

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(ORANJE VRYSTAATSE PROVINSIALE AFDELING)

Appèl Nr. : A66/05

In die appèl tussen:-

GERT CORNELIUS STRYDOM FOURIE 1ste Appellant

CORNELIUS JOHANNES IGNATIUS VERWEY 2de Appellant

en

ABSA BANK BEPERK h/a BANKFIN Respondent

CORAM: HATTINGH R *et* WRIGHT R

AANGEHOOR OP: 13 FEBRUARIE 2006

UITSPRAAK DEUR: HATTINGH R *et* WRIGHT R

GELEWER OP: 23 FEBRUARIE 2006

- [1] Die appellante, die verweerders in die hof *a quo*, kom in hoër beroep teen 'n uitspraak ten gunste van die respondent, ABSA Bank Beperk, wat die eiser was in die hof *a quo*. Die eis was vir 'n bedrag van R484 736,13 met sekere rentes en kostes en is gegrond op 'n borgstelling wat deur appellante

verskaf is.

[2] Die borgstelling ten gunste van respondent, is deur appellante onderteken en daarin het hulle hulleself as borg verbind vir alle bedrae wat deur die maatskappy Agri-My Beperk aan respondent verskuldig was. Die eis het egter slegs betrekking gehad op die bedrag wat ingevolge 'n bepaalde afbetalingsverkoopsooreenkoms verskuldig was, welke ooreenkoms dan ook by die stukke aangeheg was.

[3] Die verwere wat deur appellante geopper is, is drieledig van aard, naamlik:

(a) Gebrekkige lewering deur respondent aan Agri-My Beperk van die toerusting wat kragtens die afbetalingsverkoopsooreenkoms verkoop is; en

(b) 'n Ontkenning van die korrektheid van die setifikaat wat as bylae "C" tot die besonderhede van vordering aangeheg is en waarop respondent gesteun het; en

(c) Insoverre respondent in die alternatief gesteun het op estoppel, 'n ontkenning van sodanige regsgrond.

[4] Dit is gemene saak tussen die partye dat appellante inderdaad hulleself as borg teenoor respondent verbind het

vir die nakoming van die verpligtinge van Agri-My Beperk en dat die terme van die borgakte van toepassing is asook dat Agri-My versuim het om die bepalings van die ooreenkoms na te kom en dat die verskuldigde bedrag opeisbaar en betaalbaar sou wees op grond van die bepalings van die afbetalingsverkoopsooreenkoms, indien behoorlike lewering plaasgevind het en respondent nie geregtig was om op estoppel te steun nie.

- [5] Die landdros het bevind dat die appellante eerstens getuienis moet lewer en is daar inderdaad deur tweede appellant getuienis namens appellante gelewer. Daarna het twee getuies namens respondent getuienis aangebied. Die kern van tweede appellant se getuienis was dat respondent se verteenwoordiger en veral spesifiek respondent se getuie, mev M Venter, bewus was daarvan dat die goedere wat verkoop is kragtens die afbetalingsverkoopsooreenkoms nog nie bestaan het of gelewer was ten tye van die ondertekening van die kontrak nie en dat dit op 'n later stadium gelewer sou word. Hy het voorts ook getuig dat hy nie geneë was om die faktuur te onderteken wat lewering

bevestig het nie en pertinent dit aan mev Venter vermeld het waarop sy geantwoord het dat “hulle” inderdaad lewering sou kry. Voorts het hy ook getuig dat hy gereeld kort-kort aan mev Venter meegedeel het dat lewering nie geskied het nie en dat lewering van die grootste gedeelte van die items wat verkoop is nooit plaasgevind het nie.

- [6] Mev Venter se getuienis daarenteen was dat daar nooit enigiets van nie-lewering aan haar geopper is by by die ondertekening van die faktuur nie en dat eerste appellant dit onderteken het tesame met al die ander dokumente toe die afbetalingsverkoopsooreenkoms aangegaan is en dat sy aanvaar het ten tye daarvan dat lewering inderdaad geskied het. Sy ontken ook dat daar op en tydens besoeke kort daarna aan haar vermeld is dat lewering nie plaasgevind het nie en vermeld dat tweede appellant en by tye ook eerste appellant met haar in verbinding was oor sekere ander aspekte soos BTW afbetalings en die feit dat tweede appellant hom as borg onthef wou hê. Sy het eers te hore gekom van die beweerde nie-lewering toe 'n brief geskryf is

