

# Gedingvoering op tjeks en die aanwendingsterrein van die *National Credit Act*

CJ NAGEL\*

## 1 Inleiding

Oor die afgelope paar jaar het ’n aantal sake voor die houe gedien waarin dit gegaan het oor die aanwendingsterrein van die *National Credit Act* van 2005,<sup>1</sup> die afgifte van tjeks ter voldoening aan transaksies wat deur die wet beheers word (en soos dit later geblyk het, transaksies wat buite die aanwendingsterrein van die wet geval het) en die houer se reg om op sodanige tjeks te ageer by dishonorerings daarvan. Soos uit die bespreking blyk, is van die advokaatsbetoë en daaropvolgende regterlike uitlatings nie altyd tekenend van die insig wat mens van genoemde betrokkenes sou verwag nie en is kritiek derhalwe gepas. Alvorens die tersake beslissings van nader beskou word, is dit nodig om ’n paar basiese beginsels rakende gedingvoering op tjeks weer onder die loop te neem. Hoewel daar ’n afname is in die aantal tjeks wat jaarliks in omloop geplaas word, is dit ’n mite dat tjeks nie juis meer gebruik word nie en is die teendeel waar – en ook nie net waar reuse bedrae ter sprake is nie.<sup>2</sup>

## 2 Gedingvoering op tjeks

Afhangende van die hoedanigheid waarin die eiser op grond van ’n tjeke wil ageer, is daar verskillende prosedures beskikbaar. Waar die eiser in sy hoedanigheid as *houer* wil ageer, geniet hy die voordeel dat hy die vinnige en derhalwe goedkoper voorlopige vonnisprosedure kan gebruik. Dit is dan ook by uitstek die prosedure wat ’n mens in die hofverslae aantref en ’n veilige raming sou wees dat meer as negentig persent van alle aksies op tjeks by wyse van hierdie prosedure gevoer word.<sup>3</sup>

\* Professor in Handelsreg, Universiteit van Pretoria.

<sup>1</sup> Wet 34 van 2005.

<sup>2</sup> Sien by Nagel en Pretorius “Bearer, order, negotiation, crossings and holdership in due course: back to basics” 2013 *THRHR* 197 n 3 wat statistiek van die Reserwebank aanhaal waarvolgens ongeveer 42 miljoen tjeks wat meer as R942 biljoen verteenwoordig gedurende 2010 ter invordering aangebied is.

<sup>3</sup> Tagtig jaar gelede het wnrp Tindall in *Rood v Van Rooyen* 1934 TPD 110 111 sy misnoeë met hierdie prosedure soos volg verwoord: “If I could refuse provisional sentence, I should like to do so, because I am not enamoured of the procedure of provisional sentence. I should like to see the procedure abolished and to see it superseded by new Rules of Court providing a simplified and speedy procedure for hearing actions founded on liquid documents.” Hierteenoor verklaar ar Wessels in *Rich v Lagerwey* 1974 4 SA 748 (A) 760D: “If regard is had to the history of provisional sentence practice and procedure, I am of the opinion that it was never intended to serve as a weapon *in terrorem* in the hands of a creditor.” (Sien oor die ontstaan en ontwikkeling van die prosedure Malan, Oelofse, De Vos, Pretorius en Nagel *Provisional Sentence on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes* (1986) (hierna Malan ea) 4 ev en Nagel *Aspekte van Voorlopige en Summiere Vonnis in die Suid-Afrikaanse Tjekreg* (1987 proefskrif UP) 15 ev.) Die prosedure het die toets van die tyd deurstaan en betreklik onlangs ook ’n aanslag op die grondwetlikheid daarvan feitlik ongeskonde oorleef (sien *Twee Jonge Gezellen (Pty) Ltd v Land and Agricultural Development Bank of South*

In die sake waarna hieronder verwys word, was dit dan ook nie anders nie. Hierdie prosesvorm is gegrond op 'n sogenaamde likwiede dokument. Op die eenvoudigste gestel, is dit 'n dokument wat sonder die nodigheid van ekstrinsieke getuienis die aanspreeklikheid van die verweerder vir 'n vaste bedrag weerspieël.<sup>4</sup> Wissels, tjeks en promesses word as sodanige dokumente beskou hoewel dit nie op die oog af so mag voorkom nie.<sup>5</sup>

Daar sal altyd een of ander onderliggende verbintenis wees op grond waarvan 'n tjek (of ander verhandelbare dokument) getrek (of verhandel) en gelewer word. Op die dokument word daar dan 'n wisselkontrak<sup>6</sup> gesluit wat aangevoer word deur ondertekening van die dokument in die hoedanigheid van byvoorbeeld die trekker en (behalwe vir die akseptant) voltooi word deur lewering daarvan aan die begunstigde – 'n sogenaamde reële kontrak. Die onderliggende verbintenis vorm die *ratio* vir die bestaan van die wisselkontrak.<sup>7</sup>

Wat van kardinale belang is vir hierdie bespreking, is die feit – wat mense skynbaar uit die oog verloor – dat die verbintenis op die tjek 'n afsonderlike eisoorzaak daarstel. Dit hou in dat die houër 'n keuse het om óf op die onderliggende verhouding te ageer óf op grond van die verbintenis op die dokument self.<sup>8</sup> Indien hy laasgenoemde roete verkies, word sy moontlike aksie op grond van die onderliggende verhouding

*Africa t/a The Land Bank* 2011 5 BCLR 505 (KH) en vir 'n bespreking daarvan Christian en Bekker 2012 THRHR 509. Sien in die algemeen oor die prosedure as sodanig Malan ea (n 3) 34 ev.

<sup>4</sup> “If the document in question, upon a proper construction thereof, evidences by its terms, and without resort to evidence extrinsic thereto, is an unconditional acknowledgment of indebtedness in an ascertained amount of money, the payment of which is due to the creditor, it is one upon which provisional sentence may properly be granted” – ar Wessels in *Rich v Lagerwey* (n 3) 754.

