

In the Supreme Court of South Africa
In die Hooggeregshof van Suid-Afrika

{ Appellate Provincial Division.)
Provinciale Afdeling.)

Appeal in Civil Case.
Appel in Siviele Saak.

Jan Bastian van der Merwe Appellant,

versus

Johannes Petrus du Plessis Respondent.

Appellant's Attorney Respondent's Attorney
Prokureur vir Appellant *Symington & Kott* Prokureur vir Respondent *Claude Reid*
Appellant's Advocate Respondent's Advocate
Advokaat vir Appellant *J. S. Smuts Q.C.* Advokaat vir Respondent *J. P. G. Eksteen Q.C.*
Set down for hearing on *Dr. H. J. O. van der Merwe* *C. M. S. Brink*
Op die rol geplaas vir verhoor op *Donstag 3 Nov 1960*

9.45 a.m.
9.12 a.m.

2 3 4 5 8

Appel van die hand geneem
mit kaste.

Volreimer A.R.
De Beer A.R.
Beysers A.R.
van der Merwe A.R.
van der Merwe A.R.

H. de Klerk
- *Ernst*

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA.

(APPÈL AFDELING)

In die saak tussen:

JAN BASTIAN VAN DER MERWE.....Appellant.

en

JOHANNES PETRUS DU PLESSIS.....Respondent.

Coram: Schreiner, de Beer, Beyers, van Blerk, A.RR., et
Malan, Wn.A.R.

Verhoor op : 3 Mei 1960.

Gelewer:

U I T S P R A A K.

VAN BLERK, A.R.:

In hierdie saak is die appèl van
die hand gewys met koste, redes later ingehandig te
word. Hier volg nou die redes. Appellant en res-
pondent word onderskeidelik verweerder en eiser
genoem.

In die Oranje Vrystaatse Provinsiale Afdeling
het eiser van verweerder die teruglewering van n trekker
ge-eis of in die alternatief betaling van die som van
£750.0.0., die waarde daarvan. Hierdie eis is aan
eiser toegestaan met koste. Verweerder het in hoër
beroep gekom teen die uitspraak.

Besonderhede...../2.

Besonderhede van eiser se eis blyk uit die volgende paragrawe van sy konklusie van eis soos aangevul deur nader besonderhede:

- " 3. Gedurende of ongeveer Januarie 1959, te Olive Hill Bloemfontein het eiser en verweerder 'n mondelinge ooreenkoms aangegaan in terme waarvan
 - (a) Verweerder onderneem het om vir Eiser 'n Koper te vind vir Eiser se Lanz Trekker, registrasie Nommer OXG. 966, Enjin Nommer 656350, vir die som van £750.0.0., welke som die destydse waarde van gemelde trekker was, indien Verweerder gesegde trekker nie self van Eiser vir die som van £750.0.0. koop nie.
 - (b) Eiser vir hierdie doel die trekker aan verweerder moet lewer.
4. Dit was 'n stilswyende materiële voorwaarde van gemelde ooreenkoms dat Verweerder binne 'n redelike tyd na lewering van Eiser se gemelde trekker aan hom, self die trekker sou koop of 'n koper vir Eiser sou vind vir gesegde trekker, teen 'n verkoopprijs van £750.0.0., of dat hy, Verweerder, die gesegde trekker aan Eiser sou terug lewer as hy nie binne gesegde redelike tyd self gemelde trekker van Eiser teen gesegde prys koop nie, of 'n koper vir Eiser daarvoor kan vind teen gesegde prys nie.
5. Ingevolge gesegde ooreenkoms het Eiser op 15 Januarie 1959, bogemelde trekker aan Verweerder gelewer te Odendaalsrus.
6. Ondanks die feit dat 'n redelike tyd reeds verloop het sedert gesegde trekker aan Verweerder gelewer was soos in paragraaf 5 hiervan uiteengesit het Verweerder in gebreke gebly om self die gesegde trekker van eiser...../3.

"eiser te koop of om n koper daarvoor vir eiser te vind en het verweerder, aanmaning nieteenstaande onwettiglik geweier en/of versuim om die gemelde trekker aan eiser terug te lewer of om die bedrag van £750.0.0 synde die waarde van gemelde trekker te betaal."

