

VRYSTAATSE HOË HOF, BLOEMFONTEIN
REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA

Appèlnommer: A337/11

In die appèl van:-

JOHANNES J JOUBERT

Appellant

en

A H GROENEWALD

Respondent

CORAM: DAFFUE, R *et* MURRAY, WND R

AANGEHOOR OP: 14 MEI 2012

UITSPRAAK DEUR: DAFFUE, R

GELEWER OP: 24 MEI 2012

INLEIDING

[1] Die onderhawige geding is 'n beginselsaak tussen appellant (eiser in die hof *a quo*) en respondent (verweerder in die hof *a quo*), synde twee boere van die Heilbron distrik in die Vrystaat Provinsie wat eens op goeie voet en in vrede met mekaar geleef het. Onvrede het ingetree na die herstel van die grensdraad tussen die partye se twee plase en die aandrang deur die een teenoor die ander op betaling van die

helfte van sodanige koste.

[2] Eiser het in Oktober 2007 dagvaarding uitgereik teen verweerder in die Landdroshof Heilbron vir betaling van die bedrag van R1 575,51, synde die helfte van die herstelkoste. Eiser steun op 'n mondelinge ooreenkoms tussen die partye ingevolge waarvan 'n gedeelte van die grensdraad herstel sou word en elkeen verantwoordelik sou wees vir betaling van die helfte van die herstelkoste. In die alternatief tot die kontraktuele eis steun eiser op ongeregverdigde verryking.

[3] In sy verweerskrif het verweerder aangevoer dat daar nooit 'n ooreenkoms tussen die partye tot stand gekom het met betrekking tot die herstelwerk aan die grensdraad nie, dat eiser dit uit eie beweging, maar op 'n onbehoorlike en onvakkundige wyse, gedoen het en ook versuim het om te voldoen aan die bepalings van artikel 10 van die Omheiningswet 31 van 1963. Die omvang van die herstelkoste is ontken en dus ook enige aanspreeklikheid teenoor eiser.

[4] Die verhoor het op 1 September 2011, bykans vier jaar na

die sluiting van pleitstukke en meer as ses jaar na ontstaan van die dispuut, 'n aanvang geneem en na aanhoor van die getuienis het die hof *a quo* in 'n uitspraak gedateer 8 September 2011 eiser se eis van die hand gewys met koste.

[5] Eiser het appèl aangeteken teen die uitspraak van die hof *a quo* en steun op verskeie gronde van appèl. Die gronde van appèl kan soos volg saamgevat word:

5.1 Die hof *a quo* het fouteer deur nie te bevind dat daar 'n ooreenkoms tussen eiser en verweerder ontstaan het met betrekking tot die herstel van die grensdraad nie.

5.2 Die hof *a quo* moes die weersprekings en onwaarskynlikhede in verweerder se getuienis in ag geneem en tot die bevinding gekom het dat eiser se weergawe meer waarskynlik is.

5.3 Die hof *a quo* moes bevind het dat eiser sy uitgawes met betrekking tot die herstel van die grensdraad behoorlik bewys het en bygevolg dus ook die helfte daarvan wat van verweerder gevorder is kragtens die ooreenkoms tussen die partye.

[6] Gerieflikheidshalwe sal deurgaans in hierdie uitspraak

verwys word na die partye soos in die hof *a quo*. Adv. Claasen SC het vir eiser voor ons verskyn en adv, Cilliers namens die verweerder. Hulle was nie betrokke in die landdroshofverhoor nie.

BEVINDINGS VAN DIE HOF A QUO

[7] Die hof *a quo* het tereg bevind dat die eiser en die verweerder twee botsende weergawes op rekord geplaas het. Eiser het getuienis aangebied oor die ooreenkoms tussen die partye met betrekking tot die herstel van die grensdraad en hul aanspreeklikheid ten opsigte van die herstelkoste in gelyke dele. Verweerder daarenteen het getuig dat eiser hom by geleentheid daarop gewys het dat hy die grensdraad wou regmaak waarop verweerder aan hom gesê het “hy moet maar aangaan” of soos die hof *a quo* genotuleer het “gaan voort”.

[8] Die hof *a quo* het bevind dat dit haar taak was om te bepaal of ‘n ooreenkoms tot stand gekom het en om dit te kon doen, moes vasgestel word of daar “‘n sogenaamde ‘meeting of the minds’ tussen die partye is”. Sy gaan dan soos volg voort:

“Indien die hof sou bevind dat daar wel ‘n ooreenkoms tot stand

gekom het is die saak soveel makliker om te beslis.”