<sup>5</sup> In hierdie verband verklaar r Coetzee in *Trust Bank van Afrika Bpk v Bendor Properties Ltd* 1977 2 SA 632 (T) 634D-E: “In die geval van verhandelbare dokumente wat ressorteer onder die wisselreg is daar van oudsher erkenning van hulle likwiditeit vir hierdie doeleindes, en dit ten spyte daarvan dat in vele gevalle daar geen sigbare erkenning van skuld of belofte van betaling deur een van die party jeens 'n ander is nie. Die aanspreeklikheid van 'n vroeëre teenoor 'n latere endossant is 'n voorbeeld hiervan. Dit is so omrede dit erkende dokumente in die handelsverkeer is (wissels, tjeks, promesses) waarop die desbetreffende regsreëls van die wisselreg toegepas word om aanspreeklikheid daarop teenoor 'n besondere persoon te bepaal.”

<sup>6</sup> Aldus verklaar wnar Corbett in *Froman v Robertson* 1971 1 SA 115 (A) 120F-G: “Like any other bill of exchange, a cheque which has been properly drawn and issued constitutes a contract in writing. ... In addition it enjoys the characteristic of negotiability.”

<sup>7</sup> Sien by *Lutzkie NNO v Zenith Concessions Ltd* 2003 6 SA 643 (HHA) par 6 waar ar Nugent verklaar: “A cheque that has been properly drawn and issued constitutes a contract in writing (with the special characteristic of negotiability) and as such it must be founded upon *justa causa debendi*, or reasonable cause, in order to be valid and enforceable. ... Conversely a claim by the payee for enforcement of that contract will be defeated if it is shown that the requisite *justa causa* was lacking or has failed (*Froman v Robertson* (*supra*) at 121G-122C)), for example, where the underlying contract was voidable, or illegal, or there has been a failure to perform.”

<sup>8</sup> Rp De Villiers se verduideliking van voorgaande in *Soffiantini v Mould* 1960 2 SA 371 (OK) 373-374 is waarskynlik die *locus classicus* in hierdie verband: “Where a defendant owes a plaintiff a sum of money under a valid obligation and gives a bill of exchange in payment which is dishonoured, the plaintiff can sue either on the original debt and use the bill of exchange as evidence, or he can sue on the liquid document. In the latter case he can choose whether to proceed by way of ordinary summons or by way of provisional sentence summons. If the defendant contends that he is not liable on the bill of exchange it is for him to put the reasons for his allegation in issue in his plea. There is no need for a plaintiff in his declaration to go behind the liquid document. It is obvious that many holders for value of bills of exchange may be entirely ignorant of the original *causa* for the bill. Cases can be imagined where it would be well nigh impossible, or financially prohibitive for a holder of a bill to discover its underlying *causa*. It is fundamental to the law merchant in relation to bills of exchange that the bill itself founds the cause of action.”

op ys geplaas want die twee is in werklikheid alternatiewe eisgronde.<sup>9</sup> Die twee verbintenisse kumuleer aangesien albei op dieselfde prestasie gerig is en normaalweg vind geen novasie van die onderliggende verbintenis plaas nie aangesien die partye gewoonlik nie bedoel om die onderliggende verbintenis met die sluiting van 'n wisselkontrak te vervang nie.<sup>10</sup>

Wanneer die houër<sup>11</sup> op 'n tjek ageer, dwing hy die regte af<sup>12</sup> wat deur die Wisselwet 34 van 1964 aan hom verleen word.<sup>13</sup> Hy moet egter in sy funderende eedsverklaring sekere noodsaaklike bewerings maak, soos dat hy die houër is en dat hy sy verpligtinge, soos aanbieding van die dokument vir betaling, nagekom het of dat hy van nakoming daarvan verskoon is.<sup>14</sup> Hierdie aangeleentheid kom hieronder ter sprake waar dit gaan oor die kennisgewingsvereistes kragtens artikel 129 en 130 van die *National Credit Act* en die beslissings waarin nienakoming daarvan as verweer geopper is.

### 3 *Kennisgewingsvereistes kragtens artikel 129 en 130 van die National Credit Act*

Voordat 'n ooreenkoms waarop die *National Credit Act* van toepassing is regtens afgedwing kan word, moet aan die kennisgewingsvereistes van onder andere artikels 129 en 130 daarvan voldoen word. Gedeeltes van die artikels word hieronder aangehaal<sup>15</sup> aangesien nienakoming van die tersake vereistes in van die

<sup>9</sup> In *Moss & Page Trading Co (Pty) Ltd v Spancraft Furniture Manufacturers & Shopfitters (Pty) Ltd* 1972 1 SA 211 (D) 215E-G verduidelik r Harcourt: "It is thus clear that the debt arising from the original transaction remains intact and may be enforced if the negotiable instrument is dishonoured. ... It is equally important to note, however, that (a) the right to enforce the original obligation is suspended until maturity of the instrument and this whether the instrument was given by the debtor or by a third party, and (b) when the creditor claims payment of the original obligation he must account for the negotiable instrument."

<sup>10</sup> Malan en De Beer *Wisselreg en Tjekreg* (1981) par 18. Sien ook Malan, Pretorius en Du Toit *Malan on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes* (2009) par 14.

<sup>11</sup> Die houër is die nemer of geëndosseerde van 'n wissel wat hy in besit het of die toonder daarvan: a 1 van die Wisselwet 34 van 1964.

<sup>12</sup> Sien a 36 van die Wisselwet wat bepaal dat die houër onder sy eie naam kragtens die wissel kan aanspreek. Sien Malan, Pretorius en Du Toit (n 10) par 110 vir 'n bespreking van die ander regte van 'n houër.

<sup>13</sup> Malan ea (n 3) 34. Kragtens a 55(1) kan die houër van 'n gedishonoreerde wissel op enige party wat kragtens die wissel aanspreeklik is, die volgende verhaal as skadevergoeding, wat geag word vooraf vasgestel te wees, nl (i) die bedrag van die wissel; en (ii) rente daarop vanaf die tydstip van aanbieding vir betaling, indien die wissel op aanvraag betaalbaar is, of vanaf die vervaltid van die wissel in enige ander geval. Sien vir 'n bespreking Malan, Pretorius en Du Toit (n 10) par 112. 'n Tjek is op aanvraag betaalbaar: omskrywing in a 1.

<sup>14</sup> Sien Malan ea (n 3) 37 ev.

