DIE HOOGSTE HOF VAN APPèL
IN SUID-AFRIKA

SAAK NO: 514/2000

In die appèl van:

DIRK SAMUEL BOTHA
APPELLANT

en

COOPERS & LYBRAND
RESPONDENT

CORAM: HEFER WND P, STREICHER EN BRAND ARR

Verhoordatum: 6 Mei 2002

Datum van Uitspraak: 21 Mei 2002

Aanspreeklik van ouditeur - Beweerde versuim om klient te adviseer oor Desentralisasieraad voordele - stilswyende terme van ooreenkoms om sodanige advies te verskaf.

U I T S P R A A K

BRAND AR

[1] Die respondent is 'n vennootskap van geoktrooieerde rekenmeesters. Die appellant is 'n sakeman van Bloemfontein wat sedert ongeveer 1981 by die vervaardiging van leunwaens en sleepwaens betrokke is. Aanvanklik het hy hierdie besigheid as 'n eenmansaak bedryf onder die naam SA Truck Bodies. Op 1 April 1995 het die appellant egter die besigheid aan 'n maatskappy, SA Truck Bodies (Eiendom) Beperk ('die maatskappy') oorgedra van welke maatskappy hy te alle tersaaklike tye, indirek, die enigste aandeelhouer was.

[2] Vanaf ongeveer 1982 het die respondent as die appellant en later ook as die maatskappy se rekenmeesters opgetree. In die loop van 1995 het die verbintenis tussen die partye egter tot 'n minder aangename einde gekom toe die appellant beweer het dat die respondent teenoor hom kontrakbreuk gepleeg het en hom daardeur skade berokken het. Hierdie bewerings van kontrakbreuk en die gevolglike skade het tot die onderhawige geding aanleiding gegee toe die appellant as eiser die respondent as verweerder in die Oranje Vrystaatse Hooggeregshof aangespreek het vir vergoeding van hierdie beweerde skade. Met die presiese aard van die kontrakbreuk waarop die appellant se saak steun, sal ek aanstons meer volledig handel. In wese kom dit egter daarop neer dat die respondent, volgens die appellant, uit hoofde van die ooreenkoms tussen hulle verplig was om hom te adviseer dat hy by die sogenaamde Desentralisasieraad kon aansoek doen vir sekere voordele ('DSR-voordele') waarvoor sy besigheid gekwalifiseer het en dat die respondent versuim het om dit te doen. Weens hierdie versuim, so het die appellant beweer, het hy en die maatskappy oor die tydperk tussen 1 Maart 1989 en 28 Februarie 1995, DSR-voordele in 'n bedrag van ongeveer R3,6 miljoen verbeur. Gevolglik het die appellant die respondent ondermeer vir hierdie bedrag aangespreek. 'n Hele aantal van die

bewerings waarop die appellant se saak steun, is deur die respondent ontken. Behalwe vir die geskilpunte wat op hierdie wyse ontstaan het, het die respondent ook nog 'n spesiale pleit van verjaring opgewerp.

[3] Die sentrale geskilpunt tussen die partye het egter gewentel om die appellant se bewering dat dit 'n term van die ooreenkoms tussen hom en die respondent was dat die respondent hom deurlopend oor die beskikbaarheid van DSR-voordele moes adviseer, welke bewering deur die respondent ontken is. Die Hof benede (Van Coppenhagen R) het bevind dat die appellant nie hierdie term bewys het nie. Gevolglik het hy, ten gunste van die respondent, absolusie van die instansie gelas en was dit derhalwe nie vir hom nodig om op die ander geskilpunte tussen die partye in te gaan nie. Teen hierdie beslissing kom die appellant nou, met verlof van die Hof *a quo*, in hoër beroep.

[4] Ook op appèl dui 'n logiese benadering aan dat die kernvraag aangaande die bestaan van die kontraksterm waarop die appellant se saak berus, eers bereg moet word alvorens die ander geskilpunte tussen die partye aandag verdien. Die feite wat die beregting van hierdie kernvraag ter agtergrond lê, kan breedweg onder die volgende drie hoofde saamgevat word:

(a) DSR-voordele;

(b) die ontstaan van die kontraktuele verhouding tussen die partye in 1982; en

(c) die gebeure na kontraksluiting.

<u>DSR-voordele</u>:

[5] Sedert die sestiger jare het die Suid-Afrikaanse regering deur verskillende aansporingskemas gepoog om die desentralisasie van nywerheidsontwikkeling in die land aan te moedig. Die twee skemas wat hierin ter sprake is het bekend gestaan as skema 3, wat gegeld het vanaf April 1982 tot Junie 1990 en skema 4 wat in werking was gedurende die tydperk tussen Mei 1991 en September 1996. Waar vroeëre - en, terloops, ook latere - aansporingskemas grotendeels uit belastingtoegewings bestaan het, het skemas 3 en 4 dit met mekaar in gemeen gehad dat in beide hierdie gevalle die aansporing geskied het deur die uitbetaling van verskillende konsessies aan entrepeneurs wat bereid was om in nywerheidsontwikkelings buite die bestaande nywerheidsentra te belê. In ander opsigte het skemas 3

en 4 weer van mekaar verskil. So, byvoorbeeld, is konsessies onder skema 4 slegs aan maatskappy uitbetaal terwyl individue ook vir skema 3 -voordele gekwalifiseer het.

