

REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA

RAPPORTEERBAAR

evdw/

Saaknommer : 569/96 NKA

IN DIE HOOGSTE HOF VAN APPÈL VAN SUID-AFRIKA

In die appèl van

WILLEM ANDREAS FERDINAND STRYDOM

Appellant

en

MEV J W DUVENHAGE NO

Eerste Respondent

en

DIE KOMMISSARIS VAN BINNELANDSE INKOMSTE

Tweede Respondent

Hof: Van Heerden AHR, Smalberger, Howie ARR,
Farlam, Ngoepe Wnd ARR

Verhoordatum: 25 Augustus 1998

Uitspraak gelever: 18 September 1998

UITSPRAAK

FARLAM WND AR

Die appellant het in die Noord Kaapse Afdeling van die Hooggeregshof van Suid-Afrika aansoek gedoen om 'n bevel waarvolgens

- (1) dit verklaar word dat die koopprys van drie plase wat hy van die boedel waarvan die eerste respondente die eksekutrise is, gekoop het belasting op toegevoegde waarde ("BTW") insluit;
- (2) die eerste respondente gelas word om 'n belastingfaktuur aan hom te voorsien ingevolge artikel 20 van die Wet op Belasting op Toegevoegde Waarde 89 van 1991, (die "BTW-wet") en
- (3) die eerste respondente gelas word om die koste van die aansoek te betaal.

Die tweede respondent, die Kommissaris van Binnelandse Inkomste, is slegs as party gevoeg omdat hy 'n belang het in die belasting wat gevorder word. Geen regshulp is teen hom gevorder nie en hy berus in die uitspraak van die hof.

Die eerste respondente het die aansoek teengestaan en 'n teenaansoek geloods waarin sy gevra het vir 'n bevel waarvolgens

- (1) die appellant gelas word om "die bedrag van R43 249,60, synde die belasting

op toegevoegde waarde, teen 'n koers van 10% op die koopsom van R432 496,06" ten aansien van die koop van bogenoemde plase aan haar te betaal; alternatiewelik

- (2) (i) klousule 8 van die koopkontrak, onderteken deur die appellant en die eerste respondente nadat die appellant die plase op 'n openbare veiling wat op 18 November 1992 plaasgevind het, gerektifiseer word deur die woord "hereregte" te vervang met die woorde "BTW op die koopprys, welke BTW uitgesluit sal wees by die koopprys en betaalbaar is bo en behalwe die koopsom";
- (ii) klousule 16 van die koopkontrak gerektifiseer word deur die woorde "hereregte" met die woord "BTW" te vervang; en
- (3) die appellant gelas word om die koste van die teenaansoek te betaal.

Basson R, voor wie die saak gedien het, het die appellant se aansoek van die hand gewys met koste en beslis dat die teenaansoek met koste moet slaag, nie op die basis dat die koopkontrak gerektifiseer moet word nie, maar op die basis dat 'n stilswyende term by die koopkontrak ingelees moet word wat soos volg lui:

"Indien hereregte nie betaalbaar is nie maar wel BTW moet die koper die voorgeskrewe BTW op die koopprys betaal bo en behalwe die koopprys"

en dat die woorde "of BTW" ingelees moet word na die woord "hereregte" in klousule 16 van die koopkontrak.

(Die uitspraak van die Hof *a quo* is gerapporteer: sien Strydom v Duvenhage NO en 'n Ander, 1996(3) SA 27 (NKA). Hierteen appelleer die appellant, met verlof van die Hof *a quo*.

Soos blyk uit wat alreeds gesê is, het die appellant drie plase op 'n openbare veiling gekoop. Die koopsom was R432 496,06 en die appellant, wat deur sy eggenote op die veiling verteenwoordig was, het die sogenoemde "Voorwaardes van Verkoping" later die dag by die kantore van die afslaers onderteken.

Klousules 8 en 16 van die "Voorwaardes van Verkoping" is van belang in hierdie saak. Hulle lui soos volg:

- "8. Verkoper betaal De Kock en Duffey [die eerste respondente se prokureurs wat ook die afslaers was] advertensiekoste en afslaerskommissie met BTW en Koper betaal koste van koopvoorwaardes, hereregte en transport en klein uitgawes.
- 16. Koper sal sodra hy daarvoor gevra word,

voorsiening maak vir die koste van
koopvoorwaardes, hereregte en transport en klein
uitgawes.”

Die boedel waarvan die eerste respondente die eksekutrise was, was dié van haar oorlede eggenoot, Petrus Marthinus Duvenhage. In sy leeftyd was hy geregistreer as 'n ondernemer ingevolge die BTW-wet. Na sy afsterwe is die onderneming, voorheen deur hom bedryf, deur die eerste respondente bedryf en gevolglik is sy boedel geag by die toepassing van die BTW-wet 'n ondernemer te wees: sien art 53(1)(a) van die BTW-wet.

