

VRYSTAAT HOË HOF, BLOEMFONTEIN
REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA

Saaknommer : 6137/2009

In die saak tussen:-

NEDBANK BEPERK

Eiser

en

PICKOR THIRTY ONE BK

Eerste Verweerder

CHRISTIAAN ERNST LABUSCHAGNE

Tweede Verweerder

DSS BELEGGINGS BK

Derde Verweerder

MARDELOU KONSTRUKSIE BK

Vierde Verweerder

CORAM:

VAN ZYL, R

GELEWER OP:

9 SEPTEMBER 2010

- 1] Eiser het verweerders gesamentlik en afsonderlik, die een betaal die ander kwytskeld te word, gedagvaar vir die volgende regshulp soos blyk uit die besonderhede van vordering:

“EISE NOMMERS 1 TOT 3:

34.1 Betaling van die bedrag van R2 654 117.83 (eis no. 1);

34.2 Rente op voormelde bedrag teen 10,5% per jaar

bereken vanaf 04/12/2009 tot datum van betaling
(beide dae ingesluit);

34.3 Betaling van die bedrag van R846 852.19 (eis no. 2);

34.4 Rente op voormelde bedrag teen 10,50% per jaar
bereken vanaf 04/12/2009 tot datum van betaling
(beide dae ingesluit);

34.5 Betaling van die bedrag van R75 256.50 (eis no. 3);

34.6 Rente op voormelde bedrag teen 20% per jaar bereken
vanaf 04/12/2009 tot datum betaling (beide dae
ingesluit);

34.7 'n Bevel waarkragtens die volgende onroerende
eiendom onmiddellik uitwinbaar verklaar word:

**34.7.1 ERF 7974, WELKOM (UITBREIDING 18),
DISTRIK WELKOM, PROVINSIE VRYSTAAT,
GROOT 9231 M² (NEGE TWEE DRIE EEN
VIERKANTE METER**

Gehou kragtens Transportakte T019767/2004

**34.7.2 ERF 7976, WELKOM (UITBREIDING 18),
DISTRIK WELKOM, PROVINSIE VRYSTAAT,
GROOT 1188 M² (EEN EEN AGT AGT
VIERKANTE METER)**

Gehou kragtens Transportakte T7143/2007

34.8 Betaling van eiser se regskoste op prokureur- en
kliëntskaal;

34.9 Verdere en/of alternatiewe regshulp.

EIS NO. 4:

34.11 Kansellasië van die ooreenkoms;

34.12 Lewering van die goedere soos uiteengesit in paragraaf

24.1 hierbo;

34.13 Betaling van skadevergoeding en rente bewys te word;

34.14 Koste van die geding op die skaal tussen prokureur en
kliënt;

34.15 Verdere en/of alternatiewe regshulp.”

2] Nadat verweerders kennis gegee het van hul voorneme om die aksie te verdedig, het eiser 'n aansoek om summier vonnis geloods. Daarop het tweede verweerder, namens eerste tot vierde verweerders, 'n opponerende verklaring geliasseer. Hoewel die aansoek om summier vonnis gerig was op al vier voormelde eise van eiser, het dit uit die betoogshoofde van mnr. Van Rooyen, namens eiser, geblyk dat eiser voortspruitend uit die inhoud van die opponerende verklaring, aan verweerders verlof verleen om eise 3 en 4 te verdedig en is versoek dat die koste ten aansien van die aansoek om summier vonnis wat betref hierdie eise, koste in die geding moet wees. Eiser het egter volhard met sy aansoek om summier vonnis teen die verweerders ten opsigte van eise 1 en 2, sowel as dat die koste van die

summiere vonnis op prokureur- en kliëntskaal aan eiser toegeken word.

[3] Voortspruitend uit die beregting van die bestrede summiere vonnis aansoek, het ek die volgende bevele gemaak:

“1. Ten opsigte van eis 3 en eis 4 van die besonderhede van vordering, word dit by ooreenkoms tussen die partye gelas dat:

1.1 Verlof aan verweerders verleen word om voormelde eise te verdedig;

1.2 Die koste van die aansoek om summiere vonnis ten opsigte van voormelde eise, koste in die geding is.

1] Ten opsigte van eise 1 en 2 van die besonderhede van vordering, word dit gelas dat:

1.1 Die aansoek om summiere vonnis van die hand gewys word;

1.2 Verlof aan verweerders verleen word om laasgenoemde eise te verdedig;

1.3 Die koste van die aansoek om summiere vonnis ten opsigte van laasgenoemde eise oorstaan vir latere beregting.”

[4] Wat hierin volg, is die redes vir die verlening van voormelde bevele 2.1 tot 2.3 ten opsigte van eise 1 en 2.

[5] Ten opsigte van eise nommer 1 en 2, is eiser se skuldoorsaak gebaseer op twee skriftelike lenings-ooreenkomste gesluit tussen eiser en eerste verweerder, welke aangeheg is tot die besonderhede van vordering as aanhangsels “A” en “D” onderskeidelik.

[6] Beide die twee leningsooreenkomste bevat die volgende tersaaklike bepalinge:

6.1 Die totale uitstaande bedrag op die tersaaklike ooreenkomste word onmiddellik verskuldig en betaalbaar by, onder andere, wanbetaling.

6.2 Indien sodanige wanbetaling nie herstel word binne sewe dae na ontvangs van 'n skriftelike kennisgewing vanaf die eiser wat die regstelling versoek nie, is eiser geregtig om, onder andere, onmiddellike terugbetaling van die totale uitstaande bedrae te vorder, tesame met rente daarop.