deur 'n verteenwoordiger van appellante, ene Van der Westhuizen, op 23 Mei 2001. Dit was op die stadium toe die maatskappy reeds opgehou het om sy verpligtings na te kom en toe 'n aansienlike bedrag reeds afbetaal is soos volledig uiteengesit is in bewysstuk "F" met al die betalings vermeld wat inderdaad ontvang is en 'n totale bedrag beloop van R485 934,28. Sy vermeld ook dat indien sy sou geweet het dat die verkoopte goedere nog in die proses van vervaardiging was, daar nie 'n finale afbetalingsooreenkoms aangegaan sou gewees het nie, maar 'n interim kontrak wat later deur 'n finale kontrak vervang sou word sodra lewering plaasgevind het.

- [7] Nadat die hof *a quo* die getuienis van beide kante aangehoor het, het die hof tot die slotsom gekom dat al die getuies se getuienis aanvaarbaar is en dat dit nie moontlik was om enige bevinding aangaande 'n geloofwaardigheid te maak nie. Die hof was van mening dat hierdie 'n geval is waar daar botsende weergawes bestaan het wat sou meebring dat die beginsels soos uiteengesit in **NATIONAL EMPLOYERS'**

GENERAL INSURANCE CO LTD v JAGERS 1984 (4) SA

437 (OK) te 440 D – G van toepassing was.

[8] Dit is inderdaad so dat daar in die borgstelling afstand gedoen is van die *exceptio non cause debiti*.

[9] Hierdie afstanddoening het 'n gevolg op die bewyslas ten aansien van die skuldoorsaak wat hier van toepassing is en word die regsposisie soos volg opgesom in Caney's se **The Law of Suretyship** 5de Uitgawe op bl. 42 voetnoot 54:

“54 The *exceptio non causa debiti* is usually renounced in suretyships securing debts arising otherwise than from loans of money. (The surety who has renounced this *exceptio* is not debarred from alleging and proving that there was in fact no *causa debiti*). The purpose of the renunciation is to saddle the surety with the onus of proving the absence of the *causa*. In *Dowson & Dobson Industrial Ltd v Van der Werf & others* 1981 (4) SA 417 (C) Marais J elucidates at 431: ‘The renunciation of the exception means no more than that, when the creditor

asserts a claim *in terms of the suretyship* the surety will bear the onus of establishing that *the principal debt* for which he undertook liability does not exist ... Before the defendants [the sureties] are required to discharge that onus, plaintiff [creditor] has to allege that the *causa debiti* is one in respect of which the defendants undertook liability ... That allegation remains essential to its cause of action. Only then will the renunciation of the exception *non causa debiti* have its effect.’ There may be some merit in renouncing the exceptio in instances where the cause of the debt arises otherwise than from a loan of money.”

[10] Vir doeleindes van hierdie appèl kan aanvaar word dat die bewyslas op appellante gerus het om te bewys dat daar nie lewering plaasgevind het nie. Ons insiens, het die appellante egter inderdaad op ‘n oorwig van waarskynlikhede bewys dat behoorlike lewering van die meerderheid van die items wat hier ter sprake was nie plaasgevind het nie.

[11] Reeds in ‘n versoek om nadere besonderhede het appellante

onder meer gevra waar en wanneer en op welke wyse lewering van die goedere aan Agri-My Beperk plaasgevind het en aan wie die betrokke goedere namens Agri-My gelewer is. Ten opsigte van hierdie vraag word die volgende antwoord verskaf in respondent se nadere besonderhede:

“Die gevraagde besonderhede vervat in hierdie paragraaf val binne die besondere kennis van die Verweerders. Eiser maak daarop staat dat Verweerders teenoor Eiser voorgestel het dat die betrokke goedere inderdaad gelewer is aan en ontvang is deur Agri-My Beperk soos meer volledig blyk uit bylae ‘A’ en ‘B’ hiertoe.”

Die aanhangsels tot die nadere besonderhede is inderdaad ‘n dokument wat ‘n beskrywing gee van die goedere wat verkoop is en ‘n ander dokument, gemerk bylae “A”, wat ‘n faktuur is wat uitgereik is deur Agrival (Edms) Bpk en weereens verwys na die goedere wat hier ter sprake is. In laasgenoemde faktuur gee C J Nel, die Besturende Direkteur van Agrival, te kenne dat die goedere “namens u” (verwysende na respondent) gelewer is aan Agri-My Beperk. Dit is gemene saak dat die handtekening van tweede

appellant op hierdie dokument op die regterkantse onderste hoek aangebring is.

