



VAAL
DIE ~~VAL~~ IN DIE SUID-AFRIKAANSE WISSELREG.

deur

JOHAN HENDRIE VAN SCHALKWYK.

Hierdie verhandeling is ingedien op
16 Mei 1969 ter gedeeltelike ver-
vulling van die vereistes vir die
graad LL.B. aan die Universiteit van
die Oranje-Vrystaat.

EKSAMINATOR :

Prof. S.J. Naude.

UOVS - SASOL-BIBLIOTEEK



111082404501220000019

70/68

... JAAR MAG ONDER
GEEN OMSTANDIGHEDE UIT DIE
BIBLIOTHEEK VERWYDER WORD NIE

Universiteit van die Oranje-Vrystaat
BLOEMFONTEIN
- 27-3-1970
KLAS NO. *108990*
No. 108990
BIBLIOTHEEK

<u>HOOFSTUK I.</u>	<u>- INLEIDING</u>	1
<u>HOOFSTUK II.</u>	<u>- BORGSTELLING IN DIE WISSELREG,</u> <u>UITGESONDER DIE AANSPREEKLIKHEID</u>	
	<u>VAN AVAL</u>	3
	A. <u>AKKOMMODASIE</u>	3
	B. <u>GEMEENREGTELIKE BORGSTELLING</u>	5
	(1) <u>Beneficium Excussionis</u>	5
	(2) <u>Beneficium Divisionis</u>	6
	(3) <u>Beneficium Cendendarum</u> <u>Actionum</u>	6
	C. <u>NCODHULP</u>	7
<u>HOOFSTUK III.</u>	<u>- ONTSTAAN VAN DIE INSTELLING VAN</u>	
	<u>AVAL</u>	8
	A. <u>DEFINISIE</u>	8
	B. <u>TERMINOLOGIE</u>	9
	C. <u>ONTSTAAN VAN DIE KONTRAK</u>	9
	D. <u>EFFEK VAN DIE KONTRAK</u>	10
<u>HOOFSTUK IV.</u>	<u>- I. NEDERLANDSE REG</u>	12
	A. <u>INLEIDING</u>	12
	B. <u>VORM</u>	12
	C. <u>GEVOLGE</u>	13
	II. <u>DUITSE REG</u>	15
	A. <u>INLEIDING</u>	15
	B. <u>VORMVEREISTES</u>	16
	C. <u>WERKING OF EFFEK VAN DIE</u> <u>WISSELBORGSKAP</u>	19
<u>HOOFSTUK V.</u>	<u>- DIE AVAL IN DIE ENGELSE EN SUID-</u>	
	<u>AFRIKAANSE REG</u>	22
	I. <u>ENGELSE REG</u>	22
	A. <u>INLEIDING</u>	22
	B. <u>REGSPRAAK VOOR WETGEWING</u>	24
	C. <u>REGSPRAAK NA WETGEWING</u>	25
	D. <u>SAMEVATTING EN GEVOLGTREKKING</u>	27

II.	<u>SUID-AFRIKAANSE REG</u>	28
A.	<u>INLEIDING</u>	28
B.	<u>HOUERS</u>	30
	(1) <u>Effek van Artikel 54</u>	30
	(2) <u>Regte en Verpligtinge</u>	30
C.	<u>REËLMATIGE HOUERS</u>	31
	(1) <u>Effek van die Gemene reg</u> <u>op die Bepaling van Artikel</u> <u>54</u>	31
	(2) <u>Reëlmatige Houer</u>	34
	(3) <u>Uitwerking van Artikel 54</u> <u>ten Aansien Van die Posisie</u> <u>Van Die Avalis Teenoor Die</u> <u>Reëlmatige Houer</u>	37
	(a) Die persoon wat as avalis teken, toon uitdruklik aan dat hy as borg teken	40
	(b) As <u>ex facie</u> die doku- ment en die volgorde van endossemente dui- delik blyk dat die handtekening dié van n vreemdeling is	43
	(c) As <u>ex facie</u> die doku- ment niks aantoon dat die handtekening nie deur n houer op die dokument geplaas is nie	45
	(4) <u>Posisie van n Vroulike Avalis</u>	47
	<u>HOOFSTUK VI - SLOTBESKOUINGS EN AANBEVELING</u>	50
	<u>VONNIS REGISTER</u>	56
	<u>BIBLIOGRAFIE</u>	57

HOOFSTUK I.

INLEIDING:

Reeds in die Romeins-Hollandse reg was die kontrak van aval bekend. Alhoewel hierdie kontrak basies 'n borgskaps-ooreenkoms is, is daar soos in hierdie studie aangetoon sal word, 'n wesenlike verskil tussen die twee.

Dit sal derhalwe vir my nodig wees om kortliks en oorsigtelik daarop te wys dat in ons Suid-Afrikaanse reg verskillende soorte borgstellings in die Wisselreg bekend is, met die klem in hierdie studie op die kontrak van aval. Aandag sal ook gegee word aan sekere Europese regstelsels waar laasgenoemde kontrak ook in die wisselreg toepassing vind.

Die kontrak van aval was egter nie in die Engelse reg bekend nie; en veral om die posisie van die reëlmatige houër te verbeter, is wetgewing in hierdie verband aangeneem.⁽¹⁾ Hierdie Engelse wetgewing en in die besonder die betrokke artikel wat met die kontrak van aval verband hou, is eers in die verskillende wette van die vier Provinsies oorgeneem en later ook in ons huidige Wisselwet.⁽²⁾

Dit sal in hierdie werk my taak wees om te bepaal of langs die wetteregtelike reëling die gemeenregtelike kontrak van aval nog in ons hedendaagse reg van toepassing is, en indien wel, of daar enige verskille aan te dui is.

Met die oorname van die Engelsregtelike bepaling in ons Wisselwet en die invloed daarvan op die kontrak van aval, het vele probleme ontstaan, veral met betrekking tot die posisies

/2. van 'n gewone

(1) Artikel 56 van die Wisselwet 1882, 45 & 46 Vict. c.61.

(2) Artikel 54, Wisselwet No. 34 van 1964.

van 'n gewone houer en 'n reëlmatige houer teenoor dié van 'n
avalis. In my ondersoek sal ek poog om, deur aandag te gee aan
die uitsprake van ons howe en die menings van 'n aantal skrywers,
hierdie probleme uiteen te sit en 'n oplossing daarvoor aan die
hand te doen.

oooooOooooo

/3. HOOFSTUK II.

HOOFSTUK II.

BORGSTELLING IN DIE WISSELREG, UITGESONDER DIE AANSPREEKLIKHEID VAN AVAL.

Dit word dikwels beoog om die waarde van wissels en promesses te verhoog deur 'n borg se waarborg te verkry vir die betaling daarvan.⁽¹⁾ In die Wisselreg is daar benewens die borgstelling van aval ook die volgende twee vorms bekend:

A. AKKOMMODASIE.

Die Wisselwet definieer 'n akkommodasieparty as iemand wat 'n wissel as trekker, akseptant of endossant geteken het sonder om enige waarde daarvoor te ontvang, maar om sy naam aan iemand anders te leen.⁽²⁾ Wat die regte en verpligtinge van die akkommodans betref, kan dus onderskei word tussen sy posisie teenoor die geakkommodeerde en sy posisie teenoor latere houters⁽³⁾.

Die verhouding tussen die akkommodans en die geakkommodeerde is omskryf as dié van 'n borg en hoofskuldenaar.⁽⁴⁾ Hieruit volg dat die geakkommodeerde nooit die akkommodans op die wissel kan aanspreek nie en dat die geakkommodeerde stilswyend onderneem om op of voor die vervaldag die nodige fondse te voorsien om die wissel mee te betaal.⁽⁵⁾ Verder onderneem die

/4. geakkommodeerde

-
- (1) D.V. Cowen, The Law of Negotiable Instruments in South Africa, 4de uitg. (1966) p. 213.
- (2) Artikel 26(1), Wisselwet No. 34 van 1964, saamgelees met artikel 93.
- (3) J.C. de Wet en J.P. Yeats, Kontraktereg en Handelsreg, 3rde uitg. (1964) p. 374.
- (4) Estate Silbert & Co. v. de Jager, 1933 C.P.D. 88 op p. 99.
- (5) Cowen, op.cit., p. 203; de Wet en Yeats, op.cit., p. 374.

geakkommodeerde stilswyend dat as hy nie betaal nie en die akkommodans word verplig om te betaal sal eersgenoemde laasgenoemde vergoed.⁽⁶⁾ Slegs wanneer die akkommodans die wissel betaal het, ontstaan die aanspreeklikheid van die geakkommodeerde om skadevergoeding te betaal.⁽⁷⁾

Teenoor 'n houer vir waarde is die akkommodans aanspreeklik op die wissel ongeag of die houer, toe hy die wissel geneem het, geweet het dat sodanige party 'n akkommodasieparty is of nie.⁽⁸⁾ Die akkommodans is dus teenoor alle latere houters aanspreeklik in die hoedanigheid waarin hy die wissel geteken het, dit wil sê òf as trekker, akseptant òf endossant.⁽⁹⁾ Die vraag ontstaan egter of hy ook nie as 'n borg aanspreeklik gehou kan word nie. In hierdie verband vereenselwig ek my met Cowen se standpunt, naamlik, dat in die afwesigheid van 'n ooreenkoms tussen die houer en die akkommodans laasgenoemde nie sy aanspreeklikheid kan ontken anders as in die hoedanigheid waarin sy handtekening op die wissel verskyn nie.⁽¹⁰⁾

/5. B. GEMEENREGTELIKE

-
- (6) Garlick's Ltd. v. Baldachim's Trustee, 1944(1) P.H.A. 5.
- (7) Cowen, op. cit., p. 203; de Wet en Yeats, op. cit., p. 374.
- (8) Artikel 26(2), Wisselwet 1964.
- (9) de Wet en Yeats, op. cit., p. 374.
- (10) Cowen, op. cit., p. 206; Regter Tindall in Kowarsky & Co. v. Sable, 1923 W.L.D. 156 stel dit duidelik op p. 158 dat "if the accommodation party is the acceptor, his liability on the bill to a holder for value is the ordinary liability of an acceptor."

B. GEMEENREGTELIKE BORGSTELLING.

Gewone gemeenregtelike borgstelling is ook moontlik ten opsigte van aanspreeklikheid ingevolge wissels en promesses. Die borg stel hom deur 'n ooreenkoms aanspreeklik teenoor die skuldeiser van die wisselskuldenaar vir die behoorlike uitvoering van sy verpligtinge deur die skuldenaar.⁽¹¹⁾ Hieruit is dit duidelik dat borgtog verskil van delegasie, 'n garansie-kontrak en dat die borg nie 'n plaasvervangende aanspreeklikheid het nie, maar 'n addisionele aanspreeklikheid⁽¹²⁾.

Aangesien borgtog 'n ooreenkoms is tussen die skuldeiser en die borg vereis Artikel 6 van Wet 50 van 1956 vir die geldigheid van die ooreenkoms dat die terme daarvan vervat moet word in 'n skriftelike dokument geteken deur die borg. Hier kan net genoem word dat dieselfde artikel verder bepaal dat die aanspreeklikheid van die wisselborg soos gereël deur die reg aangaande verhandelbare dokumente, nie deur die artikel geaffekteer word nie.

Die borg se aanspreeklikheid is 'n aksessore aanspreeklikheid en kan hy hom dus beroep op gebreke waarop die skuldenaar hom kan beroep soos byvoorbeeld vreesaanjaging, maar nie op bloot persoonlike verwere wat die skuldenaar kan gebruik nie.⁽¹³⁾ Verder kan die borg van die volgende voorregte gebruik maak:

(1) Beneficium Excussionis.

Hierkragtens kan die borg aandrang dat die skuldeiser eers soveel as moontlik verhaal van die skuldenaar voordat hy die borg aanspreek.⁽¹⁴⁾ As die borg hom as mede-hoofskulde-

/6. naer verbind,

(11) de Wet en Yeats, op. cit., p. 311.

(12) Ibid., p. 311.

(13) Ibid., p. 313.