6.3 'n Sertifikaat wat deur enige bestuurder van die eiser eiser (wie se status nie hoef bewys te word nie)

opgestel opgestel en onderteken is en waarin die bedrag verskuldig gesertifiseer word, is *prima facie* bewys van die juistheid van die verskuldigde bedrag, sowel as koste en rente wat verskuldig en betaalbaar is.

6.4 Geen wysiging van die ooreenkomste het enige regskrag tensy dit op skrif gestel en deur die partye of hul gemagtigde agente onderteken is nie.

6.5 Geen verslapping of vergunning wat enige party aan die ander party toestaan, benadeel sodanige party wat die vergunning verleen in sy regte voortspruitend uit die ooreenkomste nie en sal nie geag word 'n afstanddoening te wees of 'n novasie van die ooreenkoms nie.

[7] Eiser steun dan daarop dat eerste verweerder ten aansien van eise nommer 1 en 2, nie gereelde en stiptelike betalings in terme van die leningsooreenkomste gemaak het nie, dat eiser eerste verweerder behoorlik aangemaan het by wyse van aanmanings wat per geregistreerde pos na eerste

verweerder se gekose domicilium versend is, maar dat eerste verweerder versuim het om die agterstallige bedrae te betaal, waarop die totale uitstaande bedrae opeisbaar en betaalbaar geword het. Vir doeleindes van bewys van die onderskeie verskuldigde bedrae, steun eiser op saldo-sertifikate soos in die leningsooreenkomste beding.

[8] Dit is voorts eiser se saak dat tweede, derde en vierde verweerders hulself as borge en mede-hoofskuldenaars teenoor eiser verbind het vir die behoorlike nakoming van eerste verweerder se verpligtinge jeens eiser en vandaar hul aanspreeklikheid.

[9] Verdermeer het eerste verweerder verbande aan eiser verleen as sekuriteit vir die behoorlike en stiptelike betaling van enige bedrae wat deur eerste verweerder verskuldig mag wees of verskuldig mag word aan eiser. 'n Dekkingsverband is ook ten gunste van eiser verleen deur eerste verweerder as voordurende sekuriteit vir enige bedrag voortspruitend uit enige skuldoorsaak van watter aard ookal wat tans of in die toekoms verskuldig is deur eerste verweerder aan eiser. Dit is op die basis van hierde

verbande wat eiser die die onmiddellike uitwinbaarverklaring van die tersaaklike belaste eiendomme vorder.

- [10] Vanweë die feit dat, soos ek reeds aangedui het, eiser toestem dat verloff om te verdedig ten opsigte van eise 3 en 4 aan verweerders toegestaan word, gaan ek nie in verdere detail met hierdie eise handel nie.

11]Dit bly uit verweerders se opponerende verklaring dat hul hoofsaaklik op die volgende verweere steun:

- 11.1 Eerste verweerder, tesame met derde en vierde verweerders, se besigheid word as 'n groep (Clear Water Centre Groep) bedryf tot kennis van eiser. As gevolg van die uiters swak ekonomiese klimaat in Suid-Afrika en spesifiek in Welkom en die Goudveld waar hierdie besighede bedryf word, het tweede verweerder reeds gedurende Februarie 2009 in gesprek getree met gemagtigde amptenare van eiser by die plaaslike tak te Welkom, Stateway, synde Santie de Lange, die Diensbestuurder, en ene

Hennie. Gedurende daardie tydperk was sogenaamde betalings-vakansies deur eiser en ander banke aan hul kliënte aangebied wat behels het dat 'n kliënt kon aansoek doen dat vrystelling verleen word om verpligte maandelikse betalings te maak vir 'n periode van tyd soos ooreengekom tussen die partye. Die gevolg is dan dat geen betalings vir sodanige tydperk gemaak hoef te word nie – die fasiliteit of lening word herskeduleer om voorsiening te maak vir rente en koste wat gedurende daardie tydperk oploop. Sekere koste wat normaalweg gehef word, word ook nie gedurende sodanige vergunningstydperk gehef nie. Verweerders het aansoek gedoen vir sodanige betalings-vakansie, wat dan ook blyk uit 'n e-pos, gedateer 25 Maart 2009, aangeheg tot die funderende verklaring as aanhangsel “O1”. 'n Ses maande betalings-vakansie is toe inderdaad mondelings aan verweerders toegestaan en verleen gedateer April 2009. Geen skriftelike bevestiging hieromtrent is egter verkry nie. Hierdie vergunning is gegee Clear water Centre Group, met ander woorde

aan al die verweerders.

Tweede verweerder was steeds deurgaans in gesprek met eiser en het dit daartoe aanleiding gegee dat 'n skriftelike aanbod deur eiser aan verweerders gemaak is op 17 November 2009, welke aanbod aangeheg is tot die opponerende verklaring as aanhangsel "O2". Dit het gehandel met die bepalinge en voorwaardes waarvolgens eiser bereid was om fasiliteite aan verweerders beskikbaar te stel. Aldus tweede verweerder was dit die uitdruklike verstandhouding tussen die partye dat hangende die suksesvolle voltooiing van die samesprekings, die betalings-vergunning verleng word. Die samesprekings was nog nie voltooi op die stadium wat die dagvaarding in hierdie aangeleentheid uitgereik is op 11 Desember 2009 nie.

