van die saak aan die commissionair eiendomsreg op die saak verkry. Is dit 'n genuskoop, dan verkry die lasgewer slegs eiendom indien die gelewerde goed deur die commissionair afgesonder is.¹¹

8 Vgl. die definisie in W.v.K., art 76, en let op dat die reëls in verband met commissionairs volgens W.v.K., art. 85a, toepassing vind ook waar die lashebbër nie beroepmatig vir ander optree nie.

9 Sien Dorhout Mees, Kort Begrip van het Nederlands Handelsrecht, vierde druk (Haarlem, 1964), pp.320-321; Algra, a.w., pp.413-414; die bewysplekke aangehaal in voetnoot 7 hierbo.

10 Sien oor die lasgewingsverhouding in die algemeen Asser-Kamphuizen, a.w., pp.712-750; Knol en Rutgers, a.w., pp. 481-487.

11 Vgl. p.97 hierbo vir die ooreenstemmende reëling in die Romeins-Hollandse reg. Vgl. verder oor hierdie hele aangeleentheid Dorhout Mees, a.w., pp.322-324; Asser-Van der Grinten, a.w., pp.76-78; Molengraaff, Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse Handelsrecht, eerste deel, negende druk bewerk deur Busmann, Zevenbergen en Bodenhausen (Haarlem, 1953), p.183. Die twispunte in verband met hierdie vorm van eiendomsoorgang, byvoorbeeld of die commissionair die bedoeling moes gehad het om vir sy lasgewer eiendom te verkry, is hier nie verder van belang nie. Vir ons doeleindes is dit genoeg dat dit volgens heersende mening vas staan dat eiendomsoorgang wel op die vermelde wyse kan plaasvind.

Aan die ander kant is dit ook duidelik dat waar die lasgewer 'n (roerende) saak aan die commissionair toevertrou met die opdrag om dit te verkoop, eiendomsoorgang direk van lasgewer na derde plaasvind by lewering van die saak deur die commissionair aan die derde.¹² In geeneen van hierdie gevalle ontstaan sogenaamde deurgangseiendom by die commissionair nie. In albei gevalle het die saaklike ooreenkoms, wat commissionair en derde ingevolge hulle verbintenisskeppende ooreenkoms (d.w.s. die koopkontrak) aangaan, dus werking tussen lasgewer en derde. Die lasgewer vir wie die saak aangekoop is, sou hom dus ná lewering aan die commissionair teenoor die derde op sy eiendomsreg kon beroep, en die derde aan wie die lasgewer se saak deur die commissionair verkoop en gelewer is, sou hom teenoor die lasgewer op sy eiendomsreg kon beroep. Die afdwing van enige reg deur die een teenoor die ander met beroep op die verbintenisskeppende ooreenkoms, is egter geheel en al uitgesluit. En soos welbekend is, is juis die beroep op die kontrak kenmerkend van die „undisclosed principal“-eise.

Waar die commissionair op die vermelde wyse vir sy verborge lasgewer eiendomsreg verwerf, kan nog op 'n ander sy van die saak gewys word. Bly 'n koper naamlik in gebreke om die koopprys van 'n verkoopte en gelewerde saak te betaal, dan kan die verkoper onder bepaalde omstandighede sy sogenaamde recht van reclame uitoefen, d.w.s. hy kan sy saak terugeis.¹³

Het 'n derde nou byvoorbeeld op krediet 'n saak aan die commissionair verkoop en gelewer, dan sou die verborge lasgewer in die reël daarop kon staan dat hy eienaar van die saak is. Kan die commissionair egter uit hoofde van insolvensie nie teenoor die derde voldoen nie, dan kan laasgenoemde sy recht van reclame uitoefen. Die strydigheid van hierdie reg met

12 Vgl. Asser-Van der Grinten, a.w., pp.79-80; Dorhout Mees, a.w., p.322.

13 Vgl. Asser, a.w., tweede deel, tweede stuk, negende druk bewerk deur Van Oven (hierna aangehaal as Asser-Van Oven) (Zwolle, 1967), pp.39-45; Dorhout Mees, a.w., pp.799-806; Algra, a.w., pp.139-140. Let op dat hierdie reg by wet verleen is (vgl. B.W., art. 1191; W.v.K., art. 230).

V.3.

die lasgewer se eiendomsreg lê voor die hand. Dat die derde-verkoper se reg teenoor die verborge lasgewer die sterkere sou wees in alle gevalle waar die saak nog in besit van die commissionair-koper is, ly geen twyfel nie. Het laasgenoemde die saak reeds aan die lasgewer^{gelewer,} dan kan die derde-verkoper nog altyd sy saak opvolg, tensy die lasgewer kan aantoon dat hy die saak te goeie trou van die commissionair ontvang het, en wel ingevolge 'n koopkontrak tussen commissionair en lasgewer.¹⁴ Sou die lasgewer daarin slaag om as koper te goeie trou te geld, dan kan hy ten slotte tog^{nog} aanspreeklikheid teenoor die derde-verkoper ooploop vir sover hy die commissionair nog nie betaal het nie. Die derde-verkoper kan onder hierdie omstandighede naamlik tot die omvang van sy eie vordering die bedrag verskuldig deur die lasgewer aan die commissionair direk van die lasgewer vorder.¹⁵ Hierdie moontlikheid bied die derde klaarblyklik 'n belangrike beskerming vir geval die commissionair sy verpligtinge nie nakom nie.

Wat mens nou nie uit die oog moet verloor nie, is dat lasgewer en derde, wat in die pas behandelde situasie teenoor mekaar staan, nie sou poog om vorderingsregte ontleen aan die kontrak tussen commissionair en derde uit te oefen nie. Die lasgewer sou steun op sy beweerde eiendomsreg, die derde op 'n by wet verleende bevoegdheid om 'n verkoopte saak op te volg. Die probleem is dus sakeregterlik van aard, nie kontraktueel nie. Tweedens is dit duidelik dat die toepassing van die reëls in verband met die recht van reclame op lasgewer en derde maar 'n toevalligheid is, aangesien hierdie reg die beskerming van verkopers van goed in die algemeen ten doel het; dit is sekerlik nie geskep spesifiek om 'n derde teen 'n verborge lasgewer te beskerm nie.

Dieselfde toedrag van sake tref mens ook in ander opsigte aan. Daar bestaan naamlik aanknopingspunte vir die beskerming van die verborge lasgewer in ooreenstemming met die wyse waarop

14 Vgl. B.W., art. 1192a, lid 1; Asser-Van Oven, a.w., pp.43-44; Dorhout Mees, a.w., pp.804-805.

15 B.W., art. 1192a, lid 2; W.v.K., art. 238, lid 2; Asser-Van Oven, a.w., pp. 44-45; Dorhout Mees, a.w., pp.805-806.

die verborge lasgewer in die Duitse reg beskerm kan word, maar in elk van die gevalle is die toepassing van die reëls op die lasgewer 'n toevalligheid. So word „overdracht door constitutum possessorium bij voorbaat" in beginsel in die Nederlandse reg erken,¹⁶ maar die leerboeke stel dit nie op die voorgrond as 'n metode om die tydsduur van die lashebbere eiendomsreg op sake gekoop vir die lasgewer te verkort nie. Dieselfde geld ten opsigte van die erkenning van 'n gemagtigde persoon se moontlikheid om as verteenwoordiger van 'n ander met homself in sy persoonlike hoedanigheid 'n ooreenkoms te sluit.¹⁷ Hoewel daar seker geen rede is waarom 'n lashebbere nie langs hierdie weg sy lasgewer eienaar van die goed of waarde-papiere, wat hy vir hom verwerf het, kan maak nie, word die sogenaamde „Insichgeschäft" nie spesifiek deur die Nederlandse leerboeke in verband met die beskerming van die verborge lasgewer behandel nie.

In die Duitse reg het ons eindelijk nog ten opsigte van vorderinge verwerf deur die Kommissionär in belang van sy Kommittent die beskerming gebied deur par. 392 II HGB, sowel as die moontlikheid van sessie van die vorderinge vóór verwerwing daarvan deur die Kommissionär of ander lashebbere aangetref. 'n Reël vergelykbaar met par. 392 II HGB kon ek in die Nederlandse reg nie vind nie. Aan die ander kant kom die sessie van toekomstige vorderinge weereens slegs in die algemeen ter sprake,¹⁸ nie spesifiek met betrekking tot die lasgewingsverhouding tussen committent en commissionair nie. Bowendien is die sessie van 'n toekomstige vordering 'n omstrede vraagstuk weens die Hoge Raad se standpunt dat sodanige sessie slegs moontlik is indien die betrokke vordering sy grondslag vind in 'n regsverhouding wat ten tyde van die sessie reeds bestaan.¹⁹ Aangesien die derde-commissionair-verhouding, waarbinne die

16 Vgl. Asser, a.w., tweede deel, algemeen deel, negende druk bewerk deur Beekhuis (hierna aangehaal as Asser-Beekhuis) (Zwolle, 1957), p.178.

17 Vgl. Asser, a.w., derde deel, tweede stuk, tweede druk bewerk deur Rutten (Zwolle, 1961), p.5.

18 Vgl. Pitlo, Het Zakenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek vyfde druk (Haarlem, 1965), pp.208-211.

19 Vgl. Asser-Beekhuis, a.w., pp.179-180; Pitlo, a.w., p.209.

commissionair vorderinge vir sy committent verwerf, meesal eers tot stand kom as gevolg van die commissionair se uitvoering van sy opdrag, sal 'n sessie by voorbaat ten tyde van die aanvaarding van die opdrag volgens die Hoge Raad se standpunt ongeldig wees. Selfs indien die Hoge Raad se uitgangspunt sou moet plek maak vir die algemene erkenning van sessie by voorbaat,²⁰ dan sou dit 'n committent nog nie help om die gevolge van die commissionair se insolvensie te vermy nie. Want soos in die Duitse reg sou vir die geldigheid van 'n sessie by voorbaat nog altyd die beskikkingsbevoegdheid van die sedent oor die vordering ten tyde van die verkryging daarvan vereis word,²¹ wat sodanige sessie sou uitsluit in alle gevalle waar die commissionair op hierdie tydstip reeds insolvent is.

Die resultate van die ondersoek in die Nederlandse reg kan nou soos volg saamgevat word: waar 'n lashebber in belang van 'n verborge lasgewer met 'n derde 'n ooreenkoms sluit, kan die gepaardgaande saaklike ooreenkoms wel werking tussen lasgewer en derde hê, maar van kontraktuele aanspreeklikheid tussen die twee is geen sprake nie. Hoewel voorts instellings in die Nederlandse reg bestaan wat ter vermindering van 'n verborge lasgewer se risiko in sy verhouding teenoor sy lashebber gebruik sou kan word, is hierdie instellings nie spesifiek ter beskerming van die lasgewer ontwerp nie. Hulle aanwending tot voordeel van die lasgewer is dus toevallig. Ook in die geval waar 'n derde-verkoper in terme van die reëls in verband met die recht van reclame 'n lasgewer sou aanspreek, is dit maar 'n toevalligheid dat dit juis 'n lasgewer is wat deur die derde-verkoper aangespreek word.

20 En vgl. Asser-Beekhuis, t.a.p. en Pitlo, a.w., pp. 209-211 vir kritiek op die Hoge Raad se standpunt.

21 Vgl. Asser-Beekhuis, a.w., p.180.

By die behandeling van die Nederlandse reg hierbo het ek daarop gewys dat die Franse Code civil as voorbeeld gedien het by die ontwerp van die Burgerlijk Wetboek. Dit is daarom geen verrassing nie dat die verteenwoordigingsreg van die Code civil nagenoeg ooreenstem met dié wat hierbo ten aansien van die B.W. geskets is. Die Code civil gaan naamlik ook van die standpunt uit dat verteenwoordigingsbevoegdheid in beginsel steeds beliggaam word in 'n lasgewingsooreenkoms of mandat, wat vandag nog in die Franse reg gedefinieer word as die ooreenkoms waarvolgens een persoon die opdrag van 'n ander aanvaar om ten behoeve van en namens die ander een of meer regshandelinge teenoor derdes uit te voer.¹ Hoewel hierdie definisie klaarblyklik nog getrou op die spoor van die Code civil volg, word in die moderne Franse literatuur, net soos in die Nederlandse reg, sistematies tussen lasgewing en verteenwoordiging (représentation) onderskei, sodat nie betwyfel word dat lasgewing kan plaasvind sonder om verteenwoordigingsbevoegdheid of volmag aan die lashebber te verleen nie.² Oor twee sulke vorme van lasgewing sal ons dit weldra hê. Waar 'n (gemagtigde) lashebber-verteenwoordiger egter namens sy lasgewer-prinsipaal 'n ooreenkoms sluit, ontstaan regsbande direk tussen laasgenoemde en derde, terwyl die lashebber-verteenwoordiger self geen aanspreeklikheid teenoor die derde oploop nie.³ Vir die intree van hierdie verteenwoordigingsgevolge geld dus ook in die Franse reg die bekende vereistes van volmag en openbaring van die prinsipaal.⁴

1 Vgl. art. 1984 van die Code civil; Mazeaud, Leçons de Droit Civil, tweede uitgawe, derde band (Paris, 1963), par. 1384; Aubry et Rau, Droit Civil Français, sesde uitgawe deur Esmein, sesde band (Paris, 1951), par. 410.

2 Vgl. Planiol et Ripert, Traité Pratique de Droit Civil Français, tweede uitgawe, elfde band bewerk deur Rouast, Savatier, Lepargneur en Besson (Paris, 1954), par. 1427; Aubry et Rau, t.a.p.

3 Vgl. Mazeaud, a.w., par. 1414-1415; Planiol et Ripert, a.w., par. 1497-1498.

4 Sien in die algemeen oor die vereistes vir verteenwoordiging Mazeaud, a.w., derde uitgawe, tweede band (Paris, 1966), par. 150, 153-154.

V.4.

Ons taak is nou om nogeens die verhouding tussen verborge lasgewer en derde na te gaan. In ooreenstemming met die beginsels van direkte verteenwoordiging, word dit in die Franse reg as uitgangspunt gestel dat waar 'n lashebber in belang van 'n verborge lasgewer met 'n derde 'n ooreenkoms sluit, die ooreenkoms as grondslag vir aanspreeklikheid slegs tussen lashebber en derde kan dien. Dit kan aangetoon word in twee geykte gevalle van optrede in belang van 'n verborge lasgewer, een in die siviele of burgerlike reg, die ander in die handelsreg.⁵

Die burgerlike reg ken naamlik die figuur van die sogenaamde prête-nom (strooiman), wat 'n lashebber is wat met sy lasgewer (wat hier simulateur heet) die verstandhouding het, dat eersgenoemde nie die belang van laasgenoemde sal openbaar by sy kontraksluiting met die derde nie.⁶ Die handelsreg weer ken die figuur van die commissionnaire, oor wie se eweknie ons dit meermale in die Duitse en Nederlandse reg gehad het, d.w.s. die persoon wat beroepmatig in eie naam in belang en vir rekening van ander (sogenaamde commettants) ooreenkomste sluit.⁷ In albei gevalle is die grondreël dat die ooreenkoms lei tot aanspreeklikheid tussen prête-nom en derde of tussen commissionnaire en derde, en dat direkte aanspreeklikheid tussen simulateur en derde of tussen commettant en derde in beginsel uitgesluit is.

In die handelsreg tref mens egter 'n ingrypende beperking op hierdie standpunt aan. Art. 575 par. 2 van die Code de Commerce bepaal naamlik dat die commettant wie se verkoopscommissionnaire

5 Die Franse reg onderskei konsekwent tussen transaksies wat tot die droit civil en dié wat tot die droit commercial behoort, met ooreenstemmende onderskeiding tussen regs-bevoegde howe, vorme van bewyslewering, moontlikhede van insolvensie, ens. Vgl. hieroor Amos and Walton's Introduction to French Law, derde uitgawe deur Lawson, Anton en Brown (Oxford, 1967), pp.339-345.

6 Vgl. Mazeaud, a.w., derde uitgawe, tweede band, par. 807 en tweede uitgawe, derde band, par. 1430; Planiol et Ripert, a.w., par. 1504-1508.

7 Vgl. Hémard, Les Contrats commerciaux (Paris, 1955), par. 685-690, 740; Mazeaud, a.w., tweede uitgawe, derde band, par. 1428.

insolvent is, direk teen die derde kan ageer vir die koopprys van die goed deur commissionnaire aan derde gelewer. Hierdie bevoegdheid het die commettant egter net vir sover die koopprys nog nie vereffen is nie, en die derde kan verder teen die commettant opwerp dat skuldvergelyking reeds tussen hom en die commissionnaire plaasgevind het.⁸ Die reël van art. 575 par. 2 is skynbaar voorts analoog toepaslik waar die commissionnaire in belang van sy commettant 'n saak ingekoop het.⁹ Dit beteken dat laasgenoemde by eersgenoemde se insolvensie die derde direk om lewering van die saak sou kan aanspreek.

Afgesien van die reël van art. 575 par. 2 van die Code de Commerce, wat net toepassing vind waar die commissionnaire insolvent is, bestaan daar verder volgens die leerboeke in die algemeen vir die commettant die moontlikheid om op grond van die ooreenkoms gesluit tussen commissionnaire en derde vir laasgenoemde met 'n sogenaamde action directe aan te spreek.¹⁰ Hierdie aksie berus skynbaar op handelsgebruik ("usage commercial"),¹¹ en is dogmaties nog geen afgeronde regsinstelling nie. Ter regverdiging van die aksie word veral klem daarop gelê dat die derde, wat met 'n commissionnaire 'n ooreenkoms sluit, in die reël weet dat die commissionnaire nie die ware belanghebbende by die ooreenkoms is nie.¹² Mazeaud sê selfs dat die aksie beteken dat "certain rapports" (sekere betrekkinge) tussen commettant en derde bestaan,¹³ terwyl Ripert-Roblot so ver gaan om te sê dat die représentation imparfaite of indirekte verteenwoordiging wat aanvanklik bestaan, omskep word in représentation parfaite of direkte verteenwoordiging indien die commettant verklaar¹⁴ dat hy die kontrak vir homself aanneem of toe-eien ("prendre pour lui le contrat").¹⁵

8 Vgl. Hémard, a.w., par. 724-725, 743, asook Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, vyfde uitgawe deur Roblot (hierna aangehaal as Ripert-Roblot) (Paris, 1964), par. 3008, waar die onderhawige reël egter verkeerdelik as berustend op art. 547 van die Code de Commerce aangegee word.

9 Vgl. Müller-Freienfels, Comparative Aspects of Undisclosed Agency, in (1955) 18 M.L.R.33, op p.35; Ripert-Roblot, a.w., par. 2567.

10 Vgl. Ripert-Roblot, a.w., par. 2544; Hémard, a.w., par. 740.

11 Ripert-Roblot, t.a.p.

12 Vgl. Hémard, a.w., par. 742, 744; Mazeaud, a.w., tweede uitgawe, derde band, par. 1428.

13 T.a.p.

14 Vermoedelik teenoor die derde.

15 Par. 2545.

Hierdie opmerkings wat die skrywers in verband met die action directe kwytraak, laat duidelik blyk dat hulle die aksie probeer goedpraat deur dit as die gevolg van 'n soort direkte verteenwoordiging voor te stel. Die poging om die optrede in belang van 'n verborge lasgewer as direkte verteenwoordiging voor te stel, moet natuurlik egter steeds tot mislukking gedoem wees, aangesien daar van direkte verteenwoordiging slegs sprake kan wees wanneer verteenwoordiger en derde dit by kontraksluiting daaroor eens is dat die regsbande alleenlik tussen prinsipaal en derde tot stand moet kom. Uit die aard van die saak ontbreek hierdie bedoeling in alle gevalle waar 'n commissionnaire in eie naam optree, d.w.s. ook in die gevalle vermeld deur die skrywers, waar die commissionnaire se teenparty besef dat iemand anders as die commissionnaire die ware belanghebbende is.

