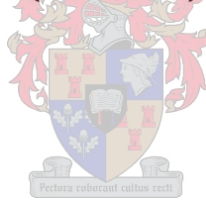


**VERENIGING VAN DIE KOOPREG:
KONTRAKSLUITING IN 'N HISTORIESE,
REGSVERGELYKENDE EN INTERNASIONALE
PERSPEKTIEF**

**Elizabeth Bruwer
(9790586)**



**Tesis ingelewer ter gedeeltelike voldoening aan die vereistes vir die graad van
Magister in Regsgeleerdheid aan die Universiteit van Stellenbosch.**

Studieleier: Prof G Lubbe

Desember 2000

VERKLARING

Ek, die ondergetekende, verklaar hiermee dat die werk in hierdie tesis vervat, my eie oorspronklike werk is wat nog nie vantevore in die geheel of gedeeltelik by enige ander universiteit ter verkryging van 'n graad voorgelê is nie.

OPSOMMING

Internasionale handel het die afgelope paar dekades geweldig toegeneem. Wanneer kontraktante hulle in verskillende lande bevind, elke party met sy eie regsagtergrond, ontstaan eiesoortige probleme in verband met kontraksluiting, die uitvoering daarvan, kontrakbreuk, en dies meer. Die oorheersende tema van hierdie werk is die vraag na die hantering van 'n verskeidenheid regsreëls betrokke in 'n internasionale konteks. Die fokus is op kontraksluiting, en die reëls aangaande aanbod en aanname word derhalwe ondersoek.

As gevolg van die bestaan van uiteenlopende regskulture het verskillende regstelsels dikwels teenstrydige reëls met betrekking tot kontraksluiting. Dit kan natuurlik problematies wees, veral indien die partye tot die kontrak nie bewus is van die teenstrydighede nie. Ooreenkomstig die *choice of law*-reëls van internasionale privaatrecht, word so 'n kontrak beheers deur die regstelsel waarmee dit die nouste verbintenis het. Faktore wat dui op so 'n band kan byvoorbeeld die domisilie van bepaalde persone op verskillende tye, die *situs* van eiendom, of die plek waar 'n regshandeling verrig is wees. Een spesifieke regstelsel sal dus van toepassing wees op die kontrak.

Daar is egter ook 'n ander moontlikheid: dié van 'n eenvormige substantiewe reg. Dit behels die vereniging van verskillende regsreëls ten einde een stel reëls daar te stel wat toegepas word op internasionale kontrakte.

Indien in ag geneem word dat heelparty reëls en leerstukke in die kontraktereg 'n gemeenskaplike filosofiese oorsprong het, is die noodsaaklikheid van 'n vereniging van die reëls nie 'n gegewe nie. Die meeste van dié reëls het egter verskillend uitgekristalliseer in verskillende regstelsels, en partye tot 'n internasionale transaksie sal heel waarskynlik nie dieselfde opinie hê oor kwessies soos die moontlikheid om 'n aanbod voor aanname daarvan te herroep, of die presiese oomblik van totstandkoming

van 'n kontrak nie. 'n Vergelykende studie van die reëls van aanbod en aanname illustreer die punt.

Internasionale pogings om die reg in die verband te verenig word ondersoek, ten einde die moontlikheid van 'n eenvormige substantiewe reg van toepassing op kontrakte te beoordeel. Sekere van die internasionale instrumente blyk 'n middeweg tussen uiteenlopende reëls te vind, alhoewel dit nie noodwendig die beste manier is om die probleem voorhande op te los nie. Daar word geargumenteer dat harmonie nie noodwendig bevorder word deur 'n kodifikasie van bestaande reëls nie, en dat 'n gemeenskaplike regskultuur wat tot die geleidelike ontwikkeling van eenvormige regsbeginsele kan lei, 'n alternatiewe oplossing vir die probleem van onversoenbare nasionale regstelsels in 'n internasionale konteks kan wees.

SUMMARY

International trade has increased tremendously in the last few decades. When parties to a contract find themselves in different countries and each has its own legal background, specific problems originate in connection with formation of the contract, its execution, the breach thereof and so forth. The predominant theme of this work is the question of how a diversity of legal rules should be approached in an international context. The focus is on contract formation, and the rules of offer and acceptance are therefore examined.

As a result of diverse legal cultures, different legal systems often have contradicting rules pertaining to contract formation, which can lead to a variety of problems if the contracting parties are not aware of the inconsistencies. According to international private law's choice of law-rules, such a contract should be governed by the rules of the legal system with which it has the closest connection. Connecting factors can be for instance the domicile of particular persons at various times, the *situs* of property, or the place where a juristic act was performed. One specific legal system will therefore rule the contract.

There is however another possibility: that of a uniform substantive law. This involves the unification of different legal rules into one set of rules to be applied to contracts which are concluded in an international context.

Taking into account that many of the rules and doctrines applicable to contract law have a common philosophical origin, the necessity of a convergence of these rules may be questioned. However, most of the rules ended up being different in different legal systems, and parties to an international transaction will probably not have the same idea about questions such as the possibility to revoke an offer before acceptance, or the precise moment of formation of the contract. A comparative study of the rules of offer and acceptance illustrates this point.

International efforts to unify the law in this regard are explored, in order to assess the possibility of a uniform substantive law of contracts. Some of the international instruments seem to be able to find a middle way between conflicting rules, although it may not always be the best way to solve the problem. It is argued that harmony is not necessarily advanced by a codification of existing rules, and that a common legal culture which can lead to the incremental development of harmonious legal principles may be an alternative solution for the problem of incompatible national legal systems in an international context.

BEDANKINGS

Hiermee 'n opregte woord van dank aan almal wat 'n aandeel in hierdie tesis gehad het.

- Familie en vriende vir hulle ondersteuning en aanmoediging en André vir sy onvoorwaardelike geloof in my.
- Professor Gerhard Lubbe, my studieleier, dat hy sy kennis en ervaring met my gedeel het.
- Me Grazelda Simon, vir haar geduld elke keer as daar nog iets in die teks moet verander.

INHOUDSOPGAWE

BLADSY

HOOFSTUK 1: INLEIDING	1
1 1 Vereniging en harmonisering van die internasionale koopreg.....	1
1 2 Strukturele uiteensetting.....	4
 HOOFSTUK 2: AANBOD EN AANNAME IN REGSVERGELYKENDE PERSPEKTIEF	6
2 1 Die geskiedkundige oorsprong van die leerstuk van aanbod en aanname ...	6
2 1 1 Inleiding	6
2 1 2 Filosofiese grondslae van die moderne kontrakteleer	7
2 1 3 Die ontwikkeling van die leerstuk van aanbod en aanname	9
2 1 3 1 Sintese deur die Spaanse natuurregsgeleerdes in die 16 ^e eeu	10
2 1 3 2 Hugo de Groot en die Noordelike natuurregskool van die 17 ^e en 18 ^e eeu	13
2 1 3 3 Die resepsie van die aanbod en aanname-leerstuk in die <i>common law</i>	20
2 1 3 4 Die resepsie van aanbod en aanname in die Suid-Afrikaanse reg ..	23
2 2 Oorsig van die huidige aanbod- en aannamereëls in verskillende regstelsels	29
2 2 1 Inleiding	29
2 2 2 Anglo-Amerikaanse stelsels.....	29
2 2 2 1 Herroepbaarheid van die aanbod.....	30
2 2 2 2 Die reël aangaande ooreenstemming tussen aanbod en aanname ...	31
(i) Die tradisionele <i>mirror image-rule</i>	31
(ii) Afwyking van die <i>mirror image-rule</i> en die <i>battle of the forms</i>	33
(iii) Hantering van die <i>battle of the forms</i> -probleem in Anglo-Amerikaanse reg.....	36

2 2 2 3 Mededeling van die aanname.....	49
(i) Die vereiste van kommunikasie van die aanname aan die aanbieder	49
(ii) Die oomblik van totstandkoming van die kontrak	50
2 2 3 Romanistiese Regstelsels	53
2 2 3 1 Herroepbaarheid van die aanbod.....	54
2 2 3 2 Die reël aangaande ooreenstemming tussen aanbod en aanname ...	58
(i) Die tradisionele <i>mirror image-rule</i>	58
(ii) Afwyking van die <i>mirror image-rule</i> en die <i>battle of the forms</i>	58
(iii) Hantering van die <i>battle of forms</i> -probleem in Romanistiese regstelsels	60
2 2 3 3 Mededeling van die aanname.....	68
(i) Die vereiste van kommunikasie van die aanname aan die aanbieder.....	68
(ii) Die oomblik van effektiëfwording van die aanname	70
2 2 4 Gemengde regstelsels.....	75
2 2 4 1 Herroepbaarheid van die aanbod.....	75
2 2 4 2 Die vereiste van ooreenstemming tussen aanbod en aanname, en die <i>battle of the forms</i>	78
2 2 4 3 Mededeling van die aanname.....	81
(i) Die vereiste van kommunikasie van die aanname aan die aanbieder	81
(ii) Die oomblik van kontraksluiting.....	83

HOOFSTUK 3: INTERNASIONALE POGINGS TOT VERENIGING VAN DIE KOOPREG

3 1 Algemene Inleiding.....	87
3 2 Die Verenigde Nasies Konvensie vir Kontrakte vir die Internasionale Verkoop van Goedere	88
3 2 1 Algemeen	88
3 2 2 Herroepbaarheid van die aanbod.....	90
3 2 3 Die reël aangaande ooreenstemming tussen aanbod en aanname, en die <i>battle of the forms</i>	93

3 2 4 Die vereiste van kommunikasie van die aanname, en die oomblik van effektiefwording van die aanname	98
3 3 Die <i>UNIDROIT</i> Beginsels van Internasionale Kommersiële Kontrakte....	102
3 3 1 Algemeen	102
3 3 2 Herroepbaarheid van die aanbod.....	105
3 3 3 Die reël aangaande ooreenstemming tussen aanbod en aanname, en die <i>battle of the forms</i>	106
3 3 4 Die vereiste van kommunikasie van die aanname en die oomblik van effektiefwording van die aanname	109
HOOFSTUK 4: EVALUERING.....	111
4 1 Wisselwerking tussen nasionale regstelsels en internasionale verenigings- instrumente	111
4 1 1 Herroepbaarheid van die aanbod.....	111
4 1 2 Die vereiste van ooreenstemming tussen aanbod en aanname en die <i>battle of the forms</i>	112
4 1 3 Die vereiste van kommunikasie van die aanname en die oomblik van effektiefwording van die aanname	114
4 2 Evaluering van die sukses van verenigingspogings	116
4 3 Nuwe uitdagings	118
BRONNELYS.....	120
SAKELYS.....	124

HOOFSTUK 1

INLEIDING

1.1 Vereniging en harmonisering van die internasionale koopreg

'n Geweldige toename in handel tussen nasies het die afgelope paar dekades plaasgevind. Handelsgrense is tot 'n groot mate afgebreek en kommunikasie en vervoer oor grense heen het baie makliker begin plaasvind. Nasionale markte is oor die jare in internasionale marke verander wat 'n kompeterende klimaat vir regsreëls geskep het, as gevolg van die feit dat internasionale transaksies dikwels onderworpe is aan nasionale reëls wat inhoudelik van mekaar verskil en onvanpas is vir die spesiale behoeftes van internasionale handel.¹

Die bestaan van verskillende binnelandse regsreëls wat 'n internasionale kontrak beheer lei tot 'n *conflict of laws*-probleem. Telkens moet vasgestel word watter van die regsisteme wat 'n verbintenis met die kontrak het, die kontrak moet beheer. As gevolg van die verskillende nasionale reëls wat van toepassing sou kon wees, loop partye by 'n internasionale kontrak die risiko om onseker te bly oor die toepaslike regsreëls totdat 'n bevoegde forum aangestel is, en selfs dan kan die kontrak onderworpe wees aan die reg van enige van die betrokke state, afhangende van die internasionale privaatreëls van die gekose forum.²

Die belangrike rol wat internasionale koopkontrakte in die moderne handelsverkeer speel kan nie oorbeklemtoon word nie. Die huidige stand van die internasionale handelsreg is egter nie bevredigend nie. Probleme en onsekerheid as gevolg van uiteenlopende nasionale regsreëls en verskillende ekonomiese en politieke strukture kan nie vir die internasionale handel bevorderlik wees nie en daar word algemeen

¹ Rosett "Unification, Harmonization, Restatement, Codification and Reform in International Commercial Law" 1992 *AJCL* 683 685; Bonell "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?" 1995 *Tulane LR* 1121 1123.

² Bonell "Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts" 1992 *AJCL* 617 620; Bonell 1992 *AJCL* 1123.

aanvaar en erken dat daar 'n behoefte is aan die vereniging van die privaatregeëls wat internasionale transaksies beheer.³

Wat met so 'n vereniging van reëls bereik kan word is om vertrekpunte daar te stel sodat regters en arbiters wat 'n dispuut met betrekking tot 'n internasionale koopkontrak moet oplos, 'n gepaste oplossing vir die praktiese probleem voorhande kan vind eerder as om nasionale oplossings te gebruik om 'n internasionale dispuut op te los. Die idee is dus om 'n gepaste regstruktuur vir internasionale kontrakte te voorsien wat regters, arbiters en besigheidsmense regoor die wêreld van hulp kan wees. Onsekerheid oor welke regsreëls geld kan sodoende verminder word, en deelnemers aan die internasionale handel sal meer regsekerheid hê.⁴

'n Groot aantal state het reeds internasionale konvensies aangeneem met bogenoemde doelwitte voor oë. Pogings om die reg op internasionale vlak te verenig neem dikwels die vorm van bindende verdrae soos die Verenigde Nasies Konvensie vir die Internasionale Verkoop van Goedere aan.⁵ Alhoewel daar 'n behoefte is aan die vereniging en harmonisasie van die privaatregeëls wat vir internasionale transaksies geld, is daar nie ooreenstemming oor die wyse waarvolgens dit moet geskied nie. Nie almal is ten gunste van multilaterale konvensies soos die VN-Konvensie nie. Sulke bindende verdrae is dikwels nie veel meer as 'n *dead letter* nie, het heelwat leemtes, is gefragmenteerd van aard en moet in elk geval deur binnelandse reg aangevul word.⁶

Nie-wetgewende maniere van vereniging is dus ook in aanvraag. Die ontwikkeling van 'n sogenaamde *international commercial custom* is voorgestel wat bestaan uit modelklousules en kontrakte wat deur die betrokke besigheidsektor vir die spesifieke tipe transaksie ontwerp word. Besighede betrokke by die in- en uitvoer van goedere kan byvoorbeeld standaard kontrakte met standaardterme laat opstel vir dié tipe transaksies, omdat hulle 'n grondige kennis het van die eiessoortige behoeftes en probleme wat in die soort transaksies ontstaan. As gevolg van die eensydige karakter

³ Farnsworth "Unification and Harmonization of Private Law" 1996 *Canadian Business LJ* 48 51.

⁴ Garro "The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG" 1995 *Tulane LR* 1149 1151-1152, 1189.

⁵ Sien bespreking van die Konvensie by 3 2.

⁶ Bonell 1992 *AJCL* 617.

van sulke dokumente stel ander weer voor dat 'n moderne *ius commune* op supranasionale vlak uitgebrei word, iets in die lyn van 'n *restatement* van die algemene beginsels van kontraktereg. Die UNIDROIT Beginsels vir Internasionale Kommersiële Kontrakte⁷ is 'n ambisieuse stap in die rigting, en sal, indien dit suksesvol is, universeel toegepas word.⁸

Daar is ook 'n argument dat vereniging nie die enigste wyse is om die probleme van uiteenlopende nasionale regsreëls by internasionale kontrakte op te los nie. Die rede is dat dit vir kontraktante moontlik is om self iets aan die probleem te doen. Eerstens kan hulle hul transaksie so struktureer dat dit in die meeste aspekte slegs aan een stelsel onderworpe is.⁹ Die probleem word egter nie heeltemal opgelos as daar ten opsigte van sekere aspekte nog onsekerheid is nie. Tweedens kan standaardvorms en -terme gebruik word. Hierdie vorms voorsien hulle eie reëls ongeag watter regsistiem die transaksie beheers.¹⁰ Eiesoortige probleme ontstaan in die konteks van standaardterme wat dié oplossing nie probleemvry maak nie. Daar sal later meer aandag aan die punt gegee word.¹¹

Die derde moontlikheid is dat partye die reg kies wat hulle transaksie moet beheers, ongeag watter reg andersins van toepassing is, en hulle kan die hof wie se reg dit is aanwys as die eksklusiewe forum om dispute in verband met hulle kontrak aan te hoor. Om ooreenkoms te bereik oor so 'n keuse van reg is nie 'n maklike taak nie, maar dit hou baie voordele in. Dit is ook voordelig vir die partye dat die hof wat hulle gekose reg moet toepas, bekend is daarmee.¹²

Laastens kan kontraktante 'n bepaling in die kontrak voeg dat alle dispute in die kontrak aan arbitrasie onderwerp moet word. Internasionale arbitrasie het geweldig gegroei, en deur voorsiening te maak vir arbitrasie onder 'n gekose reg kan die impak van veelvoudige regsisteme grootliks verminder word.¹³ Indien albei partye dus

⁷ Sien bespreking van die Beginsels by 3 3.

⁸ Bonell 1992 *AJCL* 617-618.

⁹ Farnsworth 1996 *Canadian Business LJ* 52.
¹⁰ 52-53.

¹¹ *Cf* 2 2 2 2(iii), 2 2 3 2(iii), 2 2 4 2.

¹² Farnsworth 1996 *Canadian Business LJ* 53.

¹³ 53.

gewillig is om hulle dispute aan arbitrasie te onderwerp, kan dit die probleem help oplos.

Daar kan dus waarheid steek in die argument dat daar vandag minder behoefte is aan die soort vereniging wat die VN-Konvensie verteenwoordig as 50 jaar gelede, omdat partye nou self stappe kan neem om die onsekerheid wat voortspruit uit 'n veelvoud van regstelsels te mitigeer. Aan die ander kant moet in gedagte gehou word dat daar vandag 'n baie hoër frekwensie van internasionale handelstransaksies is as 50 jaar gelede, wat 'n behoefte kan skep aan dié tipe vereniging.¹⁴

Hoe dit ook al sy, dit is duidelik dat daar wel 'n behoefte is aan 'n harmonisasie van regsreëls in dié verband om regsekerheid te verhoog en die handelsverkeer oor grense heen aan te help. Daar is verskillende menings oor hoe om so 'n vereniging en harmonisasie te verkry, en daar sal waarskynlik nooit eenstemmigheid daarvoor heers nie. Wat belangrik is, is dat daar reeds bepaalde pogings tot vereniging aangewend is. Selfs al is die pogings ver van volmaak, is daar ten minste vordering gemaak op die pad na 'n eenvormige internasionale koopreg.¹⁵

1 2 Strukturele uiteensetting

In die onderhawige bespreking word die problematiese situasie van internasionale kontraksluiting ondersoek. Daar word gefokus op die sluiting van die kontrak, en meer spesifiek op die reëls aangaande aanbod en aanname.

Gestel 'n persoon in Engeland wil 'n kontrak sluit met 'n persoon in Duitsland. Elkeen is bekend met die regsreëls rakende aanbod en aanname soos dit in sy land se reg geld, maar die reëls verskil heel dikwels van die reëls waaraan die ander party hom gebonde ag, en reëls wat dieselfde blyk te wees word dalk verskillend geïnterpreteer in verskillende regstelsels. Onsekerheid heers oor welke regsreëls hulle transaksie beheers, en kontraktante weet nie presies hoe om hulle optrede in te rig nie.

¹⁴ 53-54.

¹⁵ Garro 1995 *Tulane LR* 1189; Farnsworth 1996 *Canadian Business LJ* 62.

Ter aanvang word 'n geskiedkundige oorsig van die aanbod en aanname-reëls gegee. Daar word gekyk waar hierdie reëls hulle filosofiese oorsprong het en ook aangetoon dat reëls wat verskil van regstelsel tot regstelsel dikwels gemeenskaplike historiese wortels het.¹⁶ Die relevansie daarvan lê in die moontlikheid om regsreëls wat dieselfde oorsprong het, maar verskillend uitgekristalliseer het as gevolg van uiteenlopende toepassings en interpretasies, weer te verenig tot 'n harmonieuse stel reëls.

Daarna word die huidige stand van sekere aanbod en aanname-reëls in verskillende regsisteme ondersoek. Die Anglo-Amerikaanse reg,¹⁷ romanistiese regstelsels¹⁸ en ook gemengde regstelsels¹⁹ word ondersoek. Die doel van hierdie regsvergelijkende studie is om die bestaande verskille in die regsreëls rakende aanbod en aanname te illustreer, en ook om aan te dui dat regstelsels dieselfde reël verskillend kan interpreteer.

Twee internasionale pogings tot vereniging van die koopreg word vervolgens ondersoek. Weereens word gefokus op dieselfde aanbod en aanname-reëls as in die vorige hoofstuk, sodat aangetoon kan word hoe hierdie internasionale inisiatiewe die probleem van uiteenlopende nasionale regsreëls aanpak.²⁰ Daar kan dus 'n vergelyking getref word tussen die posisies in die onderskeie regsisteme onder bespreking, en die oplossings wat deur die VN-Konvensie en die UNIDROIT-beginsels voorgestel word.

Laastens word gekyk na die mate van sukses wat deur die verenigings-pogings bereik is en ook watter kritiek daarteen uitgespreek word. 'n Toekomsblik en nuwe uitdagings vir die proses van vereniging en harmonisasie van die internasionale koopreg sluit die bespreking af.²¹

¹⁶ *Infra* 2 1.

¹⁷ *Infra* 2 2 2.

¹⁸ *Infra* 2 2 3.

¹⁹ *Infra* 2 2 4.

²⁰ *Infra* 3 2; 3 3.

²¹ *Infra* 4 1; 4 2.

HOOFSTUK 2

AANBOD EN AANNAME IN REGSVERGELYKENDE PERSPEKTIEF

2 1 Die geskiedkundige oorsprong van die leerstuk van aanbod en aanname

2 1 1 Inleiding

Die opvatting van 'n kontrak in die moderne reg is gebaseer op *consensus*. Hierdie wilsooreenstemming moet op 'n prestasie of prestasies betrekking hê en die partye se bedoelings, die *animus contrahendi*, moet deur middel van wilsverklarings aan mekaar gekommunikeer word. Tradisioneel word bogenoemde wilsverklarings in die meerderheid van regstelsels in terme van aanbod en aanname geanaliseer, maar ten spyte van gemeenskaplike terminologie, is daar heelparty substantiewe verskille in die hantering van kontrakformasie tussen die onderskeie regsisteme. In terme van die Duitse reg is 'n aanbod byvoorbeeld in beginsel onherroepbaar, terwyl die Engelse reg 'n aanbod as herroepbaar sien totdat dit aangeneem is.¹

Nieteenstaande belangrike verskille, veral sigbaar tussen die *common law* en *civil law* stelsels, is daar tog 'n gemeenskaplike dogmatiese struktuur. Tereg verklaar Gordley: "...[T]hough answers may differ, the problem of whether ... a seller is liable for defects in his merchandise is analysed in much the same way in Hamburg, Montpellier, Manchester, and Tucson ..." ² Resente navorsing toon aan dat vele elemente van moderne dogmatiese strukture uit die *Corpus Iuris Civilis* afkomstig is en dat die kontraktereg soos dit vandag daar uitsien, hoofsaaklik deur die natuurregsgeleerdes ontwikkel is.³ Die mening dat beide bogenoemde regsfamilies histories verbind is met die Romeinse reg en dat juriste in albei stelsels tot 'n groot mate gebruik gemaak het van die werke van 16^e tot 18^e eeuse natuurregsgeleerdes en hulle opvolgers wen steeds meer veld. Hierdie idee is egter vir eeue lank misken.⁴

¹ Zimmermann *The Law of Obligations: Roman foundations of the civilian tradition* (1990) 559-560.

² Gordley *Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (1993) 1.

³ Zimmermann *Obligations* 561.

⁴ Simpson "Innovation in 19th Century Contract Law" 1975 *LQR* 247 254-257; Gordley *Philosophical Origins* 3-5.

2 1 2 Filosofiese grondslae van die moderne kontrakteleer

Die Romeinse reg het nie ontwikkel aan die hand van breë, algemeen toepasbare beginsels nie, maar wel op 'n kasuïstiese wyse. Verligting is gegee in die vorm van spesifieke aksies in bepaalde omstandighede. Die basiese beginsels en leerstukke wat vandag vanselfsprekend deel is van soveel regstelsels het waarskynlik uit afsonderlike Romeinse tekste ontwikkel.⁵ Die proses word hieronder bespreek na 'n aanduiding van die breë verloop daarvan.

Die soektog na die ontstaan van die begrippe aanbod en aanname, en volgens sommige van die moderne kontraktereg opvatting, begin by die Griekse filosoof Aristoteles se besprekings van deugde soos die hou van beloftes (getrouheid), kommutatiewe geregtigheid, en vrygewigheid. Die hou van beloftes is ter sprake by Aristoteles se bespreking van die deug van die waarheid. Volgens hom is 'n *truthful man* nie een wat net sy woord hou in gevalle waar geregtigheid van belang is nie, maar een wat eerlik is in woord en daad ook waar geregtigheid nie ter sprake is nie, omdat dit sy karakter is. So 'n persoon is regverdig en een wat sy woord verbreek is dus nie *truthful* nie.⁶

Indien iemand sy woord verbreek in gevalle waar dit gaan oor geregtigheid en ongeregtigheid, kom hy ook 'n ander deug kort naamlik kommutatiewe geregtigheid.⁷ Hierdie tipe geregtigheid herstel die wanbalans wat bestaan wanneer een persoon te veel het en 'n ander te min, omdat dié persoon iets van die ander geneem het, of omdat goed van ongelyke waarde verruil is. Deur die hoeveelheid wat nodig is om gelykheid te herstel van die een party te neem en aan die ander te gee, geskied geregtigheid.⁸

Vrygewigheid is volgens Aristoteles 'n deug wat sigbaar gemaak word in die gee en neem van rykdom. Veral die gee daarvan is hier belangrik, 'n *liberal man* gee ter

⁵ Gordley *Philosophical Origins* 2.

⁶ 10.

⁷ 11.

⁸ 13.

wille van dit wat reg en eerbaar is aan die regte mense, op die regte tyd, en vir die regte redes.⁹

Thomas Aquinas, wat gebore is ongeveer 200 jaar na die herontdekking van die *Corpus Iuris Civilis*, versoen die Griekse filosofie met die religieuse tradisie van Christenskap, deurdat hy wys hoe Aristoteles se deugde toegepas kan word by die oorweging van morele reg.¹⁰ Dit was die eerste stap in die rigting van 'n sintese van Romeinse reg soos gevind in die *Corpus Iuris Civilis* en Griekse filosofie.

Hierdie sintese is eers in die 16^e en 17^e eeu bereik. Die leerlinge van Francisco de Vitoria se Spaanse natuurregskool, gestig in 1526, het in hierdie proses 'n onontbeerlike rol gespeel.¹¹ Thomas Aquinas se filosofieë is gesien as oplossings vir belangrike aktuele, intellektuele, geestelike en politieke probleme. Die leerlinge van die skool, ook die moraalteoloë of laat-skolastici genoem, het 'n onwrikbare vertroue in die natuurlike rede en die idees van die natuurreg gehad. Hulle werk het aan die Romeinse reg die dogmatiese struktuur en filosofiese onderbou wat dit nooit gehad het nie, gegee. Moraalteoloë soos Soto en Covarruvias het die filosofiese beginsels van Thomas Aquinas van toepassing gemaak op Romeinsregtelike probleme soos gesien sal word in die volgende afdeling.¹²

Hierdie groot taak is voltooi deur Jesuïte, waarvan Suarez, De Molina en Lessius die bekendste is. Hulle verenig die tradisies van die Romeinse reg met die Griekse filosofie deur die Romeinse reg in detail te herorganiseer deur middel van kommentare op die deug van geregtigheid soos bespreek deur Aristoteles en Aquinas. Die resultaat was 'n sisteem van fundamentele konsepte en leerstukke met 'n filosofiese basis en verduideliking.¹³

Gedurende die 17^e en 18^e eeu is dié leerstukke oorgeneem deur die Noordelike natuurregskool en het dit bekendheid verwerf deur die werke van Hugo de Groot, werke waarin Aristoteles se beginsels en die skolastici se idees steeds 'n belangrike

⁹ 14.
¹⁰ 3.
¹¹ 69.
¹² 69.
¹³ 70-71.

rol speel. De Groot se opvolgers, onder wie Pufendorf, Barbeyrac, Domat en Pothier, maak ook van hierdie leerstukke gebruik in hulle werke en op dié manier vind dit inslag in die moderne *common law* en Romanistiese reg, deurdat die opstellers van die Franse siviele kode Pothier en Domat se werke ekstensief gebruik, Duitse en Nederlandse juriste die idees gebruik om die geldende reg in hulle lande te verklaar,¹⁴ en *common law*-skrywers hulle kennis van die *common law* kombineer met dit wat hulle by die skrywers leer, asook met hulle kennis van die Romeinse reg in hul soeke na 'n dogmatiese sisteem vir die *common law*.¹⁵

Terwyl die skolastici se leerstukke in die 17^e eeu in die noordelike deel van Europa versprei het, het filosofe van die eeu soos Descartes en Hobbes die morele en filosofiese grondslae van hierdie leerstukke aangeval. Volgens Gordley het dit gelei tot die ontkenning en verwerping van Aristoteles as gesagsbron.¹⁶ Hy meen dat Pufendorf en Barbeyrac Aristoteles se filosofieë verwerp, sonder om nuwe filosofiese verduidelikings te gee vir die leerstukke wat hulle oorgeneem en onveranderd toegepas het.¹⁷ Die betekenis van die leerstukke vervaag derhalwe, en word van hulle filosofiese wortels geskei. Gedurende die 19^e eeu word konsepte wat volgens die juriste van die tyd onverstaanbaar is verwerp, en die behoue leerstukke moet nou ook die werk doen van dié wat weggegooi is, met die gevolg dat die kontraktereg 'n onsamehangende beeld verkry het.¹⁸ 'n Sistematiese herformulering vind eers later in die 19^e eeu plaas. Sonder dat die juriste erken dat hulle afleidings inderwaarheid vanuit basiese beginsels spruit, beweer hulle dat hulle die geldende reg beskryf deur byvoorbeeld 'n siviele kode of regspraak as gesag vir 'n stelling te gee.¹⁹

2 1 3 Die ontwikkeling van die leerstuk van aanbod en aanname

Ter illustrasie van die tese van gemeenskaplike oorsprong van *common law*- en Romantiesties konsepte, word die resepsie van aanbod en aanname-reëls vervolgens ondersoek.

¹⁴ 4.

¹⁵ Simpson 1975 *LQR* 254-256.

¹⁶ Gordley *Philosophical Origins* 7; cf ook Von Mehren *International Encyclopedia of Comparative Law* (1995) 14.

¹⁷ Von Mehren *International Encyclopedia* 14; Gordley *Philosophical Origins* 71.

¹⁸ Gordley *Philosophical Origins* 8-9.

¹⁹ 161.

2 1 3 1 Sintese deur Spaanse naturregsgeleerdes in die 16^e eeu

Middeleeuse juriste, onder wie Petrus de Bellapertica en Bartolus de Saxoferrato vra reeds in die 14^e eeu die vraag of 'n blote aanbod 'n verbintenis meebring, anders as die Romeinse regsgeleerdes wat hulle klaarblyklik nie hiermee opgehou het nie.²⁰ Aristoteles se filosofieë was wel aan hierdie regsgeleerdes bekend, maar hulle sinteseer dit nie met die Romeinse reg nie en benader regsprobleme eerder teksgewys as beginselgewys, sonder om dit by wyse van abstraksie te probeer ophelder. Hulle interpretasie van bepaalde tekste pas wel in by die sintese van die laat-skolastici, waarskynlik omdat hulle Aristoteles en Aquinas se filosofieë bestudeer het, en dus die opinies van die filosowe in die tekste ingelees het. Die gesagsbron van die filosofiese idees is egter volgens hulle Romeinse tekste en nie die filosowe self nie.²¹

Aristoteles en Aquinas se idees word egter sentraal in die sintese wat plaasvind in die 16^e eeu. Die leerlinge van die Spaanse naturregskool pas Aquinas se filosofieë aan by Romeinse regsreëls en 'n teorie van kontraksluiting ontwikkel aan die hand van Aquinas se bespreking van Aristoteles se beginsels of deugde.

Volgens Aquinas is beloftes bindend op grond van die deugde getrouheid en eerlikheid. Vir Aristoteles is deugde deel van 'n mens en sy karakter, dit kan verkry word deur oefening, en help 'n mens om handeling te verrig wat bydra tot selfverwesening. Hy onderskei tussen intellektuele deugde soos filosofiese wysheid en morele deugde soos gematigdheid.²² Aquinas beskryf deugde ook op die wyse, maar gee meer aandag aan morele reg as Aristoteles, en bespreek dus ook *wanneer* 'n belofte gehou moet word, hierdeur brei hy dus uit op die vereistes van 'n naturreg.

Aquinas sien die maak van 'n belofte as 'n uitoefening van een van twee Aristoteliaanse deugde, naamlik kommutatiewe (wederkerige) geregtigheid of vrygewigheid. Kommutatiewe geregtigheid vereis dat niemand moet inmeng met die regverdige verdeling van bronne in 'n gemeenskap nie, en dat, in geval van 'n

²⁰ 45.

²¹ 30, 45-46.

²² 19-20.

uitruiling van bronne, elkeen dieselfde hoeveelheid bronne moet oorhou as wat hy voor die transaksie gehad het. Handeling van vrygewigheid vereis egter nie gelykheid nie. Die afleiding volg dat 'n kontrak geldig is as die partye bedoel het dat albei bronne afgee in ruil vir bronne van gelyke waarde (wederkerigheid), of dat een verryk word deur die ander,²³ en die klem val dus op die deugde van kommutatiewe geregtigheid en vrygewigheid.

Aquinas verduidelik ook hoe 'n kontrak die gelykheid wat deur kommutatiewe geregtigheid vereis word kan versteur, te wete wanneer iets teen 'n onbillike prys verkoop word, of indien die voorwerp van die kontrak gebrekkig is. Hy beweeg dus weg van Aristoteles se omskrywing van deugde na 'n beskrywing van 'n morele reg wat gehoorsaam word wanneer 'n persoon een van die deugde uitoefen, met herhaaldelike verwysings na die Romeinse reg.²⁴

Die laat-skolastici begin hulle analise van kontraktuele verpligtings by Aquinas se bespreking van kommutatiewe geregtigheid en vrygewigheid, en veral sy opmerkings oor gelykheid. Die werke van filosowe en teoloë gee dus 'n filosofiese grondslag aan die kanonieke leerstuk dat óf vrygewigheid óf wederkerigheid 'n *causa* kan wees vir 'n bindende belofte.²⁵ Die sintese van die Romeinse reg en die morele filosofieë van Aristoteles en Aquinas word hieronder van nader beskou aan die hand van bepaalde vrae rakende aanbod en aanname.

Die eerste vraag wat deur die moraalteoloë behandel word, is of artikulering van 'n belofte (aanbod) vereis word. Dit was vir hulle 'n belangrike vraag, omdat hulle soos Aquinas geglo het dat alle beloftes op grond van getrouheid bindend is. Selfs Aquinas vereis egter kommunikasie van 'n belofte van een mens aan 'n ander: omdat 'n belofte 'n verhouding tussen twee persone daarstel moet albei bewus wees daarvan.²⁶ In teenstelling hiermee hoef beloftes aan God, ook bekend as geloftes, nie na buite kenbaar gemaak te word ten einde geldig en bindend te wees nie, omdat God

²³ 20.

²⁴ 10-11, 14.

²⁵ Von Mehren & Gordley *The civil law system: An introduction to the comparative study of law* (1977) (2 uitg) 33-36.

²⁶ Gordley *Philosophical Origins* 79.

die mens geskape het en dus sy hart en gedagtes ken en nie tekens daarvan benodig nie.²⁷

Soto en Molina is die mening toegedaan dat Aquinas se kommunikasie-vereiste bloot daarop dui dat die positiewe reg 'n belofte slegs afdwing indien aan die vereiste voldoen word. Volgens hulle gaan dit eintlik oor die wil van die *promissor*, en is hy in terme van die natuurreg gebonde indien dit sy wil is, ongeag of hy dit aan die ander party kenbaar gemaak het of nie.²⁸ Soto onderskei snaaks genoeg wel (soos Aquinas) tussen beloftes en geloftes.

Lessius stem nie met hulle saam nie. Volgens hom is die woorde nie net 'n teken van die belofte nie, dit bewerkstellig inderdaad wat dit beteken. Aquinas se onderskeiding van drie stadia van 'n wilsverklaring verdien hier kortliks aandag. Eerstens is daar die oorweging van 'n toekomstige handeling (*deliberatio*), wat 'n rasonale en 'n vrywillige element insluit. Tweedens 'n definitiewe wilsbesluit, naamlik om in die toekoms 'n bepaalde handeling te verrig (*propositum*), en in die derde plek die belofte-handeling self.²⁹

Molina en Lessius se leer van skenkingsbeloftes onderskei ook tussen verskillende stadiums van 'n belofte. Ten opsigte van die *propositum*, tref hulle 'n onderskeid tussen 'n blote uiting van 'n wilsvoorneme, en 'n voltooide belofte tussen mense.³⁰ Die derde stap behandel hulle in samehang met die vraag of blote innerlike skenkingsbeloftes bindend is. Molina sien dit, soos vermeld, as bindend in terme van die natuurreg, maar Lessius meen dat 'n uiterlike mededeling daarvan essensieël is om daaraan regsrag te gee. Volgens hom bestaan die belofte-handeling formeel beskou uit hierdie mededeling van 'n voorneme, en die verrigting van die handeling bring terselfdertyd ook die regsgevolge daarvan teweeg. Omdat 'n innerlike belofte nie teenoor 'n ander verklaar word nie, kan dit hom nie bind nie.³¹

²⁷ Diesselhorst *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* (1959) 22-23.

²⁸ Gordley *Philosophical Origins* 79.

²⁹ Diesselhorst *Hugo Grotius* 17.

³⁰ 20-21.

³¹ 24.

Die volgende vraag handel oor die vereiste, al dan nie, van aanname van 'n belofte ten einde daaraan regs krag te gee. Soto en Molina is dit eens dat dit in beginsel onnodig is omdat die belofte in elk geval bindend is: die belofte self, en nie die aanvaarding daarvan nie gee aanleiding tot die verbintenis. Hulle sonder wel beswarende ooreenkomste uit, wedersydse instemming is in hierdie gevalle nodig omdat wedersydse verpligtinge ontstaan.³² Weereens huldig Lessius 'n ander mening. Hy redeneer dat aanname van 'n belofte nodig is omdat dit die *promissor se sine qua non*-voorwaarde vir gebondenheid is.³³

Oor die kwessie van effektiëfwording van aanname, met ander woorde die tydstip van totstandkoming van die kontrak, skryf Lessius dat dit behoort te wees op die oomblik wat die beloftemaker sou kies om gebonde te raak, omdat aanname sy voorwaarde is. Dit beteken dat beswarende kontrakte tot stand sou kom wanneer die *promissor* kennis neem van die aanvaarding van sy belofte en skenkingskontrakte wanneer die aanname plaasvind, ongeag of die *promissor* daarvan weet of nie.³⁴

2 1 3 2 Hugo de Groot en die Noordelike natuurregskool van die 17^e en 18^e eeu

Die idees en leerstukke van die laat-skolastici, veral dié van Soto, Molina en Lessius, is in 'n groot mate oorgeneem deur die Noordelike natuurregskool gedurende die 17^e en 18^e eeu. Die antwoorde wat die laat-skolastici gevind het op vroeë soos dié hierbo behandel, is sentraal in De Groot se bespreking van die kwessie van kontraksluiting. De Groot en sy opvolgers het dus ook verkondig dat kommunikasie van 'n belofte na buite nodig is in terme van die natuurreg, dat alle belofte aanname vereis voordat dit bindende regs krag verkry, en dat 'n aanname effektiëf word op die oomblik wat die *promissor* daarvoor sou kies.³⁵

Met betrekking tot de Groot se belofteleer (wat hieronder bespreek word), is een van die belangrikste aspekte sy *religieuse oortuiging* van die bindende krag van belofte. Hy verwys dan ook na Bybeltekste wat daarop dui dat God ontrouheid aan belofte

³² Gordley *Philosophical Origins* 80.

