

CG

SAAKNOMMER: 601/88

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(APPÈLAFDELING)

In die saak van:

VOLKSKAS SPAARBANK BEPERK

Appellant

en

H J VAN ASWEGEN

Respondent

CORAM: JOUBERT, VAN HEERDEN, STEYN, EKSTEEN ARR et
SMUTS WAR

AANGEHOOR: 14 MEI 1990

GELEWER: 30 MEI 1990

U I T S P R A A K

STEYN AR

Hierdie is 'n appèl teen die beslissing deur Van Collier R in die Oranje Vrystaatse Provinsiale Afdeling op 'n gestelde saak. Die saak wat ingevolge Hofreël 33(1) gestel is, spruit voort uit 'n eis ingestel deur appellant se voorganger, Die Bank van die Oranje Vrystaat (BANKOVS), as eiser teen respondent as verweerder vir betaling van die som van R51 613,53. In die loop van die gedingvoering is BANKOVS se naam verander na Volkskas Spaarbank Beperk. Daar sal na die partye verwys word as eiser en verweerder onderskeidelik.

Eiser het op 23 Mei 1985 dagvaarding in die onderhawige saak teen verweerder uitgereik vir betaling van voormelde bedrag. Hierdie vordering is gegrond op 'n brief wat verweerder se prokureurs namens hom op 26 Mei 1982 aan eiser (BANKOVS) gerig het. Dié brief is aanhangsel C tot nadere besonderhede wat eiser op versoek van verweerder verstrek het ingevolge Hofreël 21(1).

Na sluiting van die pleitstukke is die saak op

22 Maart 1986 soos volg vir beslissing gestel:

"Die partye het ooreengekom op die volgende feite vir die doeleindes van beslissing van hierdie saak deur die Hof ingevolge die bepalinge van Reël 33:

1. Op 24 APRIL 1975 en te VEREENIGING het die Eiser as verhuurder 'n skriftelike huurooreenkoms aangegaan met H.J. VAN ASWEGEN JUNIOR as huurder in terme waarvan Eiser aan H.J. VAN ASWEGEN JUNIOR 'n sekere D & N 46 A Caterpillar Kruiptrekker verhuur het.
2. Op 24 APRIL 1975 en te JOHANNESBURG het die Verweerder homself as borg en medehoofskuldenaar ten gunste van die Eiser verbind vir die behoorlike nakoming deur H.J. VAN ASWEGEN JUNIOR van sy verpligtinge ingevolge genoemde huurooreenkoms. 'n Afskrif van die huur- en borgooreenkoms is aangeheg as aanhangsel "A" tot die dagvaarding.
3. Voortspruitende uit die gemelde borgooreenkoms het die volgende briefwisseling plaasgevind tussen die Eiser en die Verweerder of die Verweerder se regsverteenwoordigers:
 - 3.1 'n Brief gedateer 11 NOVEMBER 1981 vanaf Eiser aan Verweerder;
 - 3.2 'n Brief gedateer 28 JANUARIE 1982 vanaf STEGMANS aan Eiser;
 - 3.3 'n Brief gedateer 26 FEBRUARIE 1982 vanaf Eiser aan STEGMANS;

- 3.4 'n Brief gedateer 5 MEI 1982 vanaf Eiser aan STEGMANS;
- 3.5 'n Brief gedateer 26 MEI 1982 vanaf STEGMANS aan Eiser;
- 3.6 'n Brief gedateer 22 NOVEMBER 1982 vanaf Eiser aan Stegmans;
- 3.7 'n Brief gedateer 26 NOVEMBER 1982 vanaf STEGMANS aan Eiser;
- 3.8 'n Brief gedateer 15 DESEMBER 1982 vanaf Eiser aan Verweerder.

Afskrifte van voormelde briewe word hierby aangeheg gemerk "A" tot "H" onderskeidelik.

- 4. Tydens voormelde briefwisseling het Prok. BURGER van Menere STEGMANS opgetree as die Verweerder se behoorlike gemagtigde verteenwoordiger.
- 5. Die Eiser se eise teen die Verweerder voortspruitende uit die borgakte deur die Verweerder onderteken waarna in paragraaf 2 hierbo verwys word het verjaar.
- 6. Die dagvaarding in hierdie aksie is op die Verweerder bestel op 4 MEI 1985.

