

ONZORGVULDIGE EN ONJUISTE INFORMATIE BIJ DE CONTRACTSLUITING IN HET ZUIDAFRIKAANS RECHT

door

Louis VAN HUYSSTEEN
(Univ. Western Cape)

Schalk VAN DER MERWE
(Univ. Stellenbosch)

J.H. HERBOTS
(K.U. Leuven)

In Zuid-Afrika erkenden de rechtbanken onlangs uiteindelijk de mogelijkheid van een vordering tot schadevergoeding voor zuiver economische schade die geleden werd als gevolg van een verkeerde mededeling die één van de contractspartijen op onzorgvuldige wijze aan de andere gaf gedurende de onderhandelingen die het contract voorafgingen. Men weet dat in het Belgisch recht de aansprakelijkheid voor een precontractuele fout gegrond wordt op de artikelen 1382-1383 B.W.(1), en dat een zogenaamde zuiver economische schade geen specifieke behandeling krijgt.

De uitspraak van de *Appellate division* van de *Supreme Court in Bayer South Africa (Pty) Ltd. tegen Frost*(2) had betrekking op zo'n vordering in vergoeding voor een andere schade dan schade aan lijf of goed, veroorzaakt door een nalatige verkeerde mededeling. Men weet dat in de Engelse Common law in beginsel geen schadevergoeding bekomen kan worden voor „pure economic loss”, althans in het recht van de onrechtmatige daad (tort)(3). Op dit beginsel bestaan slechts enkele uitzonderingen, waaronder het arrest *Hedley Byrne* inzake onjuiste mededelingen. De feiten lagen als volgt. Frost was een landbouwer die op een aantal aanpalende velden wijngaarden, ajuinen en tarwe exploiteerde. Hij wou het onkruid in de wijngaard bestrijden zonder de andere oogsten te beschadigen. Via handelsagenten onderhandelde Bayer met Frost voor de aankoop en de

(1) Onder de talrijke artikelen verdienen speciale vermelding: SCHRANS, G., „De progressieve totstandkoming der contracten”, *T.P.R.*, 1984, 1; CORNELIS, L., „La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus contractuel”, *T.B.B.R.*, 1990, 391; VAN OEVELEN, A., „Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten”, *DAOR*, 1990, 43.

(2) 1991 4SA 559 (A).

(3) HERBOTS, J.H., „Le duty of care et le dommage purement financier en droit comparé”, *Rev. dr. internat. et dr. comp.*, 1985, 7-33.

aanwending van een onkruidbestrijdingsmiddel voor dat doel. Gedurende de onderhandelingen meldden de agenten aan Frost dat het onkruidbestrijdingsmiddel best kon aangewend worden voor een besproeiing vanuit de lucht en dat er op accurate manier kon gesproeid worden vanaf 5 m. van de grens, zodat het produkt niet naar de aanpalende velden zou uitlopen. De wijngaarden werden besproeid, maar het onkruidbestrijdingsmiddel vloeyde over de grenslijn en de aanpalende oogsten leden schade. Frost vorderde voor het daaruit voortvloeyende financieel verlies schadevergoeding van Bayer op grond van de door zijn agenten onzorgvuldig gegeven verkeerde informatie.

Dit soort geding heeft uiteraard niets ongewoon, en kan vanuit verschillende gezichtspunten bekeken worden: vorderingen wegens nalatige verkeerde mededelingen kunnen op delict (*tort*) gegrond worden, kunnen voortvloeyen uit de beginselen van het contractenrecht, of kunnen hun grond vinden ergens tussen de twee in. Het standpunt dat in een rechtsstelsel gevolgd wordt, moet vanuit de specifieke vereisten die gelden voor de handeling of het gedrag voor dewelke de rechtsmiddelen verleend worden, beschouwd worden.

In het Engelse recht bijvoorbeeld leverde het begrip *tort* uiteindelijk de grond voor de aansprakelijkheid voor nalatige verkeerde mededelingen. Maar het bestaan van een verhouding tussen partijen bij een bijzonder contract verloor er toch niet elk belang: de begrenzing die een contractuele verhouding aan een onbepaalde aansprakelijkheid stelt, bleef belangrijk in zoverre dat de *duty in tort* onder andere geldt voor verhoudingen „die aan een contract gelijkwaardig zijn”(4). De ontwikkeling in het Engels recht werd zeker en vast beïnvloed door het feit dat de leer van de *consideration* het verlenen van rechtsmiddelen die rechtstreeks gebaseerd zijn op het bestaan van een contract beperkte(5) en ook door de historische wortels van het Engelse contractenrecht, die in het recht van de onrechtmatige daad te vinden zijn.(6).

