

SAAKNOMMER: 80/95

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPELAFDELING)

In die saak tussen:

COMFORT AIR CONDITIONING

COMPANY (PTY) LIMITED

APPELLANT

en

LEBOWA DEVELOPMENT

CORPORATION LIMITED

RESPONDENT

CORAM: E M GROSSKOPF, F H GROSSKOPF, HOWIE,
OLIVIER *et* SCHUTZ ARR

VERHOORDATUM: 30 AUGUSTUS 1996

LEWERINGSDATUM: 27 SEPTEMBER 1996

UITSPRAAK

F H GROSSKOPF AR:

Die appellant het as applikant 'n aansoek in die Transvaalse Provinsiale Afdeling geloods. Volgens die kennisgewing van mosie het die appellant betaling van die bedrag van R131 403,35 en die bedrag van R368 558,23 tesame met rente van die respondent geëis. Die aansoek is met koste van die hand gewys deur Daniels R, wat ook die appellant se aansoek om verlof om te appelleer afgewys het. Die appellant appelleer met verlof van hierdie hof.

Die appellant het gedurende 1992 verneem dat die Lebowa Departement van Onderwys tenders laat aanvra het vir die bou van 'n projek ("die projek") wat bekend gestaan het as fase 3 van die Mokopane Onderwyskollege in Lebowa. Daar sal na die bouheer van

die projek as die "Lebowa regering" verwys word. Die appellant is versoek om voorlopige pryse vir die verskaffing en installering van lugversorgingstoerusting vir die projek te verstrek, wat die appellant toe gedoen het.

Op 12 Augustus 1992 stuur 'n sekere mnr Nick Powell ("Powell") namens 'n instansie bekend as Seleka and Dinkie Consortium ("die konsortium") 'n telefaks aan die appellant. Daarin deel hy die appellant mee dat die konsortium se tender as kontrakteur vir die bou van die projek aanvaar is en dat die appellant sy finale tender vir die verskaffing en installering van die lugversorgingstoerusting aan die konsortium moet voorlê. Die appellant het daarop vir Powell gevra om die appellant van verdere besonderhede met betrekking tot die beoogde subkontrak te voorsien. Kort daarna ontvang die appellant 'n sogenaamde "letter of

appointment" gedateer 28 Augustus 1992 van die konsortium waarvolgens die subkontrak vir die verskaffing en installering van die lugversorgingstoerusting aan die appellant toegeken is. Die appellant het egter getwyfel oor die finansiële status van die konsortium en het nie die subkontrak, wat deel van die aanstellingsbrief uitgemaak het, onderteken nie. Die appèl is egter deur beide partye voor ons beredeneer op die grondslag dat die appellant behoorlik ingevolge die subkontrak presteer het.

Regtens sou die appellant as subkontrakteur deur die konsortium as kontrakteur betaal moes word. As gevolg van die appellant se onsekerheid oor die konsortium se finansiële posisie het die appellant op 1 November 1992 in dié verband aan Powell geskryf. Powell het opgetree namens die projekbestuurder, Gavrod Projects (Pty) Ltd

("Gavrod"). Die appellant wou gehad het dat Gavrod moes reël dat die appellant nie deur die konsortium nie, maar direk deur die Lebowa regering, betaal word. Op 12 Januarie 1993 laat Powell die appellant per telefaks weet dat dit aldus gereël is en dat die appellant direk deur die Lebowa regering betaal sal word. Die bestaan van so 'n reëling is later deur die argitekte van die projek betwis en ook in die respondent se beantwoordende eedsverklaring ontken. Dit is egter gemene saak dat hierdie dispuut tans irrelevant is aangesien die appellant nie betaling van die respondent as beweerde agent van die Lebowa regering eis nie.

Die appellant se advokaat het betoog dat die appellant se eis teen die respondent gebaseer is op die respondent se mondelinge en skriftelike ondernemings om die appellant te betaal. Hierdie eisorsaak sal hieronder verder bespreek word.