Die gedagte van direkte verteenwoordiging as grondslag van die action directe word deur die skrywers self ook nie konsekwent deurgevoer nie, want eerstens word die derde die reg ontsê om direk die commettant aan te spreek,¹⁶ tweedens word dit as algemene beginsel gestel dat die derde se aanspreeklikheid teenoor die commettant eersgenoemde se posisie níg mag versleg nie.¹⁷ Soos by die aanspreeklikheid in terme van art. 575 par. 2 Code de Commerce, staan die derde dus veilig waar hy reeds aan die commissionnaire betaal het of waar skuldvergelyking reeds tussen commissionnaire en derde plaasgevind het - waarmee in effek erken word dat 'n volwaardige kontraktuele verhouding tussen commissionnaire en derde bestaan. Derdens kan nog daarop gewys word dat Hémard die commettant se optrede teen die derde verskeie kere met die woord "recours" (verhaal, regres) aandui,¹⁸ wat weinig twyfel daaroor laat dat die commettant se action directe teen die derde nie die commettant se normale remedie is nie, dog slegs 'n hulpmiddel vir die geval dat optrede teen die commissionnaire ondoenlik is.

16 Ripert-Roblot, a.w., par. 2567.

17 Hémard, a.w., par. 743.

18 Sien par. 740, 742, 743.

Ons kan nou die derde se posisie van nader beskou. Sopas het geblyk dat die derde 'n action directe teen die commettant ontsê word. Die moontlikheid bestaan egter vir die derde om met die sogenaamde action oblique of action indirecte teen die commettant te ageer.¹⁹ Hierdie aksie word deur art. 1166 van die Code civil verleen aan enige skuldeiser, wie se skuldenaar nie kan betaal nie, en dit stel die skuldeiser in staat om 'n vordering wat die skuldenaar op sy beurt teen 'n derde het, en wat seker, opeisbaar en likied is, namens die skuldenaar in te vorder.²⁰ Het die commissionnaire nou in belang van die commettant 'n saak van die derde gekoop, ontvang en aan die commettant gelewer, dan is laasgenoemde teenoor die commissionnaire, en die commissionnaire tegelykertyd teenoor die derde, skuldenaar ten bedrae van die koopprys. Die action oblique sal waarskynlik egter slegs by hoë uitsondering deur die derde gebruik word, want waar hy slaag, val die opbrengs nog altyd in die skuldenaar (d.w.s. die commissionnaire) se boedel, sodat die derde moontlikerwys nog met ander skuldeisers van die commissionnaire om hierdie opbrengs moet meeding. Verder moet mens nie vergeet nie dat die derde se gebruikmaking van hierdie aksie slegs moontlik is solank die commettant nog nie met sy commissionnaire afreken het nie.²¹

Het die derde enige ander moontlikhede van optrede teen die commettant? Müller-Freienfels vermeld 'n aantal hofbeslissings waarin die standpunt ingeneem sou gewees het dat die derde 'n vordering teen die verborge lasgewer, wat reeds die goed van die lashebber ontvang het, kan uitoefen op die basis van die actio de in rem verso, d.w.s. die lasgewer se aanspreeklikheid sou hier op verryking berus.²² Hierdie beslissings kon ek ongelukkig nie self nagaan nie.

19 Vgl. Hémard, a.w., par. 742; Mazeaud, a.w., tweede uitgawe, derde band, par. 1428.

20 Vgl. in die algemeen oor hierdie aksie Mazeaud, a.w., derde uitgawe, tweede band, par. 959-979.

21 Vgl. Ripert-Roblot, t.a.p.

22 Müller-Freienfels, t.a.p. Let darem op dat Müller-Freienfels dit hier algemeen oor die aanspreeklikheid van 'n verborge lasgewer het, nie spesifiek oor dié van die commettant nie.

Na aanleiding van die behandeling in die Duitse en Nederlandse reg van moontlikhede om ter vermindering van die lasgewer se risiko die tydperk te verkort waartydens die lashebber geld as eienaar van die saak of houer van die vordering, wat hy vir sy lasgewer verwerf het, moet eindelijk nog gemeld word dat sodanige moontlikhede nie bespreek word deur die Franse skrywers wat ek geraadpleeg het nie.

Die posisie kan nou soos volg vir die Franse reg saamgevat word. Die enigste vorm van aanspreeklikheid tussen verborge lasgewer en derde wat vergelykbaar is met dié wat ingevolge die leerstuk van die "undisclosed principal" bestaan, is dié van derde teenoor commettant. Sowel in die geval waar die commissionnaire insolvent is as in ander gevalle toon die commettant se bevoegdheid teenoor die derde naamlik groot ooreenkoms met dié van die "undisclosed principal". Ook die verwere waaroor die derde beskik, stel 'n duidelike parallel daar tot die beskerming van die derde in die Engelse en Suid-Afrikaanse reg. Die commettant se direkte aksie het egter nog geen aanvaarbare dogmatiese grondslag nie. In hulle poging om die aksie te regverdig, lê die Franse skrywers 'n onvermoë om tussen direkte en indirekte verteenwoordiging te onderskei, aan die dag.

In teenstelling met die commettant se sterk posisie, is die derde vir sy optrede teen die commettant skynbaar hoofsaaklik aangewese op die onaantreklike moontlikhede gebied deur die action oblique. Miskien staan 'n soort verrykingsaanspreeklikheid ook tot sy beskikking.

Par. 5 Samevatting

Die ondersoek oor die verborge lasgewer in sekere Europese regstelsels het bowenal twee feite baie duidelik laat blyk. Eerstens keur hierdie regstelsels in beginsel direkte aanspreeklikheid tussen verborge lasgewer en derde af, wat maar net die logiese uitvloeisel is van die sentrale plek wat die vereiste van optrede namens die prinsipaal in hulle naastenby ooreenstemmende opvattinge van verteenwoordiging inneem. Tweedens

V.5

toon veral die Duitse en Franse reg hulle deeglik bewus van die risiko's wat daar vir die verborge lasgewer opgesluit lê in sy lashebbër se optrede teenoor derdes, en poog om hierdie risiko's te verminder.

Die feit dat die regswetenskap vorme van beskerming vir die verborge lasgewer ontwikkel het, is die bewys dat indirekte verteenwoordiging op sigself nie in onguns staan nie. Mens het hier te doen met diepgewortelde handelsgebruike, waarsonder die ekonomiese verkeer nie kan klaarkom nie. Die beskermings is beide erkenning van hierdie feit, en uitdrukking van die oortuiging dat dit onbillik is om die verborge lasgewer die las van sy lashebbër se moontlike finansiële verleentheid te laat dra.

Die opvallendste voorbeelde van die lasgewer se beskerming het mens in par. 392 II van die Duitse HGB en in art. 575 par. 2 van die Franse Code de Commerce. In albei gevalle word die lashebbër in effek as skuldeiser van die derde uitgeskakel, sodat die lasgewer self as skuldeiser teenoor die derde te staan kom. Hierdie twee reëls vind egter slegs toepassing op onderskeidelik Kommittent en commettant, en in die geval van laasgenoemde is insolvensie van die lashebbër boonop 'n vereiste vir direkte optrede teen die derde. Mens het dus met 'n taamlik beperkte beskermingsveld te doen.

Buite die wetgewing om bestaan natuurlik ook pogings om die lashebbër met die lasgewer as skuldeiser van die derde te vervang. Behalwe in die geval van die Franse action directe word deur hierdie pogings egter nog geen geweld aan die beginsels van direkte verteenwoordiging gedoen nie, aangesien nêrens die ontstaan van regsbande tussen verborge lasgewer en derde op grond van die verbintenisskeppende ooreenkoms gesluit tussen lashebbër en derde erken word nie. Hoogstens word erken dat 'n gepaardgaande saaklike ooreenkoms direk werking tussen lasgewer en derde kan hê.¹ Verder is dit duidelik dat lasgewer

¹ Sien pp.141-142 in verband met die "Geschäft für den, den es angeht" en pp.147-148 vir die analoë situasie in die Nederlandse reg.

en lashebber ter beveiliging van eersgenoemde die oordrag van sake en regte deur middel van constitutum possessorium by voorbaat, sogenaamde „Insichgeschäft" en sessie by voorbaat kan bespoedig of vergemaklik. Hierdie regsinstellinge word hier egter maar toevallig gebruik; spesifiek ter beskerming van die verborge lasgewer is hulle nie ontwerp nie.

By wyse van vergelyking met die remedies wat binne die raamwerk van die "undisclosed principal"-leerstuk beskikbaar is, moet egter ook die aandag op die derde se posisie gevestig word. In die Engelse en Suid-Afrikaanse reg staan die derde se bevoegdheid om teen die "undisclosed principal" op te tree in geen opsig agter by dié van die "undisclosed principal" om teen die derde op te tree nie. Hulle bevoegdhede en hulle beskerming kan as gelykwaardig en komplementêr beskou word. Hierteenoor is daar vir die derde in die ondersoekte Europese stelsels nie besondere beskermings ontwikkel, wat met dié van die verborge lasgewer vergelyk kan word nie.

Hoofstuk VI DIE DOGMATIESE REGVERDIGING VAN DIE LEERSTUKPar. 1 Inleiding

Sedert dit in die laat 19de eeu duidelik geword het dat die leerstuk van die "undisclosed principal" „problematies" is, dat die eise van "undisclosed principal" en derde 'n „anomalie" daarstel, is van tyd tot tyd in die regs literatuur gepoog om die "undisclosed principal" - remedies met behulp van erkende regsinstellings en in terme van erkende grondslae van aanspreeklikheid te verduidelik of dogmaties te regverdig. In die regspraak is nooit op sistematiese wyse 'n dogmatiese grondslag vir die leerstuk ontwikkel nie. Nietemin vind mens in enkele beslissings meer of minder uitdruklike pogings om die leerstuk te verklaar.

Die onderhawige hoofstuk word gewy aan die blootlegging van al hierdie pogings om 'n voetstuk te verskaf waarop die leerstuk kan staan. Hierby sal ek eers die pogings in die Engelse en Suid-Afrikaanse regspraak nagaan (par. 2), en daarop die bydraes van verskeie skrywers behandel (par. 3). Soos ek sal probeer aantoon, word nóg in regspraak nóg in literatuur 'n genoegsame verduideliking van die leerstuk aangebied.

Self wil ek geen nuwe konstruksie ter bestendiging van die "undisclosed principal"-eise gee nie.¹ Of die leerstuk hoegenaamd bestendiging verdien, is naamlik twyfelagtig. Ek is verder daarvan oortuig dat enige konstruksie, wat al die regsverskynsels by die "undisclosed principal"-situasie met behulp van een beginsel probeer verduidelik, noodwendigerwys op oorvereenvoudiging - en dus onjuistheid - uitloop. Wat ek wel in hoofstuk VII hieronder sal probeer doen, is om aan te toon welke faktore of oorwegings deurslaggewend vir die aanvaarding of verwerping van die "undisclosed principal"-remedies behoort te wees.

1. Vgl. Stoljar, a.w., p. 228, se stelling dat "the critics have usually advanced one or other fresh theory in order not to bury the undisclosed principal, but to save and sustain him."

(a) Engelse beslissings

Die vernaamste wyse waarop die leerstuk in die Engelse regspraak dogmaties geregverdig word, is deur die bewering - uitdruklik of by implikasie - dat mens in die "undisclosed principal"-situasie met 'n kontrak tussen "undisclosed principal" en derde te doen het. As vroeë voorbeeld kan dien die bekende geval van Cothay v. Fennell,² waar drie firmas ooreengekom het dat een van hulle in eie naam in belang van al drie 'n hoeveelheid Barbaryse gom sou aankoop, en die drie toe tesame die verkoper suksesvol op grond van kontrakbreuk aangespreek het. Ter verduideliking van sy beslissing sê die hof onder andere dat die aksie ingestel kan word "either in the name of the person with whom [the contract] was actually made, or in the name of the person with whom, in point of law, it was made..."^{3,4} 'n Later voorbeeld is die geval van Armstrong v. Stokes,⁵ waar die hof se opvatting dat die "undisclosed principal" self die kontraksparty is, skemer deur die formulering dat "if on the failure of the person with whom alone the vendor believed himself to be contracting, the vendor discovers that in reality there is an undisclosed principal behind, he is entitled to take advantage of this unexpected godsend..."⁶

Die duidelikste stelling van die onderhawige standpunt het mens egter in die beslissing van die House of Lords in Keighley, Maxsted & Co. v. Durant,⁷ waar die leerstuk van die "undisclosed principal" onomwonde deur Lord Lindley verduidelik word in terme van die opvatting dat die lasgewer kontraksparty is. Op p.261

2 (1830) 10 B.& C.671 (109 E.R.599).

3 Op p.672 (my beklemtoning).

4 Vir verdere voorbeelde uit die eerste helfte van die 19de eeu, sien Sims v. Bond (1833) 5 B.& Ad.389 (110 E.R.834), op p.393, waar die lashebber as "nominal contractor" en die lasgewer as "real contractor" beskryf word; Beckham v. Drake (1841) 9 M.& W.79 (152 E.R.35), waar die aanspreeklikheid van 'n slapende vennoot as "undisclosed principal"-aanspreeklikheid gekonstrueer is (pp.91-93, 96), verder gesê is dat hy "in point of law" 'n party tot die kontrak was (p.97), en met verwysing na hom gepraat word van "a man who has by his partners entered into a contract" (p.94); Nelthorpe v. Holgate (1844) 1 Coll.203 (63 E.R.384), op p.220, waar gepraat word van 'n "undisclosed principal" se "contracting with another in the name of an agent".

van die verslag laat hy hom soos volg uit: "The explanation of the doctrine that an undisclosed principal can sue and be sued on a contract made in the name of another person with his authority is, that the contract is in truth, although not in form, that of the undisclosed principal himself. Both the principal and the authority exist when the contract is made; and the person who makes it for him is only the instrument by which the principal acts. In allowing him to sue and be sued upon it, effect is given, so far as he is concerned, to what is true in fact, although that truth may not have been known to the other contracting party."⁸

Die gemeenskaplike element in die opvattinge verkondig in hierdie beslissings is nou dat hulle die bestaan postuleer van 'n kontrak tussen "undisclosed principal" en derde, by die totstandkoming waarvan die derde se bedoeling hoegenaamd geen rol speel nie. Trouens, die gepostuleerde kontrak kom volgens die aangehaalde menings tot stand in weerwil van die derde se bedoeling dat die regsband tussen hom en lashebber gelê word. In Cothay v. Fennell word naamlik in effek verklaar dat hoewel die derde die ooreenkoms "actually" met die lashebber in eie naam sluit, die kontrak nogtans "in point of law" met die lasgewers tot stand kom. Volgens Armstrong v. Stokes meen ("believe") die derde dat hy 'n kontrak met die lashebber sluit, maar

5 (1872) L.R.7 Q.B.598.

6 Op p.604 (my beklemtoning).

7 [1901] A.C.240.

8 Vgl. nog United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association v. Nevill (1887) 19 Q.B.D.110, op p.117: "I do not think that he is a party to the contract as an undisclosed principal... Not being a party he cannot sue or be sued on the contract."; Said v. Butt [1920] 3 K.B.497, op p.500, waar die bestaan van 'n geldige kontrak tussen "undisclosed principal" en derde eweneens as voorveronderstelling vir die "undisclosed principal" se suksesvolle optrede behandel word. Op die feite van die geval misluk die eiser egter.

VI.2(a)

"in reality" het hy met 'n "undisclosed principal" te doen. In Keighley, Maxsted & Co. v. Durant word die "truth" van die kontraktuele situasie bepaal slegs op grond van die verhouding tussen lasgewer en lashebber; wat die derde van die saak weet, of wat hy bedoel, is skynbaar irrelevant.⁹

Dit lê voor die hand dat mens hier in effek die ontkenning van 'n grondliggende beginsel van die kontraktereg het, naamlik dat wilsooreenstemming die grondslag is van die kontrak. Die standpunt van die Engelse houe beskou ek dan ook as geheel en al verwerplik. Afgesien van hierdie basiese beswaar, dat die houe binne 'n regsisteem wat van die outonomie van die regs subjek uitgaan, die bedoeling van die derde flagrant verontagsaam, kan die onhoudbaarheid van die houe se houding nog vanuit ander gesigspunte belig word. Hierdie kritiek word in hoofstuk VII hieronder uitgeoefen. Hier moet nog eers gevra word of daar van alternatiewe pogings om die leerstuk dogmaties te verantwoord in die regspraak blyke is. Die antwoord is dat hulle feitlik geheel en al ontbreek. Enkele aanknopingspunte kan tog aangestip word.

Eerstens word soms die indruk geskep dat die "undisclosed principal" se reg om te eis daarop berus dat die "consideration" (d.w.s. vir die verpligting wat die derde op hom neem) in die laaste instansie van hom afkomstig is. So word in die beslissing van Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge & Co.¹⁰ verklaar dat 'n verborge lasgewer slegs kan eis waar hy "consideration" gegee het. En in

9 Let eindelijk nog daarop dat die gedagte dat die "undisclosed principal" die eintlike kontraksparty is, reëlmatig aangetref word in die gevalle waarby dit handel om die derde se beskerming deur middel van sy skuldvergelykingsbevoegdheid of as gevolg van sy voldoening teenoor of skikking met die lashebber. Daar word naamlik steeds verklaar dat die derde homself in die posisie mag stel asof die lashebber sy ware kontraksparty was, d.w.s. hy is dit volgens die houe se opvatting nie in werklikheid nie; die "undisclosed principal" is die eintlike kontraksparty.

10 [1915] A.C. 847, op p.853.

Harmer v. Armstrong¹¹ word die algemene stelling gemaak dat "if the contract be one not under seal, besides the actual contracting parties those from whom and between whom consideration proceeds can also sue." Al word die gee van "consideration" in hierdie beslissing nou nie uitdruklik as rede vir (d.w.s. as grondslag van) die eis genoem nie, word dit tog as voorveronderstelling daarvoor behandel. Die beoordeling van die "consideration"-gedagte hou ons oor vir later. Soos sal blyk, het hierdie opvatting uitvoerig in die literatuur ter sprake gekom, en ten beste word ons kritiese opmerkings aldaar gemaak.¹²

Tweedens word in een of twee beslissings in die verbygaan te kenne gegee dat die "undisclosed principal" se aanspreeklikheid daarop berus dat die voordeel van die kontrak gesluit tussen lashebbber en derde hom toekom.¹³ So word in Lloyd v. Archbowle¹⁴ gesê dat "if you can find out a dormant partner Defendant, you may make him pay, because he has had the benefit of your work..."¹⁵ En in Kendall v. Hamilton¹⁶ verklaar die hof: "...it would be...contrary to justice that the creditor on discovering the principal, who really has had the benefit of the loan,"¹⁷ should be prevented suing him if he wishes to do so." Mens het hier natuurlik geensins met 'n ernstige poging ter verduideliking van die "undisclosed principal" se aanspreeklikheid te doen nie, en die besware teen die opvatting lê voor die hand. Eerstens bestaan daar net geen beginsel "to the effect that a person taking the benefits of a transaction must inevitably assume its burdens."¹⁸ Tweedens, indien die

11 [1934] 1 Ch.65, op p.87.

12 Sien par. 3(d) hieronder.

13 In die literatuur kom hierdie gedagte ook kortliks ter sprake. Vgl. Lewis, The Liability of the Undisclosed Principal in Contract, in (1909) 9 Columbia L.R.116, op pp.124-127.

14 (1810) 2 Taunt.324 (127 E.R.1102), op p.327.

15 My beklemtoning.

16 (1879) 4 App.Cas.504, op p.514.

17 My beklemtoning.

18 Higgins, The Equity of the Undisclosed Principal, in (1965) 28 M.L.R.167, op p.171.

grondslag van die "undisclosed principal" se aanspreeklikheid werklik sy voordeeltrekking is, sou die omvang van die aanspreeklikheid bepaal moes wees deur die werklike waarde van die derde se prestasie, nie deur die kontraksprys nie, soos wel in die praktyk gebeur.

