

RAPPORTEERBAAR

Saaknommer: 303/98

**IN DIE HOOGSTE HOF VAN APPÈL VAN
SUID-AFRIKA**

A J DE JAGER

1ste APPELLANT

P J DE JAGER

2de APPELLANT

M G DE JAGER

3de APPELLANT

AWIE DE JAGER (EDMS) BEPERK

4de APPELLANT

en

ABSA BANK BEPERK

RESPONDENT

CORAM:

**SMALBERGER, HARMS, OLIVIER, SCOTT ARR
en MELUNSKY Wnd AR**

VERHOORDATUM:

4 SEPTEMBER 2000

LEWERINGSDATUM:

29 SEPTEMBER 2000

**Regsgeldigheid van onderneming deur 'n skuldenaar om nie verjaring
te opper nie na uitwissing van onderliggende skuld.**

UITSPRAAK

SMALBERGER AR

SMALBERGER AR:

[1] In hierdie appèl ontstaan die vraag of ‘n onderneming deur ‘n skuldenaar teenoor sy skuldeiser om hom nie op verjaring te beroep nie nadat die onderliggende skuld reeds deur verjaring uitgewis is, regsgeldig is.

[2] Kragtens verskeie skriftelike waarborge het die appellante borg gestaan teenoor die respondent vir die skuld van ‘n vennootskap, D B Boerdery.

Gedurende 1995 was daar onderhandelinge tussen die respondent en die appellante, verteenwoordig deur hulle prokureur, aangaande D B Boerdery se beweerde uitstaande skuld en die appellante se borgskap met betrekking daartoe.

[3] In die loop van die onderhandelinge het die appellante se prokureur te kenne gegee dat die appellante bereid sou wees om ‘n onderneming aan die respondent te gee om nie ‘n verweer van verjaring te opper nie. Na aanleiding daarvan het die appellante ‘n skriftelike onderneming te dien effekte (“die onderneming”), wat opgestel is deur die respondent, op 20 November 1995 geteken en deur middel van hulle prokureur aan die respondent terugbesorg.

[4] Die onderneming lui soos volg:

“AANGESIEN daar ‘n dispuut bestaan tussen ABSA Bank Beperk handeldrywend as Volkskas Bank (“die Bank”) en D B Boerdery Vennootskap (“die Skuldenaar”) in verband met rekeningnommer

1920-131-545, (“die Rekening”); en

AANGESIEN die Borge hieronder vermeld in hulle hoedanighede as borge aanspreeklik is teenoor die Bank vir die Skuldenaar se verpligtinge teenoor die Bank; en

AANGESIEN die Bank, die Skuldenaar en die Borge in die proses is om die dispuut te probeer bylê en die aangeleentheid te skik; en

AANGESIEN die Skuldenaar en die borge, ten einde verdere onderhandelinge te fasiliteer, bereid is om ‘n onderneming aan die Bank te gee om nie in enige verrigtinge ten gevolge van die dispuut of in verband met die Rekening, die verweer van verjaring te opper nie;

NOU DERHALWE onderneem ons, Abraham Johannes de Jager (Jnr), Meyer Gabriël de Jager, Petrus Johannes de Jager en Awie de Jager (Edms) Beperk (“die Borge”) en D B Boerdery Vennootskap hiermee onvoorwaardelik en onherroeplik teenoor die Bank om nie die verweer van verjaring in enige geregtelike verrigtinge wat tussen die Bank en die Skuldenaar en/of die Borge en die Bank mag plaasvind, teenoor die Bank as verweer te opper nie en doen die Borge en die Skuldenaar hiermee onvoorwaardelik en onherroeplik afstand van enige reg wat die Borge of enige een van hulle of die Skuldenaar mag hê of mag verkry om die verweer van verjaring aldus te opper.”

[5] Die skikkingsonderhandelinge het blykbaar misluk en in Julie 1996 het die respondent ‘n dagvaarding teen die appellante uitgereik waarin hulle as borge aangespreek is vir die beweerde skuld van D B Boerdery ten opsigte van laasgenoemde se lopende bankrekening.

[6] Die appellante het ‘n spesiale pleit van verjaring teen die dagvaarding afgelewer. Die spesiale pleit is daarop gegrond dat enige debietsaldo op die

rekening gedurende November 1991 opeisbaar geword het, dat die respondent se dagvaarding eers gedurende 1996 aan die appellante beteken is en dat D B Boerdery se beweerde skuld aan die respondent en enige aksessore aanspreeklikheid van die appellante gevolglik ingevolge die bepalinge van die Verjaringswet 68 van 1969 (“die Wet”) deur verjaring uitgewis is.