REGSVRAAG VIR BESLISSING:

Of die inhoud van die brief, aanhangsel "E" hiertoe, 'n skulderkenning en onderneming ter betaling is wat 'n afsonderlike skuldoorsaak daarstel ten gunste van die Eiser teen die Verweerder.

Indien die bogemelde vraag bevestigend

beantwoord word, dan word die Hof versoek om vonnis ten gunste van die Eiser toe te staan ingevolge bedes 1, 2 en 3 van die Eiser se besonderhede van Eis.

Indien die bogemelde vraag ontkennend beantwoord word, word die Hof versoek om die Eiser se eis van die hand te wys met koste."

Dit was by die beredenering van die appèl gemene saak dat die skuld van Van Aswegen jnr en verweerder se verpligting in terme van die borgakte albei reeds verjaar het voordat die voormelde brief van 11 November 1981 (aanhangsel A) geskryf is. (Die datum 4 Mei 1985 in par 6 van die feitestelling moet klaarblyklik lees "24 Mei 1985".) Eiser se brief van 11 November 1981 lees so:

"HUUR NOMMER 1402497037AS OP 'n D8H CATERPILLAR

Nadat die bank verskeie pogings aangewend het om die uitstaande balans van R12195.06 vanaf u oorledene seun mnr Boet van Aswegen te vorder sonder enige sukses, wens ons u nou net hiermee formeel te versoek om asseblief die bogenoemde bedrag binne 20 dae na datum van hierdie skrywe aan die bank te vereffen in volle en finale vereffening van hierdie saak. Verder vestig

ons u aandag daarop dat hierdie bedrag onderhewig is aan rente teen 21% per maand vanaf 25/07/1978.

Aangesien u, u as borg en mede hoofskuldenaar in hierdie saak verbind het, glo ons dit is in u belang om die genoemde bedrag binne die tydperk van 20 dae aan die bank oor te betaal, ten einde te voorkom dat geregtlike stappe teen u geneem word.

Verder verneem ons dan ook graag van u, waar hierdie huur artikel tans gestoor of werksaam is.

U dringende aandag aan hierdie saak sal hoog op prys gestel word, en verneem ons dus graag van u per kerende pos."

Daarop volg korrespondensie waarin h afskrif van die borgakte aan verweerder gestuur is op dié se versoek (aanhangsels B en C) en h daaropvolgende navraag op 5 Mei 1982 deur eiser aangaande "die jongste vordering in hierdie aangeleentheid" (aanhangsel D). Verweerder het daarop soos volg geantwoord in die sleutelbrief van 26 Mei 1982 (aanhangsel E):

"H J VAN ASWEGEN : REKENINGNOMMER 1402497037AS

Ons verwys na u brief van 5 Mei, 1982. Die aangeleentheid is met mnr van Aswegen bespreek, maar moet ons tot ons spyt meedeel dat hy tans nie in n posisie is om u eis onmiddellik te vereffen nie. Mnr van Aswegen verneem egter ook wat van die betrokke kruiptrekker geword het wat kragtens die huurkontrak gehuur is. Ons sal graag die werktuig wil besigtig."

Na n verloop van bykans ses maande, op 22 November 1982, het eiser soos volg navraag oor die aangeleentheid gedoen (aanghangsel F):

"H J VAN ASWEGEN - 1402497037AS

U skrywe van 26 Mei 1982 verwys.

Ons verneem graag of u die bestorwe boedel hanteer aangesien ons graag wil vasstel of die Bank se eis noteer is.

Wat borg van Aswegen Snr betref, verneem ons graag of hy hierdie rekening nou kan vereffen, en wat die jongste reëling in die verband is."

Daarop het die korrespondensie by die gestelde saak aangeheg so geëindig met die briewe van 26 November 1982 en 15 Desember 1982 (aanghangsels G en H):

Aanhangsel G, gerig aan eiser:

"H J VAN ASWEGEN : REKENING 1402497037AS

Ons verwys na u brief van 22 November, 1982, asook na ons vorige skrywe gedateer 26 Mei, 1982, waarvan n afskrif hierby aangeheg word. Ons het tot op datum nog geen antwoord van u ontvang op ons laasgenoemde skrywe nie, maar bevestig ons hiermee dat ons nie die boedel van wyle H J van Aswegen hanteer nie."

Aanhangsel H, gerig aan verweerder:

RE BOEDEL WYLE H J VAN ASWEGEN

U word vriendelik verwys na bogemelde rekening waarvoor u as borg en mede hoof skuldenaar verantwoordelik is.