'n Aanknopingspunt vir die verklaring van die "undisclosed principal" se eis vind mens ten slotte nog in 'n betreklik onlangse hofuitspraak, waarin die beginsel van "privity" bestempel is as onderworpe aan 'n meer fundamentele beginsel, t.w. dat 'n man gebonde gehou word in terme van sy ernstig afgelegde belofte. Dit handel hier om die uitspraak van Lord Denning in die beslissing Smith and Snipes Hall Farm Ltd. v. River Douglas Catchment Board.¹⁹ Lord Denning het dit hier eintlik oor die regte van buitestaanders tot 'n kontrak in die algemeen. Sy bewering is dat waar 'n man 'n belofte gemaak het met die bedoeling om in terme daarvan gebonde te wees, hy sy belofte moet hou; "and the court will hold him to it, not only at the suit of the party who gave the consideration, but also at the suit of one who was not a party to the contract, provided that it was made for his benefit and that he has a sufficient interest to entitle him to enforce it..."²⁰

As voorbeeld van die toepassing van hierdie beginsel noem hy dan uitdruklik die erkenning deur Lord Mansfield van die "undisclosed principal" se eis in Rabone v. Williams.²¹ In effek vind hy dus die verklaring vir die "undisclosed principal" se eis teen die derde daarin dat die kontrak gesluit tussen lashebber en derde 'n kontrak ten behoeve van 'n derde sou wees. Sy mening is egter verwerp in die beslissing Scruttons v. Midlands Silicones,²² waar die standpunt in ere herstel word dat die Engelse reg geen verwerping van 'n reg ten behoeve van 'n derde deur middel van kontrak ("jus quaesitum tertio arising by way of contract") ken nie. Hiermee kan ook die aanwending van Lord Denning se opvatting op die

19 [1949] 2 K.B.500.

20 Op p.514.

21 Op p.515.

22 [1962] 1 All E.R.1, op pp.6-7.

"undisclosed principal"-situasie as verwerp beskou word. Maar ook onafhanklik van die Engelsregtelike verwerping van die kontrak ten behoeve van 'n derde as sodanig, sou daar natuurlik ernstige besware bestaan teen hierdie kontrak as verklaring vir die "undisclosed principal" se eis, eerstens omdat die reg van die derde (d.w.s. by die kontrak ten behoeve van 'n derde) hoegenaamd nie die bestaan van 'n lasgewingsverhouding tussen derde en een van die kontrakspartye veronderstel nie, tweedens omdat die reg by hierdie kontrak steeds uitdruklik vir die derde beding word, m.a.w. hy is volledig "disclosed".

Ter samevatting kan mens sê dat daar in die Engelse regspraak slegs op beperkte skaal gepoog word om die leerstuk van die "undisclosed principal" te verklaar of dogmaties te verantwoord. Daar word gewoonlik volstaan met die erkenning van remedies, en die verwysing na die beperkings en uitsonderinge op die remedies. Insoverre 'n konstruksie vir die wedersydse eise van "undisclosed principal" en derde hoegenaamd aangebied word, is dit die erkenning van 'n kontrak tussen die twee. Alternatiewe konstruksies word so sporadies en terloops aangebied, dat daar by geeneen van hulle sprake kan wees van 'n ernstige poging om die "undisclosed principal"-leerstuk dogmaties te verklaar nie.

(b) Suid-Afrikaanse beslissings

Soos in die Engelse reg is daar skaars sprake van 'n dogmatiese regverdiging van die leerstuk in die Suid-Afrikaanse beslissings. In die enkele gevalle waar die hof hom uitdruklik, hoewel nog altyd indirek, oor hierdie probleem uitlaat, word die bestaan van 'n kontrak tussen "undisclosed principal" en derde gepostuleer.

So word reeds in Lippert & Co. v. Desbats¹ gepraat van die verbreking ("breach") van die kontrak tussen derde en eisers

¹ 1869 Buch.189, op p.197. Soos ons gesien het, was dit geen klaarblyklike "undisclosed principal"-geval nie.

(d.w.s. die lasgewers). In O'Leary and Another v. Harbord² word dit sonder omhaal gestel dat "the principal cannot escape liability on a contract to which he was in reality a party..."³ Hierdie opvatting word beaam in Judelson & Cohen v. Bootha and Others,⁴ waar gepraat word van 'n vinculum juris tussen "undisclosed principal" en derde. En in Lambinion v. Du Toit⁵ behandel die hof die beroep op die bestaan van 'n "undisclosed principal" as 'n beroep op die bestaan van 'n kontrak tussen "undisclosed principal" en derde. By die behandeling van die Engelse beslissings hierbo, het ek hierdie standpunt reeds in beginsel gewraak. In hoofstuk VII hieronder kom ek meer ontvattend daarop terug.

Na aanleiding van die skuldvergelykingsgevalle moet egter op die ander sy van die saak gewys word. Hierbo het ek die argumente ter regverdiging van die derde se verrekeningsbevoegdheid probeer saamvat.⁶ Laat mens die derde argument, naamlik die gebaseer op die verwytbaarheid van die "undisclosed principal", ter syde, dan bly twee argumente oor, wat albei die bestaan van 'n kontrak tussen lashebber en derde veronderstel. Eerstens sou die derde se bevoegdheid om hom teenoor die "undisclosed principal" op skuldvergelyking tussen derde en lashebber te beroep die gevolg wees van die feit dat skuldvergelyking reeds op 'n vroeër tydstep outomaties tussen lashebber en derde plaasgevind het. Die eis van die lashebber, waarteen die derde se eis verreken word, kan niks anders wees as 'n eis ontleen aan 'n kontrak tussen lashebber en derde nie. Dieselfde geld ten opsigte van die tweede argument. Indien die "undisclosed principal" as 'n soort sessionaris beskou word, dan kan die vordering wat aan hom „gesedeer" is, slegs 'n vordering uit 'n kontrak tussen lashebber en derde wees.

2 (1888) 5 H.C.G.1, op p.11.

3 My beklemtoning.

4 1913 T.P.D.747, op p.750.

5 1952 (4) S.A.431 (T), op p.435.

6 Sien p.123 hierbo.

Dat mens volgens ons reg in wese slegs met 'n kontrak tussen lashebber en derde te doen het, word ook by implikasie erken in Wessels & Co. v. Rudman,⁷ waar die hof sê: "Under the English authorities the difficulty seems to consist in doing justice...to a person who has dealt with an agent under the impression that the agent was the principal in the transaction; under our law the difficulty consists rather in aiding the principal of the agent who has entered into a contract with another without disclosing his agency." Dit is dus juis omdat die lasgewer nie van huis uit teenoor die derde geregtig is nie, dat hy die regspraak se hulp sou behoef.

Ek gee ter oorweging dat ons howe steeds sodanige konstruksie kies as wat ten beste ooreenkom met die resultaat waartoe die hof graag op billikheidsgronde wil geraak. Wil die hof die eis deur of teen 'n "undisclosed principal" laat slaag, dan is die postulering van 'n kontrak tussen "undisclosed principal" en derde te verwagte. Wil die hof daarenteen die vertrouwe, waarin die derde verkeer het, beskerm, dan word die lashebber se prinsipaalskap teenoor die derde beklemtoon en die moontlike „partyskap" van die "undisclosed principal" nie in ag geneem nie.

Par. 3 Pogings in die literatuur

(a) Onregmatige daad as aanspreeklikheidsgrondslag

Die gedagte dat die grondslag van die "undisclosed principal" se aanspreeklikheid moontlik te vinde sou wees in sy pleging van 'n onregmatige daad teenoor die derde, word deur Lewis vermeld in sy opstel oor die "undisclosed principal" se aanspreeklikheid.¹ Die tekortkominge van hierdie opvatting is so voor die hand liggend, dat met 'n kort samevatting van die vernaamste besware daarteen volstaan word.

⁷ 1911 C.P.D.667, op pp.669-670.

¹ W.D. Lewis, The liability of the undisclosed principal in contract, in (1909) 9 Columbia L.R. 116.

Die probleem is eerstens waarin die onregmatige daad van "undisclosed principal" teenoor derde dan sou bestaan. Skynbaar is die idee dat die "undisclosed principal" deur sy opdraggewing aan die lashebber, in terme waarvan laasgenoemde optree, onregmatiglik 'n situasie skep waarbinne die derde mislei is.² Die eerste beswaar teen hierdie gedagte is natuurlik dat dit hoogs twyfelagtig is of die opdraggewing aan 'n ander om 'n ooreenkoms te sluit hoegenaamd as onregmatig sou kon kwalifiseer. Selfs indien mens kon sê dat die derde onregmatiglik mislei word,³ kan kwalik 'n saak uitgemaak word vir die verwythbaarheid van die lasgewer se optrede. Slegs by uitsondering beveel hy spesifiek dat sy belang by die saak verberg moet word, wat opset in die meeste gevalle reeds uitsluit. Meesal is dit bloot sy bedoeling dat die lashebber die opdrag moet uitvoer, om daarop aan hom rekenskap te verskaf, sodat selfs die idee van sy moontlike nalatigheid onoortuigend is. En waar die lashebber in stryd met sy instruksies in eie naam optree, kan daar natuurlik geen sprake wees van die lasgewer se verwythbaarheid nie - tensy mens hom die lashebber se skuld toereken.⁴

Sou dit voorts vas staan dat onregmatige daad die aanspreeklikheidsgrondslag is, dan sou die derde slegs sy skade van die "undisclosed principal" kon verhaal, en wel die skade veroorsaak deur die misleiding. Het slegs die derde reeds gepresteer, dan sou die skade die waarde van sy eie prestasie wees. Het hy nog nie gepresteer nie, dan sou daar geen sprake van skade kon wees nie, behalwe miskien in die vorm van uitgawes gemaak met die oog op die lewering of ontvangs van prestasie. In elk geval sou die derde nie van die "undisclosed principal" lewering kan verlang van die prestasie, wat die lashebber ingevolge die ooreenkoms tussen lashebber en derde moet lewer nie.

Die gronde vir die verwerping van hierdie konstruksie lê dan

² Ibid., p.119.

³ En vgl. pp.46-47 hierbo oor die probleem van die konstruksie van wanvoorstelling deur lasgewer teenoor derde.

⁴ Vgl. pp.48-49 hierbo.

VI.3(a)

voor die hand. Eerstens is die elemente van die onregmatige daad (t.w. onregmatigheid, skuld, skade) of heeltemal afwesig of net gedeeltelik aanwesig in die "undisclosed principal"-situasie. Tweedens veronderstel die verklaring 'n aanspreeklikheidsomvang van die „undisclosed principal” wat totaal verskil van dié wat mens aantref in die praktyk, waar die derde se eise teen die „undisclosed principal” deurgaans as eise uit kontrak behandel word.

(b) Die „undisclosed principal” as cestui que trust

'n Volgende poging om die „undisclosed principal”-leerstuk krities te belig, is dié van J.B. Ames.¹ Sy uitgangspunt is dat die eise van „undisclosed principal” en derde teenoor mekaar net nie te versoen is met die aanvaarde beginsels van die kontrakreg nie, in terme waarvan daar op grond van die ooreenkoms gesluit tussen lashebber en derde regte en verpligtinge tussen hierdie twee partye en slegs tussen hulle kan ontstaan.² Hy meen voorts dat „the failure to see how the desired justice could be brought about in any other way is the true explanation...of the rule permitting the undisclosed principal to sue and be sued upon contracts made by his agent.”³ Ames se bewering is nou enersyds dat die lashebber, wat in eie naam in belang van sy lasgewer optree, as trustee beskou moet word, en die lasgewer as cestui que trust.⁴ Andersyds is hy van mening dat die „desired justice”, wat die leerstuk van die „undisclosed principal” veronderstel is om teweeg te bring, binne die raamwerk van sy trustkonstruksie bereik kan word sonder om met die aanvaarde kontraksopvatting te bots.⁵

Wat in die eerste plek die „undisclosed principal” se belange betref, verklaar Ames dat hy in sy hoedanigheid van cestui que trust „would realize indirectly through the trustee all that under the actual law he now obtains from [the third] by a direct

1 Ames, Undisclosed Principal - His Rights and Liabilities, in Lectures on Legal History (1913), pp.453-463 (oorspronklik gepubliseer in (1909) 18 Yale L.J.443 e.v.).

2 A.w., pp.453-455.

3 Op p.457.

4 Op pp.454, 455, 456.

5 Vgl. pp.457-461.

action against him."⁶ Sou die lashebber insolvent raak alvorens die derde gepresteer het, „the claim being held by [the agent] as trustee would not pass to his assignee in bankruptcy, but would continue to be held by him in trust for the principal...“⁷

Hierdie stellingname van Ames is vatbaar vir kritiek. Is die lashebber solvent, dan is dit natuurlik onnodig om toevlug te neem tot die trustkonstruksie om aan te toon dat die lasgewer die lashebber kan aanspreek om rekenskap te gee van sy ooreenkoms met die derde. Die lashebber se verpligting om rekenskap te gee, ontstaan naamlik uit die lasgewingsooreenkoms as sodanig, nie op grond van die bestaan van 'n trust, wat uitdruklik of by implikasie tot stand sou kom nie. Is die lashebber insolvent, dan kan die bestaan van 'n trustverhouding tussen lasgewer en lashebber wel deurslaggewend wees vir die vraag of die derde se prestasie in die insolvente boedel val. Want waar daar wel 'n trustverhouding geag word te bestaan, geld die lasgewer in effek as preferente skuldeiser teenoor ander skuldeisers van die insolvente lashebber.⁸ Ames fouteer nou egter deur die lasgewingsverhouding tussen „undisclosed principal“ en lashebber kategoriees as trustverhouding te wil beskou. Daar bestaan naamlik, sover ek kan vasstel, geen algemene maatstaf in die Engelse reg waarvolgens mens besluit of 'n lasgewingsverhouding in 'n gegewe geval ook 'n trustverhouding is nie. Bowstead verklaar dat die enigste „safe conclusion is that where, according to the principles of equity, it is just that the agent should be in the position of trustee the courts will impose a trust upon the money or property and the principal will thus have a proprietary claim.“⁹ In effek wil Ames nou die „undisclosed principal“ in alle gevalle as preferente skuldeiser teenoor ander skuldeisers van die

6 Op p.458.

7 Ibid.

8 Vgl. Bowstead, a.w., p.365.

9 A.w., p.128.

lashebber beskou. Die pas aangehaalde stelling laat egter blyk dat in die howe geen sodanige standpunt gehandhaaf word nie. Mens kan nog verder gaan en vra of die „undisclosed principal” hoegenaamd verdien om voorkeurbehandeling bo ander skuldeisers van die lashebber te kry. Die enkele omstandigheid dat hy skuldeiser van die lashebber is uit hoofde van 'n lasgewingsverhouding, is myns insiens nog geen genoegsame grond om hom bo ander skuldeisers te bevoordeel nie.

Wat aan die ander kant die regte van die derde betref, probeer Ames aantoon hoe die derde by die lashebber se versuim om te presteer prestasie van die „undisclosed principal” kan afdwing. Hy wys daarop dat 'n sogenaamde skadeloosstellingsplig („duty of exoneration”) van die lasgewer insidenteel is tot elke lasgewingsverhouding, kragtens welke plig die lasgewer moet instaan vir alle verpligtinge wat die lashebber redelikerwys in die uitvoering van sy opdrag oploop. Die derde se vordering stel nou juis so 'n verpligting van die lashebber daar, op grond waarvan hy die lasgewer in „equity” kan aanspreek vir prestasie teenoor die derde, waardeur hy (die lashebber) van sy verpligting teenoor die derde bevry word. Hierdie eis van lashebber teen lasgewer is 'n vermoënsbestanddeel waarop die derde eksekusie kan hef. Hy dwing dus indirek prestasie van die „undisclosed principal” af deur teen sy (regtens enigste) skuldenaar, die lashebber, op te tree, vonnis te verkry, en ter voldoening van die vonnis eksekusie te hef op die lashebber se eis om skadeloosstelling deur die lasgewer. Die argument dat ander skuldeisers van die lashebber ook op hierdie vermoënsbestanddeel eksekusie sou kan hef, verwerp Ames deur daarop te wys dat die prestasie, wat met die eis afgedwing word, slegs daarop gerig is om 'n verpligting van lashebber teenoor derde op te hef - ~~dis~~ dus steeds prestasie teenoor die derde. Aangesien daar geen sprake kan wees van 'n betaling aan die lashebber self nie, is daar dan ook geen sin daarin vir 'n ander skuldeiser om in die lashebber se skoene te stap en prestasie af te dwing nie - dit sou maar net prestasie teenoor die derde kon wees.¹⁰

¹⁰ Op pp.459-460.

Die werkwyse hier voorgestel deur Ames is verwronge en sy behandeling van die derde se posisie onafgerond. Ames erken self dat die voorgestelde prosedure nog nooit in die regspraak oor die „undisclosed principal” oorweeg is nie, en dat dit nou te laat is om in aanmerking te kom in gevalle waar die leerstuk toepaslik is (d.w.s. by die sogenaamde „simple contracts”).¹¹ Die voorgestelde prosedure sou in elk geval nie konsekwent gevolg kon word nie. Want die derde sou langs hierdie weg niks van die lasgewer kon verhaal nie in alle gevalle waar die „duty of exoneration” nie bestaan nie, of nie meer bestaan nie, byvoorbeeld omdat die lasgewer reeds met die lashebbber afgereken het, of omdat die lashebbber die goed, wat hy in opdrag van die lasgewer van die derde gekoop het, vir sy persoonlike doeleindes aangewend het, of omdat die lashebbber die betrokke ooreenkoms in stryd met die lasgewer se instruksies gesluit het.¹² In hierdie gevalle lei die toevallighede van die lasgewingsverhouding dus daartoe dat die derde slegs van die lashebbber prestasie kan verhaal. Is laasgenoemde insolvent, dan sou die derde slegs 'n konkurrente skuldeiser wees. Hoekom die derde egter hoegenaamd teenoor ander skuldeisers van die lashebbber bevoordeel moet word waar die lasgewer se „duty of exoneration” toevallig bestaan, sê Ames nie. Dit is hierdie veronderstelling, naamlik dat die derde 'n spesiale skuldeiser van die lashebbber is, wat voorkeur-behandeling bo ander skuldeisers van die lashebbber verdien, wat die basiese gebrek in Ames se bespreking van die derde se posisie is.

Samevattend kan Ames se behandeling van die „undisclosed principal”-problematiek as onindrukwekkend beskryf word. Ten spyte van sy verwerping van die „undisclosed principal”-eise op grond van hulle onversoenbaarheid met die beginsels van kontraktuele

11 Op p.461

12 Let darem op dat Ames meen dat die derde in hierdie gevalle ook nie prestasie van die „undisclosed principal” behoort te kan verhaal nie (p.462).

aanspreeklikheid, probeer hy nogtans met behulp van sy trustkonstruksie vir sowel „undisclosed principal” as derde 'n voorkeurposisie teenoor ander skuldeisers van die lashebber inruim. Op die wesenlike vraag, of sodanige voorkeurposisie hoegenaamd te regverdig is, gaan hy glad nie in nie.

(c) Die analogie van „assignment”¹

In 'n baie verdienstelike opstel wat in 1932 gepubliseer is, het Goodhart en Hamson tot die gevolgtrekking gekom dat die leerstuk van die „undisclosed principal” ten beste beskou kan word as „a primitive and highly restricted form of assignment.”² Tot hierdie gevolgtrekking kom hulle via hulle oortuiging dat die verlening van remedies aan of teen 'n „undisclosed principal” steeds die bestaan van 'n geldige kontrak tussen sy lashebber en die derde veronderstel, d.w.s. 'n kontrak waartoe slegs lashebber en derde partye is. Ter staving van die standpunt dat mens in die „undisclosed principal”-situasie slegs met so 'n kontrak te doen het, nooit met 'n kontrak tussen „undisclosed principal” en derde nie, voer die skrywers stewige bewys aan.