(14) Ibid., p. 313.

naar verbind, word hy geag afstand van die voorreg te doen, maar dit staan hom vry om in alle geval afstand te doen.⁽¹⁵⁾

(2) Beneficium Divisionis.

Waar meerdere borge borg gestaan het vir dieselfde skuld, kan h borg, waar hy vir die geheel aangespreek word vereis dat die skuldeiser die skuld tussen hom en die ander borge verdeel, sodat elkeen vir sy deel aanspreeklik gehou word.⁽¹⁶⁾ Skuldsplitsing kan ook plaasvind al het die borge nie saam of gelyktydig borge geword nie.⁽¹⁷⁾ Ook van hierdie voorreg kan afstand gedoen word.

(3) Beneficium Cendendarum Actionum.

Wanneer h borg die hele skuld betaal, het hy die voorreg dat alle vorderingsregte en sekuriteite wat die skuldeiser in verband met die skuld teen die skuldenaar het, deur die skuldeiser aan hom cedeer word.⁽¹⁸⁾ Die borg kan weier om die skuld te betaal tensy cessie geskied.

Weens die aksessore geaardheid van die borg se aanspreeklikheid word hy van sy verpligtinge onthef sodra die hoofskuld gedelg is.⁽¹⁹⁾ Die borg wat die skuld geheel of gedeeltelik betaal het, het h verhaalsreg teen die skuldenaar en in die geval van meerdere borge teen die medeborge.⁽²⁰⁾

Die aanspreeklikheid van h borg teenoor een skuldeiser

/7. kan deur laasgenoemde

(15) de Wet en Yeats, op. cit., p. 313.

(16) Ibid., p. 314.

(17) Ibid., p. 314.

(18) Ibid., p. 314.

(19) Ibid., p. 315.

(20) Ibid., p. 317.

kan deur laasgenoemde oorgedra word na 'n ander skuldeiser slegs by wyse van cessie.⁽²¹⁾

C. NOODHULP.

Ten slotte kan gelet word op die regsfiguur van noodhulp soos vervat in Artikel 13 van die Wisselwet. 'n Noodhulp se naam kan deur die trekker of 'n endossant op 'n wissel ingevoeg word en die houer mag hom tot die noodhulp wend vir betaling indien die wissel deur nie-betaling of nie-akseptasie gedishonoreer word. Die noodhulp staan egter nie borg vir die wisselskuld nie en hy is ook nie aanspreeklik op die wissel nie, want hy aksepteer of endosseer dit nie. Die houer kan ook nie die noodhulp op die wissel aanspreek nie.

/8. HOOFSTUK III.

oooooOooooo

(21) Cowen, op. cit., p. 218.

HOOFSTUK III.

ONTSTAAN VAN DIE INSTELLING VAN AVAL.

Vroeër was reeds sommige borgtogte bekend wat gelyk gestaan het met die teken van 'n wissel en wat gewoonlik geskied het ten tye van die wisselonderhandelinge.⁽¹⁾ Hierdie borgtogte was tydens die onderhandelinge aangegaan en daarby gevoeg. Dit kon op twee verskillende wyses geskied. 'n Persoon kan hom afsonderlik as borg stel teenoor 'n derde deur die afgifte van 'n skriftelike en getekende borgtog, of die borgtog kan vervat word in die wissel self en laasgenoemde geval word aval of avallum genoem⁽²⁾. Dit geskied alleen deur die mede-ondertekening van die wissel. Die eerste ondertekenaar is dan die hoofskuldenaar terwyl die tweede en daaropvolgendes as borge beskou word.⁽³⁾

A. DEFINISIE.

Die aval, avallum of wisselborgtocht, van die vroeë Romeins-Hollandse reg was 'n borgtog wat gegee was deur 'n vreemdeling by 'n wissel en waardeur hy gewaarborg het dat die wissel betaal sal word deur een of meer van die partye wat daarop aanspreeklik is.⁽⁴⁾ Die vroeëre skrywers laat die klem daarop val dat die avalis as 'n vreemdeling d.w.s. nie as

/9. trekker, akseptant,

(1) K.K. Reitz, Grondbeginselen van het Wisselrecht, 2de uitg. (1774) p. 132.

(2) Ibid., p. 133.

(3) Ibid., p. 134.

(4) Cowen, op. cit., p. 216; R.J. Pothier, Verhandeling van het Wissel-Recht (MDGCI), stel dit soos volg op p. 96 "Aval is de Borgtocht van hem, die zig bij een Wisselbrief, voor den Trekker, of voor een der Endorssanten, of voor den Acceptant, tot Borg stelt".

trekker, akseptant, nemer of endossant nie, op die wissel moet teken.

B. TERMINOLOGIE.

Volgens L'estocq is die woord aval afkomstig van avelle wat beteken nederwaarts, onder of om laag deur tekening te verbind.⁽⁵⁾ Reitz stem nie saam met dié uitleg van die woord nie en verkies Savary se omskrywing naamlik dat die woord aandui om 'n wissel kragtig te maak.⁽⁶⁾ Dit staan egter vas dat die betekenis van die Italiaanse avalorare of auvalorare en die Franse avalier beide afkomstig is van die Latynse woord valere. Sommige skrywers meen dat die letterlike betekenis „om onder te skryf“, afgelei is van die ou Franse idioom a valle, omdat dit gewoonte was dat die borg sy naam onder die persoon, wie se verpligting hy waarborg, geteken het.⁽⁷⁾ Ander meen weer dat die betekenis „om waarde te gee“ afgelei van faire valoir of a'valoir, die korrekte is.⁽⁸⁾ Ook word beweer dat die term afgelei is van vallatus, dit wil sê vallo munitus of van die Arabiese woord hawala, maar laasgenoemde afleiding is twyfelagtig.⁽⁹⁾ Hoe dit ook al sy, was die woord aval, vir die mede-ondertekening van 'n wissel as borg, alom bekend by die koopliede.⁽¹⁰⁾

C. ONTSTAAN VAN DIE KONTRAK.

Geen formaliteite was nodig vir die ontstaan van die kontrak nie,

(5) Reitz, op. cit., p. 133.

(6) Ibid., p. 133.

(7) Cowen, op. cit., p. 214.

(8) Ibid., p. 215.

(9) E. Jacobi, Weschel-und Scheckrecht unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts., (1956) p. 672, voetnota 7.

(10) Reitz, op. cit., p. 133.

trak nie, solank dit uit die wissel geblyk het dat dit die borg se bedoeling was om betaling daarvan te waarborg.⁽¹¹⁾ Dus kon diegene wat hulle as aval verbind het volgens die wisselreg aangespreek word. Die borg kon sy bedoeling om as 'n aval aanspreeklik te wees uitdruklik stel, alhoewel dit nie noodsaaklik was nie, terwyl die handtekening van 'n vreemdeling op die wissel geag was dié te wees van 'n avalis.⁽¹²⁾ L'estocq maak hier 'n onderskeid naamlik, of die borg die wissel eenvoudig mede-onderteken dan wel of hy by sy handtekening die woorde „as borg" voeg; in die eerste geval is hy medeskuldenaar en dus aanspreeklik vir die geheel, terwyl in die laaste geval hy eers aanspreeklik is nadat die hoofskuldenaar uitgewin is.⁽¹³⁾

D. EFFEK VAN DIE KONTRAK.

Volgens die handelsgebruik, wat in die Romeins-Hollandse reg erken was, was 'n party wat as borg vir die trekker op 'n wissel geteken het 'n aval genoem en so 'n party het hom direk in solidum aanspreeklik gestel as 'n borg wat stilswyend afstand gedoen het van die beneficium ordinis of divisionis.⁽¹⁴⁾ Maar, indien hy nie by wyse van aval, onder of op die wissel, maar in 'n afsonderlike akte hom tot borg gestel het, hetsy teenoor die trekker, endossant of akseptant, sou hy wel van die beneficia gebruik kan maak.⁽¹⁵⁾

Veral van belang by die werking van hierdie kontrak was die feit van verhandeling. Die aanspreeklikheid van die avalis het saam met die verhandeling van die dokument oorgegaan en

/11. dit was nie

(11) Reitz, op. cit., p. 133.

(12) Ibid., p. 135.

(13) Ibid., p. 136.

(14) Cowen, op. cit., p. 218; Reitz, op. cit., p. 136; Moti & Co. v. Cassim's Trustee, 1924 A.D. 720 op p. 740, per Appelregter Kotze; Van der Keesel; Thesis Selectae, p. 594.

(15) Pothier, op. cit., p. 114.

dit was nie nodig om gebruik te maak van 'n cessie nie.⁽¹⁶⁾
Verder was dit ook gebruiklik vir die avalis om sy aanspreeklikheid te beperk deur sekere woorde by sy handtekening te voeg. Hy kon dus sy aanspreeklikheid beperk ten opsigte van die bedrag, ten gunste van 'n sekere persoon, met betrekking tot die tydsduur of hy kon sekere regte en verpligtinge uitsluit.⁽¹⁷⁾ Sulke beperkinge kon egter nie veronderstel word nie, maar moes uitdruklik gestel word, anders was die avalis aanspreeklik in dieselfde mate as die hoofskuldenaar.⁽¹⁸⁾

oooooOooooo

/12. HOOFSTUK IV.

-
- (16) Cowen, op. cit., p. 218; C.J. Rowland, Some Aspects of the Contract of Aval, (1965) 28 T.H.R.H.R. 30.
(17) J.G. Kist, Beginnelsen van Wisselrecht, (1854), p. 60.
(18) Ibid., p. 60.

HOOFSTUK IV.

DIE AVAL IN DIE NEDERLANDSE EN DUITSE REG. .

I. NEDERLANDSE REG.

A. INLEIDING.

Die kontrak van aval is ook in die Nederlandse reg bekend en word hoofsaaklik wetterereglik gereël in die Wetboek van Koophandel (1838). Die aval of wisselborg het ten doel die betaling van 'n wissel vir die geheel of vir 'n gedeelte van die wisselsom.⁽¹⁾

B. VORM.

Artikel 129(2) van die Wetboek van Koophandel bepaal dat die borgtog gegee kan word deur 'n derde of selfs deur iemand wat reeds 'n wisselskuldenaar is. In laasgenoemde geval het die wisselborgtog slegs praktiese belang omdat die regte van die houer van die wissel daardeur versterk word.⁽²⁾ Hierdie borgtog kan slegs skriftelik gegee word, hetsy by wyse van 'n aparte akte, hetsy deur die klousule „goed voor aval" op die wissel te plaas.⁽³⁾ Slegs die enkele handtekening op die voorkant van die wissel geplaas deur die borg blyk voldoende te wees en volgens artikel 130 (1) en (4) van die Wetboek van

/13. Koophandel kan die

(1) W.L.P.A. Molengraaff, Leidraad van het Nederlandse Handelsrecht, Negende uitgawe (1948), p. 431; Artikel 129(1) Wetboek van Koophandel (1838); Molengraaff sê op p. 431 dat die Nederlandse terminologie vir wisselborg die avalgewer (avalis) is en vir die wisselskuldenaar, die geavaleerde.

(2) Molengraaff, op. cit., p. 431.

(3) T.J. Dorhout Mees, Kort Begrip van het Nederlands Handelsrecht, (1961), p. 351.

Koophandel kan die borgtog ook in 'n afsonderlike geskrif vervat word.⁽⁴⁾ Die borgtog kan gegee word vir elke wissel-skuldenaar, dus vir die akseptant sowel as die endossante en trekker.⁽⁵⁾

Volgens artikel 129(1)⁽⁶⁾ kan die borg sy borgtog beperk tot 'n gedeelte van die wisselsom en dit kan ook ten behoeve van slegs een of meer bepaalde wisselskuldeisers gegee word. As sodanige beperkinge egter nie uit die borgtog blyk nie, dan is die borg gebonde vir die volle wisselsom en ten behoeve van alle wisselkrediteure.⁽⁷⁾ Indien die borg nie aantoon vir welke skuldenaar hy die borgtog gee nie, word dit geag vir die trekker te wees.⁽⁸⁾

C. GEVOLGE.

Ofskoon die woord „borgtocht" in Artikel 129(1) van die Wetboek van Koophandel gebruik word, verskil dit in karakter van die borgtog genoem in die Burgerlike Wetboek en is laasgenoemde Wetboek se bepalings nie op eersgenoemde van toepassing nie.⁽⁹⁾ Die aval is 'n selfstandige garansie ooreenkoms soos blyk uit artikel 132(2) van die Wetboek van Koophandel, want die artikel bepaal dat die verbintenis van die borg geldig is selfs al is die verbintenis van die wisselskuldenaar nietig.