Het Duitse recht levert het voorbeeld van een andere benadering. Noch paragraaf 823 eerste lid B.G.B. en paragraaf 826, noch para-

(4) Cf. de uitspraak in *Hedley Byrne & Co Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, 1964 AC 465 529, en de daarop volgende uitspraken hieromtrent; *Fleming, The law of torts*, 1987, 127 e.v.; HERBOTS, J.H., „If liability in contract, then no liability in tort?”. in *Liber amicorum Prof. Em. E. KRINGS*, 1991, 182 e.v.

(5) Cf. *Hedley Byrne & Co Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, 1964 AC 465 529, waarin de „duty in tort” ook verbonden werd met „omstandigheden waarin er een contract zou bestaan, indien er consideration geweest ware”.

(6) Cf. HERBOTS, J.H., „If liability in contract, then no liability in tort?” in *Liber amicorum Prof. Em. E. KRINGS*, 1991, 170.

graaf 831 kunnen — zonder extensieve interpretatie — rechtstreeks de aansprakelijkheid gronden voor nalatige verkeerde inlichtingen die zuiver economische schade veroorzaken. Het recht van de onrechtmatige daad bood geen oplossing. Men placht een spoor te volgen dat dichter bij het contract lag. Uiteindelijk kon de aansprakelijkheid voor dergelijke inlichtingen gegrond worden op het beginsel van de *culpa in contrahendo* of kon een heuse contractuele verhouding geconstrueerd worden. Wanneer bijvoorbeeld een bank inlichtingen verschaft die betrekking hebben op bepaalde investeringen met een derde, wordt aanvaard dat er tussen de bank en de investeerder een contract bestond, krachtens welk de bank op zich genomen had betrouwbare informatie te verschaffen(7). Het gewicht dat in het Duitse recht verleend wordt aan redelijk vertrouwen en goede trouw in contractuele relaties vergemakkelijkt uiteraard ontwikkelingen in deze zin(8).

Het Zuidafrikaanse recht, — een hybried systeem, zoals men weet, met sterke romeinsrechtelijke en Nederlandse wortels en een belangrijke inbreng van het Engelse recht —, aarzelde lang tussen de verschillende mogelijke benaderingen voor de aansprakelijkheid voor nalatige verkeerde inlichtingen die zuiver economische schade veroorzaken(9).

Bedrog (*fraud*), al dan niet in een contractuele context, werd in het Zuidafrikaanse recht traditioneel geconstrueerd als een delict dat een vordering tot vergoeding gronden kan, ook voor zuiver economische schade. Indien het bedrog leidt tot het sluiten van een contract, mag de benadeelde partij, geheel los van een vordering tot vergoeding, het contract ontbinden.

Een nalatige verkeerde informatie die tot een contract leidt, werd ook als ontbindingsgrond aanvaard. Maar de rechtspraak en sommige commentatoren aarzelen om een vordering in schadevergoeding te erkennen voor zuiver economische schade veroorzaakt door nalatige verkeerde informatie — weze het in een contractuele context of niet: de mogelijkheid van zulke vordering deed het spook rijzen van een ongebreidelde aansprakelijkheid die het vrije handelsverkeer op

(7) Zie de uitspraak van het Bundesgerichtshof (6. Zivilabteilung) van 12 februari 1979, *N.J.W.*, 1979, 1595. Zie ook LAWSON en MARKESINIS, *Tortious liability for unintentional harm in the common law and the civil law*, vol. 1, 1982, 82 e.v.

(8) Zie in het algemeen over dit standpunt FIKENTSCHEER, *Schuldrecht*, 1985, passim.

(9) Het kan betwijfeld worden of het Romeins recht en meer in het bijzonder het Romeins-Hollandse recht het onderscheid maakte tussen zuiver economische schade en fysisch toegebrachte schade (*physical injury*). Het onderscheid werd in Zuid-Afrika waarschijnlijk ingevoerd langs het Engels recht om. Cf. VAN DER WALT, *Delict: Principles and cases*, 1979, par. 24.

onaanvaardbare wijze zou verlammen. Een uitgebreid en soms vurig debat vond plaats. Alhoewel de mijlpaal-uitspraak in *Herschel tegen Mrupe*(10) geïnterpreteerd kon worden als een steun voor de aanvaarding van de vordering, bleef de vraag toch onopgelost.