<sup>15</sup> A 129(1) bepaal: "If the consumer is in default under a credit agreement, the credit provider (a) may draw the default to the notice of the consumer in writing and propose that the consumer refer the credit agreement to a debt counsellor, alternative dispute resolution agent, consumer court or ombud with jurisdiction, with the intent that the parties resolve any dispute under the agreement or develop and agree on a plan to bring the payments under the agreement up to date; and (b) subject to section 130 (2), may not commence any legal proceedings to enforce the agreement before — (i) first providing notice to the consumer, as contemplated in paragraph (a), or in section 86(10), as the case may be; and (ii) meeting any further requirements set out in section 130." A 130(1) bepaal: "Subject to subsection (2), a credit provider may approach the court for an order

sake wat hieronder bespreek word as verweer geopper is.<sup>16</sup> Otto verskaf 'n nuttige opsomming van die vereistes:

“Artikel 129 vereis van 'n kredietgewer om 'n verbruiker skriftelik van sy kontrakbreuk in kennis te stel en aan hom voor te stel dat hy 'n derde party (soos 'n skuldraadgewer) nader met die oog daarop dat enige dispuut tussen die partye bygelê kan word, of dat daar ooreengekom kan word op 'n plan om betalings op datum te bring. Artikel 129 bepaal verder dat 'n kredietgewer nie stappe ter afdwinging van die ooreenkoms kan doen aler so 'n kennisgewing gestuur is nie. Artikel 130 versterk dan verder hierdie kennisgewingvereiste van artikel 129. Artikel 130(1) bepaal naamlik dat 'n kredietgewer geensins 'n hof kan nader vir afdwinging van die ooreenkoms nie tensy die verbruiker minstens 20 besigheidsdae se versuim agter die blad het, én die kennisgewing wat artikel 129(1) in gedagte het gelewer is, én 10 besigheidsdae na lewering van die kennisgewing verloop het, én die verbruiker nie gereageer het op die kennisgewing nie, óf wel gereageer het maar die kredietgewer se voorstelle verwerp het.”<sup>17</sup>

Die tersake beslissings word vervolgens onder die loep geneem.

#### 4 *Regspraak*

##### 4.1 *SA Timber (Welkom) (Edms) (Bpk) v Lezmin 2815 BK*<sup>18</sup>

Die verweerder (L) het 'n tjek ten bedrae van R300 000 getrek ten gunste van die eiser (S) vir boumateriaal wat gelewer sou word. L het betaling van die tjek afgelas en S het om voorlopige vonnis aansoek gedoen. L het onder andere twee verwerre geopper wat gegrond was op die *National Credit Act*.

Die eerste verweer het berus op die nienakoming van artikels 129 en 130 van die wet soos hierbo vermeld. Een van die uitsluitingsgevalle waar die wet nie geld nie, soos vervat in artikel 4(5) daarvan, was die doodsteek vir hierdie verweer. Die tersake gedeelte van artikel 4(5) bepaal:

“If a person sells any goods or services and accepts, as full payment for those goods or services (a) a cheque or similar instrument upon which payment is subsequently refused for any reason ... the resulting debt owed to the seller by the issuer of that cheque or charge does not constitute a credit agreement for any purpose of this Act.”<sup>19</sup>

to enforce a credit agreement only if, at that time, the consumer is in default and has been in default under that credit agreement for at least 20 business days and (a) at least 10 business days have elapsed since the credit provider delivered a notice to the consumer as contemplated in section 86(9), or section 129(1), as the case may be; (b) in the case of a notice contemplated in section 129(1), the consumer has (i) not responded to that notice; or (ii) responded to the notice by rejecting the credit provider's proposals; and (c) in the case of an instalment agreement, secured loan, or lease, the consumer has not surrendered the relevant property to the credit provider as contemplated in section 127.”

<sup>16</sup> Vir 'n volledige bespreking van die vereistes en die magdom sake waartoe dit reeds aanleiding gegee het, is daar spesialiswerke wat die leser met vrug kan raadpleeg. Sien bv Scholtz, Otto, Van Zyl, Van Heerden en Campbell *Guide to the National Credit Act* (losblad diensuitg 6 Mei 2014) hfst 12 en Otto en Otto *The National Credit Act Explained* (2013) hfst 9.

<sup>17</sup> “Onteerde tjeks, wanbetalings uit 'n kredietfasiliteit en die *National Credit Act*” 2009 *THRHR* 653 659.

<sup>18</sup> saak no 2607/2008 (O) (ongerapporteer).

<sup>19</sup> Volgens Van Zyl in Scholtz ea (n 16) 4-7 het die verkoper van goedere of dienste in hierdie gevalle vermoedelik nie bedoel om sodanige goedere of dienste op krediet te verkoop nie.

Omdat die wet nie op die transaksie van toepassing was nie, was dit logieserwys nie vir die eiser nodig om aan die vereistes van artikel 129 en 130 te voldoen nie en het die verweer misluk.<sup>20</sup>

Die tweede verweer, gegrond op artikel 90(2) van die wet, spreek van gekunsteldheid. Die verweerder se advokaat het naamlik betoog dat die uitgifte van die tjek onwettig was aangesien dit neergekom het op “an undertaking to sign in advance any documentation relating to enforcement of the agreement” soos in die artikel verbied word!<sup>21</sup> Soos regter Hancke tereg aantoon, is die tjek afgegee ter betaling van die bedrag verskuldig ingevolge die ooreenkoms en nie ter *afdwinging* (“enforcement”) daarvan nie. Weens die nietoepaslikheid van die wet was dié verweer in elk geval tot mislukking gedoem.

Die wyse waarop die regter egter met die afdwing van die tjek by wyse van voorlopige vonnis omgegaan het, verdien vermelding. Nadat hy die beginsels wat hierbo aan die hand van sake soos *Soffiantini*,<sup>22</sup> *Lutzkie*<sup>23</sup> en *Froman*<sup>24</sup> uiteengesit is,<sup>25</sup> herbevestig het, merk hy met verwysing na ook ander tersake gesag<sup>26</sup> tereg op:

“Uit die voorgaande is dit duidelik dat die uitreiking van ’n tjek ’n aparte regshandeling is wat ’n afsonderlike skriftelike kontrak daarstel. Dit bied aan die houer daarvan die keuse om die trekker óf op grond van hierdie laasgenoemde skriftelike kontrak, dws die tjek, aan te spreek, óf op grond van die onderliggende verhouding tussen die partye, as hulle onmiddellike partye is. In die onderhawige saak het die eiser as houer die keuse uitgeoefen om die verweerder op grond van die tjek aan te spreek. Uit die voorgaande volg dit dus dat die [*National Credit Act*] nie van toepassing is ten opsigte van die huidige skuldoorsaak nie. Dit strook ook met die gemenerereg en is ook in belang van goeie gesonde handelsverkeer dat ’n tjek, wat uitgereik is in omstandighede soos die huidige, as skuldoorsaak kan dien vir ’n aansoek om voorlopige vonnis, en dat dit nie onderhewig is aan die Nasionale Kredietwet nie.”<sup>27</sup>

Regter Hancke se uitspraak is suiwer, navolgenswaardig en is ook gunstig deur kommentators<sup>28</sup> en in die regspraak<sup>29</sup> ontvang.