[9] Die hof *a quo* het nie uitdruklik genotuleer dat ‘n negatiewe afleiding gemaak is nie, maar wel bevind dat sy sou verwag het dat die eiser ten minste sy vrou sou roep om te getuig oor die ontmoeting toe die ooreenkoms volgens eiser gesluit is.

[10] Die hof *a quo* is ook nie oortuig dat eiser sy skade bewys het nie. Volgens die hof *a quo* het eiser getuig dat hy materiaal gebruik het wat hy in voorraad op sy plaas gehad het, maar kon hy nie een enkele faktuur voorlê wat pertinent op die materiaal wat aangewend is vir die herstelwerk van toepassing is nie. Bygevolg is bevind dat eiser nie daarin geslaag het om sy eis te bewys nie.

EVALUERING VAN DIE UITSPRAAK VAN DIE HOF A QUO, DIE GETUIENIS EN DIE ARGUMENTE VAN DIE PARTYE

[11] Dit is duidelik uit die uitspraak van die hof *a quo* dat geloofwaardigheid en waarskynlikhede geensins in ag geneem is nie. Ek sou verwag dat, gegewe die korrekte gevolgtrekking dat twee botsende weergawes voorhande

was, die getuienis ge-evalueer sou word ooreenkomstig die geykte reg.

- [12] Dit is gepas om die volgende weldeurdagte benadering van hoe 'n hof twee weersprekende weergawes moet benader volledig aan te haal:

“[5] On the central issue, as to what the parties actually decided, there are two irreconcilable versions. So, too, on a number of peripheral areas of dispute which may have a bearing on the probabilities. The technique generally employed by courts in resolving factual disputes of this nature may conveniently be summarised as follows. To come to a conclusion on the disputed issues a court must make findings on (a) the credibility of the various factual witnesses; (b) their reliability; and (c) the probabilities. As to (a), the court's finding on the credibility of a particular witness will depend on its impression about the veracity of the witness. That in turn will depend on a variety of subsidiary factors, not necessarily in order of importance, such as (i) the witness' candour and demeanour in the witness-box, (ii) his bias, latent and blatant, (iii) internal contradictions in his evidence, (iv) external contradictions with what was pleaded or put on his behalf, or with

established fact or with his own extracurial statements or actions, (v) the probability or improbability of particular aspects of his version, (vi) the calibre and cogency of his performance compared to that of other witnesses testifying about the same incident or events. As to (b), a witness' reliability will depend, apart from the factors mentioned under (a)(ii), (iv) and (v) above, on (i) the opportunities he had to experience or observe the event in question and (ii) the quality, integrity and independence of his recall thereof. As to (c), this necessitates an analysis and evaluation of the probability or improbability of each party's version on each of the disputed issues. In the light of its assessment of (a), (b) and (c) the court will then, as a final step, determine whether the party burdened with the *onus* of proof has succeeded in discharging it. The hard case, which will doubtless be the rare one, occurs when a court's credibility findings compel it in one direction and its evaluation of the general probabilities in another. The more convincing the former, the less convincing will be the latter. But when all factors are equipoised probabilities prevail."

**STELLENBOSCH FARMERS' WINERY GROUP LTD AND
ANOTHER v MARTELL ET CIE AND OTHERS** 2003 (1) SA

11 (HHA) te p. 14 I – p. 15 D.

[13] Soos vermeld het die hof *a quo* geen geloofwaardigheidsbevindings maak nie en ook nie waarskynlikhede beoordeel nie. As 'n hof van appèl is ons dus geregtig en bevoeg om indien dit aangewese is, 'n geloofwaardigheidsbevinding te maak en in elk geval om die waarskynlikhede en onwaarskynlikhede te analiseer en te evalueer aan die hand van die getuienis. Vergelyk **STELLENBOSCH FARMERS' WINERY GROUP** *loc cit* te p. 15 F – I.

[14] In soverre die hof *a quo* moontlik 'n negatiewe afleiding maak het vanweë eiser se versuim om sy eggenote as getuie te roep, 'n aspek wat nie uitdruklik blyk uit die uitspraak nie, is daar in hierdie verband fouteer. Dit is gemeensaak dat die partye se vrouens eenkant gestaan en gesels het en dus nie direk betrokke was by die gesprek tussen die partye toe die ooreenkoms, aldus eiser, bereik is nie.