³³ 80-81.

³⁴ 81.

³⁵ 81.

verag.³⁶ Die afleiding wat hy maak is dat die plig om belofte te hou sy oorsprong het in die onveranderbare geregtigheid wat gemeenskaplik is aan God en mense. Hy verbind dus rasonale teologie en Christenskap aan mekaar ten einde 'n deurlopende maatstaf van regverdige menslike handeling te verkry. Veral in De Groot se hoofwerk, *De Iure Belli ac Pacis* is hierdie natuurregse leer sigbaar, 'n transnasionale reg op 'n moraal-teologiese (Christelike) grondslag.³⁷

De Groot maak ekstensief gebruik van die sogenaamde regsoordragsfiguur. Omdat verpligtinge ontstaan uit die maak van 'n belofte, sien hy 'n parallel met die oordrag van eiendomsreg. Hy argumenteer as volg: 'n Uitgedrukte wilsbesluit is geskik om eiendom te laat oorgaan na 'n ander persoon, en omdat 'n mens net soveel reg op sy handeling as op sy sake het, moet die oordrag van 'n *ius in personam* geldig wees, ongeag of dit gaan oor die oordrag van eiendom, of die oordrag van (die verrigting van) 'n bepaalde toekomstige handeling.³⁸ 'n Belofte behels soos Nanz dit stel die oordrag van 'n vryheidspartikel van die skuldenaar (die *promissor*) aan die ontvanger van die belofte.³⁹ Die mens het dus die vryheid om 'n reg op 'n handeling wat deur hom verrig sal word oor te dra aan 'n ander persoon. In so 'n geval dra hy nie sy heerskappy oor 'n saak oor nie, maar hy dra tog iets van homself oor omdat die ontvanger van die belofte later verrigting van die beloofde handeling van hom kan vereis.

Dit is vir De Groot veral belangrik *wanneer* hierdie reg oorgaan. Die antwoord op die vraag gee hy in die vorm van 'n stapsgewyse Belofteleer en verklaar so wanneer 'n belofte bindende werking verkry.⁴⁰ De Groot se Belofteleer sluit nou aan by Aquinas se drie stadia van 'n gelofte en by die laat-skolastiese transformasie ten opsigte van (skenkings) belofte tussen mense. Hy maak dit egter nie duidelik welke moraalteoloog hy spesifiek aanhang nie, maar Diesselhorst meen dat dit waarskynlik Molina en Lessius is omdat die regsoordragsfiguur aangewend word en omdat De

³⁶ Diesselhorst *Hugo Grotius* 40; *De Iure Belli ac Pacis* II XI 4.1 in: Scott (ed) *The Classics of International Law* (1925) 330-331.

³⁷ Nanz *Die Entstehung des Allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert* (1985) 139-140.

³⁸ Diesselhorst *Hugo Grotius* 35.

³⁹ Nanz *Allgemeinen Vertragsbegriffs* 140-141; *De Iure Belli ac Pacis* II XI 4 in: Scott (ed) *International Law* 330-331.

⁴⁰ Nanz *Allgemeinen Vertragsbegriffs* 141.

Groot bekend moes gewees het met hulle leer van skenkingsbeloftes. Hy siteer Molina en Lessius ook uitdruklik op bepaalde plekke in sy werke.⁴¹

Die onvermydelikheid van 'n resepsie van die laat-skolastiese geloofteleer is sigbaar in De Groot se terugkeer na die religieus-morele grondslag van gebondenheid uit hoofde van beloftes. Die eerste stap van 'n belofte is volgens hom die (blote) wedersydse mededeling van 'n toekomstige handelingsplan wat ooreenstem met Aquinas se *deliberatio* en *propositum* en selfs meer met die eerste stap soos deur die moraalteoloë beskryf, naamlik die (blote) uiting van 'n wilsvoorneme.⁴²

De Groot beskryf die tweede stap van 'n belofte as die ontstaan van die wil om 'n toekomstige handeling te verrig, en die mededeling daarvan op só 'n wyse dat die beloftemaker se verpligting om sy woord te hou, duidelik uit die mededeling blyk. So 'n handeling kan as 'n *pollicitatio* beskryf word ('n onaanvaarde aanbod of toesegging) en laat 'n verpligting ontstaan vir die persoon wat die toesegging maak, onafhanklik van enige positiewe reg, maar sonder dat die ander persoon 'n vorderingsreg teen die beloftemaker verkry.⁴³ Anders gestel, omdat aanname vereis word voordat 'n belofte regswerking het, kan 'n *pollicitatio* nie die reg oordra om prestasie te vereis nie.⁴⁴ In hierdie stap is sommige van die elemente van die *propositum* en voltooië belofte-stadiums van die laat-skolastici te bespeur.

Die derde stap in De Groot se Belofteleer is die voltooiing van die belofte: die stadium wanneer dit duidelik word dat die beloftegewer se oogmerk is om aan 'n ander die reg op 'n toekomstige handeling oor te dra. Die regsgevolg van die derde stap is dus 'n bindende belofte. Die werking daarvan is soortgelyk aan dié van eiendomsoordrag. Dit hang volgens De Groot van die *wil* van die beloftegewer af of daar 'n regsverhouding tussen hom en die ontvanger van die belofte ontstaan.⁴⁵ Die oortuiging vind uitdrukking in die regsoordragsfiguur en wys op die regsfilosofiese basis daarvan.

⁴¹ Diesselhorst *Hugo Grotius* 44-45.

⁴² Diesselhorst *Hugo Grotius* 46-47; Nanz *Allgemeinen Vertragsbegriffs* 143-144.

⁴³ Diesselhorst *Hugo Grotius* 48-49; Nanz *Allgemeinen Vertragsbegriffs* 144.

⁴⁴ Zimmermann *Obligations* 575-576.

⁴⁵ Diesselhorst *Hugo Grotius* 49-50; Nanz *Allgemeinen Vertragsbegriffs* 144-145.

Uit die voorafgaande is dit duidelik dat die Aristoteliaanse deugde van vrygewigheid en wederkerige geregtigheid in De Groot se werke ietwat op die agtergrond raak. Dit wil voorkom asof meer klem gelê word op die hou van belofes (getrouheid). De Groot sien die deugde van kommutatiewe geregtigheid en vrygewigheid eerder as kenmerke of eienskappe van 'n kontrak en nie as die grondslag daarvan nie. Die hou van belofes, met ander woorde die Aristoteliaanse deug van *fidelitas* is vir hom van kardinale belang,⁴⁶ onder andere as gevolg van sy godsdienstige oortuiging⁴⁷ dat belofes bindend is. Soos hieronder vermeld word, gaan dit vir De Groot oor die wil van die belower - dit staan hom vry om deur die maak van 'n belofte 'n deel van sy handelingsvryheid te vervreem en hy is gebonde aan die belofte omdat hy dié oordrag bedoel het.⁴⁸

Die vereiste van aanname van belofes in terme van die natuurreg is in beginsel reeds in De Groot se begrip van belofes as regsoordrag vasgelê. Ter aanvulling van die beginsel gebruik hy die gemeenregtelike tradisie van skenkingsbelofes en in 'n geringe mate ook die laat-middeleeuse stryd tussen moraalteoloë oor die vraag of natuurregtelike belofes aanname vereis.

In De Groot se verdere werke verwys hy uitdruklik na Molina, Lessius en Gomez. Hulle dui aan dat die opvatting in die laat middeleeue aan die hand van 'n stelling in die *Digesta*⁴⁹ posgevat het dat slegs *ooreenkomste* regspligte laat ontstaan, waaruit die afleiding gemaak word dat skenkingsbelofes eers na aanname daarvan positiefregtelik verbind en dat dit dus voor die stadium na keuse herroep kan word.⁵⁰

De Groot gee besondere aandag aan wat die laat-skolastici geskryf het oor die mededeling van skenkingsbelofes tussen afwesiges deur middel van 'n *nuntius*. Lessius se opinies dat slegs 'n belofte wat deur 'n gemagtigde *nuntius* oorgedra word, geldig is, dat 'n herroeping van 'n belofte geldig is al het die *nuntius* geen kennis daarvan nie en dat 'n belofte verval as die *nuntius* sterf voordat hy dit kon oordra,

⁴⁶ *De Iure Belli ac Pacis* II XI 1.5 in: Scott (ed) *International Law* 310.

⁴⁷ *De Iure Belli ac Pacis* II XI 4 330-331.

⁴⁸ Cf n 64 *infra*.

⁴⁹ D 2 14 1.

⁵⁰ Diesselhorst *Hugo Grotius* 106.

maar nie as die beloftemaker sterf nadat die belofte reeds meegedeel is nie, word deur De Groot in detail nagevolg.⁵¹

De Groot slaan ook ag op die debat tussen die moraalteoloë oor die vraag of die positiewe reg ten opsigte van die aanname-vereiste ook in terme van die natuurreg geld. Soto skryf dat 'n belofte nie in terme van die natuurreg bindend kan wees voordat dit aangeneem is nie, omdat die oorgawe van 'n reg op 'n handeling deur die *promissor* 'n verhouding tussen hom en die ontvanger van die belofte inhou. As uitsondering geld 'n belofte wat in plegtige vorm voor getuies afgelê is. Molina meen dat aanname onnodig is, onder andere omdat die verpligting vloei uit die vrywillige besluit van die beloftegewer, en nie uit die aanname nie.⁵²

Weereens maak De Groot egter gebruik van Lessius se werk en volg sy argument dat elke belofte in terme van die natuurreg aanname vereis. Een rede deur Lessius aangevoer is dat beloftes met die oog op beswarende ooreenkomste in alle stelsels vrylik herroepbaar is voor aanname: onaanvaarde skenkingsbeloftes kan dus nie voor aanname bindend wees nie omdat dit anomalies sal wees indien sulke ooreenkomste bindingskrag het op 'n stadium wat beswarende ooreenkomste dit nie het nie. 'n Verdere rede is dat Molina se argument, volgens Lessius, lei tot 'n regsplig om elke innerlike besluit na buite kenbaar te maak sonder die moontlikheid van terugtrede, 'n onwerkbare en onbillike resultaat.⁵³

De Groot leen dus die leerstukke van die laat-skolastici soos aangetref veral by Lessius, en voeg 'n meer algemene betekenis by die tradisie: dit gaan nou oor 'n natuurregtelik bindende belofte. Om die vereiste van aanname te bevestig, gebruik hy die regsoordragsfiguur - vir 'n beloftereg om oor te gaan, moet dit net soseer aangeneem word as 'n aanbod om byvoorbeeld eiendomsreg oor te dra.⁵⁴ Spesifieke melding word in *De Iure Belli ac Pacis* gemaak van die herroepbaarheid al dan nie

⁵¹ 106-111.

⁵² 109-110.

⁵³ 110-111.

⁵⁴ *De Iure Belli ac Pacis* II XI 14 in: Scott (ed) *International Law* 338; Diesselhorst Hugo Grotius 111.

van 'n onaanvaarde belofte⁵⁵ en De Groot bevestig die algemene beginsel dat aanname van 'n belofte vereis word om daaraan regsrag te gee.

Hierdie interpretasie van Diesselhorst verskil van dié van Nanz wat skryf dat De Groot in sy *Belofteleer* 'n kontrak nie sien as ooreenstemmende wilsverklarings (aanbod en aanname) nie, en dat hy eerder eensydig van beloftes af uitgaan. In De Groot se *Inleiding tot die hollandsche Rechts-Geleerdheid* maak hy slegs melding van 'n verwagting aan die kant van die beloftegewer dat die teenparty die toeseegging sal aanneem, en by 'n belofte (*promissio*) kom 'n handeling deur die ander party glad nie ter sprake nie.⁵⁶ Nanz meen egter dat De Groot as gevolg van sy Romanistiese ingesteldheid wel die behoefte aan aanname van 'n toeseegging erken het,⁵⁷ maar te vasgevang was in die skolastiese skenkingsleer om die tweesydige begrip van 'n kontrak die grondslag van sy *Belofteleer* te maak.

De Groot konstrueer volgens Nanz die verpligting bloot uit die eensydige handeling van die verpligte (die beloftegewer). Hy verwys na dieselfde deel in *De Iure Belli ac Pacis* as Diesselhorst,⁵⁸ maar is van mening dat De Groot nie aanname werklik as vereiste in sy begrip van *promissio* integreer nie. Ten spyte van die belangrikheid van die uitgedrukte wil, verskyn *consensus* nie as konstitutiewe begrip in De Groot se kontrakleer nie.⁵⁹ Verdere kritiek wat Nanz teen De Groot huldig, is dat hy vir die ontstaan van verpligtinge net op die belofte (nie die aanname daarvan nie) steun, maar tog die vrye herroepbaarheid van beloftes voor aanname verkondig. So 'n siening behels dat verpligtinge by aanname van die belofte ontstaan, en is moeilik versoenbaar met De Groot se siening dat 'n belofte die oordrag van 'n reg of vryheidspartikel behels.⁶⁰

Zimmerman⁶¹ skryf oor die ontwikkeling van die *consensus*-vereiste dat De Groot dit nie as 'n fundamentele kategorie in sy sisteem van natuurlike reg beskou het nie. Hy

⁵⁵ Diesselhorst *Hugo Grotius* 112-114.

⁵⁶ Nanz *Allgemeiner Vertragsbegriffs* 144-145; *Inleiding tot die hollandsche Rechts-Geleerdheid* III 1 24.

⁵⁷ Nanz *Allgemeiner Vertragsbegriffs* 146 n 85; *Inleiding* III 1 12.

⁵⁸ 146 n 86; *cf* n 54 *supra*.

⁵⁹ 146.

⁶⁰ 146.

⁶¹ Zimmermann *Obligations* 567-568.

het wel die (eensydige) belofte as 'n fundamentele kategorie beskou, iets wat hy by die moraal teoloë oorgeneem het. Die bindende krag van beloftes is gekombineer met die mens se natuurlike vryheid om op 'n bepaalde manier te handel (of nie te handel nie), sodat 'n bindende belofte volgens De Groot die effek van 'n *alienatio particularae cuiusdam nostrae libertatis*⁶² gehad het. Hierdie vervreemding word geregtig deur die feit dat dit die wil van die vervreemder is.⁶³ Die moraalteoloë het vrygewigheid en kommutatiewe geregtigheid beskou as *causae* vir bindende beloftes, maar nou word beloftes beskou as afdwingbaar selfs al word niemand verarm nie, omdat dit gaan oor die *bedoeling* van die belower, met ander woorde oor sy getrouheid aan sy beloftes.⁶⁴

Daar is reeds verwys na De Groot se opvolgers Pufendorf, Barbeyrac, Pothier, Domat en andere wat in wese die leerstukke van die Spaanse natuurregskool - soos oorgeneem deur De Groot - aan die *common law* en *civil law*-stelsels oorgedra het.⁶⁵ Die leerstukke en konsepte het op dié wyse deel geword van die Franse siviele kode en van die dogmatiese sisteem wat Duitse juriste aan die hand van Romeinse tekste opgebou het.⁶⁶ Daar is ook melding gemaak van die gebrek aan filosofiese verduidelikings - Pufendorf en sy tydgenote het die filosofieë van Aristoteles en Aquinas as basis van die leerstukke ontken, maar geen nuwe of ander verduidelikings vir die idees en leerstukke gegee nie, met die gevolg dat die betekenis daarvan al hoe meer onduidelik geword het.⁶⁷

Pothier probeer byvoorbeeld die vereiste van aanname regverdig aan die hand van die definisie van 'n kontrak as wedersydse instemming en probeer ook die oomblik van effektiëfwording van 'n kontrak uit die definisie aflei, soos later deur die 19^e eeuse juriste gedoen is. Wolff sê bloot 'n belofte is bindend op grond van die definisie daarvan en soek nie na 'n rede waarom 'n onaanvaarde belofte nie bindend is nie. Die Spaanse natuurregseleerdes moes 'n rede daarvoor vind omdat hulle geglo het dat

⁶² *De Iure Belli ac Pacis* II XI 4.

⁶³ Zimmermann *Obligations* 568.

⁶⁴ Von Mehren *International Encyclopedia* 16-17.

⁶⁵ Gordley *Philosophical Origins* 4-6.

⁶⁶ 5, 71.

⁶⁷ 7, 71; Von Mehren *International Encyclopedia* 14.

alle beloftes op grond van die getrouheidsbeginsel bindend is.⁶⁸ Die filosofiese grondslag val dus weg sonder dat 'n nuwe basis vir die leerstukke voorgestel word.

2 1 3 3 Die resepsie van die aanbod en aanname-leerstuk in die *common law*

Dieselfde leerstukke wat in Romanistiese regstelsels ontvang is, is ook op 'n besondere wyse gerespieël in die Engelse reg gedurende die 18^e en begin van die 19^e eeu. Die *common law* het op hierdie stadium nie werklik 'n samehangende struktuur van kontraktereg gehad nie: soos die Romeinse reg het dit kasuïsties ontwikkel deur middel van *case law* eerder as op grond van breë algemene beginsels voortgebring deur akademiese bewerking.⁶⁹ Verhandelinge oor die kontraktereg verskyn egter wel vanaf die laat 1700's onder andere dié deur Powell en Chitty.⁷⁰ Die bevruggende werking hiervan is nie te onderskat nie. Daar is op groot skaal gebruik gemaak van leerstukke wat hulle in die werke van De Groot, Pothier, Pufendorf en ander gevind het. Baie van die werke was op daardie stadium reeds in Engels vertaal en dus vir Britse skrywers toeganklik.⁷¹

Hierdie leerstukke was egter, as gevolg van die afwesigheid van verduidelikings daarvoor, nie altyd vir die *common law*-skrywers verstaanbaar nie. Hulle het dus selektief geleen en heelparty van die leerstukke aangepas om aan hulle behoeftes te voldoen.⁷² By die publikasie van die eerste *common law*-verhandelinge kom die leerstuk van aanbod en aanname na vore en dit word ook algou in regspraak sigbaar. Die reël dat 'n aanbod nie geldig of bindend is voor aanname nie, was vir die Anglo-Amerikaanse juriste vreemd, maar nie vir die natuurregsgeleerdes nie. Die regters moes die reël vanuit dié bron verkry het andersins sou hulle nie skielik begin het om dit toe te pas nie.⁷³

In *Payne v Cave*⁷⁴ is beslis dat 'n bod op 'n veiling net 'n eensydige aanbod is en dus nie bindend is voor die instemming van die ander party nie. Die hof verduidelik die

⁶⁸ 81.

⁶⁹ Zimmermann *Obligations* 569-572.

⁷⁰ Gordley *Philosophical Origins* 134.

⁷¹ Hutchison *Contract Formation* in: *Southern Cross* (1996) 173.

⁷² Gordley *Philosophical Origins* 134-135.

⁷³ 139.

⁷⁴ 3 Term R 148, 10 ER 502 1789.

reël aan die hand van 'n sivielregtelike uitdrukking van die natuurregseleerdes, naamlik dat daar voor aanname 'n *locus poenitentiae*, 'n geleentheid vir terugtrede bestaan. Die regters het skynbaar egter net die reël geleen dat 'n aanbod nie bindend is voor aanname nie en nie die verduideliking daarvoor nie.⁷⁵ In *Cooke v Oxley*⁷⁶ word beslis dat 'n aanbieder wat goed aan 'n derde verkoop het voordat die ander party sy aanbod aangeneem het, nie gebonde is nie. Daar is geen kontrak voor aanname van die aanbod nie. Volgens Gordley het die hof *in casu* hulle eie interpretasie van die reël probeer afdwing. Hierdie saak is egter in elk geval deur latere hofe verwerp.⁷⁷

Volgens Simpson is *Payne v Cave* nie werklik relevant nie omdat die gebruik van *offer* en *assent* nie 'n aanwending van tegniese regs-konsepte in 'n bepaalde situasie daarstel nie, maar eerder as ontegniese beskrywende terme gebruik word. Gordley is wel van mening dat die eerste tekens van die leerstuk reeds in die saak aanwesig is,⁷⁸ maar eers teen die einde van die uitspraak word 'n bod aan 'n eensydige aanbod gelykgestel. Die saak behels dus *nie* 'n analise van die transaksie in terme van aanbod en aanname nie.

Simpson beweer dat *Adams v Lindsell*⁷⁹ die eerste beslissing is waar die Romanistiese leerstuk van aanbod en aanname met betrekking tot tweesydige kontrakte oorgeneem is. Na aanleiding van ou regspraak kan 'n belofte 'n teenprestasie wees vir 'n ander se belofte (die Engelse leerstuk van *consideration* vereis teenprestasie vir die afdwingbaarheid van regshandeling), solank die belofte self afdwingbaar is, en moet beloftes gelyktydig gemaak word ten einde wedersyds afdwingbaar te wees. Dit het ontwikkel tot 'n vereiste van 'n oomblik van gemeenskaplike instemming by tweesydige kontrakte en is veral problematies by korrespondensie kontrakte waar die antwoord op 'n belofte eers na 'n tydperk gegee word.⁸⁰

⁷⁵ Gordley *Philosophical Origins* 139-140.

⁷⁶ 3 Term R 653, 100 ER 785 1790; Gordley *Philosophical Origins* 139.

⁷⁷ Gordley *Philosophical Origins* 140.

⁷⁸ Gordley *Philosophical Origins* 139-140; Simpson 1975 *LQR* 260.

⁷⁹ 1 Barn & Ald 681, 106 ER 250 1818.

⁸⁰ Simpson 1975 *LQR* 260-261.

Adams v Lindsell los die probleem op deur 'n analise in terme van aanbod en aanname en gebruik dan 'n fiksie om die praktiese omstandighede te versoen met die dogmatiese vereiste van gelyktydige instemming: die aanbieder word geag deurlopend 'n aanbod te maak terwyl die brief op pad is na die aannemer, en die kontrak word voltooi deur aanname deur laasgenoemde party. Die ooreenstemming tussen hierdie konstruksie en die fiksie wat Pothier gebruik in sy *Treatise on the Contract of Sale* beklemtoon weereens die invloed van die natuurregskrywers van die 16^e eeu via hulle opvolgers op die *common law* ontwikkeling gedurende die 18^e en 19^e eeu.⁸¹

In die *Adams*-saak word die versendingsteorie verkondig in terme waarvan die aanname geldig is sodra dit versend word, dus sodra dit by die poskantoor afgelewer is.⁸² Die kontrak kom volgens dié teorie op hierdie oomblik tot stand. 'n Verwarring wat nie van die natuurregsgeleerdes afkomstig is nie, word geskep deurdat die hof meen dat geen kontrak ooit deur middel van korrespondensie gesluit sal kan word indien ontvangs of kennisname van aanname nodig is nie, omdat kennisname van die ontvangs van aanname dan ook nodig sal wees, en dan weer kennisname daarvan en so kan dit *ad infinitum* aangaan. Om dié rede verkies die hof die versendingsteorie. Gordley meen egter dat die hof die vraag wanneer aanname effektief word, verwar het met die vraag of kontraksluiting moontlik is sonder dat albei partye weet hulle is gebonde.⁸³

Die aanvaarding van die leerstuk van aanbod en aanname in die Engelse reg laat 'n vraag ontstaan oor die plek van *pollicitatio* ('n onaanvaarde aanbod) in die moderne sisteem van kontraktuele aanspreeklikheid. Te oordeel aan De Groot se vereiste van aanname voordat 'n belofte enige regte kan oordra, kan 'n *pollicitatio* geen reg oordra om prestasie te vereis nie. Hierdie siening is in die Romeins-Hollandse reg deur Voet

⁸¹ *Simpson 1975 LQR 261; cf ook Zimmermann se bespreking hiervan in Obligations 566-567, 569-572.*

⁸² Sien egter Treitel *The Law of Contract* (8 uitg) 24 n 47 waar aangevoer word dat die saak gewoonlik aangegee word as gesag vir die gebruik van die versendingsteorie in die Engelse reg, terwyl daar in die saak nie van die versending van die aanname sprake is nie, maar wel van die versending van die aanbod.

⁸³ Gordley *Philosophical Origins* 140.

en andere nagevolg, en het deur Pufendorf en Pothier se (vertaalde) werke inslag in die Engelse reg gevind. Dit blyk duidelik uit Powell se standpunt dat 'n belofte in 'n kontrak verander sodra dit aangeneem word, wat waarskynlik vloei uit Pothier se onderskeiding tussen 'n *pollicitatio*, wat nie verbintenisse kan skep nie, en 'n kontrak, wat 'n sameloop van twee partye se bedoelings behels - een belowe en een neem dit aan.⁸⁴

Hierdie onderskeid word die basis van die Engelse leerstuk van aanbod en aanname. Latere skrywers verwys nie meer na die kwessie nie, die terme *pollicitatio* en *promissio* is mettertyd vervang deur nuwe terminologie: aanbod, aanname, belower, aanbieder en andere. Die leerstuk het dus uitgebrei en van sy historiese oorsprong verwyderd geraak, maar die essensie daarvan het behoue gebly.⁸⁵ Die *common law*-juriste het die leerstuk van aanbod en aanname as 'n fundamentele deel van die kontrakreg behandel terwyl die leerstuk nog in 'n beginfase van ontwikkeling was en sou waarskynlik nie soveel gewig daaraan geheg het as dit nie was vir die nalatenskap van die natuurregsgeleerdes nie.⁸⁶

2 1 3 4 Die resepsie van aanbod en aanname in die Suid-Afrikaanse reg

Volgens Hutchison is die moderne Suid-Afrikaanse reg van aanbod en aanname in wese 'n verengelsde weergawe van die Romanistiese leerstuk wat van kontinentale skrywers soos Pothier oorgeneem is. Interessant genoeg maak hy geen melding van die moraalteoloë soos Lessius en Molina en hulle sintese van die Romeinse reg met Aquinas se filosofieë nie. Hy is die mening toegedaan dat die analise van kontraksluiting in terme van aanbod en aanname van redelik resente oorsprong is, dat die ou Romeine hulle nie juis aan die *consensus*-begrip gesteur het nie en dat 'n analise van kontrakte in terme van twee samelopende wilsverklarings eers in die 17^e eeu onder leiding van Hugo de Groot begin plaasvind het.⁸⁷

⁸⁴ Zimmermann *Obligations* 570-572.

⁸⁵ Simpson 1975 *LQR* 260.

⁸⁶ Gordley *Philosophical Origins* 140.

⁸⁷ Hutchison *Contract Formation* 173.

Een van die fundamentele probleme waarmee die Suid-Afrikaanse howe vanaf die einde van die 19^e eeu geworstel het is dié van kontraksluiting *inter absentes*. Uit Romeins-Hollandse bronne, byvoorbeeld werke van De Groot en Voet, blyk dit duidelik dat 'n kontrak net gesluit word indien die aanbod aangeneem word.⁸⁸ Daar was egter nie soveel sekerheid oor *wanneer* die aanname effektief word nie. Onder kontinentale juriste was daar tweespalt: sommige het die vernemingsteorie aangehang (in terme waarvan die kontrak eers tot stand kom wanneer die aanbieder verneem dat sy aanbod aangeneem is) en ander die reeds vermelde versendingsteorie. In die Engelse reg was daar wel eensgesindheid oor die kwessie - ter wille van kommersiële gerief is die versendingsteorie reeds in 1818 in *Adams v Lindsell* gekies. Dit het natuurlik nie ingepas by die *common law*-idee dat 'n kontrak 'n werklike *meeting of the minds* vereis nie, en hulle het dit dus probeer regverdig deur te redeneer dat kommunikasie van aanname gewoonlik vereis word, maar afstanddoening daarvan is moontlik as die aanbieder uitdruklik of by implikasie 'n ander metode van aanname gemagtig het. 'n Aanbieder wat sy aanbod per pos stuur magtig volgens dié argument by implikasie die aannemer om ook die posstelsel te gebruik, sodat die poskantoor die gemeenskaplike verteenwoordiger (*agent*) van beide partye word,⁸⁹ 'n konstruksie wat met reg gekritiseer word.⁹⁰

*Martin v Evans Flack & Co*⁹¹ volg dieselfde redenasie as *Payne v Cave* en *Cooke v Oxley*, naamlik dat daar voor aanname van 'n aanbod 'n *locus poenitentiae* bestaan, en Connor R beslis dat die verweerders bekend kon gemaak het dat die prys van die goedere as gevolg van die uitbreek van die oorlog gedaal het en dat hulle dus hulle aanbod (indien hulle een gemaak het) kon terugtrek, omdat dit nog nie aangeneem was nie.

Die eerste Suid-Afrikaanse saak waarin die aanbod en aanname per pos geskied het, is *The Fern Gold Mining Co v Tobias*.⁹² In *casu* is 'n aanbod om te koop herroep

⁸⁸ Hutchison 174 n 68 waarin verwys word na De Groot se *De Iure Belli ac Pacis* II XI 14.
⁸⁹ 174-175.

⁹⁰ Gardner "Trashing with Trollope: A Deconstruction of the Postal Rules in Contract" 1992 *OJLS* 170 173.

⁹¹ 1871 NLR 60 63.

⁹² 1890 3 SAR 134.

voordat die aanname gepos is. Volgens die hof is die vernemingsteorie meer logies en wetenskaplik - die pos van die brief is slegs bewys van die juridiese feit van aanname. Die hof maak egter nie 'n uitdruklike keuse ten gunste van een van die teorieë nie.⁹³ Ook in *Bal v Van Staden*⁹⁴ is die vraag deur die Transvaalse Hooggeregshof oopgelaat. 'n Neiging in die rigting van die Engelse standpunt is sigbaar in *Naudé v Malcolm*⁹⁵ waarin beslis word dat 'n opsie geldig uitgeoefen is, al was die brief van aanname te laat, omdat die aannemer alles gedoen het wat redelikerwys van hom verwag kan word.⁹⁶

Dit is duidelik dat die hofe in Suid-Afrika ook geskeur was tussen die versendings- en vernemingsteorie. Kommersiële praktyk was ten gunste van die versendingsteorie, terwyl regsbeginsels die vernemingsteorie ondersteun het. Versoening is bereik deur die aanname van die argumente van Engelse regters, naamlik dat die aanbieder afstand kan doen van die algemeen-geldende vereiste van kommunikasie van aanname.⁹⁷

Die feit dat dieselfde argument deur De Groot in sy *De Iure Belli ac Pacis*⁹⁸ gevolg word, maak dit meer oortuigend. Wessels R bespreek in *Dietrichsen v Dietrichsen*⁹⁹ hierdie stelling van De Groot. In verband met die vraag of aanname van 'n aanbod nodig is, en of dit aan die aanbieder gekommunikeer moet word, skryf De Groot dat daar twee maniere is om 'n kontrak te sluit: iemand maak 'n aanbod en sê dat die kontrak deur blote aanname daarvan tot stand sal kom, of 'n aanbod word gemaak en daar word gesê dat die kontrak eers gesluit word wanneer die aanbieder kennis neem van aanname van sy aanbod. In gevalle waar twyfel heers, meen De Groot dat altyd vermoed moet word dat kennis van aanname nodig is, omdat dit nie 'n blote vrygewigheidshandeling is nie, maar 'n konsensuele kontrak wat beide partye bind.¹⁰⁰

⁹³ Hutchison *Contract Formation* 175.

⁹⁴ 1902 TS 128; cf Hutchison *Contract Formation* 175-176 vir 'n kort bespreking van die saak.
⁹⁵ 1902 19 SC 482.

⁹⁶ Hutchison *Contract Formation* 176.

⁹⁷ 176.

⁹⁸ 174 n 71.

⁹⁹ 1911 TPD 486 494.

¹⁰⁰ *De Iure Belli ac Pacis* II XI 15 in: Scott (ed) *International Law* 338.

Wessels R verwys in *casu* ook na kommentaar op hierdie stelling van De Groot. Van der Meulen het dieselfde opinie en Voet se kommentaar, ofskoon vaag, moet volgens die regter ook só geïnterpreteer word. Daar is ook verwysings na ou Engelse regspraak en moderne Engelse skrywers wat die standpunt ondersteun.¹⁰¹

In *Cape Explosives Works Ltd v SA Oil & Fat Industries Ltd*¹⁰² kies die hof by monde van Kotzé RP die versendingsteorie, terwyl dieselfde regter ongeveer 30 jaar vantevore die vernemingsteorie gekies het in die *Tobias*-saak. Volgens Kotzé RP is daar in *casu* geen rede om te vermoed dat aanname gekommunikeer moet word voordat die kontrak tot stand kom nie. Dit is die regter se mening dat dit arbitrêr is om so iets aan te neem, en hy meen ook dat die kommentatore nie in ooreenstemming is met betrekking tot die korrektheid van so 'n aanname nie.¹⁰³ Skrywers soos Van der Meulen en Pufendorf stem wel met De Groot saam, maar ander, byvoorbeeld Huber en Barbeyrac, nie.

Searlé R sien die versendingsteorie as 'n uitsondering op die algemeen aanvaarde vernemingsteorie, terwyl Kotzé RP gevalle wat kommunikasie van aanname vereis as dubbelsinnig beskou.¹⁰⁴ Kommunikasie kan volgens hom verwys óf na die versending van die brief van aanname, óf na die oomblik wat die aanbieder kennis neem van die aanname. Praktiese en beleidsoorwegings verg na die regter se mening dat die versendingsteorie geld,¹⁰⁵ dus dat kommunikasie verwys na die versending van die brief van aanname.

Die *Cape Explosives*-beslissing is in *Kergeulen Sealing & Whaling Co Ltd v Commissioner for Inland Revenue*¹⁰⁶ deur die appèlhof bevestig, alhoewel die omvang en vertakkings van die versendingsteorie nog nie vasgestel was nie. Die reël dat versending van aanname dit effektief maak, is oor die jare aan soveel kritiek onderwerp dat die howe self dit ook beperk en bevraagteken het. 'n Belangrike punt

¹⁰¹ 494-495.

¹⁰² 1921 CPD 294.

¹⁰³ 257-260.

¹⁰⁴ 275.

¹⁰⁵ 264-265.

¹⁰⁶ 1939 AD 487.

van kritiek teen die leerstuk is dat dit op 'n misleidende redenasie berus - dit is moontlik dat 'n aanbieder afstand kan doen van die vereiste van kommunikasie, maar dit is *nie* dieselfde as 'n veronderstelling dat die aanbieder daarvan afstand doen elke keer as hy 'n aanbod per pos maak nie.¹⁰⁷ Baie jare gelede, toe die gebruik van die posstelsel nog riskant was het dit sin gemaak dat die kontrak by versending van die aanname reeds tot stand kom, die aanbieder het die metode van kommunikasie gekies en moes die risiko dra, maar dit is lankal nie meer die geval nie.¹⁰⁸

Verdere kritiek teen die toepassing van die *Cape Explosives*-leerstuk is dat dit die aannemer verhoed om sy aanname terug te trek nadat hy dit versend het, byvoorbeeld deur dit telefonies te kanselleer, voordat dit die aanbieder bereik het.¹⁰⁹ Die leerstuk is verder aangeval deurdat die appèl-afdeling in *Driftwood Properties v McLean*¹¹⁰ die voorkeur wat aan die vernemingsteorie in die Suid-Afrikaanse reg gegee word, bevestig het. In *casu* verwys die regter weereens na De Groot se opmerkings soos in die *Dietrichsen*-saak bespreek.¹¹¹ Die kontrak ter sprake is egter nie dubbelsinning nie - geen twyfel heers sodat daar aangeneem moet word dat aanname gekommunikeer moet word nie. Daar is inderdaad 'n metode van kontraksluiting voorgeskryf.¹¹² Na die *Dietrichsen*-saak was die howe van mening dat kommunikasie van aanname as algemene reël vereis word.¹¹³

In die lig van die *Driftwood Properties*-uitspraak, word in *Hawkins v Contract Design Centre (Cape Division) (Pty) Ltd*¹¹⁴ deur Flemming R beslis dat kennisname van aanname vereis word vir kontraksluiting, tensy daar 'n genoegsame feitebasis is wat die teendeel aandui. Die *Cape Explosives*-saak het bepaal dat 'n teenoorgestelde afleiding aangedui word indien die partye die pos as kommunikasiemiddel gebruik, maar Flemming R meen in die *Hawkins*-saak dat só 'n redenasie te veel gewig aan bepaalde faktore heg in die vasstelling van die partye se bedoelings, met die gevolg dat die basiese beginsel in Suid-Afrikaanse reg, die vernemingsteorie, tot 'n blote

¹⁰⁷ Hutchison *Contract Formation* 178.

¹⁰⁸ 178-179 waar hy verwys na Anonymous "Smeiman Revisited" 1955 *SALJ* 308 309 n 104.

¹⁰⁹ 179.

¹¹⁰ 1971 4 SA 296 (T) 301.

¹¹¹ *Cf* n 100 *supra*.

¹¹² 597.

¹¹³ Hutchison *Contract Formation* 180 n 114.

¹¹⁴ 1983 4 SA 296 (T) 301.

teoretiese reël gereduseer word. Flemming R se standpunt is egter nie dié van die meerderheid van die hof nie.¹¹⁵

Ten spyte van kritiek teen die *Cape Explosives*-leerstuk, is die huidige siening in Suid Afrika dat kontrakte deur die pos gesluit 'n uitsondering is op die algemene reël wat kommunikasie van die aanname aan die aanbieder vereis.¹¹⁶ De Groot se stelling dat daar 'n vermoede geld dat 'n kontrak tot stand kom eers wanneer die aanbieder verneem dat sy aanbod aangeneem is, het dus ook in die Suid-Afrikaanse reg inslag gevind.

¹¹⁵ 302.

¹¹⁶ Hutchison *Contract Formation* 180.

2 2 Oorsig van die huidige aanbod- en aannamereëls in verskillende regstelsels

2 2 1 Inleiding

In die volgende afdeling word gepoog om aan te toon dat daar, ten spyte van gemeenskaplike filosofiese wortels¹ tog heelwat verskille tussen *common law* en Romanistiese stelsels uitgekristalliseer het, soos byvoorbeeld dat 'n aanbod in *common law*-sisteme herroepbaar is, maar nie in 'n Romanistiese stelsel soos die Duitse reg nie. Met die fokus op kontraksluiting word dus spesifiek gekyk hoe die leerstuk van aanbod en aanname daar uitsien in bepaalde regstelsels.