#### 4.2 *Philip Claasen t/a Mostly Media v Andre Delpont t/a AD Industrial Chemicals*<sup>30</sup>

Hierdie saak is ’n perd van ’n heel ander kleur as die *Lezmin*-saak hierbo<sup>31</sup> waarin dit gegaan het oor die betaling van die koopsom by wyse van ’n tjek wat later gedishonoreer is en waarop die *National Credit Act* weens die bepalinge van artikel 4(5) daarvan nie van toepassing was nie. Die saak spruit uit verskeie lenings wat tussen vriende (eiser en verweerder) aangegaan is. In hierdie verband het die

<sup>20</sup> par 14.

<sup>21</sup> par 4.

<sup>22</sup> (n 8).

<sup>23</sup> (n 7).

<sup>24</sup> (n 6).

<sup>25</sup> Sien die bespreking in par 2 hierbo.

<sup>26</sup> *Gordon v Tarnow* 1947 3 SA 525 (A) 540-541; *Adams v SA Motor Industry Employers Association* 1981 3 SA 1189 (A) 1199H-1200 en *B & H Engineering v First National Bank of SA Ltd* 1995 2 SA 279 (A) 285I-J.

<sup>27</sup> par 13-14.

<sup>28</sup> Sien Otto (n 17); Otto en Otto (n 16) 33 en Van Zyl in Scholtz ea (n 16) 4-7.

<sup>29</sup> Sien die bespreking van *Essa v Asmal* 2012 2 SA 576 (KZP) in par 4.3 hieronder.

<sup>30</sup> saak no 16123/2008 (WKK) (ongerapporteer).

<sup>31</sup> par 4.1.

verweerder (lener) drie tjeks ten gunste van die eiser (uitlener) getrek en gelewer. Een van die tjeks is uitbetaal maar die ander twee is gedishonoreer. Die eiser het op laasgenoemde twee tjeks om voorlopige vonnis aansoek gedoen. Die verweerder het die aansoek op vier gronde teengestaan waarvan die eerste vir doeleindes van hierdie bespreking relevant is, naamlik dat die eiser nie aan die kennisgewingsvereistes van artikels 129 en 130 van die *National Credit Act* voldoen het nie en dat sy aansoek derhalwe moes misluk.

Alhoewel hy erken het dat hy nie aan die vereistes van genoemde artikels voldoen het nie, was die eiser se antwoord hierop tweeledig. Hy het eerstens aangevoer dat die lenings nie op armlengte (“at arm’s length”) soos vereis in artikel 4 van die wet gesluit is nie en dat artikels 129 en 130 *a fortiori* nie op die lenings van toepassing was nie. Tweedens, en van groter belang vir die onderhawige bespreking, het die eiser beweer dat sy aksiegrond nie die afdwinging van ’n krediettransaksie was nie, maar die afdwinging van die regte en verpligtinge voortspruitend uit die gedishonoreerde tjeks. Die partye was dit eens dat indien die *National Credit Act* van toepassing was die aansoek om voorlopige vonnis sou misluk.<sup>32</sup>

Regter Moosa wy ’n groot gedeelte van sy uitspraak aan ’n ontleding van die armlengte-vereiste en besluit uiteindelik dat daar aan hierdie vereiste voldoen is.<sup>33</sup>

Wat vir hierdie bespreking eintlik van ware belang is, is die diskoers wat die regter dan voer oor wat hy die tweede jurisdiksionele feit noem, naamlik “whether or not the cause of action based on dishonoured cheques can amount to the enforcement of credit agreements” soos vereis in artikel 4(1)(a) van die wet.<sup>34</sup>

Die eiser het aangevoer dat hy nóg op ’n kredietooreenkoms steun nóg poog om dit af te dwing: sy eisoorzaak is nie vir die terugbetaling van die bedrae ingevolge die leningsooreenkomste nie, maar wel vir betaling van die bedrae “pursuant to the rights and obligations that arise as between the drawee/holder of cheques and the drawer thereof when the cheques are dishonoured on presentment”. Daarteenoor het die verweerder aangevoer dat die betaling per tjek bloot ’n metode was waardeur terugbetaling van die lenings bewerkstellig sou word en dat die onderliggende verhouding tussen die partye nie geïgnoreer kon word wanneer bepaal moet word of die transaksie deur die bepaling van die *National Credit Act* beheers word of nie.<sup>35</sup>

Met verwysing na die doelstellings van die wet wat hoog opgee oor die belange van kredietgewers en -opnemers besluit die regter, met verwysing na die uitsluiting in artikel 4(5) waar per tjek vir goedere en dienste betaal word, soos volg ten opsigte van lenings:

“It is improbable that the Legislature would have intended to deprive the consumer of the benefits of the NCA simply because he or she elects to repay the loan by means of cheques. The Legislature, in terms of Section 4(5), expressly excludes payment by cheque in respect of the sale of goods or services from the operation of the NCA. If the Legislature intended to exclude the payment by cheque in respect of a loan from the operation of the NCA, it would have expressly done so. The

<sup>32</sup> par 3.

<sup>33</sup> par 4-14.

<sup>34</sup> Die relevante gedeelte van a 4(1)(a) bepaal dat “[s]ubject to sections 5 and 6, this Act applies to every credit agreement between parties dealing at arm’s length and made within, or having an effect within, the Republic” en word gevolg deur ’n hele aantal uitsonderings. Hoewel die artikel heel duidelik is by die lees daarvan, ag r Moosa dit tog nodig (par 5) om op te merk: “The plain meaning of the particular section is that the NCA does not apply to credit agreements that are not concluded at ‘arm’s length.’”