Volgens mnr GJ Olivier, 'n prokureur van die firma De Kock en Duffey, wat die voorwaardes van verkoping opgestel het, was hy onder die indruk dat die boedel nie geregistreer was as 'n ondernemer ingevolge die BTW-wet nie. Dit was klaarblyklik die rede hoekom klousules 8 en 16 van die koopkontrak so bewoord is. Dit is duidelik uit die stukke dat beide die appellant en die eerste respondente gemeen het dat hereregte, en nie BTW nie, betaalbaar sou wees by die oordrag van die plase.

Die appellant het R19 624,80, synde die hereregte betaalbaar op die transaksie, aan mnre De Kock en Duffey betaal, blykbaar in Februarie 1993, en het toe 'n bedrag

van R39 317,82, synde sy denkbeeldige insetbelastingkrediet, van die tweede respondent teruggeëis ingevolge artikels 1 en 16 van die BTW-wet soos dit gelui het toe die transaksie plaasgevind het.

Volgens die appellant het hy tydens kontraksluiting beoog om hereregte te betaal en sy denkbeeldige insetbelastingkrediet (wat hy "geagte BTW" genoem het), wat meer sou wees as die hereregte, terug te eis.

Die tweede respondent het aanvanklik die terugbetaling van die appellant se denkbeeldige insetbelastingkrediet aan hom goedgekeur en die bedrag van R39 317,82 is inderdaad deur die tweede respondent aan die appellant betaal.

Dit het toe geblyk dat nie hereregte nie, maar BTW betaalbaar was, omdat die verkoper 'n ondernemer was in terme van die BTW-wet: sien art 7(1) van die BTW-wet. Die appellant moes toe die denkbeeldige insetbelastingkrediet aan die tweede respondent terugbetaal. Die appellant het toe aangedring op 'n BTW faktuur, ingevolge art 20 van die BTW-wet, wat die eerste respondent geweier het om aan hom te verstrek. Sy het aangevoer dat die appellant BTW op die transaksie, synde 'n bedrag van R43 249,60 (10% van die koopsom), aan haar moes betaal sodat sy dit weer op

haar beurt aan die tweede respondent kon betaal, waarna sy die BTW faktuur wat die appellant aangevra het aan hom sou lewer.

Sy het verder aangevoer dat die gemeenskaplike bedoeling van haar en die appellant was dat hy "alles sou betaal wat aan [die tweede respondent] betaalbaar mag wees en indien die partye by sluiting van die koopkontrak, en selfs by die veiling, geweet het dat BTW wel deur die verkoper betaalbaar sou wees, sou hulle die kontrak sodanig bewoord het dat dit sou gelees het dat die [appellant] BTW moes betaal op die koopsom van die eiendom en wel bo en behalwe en uitgesluit by die koopsom." Dit was haar bedoeling te alle tye, het sy beweer, dat die volle koopsom, soos bepaal deur die bod toegeslaan op die betrokke koper, in die boedel van haar oorlede eggenoot sou gestort word, sonder aftrekking van enige belasting of hereregte. Sy het derhalwe aan die hand gedoen dat die koopkontrak gerektifiseer behoort te word in die opsigte uiteengesit in haar teenaansoek waarna ek alreeds verwys het.

Die appellant het die teenaansoek geopponeer. Hy het ontken dat dit die gemeenskaplike bedoeling van die partye was dat hy alles sou betaal wat aan die tweede respondent betaalbaar mag wees. Hy het beweer dat dit die bedoeling was

bloot om hereregte te betaal, en dat indien hy of sy eggenote tydens die veiling geweet het dat BTW addisioneel tot die koopsom betaalbaar sou wees "dit glad nie 'n uitgemaakte saak is dat [hy] 'n koopvooreenkoms met eerste respondente sou aangegaan het nie." Hy het die eerste respondente se bewering te dien effekte as "bloot 'n bespiegeling", bestempel.

Hy het verder aangevoer dat alhoewel hy as koper verplig sou gewees het vanweë die koopkontrak (sien terloops art 2(1) van die Wet op Hereregte 40 van 1949) om hereregte te betaal, as hereregte betaalbaar was, die eerste respondente aanspreeklik was om BTW op die transaksie te betaal aangesien die transaksie getref is deur art 7(1)(a) van die BTW-wet.