In sy verweerskrif ontken verweerder dat die partye die ooreenkoms soos deur eiser beweer aangegaan het. Hy erken dat eiser gedurende Januarie 1959 die trekker aan hom gelewer het, maar sê dat dit geskied het ingevolge n ruiltransaksie tussen die partye waarkragtens eiser die trekker aan hom verruil het vir n 1955 Bedford vragmotor, en sê dat die vragmotor ingevolge hierdie ooreenkoms aan eiser gelewer is.

Dit is gemene saak dat op 12 Januarie 1959 by Olive Hill Bloemfontein die partye met mekaar mondelings onderhandel het en dat as gevolg van hierdie onderhandelinge eiser se jonger broer Frederick in opdrag van eiser drie dae later op 15 Januarie die trekker van Clocolan na Odendaalsrus geneem het en dit daar aan verweerder afgegee het.

Die uitslag van die geding hang af van wat presies die ooreenkoms was waartoe die onderhandelinge

van 12 ^{Januarie}~~Februarie~~ gelei het. Die verhale van die partye bots met mekaar op hierdie kardinale aspek van die saak. Eiser se verhaal is dat, terwyl hy gedurende Januarie 1959 onder n sub-kontrak met verweerder gruis vervoer het vanaf n gruisgroef by Olive Hill na sekere werke van die Suid-Afrikaanse Spoorweë, hy deur verweerder versoek is om hom by Olive Hill te kom spreek. Eiser was toe op n plaas in Excelsior distrik waar hy saam met sy vader geboer het, maar omdat met die boerdery nie so goed gegaan het nie het hy twee vragmotors aangeskaf waarmee hy toentertyd vervoerwerk vir verweerder gedoen het. As gevolg van verweerder se versoek het eiser op 12 Januarie na verweerder by Olive Hill gegaan waar die betrokke gesprek tussen die partye plaasgevind het. In hooftrekke is eiser se relaas van die gesprek soos uiteengesit in die volgende aanhaling uit die uitspraak van die verhoorregter:

„Gedurende hierdie gesprek is besluit dat ~~sy~~ Eiser sy trokke sou neem na Komati, waar n kragstasie in aanbou was en Verweerder ook n sub-kontrak vir die vervoer van sand en klip gehad het. Daarna was daar n gesprek oor n Lanz Trekker wat aan Eiser behoort het en wat hy wou verkoop of verruil vir n Bedford...../5.

„Bedford trok en ~~n Bedford trok~~ wat Verweerder te Odendaalsrus gehad het..... Eiser se saak is dat Verweerder gedurende hierdie gesprek vir hom gevra het of hy nie weet waar hy (Verweerder) n trekker kon huur of koop nie, daar hy een dringend nodig gehad het om mielies wat hy te Odendaalsrus gehad het, te eg. Daarop sou Eiser gesê het dat hy n trekker het wat hy by die Springbok Garage te Excelsior vir n sewe-ton Bedford trok wou inruil, maar dat die eienaar £800 vir die trok wou gehad het en bereid was om slegs £600 op sy trekker toe te laat. Hy wou egter £750 daarvoor gehad het en wou nie die trok koop nie, tensy hy werk daarvoor gehad het. Verweerder het toe gesê dat hy dieselfde soort trok het wat in goeie toestand was en voorgestel dat hulle die twee voertuie moes ruil en, indien Eiser nie die trok neem nie, sou Verweerder die trekker vir £750 koop. Hy het ook aan Eiser gesê dat hy vir hom n vervoerkontrak vir die vragmotor van die Munisipaliteit te Odendaalsrus kon kry. Eiser het geantwoord dat hy eers die Bedford trok wou sien voor hulle besigheid doen. Hy het aan Verweerder voorgestel dat hulle die volgende dag na die trok gaan kyk, maar vir laasgenoemde was dit nie moontlik om daardie dag te gaan nie. Eiser wou die trok sien en ook die plek vanwaar en waarheen die vervoer moes gedoen word. Aan Verweerder het Eiser toe gesê dat hy die trekker die volgende dag na hom te Odendaalsrus sou stuur daar Verweerder dit dringend nodig gehad het. Verweerder het verder gesê dat as hulle nie besigheid met die voertuie kon doen nie, sou hy probeer om die trekker in Odendaalsrus te verkoop.

Verweerder...../6.

