IN DIE HOOGSTE HOF VAN APPÈL VAN SUID-AFRIKA

Saaknommer : 71/2000

In die saak tussen :

CIBA-GEIGY (EDMS) BPK	**Appellant**

en

LUSHOF PLASE (EDMS) BPK	**Eerste Respondent**
ALBIE VAN STADEN	**Tweede Respondent**

CORAM :	Nienaber, Harms, Schutz, Mpati ARR en Conradie Wnd AR
DATUM :	1 & 2 November 2001
GELEWER :	29 November 2001

Opsomming: Onkruiddoder - skadelike newewerking vir peerbome - boer spreek handelaar-verkoper asook vervaardiger onderskeidelik kontraktueel en deliktueel aan - aanspreeklikheid van elk - vervaardiger se aanspreeklikheid teenoor handelaar op grond van 'n indemniteit as 'n beding ten behoewe van derde - appèl teen weiering van aansoek deur verhoorhof om pleit te wysig deur op 'n laat stadium 'n nuwe verweer te opper - spesiale kostebevel.

UITSPRAAK

NIENABER AR en CONRADIE Wnd AR/

NIENABER AR en CONRADIE Wnd AR:

Aanloop

[1] Die appellant is die vervaardiger, die tweede respondent die handelaar-verkoper en die eerste respondent die koper van 'n onkruiddoder genaamd Folar 525 SC. Die koper, 'n grootskaalse kommersiële vrugteboer van Prince Alfred Hamlet, in die Warm Bokkeveld naby Ceres, beweer dat dié middel wat hy met die oog op onkruidbestryding gedurende September-Oktober 1994 op aanbeveling van die verkoper van laasgenoemde aangekoop en op die peerboorde op sy plaas, Lushof, gespuit het, fisiese skade aan sy bome en aldus ekonomiese skade by wyse van oesverliese aan hom berokken het. Vandaar sy eis om skadevergoeding ten bedrae van R932 054 wat hy in die Kaapse Provinsiale Afdeling teen sy verkoper as eerste verweerder (op grond van 'n verbreking van die gemeenregtelike waarborg teen verborge gebreke) en teen die vervaardiger as tweede verweerder (op grond van delik) aanhangig

gemaak het. Op sy beurt het die verkoper 'n derde party-kennisgewing aan die vervaardiger gerig waarin hy laasgenoemde op grond van 'n indemniteit, alternatiewelik, delik aanspreeklik hou vir enige skadevergoeding waarvoor hy teenoor die koper blootstaan. Bewys van die omvang van die skade is by ooreenkoms tussen die partye en ooreenkomstig 'n bevel van die verhoorhof voorlopig agterweë gehou. Die hof *a quo* (Brand R) handhaaf 'in beginsel' sowel die koper se eise teen beide verweerders gesamentlik en afsonderlik as die verkoper se ondergeskikte eis teen die vervaardiger. In laaste instansie trek die vervaardiger dus aan die kortste end. Vandaar sy appèl wat hy met verlof wat op aansoek aan hom verleen is teen die ander twee partye aanhangig gemaak het. Na die appellant (die tweede verweerder) verwys ons voortaan gerieflikheidshalwe as 'Ciba', na die eerste respondent (die eiser) as 'Lushof Plase' en na die tweede respondent (die eerste verweerder) as 'Van

Staden'.

[2] Ciba, voorheen bekend as Ciba-Geigy (Edms) Bpk, tans as Novartis South Africa (Edms) Bpk, is lid van 'n wêreldwye groep vervaardigers en verspreiders van 'n verskeidenheid chemiese middels, die hoofkantoor van die moedermaatskappy waarvan in Basel, Switserland, geleë is. Een van die middels wat die groep ontwikkel het en wat Ciba ingevolge die Wet op Misstowwe, Veevoedsel, Landboumiddels en Veemiddels 36 van 1947 gedurende 1993 op kernvrugte in Suid-Afrika geregistreer het, was Folar 525 SC ('Folar'). In die voubiljet wat die produk vergesel, word Folar beskryf as

> ''n Suspensie-konsentraat onkruiddoder vir nie-selektiewe na-opkom beheer van 'n breë spektrum eenjarige onkruide en met residuele breëblaar aktiwiteit indien toegedien as 'n gerigte bespuiting op appels, pere, *Eucalyptus* plantasies, sitrus en wingerd'

Die aktiewe bestanddele is glifosaat 180 g/l en terbutielasien 345 g/l. In die 'opleidingsmodule' wat deur Ciba uitgereik is, word die 'werkingswyse' van

die middel soos volg beskryf:

> ‘terbutielasien:
> Opname deur wortels en blare. Xileemvervoer na plek van aksie. Fotosintese van vatbare plante word geblokkeer’;

en glifosaat:

> ‘Opname deur groen bas en blare. Sterk afwaartse vervoer na ondergrondse plantdele. Verskaf aanvanklike na-opkoms aksie. Simptome van beheer eers sigbaar vanaf 7 - 14 dae na toediening.’

[3] In dieselfde dokument word die ‘gewasveiligheid’ van die middel ook sterk beklemtoon. Van fitotoksisiteit, oftewel die vergiftiging van die landbougewas self (in teenstelling met die onkruid), word gesê:

> ‘Folar’ 525 SC kan op die volgende gewasse met veiligheid gebruik word as 'n gerigte bespuiting vanaf een jaar na uitplant:
>
> - appels
> - pere
> - sitrus
> - wingerd’

en voorts:

'Navorsing dui daarop dat terbutielasien selektief is op die gewasse soos geregistreer';

en

'Folar' kan met gerustheid herhaaldelik gebruik word';

en

'Gemoedsrus dat gewasse nie beskadig sal word nie.'

[4] In sy uitspraak verstrek die hof *a quo* die volgende beskrywing:

'[40] Die Terbutielasien is 'n chemiese molekule wat reeds lankal geskep is en ook lank reeds suksesvol as onkruiddoder in gewasse anders as sagtevrugte en in die besonder by grasagtige gewasse, soos mielies en suikerriet, aangewend en in terme van Wet 36 van 1947 geregistreer is. Soos reeds genoem, is dit egter in 1993 vir die eerste maal vir gebruik in sagtevrugteboorde geregistreer.

[41] Onkruiddoders word aangewend en geregistreer vir spesifieke gewasse en teen spesifieke onkruide. Anders gestel, bepaalde onkruiddoders is *effektief* slegs ten aansien van bepaalde onkruide en dit is 'n erkende feit dat 'n bepaalde onkruiddoder vir sommige landbougewasse onskadelik is maar *fitotoksies* vir ander. Die term wat

> in laasgenoemde verband gebruik word is selektiwiteit. Daar bestaan verskillede tipes selektiwiteit. Die twee tipes wat hierin ter sprake gekom het was plasingselektiwiteit en biochemiese selektiwiteit. Van biochemiese selektiwiteit word gepraat wanneer die bepaalde landbougewas in staat is om die betrokke onkruiddoder sistemies op te neem en dit dan metabolies te vernietig sodat dit veilig is om die middel op daardie landbougewasse aan te wend.'

[5] Folar is nie aanvanklik in Suid-Afrika ten opsigte van onder meer pere geregistreer en aangewend nie. Volgens Hugo, 'n amptenaar van Ciba wat grotendeels met die registrasie van die middel vir sagte vrugte in Suid-Afrika gemoeid was, was daar egter ook ten opsigte van kernvrugte, soos appels en pere, 'n aanvraag en na 'n aanvanklike mislukte poging tot registrasie het dit uiteindelik in 1993 geskied.

[6] Ciba het die produk onmiddellik begin bemark, onder meer met behulp van Van Staden. Van Staden was sedert 1987 'n werknemer van Ciba, maar sy status het vroeg in 1993 verander toe Ciba van onafhanklike verspreiders

gebruik begin maak het. Een van hulle was 'n onderneming, destyds bekend as Landbouchemiese Verspreiders BK (hierna ‘LCV’ genoem), met wie Ciba 'n sogenaamde ‘distribution agreement’ aangegaan het. LCV het op sy beurt 'n soortgelyke ooreenkoms met Van Staden aangegaan. Die aanhef tot die ooreenkoms tussen Ciba en LCV lui onder meer:

> ‘A. Ciba has the right, under licence granted by Ciba-Geigy Limited, Basle, Switzerland, to formulate, pack, sell and distribute and use certain agricultural chemicals patented by Ciba-Geigy Limited in Southern Africa.
>
> B. Ciba wishes to appoint the Distributor to distribute the agricultural chemicals in the territory as the agent of Ciba and on the terms defined hereafter.
>
> C. The Distributor is prepared to sell and distribute the said agricultural chemicals in the said terms.’

Van belang is ook die volgende klousules:

> ‘2.2 The Distributor [LCV] is not entitled to appoint any sub-agent or sub-distributor for the distribution or promotion of any of the Products in the Territory or elsewhere, without the written consent of Ciba which shall not unreasonably be withheld, or to

sell, distribute and promote any of the Products outside the Territory.

2.3 The relationship of the Distributor to Ciba shall be that of an independent contractor engaged in the distribution of the Products to third parties in the Territory. As an independent contractor, the Distributor and its employees are not the legal representatives of Ciba for any purpose and have no power or authority to bind or commit Ciba.

2.4 …

2.5 Ciba shall be entitled, if it should deem necessary, … to appoint other agents and/or distributors to sell the Products in the Territory on its behalf.'

[7] Van Staden is deur LCV as een van sy sub-verspreiders aangestel. 'n 'Verspreidingsooreenkoms' is op 12 Mei 1993 tussen LCV en Van Staden aangegaan. Met sommige van die ander bepalings van hierdie ooreenkoms word later in hierdie uitspraak in meer besonderhede gehandel. Op hierdie stadium word klem net op die volgende gelê:

'Manufacturer' word gedefinieer as:

'… Ciba-Geigy (Proprietary) Limited or any other agricultural

manufacturer or formulator of the Products starting from or containing the approved active substances of the Products and includes filling the manufacturer's Product into suitable containers'.

Net soos in die ander ooreenkoms bepaal klousules 2.1 en 2.3 onder meer:

> '2.1 LCV grants the Distributor [Van Staden] the right to distribute and promote the Products in the Territory on an exclusive basis subject to the terms and conditions of this agreement and the Schedules hereto.
>
> 2.2 …
>
> 2.3 The relationship of the Distributor to LCV shall be that of an independent contractor engaged in the distribution of the Products to third parties in the Territory. As an independent contractor, the Distributor and its employees are not the legal representatives of LCV for any purpose and have no power or authority to bind or commit LCV.'