Alhoewel nie elke geval van kontraksluiting in terme van aanbod en aanname ontleed kan word nie, is dit dikwels wel 'n geskikte metode om vas te stel waar en wanneer 'n kontrak tot stand kom, en wat die inhoud daarvan is.² Veral in gevalle van kontraksluiting *inter absentes*, waar soms 'n reeks dokumente heen en weer tussen die partye gestuur word, kan 'n aanbod en aanname gewoonlik geïdentifiseer word³ deurdat afleidings uit die kommunikasiestukke gemaak word oor of en wanneer die partye *consensus* bereik het.⁴

Ten einde 'n sinvolle vergelyking te kan tref tussen *common law*, Romanistiese regstelsels en stelsels waar elemente van albei dié stelsels teenwoordig is, word die fokus geplaas op die volgende kwessies: die herroepbaarheid al dan nie van die aanbod, die vereiste dat die aanname met die aanbod moet ooreenstem, en die vereiste dat die aanname aan die aanbieder meedeel moet word.⁵

2 2 2 Anglo-Amerikaanse stelsels

In die *common law*-stelsels word 'n objektiewe benadering tot die vasstelling van die kontraktante se bedoelings gevolg. Dit is nie slegs belangrik wat die partye subjektief

¹ Cf 2 1 *supra*.

² Whincup *Contract Law and Practice* (1996) 48.

³ Atiyah *Introduction to the Law of Contract* (1989) 60-61.

⁴ Guest *Anson's Law of Contract* (1984) 21-22.

⁵ *Infra* 2 2 2 1; 2 2 2 2; 2 2 2 3, 2 2 3 1, 2 2 3 2, 2 2 3 3, 2 2 4 1, 2 2 4 2, 2 2 4 3.

bedoel het nie, maar veral ook watter indruk hulle woorde of optrede by 'n redelike persoon sou wek.⁶ Die reëls aangaande aanbod en aanname bepaal volgens Collins nie bloot of daar *consensus* tussen die partye is nie. Die doel van die reëls is eintlik om vas te stel op watter oomblik beide partye redelikerwys kan staatmaak op die bestaan van 'n bindende kontrak tussen hulle.⁷

2 2 2 1 Herroepbaarheid van die aanbod

'n Aanbod is 'n uitdrukking van 'n gewilligheid om te kontrakteer, en moet gemaak word met die bedoeling dat dit die aanbieder bind sodra dit aangeneem word deur die persoon aan wie dit gerig is.⁸ Die aanbod moet ten minste volledig wees ten opsigte van die terme wat wesenlik is tot die beoogde kontrakstipe, asook sodanige terme as wat die aanbieder wil reël. Die aanbod moet dus redelik *definite* wees, en niks meer as aanname verg om die kontrak tot stand te laat kom nie.⁹

Soos hierbo vermeld, is die uitgangspunt dat die aanbieder gebonde is sodra die aannemer die aanbod aanneem. Maar kan die aanbieder voor aanname van sy aanbod besluit dat hy nie meer die spesifieke aanbod aan die betrokke persoon wil maak nie en dan sy aanbod terugtrek of herroep?

In die Anglo-Amerikaanse reg blyk dit wel moontlik te wees omdat 'n aanbod deur hierdie stelsels in beginsel as herroepbaar gesien word totdat dit op 'n geldige manier aangeneem word. Die aanbod self het geen bindingskrag nie en dit staan die aanbieder derhalwe vry om dit te herroep selfs al het hy verklaar dat hy gewillig is om die aanbod vir 'n bepaalde tyd oop te hou.¹⁰ Die rede waarom die *common law* nie die bindende krag van 'n aanbod erken nie, is te vinde in die *consideration*-leerstuk wat bepaal dat 'n belofte om 'n aanbod oop te hou slegs 'n bindende verbintenis tot

⁶ Guest *Contract* 24-25.

⁷ Collins *The Law of Contract* (1997) 152-155.

⁸ Treitel *The Law of Contract* (1991) 8.

⁹ Atiyah *Introduction* 61-63.

¹⁰ Atiyah *Introduction* 81-84; Guest *Contract* 45-46; Corbin *Corbin on Contracts* (1963) 157-162; cf ook 2 1 3 1 n 22 *supra* ivm die bindende krag van beloftes in die 16e eeu, en 2 1 3 2 n 35-36, 55 *supra* ivm De Groot se mening in die verband.

stand bring indien 'n teenprestasie reeds aangebied of gelewer is. Die aanbieder moet dus een of ander voordeel daaruit kry, anders is die aanbod steeds herroepbaar.¹¹

Hierdie reël werk nie juis bevredigend in die moderne kommersiële praktyk nie. Dit is heeltemal denkbaar dat 'n persoon aan wie 'n aanbod gerig is benadeel kan word indien hy, in vertroue op die (voort)bestaan van die aanbod, uitgawes met die oog op die kontrak aangaan, of ander aanbiedinge van die hand wys, waarna die aanbieder dan die aanbod herroep. Amerikaanse howe het begin om 'n aanbod as onherroepbaar te hanteer in gevalle waar die geadresseerde op bogenoemde manier benadeel is.¹²

In reaksie op hierdie benadering van die howe is in die *Restatement on Contracts Second* gepoog om bindende krag aan 'n aanbod te gee. Artikel 87(2) bevat 'n bepaling in die verband,¹³ asook artikel 2-205 van die *Uniform Commercial Code*.¹⁴ Wat die Engelse reg betref, is daar al voorgestel dat 'n ooreenkoms om 'n aanbod oop te hou nie onafdwingbaar moet wees as gevolg van die afwesigheid van 'n teenprestasie nie. Die voorstel is egter nie aanvaar nie, met die gevolg dat die Engelse reg 'n aanbod steeds as herroepbaar sien tot en met aanname daarvan.¹⁵

2 2 2 2 Die reël aangaande ooreenstemming tussen aanbod en aanname

(i) Die tradisionele *mirror image-rule*

In terme van die reël bekend as die *mirror image-rule*, word vereis dat die terme vervat in die dokument wat die aanname beliggaam, 'n spieëlbeeld moet wees van die terme soos vervat in die dokument wat die aanbod daarstel.¹⁶ Aangesien die aanname

¹¹ Guest 78-109 ivm die *consideration*-leerstuk; Furmston *Cheshire Fifoot & Furmston's Law of Contract* (11 uitg) 55-56.

¹² *Drennan v Star Paving Co* 51 Cal 2d 409, 333 P2d 757 1958; *James Baird Co v Gimbel Bros Inc* 64 F2d 344, 34b 2 Cir 1933.

¹³ A 87(2) bepaal dat 'n aanbod nie herroep mag word nie indien die aanbieder redelikerwys moes voorsien het dat die geadresseerde daarop sal steun of op grond daarvan sal handel voordat hy die aanbod aanvaar.

¹⁴ A 2-205 bepaal dat in 'n kommersiële konteks, 'n aanbod waarin verklaar word dat dit bindend is, nie herroep mag word gedurende die gestipuleerde of 'n redelike tydperk nie.

¹⁵ The English Law Commission *Firm Offers* Working Paper 60 (1975) no 34-38; Von Mehren *International Encyclopedia of Comparative Law* (1992) 78; Zweigert & Kötz *Introduction to Comparative Law* (1987) 37-38.

¹⁶ Treitel *Contract* 18-19; Collins *Contract* 151; Guest *Contract* 32-33.

die handeling is wat die sluiting van die kontrak voltooi, moet dit 'n gewilligheid aandui om 'n kontrak te sluit op die presiese terme aangedui in die aanbod.¹⁷

Sou 'n aanname addisionele terme bevat, dit wil sê terme wat nie in die aanbod voorkom nie, of terme wat nie ooreenstem met dié van die aanbod nie, is so 'n poging om aanname te bewerkstellig nie werklik 'n aanname nie, maar eerder 'n teenaanbod wat die oorspronklike aanbod verwerp.¹⁸ Die *power of acceptance* wat aanvanklik in die aannemer (die party wat die teenaanbod maak) gesetel het, berus nou by die oorspronklike aanbieder - hy kan 'n kontrak tot stand laat kom indien hy die teenaanbod op 'n geldige wyse aanneem, en die inhoud van die kontrak is dan die terme soos vervat in die teenaanbod. Die oorspronklike aanbod kan in die geval nie meer aanvaar word nie.¹⁹

Dit is dus duidelik dat wilsooreenstemming ten opsigte van elke term geverg word voordat 'n kontrak in termé van die klassieke model tot stand kom. Volgens Collins is die posisie in die Engelse reg dat selfs 'n klein voorgestelde verandering van 'n aanname 'n teenaanbod maak, en derhalwe die totstandkoming van 'n kontrak op die terme van die oorspronklike aanbod sal verhoed. Indien die wysiging werklik tegnies van aard is en nie vir die ander party van belang is nie, kan dit wel geïgnoreer word.²⁰

Atiyah meen die reël dat die aanname absoluut en onvoorwaardelik moet wees, kan dalk te rigied wees. Die blote byvoeging van opmerkings of versoeke deur die aannemer beteken nie noodwendig dat hy sy aanname voorwaardelik maak aan instemming deur die aanbieder tot sy voorstelle nie. Dit is moontlik dat die aannemer net wil probeer om die transaksie vir hom meer voordelig te maak, maar dat hy bereid is om andersins die aanbod soos aan hom gerig aan te neem. 'n Streng toepassing van die *mirror image-rule* sal egter meebring dat sy poging om aan te neem ongeldig en oneffektief is.²¹ 'n Persoon in die posisie van 'n aannemer is nie noodwendig bewus

¹⁷ Atiyah *Introduction* 70-71.

¹⁸ Atiyah *Introduction* 72-73; Collins *Contract* 151; Guest *Contract* 33; *Brogden v Metropolitan Rly Co* 1877 2 App Cas 666 HL; *Jones v Daniel* 1894 2 Ch 332.

¹⁹ Collins *Contract* 151-152; Treitel *Contract* 18.

²⁰ Collins *Contract* 151-152; *Gibson v Manchester City Council* 1979 1 WLR 294.

²¹ Atiyah *Introduction* 71-72.

van dié stand van sake nie en kan gevolglik benadeel word in so 'n situasie.

Ook die Amerikaanse reg stel die vereiste dat die aanname onvoorwaardelik moet wees. Daar word melding gemaak van die feit dat slegs *materiële* verandering in die aanname dit in 'n teenaanbod sal laat verander, maar die vereiste word steeds streng toegepas: enige variasie, hoe klein ookal, in die *substansie* van die terme van die aanbod word as materieël gesien. So 'n variasie lei dus tot 'n teenaanbod en beëindig die aannemer se *power of acceptance* ten opsigte van die oorspronklike aanbod.²²

Soos in die Engelse reg sal versoeke, navrae en voorstelle vir addisionele terme tot, of wysigings van die oorspronklik aanbod nie kontraksluiting verhoed nie, mits dit duidelik blyk dat die aannemer die aanbod inderdaad aanneem ongeag of daar aan sy voorstel of versoek voldoen word of nie.²³ Die gevoel heers ook in die Amerikaanse reg dat hierdie *mirror image* of *ribbon matching*-reël, indien streng toegepas, die handelsverkeer kan strem. Veral as gevolg van die toenemende gebruik van standaardvorms tussen koper en verkoper, vorms waarvan die basies terme dikwels teenstrydig is, gebeur dit dikwels dat daar regstegnies nie 'n kontrak tot stand kom nie, terwyl daar in die oë van die partye wel 'n bindende kontrak tussen hulle bestaan.²⁴

(ii) Afwyking van die *mirror image-rule* en die *battle of the forms*

Die reël dat die aanbod en aanname presies moet ooreenstem behoort nie te streng toegepas te word nie. In die moderne kommersiële wêreld word op groot skaal van standaarddokumente gebruik gemaak in die proses van kontraksluiting. Hierdeur word baie van die tyd en onkoste verbonde aan die opstel van individuele kontraksdokumente vir elke transaksie bespaar. Elke party, die koper en verkoper beskik dus oor 'n standaardvorm waarop die algemene terme waarop hy kontrakteer verskyn, en slegs die spesifieke besonderhede van die partye en hulle transaksie word daarop ingevul. Waar die aanbod en aanname elk in so 'n standaarddokument vervat is, sal sekere van die basies terme (heel dikwels) nie ooreenstem nie, omdat die partye

²² Corbin *Contracts* 349-355; Lord *Williston on Contracts* (4uitg) 83-90.

²³ Corbin *Contracts* 363-367; Lord *Williston on Contracts* 129-133.

²⁴ Calamari & Perillo *Contracts* (3 uitg) 101-102 n 5; Collins *Contract* 155.

verskillende belange het om te beskerm en verskillende funksies vervul in die proses van kontraksluiting.²⁵

So sal 'n verkoper byvoorbeeld verkies om nie meer waarborge aan die koper te verskaf as wat van regsweë van hom vereis word nie en ook om nie vir gevolgskaade, (byvoorbeeld as gevolg van gebrekkige goedere deur hom gelewer) aanspreeklik te wees nie. Die koper aan die ander kant, sal 'n hoë premie plaas op waarborge en sal die verkoper aanspreeklik wil hou vir gevolgskaade.²⁶

Indien sekere terme in die aanname verskil van dié in die aanbod, sal daar in die lig van die *mirror image*-reël geen kontrak tot stand kom nie omdat die aanname in werklikheid 'n teenaanbod is wat die oorspronklike aanbod verwerp. Sou die teenaanbod nou geldiglik aangeneem word, kom daar wel 'n kontrak tot stand en volgens die tradisionele reël sal die inhoud van die kontrak die terme soos vervat in die teenaanbod wees.²⁷ Die vraag ontstaan nou of dit 'n billike resultaat is met inagneming van die partye se bedoelings. Welke van die standaardvorms behoort deurslaggewend te wees in die sin dat die terme daarin vervat, die terme van die kontrak daarstel? Voorsien die *mirror image*-reël 'n bevredigende oplossing in gevalle waar die dokumente teenstrydig is, die sogenaamde *battle of the forms* gevalle?

Ten einde dié vrae te beantwoord word 'n tipiese situasie van die aard kortliks geskets. Koper plaas 'n bestelling by verkoper (hy bied dus aan om sekere goedere by verkoper te koop), vervat in koper se standaard bestelvorm. Daarop verskyn die algemene terme waarop koper wil kontrakteer en die besonderhede van die transaksie word daarop aangebring, byvoorbeeld die soort en hoeveelheid goedere wat verlang word.²⁸ So 'n bestelvorm kan 'n aanbod daarstel indien die prys reeds bepaal is, byvoorbeeld ingeval van 'n katalogus of voorafgaande kwotasie.

²⁵ White & Summers *Uniform Commercial Code* (2 uitg) 24.

²⁶ Hyland "Draft" 1997 *CLR* 1343 1346-1347.

²⁷ Corbin *Contracts* 379-380.

²⁸ Macaulay, Kidwell, Whitford & Galanter *Contracts: Law in Action II* (1993) 167-169 waar 'n deeglike verduideliking van die proses gegee word; Rawlings "The Battle of Forms" 1979 *MLR* 715 719 ivm watter terme as *principal terms of the offer* gesien kan word.

Verkoper ontvang hierdie vorm en besluit om die aanbod aan te neem. Verkoper of iemand wat vir hom werk sal die besonderhede van die bestelling op hulle standaard vorm aanbring waarop natuurlik verkoper se eie standaardterme verskyn. Die bestellingserkenningsvorm word aan koper teruggestuur wat slegs kontroleer of die inligting wat op die dokument aangebring is ooreenstem met dié op die bestelvorm. Deurgaans word min (of geen) aandag geskenk aan die fynskrif agterop die dokumente. Besigheidsmense is immers nie bekend daarvoor dat hulle dokumente so versigtig lees en ondersoek soos regspraktisyns nie.²⁹

Indien die kontraktante die dokumente wat tussen hulle van hande verwissel het wel deeglik gelees het, sou hulle geweet het van die teenstrydighede tussen sommige van die standaardterme. Dikwels is die partye egter nie bewus van die feit dat daar in die oë van die reg nié op hierdie stadium 'n geldige kontrak tussen hulle tot stand gekom het nie. Die kontrakspartye handel volgens 'n *deal-is-on* filosofie. Hulle *wil* is daarop gerig om 'n kontrak te sluit, maar die presiese inhoud daarvan is nie altyd aan hulle bekend nie.³⁰ Daar is in beginsel wilsooreenstemming oor die feit van kontraksluiting, maar daar is nie werklik sprake van 'n proses van geïndividualiseerde onderhandeling oor elke term nie.³¹ Die standaardterme word meestal bloot gebruik soos hulle is. Onderhandeling oor elke term sou die doel van standaardkontrakte frustreer.

Indien die goedere betyds en in die voorgeskrewe toestand afgelewer word en die verkoper ten volle betaal word, is al die betrokkenes tevrede en totaal en al onbewus van die teenstrydighede tussen die aanbod en aanname.³² Sou daar egter 'n ernstige probleem opduik wat nie deur onderhandelinge tussen die partye opgelos kan word nie, begin ontevrede partye dikwels die fynskrif, dit wil sê die standaardterme op die dokumente lees ten einde 'n oplossing vir die probleem te vind. Dit word goed geïllustreer deur die volgende stelling:

²⁹ Boulton *The Making of Business Contracts* (2 uitg) 9-11; Tillotson *Contract Law in Perspective* (3 uitg) 64; Macaulay et al *Contracts* 165.

³⁰ Von Mehren *International Encyclopedia* 89-90; Atiyah *Introduction* 73-74.

³¹ 87-88.

³² Macaulay et al *Contracts* 169.

“We know that in these major contracts everything is fine while the project is running well, but when a project goes wrong everybody starts reading the contract.”³³

Die konklusie dat geen kontrak tot stand gekom het nie is onaanvaarbaar en onrealisties indien die betrokke goedere reeds bestel, vervaardig, afgelewer en aanvaar is.³⁴ As die verkoper se afwykende aanname eerder ’n teenbod daarstel, het die koper dit nie aanvaar as hy die goedere in ontvangs geneem en daarvoor betaal het nie? Indien die bestaan van ’n kontrak wel erken word, vind die *battle of forms* nou plaas omdat elke party die hof sal probeer oortuig dat sy standaardterme moet geld.³⁵

Vervolgens sal gekyk word hoe die twee Anglo-Amerikaanse stelsels onder bespreking, die Engelse en die Amerikaanse reg die probleem benader. Watter terme sal die inhoud van die kontrak uitmaak - een van die partye se stel standaardterme, of net die terme waaroor albei partye ooreenstem, aangevul deur sekere algemeen geldende terme? Daar word ook gekyk wat die motivering agter elke regstelsel se benadering is.³⁶

Wat in elk geval duidelik is, is dat die *mirror image*-reël nie meer in sy tradisionele, rigiede manier toegepas behoort te word nie, in elk geval nie in die konteks van gestandaardiseerde kommersiële kontraksluiting nie.³⁷

(iii) **Hantering van die *battle of the forms* - probleem in Anglo-Amerikaanse reg**

In die Engelse reg geld die tradisionele reël nog tot ’n groot mate. Indien geen party deur woorde of gedrag ’n ongekwalfiseerde aanname maak nie, word geen kontrak gevorm nie.³⁸ Dat dit ’n onaanvaarbare konklusie is in gevalle waar die goedere reeds

³³ Turpin *Government Procurement and Contracts* (1986); White & Summers *UCC* 24.

³⁴ Atiyah *Introduction* 75-76; Collins *Contract* 156.

³⁵ Kritzer (ed) *International Contract Manual: Guide to Practical Applications of the UN Convention on CISG* (1993) 171.

³⁶ Von Mehren *International Encyclopedia* 90.

³⁷ *Cf n 29; Ionics Inc v Elmwood Sensors* 110 F3d 184 1st Cir 1997 waarin die bestaan van ’n kontrak erken is tsv ’n afwykende aanname; Macaulay et al *Contracts* 169-170; Lord *Williston* 133-142.

³⁸ Treitel *Contract* 19-20; Von Mehren *International Encyclopedia* 91.

gelewer en aanvaar is, is reeds aangetoon - daar is in sulke gevalle duidelik 'n voldoende ooreenkoms tussen die partye om 'n kontrak te sluit.³⁹ Twee vrae word dus gevra: het daar 'n kontrak tussen die partye tot stand gekom ten spyte van 'n afwykende aanname, en indien wel, wat is die inhoud van die kontrak?

Die *locus classicus* in die Engelse reg op die gebied van die *battle of the forms*-gevalle is die 1979 appèlhofspraak *Bulter Machine Tool Co v Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd.*⁴⁰ In *casu* het die eisers masjinerie aan die verweerders te koop aangebied teen 'n bepaalde prys. Aflewering sou binne tien maande plaasvind en die verkoper se dokument het 'n standaard voorwaarde bevat dat die terme in hulle kwotasie uiteengesit, voorkeur sal kry bo enige terme in die koper se bestelvorm. 'n Prysvariasie-klousule was een van die terme van die verkoper: die prys wat op die datum van aflewering geld moet betaal word.⁴¹

Die verweerder-koper het 'n bestelling geplaas op 'n vorm waarin hulle eie standaardterme uiteengesit was, wat natuurlik nie 'n prysvariasie-klousule bevat het nie. Die verkopers het die afskeur-erkenningstrokie voltooi en teruggestuur. Die strokie het bepaal dat die bestelling aanvaar word "on the terms and conditions thereon."⁴² Die verkoper het die strokie egter teruggestuur tesame met 'n brief dat aflewering sal plaasvind "in accordance with our revised quotation ..."⁴³

Die kopers kon die masjien eers ontvang twee maande nadat die verkoper dit gereed gehad het en die verkoper het gevolglik op die pryseskalasie-klousule gesteun en 'n verhoogde prys gevra. Die hof *a quo* het in die guns van die verkopers beslis, waarteen die koper appèl aangeteken het. Hulle was van mening dat hulle standaardterme die inhoud van die kontrak uitmaak en dat die pryseskalasie-klousule dus nie deel is daarvan nie.⁴⁴ Op appèl is die hof *a quo* se beslissing verwerp, en is ten gunste van die kopers beslis. Die regters het egter nie almal dieselfde benadering tot die *battle of the forms* probleem gevolg nie.⁴⁵

³⁹ Cf n 34; Atiyah *Introduction* 73.

⁴⁰ 1979 1 All ER 965.

⁴¹ 967.

⁴² 967.

⁴³ 967.

⁴⁴ 966.

⁴⁵ Rawlings 1979 *MLR* 716.

Lawton en Bridge LJJ het die algemeen aanvaarde *last shot*-benadering gevolg.⁴⁶ Die benadering behels dat die eerste stel terme wat gestuur word die aanbod daarstel. Indien standaardterme aan die aanbieder gestuur word, wat verskil van die terme van die aanbod, stel dit 'n teenaanbod daar wat die oorspronklike aanbieder kan aanvaar of verwerp. So sal dit aanhou totdat 'n handeling van een van die partye 'n geldige aanname van die ander party se terme is. Die party wat die *last shot* inkry, dus die een wat laaste sy vorm stuur voordat daar presteer word, se standaardterme sal dus geld.⁴⁷

Dit kan vreemd voorkom dat die verkopers se brief wat saam met die erkenningstrokie teruggestuur is nie as die *last shot* gesien word nie. Daar word geredeneer dat die bevestigende aard van die verkopers se optrede die konklusie regverdig dat hulle die koper se teenaanbod aanneem.⁴⁸ Die verkopers se brief word nie as 'n teenaanbod gesien nie. Dit verwys slegs na die oorspronklik aanbod ten einde die onderwerp van die koopkontrak en die basies prys te identifiseer, en het dus nie tot gevolg dat die terme daarin vervat geld nie.⁴⁹

Denning MR se uitspraak suggereer egter 'n moontlik aanpassing van die tradisionele *common law*-benadering tot die *battle of the forms*. Hy redeneer dat die tradisionele analise in terme van aanbod en teenaanbod in bepaalde gevalle moontlik nie meer relevant is nie⁵⁰ en dat dit beter is om die kwessie van kontraksluiting te skei van dié van die inhoud van die kontrak.⁵¹

Volgens hom moet gekyk word na al die dokumente wat deur die partye verwissel is om te bepaal of hulle ooreenkoms bereik het oor al die materiële terme, selfs al is daar verskille tussen die terme wat agterop die dokumente gedruk is. In die meeste *battle of forms*-gevalle sal daar dan 'n kontrak ontstaan sodra die laaste vorm gestuur en ontvang is sonder dat beswaar daarteen gemaak is deur die ontvanger daarvan.⁵²

⁴⁶ *Kingsley & Keith Ltd v Glynn Bros (Chemicals) Ltd* 1953 1 Lloyd's Rep 211; *British Road Services v Crutchley (Arther V) Ltd* 1968 1 All ER 811.

⁴⁷ Adams "The Battle of Forms" 1983 *JBL* 297; Treitel *Contract* 20.

⁴⁸ Adams 1983 *JBL* 297.

⁴⁹ Rawlings 1979 *MLR* 716; *Butler supra* 406.

⁵⁰ *Butler supra* 404 waar Denning MR verwys na Wilberforce L se stelling in dié verband in *New Zealand Shipping Co Ltd v AM Satterthwaite & Co Ltd* 1975 AC 154 167.

⁵¹ 404.

⁵² 404.

Anders as die ander twee regters, meen hy nie dat die terme van die kontrak die terme is wat in die laaste vorm vervat is nie. Dit beteken in effek dat daar nie streng aan die *mirror image*-reël voldoen word nie. Volgens dié reël moet die terme van die laaste teenaanbod, oftewel die *last shot*, die terme van die kontrak uitmaak omdat dit geldiglik aangeneem is.

Denning MR behandel die kwessie van die kontraksinhoud apart van die van kontraksluiting. Volgens hom kan 'n kontrak wel ontstaan ten spyte van 'n afwykende aanname. Die volgende vraag is wat die inhoud daarvan is, en hier moet die *last shot*-benadering volgens hom nie noodwendig geld nie. Hy stel in *casu* drie moontlik oplossings voor vir die vasstelling van die kontraksinhoud. Die eerste is die tradisionele analise van aanname van die laaste vorm wat gestuur is, hetsy uitdruklik of afgelei uit die aannemer se gedrag. Tweedens kan dit moontlik wees dat die aannemer se vorm 'n verandering bevat wat so materieël is dat dit die prys affekteer. Die koper behoort nie toegelaat te word om in so 'n geval voordeel te trek uit die verskil nie tensy hy dit spesifiek onder die aanbieder se aandag gebring het. In die derde plek, die geval waar 'n kontrak gesluit is maar die vorms verskil, kan gepoog word om die terme van albei partye met mekaar te versoen, maar as dit onmoontlik is omdat die terme teenstrydig is behoort die terme geskrap te word en deur 'n redelike implikasie vervang te word.⁵³

Behalwe vir 'n *last shot*-benadering met betrekking tot die inhoudsvraag, sien Denning MR dus ook die moontlikheid van 'n *first-shot*-benadering in, asook die moontlikheid van 'n geval waar die geldende terme bepaal word deur die “shots fired on both sides.”⁵⁴

'n Punt van kritiek wat teen die tradisionele benadering geopper word, is dat dit die kontraktante aanmoedig om aan te hou om vorms aan mekaar te stuur waarin hulle eie terme bevestig word (elke party hoop dat die *last shot* van hom af sal kom sodat sy terme sal geld), en ook dat 'n party benadeel kan word deurdat hy onbewustelik die

⁵³ 404-405.

⁵⁴ 404-405.

teenaanbod aanneem deur te presteer of nie te presteer nie sodat die ander party se terme dan geld. Indien dié benadering gevolg word geniet die partye ook 'n ongeregverdigde *locus poenitentiae* omdat enigeen kan kop uittrek tot en met die (geïmpliseerde) aanname, selfs al het die ander party al wesenlik presteer.⁵⁵

Denning MR se benadering word gekritiseer omdat dit partye nie sal ontmoedig om vorms heen en weer te stuur nie, omdat feitlik enige term die prys kan affekteer en omdat dit die situasie kompliseer deur die sluiting en inhoudsbepaling van die kontrak apart te behandel.⁵⁶ Ter verdediging van sy benadering kan wel gesê word dat dit uit sy uitspraak blyk dat elke geval op sy eie meriete beoordeel moet word. Indien die feite deeglik ondersoek word sal 'n oplossing dikwels daardeur aangedui word.⁵⁷

Die Engelse reg vereis egter in beginsel steeds 'n onvoorwaardelike aanname ten einde die bestaan van 'n kontrak te erken, ongeag of die aanname woordeliks of by wyse van gedrag geskied.⁵⁸ Indien partye begin om te presteer sonder dat 'n kontrak deur middel van 'n geldige aanname tot stand gekom het, sal hulle regte klaarblyklik deur nie-kontraktuele beginsels soos ongeregverdigde verryking vasgestel word.⁵⁹

In die Amerikaanse reg is heelwat meer vordering gemaak in die soeke na 'n bevredigende manier om *battle of the forms*-probleme te hanteer. Die *Restatement on Contracts Second* het wel nie veel bygedra tot die onderwerp nie. Die klassieke benadering, dit wil sê voldoening aan die *mirror image*-reël, word in artikel 58 en 59 bevestig.⁶⁰ Artikel 61 bepaal dat 'n aanname waarin veranderinge of toevoegings tot die aanbod voorgestel word, nie 'n ongeldige aanname sal wees nie *tensy* die aanname

⁵⁵ Adams 1983 *JBL* 298; Rawlings 1979 *MLR* 717-718.

⁵⁶ Adams 1983 *JBL* 298; Rawlings 1979 *MLR* 717-718; Von Mehren *International Encyclopedia* 91.

⁵⁷ Adams 1983 *JBL* 299.

⁵⁸ Treitel *Contract* 18-20.

⁵⁹ Von Mehren *International Encyclopedia* 91.

⁶⁰ A 58 lees as volg: "An acceptance must comply with the requirements of the offer as to the promise to be made or the performance to be rendered." en a 59: "A reply to an offer which purports to accept it but is conditional on the offeror's assent to terms additional to or different from those offered, is not an acceptance but is a counter-offer."

voorwaardelik gemaak word aan instemming tot die voorstelle of versoeke.⁶¹ Met betrekking tot die probleem van standaardvorms met teenstrydige terme, verleen die bepalings weinig, indien enige, leiding.

Die *Uniform Commercial Code*, en meer spesifiek artikel 2-207 daarvan, lewer egter 'n uiters belangrike bydrae in die verband.⁶² Dit lees as volg:

(1) "A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms."

(2) "The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless:

(a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;

(b) they materially alter it; or

(c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received."

(3) "Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such a case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act."

Soos reeds vermeld het die *common law* se *mirror image*-reël ook vroeër die Amerikaanse reg se hantering van afwykende aannames bepaal. So 'n aanname sou kontraksluiting (op die terme van die aanbod) verhoed.⁶³ Dit het die aanbieder

⁶¹ Von Mehren *International Encyclopedia* 93.

⁶² Von Mehren 93-94; Lord *Williston* 74-75, 83-94.

⁶³ Cf n 22 *supra*.

bevoordeel, sy posisie as *master of his offer* is versterk, en die oplos van konflik oor kontraktuele terme is vergemaklik.⁶⁴

As gevolg van 'n afname in geïndividualiseerde kontraksluiting en 'n toename in die gebruik van standaardterme en kontrakte kan daar nie meer soveel gewig aan hierdie voordele geheg word nie.⁶⁵ In die tipiese geval is die koper die oorspronklike aanbieder, die verkoper se erkenning en versending van die goedere is 'n teenaanbod, en die koper neem die teenaanbod aan deur die goedere te ontvang. In gevalle waar daar reeds prestasie plaasgevind het, dus waar die partye opgetree het asof 'n kontrak wel gesluit is, het die *common law*-reël anders gewerk en die verkoper bevoordeel omdat die koper gebonde was aan die terme in die verkoper se vorm, die *last shot* was deurslaggewend en gewoonlik was dit van die verkoper (die teenaanbieder) afkomstig.⁶⁶

Volgens Summers is die effek van die *UCC* om die *last shot*-reël te verander in 'n *first shot*-reël. Corbin kritiseer hierdie gedagtegang omdat daar geen rede aangevoer word waarom een arbitrêre reël bo die ander verkies moet word nie.⁶⁷ Belangrik is dat artikel 2-207 wel ontwerp is om die *common law mirror image*-reël te verwerp en dat die artikel menige *common law* teenaanbiedinge in aannames verander in terme van artikel 2-207(1).⁶⁸

Corbin is ook van mening dat die *common law*-reël dat die teenaanbod die oorspronklike aanbod termineer, in beginsel korrek is, en dat dit in die algemeen regverdig werk uit beide die aanbieder sowel as die aannemer se perspektief. Die oorspronklike aanbieder kan aanneem dat die teenaanbieder nie op die terme van die oorspronklike aanbod 'n kontrak wil sluit nie en hy kan aan ander persone die aanbod maak. Die redelike verwagtinge van die ontvanger van die belofte word dus beskerm. Uit die oogpunt van die oorspronklike aannemer is dit belangrik dat die aanbieder moet weet dat hy die teenaanbod van die oorspronklike aannemer moet aanvaar ten

⁶⁴ Lord *Williston* 133.

⁶⁵ 133-134.

⁶⁶ 134-137.

⁶⁷ Corbin *Corbin on Contracts (1989 Supplement)* 161-165.

⁶⁸ White & Summers *UCC* 25.

einde 'n bindende ooreenkoms met hom te hê. Die *common law*-reël vervul dus ook die behoefte dat daar 'n *meeting of the minds* tussen die partye moet wees.⁶⁹

Bogenoemde reël word wel deur die *UCC* aangepas, maar daar is nog steeds ruimte vir die werking daarvan. Die doel van artikel 2-207 van die *UCC* is volgens Corbin om te verhoed dat 'n dokument wat 'n teenaanbod daarstel as gevolg van teenstrydige standaardterme nie as 'n verwerping van die aanbod gesien word nie. As dit gaan oor verskille in onderhandelde terme sal dit steeds 'n verwerping van die oorspronklike aanbod wees, maar in geval van verskille in standaard (*boilerplate*) terme word die teenaanbod-reël verwerp. Die *UCC* aanvaar dat kontraktante slegs onderhandel oor terme wat verander kan word, en dat vaste of standaardterme nie werklik deur die partye bespreek word nie.⁷⁰

Vervolgens sal gekyk word na die inhoud van artikel 2-207 en na die implikasies daarvan vir *battle of the forms*-probleme. Daar moet in gedagte gehou word dat die *UCC* net soos Denning MR in die *Butler*-saak die kwessies van kontraksluiting en kontraksinhoud afsonderlik behandel.⁷¹

Subartikel (1) handel oor die vraag of daar 'n geldige aanname is wat tot die ontstaan van 'n kontrak aanleiding gee. "A definite and seasonable expression of acceptance ..." word in beginsel vereis. Dit behoort 'n mindere vereiste te wees as die tradisionele kontraktuele aanname, anders sou die artikel nie regtig 'n doel dien nie.⁷² Dat dit 'n minder streng vereiste is blyk wel uit die res van subartikel (1). Selfs al bevat hierdie verklaring van aanname addisionele of verskillende terme as die wat aangebied of ooreengekom is, sal dit as 'n aanname geld, tensy die uitdrukking instemming tot die addisionele of verskillende terme uitdruklik as 'n voorwaarde vir 'n geldige aanname stel.⁷³

⁶⁹ Corbin *Contracts (Supplement)* 177-179.

⁷⁰ 177-179.

⁷¹ Rawlings 1979 *MLR* 719.

⁷² Rawlings 1979 *MLR* 719; *cf n* 62 *supra*.

⁷³ *UCC* 2-207(1); Von Mehren *International Encyclopedia* 94; Calamari & Perillo *Contracts* 103; Lord *Williston* 148-165.

Wat presies 'n "definite and seasonable expression of acceptance" sal uitmaak is nie al te duidelik nie, maar daar word aangevoer dat dit gevind kan word in instemming tot die belangrikste terme van die kontrak, byvoorbeeld die name van die partye, die prys, hoeveelheid en beskrywing van die goedere. Dit kan waarskynlik vergelyk word met die terme wat Denning MR in die *Butler*-saak as *material points* beskryf het, terme wat die partye tot die transaksie in oorweging sal neem.⁷⁴

Die party wat 'n teenaanbod wil maak moet sorg dra dat dit duidelik blyk dat hy nie wil kontrakteer behalwe as dit op sy eie terme is nie, andersins sal sy reaksie wel 'n aanname van die oorspronklike aanbod daarstel. In die algemeen moet die bewoording wat deur hom gebruik word 'n redelike ooreenstemming toon met die bewoording van die subartikel, dus dat instemming tot sy terme 'n uitdruklike voorwaarde is vir kontraksluiting.⁷⁵ Von Mehren onderskei tussen 'n moontlike tradisionele en innoverende interpretasie van artikel 2-207(1).⁷⁶

In terme van 'n tradisionele interpretasie sal aanvaar word dat daar wel 'n kontrak bestaan ten spyte van verskille tussen die aanbod en aanname, en dat die terme daarvan dié van die aanbod plus onbelangrike (nie-materiële) addisionele terme (tensy uitgesluit deur die aanbieder) is. Die klassieke kontraktereg-probleem word aangespreek omdat 'n party nie meer eenvoudig van die transaksie kan wegloop deur verskille tussen die aanbod en die aanname aan te dui nie, en die aanbieder kry die *last shot*-voordeel teenoor die *common law*-posisie waar die teenaanbieder dié voordeel geniet het.⁷⁷ Laasgenoemde verandering kan egter net as positief beskou word indien dit bewys word dat aanbieders wel bo afwykende aannemers bevoordeel moet word - iets wat nog nie bewys is nie.⁷⁸

'n Tradisionele interpretasie van artikel 2-207 sal ook die belangrikheid van subartikel (1) afwater omdat dit as gevolg van die besondere omstandighede en die tipe verskille tussen die aanbod en aanname kan gebeur dat die verklaring van die aannemer nie as 'n "expression of acceptance" gesien word nie. Soos hierbo vermeld moet die

⁷⁴ Rawlings 1979 *MLR* 719.

⁷⁵ Lord *Williston* 156-165; Von Mehren *International Encyclopedia* 94-96.

⁷⁶ Von Mehren *International Encyclopedia* 94-99.

⁷⁷ 94.

⁷⁸ *Cf* 94-95 waar die kwessie bespreek word.

aannemer duidelik laat blyk dat sy aanname “expressly ... conditional on assent to the additional or different terms” is.⁷⁹

In die welbekende Amerikaanse saak *Roto-Lith Ltd v FP Bartlett & Co*⁸⁰ is ’n teenoorgestelde neiging te bespeur. In *casu* is bepaal dat die voorwaardelikheid van die aanname bepaal sal word deur die feit dat dit “material additional conditions unilaterally burdensome upon the offeror” bevat. Met ander woorde, as net die aanbieder benadeel sal word deur die voorgestelde addisionele terme kan die teenaanbieder nie aanvaar dat instemming deur die aanbieder nie vereis word nie.⁸¹ Die uitspraak word gekritiseer omdat dit te naby aan die klassieke *mirror image*-reël kom,⁸² dit verminder die kans vir ’n afwykende aanname om as ’n geldige aanname, wat die ontstaan van ’n kontrak tot gevolg het, gesien te word. In praktyk gee howe wel gevolg aan die *deal-is-on* filosofie van die *UCC* deur geredelik te bevind dat daar ’n uitdrukking van aanvaarding was en redelike streng vereistes te stel vir die bewoording wat nodig is om ’n aanname voorwaardelik te maak.⁸³

’n Innoverende interpretasie van artikel 2-207 van die *UCC* spreek die probleem van een party-kontrole oor die terme in dispuut aan. Tradisioneel gesien, dra die aannemer die risiko om aan te dui dat hy net op sy terme wil kontrakkeer. Die meer innoverende siening is dat die risiko’s tussen die partye verdeel moet word as hulle albei bereid is om aan te gaan met die transaksie ten spyte van die verskille tussen aanbod en aanname.⁸⁴

Subartikel (2)⁸⁵ wat die bestaan van ’n kontrak veronderstel, handel oor die tweede kwessie, naamlik wat die inhoud van die kontrak is. Die subartikel maak slegs melding van addisionele terme en nie soos subartikel (1) van addisionele en verskillende terme nie. Hieroor is al baie geskryf en geargumenteer, sommige voel

⁷⁹ Cf n 75 *supra*.