Ons het met prokureur Stegmans kontak gemaak, maar hulle kon ons nie in kennis stel wie die boedel van u oorlede seun hanteer nie.

Onder die onstandighede verneem ek graag wie as kurator in hierdie aangeleentheid aangestel is, ten einde die bank in staat te stel om n eis teen die boedel in te dien.

Wat betref die artikel weet ons nie waar dit tans gehou word nie, maar verneem ons graag baie dringend van u wanneer die nodige betalings op hierdie rekening gemaak kan word."

Van Collier R het ter gedeeltelike beantwoording

van die gestelde regsvraag bevind dat die brief van 26 Mei 1982 wel "n skulderkenning en onderneming ter betaling" is (die eerste bevinding). Mnr Wessels, wat die appèl namens die verweerder beredeneer het, het die korrektheid van dié beslissing vir doeleindes van sy betoog aanvaar.

Die geleerde regter het egter voorts bevind dat gemelde brief nie "n afsonderlike skuldoorsaak" ten gunste van eiser daarstel nie omdat die onderneming daarin vervat nie deur eiser aanvaar is nie (die tweede bevinding). Eiser se appel is slegs teen die tweede bevinding gerig en wel op grond daarvan dat Van Collier R fouteer het deur te bevind dat aanvaarding van verweerder se onderneming

- (i) in geskil was in die gestelde saak,
- (ii) nodig was vir die totstandkoming van n afsonderlike skuldoorsaak en
- (iii) nie geskied het nie.

Die geleerde regter se uitspraak op hierdie aspek lui so:

"Die volgende vraag wat dan ontstaan is of hierdie onderneming deur eiser aanvaar is. Dat hier aanvaarding van die onderneming moes gewees het ten einde 'n selfstandige skuldoorsaak vir die eiser daar te stel blyk duidelik uit wat gesê is in die Chemfos-saak en die Adams-saak. 'n Nuwe ooreenkoms moes tot stand gekom het, en dit kon alleen tot stand gekom het indien eiser die onderneming aanvaar het. Dit is ook insiggewend dat hier nie net 'n onderneming is om te betaal nie, maar om te betaal wanneer verweerder in staat is daartoe. Die briewe wat gevolg het op aanhangsel E bevat geen uitdruklike aanvaarding van die onderneming nie. Dit moet dus oorweeg word of hier 'n stilswyende aanvaarding was.

Die afleiding kan wel gemaak word dat die onderneming aanvaar is. Daar het 'n redelike lang tyd, feitlik ses maande, verloop voordat aanhangsel F geskryf is en daar is gevra of verweerder "nou" kan betaal. Die feite en gedrag van eiser is egter na my mening nie sodanig dat dit vir geen ander redelike interpretasie vatbaar is nie of dat dit die mees aanneemlikste of waarskynlikste afleiding is wat gemaak kan word nie. (Sien in die verband JOEL MELAMED & HURWITS v VORNER INVESTMENTS, 1984 (3) SA 155, 164 en 165 AD). Die feit dat eiser vir 6 maande nie van hom laat hoor nie en dan vra of verweerder nou die rekening kan vereffen beteken nie noodwendig

dat die onderneming aanvaar is nie. Dit kan ook gesien word as 'n tegemoetkoming deur tydsverlening. Dit kom ook onwaarskynlik voor dat eiser die onderneming sou aanvaar wat 'n beperking van sy regte inhoud in die sin dat hy sou moes wag totdat verweerder in staat is om te betaal, wanneer dit ook al mag wees. Daar moet ook gekyk word na die briewe wat gevolg het op aanhangsel F. In aanhangsel G skryf verweerder se prokureur dat daar nog nie op aanhangsel E geantwoord is nie. Daarna skryf die eiser in aanhangsel H direk aan die verweerder. Daarin word verweerder verwys na sy aanspreeklikheid as borg en medehoofskuldenaar. Geen melding van 'n skulderkenning of 'n onderneming om te betaal word gemaak nie. Eiser se gedrag toon na my mening nie aan dat die onderneming aanvaar is nie. Die oorwig van waarskynlikhede dui daarop dat die onderneming inderdaad nie aanvaar is nie. Daar kan dus ook nie deur eiser op die bewerings in die dagvaarding as aanvaarding van die onderneming gesteun word nie. Afgesien hiervan is die dagvaarding in elk geval amper 3 jaar na die onderneming gegee is uitgereik en is ek van mening dat meer as 'n redelike tyd verstryk het sedert die onderneming gegee is. Aangesien die onderneming nie aanvaar is nie het daar dus nie 'n nuwe ooreenkoms ontstaan nie.

