Bib
62/97

DIE HOOGSTE HOF VAN APPèL VAN SUID-AFRIKA

Saak No 650/93

In die saak tussen:

EERSTE NASIONALE BANK VAN SUIDELIKE AFRIKA BEPERK — APPELLANT

en

ELISABETH ANNA SAAYMAN NO — RESPONDENT

VOOR: HEFER, VIVIER, OLIVIER, ZULMAN ARR en STREICHER Wnd AR

DATUM VERHOOR: 5 en 6 MEI 1997

DATUM GELEWER: 30 MEI 1997

UITSPRAAK

STREICHER, Wnd AR:

Hierdie is 'n appèl teen 'n beslissing van Conradie R in

die Kaapse Provinsiale Afdeling ingevolge waarvan hy die appellant beveel het om sekere aandelesertifikate aan die respondente (die eiseres in die hof *a quo*) te oorhandig en ingevolge waarvan hy 'n teenvordering van die appellant ("ENB") van die hand gewys het.

Die respondente tree op in haar hoedanigheid as die kurator bonis van haar moeder, mev Malherbe. ENB se teeneis en verweer teen die respondente se vordering was gebaseer op 'n borgakte en 'n sessie wat deur mev Malherbe onderteken is op 2 Mei 1989. Die hof *a quo* het bevind dat op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys is dat mev Malherbe geestesongesteld was toe sy die borgkontrak en sessie onderteken het en dat sy so min insig in die impak wat dit moontlik op haar eiendom kon hê, gehad het, dat sy in alle billikheid nie aan die kontrak gebonde gehou behoort te word nie.

Mev Malherbe is gebore in 1904. Haar vader was 'n kleremaker wat na Suid-Afrika geïmmigreer het. Na haar skoolopleiding in Suid-Afrika het sy tegniese opleiding as 'n kleremaakster in Duitsland ondergaan. Sy is later getroud. Twee kinders, die respondente en 'n seun, Willem, is uit die huwelik gebore. Nadat sy getroud is, het sy, afgesien van die vervulling van haar huishoudelike pligte, nie gewerk nie. Haar eggenoot het al die finansiële sake van die gesin hanteer tot ongeveer twee jaar voordat hy in 1967 oorlede is. Op daardie stadium het hy so agteruitgegaan dat mev Malherbe tekenmagte op sy bankrekening moes verkry. Die gesin het 'n huis, genaamd Immergroen, te Stellenbosch bewoon en tydens die verhoor het mev Malherbe steeds in die huis gewoon. Haar eggenoot was vir 40 jaar lank 'n professor in landbou aan die Universiteit van Stellenbosch. Hy het as 'n stokperdjie sy spaargeld

in aandele belê. Die pensioengeld wat hom toegekom het, het hy in een som geneem en dit ook in aandele belê. By sy afsterwe het hy 'n aansienlike aandeleportefeulje, bestaande uit aandele genoteer op die Johannesburgse effektebeurs, asook die eiendom Immergroen, aan mev Malherbe nagelaat. Na haar vader se dood het mev Malherbe ook sy huis in Tamboerskloof, Kaapstad geërf. Sy was gevolglik 'n besonder welgestelde weduwee. Die inkomste waarvan sy geleef het, het bestaan uit die dividende op die aandele wat sy geërf het en huurinkomste ten opsigte van die huis in Kaapstad.

Die respondente het 'n M.A. graad in sielkunde verwerf. Willem is volgens die respondente besonder kunstig. Hy het die foto's geneem en die illustrasies gedoen vir verskeie boeke, onder andere, 'n boek getiteld "The Cape House Interior" wat in 1985 gepubliseer

is.

Kort na die dood van haar eggenoot was mev Malherbe nog redelik fiks. Sy het elke dag dorp toe gestap om haar inkopies te gaan doen. Sy was lief gewees om aan uitstappies deel te neem. Sy het baie daarvan gehou om sosiaal te verkeer en het aan verskillende verenigings behoort. Vanaf 1972 het sy progressief meer hardhorend geraak. In 1975 het sy 'n terugslag beleef en was sy vir veertien dae bedlêend. Sy was duiselig, het gevoel of haar kop draai, kon omtrent nie eet nie en was naar. Méniére sindroom is gediagnoseer.

Die respondente het getuig dat sy haar moeder vanaf die dood van haar vader feitlik op 'n daaglikse basis gesien het. Volgens haar het mev Malherbe na die voormelde terugslag baie agteruitgegaan. Sy het in die verlede begin leef en oor en oor dieselfde stories oor die ou dae vertel. Sy was egter steeds in staat

om 'n gesprek te voer oor aangeleenthede wat binne haar belangstellingsveld geval het.

Vanaf 1980 het mev Malherbe gereeld teenoor die respondente gekla dat sy verskriklik sleg voel. Sy het gekla dat haar kop draai, dat sy 'n geklop in haar kop voel en 'n gesuis in haar ore het. Sy kon dan op niks konsentreer nie en kon maar net lê. Met verloop van tyd het die aanvalle vererger. Soms het mev Malherbe geval en beserings aan haar kop opgedoen. Vanaf 1986 het sy gloukoom in die een oog gehad wat haar feitlik blind in die oog gemaak het. In die ander oog het sy katarakke ontwikkel wat veral haar naby sig aangetas het. Sedert 1984 het sy met behulp van 'n vergrootglas gelees.

Vanaf 1980 het die respondente haar moeder gereeld dorp toe geneem vir inkopies. Op 1 Julie 1988 is mev Malherbe egter

aangerand. Daarna was sy baie angstig en wou sy nie meer buite die huis gaan nie. Sy het nie meer dorp toe gegaan nie en die respondente het haar inkopies vir haar gedoen.

Dr Von Delft was sedert 1973 die huisdokter van mev Malherbe. Uit sy getuienis blyk dit dat sy gely het aan uitermate hoë bloeddruk waarvoor sy medikasie moes gebruik. Sy het op verskeie geleenthede gekla van duiseligheid. Verskeie kere deur die jare is Méniére se sindroom, vertigo, kloudikasie (pyn in die bene a.g.v. ontoereikende bloedvoorsiening), tinnitis, neuralgie en kortstondige serebrale iskemie (ontoereikende bloedvoorsiening) gediagnoseer. Gedurende die periode 1984 tot 1989 is kortstondige serebrale iskemie op vier geleenthede gediagnoseer. Op een geleentheid gedurende 1980 is serebrale synkopee ('n tydelike verlies van bewussyn as gevolg van onvoldoende bloedvloei na die brein)

gediagnoseer en op 8 Januarie 1993 is spanning en depressie gediagnoseer.

Op die getuienis voor die hof is dit moeilik om met presiesheid vas te stel wat met mev Malherbe se aandele gebeur het. Mev Malherbe het self getuig, maar mens kry die indruk dat sy as 'n bewysstuk voor die hof geplaas is en nie as 'n getuie geroep is nie. Gevra waar haar aandele vandag is, het sy geantwoord: "Ek weet nie, ek het nie meer aandele nie." Op die vraag of dit deur Willem is wat sy die aandele verloor het, het sy geantwoord: "Ek weet nie, ek weet nie. Ek weet nie wie die oorsaak daarvan is nie."

Volgens die respondente het mev Malherbe baie spaarsamig geleef, tot so 'n mate dat sy as vrekkerig beskryf kon word. Sy het nie geld op haarself nie maar wel op die kunste spandeer soos in die geval van die publikasie van die voormelde

boek. Sy het alles opgegaar soos onder andere wyn- en marmitebottels. Sy het die warmwatersilinder van tyd tot tyd afgeskakel om elektrisiteit te bespaar. Al haar aankope het sy in kontant gedoen.

Kort na haar man se dood het mev Malherbe van haar aandele verkoop en 'n eiendom in die Strand gekoop. Sy het ook die aandele in 'n maatskappy Franken Investments (Edms) Bpk, wat die eienaar van drie erwe te Kuilsrivier was, gekoop. In die laat sewentiger jare het sy die aandele in Franken Investments oorgedra aan Willem sodat hy huise op die drie erwe kon bou. Haar aandele in Cosmodata (Edms) Bpk, die maatskappy in wie se naam die eiendom in die Strand geregistreer is, het sy aan die respondente oorgedra. In 1981 het sy haar Remgro en Tegkor aandele in drie verdeel. Een derde van daardie aandeelhouding het sy oorgedra aan

Franken Investments, een derde aan Cosmodata en een derde het sy self behou. Op daardie stadium het haar aandele portefeulje ook nog talle ander waardevolle aandele bevat.

In 1982 het mev Malherbe 'n borgakte, beperk tot 'n bedrag van R120 000, ten gunste van Volkskas onderteken ten opsigte van die skulde van Oewerpark (Edms) Bpk, een van Willem se maatskappye. Sy het terselfdertyd, ingevolge 'n algemene pandakte, en as sekuriteit, aandele aan die bank gesedeer.

Gedurende 1985 het mev Malherbe finansiële hulp ten bedrae van R80 000 ten opsigte van die publikasie van die voormelde boek "The Cape House Interior" verleen. Die winste van die boek sou na die Stellenbosch Museum gaan.

Op 6 Desember 1985, 30 September 1986 en 6 Oktober 1986 het mev Malherbe onbeperkte borgaktes ten gunste van

Volkskas geteken ten opsigte van Willem se maatskappye, Franken Investments (Edms) Bpk, Kenmerk Bouers (Edms) Bpk en Oewerpark (Edms) Bpk onderskeidelik.

Volgens die bestuurder van die Nedbank-tak te Stellenbosch gedurende die jare 1986 tot 1991, het Dalsig Minerale Beperk (een van verskeie Dalsig maatskappye) op 13 Januarie 1987 'n rekening by Nedbank geopen. 'n Oortrokke rekening fasiliteit is aan Dalsig Minerale toegestaan en 'n onbeperkte borgakte is van mev Malherbe, óf ten opsigte van die skuld van Dalsig Minerale óf ten opsigte van die skuld van Willem, wat ook die rekening gewaarborg het, verkry. Die datum waarop die borgakte onderteken is, is onbekend. As sekuriteit het Nedbank die volgende aandele van mev Malherbe ontvang:

2664 Genbel Investments Limited

2890	UBS Beherende Beperk
11500	Volkskas Groep Beperk
32495	Richemont Securities AG
50000	Tegniese Beleggingskorporasie Beperk.

Willem het 'n finansiële belang in die Dalsig maatskappye gehad en was ook 'n direkteur van die maatskappye.

Op 10 November 1988 het mev Malherbe 'n onbeperkte borgakte ten gunste van Trust Bank ten aansien van die skulde van Dalsig Diamante (Edms) Bpk onderteken. Ongeveer dieselfde tyd het sy twee standaard beperkte blanko pandaktes en 'n standaard algemene pandakte, ook in blanko, ten gunste van Trust Bank onderteken. Verder het mev Malherbe 16 vorms, wat deur Trust Bank gebruik word om kennis te gee dat regte in aandele aan Trust Bank gesedeer is en dat die dividende ten opsigte van die aandele aan

Trust Bank betaal moet word, in blanko onderteken. Mev Malherbe het ook agt blanko aandele-oordragvorms onderteken. Al die voormelde handtekeninge is waarskynlik deur middel van Willem verkry. Die dokumente is almal deur Dalsig Diamante aan Trust Bank gelewer.