⁸⁰ 297 F2d 497 1 Cir 1962.

⁸¹ *Roto-Lith supra* 500.

⁸² Von Mehren *International Encyclopedia* 95 n 650.

⁸³ 96.

⁸⁴ 96.

⁸⁵ Cf n 62 *supra*.

dat die twee van mekaar onderskei moet word. Ander meen dat albei na dieselfde tipe term verwys.⁸⁶

In terme van subartikel (2) verander die addisionele terme nie die aanname in 'n teenaanbod nie. Dit word gesien as voorstelle vir toevoegings tot die kontrak. Indien die transaksie tussen besigheidsmense (*merchants*) is, word die terme in beginsel deel van die kontrak, behalwe in drie uitsonderlike gevalle. Hieruit kan afgelei word dat addisionele terme, wanneer die kontrak tussen *non-merchants* gesluit word, slegs deel word van die kontrak as die ander party daartoe instem.⁸⁷

Indien die kontrak wel deur twee handelaars gesluit word (wat meestal die geval sal wees by groot koopkontrakte), word aangeneem dat die voorgestelde addisionele terme aanvaar is.⁸⁸

Die drie gevalle waarin dit nie gebeur nie word vervolgens kortliks bespreek. Die eerste uitsondering is die geval waar die aanbod uitdruklik aanname beperk tot die terme van die aanbod - die aanbieder maak dit dus duidelik dat 'n aanname slegs effektief sal wees indien dit 'n aanname van die presiese terme van die aanbod is. Die aanbieder kan so verseker dat die terme uiteengesit in sy standaardvorm die inhoud van die kontrak uitmaak. Sou die aannemer nou sy aanname uitdruklik voorwaardelik maak aan instemming tot die addisionele terme in terme van subartikel (1), ontstaan 'n *battle of the forms*. Elke party wil sy terme afdwing en dit is die mees praktiese manier. Die *battle* vind ongelukkig plaas sonder dat die partye dadelik bewus is daarvan, met nadelige gevolge.⁸⁹

Tweedens word die addisionele terme ook nie deel van die kontrak indien dit die aanbod wesenlik sal verander nie. Dit is egter glad nie duidelik wat 'n materiële verandering sou wees en wat nie.⁹⁰ Sekere bronne stel voor dat 'n materiële verandering een is wat verrassend of benadelend vir die ander party sal wees indien

⁸⁶ Von Mehren *International Encyclopedia* 97-99; Rawlings 1979 *MLR* 719-720; Jacobs "The Battle of the Forms: Standard Term Contracts in Comparative Perspective" 1985 *ICLQ* 297 303-304.

⁸⁷ Jacobs 1985 *ICLQ* 310.

⁸⁸ Jacobs 1985 *ICLQ* 310; Lord *Williston* 172-184.

⁸⁹ Jacobs 1985 *ICLQ* 310-311; Lord *Williston* 184-192.

⁹⁰ Jacobs 1985 *ICLQ* 311.

dit deel word van die kontrak sonder sy wete. Dit sal meestal 'n feitevraag wees en die hof sal onder andere die verloop van die onderhandelinge en relevante handelsgebruike in ag moet neem en natuurlik die aard van die klousule self.⁹¹

Die derde uitsondering is waar die oorspronklike aanbieder die aannemer in kennis stel van sy beswaar teen die addisionele terme.⁹² Die feit dat daar 'n plig is om beswaar aan te teken, regverdig die gebondenheid van die aanbieder indien hy nie die terme verwerp nie. Stilsywe is in die algemeen nie gelyk te stel aan aanname nie, maar die oplê van 'n plig om die addisionele terme te verwerp, verander die prentjie in hierdie spesifieke geval. Omdat besigheidsmense meestal nie die standaardterme lees nie, sal hulle ook nie beswaar aanteken nie sodat die derde uitsondering nie so gereeld verhoed dat addisionele terme deel van die kontrak word soos die eerste twee uitsonderings nie.⁹³

Subartikel (3)⁹⁴ handel oor die gevalle waar daar geen kontrak gesluit is in terme van subartikel (1) nie, dit wil sê as die aannemer se verklaring nie 'n "definite and seasonable expression of acceptance" is nie, of as die aanname uitdruklik voorwaardelik is aan instemming van die ander party tot die addisionele of verskillende terme.⁹⁵ Subartikel (2) sal dus ook nie van toepassing wees in so 'n geval nie. Wat hier ter sprake is, is optrede deur die partye asof daar wel 'n kontrak is.⁹⁶ Kontraktuele aanspreeklikheid ontstaan dus in terme van subartikel (3) wanneer albei partye se optrede die bestaan van 'n kontrak bevestig.⁹⁷

Wat betref die inhoud van so 'n kontrak, bepaal artikel 2-207 (3) dat die terme waaroor die dokumente van die partye ooreenstem, sowel as enige aanvullende terme wat deur die *UCC* voorgeskryf word, die terme van die kontrak sal uitmaak. Hierdie tipe agtergrondsreg kan ook afgelei word uit bepaalde handelsgebruike, die verloop van die onderhandelinge tussen die partye en algemeen aanvaarde praktyke in die

⁹¹ *Williston* 192-214.

⁹² *Cf* Lord 214-234 in die verband.

⁹³ Jacobs 1985 *ICLQ* 311.

⁹⁴ *Cf* n 62 *supra*.

⁹⁵ Von Mehren *International Encyclopedia* 99-100.

⁹⁶ Lord *Williston* 235-252.

⁹⁷ Von Mehren *International Encyclopedia* 100; Jacobs 1985 *ICLQ* 312.

bepaalde sektor.⁹⁸ Die *deal-is-on* filosofie waarvolgens die kommersiële wêreld funksioneer, word dus deur subartikel (3) erken en bevorder⁹⁹ omdat die bestaan van 'n kontrak aanvaar word in gevalle waar besigheidsmense optree asof een bestaan, selfs al sou 'n regspraktisyn dit nie noodwendig so sien nie.

Die sukses van artikel 2-207 moet egter nie oorskat word nie. White en Summers maak melding daarvan dat die artikel oorspronklik nie bedoel was om howe te lei in die vasstelling van 'n kontrak se inhoud nadat partye dokumente uitgeruil het, prestasie begin (of reeds voltooi) het, en dan in 'n dispuut met mekaar betrokke raak nie. Die reg wat in sulke situasies geld behoort ontwerp te wees om partye se regmatige verwagtinge te beskerm. Dit behoort billik te werk en nie al die voordele aan een party laat toekom nie, veral nie waar dit gaan oor kwessies wat nie eens onderworpe was aan onderhandeling tussen die kontraktante nie. Artikel 2-207 is eenvoudig net nie daarvoor ontwerp nie.¹⁰⁰

Professor Hyland bespreek die nut van artikel 2-207 in 'n interessante artikel¹⁰¹ en bevind dat daar nie werklik 'n verskil is tussen die interpretasie-probleme wat ondervind word by 'n *battle of the forms*, en die gewone interpretasie-probleme wanneer twee kontraktuele terme teenstrydig is nie.¹⁰² Hy gaan so ver as om voor te stel dat die hele artikel uit die *UCC* verwyder moet word, dat die resultate in *battle of the forms* gevalle nie vooruitgeskat moet word nie. Met inagneming van die belangrikheid wat aan die *battle of the forms* kwessie geheg word, moet hy self erken dat dit nie maklik sal gebeur nie. Wat wel belangrik is, is dat dit aan die howe oorgelaat moet word om die bestaan en inhoud van 'n kontrak vas te stel.¹⁰³ Almal is nie so negatief oor die effek van artikel 2-207 nie. Von Mehren is van mening dat die artikel 'n "ambitious effort" maak om probleme in verband met onenigheid oor kontraksterme op te los.¹⁰⁴ Dat daar steeds baie onduidelikhede oor die werking van die artikel is, is egter nie te betwyfel nie.¹⁰⁵

⁹⁸ 101.

⁹⁹ 101.

¹⁰⁰ White & Summers *UCC* 25-26.

¹⁰¹ Hyland 1997 *CLR* 1343.

¹⁰² 1357.

¹⁰³ 1359-1360.

¹⁰⁴ Von Mehren *International Encyclopedia* 94.

¹⁰⁵ Jacobs 1985 *ICLQ* 308.

2 2 2 3 Mededeling van die aanname

(i) Die vereiste van kommunikasie van die aanname aan die aanbieder

'n Blote bedoeling om 'n aanbod aan te neem skep nog geen kontraktuele aanspreeklikheid nie. Die *common law* vereis dat die aanbieder kennis moet dra van die feit van aanname voordat dit effektief sal wees.¹⁰⁶ Die algemene reël is dus dat kommunikasie van die aanname nodig is voordat die kontrak tot stand kom en die aanbieder se bevoegdheid om die aanbod te herroep verval.¹⁰⁷

Treitel voer as belangrikste rede vir hierdie vereiste aan dat dit onregverdig teenoor die aanbieder sal wees indien hy gebonde gehou word aan 'n kontrak sonder dat hy bewus is daarvan dat sy aanbod aangeneem is. Dit is ook moeilik om 'n ongekommunikeerde besluit te bewys, maar selfs al is die bedoeling om aan te neem bewysbaar (byvoorbeeld as die skriftelike aanname gehou word), geld die reël steeds dat die aanname gekommunikeer moet word om geldig te wees.¹⁰⁸

Selfs al bepaal die aanbod dat aanname daarvan veronderstel sal word tensy die teendeel aangedui word, is dit onregverdig om te sê 'n party het 'n aanbod aanvaar net omdat hy dit nie uitdruklik verwerp het nie.¹⁰⁹ Die aanbieder kan dus nie besluit dat kommunikasie van aanname nie nodig is nie, maar indien hy van die vereiste sou afstand doen, behoort hy kontraktueel gebonde te wees. Sou die aannemer dus bedoel om die aanbod aan te neem en dienooreenkomstig optree, behoort die aanbieder nie die afwesigheid van kommunikasie van die aanname te kan opwerp as hy self uitdruklik gesê het dat kommunikasie onnodig is nie.¹¹⁰

Skrywers oor die Amerikaanse reg vermeld ook die noodsaaklikheid van 'n objektiewe manifestasie van die bedoeling om die aanbod aan te neem. Die aanbieder as meester van sy aanbod kan die metode van aanname voorskryf, en dus ook stipuleer dat

¹⁰⁶ Lord *Williston* 15-19; Calamari & Perillo *Contracts* 81-82; Corbin *Contracts* 253-262; Guest *Contract* 35.

¹⁰⁷ Atiyah *Introduction* 76-78; cf ook 2131 n 26 *supra* ivm die oorsprong van die vereiste.

¹⁰⁸ Treitel *Contract* 21-22.

¹⁰⁹ Atiyah *Introduction* 76.

¹¹⁰ Atiyah *Introduction* 76-77; *Felthouse v Bindley* 1862 11 CBNS 869.

kommunikasie daarvan aan hom onnodig is, maar in die algemeen word dit wel vereis.¹¹¹

(ii) Die oomblik van totstandkoming van die kontrak

In beginsel word onderskei tussen vier teorieë ter vasstelling van die oomblik wanneer die aanname effektief word, dus wanneer 'n kontrak tot stand kom. Die verklaringsteorie bepaal dat die oomblik waarop die aannemer sy bedoeling om die aanbod aan te neem na buite kenbaar maak, die relevante oomblik is. Hierdie teorie benadeel natuurlik die aanbieder in 'n geval van kontraksluiting *inter absentes*, omdat hy op daardie oomblik nog nie weet van die feit van aanname nie. Dit is inderdaad nog nie aan hom meegedeel soos vereis deur die *common law* nie.¹¹²

In terme van die vernemingsteorie moet die aanbieder bewus wees van die aanname van sy aanbod voordat 'n kontrak tot stand kom. Hy moes dus verneem het dat die aanbod aangeneem is.¹¹³ In geval van kontraksluiting *inter praesentes* geld die reël en werk dit ook heeltemal billik omdat albei partye dadelik sal weet dat 'n bindende kontrak tussen hulle bestaan. Wanneer partye oor 'n afstand 'n kontrak wil sluit en van die posstelsel gebruik maak om hulle dokumente heen en weer te versend, kan die teorie wel probleme oplewer. Die aannemer sal nie weet wanneer die kontrak tot stand kom nie en kan dus nie begin voorberei om die kontrak uit te voer nie. Die aanbieder kan ook die aanbod herroep voor dit aangeneem word, en indien die aannemer nou na versending van sy aanname uitgawes in verband met die kontrak (wat hy dink gesluit gaan word omdat hy die aanbod aangeneem het) aangaan, of ander aanbiedinge van die hand wys, word hy duidelik benadeel.¹¹⁴

Met dit as agtergrond, kan ten minste 'n mate van regverdiging gevind word vir die derde teorie, die versendingsteorie of te wel die *mailbox theory* soos dit in die Engelse reg heet.¹¹⁵ Die teorie geld as uitsondering op die algemeen aanvaarde

¹¹¹ Lord *Williston* 15-19; Calamari & Perillo *Contracts* 81-82.

¹¹² *Cfn* 107 *supra*.

¹¹³ Treitel *Contract* 22; Atiyah *Introduction* 76.

¹¹⁴ Dilger "Zustandekommen von Kaufverträgen" 1981 *Rabel Z* 169 175-177.

¹¹⁵ Zweigert & Kötz *Comparative Law* 38-39.

vernemingsteorie in gevalle van kontraksluiting *inter absentes*.¹¹⁶ Die leidende saak in dié verband is die ou Engelse saak *Adams v Lindsell*¹¹⁷ waarna deurgaans verwys word as gesag vir die toepassing van die versendingsteorie in geval van aannames per pos. In terme van dié teorie is die aanname reeds effektief wanneer dit versend word. Die kontrak ontstaan dus op die oomblik wat die brief van aanname in die pos gegooi word, ongeag wanneer die brief die aanbieder bereik en selfs indien die brief nooit by hom uitkom nie. Die aanbieder sal dus nie weet wanneer kontraktuele gebondenheid ontstaan nie, terwyl die aannemer dan reeds kan begin om op te tree in terme van die kontrak.¹¹⁸

'n Brief wat poog om die aanbod te herroep sal egter eers effektief wees wanneer dit die aannemer bereik.¹¹⁹ Selfs al is die brief van herroeping gepos voor die brief van aanname, sal die aanname effektief wees sodat die aanbieder gebonde is, al dink hy geen kontrak kan meer uit hoofde van sy aanbod ontstaan nie. Indien die herroeping egter die aannemer bereik het voordat hy sy brief van aanname versend het, sal die aanname oneffektief wees, die aanbod is dan reeds geldiglik herroep, en is nie meer vatbaar vir aanname nie.¹²⁰

Oor die jare is verskeie redes aangevoer ter regverdiging van die toepassing van die *mailbox theory*, byvoorbeeld dat die poskantoor die agent van die partye is en dat daar andersins geen kontraksluiting deur die pos sal kan plaasvind nie.¹²¹ Die meeste van die redes is substansieël onoortuigend en die reël is definitief arbitrêr omdat dit die aannemer bevoordeel. Om te beweer dat die aanbieder wat die metode van

¹¹⁶ Von Mehren *International Encyclopedia* 107.

¹¹⁷ 1818 106 ER 250.

¹¹⁸ Guest *Contract* 39-40; Von Mehren *International Encyclopedia* 107-108.

¹¹⁹ *Byrne & Co v Leon van Tienhoven* 1880 5 CPD 344; Corbin *Contracts (Supplement)* 163.

¹²⁰ Treitel *Contract* 40-41.

¹²¹ Treitel *Contract* 24-25; Dilger 1981 *Rabel Z* 177; sien egter Gardner "Trashing with Trollope: A Deconstruction of the Postal Rules in Contract" 1992 *OJLS* 170 waar 'n redelik oortuigende argument aangevoer word vir die vestiging van die *mailbox theory*. Gardner verduidelik dat die bekendstelling van die *uniform penny post* in Engeland in 1840 die publiek in verwondering gehad het. Voor 1840 moes 'n geadresseerde sy brief per hand ontvang en daarvoor betaal, maar nou was dit moontlik vir die afsender om 'n seël op 'n brief te sit en dit te pos en die brief gaan dan deur tot by sy bestemming sonder verdere inmenging van buite. Daar was dus in hierdie tydperk 'n denkbeeldige gelykstelling van die pos van 'n brief met die aflewering daarvan. Die toepassing van die versendingsteorie igv kontrakte wat per pos gesluit word is volgens Gardner 'n geregverdigde uitsondering op die vernemingsteorie agv die populêre siening oor die aard van die posdiens op daardie stadium.

kommunikasie gekies het die risiko moet dra en dat hy die risiko kan uitsluit deur ontvangs van die aanname te vereis, is ook nie bevredigend nie.¹²²

Wat die versendingsreël wel doen, is om die aanbieder se mag om die aanbod te herroep te beperk. Dié tipe balansering kan moontlik nodig wees, veral in die Engelse reg waar 'n aanbod vrylik herroepbaar is.¹²³ Zweigert en Kötz meen dat die teorie, wat uiteraard tot voordeel van die aannemer strek, juis bedoel was om die nadeel wat aannemers as gevolg van die herroepbaarheid van aanbiedinge ly, te beperk.¹²⁴ Die tydperk waarbinne die aanbieder sy aanbod kan herroep word in hierdie gevalle drasties verkort (omdat effektiewe aanname soveel vroeër plaasvind) en die risiko van herroeping wat op die aannemer rus word dienooreenkomstig verminder.¹²⁵

Die *UCC* bevat geen spesifieke bepaling oor die vraag of 'n aanname reeds by versending effektief is nie en algemene regsbeginsels is van toepassing in so 'n geval. Sommige hofbeslissings dui daarop dat 'n aanname eers by ontvangs deur die aanbieder effektief word omdat briewe uit die pos onttrek kan word voor aflewering daarvan.¹²⁶ In beginsel geld die reël van *Adams v Lindsell* egter ook in die Amerikaanse reg. Al neig die hof soms na 'n verwerping van die reël word dit in die *Restatement on Contracts* behou.¹²⁷

Behalwe vir die probleem in verband met die moontlikheid om briewe uit die pos te onttrek, is die versendingsteorie ook onversoenbaar met die konsensuele aard van 'n kontrak. Op die oomblik wat kontraksluiting in terme van die teorie plaasvind, is daar nog nie eintlik sprake van wilsooreenstemming tussen die partye nie.¹²⁸ Dit is ook nie duidelik of (en indien wel, hoekom) die aannemer die party is wat in hierdie gevalle beskerming verdien nie.¹²⁹

¹²² Treitel *Contract* 24-25.

¹²³ *Cf*n 10 *supra*.

¹²⁴ Zweigert & Kötz *Comparative Law* 38.

¹²⁵ Dilger 1981 *Rabel Z* 176.

¹²⁶ *Rhode Island Tool Co v United States* 128 FSupp 417 Ct Cl 1955.

¹²⁷ Von Mehren *International Encyclopedia* 107; Zweigert & Kötz *Comparative Law* 39.

¹²⁸ Zweigert & Kötz *Comparative Law* 38-39; Dilger 1981 *Rabel Z* 176-177.

¹²⁹ Von Mehren *International Encyclopedia* 111-113.

Kritiek ten spyt, geld die versendingsteorie steeds in die Engelse en Amerikaanse reg wanneer 'n kontrak oor die pos gesluit word.¹³⁰

Volledigheidshalwe word verwys na die vierde moontlike teorie ter vasstelling van die oomblik van kontraksluiting, naamlik die ontvangsteorie. Hiervolgens kom 'n kontrak tot stand sodra die aanname deur die aannemer ontvang word, ongeag of hy dit daadwerklik lees en subjektief daarvan kennis neem. Die risiko's in verband met die versending van die aanname word op die manier meer regverdig verdeel. Die aannemer moet sorg dat dra dat die brief wel die aanbieder bereik, en die aanbieder het die verantwoordelikheid om homself te vergewis van die inhoud van alle kommunikasiestukke wat hom bereik.¹³¹

2 2 3 Romanistiese Regstelsels

In teenstelling met die *common law*, is die sogenaamde *civil law*, wat op die Europese vasteland ontwikkel het, sterk beïnvloed deur die Romeinse reg en ook grootliks gekodifiseer.¹³² Die invloed van die Romeinse reg is nie op dieselfde tyd en in dieselfde mate in al die kontinentale regstelsels ervaar nie sodat daar tussen die Germaanse regstelsels (byvoorbeeld Duitsland en Oostenryk) en die Romaanse regstelsels (byvoorbeeld Frankryk en Nederland) wel verskille voorkom.¹³³ Hierdie verskille word ook gereflekteer in die reëls aangaande aanbod en aanname.

Die verskille tussen die onderskeie Romanistiese sisteme weeg egter nie op teen al die gemeenskaplike kenmerke (die gevolg van die invloed van die Romeinse reg op beide die Germaanse en Romaanse stelsels) nie, en daarom word die twee sisteme volgens Van Zyl verkieslik saamgegroepeer,¹³⁴ en derhalwe ook albei onder hierdie afdeling bespreek.

¹³⁰ 107.

¹³¹ Cf n 248, n 253 *infra*; cf ook 2 1 3 1 n 34 *supra* ivm die 16^e eeuse menings oor die kwessie.

¹³² Von Mehren & Gordley *The Civil Law System: An introduction to the Comparative Study of Law* (2 uitg) 8-10.

¹³³ 9-10, 14.

¹³⁴ Van Zyl *Beginsels van Regsvergelyking* (1981) 54.

As voorbeeld van 'n Romaanse stelsel word die Franse reg kortliks ondersoek en verwysings na die Nederlandse reg word ook gemaak. Ter illustrasie van die Germaanse stelsels se reëls aangaande aanbod en aanname word die Duitse reg gebruik. Kontrakte word in die Franse reg ook in terme van aanbod en aanname geanaliseer soos in die Anglo-Amerikaanse reg.¹³⁵ Die praktiese resultate sal dikwels verskil omdat die Franse reg in beginsel 'n meer subjektiewe benadering volg.¹³⁶ Ingewikkelde reëls in verband met aanbod en aanname soos dié wat in die Engelse reg geld, figureer nie in die Franse reg nie: slegs 'n ooreenkoms word vereis en dit is 'n feitevraag of dit bestaan. In praktyk meng die *Cour de Cassation* dikwels in, en praktykseenvormigheid het ten opsigte van bepaalde aspekte ontwikkel sodat daar tog 'n groter mate van sekerheid en voorspelbaarheid is as wat verwag word.¹³⁷

Germaanse regstelsels soos die Duitse reg hanteer ook die kwessie van kontraksluiting aan die hand van 'n model waarin aanbod en aanname 'n groot rol speel.¹³⁸

Vervolgens word na bogenoemde drie regstelsels verwys as Romanistiese stelsels.

2 2 3 1 Herroepbaarheid van die aanbod

Die Duitse reg erken die bindende krag van 'n aanbod ten volle.¹³⁹ Die aanbieder het geen bevoegdheid om sy aanbod te herroep binne 'n gespesifiseerde (of andersins redelike) tydperk nie. 'n Poging om voor dié tydperk 'n aanbod te herroep, sal sonder enige regseffek wees. Herroeping in die periode is dus basies onmoontlik.¹⁴⁰

Dit is wel moontlik om die bindende krag of onherroeplikeid van 'n aanbod te omseil, en wel deur uitdruklike frases tot die effek deel van die aanbod te maak. 'n Klousule wat bepaal dat 'n aanbod *ohne Obligo* of *freibleibend* is, verseker dat die

¹³⁵ Cf 2 2 2 *supra*.

¹³⁶ In teenstelling met die objektiewe benadering wat in die Anglo-Amerikaanse reg geld; cf 2 2 2 *supra*.

¹³⁷ Nicholas *The French Law of Contract* (1992) 61-62.

¹³⁸ Whincup *Contract Law* 48.

¹³⁹ BGB art 145.

¹⁴⁰ Smits & Wijers *Duits Verbintenissenrecht: Serie Buitenlands Verbintenissenrecht 6A* (1995) 44; Whincup *Contract Law* 50-51; Zweigert & Kötz *Comparative Law* 41.

betrokke aanbod wel herroep kan word.¹⁴¹ In so 'n geval beskou die reg die verklaring eerder as 'n uitnodiging aan die geadresseerde om 'n aanbod te maak. Indien die party wat die uitnodiging gerig het swyg nadat die geadresseerde 'n aanbod gemaak het, sien die howe die stilsweye as 'n aanname van die aanbod. Die rede is dat goeie trou vereis dat hy die aanbod, waarvan hy die inisieërder was, uitdruklik sal verwerp as hy dit nie wil aanneem nie.¹⁴²

In beginsel is 'n aanbod in terme van die Duitse reg dus onherroepbaar. Die aannemer benodig volgens *Regelsberger* 'n basis vir sy besluit en 'n onherroepbare aanbod skyn dus prakties noodsaaklik te wees vir kommersiële transaksies.¹⁴³

Die Romaanse stelsels hanteer die kwessie van herroepbaarheid van 'n aanbod ietwat verskillend. Die nuwe Nederlandse kode, die *Burgerlijk Wetboek*, bepaal dat herroeping van 'n aanbod in beginsel moontlik is. Die relevante artikel is artikel 6:219 wat bepaal dat 'n aanbod herroepbaar is tensy dit 'n spesifieke termyn noem waarbinne aanvaar moet word, of indien die onherroepbaarheid van die aanbod op 'n ander wyse daaruit blyk.¹⁴⁴ Natuurlik is die aanbod herroepbaar tot en met ontvangs daarvan soos ook in die Duitse reg.¹⁴⁵

Die Franse reg neem as uitgangspunt die herroepbaarheid van 'n aanbod soos reeds in 1919 deur die *Cour de Cassation* bevestig.¹⁴⁶ Die beginsel van konsensualisme wat in die stelsel voorop gestel word, lei tot die logiese konklusie dat daar geen kontrak ontstaan as die aanbieder voor aanname besluit om nie meer die aanbod (aan die spesifieke geadresseerde) te maak nie, omdat daar op geen stadium 'n *meeting of the minds* van die partye plaasgevind het nie.¹⁴⁷

Later van tyd het die *Cour de Cassation* begin neig na die erkenning van die onherroepbaarheid van 'n aanbod in gevalle waar die aanbieder homself uitdruklik of

¹⁴¹ Whincup *Contract Law* 50-51.

¹⁴² Zweigert & Kötz *Comparative Law* 41-42.

¹⁴³ Nussbaum "Comparative Aspects of Anglo-American Offer and Acceptance Doctrine" 1936 *CLR* 920 925.

¹⁴⁴ Smits & Wijers *Verbintenissenrecht* 45; Whincup *Contract Law* 48.

¹⁴⁵ A 3:37 lid 5 BW; Smits & Wijers *Verbintenissenrecht* 46.

¹⁴⁶ *De Portes v Vuillier* Cass Civ 3 Feb 1919; Nicholas *French Law* 66-69; Von Mehren *International Encyclopedia* 79; Dilger 1981 *Rabel Z* 177.

¹⁴⁷ Nicholas *French Law* 66-67.

by wyse van implikasie verbind het om nie sy aanbod voor 'n bepaalde tyd te herroep nie.¹⁴⁸ Sou 'n aanbod voortydig herroep word (dit wil sê voor die vermelde of 'n redelike tydperk verstryk het), word die aanbieder aanspreeklik gehou om die geadresseerde se skade te vergoed. Laasgenoemde party kan moontlik reeds in vertroue op die voortbestaan van die aanbod en in antisipasie van die kontrak, uitgawes in dié verband aangegaan het of ander (meer gunstige) aanbiedinge van die hand gewys het. Hierdie skade kan hy nou van die aanbieder eis omdat laasgenoemde *at fault* was.¹⁴⁹

Die verduideliking hierbo laat dit heeltemal redelik voorkom om die skuldige aanbieder aanspreeklik te hou vir skadevergoeding, maar die basis vir die aanspreeklikheid is tog problematies en verskeie verklarings word in dié verband aangevoer. Een moontlike verklaring is dat die aanbieder ook aanbied om 'n voorlopige kontrak te sluit in terme waarvan hy sy hoofaanbod vir 'n bepaalde tyd moet oophou. Omdat sodanige kontrak vir die aannemer net voordele inhou, kom dit volgens die argument deur blote stilswye tot stand. Herroeping van die hoofaanbod kom dus neer op kontrakbreuk, maar die probleem is dat 'n kontraktuele aanspreeklikheidsbasis vir die herroeping van 'n blote aanbod 'n fiksie is. Dit is immers nie 'n voltooide kontrak wat verbreek word nie.¹⁵⁰

'n Ander verklaring wat voorgestel word is dat die aanbod 'n eensydige bindende wilsverklaring is. So 'n instelling is egter nie aan die Franse reg bekend nie.¹⁵¹ 'n Wyd aanvaarde verklaring is dié van 'n misbruik van die reg van die aanbieder om te herroep.¹⁵² Hierdie moontlikheid van 'n deliktuele aanspreeklikheidsgrond is vervat in artikel 1382 van die *Code Civil*.¹⁵³ Die Franse kontraktereg bring dus die deliktereg in as 'n korrekatief vir die subjektiewe *consensus*-gebaseerde benadering tot kontraksluiting. In die Engelse reg word kommunikasie van die herroeping byvoorbeeld vereis voordat dit effektief sal wees, terwyl die Franse reg dit nie vereis

¹⁴⁸ 66-67.

¹⁴⁹ Cass Civ 10 May 1968; Nicholas *French Law* 67; Von Mehren *International Encyclopedia* 79.
¹⁵⁰ Schmidt-Szalewski *Precontractual Liability* Hondius (ed) (1991) 153-157; Nicholas *French Law* 67; Zweigert & Kötz *Comparative Law* 40; Dilger 1981 *Rabel Z* 177.

¹⁵¹ Zweigert & Kötz *Comparative Law* 40; Dilger 1981 *Rabel Z* 177; Nicholas *French Law* 67.

¹⁵² Die teorie van misbruik van regte word nie in die Engelse reg aanvaar nie, cf Nicholas *French Law* 67-68; die teorie word wel in die Franse reg aanvaar, cf Von Mehren *International Encyclopedia* 80.

¹⁵³ Zweigert & Kötz *Comparative Law* 39.

nie. Die deliktereg en die kommunikasievereiste verrig dus dieselfde funksie naamlik om 'n mate van beskerming aan die aannemer te gee.¹⁵⁴

Net so omstrede as die regsgrond daarvan, is die omvang van hierdie aanspreeklikheid van die aanbieder. Meestal word dit beperk tot negatiewe interesse. Die beslissings gebaseer op artikel 1382 ken op grond daarvan meestal die bedrag toe wat die aannemer reeds spandeer het in verwagting dat die aanbod sal oopbly. Die aannemer word egter soms in die posisie geplaas waarin hy sou wees indien die kontrak inderdaad tot stand gekom het. As gevolg van teoretiese verskille en die wye diskresie waaroor Franse regters beskik by die berekening van die *quantum* bestaan daar nie een vaste reël in dié verband nie.¹⁵⁵

'n Voorstel is gemaak vir die hervorming van die Franse siviele kode tot die effek dat 'n aanbod wat oop is vir 'n bepaalde tyd nie herroep mag word voor daardie tydperk verstryk het nie ('n posisie vergelykbaar met dié in die Nederlandse reg),¹⁵⁶ tensy die herroeping die aannemer bereik nog voordat hy die aanbod ontvang het.¹⁵⁷ Die Italiaanse *Codice Civile* neig ook in die rigting.¹⁵⁸

Die basiese verskil tussen die Anglo-Amerikaanse regstelsels (die *common law*-stelsels) en die Romanistiese stelsels is duidelik: die *common law* sien 'n aanbod as herroepbaar voor aanname,¹⁵⁹ terwyl die Romanistiese regstelsels 'n groter premie plaas op die onherroepbaarheid of bindende krag van 'n aanbod.¹⁶⁰ Verder is deliktuele aanspreeklikheid vir die herroeping van 'n aanbod 'n onbekende verskynsel in die *common law*, anders as in die Franse reg.

¹⁵⁴ Schmidt-Szalewski *Precontractual Liability* 148-152; Nicholas *French Law* 69-70.

¹⁵⁵ Schmidt-Szalewski 152-153; Zweigert & Kötz *Comparative Law* 40; Dilger 1981 *Rabel Z* 177 n 47.

¹⁵⁶ Cf n 144 *supra*.

¹⁵⁷ A 11 van die *avant projet* van *Sources & Formation of Obligations*; cf Zweigert & Kötz *Comparative Law* 40.

¹⁵⁸ Zweigert & Kötz *Comparative Law* 41.

¹⁵⁹ Cf 2 2 2 1 veral n 10 *supra*.

¹⁶⁰ Cf 2 2 3 1 veral n 139, n 144, n 148, n 157 *supra*; cf ook 2 1 3 1 n 22 *supra* ivm 16^e eeuse opinies oor die bindende krag van beloftes en 2 1 3 2 n 35-36, 55 *supra* ivm De Groot se mening oor die kwessie.

2 2 3 2 Die reël aangaande ooreenstemming tussen aanbod en aanname

(i) Die tradisionele *mirror image-rule*

Ook in die Romanistiese regstelsels word vereis dat die aanname ongekwalfiseerd moet wees, met ander woorde dat die aanname met die aanbod moet ooreenstem.¹⁶¹ Die *mirror image*-reël geld dus ook in hierdie regstelsels. Die tradisionele posisie in die Franse reg is dat 'n aanname met veranderinge of voorbehoude slegs as 'n nuwe aanbod effek sal hê. Hierdie posisie blyk uit voorstelle wat in 1949 gemaak is deur die kommissie wat die *Code Civil* moes hersien.

In die Duitse reg dui paragraaf 2 van artikel 150 van die Burgerlike Wetboek aan dat:

“An acceptance with amplifications, limitations or other alterations is deemed a rejection coupled with a new offer.”¹⁶²

Die Nederlandse Wetboek bepaal ook in artikel 6.225 dat 'n afwykende aanname 'n nuwe aanbod is wat die oorspronklike aanbod verwerp.¹⁶³

Die klassieke leerstuk dat 'n afwykende aanname 'n weiering van die aanbieder se aanbod is, asook 'n teenaanbod deur die aannemer en dat daar derhalwe nie 'n kontrak op die terme soos in die aanbod uiteengesit tot stand kom nie, is duidelik in die Romanistiese regstelsels, net soos in die *common law*,¹⁶⁴ te bespeur.

(ii) Afwyking van die *mirror image-rule* en die *battle of the forms*

Soos reeds aangedui, werk die klassieke *mirror image*-reël nie bevredigend in die moderne kommersiële praktyk nie.¹⁶⁵ As gevolg van die toenemende gebruik van standaardvorms vind daar nie meer geïndividualiseerde onderhandeling oor elke term in 'n kontrak plaas nie. Kontraktante weet min of meer wat die inhoud van hulle eie

¹⁶¹ Von Mehren *International Encyclopedia* 88.

¹⁶² Von Mehren *International Encyclopedia* 88 n 610; cf ook Whincup *Contract Law* 49.

¹⁶³ Whincup *Contract Law* 48.

¹⁶⁴ Cf 2 2 2 2(i) *supra*; Kötz *European Contract Law I* (1997) 31.

¹⁶⁵ Cf 2 2 2 2(ii) *supra*.

standaardterme is, maar neem nie noodwendig kennis van dié van die ander party nie en sal dikwels onbewus wees van die bestaan van teenstrydige terme.¹⁶⁶

Wanneer daar 'n dispuut ontstaan en elke party aandrang op die geldigheid van sy terme, kom die sogenaamde *battle of the forms*-situasie voor.¹⁶⁷ Indien die tradisionele reël sou geld, sal die volgende gebeur. Na 'n oor-en-weer uitruil van dokumente begin een party te presteer. Die party wat net voor prestasie deur die ander party op sy terme aangedring het, met ander woorde, die party wat die *last shot* afvuur, sal in hierdie situasie seëvier omdat sy terme sal geld. Die ander party het dit tog aangeneem deur te presteer.¹⁶⁸

Volgens Kötz is dit 'n onbevredigende resultaat, veral omdat dit gewoonlik die verkoper bevoordeel. In sy *note of acceptance* sal hy stipuleer dat sy terme geld en wanneer die koper die goedere ontvang sonder om beswaar te maak teen die terme, geld hulle ook in 'n regssin.¹⁶⁹ Logies gesien vereis die *mirror image*-reël dat die effektiewe aanbod gevind word in die voorstel wat laaste gemaak word, dit wil sê net voor prestasie plaasvind.¹⁷⁰

Om 'n kontraksparty gebonde te hou aan terme waartoe hy nie ingestem het nie is problematies. 'n Kontrak veronderstel immers wilsooreenstemming. Ook wanneer houe die leemtes vul deur gebruik te maak van aanvullende regsbeginsels, sal een of albei partye steeds gebonde wees aan terme wat verskil van die wat hulle self voorgestel het.¹⁷¹ Die probleem is inderdaad kompleks, en om 'n oplossing te vind geen maklike taak nie.

¹⁶⁶ Von Mehren *International Encyclopedia* 88-89.

¹⁶⁷ Cf 2 2 2 2(ii) veral n 28-33 *supra*.

¹⁶⁸ Von Mehren *International Encyclopedia* 90; Kötz *European Contract Law* 32.

¹⁶⁹ Kötz *European Contract Law* 32.

¹⁷⁰ Von Mehren *International Encyclopedia* 90.

¹⁷¹ 90.

(iii) Hantering van die *battle of forms*-probleem in Romanistiese regstelsels

Vir sover die tradisionele posisie nog tot 'n groot mate in die Franse reg geld, stem dit basies ooreen met die posisie in die Engelse reg.¹⁷² Daar is dus nog nie so drasties afgewyk van die *mirror image*-reël soos byvoorbeeld in die Duitse reg nie.¹⁷³

Daar is geen allesomvattende oplossing vir *battle of the forms*-probleme in die Franse reg nie, en gevalle waar 'n *battle* voorkom word *ad hoc* deur die houe hanteer. Indien die teenstrydige terme nie versoen kan word nie, voer Whincup aan dat die betrokke terme nie as deel van die kontrak beskou word nie, of dat daar selfs geen kontrak gesluit word nie.¹⁷⁴

Von Mehren is meer spesifiek en meld dat 'n kontrak wel gesluit word indien die aanname afwykende terme bevat en die terme nie essensieël tot die kontrak is nie. Wat in so 'n geval gebeur, is dat die houe terme in plek van die nie-essensiële terme sal invoeg. Dit mag na 'n redelike afwyking van die klassieke *mirror image*-vereiste klink, maar soos Von Mehren tereg aanvoer, is dit nie so nie omdat die betekenis van *unessential* subjektief vasgestel word. Dit kan beteken dat 'n term wat objektief gesproke, in die lig van gemeenskapsstandaarde nie essensieël is nie, deur die partye as essensieël beskou word, met die gevolg dat daar geen kontrak tot stand kom indien daar onenigheid oor hierdie term is nie.¹⁷⁵

In die Nederlandse reg word *battle of the forms*-gevalle hanteer aan die hand van artikel 6:225 van die Wetboek. Dit bepaal kortliks die volgende:

- i) 'n Aanname wat afwyk van die aanbod word as 'n nuwe aanbod gesien, wat die oorspronklike aanbod verwerp.
- ii) Indien die aanname slegs van die aanbod afwyk met betrekking tot minder belangrike terme (*points of minor importance*) word die aanname wel as

¹⁷² Cf 2 2 2 (iii) veral n 38 *supra*; Lawson Amos & Walton's *Introduction to French Law* (3 uitg) 156.