11.2 Eiser steun vir nakoming van sy kontraktuele verpligtinge op aanmaningskennisgewings ten opsigte van die twee leningsooreenkomste versend

aan eerste verweerder, welke kennisgewings gedateer is 22 Junie 2009. Volgende tweede verweerder het die skrywes hom (namens eerste verweerder) nooit bereik nie, aangesien dit versend is na die adres te Koppie Alleenweg 291, welke adres volgens tweede verweerder vanweë 'n *bona fide* fout tussen die partye op die onderskeie ooreenkomste aangedui is as eerste verweerder se *domicilium citandi et executandi*. Die korrekte adres is egter Koppie Alleenweg 281, Welkom. Volgens tweede verweerder is hierdie kennisgewings egter in ieder geval versend ten tyde van die betalingsvakansie waarin eiser aan tweede verweerder uitstel gegee het vir die betaling van verpligte paaieimente vir 'n periode van ses maande en was daar derhalwe geen verskuldigheid of agterstalligheid ten tyde van die versending van hierdie skriftelike aanmanings nie. In die lig van die omstandighede kan daardie kennisgewings derhalwe nie regtens geag word kennisgewings in terme van die tersaaklike ooreenkomste te wees nie, met die gevolg dat die kennisgewings verweerders nie *in mora* geplaas nie

en indien eiser sou wou terugval op die oorspronklike tersaaklike ooreenkomste, nuwe kennisgewings in terme van daardie ooreenkomste gegee sou moes word alvorens die geheel van die bedrag opeisbaar en betaalbaar sou word. Verweerders beweer dat die versending van hierdie kennisgewings 'n *bona fide* fout daargestel het gemaak deur die tersaaklike amptenaar van eiser, gegewe die betalings-vakansie en die daaropvolgende hangende samesprekings tussen die partye. Ter ondersteuning hiervan wys tweede verweerder daarop dat hoewel hierdie aanmanings vermeld het dat aan eerste verweerder 10 sakedae verleen word om die agterstallige bedrae te betaal, by gebrek waaraan eiser sy regte by wyse van regsaksie sal afdwing, het geen sodanige regsaksie gevolg tot en met 11 Desember 2009 nie. Verdermeer het 'n waardeerder namens eiser tweede verweerder gekontak op 11 Januarie 2010 om waardasies te doen van verweerders se eiendomme met die oog op, volgens die waardeerder, die samesprekings tussen die partye. Hy was duidelik verbaas toe tweede verweerder hom meegedeel het

dat daar reeds dagvaarding deur eiser uitgereik is.

11.3 Verweerders doen gevolglik ook aan die hand dat dit duidelik is dat daar wankommunikasie tussen die verskeie amptenare van eiser was wat waarskynlik aanleiding gegee het tot die uitreiking van die premature dagvaarding, deurdat die bedrae wat eiser beweer opeisbaar en betaalbaar is, inderdaad nie huidiglik opeisbaar en betaalbaar is nie.

11.4 Tydens die sluiting van die tersaaklike ooreenkomste is die terme van die ooreenkomste nie afsonderlik met tweede verweerder deurgegaan of aan hom verduidelik nie. Gevolglik was tweede verweerder onbewus dat die skriftelike leningsooreenkomste 'n term bevat wat tot gevolg het dat die ooreenkomste slegs gewysig kan word by wyse van opskrifstelling en indien al die partye dit onderteken.

11.5 Gedurende Maart 2009 is daar mondelings ooreengekom tussen eiser, verteenwoordig deur

Santie de Lange, en verweerders as 'n groep, verteenwoordig deur tweede verweerder, dat kostes ten aansien van eerste en vierde verweerders se rekeninge en welke beloop R100.00 per dag per rekening deur eiser teruggeskryf sou word, sowel as sekere bankkoste wat verhaal is van vierde verweerder se bankrekening tot en met einde Februarie 2009. Dit het 'n rente-implikasie tot gevolg wat 'n deskundige berekening sal verg en is verweerders nie in staat om te spekuleer oor wat die uitwerking daarvan sal wees op die bedrag wat eiser regtens van verweerders sal kan verhaal nie. Gegewe hierdie feite is die saldo-sertifikate, soos dit huidiglik daar uitsien, nie bewys van verweerders se beweerde verskuldigheid teenoor eiser nie.

11.6 Die funderende beëdigde verklaring ter ondersteuning van die aansoek om summiere vonnis, is deur ene me. Erasmus afgelê, wie beweer dat sy die “regsinvorderingsbestuurder van eiser vir die Vrystaat en Noord-Kaap” is. Volgens tweede verweerder is sy egter aan hom onbekend en

gegewe die tersaaklike feite en omstandighede, kan sy geensins persoonlike kennis dra van die feite waarop die skuldoorsake berus en die bedrae gevorder nie.

11.7 Alwaar eiser verweerders en verskeie ander lede van die publiek uitgenooi het om met hulle in gesprek te tree rakende die betalings-vakansies, verweerders se aansoek goedgekeur is en die vergunning verleen is, druis dit in teen goeie en gesonde besigheidsbeleid indien eiser toegelaat sou word om vir welke rede ookal te besluit om nie meer gebonde te wees aan sodanige vergunning wat op hulle aandrang verleen is, sonder om verweerders skriftelik in kennis te stel of ten minste mondelings van hulle voornemens om weer streng by die terme van die skriftelike ooreenkoms te bly nie. Eiser se optrede is uiters benadelend en skadelik en het eiser verweerders onder 'n wanindruk gebring en wanvoorstellings gemaak aan verweerders. Eiser was die direkte rede waarom geen betalings gemaak is nie en kan eiser nie nou gehoor word om op

hierdie wanprestasie te wil steun nie. Dit stel “unconscionable conduct” (gewetenlose optrede) deur eiser daar.

11.8 Hoewel verweerders vermeld het dat hulle voornemens is om 'n teeneis teen eiser in te stel vir die skade wat eiser se optrede teenoor verweerders berokken het, het mnr. Snellenburg, namens verweerders, nie verder met hierdie aspek in sy skriftelike betoogshoofde gehandel nie en ook ten tyde van sy mondelinge betoog aangedui dat verweerders nie verder op hierdie verweer steun nie deurdat die kwantifisering van sodanige teeneis bykans onmoontlik sal wees.