[6] Konsessies is uitbetaal ten opsigte van nywerheidsontwikkeling in gebiede wat, met die oog op desentralisasie, vir dié doel geoormerk is. Een so 'n gebied het Bloemfontein ingesluit. In beginsel het sowel die vestiging van nuwe nywerhede sowel, as sommige uitbreidings van bestaande nywerhede in desentralisasiegebiede as 'nywerheidsontwikkeling' vir die uitbetaling van konsessies gekwalifiseer. Die natuurlike groei van 'n bepaalde nywerheid is nie as 'n nuwe ontwikkeling beskou nie. Slegs uitbreidings wat die betrokke nywerheid met 'n wesenlike sprong of trap vergroot het, het vir konsessie doeleindes as 'n nuwe "nywerheidsontwikkeling" gekwalifiseer. Uiteraard was dit in die praktyk nie altyd so maklik om te bepaal in welke van hierdie twee kategorië 'n bepaalde uitbreiding geval het nie. Beide skema 3 en skema 4 is vir administratiewe doeleindes onder die Departement van Handel en Nywerheid tuisgebring waar die uitbetalings van konsessies beheer is deur 'n raad spesifiek vir dié doel saamgestel, wat bekend gestaan het as die 'Desentralisasieraad'. Met hierdie omweg kan ek terugkeer na die kort beskrywing van konsessies onder skemas 3 en 4 wat ek reeds vroeër aan die hand gedoen het, synde "DSR-voordele".

[7] Die vereistes waaraan 'n nyweraar moes voldoen ten einde vir DSR-voordele te kwalifiseer, was nie te vinde in enige wet of regulasies wat indertyd bestaan het nie. Dit is neergelê deur die Desentralisasieraad, wat oor 'n wye diskresie in dié verband beskik het. Sommige van die reëls wat die Desentralisasieraad in die uitoefening van sy diskresie toegepas het, is opgeteken in handleidings wat deur die Departement van Handel en Nywerheid gepubliseer en versprei is. Daarteenoor was daar egter ook praktyksreëls wat slegs kenbaar was deur voordurend in noue verbinding met die Desentralisasieraad te bly. Weens hierdie werkswyse het die bepaling of die vestiging of die uitbreiding van 'n nywerheid in 'n besondere geval as 'n 'nywerheidsontwikkeling' vir doeleindes van DSR-voordele kwalifiseer, 'n aansienlike mate van kundigheid oor die onderwerp geverg. Twee van die getuies in die Hof benede, mnr DH Bronkhorst, namens die appellant, en mnr FA Krause, namens die respondent, het die vereistes en voorwaardes vir die verkryging van DSR-voordele hulle spesialiteitsveld gemaak. Beide van hulle het dan ook as konsultante, nyweraars aangaande die verkryging van hierdie voordele geadviseer. Bronkhorst was 'n besigheidskonsultant terwyl Krause ook as 'n geoktrooieerde rekenmeester gepraktiseer het. Beide hierdie twee deskundiges sowel as mnr GJ

Oberholster, 'n geoktrooieerde rekenmeester wat ook as deskundige namens die appellant getuig het, was dit met mekaar eens dat die spesialiteitsveld rondom DSR-voordele nie deel gevorm het van geoktrooieerde rekenmeesters se opleiding nie. Sommige individuele lede van die profesie het egter tog 'n mate van kundigheid oor die onderwerp bekom deur, byvoorbeeld, seminare wat op 'n gereelde basis deur die Instituut van Geoktrooieerde Rekenmeesters aangebied is, by te woon. Hierdie individuele rekenmeesters het dan, wat kennis aangaande DSR-voordele betref, iewers tussen werklike deskundiges en 'gewone' geoktrooieerde rekenmeesters, geval. Bronkhorst was deel van laasgenoemde groep.

[8] In ooreenstemming met die hele oogmerk van DSR-voordele, synde om beleggings in nywerheidsontwikkeling aan te moedig, moes die aansoek om sodanige voordele in beginsel gedoen word voordat die belegging gemaak is, oftewel terwyl die ontwikkeling nog in 'n beplanningstadium was. Die Desentralisasieraad het egter hierdie reël verslap deur aansoeke vir DSR-voordele toe te laat selfs nadat die ontwikkeling waarop dit betrekking gehad het, reeds voltooi was. Daar is egter 'n afsnypunt gestel waarna sodanige aansoeke nie meer toegelaat is nie. By skema 3 was hierdie afsnypunt twaalf maande vanaf die datum waarop die ontwikkeling in produksie gekom het en by skema 4, ses maande na hierdie datum. In September 1994 het hierdie praktyk tot 'n einde gekom toe die Desntralisasieraad daarop aangedring het dat aansoeke om DSR-voordele gebring word voordat die betrokke ontwikkelings plaasvind.

<u>Die ontstaan van die kontraktuele verhouding tussen die partye in 1982.</u>

[9] Die appellant was maar in sy vroeë twintiger jare en pas klaar met sy universiteitsopleiding toe hy die besigheid van SA Truck Bodies begin het. Vanuit die staanspoor het hy hom as entrepeneur en bemarker onderskei. Sy kennis van finansies en besigheidsadministrasie het egter nie tred gehou met die uitbreiding van sy besigheid nie. Blykbaar was sy universiteitsopleiding, wat in die teologiese rigting was, hom ook nie van veel hulp in hierdie verband nie. Bygevolg was die besigheid heel gou in 'n geldelike verknorsing. In sy soeke na hulp het die appellant by 'n

geoktrooieerde rekenmeester, mnr Daan Havenga, beland wat indertyd as vennoot in die respondent se Bloemfontein-kantoor gepraktiseer het. Aangesien Havenga nie as getuie geroep is nie, staan die appellant se weergawe oor wat in onderhandelinge en gesprekke tussen die twee van hulle gesê is, in wese onbetwis.