¹⁷³ Cf n 192-197 *infra*.

¹⁷⁴ Whincup *Contract Law* 49.

¹⁷⁵ Von Mehren *International Encyclopedia* 92.

effektief geag en die kontrak word gevorm ooreenkomstig die terme van die aanname, tensy die aanbieder sonder versuim beswaar maak teen die verskille.

- iii) Waar die aanbod en aanname na verskillende algemene terme verwys, is die terme vermeld in die aanname nie relevant nie, tensy die aanname 'n duidelike verwerping van die algemene terme van die aanbod bevat.¹⁷⁶

Die basiese uitgangspunt, naamlik dat 'n afwykende aanname 'n nuwe aanbod is wat die oorspronklike een verwerp,¹⁷⁷ is wel 'n uitvloeisel van die *mirror image*-reël, maar die reël word tog gekwalifiseer. Dit is nodig omdat 'n aannemer soms die risiko loop dat die aanbieder swyg oor klein afwykings in die aanname en indien die kontrak dan vir hom ongunstig is, ontken hy bloot die bestaan daarvan. Die aanbieder sal beweer dat die aanname 'n teenaanbod is wat deur hom verwerp is.¹⁷⁸

Om hierdie verloop van sake te voorkom, bepaal subartikel 2 van artikel 6:225 dat 'n aanbieder *onverwijd* beswaar moet maak teen klein afwykings van die aanbod ten einde kontraksluiting te voorkom. Indien hy dit nie doen nie, kom die kontrak wel tot stand op die terme soos vervat in die aanname.¹⁷⁹

In gevalle waar beide kontrakspartye, dus die aanbieder sowel as die aannemer vermeld dat die kontrak onderworpe is aan hulle terme en hierdie terme verskil, geld artikel 6:225(3). Hierdie is die tipiese *battle of the forms*-gevalle. Volgens subartikel (3) word voorkeur verleen aan die terme van die aanbieder *tensy* die aannemer uitdruklik beswaar maak daarteen in sy aanname deur middel van 'n sogenaamde *Abwehrklausel* of *defence clause*. Hierdie tipe klousules word egter nou te algemeen gebruik, sodat dit nie werklik die probleem oplos nie.¹⁸⁰

Indien die basiese reël toegepas word, naamlik dat die aanname met die aanbod moet ooreenstem, sal die persoon wat die *last shot* vuur se terme geld.¹⁸¹ Volgens Whincup is daar in die Nederlandse regspraak wel presedente te vind vir die *first shot*- en die

¹⁷⁶ Whincup *Contract Law* 48.

¹⁷⁷ Smits & Wijers *Verbintenissenrecht* 47; Van Dunné *Verbintenissenrecht Deel I: Contractenrecht* (1993) 80.

¹⁷⁸ Kötz *European Contract Law* 31-32.

¹⁷⁹ Van Dunné *Contractenrecht* 80; cf ook n 168 *supra*.

¹⁸⁰ Kötz *European Contract Law* 31-32.

¹⁸¹ 32.

last shot-teorieë. In 'n onlangse arbitrasie toekenning is die gedrukte verwysing na die koper se algemene terme wat op die agterkant van sy bestelvorm verskyn het nie gesien as 'n effektiewe verwerping van die verkoper se gedrukte terme waarna uitdruklik verwys word in sy brief van bevestiging nie. In hierdie geval het die *first shot*-teorie aanwending gevind.¹⁸²

In 1987 het die *Hoge Raad*¹⁸³ te doen gehad met 'n geval waar die aanbieder, ene Katan, 'n aanbod gemaak het om matrasse te koop wat deur die aannemer, Klaas, vervaardig sou word. In die aanbod is vermeld dat tensy daar uitdruklik anders ooreengekom word die terme daarvan uitsluitlik sou geld. Daar word ook 'n betalingsvoorwaarde gestel: netto kontant binne 30 dae.¹⁸⁴ Die aannemer het nie die kopie geteken en teruggestuur soos vereis is nie, maar sy eie opdragbevestiging teruggestuur. Dié dokument stel dus die aanname daar en dit het die aannemer se eie algemene verkoopsterme bevat, asook 'n ander betalingsvoorwaarde: een derde by opdrag, een derde by lewering en een derde na 30 dae.¹⁸⁵

Katan, die aanbieder, het nie beswaar gemaak teen die verskillende terme nie, en het ook aanvanklik ooreenkomstig die betalingsvoorwaarde opgetree.¹⁸⁶ Die verhoorhof het beslis dat Klaas wel Katan se aanbod aangeneem het sonder aanvullings of afwykings wat die terme van die aanbod wesenlik aantast in die sin van artikel 7(2) van die *Uniform Law on the Formation of International Contracts* (ULFIS).¹⁸⁷ Klaas se opdragbevestiging is dus nie as 'n teenaanbod gesien nie, ten spyte van die verskille. Soos hieronder blyk, was die Hoge Raad 'n ander mening toegedaan.

Artikel 7(2) ULFIS sowel as artikel 6:225¹⁸⁸ van die Nederlandse Wetboek maak dit duidelik dat in beginsel nie meer vereis word dat 'n aanname volkome by die aanbod

¹⁸² Whincup *Contract Law* 48.

¹⁸³ *Kunststofverwerkende Industrie Katan BV v Heinrich Klaas GmbH & Co KG* HR 7 Nov 86 NJ 1987 nr 934.

¹⁸⁴ 3186.

¹⁸⁵ 3187.

¹⁸⁶ 3187.

¹⁸⁷ 3194; a 7(2) bepaal dat 'n aanname wat aanvullings of afwykings bevat wat die terme van die aanbod nie wesenlik aantast nie, wel as 'n aanname geld, tensy die aanbieder dadelik beswaar maak teen die verskille, en indien hy versuim word die inhoud van die kontrak bepaal deur die terme van die aanbod soos gewysig deur die aanname.

¹⁸⁸ *Cf*n 176 *supra*.

moet aansluit nie.¹⁸⁹ Die belangrike vraag op hoër beroep voor die Hoge Raad, was of die verskille tussen die aanbod en aanname 'n wesenlike aantasting van die aanbod se terme daarstel. Volgens die hof is dit 'n feitevraag. Die aanbod en aanname moet uitgelê en vergelyk word en dit moet beoordeel word in die lig van die besondere omstandighede van die geval.¹⁹⁰

Die *Hoge Raad* spreek die mening uit dat die aanname wel die aanbod wesenlik aantast. Die betalingsvoorwaardes is wesenlik verskillend, en ook die toepaslikheid van Klaas se algemene terme is 'n wesenlike aantasting van die aanbod. Dat 'n kontrak wel tot stand gekom het kan nie ontken word nie. Daar is inderdaad reeds uitvoering daaraan gegee.¹⁹¹

Die standaardterme van Klaas is nie op die kontrak van toepassing nie, omdat dit wesenlik afwyk van die aanbod se terme. Dit word dus nie in terme van artikel 7(2) *ULFIS* óf artikel 6:225(2) BW deel van die kontrak nie. Ook in hierdie geval het die *first shot* gewen.

Dit is derhalwe duidelik dat daar wel van die rigiede *mirror image*-beginsel afgewyk word in die Nederlandse reg, maar dat nie enige afwyking van die aanbod geduld sal word nie. Die aanname moet immers in beginsel 'n aanvaarding wees van die spesifieke aanbod wat gemaak is.

In die Duitse reg is meer drasties wegbeweeg van die tradisionele *mirror image*-vereiste as byvoorbeeld in die Franse reg.¹⁹² Tot en met die sewentigerjare is die klassieke benadering steeds gevolg, alhoewel daar baie kritiek daarteen uitgespreek is.¹⁹³ Artikel 150 II van die Duitse Burgerlike Wetboek gee die basiese beginsel in die verband weer: 'n aanname wat byvoegings, beperkings of ander veranderinge bevat, geld as 'n verwerping van die oorspronklike aanbod en stel 'n nuwe aanbod

¹⁸⁹ *Katan v Klaas supra* 3194.

¹⁹⁰ 3187, 3195.

¹⁹¹ 3196.

¹⁹² Cf Von Mehren *International Encyclopedia* 91, 93.

¹⁹³ 101.

daar.¹⁹⁴ Ten einde wilsooreenstemming (wat 'n vereiste vir kontraksluiting is) te bereik, moet die aanbod en aanname mekaar dus inhoudelik weerspieël.¹⁹⁵

Die regspraak het vanaf die 1970's egter begin wegbeweeg van die tradisionele reël en die gevolglike toepassing van die *last shot*-reël. In 'n saak wat in 1973 deur die *Bundesgerichtshof* beslis is,¹⁹⁶ is die *last shot*-benadering verwerp deurdat die stilsweye van die oorspronklike aanbieder ná die maak van 'n teenaanbod (wat in wese 'n afwykende aanname was en dus in terme van artikel 150 as 'n nuwe aanbod gesien word) nie as aanname van die teenaanbod gesien is nie. Ook die feit dat die koper (die oorspronklike aanbieder) ontvangs van die goedere geneem het, is nie as aanname van die teenaanbod van die verkoper gesien nie. Die verkoper wat die *last shot* gevuur het, se teenstrydige terme het dus nie gegeld nie, maar wel die terme van die eerste aanbod.¹⁹⁷

Waar elke party sy eie standaardterme wil laat geld en die aanbod en aanname daarom nie dieselfde terme bevat nie, kom 'n *battle of the forms* voor. In beginsel is die effek van artikel 150 II dat die aanname dan 'n nuwe aanbod daarstel, maar dit gebeur dikwels dat partye wel die ooreenkoms wil uitvoer.¹⁹⁸ By uitleg van die aanbod en aanname kan dit moontlik blyk dat daar in wese *consensus* is, maar tog verskillende en teenstrydige verwysings na standaard terme voorkom.¹⁹⁹ Indien die gedrag van die partye, ten spyte van die verskille tussen aanbod en aanname wel dui op die sluiting en nakoming van 'n ooreenkoms, is so 'n ooreenkoms volgens die *Bundesgerichtshof* wel geldig op grond van billikheid en redelikheid.²⁰⁰ Artikel 150 II moet derhalwe op so 'n wyse toegepas word dat 'n kontraktuele verhouding in 'n geval soos bogenoemde wel erken word ten spyte van nie-aanvaarding van die teenaanbod, die rede synde die gedrag van die partye.²⁰¹

¹⁹⁴ Ludwig *Der Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis von Common Law und Civil Law* (1994) 67; Smits & Wijers *Verbintenissenrecht* 46.

¹⁹⁵ Brox *Academia Iuris: Allgemeiner Teil des BGB* (1996) 95.

¹⁹⁶ BGH 26 Sept 1973 BGHZ 61 282.

¹⁹⁷ Von Mehren *International Encyclopedia* 102.

¹⁹⁸ Smits & Wijers *Verbintenissenrecht* 56.

¹⁹⁹ Ludwig *Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht* 67.

²⁰⁰ Smits & Wijers *Verbintenissenrecht* 56.

²⁰¹ Von Mehren *International Encyclopedia* 102; Smits & Wijers *Verbintenissenrecht* 56.

Dit is duidelik dat die Duitse howe, deur so op te tree, wegbeweeg van 'n rigiede toepassing van die vereiste van ooreenstemming tussen aanbod en aanname. Die kwessies van kontraksluiting en kontraksinhoud word apart hanteer,²⁰² maar riglyne vir die vasstelling van die kontrak se inhoud ontbreek nog.²⁰³

In die bogenoemde tipe situasies moet deur middel van uitleg onderskei word tussen twee situasies. Die eerste is dat die aannemer nie saamstem met al die terme van die aanbod nie en dit gevolglik nie wil aanneem nie. So sal 'n aanname wat 'n voorwaarde bevat dat betaling sal geskied in vyf maandelikse paaieimente van DM 1000 elk, terwyl die aanbod die voorwaarde bevat dat die prys van DM 5000 onmiddelik by lewering betaalbaar is, geld as 'n nuwe aanbod. Die tweede moontlike situasie is waar die aannemer slegs 'n voorstel maak vir addisionele terme byvoorbeeld indien hy in sy aannameverklaring sal vra of die aanbieder moontlik betaling in paaieimente sal aanvaar. In so 'n geval kom die kontrak tot stand op die terme soos vervat in die aanbod en geld artikel 150 II nie.²⁰⁴

'n Verdere relevante bepaling in die Duitse Burgerlike Wetboek is dié vervat in artikel 154. Volgens die artikel word in geval van twyfel oor die bedoeling om te kontrakteer geen kontrak erken as die partye nie ooreenstem oor alle punte waarvoor eenstemmigheid vereis word nie, selfs al vereis net een van die partye eenstemmigheid oor dié terme.²⁰⁵ Volgens Hübner rus die onus op die party wat hom op volkome wilsooreenstemming beroep om die bestaan van 'n kontrak te bewys.²⁰⁶ Dit lyk na 'n navolging van die *mirror image*-reël, maar weereens sal daar 'n geldige kontrak erken word as die partye die relevante terme as bindend sien.²⁰⁷

Die afwesigheid van ooreenstemming oor standaardterme maak dus nie noodwendig die kontrak in sy geheel ongeldig nie. Die terme waarvoor die partye wel ooreenstem sal aanvaar word as deel van die kontrak, terwyl die teenstrydige terme ongeldig sal

²⁰² Cf 2 2 2 2(iii) n 51 *supra* waar kontraksluiting en kontraksinhoud ook as aparte kwessies hanteer word.

²⁰³ Von Mehren *International Encyclopedia* 102.

²⁰⁴ Hübner *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches* (1985) 407; Brox *Academia Iuris* 96-97; Kötz *European Contract Law* 31.

²⁰⁵ Von Mehren *International Encyclopedia* 102 n 691.

²⁰⁶ Hübner *Allgemeiner Teil* 411.

²⁰⁷ BGH 10 Jun 1974 BB 1974 1137; Cf ook n 205 *supra*.

wees en die leemtes gevul sal word aan die hand van die bepalings van die *Bürgerliches Gesetzbuch*.²⁰⁸ Waar voorheen die *last shot*-reël toegepas is, sal die bestaan van 'n kontrak nou erken word sonder om die reël toe te pas, indien en vir sover die partye wel ooreenstem. Die effek kan dus wees dat die terme wat eerste voorgestel is sal geld behalwe vir sover dit weerspreek word deur die ander party, eerder as om bloot net die ander party se terme (die *last shot*) te laat geld.²⁰⁹

In 1985 het die *Bundesgerichtshof* weer met 'n *battle of the forms*-situasie te doen gehad.²¹⁰ In die koper se vorm (die aanbod) het 'n bepaling verskyn dat die verkoper (die aannemer) deur aanname van die aanbod instem tot die koper se terme. Vir veranderinge om effektief te wees moet daar 'n skriftelike ooreenkoms daartoe wees. Die verkoper het natuurlik in sy bevestiging na sy eie standaardterme verwys, waarvolgens sy terme op die transaksie van toepassing is. Die terme waarvoor die geskil gegaan het is een wat eiendomsreg vir die verkoper voorbehou nadat lewering plaasgevind het.

Die koper het na lewering van die goedere insolvent geraak en die verkoper se regte het afgehang van die geldigheid al dan nie van bogenoemde term in sy aannameverklaring. Die hof het beslis dat die term nie deel is van die kontrak nie. Daar is nie individueel daarvoor ooreenstemming bereik nie omdat die koper se terme in die pad daarvan gestaan het. Geen wilsooreenstemming bestaan as een party se vorms terme bevat wat teenstrydig is met die terme van die ander party nie, tensy laasgenoemde party in die lig van die omstandighede stilswyend instem tot die teenstrydige of addisionele terme. In *casu* was geen sodanige instemming aanwesig nie. Die koper se standaardterme is 'n verwerping van teenstrydige en addisionele terme in die verkoper se vorm. Omdat die agtergrondsreg (die *Bürgerliches Gesetzbuch*) geen voorsiening maak vir uitgebreide voorbehoud van eiendomsreg in goedere na lewering daarvan nie, het die verkoper nie voorkeur gekry bo die ander krediteure nie.²¹¹

²⁰⁸ Von Mehren *International Encyclopedia* 102-103; Smits & Wijers *Verbintenissenrecht* 56.
²⁰⁹ Whincup *Contract Law* 50.

²¹⁰ BGH 20 March 1985 NJW 1985 1838.

²¹¹ Von Mehren *International Encyclopedia* 103; Whincup *Contract Law* 50.

In die Duitse reg word volkome ooreenstemming tussen aanbod en aanname nie meer as 'n noodwendige vereiste vir die geldigheid van die aanname gestel nie. In hierdie opsig is die benadering soortgelyk aan dié wat artikel 2-207 van die Amerikaanse *Uniform Commercial Code* onderlê. Die *UCC* bepaling is egter baie meer ingewikkeld as die wat in die Duitse reg geld. Wat duidelik is, is dat dit genoegsaam vir kontraksluiting is dat beide partye ooreenkom dat die transaksie wel deurgevoer moet word, ten spyte van teenstrydighede tussen hulle standaardterme. Wanneer volkome ooreenstemming tussen aanbod en aanname vereis word, is een van die onvermydelike gevolge dat een party beheer kry oor die inhoud van die kontrak. Indien die vereiste nie so streng toegepas word nie, sal die situasie waar een party die laaste woord inkry oor welke terme van toepassing is, nie voorkom nie. Die partye se terme geld vir sover dit ooreenstem, en verder vul die hof die leemtes deur gebruik te maak van die geldende reg.²¹²

'n Laaste relevante aspek van die Duitse reg in die huidige verband is die bestaan van die *Allgemeiner Geschäftsbedingungen-Gesetz (AGBG)*. *Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, oftewel standaardterme, word deur 'n betrokke party uitgewerk om sy belange te beskerm en te bevorder. By kontraksluiting word instemming daartoe wel vereis voordat dit deel van die kontrak sal wees. Standaardterme en kontrakte is wel bevorderlik vir die handelsverkeer en reël die regsverhouding tussen die kontraktante op 'n omvattende wyse, maar dit kan dit vir die opsteller (gewoonlik die verkoper) moontlik maak om homself van die meeste risiko's vry te stel en die teenparty daardie risiko's te laat dra.²¹³

In die Duitse reg word standaardterme dus in beperkte mate toegepas indien dit die wetlike reëls tot nadeel van een party sal laat werk. Die hoofdoel van die *AGBG* is dan ook om die geldigheid van standaardterme te beperk as dit sou gebeur. Die wet verhoed dus dat sulke terme deel word van 'n kontrak sonder dat die teenparty daarvan kennis dra.²¹⁴ Op die manier word redelikheid en billikheid by kontraksluiting verhoog, omdat standaardterme wat een party uitermate benadeel, nie

²¹² Von Mehren *International Encyclopedia* 103-104.

²¹³ Brox *Academia Iuris* 109-110; Ludwig *Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht* 79; Hübner *Allgemeiner Teil* 417.

²¹⁴ Brox *Academia Iuris* 115; Ludwig *Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht* 79-83; Hübner *Allgemeiner Teil* 417-418.

deel van die kontrak word nie, of ongeldig is. Ook in hierdie geval sal die terme van die kontrak afgelei word uit die bepalings van die statutêre of wetlike reg.²¹⁵

Die gebruik van agtergrondsreg om leemtes in kontrakte aan te vul is nie noodwendig die ideale oplossing nie. Groot organisasies is moontlik in staat om standaardterme te ontwikkel wat die spesifieke transaksie beter pas as die terme wat deur die statutêre reg voorsien word.²¹⁶ Hierdie aspek van die *battle of the forms*-probleem sal egter nie in die onderhawige bespreking behandel word nie.

2 2 3 3 Mededeling van die aanname

(i) Die vereiste van kommunikasie van die aanname aan die aanbieder

Die eerste van die Romanistiese stelsels onder bespreking, die Franse reg, vereis wel dat die feit van aanname aan die aanbieder gekommunikeer moet word. Hierdie vereiste geld ten spyte van die belangrike plek van *consensus* in die stelsel, wat sou kon impliseer dat 'n blote (gemanifesteerde) besluit om die aanbod aan te neem, genoegsaam behoort te wees, omdat die partye op daardie oomblik wilsooreenstemming bereik het. Daar bestaan egter heelwat praktiese argumente teen die erkenning van 'n ongekommunikeerde aanname, en dit is een van die hoofredes waarom kommunikasie wel vereis word voordat 'n aanname effektief sal wees.²¹⁷

Die aanname moet derhalwe nie net uitdruklik gemaak word nie, maar ook onder die aandag van die aanbieder gebring word. In beginsel word 'n aanname nie afgelei uit stilswye of versuim van die persoon aan wie die aanbod gerig is nie, alhoewel dit in sommige gevalle wel kan gebeur, gewoonlik wanneer die partye reeds 'n geruime tyd met mekaar handel dryf.²¹⁸

In die Nederlandse reg kan aanname uitdruklik of stilswyend geskied.²¹⁹ Wanneer aanname stilswyend geskied bestaan dit uit 'n nie-doen, teenoor die geval waar die

²¹⁵ Von Mehren *International Encyclopedia* 103 n 692.

²¹⁶ 105.

²¹⁷ Nicholas *French Law* 72-74.

²¹⁸ Lawson *Introduction* 156; Zweigert & Kötz *Comparative Law* 41; Dilger 1981 *Rabel Z* 178.

²¹⁹ Van Dunné *Contractenrecht* 81.

aanname tot uitdrukking kom in 'n mededeling gerig aan die aanbieder en dus bestaan uit 'n doen.²²⁰ Belangrik is om daarop te let dat die vereiste steeds geld dat die handeling (in hierdie geval stilswye of niks-doen) aan die aanbieder en nie aan 'n derde persoon nie, gerig moet word.²²¹

'n Blote stilswye kan egter nie 'n aanvaarding van 'n aanbod daarstel nie - bykomende faktore is daarvoor nodig. Die gebruik dat stilswye aanvaarding van 'n aanbod verteenwoordig, moes reeds in vroeëre transaksies tussen die betrokke partye gegeld het, of 'n handelsgebruik van die bepaalde bedryf wees. 'n Voorbeeld uit die Nederlandse reg is dat 'n opdrag om effekte te koop of verkoop nie deur 'n bankier bevestig hoef te word voordat hy die opdrag begin uitvoer nie. Dit blyk ook dat 'n aanname deur 'n nie-doen nie as selfstandige regshandeling gesien hoef te word nie, omdat dit altyd gevolg word deur 'n handeling wat gesien kan word as 'n aanname deur middel van 'n doen. Slegs wanneer die aannemer weier om die ooreenkoms uit te voer, is die eerste vorm van aanname belangrik.²²²

Uit 'n ondersoek van die Duitse reg blyk dit dat 'n verklaring van aanname in uitsonderingsgevalle nie nodig is nie.²²³ Kommunikasie van die besluit om die aanbod aan te neem kom in sulke gevalle nie voor nie. Artikel 130 I(2) van die *BGB* bepaal dat die aanname-verklaring in beginsel eers effektief word wanneer die aanbieder dit ontvang.²²⁴ Hieruit sou die afleiding gemaak kan word dat kommunikasie van die aanname wel 'n vereiste is.

Artikel 151 van die *BGB* bepaal egter dat 'n aanname nie aan die aanbieder meegedeel hoef te word indien dit volgens die handelsverkeer nie verwag word nie en ook nie in gevalle waar die aanbieder van die vereiste afstand gedoen het nie.²²⁵ Dit word egter wel vereis dat die wil om die aanbod aan te neem na buite op 'n ondubbelsinnige manier kenbaar gemaak moet word, selfs al hoef dit nie aan die

²²⁰ Kötz *European Contract Law* 25.

²²¹ Van Dunné *Contractenrecht* 81.

²²² 82.

²²³ Smits & Wijers *Verbintenissenrecht* 47.

²²⁴ Brox *Academia Iuris* 94.

²²⁵ Smits & Wijers *Verbintenissenrecht* 46-47; Ludwig *Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht* 63-64; Hubner *Allgemeiner Teil* 406; Brox *Academia Iuris* 95-96.

aanbieder gemaak te word nie. 'n Blote innerlike wil om aan te neem is dus nie voldoende nie.²²⁶

(ii) Die oomblik van effektiewording van die aanname

Dit is duidelik dat die beginsel in Romanistiese stelsels (net soos in die *common law*) is dat die bedoeling om 'n aanbod aan te neem na buite uitgedruk moet word en oor die algemeen ook aan die aanbieder gekommunikeer moet word om effektief te wees.²²⁷ Om die proses van kontraksluiting in konteks te kan sien, moet nou gevra word op watter oomblik die aanname sodanige regseffek verkry dat dit lei tot die totstandkoming van 'n kontrak. Op hierdie oomblik termineer die bevoegdheid van die aanbieder om die aanbod te herroep,²²⁸ en is die kontrak gesluit.

Wanneer kontraktante in mekaar se teenwoordigheid 'n kontrak sluit, kom die kontrak natuurlik tot stand sodra die aannemer sy wil om te aanvaar uitdruk, met ander woorde wanneer hy dit aan die aanbieder meedeel. Omdat hulle in mekaar se teenwoordigheid is, is die oomblik waarop die aanname uitgedruk word dieselfde oomblik waarop die aanbieder van die aanname bewus word, en dit is ook die oomblik van kontraksluiting. Wanneer die kontraktante hulle egter op verskillende plekke bevind, gebeur dit dikwels dat die oomblik waarop die aanname gemaak word verskil van die tydstip waarop die aanbieder daarvan verneem, byvoorbeeld as daar van faksmasjiene of briewe deur die pos gebruik gemaak word. Selfs waar 'n kontrak deur middel van e-pos gesluit word, is daar 'n tydsverskil tussen die verklaring van 'n aanbod of aanname en die bewuswording daarvan deur die ander kontraktant.

Soos reeds vermeld²²⁹ is daar verskillende teorieë ter vasstelling van die oomblik van kontraksluiting. Die posisie in die Franse, Nederlandse en Duitse reg sal vervolgens ondersoek word.

²²⁶ Brox *Academia Iuris* 96.

²²⁷ Cf 2 2 2 3(i) veral n 106, n 107 *supra*; cf ook 2 1 3 1 n 26 *supra* ivm die oorsprong van die vereiste.

²²⁸ Von Mehren *International Encyclopedia* 106; cf ook 2 1 3 1 n 34 *supra* ivm 16^e eeuse menings in die verband.

²²⁹ Cf 2 2 2 3 (ii) *supra*.

Die kwessie is relatief gekompliseerd in die Franse reg. Al vier die teorieë, dit wil sê die verklarings-, versendings-, ontvangs- en vernemingsteorieë geniet 'n mate van ondersteuning.²³⁰ Die siviele kode van Frankryk bevat geen voorstel in die verband nie, en die beslissings van die hof is uiteenlopend. Beslissings uit die vorige eeu gaan uit van die veronderstelling dat 'n aanname nie effektief is voordat dit deur die aanbieder ontvang is nie.²³¹

Beslissings uit die eerste helfte van die 20^e eeu ondersteun óf die ontvangsteorie,²³² óf die versendingsteorie.²³³ Die hoogste hof, die *Cour de cassation*, het nog nie hulle gewig agter een bepaalde teorie ingegooi nie. Een gedagtegang is dat die hof die vraag na die oomblik van kontraksluiting sien as 'n feitevraag. Of dit afhang van die besondere omstandighede en die moontlike bedoeling van die partye is volgens Von Mehren nie heeltemal duidelik nie. Volgens hom ontbreek sekerheid oor die standaard wat die hof moet aanwend in die beslissing van dié feitevraag.²³⁴ Uit ander bronne blyk dit dat die omstandighede en bedoeling van die partye wel relevant is.²³⁵ Wat wel seker is, is dat daar baie ondersteuning is vir die argument dat daar nie werklik 'n eenvormige antwoord is nie en dat onderskei moet word tussen die verskillende situasies wat voorkom.²³⁶

'n Ander gedagtegang is dat die versendingsteorie toepassing moet vind by gevalle van kontraksluiting *inter absentes*, sodat die kontrak tot stand kom waar en wanneer die aanname versend word.²³⁷ Ten spyte van die feit dat sommige skrywers die versendingsteorie verkies, het die *Cour de cassation* konsekwent die mening gehuldig dat dit 'n feitevraag is.²³⁸

²³⁰ Lawson *Introduction* 156; Nicholas *French Law* 72.

²³¹ Von Mehren *International Encyclopedia* 107 n 716.

²³² Nimes 4.3.1908 D 1908 2 248; Paris 31.5.1937 DH 1937 431; Trib Paritaire Saint-Calais 21.12.1949 D 1950 236.

²³³ Paris 5.2.1910 D 1913 2 1; Trib Loches 25.6.1945 D 1946 113; Lyon 11.5.1951 Mon Jud Lyon 26 12 1951.

²³⁴ Von Mehren *International Encyclopedia* 107-108.

²³⁵ Lawson *Introduction* 157.

²³⁶ Lawson *Introduction* 157; Nicholas *French Law* 72-73; Kötz *European Contract Law* 26.

²³⁷ Lawson *Introduction* 157; Kötz *European Contract Law* 27 n 45; Von Mehren *International Encyclopedia* 108.

²³⁸ Von Mehren *International Encyclopedia* 108 n 722.

Die Nederlandse reg is ook bekend met die verskillende teorieë,²³⁹ maar daar is relatiewe eensgesindheid oor die kwessie van welke teorie verkies word. Smits en Wijers maak melding van 'n *geuanceerde ontvangstteorie* wat neergelê is in artikels 3:37 en 6:224 van die Burgerlike Wetboek.²⁴⁰ Anders as die Engelse reg word in die Wetboek dus veronderstel dat 'n aanname deur die pos eers voltooi is wanneer dit die geadresseerde (die aanbieder) bereik.²⁴¹

'n Aanhaling uit 'n beslissing van die Hoge Raad is bevestigend van die ooreenstemmende houding van die regspraak:

“...[D]at niet voldoende is, dat bij partijen de overeenstemmende wil bestaat op zich tegenover elkander te verbinden en evenmin dat zij dien wil mondeling of schriftelijk hebben geuit, maar dat noodig is dat de uiting van dien wil de tegenpartij heeft bereikt.”²⁴²

Die ontvangsteorie geld dus sonder uitsondering in die Nederlandse reg,²⁴³ die kontrak kom tot stand wanneer die aanbieder die aanname ontvang, met ander woorde wanneer die brief sy bestemming bereik. Die aanbieder is dus gebonde deur die feit van aflewering van die aanname, ongeag of hy dit lees.²⁴⁴ In die sin plaas dit 'n groter risiko op die aanbieder as die vernemingsteorie, waarvolgens hy eers gebonde sal wees wanneer hy kennis neem van die aanname.

In die Duitse kontraktereg is die vraag na die oomblik van totstandkoming van 'n kontrak deur die Pandektiste van die 19^e eeu as 'n groot probleem beskou, omdat daar nie sekerheid was oor wanneer 'n wilsverklaring effektief word nie.²⁴⁵ Voor die inwerkingtrede van die Duitse Burgerlike Wetboek in 1900 het nie een van die vier teorieë dominansie verkry nie. Deurdad artikel 130 van die *BGB* die ontvangsteorie aanneem vir wilsverklarings in die algemeen (insluitende aannames), is die probleem

²³⁹ Nieuwenhuis *Hoofstukken Verbintenissenrecht* (1986) 7-8.

²⁴⁰ Smits & Wijers *Verbintenissenrecht* 49.

²⁴¹ Whincup *Contract Law* 48.

²⁴² HR 21 Dec 1933 NJ 1934 368.

²⁴³ Smits & Wijers *Verbintenissenrecht* 49.

²⁴⁴ Winfield "Some Aspects of Offer & Acceptance" 1939 *LQR* 499 506-507.

²⁴⁵ Ludwig *Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht* 75.

opgelos.²⁴⁶ Die artikel vermeld spesifiek dat dit hier gaan oor wilsverklarings *inter absentes*. In geval van mondelingse wilsverklarings *inter praesentes* geld as 'n uitsondering in die Duitse reg die vernemingsteorie. Die kontrak kom dan tot stand sodra die aanbieder verneem van die feit van aanname.²⁴⁷

In beginsel geld dus die ontvangsteorie. Wanneer aanname per brief geskied, word die aanname as voltooid beskou wanneer die brief die aanbieder se adres bereik, selfs as hy dit nie lees nie.²⁴⁸ Belangrik is dat die aanbieder in staat moet wees om kennis te neem van die aanname, en dat kennisname onder normale omstandighede te verwagte is. Dit is nie bepalend of daar daadwerklike kennisname was nie, maar wel of daar ontvangs was. Indien 'n brief byvoorbeeld in die aand in die posbus van 'n besigheid gegooi word, sal ontvangs geag word plaas te vind die volgende oggend tydens kantoorure. Die teorie word dus nie so rigied toegepas dat dit tot onbillikheid lei nie.²⁴⁹

'n Verdere uitsondering op die ontvangsteorie is die geval waar die aanbieder in terme van artikel 151 afstand gedoen het van die vereiste kommunikasie van die aanname.²⁵⁰ In hierdie tipe geval word die tydstop van kontraksluiting gesien as die oomblik waarop die wil om te aanvaar na buite kenbaar gemaak word.²⁵¹

Die opstellers van artikel 130 het gevoel dat die ontvangsteorie meer aanvaarbaar is as die vernemingsteorie. Die ander twee teorieë plaas volgens hulle te veel klem op die wilsverklaring as 'n regshandeling van die persoon wat die verklaring maak en gee te min aandag aan die feit dat die ander party moet weet (of in staat wees om bewus te kan word) van die verklaring voordat dit volle regseffek verkry. Konkrete toepassings van dié teorieë kan ook lei tot resultate wat kommersiële verwagtings vernietig.²⁵² Wanneer iemand sy wil om te aanvaar verklaar of 'n brief van aanname

²⁴⁶ Ludwig *Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht* 75; Von Mehren *International Encyclopedia* 106; Whincup *Contract Law* 51; Smits & Wijers *Verbintenissenrecht* 48-49.

²⁴⁷ Smits & Wijers *Verbintenissenrecht* 49.

²⁴⁸ Whincup *Contract Law* 51.

²⁴⁹ Smits & Wijers *Verbintenissenrecht* 48.

²⁵⁰ Cf n 225 *supra*.

²⁵¹ Ludwig *Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht* 75.

²⁵² Von Mehren *International Encyclopedia* 106-107.

versend, kan daar nie gesê word dat die aanbieder op daardie (aan hom onbekende) oomblik verwag dat hy vanaf daardie moment kontraktueel gebonde is nie.

Behalwe vir die vasstelling van die oomblik van kontraksluiting, sorg die reëling in die *BGB* ook vir 'n regverdige verdeling van die risiko's verbonde aan die betrokke transaksie tussen die kontrakterende partye. 'n Wilsverklaring word effektief sodra dit tot so 'n mate in die geadresseerde se invloedssfeer is, dat dit vir hom redelikerwys moontlik is om daarvan kennis te neem.²⁵³ Vanaf hierdie oomblik dra hy dus die risiko's byvoorbeeld in verband met vervoer van die koopsaak, ongeag of die wilsverklaring inderdaad al onder sy aandag gekom het. Voor die oomblik van effektiefwording word die risiko's deur die afsender van die aanname gedra, omdat hy dié metode van kommunikasie gekies het.²⁵⁴

Die onderskeie kontinentale regstelsels benader die probleem van effektiefwording van die aanname nie op presies dieselfde manier nie, maar dit is ten minste duidelik dat die teorieë wat in die Romanistiese stelsels gevolg word nie aan die aannemer dieselfde mate van beskerming gee as wat hy onder die *common law* geniet nie. Waar sy aanname daar dikwels regskrag verkry by versending daarvan,²⁵⁵ word in die Romanistiese regstelsels meestal eers effek daaraan gegee wanneer die aanbieder die aanname ontvang of daarvan kennis neem.

Dit kan moontlik iets te doen hê met die balansering en regverdige verdeling van die risiko's tussen die kontraktante. In die *common law* het die aanbieder die voordeel dat hy sy aanbod mag herroep solank dit nog nie aangeneem is nie,²⁵⁶ terwyl die bevoegdheid van die aanbieder in Romanistiese regstelsels ingekort word.²⁵⁷ Die korter herroepingsperiode van die aanbieder in die Romanistiese reg word uitgebalanseer deur die latere effektiefwording van die aanname, en in die *common law*, waar die aanbod tot nadeel van die aannemer herroepbaar is, skep die effektiefwording van die aanname reeds by versending daarvan, weer 'n mate van balans tussen die posisies van aanbieder en aannemer.

²⁵³ Whincup *Contract Law* 50-51.

²⁵⁴ Dilger 1981 *Rabel Z* 175.

²⁵⁵ Cf 2 2 2 3(ii) veral n 116 *supra*.

²⁵⁶ Cf 2 2 2 1 veral n 10 *supra*.

²⁵⁷ Cf 2 2 3 1 *supra*.

2 2 4 Gemengde regstelsels

Vervolgens sal kortliks gekyk word na die stand van die aanbod en aanname-reëls in gemengde regstelsels, dit wil sê in regstelsels waar elemente en eienskappe van beide die Anglo-Amerikaanse en Romanistiese regstelsels te vinde is. In die verband word die Skotse en Suid-Afrikaanse reg ondersoek.

'n Kontrak kom ook in hierdie stelsels tot stand deurdad die partye deur hulle wilsverklarings te kenne gee dat die voorstel wat gemaak is aanvaar is.²⁵⁸ Dit is egter nie altyd so eenvoudig nie. Waar een party iets voorstel en die ander maak bekend dat hy instem daartoe is dit maklik om die aanbod en aanname te identifiseer, maar wanneer daar vir 'n lang tydperk onderhandelings gevoer word, voorstelle en teenvoorstelle gemaak word, en dokumente heen en weer gestuur word voordat eenstemmigheid bereik word, kan dit moeiliker wees om 'n aanbod en 'n aanname te identifiseer.

Alhoewel dit nuttig is om die aanbod/aanname-model te gebruik (daar kan byvoorbeeld vasgestel word waar en wanneer 'n kontrak tot stand gekom het), moet in gedagte gehou word dat dit 'n teoretiese konstruksie is en dat dit nie altyd nodig en moontlik is om kontraksluiting te analiseer in terme van aanbod en aanname nie.²⁵⁹

2 2 4 1 Herroepbaarheid van die aanbod

In die Skotse reg word 'n aanbod gedefinieer as 'n voorwaardelike belofte, 'n uitdrukking van gewilligheid om kontraktueel gebonde te raak aan die ander party op bepaalde terme, onderworpe daaraan dat die ander party gewillig is om homself te verbind om die teenprestasie te lewer.²⁶⁰

²⁵⁸ De Wet & Van Wyk *Die Suid-Afrikaanse Kontrakereg en Handelsreg* (5 uitg) 32.