[7] Die respondent het hierop gerepliseer en op die appellante se onderneming om nie ‘n verweer van verjaring te opper, gesteun. In hulle dupliek het die appellante erken dat hulle die onderneming gegee het, maar het aangevoer dat dit geskied het nadat die beweerde skuld reeds deur verjaring uitgewis is. Vervolgens het hulle gepleit dat die onderneming “nie die gevolg [het] om verweerders [appellante] se beweerde skuld aan die eiser [respondent] te laat herleef nie, alternatiewelik is sodanige onderneming *contra bonos mores*, alternatiewelik teen die openbare belang en derhalwe nietig en . . . bestaan daar nie meer ‘n skuld wat die eiser teen die verweerders kan afdwing nie”.

[8] By die voorverhoor-konferensie het die partye ooreengekom dat die vraag of die appellante geregtig is om verjaring as ‘n verweer te opper in die lig van die onderneming en die aspekte in hulle dupliek daaromtrent geopper, by wyse van ‘n gestelde saak afgehandel sou word.

[9] Die ooreengekome gestelde saak is voor Snyders R in die Transvaalse Provinsiale Afdeling geargumenteer. Die geleerde regter het die gestelde saak ten gunste van die respondent uitgewys en die appellante se spesiale pleit van verjaring van die hand gewys met koste. Sy het egter verlof aan die appellante verleen om na hierdie Hof te appelleer.

[10] In die gestelde saak is daar nie uitdruklik ooreengekom dat enige debietsaldo op D B Boerdery se rekening by die respondent in November 1991 opeisbaar geword het nie. Die gestelde saak is egter gevoer op die veronderstelling dat enige eis wat die respondent teen D B Boerdery mag gehad het reeds verjaar het toe die onderneming geteken is. Dit blyk uit die bewoording van die dupliek wat die grondslag van die gestelde saak is. Die appèl word dus benader suiwer op die pleitstukke en die gestelde saak asof die onderneming gegee sou gewees het nadat die respondent se eis reeds verjaar het.

[11] Die Wet, in teenstelling met sy voorganger, Wet 18 van 1943, maak voorsiening vir sogenaamde sterk verjaring wat tot uitwissing van 'n skuld lei (*Desai NO v Desai and Others* 1996(1) SA 141 (A) op 146 H - 147 B).

Ooreenkomstig art 10(1) van die Wet “word 'n skuld deur verjaring uitgewis na verloop van die termyn wat volgens die toepaslike wetsbepaling ten opsigte van

die verjaring van daardie skuld geld”. Deur verjaring van ‘n hoofskuld word ‘n daaraan gekoppelde neweskuld ook deur verjaring uitgewis (art 10(2)). Gevolglik sou die uitwissing van D B Boerdery se skuld deur verjaring ook die appellante se borgskuld uitgewis het (*Leipsig v Bankorp Ltd* 1994(2) SA 128 (A) op 132 I-J). Laasgenoemde skuld kon nie as gevolg van die onderneming herleef nie. Dit dien gelet te word dat dit nie hier soseer gaan om afstanddoening van verjaring of ‘n erkenning van aanspreeklikheid nie, maar alleenlik om ‘n onderneming om nie verjaring na afloop daarvan te opper nie.

[12] Vir doeleindes van die onderhawige appèl kan aanvaar word dat die instelling van bevrydende verjaring as gemeenskapsmaatreël die openbare belang dien (*Absa Bank Bpk h/a Bankfin v Louw en Andere* 1997(3) SA 1085 (K) (“die *Absa Bank* saak”) op 1089B; Hawthorne: *Renunciation of Prescription*: 1991 (54) THRHR 142 op 149). Regsverhoudings word deur tydsverloop beïnvloed en die onderliggende gedagte by skuldverjaring is sekerheid (De Wet en Van Wyk: *Kontraktereg en Handelsreg*: 5de uitgawe: Vol 1, 284). In *Murray & Roberts Construction (Cape) (Pty) Ltd v Upington Municipality* 1984(1) SA 571 (A) op 578 F-G is daar gesê:

“Although many philosophical explanations have been suggested for

the principles of extinctive prescription . . . its main practical purpose is to promote certainty in the ordinary affairs of people.”

Die primêre oogmerk met sekerheid blyk te wees billikheid teenoor ‘n skuldenaar (Loubser: *Extinctive Prescription* op 22).