- [12] Dit is dus duidelik dat die respondent self nie enige getuienis kon lewer oor hoe lewering plaasgevind het nie, waar en wanneer dit plaasgevind het nie of dat respondent enige stappe geneem het om vas te stel of lewering inderdaad geskied het. Alhoewel respondent se getuie, mev M Venter, gekonstateer het dat lewering wel plaasgevind het, is dit duidelik dat haar getuienis op afleidings gebaseer is en dat sy nie self teenwoordig was ten tye van lewering nie en glad nie kon getuig van hoe en waar lewering plaasgevind het nie. Haar getuienis was trouens dat sy staatgemaak het op die ondertekening van die faktuur deur tweede appellant om hierdie afleiding te maak. Ook het die respondent geen ander getuie geroep om lewering te bewys nie, soos byvoorbeeld hulle agent, Agrival (Edms) Bpk en spesifiek die Besturende Direkteur daarvan, synde voormelde C J Nel of 'n sekere mnr Mantle onder wie se beheer die transaksie geresorteer het. Die persoon wat aanvanklik in beheer van

die transaksie was, ene Chet Maherry, is ook nie geroep nie en kon die ander getuie, De Kiewit, geensins enige getuienis ten aansien van lewering verskaf nie.

- [13] Daarenteen is deur appellant se getuienis duidelik dat lewering slegs plaasgevind het van 'n baie beperkte deel van die goedere wat kragtens die afbetalings-verkoopsooreenkoms verkoop is en waarvan die waarde veel minder is as die betalings wat deur Agri-My gemaak is. Daar was ook getuienis gewees dat daar besoek gebring is gedurende 2001 aan die fabriek en dat daar "pype" en ander goed rondgelê het wat nie gemonteer of gekonnekteer is nie. Die is trouens duidelik dat respondent se regsverteenvoerder nie stellings aan tweede appellant kon maak dat lewering inderdaad plaasgevind het of ten aansien van waar en wanneer lewering plaasgevind het nie en aan wie lewering inderdaad geskied het nie. Dit moet dus op 'n oorwig van waarskynlikhede aanvaar word dat daadwerklike lewering nooit plaasgevind het van die oorgrote meerderheid van die items ten opsigte waarvan die afbetalings-

verkoopsooreenkoms aangegaan is, en dat insoverre daar 'n bewyslas op appellante was om dit aan te toon, die bewyslas gekwyt is.

- [14] Om daardie rede is daar deur mnr Colditz, wat namens respondent in die hof *a quo* en ten tye van die aanhoor van die appèl verskyn het, gesteun op estoppel. Daar is inderdaad juis gesteun op die voorstelling wat tweede appellant na bewering gemaak het toe hy die voormelde faktuur onderteken het, en ten opsigte waarvan respondent soos volg gepleit het in 'n pleitstuk wat genoem is “eiser se antwoord” (en vermoedelik 'n replikasie op die verweerskrif is):

“1.2.3 Agri-My Beperk en Verweerdere het te alle relevante tye voor en tydens aangaan van die ooreenkoms teenoor Eiser voorgestel dat die goedere uiteengesit in bylae 'A' tot die Besonderhede van Vordering deur die verskaffer daarvan aan Agri My Beperk gelewer is.”

Daar is voorts gepleit dat indien respondent daarvan bewus

sou gewees het dat die goedere of enige gedeelte daarvan nie aan Agri-My gelewer was nie, die respondent nooit die ooreenkoms sou aangegaan het nie.

[15] Insoverre die respondent in repliek op estoppel gesteun het, is die gemene saak dat die bewyslas ten opsigte daarvan op respondent rus en is dit trouens toegegee deur mnr Colditz ten tyde van argument.

[16] Die tweede appellant het in sy getuienis volledig uiteengesit waarom die goedere nie bestaan het ten tye van die aangaan van die ooreenkoms nie en dat dit eers later vervaardig sou word en mettertyd by die bestaande fabriek aangebring sou word. Toe hy gevra is om die faktuur te onderteken, het hy dit baie duidelik aan mev Venter oorgedra dat die goedere nog nie afgelewer was nie en sy het daarop geantwoord:

“Maar is dit wat julle gaan kry.”