[10] Volgens die appellant het hy by hulle aanvanklike ontmoeting aan Havenga verduidelik dat hy 'n behoefte gehad het aan 'finansiële- en bestuursadvies om my besigheid te laat werk'. Hierop het Havenga te kenne gegee dat hy by uitstek gekwalifiseer is om aan die appellant se behoefte te voldoen, aangesien hy juis binne sy algemene praktyk as geoktrooieerde rekenmeester, in die verskaffing van bestuursadvies aan klein sake ondernemings, gespesialiseer het. Daarna het Havenga dan ook voortgegaan om die appellant se besigheid te ondersoek en om hom van advies te bedien. So het hy, byvoorbeeld, aan die hand gedoen dat die appellant hom slegs op die bou van leun- en sleepwaens toe lê en die ander vertakkings van sy besigheid laat vaar, wat die appellant toe gedoen het. Voorts het Havenga die appellant geadviseer oor die opknapping van sy boekhoustelsel en het hy ook die appellant se destydse boekhoudster opgelei om die verbeterde stelsel te implementeer. As gevolg hiervan was die appellant in staat om finansiële inligting aangaande sy besigheid te bekom en om behoorlike bestuursbesluite op grond daarvan te neem.

[11] Toe Havenga tydens hulle aanvanklike onderhandelinge uitvind dat die appellant in die vervaardigingsbedryf betrokke was, het hy dit teenoor die appellant genoem dat hy in die respondent se Bloemfontein-kantoor, die spesialis op die gebied van DSR-voordele was en dat die appellant se besigheid moontlik vir hierdie voordele kon kwalifiseer. Daarop het die appellant aan Havenga opdrag gegee om op die saak in te gaan. Uiteindelik het hy in die lig van Havenga se positiewe advies ook aan hom opdrag gegee om 'n aansoek vir hierdie voordele aan die Desentralisasieraad te rig, welke aansoek suksesvol was.

<u>Die gebeure na 1982</u>.

[12] Na 1982 het die respondent jaarliks die appellant se finansiële state opgestel en sy inkomstebelastingopgawes voltooi. In 1988 het die appellant vir mnr Jaco Scholtz as rekenmeester van sy besigheid aangestel. Scholtz het 'n B.Com graad gehad en, hoewel hy nooit as geoktrooieerde

rekenmeester gekwalifiseer het nie, het hy ook sy leerlingskap daarvoor voltooi. Na Scholtz se aanstelling het hy die appellant se finansiële jaarstate in konsepvorm opgestel waarna die respondent dit slegs gefinaliseer het.

[13] Volgens die appellant se getuienis het hy en Havenga jaarliks, net voordat die finansiële jaarstate gefinaliseer is, 'n gesprek rondom die state gevoer. Tydens hierdie gesprekke is daar dan gekyk na die besigheid se finansieringsbehoeftes, na die wins en verlies-situasie, die kontantvloei-situasie sowel as na sekere bedryfsaspekte.

[14] Benewens hierdie funksies wat die respondent elke jaar herhaal het, het die appellant ook van tyd tot tyd aan die respondent opdrag gegee om hom oor meer spesifieke aangeleenthede te adviseer. So, byvoorbeeld, het die appellant eers met Havenga oorleg gepleeg voordat hy vir Scholtz aangestel het en toe hy oorweeg het om 'n besigheid aan die Rand te koop, het hy die respondent versoek om eers 'n lewensvatbaarheidsstudie aangaande hierdie besigheid vir hom te doen.

[15] Ondertussen het die appellant se besigheid steeds groter geword. In 1986 het hy die huurperseel, vanwaar hy die besigheid bedryf het, verlaat en 'n groter perseel, wat hy aangekoop het, betrek. Oor hierdie transaksie het hy nie vir Havenga geraadpleeg nie. Net die volgende jaar het die appellant egter 'n nog groter perseel vir sy besigheid aangekoop wat meer as dubbel soveel as sy vorige perseel gekos het. By hierdie geleentheid het hy wel Havenga se hulp ingeroep. Blykens die appellant se getuienis was die rede vir sy se oorlegpleging met Havenga by hierdie geleentheid egter nie soseer om advies of gemoedsrus oor sy voorgenome aankoop te verkry nie. Die appellant het naamlik verduidelik dat hy probleme ondervind het om finansiering vir die aankoopprys van hierdie nuwe eiendom te bekom. Sy bank, by wie hy vir sodanige finansiering aangeklop het, het verlang dat hy, onder meer, kontantvloeistate en 'n bewys van die lewensvatbaarheid van die beoogde uitbereiding voorlê. Hiervoor het die appellant Havenga se hulp ingeroep. In die loop van Havenga se ondersoek ter uitvoering van sy opdrag het dit blykbaar by hom opgekom dat die uitbreiding wat vir die nuwe eiendom beplan is moontlik as 'n verdere ontwikkeling in die konteks van DSR-voordele kon kwalifiseer en hy het dit so aan die appellant oorgedra. Hierop het die appellant aan Havenga opdrag gegee om 'n aansoek vir die verkryging van hierdie voordele aan die Desentralisasieraad te rig, welke aansoek in Januarie 1988 geloods is. Ook hierdie aansoek was suksesvol.