Soos gemeld, is dit gemene saak dat die appellant behoorlik ingevolge die subkontrak presteer het. Die appellant het sy eis om vorderingsbetalings by wyse van eise 1 en 2 aan Gavrod vir goedkeuring voorgelê. Die bestekopnemer van die projek het daarna betaling van die appellant se eise kragtens die konsortium se sertifikate 10 en 11 gesertifiseer. Sertifikaat 10 is op 27 Augustus 1993 uitgereik en die bedrag van R131 403,35 ten gunste van die appellant was daarby ingesluit. Sertifikaat 11 is op 24 September 1993 uitgereik en die bedrag van R368 558,23 ten gunste van die appellant was by daardie sertifikaat ingesluit. Hierdie is die twee bedrae wat die appellant van die respondent eis. Dit blyk uit die stukke dat die Lebowa regering wel hierdie bedrae aan die respondent betaal het, maar dat die respondent versuim het om dit aan die appellant oor te betaal.

Die rede waarom die Lebowa regering hierdie bedrae aan die respondent en nie aan die konsortium as kontrakteur betaal het nie, word soos volg in die respondent se beantwoordende eedsverklaring verduidelik:

".... die Respondent [is] ongeveer gedurende Julie 1993 tydens 'n skuldeisersvergadering van die krediteure wat by die projek betrokke was, versoek om die finansiële administrasie van die projek oor te neem vanweë wesenlike gebreke wat in die Konsortium se hantering van die aangeleentheid opgeduik het.

Die Respondent, wat self 'n groot skuldeiser van die Konsortium is het hom bereid verklaar om die finansiële administrasie van die projek tesame met die Konsortium en die projekbestuurder te fasiliteer;

As deel van hierdie bestuur is daar besluit dat die Konsortium nie langer sonder die Respondent se medewerking op sy eie bankrekening sou opereer nie, en moes alle betalings uit die Konsortium se bankrekening deur die Respondent, Gavrod Projects (Edms) Bpk en die Konsortium self gemagtig en geteken word;

.....

Alle gelde wat die Konsortium toegekom het, moes in hierdie bankrekening inbetaal en deur die drie belanghebbende

partye aan skuldeisers uitbetaal word;

In hierdie verband wil ek dit graag onderstreep dat die Respondent in terme van [’n sessie] *ab initio* geregtig was op alle betalings wat die Konsortium toegekom het, maar bereid was om die betalings soos voormeld aan die Konsortium beskikbaar te stel solank as wat daar behoorlik aan die Konsortium se verpligtinge voldoen is. Dit het egter hoe langer hoe duideliker geword dat die Konsortium nie net versuim het om aan sy verpligtinge in terme van sy ooreenkoms met die Lebowa Regering te voldoen nie, maar dat hy hom as gevolg van wanadministrasie in ’n ernstige verlies situasie laat beland het."

Die appellant het nie die gemelde skuldeisersvergadering van Julie 1993 bygewoon nie, waarskynlik omdat hy op daardie stadium nog nie ’n eis ingedien het nie. Toe die appellant sy eerste vorderingsbetaling gedurende Augustus 1993 wou eis, is hy meegedeel deur ’n verteenwoordiger van Gavrod en ’n sekere mnr John Stein ("Stein"), ’n projekteier in diens van die respondent, dat die respondent betaling in verband met die projek van die Lebowa regering sou ontvang en dat dit

in 'n sogenaamde trustrekening gedeponeer sou word. Betalings aan die onderskeie subkontraakteurs sou dan geskied by wyse van tjeks geteken deur verteenwoordigers van die respondent, Gavrod en die konsortium. Hierdie verduideliking aan die appellant van hoe betaling sou geskied, kom in wese ooreen met die respondent se gemelde uiteensetting van die Julie 1993 onderneming teenoor skuldeisers van die konsortium.