(Tydens die verhoor is daar betoog dat Van Staden ondanks gemelde bepalings as Ciba se 'verteenwoordiger' in egte sin gehandel het toe hy die Folar gedurende September/Oktober 1984 aan Lushof Plase verkoop het, maar dié betoog is tereg deur die verhoorhof verwerp en geen appèl is teen dié

bevinding deur óf Lushof Plase óf Van Staden geloods nie.)

[8] Van Staden wat reeds sedert 1988 gereeld met Lushof Plase geskakel het, het die Folar sterk by De Clercq, Lushof Plase se algemene bestuurder, aanbeveel. De Clercq het aanvanklik teenoor die nuwe produk skepties gestaan. Hiervan sê die hof *a quo*:

> '[9] … Na registrasie van Folar vir gebruik op pere het Van Staden met De Clercq gereël dat demonstrasieproewe met die middel op Lushof gespuit word. Die proefspuite is gedoen in November 1993 en weer in Maart 1994 in 'n boord op Lushof bekend as boord 14.
>
> [10] Na die proewe was almal baie beïndruk met die effektiwiteit van Folar. Dit het duidelik die onkruid baie goed beheer. Nietemin was De Clercq nie geneë om Folar op groot skaal aan te wend nie. Hy het geweet dat een van die aktiewe bestanddele in Folar Terbutielasien is, wat behoort tot die Triasiene-groep van onkruiddoders. De Clercq was bekend met 'n ander lid van die Triasiene-groep, Simasien. Omdat hy geglo het dat Simasien peerbome benadeel, het hy nie bogenoemde middel op peerbome gebruik nie. Volgens De Clercq, wat namens eiser as getuie geroep is, is hy egter deur Van Staden meegedeel dat Folar baie veiliger as Simasien is en het hy ook aan De Clercq 'n tegniese verduideliking gegee oor waarom dit so is. Gevolglik is De Clercq op die ou end deur Van Staden oorreed om al die peerboorde op Lushof,

behalwe boord 23 en 'n gedeelte van boord 17, met Folar te bespuit.

[11] Die fakture wat op eiser se aankope van Folar betrekking het, strek oor die tydperk 12 September 1994 tot 18 Oktober 1994. Gevolglik was al die partye bereid om te aanvaar dat die toediening van Folar kort na 12 September 1994 begin het en 'n paar dae na 18 Oktober 1994 opgehou het. Volgens De Clercq het hy toe op 'n later stadium simptome by die bespuite peerbome waargeneem wat vir hom daarop gedui het dat alles nie pluis was nie. Hy is nie presies seker wanneer hy die simptome vir die eerste maal waargeneem het nie. Hy sê die simptome het geleidelik verskyn en vererger. Sy skatting is egter dat hy so teen die einde van November begin Desember werklik van die onrusbarende simptome bewus geraak het. Nadat De Clercq hierdie waarnemings gemaak het, het hy vir Graaff [die aandeelhouer van Lushof Plase] laat weet en die hulp van dese en gene ingeroep. Onder meer is Van Staden na die plaas ontbied en het 'n deskundige hortoloog van Ceres Fruit Growers, Mnr Gert Marais - wat as deskundige getuie namens eiser geroep is - ook op die plaas aangedoen. Marais het die mening uitgespreek dat simptome sogenaamde Triasien-simptome is, oftewel dat dit deur die Terbutielasien in die Folar veroorsaak is. Die verteenwoordigers van Ciba wat ook op die plaas aangedoen het, het egter ontken dat die simptome die gevolge van die bespuiting met Folar kon wees.

[12] Soos wat die seisoen aangegaan het, sê De Clercq, het die simptome gaandeweg vererger. Uiteindelik het die bome groot gedeeltes van hulle blare afgegooi. In sommige van die jonger boorde is al die vrugte afgepluk om die bome 'n beter kans op oorlewing te gee.

> In blokke 31 tot 38 - waar slegs jong bome was - moes van die bome vervang word. Ander van die jong bome wat dit oorleef het, se groei is duidelik geïnhibeer. Eiser se saak is dan dat hy in die eerste plek skade gely het weens die skade wat deur Folar aan die jong bome aangerig is. Daarbenewens, voer Eiser aan, het hy weens beskadiging van die produserende bome 'n oesverlies gely in die 1994/1995 seisoen.'

[9] Dagvaarding is in Januarie 1997 deur Lushof Plase teen Van Staden as eerste verweerder en teen Ciba as tweede verweerder uitgereik. Daarna het Van Staden, soos reeds gemeld, vir Ciba as derde party in die geding tussen hom en Lushof Plase betrek. Die ellelange verhoor wat op 8 Junie 1998 'n aanvang geneem en om en by veertig dae geduur het, het by tye wye draaie geloop waartydens talle verwere deur Ciba geopper en weer laat vaar is. In die loop daarvan het die verhoorhof verskeie orde-beslissings gemaak waaroor Ciba beswaard voel. So byvoorbeeld is 'n aansoek van Ciba om sy pleit op 'n laat stadium, nadat Lushof Plase reeds sy saak gesluit het, te wysig ten einde hom op 'n nuwe verweer te beroep (as sou 'n oordosis Folar op die

lande toegedien gewees het), van die hand gewys. Ook is Ciba nie toegelaat om getuienis te lei van beweerde internasionale proewe wat ten opsigte van Folar uitgevoer is en waarvan daar nie ooreenkomstig die Hofreëls behoorlik kennis gegee is nie. Ook teen hierdie beslissings, soos teen die uiteindelike bevel wat gemaak is, word beswaar gemaak.

[10] Daardie bevel lui onder meer soos volg:

> ‘(a) Dit word verklaar dat eerste en tweede verweerders gesamentlik en afsonderlik teenoor eiser aanspreeklik is vir die skade wat die bespuiting met Folar van eiser se peerboorde op Lushof Plase - beide in die vorm van oesverlies en die beskadiging van jong bome - tot gevolg gehad het.
>
> (b) Eerste en tweede verweerders word gesamentlik en afsonderlik gelas om eiser se gedingskoste van die verhoor op die meriete te betaal.
>
> (c) Die kostebevel in terme van paragraaf (b) sal die volgende deskundige getuies se kwalifiserende fooie insluit: …
>
> (d) Dit word verklaar dat tweede verweerder aanspreeklik is om eerste verweerder te indemnifiseer vir enige bedrag (insluitende gedingskoste) waarvoor eerste verweerder deur eiser aanspreeklik gehou word.

(e) Tweede verweerder word gelas om eerste verweerder se gedingskoste van die verhoor op die meriete te betaal.

(f) …'

Simptome, skade en oorsaak

[11] Alvorens daar na die onderskeie eisoorsake gekyk word, is dit nodig om te bepaal of die verhoorhof reg was in sy siening dat Lushof Plase skade gely het en dat sodanige skade aan die toediening van Folar te wyte was.

[12] Twee skadekategorieë is uiteindelik deur Lushof Plase beweer. Die eerste is die beskadiging van jong bome deur die toediening van Folar met 'n gevolglike oesverlies in die 1994/5 seisoen. (Onder jong word verstaan bome wat ouer is as een jaar maar wat nog nie volwassenheid bereik het nie.) Hiervan sê die hof *a quo*:

> 'Tydens argument was die regsverteenwoordigers van die partye dit egter met mekaar eens dat ek gevra word om 'n beslissing met verwysing na elkeen van die kategorieë te maak. Vervolgens poog ek om aan dié versoek te voldoen.'

Tydens argument voor hierdie hof is dié bewering namens Ciba bevraagteken maar namens Lushof Plase bevestig. Geen verdere gronde is deur enige van die partye aangevoer waarop gesê kan word dat die verhoorhof in dié opsig fouteer het nie. Bowendien is Lushof Plase se getuienis (dat 'n aansienlike aantal jong bome wel gevrek het en vervang moes word en dat van die ander jong bome se groei vertraag is sodat Lushof Plase langer sou moes wag om 'n opbrengs van hulle te verkry) ook nie weerlê nie. Daar was dus fisiese skade.

[13] Die tweede kategorie geld die verminderde produksievermoë van die ouer bome. Die getuienis van Bezuidenhout, 'n dataverwerker by Ceres Fruitgrowers, was dat dié instansie noukeurige statistieke byhou waarin elke lid se produksiesyfers voorkom. Die tonnemaat per hektaar vir elke afsonderlike kultivar word weergegee. Grafieke is met betrekking tot vyf van die belangrikste kultivars wat op Lushof Plase, op plase in die distrik Prins

Alfred Hamlet, asook op plase in die hele Warm Bokkeveldgebied, verbou word, voorberei. Hulle toon stygings en dalings in produksiesyfers oor die jare 1990 tot 1997. Namens Ciba is nie aangevoer dat die syfers nie betroubaar was, of dat die statistieke wat Strydom namens Ciba voorberei het bo dié van Bezuidenhout te verkies was nie. Die verhoorregter het Bezuidenhout se ontledings aanvaar. Aan die hand daarvan is dit duidelik dat daar in die 1994/5 seisoen dramatiese oesafnames op Lushof was wat nie op buurplase of elders in die omgewing ondervind is nie. Daar was dus wat albei kategorië betref, skade. Dat die jong bome deur Folar beskadig was, is uiteindelik nie betwis nie. Die oorblywende vraag is of oesverliese aan die toediening van Folar toegeskryf kan word.

[14] Ciba het 'n deug in terbutielasien gesien wat nie aan ander triasienes eie is nie. Terbutielasien, so is bevind, loog minder as die ander. Dit beteken dat

dit minder geredelik as ander triasienes deur water die grond ingedra word. Daarvoor is daar twee redes. Terbutielasien is minder wateroplosbaar en adsorbeer buitendien sterker aan gronddeeltjies, aan organiese material in die besonder. Baie van die terbutielasienmolekules bly aan gronddeeltjies in die boonste grondlae vassit, en dit wat oorbly, los nie so maklik in reën- of besproeiingswater op nie. Watter hoeveelheid terbutielasien ook al die peerboomwortels bereik, so is geglo, sou dus nie voldoende wees om die boom enige skade te berokken nie. Hierdie verskynsel, soos vroeër gesê, staan as plasingselektiwiteit bekend. Plasingselektiwiteit se doeltreffendheid hang daarvan af dat soveel moontlik onkruiddoder van die wortels van die gewasplant (wat dieper as twee of drie sentimeter onder die oppervlakte lê) weggehou word, en beskikbaar gestel word vir opname deur die wortels van onkruide wat oor die algemeen binne die boonste paar sentimeter voorkom.