<sup>35</sup> par 15.

whole purpose and objective of the NCA would have been defeated if unscrupulous credit givers insisted that the credit receivers furnish the credit receivers with post-dated cheques to cover the indebtedness in terms of the credit agreement in order to escape the provisions of the NCA. In my view, the legislature would have guarded against such eventuality.<sup>36</sup>

Hieronder word by die uitsluiting in artikel 4(5) stilgestaan.<sup>37</sup>

Die regter wy 'n kort paragraaf<sup>38</sup> aan die eiser se heel korrekte bewering dat die tersake tjeks op sigwaarde likwiede dokumente is wat *ex facie* voltooid en reëlmatig is en dat voorlopige vonnis gewoonlik daarop toegestaan sal word tensy die verweerder die hof kan oortuig dat die kansse op sukses in die prinsipale saak nie in die eiser se guns is nie, maar hy laat dit net daar sonder enige bespreking of oorweging van die meriete van die eiser se argument.

Onder die opskrif "Findings" maak die regter uiteindelik 'n aantal gevolgtrekkings wat, figuurlik gesproke, die nekhare laat rys en die ruggraat laat tintel:

"I am satisfied that a cheque presented in payment of an amount owing in respect of a credit agreement and which has been dishonoured on presentment is not exempted from the provisions of the NCA. The underlying *causa* still arises from the credit agreement or, as in this case, the money-lending transactions."<sup>39</sup>

Steun vir hierdie standpunt vind die regter in sake soos *Western Bank Ltd v Rautenbach*<sup>40</sup> wat volgens die regter self op die feite onderskei kan word!

Oor die aanwendingsterrein van die *National Credit Act* en die feit dat betalings *in casu* by wyse van tjeks geskied het, laat die regter hom finaal soos volg uit:

"Having found firstly, that the transactions between the parties were conducted at 'arm's length' and secondly, that the underlying *causa* for the claim arose from credit agreements and the payment by means of cheques, happens to be incidental thereto, it is axiomatic that the provisions of the NCA do apply to these proceedings. ... The provisions of Sections 129 and 130 are peremptory and the failure by the plaintiff to comply with such provisions is fatal."<sup>41</sup>

Dit staan soos 'n paal bo water dat hierdie uitspraak stry teen die algemene beginsels rakende gedingvoering op tjeks soos eerder uiteengesit en die korrektheid van regter Moosa se bevindings word hieronder onder die loep geneem.<sup>42</sup>

### 4.3 *Essa v Asmal*<sup>43</sup>

In hierdie saak moes die hof beslis of drie tjeks wat uit hoofde van 'n aantal lenings getrek is, onderhewig was aan die *National Credit Act*.<sup>44</sup> Die verweerder (A) het 'n aantal bedrae by die eiser (E) geleen. Ooreenkomstig Moslempraktik moes A aan E 'n deel van die wins ("profit share") oorbetal wat sou vloei uit die aanwending van die leningsbedrae. A sou die bedrag van die winsdeling bepaal. A het E vir hierdie doel van 'n aantal blanko tjeks voorsien. Hul onderlinge reëling was dat

<sup>36</sup> par 16.

<sup>37</sup> Sien par 4.3 en 4.4 hieronder.

<sup>38</sup> par 17.

<sup>39</sup> par 18.

<sup>40</sup> 1974 4 SA 960 (OK). Hy verwys ook na *Western Bank Ltd v Adams* 1975 4 SA 648 (K) en *Western Bank Ltd v Van der Merwe* 1975 4 SA 657 (SWA) wat nie vergelykbaar is nie.

<sup>41</sup> par 19.

<sup>42</sup> Sien par 4.3 en 4.4 hieronder.

<sup>43</sup> (n 28).

<sup>44</sup> Sien Kelly-Louw 2012:2 *Juta Quarterly Review – Credit Law* vir 'n bondige bespreking van die saak.

A vir E sou inlig oor die bedrag wat op die tjeks ingevul moes word (’n deel van die lening plus die winsdelingsbedrag) voordat die tjeks vir betaling aangebied sou word. Die tjeks is gedishonoreer en E het om voorlopige vonnis daarop aansoek gedoen. Die vraag voor die hof was of die *National Credit Act* op die tjeks van toepassing was. Indien wel, sou E, soos in die ander sake hierbo bespreek,<sup>45</sup> eers aan die kennisgewingsvereistes van artikels 129 en 130 moes voldoen alvorens hy met sy aansoek kon voortgaan.

A se argument dat die finansiële reëling tussen hom en E wel ’n kredietooreenkoms vir doeleindes van die *National Credit Act* daarstel, het op vier pilare gerus.<sup>46</sup> A het eerstens aangevoer dat die sinsnede “pledges ... other thing of value” vervat in die woordoms krywing van ’n “secured loan” in artikel 1 van die *National Credit Act*, tjeks insluit wat regtens as sekuriteit vir ’n lening verpand kan word. Die kruks van hierdie argument was dat die onderhawige tjeks as sekuriteit vir terugbetaling van ’n “secured loan”<sup>47</sup> gelewer is en derhalwe aan die *National Credit Act* onderhewig was. A het tweedens aangevoer dat terwyl artikel 4(5)(a) van die *National Credit Act* spesifiek die gebruik van tjeks as ’n metode om vir goedere en dienste te betaal van die werking van die wet uitsluit dit nie die gebruik van tjeks as ’n metode om ’n “secured loan” terug te betaal, uitsluit nie. A het daarom aangevoer dat daar vermoed moet word dat die onderhawige tjeks binne die aanwendingsterrein van die *National Credit Act* val aangesien hulle nie spesifiek uitgesluit is nie. (Hierdie argument is waarskynlik gebaseer op die vermoede dat indien die wetgewer iets spesifiek van die werking van ’n wet uitsluit alles wat nie aldus uitgesluit is nie vermoed word ingesluit te wees.) A het in die derde plek aangevoer dat die winsdelingsbedrag wat A aan E betaal het ’n “charge” kragtens artikel 8(4)(f) van die *National Credit Act* daargestel het.<sup>48</sup> In die vierde plek het A swaar gesteun op *Philip Claasen t/a Mostly Media v Andre Delpont t/a AD Industrial Chemicals*<sup>49</sup> as gesag vir sy argument dat die gedishonoreerde tjeks aan die *National Credit Act* onderhewig moes wees want anders sou beginsellose (“unscrupulous”) skuldeisers in staat wees om die verbruikersbeskermingsmaatreëls wat in die bepalings van die *National Credit Act* ingebou is, te omseil. A het derhalwe ten sterkste verskil van regter Hancke se uitspraak in *SA Timber (Welkom) (Edms) Bpk v Lezmin*<sup>50</sup> waarin hy bevind het dat die onteerde tjeks nie aan die *National Credit Act* onderhewig was nie, maar in stede daarvan tot ’n onafhanklike eisoorsaak aanleiding gegee het.