Die sessie waarna die respondent in sy beantwoordende eedsverklaring verwys, was 'n geskrewe sessie wat die konsortium reeds vroeër op 27 Oktober 1992 aan die respondent laat toekom het. Volgens daardie sessie is alle vorderingsbetalings wat deur die Lebowa regering aan die konsortium as kontrakteur van die projek betaal moes word, aan die respondent gesedeer. Die respondent sê nie uitdruklik in sy beantwoordende eedsverklaring of hy die bedrae van R131 403,35 en

R368 558,23 wat ingevolge sertifikate 10 en 11 aan die appellant verskuldig geword het, as sessionaris dan wel as sogenaamde finansiële administrateur van die projek ontvang het nie. Soos hieronder sal blyk, is dit waarskynlik dat die respondent die bedrag van R131 403,35 as finansiële administrateur ontvang het, maar die latere bedrag van R368 558,23 as sessionaris.

Volgens die appellant is die bedrag van R131 403,35 wat kragtens sertifikaat 10 aan hom toegekom het, nooit aan hom oorbetaal nie. Die appellant beweer in sy vestigende eedsverklaring dat hierdie bedrag met toestemming van die respondent en Gavrod aan 'n ander skuldeiser van die konsortium betaal is welke eis in verband gestaan het met die oprigting van 'n polisiestasie vir die Lebowa regering. Die appellant voeg by dat hierdie betaling direk in stryd was met die onderneming en

versekering wat Stein namens die respondent aan die appellant gegee het.

Die respondent erken in sy beantwoordende eedsverklaring dat die bedrag van R131 403,35 volgens sertifikaat 10 aan die appellant verskuldig was en dat dit nie aan die appellant oorbetaal is nie. Die respondent ontken verder nie die appellant se bewering dat hierdie bedrag betaal is aan 'n ander skuldeiser van die konsortium wat niks met die onderhawige projek te doen gehad het nie. Die respondent se beantwoordende eedsverklaring is onderteken deur 'n sekere mnr A F de Wet ("De Wet"), die respondent se afdelingsbestuurder, regsdienste. Hy beweer dat hy "meegedeel" is dat Gavrod nie bereid was om die appellant op daardie stadium te betaal nie vanweë probleme wat Gavrod na bewering met die appellant ondervind het. Dit is die enigste

verskoning wat die respondent aanbied waarom die appellant nie betaal is nie. Hierdie hoorsê bewering word nie deur Gavrod bevestig nie en is in ieder geval hoogs onwaarskynlik, gesien die feit dat Gavrod die appellant se vorderingsbetaling soos vervat in sertifikaat 10 pas tevore goedgekeur en aanbeveel het, en kort daarna sertifikaat 11 vir 'n veel groter bedrag laat sertifiseer het. Die deponent De Wet gee toe in die beantwoordende eedsverklaring dat hy persoonlik geen kennis dra van die aard van Gavrod se beweerde probleme met die appellant nie, en verwys dan na die stawende beëdigde verklaring van Stein wat by die beantwoordende eedsverklaring aangeheg is. Stein behandel egter glad nie in sy eedsverklaring Gavrod se beweerde probleme met die appellant nie.

Die vraag is of die respondent onder hierdie omstandighede

regtens verplig was om die eerste vorderingsbetaling van R131 403,35 aan die appellant te betaal.

Volgens die respondent se eie uiteensetting van hoe betaling aan skuldeisers van die konsortium volgens die onderneming van Julie 1993 sou geskied het, moes die appellant in die gewone loop van sake betaling van die gesertifiseerde bedrag van R131 403,35 ontvang het nadat die Lebowa regering daardie bedrag aan die respondent betaal het. Die enigste rede wat die respondent aanvoer waarom die appellant nie betaal is nie, naamlik dat Gavrod nie bereid was om die appellant op daardie stadium te betaal nie, is 'n bewering wat soos reeds aangedui op geen getuienis berus nie. Daar is dus geen aanvaarbare verduideliking van die respondent waarom hierdie bedrag van R131 403,35 nie volgens die onderneming van Julie 1993 in die gewone loop van sake aan die

appellant betaal is nie.