[15] Die hof *a quo* het hoegenaamd nie ag geslaan op verweerder se versuim om eiser se aanspraak dat 'n ooreenkoms tot stand gekom het om die grensdraad te

herstel, te betwis voor uitreik van die dagvaarding nie. In twee skrywes aan verweerder, een deur eiser self en een deur sy prokureur binne enkele maande nadat die herstelwerk gedoen is, is gesteun op die totstandkoming van 'n ooreenkoms met betrekking tot die herstel van die grensdraad. Daar is nooit op hierdie skrywes geantwoord deur verweerder nie, maar het sy prokureur op 18 Julie 2006, ses maande na die skrywe van eiser se prokureur, 'n brief aan eiser se prokureur laat bekom waarin gerapporteer is dat verweerder nie tevrede is met die wyse waarop die draad gespan is nie en dat dit die rede is vir die weiering van sy betaling. Indien daar nie sprake van 'n ooreenkoms was soos eiser beweer nie sou mens verwag dat verweerder dit toe reeds deur middel van sy prokureur aldus op rekord geplaas het. Vergelyk McWILLIAMS v FIRST

CONSOLIDATED HOLDINGS (PTY) LTD 1982 (2) SA 1 (A) te 10 B – H; HAMILTON v VAN ZYL 1983 (4) SA 379 (E) te 388 E – H; SUN RADIO AND FURNISHERS v REPUBLIC TIMBER & HARDWARE (PTY) LTD 1969 (4) SA 378 (T) te 381 D. Verweerder se stilswe in omstandighede waar hy die beweerde ooreenkoms moes betwis spreek boekdele. Dit sal saam met die waarskynlikhede en teenstrydighede

waarna later verwys word, oorweeg word. Sowat 18 maande later en in sy verweerskrif geliasseer in Desember 2007 word daar *ex facie* die dokumentasie en die pleitstukke voor die hof vir die eerste keer daarop gesteun dat daar nie 'n ooreenkoms tussen eiser en verweerder tot stand gekom het soos eiser beweer nie.

[16] Met verwysing na moontlike waarskynlikhede, onwaarskynlikhede en teenstrydige bewerings en die hof *a quo* se versuim om dit te oorweeg, word op die volgende gewys:

16.1 Eiser het reeds in sy ongedateerde brief aan verweerder waarna hierbo verwys is op rekord geplaas dat volgens inligting ontvang vanaf die vorige eienaar van sy plaas, die betrokke gedeelte van die grensdraad kragtens 'n vroeëre ooreenkoms tussen die eertydse bure, verweerder se verantwoordelik was. Eiser het ook hieroor getuig en alhoewel hoorsê, is daar nie beswaar gemaak deur verweerder se prokureur nie. Sy weergawe is nooit in twyfel getrek nie, hetsy ter beantwoording van die brief of in kruisverhoor.

16.2 Dit blyk eweneens uit die betrokke brief van eiser aan

verweerder dat eiser se arbeider deur verweerder aangespreek is weens die feit dat eiser se diere die weiveld langs verweerder se mielielande benut en so skade berokken vanweë die “ondiensbare heining”. Eiser het aanvanklik ‘n 1.2 meter hoë Bonnox tipe heining opgerig om die probleem te probeer ondervang, maar sonder sukses. Dit is nie betwis nie. Die voortdurende probleem het aanleiding gegee tot die ooreenkoms in die middel van 2005.

16.3 Verweerder het hom weerspreek. Op ‘n stadium was dit sy weergawe dat die grensdraad nog goed genoeg was en dat daar geen rede was om dit te herstel of oor te span nie. Teenstrydig daarmee het hy wel erken dat die grensdraad nie reg was nie, dat daar dus wel fout daarmee was en dit vervang moes word.