TERSAAKLIKE REGSBEGINSELS:

12]Ooreenkomstig die bepalings van Hofreël 32(3)(b) moet 'n verweerder die Hof deur middel van 'n beëdigde verklaring oortuig dat hy 'n *bona fide* verweer teen die aksie het. Sodanige beëdigde verklaring moet die aard en gronde van die verweer en die wesenlike feite waarop dit berus,

volledig aangee. Ten einde 'n *bona fide* verweer daar te stel, moet verweerder bewerings maak wat, indien dit bewys sou word by die verhoor, 'n verweer tot eiser se vordering daar sal stel. Sien **BREYTENBACH vs FIAT S.A. (EDMS) BPK** 1976(2) SA 226 (T) op 228 D – E.

Daarenteen moet 'n eiser bewys dat hy 'n “onbeantwoorde saak” het en indien daar enige moontlikheid bestaan dat 'n verweerder se verweer 'n geldige verweer daar kan stel, moet verlof aan sodanige verweerder verleen word om die aksie te verdedig. Sien **MAHARAJ vs BARCLAYS NATIONAL BANK BPK** 1976(1) SA 418 (A) te 425 H. In **SOIL FUMIGATION SERVICES LOWVELD CC vs CHEMFIT TECHNICAL PRODUCTS (PTY) LTD** 2004(6) SA 29 (SCA) is dit as volg beslis op 35 B – C:

“With regard to the court’s overriding discretion to refuse summary judgment even where the defendant’s affidavit does not measure up to the requirements of rule 32(3)(b), it has been said that, in view of the extraordinary and stringent nature of the summary judgment remedy, that discretion may be exercised in the defendant’s favour if there is doubt as to whether the plaintiff’s is unanswerable and there is a

reasonable possibility that the defendant's defence is good."

Gegewe dat daar in die onderhawige geval (ook) 'n regspraak tersprake is, is die volgende benaderingswyse uiteengesit in **BONNET EN ANDERE vs SNAAR**

DORPSONTWIKKELAARS (EDMS) BPK EN ANDERE

1978(4) SA 212 (D) op 217 C – E na my mening ook van toepassing:

"Die advokate is dit eens dat die hof nie verplig is om moeilike regsvrae in sulke verrigtinge (summiere vonnis verrigtinge) op te los nie. Volgens gevestigde praktyk word summiere vonnis slegs toegestaan indien al die geopperde verwerre klaarblyklik onaanvaarbaar is. Anders gestel, om 'n aansoek om summiere vonnis met welslae te bestry, op regsgronde of andersins, is dit slegs nodig om 'n beregbare en beredeneerbare verweer ("a fairly triable and arguable issue") op te werp ..."

In **Summary Judgment, A Practical Guide**, Van Niekerk *et al*, op p. 4-7, vermeld die geleerde skrywers ook die volgende met spesifieke verwysing na die beregting van regsvrae in summiere vonnis verrigtinge:

"Should the defendant's contentions have merit (and are

therefore not unarguable) or are of such a nature that the leading of evidence at trial might place them in a specific perspective, leave to defend should be granted.”

13]Mnr. Van Rooyen het ter aanvang van sy betoog aangedui dat vir doeleindes van die beredenering van die aansoek, hy die feitelike weergawe van die verweerders aanvaar wat betref die bewering dat tweede verweerder nie die tersaaklike dokumentasie gelees het nie en derhalwe nie bewus was van die verskansingsklousules daarin nie en is hy ook bereid om te aanvaar dat daar wel die tersaaklike mondelinge betalings-vakansie aan verweerders verleen is. Hy het egter betoog dat die weergawe dat die onderhandelinge nog hangende was op die stadium wat die dagvaarding uitgereik is, nie korrek kan wees nie, aangesien dit duidelik blyk dat die aanbod wat deur eiser gemaak is en wat aangeheg is as aanhangsel “O2” tot die opponerende verklaring, gedateer 17 November 2009, pertinent bepaal dat die aanbod tot 18 November 2009 aanvaar kan word. Dus, aldus sy betoog, het die aanbod en die

onderhandelinge op 18 November 2009 verval.

14]Mnr. Van Rooyen het tereg daarop gewys dat dit geykte reg is dat 'n verskansingsklousule wat bepaal dat 'n wysiging van 'n ooreenkoms op skrif moet wees en onderteken moet word deur die partye, tot gevolg het dat sodanige kontrak nie mondelings gewysig kan word nie. Sien **S.A. SENTRALE KO-OP GRAANMAATSKAPPY BPK vs SHIFREN EN ANDERE** 1964(4) SA 760 (A). (Hierinlater, waar nodig, geriefshalwe na verwys as “die Shifren-beginsel”.)

15]Mnr. Van Rooyen het verdermeer betoog dat selfs indien aanvaar sou word dat die mondelinge ooreenkomste gesluit is soos deur verweerders beweer, dit nie afbreek doen aan die feit dat dit nie bindend op eiser is gegewe die **SHIFREN**-beginsel nie, ongeag hoe onbillik of gewetenloos die gevolge hiervan kan wees. In die verband het hy gesteun op die uitspraak in **BRISLEY vs DROTSKY** 2002(4) SA 1 (HHA).