[15] Terbutielasien is egter so 'n aggressiewe onkruiddoder dat selfs die klein hoeveelhede daarvan wat die wortels van gewasplante bereik, genoeg sou wees om skade aan daardie plante te verrig, as dit nie vir 'n ander verskynsel was wat as biologiese selektiwiteit bekend staan nie. Sommige gewasplante is in staat om klein hoeveelhede terbutielasien te metaboliseer. Die plant breek die onkruiddoder af. Mits die hoeveelheid wat die plant opneem nie sy toleransiedrempel oorskry nie, kom die plant niks oor nie. Die vermoë om terbutielasien af te breek varieer van spesie na spesie, van variëteit na variëteit en selfs van boom na boom. Individuele variasie kom voor omdat die fisiologiese toleransie van 'n andersins weerstandige plant geknou kan word deur voedingstekorte, byvoorbeeld 'n gebrek aan spoorelemente. Dit blyk uit die getuienis dat selfs in dieselfde boord wat op dieselfde tipe grond gevestig is, sommige bome beter as ander presteer. Dié wat beter groei het 'n hoër

detoksifikasiedrempel en kan derhalwe fitotoksisiteit makliker weerstaan.

[16] Hoe groter die vatbaarheid van 'n gewasplant vir terbutielasien is, hoe belangriker is dit om die produk van die wortels weg te hou. Die twee veiligheidsmeganismes is dus interafhanklik. Albei is vir die beskerming van die gewasplant noodsaaklik, veral omdat die doeltreffendheid van albei onder veldtoestande kan varieer. Plasingselektiwiteit is of meer of minder doeltreffend na gelang van die klei- en organiese materiaalinhoud van die grond, die vogvlakke, die pH van die grond, en selfs die kwaliteit van die water wat vir bespuiting gebruik word. Daar is bowendien ander veranderlikes. Die diepte van die hoofvoedingswortels van die gewasplant is van deurslaggewende belang: dit bepaal naamlik hoeveel van die terbutielasien deur die plant opgeneem sal word. Peerbome groei goed in marginale gronde, maar dan is hulle wortelstelsels merkwaardig vlak. In

dieper grond lê die wortels dieper.

[17] Nie al die duisende peerbome op Lushof is in dieselfde mate aangetas nie. Sommige het erger simptome as ander getoon. Terbutielasientoksisiteit manifesteer deur 'n aanvanklike vergeling van die blaarrand gevolg deur tussennerfse vergeling en, in ernstige gevalle, deur nekrose van die blaar. Die simptome kom voor omdat terbutielasien die fotosinteseproses in die blaar inhibeer en uiteindelik die chloroplaste wat chlorofiel vervaardig, vernietig. As dit gebeur, verhonger die plant omdat hy nie langer koolhidrate kan vervaardig nie. Ter illustrasie kan ons meld dat 'n wisselwerking van grondgeaardheid en vog bepaal hoeveel terbutielasien deur die wortels opgeneem word. 'n Swak transpirasiestroom - byvoorbeeld op 'n koue dag - sal die boom meer tyd gee om die opgeneemde terbutielasien af te breek; 'n sterk transpirasiestroom sou die teenoorgestelde uitwerking hê en, les bes, sal

die gesondheidstatus van die boom bepaal of hy genoeg ensieme afskei om terbutielasien in die blare te vernietig sonder dat dit skade aanrig.

[18] As al die onderskeie faktore wat absorpsie deur die wortels bepaal en al die faktore wat die boom se vermoë om die opgeneemde hoeveelheid te verwerk, in ag geneem word, is dit dus duidelik dat daar 'n oneindige aantal risikoprofiele is. Hierop kom ons later terug.

[19] Vir die eerste elf dae van die verhoor in die hof benede het Ciba ten ene male ontken dat die simptome wat op die blare van volwasse peerbome en aan die groeiwyse van jong bome opgemerk is, deur Folar veroorsaak is. Op die dag waarop die verhoor na die winterreses hervat is, wysig Ciba sy verweerskrif ten einde 'n erkenning te pleit dat die aanwending van Folar waarskynlik die fotosinteseproses in die blare van die peerbome inhibeer het. Hy ontken nogtans dat die inhibering van hierdie proses tot verwronge groei

in jonger bome of oesverliese in ouer bome aanleiding gegee het. In sy nadere besonderhede tot die gewysigde pleit verduidelik Ciba dat, alhoewel inhibering van die fotosinteseproses wel *in beginsel* skade aan jong bome en oesverlies by ouer bome kan veroorsaak, dit in hierdie besondere geval nie gebeur het nie. Terselfdertyd word bewerings in die pleit geskrap as sou skade wat Lushof Plase gely het die gevolg gewees het van die toediening van Folar in stryd met sekere etiketvoorwaardes. Daar was dus op die pleitstukke geen sprake meer van 'n wanaanwending van die middel nie, behalwe dat volhard is met die bewering dat Folar, in stryd met die etiketvoorwaardes, op bome aangewend is wat jonger as een jaar na oorplanting was. (Ook hierdie bewering is mettertyd laat vaar.)

[20] Ciba se erkennings het hom met die dilemma gelaat dat daar 'n verklaring, anders as oesskade as gevolg van fitotoksisiteit, vir die

onteenseglike oesafname in die 1994/95 oesseisoen gevind moes word.

[21] In dié verband is daar gesteun op getuienis van Ciba se deskundiges dat sigbare triasiensimptome aan gewasplante kan voorkom sonder dat produksieskade noodwendig daarop volg. Hierdie gevolgtrekking is nie deur Lushof Plase se deskundiges betwis nie. Hulle standpunt was dat die waarskynlikheid van oesskade afhang van die stadium van die boom se ontwikkeling op die tydstip waarop die middel toegedien word en natuurlik van die graad van vergiftiging van die gewas. Indien daar vry ernstige simptome en bowendien bewese skade is, is mens *prima facie* geregtig om aan te neem dat die onkruiddoder die skade veroorsaak het. Hulle het egter verder gegaan en 'n waarskynlike meganisme vir die oesverlies aan die hand gedoen.

[22] 'n Peerboom het die eienaardigheid dat hy geneig is om in die tydperk

van veertig tot vyftig dae na volblomstadium 'n beduidende aantal van die embrioniese vruggies aan die boom af te gooi. Dit is die natuur se manier om te bepaal hoeveel van sy vruggies die boom daardie seisoen sal kan grootmaak. Die ‘bepaling’ word gedoen aan die hand van stresfaktore soos voedings- of vogtekorte wat gedurende daardie tyd teenwoordig is. Dit is dus by uitstek die tyd dat 'n peerboom besonder vatbaar is vir stres en hewiger as onder ander omstandighede op stresfaktore reageer.

[23] Terbutielasien, soos trouens die ander triasienes, beskadig 'n plant deur die fotosinteseproses in die blare te inhibeer. Die inhibering van fotosintese het die neiging om die gewas se energiereserwes uit te put en sodoende sy gesondheidstatus te benadeel. Dit is wat die stres veroorsaak. Dit is gemene saak dat Folar binne die veertig tot vyftig dae -tydperk toegedien is. Dit is ook gemene saak dat 'n peerboom gedurende hierdie kritieke tyd so vatbaar is

vir stres dat 'n verhoogde vrugteval, selfs sonder fitotoksisiteitsimptome, nie vreemd sou wees nie. Dit was nie onder die kundiges aan beide kante in geskil dat die toediening van die Folar tot verhoogde afspening van vruggies aanleiding kon gegee het nie. Die geskil was of dit wel gebeur het.

[24] Dit was vroeg in die seisoen reeds opmerklik dat daar met die oes iets fout was. Namens Ciba is die getuienis dat daar minder as die verwagte aantal peertjies aan die bome was, nie bevraagteken nie. Wat wel bevraagteken is, is of hierdie afname in getalle aan 'n verhoogde vrugteval te wyte was. Nóg De Clercq nóg Langenhoven, die boordbestuurder, het gedurende November 1994 enige tekens van so 'n buitengewone vrugteval onder die bome opgemerk. Na ons mening val dit nie vreemd op nie. Die vruggies was op daardie stadium baie klein en hulle getalle sou nie maklik op die ongelyke oppervlakte van die boorde geskat kon word nie. Miljoene

vruggies word elke jaar in die Lushofboorde afgespeen. Dit is nie moontlik om deur toevallige waarneming vas te stel of daar 'n paar miljoen meer of minder op die grond lê nie. So iets sou moontlik by noukeurige ondersoek bepaal kon word, maar daar was op die stadium van die vrugteval geen rede om 'n verhoogde vrugteval te vermoed nie.

[25] Nietemin is daar namens Ciba betoog dat die versuim van die twee bestuurders om meer afgespeende vruggies as wat verwag sou word op die grond waar te neem, nie daarop dui dat die vruggies nie afgeval het nie maar eerder dat hulle nooit gevorm was nie. Vir hierdie betoog is gesteun op die verskynsel van ‘alternatiewe drag’.

[26] Die November-val is nie 'n peerboom se enigste eienaardige eienskap nie. 'n Verdere kenmerk is dat die aantal vrugte wat dit in 'n betrokke seisoen dra, in die breë gesproke reeds grotendeels in die vorige seisoen bepaal word.

Hoe meer vrugte die boom in die vorige seisoen dra, hoe kleiner is die drag in die daaropvolgende seisoen. Dit is so omdat die aantal knoppe wat in reproduktiewe organe (in teenstelling met vegetatiewe organe) ontwikkel deur die aantal sade in die vorige seisoen bepaal word. Hulle skei 'n hormoon af wat die vorming van reproduktiewe knoppe inhibeer.

[27] Op 'n goed bestuurde peerplaas word die natuur egter nie toegelaat om sy gang te gaan nie. Kundige bestuurspraktyke soos snoei en uitdun van die bome beperk die effek van hierdie verskynsel. Deur vrugte in die vorige seisoen van die boom te verwyder (en sodoende te sorg dat minder sade uiteindelik gevorm word), word die potensiaal vir blomknopvorming in die daaropvolgende seisoen verhoog.

[28] Daar is geen aanduiding dat snoei- of ander bestuurspraktyke voor die 1994/5 seisoen swakker was as in ander jare nie. Inderdaad was die

onbetwiste getuienis dat dit steeds dieselfde was. Die seisoenale afwykings vergeleke met vorige jare en ander plase in die omgewing was nie naastenby groot genoeg om die drastiese afname in die 1994/5 oes op die grondslag van alternatiewe drag te verklaar nie.