Ek is derhalwe van mening dat aanhangsel E nie 'n skulderkenning en onderneming ter betaling is wat 'n afsonderlike skuldoorsaak daarstel ten gunste van eiser teen verweerder nie."

(Die CHEMFOS en ADAMS sake waarna die geleerde regter in die bogaande aanhaling verwys het, is CHEMFOS LTD v PLAASFOSFAAT (PTY) LTD 1985 (3) SA 106 (A) en ADAMS v SA MOTOR INDUSTRY EMPLOYERS ASSOCIATION 1981 (3) SA 1189 (A).)

Mnr Roos het namens eiser (appellant) betoog dat die geleerde regter fouteer het omdat die gestelde regsvraag slegs betrekking het op die inhoud van die brief van 26 Mei 1982 (aanhangsel E) en dat aanvaarding van die onderneming nie nodig en gevolglik nie ter sake is nie. Hy het voorts betoog dat mededeling aan die verweerder van aanvaarding daarvan deur die eiser daarbenewens in die onderhawige geval regtens onnodig was. In sy addisionele argumentshoofde lui dié betoog sô:

"n Skulderkenning met 'n uitdruklike of geïmpliseerde of stilswyende onderneming om te betaal is 'n eensydige regshandeling en verskil in die opsig nie van bv. 'n borgakte nie. Mededeling van aanvaarding is nie nodig waar die onderneming duidelik is en nie in die vorm

van n voorstel gegiet is nie."

Mnr Roos het hom vir dié stelling beroep op EVANS v OAKES 1867 NLR 34 op 36, BOUWER v LICHTENBURG CO-OPERATIVE SOCIETY 1925 TPA 144 op 148, NELSON v HODGETTS TIMBERS (EAST LONDON) (PTY) LTD 1973 (3) SA 37 (A) op 44G en FEDERATED TIMBERS (PRETORIA) (PTY) LTD v FOURIE 1978 (1) SA 292 (T) te 297A. Volgens hom maak mededeling van aanvaarding voor uitreiking van dagvaarding gevolglik nie deel uit van die skuldoorsaak nie en was die hof a quo nie geroepe om daaroor te beslis nie. Mnr Roos se alternatiewe betoog was dat aanvaarding van verweerder se onderneming om te betaal afgelei kan word van die eiser se gedrag. Na my mening gaan hierdie betoë nie op nie.

Die passasie in die FEDERATED TIMBERS saak, *supra*, waarop mnr Roos hom in sy hoofbetoog beroep, vervat n bondige uiteensetting van die vermeende regsbeginself. Dit lui só (297A-B):

"Mededeling van die aanvaarding van die

voordele verleen onder 'n borgakte deur 'n krediteur is nie nodig nie as die borgakte 'n duidelike onderneming waarby die verpligtinge van 'n ander gewaarborg word, vervat - mededeling is net nodig as die onderneming deur die borg in die vorm van 'n voorstel gegiet is. (BOUWER v LICHTENBURG CO-OPERATIVE SOCIETY, 1925 TPA 144 op bl 148; CANEY, LAW OF SURETYSHIP, 2de uitg bl 54; NELSON v HODGETTS TIMBERS (EAST LONDON) (PTY) LTD., 1973 (3) SA 37 (AA) op bl 44 E-G.)"

Die ou Natalse saak van EVANS v OAKES, *supra*, is wesenlik gelykluidend. Op bl 36 het Hoofregter Harding die volgende gesê:

"Mr Walker has argued that there should have been an acceptance of the guarantee. No doubt there should, and I say that in this case there was. I do not think it at all necessary that Evans should have communicated to the defendants that Cox had brought him their guarantee. I think the evidence shows that the guarantee was accepted. Oakes signed it and gave it to Cox and he heard no more about it, and they must have known that Cox made use of it."

(Die eiser in daardie saak het aan Cox krediet verleen vir aankope deur hom op voorwaarde dat die verweerder die betaling van Cox se skuld aan eiser waarborg.) Voormelde

sake waarop mnr Roos steun het almal gegaan oor h erkenning deur h verweerder van en/of h onderneming om, die bestaande skuld van h ander aan die eiser te betaal.