/14. Volgens artikel 131(2)

(4) Sien ook artikel 130(3) van die Wetboek van Koophandel wat in hierdie verband bepaal dat die handtekening voorop nie dié van die betrokke of die trekker moet wees nie.

(5) Molengraaff, op. cit., p. 432.

(6) Wetboek van Koophandel 1838.

(7) Molengraaff, op. cit., p. 432; Artikel 130(5), Wetboek van Koophandel.

(8) S.P. Lipman, Wetboek van Koophandel vergeleken met het Romeinsche en Fransche Recht, (1839), p. 63.

(9) Molengraaff, op. cit., p. 432.

Volgens artikel 131(2) egter, is die verbintenis van die borg ongeldig wanneer die verbintenis van die wisselskuldenaar ongeldig is weens 'n vormgebrek.⁽¹⁰⁾

Die borg is op dieselfde wyse as die wisselskuldenaar gebonde en hy het nie die voorregte van uitwinning en skuld-splitsing tot sy beskikking nie, maar slegs die verwere wat wisselregtelik van aard is.⁽¹¹⁾ Aangesien die borg volgens Artikel 131 (1) van die Wetboek van Koophandel op dieselfde wyse verbind is as die wisselskuldenaar verkry hy deur die skuld te betaal, alle regte teenoor die betrokke wisselskuldenaar.⁽¹²⁾ Die borg wat betaal verkry egter van regsweë die verhaalsreg wat die wisselskuldenaar, vir wie hy betaal het, sou gehad het teenoor sy voorgangers.⁽¹³⁾ Wanneer die wisselskuldenaar deur die borg aangespreek word, kan eersgenoemde weier om te betaal deur hom te beroep op die verhouding wat tussen hom en die borg bestaan.⁽¹⁴⁾

/15. II. DUITSE REG.

(10) Molengraaff, op. cit., p. 432 noem in hierdie verband die volgende voorbeeld: "Zo zal dus byvoorbeeld de avalgever voor den trekker of acceptant, die handelings onbekwaam is of wiens handtekening is vervalst, niettemin gebonden zijn. Daarentegen is zijn verbintenis nietig, indien de acceptant, voor wien hij aval heeft gegeven, zijn verklaring niet heeft ondertekend."

(11) Dorhout Mees, op. cit., p. 351.

(12) Ibid., p. 351.

(13) Ibid., p. 351.

(14) Molengraaff, op. cit., p. 433.

II. DUITSE REG.

A. INLEIDING.

In Duitsland word die reg aangaande verhandelbare dokumente volledig gereël deur die Wechselgesetz van 21 Junie 1933. Aangesien die posisie van die borg en die verskaffing van borgtog gereël word deur Artikels 30 tot 32 van die Wechselgesetzbuch, moet vooraf gelet word op die bepalings van hierdie artikels:

ARTIKEL 30(1) - Die betaling van die wisselbedrag kan in die geheel of gedeeltelik deur die wisselborgtog verseker word.

ARTIKEL 30(2) - Hierdie sekerheid kan onderneem word deur 'n derde party of ook deur 'n persoon wie se handtekening reeds op die wissel voorkom.

ARTIKEL 31(1) - Die borgtog verklaring word op die wissel of op 'n aanhangsel geplaas.

ARTIKEL 31(2) - Die onderneming word deur die woorde „as borg" of deur 'n soortgelyke verklaring uitgedruk en dit moet onderteken word deur die wisselborg.

ARTIKEL 31(3) - Die blote ondertekening op die voorkant van die wissel geld as 'n borgtogverklaring insoverre dit nie oor die handtekening van die betrokke of die trekker handel nie.

ARTIKEL 31(4) - In die verklaring moet aangedui word vir wie die borgtog onderneem word; by gebrek aan sodanige verklaring geld dit vir die trekker.

ARTIKEL 32(1) - Die wisselborg is aanspreeklik tot dieselfde mate as die persoon vir wie

hy borg gestaan het.

ARTIKEL 32(2) - Die wisselborg se onderneming is ook geldig indien die verbintenis waarvoor hy hom as borg verbind het, nietig is weens 'n ander grond as 'n vormgebrek.

ARTIKEL 32(3) - Die wisselborg wat die wissel betaal, verwerf alle regte uit die wissel teen diegene vir wie hy borg gestaan het en almal wat teenoor daardie persoon uit die wissel aanspreeklik was.

B. VORMVEREISTES.

Die wisselborgtog is gerig op die doel om die aanspreeklikheid van die hoofskuldenaar te versterk en daarom verseker die aanspreeklikheid van die wisselborg die betaling van die wissel.⁽¹⁵⁾ Wisselborgskap kan ook onderneem word vir die skulde van diegene wat voor die vervaldatum van die wissel aanspreeklik is.⁽¹⁶⁾

Wisselborgskap kan deur elke handelingsbevoegde persoon onderneem word; ook deur iemand wat reeds deur sy handtekening op die wissel klaar 'n wisselskuldenaar is.⁽¹⁷⁾

Die wisselborg is op dieselfde wyse aanspreeklik as die persoon vir wie hy borg gestaan het.⁽¹⁸⁾ Dit is egter nie

/17. nodig dat die

(15) Jacobi, op. cit., p. 672.

(16) Ibid., p. 673.

(17) Ibid., p. 673.

(18) Ibid., p. 674.

nodig dat die verpligting van die hoofskuldenaar reeds tydens die aangaan van die wisselborgskap moes bestaan het nie.⁽¹⁹⁾ Die wisselborgskap kan ook nie vir meer as vir die bedrag van die hoofskuld onderneem word nie en die aanspreeklikheid van die wisselborg kan ook nie langer duur as dié van die hoofskuldenaar nie.⁽²⁰⁾

Die wisselborgskap vir 'n gedeelte van die hoofsom is geldig, maar ander beperkinge is toelaatbaar byvoorbeeld dat die wisselborg later as die hoofskuldenaar sal betaal of dat die aanspreeklikheid van die borg sal verval voor die van die hoofskuldenaar.⁽²¹⁾

Die verklaring van die wisselborgskuldenaar is nie 'n monoloog nie, maar 'n wilsverklaring wat, om die kontrak daar te stel, aanvaar moet word en gevolglik is die blote skrif op die wissel nie genoeg nie.⁽²²⁾ Die wisselborgtog is 'n kontrak en Artikel 31 van die Wechselgesetzbuch reël eenvoudig dat vir die wisselborg sekere formaliteite nodig is, maar nie dat die formaliteite alleen die wisselborgtog vorm nie.⁽²³⁾

Volgens artikel 32(1) is die wisselborgskuldenaar op dieselfde wyse aanspreeklik as diegene vir wie hy borg gestaan het met die gevolg dat hy ook aanspreeklik is teenoor elke persoon wat 'n vorderingsreg teen die hoofskuldenaar het. Dus kan 'n derde persoon wat die wissel met die skriftelike

/18. waarborgskap daarop

(19) Jacobi, op. cit., p. 674.

(20) Ibid., p. 675.

(21) Sien Artikel 30 van die Wechselgesetzbuch; Jacobi, op. cit., p. 676 sê verder dat daar teen 'n beperkte wisselborgskuld soms die bedenkinge geopper word dat dit tot onsekerheid lei byvoorbeeld: gestel die wisselborg betaal 'n deel van die skuld, het hy 'n reg op oorhandiging van die wissel?

(22) Jacobi, op. cit., p. 677.

(23) Artikel 30 van die Wechselgesetzbuch.

waarborgskap daarop verkry hom volgens algemene beginsels op die regskyn beroep en die borgskap afdwing.⁽²⁴⁾ Die regskyn beskerm egter nie die onmiddellike teenparty nie, maar slegs n derde redelike verkryger.⁽²⁵⁾

Die skriftelike verklaring van die wisselborgskap moet n bepaalde inhoud hê.⁽²⁶⁾ Die borg moet dus sy bedoeling om die borgskap te onderneem uitdruklik verklaar.⁽²⁷⁾ Op laasgenoemde stelling bestaan een uitsondering naamlik dat die blote handtekening op die voorkant van die wissel geld as n borgskapsverklaring.⁽²⁸⁾ Ondertekening op die rugkant van die wissel geld ook nie as n wisselborg nie, aangesien dit n blote blanko endossement kan wees. Daarom het die Wet vir elke wisselborg onderneming op die agterkant van die wissel die algemene reël van artikel 31(2) behou naamlik dat die onderneming van borgskap uitdruklik openbaar moet word.⁽²⁹⁾

Behalwe die wisselborgskap is die gewone borgtog van die privaatreg ook beskikbaar en kan die kontrakterende partye met inagneming van die vorm, bepaal welke soort borgskap sal geld.⁽³⁰⁾ Die verskil tussen die twee soorte borgskappe is nie die inhoud van die verklaring nie, maar die verkose vorm.⁽³¹⁾ Indien n party dus die formaliteite van die wisselborgtog gekies het en dié borgtog verval, dan bly

/19. daar nie n privaat-

(24) Jacobi, op. cit., p. 677.

(25) Ibid., p. 679.

(26) Artikel 31(2) van die Wechselgesetzbuch.

(27) Jacobi, op. cit., p. 679.

(28) Artikel 31(3) van die Wechselgesetzbuch.

(29) Jacobi, op. cit., p. 680.

(30) Ibid., p. 682.

(31) Ibid., p. 682; Jacobi verklaar verder op p. 682 dat as iemand n verklaring afgelê het wat beide vorme dek, en hy bedoel om as wisselborg verbind te wees, maar hy het nie die vorm van laasgenoemde nagekom nie maar wel die siviel regtelike vorm, is hy nogtans n privaatregtelike borg en nie n wisselborg nie.

daar nie n privaatregtelike borgtog staande nie.⁽³²⁾ Vervol
die wisselregtelike borgskapskuld volgens besondere wissel-
regtelike gronde dan volg dit dat die wisselborg ten volle
bevry word en is hy nie verder as privaatregtelike borg
aanspreeklik nie.⁽³³⁾

C. WERKING OF EFFEK VAN DIE WISSELBORGSKAP.

Die wisselborg is onder dieselfde voorwaardes en tot
dieselfde mate aanspreeklik as die hoofskuldenaar, met ander
woorde die wisselborgskapskuld is aksessor.⁽³⁴⁾ Die
aksessore aard van die wisselborgtog beteken dat die
wisselborg hom op elke gebrek van die hoofskuld wat na die
ontstaan van die wisselborg ingetree het, kan beroep.⁽³⁵⁾
Aangesien n wisselborg net soos n hoofskuldenaar aanspreek-
lik is, kan hy hom nie verweer indien hy voor die hoofskul-
denaar aangespreek word nie, maar andersyds kan hy hom
op alle verwere van die hoofskuldenaar beroep. Hy kan ook
gebruik maak van daardie verwere wat ontstaan uit die hoof-
skuldenaar se onmiddellike verhouding teenoor die houer,
onderhewig aan artikel 32(2).⁽³⁶⁾ Die wisselborg kan hom
ook beroep op gebreke in die regshandeling wat ten grondslag
 lê van die hele wissel en op die gebreke wat by die ontstaan

/20. van die wissel

(32) Jacobi, Op. cit., p. 682.

(33) Ibid., p. 683.

(34) Ibid., p. 683.

(35) Ibid., p. 683.