„Verweerder het ook verder onderneem dat indien hy nie die trekker self oorneem nie, hy aan Eiser vergoeding sou betaal vir die gebruik van die trekker. Na hulle klaar gepraat het oor die vragmotor se ruil het Verweerder vir Eiser gevra of hy nie n drieskaar-trekkerploeg te verkoop het nie. Eiser het gesê dat hy een het en belowe dat as hy tevrede is met die Bedford trok sou hy aan Verweerder ook die ploeg, en n binne- en buiteband vir die trekker gee wat hy gehad het, daar een band van die trekker reeds swak was."

Verweerder sê, soos sy verweerskrif lui, dat op 12 Januarie in sy karavaan by Olive Hill hy en eiser met mekaar n finale mondelinge ruil-ooreenkoms gesluit het waardeur eiser se trekker, ploeg, en binne en buiteband aan hom verruil is vir sy Bedford vragmotor.

Die geleerde regter het dit nie nodig gevind om te beslis of die bewyslas in die saak op eiser of op verweerder gerus het nie, want al was dit op eiser se skouers dan is bevind dat hy sy eis bewys het aangesien verweerder se verhaal dat n finale ruil-ooreenkoms op 12 Januarie gesluit was verwerp word en eiser se getuienis oor wat die reëling was aanvaar is.

Mnr. Smuts, namens verweerder, het aangevoer dat die getuienis van Eiser en sy broer Frederick, wat

vir hom getuig het, nie as die waarheid teenoor die van verweerder aanvaar moes gewees het nie, aangesien die verhoorhof te staan gekom het voor twee botsende verhale wat lynreg instryd met mekaar was en beide eiser en sy broer onbevredigende getuies was en mekaar weerspreek het. Veral was die ⁱkrⁱetiek op die aanvaarding van eiser se getuienis dat dit geskied het sonder 'n behoorlike inagneming van die onwaarskynlikhede en teenstrydighede in sy getuienis.

Dit blyk uit eiser se getuienis ~~self~~ dat op 18 Januarie hy met sy twee trokke wat hy by Olive Hill gebruik het na Komati in Transvaal gegaan het soos gereël op 12 Januarie, dat hy op 4 Maart na Odendaalsrus gegaan het en eers die volgende dag vir die eerste maal na die trok gaan kyk het. Hy het reeds op 12 Januarie al geweet waar hy dit kon gaan besigtig. Eiser was teleurgesteld in die toestand van die vragmotor. Die onderstel moes met aangesweisdehoekyster versterk word en dit het geen battery gehad nie. Onder die omstandighede sê eiser was hy nie bereid om te ruil nie en wou sy trekker terug hê maar verweerder se antwoord was dat hy dit al reeds verkoop het.

Die onwaarskynlikhede in eiser se getuienis waarop verweerder hom beroep is dat as die reëling was soos eiser beweer dan sou hy nie die verweerder in besit gestel het ^{nie} van die trekker ~~nie~~ voor en aleer hy (eiser) nie die trok gaan inspekteer het ~~nie~~ en desnoods besit daarvan geneem het ~~nie~~. Hy sou in elk geval nie gewag het tot 5 Maart om dit te gaan besigtig nie. Dit word nie betwis nie dat eiser nie n vervoerkontrak in Odendaalsrus kon kry nie ten einde die vragmotor te gebruik. Dit blyk ook dat vanaf 2 Maart hy vir die twee trokke wat hy by Olive Hill gebruik het nie meer werk gehad het nie. Dit, so betoog verweerder, verklaar waarom eiser op 5 Maart wou kop uit trek en die ruil ooreenkoms ontken. Dit blyk uit verweerder se eie getuienis dat hy haastig was om n trekker te kry om sy lande te bewerk. Eiser weer was gretig om n vragmotor te kry, soos hy sê, saam met n vervoerkontrak op Odendaalsrus. Hy het reeds van verweerder vervoerwerk gekry en was begerig om nog n vervoerkontrak op Odendaalsrus te kry. Dit is dus glad nie so onwaarskynlik nie dat hy onder die omstandighede vir verweerder oor die weg sou help.