Daar is geen rede om hierdie getuienis van tweede appellant te verwerp nie en kom dit trouens onwaarskynlik voor dat hy dit sou versin.

- [17] Mnr Colditz het ten tye van argument en in sy betoogspunte veral daarop gesteun dat die feit dat daar heelwat afbetalings gemaak is deur Agri-My, teen appellante tel. Tweede appellant het egter 'n heeltemal bevredigende antwoord gegee op 'n spesifieke vraag waarom daar betalings gemaak is terwyl die goedere nog nie ontvang is nie. Hy het spesifiek vermeld dat hulle baie op beloftes staatgemaak het van die kontrakteur dat hy sou presteer. Hy het ook verder in sy getuienis vermeld dat hulle met mev M Venter bymekaar gekom het toe dit blyk dat lewering nie plaasgevind het nie en dat hulle saam 'n strategie beplan het waarvolgens Agri-My Beperk. 'n finansiële inspuiting sou kry deur op 'n ander wyse fondse in te samel. Sy getuienis is dat hy trouens herhaalde male tussen 1999 en 2001 aan mev Venter te kenne gegee het dat lewering nie plaasgevind het nie. Op 6 April 2001 was voormelde mnr Mantle saam met mev Venter

op hulle perseel en is die gebrekkige prestasie ook aan hulle uitgewys. Hierdie getuienis moet ook verstaan word in die lig van die getuienis met betrekking tot vorige transaksie wat tussen Agri-My Beperk en respondent aangegaan is.

- [18] Voorts was daar getuienis van tweede appellant dat daar 'n vergadering op 22 Januarie 1999 gehou is waarin uiteensetting gegee is van die goedere wat aangekoop sou word en waarvoor dit gebruik sou word en was daar ook 'n vloeiagram op blaaibord gelaai om om aan te dui wanneer die goedere gelewer sou word aangesien dit nog nie bestaan het nie. 'n Skrywe is ook inderdaad deur die verskaffer, Agrival (Edms) Bpk, aan respondent gerig gedateer 29 Januarie 1999 ('n paar dae voor die afbetalingsverkoopsooreenkoms onderteken is) waarin verdere besonderhede van die goedere verskaf is. (Terloops kan vermeld word dat die eerste van die verkoopte items as "1 Marshall Fowler Stoomketel of die ekwivalent 100 kg stoom per uur tweedehands" beskryf word wat waarskynlik nie betrekking kan hê op reeds gelewerde items nie.) Indien

hierdie getuienis aanvaar word, kom dit uiters onwaarskynlik voor dat mev Venter ten tyde van die daaropvolgende ondertekening van die ooreenkoms nie daarvan bewus sou gewees het dat die goedere eers later verskaf sou word nie. Trouens moet die getuienis van mev Venter dat die bank tot sy nadeel gesteun het op die voorstelling in die faktuur in die lig van al die getuienis met betrekking tot die feit dat lewering inderdaad nooit plaasgevind het, gesien word.

- [19] Voorts is dit veral in die verband belangrik dat respondent, op wie die bewyslas ten opsigte van die voorstelling gerus het, dit nie nodig geag het om voormelde Chet Maherry en Mantle te roep nie (en ook nie vir Nel nie). Getuienis van wat na die tyd plaasgevind het speel 'n minder belangrike rol. Dit kan trouens nie veel lig werp ten opsigte van die vraag of daar inderdaad 'n voorstelling aan die kant van appellante was waarop respondent kon steun. Indien die tweede appellant se getuienis in die verband aanvaar word, kan daar nie sprake wees van enige voorstelling op grond waarvan appellant kon aanneem dat lewering inderdaad geskied het

nie.

[20] Daar kan ten beste in respondent se guns aanvaar word dat die waarskynlikhede in die verband eweredig is (alhoewel ons van mening is dat ook in die opsig die getuienis appellante begunstig) en daarom kan respondent se beroep op die beginsels van estoppel nie slaag nie.

[21] Bygevolg slaag die appèl en word die volgende bevel gemaak:

1. Die appèl slaag met koste.
2. Die bevel van die hof *a quo* word tersyde gestel en vervang met die volgende bevel:

Absolusie van die instansie ten gunste van die verweerders met koste.

Namens die appellante:

Adv. S.J. Reinders
In opdrag van:
Honey Prokureurs
BLOEMFONTEIN

Namens die respondent:

Mnr. P. Colditz
In opdrag van:
Schoeman Maree Ing.
BLOEMFONTEIN

/sp