(36) Ibid., p. 684; Dit wil dus voorkom, asof die
wisselborg, volgens die Duitse reg, hom kan
beroep, op verwere wat ontstaan uit die onderlig-
gende verhouding tussen die wisselskuldenaar
en sy onmiddellike skuldeiser.

van die wissel reeds aanwesig was.⁽³⁷⁾

Ten spyte van die bepalings van Artikel 32 van die Wechselgesetzbuch kan die hoofskuldenaar nie, nadat die wisselborgskap aangegaan is, deur die vermeerdering van sy verpligtinge ook die borg se verpligtinge vermeerder nie; ook afsprake wat die hoofskuldenaar reeds voor die ontstaan van die wisselborgskap op sy eie met die skuldeiser gemaak het, ingevolge waarvan sy aanspreeklikheid verskerp word, kan nie die borg se aanspreeklikheid vermeerder nie.⁽³⁸⁾

Die wisselborg hoef slegs teen oorhandiging van die wissel te betaal, want deur te betaal verwerf hy die regte uit die papier wat hy, aangesien die wissel 'n waarde papier is, slegs kan uitoefen as hy in besit van die wissel is.⁽³⁹⁾ Weier die skuldeiser om betaling deur die borg te aanvaar, word alle persone wat deur die betaling bevry sou word, van hulle verpligtinge onthef; dit wil sê die hoofskuldenaar en sy opvolgers.⁽⁴⁰⁾ Betaal die wisselborgskuldenaar die wissel word die hoofskuldenaar teenoor sy skuldeiser bevry, maar die wisselborg verkry alle regte uit die wissel teen diegene vir wie hy borg gestaan het asook teenoor alle persone wat teenoor die

/21. hoofskuldenaar

(37) Jacobi, op. cit., p. 685.

(38) Ibid., p. 687.

(39) Ibid., p. 688.

(40) Ibid., p. 688.

hoofskuldenaar aanspreeklik was.⁽⁴¹⁾ n Voorwaarde vir die verkryging van die wisselregte is betaling, en aan betaling word gelykgestel konsignasie en skuldvergelyking.⁽⁴²⁾

Verwere wat die hoofskuldenaar en sy voorgangers uit hulle onmiddellike verhouding teenoor die houer gehad het, en aan wie die wisselborg betaal, geld ook slegs teen die wisselborg wanneer hy by die betaling bewustelik tot nadeel van die skuldenaar gehandel het; byvoorbeeld wanneer hy kennis van die verwere van die hoofskuldenaar gehad het en nogtans betaal, want daardie betaling het eintlik die skuldenaar benadeel.⁽⁴³⁾

Die omvang van die regte uit die wissel wat die wisselborg deur sy betaling verkry word verder deur Artikel 49 van die Wechselgesetzbuch uitgebrei. Hiervolgens kan hy behalwe die wisselbedrag ook nog rente en koste vorder.⁽⁴⁴⁾

Die wisselwet bepaal niks oor die verhouding tussen die wisselborg en die skuldenaar voor betaling van die borgskap nie. Alhoewel die privaatreg nie direk op die wisselborg van toepassing is nie kan die beginsels van die Bürgerlichen Gesetzbuches ook toegepas word om te bepaal onder welke omstandighede die hoofskuldenaar gedwing kan word om die borg van sy borgskap te bevry.⁽⁴⁵⁾

/22. HOOFSTUK V.

(41) Sien Artikel 32(3) van die Wechselgesetzbuch.

(42) Jacobi, op. cit., p. 689.

(43) Ibid., p. 689.

(44) Sien artikel 49 van die Wechselgesetzbuch.

(45) Jacobi, op. cit., p. 691.

HOOFTUK V.

DIE AVAL IN DIE ENGELSE EN SUID-AFRIKAANSE REG.

I. ENGELSE REG.

A. INLEIDING.

Wat betref die aanspreeklikheid van 'n vreemdeling wat 'n wissel onderteken, dit wil sê 'n persoon wat nie 'n wisselparty is nie, bestaan daar sekere basiese verskille tussen die Engelse reg en die Suid-Afrikaanse gemenereg.⁽¹⁾ Aan die ander kant is die statutêre bepalinge van beide lande ten opsigte van bogemelde aangeleentheid byna identies. Twee redes kan aangevoer word waarom die kontrak van aval nie in die Engelse reg inslag gevind het nie.

Eerstens: 'n derde wat 'n wissel teken, plaas sy handtekening agter op die wissel en daarom word gesê dat hy die wissel „back”.⁽²⁾ Sy handtekening word gewoonlik 'n endossement genoem en die doel daarvan is om die wissel se waarde te verhoog; deur die handtekening van die derde word addisionele krediet verkry.⁽³⁾ Indien die trekker van 'n wissel nou poog om die derde persoon aanspreeklik te hou omdat die wissel

/23. deur die akseptant

-
- (1) Moti & Co. v. Cassim's Trustee, 1924 A.D. 720. Op p. 728 sê Appelregter Innes dat, „an aval in the sense in which that term was used in the practice of Holland is not recognized by English Law”; D.A.L. Smout, Chalmers on Bills of Exchange, (1964), p. 187.
- (2) M. Megrah, Byles on Bills of Exchange, (1955), p. 174.
- (3) Ibid., p. 174.

deur die akseptant gedishonoreer word, is hy in effek besig om die derde as 'n borg van die akseptant te beskou.⁽⁴⁾ Die probleem ontstaan nou omdat Artikel 4 van die „Statute of Frauds" vereis dat 'n borgkontrak op skrif gestel moet wees en deur die borg onderteken moet word.⁽⁵⁾ In die Suid-Afrikaanse reg word die blote handtekening deur 'n vreemdeling op 'n wissel prima facie geag om 'n borgskap te onderneem.⁽⁶⁾

Tweedens: soos hierbo aangetoon beliggaam die kontrak van aval die beginsel van oordraagbare sekuriteit wat outomaties soos die wissel verhandel word, oorgaan. Hierdie beginsel bots egter met die Engelsregtelike vereiste van „privity" tussen die borg en die skuldenaar en gevolglik het die leerstuk van voortdurende krediet aan onbekende persone geen toepassing nie.⁽⁷⁾

Die wetteregtelike bepaling in Engeland is vervat in Artikel 56 van die Wisselwet van 1882 en bepaal dat waar 'n persoon 'n wissel anders as trekker of as akseptant teken, loop hy daardeur teenoor 'n reëlmatige houër die aanspreeklikheid van 'n endossant op. Die persoon wat 'n wissel teken onder die omstandighede in hierdie artikel genoem, staan dan bekend as 'n kwasi-endossant.⁽⁸⁾

/24. B. REGSPRAAK VOOR

(4) Megrah, op. cit., p. 174.

(5) Ibid., p. 174.

(6) Artikel 6 Wet 50 van 1956.

(7) Cowen, op. cit., p. 220; A.D. Gibb, A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques and Negotiable Securities (1932), p. 222 sê die volgende „If a person not the holder indorse a bill, he is not a surety for the drawee or acceptor to the drawer."

(8) Smout, op. cit., p. 187.

B. REGSPRAAK VOOR WETGEWING.

Uit die Engelse regspraak blyk dit duidelik dat die afwesigheid van die bestaan van die kontrak van aval in dié land aanleiding gegee het tot probleme en gekunstelde oplossings daarvan in hulle wisselreg.

Die leidende saak voor die Wisselwet van 1882 was Steele v. M'Kinlay.⁽⁹⁾ Die feite was kortliks: 'n derde persoon het sy handtekening op 'n wissel geplaas nadat dit getrek en geaksepteer was, maar voor endosering deur die trekker. Na afsterwe van beide die trekker en derde het die verteenwoordigers van die trekker dié van die derde gedagvaar op die wissel. Die hof het beslis dat die derde nie beskou kan word as 'n akseptant nie omdat hy nie die trekker was nie; ook kan hy nie as 'n endossant aanspreeklik wees teenoor een wat op die wissel skyn die trekker te wees nie; hy is ook nie as 'n aval aanspreeklik nie en bewys van 'n borgskapsooreenkoms was uitgesluit deur die „Statute of Frauds“. In McDonald v. Nash⁽¹⁰⁾ het die hof verklaar dat die derde in bogenoemde saak tog aanspreeklik kan wees, want alhoewel daar geen getuienis was dat die derde onderneem het om aanspreeklikheid namens die trekker te aanvaar nie, omdat albei partye oorlede is, die derde tog nog aanspreeklik sou wees op die wissel indien daar wel so 'n ooreenkoms was. Die rede is omdat aangeneem moet word dat die wissel geëndosseer is deur die trekker aan die derde en dan weer terug geëndosseer is deur laasge-

/25. noemde aan

(9) (1880) 5 App. Cas. 754.

(10) (1924) A.C. 625 op 650.

noemde aan die trekker. Bogemelde probleem sou egter in die Suid-Afrikaanse reg geen probleem geskep het nie, omdat die derde as h aval aanspreeklik gehou sou word.

C. REGSPRAAK NA WETGEWING.

Artikel 56 van die Wisselwet van 1882 was geskep om die gaping in die wisselreg van Engeland te vul ten einde die aanspreeklikheid van h vreemdeling wat h wissel teken duidelik daar te stel, omdat hy andersinds nooit aanspreeklik sou wees nie.⁽¹¹⁾ Dit is egter opmerklik dat hierdie artikel 56 net melding maak van h reëlmatige houer en dit het in die Engelse reg dan ook probleme geskep.

Een van die eerste sake wat na die inwerkingtreding van die Wisselwet beslis was, was dié van Jenkins v. Coomber.⁽¹²⁾ In hierdie saak het h persoon h wissel getrek, betaalbaar aan sy eie order en die wissel word geaksepteer. h Vreemdeling het die wissel agterop geteken met die bedoeling om betaling deur die akseptant, sy seun, te waarborg. Dit was gedoen voor lewering van die wissel aan die trekker en voordat hy dit geëndosseer het. In h aksie deur die trekker teen die vreemdeling is beslis dat laasgenoemde nie as h endossant onder artikel 56 aanspreeklik is nie, omdat die eiser nie h reëlmatige houer is nie, want die wissel wat hy ontvang het was nie „h voltooide en reëlmatige wissel nie.”⁽¹³⁾ Verder is ook

/26. beslis dat die

(11) Cowen, op. cit., p. 223.

(12) (1898) 2 Q.B. 168.

(13) Jenkins v. Coomber, supra. Op p. 171 toon Regter Wills aan, „this was not on the face of it a complete and regular bill of exchange, since when the defendant indorsed it the bill had not been indorsed by the plaintiff, to whose order it was payable.”

beslis dat die verweerder nie as 'n borg aanspreeklik is nie, omdat die getuies nie voldoende was om die bepalinge van die "Statute of Frauds" te bevredig nie. Bogemelde bevindinge van die hof sou in 'n Suid-Afrikaanse hof anders gewees het, want in laasgenoemde hof sou die vreemdeling ingevolge die kontrak van aval aanspreeklik gehou word.⁽¹⁴⁾

Die feit dat die wissel onvoltooid was op die tyd-stip toe die vreemdeling sy handtekening daarop geplaas het, is immaterieël, aangesien die trekker volgens Artikel 20 van die Engelse Wisselwet geregtig is om die wissel te voltooi.⁽¹⁵⁾ In McDonald v. Nash⁽¹⁶⁾ het die hof te doen gehad met die geval waar B en X ooreengekom het dat B 'n wissel op A sal trek, maar dat X hom teenoor B aanspreeklik sal stel deur die wissel te endosseer. Gevolglik trek B 'n wissel op A, betaalbaar aan B se order; A aksepteer die wissel en X plaas sy handtekening agterop. Later plaas B sy handtekening bo dié van X. Op die vervaldag word die wissel deur A gedishonneer en B dagvaar X as endossant. Die hof beslis dat alhoewel B en X die wissel in die verkeerde kronologiese volgorde geteken het, X nogtans as endossant aanspreeklik

/27. is. Op die

(14) Moti & Co. v. Cassim's Trustee, 1924 A.D. 720. Op p. 730 sê Appèlregter Innes "There cannot be much doubt that under our law the defendant would have been held liable as surety under the aval."

(15) Smout, op. cit., p. 187. Die skrywer sê verder op p. 187 "..... as set out in section 20, not without ingenuity, have been able to uphold the claim of the original payee against the anomalous indorser."