Die respondent beweer wel in sy beantwoordende eedsverklaring dat Stein op 'n latere stadium, toe betaling van sertifikaat 11 ter sprake gekom het, vir die appellant meegedeel het

"dat die gelde ten aansien van sertifikaat no 10 in die bankrekening van die Konsortium inbetaal is soos dit tydens die krediteurevergadering besluit is. Gevolglik kon die respondent ten aansien van die eerste betaling geen verdere stappe doen nie".

Daar is geen bewering in die stukke dat die konsortium, as een van die instansies wat tjeks moes teken, ooit geweier het om enige tjek ten gunste van die appellant te teken nie. Soos reeds aangetoon, is daar ook geen getuienis dat Gavrod geweier het om die appellant te betaal nie.

Die bewering dat die respondent geen verdere stappe ten aansien van die eerste betaling kon doen nie, berus dus op geen feite nie en kan geen gewig dra nie. Dit is juis die respondent wat die geld wat die appellant

regtens toegekom het, in stryd met die Julie 1993 onderneming aan 'n ander skuldeiser gaan betaal het.

Waar die appellant nie by die skuldeisersvergadering van Julie 1993 teenwoordig was nie, is dit heel logies dat toe die appellant sy eerste vorderingsbetaling wou eis, hy die wyse van betaling met Gavrod as projekbestuurder en Stein as projekteier sou bespreek het, soos in die vestigende eedsverklaring beweer. Dit is verder voor die hand liggend dat Gavrod en Stein toe aan die appellant die versekering sou gegee het dat betaling volgens die Julie 1993 onderneming aan die appellant gemaak sou word. Dit is ook wat die appellant in sy vestigende eedsverklaring beweer.

Die respondent ontken weliswaar dat daar enige beloftes en versekerings in hierdie verband aan die appellant gegee is. Die

deponent De Wet dra natuurlik nie persoonlik kennis van wat daar in hierdie verband tussen die verteenwoordigers van die appellant, die respondent en Gavrod bespreek is nie, met die gevolg dat sy blote ontkenning geen gewig kan dra nie. In sy stawende eedsverklaring sê

Stein:

"Ek bevestig in besonder dat ek die gesprekke met die Applikant se verteenwoordigers gevoer het soos deur Mnr de Wet in sy beantwoordende eedsverklaring uiteengesit."

De Wet handel egter nie in die beantwoordende eedsverklaring met die gesprekke wat daar by hierdie geleentheid tussen die verteenwoordigers van die appellant, die respondent en Gavrod plaasgevind het nie. Stein se gemelde bevestiging neem die saak dus geensins verder nie. Stein se algemene bevestiging van die feite vervat in De Wet se eedsverklaring kan myns insiens ook beswaarlik beskou word as 'n behoorlike

ontkenning van die versekering wat die appellant beweer Stein in hierdie verband aan hom gegee het. Soos gemeld, is daar egter in ieder geval geen aanvaarbare verduideliking waarom die respondent nie regtens verplig was om die appellant volgens die onderneming van Julie 1993 in die gewone loop van sake te betaal nie.

In die lig van die voorgaande het die appellant na my oordeel dus wel bewys dat die respondent regtens gebonde is om die bedrag van R131 403,35 aan die appellant te betaal.

Ek wil vervolgens handel met die respondent se aanspreeklikheid om die bedrag van R368 558,23 aan die appellant te betaal. Sertifikaat 11 is op 24 September 1993 uitgereik. Daarvolgens is gesertifiseer dat 'n bedrag van R368 558,23 aan die appellant verskuldig is. As gevolg van die appellant se ongelukkige ervaring met betrekking tot die nie-

betaling van sertifikaat 10, het die appellant direk na uitreiking van sertifikaat 11 betaling daarvan telefonies met Stein bespreek. Die appellant se weergawe van hierdie bespreking word soos volg deur mnr R M Allan ("Allan"), die besturende direkteur van die appellant, in die vestigende eedsverklaring uiteengesit:

"Mr Stein re-assured me that the money would be received by the Respondent and promised me that as soon as it was so received he would see to it that the Applicant was paid by the Respondent. I was still worried and I pressed Mr Stein to confirm his advice in writing. He undertook to do so and on 7th October 1993 the Applicant received a telefax from the Respondent, of which Mr. Stein was the author...."