[29] Die oorwig van waarskynlikhede dui derhalwe daarop dat dit die verhoogde November-val was, en nie alternatiewe drag nie, wat vir die afname in produksie verantwoordelik was.

Die aansoek om wysiging

[30] Die moontlike oorsake vir die skade het almal een vir een weggeval. Al suggestie van Ciba se kant wat oorgebly het, was dat daar 'n oordosis Folar op die pere toegedien is. As 'n verweer is dit egter nie aanvanklik gepleit nie. Daar is geen aanduiding dat Ciba op enige tydstip tydens die ter plaatse ondersoeke of met die voorbereiding van die pleitstukke, of selfs vir verreweg

die grootste gedeelte van die verhoor, enige bedenkinge oor die nougesetheid van die toediening van Folar op Lushof gekoester het nie.

[31] Bedenkinge het veel later en van die kant van deskundiges gekom wat uit Switserland hierheen ontbied is om getuienis oor sekere tegniese aspekte te lewer. Hulle het tot die gevolgtrekking gekom dat wanneer 'n mens die area wat volgens Van Staden bespuit is in die aantal liters Folar indeel wat vir die bespuiting van die Lushofboorde aangekoop is, dit op 'n dosering van tot dubbel soveel liter per hektaar uitwerk as wat voorgeskryf is. Op grond van hierdie berekening het Ciba dus op die nege-en-twintigste dag van die verhoor aansoek gedoen om sy pleit te wysig deur toediening van die middel in stryd met die etiketvoorwaardes as 'n nuwe strydpunt te opper.

[32] Sowel Lushof Plase as Van Staden het die aansoek teëgestaan. Die verhoorregter het dit in die uitoefening van sy diskresie geweier. Hierdie

weiering is een van die bevele wat op appèl aangeveg word.

[33] Aangesien die weiering om die wysigingsaansoek teë te staan 'n diskresionêre aangeleentheid was, moes Ciba op appèl aantoon dat die uitoefening van die verhoorregter se diskresie gebrekkig was. Wat in dié verband veral in gedrang was, was of die verhoorhof se bevinding dat die aansoek nie 'n 'triable issue' geopper het nie, korrek was.

[34] In *Trans-Drakensberg Bank Ltd (under judicial management) v Combined Engineering (Pty) Ltd & Another* 1967 (3) SA 632 (D) is op 641A-B gesê:

> 'Having already made his case in his pleading, if he wishes to change or add to this, he must explain the reason and show *prima facie* that he has something deserving of consideration, a triable issue; he cannot be allowed to harass his opponent by an amendment which has no foundation. He cannot place on the record an issue for which he has no supporting evidence, where evidence is required, or, save perhaps in exceptional circumstances, introduce an amendment which would make the pleading excipiable. ...'

Die betrokke uitlating van Caney R word met goedkeuring deur Corbett HR aangehaal in *Caxton Ltd and Others v Reeva Forman (Pty) Ltd and Another* 1990 (3) SA 547 (A) te 565G-I. Ook die volgende stelling van De Villiers RP in *Krogman v Van Reenen* 1926 OPD 191 te 195 word daar goedgekeur:

> '…[H]e must show, for instance, that the matter involved in the amendment is of sufficient importance to justify him in putting the Court and the other party to the manifold inconveniences of a postponement …'

Blykens die aangehaalde *dicta* kan 'triable issue' verstaan word in die sin van:

(a) 'n geskilpunt wat, selfs al sou dit aan die hand van die getuienis wat die applikant in sy aansoek in die vooruitsig stel, bewys word, nie lewensvatbaar of relevant sou wees nie; of

(b) 'n geskilpunt wat op die waarskynlikhede nie deur die getuienis wat aldus in die vooruitsig gestel word, bewys sou wees nie.

In die onderhawige geval bevind die verhoorhof:

> 'In hierdie omstandighede was ek nie oortuig dat die nuwe verweer wat verweerder wou introduseer "something worthy of consideration" was nie of, andersom gestel, dat die geskilspunt wat tweede verweerder wou invoer, inderdaad een was waarvoor daar "supporting evidence" bestaan het nie.'

Hieruit wil dit voorkom of die verhoorhof 'n 'triable issue' in die tweede sin hierbo vermeld, in gedagte gehad het. Die vraag is of hy sy diskresie in dier voege korrek uitgeoefen het.

[35] Die verhoorregter het die vertraging met die bring van die aansoek in die lig daarvan betrag dat die beoogde wysiging 'n ingrypende nuwe verweer sou invoer (dat daar nie aan die etiketvoorwaardes voldoen is nie) sonder dat Ciba bereid was om te onthul watter getuienis 'n sleutelgetuie (Langenhoven) in die verband sou lewer. Hierdie faktore het hy opgeweeg teen die benadeling wat die vertraging vir Lushof Plase en Van Staden sou beteken.

[36] Die eerste aangeleentheid wat 'n aansoeker moet bewys, is dat hy nie met die aansoek getalm het nadat hy van die bewysmateriaal waarop hy wil steun, bewus geword het nie. *In casu* word aangevoer dat dit eers laat in die verhoor met die kruisondervraging van Van Staden bekend geword het dat slegs die sogenaamde 'bankies' en nie die hele oppervlakte van elke hektaar bespuit is nie. Hierdie argument kan nie slaag nie. Die 'bankies' is 'n strook weerskante van 'n ry peerbome, waar die meeste van die bome se wortels voorkom. Dit is die gebied wat die boer onkruidvry wil hê. In die middel tussen elke ry bome bly daar 'n strook oor wat nie met onkruiddoder behandel word nie.

[37] In sy nadere besonderhede op verhoor beweer Lushof Plase dat die demonstrasie-toets wat in November 1993 op Lushof uitgevoer is (en op grond waarvan De Clercq oorreed is om Folar op die boorde te gebruik)

gedoen is op ‘die gewone onkruidstand op die bankies in die peerboorde’ nadat Lushof Plase geadviseer is ‘om die bankies weerskante van die rye ooreenkomstig gewone praktyk te spuit’. Daar is nie deur Ciba aangevoer dat die demonstrasie nie op hierdie wyse gedoen is of dat dit nie die korrekte manier van doen was nie.

[38] Die boorde is op presies dieselfde manier bespuit. Ciba se plaaslike deskundiges moes die opsigtelik onbespuite groen stroke tydens hulle ter plaatse ondersoeke gesien het. Dit het hulle klaarblyklik nie as vreemd opgeval nie. Die waarskynlikste afleiding hieruit is dat dit die beproefde manier is waarop vrugteboorde teen onkruid bespuit word en dat dit die rede was dat die betreklik eenvoudige berekening waarmee die Switserse deskundiges later vorendag gekom het (die indeel van die bespuite oppervlakte in die aantal liters gebruikte Folar) nie deur die plaaslike

verteenwoordigers gedoen is nie.

[39] Die mees voor die hand liggende oorsaak van fitotoksisiteit in gewasplante is sekerlik onnoukeurige toediening van 'n onkruiddoder. Mens weet dat Ciba so onthuts was deur wat in die Lushofboorde waargeneem is dat sy ondersoekers, op een na, geweier het om te aanvaar dat wat hulle sien fitotoksisiteitsimptome kon wees. Hulle sou nie so seker van hulle saak kon wees tensy hulle allereers die kwessie van oordosering as 'n moontlike oorsaak van fitotoksisiteit uitgeskakel het nie. Daar is dan ook nie tydens die wysigingsaansoek aan die hand gedoen dat die kwessie van juiste dosering nooit deur Ciba se kundiges oorweeg is nie.

[40] Dit is nie asof bewysmiddele ontbreek het nie. Langenhoven was op daardie stadium deel van Ciba se geledere. Sy getuienis was vir Ciba beskikbaar. Hy het destyds beheer oor die bespuiting uitgeoefen. Van almal

sou hy by uitstek bewus gewees het van hoeveel van die middel doseer is. As hy enigsins huiwerig was oor die kwessie van oordosering sou die geskilpunt stellig reeds op daardie stadium geopper gewees het.

[41] Na die erkenning op die twaalfde dag van die verhoor dat die bome wel vergiftig is, sou mens aanvaar dat die moontlikheid van oordosering as oorsaak van die fitotosisiteit weer ernstige aandag sou geniet het. Daar was immers niks anders meer wat Ciba as verontskuldiging van die simptome kon aanvoer nie.

[42] Op die stadium toe die nuwe verweer geopper is, was die sake van beide Lushof Plase en Van Staden reeds gesluit. Albei sou hul sake moes heropen en getuies sou teruggeroep moes word om die nuwe bewerings die hoof te bied. Hoe groter die ontwrigting wat deur 'n wysiging veroorsaak word, hoe groter word die vergunning wat aangevra word, en, daarmee gepaardgaande,

die las wat op 'n applikant rus om 'n hof te oorreed om hom tegemoet te kom.

[43] Alhoewel dit dikwels nie in die geval van 'n vroeëre en minder ontwrigtende aansoek aangewese is om van 'n applikant te vereis om aan te dui hoe hy voornemens is om sy gewysigde saak voortaan te bewys nie, sou 'n applikant se vooruitsig om op die feite met 'n nuwe gedingsoorsaak te slaag, in 'n geval soos hierdie weldeeglik 'n element in die uitoefening van 'n hof se diskresie wees.

[44] In die onderhawige geval is daar, soos reeds gesê, nege-en-twintig dae na die aanvang van die verhoor 'n ingrypende wysiging aangevra sonder dat Ciba bereid was om te onthul wat sy getuie, Langenhoven, oor die onderwerp te sê sou hê. Dit het per slot van sake nie net oor die totale hoeveelheid Folar wat gespuit is, gegaan nie, maar ook oor die kalibrering van die spuitpomp en die snelheid waarmee die trekker waarop die pomp gemonteer is, deur die

boorde beweeg. Langenhoven het van al hierdie dinge eerstehandse kennis gedra. Ons meen nie dat dit 'n onbillike uitoefening van die verhoorregter se diskresie was om te vereis dat Ciba moes aandui wat die vooruitsig was dat die veelbesproke deelsom nie maar net 'n interessante berekening was nie.