Op 13 Desember 1988 het Dalsig Mynbou Bpk soos volg aan mev Malherbe geskryf:

"i/s Onder genoemde effekte geregistreer in u naam

54 000	Richemont Securities AG depositobewyse
54 000	Rembrandt Groep Beperk
10 000	Fedfood Beperk
300	Allied Technologies Bpk
20 620	Zandpan Gold Mining Co Ltd

Ons erken hiermee dat u bogenoemde goedgunstiglik beskikbaar gestel het om te dien as sekuriteit vir lenings wat Dalsig Mynbou Beperk mag aangaan.

Die maatskappy onderneem om:

(a) Bogenoemde aandeelsertifikate aan u terug te besorg na dertig dae kennisgewing.

(b) Binne sewe dae na verklaring u bankrekening te krediteer met die ekwivalent van dividende of ander voordele

wat u mag verbeur indien bogenoemde effekte gedurende die leningsperiode tydelik vervreem word."

Op dieselfde dag het Dalsig Minerale Bpk 'n identiese brief aan mev Malherbe geskryf ten opsigte van die volgende aandele:

32 495	Richemont Securities AG Depositobewyse
50 000	Tegniese Beleggings Korporasie Bpk
11 500	Volkskas Groep Bpk
2 664	Genbel Investments Ltd
2 890	UBS Holdings Ltd

Gedurende Desember 1988 is die aandele wat aan Dalsig Mynbou beskikbaar gestel is, verkoop. Mev Malherbe was hoogs ontsteld toe sy van die verkoping hoor. In haar dagboek het sy op 10 Februarie 1989 afwisselend in Afrikaans, Engels en Duits haar seun Willem blameer dat hy haar 'n gekke ding laat teken het, dat hulle haar kapitaal verkoop en verkwansel het, dat sy nou sou moes sien hoe om klaar te kom sonder 'n inkomste, dat hulle haar genadeloos

in die rug gesteek het, dat hulle onnosele donkies was wat "gilt edged shares" in die vullisblik gegooi het en dat die Rembrandt en Tegkor aandele, wat sy en haar man so goed opgepas het, vir ewig weg is. Sy het verder geskryf (die Engelse gedeelte is uit Duits in Engels vertaal):

> "(T)hat which could have helped you and your two children in emergency one day you despised and threw away when it does not even belong to you. You had your 10000. Why did you not put them in a safe place? Then you would have been an honest millionaire today without any troubles. No you are so clever and think you know better. A bird in the hand, then you know what you've had.
> I think damn little of your ethics.
> ....
> Pappa sou tot in sy siel geskok wees om te dink dat so iets met sy swaar verdiende spaargeld ooit kon gebeur. As so iets met 'n trust, 'n prokureur, 'n bank gebeur is dit bedrog, maar 'n vrou wat haar laat iets wys maak, is 'n slagoffer wat eenvoudig stil bly om 'n skandaal te vermy. So iets kan moord laat gebeur as die verkeerde persoon daar inmeng. - En dit moet ek teen alle koste vermy, al stik ek van woede.
> Ek moet nou so spoedig moontlik oor die paar bates wat ek nog hou, 88 en 14 en my lewenspolis reëlings tref, sodat dit

nie ook nog op die brandstapel beland."

(Die "88" en "14" verwys na mev Malherbe se huise in Kaapstad en Stellenbosch onderskeidelik.)

Volgens 'n aantekening in haar dagboek gedateer 11 Februarie 1989, het mev Malherbe vir Willem dieselfde aand gesien en het hy belowe om 30 dae na aanvraag die Rembrandt en Tegkor aandele "terug te plaas" en om enige diwidend verlies te vergoed.

Op 2 Mei 1989 het mev Malherbe die borgakte, beperk tot 'n bedrag van R1 500 000, ten gunste van ENB onderteken ten opsigte van die skulde van Dalsig Mynbou. By dieselfde geleentheid het sy ook die algemene sessie aan ENB van alle aandele wat aan ENB gelewer word, onderteken. Op daardie stadium was 'n bedrag van R1 050 000 deur Dalsig Minerale aan Nedbank op 'n oortrokke lopende rekening verskuldig en was Nedbank nie bereid om verdere

fasiliteite aan Dalsig Minerale toe te staan nie. Dalsig Minerale se skuld teenoor Nedbank is gedelg deur middel van 'n tjek getrek op Dalsig Mynbou se nuut geopende lopende rekening by ENB. Die aandele van mev Malherbe, wat deur Nedbank as sekuriteit gehou is, is daarteen, ingevolge 'n skriftelike versoek onderteken deur mev Malherbe en gedateer 28 April 1989, deur Nedbank aan ENB gelewer. Terselfdertyd het Dalsig Mynbou die ongeveer R3m skuld van ene Keegan teenoor ENB oorgeneem teen die verkryging van Keegan se aandele in Worcester Gold Mining Limited. ENB het die Worcester aandele gehou as sekuriteit ten opsigte van Keegan se skuldverpligting wat reeds afgeskryf was. Volgens Van Heerden, wat namens ENB die transaksie met Dalsig Mynbou onderhandel het, was ENB nie in staat om 'n waarde op die Worcester aandele te plaas nie. Luidens die bewoording van die borgakte onderteken deur mev

Malherbe het sy haar ook as borg verbind ten opsigte van die ongeveer R3m skuld wat so deur Dalsig Mynbou oorgeneem is. ENB het egter nie bedoel dat dit die geval moes wees nie.

Die borgakte en sessie is onderteken te ENB se Stellenbosch-tak en wel voor die bestuurder, mnr Perold. Mev. Malherbe was vergesel van Willem. Perold het haar meegedeel dat die dokumentasie bestaan uit 'n waarborg vir R1½m ten gunste van Dalsig en 'n sessie van die aandele wat van Nederlandse Bank af sou oorkom. Mev Malherbe het daarop die dokumente onderteken sonder om hulle te lees.

Dalsig Minerale en Dalsig Mynbou het later 'n versoek aan ENB gerig dat die lopende rekening van Dalsig Mynbou oorgeplaas word in die naam van Dalsig Minerale. Op daardie stadium, November 1989, het mev Malherbe weer 'n borgakte, beperk

tot 'n bedrag van R1 500 000, ten gunste van ENB ten opsigte van die skuld van Dalsig Minerale geteken. Volgens Van Heerden het die oorname egter nooit geskied nie.

Soos blyk uit 'n brief gedateer 2 Augustus 1990 het mev Malherbe gedurende 1990 weereens aandele aan Dalsig Minerale oorhandig. Die brief deur Dalsig Minerale lees soos volg:

> "Bogenoemde maatskappy erken hiermee ontvangs van ondergenoemde aandeel sertifikate en onderneem om hulle laastens op 1 November 1990 aan u terug te besorg:
>
> 5 598 Federale Volksbeleggings
> 3 000 Bankorp
> 1 680 Stanbic
> 600 Powertech
> 500 Boland Bank
> 348 Freegold
> 100 S A Eagle Insurance
> 49 Ofsil
>
> U hulp word op prys gestel!"

In Junie 1991 is Dalsig Mynbou gelikwideer. Op 4 Junie 1991 het ENB aan mev Malherbe geskryf dat dit nodig mag word om

haar aan te spreek vir betaling onder haar borgakte ten opsigte van Dalsig Mynbou se skuld en, indien nodig, om haar aandele, wat as sekuriteit gehou word, te gelde te maak. In antwoord op hierdie brief het mev Malherbe 'n brief gedateer 20 Junie 1991 onderteken waarin sy ENB versoek om in die toekoms alle korrespondensie na die adres van die Dalsig maatskappye te stuur.

Ingevolge 'n testament gedateer 5 Augustus 1991 het mev Malherbe relatief klein bedrae geld, die hoogste waarvan R5 000 was, bemaak aan instansies en aan broerskinders en kleinkinders. Sy het haar persoonlike losgoed, wat die respondente wou hê, aan die respondente bemaak en het die res van haar boedel bemaak aan 'n trust. Die inkomste van die trust sou Willem toekom. By Willem se afsterwe sou die trust tot 'n einde kom en sou die trustbates oorgaan na sy afstammelinge. Sy het vir Willem en 'n Mnr Greeff, 'n

rekenmeester, aangestel as eksekuteurs van haar boedel en as administrateurs van die trust.

Ingevolge 'n kodisil gedateer 22 Augustus 1991 sou Willem, in die lig van feite wat aan die lig gekom het, nie meer een van die eksekuteurs of administrateurs wees nie. Ingevolge 'n verdere kodisil gedateer 29 Augustus 1991 is al die spesiale bemakings, behalwe die bemaking van die losgoed aan die respondente, gekanselleer.

Gedurende Augustus 1991 het die respondente verneem dat Dalsig Mynbou gelikwideer word. Net daarna het sy verneem dat Trust Bank beslag gelê het op mev Malherbe se huis in Kaapstad. Volgens die respondente kon mev Malherbe nie sê watse dokumente sy alles geteken het nie. Die respondente het daarna 'n algemene prokurasie, gedateer 14 Augustus 1991, van mev Malherbe verkry.

Volgens die respondente was sy baie verbaas toe sy van die inhoud van mev Malherbe se testament te hore gekom het en kon sy nie glo dat dit haar moeder se bedoeling korrek weergegee het nie, veral nie in die lig van die feit dat mev Malherbe baie lief was vir haar (respondente) se seun nie. Op respondente se navraag het mev Malherbe haar meegedeel dat haar bedoeling inderdaad was dat haar boedel in gelyke dele tussen haar twee kinders verdeel moes word.

Op 13 September 1991 het mev Malherbe 'n totaal nuwe testament onderteken. Ingevolge die testament het sy haar boedel in gelyke dele aan Willem en die respondente bemaak met die voorbehoud dat Willem se skuld teenoor haar, uit hoofde van haar aandele wat hy gerealiseer het vir sy eie skuld, verhaal en in verrekening gebring moes word.

Gedurende September 1991 en na aanleiding van 'n

aansoek deur respondente het die Hof bevind dat mev Malherbe onbekwaam was om haar sake te behartig en is die respondente aangestel as haar kurator bonis.

Ten einde te bewys dat mev Malherbe handelingsonbevoegd was op 2 Mei 1989 toe sy die borgakte en sessie onderteken het, het die respondente die getuienis van mev Malherbe se huisdokter, dr Von Delft, twee psigiaters, drs Swanepoel en Quail en 'n kliniese sielkundige, mev Spangenberg aangebied.