Hulle wys daarop dat die „primary liability of the agent personally to the third party...has never been doubted, however much its significance has been obscured”, en dat die „undisclosed principal” se ingryping selfs verbied word waar die effek van die ingryping sou wees om die derde die lashebber se aanspreeklikheid te ontnem.³

Hulle wys verder daarop dat daar in die gevalle waar 'n „undisclosed principal” ingryp op 'n kontrak, die afdwingbaarheid waarvan afhanklik is van die bestaan van 'n (skriftelike) memorandum, wat onder andere die name of beskrywing van die

1 Sover ek kan sien, is die term „assignment” onvertaalbaar, aangesien die Suid-Afrikaanse reg geen soortgelyke instelling het nie. Die funksie van die veelfasettige „assignment” (vir 'n oorsig vgl. Cheshire and Fifoot, a.w., 7de uitgawe, pp.459 e.v.) word in ons reg hoofsaaklik vervul deur die reëls in verband met sessie.

2 Goodhart and Hamson, Undisclosed Principals in Contract, in (1932) 4 Cambridge L.J.320, op p.352.

partye moet bevat, baie duidelik afgelei kan word dat die kontrak waarop die „undisclosed principal” ingryp die lashebber s'n is. Want dis net waar die lashebber self duidelik in die stuk geïdentifiseer is, dat dan 'n afdwingbare kontrak bestaan (d.w.s. een waarop die „undisclosed principal” kan ingryp).⁴ Gee die lashebber volgens die skriftelike stuk egter voor om ten behoeve van 'n ongeïdentifiseerde lasgewer op te tree, dan bestaan net geen afdwingbare kontrak nie (want die lashebber kan dan klaarblyklik nie as kontraksparty behandel word nie, en die lasgewer is nie genoegsaam geïdentifiseer om aan die vereistes van die Statute of Frauds te voldoen nie), en dus geen ingrypingsmoontlikheid vir die „undisclosed principal” nie.⁵ Hy gryp dus òf in op 'n kontrak van die lashebber òf hy het geen remedie hoegenaamd nie. Ook kan die lashebber by sodanige kontrak nooit aanspreeklikheid ontkom deur te bewys dat hy vir 'n „undisclosed principal” opgetree het nie.⁶

Die opvatting dat die kontrak 'n kontrak tussen lasgewer en derde is, sê die skrywers voorts, is nêrens, behalwe in die geval van Said v. Butt,⁷ die ratio decidendi van 'n „undisclosed principal”-beslissing nie.⁸ By Said v. Butt self, en aan die

3 Op pp.324-325. Ter illustrering van die genoemde verbod gebruik die skrywers die vroeë Ierse saak van O'Herlihy v. Hedges (1803) 1 Sch. & Lef.123, 'n beslissing wat ongelukkig nie tot my beskikking was nie. In hierdie geval sou die lasgewer se eis om daadwerklike vervulling van 'n huurkontrak teenoor hom persoonlik skynbaar daarop neerkom dat die lasgewer die lashebber as verhuurder vervang, d.w.s. as die huurder se skuldeiser vervang. Die eis misluk.

4 Let op dat die geval van Filby v. Hounsell [1896] 2 Ch.737, wat die skrywers ter illustrasie aanhaal, 'n grensgeval is, aangesien dit op die feite van die geval baie moeilik is om uit te maak of mens met direkte dan wel met indirekte verteenwoordiging te doen het. Hulle standpunt word egter goed gedemonstreer deur 'n suiwer „undisclosed principal”-geval, wat ná publikasie van die artikel beslis is, t.w. Smith-Bird v. Blower [1939] 2 All E.R.406, op p.408.

5 Op p.326.

6 Ibid. Die skrywers steun hier op die bekende beslissing van Higgins v. Senior (1841) 8 M.& W.834 (151 E.R.1278).

7 [1920] 3 K.B.497. En vgl. voetnoot 8 op p.162 hierbo.

hand van ander gevalle toon die skrywers dan die onhoudbaarheid aan van die opvatting dat die „undisclosed principal” kontraksparty is. Daar is eerstens die gevalle van die suksesvolle eis van 'n „undisclosed principal”, wat by die kontraksluiting van die lashebbber met die derde bewus was daarvan dat die derde nie met hom (die „undisclosed principal”) sou kontrakteer nie. Die verklaring van die „undisclosed principal” se suksesvolle optrede teen die derde in terme van die bestaan van 'n kontrak tussen die twee is hier onmoontlik weens die afwesigheid van wilsooreenstemming - die derde se „consent” synde ontbrekend. Wat volgens die skrywers hier wel bestaan, is 'n afdwingbare kontrak tussen lashebbber en derde, waarop die „undisclosed principal” ingryp.⁹ As verdere voorbeeld wys hulle daarop dat waar die „undisclosed principal” na aanleiding van 'n wanvoorstelling gemaak deur die derde¹⁰ sy lashebbber opdrag gee om met die derde 'n ooreenkoms te sluit, die „undisclosed principal”, indien hy wel kontraksparty was, op grond van die wanvoorstelling uit die kontrak sou moes kon terugtree („sue for rescission”).¹¹ Juis dít word uitdruklik in die voorbeeldgeval ontken, en een van die motiveringe is dat slegs die lashebbber „rescission” sou kon verkry, naamlik deur bewys dat hy (die lashebbber) mislei was.¹²

Die skrywers stel voorts onder die subtitel „Personality in Contract” ondersoek in na die onderskeid tussen sogenaamde persoonlike en sogenaamde onpersoonlike kontrakte. Hulle eerste gevolgtrekking is dat alle kontrakte „persoonlik” is

8 Op p.347. D.w.s. dat die stellings in verband met die bestaan van 'n kontrak tussen „undisclosed principal” en derde aangehaal in par. VI.2(a) hierbo in effek almal as obiter dicta bestempel word - 'n bewering wat waarskynlik nie geregverdig is ten aansien van die gevalle van Cothay v. Fennell en Beckham v. Drake nie (vgl. p.161 hierbo).

9 Op pp.347-348.

10 In die voorbeeldgeval, t.w. Collins v. Associated Greyhound Racecourses Ltd. [1930] 1 Ch.1, handel dit om 'n wanvoorstelling gemaak in die prospektus van 'n te stigte maatskappy.

11 Op p.348.

12 Collins-saak, sup., p.37, en vgl. Goodhart and Hamson, t.a.p., p.353.

in die sin dat daar geen sprake is van 'n kontrak sonder identifikasie van partye tot daardie kontrak nie, en dat waar 'n kontrak aldus tussen geïdentifiseerde persone bestaan, niemand anders dan hierdie persone as die partye tot die kontrak beskou kan word nie.¹³ Die erkenning van „undisclosed principal”-remedies geskied nou steeds ten aansien van 'n kontrak, vir die bestaan waarvan die lashebber se identiteit 'n wesenlike element is - waarmee die skrywers wil sê dat dit foutief is om miskien te meen dat die wesenlikheid van die lashebber se identiteit in die vermelde sin op sigself 'n uitsluiting van „undisclosed principal”-remedies sou beteken.¹⁴ Die uitsluiting word egter verstaanbaar in terme van die skrywers se tweede gevolgtrekking ten aansien van „personality”, naamlik dat sommige kontrakte persoonlik is in die sin dat die regte daaruit nie oordraagbaar is nie, of dat die verpligtinge daarin vervat nie plaasvervangend („vicariously”) voldoen kan word nie.¹⁵ Dit is net waar die lashebber se kontrak in hierdie tweede sin persoonlik is, dat die „undisclosed principal” nie sou kan ingryp nie¹⁶; en dis net ter onderskeiding van „persoonlik” in hierdie betekenis dat dit geregverdig sou wees om van alle ander kontrakte (waarby die „undisclosed principal” dan sou kan ingryp, maar wat almal nog persoonlike kontrakte van die lashebber in die eerste sin van die woord is) as onpersoonlik („impersonal”) te praat.

Die geheelresultaat van die skrywers se betoog is dan dat mens by die „undisclosed principal”-situasie steeds 'n kontrak tussen lashebber en derde het, waarop ingryping deur die „undisclosed

13 Op pp.339-340.

14 Vgl. p.341.

15 Op pp.340-341.

16 Let daarop dat die skrywers na aanleiding van Humble v. Hunter darem nog byvoeg dat 'n „undisclosed principal” ook by 'n kontrak wat slegs in die wyer sin van die woord persoonlik is „in highly peculiar circumstances” deur 'n stilswyende term van die ooreenkoms uitgesluit kan wees (pp.342, 345-346).

principal" in beginsel moontlik is, tensy die kontrak persoonlik in die enger betekenis van die woord is, of tensy die "undisclosed principal" deur 'n term van die kontrak uitgesluit is.¹⁷ En

wat is nou die verklaring daarvoor dat dit in die eerste plek vir die "undisclosed principal" moontlik is om in te gryp?

Goodhart en Hamson se antwoord is om enersyds te volstaan met die verwysing na die geskiedkundige agtergrond, naamlik die toekenning van die "undisclosed principal" se eis op billikheidsgronde (gewoonlik om hom teen sy lashebber se insolvensie te beskerm), en die toekenning van die derde se eis as teenhanger hiervan,¹⁸ en andersyds te wys op die analogie tussen hierdie eise en dié wat moontlik is kragtens die instelling van "assignment".¹⁹

Ten beste blyk hulle standpunt uit die volgende aanhaling: "It is admitted that undisclosed principals are an anomaly. It is, according to the old rigid English law of contract, anomalous that any person other than the contracting party should be able to sue on a contract. Undisclosed principals are anomalous in the sense that assignees with power to sue are anomalous. It is submitted that they are not anomalous in any other sense. Their presence does not contradict the fundamental principles of contract; it limits only the rule that no person but the contracting party may sue or be sued on the contract."²⁰ En,

soos vermeld, gaan hulle dan so ver om te sê dat die leerstuk van die "undisclosed principal" "is perhaps best considered as a primitive and highly restricted form of assignment."²¹ Hierdie formulering moet waarskynlik verstaan word in die lig van die feit dat die lashebber ná kontraksluiting (wanneer die bevoegdheid om te eis volgens die onderhawige denkmiddel vermoedelik by die "undisclosed principal" gevestig raak) op geen wyse ontdoen is

17 Vgl. die samevatting op p.356.

18 Hierdie bewering is natuurlik in stryd met my bevinding (sien p.78 hierbo) dat die derde se remedie onafhanklik van dié van die "undisclosed principal" ontwikkel het.

19 Op p.352.

20 Op p.346.

21 Op p.352.

van die reg om self die betrokke vorderingsregte uit te oefen nie, 'n toedrag van sake wat mens in die regsontwikkeling teëkom as 'n vóórstadium vir die erkenning van 'n uit-en-uit oordrag van vorderingsregte.

By wyse van kritiese stellingname moet ek nou eerstens sê dat ek geen fout te vind het met die skrywers se bevinding dat daar by die „undisclosed principal“-situasie in beginsel slegs van 'n kontrak tussen lashebber en derde sprake kan wees nie. Met die analogie wat die skrywers in effek stel tussen die „undisclosed principal“ en die „assignee“ moet egter versigtig omgegaan word.

Eerstens, die regte wat die „undisclosed principal“ teenoor die derde afdwing is steeds regte ontleen aan kontrak, d.w.s. vorderingsregte, in die Engelsregtelike terminologie „choses in action“, en wel „legal choses in action“ (omdat kontraktuele regte afdwingbaar is in aksies „at law“). „At law“ kan hierdie regte egter nie in eie naam deur 'n „assignee“ uitgeoefen word nie, eenvoudig omdat die common law geen „assignment“ van „choses in action“ erken nie.²² Maar ook in equity, waar die „assignment“ van vorderingsregte reeds sedert die 17de eeu erken is, moet die „assignee“ van 'n „legal chose in action“ steeds die „assignor“ as party voeg tot enige aksie ter verwesenliking van die vorderingsreg.²³ Hierteenoor is dit bekend dat die „undisclosed principal“ se aksie van die begin af „at law“ erkenning geniet het, verder dat hy steeds in eie naam kon optree. Sy bevoegdheid is in hierdie opsig dus verskillend van, en omvattender as dié van die „assignee“ van 'n kontraktuele reg. Dis wel waar dat daar sedert die inwerkingtrede in 1875 van die Judicature Act, 1873,²⁴ vir die „assignee“ van 'n „legal chose in action“ die moontlikheid bestaan om in eie naam die vordering af te dwing, maar dan moet die „assignment“ absoluut en in skriftelike

22 Vgl. Cheshire and Fifoot, a.w., 7de uitgawe, p.460.

23 Ibid., p.464.

24 Art.25(6), vervang deur art.136 van die Law of Property Act, 1925.

vorm wees, en verder moet skriftelike kennisgewing aan die skuldenaar gegee wees.²⁵ Soortgelyke vereistes word natuurlik nêrens ten aansien van die „undisclosed principal” se optrede gestel nie. Ook die wetteregtelike „assignee” van 'n vorderingsreg uit kontrak is dus geensins op een peil te stel met die „undisclosed principal” nie.

'n Tweede rede om versigtig om te gaan met die „assignment”-model is dat dit die vereiste van „authority” sou kon bevraagteken, want 'n „assignee” se reg teenoor die skuldenaar veronderstel tog op generlei wyse die bestaan van 'n lasgewingsverhouding tussen „assignee” en „assignor” ten tyde van die ontstaan van die verpligting van skuldenaar teenoor „assignor” nie. Inderdaad, soos Müller-Freienfels aantoon,²⁶ indien die „undisclosed principal” se reg op 'n soort „assignment” berus, sou die reël dat 'n „undisclosed principal” nie 'n kontrak kan ratifiseer nie, onverklaarbaar wees.

'n Derde beswaar teen die gebruik van die „assignment”-beeld ter verduideliking van die „undisclosed principal”-leerstuk is dat die klem hierby slegs op die „undisclosed principal” se eis val, terwyl sy aanspreeklikheid onverklaar bly. Dis natuurlik waar dat die term „assignment” ook gebruik word om die oordrag van verpligtinge te beskryf,²⁷ maar dis duidelik dat dit hierby slegs om novasie handel,²⁸ waarvan daar in die „undisclosed principal”-situasie geen sprake kan wees nie. Indien mens egter die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid probeer verklaar deur 'n soort „assignment” aan die derde van die lashebbber se vordering teen die „undisclosed principal”,²⁹ dan moet daarop gewys word

25 Vgl. Cheshire and Fifoot, a.w., p.465, en vir die betekenis van „absoluut” sien hulle uiteensetting op pp.461-463. In beginsel is 'n „assignment” absoluut indien dit handel om die onvoorwaardelike oordrag van die „assignor” se hele belang in die betrokke „chose in action”.

26 (1953) 16 M.L.R.299, op pp.314-315.

27 Sodat „assignment” in hierdie sin die oordrag aan die „undisclosed principal” van die lashebbber se verpligtinge teenoor die derde sou beteken.

28 Vgl. Cheshire and Fifoot, a.w., pp.477-479.

dat die derde nie teen die „undisclosed principal” sou kon optree waar die lashebber dit self nie sou kon doen nie, byvoorbeeld omdat hy in stryd met sy instruksies gehandel het. Die beslissings in Watteau v. Fenwick³⁰ en Chappell v. Gohl³¹ toon egter dat die derde se optrede onder sodanige omstandighede wel nog moontlik is. Verder beroep die derde hom by sy optrede teen die „undisclosed principal” steeds op die ooreenkoms gesluit tussen derde en lashebber; hy gee nooit voor om verderinge, wat uit die lasgewingsooreenkoms tussen „undisclosed principal” en lashebber ontstaan, uit te oefen nie.

Eindelik moet daarop gewys word dat „assignment” ’n oordragshandeling is, naamlik die oordrag van vorderingsregte. Selfs by die tipes „assignment” wat geheel en al vormvry kan plaasvind, moet die bedoeling dat die reg of regte oorgaan nog altyd op een of ander wyse blyk. Van sodanige blyke van die oordrag of oorgang van regte kan in die „undisclosed principal”-situasie geen sprake wees nie. As regte hier oorgaan van lashebber op „undisclosed principal”, dan geskied dit outomaties.³²

Ek kom tot die gevolgtrekking dat „assignment” by die verklaring van die „undisclosed principal”-remedies as analogie kan geld alleenlik insoverre die „undisclosed principal”, net soos die „assignee”, kontraktuele regte uitoefen wat oorspronklik slegs ’n ander toekom. Die ooreenstemming tussen „undisclosed principal” en „assignee” gaan egter niks verder nie, en die konsep van „assignment” werp ook geen lig op die aanspreeklikheid van die „undisclosed principal” nie.

(d) „Consideration” as grondslag van die „undisclosed principal”-eise

By die behandeling van die Engelse regspraak se regverdiging van die „undisclosed principal”-eise is daarop gewys dat die gedagte

29 En Goodhart en Hamson gee geen aanduiding dat hulle „assignment”-teorie op hierdie situasie (d.w.s. waar die derde, nie die „undisclosed principal” nie, as „assignee” geld) sou slaan nie. Die gedagte word verwerp deur Müller-Freienfels in (1953) 16 M.L.R.299, op p.314.

30 [1893] 1 Q.B.346. En sien pp.23-24 hierbo.

31 1928 C.P.D.47. En sien pp.113-115 hierbo.

32 Vgl. Stoljar, a.w.,p.232.

soms voorkom dat hierdie eise daarop sou berus dat „consideration” tussen „undisclosed principal” en derde beweeg.¹ In die hierbo vermelde opstel van Lewis² word verder in effek beweer dat die „undisclosed principal” se aanspreeklikheid onder die aksie van assumpsit daarop berus het dat hy sou veroorsaak het dat die derde „consideration” aan die lashebber gee.³ Eers betreklik onlangs egter het die Duitse skrywer, Müller-Freienfels, die gedagte van „consideration” as verklaring vir die „undisclosed principal”-eise aan 'n grondige ondersoek onderwerp.⁴

Sy standpunt kan met behulp van twee aanhalings aangedui word. Met beroep op Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge & Co.⁵ sê hy dat „consideration...is the essential link in the relationship between the undisclosed principal and the third party.”⁶ En kort daarop verklaar hy: „In a contract of undisclosed agency the consideration moves from the undisclosed principal to the third party, i.e., the agent is the stranger to the contract, a mere conduit pipe...”⁷

Ter ondersteuning van sy standpunt vestig Müller-Freienfels die aandag op verskeie punte wat, sover ek kan vasstel, tot dusver die aandag van die Engelse skrywers ontglip het. Hy wys byvoorbeeld daarop dat „consideration” geen voorvereiste is vir die ontstaan van verpligtinge onder 'n sogenaamde „contract under seal” nie, waarby, soos ons gesien het,⁸ ook geen „undisclosed principal”-eise moontlik is nie. Die afwesigheid van „undisclosed principal”-eise by „contracts under seal” vind Müller-Freienfels des te meer betekenisvol in die lig van die feit dat wilsooreenstemming hier nie voorvereiste vir die ontstaan van die verpligtinge is nie. Want aangesien

1 Sien pp.163-164 hierbo.

2 Sien voetnoot 13 op p.164 hierbo.

3 Lewis, t.a.p., pp.133-134.

4 Müller-Freienfels, Die „Anomalie” der verdeckten Stellvertretung (undisclosed agency) des englischen Rechts, in (1952) 17 Rabels Zeitschrift 578-617, (1953) 18 Rabels Zeitschrift 12-69; en The Undisclosed Principal, in (1953) 16 Modern L.R.299-317.

die afwesigheid van wilsooreenstemming tussen „undisclosed principal” en derde by die sogenaamde „simple contracts” nou juis 'n verneme beswaar teen die „undisclosed principal”-eise is, sou mens tog minder teenstand teen sodanige eise verwag waar die ontstaan van die verpligtinge nie wilsooreenstemming veronderstel nie, soos by „contracts under seal” die geval is. Die verklaring vir die afwesigheid van „undisclosed principal”-eise by „contracts under seal” sou dus te vinde moet wees in die feit dat hierby ook geen „consideration” tussen die partye hoef te vloei nie.⁹

Dieselfde toedrag van sake, sê Müller-Freienfels, vind mens in die Engelse sakereg. Die feit dat regsgevolge direk tussen „undisclosed principal” en derde intree op die gebied van die kontraktereg, maar nie in die sakereg nie, sou berus op die toepaslikheid van die leerstuk van „consideration” in die kontraktereg, en sy afwesigheid in die sakereg.¹⁰

Müller-Freienfels stel verder die „undisclosed principal”-situasie en die ooreenkoms ten behoeve van 'n derde teenoor mekaar, en wel in die lig van die Engelse reg se bekende weiering om die ooreenkoms ten behoeve van 'n derde te erken.¹¹ Die ooreenkoms ten behoeve van 'n derde, sê hy, verteenwoordig 'n punt waar die Engelse reg moes kies tussen die toepassing van die beginsel van „consideration” en dié van wilsverklaring en wilsooreenstemming. In ooreenstemming met die gedagte dat verklaarde bedoelings die grondslag van kontraktuele verpligtinge daarstel, kan twee kontraksluitende persone naamlik ooreenkom om vir 'n derde 'n reg teen een van die kontraksluitende persone te laat ontstaan. Om die ooreenkoms

5 [1915] A.C.847, waar beslis is dat indien die eisers „undisclosed principals” sou wees (wat op die feite nie bevind was nie), hulle nie sou kon slaag nie, aangesien geen „consideration” van hulle na die verweerders beweeg het nie.