Die respondent ontken nie dat daar so 'n telefoniese gesprek met Stein gevoer is waartydens Stein die mondelinge onderneming gegee het nie. Die respondent beweer bloot sonder enige verduideliking dat die appellant se weergawe van die gesprek "misleidend" is.

Stein se telefaks boodskap van 7 Oktober 1993 namens die respondent aan die appellant bevestig egter die appellant se weergawe van die telefoniese gesprek. Hierdie telefaks boodskap lui soos volg:

"Message: Contract Makopane College of Education.

Our telephone conversation of 07.10.93 refers. Enclosed copies of your certificates: 1 and 2 issued by the Project Manager Wesley Martin of Gavrod Projects for the D & S Consortium.

Cert No 11 ifo the Lebowa Development Corporation for credit of the Dinkie and Seleka Consortium was issued by Strauss Verwayen and Partners on 24.09.1993 for the sum of R565 094.58. Measured into this certificate for Comfort Air by the P.Q.S. is R319 021.

Be ascertain (sic) that the LDC has full control over all monies and that your certificate no 2 for R368 558,23 will be paid as soon as certificate no 11's cheque is received from the Central Government."

As sessionaris was die respondent klaarblyklik bevoeg om die verskuldigde bedrag direk aan die appellant te betaal en was dit nie nodig om die verlangde drie handtekening op die tjek te kry nie, soos

tydens die skuldeisersvergadering van Julie 1993 gereël is. Die respondent bevestig dan ook in sy beantwoordende eedsverklaring met verwysing na die sessie -

"dat die Respondent eienaar was van alle bedrae wat aan die Konsortium verskuldig geword het vanaf die oomblik waarop sodanige bedrae inderdaad verskuldig was....".

Die enigste werklike verweer wat die respondent in hierdie verband vir die nie-betaling van sertifikaat 11 in die beantwoordende eedsverklaring opwerp, is 'n blote ontkenning dat Stein gemagtig was om namens die respondent so 'n onderneming aan die appellant te gee. Die respondent verduidelik gladnie waarom Stein nie die vereiste magtiging gehad het nie, of wat die respondent se beleid in verband met magtiging van amptenare was nie. Stein self sê nie uitdruklik in sy stawende eedsverklaring dat hy nie gemagtig was om so 'n onderneming

te gee nie. Hy bevestig slegs die deponent se blote ontkenning van magtiging. Stein verklaar ook nie waarom hy homself die reg toegeëien het om wel so 'n onderneming namens die respondent te gee as hy in werklikheid geen magtiging daartoe gehad het nie.

'n Blote ontkenning soos die onderhawige skep nie noodwendig 'n werklike of *bona fide* feitedispuut nie. (*Room Hire Co (Pty) Ltd v Jeppe Street Mansions (Pty) Ltd* 1949(3) SA 1155 (T) op 1163 - 1165; *Soffiantini v Mould* 1956(4) SA 150 (E) op 154 E - H; *Da Mata v Otto NO* 1972(3) SA 858 (A) op 882 D - H; *Plascon-Evans Paints Ltd v Van Riebeeck Paints (Pty) Ltd* 1984(3) SA 623 (A) op 634 I - 635 A.) Die vraag of Stein behoorlik gemagtig was of nie, moet verder beoordeel word in die lig van die respondent se latere optrede, soos hierna uiteengesit. Na my oordeel toon daardie optrede eerder aan dat Stein

wel behoorlik gemagtig was en kon die respondent sekerlik nie met 'n blote ontkenning van magtiging volstaan het nie.

Op 12 November 1993 skryf die algemene bestuurder, ontwikkelingsdienste, van die respondent, mnr G Steyn ("Steyn"), soos volg aan die appellant:

"Our previous telephone conversations have reference. I wish to confirm the matters discussed regarding certificate No. 11 for R368 588 [sic] VAT included.