Dr Swanepoel het in 1991 'n konsultasie met mev Malherbe gevoer ten einde haar toestand te evalueer. Hy het demensie gediagnoseer en het die mening gevorm dat haar vermoë tot gesonde oordeel belemmer is en dat sy nie in staat was om die inhoud van "wetlike dokumente", meer spesifiek borgaktes, te begryp of te verstaan nie. Haar hele respons het aan hom getoon dat sy

beslis nie die implikasies van dit wat met haar gebeur het besef het nie. Hy was verder van mening dat daar moontlik reeds sedert 1989 demensie teenwoordig was.

Mev Spangenberg het na aanleiding van psigometriese toetse wat sy gedurende Augustus 1991 op mev Malherbe gedoen het, tot die gevolgtrekking gekom dat mev Malherbe nie 'n konsep kon vorm, of die implikasies kon begryp, van die ter sake dokumente nie. Sy het verder getuig dat afgesien van die toetse, en as sy mev Malherbe bloot op grond van haar kliniese waarnemings moes beoordeel, sy ook tot die gevolgtrekking sou kom dat haar kognitiewe funksies belemmer is.

Dr Von Delft het getuig dat, oor die 20 jaar wat hy mev Malherbe ken, daar 'n verswakking in begripsvermoë, oordeel en insig ingetree het. Na sy mening is dit "hoogs onwaarskynlik dat sy

op haar hoë ouderdom en met inagneming van haar kroniese serebrale siektetoestand rasioneel opgetree het toe sy onder invloed van ander partye sekere borgskappe en sekuriteite vir banklenings gegee of gelewer het."

Dr Quail het met mev Malherbe gekonsulteer op twee geleenthede naamlik op 29 Maart en 29 April 1993. Op nie een van die geleenthede kon hy betekenisvolle besonderhede van haar bekom ten aansien van die dokumente wat sy geteken het nie. Hy is van mening dat mev Malherbe aan pseudo-demensie ly. 'n Persoon wat aan pseudo-demensie ly, toon as gevolg van depressie die simptome van 'n persoon wat aan demensie ly. Sy mening het hy onder andere gebaseer op die feit dat haar kognitiewe funksionering wesenlik verskil het op die twee geleenthede wat hy haar gesien het. Hy het getuig dat, met die inligting tot sy beskikking, dit onmoontlik was om

te sê of dit ook die geval was toe sy die gewraakte dokumente onderteken het. Hy het wel ook getuig dat sy moontlik reeds in 1989 aan demensie gely het maar het dit betwyfel.

Nie een van die deskundige getuies wat geroep is deur die appellant het met mev Malherbe gekonsulteer nie. In die lig van die bevindings van die respondente se deskundiges was dr Holmes, 'n psigiater, van mening dat daar wel tekens mag gewees het van demensie maar volgens hom was daar nie voldoende sodanige tekens om demensie te kon diagnoseer nie. Na sy mening is dit meer waarskynlik dat mev Malherbe gely het aan goedaardige veroudering ("benign senescence") en dat 'n afname in haar intellektuele funksionering die gevolg kon wees van pseudo-demensie, 'n sekondêre gevolg van depressie. Die deskundiges was redelik eenstemmig dat blote ouderdom nie begrip en insig wesenlik

affekteer nie.

Beide mnr Loebenstein, 'n kliniese sielkundige en dr Reid, 'n neuroloog, het in hulle getuienis die waarde van die psigometriese toetse bevraagteken. Hulle was van mening dat dit onverstandig is om 'n bejaarde persoon se kognitiewe funksionering twee jaar na 'n gebeurtenis aan die hand van sodanige toetse te probeer bepaal. Volgens dr Reid kon hy nie in die verslae van die respondente se deskundige getuies enige kliniese getuienis van demensie vind nie. Volgens hom is dit moontlik dat mev Malherbe multi-infarkt demensie of 'n arteriosklerotiese demensie kon hê maar het haar deskundiges nie op die korrekte wyse te werk gegaan om dit aan te toon nie, deurdat hulle nie die korrekte toetse soos byvoorbeeld 'n breinskandering aangewend het nie.

Dr Potocnic, 'n psigiater, stem saam met dr Quail dat die

kliniese beeld van mev Malherbe een van pseudo-demensie is maar dat nie gesê kan word dat dit ook die geval was by die ondertekening van die betrokke dokumente nie.

Die verhoorregter se indruk van mev Malherbe was dat sy 'n tenger, grys vroutjie was wat nie in staat sou wees om haar eie sake te behartig nie. Die verhoorregter het opgemerk dat, totdat 'n mens so 'n pasiënt gesien het, dit nie geredelik begryplik was waarom sy in die elementêre toetse, wat sy afgelê het, so swak gevaar het nie. Aangesien beide demensie en pseudo-demensie die handelingsbevoegdheid van 'n persoon affekteer het hy dit nie nodig gevind om te kies tussen die twee moontlikhede nie. Hy het daarop gewys dat mev Malherbe voor Mei 1989 'n intense emosionele skok beleef het en dat sy toe reeds kortstondige iskemiese aanvalle ondervind het. Suiwer medies gesproke het daar volgens die

verhoorregter 'n sterk moontlikheid bestaan dat mev Malherbe in Mei 1989 aan depressiewe pseudo-demensie of multi-infarkt demensie of albei gely het en dat sy as gevolg daarvan kognitief belemmer was. Hierdie moontlikheid word na die oordeel van die verhoorregter tot 'n waarskynlikheid versterk wanneer daar gelet word op die verstommende optrede van mev Malherbe. Hy het gevolglik bevind dat bewys is dat mev Malherbe op 2 Mei 1989, toe sy die borgkontrak en sessie geteken het, so min insig gehad het in die impak wat dit moontlik op haar eiendom kon hê, dat sy in alle billikheid nie aan die kontrak gebonde gehou behoort te word nie.

Mev Malherbe kan slegs aan die borgakte en sessie, wat deur haar onderteken is, gebonde gehou word indien sy oor die nodige geestesvermoëns beskik het om te verstaan wat sy besig was om te doen en om te besef wat die moontlike gevolge daarvan kon

wees. Die regsposisie is soos volg uiteengesit deur Innes AR in *Pheasant v Warne* 1922 AD 481 op 488:

> "*(A)nimus* is an essential element in contractual obligations. In ordinary cases the *animus* is deduced, and can only be deduced, from the outward manifestation of intention whether spoken or written. But once it is clear that the necessary intelligence is wanting then there can be no *animus* or consenting mind. . . . (I)t is now recognised that persons may be of such mentality as to require special protection and control, even though they might not be accurately described as *mente capti* in the sense in which that term is used in the books. . . And a court of law called upon to decide a question of contractual liability depending upon mental capacity must determine whether the person concerned was or was not at the time capable of managing the particular affair in question - that is to say whether his mind was such that he could understand and appreciate the transaction into which he purported to enter."

In die lig van die deskundige getuienis is dit moontlik dat mev Malherbe op 2 Mei 1989, hetsy vanweë demensie, hetsy vanweë pseudo-demensie, nie oor die vermoë beskik het om te verstaan wat sy besig was om te doen en om die gevolge daarvan te

besef nie. Of sy waarskynlik inderdaad nie oor sodanige vermoë beskik het nie sal aan die hand van die feitlike getuienis bepaal moet word.

Na my mening, en vir die redes hierna vermeld, dui die feite wat voor die verhoorhof geplaas is daarop dat mev Malherbe waarskynlik nie by die ondertekening van die borgakte en sessie oor die vermoë beskik het om te verstaan wat sy besig was om te doen nie en om te besef wat die moontlike gevolge van haar handelinge was nie:

1. Na die aanranding op haar in Julie 1988 het mev Malherbe nie eers meer eenvoudige transaksies, soos die aankoop van huishoudelike benodigdhede, aangegaan nie maar het haar dogter dit vir haar gedoen.

2. Die ondertekening van 'n onbeperkte borgakte en 'n sessie van waardevolle aandele ten gunste van Dalsig Minerale Bpk, 'n

publieke maatskappy waarin haar seun slegs 'n 26% belang gehad het, sonder om enige persoonlike voordeel daaruit te trek, is nie die soort van handeling wat mens van 'n persoon sal verwag wat spaarsamig leef en wat afhanklik is van die diwidendinkomste op die aandele nie. Mev Malherbe het wel reeds in 1982 en weer daarna in 1985 en 1986 haar as borg verbind. In 1982 het sy egter 'n borgakte wat beperk was tot 'n bedrag van R120 000 geteken en in al die gevalle het sy haar verbind ten opsigte van die skulde van haar seun se maatskappye. In 1982 is aan haar verduidelik wat sy teken maar dit is nie bekend of sy in 1985 en 1986 geweet het wat sy teken nie.

3. Mev Malherbe se ondertekening, gedurende November 1988, van dokumente met betrekking tot Dalsig Diamante, van

blanko pandaktes en van blanko aandele-oordragvorms was uiters onverantwoordelik. Weereens het sy waarskynlik geen persoonlike voordeel getrek uit die transaksie nie en weereens het sy in stryd met haar aard en eie belange opgetree.

4. Die beskikbaarstelling van 'n groot gedeelte van mev Malherbe se aandeleportefeulje aan Dalsig Mynbou, 'n publieke genoteerde maatskappy, om te dien as sekuriteit vir lenings wat die maatskappy mog aangaan, op die basis dat die aandele verkoop kon word maar op 30 dae aanvraag terugbesorg sou word en dat diwidende op vervreemde aandele binne 7 dae nadat hulle verklaar is, betaal sou word, is nie 'n transaksie wat 'n mens sou verwag van iemand wat enige benul het van wat hy of sy besig is om te doen nie.

5. Indien mev Malherbe die inhoud van die brief, gedateer 13

Desember 1988, van Dalsig Mynbou verstaan het en sy bedoel het om die transaksie soos daarin uiteengesit aan te gaan, sou sy besef het dat sy toestemming verleen het tot die vervreemding van haar aandele. Dit blyk duidelik uit die aantekening wat sy op 10 Februarie 1989 in haar dagboek gemaak het dat sy dit nie besef het nie.

6. Verder, indien mev Malherbe op 10 Februarie 1989 toe sy die aantekening in haar dagboek gemaak het, werklik begryp het wat met haar aandele gebeur het en besef het wat die gevolge daarvan was, sou Willem se onderneming die aand van 10 Februarie 1989 om die aandele 30 dae na aanvraag terug te besorg en om ondertussen die diwidendverlies te vergoed, haar geensins gerusgestel het nie. Sy sou besef het dat dit net 'n herhaling was van 'n vroeëre onderneming en in die lig van die

aantekening in haar dagboek vroeër die dag so u mens verwag het dat sy onmiddellik die aandele sou opvra.