(16) (1924) A.C. 625.

is. Op die argument dat B se eis moet misluk omdat sy handtekening nie op die wissel verskyn het toe X geteken het nie, beslis die hof dat B ingevolge artikel 20 die wissel kan voltooi deur sy handtekening onder dié van X te plaas en laasgenoemde dan as endossant aanspreeklik kan hou.⁽¹⁷⁾

D. SAMEVATTING EN GEVOLGTREKKING.

Uit die bespreking van die Engelse reg hierbo kan die gevolgtrekking gemaak word, dat waar die howe nie n vreemdeling wat sy handtekening op n wissel aangebring het aanspreeklik gehou het nie, hy wel volgens die Romeins-Hollandse reg prima facie op grond van die kontrak van aval aanspreeklik sou wees.⁽¹⁸⁾ In baie sake is die eiser se eis verwerp omdat hy qua nemer nie n reëlmatige houer was nie en verder omdat die wissel nie voltooid was toe hy dit geneem het nie.⁽¹⁹⁾ Dit is ook duidelik dat waar die Engelse howe n vreemdeling aanspreeklik gehou het as n endossant van n daaropvolgende party of as n endossant van n voorafgaande party in terme van n ooreenkoms, die vreemdeling volgens ons gemene reg as n aval aanspreeklik sou wees.⁽²⁰⁾

/28. II. SUID-AFRIKAANSE REG

(17) Sien ook Smout, op. cit., p. 188.

(18) Moti & Co. v. Cassim's Trustee, 1924 A.D. 720.

(19) McDonald v. Nash (1924) A.C. 625.

(20) Cowen, op. cit., p. 225.

II. SUID-AFRIKAANSE REG.

A. INLEIDING.

Die gemeenregtelike instelling van aval geld vandag nog in Suid-Afrika.⁽²¹⁾ In een belangrike opsig is daar 'n verskil en wel met betrekking tot die beneficia excusionis et divisionis. Sedert die saak van Norton v. Satchwell⁽²²⁾ in 1840 het die Suid-Afrikaanse howe⁽²³⁾ van die beginsel dat 'n avalis, wat sy handtekening op 'n wissel plaas stilswyend afstand doen van bogenoemde twee voorregte, afgesien en sedertdien het die Appèlhof⁽²⁴⁾ ook beslis dat die avalis wel gebruik kan maak van die voorregte wat 'n gewone borg tot sy beskikking het. Indien die avalis 'n vrou is, kan sy ook gebruik maak van die verwere wat vir vroulike borge geld naamlik die Senatus Consultum Velleianum en Authentica Si Qua Mulier.⁽²⁵⁾

Aanvanklik het die verskillende provinsies elk ~~sy~~ eie wetgewing gehad waarin die wisselreg en dus ook die aangeleentheid van aval gereël is. Hierdie reëlings was ook fundeer op die Engelse Wisselwet. Met die Wisselwet 34 van 1964 is

/29. die wette van die

(21) Moti & Co. v. Cassim's Trustee, 1924 A.D. 720 op p. 741.

(22) 1 Menz. 77.

(23) Klopper v. van Straaten (1894) 11 S.C. 94; Bethlehem v. Zietsman 1908 E.D.C. 367.

(24) Moti & Co. v. Cassim's Trustee, 1924 A.D. 720 op p. 727. Op p. 741 verklaar Appèlregter Kotze „While we are in strictness not bound by these decisions, we would, in my opinion, be acting wrongly if we were now to overrule a principle which has been uniformly observed and acted upon in South Africa for over eighty years.”

(25) Rowland, op. cit., p. 30.

die wette van die provinsies gekonsolideer. Artikel 54 van die Wisselwet is 'n woordelike herhaling van die Engelsregtelike Artikel 56 van die Wisselwet van 1882. Artikel 54 bepaal dat „indien iemand 'n wissel anders as trekker of akseptant teken, loop hy daardeur teenoor 'n reëlmatige houër die aanspreeklikheid van 'n endossant op."

Dit blyk dus duidelik uit die artikel self dat dit net ten gunste van 'n reëlmatige houër geld.⁽²⁶⁾ Die Appèlhof het dan ook in die toonaangewende saak van Moti & Co. v. Cassim's Trustee⁽²⁷⁾ beslis dat 'n persoon wat sy handtekening agter op 'n wissel plaas voordat lewering plaasgevind het of voordat die nemer die wissel geëndosseer het, aanspreeklik is as 'n borg op grond van die kontrak van aval en hy is nie in die posisie van 'n gewone endossant nie.⁽²⁸⁾ Daarom was die eiser nie 'n reëlmatige houër nie en is die bepaling van artikel 54 nie van toepassing nie.⁽²⁹⁾

Daar kan ook uit artikel 54 die afleiding gemaak word dat daar 'n verskil is in die regte en verpligtinge van die avalis teenoor die reëlmatige houër en die gewone houër van 'n wissel.⁽³⁰⁾

/30. B. HOUERS.

(26) Moti & Co. v. Cassim's Trustee, 1924 A.D. 720 op p. 727.

(27) 1924, A.D. 720.

(28) Ibid., p. 733.

(29) Cowen, op. cit., p. 226.

(30) Ibid., p. 226.

B. HOUERS.

(1) EFFEK VAN ARTIKEL 54.

Artikel 54 maak slegs melding van 'n reëlmatige houer; gevolglik geld die gemene reg onveranderd waar die wisselskulde~~iser~~ 'n gewone houer is. (31)

(2) REGTE EN VERPLIGTINGE.

Die regte en verpligtinge van 'n avalis verskil van dié van 'n endossant. (32) Die Romeins-Hollandsregtelike reël geld vandag nog, naamlik dat dit nie nodig is om aan 'n avalis kennis te gee dat die wissel geweier is nie en dat die avalis aangespreek kan word voordat die wissel geprotesteer is. (33)

Die avalis kan hom ook beroep op die voorregte van uitskudding, verdeling en cessie van aksies, wanneer hy aangespreek word, mits hy nie daarvan afstand gedoen het nie. (34) Met ander woorde die posisie verskil tans radikaal van die gemeenregtelike aval in soverre in die gemene reg ondertekening geag is stilswyende afstanddoening van die beneficia te wees, maar soos aangetoon, sedert 1840 dié afleiding nie meer by ons geld nie. Hy kan egter uitdruklik

/31. of stilswyend

(31) Thal v. Cleveland Oil Co., 1922 C.P.D. 7; Cowen, op. cit., p. 227; N.J. van der Merwe, Enkele Probleme Wat Uit Ons Wisselwetgewing Voortspruit, (1959) 22 T.H.R.H.R. 275.

(32) de Wet en Yeats, op. cit., p. 353.

(33) Peimer v. Finbro Furnishing Co., 1936 A.D. 177 op p. 186.

(34) Ullman Bros. & Davidson v. Railton, 1903 T.S. 596.

of stilswyend afstand doen van hierdie voorregte.⁽³⁵⁾ Die avalis word geag stilswyend van die voorregte afstand te doen waar hy homself as mede-skuldenaar verbind. Die posisie is trouens dat hy dan nie meer 'n avalis is nie, maar selfskuldenaar. Met ander woorde, as hy by sy handtekening die woorde „as borg en mede-skuldenaar” voeg, is hy in solidum as selfskuldenaar aanspreeklik en mag provisionele vonnis teen hom verkry word, en hy kan klaarblyklik nie gebruik maak van die beneficia excussionis et divisionis nie, omdat hy nie as borgskuldenaar aangespreek word nie.⁽³⁶⁾

Die avalis mag ook sy aanspreeklikheid beperk tot 'n vasgestelde tydperk.⁽³⁷⁾ Ook is die bepaling van Artikel 6 van Wet 50 van 1956 nie op hom van toepassing nie.⁽³⁸⁾

C. REËLMATIGE HOÛERS.

(1) EFFEK VAN DIE GEMENE REG OP DIE BEPALING VAN ARTIKEL 54.

Die vraag ontstaan of artikel 54 met betrekking tot die handtekening van 'n vreemdeling agter op 'n wissel, die

/32. gemeenregtelike

(35) de Wet en Yeats, op. cit., p. 353; Cowen, op. cit., p. 227.

(36) Peimer v. Finbro Furnishing Co., 1936 A.D. 177 op p. 189.

(37) Cowen, op. cit., p. 228.

(38) Sien Gemeenregtelike Borgtog hierbo.

gemeenregtelike figuur van aval vervang en gevolglik n endossant in die plek van n avalis plaas. Dit blyk egter duidelik uit die regspraak dat artikel 54 nie die avalis onthef van enige verpligtinge wat hy volgens die *gemene reg* het nie.⁽³⁹⁾ Bogenoemde stelling is weereens deur die Appèlhof in Peimer v. Finbro Furnishers (Pty) Ltd.⁽⁴⁰⁾ bevestig. In hierdie saak het A n promesse wat agterop deur X as „borg en mede-hoofskuldenaar" onderteken was, ten gunste van B getrek. Daarna is die promesse deur B aan D geëndosseer. Toe die promesse gedishonoreer word deur nie-betaling het D vir X gedagvaar sonder om hom kennis te gee van dishonorerings en sonder om die promesse te protesteer. Die hof het by monde van Appèlregter Curlewis beslis dat dit nie saak maak of artikel 54 die aanspreeklikheid van n endossant op n avalis plaas of nie; die hof sal te ver gaan om te bepaal dat dit n verdere oogmerk van die artikel is om die avalis te onthef van aanspreeklikheid wat op hom rus benewens dié van die Wet.⁽⁴¹⁾ Dit beteken dus dat X nie geregtig is om op die vereistes

/33. wat die wet

(39) Cowen, *op. cit.*, p. 229; So verklaar Appèlregter Wessels in die Moti-saak, *supra*, op p. 744 „I agree with the view that sec. 54 should not be so interpreted as to alter the obligations of an aval as they existed before that proclamation. The rights and obligations of an aval after the proclamation are the same as before."

(40) 1936 A.D. 177.

(41) *Ibid.*, p. 190. Appèlregter de Villiers verklaar op p. 183 „Section 54 at any rate does not relieve the signer of an aval from the liabilities attaching to him, as the signer of aval, under common law....."

wat die wet stel teneinde h endossant aanspreeklik te hou, naamlik protestering en kennisgewing van dishonorering, kan aandrang nie.⁽⁴²⁾

Die gevolgtrekking kan dus gemaak word dat artikel 54 nie h avalis vervang met h endossant nie; hy bly h avalis, maar die artikel plaas op hom ook die verpligtinge van h endossant.⁽⁴³⁾ Indien h avalis dus voor die inwerking-treding van die Wet aanspreeklik sou wees as h avalis, bly hy as sulks aanspreeklik en kan hy op grond van die kontrak van aval aangespreek word, ofskoon artikel 54 ook h ander aanspreeklikheid op hom plaas.⁽⁴⁴⁾ Ek vereenselwig myself in hierdie verband met die mening van Rowland,⁽⁴⁵⁾ dat as gevolg van artikel 54 h avalis h tweeledige aanspreeklikheid teenoor h reëlmatige houer het. Hy is dan volgens die gemene reg as h avalis gebonde en volgens die wet as h endossant; die houer het dus h keuse op welke skuldoorsaak hy aksie wil instel.

Dit moet egter onthou word dat indien hy aangespreek word in terme van artikel 54, as h endossant, dan mag hy nie gebruik maak van die beneficia divisionis et excussionis nie, maar hy kan slegs die wetteregtelijke

/34. verweersgronde,

(42) Cowen, op. cit., p. 230.

(43) Rowland, op. cit., p. 38.

(44) Ibid., p. 38.

(45) Ibid., p. 38.

verweersgronde, byvoorbeeld dat hy geen kennis van die dishonorering gekry het nie, opwerp. Aan die anderkant, word hy aangespreek op grond van die kontrak van aval, is hy slegs as 'n avalis aanspreeklik en kan hy hom beroep op die beneficia.

(2) REËLMATIGE HOUER.