6 (1953) 16 M.L.R., p.306.

7 Ibid.

8 Op p.66 hierbo.

9 (1953) 18 Rabels Zeitschrift, pp.39-43; (1953) 16 M.L.R., pp.303-305.

10 (1953) 18 Rabels Zeitschrift, pp.53-55; (1953) 16 M.L.R., pp.307-308.

11 (1953) 18 Rabels Zeitschrift, pp.49-53; (1953) 16 M.L.R., pp.305-307.

ten behoeve van 'n derde te erken, is om gevolg aan hierdie twee persone se verklaarde bedoelings te verleen. Die Engelse reg weier egter om die derde, ten behoeve van wie 'n reg beding is, te laat slaag, en wel omdat van hom self geen „consideration" afkomstig is nie. Hier, waar die twee beginsels tot verskillende resultate lei, het die Engelse reg dus vir „consideration" en teen wilsverklaring en wilsooreenstemming gekies.

Hierdie keuse kom nou ook tot uiting in die „undisclosed principal"-situasie. In teenstelling met die ooreenkoms ten behoeve van 'n derde, waar wilsooreenstemming aanwesig is, maar „consideration" ontbreek, word die „undisclosed principal"-situasie gekenmerk deur die afwesigheid van wilsooreenstemming (d.w.s. tussen „undisclosed principal" en derde) en die teenwoordigheid van „consideration" (wat heen en weer tussen „undisclosed principal" en derde beweeg). En heeltemal in ooreenstemming met die keuse ten opsigte van die ooreenkoms ten behoeve van 'n derde, geniet die „undisclosed principal"-eise dan erkenning.

Müller-Freienfels meen voorts dat die geen toeval is nie dat die „consideration"-leerstuk gevestig was (einde 17de eeu) alvorens die „undisclosed principal"-leerstuk sy verskyning maak (18de eeu), en probeer op grond van die historiese ontwikkeling 'n samehang tussen die twee leerstukke aantoon.¹² Sy argumentasie gaan plek-plek egter erg mank aan presiesheid.¹³ Noemenswaardig is wel sy verwysing na die feit dat die leerstuk van die „undisclosed principal" geformuleer is op 'n tydstip toe die

12 (1953) 18 Rabels Zeitschrift, pp.55-62; (1953) 16 M.L.R., pp.308-312.

13. Vgl. byvoorbeeld die volgende stelling in (1953) 16 M.L.R., op p.310: „It is evident, too, that an English judge of the eighteenth century preferred following the doctrine of consideration rather than that of the intentions of the parties, because of its objective and practical character... The argument that the undisclosed principal could not be bound by the vinculum juris, although this was required by practical needs and the economic situation, because he was not mentioned in the contract by his agent, would not have convinced the judge. The intentions of the parties, which could constitute the only bar to this, have never played such an important role in England as on the Continent."

gedagte dat wilsooreenstemming die grondslag van kontraktuele regte en verpligtinge vorm, nog nie in die Engelse reg aanvaar was nie.¹⁴ Die feit dat daar sedert die laat 19de eeu bedenkinge in die regspraak en literatuur oor die leerstuk ontwikkel, die feit dat die as „anomalies” beskryf word, sou dus verstaanbaar wees in die lig van die ingetrede verandering in die grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid.¹⁵

Indien Müller-Freienfels hiermee te kenne wil gee dat die leerstuk van die „undisclosed principal” ten tyde van sy ontstaan nie anomalies was nie, dan moet beswaar gemaak word. Want hoewel kontraktuele aanspreeklikheid in die tyd van die aksie van debt suiwer berus op die gedagte van quid pro quo (d.w.s. „consideration”), ontstaan die „undisclosed principal”-eise eers toe die aksie van assumpsit reeds die gebruikelike is om kontraktuele verpligtinge af te dwing,¹⁶ d.w.s. die aksie waarby die verweerder se aanspreeklikheid berus het op die verpligting wat hy teenoor die eiser op homself geneem het. En klaarblyklik kon daar geen sprake wees van sodanige „undertakings” tussen „undisclosed principal” en derde nie.

Hoewel mens Müller-Freienfels nou dankbaar moet wees vir die rykdom aan gesigspunte en historiese materiaal wat hy byeengebring het,¹⁷ het hy darem nie daarin geslaag om dwingende bewys van die waarheid van sy standpunt aan te bied nie. Dit is naamlik opvallend dat omtrent al sy getuienis van indirekte aard is - dat die „undisclosed principal”-eise afwesig is by „contracts under seal” en in die sakereg, dat die ooreenkoms ten behoeve van 'n derde nie in die Engelse reg erken word nie, dat die

¹⁴ (1953) 16 M.L.R., p.311. Die vernaamste invloed by hierdie aanvaarding het skynbaar uitgegaan van Pothier se werk oor die verbintenissereg (wat in 1806 in Engels verskyn het), en van die Duitse Romaniste van die 19de eeu, vernaamlik Von Savigny.

¹⁵ (1953) 16 M.L.R., pp.312, 315. Op p.315 verklaar Müller-Freienfels: „It was because the idea of mutual assent had replaced consideration that the judges were obliged to regard undisclosed agency as an anomaly.”

¹⁶ sien voetnoot 3 op p.35 hierbo.

¹⁷ Sy opstel in Rabels Zeitschrift is die omvattendste verhandeling oor die „undisclosed principal” waarvan ek weet.

„consideration“-beginsel histories vóór die „undisclosed principal“-eise verskyn, dat die gedagte van wilsooreenstemming as grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid in die Engelse reg sterk op die voorgrond tree eers ná die verskyning van die „undisclosed principal“-eise. Nêrens bewys hy egter helder en onomwonde dat die gedagte van „consideration“ en dit alleen die grondslag was waarop deur of teen 'n „undisclosed principal“ geslaag is nie.

Mens moet dit Müller-Freienfels verder ten laste lê dat hy self nie aan die hand van sy „consideration“-verklaring 'n presiese konstruksie van die „undisclosed principal“-situasie aanbied nie. Sy uitgangspunt is blykbaar dat mens by die „undisclosed principal“-situasie histories aanvanklik met 'n kontrak tussen „undisclosed principal“ en derde te doen het, en dat die probleem hoofsaaklik daarin sou bestaan dat hierdie toedrag van sake later (byvoorbeeld in die beslissing van Armstrong v. Stokes) misken word.¹⁸ In ooreenstemming met hierdie uitgangspunt lyk dit of hy aanneem dat die beweging van „consideration“ vanaf „undisclosed principal“ na derde en omgekeerd sonder meer die lashebber as kontraksparty uit die prentjie verwyder.¹⁹ Indien dit nou wel die geval sou wees, moet Müller-Freienfels tog verduidelik waarom lashebber en derde - wat dan in geen kontraktuele verhouding teenoor mekaar sou staan nie - nogtans bevoeg is om mekaar aan te spreek. Dit doen hy egter nie.

Waarin Müller-Freienfels wel geslaag het, is om by my die oortuiging te vestig dat die oorweging van die daadwerklike voordeel wat heen en weer tussen „undisclosed principal“ en derde beweeg het, waarskynlik dikwels 'n belangrike rol gespeel het by die regters se besluit om 'n remedie aan of teen 'n „undisclosed principal“ te verleen. Hierdie feit klaar egter nie meteens die onsekerheid omtrent die „undisclosed principal“-remedies op nie, nóg in die lig van die grondslae van kontraktuele aanspreeklikheid ten tyde van die leerstuk se ontstaan in die laat 18de eeu, nóg in die lig van die moderne kontraksteorie.

18 Vgl. (1953) 16 M.L.R., pp.312-314, 317. En oor Armstrong v. Stokes sien p.79 hierbo.

19 Vgl. die stelling aangehaal by voetnoot 7 op p.182 hierbo.

(e) "Equity" as grondslag van die "undisclosed principal"-eise

Die jongste poging om die "undisclosed principal"-eise te verduidelik het mens in 'n opstel wat in 1965 van die hand van P.F.P. Higgins verskyn het.¹ Hierdie opstel sluit betreklik nou aan by twee van die pogings hierbo behandel, t.w. dié van Goodhart en Hamson² en dié van Ames.³ Higgins aanvaar naamlik die eersgenoemde outeurs se bevinding dat die kontrak, waaraan die "undisclosed principal"-eise ontleen word, slegs 'n kontrak tussen die lashebber en die derde is. Aan die ander kant probeer hy, net soos Ames, om hierdie eise met behulp van die reëls van "equity" te regverdig.

Higgins se betoog ter verduideliking van die "undisclosed principal" se bevoegdheid om teenoor die derde op te tree, gaan uit van die bestaan van 'n sogenaamde "fiduciary duty", wat enige lashebber ("agent") aan sy lasgewer ("principal") verskuldig sou wees. Met beroep op die uitspraak van Sir George Jessel in Re Hallett's Estate⁴ noem hy dit 'n fout dat die Engelse howe vroeër gemeen het dat daar 'n verskil sou wees "between the equitable remedies available to a cestui que trust and those available to a person who, although he was owed a fiduciary duty, was not a beneficiary under an orthodox trust."⁵ Ergo: vir enige lasgewer, ook 'n "undisclosed" lasgewer, is dieselfde remedies beskikbaar waarvan 'n cestui que trust gebruik kan maak. Higgins stel dit soos volg: "An undisclosed principal can sue the third party in the same way that a cestui que trust, who is sui juris and absolutely entitled to the trust property, can bring the trust to an end and then take action in his own name to recover any benefits that were owing to the trust."⁶ Die verskil tussen Ames en Higgins se konstruksie van die "undisclosed principal" se bevoegdheid om te eis is dus dat eersgenoemde die "undisclosed principal" as cestui que trust wil beskou en dit pertinent net oor optrede teen die lashebber het, terwyl laasgenoemde bloot die bevoegdheid van 'n cestui que trust aan die "undisclosed

1 Higgins, The Equity of the Undisclosed Principal, in (1965) 28 Modern L.R.167-179.

2 Sien par.3(c) hierbo.

3 Sien par.3(b) hierbo.

4 (1880) 13 Ch.D.696, op p.720.

5 Higgins, t.a.p., p.169.

6 Op p.170.

principal" toeken op grond van die feit dat die lashebber 'n „fiduciary duty" aan sy „undisclosed principal" verskuldig is, en gewag maak van direkte optrede van „undisclosed principal" teen derde.

Die beswaar teen Higgins se werkwyse is eerstens dat hy die „undisclosed principal" en die cestui que trust se bevoegdhede kategories gelykstel, terwyl hierdie bevoegdhede inderwaarheid slegs in 'n spesifieke situasie ooreenstem, wat boonop met eise gebaseer op kontrak niks te make het nie, tweedens dat hy hierdie gelykstelling aflei uit die feit dat 'n vertrouens- of lojaliteitsplig aan die „undisclosed principal" verskuldig sou wees. In die vermelde uitspraak van Sir George Jessel, waarop Higgins hom beroep,⁷ lui dit naamlik dat „there is no distinction, and never was a distinction, between a person occupying one fiduciary position or another fiduciary position as to the right of the beneficial owner to follow the trust..."⁸ Hierdie stelling is nie besonder duidelik nie, maar dit stel klaarblyklik persone, aan wie 'n „fiduciary duty" verskuldig is, aan mekaar gelyk slegs in hulle eienskap van „beneficial owners" en in hulle bevoegdheid om hulle goed op te volg. Oor die bevoegdheid van sodanige persone om vorderingsregte uit kontrak teen derdes uit te oefen, sê die stelling niks nie. Net so min werp die bestaan van die lashebber se vertrouensplig lig op die „undisclosed principal" se bevoegdhede teenoor derdes. Die vertrouensplig van lashebber teenoor lasgewer is maar net die manifestasie van laasgenoemde se beskerming teenoor eersgenoemde,⁹ net soos die lasgewer se bevoegdheid om die trustfonds in sy hoedanigheid van „beneficial owner" op te volg die uitdrukking van sy beskerming teenoor derdes is. Uit die blote bestaan van die lojaliteitsplig kan egter nog geen gevolgtrekkings gemaak word oor die aard en omvang van die lasgewer se bevoegdheid om teenoor derdes op te tree nie.

Ter samevatting: omdat 'n „undisclosed principal" onder sekere omstandighede sy goed net soos 'n cestui que trust as „beneficial

7 Op pp.169-170.

8 My beklemtoning.

9 Hierop kom ons hieronder terug.

owner" sou kan opvolg, en 'n cestui que trust aan die ander kant soms in eie naam kan optree om teenoor derdes verpligtinge af te dwing wat hulle ten opsigte van die trustgoed opgeloo het, neem Higgins eenvoudig aan dat die „undisclosed principal" se optrede teenoor derdes ter afdwing van kontraktuele verpligtinge deur dieselfde billikheidsreëls gesanksioneer word, wat die cestui que trust se optrede moontlik maak. En wat in die eerste plek aanleiding gee tot hierdie parallelle behandeling van „undisclosed principal" en cestui que trust, is die bestaan van 'n vertrouensplig van lashebber teenoor lasgewer. In effek oorskat Higgins totaal die betekenis en gevolge van hierdie plig.

Ons gaan egter verder en kyk wat Higgins oor die „undisclosed principal" se aanspreeklikheid mee te deel het.¹⁰ In die eerste plek voer hy aanvaarbare bewys aan dat 'n cestui que trust onder omstandighede persoonlik teenoor die trustee aanspreeklik is om laasgenoemde skadeloos te stel ten opsigte van verpligtinge wat hy teenoor derdes opgeloo het in die loop van sy beheer van die trustgoed. Omdat dit nou vas staan dat geen derde, wat met 'n trustee gekontrakteer het, die cestui que trust op grond van die betrokke kontrak kan aanspreek nie, stel Higgins die vraag na die moontlikheid om die trustee se regte teen die cestui que trust aan die derde beskikbaar te stel. Hy bewerkstellig dit moeiteloos: „Once the liability of the cestui que trust to indemnify his trustee is established the only objection to suing him directly (d.w.s. deur die derde) is purely procedural." En die „undisclosed principal" kom op die bekende wyse die prentjie binne: „Then, applying the principles laid down by Sir George Jessel in Re Hallett's Estate, the same right of action must be available against an undisclosed principal because of the fiduciary duty owed to him by his agent."

Die verskil tussen Ames en Higgins se konstruksies van die „undisclosed principal" se aanspreeklikheid is skaars aan te dui. In wese handel dit vir albei om die derde se bevoegdheid om die lashebber se skadeloosstellingseis teen die „undisclosed principal" te gelde te maak. Ames verkies net dat mens „undisclosed

¹⁰ Op pp.170-171.

principal" en lashebber as cestui que trust en trustee beskou, en dat die derde vooraf vonnis teen die lashebber verkry, terwyl Higgins weer die „undisclosed principal" soos 'n cestui que trust wil behandel op grond van die lashebber se „fiduciary duty" teenoor die „undisclosed principal", en verder nie van voorafgaande vonnisverkryging teen die lashebber melding maak nie.

Die kritiek op hierdie opvatting van Higgins is natuurlik dat die afleiding van die derde se bevoegdheid (d.w.s. om teen die „undisclosed principal" op te tree) uit die implikasies wat die lashebber se vertrouensplig sou inhou, net so onverdedigbaar is as die reeds gewraakte afleiding ten opsigte van die „undisclosed principal" se bevoegdheid om die derde aan te spreek. Verder laat Higgins na om te verduidelik hoe die „purely procedural objection" (d.w.s. teen die derde se direkte optrede teen cestui que trust of „undisclosed principal") dan oorkom word. Dat die beswaar „purely procedural" sou wees, maak dit nie minder van 'n beswaar nie.

Eindelik kan nog ten opsigte van die lashebber se vertrouensplig, die spil waarom Higgins se hele konstruksie draai, die volgende gesê word. Die konsep van „fiduciary duty" van die lashebber teenoor sy lasgewer vind sy sin en toepassing in die reëling van die verhouding tussen die twee. Op grond van die bestaan van hierdie plig beskik die lasgewer oor meer omvattende remedies teenoor sy lashebber as wat die geval sou wees indien die verhouding tussen hulle as 'n gewone kontraktuele verhouding beoordeel sou word, d.w.s. 'n verhouding waar elke party slegs sy eie voordeel nastreef, en geeneen verantwoordelik is om die ander se belange te behartig nie.¹¹

Die wesenlike van Higgins se verklaring is nou om hierdie plig wat, sover mens kan sien, van geen besondere belang vir die verhouding lasgewer-derde is nie, as hefboon te gebruik om hierdie verhouding midde in die Engelse billikheidsreg te plaas, en die „undisclosed principal"-eise dan te verklaar na analogie van die moontlikhede van direkte optrede wat na bewering tussen cestui que trust en derde bestaan. Sy werkwyse is onoortuigend en gekunsteld.

¹¹ Oor die voordele wat die bestaan van die „fiduciary duty" vir die lasgewer in sy verhouding tot sy lashebber inhou, vgl. Bowstead, a.w., art.53.

Ter afsluiting van hierdie ondersoek gaan ek nou enkele samevattende kritiese opmerkings maak na aanleiding van die pogings in regspraak en literatuur om die leerstuk van die „undisclosed principal” te regverdig, en daarop probeer aandui wat die deurslaggewende oorwegings by die aanvaarding of verwerping van die leerstuk behoort te wees.

By die behandeling van Goodhart en Hamson se opstel hierbo het ek reeds aangedui dat ek in beginsel hulle standpunt aanvaar,¹ t.w. dat daar in die „undisclosed principal”-situasie van geen ander kontrak met die derde as dié tussen die lashebber en die derde sprake kan wees nie. Die onhoudbaarheid van die gedagte van 'n kontrak ^{tussen} „undisclosed principal” en derde kan nog vanuit ander oogpunte as dié van Goodhart en Hamson aangetoon word. Dit spreek byvoorbeeld vanself dat 'n ander kontrak as die tussen lashebber en derde nie eers ter sprake hoef te kom nie in alle gevalle waar die eis deur of teen 'n „undisclosed principal” misluk. Hierdie stelling kan nader gemotiveer word aan die hand van die ontleding hierbo van die verweere wat 'n eis deur of teen 'n „undisclosed principal” kan laat misluk.

By die behandeling van die Engelse reg het geblyk dat die beskerming van die derde soos volg geformuleer word: die derde is „entitled to stand in the same position as if [the agent] had in fact been a principal”,² wat die indruk skep dat die „undisclosed principal” as die derde se kontraksparty geld. Hierdie formulering moet natuurlik verstaan word in die lig van die regspraak se strewe om die anomaliese aard van die „undisclosed principal” se eis te besweer deur hom as party tot die kontrak te bestempel.³ In werklikheid getuig die beskerming juis vir die teenoorgestelde oortuiging, naamlik die bestaan van 'n kontrak tussen lashebber en derde. Was

1 Sien p.179 hierbo.

2 In Montagu v. Forwood, aangehaal op p.44 hierbo. Hierdie gedagte het natuurlik ook weerklank gevind in die Suid-Afrikaanse beslissing van O'Leary and Another v. Harbord, aangehaal op p.119 hierbo.