7. Op 10 Februarie 1989 toe mev Malherbe die aantekening in haar dagboek gemaak het, het sy skynbaar besef hoe belangrik dit vir haar was om haar aandele te behou en hoe dwaas dit was om 'n dokument te teken wat tot gevolg gehad het dat die aandele verkoop is. Sy het ook neerhalend na Dalsig verwys en twyfel uitgespreek of die aandeelhouers enige diwidende sou kry uit daardie "fairytale". Op daardie stadium het sy gevoel dat haar aandele verkoop is vir 'n lugkasteel, dat haar seun 'n onnosele onverantwoordelike "donkie" was en dat hy haar in die rug gesteek het. Sy het ook verwys na haar seun se dwaasheid om sy eie aandele te vervreem. In die lig van die voorgaande is mev Malherbe se ondertekening van die

borgakte en sessie op 2 Mei 1989, ten opsigte van die skuld van Dalsig Mynbou, verklaarbaar slegs op die basis dat sy vergeet het van die verkoop van haar aandele en nie besef het dat 'n moontlike gevolg van die borgakte en sessie was dat haar oorblywende aandele verkoop kon word ter delging van die skuld van Dalsig Mynbou nie. Dit is wel so dat die waarborg t.o.v. Dalsig Mynbou se skuld die waarborg ten opsigte van Dalsig Minerale se skuld vervang het maar Dalsig Minerale se skuld was op daardie stadium slegs R1 050 000 en dit is Dalsig Mynbou wat tot die onsteltenis van mev Malherbe haar aandele verkoop het.

Die blote feit dat mev Malherbe nie besef het wat die gevolge van haar handelinge kon wees nie bewys natuurlik nie dat sy nie oor die vermoë beskik het om dit te besef nie.

Sy het egter soveel handelinge verrig wat daarop dui dat sy nie besef het wat die gevolge daarvan kon wees nie, dat op 'n oorwig van waarskynlikhede bevind kan word dat sy nie oor die vermoë beskik het om dit te besef nie.

8. 'n Verdere aanduiding dat mev Malherbe reeds op 2 Mei 1989 nie oor die vermoë beskik het om haar finansiële sake te behartig nie, is die feit dat sy op daardie dag vir Perold meegedeel het dat sy baie Rembrandt aandele het. Sy het op daardie stadium nie meer Rembrandt aandele gehad nie.

Dit is betoog dat die feit dat die respondente, 'n sielkundige, nie op 'n vroeër stadium aansoek gedoen het vir die aanstelling van 'n kurator bonis nie en dat sy nie op 'n vroeër stadium vir Willem gekonfronteer het nie, daarop dui dat mev Malherbe gedurende 1989 nog handelingsbevoegd was. Dit is egter

onwaarskynlik dat die respondente, voordat sy ondersoek ingestel het, nadat sy van die dreigende verkoping van mev Malherbe se huis verneem het, bewus was van die volle omvang van mev Malherbe se handelinge. Daar is ook geen getuienis ten aansien van die vraag of sy haar broer ooit gekonfronteer het met wat hy sy moeder aangedoen het nie. Verder is dit verstaanbaar dat die respondente, soos deur haar getuig, traag was om 'n hof te nader vir 'n bevel dat haar moeder nie meer in staat was om haar eie sake te behartig nie.

Toe mev Malherbe die borgakte ten opsigte van die skuld van Oewerpark onderteken het, het die bankbestuurder, mnr Brand, aan haar verduidelik wat sy teken. Gedurende 1986/7 het mev Malherbe by geleentheid kommer teenoor Brand uitgespreek oor haar borgskap. Tydens die gesprek het Brand haar meegedeel dat hy 'n bietjie bekommerd was oor Willem se sakeverhouding met Wilhelm

Smith. Dit is betoog dat hierdie getuienis aantoon dat mev Malherbe moes begryp het wat 'n borgakte was en dat sy besef het wat die moontlike gevolge van die ondertekening van 'n borgakte kon wees. Na my mening verleen hierdie getuienis eerder steun aan die ander aanduidings dat mev Malherbe teen 1988/9 nie besef het wat sy besig was om te doen nie. Ten spyte van die bankbestuurder se waarskuwing betreffende Wilhelm Smith het sy voortgegaan om, sonder enige voordeel vir haarself, dokumente te teken ingevolge waarvan haar aandele, wat vir haar kosbaar was, selfs vir verkoping beskikbaar gestel is aan maatskappye waarvan hy die besturende direkteur was.

Drs Holmes, Reid en Potocnic was van mening dat die aantekening wat mev Malherbe op 10 Februarie 1989 in haar dagboek gemaak het, daarop dui dat sy in staat was tot abstrakte

denke en dat sy insig gehad het in haar situasie. Dit blyk uit die aantekening dat mev Malherbe besef het dat sy van haar aandele verloor het maar nie dat sy geweet het presies hoe dit gekom het dat dit gebeur het nie. Verder, alhoewel sy moontlik ten tyde van die aantekening besef het watter ramp haar getref het vanweë haar seun se uiters onverantwoordelike optrede, was daardie insig, soos hierbo aangetoon, van korte duur.

Perold het tydens die ondertekening van die borgakte en sessie op 2 Mei 1989 nie die indruk gekry dat mev Malherbe nie geweet het waaroor dit gaan of dat sy terneergedruk was nie en het met haar 'n gesprek gevoer oor sy vrou, die tuinbouklub en die straattee. Dit is betoog dat dit daarop dui dat sy wel handelingsbevoeg was ten tyde van die ondertekening. Mnr Perold is egter geen deskundige nie. Hy is in geen posisie om op grond van 'n kort

gesprekkie aangaande alledaagse dinge, 'n mening te waag oor aangeleenthede wat vir die deskundiges probleme oplewer nie. Dieselfde geld wat betref die betoog dat die feit dat ervare persone mev Malherbe toegelaat het om testamente en 'n algemene prokurasie te onderteken, daarop dui dat sy op daardie stadium, d.w.s. 1991, nog handelingsbevoeg was.

Die appellant het betoog dat die feit dat mev Malherbe op haar eie gewoon het en haar self versorg het daarop dui dat sy nog haar eie belange kon behartig en dat sy handelingsbevoeg was gedurende 1989. Behalwe dat mev Malherbe 'n gedeelte van die huis verhuur het, het sy tydens die verhoor steeds op haar eie gewoon en haarself versorg. Dit kan beswaarlik geargumenteer word dat mev Malherbe tydens die verhoor handelingsbevoeg was. Tydens die verhoor is die borgakte aan haar gegee om te lees. Sy het die

dokument toe as 'n skuldbewys beskryf en gesê dat aan haar gesê is dat sy dit geteken het. Sy kon nadat sy dit gelees het nie sê vir wie dit was nie. Sy het verder getuig dat sy net met een bank te doen gehad het en dat sy gedog het dat haar aandele veilig was by die bank. Die appellant se advokaat het nie aangevoer dat sy slegs voorgegee het dat sy onkundig was nie en het haar nie 'n enkele vraag gevra nie.

Dit is betoog dat die feit dat die respondente mev Malherbe gedurende September 1991 geneem het om 'n testament te teken, daarop dui dat sy haar moeder op daardie stadium as handelingsbevoegd beskou het. In die lig van die feit dat die respondente op daardie stadium reeds stappe gedoen het om aangestel te word as kurator bonis vir haar moeder, kan dit egter nie die geval wees nie.

Mev Malherbe het selfs nog vir die periode Maart 1989 tot Februarie 1990 'n staat bevattende besonderhede van haar diwidend-inkomste, besonderhede betreffende die verhuring van haar huis in Kaapstad en haar inkomste en uitgawes met betrekking tot die huis, opgestel. Dit is betoog dat dit 'n aanduiding was dat sy nog haar eie sake kon behartig. Die opskryf van hierdie besonderhede was egter bloot 'n meganiese handeling wat sy reeds jare gedoen het en toon na my mening nie dat sy nog die nodige insig gehad het om haar eie finansiële sake te behartig en borgkontrakte te sluit nie.

Ek is dus van mening dat die respondente op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys het dat mev Malherbe op 2 Mei 1989 geestesongesteld was toe sy die borgkontrak en sessie onderteken het tot so 'n mate dat sy nie besef het dat haar oorblywende aandele as gevolg daarvan moontlik verkoop kon word ter delging van Dalsig

Mynbou se skuld nie.

Die verhoorregter het dus tereg bevind dat mev Malherbe nie handelingsbevoegd was nie omrede sy nie die nodige insig ten opsigte van die betrokke transaksies gehad het nie.

Die appèl word gevolglik van die hand gewys met koste insluitende die koste van twee advokate.

P E STREICHER
Wnd APPèLREGTER

HEFER, AR)
VIVIER, AR) STEM SAAM
ZULMAN, AR)

WA /97

RAPPORTEERBAAR

evdw/

Saaknommer: 650/93

IN DIE HOOGSTE HOF VAN APPéL VAN SUID-AFRIKA

In die appél van :

EERSTE NASIONALE BANK VAN SUIDELIKE AFRIKA BEPERK — Appellant

en

ELISABETH ANNA SAAYMAN N.O. — Respondente

Hof : Hefer, Vivier, Olivier, Zulman ARR en Streicher Wnd AR

Verhoordatum : 5, 6 en 7 Mei 1997

Uitspraak gelewer : 30 Mei 1997

UITSPRAAK

OLIVIER AR

Ek het die geleentheid gehad om die uitspraak van my ampsbroeder Streicher te lees. Ek stem egter nie saam dat die pasiënt tydens ondertekening van die gewraakte borgakte en sessie-dokument handelingsonbevoegd was nie. Myns insiens het die respondente haar nie van die bewyslas wat sy gedra het, gekwyt nie. Hoe dit ook al sy, ek bereik dieselfde resultaat as my ampsbroeder deur 'n ander normkompleks op die feite toe te pas, naamlik die moderne, uitgebreide regsbeginsels van die *bona fides*.

Die respondent het in haar gewysigde verweerskrif op die teeneis gepleit dat die afdwinging van die borgakte en sessie-dokument *contra bonos mores* is. Derhalwe, so meen ek, is dit aangewese om die hedendaagse rol van die openbare belang en die *bona fides* by die kontraksluiting weer eens te oorweeg.

Vir die doeleindes van hierdie uitspraak hoef ek nie die ontstaan en ontwikkeling van die *bona fide*-begrip in die Romeinse reg en die Romeins-Hollandse reg te herondersoek nie. Dit is al vele male gedoen, ten slotte ook deur Jansen AR in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another* 1988(3) SA 580(A) op 612 F-H, 'n uitspraak waarin ook vrugbare regsvergelykende perspektiewe geskets word.

Die funksie van die *bona fide*-begrip (ook genoem die goeie trou) was eenvoudig om gemeenskapsopvattings ten aansien van behoorlikheid, redelikheid en billikheid in die kontraktereg te verwesenlik.

Reeds vroeg in hierdie eeu het juis hierdie Hof die voortou geneem om die *bona fide*-beginsel te erken en te verwesenlik. *Neugebauer & Co Ltd v Hermann* 1923 AD 564 is 'n vroeë

voorbeeld. Daar is beslis dat 'n afslaer nie verplig is om 'n bod, wat gemaak is deur een van 'n groep bieërs wat saamgespan het om nie teen mekaar te bie nie, te aanvaar nie. Volgens die Engelse reg sou die afslaer die bod moes aanvaar het; volgens die Amerikaanse reg egter nie. Innes HR verklaar op 573:

> Our law accords, in my opinion, more with the American than with the English view. It is not so much a question of public policy as of the requirements of good faith. The principle is fundamental that *bona fides* is required from both parties to a contract of sale.