[13] Ofskoon art 10(1) van die Wet bepaal dat ‘n skuld deur verjaring uitgewis word, word voldoening deur die skuldenaar van ‘n skuld na die uitwissing daarvan deur verjaring as betaling van die skuld beskou (art 10(3)). Dit sou klaarblyklik die geval wees as betaling met of sonder kennis van die afloop van verjaring geskied het. Daarbenewens kan ‘n hof nie uit eie beweging kennis neem van verjaring nie (art 17(1)). Verjaring moet in die pleitstukke geopper word deur die gedingvoerende party wat hom daarop beroep, alhoewel ‘n hof kan toelaat dat verjaring in enige stadium van die verrigtinge geopper word (art 17(2)).

[14] Die appellante se betoog kom in wese daarop neer dat die onderneming, en veral die gepaardgaande onsekerheid wat die wye bewoording en strekking daarvan tot gevolg het, teen die openbare belang indruis en dus nietig is. By beoordeling van die vraag of dit wel so is, moet daar nie uit die oog verloor word nie dat die doel van die onderneming was om ‘n geldige en afdwingbare verbintenis tussen die appellante en die respondent te skep. Openbare beleid, die vergestaltung van openbare belang, “demands in general full freedom of contract;

the right of men freely to bind themselves in respect of all legitimate subject matters” (*per Innes HR in Law Union and Rock Insurance Co Ltd v Carmichael’s Executor* 1917 AA 593 op 598; sien ook *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989(1) SA 1 (A) op 9 E-G).

[15] Uit die bepalings van die Wet laat die Wetgewer dit duidelik blyk dat dit ‘n skuldenaar vrystaan om, na die verstryking van verjaring, en ten spyte daarvan dat sy skuld uitgewis is, die skuld te betaal of, waar aksie ingestel is om dit te verhaal, nie verjaring te opper nie. Sodanige optrede van die skuldenaar, wat deur die Wetgewer geoorloof word, kan per definisie nie teenstrydig met die openbare belang wees nie. As ‘n skuldenaar hom nie op verjaring hoef te beroep nie en ‘n hof nie *mero motu* daarvan kennis kan neem en effek daaraan gee nie, blyk daar geen logiese of beginselrede te wees waarom hy hom nie regtens kan verbind om nie verjaring te opper nie. Trouens hy onderneem net om nie te doen nie wat hom geoorloof is om nie te doen nie. Gesien die kontraktuele vryheid wat hom gegun behoort te word, kan daar myns insiens nie gesê word dat ‘n onderneming van so ‘n aard teen die openbare beleid indruis nie.

[16] Die geldigheid van ‘n onderneming om nie verjaring te opper nie sal waarskynlik afhang van die tydstip waarop dit gegee is. ‘n Geval wat geoordeel na

gewysdes voorkom, is waar ‘n skuldenaar (insluitende ‘n borg) hom kontraktueel verbind, gewoonlik by die aangaan van die verbintenis en voordat verjaring begin loop, om afstand te doen van en hom nie te beroep op, die beskerming van verjaring nie (“‘n vooruitlopende onderneming”). Daar is uiteenlopende beslissings in die Hoër Howe of so ‘n vooruitlopende onderneming geldig is al dan nie - sien bv *Nedfin Bank Bpk v Meisenheimer en Andere* 1989(4) SA 701 (T) (wel geldig); die *Absa Bank* saak (ongeldig). Die grondslag van laasgenoemde beslissing is dat so ‘n onderneming die instelling van bevrydende verjaring ondermyn en dus teen die openbare beleid is. Aangesien ons egter nie in hierdie appèl met ‘n vooruitlopende onderneming te make het nie, is dit nie vir ons nodig om hieroor standpunt in te neem nie.

[17] ‘n Ander situasie wat moontlik meer dikwels voorkom is waar, na verjaring reeds begin loop het, partye ooreenkom om verjaring “uit te stel” of ‘n verjaringstermyn te “verleng”. Hierna word in die *Absa Bank* saak na verwys as “die konsensuele aanpassing van ‘n verjaringstermyn” (op 1089 C). Dit geskied normaalweg in gevalle waar die verjaringstermyn na aan voltooiing is en die partye meer tyd benodig om te onderhandel om bv onnodige litigasie te vermy of hulle geskille by te lê. Dit is immers in die openbare belang dat partye geskilpunte by