In Moti & Co. v. Cassim's Trustee⁽⁴⁶⁾ het die Appèlhof beslis dat waar die eiser nie 'n reëlmatige houer is nie, artikel 54 nie van toepassing is nie. In hierdie saak was die nemer die houer. Dus, in die geval waar die nemer die eiser is en die avalis teken voordat die nemer die wissel geëndosseer het, is eersgenoemde slegs as 'n borg aanspreeklik en nie as 'n endossant in terme van artikel 54 nie.⁽⁴⁷⁾ Die Appèlhof het bevind dat die eiser nie 'n reëlmatige houer is nie. Hy is die nemer en aangesien Artikel 29(3) van die Wisselwet vereis dat 'n order-dokument „verhandel" word deur die endossement van die houer, aangevul deur lewering, kan geen verhandeling aan die nemer plaasvind nie - daar vind 'n blote „uitgifte" van die stuk aan hom plaas; verder was die wissel nie „'n voltooide en reëlmatige" dokument toe die eiser dit geneem het nie.⁽⁴⁸⁾ In Artikel 27(1) van die Wisselwet word vir reëlmatige houterskap onder meer vereis dat dit 'n voltooide en oënskyn-

/35. lik reëlmatige

(46) 1920 A.D. 720.

(47) Cowen, op. cit., p. 230.

(48) Moti & Co. v. Cassim's Trustee, 1924 A.D. 720 op p. 733.

lik reëlmatige wissel is en dat die wissel aan die houer verhandel is.

Cowen⁽⁴⁹⁾ toon aan dat Appèlregter Innes in sy uitspraak verwys het na sekere Engelse vonnisse waarin beslis is dat iemand wat 'n wissel neem wat deur 'n vreemdeling geëndosseer is, nie 'n reëlmatige houer is ingevolge die Wisselwet nie. Die stelling sou egter beteken dat in die geval waar 'n vreemdeling 'n wissel teken voor verhandeling, daar nooit 'n reëlmatige houer kan wees nie. Die Engelse sake waarna Appèlregter Innes verwys, het egter betrekking gehad op die gevalle waar die wissels betaalbaar was aan die order van die trekker en gevolglik beskou was as onvoltooid totdat die trekker dit geëndosseer het.⁽⁵⁰⁾ Die afleiding kan dus gemaak word dat dit wel moontlik is om, in die geval waar 'n vreemdeling 'n wissel onderteken het voordat die wissel geëndosseer is, 'n reëlmatige houer te konstrueer.⁽⁵¹⁾

Wat die argument in die Moti-saak betref dat 'n nemer nie 'n reëlmatige houer kan wees nie omdat slegs uitgifte aan hom plaasvind, bestaan daar meningsverskil. Van der Merwe⁽⁵²⁾ is van mening dat die Appèlhof nie voldoende rekening hou met die bepalings van artikel 29(1) nie. Hierdie artikel bepaal onder meer dat 'n wissel ver-

/36. handel word

(49) Cowen, op. cit., p. 231.

(50) Ibid., p. 231.

(51) Ibid., p. 232.

(52) Van der Merwe, op. cit., p. 277.

handel word indien dit van een persoon aan 'n ander oorgedra word op so 'n wyse dat die oordragnemer die houder van die wissel word. Dié skrywer verklaar dat bogenoemde plaasvind by die afgifte van 'n promesse deur die promittent aan die nemer.⁽⁵³⁾ Verder dui hy daarop dat die wetgewer praat van "een persoon aan 'n ander" en nie van "een houder aan 'n ander persoon" nie.⁽⁵⁴⁾ Laasgenoemde sou dan beteken dat verhandeling ook kan geskied deur die trekker aan die nemer. Volgens hom moet artikels 29(2) en (3) nie as beperkend van artikel 29(1) beskou word nie, maar wel as aanvullend.⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁶⁾ Van der Merwe word in sy argument gesteun deur die uitspraak van Regter Fletcher Moulton in die Engelse vonnis van Lloyd's Bank, Limited v. Cooke and Others.⁽⁵⁷⁾ Die Regter sê dat in die bepaling van artikel 31(1)⁽⁵⁸⁾ niks te vind is wat enige twyfel kan werp op die mening dat "reëlmatige houder" ook 'n nemer wat ter goeie trou waarde gegee het, kan insluit nie.⁽⁵⁹⁾ Hy bevind dan dat vir "verhandeling" dit slegs nodig is dat die stuk oorgedra word van een persoon aan 'n ander op so 'n wyse dat die oordragnemer die "houder van die wissel" word.

/37. In hierdie

(53) Van der Merwe, op. cit., p. 277.

(54) Ibid., p. 277.

(55) Ibid., p. 277.

(56) Hy verklaar op p. 278 "Waar die wetgewer selfs so ver gaan om 'n persoon te beveilig wat nie eers waarde vir die stuk gegee of te goeier trou ontvang het nie, lyk dit destemeeer onwaarskynlik dat hy bedoel het om dergelyke beskerming aan 'n nemer wat te goeier trou en vir waarde ontvang het, te ontsê en dit bloot omdat geen "verhandeling" sou plaasgevind het nie."

(57) (1907) 1 K.B. 794.

(58) Wisselwet 1882, 45 & 46 Vict. c. 61.

(59) (1907) 1 K.B. 794 op p. 804.

In hierdie verband vereenselwig ek my met die standpunt van Regter Innes in die Moti-saak.⁽⁶⁰⁾ Die menings van Van der Merwe en Regter Moulton hou nie genoeg rekening met die bepalings van die sub-artikel in verband met 'n order-dokument nie. Alhoewel „verhandeling” nie gelyk te stel is aan „endossement” nie, impliseer dit nogtans die endossement van die houer. Daar is ook 'n verskil tussen die uitgifte van 'n stuk deur lewering aan die nemer en die oordrag daarvan van een persoon aan 'n ander; in eersgenoemde geval is die partye gebind deur hulle eie kontrak terwyl in laasgenoemde geval mag die oordragnemer 'n beter titel verkry as dié van die oordraggewer — dit word bereik deur verhandeling en nie deur afgifte nie.

(3) UITWERKING VAN ARTIKEL 54 TEN AANSIEN
VAN DIE POSISIE VAN DIE AVALIS TEENOOR
DIE REËLMATIGE HOUER.

In die Suid-Afrikaanse regspraak is daar uiteenlopende standpunte met betrekking tot die vraag onder welke omstandighede artikel 54 van toepassing is op 'n avalis in teenstelling met 'n reëlmatige houer. Aan die een kant het Regter Mason in National Bank of South Africa, Ltd. v. Seligson⁽⁶¹⁾ gesê dat beide die artikels van die Engelse- en Suid-Afrikaanse wetgewing duidelik die bedoeling bevat om enige ander persoon

/38. wat 'n wissel

(60) 1924 A.D. 720 op p. 731.

(61) 1921 W.L.D. 108.

wat h wissel endosseer hetsy as h houer wat die wissel kan verhandel, hetsy as h avalis, borg of akkommodasie party in te sluit.⁽⁶²⁾

Aan die anderkant het Appèlregter Wessels in die Moti-saak⁽⁶³⁾⁽⁶⁴⁾ en Regter Howes in National Acceptance Co. (Pty.) Ltd. v. Robertson and Another⁽⁶⁵⁾ tot die gevolgtrekking gekom dat indien die verweerder as h avalis geteken het, dan bly hy h avalis en word sy posisie geensinds deur artikel 54 verander nie. Uit laasgenoemde vonnis blyk dit ook dat artikel 54 glad nie op h avalis van toepassing is nie.

Rowland⁽⁶⁶⁾ verklaar, myns insiens tereg, dat die standpunt van Regter Mason in die National Bank-saak⁽⁶⁷⁾ meer aanvaarbaar is. Dit skyn dus of artikel 54 onder andere ook op h avalis van toepassing is. Met ander woorde, indien die vreemdeling wat op die wissel teken, anders as trekker of akseptant",

/39. h endossant

(62) 1921 W.L.D. 108 op p. 116.

(63) 1924 A.D. 720.

(64) Op p. 744 verklaar Appèlregter Wessels "If on the back of a note a stranger writes that he will be liable as surety for the due payment of the note and signs it, sec. 54 did not intend that such a person should be liable as an indorser that if a stranger puts his name on a bill before negotiation, his placing of his name there is equivalent to writing on the bill that he is liable as surety and no more."

(65) 1938 C.P.D. 175.

(66) Op. cit., p. 32.

(67) 1921 W.L.D. 108.

h endossant sou wees en hy word aangespreek deur die reëlmatige houer, dan plaas die artikel op hom die verpligtinge van h endossant.⁽⁶⁸⁾ Die uitspraak van Regter Gardiner in Thal v. Cleveland Oil Co.,⁽⁶⁹⁾ is ook ter ondersteuning van bogenoemde standpunt. In die saak is h wissel geteken deur h avalis voor endossering deur die nemer (eiser) en die verweerder het op artikel 54 gesteun om aanspreeklikheid te ontduik. Die regter wys daarop dat die wissel onderteken is deur die verweerder anders as h trekker of akseptant en daarom val hy binne die omvang van artikel 54.⁽⁷⁰⁾ Die maatskappy is egter nie aanspreeklik nie, omdat die eiser die nemer was en h nemer kan nie h reëlmatige houer wees nie. Dit blyk egter uit die uitspraak dat indien die eiser h reëlmatige houer was, die verweerder wel deeglik binne die strekking van artikel 54 val.⁽⁷¹⁾⁽⁷²⁾

Die omstandighede, indien enige, waaronder artikel 54 die verpligtinge van h endossant op h avalis plaas ten gunste van h reëlmatige houer kan die volgende moontlike gevalle insluit.⁽⁷³⁾

/40. (a) Die Persoon Wat

(68) Rowland, op. cit., p. 32.

(69) 1922 C.P.D. 7.

(70) Ibid., p. 11.

(71) Rowland, op. cit., p. 32.

(72) de Wet en Yeats, op. cit., p. 354.

(73) Cowen, op. cit., p. 232.

(a) Die Persoon Wat As Avalis Teken,
Toon Uitdruklik Aan Dat Hy As
Borg Teken.

Hierdie geval het ter sprake gekom in National Acceptance Co. (Pty) Ltd. v. Robertson and Another,⁽⁷⁴⁾ waar A n promesse getrek het ten gunste van B en B die dokument geëndosseer het ten gunste van C. Op die promesse het die woorde "as borg en mede-hoofskulde-naar in solidum met afstanddoening van die voorregte van uitskudding, (geteken X)". X, wat n vrou was, het n be-edigde verklaring ingedien waarin sy ontken dat sy van die voorreg van die Senatus Consultum Velleianum afstand gedoen het. Die eiser het gepoog om X as n endossant onder artikel 54 te stel, want dan sou sy in terme van artikel 20 ⁽⁷⁵⁾ belet word om van hierdie voorreg gebruik te maak. Regter Howes bevind dat X die promesse geteken het as n avalis en nie as n endossant in terme van artikel 54 nie.⁽⁷⁶⁾

In bogemelde saak ⁽⁷⁷⁾ is verder aangetoon dat n persoon wat n wissel teken as n getuie, nie in terme van artikel 54 aanspreeklik sal wees nie, omdat vol-

/41. gens die bepalings

(74) 1938 C.P.D. 175.

(75) Wisselwet 34 van 1964.

(76) Nation Acceptance Co. (Pty.) Ltd. v. Robertson and Another, 1938 C.P.D. 175. Op p. 193 sê Regter Howes dat artikel 54 ".... does not apply to signatures to an aval, and must be limited to the case of strangers, whether male or female, who 'back' a bill. A fortiori it does not apply to an express contract of suretyship merely because it happens to be inscribed on the face of the note and not on a separate document. This causes no hardship to a holder in due course, because he is able to see the contract on the document and realise its character, whereas he may be unable to tell whether a simple signature is that of a party or a stranger to the bill".

(77) National Acceptance-saak: 1938 C.P.D. 175 op 181.

gens die bepalings van artikel 14 hy sy aanspreeklikheid genoegsaam gekwalifiseer het. Rowland⁽⁷⁸⁾ wys daarop dat ook die gevalle waar h ondertekenaar duidelik op die wissel aandui dat hy h kwitansie onderteken, of as getuie of ter identifikasie teken, hy sy aanspreeklikheid as h „endossant” onder artikel 54 beperk op dieselfde wyse as wat h werklike endossant syne sou beperk deur sans recours by sy endossement te voeg.