In 1979 aanvaardde de *Appellate division* in het geval *Administrateur Natal tegen Trust bank van Afrika BPK*(11) eindelijk dat een nalatige verkeerde informatie die buiten de context van contractuele onderhandelingen gegeven werd en die zuiver economische schade veroorzaakte, een delict kon uitmaken en als dusdanig een vordering mocht gronden voor vergoeding van de schade. Men vergelijkte met het Engelse mijlpaal-arrest *Hedley Byrne*. Het Hof stelde dat extensieve en onbepaalde aansprakelijkheid zou vermeden worden, zolang de vereisten voor delictuele aansprakelijkheid krachtens de *lex aquilia* adequaat geformuleerd en toegepast werden. Onrechtmatigheid zou in dit opzicht de belangrijkste en nuttigste vereiste blijken. In het Zuidafrikaans recht wordt de test voor onrechtmatigheid geformuleerd in termen van schending van een recht of van de *breach of a duty*, al naar gelang het geval. Wanneer het *misrepresentation* betreft door middel van een verkeerde inlichting, wordt de onrechtmatigheid van het gedrag best beoordeeld met verwijzing naar de *breach of a duty* om geen informatie te geven die op onredelijke wijze schadelijk kan zijn; of, zoals het bij gelegenheid uitgedrukt wordt, eenvoudigweg een plicht om geen verkeerde inlichtingen te geven(12). Indien onrechtmatigheid op die manier bepaald wordt, is het in beginsel onbelangrijk of de verkeerde inlichting er een is van feitelijke aard, dan wel een mening; hoogstens zou de aanwezigheid van een verkeerde feitelijke inlichting gemakkelijker het besluit rechtvaardigen van onrechtmatigheid(13). In zover de oorzakelijkheidsband een normatief begrip is, kan het probleem van de gevreesde onbeperkte aansprakelijkheid natuurlijk ook aangepakt worden door het ontkennen van een causale band in de juridische zin(14).

(10) 1954 3 SA 464 (A).

(11) 1979 3 SA 824 (A).

(12) Cf. de *Administrateur Natal* case 833; cf. ook N.B.W. art. 194, Boek 6 volgens welke misleidende reclame reeds onrechtmatig kan zijn indien het in bepaald opzicht misleidend is. Zie ook de verdere discussie hieronder.

(13) Cf. *Kern Trust (Edms) Bpk V. Hurter*, 1981 3 SA 607 (C), waarin zonder verder omhaal aanvaard werd dat een op nalatige wijze geuite mening tot schadevergoeding aanleiding kon geven.

(14) Zie de *Administrateur Natal*, zaak 833. In de Anglo-Amerikaanse rechtsleer wordt een onderscheid gemaakt tussen de „legal causation” en de „factual causation” (*conditio sine qua non m.a.w.*).

De rechtbanken waren niet gemakkelijk te overtuigen het bovenstaande standpunt uit te breiden en het toe te passen op nalatige verkeerde informatie die leidt tot het sluiten van een contract. In feite werd die vraag uitdrukkelijk onbeslist gelaten in de zaak *Administrateur Natal*(15). In 1968 had de *Appellate division* in de zaak *Hamman tegen Moolman*(16) ernstige twijfel uitgedrukt over het verlenen aan een koper van een delictuele vordering in schadevergoeding voor door de verkoper op onzorgvuldige wijze gegeven verkeerde informatie. Volgens het Hof was de contractant in dergelijke omstandigheden voldoende beschermd door de gewone contractuele rechtsmiddelen (met inbegrip van een vordering op grond van een in het contract uitdrukkelijk gegeven waarborg) of, als het om koop ging, door de vordering tot herleiding van de koopprijs krachtens de *actio quanti minoris* van Romeinse origine. In casu moest het Hof niet noodzakelijk zijn mening over deze rechtskwestie uiten, omdat het vond dat er in hoofde van de verkoper geen nalatigheid bestond. Die mening was daarom *obiter* uitgedrukt en eigenlijk niet bindend in een systeem van gerechtelijk precedent. Nochtans beïnvloedde die aldus uitgedrukte twijfel de lagere rechtbanken en weerhield hen ervan vorderingen te verlenen voor schadevergoeding op grond van onzorgvuldig gegeven verkeerde informatie *in contrahendo*(17).

In 1981 had de *Supreme Court* van de Kaapprovincie in *Kern Trusts (EDMS) BPK tegen Hurter*(18) uit te maken of in beginsel schadevergoeding kon gevorderd worden door een contractant die het aandeelkapitaal en lening accounts van bepaalde vennootschappen had gekocht op grond van door de medecontractant op onzorgvuldige wijze verleende verkeerde informatie. Het Provinciale Hof weigerde de voorzichtige benadering van *Hamman tegen Moolman* te volgen en steunde op de uitspraak in *Administrateur Natal* om een op de *lex aquilia* gesteunde vordering gegrond te erkennen.