Hierteenoor het mnr. Snellenburg betoog dat uitsprake soos die in **BANK OF LISBON AND SOUTH AFRICA LTD vs DE ORNELAS AND ANOTHER** 1988(3) SA 580 (A), in terme waarvan bevind is dat die *exceptio doli generalis* nie toepassing vind in ons reg nie, voortspruit uit 'n voorgrondwetlike era. Hy het gevolglik aan die hand gedoen dat die uitsprake van die Hoogste Hof van Appèl wat hierdie uitspraak navolg, nie meer 'n absolute verbod is teen die verweer wat verweerders in die geval opper nie in die lig van die grondwetlike era wat aangebreek het waarin die howe, in terme van Artikel 39(2) van die Grondwet, 108 van 1996, regtens daartoe verplig is om, waar dienlik, die gemenereg uit te brei ten einde dit in ooreenstemming te bring met grondwetlike doelstellings. In die verband het hy ondere ook gesteun op die uitspraak in **AFROX HEALTH CARE BPK vs STRYDOM** 2002(6) SA 21 (SCA) te par. [25] tot [30]. Die *exceptio doli generalis* sou in die onderhawige geval, aldus mnr. Snellenburg se betoog, aan verweerders 'n remedie gee teen eiser se gewetenlose optrede deur 'n mondelinge vergunning te verleen en dan agter 'n op skrif-wysigingsklousule te skuil.

16]In **BRISLEY vs DROTSKY**, *supra*, is daar in die meerderheidsuitspraak bevind dat die **SHIFREN**-beginsel “trite” is, dat dit nie onredelik is nie en dat dit nie (in die algemeen) in stryd met die beginsels van goeie trou is nie. Die Hof het voorts verwys na `n waarde onderliggend aan die kontraktereg soos deur Rabie HR in **MAGNA ALLOYS AND RESEARCH (S.A.) (PTY) LTD vs ELLIS** 1984(4) SA 874 (A) onderstreep waar daar op 893 l tot 894 A van daardie uitspraak as volg beslis is:

“...dit in die openbare belang is dat persone hulle moet hou aan ooreenkomste wat hulle aangegaan het. In laasgenoemde verband het Steyn HR in *S.A. Sentrale Ko-Op Graanmaatskappy Bpk vs Shifren en Andere* 1964 (4) SA 760 (A) op 767 A, gewag gemaak van –

‘Die elementere en grondliggende algemene beginsel dat kontrakte wat vrylik en in alle erns deur bevoegde partye aangegaan is, in die openbare belang afgedwing word’.”

Daaropvolgend is daar as volg op 15 J tot 16 E beslis en opgemerk:

“Die taak van howe in die algemeen en van hierdie hof in besonder is om hierdie grondliggende waardes wat soms met mekaar in botsing kom teen mekaar op te weeg en om by geleentheid, wanneer dit nodig blyk te wees, geleidelik en met verdrag aanpassings te maak. ... Om eensklaps aan Regters ’n diskresie te verleen om kontraktuele beginsels te verontagsaam wanneer hulle dit as onredelik of onbillik beskou is in stryd met hierdie werkswyse. Die gevolg sal immers wees dat die beginsel van *pacta sunt servanda* grotendeels verontagsaam sal word omdat die afdwingbaarheid van die kontraktuele bepalings sal afhang van wat ’n bepaalde Regter in die omstandighede as redelik en billik beskou. Die maatstaf is dan nie meer die reg maar die Regter. ... Dat so ’n algemene benadering nie aan die behoeftes van die handelsverkeer sal voldoen nie, spreek vanself. ’n Hof kan nie skuiling soek in die skaduwee van die Grondwet om vandaar beginsels aan te val omver te werp nie; wel in die lig van die Grondwet kan en moet die reg *aangepas* word. In hierdie konteks is vaagweg na konstitusionele waardes verwys sonder om spesifiek te wees. ’n Vrye regterlike diskresie is nie so ’n waarde nie...”

17]Mnr. Van Rooyen het gevolglik ook betoog dat die beginsel waarop verweerders nou poog op te steun, reeds deur die Hoogste Hof van Appèl

beslis is en dat ek in die lig van die *stare decisis*-reël gevolglik daaraan gebonde is en nie nou kan poog om dit anders te beslis nie. Die feit dat die *stare decisis*-reël beslis steeds in ons reg toepassing, die wyse waarop en die beginsels daaromtrent veral in die lig van die post-konstitusionele era, is volledig uiteengesit in **AFROX HEALTH CARE BPK vs STRYDOM**, *supra*, op 38 F tot 40 F, waarvan ek my deeglik vergewis het. In die verband is dit egter nodig om spesifiek daarop te let dat een van die situasies wat deur Brand AR in voormelde uitspraak aangespreek word, is waar die pre-konstitusionele beslissing van die Hoogste Hof van Appèl gebaseer was op oorwegings soos *boni mores* of openbare belang. Indien die Hooggeregshof van oordeel is dat sodanige beslissing, met inagneming van konstitusionele waardes, nie meer die *boni mores* of die oorwegings van openbare belang juis reflekteer nie, is die Hooggeregshof verplig om daarvan af te wyk, welke afwyking nie in stryd sal wees met die beginsels van *stare decisis* nie.

aangesien in elk geval aanvaar word dat die *boni mores* en oorwegings in openbare belang nie staties bly nie.

18] Met die *stare decisis*-reël in gedagte, is dit na my mening noodsaaklik om daarop te let dat in die **BRISLEY vs DROTSKY**-uitspraak gehandel is met 'n *bona fides*-argument tot dien effekte dat dit die betoog namens die huurder was dat die verhuurder se beroep op die verskansingsklousule nie afgedwing behoort te word nie omdat dit in die omstandighede onredelik, onbillik en in stryd met die beginsels van *bona fides* (goeie trou) sal wees. Dit is duidelik dat die beslissing wat daarop volg, tot dien effekte was dat “goeie trou nie 'n onafhanklike, oftewel 'n ‘free-floating’, basis vir die tersydestelling of die nie-toepassing van kontraktuele bepalinge bied nie” (op 15 D – E). Daar is pertinent in voetnoot 10, op 14 l van die uitspraak, vermeld dat die vraagstuk of die *exceptio dolis generalis* heroorweging verdien, nie tans, met ander woorde in daardie uitspraak, ontstaan nie.