1. The Corporation indicated to you on 7 October its intention to effect payment to Comfort Air upon receipt of the progress payment from Lebowa Government. Our intention was based on the fact that we would have full control over progress payment No. 11.
2. On 26 October the Corporation was verbally instructed by the Receiver of Revenue, to keep all progress payments received in a Trust Account. This verbal instruction was confirmed in writing by the Receiver on 28 October.
3. Progress payment for Certificate No. 11 was received on 28 October. Since the Corporation is currently not in any position to distribute this money, the intention to make payment to Comfort Air can unfortunately not be executed.

It is not possible to indicate whether or when the restriction from the Receiver is to be lifted, but in that event the Corporation will respect any obligation that it might have towards yourselves.

It is regretted that nothing positive can be indicated to you at this stage."

Dit is opmerklik dat Steyn in hierdie brief geensins beweer dat Stein nie magtiging gehad het om die onderneming van 7 Oktober 1993 namens die respondent aan die appellant te gee nie. Steyn se brief bevestig intendeel in paragraaf 1 daarvan dat die onderneming van 7 Oktober 1993 die "Corporation" se onderneming was. Dit is verder insiggewend dat alhoewel Steyn die onderneming ietwat afgewater het na 'n "intention", dit nie betwis word dat daar so 'n onderneming gegee is nie.

In 'n verdere brief wat Steyn op 13 Desember 1993 namens die respondent aan die appellant se prokureur geskryf het, verwys hy wel

na "any undertaking given by any person or Company duly authorised by this Corporation...." en na ".... the personal memorandum faxed to you by Mr J J Stein on 7 October 1993". Nogtans beweer Steyn ook nie uitdruklik in hierdie brief aan die appellant se prokureur dat Stein nie gemagtig was om die onderneming van 7 Oktober 1993 namens die respondent aan die appellant te gee nie. Kort voordat hierdie laasgenoemde brief van Steyn aan die appellant se prokureur gestuur is, het daar sekere samesprekings op 9 Desember 1993 in Midrand plaasgevind. Die appellant was by daardie geleentheid deur sy prokureur en Allan verteenwoordig, terwyl die respondent onder andere deur De Wet verteenwoordig was. De Wet erken dat hy by daardie vergadering geweier het om die respondent se verweer aan die appellant te openbaar.

Die verweer van Stein se beweerde gebrek aan magtiging is vir die eerste keer pertinent in die respondent se beantwoordende eedsverklaring as blote ontkenning van magtiging geopper. Daar is geen verduideliking van die respondent waarom dit so lank geneem het om agter te kom dat Stein nie magtiging gehad het nie, of waarom dit nodig was om so geheimsinnig omtrent die beweerde gebrek aan magtiging te wees nie.

Die respondent voer aan dat Steyn se brief van 12 November 1993 met voorbehoud van regte ("without prejudice and with retention of all our rights") geskryf is en dat die appellant derhalwe nie op die inhoud daarvan mag steun om aan te toon dat die respondent daarvolgens Stein se magtiging en die onderneming om te betaal herbevestig het nie. Na my oordeel is daar egter geen rede waarom die inhoud van hierdie brief

van 12 November 1993 nie as getuienis toelaatbaar is nie. Die blote feit dat dit met voorbehoud van regte geskryf is, bring nie outomaties mee dat die brief nie as getuienis gebruik mag word nie. Die brief is nie in die loop van skikkingsonderhandelinge geskryf nie, dit bevat geen skikkingsaanbod nie en is ook nie geskryf met die oog daarop om dreigende litigasie deur skikking te verhoed nie. (Vgl *Agnew v Union and South West Africa Insurance Co Ltd* 1977 (1) SA 617 (A) op 624 A - 625 A; *Naidoo v Marine & Trade Insurance Co Ltd* 1978 (3) SA 666 (A) vanaf 677 B; *Hoffmann and Zeffertt, The South African Law of Evidence*, 4th ed, 196 - 197.)