²⁵⁹ McBryde *The Law of Contract in Scotland* (1987) 55-56; Christie *The Law of Contract in South Africa* (3 uitg) 28-29; Lubbe & Murray *Farlam & Hathaway Contract: Cases, Materials and Commentary* (3 uitg) 28.

²⁶⁰ Walker *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland* (1995) 108.

'n Aanbod kan op enige stadium voor aanname daarvan herroep word.²⁶¹ Die aanbod self het dus geen bindende krag soos in Romanistiese stelsels, veral die Duitse reg nie,²⁶² en die posisie is analoog aan die wat in die Engelse reg geld.²⁶³ Kennisgewing van die herroeping van die aanbod moet wel aan die aannemer gegee word, en die herroeping is effektief vanaf die oomblik wat dit onder die aannemer se aandag gebring word.²⁶⁴

Dit kan gebeur dat die aanbieder in die aanbod vermeld dat die aanbod oop is vir 'n bepaalde tydperk, of tot 'n sekere datum. In so 'n geval is die aanbieder wel gebonde op grond van die aanbod en kan hy dit nie herroep voordat die gegewe tydperk verstreke is nie.²⁶⁵ Indien die aanbieder poog om binne die tydperk die aanbod te herroep of te verander, of iets doen wat hom sal verhoed om te presteer as sy aanbod op 'n geldige wyse aangeneem word (byvoorbeeld deur die onderwerp van die kontrak te verbruik), breek hy sy onderneming en kan die skade op grond van nie-kontraksluiting van hom geëis word.²⁶⁶ In die Engelse reg is 'n belofte om 'n aanbod oop te hou nie bindend nie.²⁶⁷ Die rede daarvoor spruit uit die Engelse *consideration*-leerstuk. Daar is geen teenprestasie vir die belofte gegee nie, en daarom bind dit die aanbieder nie.

Dié leerstuk geld nie in die Skotse reg nie en so 'n belofte bind die aanbieder wel. Die grondslag vir die aanspreeklikheid van 'n aanbieder wat sy aanbod herroep terwyl hy vermeld het dat dit vir 'n bepaalde tyd sal oop wees (soos in *Littlejohn v Hadwen*) is moontlik geleë in die Skotse opvatting dat 'n eensydige belofte bindend is. Daar moet onderskei word tussen 'n belofte om 'n aanbod oop te hou en die stel van 'n tydperk waarna die aanbod verval. Selfs al word so 'n tydperk vir aanname gestel, kan die aanbod voor dié tyd herroep word, solank die aanbieder nie belowe het om die aanbod vir die tydperk oop te hou nie. In laasgenoemde geval is die aanbod onherroeplik.²⁶⁸

²⁶¹ Gloag *The Law of Contract* (1985) 37; Walter 119.

²⁶² Cf 2 2 3 1 n 139-140 *supra*.

²⁶³ Cf 2 2 2 1 n 10 *supra*.

²⁶⁴ Walker *Contracts* 118.

²⁶⁵ Walker *Contracts* 112; Gloag *Contract* 35.

²⁶⁶ *Littlejohn v Hadwen* 1882 20 SLR 5.

²⁶⁷ Cf 2 2 2 1 n 10 *supra*.

²⁶⁸ Gloag *Contract* 35; McBryde *Law of Contract* 69-70.

Die Suid-Afrikaanse reg sien 'n kontrak as 'n tweesydigse regshandeling en die kontraktuele gebondenheid is gegrond op die *consensus* tussen die partye. 'n Aanbod alleen skep dus nie verbintenisse nie, en kan herroep word deur die aanbieder tot en met die oomblik van kontraksluiting.²⁶⁹ Indien die ontvanger van die aanbod, voordat hy dit aangeneem het, 'n kennisgewing ontvang dat die aanbod herroep is, verloor hy die geleentheid om dit te aanvaar.²⁷⁰ Hieruit kan afgelei word dat kommunikasie van die herroeping nodig is vir die effektiwiteit daarvan: die aannemer moet dus kennis neem van die herroeping.²⁷¹

'n Aanbod is normaalweg herroepbaar, maar die argument dat 'n aanbieder uitdruklik of by wyse van implikasie sy aanbod vir 'n bepaalde tyd onherroepbaar kan maak, word deur sommige skrywers ondersteun.²⁷² Volgens De Wet en Van Wyk kan dit nie deur die eensydige optrede van die aanbieder gedoen word nie, maar wel by wyse van ooreenkoms. Die aanbieder maak dus 'n aanbod en bied ook aan om hierdie aanbod vir 'n bepaalde tyd nie te herroep nie, die geadresseerde neem die tweede aanbod aan en die aanbieder is op grond van dié ooreenkoms gebonde aan die eerste aanbod.²⁷³

Christie aan die ander kant, steun die standpunt dat 'n aanbod waarin vermeld word dat dit nie herroep sal word nie, uit die staanspoor onherroeplik is, omdat die partye nooit van mening was dat die onherroeplikheid van die aanbod eers aanvaar moet word voordat dit geldig is nie. Volgens hom is dit 'n redelike en logiese argument, alhoewel die teoretiese basis daarvan nie duidelik is nie.²⁷⁴

Kritzinger is van mening dat die herroepbaarheid van 'n aanbod net beperk kan word deur 'n *pactum de contrahendo*. Dit is ongeveer in lyn met De Wet en Van Wyk se voorgemelde standpunt, maar Kritzinger meen verder (anders as De Wet en Van Wyk) dat dit nie as algemene reël nodig is om die aanname van so 'n aanbod om te

²⁶⁹ Van der Merwe, Van Huyssteen, Reinecke, Lubbe & Lotz *Kontraktereg: Algemene Beginsels* (1 uitg) 45-46.

²⁷⁰ Kerr *The Principles of the Law of Contract* (5 uitg) 72.

²⁷¹ Christie *Law of Contract* 52-53.

²⁷² 53.

²⁷³ De Wet & Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg* 33-34.

²⁷⁴ Christie *Law of Contract* 53-55; *Building Material Manufacturers Ltd v Marais* 1990 1 SA 243 (O) 248-249.

kontraakteer (dus van so 'n aanbod om die (hoof)aanbod oop te hou) aan die aanbieder te kommunikeer nie. Uit die voorafgaande bespreking oor die resepsie van die aanbod en aanname-reëls in die Suid-Afrikaanse reg, kan nie dieselfde afleiding gemaak word nie. Soos Wessels tereg aanvoer:

“There is no doubt that, as a general rule, our law requires some manifestation of acceptance. An unexpressed consent or *propositum in mente retentum*, is regarded in law as non-existent ...”²⁷⁵

Die argument dat 'n aanbod deur middel van eensydige optrede van die aanbieder onherroepbaar gemaak kan word, is nie 'n oortuigende een nie, en dit blyk dus nodig te wees dat albei partye instem tot die onherroeplikeheid - stilswyende aanname daarvan kan nie veronderstel word bloot omdat die aanbod om die (hoof)aanbod oop te hou vir die aannemer geen verpligtinge inhou nie.^{275A}

2 2 4 2 Die vereiste van ooreenstemming tussen aanbod en aanname, en die *battle of the forms*

Aanname word in die Skotse reg gedefinieer as 'n uitdrukking deur die aannemer van 'n gewilligheid om homself kontraktueel te verbind met die aanbieder, op die terme gestel in die aanbod.²⁷⁶ Hierdie laaste frase gee weer dat die aanbod en aanname moet ooreenstem. Om 'n kontrak te sluit moet die partye wilsooreenstemming bereik, en dit ontbreek indien hulle verskil oor die terme van die transaksie.²⁷⁷ Dieselfde basiese vereiste wat in die *common law* en Romanistiese regstelsels geld,²⁷⁸ geld ook vir die Skotse reg: vir 'n aanname om effektief te wees moet dit aanvaarding van en instemming tot alle materiële terme van die aanbod daarstel.²⁷⁹

²⁷⁵ Wessels *Law of Contract in South Africa* (1951) par 105; Lubbe & Murray *Contract* 73-74, Kritzinger 1983 *SALJ* 441 451-452.

^{275A} Cf 2 1 3 4 n 100 vir 'n bespreking van *De Iure Belli ac Pacis II XI* 15: dit is duidelik dat De Groot se stelling deur sommige verkeerd geïnterpreteer word en dat hy nie bedoel het dat kommunikasie van die aanname in hierdie tipe gevalle onnodig is nie; cf verder ook *Dietrichsen v Dietrichsen* 1911 TPD 486 494, *Cape Explosives Works Ltd v SA Oil & Fat Industries Ltd* 1921 CPD 294 en *Driftwood Properties v McLean* 1971 4 SA 296 (T) 301 waar De Groot se stelling korrek geïnterpreteer word.

²⁷⁶ Walker *Contracts* 120.

²⁷⁷ Gloag *Contract* 39; McBryde *Law of Contract* 77.

²⁷⁸ Cf 2 2 2 2, 2 2 3 2 *supra*.

²⁷⁹ Walker *Contracts* 123.

'n Kommunikasie wat veronderstel is om 'n aanname te wees maar wat nuwe terme, kwalifikasies of voorwaardes bevat, sal nie as aanname effek hê nie, maar wel as 'n teenaanbod gesien word.²⁸⁰ In 'n ou Skotse saak, *Wylie & Lochhead v McElroy & Sons*,²⁸¹ het die aanname 'n materiële voorwaarde bevat wat nie in die aanbod verskyn het nie, en deur die aanbieder geïgnoreer is. Daar is beslis dat geen kontrak tot stand gekom het nie omdat die nuwe voorwaarde uitdruklike aanvaarding vereis. Die aanname is in effek 'n teenaanbod wat die oorspronklike aanbod kanselleer. Ook in *Burnley v Alford*²⁸² het die aanbod en aanname nie ooreengestem nie. B het aangebied om 'n eiendom insluitende meubels en ander goedere te koop vir £4500. A het 'n gewilligheid verklaar om te verkoop vir £4500 met uitsluiting van die meubels en goedere. Geen kontrak het dus tot stand gekom nie.²⁸³

'n Onderskeid moet getref word tussen 'n aanname wat miskien met 'n mate van huiwering gepaard gaan, en 'n aanbod om te aanvaar indien die aanbieder bereid is om sy terme te verander. In eersgenoemde geval is 'n kontrak gesluit, maar in laasgenoemde geval is die antwoord 'n nuwe aanbod (of teenaanbod) wat op sy beurt aanvaar moet word voordat 'n kontrak tot stand kom.²⁸⁴

Die vereiste van ooreenstemming tussen aanbod en aanname blyk streng te wees, maar dit beteken nie dat die aanname uitdruklik alle terme van die aanbod presies moet herhaal nie.²⁸⁵ Dit moet net nie wys op *dissensus* ten opsigte van enige term nie.²⁸⁶ In gevalle waar 'n reaksie op 'n aanbod redelikerwys gesien kan word as 'n blote verdere navraag of versoek wat beantwoord moet word, sal dit nie geld as 'n verwerping van die aanbod nie.²⁸⁷

Wanneer beide partye standaardvorms van aanbod en aanname gebruik kan daar probleme opduik. Dit is wel duidelik dat daar nie te veel klem geplaas moet word op wat 'n aanbod, teenaanbod, aanname of verwerping daar sal stel nie, maar dat die

²⁸⁰ Walker *Contracts* 120-121; McBryde *Law of Contract* 79.

²⁸¹ 1873 1 R 41.

²⁸² 1919 2 SLJ 123.

²⁸³ Cf Walker *Contracts* 123.

²⁸⁴ Gloag *Contract* 39; McBryde *Law of Contract* 78.

²⁸⁵ Gloag *Contract* 39-40.

²⁸⁶ Walker *Contracts* 123.

²⁸⁷ 121.

geheel van die korrespondensie tussen die partye en ook hulle gedrag belangrik is. Dit kan daarop dui dat hulle ooreenstemming oor alle wesenlike punte bereik het al is daar verskille tussen hulle vorms en die voorwaardes daarin vervat. Indien beide partye egter van mening is dat bepaalde terme nog aan onderhandeling onderworpe is, behoort hulle nie daaraan gebonde te wees nie.²⁸⁸ Daar is immers nie sprake van *consensus* oor sulke terme nie.

Indien 'n aanbod deur 'n bloot tentatiewe aanvaarding ontmoet word, menende 'n aanvaarding wat nuwe voorwaardes bevat of aandui dat die presiese terme van die transaksie nog gereël moet word, kan een van twee afleidings volgens Gloag gemaak word. Eerstens, dat die partye mekaar misverstaan en elkeen dink sy terme geld. In die geval is daar nie werklike ooreenstemming nie en dus ook nie 'n kontrak nie. Tweedens, dat die partye ooreengestem het om die kontrak as bindend te beskou en die punte in dispuut later uit te klaar of daarvan afstand te doen. Hier kan die kontrak afgedwing word, maar dit is moeilik om te sê presies wanneer wilsooreenstemming bereik is.²⁸⁹

Uit die Skotse bronne lyk dit nie asof die *battle of the forms*-probleem soveel aandag geniet as in die *common law* en Romanistiese regstelsels wat reeds ondersoek is nie.²⁹⁰ 'n Verwysing na die Engelse saak *Butler Machine Tool Co v Ex-Cell-O Corporation Ltd*,²⁹¹ 'n prominente saak in dié verband, skep die indruk dat die Skotse reg in 'n groot mate die Engelse reg navolg in die hantering van sulke probleme, en sodoende ook in beginsel 'n *last shot*-benadering volg.

Die Suid-Afrikaanse reg vereis ook 'n ongekwalfiseerde aanname vir die totstandkoming van 'n kontrak. Indien die aanname nuwe terme, wysigings, voorbehoude of teenstrydighede bevat, of sekere terme van die aanbod uitlaat, kom dit neer op 'n teenaanbod wat die oorspronklike aanbod verwerp. Die vereiste van ooreenstemming tussen aanbod en aanname moet egter gesien word as 'n kwessie van

²⁸⁸ 124.

²⁸⁹ Gloag *Contract* 45.

²⁹⁰ Cf bespreking daarvan by 2 2 2 (ii) en (iii) asook 2 2 3 2 (ii) en (iii) *supra*.

²⁹¹ 1979 1 All ER 965; cf verwysing in Walker *Contracts* 124; McBryde *Law of Contract* 81-82.

substansie eerder as vorm. Blote navrae, versoeke of verwysings na terme wat in elk geval *ex lege* geïmpliseer word verhoed nie die sluiting van 'n bindende kontrak nie.²⁹² 'n Term wat deur die reg geïmpliseer word wysig tog nie die terme van die aanbod nie.²⁹³

Nog 'n voorbeeld van 'n immateriële gebrek aan ooreenstemming tussen aanbod en aanname is die geval waar 'n verkoper wat 'n aanbod om te koop aanneem, 'n laer prys vermeld as die wat aangebied word.²⁹⁴ Geen party word benadeel in so 'n geval nie. Die aannemer het ingestem tot die prys en die aanbieder word bevoordeel. 'n Kontrak kom dus wel tot stand.

Heelwat uitsonderings op die reël kom dus voor,²⁹⁵ sodat dit duidelik blyk dat die vereiste nie 'n rigiede een is nie. Van die *battle of the forms*-probleem word nie werklik melding gemaak in die Suid-Afrikaanse regsbronne nie. Presies waarom is nie duidelik nie, omdat die probleem sekerlik ook in Suid-Afrika voorkom.

2 2 4 3 Mededeling van die aanname

(i) Die vereiste van kommunikasie van die aanname aan die aanbieder

Die algemene reël in die Skotse reg is dat 'n aanname geen effek het voordat dit gekommunikeer is aan die aanbieder nie.²⁹⁶ 'n Blote innerlike besluit om die aanbod te aanvaar is dus nie effektief nie.²⁹⁷ Kommunikasie vind plaas as die aanname onder die aandag van die aanbieder kom en deel word van sy bewussyn. In beginsel kan stilswye of die afwesigheid van 'n antwoord op 'n aanbod nie as aanname kwalifiseer nie, tensy daar vooraf so besluit is, of as die partye in vorige onderhandelinge so 'n verstandhouding gehad het.²⁹⁸

²⁹² Van der Merwe et al *Kontraktereg* 47-48; Christie *Law of Contract* 66; De Wet & Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg* 37.

²⁹³ *Stephen v Pepler* 1921 EDL 70.

²⁹⁴ *Parow Lands (Pty) Ltd v Schneider* 1951 3 SA 183 (SWA).

²⁹⁵ *Cf* Lubbe & Murray *Contract* 38 par 7 vir verdere voorbeelde.

²⁹⁶ McBryde *Law of Contract* 82-83; Walter *Contracts* 126.

²⁹⁷ Gloag *Contract* 26.

²⁹⁸ Walker *Contracts* 127; *cf* McBryde *Law of Contract* 73-74 waar dit blyk dat stilswye nie aanname daarstel nie.

Indien die aanbod is om goedere te voorsien of 'n diens te lewer word uitdruklike aanname gewoonlik vereis. Dit bly egter steeds 'n vraag na die bedoeling van die aanbieder: vereis hy uitdruklike aanname? Aannee kan ook geïmpliseerd wees, dit wil sê deur optrede wat aanname aandui, byvoorbeeld die versending van bestelde goedere.²⁹⁹ Die persoon wat die aanbod maak kan wegdoen met die vereiste van kennisgewing van aanname as dit sy wil is. Hy gee dus te kenne dat dit genoegsaam is om te handel op die aanbod of voorstel, sonder om eers die feit van aanname aan hom te kommunikeer.³⁰⁰

Die Suid-Afrikaanse reg vereis ook die kommunikasie van 'n aanname voordat dit effektief is en 'n kontrak tot stand bring.³⁰¹ Die ou Romeins-Hollandse skrywers het getwyfel oor die noodsaaklikheid van kommunikasie van 'n aanname, soos afgelei kan word uit ou sake,³⁰² terwyl Suid-Afrikaanse houe die vereiste van die begin af as 'n gegewe aanvaar het.³⁰³

Weereens is dit vir die aanbieder moontlik om weg te doen met die vereiste van kommunikasie, en hierdie afstanddoening kan uitdruklik of by wyse van implikasie geskied.³⁰⁴ In sommige gevalle waar die aanbieder nie wegdoen met die vereiste van kommunikasie nie, is aanname by wyse van optrede effektief, byvoorbeeld waar 'n aanbod gemaak word om iets te koop en die geadresseerde deponeer die tjek wat die aanbod vergesel in sy bankrekening. In *Collen v Rietfontein Engineering Works*³⁰⁵ was so 'n handeling tesame met 'n versuim om die aanbieder mee te deel dat sy aanbod nie aanvaar word nie volgens die hof genoegsame aanduiding aan die verweerder dat sy aanbod aanvaar is.³⁰⁶

²⁹⁹ Gloag *Contract* 27.

³⁰⁰ McBryde *Law of Contract* 75-77; Walker *Contracts* 130.

³⁰¹ Kerr *Principles* 104.

³⁰² *The Fern Gold Mining Co v Tobias* 1890 3 SAR 134; *Dietrichsen v Dietrichsen* 1911 TPD 486 494-495.

³⁰³ Christie *Law of Contract* 72-73 n 245.

³⁰⁴ Christie *Law of Contract* 73; Kerr *Principles* 104-105.

³⁰⁵ 1948 1 SA 413 (A).

³⁰⁶ Kerr *Principles* 31-32.

(ii) Die oomblik van kontraksluiting

Met betrekking tot die tydstip van totstandkoming van 'n kontrak wat *inter praesentes*, per telefoon of op 'n ander oombliklike wyse gesluit word, is die algemene reël dat 'n aanname effektief is wanneer dit onder die aandag van die aanbieder kom. Verder bepaal die Skotse reg in geval van kontraksluiting *inter absentes* (meestal kontrakte wat per pos gesluit word) dat 'n aanname onherroeplik en bindend is vanaf die oomblik wat dit gepos word. Die versendingsteorie word, soos in die Engelse reg,³⁰⁷ aanvaar grootliks as gevolg van die gerieflike manier wat dit bied om die oomblik van kontraksluiting te bepaal. Die hipotese was dat die poskantoor 'n agent van die aanbieder is, of 'n middelman tussen die partye. Sodra die brief van aanname dus onder beheer van die poskantoor gekom het is, die bestaan van 'n kontrak op grond van dié hipotese aanvaar.³⁰⁸

Die reël is, soos reeds vermeld,³⁰⁹ arbitrêr en dit benadeel die aanbieder wat nie sal weet wanneer die brief versend is en dus vanaf welke tydstip hy gebonde is nie. Die toepassing van die versendingsteorie in gevalle van kontraksluiting per pos is egter 'n gevestigde gebruik in die Skotse reg. Verskillende argumente onderlê die versendingsteorie. Volgens Gloag is die sinvolste argument dat die aanbieder by implikasie 'n kontrak sluit om 'n geposde brief as aanname en kennisgewing aan hom te sien.³¹⁰ Of dit genoegsame regverdiging is vir 'n afwyking van die vernemingsteorie wat algemeen geld, is te betwyfel.

As 'n moontlike balanseringsargument moet in gedagte gehou word dat 'n aanbod in die Engelse reg nie eensydiglik onherroeplik gemaak kan word nie.³¹¹ Die aannemer moet dus vinnig reageer ten einde 'n kontrak tot stand te bring, wat die versendingsteorie effens meer regverdig laat voorkom. In die Skotse reg kan 'n aanbod, alhoewel in beginsel herroepbaar, wel onherroepbaar gemaak word.³¹² In so 'n geval geniet die aannemer dus die voordeel van 'n aanbod wat vir 'n sekere tyd nie

³⁰⁷ Cf 2 2 2 3 (ii) veral n 121-122 *supra*.

³⁰⁸ Walker *Contracts* 129.

³⁰⁹ Cf 2 2 2 3 (ii) n 128-129 *supra*.

³¹⁰ McBryde *Law of Contract* 83-87; Gloag *Contract* 34; cf *Thomson v James* 1855 18 D I as *locus classicus* van toepassing van versendingsteorie in Skotse reg.

³¹¹ Cf 2 2 2 1 n 10 *supra*.

³¹² Cf n 265-266 *supra*.

herroep kan word nie, plus die voordeel dat sy aanname reeds by versending daarvan effektief is.

'n Afleiding wat gemaak kan word uit die toepassing van die pos-reël is dat 'n kontrak voltooi is by versending van die aanname, selfs al word dit nie ontvang binne die periode wat vir aanname gestel is nie. Dit volg dan ook dat 'n kontrak tot stand behoort te kom by die pos van die aanname al kom dit nooit by die aanbieder uit nie. Die Engelse howe het inderdaad so beslis, maar in die Skotse saak *Mason v Benhar Coal Co*³¹³ beslis die hof dat dit nie die geval is nie. Die punt bly dus oop in die Skotse reg.³¹⁴

Indien 'n aanbieder homself wil beskerm teen die tipe risiko's wat hierbo genoem is, moet hy stipuleer dat 'n kontrak nie tot stand kom voordat hy die aanname ontvang nie.³¹⁵ Die kans wat die aanbieder gebied word om sy posisie te beskerm verminder in 'n sin die onregverdigheid wat die toepassing van die versendingsteorie kan meebring.

Alhoewel die toepassing van die versendingsteorie die aanbieder kan benadeel, is dit duidelik dat 'n omgekeerde situasie, met ander woorde waar 'n kontrak eers tot stand kom wanneer die aanbieder verneem van aanname, weer die aannemer in 'n moeilike situasie kan plaas. Indien sy brief van aanname vertraag word in die pos en die aanbieder trek die aanbod terug voor hy die aanname ontvang, bestaan geen kontrak tussen hulle nie, ten spyte van die feit dat die aannemer alles in sy vermoë gedoen het om 'n kontrak tot stand te bring.³¹⁶

Die nadeel wat die aannemer in so 'n situasie ondervind kan een van die redes wees waarom ook die Suid-Afrikaanse howe afwyk van die vernemingsteorie in geval van kontraksluiting per pos. As uitgangspunt aanvaar die Suid-Afrikaanse reg wel die vernemingsteorie, dit wil sê dat 'n kontrak tot stand kom waar en wanneer die partye *consensus* bereik. Gewoonlik is dit op die plek en tyd wat die aanbieder verneem dat

³¹³ 1882 9 R 883 890.

³¹⁴ Gloag *Contract* 34; Walker *Contracts* 129.

³¹⁵ Gloag *Contract* 34-35.

³¹⁶ Christie *Law of Contract* 75.

sy aanbod aanvaar is.³¹⁷ Dogmaties is dié teorie die mees bevredigende een, omdat dit die oomblik van volkome wilsooreenstemming as die oomblik van kontraksluiting beskou.

Die bekende saak *Cape Explosives Works Ltd v South African Oil & Fat Industries Ltd*³¹⁸ het egter die versendingsteorie verkondig as die prakties gerieflikste een om die tyd en plek van kontraksluiting te bepaal in gevalle waar die kontrak oor die pos gesluit word. Die benadering wat in die Engelse saak *Adams v Lindsell* gevolg is, naamlik dat die oomblik van versending van die aanname bepalend is, het op die manier inslag in ons reg gevind.³¹⁹

Searle R dui in die *Cape Explosives*-saak aan dat dit hier gaan oor wie die risiko moet dra vir vertraging of verlies van die aannemingsmiddel in die pos. Die teorie van versending beskerm die aannemer, en die aanbieder dra gevolglik die risiko van nadeel indien hy byvoorbeeld 'n kontrak met iemand anders sou sluit op die veronderstelling dat die geadresseerde die aanbod afgewys het, terwyl laasgenoemde wel 'n brief van aanname versend het wat daarna byvoorbeeld in die pos verlore geraak het.³²⁰

Belangrik is om te onthou dat die versendingsteorie nie noodwendig altyd geld in geval van kontraksluiting deur middel van die posstelsel nie. Die aanbieder kan stipuleer water metode van aanname gebruik moet word. Hy kan dus die pos-reël uitsluit en vereis dat hy die aanname-verklaring moet ontvang, of selfs dat dit onder sy aandag moet kom voordat 'n kontrak tot stand kom.³²¹ Die reël sal ook nie van toepassing wees indien die posstelsel nie behoorlik funksioneer, of as die brief van aanname nie korrek geadresseer is nie.³²²

³¹⁷ Van der Merwe et al *Kontraktereg* 43; Lubbe & Murray *Contract* 64.

³¹⁸ *Supra* 2 1 n 102.

³¹⁹ De Wet & Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg* 39-40; Christie *Law of Contract* 76.

³²⁰ Van der Merwe et al *Kontraktereg* 51-54.

³²¹ Christie *Law of Contract* 77; Lubbe & Murray *Contract* 65.

³²² Christie *Law of Contract* 79-81.

Die versendingsteorie geld derhalwe net in bepaalde gevalle soos hierbo aangedui is, maar tog word heelwat kritiek teen die toepassing van die reël uitgespreek.³²³ Ten spyte daarvan vind die versendingsteorie in Suid Afrika steeds toepassing, sodat 'n aanname wat gepos word op daardie oomblik effektiwiteit verkry.

³²³ Cf Hutchison *Contract Formation* in: *Southern Cross* (1996) 173-180 vir 'n bespreking hiervan.

HOOFSTUK 3

INTERNASIONALE POGINGS TOT VERENIGING VAN DIE KOOPREG

3 1 Algemene Inleiding

Die voorafgaande hoofstuk maak dit duidelik dat ten spyte van gemeenskaplike filosofiese wortels,¹ daar heelwat uiteenlopende aanbod en aanname-reëls in die Anglo-Amerikaanse en Romanistiese regstelsels bestaan. Ook die reëls in gemengde regstelsels verskil tot 'n groot mate van dié in hierdie stelsels.²

Alhoewel die feit nie van belang is wanneer kontrakte in 'n nasionale konteks gesluit word nie, is dit by internasionale koopkontrakte baie relevant. Dat probleme kan ontstaan wanneer partye vanuit verskillende regstelsels kontrakteer is 'n logiese afleiding. Nie eens binne 'n spesifieke regs familie (byvoorbeeld Anglo-Amerikaanse reg) stem die onderskeie stelsels oor alle punte ooreen nie.

Soos reeds vermeld, het 'n paar internasionale liggame reeds goeie vordering gemaak in die ontwikkeling van 'n eenvormige, internasionale koopreg.³ Die idee is dat hierdie internasionale reëls in die plek van teenstrydige (of minstens verskillende) nasionale reëls van kontraksluiting tree wanneer 'n internasionale koopkontrak ter sprake is om sodoende regsekerheid te verhoog en dispute te beperk.

Vervolgens word gekyk na twee internasionale pogings tot vereniging van die koopreg: die Verenigde Nasies Konvensie vir Kontrakte vir die Internasionale Verkoop van Goedere en die *UNIDROIT*-Beginsels van Internasionale Kommersiële Kontrakte. Die reëls aangaande aanbod en aanname wat in die vorige hoofstuk bespreek is, is weereens die fokuspunt sodat geïllustreer kan word watter effek die toepassing van sogenaamde internasionale reëls op die totstandkoming van kontrakte

¹ Cf 2 1 *supra*.

² Cf 2 2-2 4 *supra*.

³ Cf 1 1 *supra*.

het. Daar word ook gekyk na die vraag of hierdie reëls daadwerklike oplossings bied vir die probleme wat in die konteks van internasionale kontrakte voorkom.

3 2 Die Verenigde Nasies Konvensie vir Kontrakte vir die Internasionale Verkoop van Goedere

3 2 1 Algemeen

Kommer oor die beperkings wat uiteenlopende regsreëls vir internasionale handel en kontraksluiting meebring is nie 'n nuwe verskynsel nie. Reeds in die 1930's het *UNIDROIT* (die Internasionale Instituut vir die Unifikasie van Privaatreg) opdrag gegee vir die ontwerp en opstelling van 'n eenvormige reg vir die internasionale verkoop van goedere. Uiteindelik is twee konvensies in 1964 by Den Haag aanvaar: *ULIS* (*Uniform Law on the International Sale of Goods*) en *ULF* (*Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*).

Die twee konvensies het egter nie die nodige wêreldwye ondersteuning verkry nie. In 1966 het nog 'n internasionale liggaam die lig gesien: *UNCITRAL* (The United Nations Commission on International Trade Law), wat tot stand gebring is om die progressiewe harmonisering en vereniging van die reg insake internasionale handel te bevorder. Omdat die Den Haag-konvensies nie die gewenste uitwerking gehad het nie, het *UNCITRAL* 'n wyd verteenwoordigende groep regsgeleerdes opdrag gegee om 'n nuwe teks op te stel, een wat vir lande met verskillende regs-, sosiale- en ekonomiese sisteme aanvaarbaar sou wees.⁴

Die Den Haag-konvensies is as vertrekpunt gebruik, maar die uiteindelijke produk is ver verwyder daarvan. In April 1980 is die VN-Konvensie in Wenen goedgekeur deur 'n diplomatieke konferensie van 62 state, en op 1 Januarie 1988 het dit in werking getree - 'n jaar nadat tien state dit aanvaar het. Tot op hede het meer as 50 state dit reeds aanvaar, waarvan Suid-Afrika nie een is nie.⁵ Dit is nog nie seker of Suid-Afrika wel die Konvensie gaan aanneem nie, maar daar is heelwat argumente ten

⁴ Nicholas "The Vienna Convention on International Sales Law" 1989 *LQR* 201 201-204.

⁵ Honnold "Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention (2 uitg) 47.

gunste daarvan. Die verkryging van internasionale klandisiewaarde, die feit dat kontraktante hulle regte en verpligtinge kan reël sonder vrese vir vreemde regsreëls, verminderde regskostes omdat die Konvensie se teks makliker sal analiseer as die regsreëls van verskillende vreemde regstelsels, en minder probleme in verband met die bewys van vreemde reg is van die voordele wat ratifikasie van die Konvensie volgens Krieger vir Suid-Afrikaanse besigheids- en regslui kan inhou.⁶

Die VN-Konvensie geld ten opsigte van kontrakte vir die verkoop van goedere tussen partye wie se besigheidsplekke hulle in verskillende state bevind in twee moontlike gevalle: eerstens as die state die konvensie aangeneem het, of andersins wanneer die reëls van internasionale privaatreëls lei tot die toepassing van die reg van 'n staat wat die Konvensie aangeneem het.⁷ Dit staan partye egter vry om die werking van die Konvensie uit te sluit, in welke geval die terme van hulle kontrak geld. Die reëls van die Konvensie speel in elk geval, soos nasionale reëls in verband met kommersiële kontrakte, slegs 'n ondersteunende rol. Dit verskaf antwoorde op probleme wat die partye nie deur middel van hulle kontrak kan oplos nie. Die Konvensie meng dus nie in met die vryheid van die koper en verkoper om die terme van hulle transaksie self te bepaal nie.⁸

Die Konvensie bestaan uit vier dele, waarvan die tweede deel oor die totstandkoming van die kontrak vir die onderhawige bespreking relevant is. Die bepalings in die deel beoog 'n kompromie tussen *common law* en Romanistiese konsepte. Die Konvensie sien 'n aanbod as herroepbaar, en volg in die verband die *common law*, alhoewel daar 'n *firm offer*-uitsondering bestaan. Aan die ander kant verwerp die konvensie die *common law* se versendingsteorie of *mailbox rule*. 'n Aannee is eers effektief wanneer die aanbieder dit ontvang, maar die belangrikste effek van die *mailbox rule*, naamlik dat 'n aanbod nie herroep kan word nadat die aanname versend is nie, is wel in die Konvensie behou.⁹

⁶ Krieger "The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Assessment of its Impact on International Transactions" 1989 *SALJ* 184 190-191; Eiselen "Adoption of the Vienna Convention for the International Sale of Goods (the CISG) in SA" 1999 116 *SALJ* 323.

⁷ Kelso "The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Contract Formation and the Battle of Forms" 1983 *Columbia J of Transnational L* 529 530.

⁸ Honnold *Uniform Law* 48.

⁹ Winship "Formation of International Sales contracts under the 1980 Vienna Convention" 1983 *The International Lawyer* 1 14; Krieger 1989 *SALJ* 186.

Die VN-Konvensie het ten doel om regters en arbiters in staat te stel om internasionale dispute op te los sonder om nasionale reëls te gebruik. Internasionale kriteria en beginsels word voorsien, waarop besluitnemers hulle beslissings kan baseer. Artikel 7(1) van die Konvensie bepaal dat hoewe in hulle interpretasie van die Konvensie die internasionale karakter daarvan in gedagte moet hou, asook die behoefte om dit eenvormig toe te pas. Sodoende behoort die Konvensie by te dra tot die vereniging van die internasionale koopreg.¹⁰

Die tradisionele analise in terme van aanbod en aanname is ook deur die Konvensie aangeneem. Al is die toepassing daarvan in sommige gevalle kunsmatig, is dit 'n welbekende en nuttige analise. Honnold noem wel dat die Konvensie nie poog om alle transaksies so te ontleed nie. Wanneer die kommunikasie van aanbod en aanname dus nie duidelik geïsoleer kan word nie kan die bestaan van 'n kontrak in sekere gevalle steeds erken word.¹¹

3 2 2 Herroepbaarheid van die aanbod

Die Konvensie onderskei tussen terugtrekking en herroeping van 'n aanbod. Terugtrekking kan geskied indien dit die aannemer bereik voordat hy die aanbod ontvang, of gelyktydig daarmee. Dit kan gebeur selfs al is die aanbod onherroeplik.¹² So 'n terugtrekking is moontlik omdat die aanbod eers effektief is wanneer dit die aannemer bereik.¹³

Herroeping van 'n aanbod voor kontraksluiting is in beginsel moontlik, solank die herroeping die aannemer bereik voordat hy 'n aanname versend het. Artikel 16(1) volg dus die *common law*-reël dat 'n aanbod as sulks nie bindend is nie.¹⁴ 'n Kwalifikasie van die reël is egter in artikel 16(2) opgesluit. 'n Aanbod is

¹⁰ DiMatteo "The CISG and the Presumption of Enforceability: Unintended Contractual Liability in International Business Dealings" *YJIL* 111 113; Garro "The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG" 1995 *Tulane LR* 1149 1151-1152.

¹¹ Honnold *Uniform Law* 192-193; Nicholas 1989 *LQR* 212; Kelso 1983 *Columbia J of Transnational L* 532-533.

¹² A 15(2) VN-Konvensie; Honnold *Uniform Law* 204; Von Mehren *International Encyclopedia of Comparative Law* (1992) 82.

¹³ A 15(1) VN-Konvensie; Honnold *Uniform Law* 204; Nicholas 1989 *LQR* 214.

¹⁴ Cf 2 2 2 1 veral n 10 *supra*.

onherroeplik (a) indien dit aandui, deur 'n bepaalde tyd vir aanname te stel of op 'n ander manier, dat dit onherroeplik is, of (b) as dit redelik was vir die aannemer om staat te maak op die aanbod as onherroeplik en hy in vertroue op die aanbod gehandel het.¹⁵

Die *common law se mailbox rule*, in terme waarvan 'n kontrak tot stand kom by versending van die aanname (die aanbod kan dus ook nie na hierdie oomblik herroep word nie) is 'n verdere beperking op die breë bevoegdheid van die aanbieder om sy aanbod te herroep.¹⁶ Die Konvensie beperk die bevoegdheid ook op 'n ander manier, maar die posisie verskil steeds van die Romanistiese posisie. In dié stelsels is 'n aanbod in die algemeen onherroepbaar - óf vir die periode gestel vir aanname, óf vir 'n redelike tyd. Al die Romanistiese stelsels erken nie die bindende krag van 'n aanbod so sterk soos byvoorbeeld die Duitse reg nie, maar indien 'n spesifieke tyd vir aanname gestel word, is 'n aanbod in die stelsels onherroepbaar vir die tydperk.¹⁷ In 'n *common law*-konteks is die stel van 'n tydperk waarbinne aanname moet plaasvind bloot 'n aanduiding dat die aanbod sal verval as dit nie binne die tyd aangeneem word. Dit verhoed nie die aanbieder om die aanbod te herroep voor die tydperk verby is nie.¹⁸

Dit is nie duidelik of, in terme van artikel 16(2) van die Konvensie, die stel van 'n bepaalde tydperk vir aanname outomaties ook beteken dat die aanbod vir die tyd onherroeplik is, en of meer nodig is om dit aan te dui nie. Daar word aanbeveel dat 'n aanbieder wat 'n datum wil stel waarop die aanbod verstryk, maar steeds die bevoegdheid wil behou om die aanbod te herroep, die bedoeling duidelik moet laat blyk.¹⁹

Indien die aanbieder nie belowe of aangedui het dat die aanbod onherroeplik is nie, maar dit was redelik vir die aannemer om staat te maak op die onherroeplikheid daarvan, en hy het in vertroue op die aanbod gehandel, kan die aanbod ook nie

¹⁵ Honnold *Uniform Law* 205; Nicholas 1989 *LQR* 215.

¹⁶ Honnold *Uniform Law* 205.

¹⁷ Cf 2 2 3 1 veral n 139, 144, 148 *supra*; Nicholas 1989 *LQR* 215.

¹⁸ Cf 2 2 2 1 n 10 *supra*; Nicholas 1989 *LQR* 215.

¹⁹ Honnold *Uniform Law* 207-209.

herroep word nie.²⁰ Neem byvoorbeeld die geval waar 'n bouer 'n verskaffer van bakstene vra om aan hom 'n aanbod te maak vir die verkoop van 'n sekere aantal bakstene. Die bouer vermeld dat hy die aanbod nodig het om 'n tender in te dien vir 'n kontrak om 'n bepaalde gebou op te rig, en dat dit oor 'n maand ingedien moet word.