Net in die volgende jaar het hierdie Hof weer van die beginsel gebruik gemaak om 'n grondslag vir die leerstuk van fiktiewe vervulling van 'n voorwaarde te identifiseer en wel in *MacDuff & Co., Ltd. (in liquidation) v Johannesburg Consolidated Investment Co Ltd* 1924 AD 573. Beide Innes HR (op 589) en Kotzé AR (op 610) beroep hulle op die *bona fide*-beginsel.

Die tendens word voortgesit in 1925 in *Weinerlein v Goch Buildings Ltd* 1925 AD 282 waar rektifikasie van 'n kontrak op die *bona fide*-beginsel gebaseer word. Wessels AR verklaar op 292:

> The commentators put it thus: As a general proposition your claim may be supported by a strict interpretation of the law, but it cannot be supported in this particular case against your particular adversary, because to do so would be inequitable and unjust, for it would allow you, under the cloak of the law, to put forward a fraudulent claim . . . It is therefore clear that under the civil law the Courts refused to allow a person to make an unconscionable claim even though his claim might be supported by a strict reading of the law. This inherent equitable jurisdiction of the Roman Courts (and of our Courts) to refuse to allow a particular plaintiff to enforce an unconscionable claim against a particular defendant where under the special circumstances it would be inequitable, dates back to remote antiquity and is embodied in the maxim "*summum jus ab aequitate dissidens jus non est.*"

Die eerste klanke van 'n enger siening tref mens juis in bogenoemde

uitspraak aan en wel by Kotzé AR. Alhoewel hy die "doctrine of equity" in ons gemenereg erken, verklaar hy op 295:

> Our common law, based to a great extent on the civil law, contains many an equitable principle; but equity, as distinct from and opposed to the law, does not prevail with us. Equitable principles are only of force in so far as they have become authoritatively incorporated and recognised as rules of positive law.

Die probleem met hierdie stelling is dat dit skyn uit te gaan van 'n statiese, afgeslote sisteem: as billikheid nie reeds as 'n regsreël gepositiveer is nie, *cadit quaestio*. Beteken dit dat die *bona fide*-beginsel êrens in die verlede uitgewerk is en nie in die toekoms tot nuwe regsreëls of verwere aanleiding kan gee nie? Hierdie *dictum* staan vernuwing en aanpassing in die weg en reflekteer dat dit slegs die taak van die howe is om die reg te vind en nie te skep nie, 'n siening wat nie by die gees van ons reg of die behoeftes van ons gemeenskap pas nie. Dit is te betwyfel of Kotzé AR toe

hy bogemelde stelling gemaak het, in gedagte gehou het wat sy kollega, Innes R (soos hy toe was) 'n aantal jare vroeër, in *Blower v Van Noorden* 1909 TS 890 op 905 verklaar het:

> There come times in the growth of every living system of law when old practice and ancient formulae must be modified in order to keep in touch with the expansion of legal ideas, and to keep pace with the requirements of changing conditions.

Die bogemelde uitgangspunt en formulering van die *bona fide*-beginsel deur Kotzé AR het baie jare later weerklank gevind in hierdie Hof in die meerderheidsuitspraak in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another, supra* op 606 A-D, 'n uitspraak waarop ek later terugkom.

Na *Weinerlein v Goch Buildings Ltd, supra,* het hierdie Hof, in weerwil van die gewraakte stellings van Kotzé AR, egter gedoen waartoe Innes R, soos hierbo aangehaal, ons juis wou inspireer. Die *bona fide*-

beginsel is in toenemende mate erken en gebruik om nuwe en billike regsreëls te skep en regverdige oplossing vir probleme te vind waar die streng toepassing van bestaande regsreëls in 'n bepaalde situasie tot groot onbillikheid aanleiding sou gee. Dit is nie hier die plek om op elke besonderheid te wys nie, omdat hierdie Hof in vele uitsprake onomwonde aanvaar het dat die *bona fide*-beginsel in sy skeppende gedaante wel deel van ons reg is, soos hieronder aangetoon sal word.

In *Meskin, N.O. v Anglo-American Corporation of S.A. Ltd. and Another* 1968(4) SA 793(W) het Jansen R, toe nog 'n regter van 'n Provinsiale Afdeling van die Hoogeregshof, sterk na vore getree as kampvegter vir die praktiese verwesenliking van die *bona fide*-beginsel in ons kontraktereg. Op 802 A het hy verklaar:

> It is now accepted that all contracts are *bonae fidei* (some are even said to be *uberrimae fidei*). This involves good faith (*bona fides*) as a criterion in interpreting a contract (*Wessels, op.*

> *cit.,* para. 1976) and in evaluating the conduct of the parties both in respect of its performance (*Wessels,* para. 1997) and its antecedent negotiation. Where a contract is concluded the law expressly invokes the dictates of good faith, and conduct inconsistent with those dictates may in appropriate circumstances be considered to be fraud; . . .

En weer, na aanleiding van die plig om inligting te openbaar by die kontraksluiting, het hy gesê op 804 D:

> It may, perhaps be questioned whether these criteria do not go further in applying ethical considerations *in contrahendo* than our authorities recognise. On the other hand there can be no doubt that *in contrahendo* our law expressly requires *bona fides,* a concept of variable content in the light of changing *mores* and circumstances. On the assumption (without deciding) that the ultimate test suggested by Millner correctly reflects the present state of our law, there is a striking resemblance between that test and e.g. "die algemene regsgevoel van die gemeenskap" mentioned above in regard to delict generally.

Toe Jansen R na hierdie bank verhef is, het hy dieselfde benadering

konsekwent gehandhaaf, veral in *Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Hovis* 1980(1) SA 645 (A) op 651 B - 652 G en *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another, supra*, op 611 G - 617 H ev, in 'n minderheidsuitspraak. (Sien oor Jansen AR se bydrae, Carole Lewis in 108 SA Law Journal 1991:249-264).

In ander uitsprake van hierdie Hof is die grondliggende waardes van die goeie trou, billikheid en openbare belang in die kontraktereg ook beklemtoon; veral wat betref die afdwing van kontrakte wanneer dit teen die regsgevoel skrei. So, bv. het Hefer AR in *Benson v SA Mutual Life Assurance Society* 1986(1) SA 776(A) gekonstateer dat 'n hof die diskresie het om nie spesifieke nakoming van 'n kontrak te gelas nie. Hierdie diskresie, so is verklaar op 783 C-E:

> . . . is aimed at preventing an injustice - for cases do arise where justice demands that a plaintiff be denied his right to performance - and the basic principle thus is that the order which the Court

> makes should not produce an unjust result which will be the case, eg, if, in the particular circumstances, the order will operate unduly harshly on the defendant. Another principle is that the remedy of specific performance should always be granted or withheld in accordance with legal and public policy . . .

In verband met die afdwing van ooreenkomste wat die handelsvryheid beperk, het die howe self 'n verreikende bevoegdheid om beperkinge op sodanige ooreenkomste te plaas, ontwikkel en wel op grond van openbare belang. In *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis* 1984(4) SA 874(A) het Rabie HR op 891 H-I gesê:

> Omdat opvattings oor wat in die openbare belang is, of wat die openbare belang vereis, nie altyd dieselfde is nie en van tyd tot tyd kan verander, kan daar ook geen *numerus clausus* wees van soorte ooreenkomste wat as strydig met die openbare belang beskou kan word nie. Dit sou dus volgens die beginsels van ons reg moontlik wees om te sê dat 'n ooreenkoms wat iemand se handelsvryheid inkort teen die openbare belang is indien die omstandighede van die betrokke geval

> sodanig is dat die Hof daarvan oortuig is dat die afdwing van die betrokke ooreenkoms die openbare belang sou skaad.

En op 893 G:

> Die opvatting dat 'n persoon wat 'n beperking wil afdwing nie die las dra om te bewys dat dit redelik *inter partes* is nie, bring nie mee dat oorwegings van die redelikheid of onredelikheid van 'n beperking nie van belang is of kan wees nie.

En op 895 D-E:

> Die belangrike vraag is dus nie of 'n ooreenkoms van so 'n aard is dat dit *ab initio* ongeldig is nie, maar of dit 'n ooreenkoms is wat die Hof, gesien die vereistes van die openbare belang, nie behoort af te dwing nie.

Die opvatting dat alle kontrakte in ons reg *bonae fidei* is d.w.s. deur die goeie trou beginsel beheers word, is ook deur hierdie Hof erken o.a. in *Paddock Motors (Pty) Ltd v Igesund* 1976(3) SA 16(A) op 28; *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis*, supra op 893 C ev; *Mutual and*

Federal Insurance Co Ltd v Oudtshoorn Municipality 1985(1) SA 419(A) op 433 B-C; *LTA Construction Bpk v Administrateur, Transvaal* 1992(1) SA 473(A) op 480 D-E; *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989(1) SA 1(A) op 7 I ev en weer 8 C-D; *Botha (now Griessel) and Another v Finanscredit (Pty) Ltd* 1989(3) SA 773(A) op 782 J ev.

Die *bona fides*, wat weer gebaseer is op die redelikheidsopvattinge van die gemeenskap, speel dus 'n wye en onmiskenbare rol in die kontraktereg. Reinhard Zimmerman in sy bydrae *Good Faith and Equity* in *Southern Cross - Civil Law and Common Law in South Africa* redakteurs R. Zimmerman en D. Visser 1996:217-260 toon oortuigend aan dat gemelde beginselkompleks onderliggend is aan bekende regsinstellings soos estoppel, rektifikasie, onskuldige wanvoorstelling, die kennisleer, onbehoorlike beïnvloeding en dat dit 'n belangrike rol speel by die uitleg van kontrakte, die inlees van stilswyende en geïmpliseerde bedinge, die

openbaringsplig by kontraksluiting, fiktiewe vervulling van 'n voorwaarde en die erkenning van repudiëring as 'n vorm van kontrakbreuk.

Dit blyk ook dat daar 'n innige verband bestaan tussen die begrippe *bona fides*, openbare belang, openbare beleid en *justa causa*. Dit blyk uit die analise van Smalberger AR in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes, supra,* op 7 I - 8 G; uit die woorde van Hoexter AR in *Botha (now Griessel) and Another v Finanscredit (Pty) Ltd, supra,* op 783 A-B dat openbare belang gerig is op die noodsaaklikheid dat *simple justice between man and man* gedoen moet word, en uit wat gesê is in *Magna Alloys and Research (SA) Pty Ltd v Ellis, supra.* (Sien ook Zimmerman *Southern Cross* 1996:259 voetnoot 326).

Dit kan na my mening tereg gesê word dat die *bona fide*-begrip in die kontraktereg 'n onderdeel van die algemeen-geldende openbare belang-beginsel is. Die *bona fides* word toegepas omdat die openbare belang dit

vereis.