Die respondent beweer nêrens in die beantwoordende eedsverklaring dat Steyn op sy beurt ook nie gemagtig was om sy brief van 12 November 1993 namens die respondent te skryf nie. Die

respondent voer egter aan dat dit nie nodig was om Steyn se beweerde gebrek aan magtiging te noem nie, aangesien die appellant nie op Steyn se brief van 12 November gesteun het as bevestiging van die respondent se onderneming nie. Dit blyk egter dat die appellant hierdie brief by sy vestigende eedsverklaring aangeheg het en onder andere soos volg daaromtrent opgemerk het:

"In Annexure RA13 [die brief van 12 November 1993] the Respondent referred to the undertaking given in Annexure RA7 [die brief van 7 Oktober 1993] as an indication of 'its intention to effect payment to Comfort Air upon receipt of the progress payment from Lebowa Government'".

Indien ook Steyn nie gemagtig was om so 'n onderneming te gee nie, moes die respondent dit uitdruklik as verweer geopper en verder toegelig het.

Dit word verder in hierdie brief van 12 November 1993 beweer

dat indien die Ontvanger van Inkomste nie op 26 Oktober 1993 tussenbeide getree het nie, die respondent sy bedoeling om die appellant te betaal ten uitvoer sou gebring het. Dit is die enigste verskoning wat die respondent in die brief van 12 November 1993 aanvoer waarom die appellant nie op daardie stadium betaal is nie. Daardie rede vir nie-betaling het egter op sy laaste op 15 Desember 1993 weggeval toe die waarnemende Kommissaris van Binnelandse Inkomste per brief bevestig het dat hy geen beswaar het dat die respondent enige bedrag wat die respondent of die Lebowa regering aan die appellant verskuldig mag wees, aan die appellant betaal nie. Op daardie stadium was dit egter reeds duidelik dat die konsortium insolvent was en het die respondent besluit om nie enige bedrag aan die appellant te betaal nie.

Na my mening het die appellant wel daarin geslaag om te bewys

dat die respondent onderneem het om die verskuldigde bedrag van R368 558,23 aan die appellant te betaal. Dit blyk nie slegs uit die mondelinge en skriftelike ondernemings van Stein nie, maar word tot 'n groot mate bevestig deur die brief wat Steyn op 12 November 1993 namens die respondent aan die appellant geskryf het.

Ek is verder van oordeel dat die appellant onderneem het om hierdie bedrag self, sonder tussenkoms van Gavrod en die konsortium, aan die appellant te betaal. Die respondent het dit in beide sy briewe van 7 Oktober en 12 November 1993 duidelik gestel dat die respondent volle beheer ("full control") sal hê oor die geld wat kragtens sertifikaat 11 aan die respondent betaal word. Dit was klaarblyklik omdat die respondent kragtens die sessie op hierdie geld aanspraak kon maak. Soos reeds gemeld, het die respondent in sy beantwoordende

edsverklaring met verwysing na die sessie beklemtoon "dat die Respondent eienaar was van alle bedrae wat aan die Konsortium verskuldig geword het".

Dit was reeds destyds die appellant se oortuiging dat die respondent onderneem het om self hierdie verskuldigde bedrag aan die appellant te betaal. Dit blyk uit 'n brief wat die appellant op 25 Oktober 1993 aan die respondent geskryf het ter bevestiging van sekere ondernemings wat Stein namens die respondent gegee het tydens 'n vergadering wat Stein en verteenwoordigers van die appellant en Gavrod op 20 Oktober 1993 gehou het. In hierdie brief bevestig die appellant onder andere die volgende:

".... monies for the progress claim no. 2 will be directly paid to ourselves from the Lebowa Development Corporation.

We are relying on your express representation that you have full control over all monies relating to the above and that all

monies due to ourselves will be paid directly to us as soon as you have received payment from the Central Government. In this regard we further confirm you having told us that your cheque, when ready, will be made available at your offices for our collection."