3 Vgl. voetnoot 9 op p.163 hierbo.

het, en hom nie nou op 'n ander toedrag van sake kan beroep nie. En by die beskerming van die „undisclosed principal" wat reeds te goeie trou met sy lashebber afgereken het, het mens in wese met die erkenning van twee stelling regsbande te doen, dié tussen „undisclosed principal" en lashebber op grond van die lasgewingsverhouding, en dié tussen lashebber en derde op grond van die kontrak gesluit deur die lashebber ter uitvoering van sy opdrag. Die „undisclosed principal" staan hier veilig sodra hy sy verpligtinge onder sy kontrak met sy lashebber nagekom het.

Dieselfde standpunt geld vir die addisionele gronde waarop 'n eis deur of teen 'n „undisclosed principal" uitgesluit kan wees.⁶ Die eis kan hier uitgesluit wees of weens die bestaan van 'n (stilswyende) kontraksterm te dien effekte of omdat die „undisclosed principal" se persoonlikheid in negatiewe sin relevant is. Die kontraksterm wat die „undisclosed principal" uitsluit, is natuurlik 'n term van die kontrak tussen lashebber en derde. En slaag die verweer van die relevantheid van die „undisclosed principal" se persoonlikheid in negatiewe sin, dan het die hof eintlik maar net die derde se beswaar, naamlik dat hy nooit tot gebondenheid teenoor die betrokke „undisclosed principal" sou ingestem het nie, ernstig opgeneem. Die effek is dat geen remedies bestaan nie, behalwe binne die raamwerk van die kontrak tussen lashebber en derde.

Mens kan nou as algemene gevolgtrekking stel dat alle verweere wat 'n eis deur of teen 'n „undisclosed principal" kan verongeluk, in wese daarop neerkom dat die regsgevolge van die ooreenkoms gesluit tussen lashebber en derde beperk word tot hierdie twee partye, d.w.s. 'n buitestaander tot die kontrak (die „undisclosed principal") slaag nie daarin om 'n verpligting af te dwing, wat van huis uit eintlik net teenoor een van die partye (die lashebber) verskuldig is nie, en een van die partye (die derde) slaag nie daarin om 'n verpligting wat sy teenparty (die lashebber) teenoor

⁶ Sien par.II.3(d) en IV.3(d) hierbo.

hom het, teen 'n buitestaander (die „undisclosed principal”) af te dwing nie. Aangesien dit in die reël juis so is dat die regsgevolge van 'n kontrak slegs die kontraksluitende partye tref, kom 'n suksesvolle verweer teen 'n „undisclosed principal”-eis neer op die „normalisering” van die buitengewone toestand geskep deur die leerstuk van die „undisclosed principal”.

In aansluiting by my kritiek op die Engelse beslissings hierbo,⁷ kan die onhoudbaarheid van die opvatting dat daar 'n kontrak tussen „undisclosed principal” en derde bestaan, verder aangetoon word deur die verhouding tussen die twee te toets in terme van die aanvaarde grondslag van kontraktuele gebondenheid en die gangbare teorie van verteenwoordiging, wat ek by die stelling van die probleem probeer saamvat het.⁸ My gevolgtrekking was dat persone in beginsel kontraktueel teenoor mekaar gebonde is omdat hulle dit so bedoel, maar dat hierdie standpunt nie onverbiddelik gehandhaaf word nie, en onder omstandighede ook ruimte bestaan om 'n teenparty gebonde te hou in terme van sy verklaring of in terme van die vertrouwe wat hy gewek het. Verder het ek besluit dat hierdie toedrag van sake nie wesenlik verander waar een van die partye van 'n verteenwoordiger gebruik maak om die kontrak te sluit nie. Die enigste verskil is dat die verteenwoordiger se eie bedoeling binne die veld van sy bevoegdheid - wat die prinsipaal natuurlik deur die verlening van volmag geskep het - meewerk by die totstandkoming van wilsooreenstemming, en dat dit die verteenwoordiger se verklaring is wat die prinsipaal se bedoeling om die derde as kontraksparty te hê, laat blyk, en dit vir die derde moontlik maak om die bedoeling te vorm om teenoor die prinsipaal regte te verwerf en verpligtinge op te loop.

Hoe staan dit nou met „undisclosed principal” en derde? Die ontleding van die vereiste van „authority” het laat blyk dat nòg die Engelse nòg die Suid-Afrikaanse reg dit as voorvereiste

7 Sien p.163 hierbo.

8 Sien pp.5-9 hierbo.

vir die eis van „undisclosed principal” teen derde of omgekeerd stel dat die „undisclosed principal” by opdraggewing die skepping van regsbande tussen homself en die derde in die vooruitsig gestel het. Die opdraggewing hoef dus geen volmagsverlening in te sluit nie. In ooreenstemming hiermee tref mens nie die vereiste aan dat die lashebber by sy optrede teenoor die derde die bedoeling moes hê om sy lasgewer en die derde teenoor mekaar te bind nie. Van die kant van die derde weer kan daar geen sprake wees van die bedoeling om regte teenoor die lasgewer te verwerf nie, of verpligtinge teenoor hom op te loop nie, eenvoudig omdat die lashebber in eie naam optree.

Die resultaat is dat nòg „undisclosed principal” nòg lashebber nòg derde bedoel om 'n kontrak tussen „undisclosed principal” en derde teweeg te bring, en dat verder geen verklaring te dien effekte by die kontraksluiting gemaak word nie, en bygevolg ook by niemand die vertroue in sodanige toedrag van sake gewek kan word nie. Die moontlikheid van aanspreeklikheid wat wel tussen „undisclosed principal” en derde ontstaan, het ook nie die gevolg dat die lashebber uit die prentjie val nie, soos by direkte verteenwoordiging gebeur. Die lashebber se optrede kan dus nie as verteenwoordiging beskou word nie, en die „undisclosed principal”-eise kan nie aan 'n kontrak tussen „undisclosed principal” en derde ontleen wees nie. Die regspraak se verwysings na sodanige kontrak moet gevolglik as ondeurdag en ongegrond geld.

Samevattend kan mens nou sê dat die kenmerkende van die „undisclosed principal” se optrede teen die derde daarin lê dat hy as buitestaander ingryp op die kontrak tussen lashebber en derde, terwyl die kenmerkende van die derde se optrede teen die „undisclosed principal” daarin lê dat hy 'n verpligting wat uit sy kontrak met die lashebber ontstaan, afdwing teenoor 'n buitestaander tot die kontrak, d.w.s. teenoor die „undisclosed principal”. Mens is in die versoeking om van die derde se „uitgryping” uit die kontrak te praat - in teenstelling dan met die „undisclosed principal” se in-gryping. Alvorens ons nou stelling inneem ten opsigte van die „undisclosed principal” se

ingryping en die derde se „uitgryping”, moet nog enkele opmerkings oor die pogings in die literatuur gemaak word.

Mens moet eerstens erken dat die literatuur oor die „undisclosed principal” oorwegend onindrukwekkend is. Die vernaamste tekortkoming is dat die skrywers, wat hulle oor die leerstuk uitgelaat het, in die algemeen nalaat om te sê wat hulle onder verteenwoordiging verstaan. Omdat die „undisclosed principal”-situasie dan nie met die regsfiguur van verteenwoordiging vergelyk word nie, kom die wesenlike historiese gesigspunt nie tot sy reg nie, naamlik dat die „undisclosed principal”-remedies ontstaan het deur die oneigenlike toepassing van reëls van direkte verteenwoordiging in situasies van indirekte verteenwoordiging, wat weer daarop berus dat direkte en indirekte verteenwoordiging in die Engelse reg nooit duidelik van mekaar onderskei is nie.

Om nou 'n duidelike onderskeid te handhaaf tussen hierdie historiese verklaring van die leerstuk aan die een kant, en pogings om dit met verwysing na bestaande regsinstellings te regverdig aan die ander kant, sou alreeds 'n groot bydrae tot die wetenskaplike ontleding van die leerstuk wees. Sodanige onderskeid ontbreek egter omtrent heeltemal in die „undisclosed principal”-literatuur. Historiese aspekte kom wel ter sprake, maar vervaag dan weer in die bespreking van die dogmatiese indeling van die leerstuk.⁹

Die pogings om die leerstuk êrens te laat inpas, val voorts op deur hulle neiging tot eensydigheid, oorvereenvoudiging en onsaaklikheid. Eensydigheid blyk daaruit dat soms gepoog word om alleenlik die lasgewer se aanspreeklikheid te verklaar, terwyl die grondslag van die derde se aanspreeklikheid buite rekening gelaat word,¹⁰ of om alleenlik die lasgewer se

9 Vgl. byvoorbeeld die rudimentêre „historiese” verklarings van Ames (p.170) en Goodhart en Hamson (p.178) hierbo. Die beste voorbeeld van die ineenvloei van historiese en dogmatiese aspekte het mens egter by Müller-Freienfels. Vgl. in hierdie verband ook Stoljar se hoofstuk oor die „undisclosed principal” in sy a.w., veral pp.204-211, 228-233.

10 Sien par.VI.3(a) hierbo.

bevoegdheid om die derde aan te spreek te behandel, sonder dat lig op die grondslag van sy aanspreeklikheid gewerp word.¹¹ Oorvereenvoudiging blyk daaruit dat gedagtes, wat moontlik motiewe of sielkundige momente by die verlening van „undisclosed principal“-remedies was, verhef word tot verklaringsbeginsels. Die gedagte dat daar vir die derde benadeling in die verborgenheid van die lasgewer mag skuil,¹² of die oorweging van die daadwerklike voordeel wat heen en weer tussen lasgewer en derde beweeg het,¹³ mag byvoorbeeld elk op een of ander tydstip in die geskiedenis van die leerstuk 'n rol gespeel het by 'n regter se besluit om 'n „undisclosed principal“-remedie te verleen. Op sigself is elk van hierdie gedagtes egter klaarblyklik onvoldoende ter verduideliking van aanspreeklikheid ingevolge die leerstuk.

Ek het gesê dat die literatuur ook mank gaan aan saaklikheid. Hierby dink ek vernaamlik aan die pogings om die leerstuk met verwysing na die Engelse billikheidsreg te orden.¹⁴ En wel moet hierdie pogings as onsaaklik geld omdat hulle besorgdheid oor die leerstuk so oorwegend van formele aard is, terwyl die sin en regverdigbaarheid van die „undisclosed principal“-eise nie bespreek word nie, maar eintlik as vanselfsprekend geld.¹⁵ Vir die Suid-Afrikaanse reg is hierdie „verklarings“ verder in elk geval nie van nut nie, omdat die Engelse billikheidsreg nie deel van ons reg is nie. Dieselfde kommentaar geld natuurlik vir Müller-Freienfels se „consideration“-verklaring, wat geen betekenis vir die Suid-Afrikaanse reg het nie, omdat „consideration“ by ons geen voorvereiste vir die ontstaan van verpligtinge uit kontrak is nie.

Kenmerkend van die behandeling van die leerstuk tot dusver is nou dat die eintlik belangrike vraag nie tot sy reg gekom het nie,

11 Sien par.VI.3(c) hierbo.

12 Sien par.VI.3(a) hierbo.

13 Sien par.VI.3(d) asook p.164 hierbo.

14 Sien par.VI.3(b) en 3(e) hierbo.

15 In mindere mate geld hierdie kritiek eintlik vir die hele literatuur oor die „undisclosed principal“.

naamlik die vraag of die remedies wat ingevolge die leerstuk beskikbaar is, neerkom op 'n saaklike en billike regsreëling. Dit lyk vir my of slegs die antwoord op hierdie vraag die grondslag vir die aanvaarding of verwerping van die leerstuk kan wees. Die verwaarlosing van hierdie vraag in die verlede mag moontlik die gevolg gewees het van 'n primêre besorgdheid oor „konstruksies” en „verklarings”, eerder as oor die ontleding van welke belange in die „undisclosed principal”-situasie op die spel staan, en hoe reg aan elk van die partye geskied. Hierwil ek in elk geval nou vra of die leerstuk van die „undisclosed principal” in die geheel genome 'n aanwinst vir ons reg is of kan wees, al dan nie. Dit vereis dat ons nogeens die funksie van hierdie instelling ter sprake bring, en later terugkom op sy billikheid en sy helderheid of geordendheid.

By die samevatting oor die „undisclosed principal” in die Engelse reg het ons besluit dat die vernaamste funksie van die leerstuk die beskerming is van die persone „aan weerskante” van die tussenpersoon, wat in belang van die een met die ander 'n ooreenkoms gesluit het, en daarna in finansiële verleentheid raak.¹⁶ Ook in die Suid-Afrikaanse reg het ons hierdie beskermingsfunksie aangetref, maar bevind dat die leerstuk se funksie nog algemener gestel kan word, naamlik dat dit in die algemeen 'n uitweg bied vir „undisclosed principal” of derde, wanneer die reëlmatige afwikkeling van die vermoëns- of belangeverskuiwing, wat deur indirekte verteenwoordiging teweeggebring moet word, weens een of ander hindernis onmoontlik word of selfs slegs moeilik word.¹⁷ Die finansiële verleentheid van die lashebber is maar die mees opvallende voorbeeld van sodanige hindernis.

Die regspolitiese vraag na die verantwoordbaarheid van die „undisclosed principal”-eise is nou niks anders nie as die vraag of dit wenslik is dat hierdie uitweg of „kortpad” uit beskermings- of gerieflikheidsoorwegings vir die „undisclosed principal” of die derde beskikbaar gestel word. Dit lyk doenlik om ter beantwoording van hierdie

¹⁶ Sien p.81 hierbo.

¹⁷ Sien par.IV.3(e) hierbo.

vraag eerstens na te gaan of die behoefte aan beskerming en aan gerief wat die leerstuk op die oomblik bevredig, by sy afwesigheid onbevredig sou bly. Dit stel vir ons die probleem om vas te stel welke moontlikhede van plaasvervanging van die „undisclosed principal“-remedies in die Suid-Afrikaanse reg bestaan.

Vir die doeleindes van ons soektog na plaasvervangers vir die „undisclosed principal“-eise veronderstel ons vir die oomblik dat die leerstuk afwesig is in die Suid-Afrikaanse reg. Dit kom nou daarop aan of daar ander middels bestaan om die beskermings- en utiliteitsfunksie van die leerstuk te vervul. Miskien die maklikste manier om sodanige middels te vind, is om te kyk of remedies soortgelyk aan dié wat ons in die Europese reg oor die verborge lasgewer aangetref het, in die Suid-Afrikaanse reg bestaan. Want soos ons gesien het, bestaan hierdie hulpmiddels in die ondersoekte Europese regstelsels juis omdat direkte optrede tussen verborge lasgewer en derde aldaar in beginsel nie erken word nie. Is hierdie hulpmiddels in die Suid-Afrikaanse reg voorhande, dan sou mens kon argumenteer dat die Suid-Afrikaanse reg minstens net so goed as die Europese reg sonder die „undisclosed principal“-eise moet kan klaarkom.

Om hierdie vergelyking deur te voer, neem ons die tipiese ooreenkoms by die „undisclosed principal“-situasie, naamlik die koopkontrak, en begin by die geval waar die lashebbër die „undisclosed principal“ se saak aan 'n derde verkoop. In ooreenstemming met die posisie in die Europese reg, verkry die derde by lewering deur die lashebbër eiendom op die saak.¹⁸ Die belangrike punt is nou die vordering om die koopprys. Indien ons „undisclosed principal“ nie die derde direk om die koopprys sou kon aanspreek nie, het hy enige ander wyse om sy belang te beskerm? In die Duitse reg het ons twee tegnieke vir sy beskerming leer ken. Enersyds bestaan daar 'n fiksie, wat die effek het dat die verborge lasgewer hom teenoor sy

¹⁸ Vgl. Wille, a.w., pp.198-200; Wessels, The Law of Contract in South Africa, 2de uitgawe deur Roberts (Durban, 1951), par. 2030

lashebber en laasgenoemde se skuldeisers op die standpunt kan stel dat hy (die lasgewer) houër van die betrokke vordering is.¹⁹ Is die lashebber dus insolvent, of het hy die vordering aan 'n skuldeiser gesedeer, dan sou die lasgewer in die laaste instansie nog altyd in staat wees om die vordering teenoor die derde af te dwing (d.w.s. in sy hoedanigheid van sessionaris). Van 'n vergelykbare reël in die Suid-Afrikaanse reg dra ek nie kennis nie. Die „undisclosed principal” sou sy lashebber dus bloot op grond van die lasgewingsooreenkoms kon aanspreek vir sessie van die vordering of vir oorbetalings van die geïnde bedrag. Het die lashebber die vordering in troubreuk gesedeer, dan moet die lasgewer maar die lashebber vir die bedrag van die vordering aanspreek. In geval die lashebber insolvent is, sou die lasgewer slegs 'n konkurrente eis vir hierdie bedrag hê.

Die tweede wyse waarop die verborge lasgewer hom volgens Duitse reg kan beveilig, is deur vooraf van die lashebber sessie te verkry van die vordering, wat laasgenoemde nog moet verwerf.²⁰

Ook hierdie moontlikheid bestaan skynbaar nie vir ons Suid-Afrikaanse „undisclosed principal” nie. Dit is wel waar dat enkele van ons beslissings die indruk skep dat mens 'n vordering, waarvoor jy nog nie beskik nie, regsgeldig kan sedeer.²¹ De Wet en Yeats verwerp egter hierdie standpunt, en wys daarop dat ons hoër hier versuim om te onderskei tussen die onderneming om 'n toekomstige vordering te sedeer - waarteen geen beswaar in te bring is nie - en die sessie self.²²

Tot dusver het dit gehandel oor die verkoop van 'n saak in belang van die „undisclosed principal”. Wat is die posisie waar die lashebber vir hom 'n saak aankoop? Ons het gesien dat die Europese reg se maatreëls ter beskerming van die verborge lasgewer

19 Sien p.143 hierbo.

20 Sien pp.140-141 hierbo.

21 Vgl. byvoorbeeld Consolidated Finance Co. v. Reuvid 1912 T.P.D.1019; Jenkins & Co. v. Roberts 1912 C.P.D.937.

22 De Wet en Yeats, a.w., p.180, veral voetnoot (j). Anders Kerr, The Principles of the Law of Contract, p.137, wat egter nie sy standpunt nader motiveer nie.

in hierdie geval eers in werking tree by lewering van die saak deur die derde aan die lashebber, en wel deur òf direkte eiendomsoorgang van derde aan verborge lasgewer te erken²³ òf weë te bind om die tydsduur van die lashebber se eiendomsreg tot prakties nul te beperk.²⁴ Sprake van die moontlikheid om op een of ander wyse die derde self tot lewering van die saak te beweeg, was daar feitlik glad nie.²⁵

Vir ons „undisclosed principal”, wat sonder sy direkte eis teen die derde sit, bied die Europese reg hier dus geen alternatiewe metode as voorbeeld om die derde tot prestasie te beweeg nie. Soos in die Europese reg sou sy beveilinging eers ter sprake kom ná lewering van die saak deur die derde aan die lashebber. Beoordeel volgens die algemene beginsels van eiendomsoorgang in ons reg,²⁶ sou die lashebber by lewering deur die derde in beginsel eienaar word van die saak, sodat die resultaat vergelykbaar sou wees met die posisie in die Duitse reg, eerder as met dié in die Nederlandse of Franse reg. Dit sal dus ook vir ons „undisclosed principal” daarop aankom om die tydsduur van die lashebber se eiendomsreg te beperk. Een manier om dit te bewerkstellig, sou deur sogenaamde „antizipiertes Besitzkonstitut” wees.²⁷ Eerstens ken ons reg naamlik die vorm van eiendomsoordrag bekend as constitutum possessorium,²⁸ tweedens is nie in te sien waarom die verbinteniskeppende ooreenkoms, wat die eiendomsoordrag ten grondslag lê, nie vooraf gesluit kan word nie. By die lashebber se latere verkryging van die besit en eiendom van die saak, sou hy die „undisclosed principal” dan eienaar kan maak bloot deur op een of ander wyse aan alle belanghebbendes te kenne te gee dat hy nie meer as eienaar besit nie, maar wel in belang van die „undisclosed principal”. Van ander metodes

23 In die Nederlandse en Franse reg.

24 In die Duitse reg.

25 Slegs vir die Franse reg (sien p.154 hierbo) het ons huiwerend dié moontlikheid kon noem.

26 Vgl. Wille, a.w., pp.198-200; Maasdorp's Institutes of South African Law, Vol.II, The Law of Things, 7de uitgawe deur Hall (1948), pp.66-67.