Teen bogemelde agtergrond moet aandag geskenk word aan die *exceptio doli generalis*. Hierdie regsmiddel is in die Romeinse reg geskep deur die *praetor* en was daarop gemik om 'n eiser af te weer wanneer hy 'n geding instel wat volgens die streng reg geoorloof is maar waar die bring van die aksie self as *dolus* beskou is. *Dolus* het hier beteken groot onbillikheid of onregverdigheid, d.w.s. strydig met die *bona fides*.

So 'n remedie was nie nodig by die *negotia bonae fidei* nie, want daar kon die *bona fides* vryelik deur die regter se diskresie tereg kom, aangesien van die regter verwag is om in elke sodanige geding die *bona fides* toe te pas (Zimmerman *Southern Cross* 1996:218-219).

Toe alle kontrakte in die Romeins-Hollandse reg *negotia bonae fidei* geword het, het die noodsaak aan 'n regsmiddel soos die *exceptio doli generalis* weggeval. Die regter het egter steeds die diskresie behou om

bona fides te laat geld. Paradoksaal vind mens egter nog in die Romeins-Hollandse reg dat 'n beroep gedoen word op dié *exceptio.* (Volgens Zimmerman *Southern Cross* 1996: "Somewhat surprisingly . . .") En ons vind sedert 1893 (*Smith and Rance v Philips; B. Lazarus v Levy and the Glencairn GM Co.* 1893 Hertzog 50) 'n lewendige meningsverskil, ook in uitsprake van die howe, of hierdie regsmiddel in ons reg bestaan. (Vir 'n oorsig sien Zimmerman *Southern Cross* 1996:232 ev). Dit het weinig invloed op die praktyk uitgeoefen, want

> . . . it can operate usefully, as Jansen J once put it metaphorically, only "when a claim has run the gauntlett of all other principles and still survives (otherwise the *exceptio* would be mere surplusage). It cannot rest on error, fraud, or duress in the ordinary legal sense of these words nor is it estoppel. To be distinctive it must transcend the principles associated with these concepts." [*North Vaal Mineral Co Ltd v Lovasz* 1961(3) SA 604(T) op 607]. Estoppel, in particular, covers (or can be made to cover) much of the ground claimed by the *exceptio doli*, but so

> do the defences of rectification and mispresentation. With every new sub-doctrine to which it gives birth, the range of application of the *exceptio doli* is reduced. In a way, it is a case of the children swallowing up their mother. (Zimmerman *Southern Cross* 1996:233).

Teen hierdie agtergrond kan nou teruggekeer word na die uitsprake in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another, supra.* Die meerderheidsuitspraak het veel kritiek uitgelok. (Sien o.a. H.J. Erasmus 106 SALJ 1989:676 ev; Van der Merwe, Lubbe en Van Huyssteen 106 SALJ 1989:235 ev; Kerr, *The Principles of the Law of Contract*, 4 e uitgawe 1989:483 ev; 488 ev; Lubbe en Murray in Farlam and Hathaway *Contract Cases Materials and Commentary*, 3e uitgawe 1988:391 ev; Carole Lewis 108 SALJ 1991:262 ev; Reinhard Zimmerman 3 Stellenbosch Law Review 1992:5 ev; Reinhard Zimmerman *Southern Cross* 1996:254-255.)

Die effek van die meerderheidsuitspraak was hoofsaaklik dat die

exceptio doli-generalis dood is en ter ruste gelê moet word.

As 'n mens die breë, dinamiese werking van die *bona fide*-beginsel aanvaar, dan volg dit eintlik vanselfsprekend dat die *exceptio doli generalis* by daardie naam en as 'n spesifieke beperkte verweer wat nou juis gepleit moet word, oorbodig is. (Sien ook Zimmerman *Southern Cross* 1996:239 tot dieselfde effek). In daardie sin is die kritiek teen die gemelde uitspraak ongeregverdig. Die probleem is egter dat die meerderheidsuitspraak gelees kan word om te kenne te gee dat die *bona fide*-beginsel self ook nie meer in praktiese terme 'n rol speel nie. In wat duidelik 'n weerklank van die hierbo-bespreekte opvatting van Kotzé AR is, verklaar Joubert AR op 605 I - 606 D:

> Nor can I find any evidence of the existence of a general substantive defence based on equity. This is not surprising inasmuch as the Dutch Courts, unlike the English Courts until the Judicature Act 1873 became operative in 1875, did not administer a system of equity as distinct from a

> system of law. Roman-Dutch law is itself inherently an equitable legal system. In administring the law the Dutch Courts paid due regard to considerations of equity but only where equity was not inconsistent with the principles of law. Equity could not override a clear rule of law. That is also the position of our Courts as regards their equitable jurisdiction. . . . Moreover, I cannot find any support in Roman-Dutch law for the proposition that in the law of contract an equitable exception or defence, similar in effect to the *exceptio doli generalis*, was utilised under the aegis of *bona fides*.

Maar dat dit nie die bedoeling van die meerderheidsuitspraak was om die *bona fide*-beginsel of die rol van die openbare belang in die kontraktereg in die ban te doen nie, staan m.i. vas. Dit is klaarblyklik dat hierdie Hof self, sonder om altyd die terme *bona fides* te gebruik, die onderliggende beginsel steeds toepas. Dit geskied soms onder die benaming van openbare belang (public interest; public policy), soms met 'n beroep op die *bona fide*-beginsel. Dit het reeds begin in *Magna Alloys and*

Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis, supra, 'n uitspraak wat in 1984, en dus reeds vóór *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another* in 1988 gelewer is. Dié lyn is sterk deurgetrek in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes, supra* (1989) en *Botha (now Griessel) v Finanscredit (Pty) Ltd, supra* (1989); *LTA Construction Bpk v Administrateur, Transvaal, supra,* (1992) 'n uitspraak van Joubert AR; en in *Van der Merwe v Meades* 1991(2) SA 1(A) op 4 H-J saamgelees met 10 F-H ook 'n uitspraak van Joubert AR. (Sien oor laasgenoemde uitspraak, A.J. Kerr The *replicatio doli reaffirmed* : The *exceptio doli* available in our law in 108 SALJ 1991:583 ev).

Ek voel myself dus vry om die beginsels van openbare belang, wat die *bona fide*-beginsel insluit op die onderhawige feitestelsel toe te pas net soos wat dit in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes, supra* en *Botha (now Griessel) v Finansdredit (Pty) Ltd, supra,* en die ander genoemde uitsprake gedoen

is. Ek hou in gedagte die vermaning dat daardie beginsel oordeelkundig en versigtig toegepas moet word. Dit is belangrik om weer die woorde van Smalberger AR in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes, supra,* op 9 B-C te herhaal:

> No court should therefore shrink from the duty of declaring a contract contrary to public policy when the occasion so demands. The power to declare contracts contrary to public policy should, however, be exercised sparingly and only in the clearest of cases, lest uncertainty as to the validity of contracts result from an arbitrary and indiscriminate use of the power. One must be careful not to conclude that a contract is contrary to public policy merely because its terms (or some of them) offend one's individual sense of propriety and fairness. In the words of Lord Atkin in *Fender v St John-Mildmay* 1938 AC 1 (HL) at 12 ([1937] 3 All ER 402 at 407B-C), 'the doctrine should only be invoked in clear cases in which the harm to the public is substantially incontestable, and does not depend upon the idiosyncratic inferences of a few judicial minds' (see also *Olsen v Standaloft* 1983 (2) SA 668 (ZS) at 673G). Williston on *Contracts* 3 rd ed para 1630 expresses the position thus:
> 'Although the power of courts to invalidate

> bargains of parties on grounds of public policy is unquestioned and is clearly necessary, the impropriety of the transaction should be convincingly established in order to justify the exercise of the power.'

Dit sê iets van die instinktiewe gevoel van versigtigheid waarmee borgkontrakte bejeën word, dat die uitsprake wat in die meer moderne tye die *bona fide*-beginsel die sterkste beklemtoon en toegepas het, juis met borgkontrakte en die beweerde aanspreeklikheid van borge handel.

In *Rand Bank Ltd v Rubenstein* 1981(2) SA 207(W) was die borgstellings gegee met die oog daarop om die hoofskuldenaar, 'n maatskappy, in staat te stel om in dorpsgebied te ontwikkel. Drie jaar later skiet die skuldeiser 'n bedrag aan die hoofskuldenaar voor wat nie met dorpsontwikkeling verband hou nie. Tydens die aangaan van hierdie leningsooreenkoms was dit nóg die skuldeiser nóg die hoofskuldenaar se bedoeling dat die voormelde borgstelling as sekuriteit vir die lening sou

dien. Later, na likwidasie van die hoofskuldenaar, gryp die skuldeiser die borgkontrak aan, omdat dit in wye en onbeperkte terme die borgskuldenaar aanspreeklik stel vir al die hoofskuldenaar se verpligtinge van welke aard ookal teenoor die skuleiser.

Botha R wys die eis van die skuldeiser van die hand weliswaar met gebruikmaking van die *exceptio doli*, maar juis omdat hy die afdwing van die borgkontrak as strydig met die *bona fides* beskou:

> In my judgment, the plaintiff's attempt to use the deed of suretyship for this purpose, for which it was never intended, is a clear exhibition of bad faith on its part. In seeking to rely on the wide wording of the deed of suretyship, it is attempting to abuse the right it acquired for a particular purpose at that time, and to convert that right into a remedy in respect of a later unforeseen event, the enforcement of which, in my assessment, in the circumstances of this case, would undoubtedly constitute unconscionable conduct on the part of the plaintiff and would undoubtedly result in a gross injustice or great inequity towards the defendant.

Counsel for the plaintiff, echoing misgivings expressed in some of the cases referred to earlier, submitted that it must be a matter of extreme difficulty for a Judge to decide whether the enforcement of a right would amount to unconscionable conduct or great inequity. With great respect to others who have expressed such misgivings, I do not share them. A Judge must often, in the exercise of his judicial function, move about in areas of relative uncertainty, where he is called upon to form moral judgments without the assistance of precise guidelines by which to arrive at a conclusion. Examples in the field of contracts are the determination of whether a contract is contrary to public policy or *contra bonos mores* (See. eg, *Couzyn v Laforce* 1955 (2) SA 289(T).) The application of broad considerations of fairness and justice is almost an every-day occurrence in a court of law, for instance, in relation to awards of costs. I do not see why a Judge should shirk from performing this kind of task, however difficult it may seem to be. Of course, in connection with the *exceptio doli,* difficult questions may and do often arise as to a Court's freedom to depart from the rules and principles of the substantive law, and I certainly do not wish to minimise that kind of difficulty in this field. However, in this particular case with

> which I am dealing, I do not perceive any difficulty of that kind.