[45] Die aansoekstukke toon voorts dat Lushof Plase en Van Staden ernstig deur die vertraging met die aanvra van die wysiging benadeel sou word. Volgens Lushof Plase was dit geen uitgemaakte saak dat al die Folar wat aangekoop is inderdaad uitgespuit is nie. Dit gebeur byvoorbeeld dat 'n nuwe werkspan 'n nuwe houer oopmaak terwyl daar nog gifstof in 'n reeds oopgemaakte houer oorbly. Die enigste getuienis oor hoeveel Folar kort na bespuiting daarvan in die gifstoor oorgebly het, was dié van een van Lushof Plase se deskundiges, Hartman. Aangesien dit tóé nie 'n geskilpunt was nie, het niemand dit nodig gevind om die akkuraatheid van sy waarneming of

herinnering te ondersoek nie en sy getuienis dat die middel korrek doseer is, is deur niemand betwyfel nie. Nadat die gifstoor op Lushof skoongemaak en ou en halfleë houers ingevolge 'n aansporingskema aan die Departement van Landbou vir gratis vernietiging oorhandig is, het fisiese aanduidings van hoeveel Folar moontlik ná toediening in houers in die stoor oorgebly het, finaal verlore gegaan.

[46] Na ons mening was die verhoorhof dus reg om die aansoek om wysiging te weier. En in die afwesigheid van enige ander aanvaarbare verklaring vir die bewese skade is die uiteinde van al die aangebode getuienis en die waarskynlikhede dat die Folar wel volgens die etiketvoorwaardes aangewend is en nogtans fitotoksisiteit in talle van die peerbome op die plase veroorsaak het. Teen dié agtergrond moet die onderskeie eisoorsake in oënskou geneem word.

<u>Lushof Plase se eis teen Van Staden</u>

[47] Van Staden was 'n handelaar wat onder die naam Aljoco Landbouprodukte onder meer landbougifstowwe aan die boeregemeenskap in die Ceres-omgewing verkoop het. Lushof Plase was een van sy gereelde klante. Deur die jare sedert 1988 het hy Lushof Plase van deskundige advies oor sodanige produkte bedien, eers as verkoopsman van Ciba en na 1993 in eie hoedanigheid. Gedurende die periode September-Oktober 1994 het hy altesaam 580 liter Folar aan Lushof Plase verkoop wat deur Lushof Plase, op twee boorde na, op al sy pere toegedien is.

[48] Blykens die gevolgtrekking in para [46] hierbo, het Folar in meerdere of mindere mate skade aan die peerbome, jonk en oud, op Lushof berokken. In navolging van Pothier, *Contrat de Vente*, para 214 (vgl Zimmermann*, The Law of Obligations* 334-6), word 'n handelaar wat na buite voorgee dat hy oor

deskundigheid ten aansien van die ware wat hy verkoop, beskik, by ons met die *actio empti* teenoor die koper aanspreeklik gehou indien laasgenoemde ten gevolge van verborge gebreke in die koopsaak gevolgskade ly (*Kroonstad Westelike Boere-Ko-operatiewe Vereniging Bpk v Botha and Another* 1964 (3) SA 561 (A); *Holmdene Brickworks (Pty) Ltd v Roberts Construction Company Ltd* 1977 (3) SA 670 (A) te 682H-683C; *Sentrachem Bpk v Wenhold* 1995 (4) SA 312 (A); *Sentrachem Ltd v Prinsloo* 1997 (2) SA 1 (A); *Langeberg Voedsel Bpk v Sarculum Boerdery Bpk* 1996 (2) SA 565 (A)). In *Holmdene Brickworks (Pty) Ltd v Roberts Construction Company Ltd, supra,* word 'n verborge gebrek op 683H omskryf as:

> ‘an abnormal quality or attribute which destroys or substantially impairs the utility or effectiveness of the *res vendita*, for the purpose for which it has been sold or for which it is commonly used’.

[49] Soos uit die vroeëre bespreking blyk, het Folar wat teen die

voorgeskrewe dosis in die Lushof-boorde op pere toegedien is, sodanig geloog dat die gif wat die haarwortels van die bome bereik het en wat aldus deur die bome opgeneem is, nie voldoende deur talle van die bome gemetaboliseer kon word nie. Ofskoon Folar as onkruiddoder doeltreffend is, het dit op Lushof die newewerking gehad dat dit van die bome se vermoë om vrugte te lewer, benadeel het; en sodoende voldoen dit aan die pas vermelde omskrywing van 'n verborge gebrek, te meer daar die gebruiksaanwysings geen melding maak van dié besondere risiko wat Folar juis vir peerbome inhou nie (vgl *Mordt NO v Union Government* 1939 TPD 103 te 105).

[50] Dat Van Staden voorts oor die soort deskundigheid beskik het wat in die *Kroonstad Westelike Boere-Ko-operatiewe Vereniging Bpk*-saak, *supra*, op 571H as vereiste vir aanspreeklikheid gestel word (‘where he publicly professes to have attributes of skill and expert knowledge in relation to the

kind of goods sold'), is voor die verhoorhof betwis maar in hierdie hof toegegee. Aan die voorvereistes vir aanspreeklikheid van 'n kundige handelaar-verkoper teenoor die koper van ware wat aan 'n verborge gebrek mank gaan, is daar dus wel voldoen.

[51] Voor hierdie hof is daar namens Van Staden betoog dat die tot nou toe aanvaarde aanspreeklikheid van die kundige handelaar, soos dit in ons reg onwikkel het, in heroorweging geneem moet word. Hierop is daar vir huidige doeleindes drie antwoorde. In die eerste plaas, vir sover die betoog gemik is teen die verhoorhof se bevinding dat Van Staden teenoor Lushof Plase aanspreeklik was, is die betoog buite orde aangesien Van Staden geen aansoek gerig het om verlof om teen die verhoorhof se bevinding in dier voege appèl aan te teken nie. In die tweede plaas is die algemene tema van die stemme wat teen die reël, soos dit in die *Kroonstad Westelike Boere-Ko-*

operatiewe Vereniging-saak geformuleer is, opgaan, nie soseer om die handelaar se posisie vis-à-vis die koper te verbeter nie, maar eerder om die koper se posisie teenoor die handelaar te verstewig (vgl McQuoid-Mason, *Consumer Law in South Africa*, 107-110). Dit help Van Staden nie. In die derde plaas sou dit weinig sin hê om in hierdie saak verder op die tema voort te borduur aangesien die vereistes vir Van Staden se aanspreeklikheid opsigtelik aanwesig was, sodat enige verdere opmerkinge oor die regsgrondslag van sy aanspreeklikheid in ieder geval bloot *obiter* sou wees.

[52] Dat die hof *a quo* dus reg was om Van Staden teenoor Lushof Plase aanspreeklik te stel, behoef geen verdere betoog nie.

<u>Van Staden se eis teen Ciba</u>

[53] Van Staden het dit nie goed gedink om LCV van wie hy die Folar aangekoop het as derde party te voeg nie. Instede daarvan het hy vir Ciba

gevoeg. Tussen hom en Ciba het daar egter geen direkte kontraktuele band bestaan nie. Nietemin het die ooreenkoms tussen LCV en Van Staden 'n klousule bevat wat soos volg gelui het:

> ‘WARRANTY:
>
> 10.1 The Manufacturer [Ciba] warrants title to all the Products sold hereunder and that all the Products sold hereunder shall conform to the Manufacturer’s specifications for such Products; subject to this warranty and except as otherwise expressly provided herein, the Manufacturer makes no representations or gives no warranties of any kind, express or implied, as to merchantability, fitness for particular purpose, or any other matter with respect to the Products, whether used alone or in combination with other substances.
>
> 10.2 No warranty in respect of the Products shall be binding on the Manufacturer and/or LCV unless the warranty is reduced to writing by the Manufacturer and/or LCV.’

[54] Die eerste deel van klousule 10.1 bevat 'n waarborg wat deur Ciba verstrek word; die tweede deel 'n inkorting van aanspreeklikheid waarvoor Ciba andersins sou moes instaan. Op die oog af onderneem Ciba dus aan die

een kant 'n verpligting en ontvang hy aan die ander kant 'n voordeel in 'n kontrak waartoe hy self nie 'n party was nie. Die ooreenkoms waartoe Ciba wel 'n party was, naamlik dié tussen hom en LCV, het 'n feitlik gelykluidende klousule (ook genommer 10.1) bevat. Tussen Ciba en Van Staden was dit voor die verhoorhof gemeensaak - en so is dit ook deur die verhoorhof aanvaar - dat die klousule in die ooreenkoms tussen LCV en Van Staden op 'n beding ten behoewe van Ciba neerkom wat Ciba wel aanvaar het. Dit is stellig so, ten minste wat die tweede deel daarvan betref. Op presies dieselfde grondslag moet die eerste deel van die klousule in die ooreenkoms tussen LCV en Ciba (die waarborg) dus ook op 'n beding ten behoewe van Van Staden neerkom, te meer daar Van Staden, blykens klousule 2.2 van die ooreenkoms wat in para [6] hierbo aangehaal is, met Ciba se voorafgaande goedkeuring as sub-verspreider aangestel was. Die voordeel wat aldus vir

Van Staden in Ciba se ooreenkoms met LCV beding is, het Van Staden aanvaar toe hy, teen die agtergrond van 'n dergelike bepaling, sy ooreenkoms met LCV aangegaan het. Teenoor Ciba kan Van Staden hom dus op die klousule beroep. Die twis tussen Ciba en Van Staden het nie oor die bestaan van so 'n verbintenis tussen Ciba en Van Staden gegaan nie, maar oor die vertolking daarvan.

[55] Volgens die betoog wat namens Ciba voorgedra is, staan Ciba slegs in vir die korrektheid van die 'specifications'; 'specifications' beteken die bestanddele of samestelling van Folar, te wete, glifosaat en terbutielasien in die aangewese verhouding; 'specifications' sluit volgens hierdie siening dus *nie* ander eienskappe, deugde of ondeugde van Folar in nie. Anders, so is betoog, sou die eerste deel van die klousule met die daaropvolgende frase ('the manufacturer makes no representations or gives no warranties of any

kind, express or implied, as to the merchantability, fitness for particular purpose or any other matter with respect to the product') bots; Ciba kan immers nie in een asem vir verborge gebreke in die middel sowel instaan as nié instaan nie.

[56] Volgens die betoog wat daarenteen namens Van Staden voorgedra is, kan daar nie aan 'specifications' so 'n beperkte betekenis geheg word nie. 'Specifications' sluit volgens dié betoog alle verborge gebreke in die produk in.

[57] Die woord 'specifications' kom ook in klousule 11 van albei ooreenkomste voor en as dit daar 'n bepaalde betekenis dra, kan aanvaar word dat dit in klousule 10.1 van elke ooreenkoms 'n dergelike betekenis het. Klousule 11.1 van die Van Staden-ooreenkoms lui, onder die algemene opskrif 'Product Liability and Insurance', soos volg:

> 'The Distributor [Van Staden] shall have no claim of whatsoever nature against the Manufacturer [Ciba] arising out of or in connection with any information or advice given by the Distributor, his employees or servants to a customer contrary to the specifications of the Products or the provisions of this agreement.'