[16] Die beplande uitbreiding waarop die suksesvolle aansoek gebaseer was, het toe inderdaad in 1988 en tot in Februarie 1989 plaasgevind.

Daarna het die appellant se besigheid steeds uitgebrei. Ondanks hierdie verdere uitbreidings is daar eers weer in Maart 1995 namens die appellant vir DSR-voordele aansoek gedoen. Hierdie aansoek, waarby ek aanstons weer sal terugkom, het betrekking gehad op uitbreidings wat plaasgevind het vanaf Maart 1995. Vir uitbreidings wat plaasgevind het in die tydperk tussen Maart 1989 en Februarie 1995 was daar dus geen aansoek vir DSR-voordele nie. Hierdie leemte is dan die rede vir die appellant se eis in hierdie saak.

[17] Ek keer terug na die kronologiese verloop van gebeure. In Junie 1993 het Havenga die respondent verlaat om op sy eie te gaan praktiseer en het 'n ander vennoot, in die respondent, mnr DA Forster, die verantwoordlikheid vir die appellant as kliënt oorgeneem. In sy getuienis het Forster homself beskryf as 'n geoktrooieerde rekenmeester in algemene praktyk wat, in teenstelling met Havenga, geen kennis van DSR-voordele gedra het nie.

[18] Op 30 September 1994 het die appellant se rekenmeester, Scholtz, sonder om vir Forster of enige van sy vennote te raadpleeg, 'n poging aangewend om namens die appellant vir DSR-voordele aansoek te doen. Hierdie poging was onsuksesvol, omdat Scholtz die verkeerde aansoekvorm gebruik het. Aangesien Scholtz nie as getuie geroep is nie, is dit nie duidelik wat hom daartoe beweeg het om hierdie aansoek op sy eie houtjie te bring nie. Wat wel duidelik is, is dat as gevolg van Scholtz se mislukte poging, die betrokke amptenaar van die Desentralisasieraad die appellant na Bronkhorst verwys het wat indertyd as konsultant op die gebied van DSR-voordele gepraktiseer het. Bronkhorst het toe namens die appellant die aansoek vir DSR-voordele voorberei wat gebring is in Maart 1995, waarna ek reeds sydelings verwys het. Hierdie aansoek wat, soos ek aangedui het, betrekking gehad het op uitbreidings wat vanaf Maart 1995 plaasgevind het, was uiteindelik ook suksesvol.

[19] In sy voorbereiding van die 1995 aansoek het Bronkhorst agtergekom dat daar gedurende die tydperk vanaf Maart 1989 tot in Februarie 1995 uitbreidings was wat na sy mening vir DSR-voordele gekwalifiseer het, maar waarvoor daar nooit aansoek gedoen is nie. Op daardie stadium was dit uiteraard te laat vir so 'n aansoek. Hy het by Scholtz navraag gedoen oor hoekom daar nie gedurende genoemde tydperk aansoek gedoen is nie. Toe die appellant van hierdie navraag te hore kom, het hy vir Forster en Havenga afsonderlik gekonfronteer met die beskuldiging van pligsversuim deurdat hulle hom nie geadviseer het om vir hierdie voordele, waarvoor hy gekwalifiseer het, aansoek te doen nie. Forster se antwoord was dat die appellant hom nooit vir sodanige advies gevra het nie. Daarteenoor was

Havenga se reaksie dat die uitbreidings van die appellant se besigheid wat plaasgevind het vanaf 1989 tot 1993 - toe Havenga by die respondent weg is - nie vir DSR-voordele gekwalifiseer het nie.

Was deurlopende advies oor DSR-voordele 'n term van die kontrak?

[20] Dit bring my dan terug by die vraag of die appellant die kontraksterm waarop sy hele saak rus, naamlik dat die respondent hom gedurende die bestaan van hulle kontraktuele verbintenis voortdurend of deurlopend oor die moontlike verkryging van DSR-voordele moes adviseer, bewys het. Volgens die appellant se besonderhede van vordering was hierdie term 'n '**uitdruklike,** alternatiewelik **stilswyende,** alternatiewelik **regtens inbegrepe** term' van die mondelinge ooreenkoms wat hy in 1982 met Havenga - as verteenwoordiger van die respondent - aangegaan het. Uit sommige gedeeltes van die appellant se getuienis wil dit voorkom asof hy inderdaad op 'n **uitdruklike** term tot dien effekte steun. By nadere ontleding van sy getuienis as geheel, blyk dit egter tog nie sy saak te wees nie. Die appellant moes naamlik toegee dat Havenga se **toekomstige** verpligtinge aangaande DSR-voordele nooit gedurende die indertydse gesprekke tussen hom en Havenga ter sprake gekom het nie. Die hoogwatermerk van die appellant se weergawe hieromtrent blyk te wees dat Havenga in 1982 teenoor hom te kenne gegee het dat hy (Havenga) weens sy besondere kundigheid oor DSR-voordele, in staat sou wees om nie alleen as die appellant se rekenmeester nie, maar ook as sy adviseur oor die verkryging van DSR-voordele op te tree. Havenga het egter nooit uitdruklik gesê dat hy sodanige advies sonder enige verdere opdrag of versoek deur die appellant sou verskaf nie. Hieruit volg dat, in soverre die appellant hom in sy besonderhede van vordering op 'n **uitdruklike** term beroep het, hierdie beroep nie deur sy eie getuienis ondersteun is nie.