Wat A se eerste argument betref, het die hof beslis<sup>51</sup> dat E nie die tjeks “retain” het, soos voorsien word in die woordoms krywing van ’n “secured loan” nie. Die hof het met verwysing na *Froman v Robertson*<sup>52</sup> heel tereg bevind dat wanneer

<sup>45</sup> Sien par 4.1 en 4.2 hierbo.

<sup>46</sup> Sien par 10.

<sup>47</sup> A 8(4) bepaal: “An agreement, irrespective of its form but not including an agreement contemplated in subsection (2), constitutes a credit transaction if it is ... (d) a mortgage agreement or secured loan.”

<sup>48</sup> A 8(4) bepaal: “An agreement, irrespective of its form but not including an agreement contemplated in subsection (2), constitutes a credit transaction if it is ... (f) any other agreement, other than a credit facility or credit guarantee, in terms of which payment of an amount owed by one person to another is deferred, and any charge, fee or interest is payable to the credit provider in respect of (i) the agreement; or (ii) the amount that has been deferred”.

<sup>49</sup> par 4.2 hierbo.

<sup>50</sup> par 4.1 hierbo.

<sup>51</sup> par 11-13.

<sup>52</sup> (n 6).



die trekker 'n tjek aan die nemer lewer hy nie die tjek verpand of sedeer nie, maar onderneem (“promise”) dat dit by aanbidding gehonoreer sal word.<sup>53</sup>

Ten opsigte van A se tweede argument stel die regter die vraag of die woorde “other thing of value” 'n tjek insluit. Die hof is van mening dat deur te beslis dat die tjeks as sekuriteit ingevolge die wet verpand kon word, sou meebring dat die tjeks wat ten opsigte van die lenings getrek is aan die wet onderhewig sou wees. Dit sou die gemenerereg soos dit op voorlopige vonnis van toepassing is wesenlik wysig en volgens regter Seegobin vind die vermoede dat die wetgewer nie bedoel om bestaande reg méér te wysig as wat nodig is nie hier aanwending.<sup>54</sup>

Die derde argument het ook skipbreuk gely omdat die winsdelingsbedrag op 'n later stadium as die aangaan van die lening deur A bepaal sou word. Om as 'n “charge” te kwalifiseer moet die bedrag (koste van krediet) vooraf aan die partye bekend wees en dit kan nie soos hier aan die diskresie van A oorgelaat word nie.<sup>55</sup>

Wat A se steun op die *Philip Claasen*-saak hierbo<sup>56</sup> betref haal die hof die volgende bevinding van regter Moosa in daardie saak aan.<sup>57</sup>

“The whole purpose and objective of the NCA would have been defeated if unscrupulous credit givers insisted that the credit receivers furnish the credit givers with post-dated cheques to cover the indebtedness in terms of the credit agreement in order to escape the provisions of the NCA. In my view, the legislature would have guarded against such eventuality.”<sup>58</sup>

Volgens regter Seegobin is hierdie uittaling van regter Moosa “highly speculative” en is dit nie 'n akkurate weerspieëling van die moderne kommersiële praktyk “where many businesses operate on a cash-on-delivery basis and may only agree to accept cheques (even postdated) strictly on the understanding that the same will be honoured on presentment” nie. Hy beskou gevolglik die uitspraak van regter Hancke in die *Lezmin*-saak<sup>59</sup> as meer aanvaarbaar en in ooreenstemming met die gemeenregtelike posisie.<sup>60</sup>

Regter Seegobin laat dit egter nie daar nie en na 'n deeglike ontleding<sup>61</sup> van sowel regter Hancke se uitspraak in die *Lezmin*-saak<sup>62</sup> as regter Moosa se uittalings in die *Philip Claasen*-saak<sup>63</sup> keer hy terug na laasgenoemde se opmerkings wat hierbo aangehaal is. Hy bevind dat die redenering van regter Moosa “misplaced” is en verskaf die volgende redes:

“In my view it would be incongruous if, in the case of full payment for goods and services, a cheque or similar instrument in terms of which payment is to be made is exempted from the provisions of the NCA, whereas in the case of full repayment of an advance of money by cheque, the cause of action based upon the cheque is subject to the provisions of the NCA. ... As Hancke J in [*Lezmin*]

<sup>53</sup> Die hof verwys na die volgende *dictum* van wnar Corbett in die *Froman*-saak (n 6) 121F: “Reverting, more specifically, to the position of the drawer of a cheque, it is clear that by issuing a cheque in due form he engages, or promises, that on due presentment it will be honoured by the bank according to its tenor and that if dishonoured he, the drawer, will compensate the holder or an indorser who is compelled to pay the cheque.”

<sup>54</sup> par 14.

<sup>55</sup> par 15-17.

<sup>56</sup> par 4.2 hierbo.

<sup>57</sup> par 16.

<sup>58</sup> par 18.

<sup>59</sup> par 4.1 hierbo.

<sup>60</sup> par 19.

<sup>61</sup> par 20-24.

<sup>62</sup> par 4.1 hierbo.

<sup>63</sup> par 4.2 hierbo.

pointed out, where a cheque is provided to a creditor, that constitutes a completely different cause of action, which the creditor at his election may choose to pursue, without having to comply with the provisions of the NCA. In any event Moosa J made no reference to [*Lezmin*] although the judgment in that matter had already been delivered on 14 August 2008.<sup>64</sup>

Die uiteinde was eintlik voorspelbaar want aangesien E gekies het om op grond van die tjeks te ageer wat nie aan die *National Credit Act* onderhewig was nie was dit nie vir hom nodig om aan die tersake kennisgewingsvereistes te voldoen nie en het sy aansoek om voorlopige vonnis geslaag. A het teen die uitspraak geappelleer en die uitspraak van die hoogste hof van appèl word vervolgens in oënskou geneem.