Hy het gesteun op artikel 64(1) van die BTW-wet, wat soos volg lui:

"64(1). 'n Prys gevra deur 'n ondernemer ten opsigte van 'n belasbare lewering van goed of dienste word by die toepassing van hierdie Wet geag belasting in te sluit wat ingevolge artikel 7(1)(a) ten opsigte van daardie lewering betaalbaar is, hetsy die ondernemer belasting in daardie prys ingesluit het of nie"

Namens hom is betoog dat aangesien die koopkontrak geen melding van BTW maak nie, word die koopprys ingevolge art 64 geag BTW in te sluit.

Basson R het hierdie submitisie verwerp. Hy het gesê (op 32 C-G):

"Ek meen nie dat die uitleg van art 64(1) so eenvoudig is as wat die applikant en tweede respondent somaar aanvaar nie.

Ek meen dat art 64(1) eintlik verwys na 'n prys wat die ondernemer eensydig bepaal het, bv 'n winkelier wat goedere in sy winkel teen bepaalde pryse verkoop. Dan sou dit nie saak maak of die ondernemer belasting in daardie prys ingesluit het of nie. Dit word geag dat die prys wat hy vra BTW insluit. Met ander woorde, die ondernemer (verkoper) moet BTW in sy prys insluit. Net so ook moet in advertensies en kwotasies die prys belasting insluit en daar moet gemeld word dat die prys belasting insluit

'tensy die totale bedrag aan belasting wat ingevolge art 7(1)(a) hefbaar is, die prys sonder belasting en die prys met belasting ingesluit deur die ondernemer geadverteer en gekwoteer word'.

(Artikel 65(1).) Die artikel bevat ook verdere voorskrifte.

Waar 'n prys deur onderhandeling vasgestel word, word gewoonlik in die ooreenkoms vermeld of die prys BTW insluit en of BTW nog bygevoeg moet word.

As daar uitdruklik gesê word dat BTW nog bygevoeg moet word by die prys kan die deel van die ooreenkoms tog nie net geïgnoreer word nie.

As art 64(1) in so 'n geval toegepas moet word, bring dit mee dat ten spyte van die ooreenkoms die prys geag word belasting in te sluit 'hetsy die ondernemer belasting in daardie prys ingesluit het of nie'. Dit kan tog nie wees nie."

In 'n ongerapporteerde beslissing in die Transvaalse Provinsiale Afdeling (BP

Marais NO en Drie Andere v JT Benade NO en 'n Ander, 28 Augustus 1996) het Van Dijkhorst R verwys na die uitspraak in die Hof *a quo* en bedenkinge uitgespreek oor Basson R se beslissing op hierdie punt.

Basson R se uitleg is ook deur verskeie skrywers gekritiseer: sien (1996) 45 The Taxpayer, 149, 1996 Annual Survey of South African Law 864-6 en (1996) 59 THR - HR 700-706.

Na my mening is dit onnodig om uitsluitel oor hierdie aspek te gee. Dit is duidelik vanuit die bepalings van artikel 7(2) van die BTW-wet dat die verpligting om BTW te betaal ten opsigte van 'n transaksie waar BTW betaalbaar is op die ondernemer (verkoper) rus en nie op die ontvanger (koper) nie.

Die enigste vraag waaraan oorweging geskenk moet word, is of die appellant onderneem het om die bedrag betaalbaar as BTW aan die eerste respondente te betaal. Klaarblyklik was daar geen uitdruklike onderneming te dien effekte nie en ook geen sprake van 'n gemeenskaplike bedoeling in die verband nie.

Die Hof *a quo* het gevolglik vir 'n stilswyende term gesoek wat die appellant sou verplig om 'n bedrag gelykstaande aan BTW aan die eerste respondente te betaal.

Die regsposisie ten opsigte van stilswyende terme word uiteengesit deur Corbett

Wnd AR in Alfred Mc Alpine & Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration,

1974(3) SA 506(A) (op 531 H - 532 C), waar die belese regter, nadat hy verwys het na

die verskil tussen twee soorte stilswyende terme (eerstens, terme geïmpliseer deur die

reg en, tweedens, terme gebaseer op die gemeenskaplike bedoeling van die partye)

gesê het:

"In supplying such an implied term the Court, in truth, declares the whole contract entered into by the parties. In this connection the concept, common intention of the parties, comprehends, it would seem, not only the actual intention of the parties but also an imputed intention. In other words, the Court implies not only terms which the parties must actually have had in mind but did not trouble to express but also terms which the parties, whether or not they actually had them in mind, would have expressed if the question, or the situation requiring the term, had been drawn to their attention. . . . This same general concept would appear to underline the following *dictum* of Van den Heever, JA, in Van der Merwe v Viljoen, 1953(1) SA 60 (AD) at p 65:

"Die uitdrukking "stilswyende beding" dui reeds daarop dat dit iets moet wees wat die partye bedoel het, of geag moet word te bedoel het, maar waaraan hulle geen uiting gegee het nie." (Die onderstreping was dié van Corbett WndAR.)