16.4 Volgens verweerder was hy by eiser aan huis toe eiser hom meedeel dat hy die grensdraad gaan oorspan waarop hy gesê het eiser moet maar voortgaan daarmee. Dit was om en by Junie 2005 en eiser se vader was ook teenwoordig. Volgens verweerder is dit al ooreenkoms wat hy met eiser bereik het met betrekking tot die herstel van die grensdraad. Op

daardie stadium het eiser geen indikase gegee watter gedeelte van die grensdraad herstel gaan word en was daar ook nooit ooreengekom tussen hom en eiser watter deel van die grensdraad eiser se verantwoordelikheid vir herstelwerkdoeleindes en watter syne was nie. Verweerder se prokureur het versuim om enigsins aan eiser te stel dat daar nooit 'n ooreenkoms tot stand gekom of gesprekke by die grensdraad plaasgevind het soos eiser getuig het nie, maar dat die enigste relevante gesprek in eiser se huis plaasgevind het en dat sy vader boonop teenwoordig was en getuienis hieromtrent sou kon lewer. Die noodwendige afleiding is dat verweerder se prokureur nooit sodanige instruksies voor eiser se kruisverhoor gehad het nie.

16.5 Dit het uit die verweerder se getuienis geblyk dat hy gebruik gemaak het van notas wat hy op 'n stadium gemaak het, lank na die gebeure en op sy weergawe moontlik iewers in 2006, omdat hy bang was dat hy sekere dinge vergeet. Hy getuig dan ook "ek kan my nie indink of onthou dan dat ons by die draad ontmoet het en spesifiek daar ooreengekom het nie". Op 'n stadium het hy

wat betref die sluiting van die ooreenkoms, soos deur eiser beweer, soos volg geantwoord: "... Ek sê nie dit is onmoontlik nie."

16.6 Verweerder het op sy eie weergawe 'n werker gaan aflaai by die gedeelte van die grensdraad wat herstel moes word. Indien sy weergawe aanvaar word dat hy nie eens geweet het watter gedeelte van die draad eiser wou herstel nie, is dit onverklaarbaar hoe hy sou weet waar om sy werker af te laai. Dit is ook ondenkbaar dat hy 'n werker aan eiser beskikbaar sou stel sonder om te weet waarvoor en dan nie eens navraag te doen nie. Verweerder se antwoorde in kruisverhoor, onder andere dat hy bang vir moeilikheid was en om die vrede te bewaar is lagwekkend en onwaarskynlik, indien nie leuenagtig.

16.7 Die waarskynlikhede is oorweldigend dat daar 'n ooreenkoms tot stand gekom het soos eiser beweer, maar dat, toe hy versoek is om sy gedeelte te betaal, verweerder nie tevrede was met die kwaliteit van die herstelwerk nie. Sy verskoning dat hy gemeen het dat 'n draad van die gehalte wat hy agterna aan eiser uitgewys het, synde 'n sewe-lyn draad, gespan sou

word, kan nie enige water hou nie in die lig van al die getuienis. Dit was nie die ooreenkoms wat eiser op sy weergawe met hom gesluit het en soos vermeld nooit deur verweerder voor instel van die aksie betwis is nie.

16.8 Dit dien ook vermeld te word dat een van die terme van die ooreenkoms waarop eiser steun, was dat die grensdraad bloot funksioneel moes wees vir die inkamping van beeste en skape. Dit moes ook herstel word deur die aanbring van vyf lyne dubbeldoringdraad op die bestaande posisie en met gebruikmaking van waar prakties moontlik bestaande materiale en in die bestaande posisie.

16.9 Volgens verweerder het eiser, nadat hulle die rekening vir die een helfte van die herstelkoste bespreek het, aan hom gesê dat hy maar die rekening kan opskeur. Dit is nooit aan eiser gestel ten einde hom 'n geleentheid te gee om daarop te reageer nie. Dit wil voorkom asof verweerder se prokureur ook nie met sulke instruksies bedien is nie.

16.10 Eiser het getuig dat verweerder aangebied het om twee rolle doringdraad te verskaf in stede van betaling wat hy toe aanvaar het, maar het die lewering van die

doringdraad nie gematerialiseer nie. Dit sal nodig wees om die verweer van skikking wat in verweerder se betoogshoofde en tydens die argumente voor ons vir die eerste keer geopper is, in oorweging te neem. Vir doeleindes hiervan word op rekord geplaas dat nieteenstaande verweerder se aanbod met betrekking tot die twee rolle doringdraad, hy nooit dienoooreenkomstig presteer het nie. Sy verskoning dat eiser te vinnig stappe geneem het, is soos Mnr. Claasen aangevoer het, nie alleen onwaarskynlik nie, maar blatant onwaar. Meer as twee jaar het verstryk vanaf die datum van die aanbod tot en met uitreiking van dagvaarding.