Cowen⁽⁷⁹⁾ se gevolgtrekking is dat h persoon wat onder hierdie omstandighede teken slegs as h avalis teenoor die reëlmatige houer aanspreeklik is en hy word gesteun deur die National Acceptance-saak asook Chalmers.⁽⁸⁰⁾ Ook de Wet en Yeats⁽⁸¹⁾ skyn tevrede te wees dat in hierdie geval artikel 54 glad nie van toepassing is nie en dat die ondertekenaar slegs h avalis is.

Prof. van der Merwe⁽⁸²⁾ verskil van Regter Howes se uitspraak in die National Acceptance-saak.⁽⁸³⁾ Volgens hom is die taal van die artikel duidelik en kan nie h ander uitleg daaraan gegee word sodat dit iets anders

/42. beteken as wat

(78) Op. cit., p. 40, voetnoot 40.

(79) Op. cit., p. 233.

(80) Ibid., p. 233. Cowen verwys verder ook na Chalmers se voorstel, dat Artikel 56 van die Engelse wisselwet „should be read as if it incorporates therein the provisions of the Act allowing an indorser by express stipulation to limit his liability.”

(81) Op. cit., p. 354.

(82) Op. cit., p. 279.

(83) Sien aanhaling hierbo voetnoot 67.

beteken as wat uitdruklik gesê word nie.⁽⁸⁴⁾ Waar die wetgewer deur Artikel 56 van die Engelse Wisselwet na te volg, die gevolge van ons gemeenregtelike bepaling vergeet, maak dit geen afbreuk aan die feit dat hy geldende reg geskep het wat toegepas moet word nie.⁽⁸⁵⁾ Dus, al gee h persoon duidelik te kenne dat hy as h avalis teken, verander die posisie nie, omdat sy wils-uiting nie sterker kan wees as dié van die wetgewer nie.⁽⁸⁶⁾ Ook met betrekking tot Cowen se standpunt en veral waar hy verwys na Chalmers verskil Prof. van der Merwe.⁽⁸⁷⁾ Hy sê dat Cowen nie die bepalinge van die Wisselwet probeer versoen nie, maar dat hy h klaarblyklike verandering van die gemene reg wil uitleg op so h wyse dat die gemeenregtelike posisie onveranderd bly; Chalmers beklemtoon egter net h vaste beginsel van wetsuitleg.⁽⁸⁸⁾

Rowland⁽⁸⁹⁾ is weer van mening dat in die geval waar h ondertekenaar sy handtekening kwalifiseer deur die woorde „as borg” daarby te voeg, hy of as h avalis of in terme van artikel 54 as h endossant aangespreek kan word. Word hy gedagvaar as h endossant,

/43. mag hy die

(84) Van der Merwe, op. cit., p. 279.

(85) Ibid., p. 280.

(86) Ibid., p. 280.

(87) Sien voetnota 71 hierbo.

(88) Van der Merwe, op. cit., p. 280. Hy verklaar onder andere op dieselfde bladsy „Die wet maak trouens nêrens melding van die avalis nie.”

(89) Op cit., p. 40.

mag hy die verweer opwerp dat sy aanspreeklikheid beperk is tot dié van h borg, dit wil sê as h avalis.⁽⁹⁰⁾

(b) As Ex Facie die Dokument En Die
Volgorde van Endossemente Duidelik
Blyk Dat Die Handtekening Dié
Van h Vreemdeling Is.

Sover dit hierdie geval aangaan word die probleem meer bemoeilik, omdat die uitsprake van ons howe direk teenstrydig met mekaar is.

Aan die eenkant is die beslissing in National Bank of South Africa v. Seligson.⁽⁹¹⁾ In hierdie saak het A h promesse ten gunste van B getrek en daarna het B die dokument geëndosseer ten gunste van die eiser. Daarna is die promesse geteken deur die verweerder ten einde B instaat te stel om dit by die eiser te verdiskonteer. Die hof moes beslis of die persoon wat in sulke omstandighede geteken het, as h endossant aanspreeklik is. Regter Mason het bevind dat die eiser h reëlmatige houer was, omdat die promesse voltooid en reëlmatig is as gevolg van B se endossement daarop. Dus, in terme van artikel 54 het die verweerder die aanspreeklikheid van h endossant opgedoen. Die regter is verder van mening dat die vreemdeling nie

/44. alleen die

(90) Rowland, op. cit., p. 45

(91) 1921 W.L.D. 108.

alleen die aanspreeklikheid van h endossant het nie, maar dat hy, vir doeleindes van namptisiment, ook h endossant is.⁽⁹²⁾ Gevolglik het hy provisionele vonnis op die promesse gegee teen die verweerder.

Aan die anderkant het Appélregter Wessels in die Moti-saak⁽⁹³⁾ dit sterk beklemtoon dat indien h vreemdeling op h wissel skryf dat hy as borg aanspreeklik sal wees, artikel 54 nie die bedoeling weergee dat so h persoon as h endossant aanspreeklik sal wees nie. Hierdie mening is ook onderskryf deur Regter Howes in die National Acceptance-saak.⁽⁹⁴⁾

Vir Cowen⁽⁹⁵⁾ is hierdie geval baie twyfelagtig en hy meen die wetgewer behoort enige onsekerheid uit die weg te ruim deur duidelik aan te toon wat hy wil. Dié geval is vir Rowland⁽⁹⁶⁾ net so onseker en hy gee aan die hand dat die kontrak van aval onveranderd moet geld, maar dat artikel 54 se bewoording so wyd gestel is, dat h vreemdeling nie onnodig benadeel sal word as die aanspreeklikheid van h endossant op hom geplaas word nie. Temeer, omdat hy toegelaat sal word om die verwere wat h endossant tot hulp staan kan aanwend as hy in terme van die artikel aangespreek word.⁽⁹⁷⁾

/45. De Wet en Yeats

-
- (92) Seligson-saak, supra, p. 115. Op p. 115 verklaar Regter Mason „The defendant is admittedly an accommodation party within the section and the bank a holder for value.”
- (93) 1924 A.D. 720 op p. 744.
- (94) 1938 C.P.D. 175 op p. 179.
- (95) Op. cit., p. 234.
- (96) Rowland, op. cit., p. 45.
- (97) Ibid., p. 42.

De Wet en Yeats⁽⁹⁸⁾ meen egter dat artikel 54 hier glad nie van toepassing is nie, aangesien die aangeleentheid gereël word deur dieselfde beginsels wat van toepassing is in die geval waar 'n handtekening gekwalifiseer is deur uitdruklike woorde. Prof. van der Merwe⁽⁹⁹⁾ vereenselwig hom met die beslissing in die Seligson-saak, omdat die instelling van aval teenoor 'n reëlmatige houer nie in artikel 54 ingelees kan word nie.

(c) As Ex Facie Die Dokument Niks Aantoon Dat Die Handtekening Nie Deur 'n Houer Op Die Dokument Geplaas Is Nie.

Die uitspraak in Peimer v. Finbro Furnishers (Pty.) Ltd.⁽¹⁰⁰⁾ skep die indruk dat 'n reëlmatige houer geregtig behoort te wees om die vreemdeling, in hierdie geval, aan te spreek op grond van die kontrak van aval of as 'n endossant in terme van artikel 54.⁽¹⁰¹⁾

/46. Cowen spreek

(98) Op. cit., p. 354.

(99) Op. cit., p. 281.

(100) 1936 A.D. 177.

(101) Regter Centlivres, soos aangehaal deur Appèlregter Curlewis op p. 190 verklaar "The object of this section it seems to me, is to impose a liability in cases where a liability may not have existed if the section had not been enacted. It would, I think be going too far to hold that another object of the section is to relieve an aval of the liability which attaches to him quite apart from the Act., it was the object of neither the Act as a whole nor of Sec. 54 in particular to alter the obligations of an aval."

Cowen⁽¹⁰²⁾ spreek die mening uit dat aangesien daar niks op die dokument is wat aandui dat die avalis anders as 'n gewone endossant geteken het nie, hy gevolglik as endossant teenoor 'n reëlmatige houer aanspreeklik is. Hy bespreek egter nie die vraag of dit 'n verskil sal maak indien die reëlmatige houer bewus is van die feit dat die vreemdeling slegs as 'n avalis geteken het nie. Prof. van der Merwe⁽¹⁰³⁾ meen dat die vreemdeling wat onder derglike omstandighede teken, selfs al gee hy uitdruklik te kenne dat hy slegs as 'n avalis gebonde wil wees, nogtans as 'n endossant aanspreeklik gehou moet word. Wat laasgenoemde stelling betref toon Rowland⁽¹⁰⁴⁾ aan dat kennis of onkunde aan die kant van die eiser irrelevant is, want dit sal uiters moeilik wees om in hierdie omstandighede die omvattende bewoording van artikel 54 tenegeer.⁽¹⁰⁵⁾

De Wet en Yeats⁽¹⁰⁶⁾ se beskouing is dat artikel 54 in die geval van toepassing is, want as dit nie uit die dokument blyk dat 'n vreemdeling dit geteken het nie, kan die reëlmatige houer hom as 'n endossant aan-

/47. spreeklik

(102) Op. cit., p. 234.

(103) Van der Merwe, op. cit., p. 281.

(104) Rowland, op. cit., p. 37.

(105) Ibid., p. 37; Hy verklaar verder "..... and this is to give full effect to the wide phrasing of Section 54 and to regard Section 54 as being applicable to all signatures on an instrument which are not those of the drawer or acceptor, but without regarding the contract of aval as being superseded by the section — that is, by regarding both as being applicable throughout."

(106) Op cit., pp. 353 en 354.

spreeklik hou. So n uitleg is dan in ooreenstemming met die algemene beginsel van die wisselreg dat die reëlmatige houer kan handel op die skyn wat teenoor hom verwek is.⁽¹⁰⁷⁾ Die kontrak van aval bly egter van krag en daarom kan die reëlmatige houer die vreemdeling òf as n avalis òf as n endossant aanspreek.

Die gevolgtrekking waartoe Rowland⁽¹⁰⁸⁾ kom is dat die reëlmatige houer n keuse het om die vreemdeling te dagvaar òf op grond van die kontrak van aval òf in terme van artikel 54. In eersgenoemde geval mag die ondertekenaar gebruik maak van die verwere wat vir n avalis beskikbaar is, maar nie dié wat vir n endossant geld nie. In laasgenoemde geval geld die omgekeerde.

(4) POSISIE VAN 'N VROULIKE AVALIS.

In National Acceptance Co. v. Robertson and Another⁽¹⁰⁹⁾ het die hof te staan gekom voor die vraag of n vrou wat n wissel onderteken en duidelik aandui dat sy teken as „borg en mede-hoofskuldenaar“, kragtens artikel 54 as n endossant teenoor n reëlmatige houer aanspreeklik sal wees. Die hof beslis dat sy n kontrak van aval onderteken het en gevolglik kan sy suksesvol die verwere Senatus Consultum Velleianum en Authentica

/48. Si Qua Mulier

(107) de Wet en Yeats, op. cit., p. 354.

(108) Rowland, op. cit., p. 45.

(109) 1938 C.P.D. 175.

Si Qua Mulier opwerp, aangesien Artikel 20(1) van die Wisselwet nie van toepassing op h avalis is nie. Aan die anderkant, indien die hof bevind het dat sy as h endossant geteken het, sou sy nie die twee verwere kan opwerp nie, want artikel 20(1) belet haar om dit te doen.⁽¹¹⁰⁾

In die geval waar h vrou wat nie van die verwere afstand gedoen het nie, by implikasie as h avalis teken, deurdat sy h wissel ongekwalifiseerd teken en die omstandighede van so h aard is dat vir h reëlmatige houer onmoontlik is om te bepaal of sy h endossant is, is dit duidelik dat sy slegs as h avalis aanspreeklik kan wees.⁽¹¹¹⁾ Gevolglik sal sy nie suksesvol as h avalis aangespreek kan word nie. Indien sy werklik h endossant is, dan is artikel 54 van toepassing en mag sy die verwere in die wet vervat byvoorbeeld notifikasie en protes, opwerp. In hierdie verband vereenselwig ek my met die mening van Rowland⁽¹¹²⁾ dat h vrou in laasgenoemde geval nie van die verwere wat sy as h avalis kan opwerp, gebruik kan maak nie.