De redenen die te vinden zijn in *Kern Trust tegen Hurter* werden uiteindelijk aanvaard in *Bayer tegen Frost*. De *Appellate division* maakte in beginsel geen onderscheid tussen verkeerde informatie binnen of buiten de context van contractuele onderhandelingen. Het Hof benadrukte eerder dat het feit dat er contractuele onderhande-

(15) 834.

(16) 1968 4 SA 340 (A) 348.

(17) Zie *Latham v. Sher*, 1974 4 SA 687 (W); *Du Plessis v. Semmelink*, 1976 2 SA 500 (T).

(18) 1981 3 SA 607 (C).

lingen waren en dat een contract gesloten werd, deel zou uitmaken van wat het Hof de „circumstantial matrix” noemde waarbinnen het bestaan van een rechtsplicht om geen onredelijk schadelijke mededelingen te doen geconstrueerd moest worden. Zoals in het geval *Kern Trust* was het Hof niet overtuigd door de rechtspolitieke overwegingen die de erkenning van een vordering in schadevergoeding verhinderd hadden. Volgens het Hof(19) vereiste de rechtvaardigheid(20) een logische toepassing van dezelfde beginselen op het gebied van de contractuele onderhandelingen. In die lijn verwierp het Hof de restrictieve benadering die gevolgd werd in *Hamman tegen Moolman*. Het argument bestond erin dat de vorderingen tot ontbinding (gepaard gaande met restitutie), of herleiding van de koopprijs dikwijls onaangepast zijn. Ook is het niet altijd doenbaar om een waarborg in het contract in te lassen: het is niet altijd gemakkelijk om een medecontractant te overtuigen om toe te stemmen in een contractuele waarborg. Een contractant mag redelijkerwijze beschouwen dat het nodig is om aan te dringen op een waarborg; als leek kan hij zich trouwens niet bewust zijn van een dergelijke wettelijke mogelijkheid.

De uitspraak in de beroepsinstantie komt neer op een duidelijke keuze voor een algemene toepassing van de beginselen van de *lex aquilia* op gevallen van onzorgvuldig gegeven verkeerde mededelingen; waar een onrechtmatig gedrag schade veroorzaakt, is men aansprakelijk. Het bestaan van een contract wordt niet als een hinderpaal op deze weg beschouwd. De contractuele verhouding, wanneer die aanwezig is, is nochtans niet irrelevant geworden(21). Het Hof van beroep stelt uitdrukkelijk(22) dat „the circumstances will determine the vital issues of unlawfulness and whether there is

(19) 568.

(20) Uit de context van deze zaak lijkt het wel dat de rechter het woord „justice” gebruikt om het begrip te veruitwendigen van een redelijk en billijk beleid waardoor de belangen van partijen in evenwicht zijn. Alhoewel de rechter niet verder uitwijdt over het begrip „justice”, is die opmerking toch zeer betekenisvol gezien het huidige debat in de Zuidafrikaanse rechtsleer over de plaats en de inhoud in het verbintenissenrecht van begrippen als *justice, fairness, good faith and public policy*. Zie e.g. VAN DER MERWE, LUBBE & HUYSSTEEN, „The exceptio doli generalis: requiescat in pace — vivat aequitas”, 1989, *South African Law Journal*, 235; LUBBE, „Bona fides, billikheid en die openbare belang in die Suid-Afrikaanse kontraterereg”, 1990, *Stellenbosch Law Review*, 7; VAN HUYSSTEEN & VAN DER MERWE, „Good faith in contract: proper behaviour amidst changing circumstances”, 1990, *Stell. L.R.* 244; VAN DER MERWE & LUBBE, „Bona fides and public policy in contract”, 1991, *Stell. L.R.*, 91.

(21) Opgemerkt moet worden dat in feite de minderheid van het Hof van beroep vond dat de appellat een contractuele bepaling geschonden had en daarvoor aansprakelijk was.

(22) 570.

a causal connection between the making of the misstatement and the loss". Een bestaand contract zal zonder twijfel één van die omstandigheden zijn.