#### 4.4 *Asmal v Essa*<sup>65</sup>

Die kern van A se saak voor die hoogste hof van appèl was soos volg: Die geldvoorskotte was lenings en die winsdelingsbedrae waarop A en E ooreengekom het, was 'n sogenaamde “use consideration” vir die lenings. Die leningstransaksies het kredietooreenkomste daargestel in die lig van artikel 4(5)(a) van die *National Credit Act*. 'n Kredietooreenkoms soos in die wet omskryf, hou in dat krediet verskaf word en 'n “fee, charge or interest” gehef word ten opsigte van die uitgestelde betaling vir die benutting van die krediet. Die onderhawige winsdelings het gekwalifiseer as 'n “charge”, een van die drie “wye” begrippe wat in artikel 8(4)(f) van die wet gebruik word om betaling vir die gebruik van die geleende geld te beskryf. Gevolglik was die lenings, waarvan die onderhawige tjeks 'n integrale deel (“were part and parcel”) was, kredietooreenkomste en onderhewig aan die bepalinge van die wet. Omdat E strydig met artikel 40(1)(b) nie as 'n kredietverskaffer geregistreer was nie, was die kredietooreenkomste onwettig en dus nietig kragtens artikel 89(2)(d). Die tersake tjeks kon gevolglik nie 'n aansoek om voorlopige vonnis fundeer nie.

In die aanloop tot haar hantering van A se betoë bevestig appèlregter Maya die gevestigde gemeenregtelike posisie wanneer sy met verwysing na sowel die *Froman*-saak<sup>66</sup> as die *Lutzkie*-saak<sup>67</sup> soos volg verklaar:

“It is well recognised that a cheque that has been properly drawn and issued constitutes a contract in writing, which enjoys the characteristic of negotiability, and must be founded on a *justa causa debendi*, or reasonable cause in order to be valid and enforceable. The obligation to pay, represented by the cheque, which generally arises from some transaction (contractual or otherwise), is dependent upon the validity of that underlying transaction. Thus if, for example, the underlying transaction is voidable, illegal or there has been a failure to perform, a claim by the payee for enforcement of the contract will not succeed.”<sup>68</sup>

In hierdie sin is die geldigheid van die onderliggende leningsooreenkomste dus wel relevant by die afdwinging van die verbintenisse wat uit die onderhawige tjeks spruit en die moontlikheid om voorlopige vonnis daarop te verkry.

Na 'n ontleding van die woordomsrywings van “kredietooreenkoms” in artikel 8 en ander artikels van die wet bevind die regter dat die vereiste dat 'n “charge”, “fee” of “interest” soos beoog in artikels 8(3)(a)(ii) en 8(4)(f)(ii) van die wet betaal moet word gemeenskaplik is aan alle vorme van kredietooreenkomste. Omdat hierdie begrippe nie in die wet omskryf word nie, vind die hof dit vervolgens nodig

<sup>64</sup> par 24.1 en 24.2.

<sup>65</sup> 2014 3 All SA 115 (HHA).

<sup>66</sup> (n 6) 120F-G.

<sup>67</sup> (n 7) par 6.

<sup>68</sup> par 7.

om die doelstellings van die wet in artikel 3 te ondersoek asook die bepalings van onder andere artikels 100 tot 106 wat handel oor die “Consumer’s liability, interest, charges and fees” en artikels 80 en 81 wat met roekelose kredietverskaffing te doen het.<sup>69</sup> Volgens die hof is die doel van hierdie maatreëls om die verbruiker te beskerm teen verskuilde koste wat uit die kredietooreenkoms mag spruit en om te verseker dat hy of sy die geleentheid het om die presiese risiko en koste te oorweeg voordat hy of sy hulle verbind.<sup>70</sup>

Toegepas op die feite het bogenoemde bepalings, net soos in die hof benede, die doodsklok gelui vir A se argument dat die onderhawige lenings wel geldige kredietooreenkomste vir doeleindes van die wet was. Appelterger Maya verklaar:

“It must follow that the indeterminate profit shares agreed upon by the appellant and the respondent, for which no date of repayment was fixed, which were not guaranteed and could well not even have eventuated, and whose value, if any, was to be determined by the appellant at his sole discretion, cannot qualify as ‘a charge’ under the Act. The submission made on the appellant’s behalf that whether a loan is a credit agreement within the meaning of the Act depends not on its outcome but on its nature – ie what makes the loans credit agreements is the fact that ‘extra money was asked for their use’ regardless of whether that ‘extra money’ in the form of profit shares was not specified or ultimately paid, as it was put – simply has no merit. Thus, the loans were not credit agreements as envisaged by the Act if no charges attached to them.”<sup>71</sup>

Die hof beskryf A se beroep op artikel 40(1) van die wet wat daarvan uitgaan dat E nie as kredietverskaffer geregistreer het nie, as “yet another nonstarter”. “These provisions require the existence of credit agreements to kick in. As pointed out, there were none here. The respondent, therefore, had no obligation to register as a credit provider in the circumstances.”<sup>72</sup>

Die gevolg is ook dat E nie verplig was om die kennisgewingsvereistes van artikels 129 en 130 na te kom nie. Hierdie artikels voorveronderstel die bestaan van ’n kredietooreenkoms “and cannot apply if there is none”.<sup>73</sup>

Die hof bevind ook dat A geensins by die uitsluiting in artikel 4(5)(a) kan baat nie. Die hof stem saam met die bevinding van die hof benede dat dit geen sin maak om ’n onderskeid te tref tussen ’n tjek waarmee betaling vir goedere of dienste bewerkstellig moet word en een wat bedoel is om ’n lening terug te betaal deur net eersgenoemde van die aanwendingsterrein van die wet vry te stel nie. Eenvoudige logika vereis volgens die hof dat beide tipe tjeks van die werking van die wet uitgesluit moet word. Die hoogste hof van appèl beklemtoon dan ook weer eens “the notorious fact that the Act is not a model of clarity and that a significant number of its provisions are fraught with ambiguity and vagueness as attested by the scores of court decisions interpreting its various provisions”.<sup>74</sup>

<sup>69</sup> par 8-10.