In klousule 10.1 lui die uitdrukking 'specifications *for* such Products'; in klousule 11 is dit 'specifications *of* the Products'; maar dié verskil is onses insiens van geen belang nie. Die uitdrukking lui 'information or advice … *contrary* to the specifications' en nie '*as to* the specifications' nie. Word 'specifications of the Products' vertolk soos Ciba dit wil hê, maak klousule 11 eintlik weinig sin. Dit voorveronderstel dat Van Staden aan 'n klant 'n verkeerde voorstelling maak dat daar óf geen, óf meer, óf minder glifosaat of terbutielasien (na gelang van die geval) in Folar voorkom as wat op die etiket aangedui word. Mens kan jou voorstel dat die klant in so 'n geval 'n eis teen Van Staden kon hê, indien hy as gevolg daarvan skade ly, maar dit is haas

ondenkbaar dat Van Staden op sy beurt op enige grondslag dan 'n eis teen Ciba sou hê, sodat daar hoegenaamd geen nodigheid vir Ciba bestaan om sy eie aanspreeklikheid vir so 'n geval uit te sluit nie. Dit is moeilik in te sien waarom vir so 'n onwerklike eventualiteit spesiale voorsiening gemaak sou word. Indien aan 'specifications' die betekenis geheg word wat Ciba voorstaan, is sy waarborg in klousule 10.1 in werklikheid waardeloos en sy uitsluiting van aanspreeklikheid in klousule 11 eintlik sinneloos.

[58] Daarenteen sou beide klousules weldeeglik sin hê as 'specifications' vertolk word as 'voorstellings wat Ciba in sy amptelike dokumentasie ten opsigte van die aanwesigheid van deugde en die afwesigheid van ondeugde in die produk maak'. As 'specifications' hierdie wyer betekenis dra, beteken dit dat die tweede deel van klousule 10.1 vertolk moet word om te lees: '… the manufacturer makes no *other* representations or gives no *other* warranties of

any kind …' en dat 'fitness for a particular purpose' in klousule 10.1 op die 'fitness' van die middel as onkruiddoder slaan en nie op sy moontlike 'unfitness' in die sin van fitotoksisiteit nie.

[59] Volgens klousule 11 het Van Staden (of LCV) geen eis teen Ciba ten opsigte van inligting of advies wat gegee is '*contrary* to the specifications of the product'. By implikasie beteken dit dat as inligting of advies *ooreenkomstig* sodanige spesifikasies gegee is, Ciba se aanspreeklikheid, wat hy andersins sou opgedoen het, nie deur klousule 11 uitgesluit word nie; omgekeerd gestel, as Van Staden ooreenkomstig die spesifikasies enige inligting of advies verstrek, dat enige regres wat hy andersins teen Ciba mag hê nie deur klousule 11 uitgesluit word nie.

[60] Na ons mening dra 'specifications' nóg die enger betekenis (van die samestelling van die produk) wat Ciba daaraan probeer heg, nóg die breër

betekenis (van afwesigheid van enige verborge gebreke) wat Van Staden daaraan probeer heg. Die woord beteken na ons mening: ‘Ciba se positiewe voorstellings in sy amptelike dokumentasie oor die produk en sy eienskappe, insluitende sy samestelling’. Dit sluit dus nie 'n algemene afwesigheid van verborge gebreke in nie, behalwe vir sover dit deel uitmaak van die positiewe voorstellings. Saamgelees met die tweede deel van klousule 10.1 staan Ciba dus nie vir die verkoopbaarheid of die noodwendige doeltreffendheid van die middel as onkruiddoder in nie.

[61] Dié vertolking (dat ‘specifications’ nie slegs op die samestelling van die produk slaan nie maar op Ciba se eie voorstellings ten opsigte van die produk), sluit aan by die woorde in klousule 10.1 ‘and except as otherwise expressly provided herein’. ‘Herein’ slaan op die ooreenkoms. Twee klousules van die ooreenkoms is hier ter sprake, te wete, klousule 6.7 en 6.12.

Dié klousules lees onderskeidelik:

> 'Undertakings by the distributor
> The Distributor [Van Staden] undertakes:
> 6.7 not, in offering the Products for sale, to make any representations or offer or give any warranties in respect thereof other than those contained in any leaflets or other printed matter in relation to the Products which are issued from time to time by the Manufacturer or are authorised by the Manufacturer in writing;
> 6.12 to distribute the Products only for the purposes and uses stated on the labels of the Products; …'

[62] Die klousules plaas 'n verpligting op Van Staden om te let op die 'purposes and uses stated on the labels' en veroorloof hom om voorstellings en waarborge te verstrek ten opsigte van inligting en materiaal wat in 'any leaflets or other printed matter in relation to the products which are issued from time to time by the manufacturer' voorkom. Onder dié inligting en materiaal, so is namens Ciba toegegee, hoort die opleidingsmodule waarna in para [2] hierbo reeds verwys is. Daarin word die gewasveiligheid van Folar

vir onder meer pere beklemtoon. Onses insiens kan dit nie anders vertolk word as dat Ciba via klousule 10.1 vir die akkuraatheid van daardie inligting teenoor Van Staden instaan nie. Die gevolg is dat Van Staden, indien hy op grond van gewas-onveiligheid teenoor 'n klant, soos Lushof Plase, aanspreeklik gehou word, ingevolge die klousule 'n regres teen Ciba sou hê. Dit maak volkome sin. Die teendeel, naamlik dat Van Staden teenoor die klant aanspreeklik sou wees (indien dit sou blyk dat so 'n klant ten gevolge van verkeerde stellinge wat Ciba uitgereik het en wat Van Staden weer aan die klant oorgedra het, skade gely het), maar dat Ciba dan nie teenoor Van Staden aanspreeklik sal wees nie, is onhoudbaar. In die onderhawige geval is dit presies wat gebeur het. In Ciba se dokumentasie word die gewasveiligheid van die produk uitgespel. De Clercq het teenoor Van Staden bedenkinge uitgespreek vanweë sy vroeëre ervaring met simasien, maar Van Staden het

hom omgepraat, op grond van die inligting wat Ciba aan hom oorgedra het, dat Folar veilig is vir gebruik in Lushof se boorde. Dit grens aan oneerbaarheid van Ciba om sy skouers in so 'n geval in onskuld op te haal terwyl hy Van Staden vir die wolwe opoffer.

[63] Uit die bogaande volg dit dan dat Van Staden van Ciba kan verhaal enige bedrag, insluitende koste, wat hy op grond van die gewas-onveiligheid van Folar, en uit hoofde van die *actio empti*, aan Lushof Plase verskuldig mag wees. Waar hy dit op grond van die indemniteit kan doen, is dit onnodig om op die verdere vraag in te gaan of hy dit nie bowendien op grond van delik sou kon doen nie. 'n Gelyksoortige vraag kom juis in die volgende afdeling, dié keer ten opsigte van Lushof Plase, ter sprake.

<u>Lushof Plase se eis teen Ciba</u>

[64] Lushof Plase se eis teen Ciba is deliktueel van aard. Dit is gegrond op

Ciba se beweerde nalatigheid om 'n produk wat onder meer vir pere bestem was sonder afdoende voorafgaande proewe (juis op pere) te vervaardig en te versprei waar die aanwending daarvan op die aanbevole wyse op peerbome vir die verbruiker potensieël skadelik was. Vir sover Lushof Plase die middel nie direk by Ciba aangekoop het nie (en wat Ciba betref dus 'n derde is), kom sodanige beweerde aanspreeklikheid neer op wat soms as ‘product liability’ bekend staan.

[65] Ciba se antwoord op dié eisoorsaak is tweërlei. Eerstens is gesê dat die verhoorhof nêrens bevind het wat Ciba se ‘duty of care’ teenoor Lushof Plase kwansuis sou wees nie en tweedens het Lushof Plase nie bewys dat Ciba in enige opsig nalatig was nie.

[66] Wat die ‘duty of care’ betref, so is betoog, kon dit slegs op ooreenkoms berus; en aangesien Ciba geen ooreenkoms met Lushof Plase gehad het nie,

was daar dus geen onregmatigheid nie. Dié betoog is mis. Ciba se aanspreeklikheid het weliswaar sy historiese ontstaan in 'n ooreenkoms tussen Ciba en LCV gehad maar aanspreeklikheid wat uit die vervaardiging en verskaffing van 'n produk voortspruit wat vanweë die een of ander tekortkoming fisiese skade berokken, strek via die ander kontraksparty na enige derde uit wat dit op die voorgeskrewe wyse aanwend en as gevolg daarvan skade ly (vgl *Cooper and Nephews v Visser* 1920 AD 111 te 114; *Tsimatakopoulos v Hemingway, Isaacs and Coetzee CC and Another* 1993 (4) SA 428 (C) te 433A-E; 435H-I; Neethling, Potgieter & Visser, *The Law of Delict* (3de uitg) 321 en volgende). Dat so 'n vervaardiger volgens die regsoortuiging van die gemeenskap verkeerd en dus onregmatig optree indien hy 'n produk kommersieël beskikbaar stel wat in die loop van sy bestemde gebruik en as gevolg van 'n gebrek vir 'n verbruiker daarvan skade

veroorsaak, volg eintlik vanself (vgl De Jager, *Vervaardigingsaanspreeklikheid*, 629-632). Reeds in 1954 verklaar Van den Heever AR in *Herschel v Mrupe* 1954 (3) SA 464 (A) te 486F-487A:

> 'By omitting what seems to me surplusage, the principle can be stated by adapting LORD ATKIN'S own words [in *Donoghue v Stevenson* 1932 AC 562 at 580]:
>
> "A manufacturer of products, which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form in which they left him with no reasonable possibility of intermediate examination, and with the knowledge that the absence of reasonable care in the preparation or putting up of the products will result in an injury to the consumer's life or property is answerable to a consumer who has suffered injury or loss as a result of negligence in such preparation or putting up."
>
> By putting into circulation potentially harmful things in that manner the manufacturer is not merely exercising a legal right but is encroaching upon the rights of others not to be exposed, when going about their lawful occasions and when accepting the implied general invitation to acquire and use such commodities, to danger without warning and without their having a reasonable opportunity to become aware of such danger before use. In other words, it is an encroachment upon the rights of others to set hidden snares for them in the exercise of their own rights. To refrain from doing so is a duty owing to the world at

large and in no sense owing to certain persons in advance and in particular.'