In die geval waar h man h promesse trek op X en sy vrou teken agterop met die woorde „as borg en

/49. mede-hoofskuldenaar"

(110) Wisselwet 34 van 1964.

(111) Rowland, op. cit., p. 39.

(112) Ibid., p. 39.

mede-hoofskuldenaar" by haar handtekening, is die vrou slegs aanspreeklik as 'n borg. Die gebruik van die betrokke woorde beteken nie dat die vrou 'n mede-trekker van die promesse is nie.⁽¹¹³⁾ Sy is dus ook nie 'n endossant nie en kan sy die twee verwerpe opwerp.

oooooOooooo

/50. HOOFSTUK VI.

(113) Maasdorp v. Graaf-Reinett Board of Executors,
1908 E.D.C. 431.

HOOFSTUK VI.

SLOTBESKOUINGS EN AANBEVELING.

In die geval waar 'n borgstelling deur 'n party op 'n verhandelbare dokument onderneem word, dit wil sê waar 'n vreemdeling anders as 'n trekker, akseptant, promittent of endossant die dokument onderteken, is dit in ons hedendaagse reg 'n uitgemaakte saak dat die regsfiguur van aval, indien die eiser 'n houer is, toepassing kan vind. In die uitspraak van die Appèlhof in Moti & Co. v. Cassim's Trustee⁽¹⁾ is ook finaal beslis dat die Wisselwet geen verandering aan die gemeenregtelike regte en verpligtinge van 'n avalis teweeg gebring het nie. Artikel 54 van die Wisselwet maak net melding van 'n reëlmatige houer, en gevolglik bly die posisie van 'n avalis, behalwe in een uitsonderingsgeval soos reeds aangetoon, dieselfde teenoor 'n gewone houer.

Uit my ondersoek het dit duidelik geblyk dat wat die posisie van 'n avalis teenoor 'n reëlmatige houer betref, groot onsekerheid en verwarring in ons reg bestaan. Teenstrydige opvattinge word deur ons howe gehuldig, terwyl uiteenlopende menings deur ons skrywers oor dié onderwerp nagehou word. Ons hofuitsprake gee geen duidelike antwoord op die vraag of artikel 54, in soverre dit 'n reëlmatige houer betref,

/51. die gemeenregtelike

(1) 1924 A.D. 270.

die gemeenregtelike figuur van aval vervang het nie. Volgens ons skrywers blyk dit dat die reëlmatige houer h keuse het om die vreemdeling as h endossant of h avalis aan te spreek na gelang van die drie moontlike gevalle wat kan voorkom. Daar word ook deur Cowen h beroep op die wetgewer gedoen om artikel 54 so te wysig dat dit duidelik aantoon wat die posisie moet wees. Afwykend egter, is die mening van Prof. van der Merwe,⁽²⁾ naamlik, dat artikel 54 absoluut moet geld en dat die gemeenregtelike kontrak van aval glad nie van toepassing is vis-a-vis h reëlmatige houer nie.

Die onsekerheid wat tans in ons hedendaagse reg heers met betrekking tot die posisie van h avalis teenoor h reëlmatige houer, kan na my mening deur die aanwending van een van die volgende drie moontlike oplossings uit die weg geruim word, naamlik:-

- (a) Artikel 54 moet op h ander wyse geïnterpreteer word as wat tans deur ons howe gedoen word. Met ander woorde, dat artikel 54 ook sal geld in die gevalle waar h vreemdeling uitdruklik by sy handtekening die woorde „as borg” bygevoeg het en die eiser is h reëlmatige houer. Die voordeel van hierdie oplossing is dat dit duidelikheid skep in die plek van die heersende onsekerheid. Dit sal dus net nodig wees om in elke geval te bepaal of die eiser h gewone houer of h reëlmatige houer is.

/52. Die basiese

(2) Op. cit., p. 281.



Die basiese beswaar daarteen is dat dit in beginsel n verwerplike onderskeid maak tussen wissel vreemdelinge wat almal bedoel het om n borgaanspreeklikheid te verkry. Afsien van die bedoeling van die vreemdeling word hy òf as n borg òf as n endossant aanspreeklik gehou na gelang van die vraag of die houer n reëlmatige houer is. Hierteen moet beswaar gemaak word.

- (b) Dat die wetgewer artikel 54 wysig en wel deur die woord „reëlmatige” te skrap. Die effek van so n wysiging sal daarop neerkom dat die gemene reg verval, omdat die artikel dan op sowel n gewone houer as n reëlmatige houer toegepas kan word. Die belangrike punt is egter dat alle wissel vreemdelinge wat die wissel geteken het, oor dieselfde kam geskeer word in die sin dat hulle die aanspreeklikheid van endossante verkry. Ook hierdie oplossing het die formele voordeel dat alle wissel vreemdelinge op dieselfde wyse behandel word en dat die heersende onsekerheid derhalwe verval.

Die basiese beswaar teen hierdie oplossing is egter soortgelyk aan dié wat reeds by (a) hierbo geopper is. Persone wat bloot bedoel het om n borg aanspreek-

likheid te verkry, word soos endossante behandel — wat hulle hoegenaamd nie is nie. Hierdie oplossing moet derhalwe in beginsel verwerp word. Regsekerheid is per slot van rekening nie 'n doel wat ondeurdag nagestreef kan word nie.

- (c) Dat die wetgewer artikel 54 in toto skrap. Die effek van so 'n optrede sou wees dat slegs die gemene reg sal geld. Op die oog af sal daar dan geen onderskeid tussen 'n houer en 'n reëlmatige houer wees wat betref die verhaalsreg teenoor 'n wissel vreemdeling wat die wissel as borg geteken het nie. Die voordeel van hierdie oplossing is dat wissel vreemdelinge in beginsel op dieselfde wyse behandel word en in hierdie sin word regsekerheid bekom. Terselfdertyd verval die basiese beginsel in die Wisselreg dat 'n reëlmatige houer 'n sterker beskerming ontvang as die gewone houer — egter nie op grond hiervan nie. Die sterker beskerming van die reëlmatige houer hier spruit egter regstreeks uit die toepassing van erkende beginsels. Die wisselborg se aanspreeklikheid is 'n aksessore aanspreeklikheid; in sommige gevalle sal die persoon vir wie die avalis borg gestaan het teenoor 'n reëlmatige houer aanspreeklik wees, maar nie teenoor

n gewone houer nie. In laasgenoemde geval kan die hoofskuldenaar sekere verwere opwerp teen die houer wat hom van sy aanspreeklikheid onthef en gevolglik sal die avalis ook nie aanspreek kan word nie.

n Ander argument ten gunste van hierdie oplossing is die feit dat persone wat bedoel het om n borg aanspreeklikheid te verkry inderdaad as borge aanspreeklik gehou word; die beneficia vind derhalwe hulle natuurlike toepassing.

Ten slotte het ek hierbo daarop gewys dat die Engelse reg nie die kontrak van aval geken het nie. Ten einde die posisie van n reëlmatige houer te versterk het die wetgewer ingegryp. Hierdie Engelsregtelike reëling is sonder wysiging in die vier provinsies se wetgewing opgeneem en later woord-vir-woord deur die wetgewer in ons huidige Wisselwet verhaal, sonder dat die aangeleentheid behoorlik deurdink is. Vir my is dit weereens n voorbeeld van die verwarring wat die aanname van n Engelsregtelike reëling op n goed verantwoordende beginsel van ons gemene reg in ons hedendaagse reg. Die kontrak van aval is in ons gemene reg met vrug toe-

gepas, en dit het nie saak gemaak
of die eiser 'n gewone houer of 'n
reëlmatige houer was nie.. Waarom
moes ons wetgewer dit nodig vind
om, deur gebruik te maak van die
Engelse reg, hierdie beginsel van
ons gemene reg te vertroebel?

oooooOooooo

VONNIS REGISTER.

- Bethlehem v. Zietsman, 1908 E.D.C. 367.
Estate Silbert & Co. v. de Jager, 1933 C.P.D. 88.
Garlick's Ltd. v. Baldachim's Trustee, 1944(1)
P.H.A. 5.
Jenkins v. Coomber, (1898) 2 Q.B. 168.
Klopper v. van Straaten, (1894) 11 S.C. 94.
Kowarsky & Co. v. Sable, 1923 W.L.D. 156.
Llyod's Bank, Limited v. Cooke and Others, (1907)
1 K.B. 794.
Maasdorp v. Graaf-Reinett Board of Executors,
1908 E.D.C. 431.
McDonald v. Nash, (1924) A.C. 625.
Moti & Co. v. Cassim's Trustee, 1924 A.D. 720.
National Acceptance Co. (Pty.) Ltd. v. Robertson
and Another, 1938 C.P.D. 175.
National Bank of South Africa, Ltd. v. Seligson,
1921 W.L.D. 108.
Norton v. Satchwell, 1 Menz. 77.
Peimer v. Finbro Furnishing Co., 1936 A.D. 177.
Steele v. McKinlay, (1880) 5 A.C. 754.
Thal v. Cleveland Oil Co., 1922 C.P.D. 7.
Theodore v. Deaconos, 1958 S.R. 807.
Ullman Bros. & Davidson v. Railton, 1903 T.S. 596.

oooooOooooo

B I B L I O G R A F I E.

- BECK'SCHE, C.H. : Handelsgesetzbuch, 1 Oktober 1967. (München, 1967).
- BRITTON, W.E. : Britton Cases Bills and Notes. (Vyfde uitgawe, 1961).
- BYLES, SIR J.B. : The Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Bank Notes and Cheques. (Een-en-twintigste uitgawe, London, 1955 deur M. Megrah.)
- CHALMERS, SIR M.D. : A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques and Negotiable Securities. (Tiende uitgawe, London, 1932 deur A.D. Gibb); (Dertiende uitgawe, London, 1964 deur D.A.L. Smout.)
- COWEN, D.V. : The Law of Negotiable Instruments in South Africa. (Derde uitgawe, Kaapstad, 1955); (Vierde uitgawe, Kaapstad, 1966.)
- DE WET, J.C. en YEATS, J.P. : Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg. (Derde uitgawe, Durban, 1964.)
- DORHOUT MEES, T.J. : Kort Begrip van het Nederlands Handelsrecht. (Haarlem, 1961.)
- EVANS, M.O. : Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques and Banks in South Africa. (Kaapstad, 1923.)
- GOWER, L.C.B. : Boekbespreking, "The Law of Negotiable Instruments in South Africa" (Derde Uitgawe deur Dennis V. Cowen, Kaapstad, 1955.)
- JACOBI, E. : Weschel-und Scheckrecht unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts. (Berlin, 1956.)
- KIST, J.G. : Beginselen van Wisselregt. (Amsterdam, 1854.)
- : Beginselen van Handelsregt volgens de Nederlandse Wet. (Tweede uitgawe, Amsterdam, 1874.)
- LIPMAN, S.P. : Wetboek van Koophandel vergeleken met het Romeinsche en Fransche Recht. (Amsterdam, 1839.)

- MOLENGRAAFF, W.L.P.A. : Inleiding tot het Nederlandsche
Handelsrecht. (Haarlem, 1948.)
Leidraad Bij de Beoefening
van het Nederlandsche Handels-
recht. (Haarlem, 1954.)
- POTHIER, R.J. : Verhandeling van het Wissel-
Recht. (Leyden, 1931.)
- ROWLAND, C.J. : "Some Aspects of the Contract
of Aval." (Artikel in T.H.R.H.R.,
Mei 1965, 30).
- VAN DER KEESSEL, D.G. : Theses Selectae Juris Hollandici
et Zeelandici, ad supplendam
Hugonis Grotii Introductionem.
(Leyden, 1800.)
- VAN DER MERWE, N.J. : "Enkele Probleme wat uit ons
Wisselwetgeving Voortspruit."
(Artikel in T.H.R.H.R.,
November 1959, 275.)

oooooOooooo



van Schallwyck, J. H.

Die oval in die Suid - Afrikaanse

Wisselreg

Bfn. U.O.N.S., 1969

103330

Skenker: Prof. S. J. Navade, 10/68