wyse van ooreenkoms elimineer. So ‘n aanpassing geld gewoonlik vir ‘n bepaalde, redelike beperkte ooreengekome tydperk. In die verband is daar in die *Absa Bank* saak gesê (op 1089 C-D) “Daar kan nie juis ‘n beginselbeswaar wees teen die konsensuele aanpassing van ‘n verjaringstermyn nie, mits dit nie, in wese, neerkom op ‘n negering van die instelling van bevrydende verjaring nie”. Indien die kwalifikasie juis is, sal die vraag of so ‘n aanpassing die instelling van verjaring sou “negeer” al dan nie waarskynlik afhang van die besondere omstandighede van die geval. Die omstandighede sou egter sodanig moet wees dat so ‘n aanpassing hoofsaaklik die belange van die partye raak en nie substansieel of wesenlik teen die openbare belang indruis nie (vgl *South African Co-Operative Citrus Exchange Ltd v Director-General: Trade and Industry and Another* 1997(3) SA 236 (SCA) op 244 G-H (die goedgekeurde aanhaling); Loubser *op cit* op 151). Ons is egter ook nie hieroor geroepe om ‘n finale standpunt in te neem nie.

[18] In duidelike teenstelling met die voorafgaande is die geval (soos die onderhawige) waar verjaring reeds afgeloop het. Die skuld is uitgewis. Die skuldenaar het gewoonlik sekerheid oor sy regsposisie. Hy beskik oor ‘n volkome verweer as ‘n eis teen hom ingestel is. Die sekerheid waarna die openbare belang streef, bestaan dus reeds. Dit gaan nou nie meer oor die openbare belang nie, maar

eerder oor die belange van die partye en meer bepaald dié van die skuldenaar. Hy kan besin oor sy omstandighede en ‘n onbelemmerde keuse uitoefen of hy verjaring wil opper al dan nie. Sy uiteindelijke besluit raak net sy eie belang. As hy besluit om nie verjaring te opper nie en ‘n onderneming tot dien effek te gee kan dit nie die openbare belang skend nie en is so ‘n onderneming gevolglik op sigself nie nietig nie (vgl Wessels: *Law of Contract in South Africa* Vol 2, par 2837; Loubser *op cit* op 158).

[19] Die verdere vraag wat ontstaan, is of die geldigheid van so ‘n onderneming afhang van die tydsduur daarvan. Daar kan vanuit ‘n beginseloogpunt geen beswaar wees teen ‘n onderneming wat vir ‘n bepaalde tyd of vir ‘n redelike tyd (wat objektief vasgestel kan word) van krag is nie. Daar bestaan dan voldoende sekerheid met betrekking tot die tydsduur daarvan. Die appellante se onderneming is egter onherroeplik en geld vir ‘n onbeperkte tydperk. Dit skep dan, sonder meer, “‘n nuwe termyn van onsekerheid” (J C de Wet: *Opuscula Miscellanea*, op 134).

In *ABSA Bank Bpk h/a Bankfin v Louw en Andere (supra)* is gesê (*obiter*) dat dit waarskynlik beter is om nie so ‘n geval te legitimeer nie (op 1089 J).

[20] Na my mening bly die onderneming geldig al is dit vir ‘n onbeperkte tydperk. Soos reeds daarop gewys, op die tydstip toe die onderneming gegee is,

was die heersende belang dié van die partye en meer bepaald dié van die appellante as skuldenaars. Regssekereheid het reeds bestaan met betrekking tot die uitgewise skuld. Die appellante se verdere optrede moet gemeet word aan die hand van grondliggende billikheidsoorwegings. Dit het die appellante vrygestaan om die tydsduur van hulle onderneming te beperk of om 'n voorwaarde daaraan te koppel met betrekking tot die instel van 'n aksie. Op 'n tydstip toe dit gegaan het oor hulle persoonlike belange was hulle tevrede om 'n kontraktuele verbintenis vir 'n onbepaalde tydperk aan te gaan. Hulle het regsverteenvoerding geniet en daar is geen sprake dat ongelyke bedingingsmagte aanleiding tot die onderneming gegee het nie. Om effek aan die onderneming te gee, sou in die omstandighede nóg onbillik teenoor hulle wees nóg die openbare belang skend. Trouens dit sou in die openbare belang wees om erkenning te verleen aan hulle kontraktuele vryheid en bevoegdheid om die onderneming te gegee het. Bygevolg het die hof *a quo* tereg bevind dat die onderneming nie nietig was nie.

[20] Die appèl word van die hand gewys met koste, insluitende die koste van twee advokate.

J W SMALBERGER
APPÈLREGTER

Harms AR)Stem saam
Olivier AR)
Scott AR)
Melunsky Wnd AR)