Ingevolge die bepalings van arts 10(1) en (2) van die Verjaringswet, no 68 van 1969, word h hoof- en h daaraangekoppelde neweskuld deur verjaring uitgewis. Toe die brief van 26 Mei 1982 (aanhangel E) geskryf is, was verweerder se verskuldiging aan eiser in terme van voormelde borgakte gevolglik reeds uitgewis. Daar was derhalwe op gemelde datum geen bestaande skuld wat verweerder kon erken en onderneem het om te betaal nie. Enige nuwe aanspreeklikheid van verweerder teenoor eiser spruitende uit die transaksies van 24 April 1975 sou derhalwe slegs ingevolge h nuwe ooreenkoms tussen hulle tot stand kon kom. So h ooreenkoms sou uiteraard konsensueel moes wees. h Onderneming deur verweerder, h aanvaarding deur eiser en mededeling daarvan aan verweerder, is gevolglik noodsaaklik vir die

totstandkoming van so 'n nuwe aanspreeklikheid.

Aanvaarding van verweerder se onderneming van 26 Mei 1982 en mededeling daarvan aan verweerder moes derhalwe deur eiser bewys word.

Wat die korrektheid van die voormelde stelling in die FEDERATED TIMBERS saak, *supra*, betref (en ook van dié in EVANS v OAKES, *supra*) is dit na my mening egter nodig om die volgende te sê: Die NELSON saak bied geen steun vir die stelling nie, terwyl in die BOUWER saak slegs terloops verwys is na BURGE : SURETYSHIP p 16-17, wat blykbaar van mening was dat indien 'n borg in duidelike taal instaan vir 'n ander se skuld, aanvaarding deur die skuldeiser nie 'n vereiste is nie.

Dit ly geen twyfel nie dat bogenoemde stelling in stryd is met die algemene beginsels van die kontraktereg aangaande die totstandkoming van 'n ooreenkoms. Dit is egter onnodig om vir die doeleindes van hierdie appèl in te gaan op die vraag of mindere

vereistes geld vir die totstandkoming van 'n borgkontrak. Ek sê dit omdat daar na my mening geen rede is nie om van bedoelde beginsels af te wyk wat betref die aangaan van 'n selfstandige, in teenstelling tot 'n subsidiêre, ooreenkoms. Die gewysdes waarop mnr Roos hom beroep het in die eerste van sy voormelde betoë is gevolglik nie van toepassing nie.

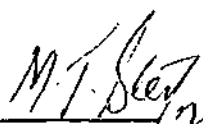
Streng gesproke was dit vir Van Coller R slegs nodig om 'n ontkennde antwoord te gee op die gestelde vraag omdat aanvaarding van die onderneming (wat noodsaaklik is vir die totstandkoming van die gemelde ooreenkoms en van die skuldoorsaak daarop gegrond) nie blyk uit die inhoud van die brief van 26 Mei 1982 nie.

Die geleerde regter het egter verder gegaan (in wese ten gunste van eiser, meen ek) en gekyk of aanvaarding bewys is. Hy het na my mening tereg bevind dat dit nie die geval is nie. Eiser was klaarblyklik onbewus van die toe reeds ingetrede verjaring toe hy die

aangehegte briewe geskryf het. Dit blyk duidelik uit sy volgehoue en deurlopende verwysing in die korrespondensie na verweerder se aanspreeklikheid uit hoofde van die borgakte. In die brief van 15 Desember 1982 (aanhangsel H) verwys eiser bv. nog steeds uitdruklik na verweerder se aanspreeklikheid as "borg en mede hoof skuldenaar", soos tereg opgemerk is deur Van Coller R. Die onderneming om te betaal wat in die brief van 26 Mei 1982 (aanhangsel E) vervat is sou eiser by aanvaarding daarvan in 'n baie minder gunstige posisie teenoor verweerder geplaas het as die borgakte. Dit is algeheel onwaarskynlik dat eiser só 'n onderneming sou aanvaar het ter onnodige vervanging van die veel voordeliger borgaanspreeklikheid wat hy klaarblyklik gemeen het nog geldend was. Eiser se gedrag soos aangedui deur die brief van 15 Desember 1982 (aanhangsel H), is na my oordeel afdoende bewys dat hy verweerder se onderneming inderdaad nie aanvaar het nie en dit trouens verwerp het.

Van Collier R se tweede bevinding was gevolglik korrek.

Die appèl word afgewys met koste.


M T STEYN
APPÈLREGTER

JOUBERT AR)
VAN HEERDEN AR)
EKSTEEN AR)
SMUTS WAR)