Dit mag wel so wees dat die gesonde benaderingswyse in *Rand Bank Ltd v Rubinstein*, supra, 'n terugslag toegedien is deur die meerderheidsuitspraak in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v Die Ornelas and Another, supra*. In daardie geval het die direkteure van 'n maatskappy in die visbedryf hulself as borge verbind teenoor die bank vir oortrekkingsfasiliteite in die maatskappy. Die borgaktes was egter, soos die gebruik is, in uiters wye terme en wel vir

> . . . due payment of every sum of money which may now or at any time hereafter be or become owing by the debtor to the Bank from whatsoever cause or causes arising, and for the due performance of every other obligation; howsoever arising, which the debtor may now or at any time hereafter be or become bound to perform in favour of the Bank. (My onderstreping).

'n Sekere sertifikaat van verhandelbare deposito is as meegaande

sekuriteit verskaf. Die maatskappy het mettertyd die oortrokke rekening ten volle gedelg. Toe die borgskuldenaars teruggawe van die sertifikaat en die kansellasie van die borgakte aanvra, weier die bank om aan die versoek gehoor te gee. Die argument van die bank was dat daar 'n verdere kontrak met die maatskppy gesluit was in verband met die aankoop van Amerikaanse dollars, dat die maatskappy kontrakbreuk gepleeg het, dat die bank skade gely het en van voornemens is om 'n aksie om skadevergoeding teen die maatskappy in te stel en, indien suksesvol, die borgskuldenare op grond van die borgstelling aanspreeklik te hou. In die uitspraak tans ter sprake beslis Joubert AR dat die woorde van die borgkontrak wyd genoeg is om 'n aksie om skadevergoeding voortspruitende uit daardie aksie te dek, sonder dat oorwegings van openbare belang en billikheid betrek is, anders as wat in *Rand Bank Ltd v Rubinstein, supra,* gedoen is.

In die betoogshoofde van die borgskuldenare se advokate in hierdie

Hof in die *Bank of Lisbon*-saak is die aandag gevestig op die uitspraak in *Rand Bank Ltd v Rubenstein, supra,* en is dit ook aangevoer dat daardie saak nie van die huidige een onderskeidbaar is nie en toegepas moes word (sien 591 A tot 592 F). Die meerderheidspuitspraak het egter nie na die uitspraak in *Rand Bank Ltd v Rubenstein, supra,* verwys nie. In die minderheidsuitspraak van Jansen AR word daarenteen spesifiek verklaar (op 617 J):

> In my view it would offend the sense of justice of the community to allow the Bank to use the strict wording of the documents to retain the securities after payment of the overdraft. I find support for this in the views expressed by Botha J in *Rand Bank Ltd v Rubenstein* (supra) and that of the Judge a quo in the present matter.

'n Situasie vergelykbaar met dié voor ons is dié wat in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes,* supra, onstaan het. 'n Geneesheer gaan met 'n finansieringsmaatskappy 'n ooreenkoms aan waarvolgens hy sy boekskulde

aan die maatskappy sal verkoop. Tegelykertyd onderteken hy 'n sessie-akte in terme waarvan hy, *in securitatem debiti*, al sy eise, vorderingsregte en ontvangste in die toekoms aan die maatskappy sedeer. Hierdie Hof het die sessie uitgelê as sou dit die effek gehad het dat dit die maatskappy in effektiewe beheer geplaas het van alle inkomste van die geneesheer, afgesien daarvan of hy enige bedrag aan die maatskappy verskuldig was en dat die maatskappy alle inkomste van die geneesheer kon behou selfs al was die geneesheer niks aan hom verskuldig nie. Die resultaat kan wees dat die geneesheer

> . . . could effectively be deprived of his income and means of support for himself and his family. He would, to that extent, virtually be relegated to the position of a slave, working for the benefit of Sasfin (or, for that matter, any of the other creditors (op 13 H-I).

Die Hof het bevind dat die kontrak uit hoofde van oorwegings van openbare belang onafdwingbaar was (op 15 I).

Ek hou dit as my oortuiging na dat die besinsels van die goeie trou, gegrond op openbare beleid, steeds in ons kontraktereg 'n belangrike rol speel en moet speel, soos in enige regstelsel wat gevoelig is vir die opvattinge van die gemeenskap, wat die uiteindelike skepper en gebruiker van die reg is, met betrekking tot die morele en sedelike waardes van regverdigheid, billikheid en behoorlikheid.

Natuurlik is dit so dat die uitspraak in *Sasfin Pty Ltd v Beukes*, supra, nie gesien moet of kan word ". . . as a free pardon for recalcitrant and otherwise defenceless debtors" nie (die woorde is die van Kriegler R in *Donelly v Barclays National Bank* 1990(1), SA 375(W)). Die terughoudendheid van Provinsiale en Plaaslike Afdelings van die destydse Hooggeregshof om die *bona fides* tot sy reg te laat kom (vir 'n lys van uitsprake sien *Standard Bank of SA Ltd v Wilkinson* 1993(3) SA 822 (K) op 825 C-E.) - staan egter teenoor die meer toeskietlike houding van hierdie

Hof soos onder andere blyk uit *Ex parte Minister of Justice: In re Donelly v Barclays National Bank Ltd* 1995(3) SA 1 (A) op 8 H ev.

In Frankryk bepaal art 1134 lid 3 van die *Code Civil* dat kontrakte in goeie trou uitgevoer moet word. Saam daarmee moet gelees word art 1135, wat voorskryf dat benewens die uitdruklike bedinge in 'n kontrak, ook ingesluit moet word al die gevolge wat billikheid, gebruik en die reg aan 'n kontrak, volgens die aard daarvan, koppel. In Duitsland geld die goeie trou beginsel uit hoofde van art 242 van die BGB. Daardie artikel:

> have been used by the German courts with remarkable freedom to adapt the law of contract to changed economic and social circumstances and attitudes . . . (Barry Nicholas *The French Law of Contract*, Oxford, 2e uitg 1992:154).

Net soos wat die Nederlandse reg voorsiening maak dat leemtes in ooreenkomste regterlik aangevul kan word met behulp van die redelikheid en billikheid, bevat dié regstelsel ook die teenoorgestelde norm: artikel

6:248 lid 2 verklaar dat 'n deur ooreenkoms geldende reël nie van toepassing is nie, insoverre dit in die gegewe omstandighede volgens die maatstawwe van redelikheid en billikheid onaanvaarbaar is.

Hierdie beginsel is deur die regspraak geskep en staan bekend as die leerstuk van die *beperkende werking van die goeie trou.* Die bepalings van die vorige BW het aansienlike probleme in verband met dié leerstuk geskep, wat gelukkig tans in die nuwe BW uit die weg geruim is. Die leerstuk dat die goeie trou van soveel belang is dat dit die uitdruklik ooreengekome bepalings kan oorwoeker, het in die regspraak in die jare twintig en begin van die jare dertig reeds ontwikkel. Dit het egter dinamies gegroei na die Tweede Wêreldoorlog, byvoorbeeld in uitsprake wat bevind het dat in die gegewe omstandighede 'n beroep op 'n exonerasie- (uitsluitings) klousule onredelik was en dat die klousule nie toegepas sal word nie. Hierna word dit uitgebrei na talle ander gevalle en soorte bedinge. Vooraanstaande

Nederlandse juriste het hierdie nuwe bewegings gesteun, onder andere E.M. Meijers, Star Busmann, Scholten, Van Oven, Zevenbergen en Wiarda. 'n Rigtinggewende akademiese bydrae is die 1972 Amsterdamse proefskrif van P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw.*

Die aanvanklike ontwerp van die nuwe BW het die beperkende werking aan die begrip *onbetaamlikheid* gekoppel, maar in die finale produk is die kriterium *die maatstawwe van redelikheid en billikheid* gekies.

Asser-Hartkamp merk op dat terwyl, in die negentiende eeu die goeie trou-beginsel as vaag beskou is en as sou dit in ander artikels verwesenlik wees en daar selde 'n beroep gedoen is op artikel 1374 lid 3, dit tans beskou word as een van die hoekstene van die kontraktereg. Daar is 'n 'onverstelpend' aantal uitsprake waarin die beginsel onder die ou BW reeds toegepas is, en Asser-Hartkamp meen dat die tendens voortgesit sal word. Die gemelde skrywers argumenteer voorts dat dit onjuis is om in hierdie

gevalle (derogerende werking) te praat van 'hersiening van die ooreenkoms deur die regter.' Nie die regter nie, maar die objektiewe reg lê op die partye die dwingende plig om hul by die uitvoering van ooreenkomste volgens die norme van redelikheid en billikheid te gedra en uit hoofde van daardie regsbeginsel kan hul kontraktuele regte gewysig word. In geval van dispuut konstateer die regter slegs welke wysiging die objektiewe reg teweeggebring het.

Wat ook al die algemene toepassing van die goeie troue begrip mag vereis, is dit duidelik dat daar in meer onlangse tye in verskeie stelsels naverwant aan ons eie, 'n besondere toepassingsgebied van dié begrip ontstaan het. Ek verwys na die tendens wat vereis dat waar een van die kontrakspartye moontlik nie die kontraksterme kan verstaan nie, of waar dit waarskynlik is dat 'n derde party onbehoorlike beïnvloeding of druk weens familie-verwantskap sal uitoefen, dit die plig van die "sterkere" kontraktant

is om seker te maak dat die "swakker" party die kontraksterme ten volle verstaan en inderdaad daartoe toestem.

Hierdie vereiste blyk uit 'n beslissing van die Nederlandse Hoge Raad in *Hajziani v Van Woerden* (HR 14 Januarie 1983; NJ 1983:457).

Hajziani, 'n Marokkaanse gasarbeider is in diens by Van Woerden. Op 11 Julie 1979 teken hy 'n dokument waarin verklaar word dat hy met die oog op 'n drie maande lange vakansie in Marokko sy diens beëindig. Geheel 'vrijblijwend' verklaar Van Woerden in die dokument dat indien daar by Hajziani se terugkeer vóór 11 Oktober 1979 'n betrekking by die firma bestaan, dit oorweeg sal word om hom weer in diens te neem. 'n Volledige afrekeningstaat word ingesluit. Op 17 Desember 1979 keer Hajziani terug en maak aanspraak daarop dat hy steeds by Van Woerden in diens is. Hy beweer dat hy die dokument geteken het slegs as bewys van ontvangs van die afrekeningsbedrag. Die regbank verwerp Hajziani se eis

maar op appél slaag hy. Vir die Regbank was die vraag of Van Woerden uit die ondertekening van die gemelde dokument nie sou kon aflei dat Hajziani nie akkord gaan met diensbeëindiging nie. Die Hoge Raad meen dat onder die besondere omstandighede die werkgewer hom met redelike sorgvuldigheid daarvan sal moet vergewis dat die werknemer begryp het dat sy instemming met diensbeëindiging versoek word.

Soortgelyk is die beslissing in *Hajjout v Ijmah Metaalwarenfabriek* (HR 15 April 1983: NJ 1983:458).