[21] 'n Alternatiewe bewering waarop die appellant blykens sy besonderhede van vordering gesteun het, was dat die betrokke kontraksterm 'n **regtens geïmpliseerde** term van die mondelinge ooreenkoms tussen hom en Havenga - namens die respondent - was. Daar is egter nie namens die appellant na enige regsbeginsel verwys wat hierdie alternatiewe bewering ondersteun nie en ek weet ook nie van so 'n regsbeginsel nie. Hierdie moontlikheid kan dus buite rekening gelaat word. 'n Verdere moontlikheid wat deur die Hof *a quo* geopper en ondersoek is, is dat die term waarop die appellant steun by wyse van 'n handelsgebruik deel van die ooreenkoms tussen die partye geword het. Aan die hand van hierdie ondersoek was die Hof *a quo* se bevinding egter dat die appellant nie aan die streng vereistes vir die bewys van 'n term geïmpliseer deur handelsgebruik voldoen het nie. Ek stem met hierdie bevinding saam. (Sien, byvoorbeeld, *Golden Cape*

Fruits (Pty) Ltd v Fotoplate (Pty) Ltd 1973 (2) SA 642 (C).) Aangesien die appellant se advokaat dit in hierdie Hof onomwonde gestel het dat die appellant hom nie op 'n term geïmpliseer deur handelsgebruik beroep nie, vind ek dit onnodig om hierdie bevinding nader toe te lig.

'n Stilswyende Term:

[22] By wyse van eliminasie, kon die kontraktuele beding waarop die appellant steun dus slegs by wyse van 'n **stilswyende** term deel van die mondelinge ooreenkoms tussen die partye geword het. Deur erkening te verleen aan 'n stilswyende term, word aan die onuitgesproke bedoeling van die partye dieselfde gesag as aan hulle uitgesproke bedoelings verleen. Aangesien dit by 'n stilswyende term per definisie gaan om 'n bedoeling, wat nooit in woorde uitgedruk is nie, is die bepaling daarvan afhanklik van 'n afleiding. Juis omdat aan hierdie term wat op 'n afleiding gebaseer is dieselfde gewig gegee word as aan dit wat die partye uitdruklik ooreengekom het, is die afleiding van 'n stilswyende term slegs geregverdig as dit met 'n groot mate van sekerheid gemaak kan word. Daarom sê Rumpff HR in *South African Mutual Society v Cape Town Chamber of Commerce* 1962 (1) SA 598 (A) 606 B dat:

' 'n stilswyende bepaling alleen dan in 'n kontrak ingelees sal kan word wanneer die Hof oortuig is dat daar inderdaad 'n bedoeling was dat die betrokke bepaling in die kontrak opgesluit lê en dat al die partye tot die kontrak sodanige bedoeling gehad het.'

[23] Die vermaarde toets vir die vastelling of die afleiding van die beweerde stilswyende term wel geregverdig is, is die sogenaamde nie-amptelike buitestaander-('officious bystander') oftewel die 'buitestaander-toets' wat reeds dikwels in die verlede deur hierdie Hof toegepas is. (Sien byvoorbeeld *Alfred McAlpine & Son(Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration* 1974 (3) SA 506 (A) 533 A-B en *Wilkins NO v Voges* 1994 (3) SA 130 (A) 137 A-D.) Hierdie toets het sy oorsprong in die volgende *dictum* van Scrutton LJ in *Reigate v Union Manufacturing Co*

(Ramsbottom)and Another [1918] 1 KB 592 (CA) 605:

'A term can only be implied if it is such a term that it can confidently be said that if at the time the contract was being negotiated some one had said to the parties: "What will happen in such a case", they would both have replied, "Of course so and so will happen; we did not trouble to say that; it is too clear." Unless the Court comes to some such conclusion as that, it ought not to imply a term which the parties have not expressed '

[24] Oor die jare is die buitestaander-toets in beslissings van ons howe verfyn en sy praktiese bruikbaarheid daardeur verhoog. So het Colman R, byvoorbeeld, in *Techni-Pak Sales (Pty) Ltd v Hall* 1968 (3) SA 231 (W) 236H - 237A beslis dat die afleiding van 'n stilswyende term slegs geregverdig is indien die buitestaander se vraag 'a prompt and unanimous assertion of the term' by beide partye tot die ooreenkoms sou ontlok het. As een van die partye, byvoorbeeld, sou aandui dat hy eers die saak verder wil oorweeg of dat hy eers sekere onduidelikhede wil opklaar voordat hy sy antwoord gee, slaag die beweerde stilswyende term nie die toets nie. 'n Verdere vereiste wat ook al gestel is, is dat 'n stilswyende term slegs afgelei kan word as dit vir duidelike formulering vatbaar is. Of, soos Trollip AR dit stel in *Desai & Another v Greyridge Invetsments (Pty) Ltd* 1974 (1) SA 509 (A) 522H-523A:

'I do not think that it is either clear or obvious which of those forms of the term should prevail, and hence that none can be implied. The reason is that the implication of a term depends upon the inferred or imputed intention of the parties to the contract ... and

once there is diffficulty and doubt as to what the term should be or how far it should be taken it is obviously difficult to say that the parties clearly intended anything at all to be implied.'