Waar het in wezen om gaat is niet de vrees voor een te royaal aanvaarde en te onbepaalde aansprakelijkheid, maar wel de juiste toepassing van de vereisten van de onrechtmatige daad. Dit impliceert uiteraard dat deze vereisten, en de onrechtmatigheid in het bijzonder, een klare en praktische inhoud moeten krijgen. In *Bayer tegen Frost* bepaalde de meerderheid van het Hof meerdere malen de *duty* in verband waarmee de onrechtmatigheid wordt bepaald, als een plicht om er zich van te vergewissen dat de mededeling „correct” is. Indien dit in het algemeen zou begrepen worden als een eenvoudige plicht om de waarheid te vertellen, dan zou de draagwijdte van een eventuele aansprakelijkheid moeilijk in te perken zijn. De formulering van het Hof van beroep was waarschijnlijk alleen maar met het oog op de feiten van het voorliggende geval gegeven, en in het algemeen zou de plicht moeten beschouwd worden als de plicht om geen mededelingen te doen die in de omstandigheden op onredelijke wijze schadelijk kunnen zijn. In bijzondere gevallen kan het natuurlijk van een gezonde politiek getuigen een specifieke plicht op te leggen om er zich van te vergewissen dat de mededelingen correct zijn, bijvoorbeeld waar het om consumentenbescherming gaat en in het bijzonder om misleidende publiciteit. Aandacht zou dan moeten gegeven worden aan een zekere beperking van het bedrag van de schadevergoeding die verleend kan worden. Consumentenbescherming werd in Zuid-Afrika niet bereikt door middel van wetgeving. Maar niets zou de rechtbanken ervan kunnen weerhouden om een conservatieve politiek te voeren bij het toekennen van schadevergoeding in de gevallen in dewelke zij minder conservatief zouden zijn om plichten voor een goed gedrag (*duties*) op te leggen. Een beroep op het *deep pocket principle* en op de verzekering als alternatieve methodes om de noodzakelijke bescherming te bieden, kent in het bijzonder in een ontwikkelingsland beperkingen.

De keuze die ten gunste van de onrechtmatige daad als aansprakelijkheidsgrond gemaakt werd, doet de interessante mogelijkheid rijzen dat de bovengenoemde plicht ook opgelegd kan worden wanneer contractuele onderhandelingen afgebroken worden vooraleer het contract gesloten wordt, maar nadat een nalatige verkeerde informatie werd gegeven. Het valt af te wachten in welke mate — indien het zover komt — het feit dat verkeerde informatie gegeven werd tussen de mogelijke, alhoewel onsuccesvolle contractanten, beschouwd zal

worden als één van de omstandigheden die de onrechtmatigheid bepalen(23).

In Zuid-Afrika kan het geval *Bayer tegen Frost* argumenten aanbren- gen in het debat over de samenloop van vorderingen die kunnen ontstaan uit één enkel geheel van feiten (*concurrency of action arising out of a single set of facts*). De erkenning van een aquiliaanse aansprakelijkheid bij zuiver financiële schade, ook in een contractue- le context, kan gevolgen hebben voor een mogelijke samenloop van vorderingen: de belangrijke eis om een contractuele vordering te onderscheiden, mag misschien gewoon als overbodig beschouwd worden. Maar een dergelijke erkenning kan dan ook beschouwd worden als een versterking van het argument dat een contractbreuk (tenminste wanneer het gepaard gaat met fout) eigenlijk op zichzelf een delict vormt en een vordering *ex delicto* rechtvaardigt(24). Er zou dan geen werkelijke samenloop van vorderingen zijn. Tot hiertoe hebben de rechtbanken nog geen duidelijke aanwijzingen gegeven: heeft een eiser een werkelijke keuze tussen samenlopende vorderin- gen (met andere woorden houdt het recht een „alternatief” systeem voor mogelijk), of sluit daarentegen het feit dat een contractuele vordering ter beschikking staat onmiddellijk een delictuele vordering uit?(25).

Onderstreept moet worden dat het Zuidafrikaans rechtssysteem de weg van de delictuele aansprakelijkheid gevolgd heeft voor op on- zorgvuldige wijze verleende verkeerde inlichtingen *in contrahendo*. Er bestond alles bijeen geen werkelijke hindernis om de contractuele weg in te slaan, die op eigen wijze een beperking van de mogelijke aansprakelijkheid zou geleverd hebben, en die in het Zuid-Afrikaan- se recht niet onderworpen is aan de restricties van de theorie van de *consideration*(26). Het blijft af te wachten of de keuze ten gunste van de onrechtmatige daad uiteindelijk zijn weerslag zal vinden in de constructie gebaseerd op de ontbinding van een contract voor *mis-*

(23) Het begrip „culpa in contrahendo” vond geen ingang in het Zuidafrikaanse recht. Maar het begrip „estoppel by representation” kan gebruikt worden om de partij die vertrouwend op die „representation” handelt en hierbij schade lijdt, te beschermen. Zie over „estoppel by representation” in het contractenrecht VAN DER MERWE & VAN HUYSSTEEN, „A perspective on the elements of estoppel by representation”, 1988, *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 568; LUBBE, „Estoppel, vertrouensbeskerming en die struktuur van die Suid-Afrikaanse privaatreg”, 1991, *T.S.A.R.*, 1.