19]Na my mening is die verweer waarop verweerders in die onderhawige geval steun met betrekking tot hierdie aspek, derhalwe nie in **BRISLEY vs DROTSKY**, *supra*, oorweeg, beslis en/of verwerp nie. Die Hof het pertinent net beslis of die tersaaklike beperkingsklousule as sulks in daardie geval strydig is met die beginsels van goeie trou. Die Hoogste Hof van Appèl was duidelik nie versoek gewees om oorweging daaraan te skenk of die gemenerereg uitgebrei moet word om die *exceptio dolis generalis* weer her in te stel in ons reg as 'n verweer nie. Voormelde onderskeid, en ook die redes waarom die *exceptio dolis generalis* wel weer as verweer in ons reg ingestel behoort te word, is ook volledig bespreek in **The Law of Sale and Lease**, A.J. Kerr, 3de uitg, op p. 366 tot p. 379, met welke sienswyse ek my vereenselwig, ook na inagneming van eiser se aanvullende betoogshoofde wat hieromtrent geliasseer is en verweerders se repliek op eiser se aanvullende betoogshoofde. Op p. 378 word met verwysing na

die *stare decisis*-reël en die beginsels daaromtrent soos weer herbevestig in **AFROX HEALTH CARE BPK vs STRYDOM**, *supra*, dan ook deur die geleerde skrywer tot die gevolgtrekking gekom dat daar geen verbod vir 'n Hooggeregshof sal wees om af te wyk van die uitspraak in **BANK OF LISBON AND SOUTH AFRICA LTD vs DE ORNELAS AND ANOTHER**, *supra*, nie. Sien ook **Contract, General Principles**, Van der Merwe *et al*, 3de uitg, op p. 316 tot 324.

20]Mnr. Snellenburg het in sy skriftelike betoogshoofde verwys na die uitspraak in **CROWN RESTAURANT CC vs GOLD REEF CITY THEME PARK (PTY) LTD** 2008(4) SA 16 (CC) en 'n uitleg daaraan gegee wat nie ooreenkomstig die inhoud van die uitspraak is nie. Hy het egter sy *bona fide* fout in hierdie verband voorafgaande die aanhoor van die aansoek besef en het hy dienooreenkomstig sy argumente met betrekking tot die wyse waarop hy op hierdie uitspraak steun, in sy mondelinge betoog reggestel. In

laasgenoemde uitspraak blyk die volgende relevante gedeelte op 18 G tot 19 C:

- “[3] The applicant applied unsuccessfully to the Supreme Court of Appeal for leave to appeal the judgment of the High Court. Hence, the present application in which, for the first time, the applicant seeks to have the *ecxceptio dolis generalis* reintroduced as a defence, contending that this equitable remedy is in line with constitutional values. ...
- [4] Msimeki AJ was called upon to deal only with the waiver defence and did so. He was not invited to develop the common law of contract to promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights, nor to address any of the other constitutional issues now raised by the applicant. On the limited basis on which the case was presented to him, the learned judge arrived at the correct conclusion.
- [5] This court has stated repeatedly that it is generally undesirable for it to sit as a court of first and last instance. ...
- [6] In respect of the development of the common law of contract, the High Court and the Supreme Court of Appeal have a vital role to play. ...”

Mnr. Snellenburg het daarop gewys dat die Konstitusionele

Hof derhalwe nie sondermeer die applikant se aansoek dat die *exceptio dolis generalis* her-ingestel moet word in ons reg, van die tafel gegee nie. Die Hof het bloot beslis dat sodanige aansoek om die gemenereg ten opsigte van kontrakte uit te brei ooreenkomstig die Grondwet, in die Hof *a quo* gedoen moes gewees het. Dit, aldus mnr. Snellenburg se betoog, is presies wat verweerders in die onderhawige geval wil doen.

Ek meen nie dat daar enige fout is met mnr. Snellenburg se laasgenoemde betoog nie en stem ek daarmee saam.

21]Addisioneel tot verweerders se betoog dat hul in 'n geval soos die onderhawige 'n remedie in die vorm van die *exceptio dolis generalis* behoort te hê, is ek van oordeel dat dit uit die regspraak blyk dat daar moontlik ook 'n ander basis is waarop verweerders hulself in die onderhawige omstandighede, en op die feite soos deur verweerders uiteengesit, kan verweer. In die verband is daar in **JUGLAL NO AND ANOTHER vs SHOPRITE CHECKERS (PTY) LTD t/a OK FRANCHISE DIVISION** 2004(5)

SA 248 (SCA) op 258 D tot F as volg beslis:

“Because the courts will conclude that contractual provisions are contrary to public policy only when that is their clear effect (see the authority cited in *Sasfin (Pty) Ltd vs Beukes 1989 (1) SA 1 (A) at 8 C to 9 G*) it follows that the tenancy of a proposed transaction towards such a conflict can only be found to exist if there is a probability that unconscionable, immoral or illegal conduct will result from the implementation of the provisions according to their tenor. (It may be that the cumulative effect of implementation of provisions not individually objectionable may disclose such a tendency.) If, however, a contractual provision is capable of implementation in a manner that is against public policy but the tenor of the provision is neutral then the offending tendency is absent. In such event the creditor who implements the contract in a manner which is unconscionable, illegal or immoral will find that the court refuses to give effect to his conduct but the contract itself will stand.”