[25] By beantwoording van die vraag wat waarskynlik die partye se antwoord op die buitestaander se tersaaklike vraag sou wees, laat die hof hom hoofsaaklik lei deur die uitdruklike terme van die ooreenkoms en die omringende omstandighede ten tyde van kontraksluiting (sien byvoorbeeld *South African Mutual Aid Society (supra)* 606C en *Alfred McAlpine & Son (Pty) Ltd (supra)* 531 *in fine).* Dit is egter ook toelaatbaar om te kyk na die optrede van die partye na die sluiting van die ooreenkoms. Hierdie ondersoek is gerig op die vraag of die latere optrede van die partye versoenbaar is met die bewering dat die stilswyende term deel gevorm het van hulle kontrak. (Sien byvoorbeeld *Wilkens NO v Voges (supra)* 143C-D en Christie *op cit* 196).

[26] Die volgende stap is dan om hierdie regsbeginsels op die onderhawige feite toe te pas. Met verwysing na die omringende omstandighede tydens kontraksluiting het die appellant vier gronde van ondersteuning gevind vir sy beroep op 'n stilswyende term waarvolgens die respondent hom deurlopend oor die moontlikheid van DSR-voordele moes adviseer. Eerstens, dat Havenga hom voorgehou het as 'n deskundige op die gebied van DSR-voordele wat, indien die appellant vir die respondent as sy rekenmeester sou aanstel, in staat sou wees om die appellant ook van advies aangaande die verkryging DSR-voordele te voorsien. Tweedens, dat die beskikbaarheid van hierdie bykomdende dienste juis een van die appellant se beweegredes was om die respondent as sy rekenmeester aan te stel. Derdens, dat daar minstens 'n verstandhouding tussen die appellant en Havenga was dat die kontraktuele verhouding tussen die partye nie na 'n enkele transaksie tot 'n

einde sou kom nie, maar vir 'n onbepaalde tyd sou voortduur en van 'n deurlopende aard sou wees. Vierdens, dat Havenga daar en dan uit eie beweging die appellant geadviseer het oor die moonlikheid dat hy vir DSR-voordele mag kwalifiseer. Die afleiding, wat volgens die appellant, deur hierdie oorwegings geregverdig word, is saamgevat in die volgende gedeelte van die betoogshoofde wat namens hom geliasseer is:

'Uit hoofde van die voormelde het [die respondent] soos verteenwoordig deur Havenga 'n aanbod aan [die appellant] gemaak dat, ingeval van aanstelling deur [die appellant] van [die respondent] as rekenmeesters van die besigheid, [die respondent] voortaan gedurende die bestaan van die kontraktuele verbintenis wat voortspruit uit die aanstelling, vir [die appellant] as deskundige op die gebied sal adviseer met betrekking tot DSR-voordele. Hierdie aanbod is deur [die appellant] aanvaar en gevolglik het daar dienooreenkomstig 'n ooreenkoms tot stand gekom.'

[27] Die verdere betoog namens die appellant was dat ook die optrede van die partye na die sluiting van die mondelinge ooreenkoms, daarop dui dat die stilswyende term waarop hy hom beroep, deel van hulle ooreenkoms was. Ter ondersteuning van hierdie betoog is daarop gewys dat Havenga in 1982 en toe weer in 1988, sonder dat hy pertinent daarvoor gevra is, die moontlikheid van die verkryging van DSR-voordele teenoor die appellant geopper het en daarna ook die aansoek om sodanige voordele namens die appellant hanteer en tot 'n suksesvolle uiteinde gevoer het. Daarbenewens is ook ondersteuning gevind in Havenga se reaksie toe hy in 1995 daarmee gekonfonteer is dat hy versuim het om in die tydperk tussen 1989 en 1995 die appellant oor die moontlike beskikbaarheid van DSR-voordele te adviseer. Volgens die appellant se getuienis was Havenga se reaksie op

daardie stadium nie dat hy geen verpliging gehad het om sodanige advies te gee nie, maar dat die appellant gedurende die betrokke tydperk, nie vir DSR-voordele gekwalifiseer het nie. Die waarskynlikhede is, so is namens die appellant aan die hand gedoen, dat indien Havenga geglo het dat hy nie kontraktueel verplig was om die appellant oor DSR-voordele te adviseer nie, hy dit onmiddellik sou gesê het.

[28] Laastens is namens die appellant aangevoer dat sy saak ondersteun word deur die feit dat Havenga nie deur die respondent as getuie geroep is nie.

[29] Geriefshalwe handel ek eers met die appellant se beroep of die partye se optrede na kontraksluiting. In hierdie verband bied die feit dat Havenga in 1982 die moontlikheid van DSR-voordele geïdentifiseer het en toe namens die appellant vir daardie voordele aansoek gedoen het myns insiens nie steun vir die appellant se beroep op 'n stilswyende term nie. Uit die appellant se getuienis is dit immers duidelik dat Havenga gereageer het, eerstens, op 'n spesifieke opdrag om die appellant se besigheid te ondersoek en hom van finansiële advies te bedien en, tweedens, op 'n uitdruklike opdrag deur die appellant om die aansoek vir DSR-voordele te bring. Gevolglik regverdig hierdie optrede van Havenga nie die afleiding dat hy (namens die respondent) stilswyend onderneem het om in die toekoms op 'n deurlopende basis hierdie take sonder opdrag te verrig nie. Dieselfde geld ook vir die aansoek in 1988. Weereens het Havenga gereageer op 'n spesifieke opdrag om die finansiële aspekte rondom 'n beoogde uitbreiding van die appellant se besigheid te ondersoek ten einde die appellant in staat te stel om 'n voorlegging daaroor aan sy bank te maak.