(24) Cf. *Lillicrap, Wassenaar & Partners v. Pilkington Broters (Pty) Ltd.*, 1985 1 SA 475 (A), 495 e.v.

(25) Zie de *Lillicrap case*.

(26) Reeds sinds 1919 in *Conradie v. Rossouw*, 1919 AD 279 wordt „valuable consideration” niet beschouwd als een geldigheidsvereiste bij de contractsvorming in het Zuidafrikaanse recht. Zie ook *Saambou Nasionale Bouvereniging v. Friedman*, 1979 3 SA 978 (A).

representation. De leer dat specifieke inbreuken op de vrije wilsuiting van een contractant (met name *misrepresentation*, geweld en *undue influence*) de ontbinding van het daarop gesloten contract rechtvaardigen, werd door de rechtbanken en de vele commentatoren over het algemeen aanvaard zonder enige ernstige poging om het werkelijke onderliggende beginsel te identificeren. De positie die ingenomen werd in het geval *Bayer* kan steun verlenen aan de erkenning van een onrechtmatige verleiding tot het sluiten van een contract als een algemene grond voor ontbinding, i.p.v. de ontbinding te beperken tot bijzondere gronden(27).

Alles bijeen illustreert de uitspraak in *Bayer tegen Frost* dat het van een tegenproduktieve rechtspolitiek zou getuigen om ten allen koste de gebieden van het recht die aansluiten bij contracten en delicten van mekaar te scheiden alsof zij hermetisch in exclusieve compartimenten gescheiden zouden zijn.

(27) De laatste jaren lijkt het erop dat de rechtbanken, met inbegrip van de *Appellate division*, bereid gevonden worden om een dergelijke veralgemening van de gronden voor ontbinding van een contract te aanvaarden. Zie VAN DER MERWE & VAN HUYSTEEN, „Improperly obtained consensus”, 1987, *Tydskrif vir Romeins-Hollandse Reg*, 78.

SOMMAIRE

NÉGLIGENCE ET INEXACTITUDE DANS L'INFORMATION DONNÉE LORS DE LA CONCLUSION DE CONTRATS EN DROIT SUD-AFRICAIN

En Afrique du Sud, les tribunaux ont récemment admis la possibilité d'une action en indemnisation d'un préjudice purement économique subi à la suite d'une information erronée donnée par l'une des parties à son co-contractant dans la phase précontractuelle.

En droit anglais, c'est la notion de „tort” qui fournit le fondement de la responsabilité pour information inexacte.

En droit allemand par contre, l'on suit une voie plus proche du contrat, la responsabilité étant fondée sur le principe de la *culpa in contrahendo*.

Le droit sud-africain — un système hybride marqué par ses fortes racines plongées dans les droits romain et néerlandais et par un important apport du droit anglais — a longtemps hésité entre les diverses approches possibles en matière de responsabilité du fait d'information inexacte entraînant un préjudice purement économique. Certes, il a été admis qu'une information inexacte amenant une partie à contracter constitue une cause de résolution du contrat, mais la jurisprudence hésitait à admettre sur cette base une action en réparation du préjudice économique.

En 1979, l'„Appellate Division” a finalement admis, dans l'affaire *Administrateur Natal contre Trust bank van Afrika BPK*, qu'une information erronée donnée par négligence en dehors des négociations contractuelles, peut constituer un délit. Les tribunaux ne se sont cependant pas facilement laissés convaincre d'étendre et appliquer ce point de vue à une information inexacte conduisant à la conclusion d'un contrat.

En 1968, dans l'affaire *Hamman contre Moolman*, l'„Appellate Division” a exprimé de sérieux doutes sur l'octroi à un acheteur d'une action en dommages et intérêts sur base délictuelle pour informations inexactes données par le vendeur. En 1981, dans l'affaire *Kern Trusts (EDMS) BPK contre Hurter* la „Suprême Court” de la province du Cap a rejeté l'approche restrictive suivie dans l'affaire *Hamman contre Moolman*. Le raisonnement adopté dans l'affaire *Kern Trusts* a finalement été accepté dans l'affaire *Bayer contre Frost*. L'„Appellate Division” n'a pas fait de distinction de principe entre information inexacte donnée dans ou en dehors du contexte de négociations contractuelles. L'arrêt *Bayer contre Frost* peut en tout cas fournir des arguments dans le débat sur le concours d'actions susceptibles de naître d'un seul ensemble de faits.

A souligner que le système juridique sud-africain a suivi la voie de la responsabilité délictuelle du fait d'informations inexactes données par négligence *in contrahendo*. Tout compte fait, il n'y avait pas de véritable obstacle à s'engager dans la voie de la responsabilité contractuelle. Il faudra attendre pour voir si le choix en faveur du fait illicite sera finalement fait dans la construction basée sur la résolution d'un contrat pour cause de „misrepresentation”.