In sy uitspraak, nadat hy gesê het dat hy die uitdrukking "tacit term" vir 'n term

gebaseer op die werklike of toegedigte bedoeling van die partye verkies, het hy voortgegaan (op 532 H - 533 B):

“The Court does not readily import a tacit term. It cannot make contracts for people; nor can it supplement the agreement of the parties merely because it might be reasonable to do so. Before it can imply a tacit term the Court must be satisfied, upon a consideration in a reasonable and businesslike manner of the terms of the contract and the admissible evidence of surrounding circumstances, that an implication necessarily arises that the parties intended to contract on the basis of the suggested term. (See *Mullin (Pty) Ltd v Benade Ltd* 1952(1) SA 211 (AD) at pp 214-5, and the authorities there cited; *SA Mutual Aid Society v Cape Town Chamber of Commerce*, 1962(1) SA 598 (AD)). The practical test to be applied — and one which has been consistently approved and adopted in this Court — is that formulated by Scrutton LJ, in the well-known case of *Reigate v Union Manufacturing Co*, 118 LT 479 at p 483:

“You must only imply a term if it is necessary in the business sense to give efficacy to the contract; that is, if it is such a term that you can be confident that if at the time the contract was being negotiated someone had said to the parties: “What will happen in such a case?” they would have both replied: “Of course, so-and-so. We did not trouble to say that; it is too clear.”

This is often referred to as the bystander test. “

Basson R het gepoog om die "bystander test" toe te pas. Op 34 H het hy gesê:

"As in die onderhawige geval vir die partye gevra sou gewees het: 'Wat sal gebeur as hereregte nie betaalbaar is nie, maar wel BTW?' sal die partye vanselfsprekend geantwoord het dat die koper dan BTW moet betaal."

Vroeër in sy uitspraak (op 33 C) het hy gesê:

"Hereregte is maar 'n vorm van belasting betaalbaar by oordrag van vaste eiendom. Net so is BTW 'n vorm van belasting betaalbaar in plaas van hereregte in die besondere omstandighede van hierdie saak."

In PB Marais NO en Drie Andere v JT Benade NO en 'n Ander, *supra*, het Van

Dijkhorst R na daardie passasie in die Hof *a quo* se uitspraak verwys en soos volg

opgemerk (op bl 12 van die getikte uitspraak):

"Ek moet met eerbied van die geleerde regter verskil. Dit is korrek dat hereregte 'n vorm van belasting is, maar waar 'n kontraksparty spesifiek ooreenkom om 'n besondere vorm van belasting te betaal, kan daaruit nie afgelei word dat hy stilswyend ooreenkom om enige ander vorm van belasting te betaal nie. Veral nie as laasgenoemde aansienlik hoër is nie."

Ek stem saam. Na my mening kan dit in hierdie geval nie bevind word dat beide

partye op navraag noodwendig sou gesê het dat die koper die BTW sou betaal nie. Die

eerste respondente sou dit seer sekerlik gesê het, maar dieselfde geld nie vir die appellant wat heelwat meer sou moes betaal het as BTW betaalbaar was, en nie in staat sou gewees het om sy denkbeeldige insetbelastingkrediet te eis nie. Hy mag wel "nee" gesê het; trouens, dit is waarskynlik dat hy so sou gesê het. Boonop was die be-oogde stilswyende bepaling nie noodsaaklik om aan die koopvooreenkomste kommersiële effektiwiteit (*business efficacy*) te verleen nie.

In die omstandighede is ek tevrede dat die uitspraak van die Hof *a quo* verkeerd was.

Geeneen van die partye het aangevoer dat die kontrak ongeldig was as gevolg van die partye se verkeerde aanname dat hereregte en nie BTW betaalbaar was nie.

Dit volg, myns insiens, dat as die kontrak geldig was die koper verplig was ingevolge art 7(2), gelees met 7(1)(a), van die BTW-wet om BTW op die koopsom te betaal en dat die appellant derhalwe geregtig was op die regshulp waarvoor hy gevra het in sy kennisgewing van mosie.

In die omstandighede slaag die appèl, met koste, en die bevel van die Hof *a quo* word deur die volgende vervang:

- "1. 'n Bevel word uitgereik in terme van Bedes 1, 2 en 3 van die applikant se kennisgewing van mosie.
2. Die eerste respondente se teenaansoek word van die hand gewys, met koste."

IG FARLAM Wnd AR

Stem saam :

Van Heerden AHR
Smalberger AR
Howie AR
Ngoepe Wnd AR