<sup>70</sup> par 11.

<sup>71</sup> par 11.

<sup>72</sup> par 13.

<sup>73</sup> par 14.

<sup>74</sup> par 15. Dit herinner sterk aan Otto (n 17) 656 se opmerking: “Artikel 4(5) sluit sekere transaksies wat uiteindelik onsuksesvolle betalings daarstel van die Wet se toepassing uit deurdat hulle nie as kredietooreenkomste beskou word nie. Hierdie uitsluitings geld net indien betaling geskied het vir goedere en dienste wat *verkoop* is en die betaling aanvaar is as *volle* betaling vir die goedere en dienste. Dit moet ’n wetgewersorsig wees dat betalings ten opsigte van ’n roerende saak wat *verhuur* word nie deur hierdie uitsluiting gedek word nie. Die woordoms krywing van ‘lease’ in artikel 1 van die Wet maak juis, benewens betalings by wyse van paaiemente, voorsiening vir gevalle waar ‘payment for the possession or use of that property is ... deferred in whole or in part for any period during the life of the agreement’. Dit sluit ooglopend gevalle in waar ’n enkele betaling

Laastens bevind die hof:

“All the indications are that the parties had no intention whatsoever of concluding credit agreements and bringing their dealings within the scope of the Act. The respondent was fully entitled to invoke the provisional sentence procedure to enforce his claims, which are disputed merely on technical grounds. And the reasoning of the court below and the conclusion it reached cannot be faulted. The appeal must, accordingly, fail.”<sup>75</sup>

## 5 Slot

Daar is nie veel meer om oor die besliste sake te sê nie tensy mens regtig puntenerig wil wees. Wat vasstaan is dat regter Moosa se beslissing in die *Philip Claasen*-saak<sup>76</sup> jammerlik verkeerd is. Dit is dan ook in die lig van die foutlose uitspraak van regter Hancke in die *Lezmin*-saak<sup>77</sup> op bekwame wyse deur regter Seegobin in die *Essa*-saak<sup>78</sup> uitgewys en die korrekte regsposisie is uiteindelik duidelik deur die hoogste hof van appèl en die *Essa*-appèl<sup>79</sup> bevestig. Dit is verblydend dat die hof nie daarvan weggeskram het om duidelikheid in hierdie verband te bring nie.

Die boodskap van die hoogste hof van appèl is egter duidelik, naamlik dat die *National Credit Act* in vele opsigte nie juis as voorbeeld kan dien van wetsopstellersvaardigheid nie. Die aanwendingssterrein van die wet sal in die toekoms waarskynlik vir nog baie litigasie sorg wat vermy kon gewees het. My aanbeveling oor artikel 4(5)(a)? Skrap dit – dit is nutteloos en verwarrend en daar kan goed daarsonder klaargekom word indien die gemenerereg reg verstaan én toegepas word.

## SUMMARY

### LITIGATION ON CHEQUES AND THE FIELD OF APPLICATION OF THE NATIONAL CREDIT ACT

At the outset, this contribution restates a number of essential common-law principles regarding litigation on cheques, especially by way of the provisional sentence procedure. It emphasises the fact that the holder of a cheque normally has a choice between litigating on the underlying relationship between the parties that gave rise to the drawing of the cheque and instituting action on the document itself. A so-called cambial contract is concluded on the cheque which is completed by signature and delivery thereof. However, the cambial relationship does not replace the underlying relationship. The two obligations are cumulative and directed at payment of the same debt. However, they give rise to two independent, alternative remedies: if the creditor elects to proceed on the document itself his right to proceed on the underlying relationship is suspended until maturity of the instrument.

When litigating on a cheque by way of provisional sentence proceedings the plaintiff must make a number of essential averments in his founding affidavit, for example, that he is the holder of the cheque and that he has complied with the duty of presenting it for payment or that he is excused from doing so. The article investigates a number of decisions in which non-compliance with the notice requirements of sections 129 and 130 of the National Credit Act was raised in opposing applications for provisional sentence on cheques issued pursuant to transactions which were allegedly subject to the act. In effect the reasoning of the defendants in these cases was that by litigating on the cheques in question the plaintiffs were in fact attempting to enforce the agreements in respect of which they were given and that the plaintiffs could not proceed with such enforcement before complying with sections 129 and 130. As could be expected, the plaintiffs simply countered by arguing that they were exercising their choice to

as volle vereffening by ’n huurkontrak dien.”

<sup>75</sup> par 16.

<sup>76</sup> par 4.2 hierbo.

<sup>77</sup> par 4.1 hierbo.

<sup>78</sup> par 4.3 hierbo.

<sup>79</sup> par 4.4 hierbo.

proceed on the cheques in question, not the underlying relationship, and that they therefore did not have to comply with sections 129 and 130.

In this regard there were divergent decisions in different divisions of the high court. Fortunately, the supreme court of appeal recently finally settled any uncertainty in this regard by confirming not only the holder's choice of cause of action but also that an action on the cheques in cases such as these did not amount to the enforcement of the underlying transaction and that compliance with sections 129 and 30 was not required. The court also did not shy away from criticising the poor draftsmanship of the National Credit Act which has given rise to unnecessary litigation. An example of such draftsmanship is to be found in section 4(5) of the act and it is proposed that it should be scrapped.

#### **PARTY AUTONOMY AND FREEDOM TO CONTRACT - OR NOT?**

“The Federal Government does not have the power to order people to buy health insurance. Section 5000A would therefore be unconstitutional if read as command. The Federal Government does have the power to impose a tax on those without health insurance. Section 5000A is therefore constitutional, because it can reasonably be read as a tax” – per Roberts CH for the majority judgment (4-5) in *National Federation of Independent Business v Sebelius* 567 US (2012)

“Imposing a tax through judicial legislation inverts the constitutional scheme, and places the power to tax in the branch of government least accountable to the citizenry ... The values that should have determined our course today are caution, minimalism, and the understanding that the Federal Government is one of limited powers. But the Court's ruling undermines those values at every turn.” – per Scalia J for the minority judgment (4-5) in *National Federation of Independent Business v Sebelius* 567 US (2012).