16.11 Eiser het geredelik toegegee dat die herstelwerk nie van 'n hoë kwaliteit was nie; dat dit beslis nie SABS standaard is nie en dat dit slegs funksioneel is om diere te verhoed om van die een plaas na die ander te beweeg. Dit blyk ook uit die foto's wat as bewysstukke ingedien is dat die draad nie van dieselfde hoë gehalte is as die sewe-lyn draad wat verweerder laat afneem en waarvan foto's ook voor die hof *a quo* geplaas is nie.

16.12 Dit is duidelik dat eiser van die materiaal wat aangewend moes word om die draad te herstel in voorraad gehad het. Ten einde by 'n prys uit te kom, het hy gebruik gemaak van fakture wat aankope verteenwoordig van dieselfde tipe materiaal en nie noodwendig van die materiaal wat gebruik is nie. Met inagneming van die toegewings wat verweerder gemaak het, is ek tevrede dat die berekening deur Mnr. Claasen gedoen en op grond waarvan eiser se eis teen verweerder R1 084,63 behoort te wees, korrek is.

16.13 Met inagneming van die onwaarskynlikhede en teenstrydighede in verweerder se weergawe tesame met sy onsekerheid en selferkende gebrek aan 'n onafhanklike geheue is ek oortuig daarvan dat die hof *a quo* moes bevind het dat eiser daarin geslaag het om die ooreenkoms waarop hy steun te bewys. In teenstelling met verweerder se weergawe het eiser 'n logiese en waarskynlike weergawe voorgehou, het hy toegewings gemaak waar nodig en was hy beslis, op die punt en seker van homself. Ek is voorts tevrede dat die helfte van die herstelkoste minder beloop as die R1 575,51 waarop eiser aanvanklik gesteun het en dat

die eis verminder behoort te word na die bedrag van R1 084,63. Ek is ook tevrede dat alhoewel die herstelwerk aan die grensdraad *ex facie* die foto's en die getuienis van beide partye nie van hoogstaande kwaliteit is nie, die grensdraad soos Mnr. Claasen geargumenteer funksioneel is en minstens wesenlike nakoming van eiser se kontraktuele verpligtinge daarstel. Verweerder self het getuig dat die grensdraad tot en met die verhoor – 'n periode van ses jaar - skape en beeste uitgehou het en dus funksioneel is, maar volgens hom is hy bekommerd oor wat die situasie na twintig jaar sal wees.

VERWEERDER SE AANSPRAAK OP SKIKKING

[17] Mnr. Cilliers het in sy betoogshoofde sowel as in mondelinge argument voor ons die verweer van skikking geopper met betrekking tot eiser se weergawe dat verweerder hom twee rolle draad aangebied het as betaling, wat hy aanvaar het, en verweerder se weergawe dat eiser hom versoek het om die rekening wat aan hom gelewer is op te skeur. Volgens Mnr. Cilliers kan eiser op sy eie weergawe nie steun op die oorspronklike beweerde ooreenkoms nie en was hy verplig

om of lewering van twee rolle doringdraad, of die markwaarde daarvan te vorder.

- [18] Die doel met die uitruil van pleitstukke is om die geskilpunte te bepaal en partye sal streng tot hulle pleitstukke beperk word indien 'n afwyking daarvan nadeel aan die ander party mag veroorsaak of voorkom dat 'n behoorlike ondersoek plaasvind. Dit is so dat 'n hof wel 'n wye diskresie het binne voormelde beperkings. Pleitstukke is vir die hof gemaak en nie die hof vir pleitstukke nie. Innes HR het die aspek soos volg opgesom:

“And where a party has had every facility to place all the facts before the trial Court and the investigation into all the circumstances has been as thorough and as patient as in this instance, there is no justification for interference by an appellate tribunal, merely because the pleading of the opponent has not been as explicit as it might have been.”

ROBINSON v RANDFONTEIN ESTATES G M CO LTD

1925 AD 173 te 198.

Milne R het per geleentheid die aangeleentheid soos volg

saamgevat:

‘The purpose of pleading is to clarify the issues between the parties and a pleader cannot be allowed to direct the attention of the other party to one issue and then, at the trial, attempt to canvass another.’

KALI v INCORPORATED GENERAL INSURANCES LTD

1976 (2) SA 179 (D&K) te 182 A.