Wat betref eiser se versuim om eerder die vragmotor op Odendaalsrus te gaan besigtig, dit strook veel eerder met sy relaas dat hy nie op 12 Januarie n uit en uit ruiling aangegaan het nie. Dit is nouliks denkbaar dat as hy, soos verweerder sê, finaal geruil het, nie so gou moontlik sy nuwe besitting sou gaan besigtig het nie. Al was dit dan om net te gaan seker maak dat hy hom nie self n kat in die sak geruil het nie, want volgens verweerder se storie sou hul ongesiens die trekker en vragmotor die een van die ander geruil het. Hierop is die geleerde regter se kommentaar soos volg, waar hy sê:

„ek kan my nie voorstel nie dat twee -groot mense, soos die partye, n ruiling sou beklank het sonder dat hulle die voertuie gesien het. Albei het geweet dat die trekker en vragmotor gebruikte voertuie was en dit is onwaarskynlik dat hulle ongesiens sou ruil.”

Die hof
~~Ek~~ vereenselwig ^{hom} ~~my~~ volkome met hierdie sienswyse .

Alhoewel die geleerde regter se indruk van eiser is dat hy n jong man is wat nie besonder skrand is nie en nie so n ervare sakeman soos verweerder skyn te wees nie, is hy sekerlik nie so naief soos die verweerder

hom onbewustelik uitmaak nie. Die geleerde regter het verder gewys op die onwaarskynlikheid dat, as eiser die vragmotor klaar geruil het, hy nie onmiddelik dit in besit sou gaan neem het nie om geld daarmee te verdien nie. Hy het geld nodig gehad, hy was genoodsaak om sy inkomste uit die boerdery aan te vul en kon van £7 na ^{£15 per} ~~£15 per~~ dag met een vragmotor verdien.

Die geleerde regter het wel deeglik die waarskynlikhede in die saak inaggeneem en die gewig wat dit behoort te dra daaraan gegee. Daar kan niks teen die uitspraak in hierdie verband ingebring word nie. Sy beoordeling van die geloofwaardigheid van die getuies op grond van die indruk wat hul op hom gemaak het en op grond van die waarskynlikhede is ewe onaanvegbaar. Ek ag dit nie nodig om verder uit te wei oor die redes wat die verhoorhof vir sy bevinding aangaande die geloofwaardigheid van die getuies aanvoer het nie en wil volstaan deur te sê dat daar geen rede bestaan om teen die bevinding in te gryp nie.

Daar is nog een bykomstige faktor in die saak wat die geleerde regter tereg teen die verweerder

in die skaal gewerp het en dit is die feit dat ver-
 weerder versuim het om die masjien operat^teur Kruger,
 wat in sy diens was, as 'n getuie te roep. Verweerder
 sê Kruger was teenwoordig tydens die gesprek tussen die
 partye op 12 Januarie. Eiser ontken dat enige derdes
 teenwoordig was. Verweerder se advokaat het selfs
 in kruisverhoor aan eiser gestel dat Kruger hom sal
 weerspreek en hom gevra om 'n rede te gee waarom Kruger
 die
 onwaarheid sal kom vertel. Op daardie stadium moes
 Kruger dus as 'n getuie beskikbaar gewees het en was
 hy voorgehou as 'n getuie wat geroep sal word. Nooit
 is enige verduideliking later gegee dat Kruger nie meer
 beskikbaar is nie of waarom hy nie geroep word nie.

Dit is verskeie male deur hierdie Hof gesê,
 nog onlangs in die saak van Brand v. Minister of Justice
 and Another (1959 (4) S.A.) op bl. 715, dat waar 'n
 getuie beskikbaar is vir 'n gedingvoerende party en
 hy instaat is om lig te werp op feite waarop sodanige
 party vir sy eis of verweer steun en die party roep nie
 die getuie nie dan lei sodanige versuim tot die natuur-
 like afleiding dat die party vrees koester dat die
 getuie vorendag sal kom met feite wat vir sy saak

ongunstig sal wees. Na my mening volg so n afleiding ook natuurlik waar n gedingvoerende party nalaat om n beskikbare getuie te roep wat sy alleenstaande woord kan ondersteun. En soos Appèlregter VAN DEN HEEVER in Gleneagles Farm Dairy -v- Schoombie (1949 (1) S.A. 830) op bladsy 840 sê kan binne beoorlikke perke en in geskikte omstandighede bedoelde versuim wel afding aan die waarde van die aangevoerde bewyse deur sodanige party. In casu was dit n geval van die een se woord teen die ander. Dit is dus ondenkbaar dat verweerder onder die omstandighede, selfs al het geen bewyslas op hom gerus nie, die getuienis van Kruger sou wou verbeur as dit nie was nie dat hy bevrees was dat Kruger se getuienis vir hom ongunstig sal wees. Vir die rede moet die versuim om Kruger te roep afding aan die waarde van verweerder se getuienis.