[30] Ook Havenga se reaksie toe hy in 1995 gekonfronteer is met sy versuim om die appellant oor die moontlikheid van DSR-voordele te adviseer, steun myns insiens nie die appellant se saak nie. Indien Havenga geglo het, soos was hy vir die appellant gesê het, dat laasgenoemde in werklikheid op geen DSR-voordele geregtigheid was nie, sou die vraag of hy kontraktueel verplig was om die appellant oor DSR-voordele in te lig, moontlik nie eens by Havenga opgekom het nie.

[31] Die feit dat Havenga nie as getuie geroep is nie, neem ook nie die appellant se saak verder nie. Die respondent was immers bereid om sy

saak op die aanvaarding van die appellant se weergawe van die tersaaklike feite te voer.

[32] Wat die omringende omstandighede tydens kontraksluiting betref moet, ooreenkomstig die buitestaander-toets, bepaal word wat, in die lig van die omstandighede, die appellant en Havenga se waarskynlike antwoord sou wees op die buitestaander se navraag aangaande die respondent se toekomstige verpligtinge rakende DSR-voordele. Die antwoord deur beide partye wat deur die appellant aan die hand gedoen word, is dat die respondent verplig sou wees om hom op 'n deurlopende basis aangaande DSR-voordele te 'adviseer'. In sy betoog kon die appellant se advokaat egter geen duidelike antwoord gee oor welke betekenis die partye op verdere navraag aan die term 'adviseer' sou gee nie. Ooreenkomstig die gesag waarna ek reeds verwys het, druis hierdie probleem om inhoud te gee aan die verpligting wat Havenga op die respondent sou geneem het, teen die afleiding van 'n stilswyende term in.

[33] 'n Verdere probleem wat by die toepassing van die buitestaander-toets vir die respondent ontstaan, blyk uit die getuienis van Krause wat as deskundige namens die respondent getuig het. Krause het naamlik getuig dat, indien 'n spesialis op die gebied van DSR-voordele met 'n kliënt sou ooreenkom om op 'n deurlopende basis die moonlikheid van DSR-voordele vir die kliënt moniteer, die deskundige daarop sal aandring dat die ooreenkoms 'n verpligting op die kliënt plaas waarvolgens hy die deskundige vroegtydig moet inlig van toekomstige uitbreidings wat hy beplan. Hierdie getuienis van Krause was nie betwis nie. In die lig hiervan is die afleiding nouliks geregverdig dat Havenga sonder enige voorbehoud of selfs 'n navraag die vae verpligting op die respondent sou neem om die appellant op 'n deurlopende basis oor DSR-voordele te adviseer.

[34] Ten einde met sy beroep op 'n stilswyende term te slaag, moes die appellant aantoon dat indien die buitestaander ten tyde van kontraksluiting vir hom en Havenga sou vra wat Havenga se toekomstige verpligtinge aangaande DSR-voordele sou wees, beide van hulle sonder aarseling en ondubbelsinnig sou antwoord dat Havenga, sonder enige verdere opdrag, op die minste deurlopend op die uitkyk sou wees of die appellant nie dalk vir DSR-voordele kwalifiseer nie en, indien wel vir die appellant daaromtrent inlig.

[35] Met inagneming van al die omstandighede kon die appellant en Havenga se antwoord op die navraag egter, na my oordeel, net sowel wees dat die respondent die moontlikheid van sodanige voordele sou ondersoek indien die appellant aan hom opdrag gee om dit te doen. Selfs vanuit die appellant se oogpunt sou die addisionele las wat so 'n ooreenkoms op hom

plaas, gering wees. Al wat hy dan sou moes doen sou wees om van tyd tot tyd - sê jaarliks - so 'n opdrag aan die respondent te gee. Daarteenoor sou hierdie reëling vir die appellant die voordeel inhou dat hy slegs die respondent vir so 'n ondersoek sou hoef te betaal indien hy opdrag daarvoor gegee het en nie, soos andersins die geval sou wees, wanneer die respondent op lukrake wyse uit eie beweging sou besluit om so 'n ondersoek te doen nie.

[36] Wat nie uit die oog verloor moet word nie, is dat die appellant se besigheid by die sluiting van die mondelinge ooreenkoms tussen hom en Havenga in 1982, in 'n finansiële verknorsing was. Onder daardie omstandighede sou sy gedagtes, myns insiens, eerder by finansiële oorlewing wees as by 'n ooreenkoms wat op die toekomstige uitbreidings van sy besigheid betrekking gehad het. Allermins sou hy in die omstandighede 'n ooreenkoms wou aangaan wat in die toekoms 'n onbepaalde finansiële verpligting op sy reeds wankelende besigheid sou plaas.