- [19] Verweerder het nie aansoek gedoen tydens die verhoor vir die wysiging van sy verweerskrif nie en Mnr. Cilliers het ook nie nou op appèl probeer om die nodige wysiging aan te vra nie. Sy argument is dat eiser uit sy eie die getuienis getender het, dat dit by noodwendige implikasie eiser se saak is dat die geskil rondom die kontrak bygelê is en dat dit die einde van die appèl is sonder dat dit nodig is om enige wysiging aan te bring. As gesag vir sy standpunt het hy gesteun op **PITOUT v NORTH CAPE LIVESTOCK CO-OPERATIVE LTD** 1977 (4) SA 842 (A) te 850 A – B. Elke saak moet egter op sy eie feite beoordeel word. Dit is duidelik dat ‘n skikkingsooreenkoms dieselfde uitwerking het

as *res iudicata* en gevolglik aksie op die oorspronklike skuldoorsaak uitsluit, behalwe waar die skikkingsooreenkoms uitdruklik of dan by noodwendige implikasie bepaal dat by nie-nakoming van die bepalings daarvan 'n party op sy oorspronklike vorderingsreg kan terugval. Vergelyk **VAN ZYL v NIEMANN** 1964 (4) SA 661 (A) te 669.

- [20] Mnr. Claasen het in die eerste plek geargumenteer dat 'n party wat op skikking staatmaak, dit nie alleenlik uitdruklik moet pleit nie, maar ook moet bewys. Dit is nooit geopper in die pleitstukke of die korrespondensie of die getuienis in die hof nie en is daar ook nie enige melding daarvan in die landdros se uitspraak nie. Hy het steun probeer vind in **CRAUSE EN ANDERE V OCEAN BENTONITE CO (EDMS) BPK** 1979 (1) SA 1076 (O). Ek is nie oortuig van sy argument dat die uitspraak van Van Heerden R in **CRAUSE** *loc cit* eiser se saak begunstig nie. Die gevolgtrekking van die geleerde regter verskyn te p. 1088B en is in lyn met **VAN ZYL** *loc cit*.

- [21] Ek is nie bereid om Mnr. Cilliers gelyk te gee dat ons op

grond van die uitlating wat eiser gemaak het, kan en moet bevind dat 'n skikking plaasgevind het en dat hy nie op sy ou skuldoorsaak met sukses aksie kon instel nie. Indien die saak behoorlik geventileer is soos wat dit gedoen sou gewees het indien daar in die verweerskrif op skikking staatgemaak is as 'n verweer, is dit net logies dat met eiser daaroor gekonsulteer sou wees en sou waarskynlik 'n meer volledige weergawe voor die hof geplaas gewees het wat onder andere sou kon insluit dat uitdruklik of stilswyend ooreengekom is dat indien verweerder nie binne 'n redelike tyd presteer nie, eiser geregtig sou wees om op sy ou skuldoorsaak terug te val. Dit sou ook kon uitkristalliseer dat die skikking onderhewig was aan 'n opskortende of ontbindende voorwaarde. Ek kan egter nie hieroor spekuleer nie, maar wat vasstaan is dat daar beslis benadeling vir eiser sal wees indien ons die aangeleentheid hanteer soos deur Mnr. Cilliers geargumenteer. Vanweë die feit dat hierdie verweer nie behoorlik gepleit is nie, kan dit nie bereg word en ook nie bevind word dat verweerder op wie die bewyslas sou rus, hom van sy bewyslas gekwyd het nie.

EISER SE BEWEERDE WANPRESTASIE

[22] Mnr. Cilliers het voorts geargumenteer dat eiser nie bewys het dat hy behoorlik presteer het ooreenkomstig die ooreenkoms waarop hy steun nie. Mnr. Claasen se argument is dat verweerder hom nie op onbehoorlike prestasie en nie-nakoming van eiser se kontraktuele verpligtinge kan beroep nie omdat verweerder nie in sy verweerskrif gesteun het op die *exceptio non adimpleti contractus* as 'n verweer nie. Dit is wel so dat die eiser erken het dat die grensdraad swak herstel is sonder om toe te gee dat dit nie funksioneel is nie. Dit blyk ook dat die sparretjies ("droppers") wel hier en daar uit posisie is, maar is dit sekerlik moontlik om die sparretjies met baie min moeite in posisie te plaas. Vir 'n periode van ses jaar vanaf die herstel tot die landdroshofverhoor was die grensdraad immers funksioneel en het dit sy doel gedien.