27 Sien pp.139-140 hierbo.

28 Vgl. Wille, a.w., pp.180-181; Maasdorp, a.w., pp.26-27, 35; Goldinger's Trustee v. Whitelaw & Son 1917 A.D.66, op pp.73-74; Estate Hunt v. De Villiers 1940 C.P.D.79, op p.98.

in die Suid-Afrikaanse reg om die lashebber se eiendomsreg op die saak te verkort, weet ek nie. In die besonder is dit onduidelik of 'n „Insichgeschäft" - d.w.s. die lashebber as eienaar van die saak dra eiendom oor aan die „undisclosed principal", wat hy tegelykertyd verteenwoordig - volgens Suid-Afrikaanse reg moontlik is.

Uiteindelik moet ons nog die vergelyking uit die oogpunt van die derde deurvoer. Ons slotsom vir die drie ondersoekte Europese regstelsels was dat geen besondere beskermings vir die derde, wat met die verborge lasgewer se lashebber 'n ooreenkoms gesluit het, geskep is nie, nóg vir die geval waar hy 'n saak, wat aan die verborge lasgewer behoort, koop, nóg waar sy eie saak deur die lashebber in belang van die verborge lasgewer gekoop word. Hy beskik steeds slegs teenoor die lashebber oor sodanige remedies as wat bestaan binne die raamwerk van die kontrak tussen laasgenoemde en homself. Mens het hier dus geen aanknopingspunte in die soeke na moontlike plaasvervangende remedies vir die derde se eis teen die „undisclosed principal" in die Suid-Afrikaanse reg nie.

Die resultaat van ons vergelyking kan nou soos volg saamgevat word. Indien 'n „undisclosed principal" nie die bevoegdhede kan uitoefen waaroor hy tans ingevolge die leerstuk beskik nie, sou hy ook op geen ander wyse die derde self tot prestasie kon beweeg nie, en in sy verhouding teenoor sy lashebber sou hy swakker staan as wat die verborge lasgewer in die ondersoekte Europese regstelsels teenoor sy lashebber staan. Indien die derde nie teenoor die „undisclosed principal" die bevoegdhede kan uitoefen waaroor hy tans ingevolge die leerstuk beskik nie, sou hy slegs teenoor die lashebber geregtig wees, naamlik in terme van die kontrak tussen lashebber en derde. In effek sou die afwesigheid van die „undisclosed principal"-leerstuk 'n leemte in die Suid-Afrikaanse reg laat, d.w.s. ons kon kwalik alternatiewe remedies aandui om die beskermings- en utiliteits-funksie van die leerstuk te vervul.²⁹

29 Die gedagte lê natuurlik nie ver nie, dat juis die teenwoordigheid van die leerstuk die verduideliking vir die afwesigheid van alternatiewe remedies is, d.w.s. dat die bestaan van die leerstuk hierdie remedies onnodig maak.

En selfs indien hulpmiddels soortgelyk aan dié wat in die Europese reg ter beskerming van die verborge lasgewer bestaan, in die Suid-Afrikaanse reg teenwoordig sou wees, dan kan dit skaars betwyfel word dat die verwesenliking van belange deur hierdie hulpmiddels nog altyd moeisamer en meer riskant sou wees as wat die „undisclosed principal” se optrede teenoor derde is.

Hoewel mens hiermee 'n argument vir die aanvaarding van die leerstuk het, moet die omvang en die belangrikheid van die behoeftes wat die leerstuk bevredig, natuurlik nie oorskakel word nie. Die relatief klein aantal gevalle waarin die leerstuk van die „undisclosed principal” in die Suid-Afrikaanse reg aanwending gevind het, is naamlik die duidelike teken dat die leerstuk funksioneel geensins lewensnoodsaaklik vir die Suid-Afrikaanse reg is nie. Mens kan selfs verder gaan en die vraag stel of indirekte verteenwoordiging - met sy inherente nadele, wat weer tot „undisclosed principal”-eise aanleiding gee - dan absoluut onontbeerlik is.

Dit is natuurlik duidelik dat daar geykte situasies bestaan waar lasgewer en derde geen direkte betrekkinge met mekaar begeer nie, maar hulle uitruiling van geld en goedere deur 'n tussenpersoon wil kanaliseer. Die voor die hand liggende voorbeelde van sodanige tussenpersone het mens in die makelaar en faktor, wat beroepmatig in belang van ander optree, en enersyds oor professionele kundigheid van die mark beskik, andersyds persoonlike betrekkinge met handelslui het. Waar die lasgewer nou nie oor die tegniese kennis of persoonlike kontakte beskik om op rasionele grondslag aan die handelsverkeer deel te neem nie,³⁰ is sy mins riskante werkwyse klaarblyklik om sy persoonlike regsbande te beperk tot 'n lasgewingsooreenkoms met 'n professionele lashebber, en laasgenoemde dan eiehandig die betrokke transaksies met derdes te laat afhandel. Derdes weer

30 Waar hy dus op 'n probeer-en-tref basis aan die handelsverkeer sou moes deelneem.

mag dit gerieflik vind om hulle sake te doen met die beroepmatig optredende lashebber, oor wie se kredietwaardigheid bowendien sekerheid bestaan, in teenstelling miskien met dié van die lasgewer. Dit alles beteken egter dat in alle gevalle waar die lasgewer of derde sou weier om van die moontlikhede gebied deur direkte verteenwoordiging gebruik te maak, die rede juis lê in die lasgewer se onwilligheid om die derde as kontraksparty te hê, of omgekeerd. In die lig van hierdie motief vir die gebruikmaking van indirekte verteenwoordiging, lyk dit geregverdig om van lasgewer en derde te verwag om maar die risiko's verbonde aan hulle werkwyse op die koop toe te neem. Word „undisclosed principal“-remedies hier wel toegelaat, dan kom dit daarop neer dat die lasgewer of derde daarin slaag om hom te beroep op 'n aanspreeklikheid waarvan hy vroeër juis niks wou weet nie. Daar kan dus 'n saak uitgemaak word vir die ontbeerlikheid van hierdie eise, op grond van die oorweging dat partye nie kan verwag om die voordele van indirekte verteenwoordiging te geniet, en tegelykertyd die bevoegdheid te hê om hulle te beroep op aanspreeklikhede, wat eintlik net ingevolge direkte verteenwoordiging sou kon ontstaan nie.

'n Tweede argument teen die leerstuk, of in elk geval teen die „undisclosed principal“ se eis, is dat die skuldeisers van die lashebber as gevolg van die „undisclosed principal“ se direkte optrede teen die derde benadeel kan word. Mens moet naamlik die moontlikheid oorweeg dat hulle by hulle kredietverlening aan die lashebber onder andere mag staatmaak op die prestasie, wat die lashebber van die derde staan te kry, ter bevrediging van hulle vorderinge. Tree die „undisclosed principal“ nou egter na vore en verhaal self die prestasie van die derde, dan is die fonds waaruit die lashebber se skuldeisers hulle kan bevredig natuurlik tot daardie omvang kleiner as wat hulle gemeen het. Is die lashebber insolvent, dan plaas die „undisclosed principal“ se direkte optrede teen die derde

hom in effek in die posisie van 'n preferente skuldeiser teenoor die ander skuldeisers van die lashebber, omdat die derde se prestasie nie onder al die skuldeisers (insluitend natuurlik die „undisclosed principal”) verdeel word nie, maar alleenlik vir die „undisclosed principal” beskikbaar is. Hoewel hierdie benadeling van die ander skuldeisers van die lashebber na my beste wete nog nooit pertinent in 'n beslissing of in die literatuur ter sprake gekom het nie, vind daar klaarblyklik so 'n „ongelyke” verdeling van die lashebber se bates plaas in alle gevalle waar die lashebber insolvent is, en die „undisclosed principal” dan direk teen die derde slaag. Ek kan geen rede sien waarom die „undisclosed principal”, wat per slot van rekening tog maar net 'n skuldeiser van die lashebber is, op hierdie wyse bevoordeel moet word nie. Eindelik kan nog daarop gelet word dat waar die lashebber in geen finansiële verleentheid verkeer nie (en ander skuldeisers se belange dus nie pertinent ter sprake hoef te kom nie), die „undisclosed principal” die voor die hand liggende moontlikheid het om sessie van die lashebber se vordering teen die derde te verkry, indien die „undisclosed principal” self die derde sou wou aanspreek. Die „undisclosed principal” se direkte optrede teen die derde lyk dus geregverdig nóg vir geval die lashebber insolvent is nóg vir geval hy solvent is.

'n Derde argument teen die leerstuk is dat dit onbillik ook teenoor „undisclosed principal” of derde kan werk. By die samevatting oor die Engelse reg het ek onbillike beslissings probeer aandui,³¹ en daarop gewys dat onbillike gevolge 'n direkte verband hou met die verwarring van direkte en indirekte verteenwoordiging. Hoewel dit nou waar is dat ons regspraak oor die leerstuk van die „undisclosed principal” in een of twee opsigte duideliker is as die Engelse regspraak,³² bestaan basies in ons regspraak dieselfde verwarring as in die Engelse reg, en gevolglik dieselfde moontlikhede van onbillikheid.

31 Op pp.80-81 hierbo.

32 Vgl. p.136 hierbo.

Eindelik en volledigerwys moet mens by die argumente teen die leerstuk die opmerking - nou reeds 'n gemeenplaas - voeg, dat die leerstuk nie naastenby 'n afgeronde regsinstelling is nie, en dat dit dogmaties onintegreerbaar in ons verbintenisreg blyk te wees.

Daarmee het ons dan, sover ek kan sien, al die faktore wat verdien om by die vraag na die aanvaarbaarheid van die „undisclosed principal“-leerstuk oorweeg te word, behandel. In die lig van die vermelde argumente teen die leerstuk is ek nou van mening dat die verwerping van die leerstuk geen groot verlies vir die Suid-Afrikaanse reg sou beteken nie. Dit is waar dat die leerstuk goed by ons ingeburger is, maar miskien lui die beslissing van Noordkaaplandse Aartappel-Kernmoerkwekers Ko-operasie Bpk. v. Cullinan³³ 'n kentering in ons regspraak in.

Sou ons howe egter nie bereid wees om die leerstuk as sodanig te verwerp nie, dan moet dit minstens op 'n meer aanvaarbare grondslag geplaas word, en wel deur die wegruiming van die onsekerheid wat in verskeie opsigte ten aansien van die leerstuk bestaan. Om 'n program vir hierdie wegruiming uit te stippel, is nie moeilik nie. Die grondslag van die opheldering van die leerstuk is die erkenning en die uitbouing van die volgende drie insigte: eerstens, dat die kontraksluiting tussen lashebber en derde 'n kontrak tussen hierdie twee en slegs tussen hulle teweegbring; tweedens, dat die „undisclosed principal“ se eis 'n ingryping op hierdie kontrak en die derde se eis 'n „uitgryping“ uit hierdie kontrak is; derdens, dat hierdie ingryping en „uitgryping“ te verantwoord is slegs insoverre die beskerming of bevordering van belange wat dit moontlik maak of vergemaklik, nie ten koste van regsekerheid en billikheid geskied nie. Daarmee word die opdrag ten opsigte van elke onderdeel van die „undisclosed principal“-problematiek om die middeweg te vind, waar die betrokke reël nie uitloop op die ontkenning van die gesketste kontraktuele situasie nie (wat onvermydelik weer die

³³ 1971 (3) S.A.417. En vgl. p.118 hierbo.

leerstuk as verwarringstigter laat verskyn), maar aan die ander kant 'n egte toepassingsveld vir die leerstuk ingeruim word. Die implikasies van hierdie stellingname vir die afsonderlike probleme wat die leerstuk opwerp, kan nou aangedui word.

Ten aansien van die vereiste van „authority” moet ingesien word dat die wesenlike probleem die presisering is van die groep persone wat as „undisclosed principals” op 'n kontrak mag ingryp, en teen wie vorderinge uit 'n kontrak, waartoe hulle geen party is nie, afgedwing mag word. Waarteen howe veral moet waak, is om te maklik 'n feitlike bevinding van die bestaan van „authority” te maak. Hierdeur sal die gevaar vermy word om persone, wat nie objektief gesien die ware belanghebbende by die lashebber se transaksie met die derde is nie, aanspreeklik te hou. Beslissings soos Watteau v. Fenwick en Chappell v. Gohl moet vir goed tot die verlede behoort.

Ten aansien van die beskerming van die derde, is dit eerstens die onsekerheid omtrent die vereiste van skuld by die „undisclosed principal”, wat uit die weg geruim moet word. Erken mens eenmaal dat die „undisclosed principal” ingryp op 'n kontrak waartoe hy nie party is nie, dan is dit duidelik dat die bevoegdheid van die derde om van alle verweersmiddels wat hy teen sy eintlike kontraksparty beskikbaar het, gebruik te maak, nie geaffekteer behoort te word deur die toevallighede van die „undisclosed principal” se opdraggewing nie, d.w.s. sy bevoegdheid behoort nie geraak te word deur die moontlikheid of onmoontlikheid om een of ander verwytbaarheid in die opdraggewing te lees nie. Die derde se bevoegdheid behoort tweedens natuurlik ook nie geraak te word deur die omstandigheid dat hy daarvan bewus was dat die lashebber nie die ware belanghebbende by die betrokke ooreenkoms is nie.

Wat betref die vraag of die „undisclosed principal” veilig teenoor die derde staan wanneer hy met sy lashebber afgereken het, moet ingesien word dat die „undisclosed principal” se vermeende plig om toe te sien dat betaling teenoor die derde geskied net te

regverdig sou wees indien daar sonder meer vir hom verpligtinge uit die kontrak tussen lashebber en derde voortvloei. Maar die kontrak het werking slegs tussen hierdie twee totdat die derde ter selfbeskerming of uit gerieflikheidsoorwegings die „undisclosed principal” aanspreek. Die „undisclosed principal” se vermeende plig berus eintlik op die verkeerde opvatting dat daar kontraktuele bande tussen „undisclosed principal” en derde sou bestaan.

Aan die ander kant is die implikasie van die erkenning van die derde se optrede teen „undisclosed principal” as verantwoordbare kontraktuele remedie, dat hierdie optrede nie sonder goeie rede verydelbaar sou moet wees nie. Dit beteken dat die konsep van eleksie nie die verskoning mag wees om die derde se eis te verydel bloot op grond van die feit dat die derde mindere of meerdere aanstalties gemaak het om die lashebber aan te spreek nie. Waar die „undisclosed principal” na aanleiding van hierdie aanstalties teenoor sy lashebber voldoen, is hy natuurlik op grond van hierdie voldoening beskerm, sodat dit in elk geval onnodig is om eleksie by te haal ter bereiking van 'n billike resultaat. Erken mens verder dat die sin van die derde se optrede teen die „undisclosed principal” daarin lê dat hy die kontraksprestasi wat hy nie van die lashebber kan of wil verhaal nie, van die ware belanghebbende, die „undisclosed principal”, mag verhaal, dan is die uitsluiting van sy suksesvolle optrede teen die „undisclosed principal” in terme van die beginsel van transit in rem judicatam 'n halfhartige en onbevredigende standpunt in alle gevalle waar die vonnis teen die lashebber onbevredig bly. Is mens bereid om in beginsel te aanvaar dat die derde die „undisclosed principal” mag aanspreek, dan moet mens hierdie standpunt logies deurvoer en die derde se bevoegdheid staande hou solankas die prestasie, wat in terme van sy kontrak met die lashebber aan hom verskuldig is, nog nie gelewer is nie.

Wat ten slotte die uitsluiting van die „undisclosed principal” deur die terme van die kontrak betref, sal ingesien moet word dat die gebruik van hierdie reël as 'n verskoning om die

„parol evidence rule" toe te pas, die „undisclosed principal"-leerstuk kan lamlê by alle op skrif gestelde kontrakte. Wie bereid is om die leerstuk van die „undisclosed principal" te aanvaar, en meen dat dit 'n wenslike leerstuk is, sal dus goed doen om die reël dat 'n „undisclosed principal" deur die terme van die ooreenkoms uitgesluit kan word, te sien vir wat dit is: 'n uitdrukking van lashebber en derde se kontraksvryheid, onafhanklik daarvan of hulle die kontrak mondelings sluit of op skrif stel. Hierdie reël moet ook ten volle geëerbiedig word, om erkenning te verleen aan die volwaardigheid van die kontrak gesluit tussen lashebber en derde.

REGISTER VAN GEWYSDESEngelse reg

- Addison v. Gandassequi (1812) 4 Taunt.572 (128 E.R.454)
 Archer v. Stone (1898) 78 L.T.34
 Armstrong v. Stokes (1872) L.R.7 Q.B.598
 Baring v. Corrie (1818) 2 B.& Ald.137 (106 E.R.317)
 Bart v. British West Indian Airways [1967] 1 Lloyd's Rep.239
 Bateman v. Phillips (1812) 15 East 272 (104 E.R.847)
 Beckham v. Drake (1841) 9 M.& W.79 (152 E.R.35)
 Benton v. Campbell, Parker & Co. [1925] 2 K.B.410
 Bilborough v. Holmes (1876) 5 Ch.D.255
 Blackburn v. Scholes (1810) 2 Camp.341 (170 E.R.1177)
 Borries v. Imperial Ottoman Bank (1873) L.R.9 C.P.38
 Boulton v. Jones (1857) 2 H.& N.564 (157 E.R.232)
 Browning v. Provincial Insurance Co. of Canada (1873)
 L.R.5 P.C.263
 Burdett v. Willett (1708) 2 Vern.638 (23 E.R.1017)
 Calder v. Dobell (1871) L.R.6 C.P.486
 Carr v. Hinchliff (1825) 4 B.& C.547 (107 E.R.1164)
 Clarkson Booker Ltd. v. Andjel [1964] 2 Q.B.775
 Coates v. Lewes (1808) 1 Camp.444 (170 E.R.1015)
 Collins v. Associated Greyhound Racecourses Ltd. [1930] 1 Ch.1
 Cooke v. Eshelby (1887) 12 App.Cas.271
 Coope v. Eyre (1788) 1 H.Bl.37 (126 E.R.24)
 Copeman v. Gallant (1716) 1 P.Wms.314 (24 E.R.404)
 Cothay v. Fennell (1830) 10 B.& C.671 (109 E.R.599)
 Court v. Berlin [1897] 2 Q.B.396
 Curlewis v. Birkbeck (1863) 3 F.& F.894 (176 E.R.406)
 Curtis v. Williamson (1874) L.R.10 Q.B.57
 Danziger v. Thompson [1944] K.B.654
 Davison v. Donaldson (1882) 9 Q.B.D.623
 De Mautort v. Saunders (1830) 1 B.& Ad.398 (109 E.R.836)
 Dixon, Ex P., re Henley (1876) 4 Ch.D.133
 Dresser v. Norwood (1864) 17 C.B. (N.S.) 466 (144 E.R.188)
 Drinkwater v. Goodwin (1775) 1 Cowp.251 (98 E.R.1070)
 Drughorn Ltd. v. Rederiaktiebolaget Transatlantic [1919] A.C.203
 Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge & Co. [1915] A.C.847
 Dyster v. Randall & Sons [1926] Ch.932
 Edmunds v. Bushell & Jones (1865) L.R.1 Q.B.97
 Emlie v. Lye (1812) 15 East 7 (104 E.R.746)
 Epps v. Rothnie [1945] K.B.562
 Filby v. Hounsell (1896) 2 Ch.737
 Finzel, Berry & Co. v. Eastcheap Dried Fruit Co. [1962]
 1 Lloyd's Rep.370
 Fish v. Kempton (1849) 7 C.B.687 (137 E.R.272)
 Formby Brothers v. Formby (1910) 102 L.T.116
 Gardiner v. Davis (1825) 2 C.& P.49 (172 E.R.23)
 Garnac Grain Co. Inc. v. H.M.F. Faure & Fairclough Ltd. and
 Bunge Corporation [1965] 3 All E.R.273
 Garrett v. Handley (1825) 4 B.& C.664 (107 E.R.1208)
 George v. Clagett (1797) 7 Term Rep.359 (101 E.R.1019)
 Godfrey v. Furzo (1733) 3 P.Wms.185 (24 E.R.1022)
 Gordon v. Ellis (1846) 2 C.B.822 (135 E.R.1167)
 Gouthwaite v. Duckworth (1810) 12 East 420 (104 E.R.164)
 Greer v. Downs Supply Co. [1927] 2 K.B.28
 Grissell v. Bristowe (1868) L.R.3 C.P.112