Die respondent erken in sy beantwoordende eedsverklaring dat die gemelde vergadering op 20 Oktober 1993 gehou is, maar beweer dat die appellant se brief 'n verkeerde indruk skep aangesien Stein na bewering die appellant se verteenwoordigers

"weereens uitdruklik daarop gewys [het] dat enige betaling wat aan Applikant gemaak word, gemaak word soos tydens die krediteure-vergadering op 23 Julie 1993 ooreengekom, naamlik dat fondse aan die Konsortium beskikbaar gestel word deur betaling daarvan in laasgenoemde se bankrekening, en dat die drie gemelde partye daarna betaling van skuldeisers se vordering daaruit sou maak".

Hierdie bewering word deur Stein in sy stawende eedsverklaring bevestig, maar na my mening word dit nie gestaaf deur die voorstellings

vervat in die respondent se eie briewe van 7 Oktober en 12 November 1993 nie. Daarvolgens sou die respondent volle beheer oor die geld behou. Daar was geen sprake daarvan dat die respondent die geld aan die konsortium sou oorbetaal nie. Die respondent steun intendeel op die sessie om sy volle beheer oor die geld te bevestig. Die respondent het ook in sy brief van 29 November 1993 aan die appellant se prokureur op die sessie gesteun en bygevoeg:

"Therefore, any monies received by us were held by us in our own right and not as an agent for the Government or any creditors."

Dit was op daardie stadium vir almal duidelik dat die konsortium insolvent was, en dat dit 'n einde gebring het aan die reëling wat tydens die skuldeisersvergadering van Julie 1993 getref is. Dit sou immers sinneloos gewees het om gelde wat die respondent uit hoofde van die

sessie ontvang het weer aan die insolvente konsortium beskikbaar te stel.

Dat dit so is, word deur die respondent self in sy beantwoordende eedsverklaring soos volg beaam:

"Soos reeds hierintevore gesê, het die uitbetalings van fondse aan skuldeisers deur die Respondent op die wyse wat reeds by herhaling uiteengesit is, geskied streng op die grondslag van die veronderstelling dat die Konsortium steeds in solvente omstandighede besigheid doen. Die oomblik waarop dit duidelik geword het dat die projek op 'n massiewe verlies afstuur en die Konsortium klaarblyklik insolvent is, het daar geen regverdiging hoegenaamd bestaan vir enige verdere betaling van fondse wat die Respondent as sy eiendom van die Konsortium se kliënt ontvang het nie."

In die lig van die voorgaande is ek van mening dat die appellant se weergawe in hierdie verband bo dié van die respondent te verkies is.

(Vgl *Soffiantini, supra*, op 154 G - H; *Plascon-Evans Paints, supra*, op 634 I - 635 A.) Maar selfs indien die respondent se weergawe aanvaar sou word, bly die reëling waarop die respondent steun in ieder geval

slegs 'n betalingsmetode wat nie die grondliggende aanspreeklikheid van die respondent kan affekteer nie.

Uit hoofde van die voorgaande is ek van mening dat die appellant ook bewys het dat die respondent regtens gebonde is om die bedrag van R368 558,23, soos in sertifikaat 11 gesertifiseer, aan die appellant te betaal.

Die appellant se advokaat het betoog dat die respondent sedert sy brief van 12 November 1993 in *mora* verkeer het en dat rente op die verskuldigde bedrae vanaf daardie dag bereken moet word. Na my mening bevat die brief van 12 November 1993 eerder 'n onderneming om te betaal sodra die Ontvanger van Inkomste dit sou toelaat. In die respondent se brief van 29 November 1993 waarna reeds hierbo verwys is, het die respondent egter uitdruklik aanspreeklikheid teenoor die

appellant ontken en kan dit beskou word as die *mora* datum.

Die appèl slaag met koste en die bevel van die hof *a quo* word met die volgende vervang:

- "1. Die respondent word gelas om die bedrag van R131 403,35 asook die bedrag van R368 558,23 aan die applikant te betaal tesame met rente op die gemelde bedrae teen 15,5% per jaar gereken vanaf 29 November 1993 tot datum van betaling.
2. Die respondent word gelas om die koste van die aansoek te betaal."

F H GROSSKOPF
REGTER VAN APPÈL

E M GROSSKOPF AR) STEM SAAM
HOWIE AR)
OLIVIER AR)
SCHUTZ AR)