[23] Dit is insiggewend dat respondent wat na bewering so sterk voel dat die grensdraad ordentlik gespan moes word, en bereid was om die draad op eie koste oor te span, dit in 'n tydperk van ses jaar nie gedoen het nie en dan die verskoning aanbied dat eiser eers die swak heining moes verwyder. Die vraag mag tereg gevra word waarom

verweerder wat dan so ernstig is oor 'n netjiese draad nie self die grensdraad verwyder en met 'n nuwe vervang nie.

[24] Op die onbetwiste getuienis het geen diere in die afgelope ses jaar oor die grensdraad beweeg of die probleme veroorsaak wat verweerder vantevore met eiser se beeste gehad het nie. Dit moet dus aanvaar word, en die hof *a quo* moes dit ook aanvaar het, dat die grensdraad funksioneel is en dat eiser sy kontraktuele verpligtinge wesenlik nagekom het. Dit is duidelik dat nuwe doringdraad gebruik is en dat verskeie ysterpale en sparretjies vanweë die vrot toestand daarvan vervang moes word met nuwes.

[25] Weens die bevinding waartoe ek kom is dit onnodig om die alternatiewe eis van verryking volledig te oorweeg. Ek is dit eens met mnr. Claasen dat, indien geen ooreenkoms tussen die partye tot stand gekom het nie, al die vereistes vir 'n eis op grond van verryking teenwoordig is deurdat eiser die grensdraad wat gemeenskaplike eiendom is, verbeter het. Die uitgawes aangegaan het ten doel gehad om noodsaaklike, alternatiewelik nuttige verbeterings, aan te bring en is verweerder verryk met die koste daarvan ten

koste van eiser wat dienooreenkomstig verarm is.

GEVOLGTREKKING

[26] Die hof *a quo* moes bygevolg bevind het dat eiser sy saak op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys het en met inagneming van die toegewings wat verweerder gemaak het met betrekking tot die *quantum* van die eis, moes vonnis in die bedrag van R1 084,63 teen verweerder ten gunste van eiser verleen gewees het met koste. Eiser het ook rente gevorder op die gevorderde bedrag vanaf 15 Oktober 2005 tot datum van betaling teen 15,5% per jaar *a tempore morae*. Mnr. Claasen het nòg in sy betoogshoofde nòg in sy mondelinge betoog voor ons geargumenteer dat indien ons in eiser se guns beslis, hy geregtig is op moratore rente. Moratore rente is egter gevorder in die eiser se dagvaarding en in par. 2.9 van die Kennisgewing van Appèl het eiser uitdruklik beweer dat die hof *a quo* moes bevind het dat verweerder die geëiste bedrag tesame met rente en koste moes betaal. Mnr. Cilliers het nie enige argumente hieroor gevoer nie en bloot geargumenteer dat die appèl van die hand gewys behoort te word met koste. Die eiser se faktuur is gedateer 15 Oktober 2005 maar volgens eiser se

ongedateerde aanmaningsbrief is die rekening eers teen die einde van November 2005 aan verweerder gelewer. Daar is onsekerheid oor die presiese datum en ook wanneer die eis opeisbaar was. Ek is bygevolg van oordeel dat rente eers gehef behoort te word vanaf datum van betekening van die dagvaarding, synde 19 November 2007.

[27] Bygevolg word die volgende bevele gemaak:

1. Appellant se appèl slaag met koste.
2. Die hof *a quo* se bevel word vervang met die volgende:
 - (a) Die verweerder word gelas om aan eiser die bedrag van R1 084,63 te betaal.
 - (b) Betaling van rente teen 15,5% per jaar *a tempore morae* op die bedrag van R1 084,63 vanaf 19 November 2007 tot en met datum van betaling.
 - (c) Verweerder word gelas om die koste van die geding te betaal.

J.P. DAFFUE, R

Ek stem saam.

H. MURRAY, WND R

Namens die appellant:

Adv. J.Y. Claasen SC
In opdrag van:
Webbers Prokureurs
BLOEMFONTEIN

Namens die respondent:

Adv. H.J. Cilliers
In opdrag van:
Cornelius & Vennote
p/a Goodrick & Franklin Ing
BLOEMFONTEIN

/sp