Dis ook 'n geval van 'n gasarbeider wat 'n dokument teken waarin hy diensontslag aanvaar en later aanvoer dat hy nie bewus was van die inhoud van die dokument nie. Die Hof meen dat die vraag of die teenparty se vertroue beskerm moet word, afhang van wat die teenparty in die omstandighede afgelei het, moes of kon afgelei het. In hierdie soort gevalle moet die werkgewer hom met redelike sorg kan vergewis dat die

werknemer bewus is van die strekking van sy verklaring.

Dieselfde reël ontwikkel teen ongeveer dieselfde tyd in Engeland.

In *Kingsworth Trust Ltd v Bell and Others* [1986] 1 All ER 423 (CA) wou Mnr. Bell geld leen by die eiser, 'n finansieringsmaatskappy. As sekuriteit sou hy o.a. 'n verbandakte moes verleen oor die gemeenskaplike woning van hom en sy eggenote. Laasgenoemde het 'n geldelike belang in die woning gehad met die gevolg dat sy ook 'n toestemmingsdokument sou moes onderteken. Die eiser stel vir Bell aan om die handtekening van sy eggenote te bekom. Hy slaag daarin maar slegs deur 'n wanvoorstelling teenoor haar te pleeg. Sy het geen onafhanklike advies ingewin vóór die ondertekening van die dokument nie. Toe Bell versuim om die leningskuld te delg, het die eiser beslag gelê op die woning uit hoofde van 'n hofbevel. Op appèl beslis die Court of Appeal by monde van Dillon LJ dat Mnr. Bell as die eiser se agent opgetree het en die eiser se eis dus

onderhewig was aan verwere soos onbehoorlike beïnvloeding of wanvoorstelling wat teen Mnr. Bell, as hyself eiser was, deur sy eggenote opgewerp kon word (op 427d-g).

Die belang van hierdie beslissing lê egter in die laaste woorde daarvan (op 428d-e):

> The moral is that where a creditor (or intending lender) desires the protection of a guarantee or charge on property from a third party other than the debtor and the circumstances are such that the debtor could be expected to have influence over that third party, the creditor ought for his own protection to insist that the third party has independent advice. That is the obvious means of avoiding the risk that the creditor will be held to have left it to the debtor to procure the execution of the relevant guarantee or security document by the third party.

Ten slotte dien gewys word op die beslissing van die Court of Appeal in 1992 in *Barclays Bank plc v O'Brien and Another* [1992] 4 All ER 983 (CA). Mnr. O'Brien en sy eggenote was mede-eienaars van die huis waarin

hul gewoon het. Hy was aandeelhouer in 'n maatskappy wat goedere vervaardig het. Hy wou verhoogde oortrekkingsfasiliteite by die bank beding vir die maatskappy. Die bank stem daartoe in, op voorwaarde onder andere dat die egpaar 'n verband oor die woning verleen. Die bankbestuurder het opdrag aan sy personeel gegee dat die inhoud en betekenis van die dokumente wat geteken moes word aan beide egliede verduidelik word en dat hulle aangeraai moes word om, indien hulle onseker is, onafhanklike regsadvies in te win. Die bankpersoneel het hierdie opdragte geensins uitgevoer nie en slegs die dokumente aan die O'Briens gegee om te onderteken. Beide van hulle het dit onderteken sonder om dit te lees. Toe beslag op die woning gelê is deur die bank weens nie-betaling van die rekening, voer Mev. O'Brien aan dat (i) sy deur onbehoorike druk van haar eggenoot die dokument onderteken het en (ii) dat hy 'n wanvoorstelling aan haar gemaak het oor die omvang van die

verbandverpligting. Sy voer aan dat hoewel sy geweet het dat sy 'n verband ten opsigte van die gemeenskaplike woning geteken het, sy geglo het dat dit beperk was slegs tot £60000 (inderdaad was dit ten bedrae van £135000) en dat dit slegs vir drie weke sou geld.

In die Court of Appeal is aangevoer dat aangesien Mnr. O'Brien nie die bank se verteenwoordiger was nie, sy wandade nie die bank toegereken kan word nie.

Die Court of Appeal beslis egter ten gunste van Mev. O'Brien en wel dat die verband teen haar slegs vir £60000 geld.

Scott LJ verwerp die benadering dat die bank se regte afhanklik gestel moet word of Mnr. O'Brien as sy verteenwoordiger opgetree het (op 986f-g). Hy meen dat 'n dieperliggende grondslag vir die vasstelling van 'n verweersgrond gevind moet word in daardie gevalle waar die skuldenaar 'n borgstelling of ander vorm van sekuriteit van 'n derde party moet verkry

en waar daar 'n besondere verhouding tussen die hoofskuldenaar en die derde bestaan, soos by eggenoot en eggenote, kind teenoor ouer, ens.

In 'n omvattende uitspraak waarin die Engelse en Australiese regspraak diepsinnig ontleed word, toon Scott LJ dat die Engelse reg op twee gedagtes hink. Die een is om getroude vrouens en bejaarde ouers wat, respektiewelik, vir hul eggenote of kinders, borg teken, eenvoudig oor dieselfde kam te skeer as alle ander borge. Hulle kan hulself nie op wanvoorstelling of onbehoorlike druk deur die eggenoot of kind beroep nie, nóg kan hulle kom sê dat hul nie die borgkontrak gelees of verstaan het nie.

Die ander gedagte is juis om sulke borge in 'n spesiale kategorie te plaas op grond van *equity*. Daardie groep sluit in

> . . . all cases in which the relationship between the surety and the debtor is one in which influence by the debtor over the surety and reliance by the surety on the debtor are natural and probable features of the relationship. In cases falling within this protected class, security given

> by the surety would, in certain circumstances, be unenforceable notwithstanding that the creditor might have had no knowledge of and not have been responsible for the vitiating feature of the transaction (op 1008c-e).

Die beginsel wat nou van toepassing is o.a. as gevolg van die uitspraak tans onder behandeling, word dan soos volg deur Scott LJ uitgedruk (op 1008e-g):

> In cases falling within this protected class, equity would hold the security given by the surety to be unenforceable by the creditor if: (i) the relationship between the debtor and the surety and the consequent likelihood of influence and reliance was known to the creditor; and (ii) the surety's consent to the transaction was procured by undue influence or material misrepresentation on the part of the debtor or the surety lacked an adequate understanding of the nature and effect of the transaction; and (iii) the creditor, whether by leaving it to the debtor to deal with the surety or otherwise, had failed to take reasonable steps to try and ensure that the surety entered into the transaction with an adequate understanding of the nature and effect of the transaction and that the

surety's consent to the transaction was a true and informed one.

En voorts (op 1009c-e):

Each case within the protected class must, in the end, depend on its own facts. But I would regard a clear written recommendation to the surety to take independent advice before signing the security document as advisable in most cases. I would regard it as inadvisable for the security document to be sent to the surety for signature unless accompanied by a recommendation to that effect. I would regard it as particularly inappropriate for the creditor simply to entrust the security document to the debtor with a view to the debtor obtaining the surety's signature. If the surety is invited to sign the security document in the creditor's offices, the creditor should, before the document is signed, explain its nature and effect to the surety. The background to all of this is knowledge on the part of the creditor that security is being taken from the surety for the benefit of the debtor and that the surety is a person who is likely to be influenced by and to have some degree of reliance on the debtor. In these circumstances the creditor should be seeking to ensure that unfair advantage is not taken of the

> surety. If, however, a creditor has taken reasonable steps, such as advising the surety to take independent advice, or, if the surety declines to do so, offering a fair explanation of the security document before the surety signs it, I can see no reason why equity should intervene. (My beklemtoning).

Wat die feite betref, bevind Scott LJ dat Mev. O'Brien inderdaad nie die borgstelling verstaan het nie weens Mnr. O'Brien se wanvoorstelling en dat die beginsels van *equity* tot haar redding moet kom. Regters Butler-Sloss en Purchas LJJ het hulle met hierdie bevinding vereenselwig.

Ek keer terug na die geding voor hierdie Hof.

In die onderhawige geval was die pasiënt toe sy gevra was om die borgkontrak en die sessie-dokument te onderteken, reeds 85 jaar oud. Sy kon skaars behoorlik sien of hoor. Sy was baie dae verward. Klaarblyklik is sy deur haar lieflingseun om sy pinkie gedraai om een na die ander dokument, wat vir haar erg benadelend was en geen enkele voordeel

ingehou het nie, te onderteken. Uit ander dokumente blyk dit dat sy gedink het dat sy haar aandele slegs maar beskikbaar stel aan haar seun, sonder benadeling van haar regte, en dat sy maar slegs teruglewering daarvan hoef te vra om dit terug te kry. Toe sy die dokumente by die appellant se tak op Stellenbosch gaan onderteken het, is die inslag daarvan nie aan haar verduidelik nie en het sy dit onderteken sonder om dit te lees. Die appellant het geen moeite gedoen om die omvang en betekenis van haar handelinge aan haar te verduidelik nie of seker te maak dat sy dit verstaan nie. Sy het haar klaarblyklik laat beïnvloed deur haar seun se voorstellings oor wat haar verpligtinge is. Daarbenewens het sy ook dokumente onderteken wat nie slegs sou dien om haar bestaande borgverpligtinge teenoor Nedbank na die appellant te verplaas nie. Die dokumente wat sy by appellant en in sy guns onderteken het, bevat nuwe verpligtinge waarvan sy waarskynlik nie bewus was nie. Dit is duidelik dat al hierdie

implikasies nie deur die appellant aan haar verduidelik is nie.

In gemelde omstandighede meen ek dat die openbare belang nie vereis dat die algemene beginsel, dat 'n handelingsbevoegde kontraktant aan die ooreenkoms gebonde gehou moet word, strak deurgevoer moet word. Die Nederlandse en Engelse beslissings hierbo aangehaal dui myns insiens die aangewese benaderingswyse aan. Waar die borg, soos in hierdie geval, opsigtelik liggaamlik swak is en uit 'n gesprek met die skuldeiser laat blyk dat hy of sy verward is of moontlik nie die implikasies van die borgkontrak goed verstaan nie, of waar die borg tot die kennis van die skuldeiser 'n eggenote is wat vir die eggenoot borg staan of 'n bejaarde ouer is wat vir 'n kind borgstaan, verg die openbare belang myns insiens dat die skuldeiser seker maak dat die borg die volle en werklike betekenis en implikasies van die borgkontrak en enige gevolglike sessies goed begryp. Soos in *Kingsworth Trust Ltd v Bell and Others, supra,* en *Barclays Bank*

plc v O'Brien and Another, supra, aangetoon, kan dit gedoen word deur aan te dring dat die borg onafhanklike regsadvies kry of deurdat die skuldeiser self die volle en werklike betekenis en implikasies van die borgkontrak en ander dokumente aan die borg verduidelik.

Wat in die onderhawige geval gedoen is, skiet vér te kort aan hierdie vereistes. Onder die omstandighede is ek van mening dat die *bona fides* verg dat die borgkontrak en sessie nie teen die pasiënt afgedwing word nie.

Ek sou om hierdie rede die appél van die hand wys met koste.

PJJ OLIVIER AR