En fin de compte, l'arrêt *Bayer contre Frost* illustre l'idée que ce serait faire preuve d'une politique juridique contre-productive que de vouloir à tout prix établir une cloison étanche entre les domaines du droit annexes au contrat et la matière des délits.

ZUSAMMENFASSUNG

UNGENAU UND FALSCHER INFORMATION BEI DEM VERTRAGSABSCHLUß IM SÜDAFRIKANISCHEN RECHT

In Südafrika erkannten die Gerichtshöfe vor kurzem endlich die Möglichkeit einer Schadenersatzklage für rein wirtschaftliche Schadenfälle die sich aus einer falschen Mitteilung die einer der Kontrahenten in der vorvertraglichen Phase dem anderen ermittelte, ergaben.

Im englischen Recht lieferte der Begriff „tort“ den Grund zu Haftbarkeit wegen falscher Information. Im deutschen Recht dagegen folgt man einer Spur, die dem Vertrag näherkommt und die Haftbarkeit wird hier auf das Prinzip des culpa in contrahendo gegründet.

Das südafrikanische Recht — ein hybrides System mit starken römischrechtlichen und niederländischen Wurzeln und einem bedeutenden Einfluß des englischen Rechtes — zögerte lange zwischen den unterschiedlichen Betrachtungsweisen der Haftbarkeit wegen falscher Information in rein wirtschaftlichen Schadenfällen.

Zwar wurde eine falsche zum Vertrag führende Information als Enthebungsgrund akzeptiert, aber die Rechtspflege zögerte um aus diesem Grund für den wirtschaftlichen Schadenfall eine Schadenersatzklage zu bewilligen.

In 1979 akzeptierte die „Appellate Division“ im Fall *Administrator Natal gegen Trust Bank von Afrika BPK* endlich, daß eine fahrlässige falsche Mitteilung die außerhalb des Rahmens vertraglicher Verhandlungen gegeben wurde, einen Delikt bilden kann. Die Gerichtshöfe waren allerdings nicht leicht zu überzeugen, diesen Standpunkt zu erweitern und auf falsche zum Vertragsabschluß führende Information anzuwenden.

In 1986 hatte die „Appellate Division“ im Fall *Hamman gegen Moolman* über die Bewilligung einer deliktuellen Schadenersatzklage an einen Käufer wegen vom Verkäufer ermittelter falscher Information ernsthaften Zweifel ausgedrückt. In 1981 hatte der „Supreme Court“ der Kapprovinz im Fall *Kern Trusts (EDSM) BPK gegen Hurter* die restriktive Vorgehensweise die im Fall *Hamman gegen Moolman* verwendet wurde, verworfen. Die im Fall *Kern Trusts* geäußerte Begründung wurde im Fall *Bayer gegen Frost* endlich akzeptiert. Die „Appellate Division“ machte keinen prinzipiellen Unterschied zwischen falscher Information innerhalb oder außerhalb des Rahmens vertraglicher Verhandlungen.

Bayer gegen Frost kann in der Debatte über den Zusammenlauf der aus einem einzigen Tatsachenbestand entstehenden Klagen auf jeden Fall Argumente anführen.

Es muß unterstrichen werden, daß das südafrikanische Rechtssystem für ungenau ermittelte falsche Information *in contrahendo* den Weg der deliktuellen Haftbarkeit gewählt hat. Eigentlich gab es kein echtes Hindernis um den vertraglichen Weg zu bevorzugen. Man muß abwarten, ob die Entscheidung zugunsten der rechtswidrigen Tat letztendlich auf die auf die Enthebung eines Vertrags wegen „misrepresentation“ gegründete Konstruktion eine Rückwirkung haben wird.

Als Schlußfolgerung aus dem Urteil im Fall *Bayer gegen Frost* ergibt sich die Einsicht, daß eine hermetisch durchgeführte Trennung der Rechtsgebiete die sich den Verträgen, bzw. den Delikten anschließen, eine contraproduktive Rechtspolitik veranlassen würde.

SUMMARY

The South African legal system recently saw the final recognition by the courts of an action for the recovery of purely economic loss suffered in consequence of a negligent misstatement made by one of the parties to the contract towards the other during the negotiations preceding the contract.

In English law the concept of tort provided the basis for liability for negligent misstatements. German law affords an example of a different approach. The tendency has been to follow a line closer to contract. South African law, as a hybrid system with strong Roman and Dutch roots, with major inputs from English law, was long poised between the various possible approaches to liability for negligent misstatements which cause purely economic loss. A negligent misstatement inducing a contract has traditionally been accepted as a ground for rescission. However, the courts were reluctant to recognise a claim for damage for purely economic loss caused by negligent misstatements.