22]Selfs die meerderheidsuitspraak in **BRISLEY vs DROTSKY**, *supra*, het nie die potensiaal of moontlikheid van sodanige verweer uitgesluit nie, soos blyk op 18 C – D:

“Aangesien die verskansingsklousule opsigself nie ongeldig is

nie, vind die Sasfin-beginsel geen direkte toepassing nie. Op die veronderstelling dat die Sasfin-beginsel uitgebrei kan word om die afdwing van kontraksbepalings (wat nie *per se* in stryd met die openbare belang is nie) te verhoed, sal sodanige toepassing noodwendig beperk moet word tot gevalle wat analoog is aan Sasfin, synde gevalle waar die afdwinging van die verskansingsklousule so onbillik sal wees dat dit as ‘inimical to the interests of the community’ beskryf kan word.”

23]In 'n volbank uitspraak wat gelewer is voor die beregting van die onderhawige aansoek om summiere vonnis, maar eers daarna gerapporteer is, synde **NYANDENI LOCAL MUNICIPALITY vs HLAZO** 2010(4) SA 261 (ECM) is hierdie beginsel ook bespreek en inderdaad toegepas. Dit begin op 275, par. [63] wat as volg lees:

“The result that the municipality, on the facts of this case, may not rely on *bona fides* to escape the entrenchment clause, does not, however, put an end to mr. Bothma’s submission that if its operation on the facts of this case nevertheless offends public policy, then clause 14 may not be enforced. *Bona fides* may not be the peg on which to hang public policy, but there may be another valid rule of law protected by public interest which may legally justify a departure from the Shifren

principle, and it is to this issue that I now turn my attention.”

Die uitspraak gaan dan voort deur onder andere as volg te lees:

“[81] First, it must be determined whether the contract or term challenged is *per se* contrary to public policy; or whether it is its operation in the prevailing circumstances and facts of the case which renders it contrary to public policy. A contract, or a term thereof, may very often appear innocuous, but its effect in particular circumstances may very well offend public interest.

[82] ...

[83] In the present case it is not suggested, nor can it be said, that the infringement clause is *per se* contrary to public policy. The municipality’s case is that its operation, on the facts of this case, offends public policy. In such a case the test is to determine public policy at the time the court is asked to enforce the term, having regard to the prevailing circumstances and the effect of the order at that time.

[84] ...

[85] ...

[86] ...

[87] ...

[88] ...

[89] If the operation of the clause in the prevailing circumstances and on the facts of the case, at the time the court is asked to enforce the clause, is so manifestly unreasonable that it offends public policy, then it is voidable on the grounds of unfairness. This involves, as Moseneke DCJ (in *Barkhuizen vs Napier* 2007 (5) SA 323) observed, an objective assessment of its impact on the parties, and does not involve the court's own views of the matter, or that of the parties."

Na behoorlike oorweging van die tersaaklike beginsels en die feite van die saak, is tot die volgende gevolgtrekking op 285, par. [126] gekom:

"...I therefore believe that the facts and circumstances of this case justify the departure from the Shifren principle."

Sien ook weer **Contract, General Principles**, *supra*, op p. 316 tot 324.

24]Wanneer teruggekeer word na die feite in die onderhawige geval, meen ek dat daar vir doeleindes van summiere vonnis verrigtinge aanvaar moet word dat eiser wel aan verweerders

die ses maande betalings-vakansie verleen het soos deur verweerders beweer. Dit het na my mening tot gevolg dat verweerders 'n argumenteerbare saak het dat die aanmaningskrywes wat gedurende Junie 2009 aan verweerders versend is, nie regsgeldige aanmanings daar kon stel nie, aangesien die terme van die mondelinge ooreenkoms met betrekking tot die betalings-vakansie, tot gevolg sou gehad het dat daar nie enige bedrag gedurende daardie tydperk opeisbaar en betaalbaar kon wees of was nie. Dat daar na die “verstryking” van die aanvanklik ooreengekome betalings-vakansie (welke verweerders beweer in ieder geval verleng is hangende die finalisering van die onderhandelinge tussen die partye) nog verdere onderhandelinge en samesprekings tussen die partye was, blyk duidelik uit die aanhef tot aanhangsel “O2” tot die opponerende verklaring waarin na “onlangse samesprekings” tussen eiser en verweerders verwys is. Na my mening kan dit ook nie, soos deur mnr. Van Rooyen betoog, geag

word dat aangesien dit uit klousule 20 van laasgenoemde aanbod blyk dat die aanbod aanvaar kan word tot 18 November 2009, die onderhandeling tussen die partye tot 'n einde gekom het op 18 November 2009 nie. In die verband is dit duidelik uit klousule 20.2, saamgelees met klousule 20.2.1. van laasgenoemde aanbod dat eiser steeds die reg voorbehou het om die laat-aanvaarding van die aanbod deur verweerders te kondoneer en die lenersfasiliteite wel volgens dieselfde bepalings en voorwaardes soos daarin uiteengesit, aan verweerders beskikbaar te stel. Gegewe dat eiser in klousule 3.2.2 van die aanbod spesifiek sy regte voorbehou het in terme van die huidige ooreenkoms, meen ek dat indien eiser teen die stadium van 18 November 2009 nie wou voortgaan met verdere onderhandelinge met verweerders nie, eiser op daardie stadium die skriftelike aanmanings in terme van die oorspronklike ooreenkomste aan verweerders moes verskaf, waarna dagvaarding dan uitgereik kon gewees het.

25]Gevolgtik is ek van oordeel dat daar 'n redelike moontlikheid bestaan dat na die afloop van 'n verhoor, 'n hof kan bevind dat die dagvaarding in die geval prematuur uitgereik is.