Die verskaffer rig gevolglik 'n aanbod aan die bouer, en die bouer gebruik dit in sy tender. Nadat die tenders ingedien is, maar voor die toekenning van die kontrak, stel die verskaffer die bouer in kennis dat hy sy aanbod herroep. Kort daarna word die kontrak toegeken aan die spesifieke bouer, en hy stel die verskaffer in kennis dat hy die aanbod aanneem. Volgens artikel 16(2)(b) van die Konvensie sal die herroeping van die aanbod nie effektief wees nie. Die verskaffer het gewet dat die bouer die aanbod vir sy tender gaan gebruik. Die bouer kon dus staatmaak daarop dat die aanbod onherroeplik is. Verder het hy ook gehandel in vertroue op die aanbod deur dit in sy tender te gebruik.²¹

Veral in gevalle soos hierdie waarin artikel 16(2) nie die periode van onherroeplikheid beperk nie, is artikel 18(2) belangrik. Die artikel bepaal dat geen kontrak tot stand kom indien die aannemer se verklaring van aanname die aanbieder nie binne die tyd wat daarvoor gestel is of andersins binne 'n redelike tyd bereik nie. Die tydsbeperking verhoed dat die aannemer spekulereer ten koste van die aanbieder, deurdat hy byvoorbeeld iets doen wat nodig sou kon wees om die aanbod aan te neem, en na bepaalde gebeure wat die kontrak meer aantreklik laat lyk, beweer dat die stappe geneem is in vertroue op die aanbod. Sulke dubbelsinnige handelinge behoort nie tot onherroeplikheid van die aanbod te lei nie, maar omdat dit wel die geval is, speel artikel 18(2) 'n belangrike rol omdat dit die geadresseerde se geleentheid om die aanbod aan te neem, verkort.²²

²⁰ A 16(2)(b) VN-Konvensie.

²¹ Honnold *Uniform Law* 210-211.

²² 211-212.

3 2 3 Die reël aangaande ooreenstemming tussen aanbod en aanname, en die *battle of the forms*

Tradisioneel word in die meeste regstelsels vereis dat die terme van die aannameverklaring moet ooreenstem met dié van die aanbod.²³ Baie regstelsels het reeds wegbeweeg van 'n rigiede toepassing van die *mirror image*-reël, sommige tot 'n groter mate as ander.²⁴ Artikel 19 van die VN-Konvensie stel ook die vereiste, maar bevat wel kwalifikasies daarvan.

Die algemene reël dat 'n aanname wat byvoegings, beperkings of ander veranderinge bevat (en dus nie met die aanbod ooreenstem nie) nie as 'n aanname effektief is nie, maar gesien word as 'n teenaanbod en verwerping van die oorspronklike aanbod, is in artikel 19(1) vervat.²⁵ Die tradisionele posisie word hierin weerspieël - die aanbod en aanname moet ooreenstem.

Die opstellers van die Konvensie kon egter nie die probleme wat 'n streng toepassing van die reël meebring ignoreer nie. Soos reeds vroeër vermeld,²⁶ ontstaan probleme veral wanneer standaardvorms deur albei partye gebruik word, en hulle nie die teenstrydighede of verskille opmerk of daarteen beswaar maak nie. Die transaksie gaan voort en eers wanneer daar na prestasie deur een of albei partye 'n dispuut ontstaan, kom die vraag na die inhoud van hulle kontrak na vore. Elkeen wil natuurlik hê sy terme moet geld, en dit word aan die reg oorgelaat om die probleem op te los. Paragraaf (2) en (3) van artikel 19 kwalifiseer die tradisionele reël en is dus 'n erkenning van die feit dat so 'n reël nie bevredigend werk in 'n kommersiële konteks nie.

Artikel 19(2) bepaal dat 'n reaksie op 'n aanbod wat bykomstige of verskillende terme bevat wat *nie* die terme van die aanbod wesenlik wysig nie, wel 'n aanname daarstel, *tensy* die aanbieder onverwyld mondelings beswaar maak teen die verskille of 'n

²³ Cf 2 2 2 2 (i), 2 2 3 2 (i), 2 2 4 2 *supra*.

²⁴ Cf 2 2 2 2 (ii)-(iii) *supra* tov Engelse en Amerikaanse reg en 2 2 3 2 (ii)-(iii) *supra* tov Franse, Nederlandse en Duitse reg. Dit is duidelik dat die Amerikaanse en Duitse reg die verste van die *mirror image*-reël af beweeg het.

²⁵ Honnold *Uniform Law* 228-229.

²⁶ Cf 2 2 2 2 (iii), 2 2 3 2 (iii), 2 2 4 2 *supra* tov *battle of the forms* -probleem en hoe verskillende nasionale regstelsels dit oplos.

kennisgewing tot die effek versend. Indien die aanbieder nie so beswaar aanteken nie, sal die terme van die kontrak bestaan uit die terme van die aanbod plus die wysigings in die aanname vervat.²⁷

Die rigiditeit van die *mirror image*-reël word deur middel van subartikel (2) versag, *maar* die effek van die subartikel word grootliks aan bande gelê deur die baie wye en allesomvattende beskrywing wat van materiële (wesentliche) terme in subartikel (3) gegee word. Volgens artikel 19(3) sal addisionele of verskillende terme wat verband hou met onder andere die prys, betaling, kwaliteit en kwantiteit van die goedere, plek en tyd van lewering, die aanspreeklikheid van die partye teenoor mekaar of die hantering van dispute gesien word as 'n materiële wysiging van die aanbod. Volgens hierdie omskrywing sal bykans enige wysiging materieël wees. Dit beteken dat subartikel 19(2) nie baie dikwels die geleentheid sal hê om die tradisionele reël soos vervat in subartikel (1) te kwalifiseer nie.²⁸

Artikel 19(2) se werking is dus beperk tot verskille wat nie die aanbod se terme materieël wysig nie. As gevolg van die wye bewoording van artikel 19(3) sal wysigings net in 'n beperkte aantal gevalle nie materieël wees nie, met die gevolg dat die effek van artikel 19(2) nie veel meer sal wees as om 'n plig op die aanbieder te plaas om dadelik beswaar te maak teen werklike klein verskille tussen aanbod en aanname nie.²⁹ Indien die verandering klein is en nie die aanbod materieël wysig nie word dit deel van die kontrak tensy die aanbieder beswaar maak daarteen. As dit gebeur sal die aanname as verwerping van die aanbod en teenaanbod beskou word.³⁰

Die Amerikaanse *Uniform Commercial Code* verwerp die klassieke *mirror image*-reël, die bestaan van 'n kontrak kan erken word ten spyte van addisionele of verskillende terme, en artikel 2-207 fokus dus op die vasstelling van die inhoud van die kontrak.³¹ Die *UCC* beperk materialiteit tot 'n paar fundamentele terme in teenstelling met die wye omskrywing daarvan in die Konvensie. 'n Verdere verskil is

²⁷ Honnold *Uniform Law* 228-229.

²⁸ Gabriel "The Battle of the Forms: A Comparison of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code" 1994 *BL* 1053 1057; Honnold *Uniform Law* 229, 232.

²⁹ Nicholas 1989 *LQR* 217.

³⁰ Kelso 1983 *Columbia J of Transnational L* 546.

³¹ *Cf* 2 2 2 2 (iii) *supra*; Kelso *Columbia J of Transnational L* 543.

dat 'n materiële wysiging van die aanbod volgens artikel 19 van die Konvensie lei tot 'n verwerping van die oorspronklike aanbod (en die ontstaan van 'n teenaanbod), terwyl 'n materiële wysiging volgens artikel 2-207 van die *UCC* nie die ontstaan van 'n kontrak sal verhoed nie. Die terme daarvan sal dié van die oorspronklike aanbod wees en die wysigings sal geskrap word.³²

Dit wil voorkom asof die bestaan van 'n kontrak onder die VN-Konvensie maklik ontken kan word. Bykans enige byvoeging of verandering maak van 'n gepoogde aanname 'n teenaanbod in terme van artikel 19. Tog is daar bewyse dat tribunale maniere gevind het om te verhoed dat kontrakte op grond van bloot immateriële afwykings tussen aanbod en aanname omseil word. Dit word gedoen deur te bevind dat die beweerde afwyking nie regtig teenstrydig is met die aanbod in die lig van kommersiële praktyk of goeie trou nie, dat dit 'n blote versoek vir wysiging van 'n ooreenkoms is, dat daarvan afstand gedoen is deur die party wat dit voorgestel het, of dat dit stilswyend aanvaar is deur die ander party.³³

Indien die bestaan van 'n kontrak dus erken word, is die volgende logiese vraag wat die inhoud van die kontrak is. Waar die aanbieder versuim om beswaar te maak teen nie-materiële wysigings in die aanname, vorm die terme van die oorspronklike aanbod tesame met die wysigings in die aanname die inhoud van die kontrak.³⁴ In gevalle waar die aanbieder wel teen sodanige wysigings beswaar maak kom daar natuurlik geen kontrak tot stand op die terme van die oorspronklike aanbod nie, omdat dit verwerp is deur die geadresseerde se verklaring. Tensy laasgenoemde se teenaanbod aanvaar word kom geen kontrak tot stand nie.³⁵

Dit is 'n kommersiële realiteit dat kontraktante dikwels hulle instemming tot 'n ooreenkoms wys deur 'n handeling te verrig. Die Konvensie erken in artikel 18(3) dat 'n aannemer sy instemming kan aandui deur 'n handeling te verrig soos die versending van goedere of betaling van die prys. Dit kan byvoorbeeld gebeur dat

³² Di Matteo 1995 *Tulane LR* 154-155; Kelso *Columbia J of Transnational L* 543.

³³ Honnold *Uniform Law* 230.

³⁴ A 19(2) VN-Konvensie; cf ook Honnold *Uniform Law* 229-230.

³⁵ A 19(2) VN-Konvensie; cf ook Honnold *Uniform Law* 231-232.

partye standaardvorms uitruil waarvan een of meer terme wesenlik verskillend is, maar nie werklik daarvan kennis neem nie. Een of albei partye presteer en daarna ontstaan probleme byvoorbeeld as gevolg van defektiewe goedere of 'n versuim om te betaal. Die afwyking kom nou aan die lig en die party vir wie die bestaan of terme van die kontrak ongunstig is, beweer dat die afwykende aanname 'n verwerping van die aanbod en derhalwe 'n teenaanbod was en dat geen kontrak tot stand gekom het omdat die teenaanbod nie aanvaar is nie.

Die volle omvang van die transaksie moet egter raakgesien word. Die uitruil van vorms asook die lewering en ontvangs van die goedere wys dat die partye wel 'n kontrak gesluit het. Gestel daar was ooreenstemming tussen die vorms oor alle basiese terme wat in artikel 19(3)³⁶ genoem word, behalwe oor die aanspreeklikheid van die partye teenoor mekaar. Gestel verder die dispuut ontstaan omdat die koper versuim om die koopprys te betaal. Dat 'n kontrak tot stand gekom het is duidelik, en in hierdie geval voorsien die kontraksterme wel 'n oplossing. Daar was immers ooreenstemming tussen die vorms oor die kwessie in geskil: die prys wat vir die goedere betaal moet word.³⁷

Wat sal gebeur as die geskil juis handel oor die term waaroor die partye se vorms verskil? Onmiddellik na die uitruil van vorms kon die partye geweier het om te presteer, geen kontrak sou tot stand gekom het nie omdat daar 'n materiële verskil tussen die aanbod en aanname was. Die aanbieder (koper) se vorm bevat 'n standaardterm dat die verkoper aanspreeklik is vir alle skade as gevolg van defektiewe goedere, terwyl die aannemer (verkoper) se vorm 'n term bevat wat sy aanspreeklikheid vir gevolgskaade uitsluit. As gevolg van die partye se optrede (die uitruil van vorms, versending en ontvangs van die goedere) het 'n kontrak wel tot stand gekom, en as defektiewe goedere nou lei tot verdere skade vir die koper, is die vraag watter reël die omvang van die verkoper se aanspreeklikheid bepaal.³⁸

³⁶ Cf n 28 *supra*.

³⁷ Honnold *Uniform Law* 235-236.

³⁸ 236.

Verskillende benaderings word gevolg om die vraag te beantwoord. Een benadering is die sogenaamde *last shot theory*.³⁹ Hiervolgens geld die terme van die laaste vorm in die reeks omdat daaropvolgende prestasie instemming daartoe aandui. In hierdie geval sal die koper (aanbieder) gebonde wees aan die verkoper se vorm, omdat hy die verkoper se teenaanbod aangeneem het deur die goedere in ontvangs te neem. Hy kon die goedere verwerp het as gevolg van die materiële verskil tussen aanbod en aanname, maar as gevolg van sy optrede is 'n kontrak gesluit en wel op die terme van die verkoper se teenaanbod, wat sy aanspreeklikheid vir gevolgskaade uitsluit.

Die benadering lei nie tot bevredigende resultate nie. Dit is onregverdig om te aanvaar dat die koper meer aandag gegee het (of moes gee) aan die verkoper se vorm as wat die verkoper aan die koper se vorm gegee het, veral omdat die verkoper nie die afwykende klousule onder die koper se aandag gebring het nie. Die koper se stilsweye kan moeilik as instemming gesien word.⁴⁰

Last shot-teorieë word ook in die internasionale konteks gekritiseer as kasuïsties en onregverdig en is nie in die Konvensie opgeneem nie. Dit is 'n algemene verskynsel dat 'n kontrak geen oplossing bied vir 'n probleem wat tot 'n dispuut lei nie. Volgens Honnold is een van die basies funksies van regsreëls ten opsigte van kommersiële verkope, die voorsiening van oplossings waar leemtes in kontrakte bestaan. Die VN-Konvensie voorsien byvoorbeeld 'n antwoord vir die probleem in bogenoemde voorbeeld: reëls oor remedies vir kontrakbreuk asook 'n reël oor die vasstelling van skadevergoeding.⁴¹

Dit blyk dus dat die bydrae wat die Konvensie tot die *battle of the forms*-probleem lewer, nie so groot is nie. Artikel 19(1) stel die tradisionele *mirror image*-reël as uitgangspunt. Dit word gekwalifiseer in artikel 19(2), maar die effek van die kwalifikasie word tot so 'n mate deur artikel 19(3) aan bande gelê dat die tradisionele

³⁹ Cf 2 2 2 2 (iii); 2 2 3 2 (iii) *supra* vir die toepassing al dan nie van die *last shot*-benadering in die Anglo-Amerikaanse en Romanistiese regstelsels.

⁴⁰ Honnold *Uniform Law* 237-238.

⁴¹ 238-239.

reël meestal sal geld.⁴² Tereg word egter aangevoer dat die kwessie selfs in nasionale regsisteme problematies is en oplossings daarvoor kontroversieël. Daar kan dus nie regtig verwag word dat 'n internasionale liggaam 'n massiewe bydrae moet lewer nie,⁴³ maar dit sou dalk 'n mate van regsekerheid oor die veel besproke probleem tot gevolg gehad het.

3 2 4 Die vereiste van kommunikasie van die aanname; en die oomblik van effektiëfwording van die aanname

Soos in nasionale regstelsels,⁴⁴ word kommunikasie van die feit van aanname aan die aanbieder ook onder die VN-Konvensie vereis. Dit is nie van belang watter vorm die kommunikasie aanneem nie, dit is net belangrik dat die feit gekommunikeer word. Dit kan afgelei word uit artikel 18(1) wat bepaal dat stilswye of niksdoen nie op sigself 'n aanname daarstel nie, en ook uit artikel 18(2) wat vereis dat die aanduiding van instemming die aanbieder moet bereik.⁴⁵

Dit sou onregverdig wees om op die aannemer 'n verpligting te plaas om te reageer. Die aanbieder kan dus nie aanvaar dat, tensy hy van die aannemer hoor, die aanbod deur hom aangeneem is nie. In bepaalde gevalle kan stilswye wel 'n aanname daarstel (stilswye is nie *op sigself* 'n aanname nie), byvoorbeeld waar 'n koper 'n kwotasie vra vanaf 'n verkoper, en vermeld dat die verkoper sy aanbod as aangeneem kan beskou as hy nie van die koper hoor binne drie dae nadat hy die verkoper se kwotasie ontvang het nie. As die koper (die aannemer in die voorbeeld) versuim om betyds te reageer, kan die verkoper (die aanbieder) die stilswye of niksdoen sien as 'n aanname van sy aanbod.⁴⁶

Die volgende belangrike vraag is wanneer die aanname effektiëf word om 'n kontrak tot stand te laat kom. Verskillende teorieë ter vasstelling van die oomblik van

⁴² Nicholas 1989 *LQR* 217; Di Matteo 1995 *Tulane LR* 154-155; *cf* ook bespreking van a 19 VN-Konvensie *supra*.

⁴³ Nicholas 1989 *LQR* 217-218.

⁴⁴ *Cf* 2 2 2 3 (i); 2 2 3 3 (i), 2 2 4 3 (i) *supra*.

⁴⁵ Honnold *Uniform Law* 218-129.

⁴⁶ 219-220.

kontraksluiting bestaan. In die Anglo-Amerikaanse regstelsels geld die vernemingsteorie in gevalle van kontraksluiting *inter praesentes*, sodat 'n kontrak tot stand kom wanneer die aanbieder van die aanname-verklaring kennis neem. In geval van kontraksluiting *via* die posstelsel geld die versendingsteorie - 'n kontrak ontstaan sodra die aanname-verklaring versend word.⁴⁷

Die posisie in Romanistiese regstelsels is ietwat verskillend. Die vernemingsteorie geld weereens in geval van kontraksluiting *inter praesentes*, maar waar kontrakte *inter absentes* gesluit word, geld in die stelsels oorwegend die ontvangsteorie. Die aanbieder moet dus die aanname-verklaring ontvang. Al het hy dit nog nie self gelees en daarvan kennis geneem nie is dit genoegsaam vir die totstandkoming van 'n kontrak dat hy dit ontvang het.⁴⁸

Die VN-Konvensie pas ook die reël toe: 'n aanname is effektief by ontvangs daarvan.⁴⁹ Artikel 18(2) stel dit duidelik dat 'n aanname effektief word op die oomblik wat die aanduiding van instemming die aanbieder bereik. Verder vereis die bepaling ook dat dit die aanbieder bereik binne die tydperk wat hy gestel het, of andersins binne 'n redelike tyd, met inagneming van die omstandighede van die transaksie.⁵⁰ Hierdie vereiste stel die aannemer op sy hoede: hy moet sorg dra dat die aanname die aanbieder betyds bereik, en ook 'n metode gebruik wat bewyse verskaf van die aanbieder se tydigte ontvangs van die aanname.⁵¹

Anders as die *common law* se versendingsreël wat die las op die aanbieder plaas, moet die aannemer in terme van die Konvensie navraag doen as hy geen reaksie kry op sy aanname nie.⁵² Waaraan die aannemer onderworpe aan die Konvensie homself wel kan troos, is die feit dat die aanbod (wat in beginsel herroeplik is) onherroeplik word by versending van die aanname. Versending van die aanname maak dit nog nie

⁴⁷ Cf 2 2 2 3 (ii) *supra*.

⁴⁸ Cf 2 2 3 3 (ii) *supra*.

⁴⁹ Nicholas 1989 *LQR* 216; Von Mehren *International Encyclopedia* 108.

⁵⁰ A 18(1)-(2) VN-Konvensie; Honnold *Uniform Law* 218.

⁵¹ Pierre & Pierre "A Comparison of the Rules on Formation of Sales Contracts under the Louisiana Civil Code and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: What Buyers and Sellers Should Know" 1993 *Southern University LR* 189 193-194.

⁵² Nicholas 1989 *LQR* 216.

effektief om 'n kontrak tot stand te bring nie, maar dit maak wel die aanbod onherroeplik, en beskerm op die manier die aannemer se verwagtinge.⁵³

In die algemeen aanvaar die Konvensie dat 'n kommunikasie effektief word wanneer dit die ander party bereik. Praktiese bewysprobleme sou ontstaan as die toepassing van hierdie bepalings afgehang het van getuienis dat 'n kommunikasie onder die persoonlike aandag van die geadresseerde gekom het. Artikel 24 bepaal dus dat 'n kommunikasie die geadresseerde bereik (soos vereis deur artikel 18(2)) wanneer dit mondelings aan hom gemaak word of op 'n ander manier aan hom persoonlik gelewer word, of by sy besigheidsadres of posadres afgelewer word, of indien hy nie een van die twee het nie, by sy woonplek. Die aflewering moet by 'n gepaste plek geskied, 'n brief of telegram moet byvoorbeeld nie voor iemand se deur gelos word nie.⁵⁴

Laastens verdien die situasie waar instemming tot die aanbod by wyse van 'n handeling geskied, aandag. Artikel 18(3) bepaal dat instemming deur 'n handeling aangedui kan word sonder dat 'n kennisgewing daarvan aan die aanbieder vereis word. Dit is naamlik in gevalle waar die aanbieder in sy aanbod aanname op die manier magtig, waar die partye so 'n praktyk tussen hulle gevestig het, of as 'n handelsgebruik tot die effek bestaan. Dit sal 'n handeling wees soos die versending van goedere of die betaling van die koopprys, en dit moet verrig word binne die tydperk wat in artikel 18(2) neergelê word. In so 'n geval is die aanname effektief op die oomblik wat die handeling verrig word, en die kontrak word op dié oomblik gesluit.⁵⁵

Artikel 18(3) vereis nog steeds dat instemming tot die aanbod aangedui moet word - "indicate assent by performing an act". Daar word dus nie weggedoen met die vereiste van kommunikasie van die aanname nie. Die kommunikasie kan geskied deur die handeling self, byvoorbeeld deurdat goedere betyds arriveer, of deur middel van 'n kennisgewing dat die handeling verrig is. Volgens Honnold beteken artikel 18(3) dat indien 'n handeling óf 'n kommunikasie dat die handeling verrig is aan die

⁵³ Pierre & Pierre 1993 *Southern University LR* 194; Nicholas 215-216; Von Mehren *International Encyclopedia* 108.

⁵⁴ A 24 VN-Konvensie; Honnold *Uniform Law* 249-250.

⁵⁵ A 18(3) VN-Konvensie; Honnold *Uniform Law* 218; Pierre & Pierre *Southern University LR* 194.

aanbieder die inligting gee wat hy benodig binne die tyd waarin hy dit benodig, die aannemer 'n kontrak tot stand gebring het op die oomblik waarop die handeling verrig is, sonder 'n aparte kommunikasie waarin hy belowe om die handeling te verrig en waardeur hy instem tot die aanbod.

Kommunikasie van aanname word steeds vereis, maar die Konvensie vereis nie 'n bepaalde vorm van kommunikasie nie. Dit beteken dat 'n aannemer dadelik kan reageer in reaksie op 'n aanbieder se versoek.⁵⁶ Die feit dat die kontrak tot stand kom op die oomblik waarop die handeling verrig word, werk nie onregverdig teenoor die aanbieder nie. Uit die bewoording van artikel 18(3) kan afgelei word dat die artikel slegs toepassing vind in gevalle waar die aanbieder moes geweet het dat die aannemer kan aanvaar deur die verrigting van 'n handeling sonder dat hy eers kennis gee van die feit dat hy die aanbod aanvaar het.⁵⁷

Die basiese reël met betrekking tot die oomblik waarop kontraksluiting plaasvind word redelik duidelik deur die Konvensie uitgedruk. Dit is die oomblik waarop die aanduiding van aanname die aanbieder bereik.⁵⁸ Hierdie aanduiding kan of 'n kennisgewing wees dat die aanbod aanvaar is, of in bepaalde omstandighede prestasie deur die aannemer, waardeur hy ook aandui dat hy die aanbod aanvaar.⁵⁹

Die posisie met betrekking tot die oomblik van effektiëfwording van die aanname stem dus in hoofsaak ooreen met dié in Romanistiese regstelsels, waar die aannameverklaring ook deur die aanbieder ontvang moet word (dit moet hom dus bereik, hy hoef nog nie noodwendig daadwerklik daarvan kennis te neem nie) voordat die kontrak tot stand kom.⁶⁰ In teenstelling hiermee geld in die *common law* die versendingsteorie in geval van kontrakte wat per pos gesluit word.⁶¹ 'n Aannemer uit 'n *common law*-agtergrond wat 'n kontrak onderworpe aan die VN-Konvensie sluit,

⁵⁶ Honnold *Uniform Law* 225-226.

⁵⁷ A 18(3) VN-Konvensie bepaal dat aanname deur die verrigting van 'n handeling aangedui kan word indien dit "by virtue of the offer or as a result of practices which the parties have established between themselves or of usage" so aangedui mag word - in al hierdie gevalle sal die aanbieder dus bewus wees van die moontlikheid van aanname op dié wyse.

⁵⁸ A 18(2) VN-Konvensie.

⁵⁹ A 18(3) VN-Konvensie.

⁶⁰ Cf 2 2 3 3 (ii) *supra*.

⁶¹ Cf 2 2 3 3 (ii) *supra*.

sal in gedagte moet hou dat die kontrak nog nie tot stand kom by die versending van sy aanname soos in die *common law* nie, maar eers wanneer dit die aanbieder bereik.

3 3 Die *UNIDROIT* Beginsels van Internasionale Kommersiële Kontrakte

3 3 1 Algemeen

Die VN-Konvensie vir Kontrakte vir die Internasionale Verkoop van Goedere is definitief 'n mylpaal in die proses van vereniging van die internasionale reg, en is deur 'n groot aantal state geratifiseer, onder wie die meeste van die groot handelsstate. In 1980, dieselfde jaar waarin die VN-Konvensie goedgekeur is, het *UNIDROIT* 'n spesiale werksgroep saamgestel, bestaande uit verteenwoordigers van al die belangrikste regs- en sosio-ekonomiese sisteme in die wêreld.⁶² Die verteenwoordigers het onbevangende aan die beraadslagings deelgeneem, ongeag die beginsels van hulle landsreg.⁶³

Waarom het *UNIDROIT* die inisiatief geneem om die Beginsels op te stel as die VN-Konvensie dan suksesvol was?

Wat in gedagte gehou moet word, is dat die VN-Konvensie nie net positiewe eienskappe het nie, dit het ook heelwat tekortkominge. By die opstel van die Konvensie was die verskille tussen die regstradisies en sosiale en ekonomiese strukture van die deelnemende state 'n groot struikelblok. Sekere kwessies kon as gevolg daarvan nie deel uitmaak van die Konvensie nie, en ander probleme is oorkom deur kompromie-oplossings wat onduidelikhede tot gevolg het. Die VN-Konvensie het dus groot leemtes, en heelparty vae of dubbelsinnige bepalings is daarin vervat.⁶⁴

Die *UNIDROIT*-beginsels is nie bedoel om bestaande nasionale regsreëls te verenig nie, maar eerder om gemeenskaplike beginsels en reëls uit te wys, en om die mees gepaste oplossings vir dispute in verband met internasionale kontrakte te kies. Die

⁶² Bonell "The *UNIDROIT* Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?" 1995 *Tulane LR* 1121 1126-1128.

⁶³ Bonell "The *UNIDROIT* Principles of International Commercial Contracts and CISG - Alternatives or Complimentary Instruments?" 1996 *Uniform LR* 1 4.

⁶⁴ Bonell 1996 *Uniform LR* 3, 7.

doel is dus eerder om die bestaande internasionale kontraktereg te *restate*. Wanneer 'n keuse tussen teenstrydige nasionale reëls gemaak moes word was die kriteria nie bloot watter reël deur die meeste lande aangeneem is nie, maar eerder watter een die meeste oortuigingswaarde het of die mees gepasde in die internasionale konteks blyk te wees.⁶⁵

Anders as die VN-Konvensie, het die *UNIDROIT*-beginsels nie die status van 'n bindende regsinstrument nie. Die opstellers van die Beginsels het besef dat die Konvensie die meeste is wat op wetgewende vlak bereik kan word, en het dus 'n ander roete geneem. Die Beginsels word toegepas as gevolg van die oortuigende karakter daarvan, en nie omdat partye daartoe gebonde is omdat die Beginsels deur hulle regsisteem geratifiseer is, soos in die geval van die VN-Konvensie nie.⁶⁶

Die VN-Konvensie was natuurlik 'n belangrike vertrekpunt vir die opstellers van die *UNIDROIT*-beginsels, in die lig van beide die intrinsieke waarde asook die wêreldwye aanvaarding daarvan.⁶⁷ Sekere korresponderende beginsels van die Konvensie is letterlik of in wese oorgeneem, soos later geïllustreer sal word.⁶⁸ Die Konvensie se bepalings is nie onkrities gevolg nie, en waar 'n reël as ongepas of vatbaar vir verbetering beskou is, is daarvan afgewyk. Natuurlik is daar baie verskille tussen die VN-Konvensie en die *UNIDROIT*-beginsels, nie net omdat verbeteringe aangebring is nie, maar veral omdat die Beginsels van toepassing is op enige tipe internasionale kontrak, terwyl die VN-Konvensie spesifiek handel oor kontrakte vir die verkoop van goedere.⁶⁹

Die *UNIDROIT*-beginsels word as algemeen beskou omdat dit so 'n breë area van die kontraktereg dek. Dit behoort op elke soort internasionale kontrak van toepassing te wees, tensy 'n regsreël wat as *lex specialis* op 'n spesifieke tipe kontrak van toepassing is, die Beginsels uitsluit. Die funksies van die *UNIDROIT*-beginsels is

⁶⁵ Bonell 1996 *Uniform LR* 5; Bonell 1995 *Tulane LR* 1129.

⁶⁶ Bonell "Unification of Law by Non-Legislative Means: The *UNIDROIT* Draft Principles for International Commercial Contracts" 1992 *AJCL* 617 625; Bonell 1996 *Uniform LR* 2, 4.

⁶⁷ Hartkamp *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the UN-CISG* in: Boele-Woelki (ed) *Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration* (1994) 86; Bonell 1995 *Tulane LR* 1130.

⁶⁸ Cf n 84, 87, 106 *infra*.

⁶⁹ Hartkamp *UNIDROIT Principles and CISG* 86, 89; Bonell 1996 *Uniform LR* 5.

veelvoudig. Dit kan dien as model vir nasionale en internasionale wetgewers, asook vir die opstel van internasionale kommersiële kontrakte. Dit speel ook die belangrike rol van interpretasie-middel en aanvuller van internasionale regsinstrumente soos die VN-Konvensie deur 'n stel reëls te voorsien wat die interpreteerder of besluitnemer nie in die tersake instrument self kan vind nie.⁷⁰

'n Belangrike idee onderliggend aan die Beginsels is dat dit dispute in die internasionale speelveld kan hou deur te verhoed dat partye hulle eenvoudig wend tot die nasionale regsreëls wat deur die internasionale privaatreëls van die forum aangedui word.⁷¹ 'n Ander belangrike mikpunt is om in internasionale handelspraktysbehoefte te voorsien deur die bepalinge so te formuleer dat dit gemik is op die behoud van die kontrak, byvoorbeeld deur die gevalle waar die bestaan van 'n kontrak bevraagteken kan word, te beperk. Hier kan as voorbeelde genoem word artikel 2.11 in verband met gewysigde aannames en artikel 2.22 in verband met die *battle of the forms*.⁷² Die UNIDROIT-beginsels bevorder dus die gladde verloop van kontraksluiting selfs meer as die VN-konvensie.⁷³

Ten spyte van vrese in die verband, is daar nie werklik kompetisie tussen die VN-Konvensie en die UNIDROIT-beginsels nie. Waar voldoen word aan die vereistes vir die toepassing van die Konvensie kry dit voorkeur bo die UNIDROIT-beginsels as gevolg van die bindende aard van eersgenoemde. Die UNIDROIT-beginsels sal op 'n kontrak van toepassing wees as gevolg van 'n uitdruklike keuse van die partye of as in die kontrak verwys word na *algemene beginsels van die reg* wat volgens Bonell in dié omstandighede gesien kan word as 'n verwysing na die UNIDROIT-beginsels. Ook as die kontrak deur die VN-Konvensie beheer word kan UNIDROIT se Beginsels 'n belangrike interpretasierol vervul deur die nodige beginsels en kriteria te voorsien.⁷⁴

Die basiese idees wat die UNIDROIT-beginsels onderlê is dus om 'n stel reëls daar te stel vir gebruik regoor die wêreld, ongeag die regstradisies en ekonomiese en

⁷⁰ Garro 1995 *Tulane LR* 1152; Bonell 1995 *Tulane LR* 1141-1144.

⁷¹ Garro 1995 *Tulane LR* 1152.

⁷² Cf 3 3 3 *infra* waar die artikels bespreek word.

⁷³ Bonell 1992 *AJCL* 623-624; Hartkamp *UNIDROIT Principles and CISG* 89-90.

⁷⁴ Bonell 1996 *Uniform LR* 9-11; cf ook a 7(1) VN-Konvensie wat bepaal dat by die interpretasie daarvan die internasionale karakter en behoefte aan bevordering van eenvormigheid in die toepassing daarvan in ag geneem moet word.

politieke omstandighede van die lande waar dit toegepas word. Die reëls moet ook buigsaam genoeg wees om veranderende omstandighede in ag te neem, en moet poog om billikheid in internasionale kommersiële verhoudings te verhoog. Billikheid word verhoog omdat die *UNIDROIT*-beginsels nie soos nasionale regsreëls van 'n bepaalde stelsel, meer toeganklik en bekend vir een van die partye is nie. Konsekwentheid word ook verhoog as reëls gebruik word wat versoenbaar is met die doelwitte van internasionale handel, eerder as om 'n binnelandse of nasionale regsreël te gebruik.⁷⁵

Vervolgens word die relevante aanbod en aanname-reëls ondersoek. Die *UNIDROIT*-beginsels erken dat 'n kontrak gesluit kan word sonder 'n identifiseerbare aanbod gevolg deur 'n aanname. 'n Kontrak kan in terme van die Beginsels tot stand kom deur middel van 'n formele aanbod en aanname, maar ook deur gedrag van die partye wat 'n ooreenkoms aandui.⁷⁶ Artikel 2.1 wys dus op 'n meer innoverende denkwyse - kontraksluiting gaan dikwels voort deurdat partye presteer ten spyte van onsekerheid oor sekere terme.⁷⁷

Die *UNIDROIT*-beginsels volg 'n meer buigsame benadering as die VN-Konvensie, wat slegs in 'n beperkte aantal gevalle kontraksluiting deur middel van gedrag erken. Die Konvensie bevat ook 'n strengere definisie van 'n aanbod, en vereis dat daar 'n prysterm in die aanbod moet wees. Artikel 2.2 van die Beginsels vereis nie 'n redelike definitiewe prys nie. Die aanbod moet net definitief wees en aandui dat die aanbieder gebonde wil wees in geval van aanname.⁷⁸

3 3 2 Herroepbaarheid van die aanbod

Wat betref die moontlikheid om 'n aanbod terug te trek of te herroep, volg die *UNIDROIT*-beginsels die korresponderende artikels in die VN-Konvensie woordeliks na. Soos artikel 15 van die Konvensie, bepaal artikel 2.3 van die Beginsels dat terugtrekking van die aanbod moontlik is (selfs al is die aanbod onherroeplik) indien

⁷⁵ Bonell 1995 *Tulane LR* 1134; Garro 1995 *Tulane LR* 1153-1154.

⁷⁶ A 2.1 *UNIDROIT* Beginsels.

⁷⁷ Levy "Contract Formation under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, UCC, Restatement and CISG" 1998 *UCCLJ* 249 276; Garro 1995 *Tulane LR* 1166.

⁷⁸ A 2.2 *UNIDROIT* Beginsels; Levy 1998 *UCCLJ* 276.

die terugtrekking voor of gelyktydig met die aanbod by die geadresseerde arriveer.⁷⁹ Dit is moontlik omdat 'n aanbod eers effektief is wanneer dit die aannemer bereik.⁸⁰

Sover dit herroeping van 'n aanbod aangaan bepaal artikel 2.4 van die Beginsels dat dit moontlik is voor sluiting van die kontrak mits die herroeping die geadresseerde bereik voor hy 'n aanname versend.⁸¹ 'n Aanbod is egter onherroepbaar indien dit aandui, deur middel van 'n vaste tydperk vir aanname⁸² of andersins, dat dit onherroepbaar is, of as dit redelik was vir die aannemer om te vertrou op die aanbod as onherroepbaar en hy reeds in vertroue daarop gehandel het.⁸³ Hierdie bepaling stem presies ooreen met artikel 16(1) en (2) van die VN-Konvensie.⁸⁴

3 3 3 Die reël aangaande ooreenstemming tussen aanbod en aanname en die *battle of the forms*

Die tradisionele *mirror image*-reël word in artikel 2.11 weerspieël. Die aanname moet inhoudelik met die aanbod ooreenstem. Artikel 2.11(1) bepaal dus dat 'n reaksie op 'n aanbod wat as 'n aanname bedoel is, maar addisionele, beperkende of verskillende terme bevat, 'n verwerping van die aanbod en 'n teenaanbod is.⁸⁵

Nie enige klein wysiging sal egter kontraksluiting op die terme van die aanbod verhoed nie. Artikel 2.11(2) bepaal dat addisionele of verskillende terme wat nie die terme van die aanbod materieël wysig nie, nie verhoed dat die poging om aan te neem effektief is nie. Dit sal dus wel as 'n aanname beskou word, tensy die aanbieder dadelik beswaar maak teen die verskille. Indien hy sou versuim om so beswaar aan te teken sal die inhoud van die kontrak die terme van die aanbod wees tesame met die wysigings in die aanname vervat.⁸⁶ As die aanbieder gesteld is op die geldigheid van

⁷⁹ A 2.3(2) *UNIDROIT* Beginsels, Levy 1998 *UCCLJ* 278.

⁸⁰ A 2.3(1) *UNIDROIT* Beginsels; Levy 1998 *UCCLJ* 278.

⁸¹ A 2.4(1) *UNIDROIT* Beginsels; Levy 1998 *UCCLJ* 278.

⁸² *Cf* hier die onderskeid wat bv in die Skotse reg getref word tussen 'n belofte om 'n aanbod oop te hou vir 'n bepaalde tyd en die stel van 'n tydperk waarbinne die aanbod aanvaar moet word. Die stel van so 'n tydperk maak nie die aanbod onherroeplik nie, maar 'n belofte om dit oop te hou wel. Onder die *UNIDROIT*-Beginsels maak die stel van so 'n tydperk vir aanname die aanbod klaarblyklik tog onherroeplik. *Cf* ivm Skotse posisie 2 2 4 1 veral n 268 *supra*.

⁸³ A 2.4(2)(a)-(b) *UNIDROIT* Beginsels; Levy 1998 *UCCLJ* 278.

⁸⁴ *Cf* 3 2 2 *supra* vir 'n bespreking hiervan.

⁸⁵ A 2.11(1) *UNIDROIT* Beginsels; Levy 1998 *UCCLJ* 283-284.

⁸⁶ A 2.11(2) *UNIDROIT* Beginsels; Levy 1998 *UCCLJ* 283-284.

die spesifieke terme in sy aanbod, moet hy onverwyld beswaar maak teen verskille in die aanname, al blyk dit bloot klein verskille te wees.