[37] Ook die optrede van die partye na kontraksluiting druis myns insiens in teen die afleiding dat die stilswydende term waarop die appellant hom beroep, deel gevorm het van die mondelinge ooreenkoms wat in 1982 tussen hom en Havenga aangegaan is. Dit is immers gemene saak dat beide partye deurgaans opgetree het asof daar geen verpligting op Havenga gerus het om die respondent oor DSR-voordele te adviseer nie. Behalwe in 1982 en weer in 1988, waarby spesiale omstandighede in beide gevalle gegeld het, het Havenga nooit die moonlikheid van DSR-voordele teenoor die appellant geopper nie en het hy ook geen fooie gehef vir die verskaffing van sulke dienste nie. Die appellant het ook nooit daaroor by Havenga navraag gedoen nie en geen meganismes is in plek gestel om te verseker dat Havenga tydige inligting oor die appellant se beplande uitbreidings bekom nie. As 'n feit het die appellant dan ook nooit vir Havenga vooraf van sy beplande uitbreidings ingelig nie. Toe Havenga in 1993 die respondent verlaat om op sy eie te gaan praktiseer, het die appellant toegelaat dat Forster as sy rekenmeester oorneem. Die feit dat Forster van DSR-voordele niks geweet het nie het die appellant klaarblyklik nie as 'n probleem beskou nie. Toe die appellant se werknemer Scholtz in 1994 'n poging aanwend om 'n aansoek vir DSR-voordele te bring, doen hy dit sonder om vir Forster of enige ander vennoot by die respondent te raadpleeg. Selfs toe Scholtz met sy aansoek moeilikheid ondervind roep hy die hulp van 'n deskundige buite die respondent in.

[38] Die patroon wat die verhouding tussen die partye oor die jare gevestig het is vir my redelik duidelik. Sommige funksies, soos die opstel van jaarstate en die invul van belastingsvorms, het die respondent by herhaling

verrig. Daarbenewens het die respondent ook op spesiale versoek van die appellant sekere besondere take uitgevoer. So, byvoorbeeld, het die respondent 'n lewensvatbaarheidstudie vir die appellant gedoen vir die besigheid wat hy wou aankoop asook 'n uitbreiding wat hy beplan het. Blykens die getuienis het die ondersoek en advies aangaande DSR-moontlikhede in laasgenoemde kategorie geval.

[39] Die appellant het ook 'n alternatiewe basis aangevoer vir die stilswyende term waarop sy saak berus. Hierdie alternatiewe basis het sy oorsprong gehad in die menings van die appellant se deskundige, Oberholster. Volgens Oberholster was die respondent verplig om by die uitvoering van sy funksies as die appellant se rekenmeester, die vaardighede en sorg aan die dag te lê wat redelikerwys van rekenmeesters verwag kan word, wat volgens Oberholster se mening, ingesluit het dat die respondent op 'n deurlopende basis advies aangaande DSR-voordele aan die appellant moes verskaf. Onderliggend aan hierdie mening van Oberholster is die veronderstelling dat 'n aanstelling as rekenmeester op sigself 'n gedefinieerde inhoud het in die sin dat dit vooraf bepaalde funksies omvat. Hierdie veronderstelling blyk egter verkeerd te wees. Potensieel kan rekenmeesters 'n legio funksies verrig. Gevolglik het 'n aanstelling as rekenmeester geen bepaalde inhoud nie. Sy funksies sal elke keer afhang van wat aan hom opgedra is. Die stelling dat 'n rekenmeester sy funksies moet uitvoer op 'n wyse wat redelikerwys van rekenmeesters verwag word verskaf dus geen antwoord op die vraag welke funksie die rekenmeester moes uitvoer nie. Dit beteken maar net dat die rekenmeester <u>daardie funksies wat aan hom opgedra is</u> op 'n professionele moet verrig. Wat Oberholster op die ou end moes aanvoer was dat die jaarlikse opdrag om die appellant se finansiële jaarstate op te stel sonder meer die verpligting op die respondent geplaas het om die appellant aangaande DSR-voordele te adviseer. Hierdie stelling kan egter myns insiens nie aanvaar word nie. 'n Konsekwente toepassing daarvan sou immers tot gevolg hê dat rekenmeesters, soos Forster, wat nie oor kundigheid aangaande DSR-voordele beskik nie, nooit die funksie om finansieële jaarstate op te stel, op 'n professionele wyse sal kan verrig nie. Omdat so 'n gevolgtrekking klaarblyklik onhoudbaar is, het die appellant se advokaat aan die hand gedoen dat Oberholster se stelling beperk moet word tot rekenmeesters wat wel oor kundigheid aangaande DSR-voordele beskik. So 'n beperking sou egter tot gevolg hê dat die wyse waarop 'n rekenmeester finansiële jaarstate moet opstel sal afhang van die persoonlike kennis van die betrokke rekenmeester, welke gevolgtrekking eweneens onaanvaarbaar is. Gevolglik was die appellant se advokaat genoop om Oberholster se vereiste

vir professionele optrede verder af te water deur dit te beperk tot die geval waar die rekenmeester ook spesifiek aangestel is om sy kliënt oor DSR-voordele te adviseer. Dit lei egter maar net met 'n omweg terug na die kernvraag in hierdie saak, naamlik of die appellant hom van sy bewyslas gekwyt het om aan te toon dat hy aan die respondent opdrag gegee het om hom oor DSR-aangeleenthede te adviseer. Hierdie vraag is in die Hof *a quo* teen die appellant beslis, welke beslissing nie gefouteer kan word nie.

[40] Derhalwe word die appèl van die hand gewys met koste.

FDJ BRAND
APPèLREGTER

STEM SAAM:
HEFER Wnd P
STREICHER AR