- Gurratt v. Cullum (1710) Bull.N.P.42
 Hallett's Estate, Re (1880) 13 Ch.D.696
 Hammond v. Schofield [1891] 1 Q.B.453
 Harmer v. Armstrong [1934] Ch.65
 Heald v. Kenworthy (1855) 10 Ex.739 (156 E.R.638)
 Heath v. Chilton (1844) 12 M.& W.632 (152 E.R.1352)
 Hersom v. Bennett [1955] 1 Q.B.98
 Higgins, Ex P. (1858) 3 De G.& J.33 (44 E.R.1181)
 Higgins v. Senior (1841) 8 M.& W.834 (151 E.R.1278)
 Hoare v. Dawes (1780) 1 Dougl.371 (99 E.R.239)
 Horsfall v. Fauntleroy (1830) 10 B.& C.754 (109 E.R.630)
 Hudson v. Granger (1821) 5 B.& Ald.27 (106 E.R.1103)
 Humble v. Hunter (1848) 12 Q.B.310 (116 E.R.885)
 Irvine v. Watson (1880) 5 Q.B.D.414
 Isberg v. Bowden (1853) 8 Ex.852 (155 E.R.1599)
 Jerome v. Bentley & Co. [1952] 2 All E.R.114
 Johnston v. Reading (1893) 9 T.L.R.200
 Kaltenbach v. Lewis (1885) 10 App.Cas.617
 Keighley, Maxsted & Co. v. Durant [1901] A.C.240
 Kendall v. Hamilton (1879) 4 App.Cas.504
 Killick & Co. v. Price & Co. and Lingfield SS. Co. Ltd.
 (1896) 12 T.L.R.263
 Kinahan & Co. v. Parry [1910] 2 K.B.389; [1911] 1 K.B.459
 King v. Hoare (1844) 13 M.& W.494 (153 E.R.206)
 Kymer v. Suwercropp (1807) 1 Camp.109 en 180 (170 E.R.894 en 921)
 Lanyon v. Blanchard (1811) 2 Camp.597 (170 E.R.1264)
 L'Apostre v. Le Plaistrier (1708) 2 Eq.Ca.Abr.113n (22 E.R.96)
 Lloyd v. Archbowle (1810) 2 Taunt.324 (127 E.R.1102)
 Lloyds and Scottish Finance v. Williamson [1965] 1 All E.R.641
 Lloyds Bank v. Swiss Bankverein (1912) 107 L.T.309
 Lucas v. De la Cour (1813) 1 M.& S.249 (105 E.R.93)
 Maanss v. Henderson (1801) 1 East 335 (102 E.R.130)
 MacClure v. Schemeil (1871) 20 W.R.168
 Mann v. Forrester (1814) 4 Camp.60 (171 E.R.20)
 Mildred v. Maspons (1883) 8 App.Cas.874
 Montagu v. Forwood [1893] 2 Q.B.350
 Montgomerie v. U.K. Mutual Steamship Association [1891] 1 Q.B.370
 Moore v. Clementson (1809) 2 Camp.22 (170 E.R.1068)
 Moore v. Flanagan [1920] 1 K.B.919
 Morel Brothers v. Westmorland [1904] A.C.11
 Morrison, Kekewich & Co. v. Mendel (1888) 5 T.L.R.153
 Mortimer v. M'Callan (1840) 6 M.& W.58 (151 E.R.320)
 Nash v. Dix (1898) 78 L.T.445
 Nelson v. Powell (1784) 3 Dougl.410 (99 E.R.723)
 Nelthorpe v. Holgate (1844) 1 Coll.203 (63 E.R.384)
 O'Herlihy v. Hedges (1803) 1 Sch.& Lef.123
 O/Y Wasa SS. Co. Ltd. & N.V. Stoomschip Hannah v. Newspaper Pulp
 & Wood Export (1949) 82 Ll.L.Rep.936
 Paterson v. Gandasequi (1812) 15 East 62 (104 E.R.768)
 Phillips v. Duke of Bucks (1683) 1 Vern.227 (23 E.R.432)
 Priestly v. Fernie (1863) 3 H.& C.977 (159 E.R.820)
 Rabone v. Williams (1785) 7 Term Rep.360n (101 E.R.1020)
 Railton v. Hodgson (1804) 4 Taunt.576n (128 E.R.456)
 Ramazotti v. Bowring (1859) 7 C.B. (N.S.) 851 (141 E.R.1050)
 Raynor v. Grote (1846) 15 M.& W.359 (153 E.R.888)
 Rederiaktiebolaget Argonaut v. Hani [1918] 2 K.B.247
 R.M.K.R.M. (Firm of) v. M.R.M.V.L. (Firm of) [1926] A.C.761
 Robson v. Drummond (1831) 2 B.& Ad.303 (109 E.R.1156)

Said v. Butt [1920] 3 K.B.497
 Salter v. Purchell (1841) 1 Q.B.209 (113 E.R.1110)
 Saunderson v. Griffiths (1826) 5 B.& C.909 (108 E.R.338)
 Scarf v. Jardine (1882) 7 App.Cas.345
 Schmaltz v. Avery (1851) 16 Q.B.655 (117 E.R.1031)
 Scott v. Surman (1742) Willes 400 (125 E.R.1235)
 Scrimshire v. Alderton (1743) 2 Str.1182 (93 E.R.1114)
 Scruttons v. Midlands Silicones [1962] 1 All.E.R.1
 Semenza v. Brinsley (1865) 18 C.B. (N.S.) 467 (144 E.R.526)
 Siffkin v. Walker (1809) 2 Camp.308 (170 E.R.1165)
 Sims v. Bond (1833) 5 B.& Ad.389 (110 E.R.834)
 Skinner v. Stocks (1821) 4 B.& Ald.437 (106 E.R.997)
 Smethurst v. Mitchell (1859) 1 El.& El.622 (120 E.R.1043)
 Smith v. Wheatcroft (1878) 9 Ch.D.223
 Smith and Snipes Hall Farm Ltd. v. River Douglas Catchment Board [1949] 2 K.B.500
 Smith-Bird v. Blower [1939] 2 All E.R.406
 Smyth v. Anderson (1849) 7 C.B.21 (137 E.R.9)
 Spurr v. Cass, Cass v. Spurr (1870) L.R.5 Q.B.656
 Stracey v. Deey (1789) 7 Term Rep.361n (101 E.R.1021)
 Taylor v. Kymer (1832) 3 B.& Ad.320 (110 E.R.120)
 Taylor v. Sheppard (1835) 1 Y.& C.Ex.271 (160 E.R.110)
 Thomson v. Davenport (1829) 9 B.& C.79 (109 E.R.30)
 Turner v. Thomas (1871) L.R.6 C.P.610
 United Australia Ltd. v. Barclays Bank Ltd. [1941] A.C.1
 United Kingdom Mutual Steamship Assurance Association v. Nevill (1887) 19 Q.B.D.110
 Waring v. Favenck (1807) 1 Camp.85 (170 E.R.886)
 Watteau v. Fenwick [1893] 1 Q.B.346
 Wester Moffat Colliery Co. v. Jeffrey 1911 S.C.346
 Westwood v. Bell (1815) 4 Camp.349 (171 E.R.111)
 Whitecomb v. Jacob (1709) 1 Salk 160 (91 E.R.149)
 Wilson v. Hart (1817) 7 Taunt.295 (129 E.R.118)
 Young v. Axtell 2 H.Bl.242 (126 E.R.530)
 Young v. Hunter (1812) 4 Taunt.582 (128 E.R.458)

Suid-Afrikaanse reg

Avis v. Highveld Supply Stores 1925 A.D.410
 Blower v. Van Noorden 1909 T.S.890
 Bothomley v. Siew and Co. (1902) 9 H.C.G.207
 Chappell v. Gohl 1928 C.P.D.47
 Clark v. Watson 1905 N.L.R.695
 Consolidated Finance Co. v. Reuvid 1912 T.P.D.1019
 Cook v. Aldred 1909 T.S.150
 Dawson v. Van Rooyen 1914 N.L.R.481
 Don Shoe Co. v. Goodman Bros. 1931 O.P.D.26
 Eaton & Louw v. Arcade Properties (Pty.) Ltd. 1961 (4) S.A.233 (T)
 Edelson v. Glenfields Estate (Pty.) Ltd. 1955 (2) S.A.527 (E)
 Fairbairn v. Pepper (1904) 21 S.C.154
 Goldinger's Trustee v. Whitelaw & Son 1917 A.D.66
 Heydenrych v. Woolven (1897) 14 S.C.376
 Hunt's Estate v. De Villiers 1940 C.P.D.79
 Jenkins & Co. v. Roberts 1912 C.P.D.937
 Judelson & Cohen v. Bootha and Others 1913 T.P.D.747
 Keystone Trading Co. v. Die Verenigde & Mij. 1926 T.P.D.218

Lambinion v. Du Toit 1952 (4) S.A.431 (T)
Lewis & Co. (Pty.) Ltd. v. Pietersburg Ko-operatiewe Boere
Vereeniging and Others 1936 A.D.344
Lippert & Co. v. Desbats 1869 Buch.189
Louwrens v. Clulee 1911 T.P.D.192
Marais v. Perks 1963 (4) S.A.802 (E)
Moravian Mission Society v. Swart 1935 (1) P.H., A.21
Morris v. Skinner 1945 (2) P.H., A.28
Natal Trading and Milling Co. v. Inglis 1925 T.P.D.724
Noordkaaplantse Aartappel-Kernmoerkwekers Ko-operasie Bpk. v.
Cullinan 1971 (3) S.A.417
O'Leary and Another v. Harbord (1888) 5 H.C.G.1
Scholtz v. Sieff 1928 O.P.D.131
Symon v. Brecker 1904 T.S.745
Van Staden v. Prinsloo 1947 (4) S.A.842 (T)
Wells v. Don & Co. 1917 E.D.L.303
Wessels & Co. v. Rudman 1911 C.P.D.667

L I T E R A T U U R

- Algra, Inleiding tot het Nederlands Privaatrecht, 5de druk (Groningen, 1969).
- Ames, Undisclosed Principal - His Rights and Liabilities, in Lectures on Legal History (Cambridge, Mass., 1913), oorspronklik gepubliseer in (1909) 18 Yale L.J. 443 e.v.
- Asser-Kamphuisen, Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, derde deel, derde stuk, derde druk (Zwolle, 1960).
- Asser-Beekhuis, Handleiding, tweede deel, algemeen deel, negende druk (Zwolle, 1957).
- Asser-Rutten, Handleiding, derde deel, tweede stuk, tweede druk (Zwolle, 1961).
- Asser-Scholten, Handleiding, algemeen deel, tweede druk (Zwolle, 1954).
- Asser-Van der Grinten, Handleiding, eerste deel, tweede stuk, derde druk (Zwolle, 1959).
- Asser-Van Oven, Handleiding, tweede deel, tweede stuk, negende druk (Zwolle, 1967).
- Amos and Walton, Introduction to French Law, 3de uitgawe deur Lawson, Anton en Brown (Oxford, 1967).
- Atiyah, An Introduction to the Law of Contract (Oxford, 1961).
- Aubry et Rau, Droit Civil Français, 6de uitgawe deur Esmein, 6de band (Paris, 1951).
- Barels, Advysen over den Koophandel en Zeevaart, deel 1 en 2.
- Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 3de uitgawe (München u. Berlin, 1966).
- Best, Het Ontwerp-Meijers voor een nieuw Burgerlijk Wetboek (Zwolle, 1956).
- Bettermann, Vom stellvertretenden Handeln (Bochum, 1937, herdruk Aalen, 1964).
- Boel, Aantekeninge op Loenius, Decisien en Observatien.
- Bowstead on Agency, 13de uitgawe deur Reynolds en Davenport (London, 1968).
- Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen (Rostock u. Schwerin, 1852).
- Cheshire and Fifoot, The Law of Contract, 7de uitgawe (London, 1969).
- Chitty on Contracts, 23ste uitgawe (London 1968).
- Christinaeus, Decisiones Curiae Belgicae, deel 3.
- Cooren, Observationes.
- De Blécourt-Fischer, Kort Begrip van het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht, 7de druk (Groningen, 1959).
- De Villiers and Macintosh, The Law of Agency in South Africa, 2de uitgawe deur Knight (1956).
- De Wet, 'n Bydrae tot die geskiedenis van die ontwikkeling van direkte verteenwoordiging by die sluiting van ooreenkomste, in T.H.R.-H.R., 1942, p.99 e.v.
- De Wet en Yeats, Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg, 3de uitgawe (1964).
- Dorhout Mees, Kort Begrip van het Nederlands Handelsrecht, 4de druk (Haarlem, 1964).
- Fischer, De geschiedenis van de eigendomsverkrijging van door een middellijken vertegenwoordiger gekochte roerende zaken, T.H.R.-H.R., 1939, p.1 e.v.

- Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, deel 2, Das Rechtsgeschäft (Berlin-Heidelberg-New York, 1965).
- Fridman, Establishing Agency, in (1968) 84 L.Q.R.224.
- , The Law of Agency, 2de uitgawe (London, 1966).
- Gibson, South African Mercantile and Company Law, 2de uitgawe (1966).
- Goodhart and Hamson, Undisclosed Principals in Contract, in (1932) 4 Cambridge L.J.320.
- Groenewegen, De Legibus Abrogatis.
- , Aantekeninge op De Groot, Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid.
- Grotius, De Jure Belli ac Pacis.
- Halsbury's Laws of England, Vol.15, 13de uitgawe deur Simonds (London, 1956).
- Handvesten der Stad Amstelredam, deel 2 (Amsterdam, 1748).
- Hémard, Les Contrats commerciaux (Paris, 1955).
- Higgins, The Equity of the Undisclosed Principal, in (1965) 28 M.L.R.167.
- Holdsworth, History of English Law, Vol.VIII, 2de uitgawe (London, 1937, herdruk 1966).
- Hollandsche Consultatien, deel 1, deel 3 (Amsterdam) deel 4, deel 6.
- Holmes, The History of Agency, in (1891) 5 Harvard L.R.1.
- Jauw, Lastgeving, Machtiging en Volmacht (Brussel, 1938).
- Jörs-Kunkel, Römisches Privatrecht (Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949).
- Kahn, The Unnamed Principal, in (1956) 73 S.A.L.J.9.
- Kaser, Das Römisches Privatrecht, eerste deel (München, 1955).
- Kerr, The Principles of the Law of Contract (1967).
- Knol en Rutgers, Beginselen van het Privaatrecht, eerste deel, 13de druk (s'Gravenhage, 1964).
- Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch, in Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, band 10, 1866, p.183 e.v.
- Landon, Parol Evidence and Undisclosed Principals, in (1945) 61 L.Q.R. 130 en (1946) 62 L.Q.R.20.
- Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (München, 1967).
- , Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, 9de uitgawe (München, 1968).
- Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 10de uitgawe (Berlin, 1957).
- Lewis, The Liability of the Undisclosed Principal in Contract, in (1909) 9 Columbia L.R.116.
- Lybreghts, Koopmans Handboek.
- Maasdorp, Institutes of South African Law, Vol.II, 7de uitgawe deur Hall (1948)
- , Institutes of South African Law, Vol.III, 8ste uitgawe deur Hall (1970)
- Mazeaud, Leçons de Droit Civil, 2de uitgawe, derde band (Paris, 1963) en 3de uitgawe, tweede band (Paris, 1966).
- Mechem, The Liability of an Undisclosed Principal, in (1910) 23 Harvard L.R.513.
- Mentzel, Kommentar zur Konkursordnung, 7de uitgawe bewerk deur Kuhn (Berlin u. Frankfurt a.M., 1962).

- Molengraff, Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse Handelsrecht, eerste deel, 9de druk bewerk deur Busmann, Zevenbergen en Bodenhausen (Haarlem, 1953).
- Müller, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter (Stuttgart, 1969).
- Müller-Erzbach, Die Grundsätze über mittelbare Stellvertretung, aus der Interessenlage entwickelt (1905).
- Müller-Freienfels, Die „Anomalie“ der verdeckten Stellvertretung (undisclosed agency) des englischen Rechts, in (1952) 17 Rabels Zeitschrift 578 en (1953) 18 Rabels Zeitschrift 12.
- , The Undisclosed Principal, in (1953) 16 M.L.R.299.
- , Comparative Aspects of Undisclosed Agency, in (1955) 18 M.L.R.33.
- , Die Vertretung beim Rechtsgeschäft (Tübingen, 1955).
- Palandt-Lauterbach, Bürgerliches Gesetzbuch, 24ste uitgawe (München u. Berlin, 1965).
- Pauw, Observationes Tumultuariae Novae.
- Pitlo, Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht, 2de druk (Haarlem, 1964).
- , Het Zakenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek, 5de druk (Haarlem, 1965).
- Planiol at Ripert, Traité Pratique de Droit Civil Français, 2de uitgawe, elfde band bewerk deur Rouast, Savatier, Lepargneur en Besson (Paris, 1954).
- Pollock, Aantekening op Cooke v. Eshelby in (1887) 3 L.Q.R.358.
- Pothier, Traité des Obligations (uitgawe Paris, 1848).
- Powell, The Law of Agency, 2de uitgawe (London, 1961).
- , Contractual Agency in Roman Law and English Law, in Butterworths S.A. Law Review, 1956, p.41 e.v.
- Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 5de uitgawe deur Roblot (Paris, 1964).
- Salmond, Law of Torts, 14de uitgawe deur Heuston (London, 1965).
- Sande, Decisiones Frisicae.
- Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, 4. Band, 4de uitgawe bewerk deur Gessler, Hefermehl, Hildebrandt en Schröder (Berlin u. Frankfurt a.M., 1966).
- Schorer, Aantekeninge op De Groot, Inleiding tot die Hollandsche Rechtsgeleerdheid.
- Schrassert, Practicae Observationes.
- , Consultation, deel 1.
- Smith's Leading Cases, 13de uitgawe (1929).
- Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, 11de uitgawe bewerk deur Brändl en Coing (1957).
- , Kommentar, III. Band, 1. Teil, 11de uitgawe bewerk deur Berg, Ring en Seufert (1956).
- Stoljar, The Law of Agency (London, 1961).
- Story, Commentaries on the Law of Agency, 9de uitgawe deur Greenough (Boston, 1882).
- Van Bynkershoek, Observationes Tumultuariae.
- , Quaestiones Juris Privati.
- Van den Berg, Nederlands Advysboek, deel 1.
- Van der Keessel, Theses Selectae.
- Van Leeuwen, Censura Forensis.
- Van Zurck, Codex Batavus.
- Van Zutphen, Practycke der Nederlansche Rechten.

- Voet, Commentarius ad Pandectas.
- Wessels, The Law of Contract in South Africa, 2de uitgawe deur Roberts (Durban, 1951).
- Wille, Principles of South African Law, 6de uitgawe deur Gibson (1970).
- Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9de uitgawe (Frankfurt, a.M., 1906, herdruk Aalen, 1963).
- Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10de uitgawe (Tübingen, 1957).
- Würdinger, Geschichte der Stellvertretung (agency) in England (Marburg, 1933).