In 1979 the appellate division, in *Administrateur, Natal v. Trust bank van Afrika* finally accepted that a negligent misstatement made outside the context of contractual negotiations may constitute a delict. The courts were not easily persuaded to extend this view point and apply it to negligent misstatements which induce a contract. In 1968 the appellate division, in *Hamman v. Moolman*, had expressed serious doubts about affording a purchaser a delictual claim for damages for a negligent misstatement by the seller. In 1981 the Supreme Court in the Cape provincial division, in *Kern Trust v. Hurter* declined to follow the cautious approach of *Hamman v. Moolman*. The reasons advanced in *Kern Trust v. Hurter* were finally accepted and reiterated in *Bayer v. Frost*. The appellate division of the Supreme Court found no distinction in principle between misstatements within and outside the context of contractual negotiations.

Bayer v. Frost may well add fuel to the debate on concurrence of actions arising out of a single set of facts. It is noteworthy that the South African legal system has followed the route of delictual liability also for negligent misstatements *in contra-hendo*. There was no real obstacle in the way of the route of contract. It remains to be seen whether the choice in favour of delict will eventually also be reflected in the construction placed on the remedy of rescission of a contract for misrepresentation.

Bayer v. Frost illustrates that it would be counter-productive legal policy to separate at all costs the areas of law pertaining to contracts and delicts as if they were hermetically sealed and exclusive compartments.

RESUMEN

INFORMACIONES INCOMPLETAS E INCORRECTAS EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS EN EL DERECHO SUDAFRICANO

En Sudáfrica, los tribunales han reconocido reciente y finalmente la admisibilidad de una acción por daños y perjuicios basada en los daños puramente económicos

sufridos debido a una comunicación errónea hecha por una de las partes contratantes a la otra en la fase precontractual.

En el derecho inglés, el concepto de „tort” ha conferido la base de la responsabilidad por informaciones incorrectas. En el derecho alemán al contrario, se sigue una pista que se encuentra más cercana a la figura del contrato y la responsabilidad se basa en el principio de la *culpa in contrahendo*.

El derecho sudafricano — un sistema híbrido con fuertes raíces del derecho romano y holandés y una importante influencia del derecho inglés — se mostró dubitativo durante mucho tiempo entre los distintos enfoques posibles de la responsabilidad por informaciones incorrectas que causan daños meramente económicos. Si bien es cierto que una información incorrecta que conduce a un contrato se aceptaba como una razón de resolución, la jurisprudencia dudaba, a pesar de ello, para estimar una acción de daños y perjuicios por los daños económicos.

En 1979, la „Appellate Division” aceptó finalmente, en el caso *Administrador Natal contra Trust bank de Afrika BPK*, que una información incorrecta y negligente dada fuera del contexto de negociaciones contractuales, pudiera constituir un dolo. Sin embargo, no fue fácil convencer a los tribunales para que extendieran y aplicaran este principio a informaciones incorrectas que conduzcan a la celebración de un contrato.

En 1968, en el caso *Hamman contra Moolman*, la „Appellate division” había expresado serias dudas acerca de estimar o no a un comprador una acción de daños y perjuicios por motivo de informaciones incorrectas dadas por el vendedor. En 1981, la „Supreme Court” de la Provincia del Cabo había descartado, en *Kern Trusts (EDMS) BPK contra Hurter*, el enfoque restrictivo seguido en *Hamman contra Moolman*. El razonamiento avanzado en el caso *Kern Trusts* se aceptó finalmente en *Bayer contra Frost*. La „Appellate division” no hizo una distinción fundamental entre informaciones incorrectas dentro o fuera del contexto de negociaciones contractuales.

Bayer contra Frost puede, de todas maneras, aducir argumentos en el debate sobre el concurso de acciones que pueden encontrar su origen en un único conjunto de hechos.

Hay que subrayar que el sistema jurídico sudafricano ha aceptado el principio de la responsabilidad civil por informaciones incorrectas dadas de manera negligente *in contrahendo*. Con todo, no existía un verdadero obstáculo para seguir la vía „contractual”.

Todavía hay que esperar si la elección en favor del hecho ilícito encontrará, finalmente, su repercusión, en la construcción basada en la disolución de un contrato por „misrepresentation”.

Después de todo, el fallo en el asunto *Bayer contra Frost* ilustra que el hecho de querer, a toda costa, separar herméticamente los ámbitos del derecho que guarden relación con contratos y delitos, sería una muestra de una política jurídica contraproducente.