26]Indien dit aanvaar word, wat ek nie nodig ag om op hierdie stadium van die verrigtinge te beslis nie, dat die mondelinge ooreenkoms met betrekking tot die betalings-vakansie wel 'n wysiging daargestel het van die skriftelike ooreenkoms (en nie net byvoorbeeld 'n opskorting daarvan of 'n vergunning ens. nie) wat getref word deur die verskansingsklousule in die onderskeie ooreenkomste, is ek van mening dat gegewe die regspraak hierbo na verwys, verweerders wel 'n argumenteerbare saak het dat 'n hof onder sodanige omstandighede nie sal toelaat dat die Shifren-beginsel teen verweerders afgedwing word nie, hetsy deur die her-instelling van die *exceptio doli generalis*, hetsy op die basis soos gedoen is in

NYANDENI LOCAL MUNICIPALITY vs HLAZO

waarna ek in paragraaf 23 hierbo verwys het. Ek meen dat moontlik bevind kan word dat die afdwing van die verskansingsklousule in hierdie geval, so onbillik en immoreel sal wees dat dit as 'inimical to the interests of the community' beskryf sal kan word. In die verband moet ek ook vermeld dat dit tereg deur mnr. Snellenburg by die aanvang van sy betoog uitgewys is dat in al die regspraak wat met hierdie tipe remedies handel, telkens tot 'n bevinding gekom is ná die voordeel van die aanhoor van mondelinge getuienis en het hy my dus versoek dat ek dit ook so in die onderhawige geval hanteer. Ek meen mnr. Snellenbur is reg in die verband. Hierdie is na my mening 'n geval waar die aard en inhoud van volledige mondelinge getuienis moontlik 'n "ander kleur" kan verleen aan die regsvraag wat hier beslis moet word. Dit blyk ook duidelik uit die gesag wat ek reeds hierin aangehaal het, dat gegewe die waarde oordeel wat 'n hof moontlik in die geval gaan moet fel m.b.t 'n vraagstuk soos byvoorbeeld die openbare belang, en al die feite en omstandighede wat vir

doeleindes daarvan in ag geneem moet word, dit waarskynlik essensieel is dat volledige getuienis aangebied moet word alvorens sodanige bevindings gemaak kan word.

27]Dit is ook deur verweerders geopper dat dit uit die totaliteit van die stukke voor die Hof blyk dat die deponent tot die funderende verklaring, me. Erasmus, synde die regsinvorderingsbestuurder van eiser vir die Vrystaat en Noord-Kaap, klaarblyklik nie oor persoonlike kennis beskik om (al) die feite waarop die skuldoorsake en die gevorderde bedrae soos uiteengesit in eiser se besonderhede van vordering, te kan bevestig nie. Dit blyk na my mening wel so te wees (waarvoor die skuld nie voor haar deur gelê kan word nie) in hierdie omstandighede waar daar klaarblyklik mondelinge ooreenkomste en mondelinge samesprekings plaasgevind het tussen tweede verweerder en amptenare van eiser se plaaslike tak te Welkom, synde Santie de Lange, die diensbestuurder, en ene Hennie. Hoewel me.

Erasmus die regsinvorderingsbestuurder is, beteken dit nie noodwendig dat die rekords wat sy tot haar beskikking het, al hierdie inligting sou reflekteer nie. Eiser se summiere vonnis aansoek blyk dus in die opsig in ieder geval gebrekkig te wees.

28]Vanweë die gevolgtrekkings waartoe ek reeds gekom het, is ek gevolglik van oordeel dat verloff aan verweerders verleen moet word ten opsigte van eis 1 om die aksie te verdedig. Gegewe hierdie bevinding van my, is dit nie nodig om met die ander verwere wat deur verweerders geopper is, te handel nie.

29]Wat eis 2 betref, sou ek op basis van dieselfde gevolgtrekkings as ten opsigte van eis1, ook aan verweerders verloff gegee het om die aksie daaromtrent te verdedig. Daar is egter ook 'n ander rede waarom sodanige verloff ten opsigte van eis 2 verleen moet word. In terme van die tersaaklike leningsooreenkoms ten opsigte van eis 2, synde

aanhangsel “D” tot die besonderhede van vordering, het eerste verweerder Koppie Alleenweg 291, Welkom, as sy *domicilium citandi et executandi* aangewys. Die aanmaning voortspruitend uit daardie ooreenkoms, aangeheg as aanhangsel “E” tot die besonderhede van vordering, is egter gerig aan “Posbus 4953, Welkom”. Ek het hierdie aspek aan mnr. Van Rooyen ten tyde van die aanhoor van sy mondelinge betoog uitgewys en aan hom die geleentheid gegee om my daaromtrent toe te spreek. Hy het egter eventueel toegegee, na my mening heeltemal tereg, dat die skriftelike aanmaning in hierdie geval nie geag kan word ’n behoorlike aanmaning ooreenkomstig die leningsooreenkoms daar te stel nie. Aangesien sodanige aanmaning in terme van die voorwaardes van die kontrak ’n voorvereiste is alvorens eiser betaling van die totale uitstaande bedrag kan vorder, blyk die dagvaarding ten opsigte van eis 2 derhalwe ook vanweë hierdie rede prematuur te wees.

30]Verweerders het dus na my mening 'n behoorlike saak uitgemaak teen die verlening van summiere vonnis.

31]Wat die koste van die aansoek om summiere vonnis ten opsigte van eise 1 en 2 betref, was die partye dit eens dat gegewe die aard van die verwere wat in die onderhawige geval deur verweerders geopper is, dit gepas is dat die koste van die aansoek om summiere vonnis oorstaan vir latere beregting. Ek meen dat dit inderdaad die korrekte bevel is.

32]Vir hierdie redes het ek die tersaaklike bevel verleen.

C. VAN ZYL, R

Namens die eiser:

Adv. P.C.F. van Rooyen SC
In opdrag van:

Hill, McHardy & Herbst Ing.
BLOEMFONTEIN

Namens die verweerders:

Adv. N. Snellenburg
In opdrag van:
E.G. Cooper Majiedt Ing.
BLOEMFONTEIN