[67] In so 'n geval waar skade aan 'n persoon of sy saak ter sprake is en dit in wese om die dader se nalatigheid gaan, is dit nie gebruiklik om in die pleitstukke formeel na onregmatigheid te verwys nie; onregmatigheid kom meer pertinent in gedrang waar dit om 'n late of om suiwer ekonomiese skade of om 'n regverdigingsgrond gaan wat deur die teenparty geopper word. Aldus is in verband met 'n late in *Cape Town Municipality v Bakkerud* 2000 (3) SA 1049 (SCA) te 1054H gesê:

> 'But the existence of *culpa* only becomes relevant sequentially after the situation has been identified as one in which the law of delict requires action',

waarop die voetnoot volg:

> 'It would of course be permissible, in an appropriate case, where it seems clear that, on any view of the scope of such legal duty to act as could conceivably be imposed in the first phase, the defendant has not

> behaved in a blameworthy fashion according to the traditional test for *culpa*, to omit the first phase, to assume against the defendant that he was not free in law to refrain from any action, but to acquit him of liability because of the absence of any *culpa*.'

Dieselfde oorweginge geld ook hier. Die verweer dat onregmatigheid nie beweer of bewys is nie, kan dus nie opgaan nie.

[68] Wat nalatigheid betref, het Lushof Plase nie betoog dat Ciba sonder meer en sonder skuld aanspreeklik gehou behoort te word nie. Lushof Plase se benadering was dat Ciba se aanspreeklikheid in wese *aquilies* is en bewys van nalatigheid verg. Dit is in ooreenstemming met ons tans geldende positiewe reg (vgl *Lennon Ltd v British South Africa Company* 1914 AD 1; *A Gibb & Son (Pty) Ltd v Taylor & Mitchell Timber Supply Co (Pty) Ltd* 1975 (2) SA 457 (W); Neethling, Potgieter en Visser, *supra*, 322; De Jager, supra, 581-597; McQuoid-Mason*, supra,* 95). Of, en onder presies watter skakeringe van omstandighede, daar om regspolitiese redes 'n behoefte tot 'n

radikale frontverandering ten gunste van strikte aanspreeklikheid van die vervaardiger bestaan, is in hierdie saak nie ondersoek nie en kom dus streng gesproke nie ter sprake nie (vgl McQuoid-Mason, *supra*, 108-110).

[69] Lushof Plase se eisoorsaak is op nalatigheid geskoei. Die kern aantyging in sy pleitstuk is dat Ciba versuim het 'om die graad van risiko wat die middel Folar vir peerbome ingehou het' en die 'sensitiwiteit van peerbome vir die middel van Folar' voor die kommersiële vrystelling daarvan op 'n voldoende wyse proefondervindelik te toets.

[70] Hiervan sê die verhoorhof:

> '[52] 'n Afleiding wat myns insiens met vertroue gemaak kan word is dat toe die voorstelling op die Folar etiket gemaak is dat die middel met veiligheid in peerbome aangewend kan word, Ciba se amptenare wat vir die voorstelling verantwoordelik was, sekere dinge nie geweet het nie. Eerstens het hulle klaarblyklik nie geweet dat peerbome se wortelstelsels dikwels vlakker as die van ander kernvrugte soos appels voorkom nie. Nog minder het hulle geweet presies hóé vlak peerbome se wortels aangetref kan word. Voorts het hulle nie geglo dat

terbutielasien so diep sal loog soos wat op Lushof gebeur het nie. Die vraag is of hulle hierdie dinge deur redelike sorg kon geweet het.'

[71] Oor dié vraag in al sy besonderhede en aspekte is daar deur albei kante 'n magdom deskundige getuienis aangebied. Die verhoorhof vat Lushof Plase se deskundige getuies se besware soos volg saam:

'a. Nie een van die proewe is in die Warm Bokkeveld wat die grootste peerproduserende area is - en waar Lushof geleë is - gedoen nie.

b. Die evaluasies is nie lank genoeg gedoen nie. Evaluasie moet oor 'n langer tydperk en in verskillende areas gedoen word om toe te laat vir faktore soos klimaat, grondvariasies en ander faktore om te manifesteer. Indien toetse slegs in drie lokaliteite gedoen is gedurende die bestek van 'n enkele maand is die risiko dat verkeerde afleidings uit resultate gemaak kan word, onaanvaarbaar groot.

c. Daar word geen aanduiding gegee van hoe diep die wortelstelsels is van die peerbome wat getoets was nie. Die ligte grond waarin die proewe gedoen is regverdig die afleiding dat wortels dieper was as wat byvoorbeeld op Lushof en baie ander plase in die Warm Bokkeveld die geval is.

d. Die proewe is almal op dieselfde kultivar gedoen. Daar is 'n groot risiko daaraan verbonde om registrasie van 'n onkruiddoder

op beperkte inligting van drie toetse ten opsigte van een kultivar in een seisoen te baseer - indien beoog word om 'n produk op verskillende kultivars aan te wend behoort die toetse op die verteenwoordigende kultivars gedoen te word.

e. Daar is nie, soos vereis, proewe gedoen op bome van tussen 3 en 8 jaar nie. Soos gesê was die bome by twee van die toetse 2 jaar oud en by die derde toets 12 jaar. By twee van die proewe is die evaluering van effek op produksie gevolglik onmoontlik gemaak. By die 12-jarige bome, waar produksie wel getoets kon word, is geen oesmetings gedoen nie.'

[72] Ciba se antwoord, by monde van veral Hugo, dr Lourens en dr Van Biljon, is eerstens dat die nie-nakoming van die voorgeskrewe riglyne vir registrasie van die produk in Suid-Afrika opsigself geen aanduiding van nalatigheid is nie. Dit is so. Insgelyks is die goedkeuring van die produk vir registrasie natuurlik geen waarborg dat daar geen nalatigheid was nie. Dat Folar ook in Chili, Frankryk, die destydse Tsjeggo-Slowakye, Hongarye en Spanje op pere geregistreer is, is dus nie deurslaggewend nie. Dit hou nie met verskille in grond- en klimaattoestande rekening nie. Voorts is gesê dat Ciba

jarelange ervaring met simasien het, dat terbutielasien minder loog as simasien en dat terbutielasien dus veilig geag kan word. (Dit was juis vir simasien wat de Clercq so skrikkerig was.) Die eintlike vraag is of terbutielasien soveel minder as simasien loog dat dit die peerbome óf glad nie óf nie in beduidende hoeveelhede bereik nie of, as dit tog die geval is, die boom dit sonder blywende nadeel kan metaboliseer.

[73] Wat die deskundige getuies oor die algemeen betref, spreek die verhoorhof 'n voorkeur ten gunste van Lushof Plase se deskundiges bo dié van Ciba uit:

> 'Omdat Hugo en Van Biljon vir Ciba werk terwyl Lourens vir die registrasie van Folar op pere verantwoordelik was, was elkeen van hulle in 'n mindere of meerdere mate op die verdediging. Veral Hugo moet ongelukkig vir negatiewe kritiek uitgesonder word. Sy halsstarrigheid om 'n fout te aanvaar het in 'n groot mate die duur van die verhoor verleng.'

[74] Teen dié bevinding spreek Ciba op sy beurt kritiek uit. Volgens Ciba

berus die verhoorhof se gevolgtrekking op 'n bevinding van geloofwaardigheid eerder as deskundigheid. Dit is so dat die verhoorhof teenoor veral Hugo en Strydom wat namens Ciba getuig het, krities gestaan het, maar sodanige kritiek was na ons mening gegrond. Die opmerking dat Lushof Plase se deskundiges meer onafhanklik en meer objektief as Ciba s'n was, was geregverdig. Die verhoorhof verstrek boonop 'n aantal redes waarom hy origens aan Lushof Plase se deskundiges voorkeur verleen. Dit is nie nodig om op al die besonderhede daarvan in te gaan nie. Kortom kan daar na ons mening nie gesê word dat die verhoorhof se oordeel in dié opsig so kennelik verkeerd was dat sy gevolgtrekking daaroor verwerp moet word nie.

[75] Feit is dat Lushof Plase, om die redes wat reeds genoem is, aan sy peerbome skade gely het. Die oorsaak daarvan was op die waarskynlikhede die toediening van Folar as onkruidbestryder. Dat Folar 'n goeie

onkruiddoder is en dat dit ten opsigte van ander gewasse as pere waarvoor dit geregistreer is nie skadelik is nie, kan geredelik aanvaar word. Die probleem is dat peerbome oor sekere eienskappe beskik waarmee Ciba op die oog af nie voldoende rekening gehou het nie. Soos uit para [18] hierbo blyk, as al die faktore wat absorbsie deur die wortels bepaal en al die faktore wat die boom se vermoë om die opgeneemde hoeveelheid te verwerk, in ag geneem word, is daar, wat pere betref, 'n oneindige aantal risiko-profiele. Vir die vervaardiger van 'n potensieel skadelike middel is dit nodig om voldoende veldtoetse te doen om al die verskillende permutasies behoorlik te kan evalueer.

[76] In die besonder wil dit voorkom of Ciba nie rekening gehou het met die verhoogde stresvatbaarheid van peerbome in die 40-50 dae na die volblomstadium nie. Van die drie fitotoksisiteitsproewe wat vóór bekendstelling van die produk in die 1992/93 seisoen gedoen is, was slegs een

op volwasse bome. Die datum van die bespuiting was 27 Augustus 1992. Dit is nie bekend of dit binne die kritieke tydperk was nie, maar geen oesmeting is in elk geval geneem nie. Dit wil voorkom of die probleme met vrugset wat by peerbome voorkom geen aandag geniet het nie. Dit is juis hierdie - bekende - kenmerk wat volgens die eenstemmige getuienis van die deskundiges die oesverlies kon veroorsaak het.