Artikel 2.11(1) en (2) stem presies ooreen met artikel 19(1) en (2) van die VN-Konvensie,⁸⁷ en dit is ook vergelykbaar met artikel 2-207 van die *UCC* wat handel oor kontrakte tussen handelaars.⁸⁸ Die VN-Konvensie gaan egter verder en gee in artikel 19(3) 'n redelik omvattende lys van wysigings wat as materieël beskou word. Die effek van artikel 19(2) word daardeur verklein, omdat bykans enige wysiging wat nie onbenullig of ignoreerbaar is nie, as materieël beskou word, sodat artikel 19(2) dan nie van toepassing kan wees nie.⁸⁹

So 'n lys van materiële wysigings ontbreek in die *UNIDROIT*-beginsels. Dié benadering is meer buigsaam, die kommentaar op die Beginsels suggereer dat dit van die omstandighede van 'n betrokke geval sal afhang welke wysigings materieël is. Die benadering is ook meer bevorderlik vir kontraksluiting.⁹⁰ Soos reeds vermeld, voldoen die Beginsels beter aan praktyksbehoefte deurdat dit meer gemik is op die behoud van die kontrak as die bepalinge van die VN-Konvensie.⁹¹

Een van die groot leemtes van die VN-Konvensie is die gebrek aan bepalinge met betrekking tot die gereelde gebruik van standaardterme en die probleme wat in verband daarmee ontstaan. *UNIDROIT* se Beginsels kan ook hierdie leemte vul: artikel 2.10 handel oor kontraksluiting onder standaardterme.⁹²

Volgens artikel 2.19(2) is standaardterme bepalinge wat vooraf voorberei is vir algemene en herhaalde gebruik deur een party en wat gebruik word sonder dat daar met die ander party daarvoor onderhandel word. Artikel 2.19(1) bepaal dat die algemene reëls van kontraksluiting geld wanneer een of albei partye standaardterme gebruik, maar dat dit onderworpe is aan artikels 2.20 tot 2.22.⁹³

⁸⁷ Cf 3 2 3 *supra*.

⁸⁸ Cf 2 2 2 (iii) veral vanaf n 62 *supra*; Levy 1998 *UCCLJ* 284.

⁸⁹ Levy 1998 *UCCLJ* 285; cf ook 3 2 3 *supra* ivm a 19(3) VN-Konvensie.

⁹⁰ Levy 1998 *UCCLJ* 284; Garro 1995 *Tulane LR* 1167-1168; Hartkamp *UNIDROIT Principles and CISG* 89-90.

⁹¹ Cf n 72-73 *supra*.

⁹² Garro 1995 *Tulane LR* 1169.

⁹³ A 2.19(1)-(2) *UNIDROIT* Beginsels; Garro 1995 *Tulane LR* 1170.

Ten einde te verhoed dat 'n party deur gebruik van standaardterme 'n term laat inglip wat nie redelikerwys deur die ander party verwag kan word nie, bepaal artikel 2.20(1) dat so 'n term nie effektief is nie, tensy die ander party dit uitdruklik aanvaar het. Hierdie bepalings is belangrik omdat partye nie werklik standaardterme bespreek of onder mekaar se aandag bring nie, en omdat 'n party onregverdig benadeel kan word deur 'n verrassende term. Om te bepaal of 'n term van so 'n aard is word die inhoud, taal en aanbieding daarvan volgens artikel 2.20(2) in ag geneem.⁹⁴

Die *UNIDROIT*-beginsels tref 'n onderskeid tussen standaard en nie-standaardterme. In geval van konflik tussen 'n standaardterm en een wat nie standaard is nie, word ooreenkomstig artikel 2.21 voorkeur gegee aan die nie-standaard term.⁹⁵

Anders as die VN-Konvensie, bevat die *UNIDROIT*-beginsels 'n artikel wat spesifiek handel oor die *battle of the forms*-probleem. Artikel 2.22 bevat 'n sogenaamde *knock-out* oplossing vir *battle of the forms*-gevalle.⁹⁶ Die artikel bepaal dat wanneer beide partye standaardterme gebruik en 'n ooreenkoms bereik behalwe ten opsigte van dié terme, 'n kontrak gesluit word op die basis van die ooreengekome terme en enige standaardterme waarvan die substansie dieselfde is, tensy een party duidelik vooraf of onmiddellik na kontraksluiting die ander party inlig dat hy nie deur so 'n kontrak gebonde sal wees nie.⁹⁷

Wat met 'n *knock-out* oplossing⁹⁸ bedoel word, is waarkynlik dat teenstrydige standaardterme nie deel word van die kontrak nie. Dit lyk na 'n meer regverdigte oplossing as om aan een party die laaste woord te gee. Nie die *first shot* óf *last shot* bepaal dus die inhoud van die kontrak nie. Daar word wel aan een party die geleentheid gegee om aan te dui dat hy nie aan die kontrak gebonde wil wees nie, maar sy terme sal nogsteeds nie voorkeur kry en die inhoud van die kontrak vorm nie.

⁹⁴ A 2.20(1)-(2) *UNIDROIT* Beginsels; Garro 1995 *Tulane LR* 1170.

⁹⁵ A 2.21 *UNIDROIT* Beginsels; Garro 1995 *Tulane LR* 1169.

⁹⁶ 1170.

⁹⁷ A 2.22 *UNIDROIT* Beginsels.

⁹⁸ Garro 1195 *Tulane LR* 1170.

3 3 4 Die vereiste van kommunikasie van die aanname en die oomblik van effektiëfwording van die aanname

Die *UNIDROIT*-beginsels behandel die maniere waarop 'n aanbod aanvaar kan word, afsonderlik van die tydstip waarop 'n aanname effektiëf word.⁹⁹ In die VN-Konvensie word beide die kwessies saam in artikel 18 behandel,¹⁰⁰ terwyl artikel 2.6 en 2.7 van die Beginsels die kwessies van mekaar skei. Inhoudelik stem die bepalings van die Beginsels egter ooreen met dié van die Konvensie.

Artikel 2.6(1) bepaal dat 'n verklaring of gedrag wat instemming tot 'n aanbod aandui 'n aanname daarstel, en dat stilsweye of niksdoen nie opsigself genoegsaam is vir aanname nie. Die aanname moet dus gemanifesteer word deur 'n formele kommunikasie of gedrag.¹⁰¹ Net soos in nasionale regstelsels, is 'n innerlike besluit om aan te neem, nie voldoende nie.¹⁰² Artikel 2.7 handel oor die tydstip van aanname - 'n aanbod moet aangeneem word binne die tyd wat deur die aanbieder gestel is, of andersins binne 'n redelike tyd. Wat 'n redelike tyd is, sal onder andere afhang van die omstandighede van die geval, byvoorbeeld hoe vinnig die metode van kommunikasie wat die aanbieder aangewend het, is.¹⁰³

Wat betref die oomblik van effektiëfwording van aanname, dit wil sê die oomblik waarop die kontrak tot stand kom, geld artikel 2.6(2) en (3). Die algemene reël is dat die aanname effektiëf is wanneer dit die aanbieder bereik.¹⁰⁴ Dit is vergelykbaar met die ontvangsteorie wat byvoorbeeld in die Duitse reg geld.¹⁰⁵

Die *UNIDROIT*-beginsels erken, soos die VN-Konvensie,¹⁰⁶ dat partye dikwels hulle instemming tot 'n aanbod aandui deur te begin presteer. Artikel 2.6(3) bepaal dus dat in gevalle waar die aanbod self, 'n praktyk wat tussen die partye gevestig is, of 'n relevante handelsgebruik die aannemer toelaat om sy aanname aan te dui deur 'n

⁹⁹ 1167.

¹⁰⁰ *Cf* 3 2 3 *supra*.

¹⁰¹ A 2.6(1) *UNIDROIT* Beginsels; Levy 1998 *UCCLJ* 281.

¹⁰² *Cf* 2 2 3 (i), 2 2 3 3 (i), 2 2 4 3 (i) *supra*.

¹⁰³ A 2.7 *UNIDROIT* Beginsels; Levy 1998 *UCCLJ* 281; *Cf* a 18(2) VN-Konvensie.

¹⁰⁴ A 2.6(2) *UNIDROIT* Beginsels; Levy 1998 *UCCLJ* 281.

¹⁰⁵ *Cf* 2 2 3 3 (ii) *supra*.

¹⁰⁶ A 18(3) VN-Konvensie.

handeling te verrig sonder dat hy vooraf 'n kennisgewing van aanname aan die aanbieder stuur, die aanname reeds by die verrigting van die handeling effektief is. In so 'n geval kom die kontrak dus tot stand sonder dat die aanbieder 'n kennisgewing in die verband ontvang het. Hy kan egter nie benadeel word nie, omdat hy bewus sal wees van die feit dat die aannemer mag aanneem deur te presteer sonder om hom daarvan in te lig. Dit sal óf uit sy aanbod blyk, óf as gevolg van 'n praktyk of gebruik wees waarvan hy sal weet.¹⁰⁷

Hierdie benadering hou rekening met die kommersiële werklikheid dat kontraktante dikwels hulle instemming met 'n aanbod te kenne gee deur te begin presteer. Dit is ook in voeling met die gees van die *UNIDROIT*-beginsels in geheel, naamlik om reëls en beginsels daar te stel wat voldoen aan die behoeftes wat ondervind word in die konteks van internasionale kommersiële kontrakte.

¹⁰⁷*Cf* ook bespreking hiervan by 3 2 4 veral vanaf n 55 *supra*.

HOOFTUK 4

EVALUERING

4 1 Wisselwerking tussen nasionale regstelsels en internasionale verenigingsinstrumente

Tydens die bespreking van die verskillende regsisteme, dit wil sê *common law*,¹ Romanistiese regstelsels² en die gemengde stelsels,³ is daar vergelykings getref tussen die wyses waarop die onderskeie stelsels bepaalde aanbod en aanname-probleme hanteer. Wat betref die internasionale pogings om die reg in dié verband te verenig, is in die voorafgaande hoofstuk⁴ ook gekyk na punte van ooreenstemming tussen die twee instrumente onder bespreking, naamlik die VN-Konvensie vir die Internasionale Verkoop van Goedere en die *UNIDROIT*-Beginsels vir Internasionale Kommersiële Kontrakte.

Vervolgens word gekyk na die mate van wisselwerking tussen die internasionale verenigingsinstrumente en sekere nasionale regstelsels. Ten einde 'n duidelike illustrasie daarvan te verkry word weereens gefokus op dieselfde drie punte: die herroepbaarheid van die aanbod; die vereiste van ooreenstemming tussen aanbod en aanname; en die kommunikasie en oomblik van effektiëfwording van die aanname.

4 1 1 Herroepbaarheid van die aanbod

Die Anglo-Amerikaanse regstelsels heg geen bindingskrag aan 'n aanbod as sulks nie. Die Engelsregtelike posisie is meer rigied as die van die Amerikaanse reg, waar 'n aanbod nie herroep mag word indien die geadresseerde reeds sy posisie verander het in vertroue op die (voort)bestaan van die aanbod nie. Die Engelse reg gee nie hierdie beskerming aan die geadresseerde nie.⁵ In Romanistiese regstelsels word die bindende krag van 'n aanbod wel erken. In die Franse en Nederlandse reg is 'n

¹ Cf 2 2 2 *supra*.
² Cf 2 2 3 *supra*.
³ Cf 2 2 4 *supra*.
⁴ Cf 3 2-3 3 *supra*.
⁵ Cf 2 2 2 1 *supra*.

aanbod in bepaalde gevalle dus wel onherroeplik,⁶ terwyl die Duitse reg 'n aanbod in beginsel as onherroeplik sien.⁷

Beide die VN-Konvensie en die *UNIDROIT*-beginsels volg die *common law*-reël dat 'n aanbod herroep kan word voor kontraksluiting. Die reël word egter gekwalifiseer: 'n aanbod is wel onherroepbaar indien dit deur middel van 'n vaste tydperk vir aanname of andersins aandui dat dit onherroepbaar is, of as dit redelik was vir die geadresseerde om te glo dat die aanbod onherroeplik is, en hy in vertroue daarop gehandel het.⁸ Anders as die Engelse reg gee die twee regsinstrumente wel 'n mate van beskerming aan die geadresseerde, 'n posisie vergelykbaar met die Amerikaanse reg.⁹ Soos in die Nederlandse Burgerlike Wetboek (artikel 6:219) bepaal word, kan ook die stel van 'n tydperk vir aanname die aanbod onherroeplik maak volgens die verenigingsinstrumente.¹⁰ Met die bepaling is dus 'n redelik gebalanseerde posisie behaal.

4 1 2 Die vereiste van ooreenstemming tussen aanbod en aanname en die *battle of the forms*

In al die regstelsels onder bespreking is die tradisionele *mirror image*-reël te bespeur, wat vereis dat die inhoud van die aanbod en aanname moet ooreenstem. Die gewaarwording dat hierdie reël onregverdig kan werk, veral in gevalle waar standaardterme deur albei partye gebruik word en waar prestasie reeds aangevang het, is egter ook in al die stelsels sigbaar.¹¹ Die mate waarin afgewyk word van die *mirror image*-reël is nie in al die stelsels dieselfde nie, en dit is veral te bespeur in die wyse waarop 'n regsisteem die *battle of the forms*-probleem benader.

Die posisie in die Engelse reg is nog baie naby aan die klassieke posisie. Die aanname moet die aanbod presies weergee. Indien dit van die aanbod afwyk, word dit

⁶ Cf 2 2 3 1 *supra*.

⁷ Cf 2 2 3 1 *supra*.

⁸ Cf 3 2 2, 3 3 2 *supra*.

⁹ Cf 2 2 2 1 veral n 12-14 *supra*.

¹⁰ Cf 2 2 3 1 veral n 144 *supra*.

¹¹ Cf 2 2 2 2 (i)-(ii), 2 2 3 2 (i)-(ii), 2 2 4 2 *supra*.

as 'n teenaanbod gesien. Sodra een party presteer word dit gesien as 'n aanname van die laaste teenaanbod, en daarom word gesê dat die Engelse reg 'n *last shot*-benadering volg.¹² Die Amerikaanse reg het, in teenstelling met die Engelse reg, reeds ver weg beweeg van die rigiede *mirror image*-vereiste. Artikel 2-207 van die *UCC* is relevant.¹³ Subartikel (1) stel as uitgangspunt die moontlikheid dat 'n afwykende aanname wel as aanname effektief kan wees, en volgens subartikel (2) word die afwykings deel van die kontrak, behalwe in uitsonderingsgevalle. Wanneer die gedrag van die partye wys op die bestaan van 'n kontrak, sal een in terme van subartikel (3) erken word al is daar verskille tussen aanbod en aanname. Die inhoud van die kontrak is dan die ooreenstemmende terme, asook aanvullende terme voorgeskryf deur die *UCC*.¹⁴ Dit lyk na 'n meer sinvolle oplossing as om een party totale beheer oor die inhoud van die kontrak te gee.

Wat Romanistiese regstelsels betref, volg die Franse reg, soos die Engelse reg, die tradisionele posisie nog grootliks na.¹⁵ Die Nederlandse Wetboek kwalifiseer die tradisionele uitgangspunt: minder belangrike verskille in die aanbod word wel deel van die kontrak tensy die aanbieder dadelik daarteen beswaar maak.¹⁶ In *battle of the forms*-gevalle, kry die standaardterme van die aanbieder voorkeur, tensy die aannemer dit uitdruklik verwerp.¹⁷ Óf die *first shot* óf *last shot*-teorie is dus van toepassing.¹⁸

Die Duitse reg het redelik drasties weg beweeg van die *mirror image*-reël. Die howe het die afgelope 30 jaar begin om die *last shot*-benadering te verwerp.¹⁹ Waar die gedrag van die partye dui op die bestaan van 'n kontrak sal dit wel erken word ten spyte van verskille tussen aanbod en aanname.²⁰ Die posisie is analoog aan die wat in die Amerikaanse reg geld, ook wat betref die inhoud van so 'n kontrak. Die ooreenstemmende terme is deel van die kontrak, teenstrydige terme val weg en leemtes word gevul ooreenkomstig die bepalings van die *Bürgerliches Gesetzbuch*.²¹

¹² Cf 2 2 2 2 (iii) n 38-59 *supra*.

¹³ Cf 2 2 2 2 (iii) n 62 *supra*.

¹⁴ Cf 2 2 2 2 (iii) n 60-105 *supra*.

¹⁵ Cf 2 2 3 2 (iii) n 172-175 *supra*.

¹⁶ A 6:225(2) NBW.

¹⁷ A 6:225(3) NBW.

¹⁸ Cf 2 2 3 2 (iii) n 176-191 *supra*.

¹⁹ Cf 2 2 3 2 (iii) n 192-197 *supra*.

²⁰ Cf 2 2 3 2 (iii) n 198-201 *supra*.

²¹ Cf 2 2 3 2 (iii) n 208 *supra*; cf ivm Amerikaanse reg n 13 *supra*.

Die VN-Konvensie neem, ten spyte van soveel kritiek teen die *mirror image*-reël dié vereiste as uitgangspunt in artikel 19(1). Subartikel (2) kwalifiseer die reël: as die afwykings in die aanname die aanbod nie wesenlik verander nie, ontstaan daar wel 'n kontrak met die afwykende terme as deel daarvan, tensy die aanbieder onverwyld daarteen beswaar maak. Artikel 19(2) is egter nie baie suksesvol nie, omdat subartikel (3) so 'n wye omskrywing van wesenlike wysigings gee. Byna enige afwyking sal dus die aanbod wesenlik verander, in welke geval die aanname nie effektief is nie.²² Die eindresultaat is dat die *mirror image*-reël eintlik deur die Konvensie van sy verlore invloed herwin.

Die *UNIDROIT*-beginsels lewer 'n baie groter bydrae tot die *battle of the forms*-probleem as die VN-Konvensie. Artikel 2.11(1) en (2) stem basies ooreen met artikel 19(1) en (2) van die Konvensie, maar die weglating van 'n lys van materiële wysigings maak die kwalifikasie van die *mirror image*-reël baie meer effektief.²³ Die Beginsels lewer 'n verdere bydrae deur middel van artikel 2.19 tot 2.21 wat spesifiek handel oor standaardterme en die *battle of the forms*, iets wat ontbreek by die VN-Konvensie. Die oplossing lyk baie soos dié wat in die Duitse reg gebruik word. Waar partye 'n ooreenkoms bereik, maar sekere standaardterme verskil, kom 'n kontrak tot stand op die basis van die ooreengekome terme en standaardterme wat ooreenstem, tensy een party dadelik aandui dat hy nie deur die kontrak gebonde wil wees nie. Teenstrydige terme word dus nie deel van die kontrak nie, en nie die *first óf last shot* bepaal die geheel van die kontraksinhoud nie.²⁴ Dit is 'n oplossing wat billik werk teenoor beide partye, en gemik is op die behoud van die kontrak.

4 1 3 Die vereiste van kommunikasie van die aanname en die oomblik van effektiewording van die aanname

Beide Anglo-Amerikaanse en Romanistiese regstelsels, sowel as die gemengde stelsels, vereis dat die feit van aanname aan die aanbieder gekommunikeer moet word, en dat stilswye as sulks in beginsel nie as aanname kan kwalifiseer nie. Daar is bepaalde gevalle waarin stilswye wel aanname sal daarstel, byvoorbeeld as dit 'n

²² Cf 3 2 3 *supra*.

²³ Cf 3 3 3 n 85-91 *supra*.

²⁴ Cf 3 3 3 n 92-98 *supra*; cf ivm Duitse reg n 21 *supra*.

gevestigde praktyk tussen die partye of 'n relevante handelsgebruik is.²⁵ Die VN-Konvensie en *UNIDROIT*-beginsels bevat ook hierdie sinvolle vereiste.²⁶

Die volgende vraag is na die oomblik waarop die aanname effek verkry en sodoende 'n kontrak tot stand bring. Die Anglo-Amerikaanse stelsels aanvaar die vernemingsteorie vir gevalle van kontraksluiting *inter praesentes*. Die kontrak kom dus tot stand sodra die aanbieder verneem dat sy aanbod aanvaar is. Wanneer 'n kontrak *inter absentes* gesluit word, en die posstelsel as kommunikasiemiddel gebruik word, geld die versendingsteorie: 'n kontrak ontstaan sodra die aannemer sy aanname versend.²⁷

Ook in Romanistiese stelsels geld die vernemingsteorie in gevalle waar die partye in mekaar se teenwoordigheid 'n kontrak sluit. Wat betref kontraksluiting *inter absentes*, is die posisie nie eenvormig nie. Die Franse reg, volgens sommige, pas die versendingsteorie toe, maar volgens die *Cour de Cassation* is dit 'n feitevraag.²⁸ In die Nederlandse reg is die aanname effektief sodra dit die aanbieder bereik, ongeag of hy al daarvan kennis geneem het of nie.²⁹ Die ontvangsteorie is nie net in die Nederlandse reg van toepassing nie, maar ook in die Duitse reg. 'n Kontrak kom dus tot stand wanneer dit die geadresseerde se adres bereik, al het hy dit nog nie geles nie.³⁰

Die ontvangsteorie verdeel die risiko's in verband met die kontrak en die uitvoering daarvan meer regverdig as die versendings- of vernemingsteorie, waar die risiko's óf reeds by versending van die aanname, óf eers by kennisname daarvan op die aanbieder oorgaan. Ter verdediging van die gebruik van die versendingsteorie in die *common law*, moet melding gemaak word daarvan dat dit ten minste 'n meer gebalanseerde posisie tussen die partye bewerk. Die aanbieder kan sy aanbod op enige tydstip voor aanname herroep. Ter beskerming van die aannemer, word dié tydperk verkort deur 'n aanname reeds by die versending daarvan effektief te ag.³¹

²⁵ Cf 2 2 2 3 (i), 2 2 3 3 (i), 2 2 4 3 (i) *supra*.

²⁶ Cf 3 2 4 n 44-46 *supra*; cf 3 3 4 n 99-103 *supra*.

²⁷ Cf 2 2 2 3 (ii) *supra*.

²⁸ Cf 2 2 3 3 (ii) n 230-238 *supra*.

²⁹ Cf 2 2 3 3 (ii) n 239-244 *supra*.

³⁰ Cf 2 2 3 3 (ii) n 245-252 *supra*.

³¹ Cf 2 2 3 3 (ii) n 253-257 *supra*.

Die VN-Konvensie neem in gevalle van kontraksluiting *inter absentes* ook die ontvangsteorie aan soos die Romanistiese regstelsels. Die kontrak kom dus in terme van artikel 18(2) tot stand sodra die verklaring van aanname die aanbieder bereik.³²

Indien instemming tot die aanbod egter geskied deur middel van 'n handeling, sonder dat 'n kennisgewing daarvan aan die aanbieder gegee word, is die aanname effektief op die oomblik wat die handeling verrig word. Volgens artikel 18(3) kan aanname in bepaalde gevalle so geskied. Daar is dus nie 'n aparte kennisgewing van aanname nie. Die aanbieder kry die inligting dat sy aanbod aangeneem is byvoorbeeld deurdat goedere betyds arriveer. Die kontrak kom dus tot stand sonder dat hy vooraf 'n kennisgewing van aanname ontvang, maar die aanbieder behoort nie hierdeur benadeel te word nie, omdat hy bewus sal wees daarvan dat die aannemer so mag aanvaar.³³

Die *UNIDROIT*-beginsels volg die Konvensie se bepalings in die verband na, en is te vinde in artikel 2.6 en 2.7.³⁴ Die ontvangsteorie wat die mees sinvolle verdeling van risiko's tot gevolg het, is dus ook deur die opstellers van die twee unifikasie-instrumente as die beste reël gesien. Deur kontraksluiting te erken waar aanname uit 'n handeling alleen bestaan, word die belang van die behoud van die kontrak asook die realiteit dat kontraktante dikwels só optree, in ag geneem.

4 2 Evaluering van die sukses van verenigingspogings

Die pogings wat aangewend is om die koopreg op internasionale vlak te verenig is essensiële elemente van 'n samehangende plan om ekonomiese transaksies te ondersteun met 'n regstruktuur wat handel aanmoedig en kostes verminder. Indien substantiewe resultate geharmoniseer kan word en konsekwent is, sal die deelnemers aan internasionale kommersiële transaksies meer vertrouwe in 'n wêreldwye mark kan hê.³⁵

³² Cf 3 2 4 n 50 *supra*.

³³ Cf 3 2 4 n 47-61 *supra*; cf veral bewoording van a 18(3) VN-Konvensie.

³⁴ Cf 3 3 4 n 104-107 *supra*.

³⁵ Rosett "Unification, Harmonization, Restatement, Codification and Reform in International Commercial Law" 1992 *AJCL* 683.

'n Mate van harmonie bestaan reeds met betrekking tot internasionale kommersiële handel en die grootste verskille is teoreties en beginsel-georiënteerd.³⁶ Tog lei dit dikwels tot praktiese probleme, sodat daar steeds 'n behoefte aan verdere vereniging is.

'n Vereniging van reëls en *restatements* van die reg is egter nie die belangrikste dryfkrag agter die harmonisering van die reg nie. Pogings om eenvormige reëls op te stel vir internasionale transaksies is eerder simptome en aanduidings van die proses van vereniging, as die oorsprong of rede daarvoor. Die politieke en ekonomiese enjins wat vereniging dryf werk skynbaar onafhanklik van die akademiese pogings daartoe.³⁷

Daar moet wel in gedagte gehou word dat daar reeds eeue lank spesiale reëls bestaan wat spesifiek op handelaars van toepassing is en dat houe ook hierdie *lex mercatoria* erken.³⁸ Dit beteken egter nie dat die privaatregtelike aspekte van internasionale koopkontrakte ook al dié mate van eenvormigheid bereik het nie. Die behoefte aan harmonisering op die vlak kan nie ontken word nie.

'n Vereniging van die reg deur middel van 'n kodifikasie van die reëls van internasionale transaksies, soos deur die VN-Konvensie gedoen word, het egter bepaalde beperkings. Selfs al sou die teks wat die reëls weerspieël orals identies wees, sal dit nie beteken die reg is verenig nie. Regsreëls werk verskillend in verskillende sosiale en politieke omstandighede, sodat die resultate kan verskil wanneer so 'n teks in verskillende sisteme gebruik en geïnterpreteer word.³⁹

Sulke regsinstrumente het dikwels groot leemtes. Hier is die VN-Konvensie weer 'n goeie voorbeeld.⁴⁰ Wanneer so 'n leemte opduik, word die reëls van die nie-verenigde binnelandse regstelsels gebruik en harmonisering word dus ondermyn. Die kapasiteit vir groei en ontwikkeling is ook beperk waar instrumente van die aard ter

³⁶ 684.

³⁷ 684.

³⁸ 685.

³⁹ 687.

⁴⁰ Cf 3 3 1 n 64 *supra*.

sprake is. Die VN-Konvensie kan wel gewysig word, maar dieselfde proses van 'n soeke na kompromieë sal gevolg moet word.⁴¹

Alle areas van die reg is definitief nie vatbaar vir kodifikasie nie, maar die bestaan van 'n versameling geskrewe regsreëls met betrekking tot internasionale kommersiële kontrakte kan nie ontken word nie. Al lei dit nie tot 'n vereniging van die reg nie, kan dit ten minste aan die regters en arbiters wat dispute in verband met internasionale kontrakte moet oplos, 'n stel reëls bied wat meer neutraal is as die onderskeie nasionale regsreëls van die kontraktante, en beter pas in die konteks van 'n internasionale transaksie.⁴²

4 3 Nuwe uitdagings

Ten einde die internasionale handelsverkeer te bevorder en regsekerheid in die verband te verhoog is meer as die promulgasie van eenvormige reëls nodig. Konsekwentheid in substantiewe resultate is waarna eintlik gestreef word, en die mate waartoe instrumente soos die VN-Konvensie en die *UNIDROIT*-beginsels werklike vereniging kan bevorder, word bevraagteken.⁴³

Die feit is dat vereniging nie noodwendig tot harmonie lei nie. Daar moet dalk in die toekoms meer aandag gegee word aan ander aspekte, en minder klem behoort geplaas te word op blote nuwe uitgawes van ou kodes. Kodifikasie as sulks is inderwaarheid nie so belangrik nie, en meer kan bereik word deur te fokus op 'n gemeenskaplike regskultuur waarin harmonieuse regsbeginsele kan ontwikkel wat gemeenskaplike waardes weerspieël. Dit kan ook wees dat daar reeds alternatiewe oplossings in gebruik is vir algemene praktiese probleme. Daar moet dus gefokus word op oplossings wat deur kontraktante self gekies sal word omdat dit meer gepas is vir die

⁴¹ Bonell "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?" 1995 *Tulane LR* 1121 1124; Farnsworth "Unification and Harmonization of Private Law" 1996 *Canadian Business LJ* 48 60-61.

⁴² Garro "The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG" 1995 *Tulane LR* 1149 1150-1152.

⁴³ Garro 1995 *Tulane LR* 1189.

konkrete probleem voor hande, eerder as om al die aandag te vestig op die akademiese oplossings gevind in kodifikasies van eenvormige regsreëls.⁴⁴

Die impak van instrumente soos die VN-Konvensie en die *UNIDROIT*-beginsels is beperk, en internasionale handel sal daarsonder waarskynlik op dieselfde manier voortgaan. Daar is egter nie 'n ander wyse waarop vereniging en harmonisasie kan geskied as deur klein, stadige en versigtige treë nie. Die pogings is onvolmaak, maar die daarstel van 'n gemeenskaplike regsraamwerk, met gebreke en al sal meer waarskynlik as nie onsekerheid verminder en selfversekerdheid in wêreldmarkte verhoog.⁴⁵ Laastens sal die instrumente hopelik ook dien as bron van inspirasie vir verdere pogings om die internasionale koopreg te verenig en te harmoniseer.

⁴⁴ Rosett 1992 *AJCL* 683-684; 697.

⁴⁵ Garro 1995 *Tulane LR* 1189; Farnsworth 1996 *Canadian Business LJ* 62.

BRONNELYS

- Adams "The Battle of Forms" 1983 *Journal for Business Law* 297
- Atiyah *Introduction to the Law of Contract* (1989) Oxford, Clarendon Press
- Bonell "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?" 1995 *Tulane Law Review* 1121
- Bonell "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG - Alternatives or Complimentary Instruments?" 1996 *Uniform Law Review* 1
- Bonell "Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts" 1992 *American Journal of Comparative Law* 617
- Boulton *The Making of Business Contracts* (1972) (2 uitg) London
- Brox *Academia Iuris: Allgemeiner Teil des BGB* (1996) Köln, Heymanns
- Calamari & Perillo *The Law of Contracts* (1987) (3 uitg) St Paul Minnesota, West
- Christie *The Law of Contract in South Africa* (1996) (3 uitg) Durban, Butterworths
- Collins *The Law of Contract* (1997) London, Butterworths
- Corbin *Corbin on Contracts* (1963) St Paul Minnesota, West
- Corbin *Corbin on Contracts* (1989 Supplement) St Paul Minnesota, West
- De Groot *De Iure Belli ac Pacis* (1625)
- De Groot *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* (1631)
- De Wet & Van Wyk *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (1992) (5 uitg) Durban, Butterworths
- Diesselhorst *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* (1959) Köln, Bohlau
- Dilger "Zustandekommen von Kaufverträgen" 1981 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 169
- Di Matteo "The CISG and the Presumption of Enforceability: Unintended Contractual Liability in International Business Dealings" 1997 *The Yale Journal for International Law* 111
- Farnsworth "Unification and Harmonization of Private Law" 1996 *Canadian Business Law Journal* 48
- Furmston *Cheshire Fifoot & Furmston's Law of Contract* (1986) (11 uitg) London, Butterworths

- Gabriel "The Battle of the Forms: A Comparison of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code" 1994 *The Business Lawyer* 1053
- Gardner "Trashing with Trollope: A Deconstruction of the Postal Rules in Contract" 1992 *Oxford Journal of Legal Studies* 170
- Garro "The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments of the Interplay between the Principles and the CISG" 1995 *Tulane Law Review* 1149
- Gloag *The Law of Contract* (1985) Collieston Scotland, Caledonian Books
- Gordley *Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (1993) Oxford, Clarendon
- Guest *Anson's Law of Contract* (1984) Oxford, Clarendon
- Hartkamp *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the UN CISG* in: Boele-Woelki (ed) *Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration* (1994)
- Honnold *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (2 uitg) The Hague, Kluwer Law International
- Hübner *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches* (1985) Berlin, De Gruyter
- Hutchison *Contract Formation* in: *Southern Cross* Ed: Zimmerman & Visser (1996) Cape Town, Juta
- Hyland "Draft" 1997 *Comparative Law Review* 1343
- Jacobs "The Battle of the Forms: Standard Term Contracts in Comparative Perspective" 1985 *International Comparative Law Quarterly* 297
- Kelso "The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Contract Formation and the Battle of the Forms" 1983 *Columbia Journal of Transnational Law* 529
- Kerr *The Principles of the Law of Contract* (1998) (5 uitg) Durban, Butterworths
- Kötz *European Contract Law I* (1997) Oxford, Clarendon
- Krieger "The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Assessment of its Impact on International Transactions" 1989 *South African Law Journal* 184
- Kritzer (ed) *International Contract Manual: Guide to Practical Applications of the UN Convention on CISG* (1993)

- Lawson *Amos & Walton's Introduction to French Law* (1967) (3 uitg) Oxford, Clarendon
- Levy "Contract Formation under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, UCC, Restatement and CISG" 1998 *Uniform Commercial Code Law Journal* 249
- Lord *Williston on Contracts* (1990) (4 uitg) Rochester, New York, Lawyers Cooperative Pub. Co.
- Lubbe & Murray *Contract: Cases, Material and Commentary* (1988) (3 uitg) Cape Town, Juta
- Ludwig *Der Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis von Common Law und Civil Law* (1994) Frankfurt, Lang
- Macaulay, Kidwell, Whitford & Galanter *Contracts: Law in Action II* (1993) Madison
- McBryde *The Law of Contract in Scotland* (1987) Edinburgh, Green
- Nanz *Die Entstehung des Allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert* (1985) München
- Nicholas "The Vienna Convention on International Sales Law" 1989 *Law Quarterly Review* 201
- Nicholas *The French Law of Contract* (1992) Oxford, Clarendon
- Nieuwenhuis *Hoofstukken Verbintenissenrecht* (1986) Deventer, Kluwer
- Nussbaum "Comparative Aspects of Anglo-American Offer and Acceptance Doctrine" 1936 *Comparative Law Review* 920
- Pierre & Pierre "A Comparison of the Rules on Formation of Sales Contracts under the Louisiana Civil Code and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: What Buyers and Sellers Should Know" 1993 *Southern University Law Review* 189
- Rawlings "The Battle of Forms" 1979 *Modern Law Review* 715
- Rosett "Unification, Harmonization, Restatement, Codification and Reform in International Commercial Law" 1992 *American Journal of Comparative Law* 683
- Scott (ed) *The Classics of International Law* (1925) Washington DC, Carnegie Institution of Washington
- Schmidt-Szalewski in: Hondius (ed) *Precontractual Liability, Reports to the VIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal Canada 18-24 August 1990* (1991) Deventer, Boston

- Simpson "Innovation in 19th Century Contract Law" 1975 *Law Quarterly Review* 247
- Smits & Wijers *Duits Verbintenissenrecht: Serie Buitenlands Verbintenissenrecht 6A* (1995) Arnhem, Gouda Quint
- Tillotson *Contract Law in Perspective* (1995) (3 uitg) London, Cavendish Publishers
- Treitel *The Law of Contract* (1991) London, Sweet & Maxwell / Stevens & Sons
- Turpin *Government Procurement and Contracts* (1986) Harmondsworth England, Penguin
- Van der Merwe, Van Huyssteen, Reinecke, Lubbe & Lotz *Kontraktereg: Algemene Beginsels* (1994) Kaapstad, Juta
- Van Dunné *Verbintenissenrecht Deel I: Contractenrecht* (1993) Deventer, Kluwer
- Van Zyl *Beginsels van Regsvergelyking* (1981) Durban, Butterworths
- Von Mehren *International Encyclopedia of Comparative Law* (1995) Tubingen, Mohr
- Von Mehren *International Encyclopedia of Comparative Law* (1992) Tubingen, Mohr
- Von Mehren & Gordley *The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law* (1977) (2 uitg) Boston, Little/Brown
- Walker *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland* (1995) London, Butterworths
- Wessels *Law of Contract in South Africa Vol 1* (1951) (2 uitg) Durban, Butterworth & Co.
- Whincup *Contract Law and Practice* (1996) The Hague, Kluwer Law International
- White & Summers *Uniform Commercial Code* (1980) (2 uitg) St Paul Minnesota, West
- Winfield "Some Aspects of Offer and Acceptance" 1939 *Law Quarterly Review* 499
- Winship "Formation of International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention" 1983 *The International Lawyer* 1
- Zimmerman *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990) Cape Town, Juta
- Zweigert & Kötz *Introduction to Comparative Law* (1987) Oxford, Carendon

SAKELYS**SUID-AFRIKAANSE REG**

Bal v Van Staden 1902 TS 128

Building Material Manufacturers Ltd v Marais 1990 1 SA 243 (O)

Cape Explosives Works Ltd v SA Oil & Fat Industries Ltd 1921 CPD 294

Collen v Rietfontein Engineering Works 1948 1 SA 413 (A)

Dietrichsen v Dietrichsen 1911 TPD 486

Driftwood Properties v McLean 1971 4 SA 296 (T)

Hawkins v Contract Design Centre (Cape Division) (Pty) Ltd 1983 4 SA 296 (T)

Kergeulen Sealing & Whaling Co Ltd v Commissioner for Inland Revenue 1939 AD 487

Martin v Evans Flack & Co 1871 NLR 60

Naudé v Malcolm 1902 19 SC 482

Parow Lands (Pty) Ltd v Schneider 1951 3 SA 183 (SWA)

Stephen v Pepler 1921 EDL 70

The Fern Gold Mining Co v Tobias 1890 3 SAR 134

ENGELSE REG

Adams v Lindsell 1818 106 ER 250

British Road Services v Crutchley (Arthur V) Ltd 1968 1 All ER 811

Brogden v Metropolitan Rly Co 1877 2 App Cas 666 HL

Butler Machine Tool Co v Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd 1979 1 All ER 965

Byrne & Co v Leon van Tienhoven 1880 5 CPD 344

Cooke v Oxley 1790 100 ER 785

Felthouse v Bindley 1862 11 CBNS 869

Jones v Daniel 1894 2 Ch 332

Kingsley & Keith Ltd v Glynn Bros (Chemicals) Ltd 1953 1 Lloyd's Rep 211

Littlejohn v Hadwen 1882 20 SLR 5

New Zealand Shipping Co Ltd v AM Satterthwaite & Co Ltd 1975 AC 154

Payne v Cave 1789 100 ER 502

AMERIKAANSE REG

Drennan v Star Paving Co 1958 51 Cal 2d 409, 333 P2d 757

Gibson v Manchester City Council 1979 1 WLR 294

Ionics Inc v Elmwood Sensors 1997 110 F3d 184 1 Cir

James Baird Co v Gimbel Bros Inc 1933 64 F2d 344, 34b 2 Cir

Rhode Island Tool Co v United States 1955 128 FSupp 417 Ct Cl

Roto-Lith Ltd v FP Bartlett & Co 1962 297 F2d 497 1 Cir

SKOTSE REG

Burnley v Alford 1919 2 SLJ 123

Mason v Benhar Coal Co 1882 9 R 883

Thomson v James 1855 18 D 1

Wylie & Lochhead v McElroy & Sons 1873 1 R 41

NEDERLANDSE REG

Kunststofverwerkende Industrie Katan BV v Heinrich Klaas GmbH & Co KG HR 7
Nov 86 NJ 1987 nr 934

FRANSE REG

De Portes v Vuillier Cass Civ 3 Feb 1919