Ten laaste is namens verweerder betoog dat aangesien hy nie meer in besit van die trekker is nie n bevel van teruglewering daarvan nie gemaak kon word nie sonder n alternatiewe bevel tot betaling van

skadevergoeding en dat n bevel tot betaling van skadevergoeding nie gemaak kon word nie soos wel gedaan is, aangesien daar geen getuienis is van wat die waarde van die trekker is nie.

Die verhoorhof was nie bereid om op verweerder se getuienis alleen n bevinding te maak dat die trekker nie meer in sy besit is nie en dat dit dus vir hom onmoontlik was om dit terug te lewer nie. Wat betref die betoog dat die waarde van die trekker nie bewys is nie is bevind dat dit ook nie opgaan nie. Die geleerde regter spreek hom soos volg daaroor uit:

„Eiser se getuienis is dat hy Verweerder die reg gegee het om die trekker vir £750 te koop indien nie op n ruiling ooreengekom word nie. Hierdie getuienis aanvaar ek. Soos ek die getuienis onthou het Eiser vir Verweerder goed laat verstaan dat hy £750 vir die trekker wou gehad het. Daar dit die reëling tussen die partye was en as Verweerder in werklikheid nie in staat is om die trekker terug te lewer nie, weens die feit dat hy dit alreeds verruil het, kan sy handeling daarmee beskou word as n aanname dat £750 die waarde daarvan is. Dit sal in so n geval nie in sy mond lê om te sê dat alhoewel hy die trekker toegeëien het op n aanbod om dit vir £750 te koop, is dit in werklikheid nie die waarde daarvan nie. Verweerder het geen getuienis omtrent die waarde voorgelê nie.”

Die bevel...../14.

Die bevel is in die alternatief net soos die smeekbede, naamlik teruglewering van die trekker of betaling van die waarde daarvan. Dit is duidelik dat n hof nie sonder n gepaste alternatief n bevel ad factum praestandum sal gee wat vir die gekondemneerde onmoontlik is om na te kom nie (vgl. Shakinovsky v. Lawson and Smulowitz 1904 T.S. 326) en vir die rede is hier in die alternatief beveel dat verweerder die waarde van die trekker moet betaal. Dit was natuurlik die taak van eiser om die waarde te bewys.

Vir sy betoog dat die waarde van die trekker nie bewys is nie het Mnr. Smuts hom beroep op die gewysdes van Botha v. Kelder (1948 (3) S.A. 248) en Knox v. Morgan (1951 (3) S.A. 393). In hierdie twee sake is op eksepsie beslis dat n bewering in n konklusie van eis dat die ooreengekome prys van n saak n sekere bedrag is nie dieselfde is nie as n bewering van wat die waarde van die saak is. Dit is nie nodig nie om n mening uit te spreek oor die korrektheid al dan nie van hierdie twee uitsprake aangesien dit nie in pari materia is nie, en onderskei moet word van die onderhawige geval waar die omstandighede soos volg is. In

sy oorspronklike konklusie van eis het eiser in die alternatief tot teruglewering van sy trekker betaling van die bedrag van £750.0.0. ge-eis. Dit was nie uitdruklik gemeld dat die £750.0.0. die waarde van die trekker was nie. Eers in sy geamendeerde konklusie van eis soos blyk uit paragrawe 3(a) en 6 hierbo aangehaal word beweer dat £750.0.0. die waarde van die trekker is. Geen gewysigde verweerskrif is ingedien nie, maar aannemende dat die ontkenning vervat in die reeds bestaande verweerskrif beskou was deur die partye om ook hierdie latere bewering te dek dan blyk dit nêrens uit die getuienis dat dit ooit 'n punt in geskil was.

Ek dink die geleerde regter het die posisie reg opgesom waar hy sê dat dit kwalik nou deur verweerder gesê kan word, dat alhoewel hy die trekker toegelien het op 'n aanbod om dit vir £750.0.0. te koop, die bedrag nie die waarde daarvan is nie.

Dus is die betoog dat die waarde van die trekker nie bewys is nie tereg ook nie gehandhaaf nie.

SCHREINER A.R.

DE BEER. A.R. *G.M. de B.*

BEYERS. A.R. *S.O.K.B.*

MALAN.Wn.A.R.

A.C.H.

P.A. van der Merwe
20.5.60