[77] Die tekens was daar dat iets met die peerbome en die verwagte oes geskeel het. De Clerq was oorbluf toe Langenhoven gedurende Januarie 1995 na aanleiding van die vruggies aan die bome sy oesskatting vir die seisoen aan hom voorgelê het. Hy was trouens so verbaas dat hy Langenhoven opdrag gegee het om die skatting opwaarts aan te pas. Van Staden, Theron, Marais en ander deskundiges is laat kom, almal op soek na 'n rede vir die unieke swak vertoning. De Clerq het vroeg reeds vermoed dat sy ou vrese oor die

onkruiddoder bewaarheid is en dat die fout by die Folar gelê het. Ciba se deskundiges het dit ontken maar kon, op die ou end, geen ander houdbare verklaring verstrek nie. Soos reeds gesê, was die simptome tekenend van skade en was die skade, by wyse van eliminasie van enige ander realistiese verduideliking, op die waarskynlikhede aan die toediening van Folar te wyte. Daardie feit, en Ciba se gevolglike versuim om die risiko wat Folar vir pere inhou spesifiek op die gebruiksaanwysings van Folar uiteen te sit (vgl *Lennon Ltd v British South Africa Company, supra*; *Mordt NO v Union Government* 1939 TPD 103 te 105), was *prima facie* aanduidend dat daar êrens aan Ciba se kant nalatigheid was. Waar Lushof Plase dit bewys het, het dit by Ciba berus (vgl *Union Government (Minister of Railways) v Sykes* 1913 AD 156 te 173-174; *Venter and Others v Credit Guarantee Insurance Corporation of Africa Ltd and Another* 1996 (3) SA 966 (A) te 977H-I; McQuoid-Mason, supra, 96;

Schmidt en Rademeyer, *Bewysreg,* 4de uitg, 103) om aan te toon dat hy met al die risiko-profiele waarna in para [75] verwys is, rekening gehou het; en in die besonder dat hy al die proefnemings ten opsigte van plasingselektiwiteit gedoen het wat redelikerwys van 'n vervaardiger in sy posisie verwag kan word; en dat proefnemings bewys het dat peerbome enige Folar wat teen die voorgeskrewe dosis toegedien is en wat deur die boom opgeneem word, by wyse van metabolisering sou kon neutraliseer. Nóg die een nóg die ander aspek is na ons mening na behore deur Ciba nagevors en beoordeel. Die toetse oor plasingselektiwiteit ten opsigte van pere was, soos die verhoorhof tereg bevind het, ontoereikend; en geen getuienis is voorgedra oor peerbome se vermoë om die hoeveelhede Folar wat ooreenkomstig die voorgeskrewe dosis gespuit word en wat sy wortelstelsel bereik, te kan metaboliseer nie.

Internasionale toetse

[78] Op 'n gevorderde stadium van die verrigtinge, nadat Lushof Plase reeds sy saak gesluit het en tydens die getuienis van een van Ciba se oorsese getuies, dr Gerber, het Ciba gepoog om nuwe getuienis voor te lê oor proefnemings wat elders in die wêreld met Folar ten opsigte van die fitotoksisiteit van die middel, ook ten opsigte van pere, uitgevoer is. Van sodanige internasionale toetse is egter nooit vooraf deur Ciba ooreenkomstig die Hofreëls kennis gegee en geen dokumentasie is daaroor blootgelê nie. In die lig van dié oorweging het die verhoorhof verlang dat Ciba 'n formele aansoek rig waarin hy verduidelik waarom hierdie getuienis relevant is en waarom daar nie eerder en behoorlik daarvan kennis gegee is nie. So 'n aansoek is nooit deur Ciba van stapel gestuur nie. Daarna, na aanleiding van antwoorde wat dr Gerber onder kruisverhoor verstrek het, is weereens gepoog

om op die feit (indien nie die inhoud) van sodanige internasionale toetse te steun. Die antwoorde wat dr Gerber aldus onder kruisverhoor verstrek het, was natuurlik ter sake maar kon, in die afwesigheid van verdere getuienis van wat, waar en hoe daar getoets is, weinig tot die oplossing van die probleem onder bespreking bydra. Ciba se poging om via dié getuie sodanige verdere getuienis oor die inhoud en strekking van die beweerde internasionale proewe te lei, is deur die verhoorhof gefnuik. Getuienis van dié aard, so is beslis, kon nie op hierdie wyse ingesmokkel word nie. Die kritiek wat Ciba op appèl teen die verhoorhof se weiering van die toelating van sodanige verdere getuienis geopper het, is na ons mening misplaas. Daar kan nie gesê word dat die verhoorhof sy diskresie in dié opsig verkeerdelik uitgeoefen het nie. Op dié grond is inmenging op appèl dus ook nie geregverdig nie.

[79] Alles in ag genome, is ons van mening dat Lushof Plase daarin geslaag

het om nalatigheid, soos beweer, aan die kant van Ciba te bewys. Ook op hierdie grondslag is Ciba dus vir die probleme wat Lushof Plase met die toediening van Folar op sy peerboorde ondervind het, aanspreeklik.

<u>Gevolgtrekking</u>

[80] Die resultaat is dat sowel Van Staden as Ciba teenoor Lushof Plase aanspreeklik is, die een kontraktueel (maar vgl *Holmdene Brickworks (Pty) Ltd v Roberts Construction Company Ltd, supra,* te 686F-687B), die ander deliktueel. Dat hul aanspreeklikheid as sodanig gesamentlik en afsonderlik is, is deur geeneen van die partye betwis nie. Sou Ciba suksesvol op grond van die deliksaksie deur Lushof Plase uitgewin word, beteken dit dat Van Staden nie verder op grond van sy gemeenregtelike aanspreeklikheid as handelaar-verkoper teenoor Lushof Plase aanspreeklik gehou kan word nie. In so 'n geval sou Van Staden dan bloot ten opsigte van sy kostes teen Ciba kan ageer.

[81] Die appèl moet gevolglik misluk. Wat oorbly, is die vraag of 'n spesiale kostebevel gemaak moet word.

Spesiale kostebevel

[82] Die oorkonde het 5 726 bladsye beslaan wat oor 66 volumes gestrek het. Volumes 13 tot 41 het getuienis behels en volumes 42 tot 65 dokumentasie. Die Hofreëls van die Hoogste Hof van Appèl plaas 'n verpligting op die regsverteenwoordigers van die partye om vooraf self krities na die oorkonde te kyk. Onnodige dokumentasie moet uit die oorkonde geweer word. So byvoorbeeld bepaal Appèlhofreël 8(7)(a):

> '(a) 'n Kernbundel dokumente moet voorberei word indien dit vir die appèl gepas sal wees.
>
> (b) Die kernbundel moet bestaan uit die wesenlike dokumente van die saak in 'n geskikte, verkieslik chronologiese, volgorde.
>
> (c) Dokumente in die kernbundel vervat, moet uit die oorkonde weggelaat word, maar die oorkonde moet aandui waar elke sodanige dokument in die kernbundel gekry kan word.'

In die onderhawige geval is geen kernbundel voorberei nie. Die hof self moes kort voor die verhoor van die appèl aan die partye vra om by ooreenkoms 'n kernbundel saam te stel. Dit het 5 addisionele volumes en 291 bladsye beslaan. Na bitter min van hierdie dokumentasie is uiteindelik tydens betoog deur enigiemand verwys. Die uiteinde was dat daar 'n aansienlike duplikasie van dokumente was wat voor die hof geplaas is. Appèlhofreël 8(9) bepaal voorts:

> '9(a) Wanneer die beslissing van 'n appèl waarskynlik uitsluitlik op 'n deel van die oorkonde in die hof *a quo* berus, moet die appellant, binne 10 dae na aantekening van die appèl, die respondent se toestemming versoek om die onnodige dele uit die oorkonde weg te laat en by versuim om dit te doen, moet die respondent binne 10 dae daarna, 'n soortgelyke versoek tot die appellant rig.
>
> (b) Die respondent of die appellant, na gelang van die geval, moet binne 10 dae daartoe toestem of redes verskaf waarom nie tot die versoek toegestem is nie.
>
> (c) Die versoek en die antwoord maak deel van die oorkonde uit.
>
> (d) Die hof kan 'n spesiale bevel insake koste maak indien geen versoek gerig is nie of indien enige van die partye onredelik in dié

verband was.

(e) Indien die partye ooreenkom om die oorkonde te beperk, word slegs die dele van die oorkonde van die verrigtinge in die hof *a quo* waarop ooreengekom is, vervat in die oorkonde wat by die griffier ingedien word: Met dien verstande dat die hof die volledige oorkonde kan versoek en volledige beredenering van die hele saak kan beveel.'

Van die stappe wat in hierdie reël geverg word, het daar in hierdie saak niks gekom nie. Die gevolg is dat 'n massa dokumentasie deel van die oorkonde uitgemaak het wat vir die partye aansienlike addisionele koste meegebring het en wat, les bes, by 'n verstandige beoordeling van die saak net sowel weggelaat kon gewees het.

[83] Daar was ook ander praktiese probleme met die oorkonde. Die kruisverwysings in die inhoudsopgawe het veel te wense oorgelaat en was by die voorbereiding van die appèl, veral 'n appèl van hierdie omvang, grotendeels onbruikbaar. Appèlhofreël 8(6)(d)(ii) bepaal:

'Alle verwysings in die oorkonde na bladsynommers van bewysstukke

> moet verander word om die bladsynommers van sodanige bewysstukke in die appèloorkonde te reflekteer."

Hieraan is ook nie voldoen nie.

[84] Hierdie hof het praktisyns reeds by herhaalde geleenthede, veral gedurende die onlangse tyd, gewaarsku dat hy op 'n strikte nakoming van die reëls aandring, by ontstentenis waarvan spesiale kostebevele teen hulle gemaak kan word (vgl *Southern Cape Car Rentals CC t/a Budget Rent a Car v Braun* 1998 (4) SA 1192 (SCA) te 1195F-1196C; *Minister of Health and Another v Maliszewski and Others* 2000 (3) SA 1062 (SCA) te 1074B-1075H; *Plaaslike Oorgangsraad, Bronkhorstspruit v Senekal* 2001 (3) SA 9 (SCA) te 26G-27F). Die onderhawige saak bied 'n treffende voorbeeld van 'n vergryp aan die kant van regspraktisyns wat 'n spesiale kostebevel van dié aard regverdig. Die hele kwessie is gedurende betoog gedebatteer en geen gegronde redes is deur die appellant geopper waarom 'n spesiale bevel in dier

voege nie gemaak moet word nie. Na ons mening is dit 'n geval waar die prokureurs van die appellant, opdraggewend en plaaslik, een derde van die gelde waarop hulle andersins vir die nagaan van stukke geregtig sou wees, moet verbeur.

Bevel

Die volgende bevel word gemaak:

1. Die appèl word van die hand gewys met koste.

2. Die prokureurs wat vir die appellant opgetree het, is nie geregtig om een derde van die koste waarop hulle andersins vir die nagaan van die oorkonde op appèl geregtig sou wees, van hul klient te verhaal nie.

…..……………….
NIENABER AR

……………………….
CONRADIE Wnd AR

Stem saam:

Harms AR
Schutz AR
Mpati AR