21/94

Saak No 322/1993

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

APPèLAFDELING

In die saak tussen:

DIE KOMMISSARIS VAN BINNELANDSE INKOMSTE	Eerste Appellant
MARK BRYDEN N O	Tweede Appellant

en

WILLEM ANDREW WILLERS	Eerste Respondent
ALBERTUS VAN ZYL WILLERS	Tweede Respondent
JAN BERNARDUS WILLERS	Derde Respondent
G J HOLY	Vierde Respondent

CORAM: BOTHA, KUMLEBEN, F H GROSSKOPF, NIENABER ARR *et* KANNEMEYER Wnd AR

VERHOORDATUM: 21 FEBRUARIE 1994

LEWERINGSDATUM: 22 MAART 1994

UITSPRAAK

BOTHA AR:-

Die twee appellante is die eisers in 'n aksie wat hulle in die Transvaalse Provinsiale Afdeling ingestel het teen die vier respondente, as die eerste vier verweerders, tesame met nog twee ander verweerders. Ek verwys voortaan na die partye tot die aksie volgens die benamings wat hulle op die pleitstukke dra.

Die eerste eiser is die Kommissaris van Binnelandse Inkomste. Die tweede eiser is die huidige likwidateur van die maatskappy Bergbries (Edms) Bpk ("Bergbries"), in sy hoedanigheid as sodanig. Die eerste vier verweerders is voormalige aandeelhouers en/of direkteure van Bergbries. Die vyfde verweerder is 'n voormalige likwidateur van Bergbries. Die sesde verweerder is die Meester van die Hooggeregshof.

Die eisers se besonderhede van vordering wemel van alternatiewe eise. Daar is nie minder nie

as sewe. Vier van hulle is van die eerste eiser en drie van die tweede eiser. Laasgenoemde eise word as 'n groep ingeklee in die alternatief tot die eerstes, vir die geval dat die eerstes almal sou misluk. Voorts word die eise in die twee groepe almal onderling teenoor mekaar in die alternatief geformuleer. Sommige van die eise is teen die eerste vyf verweerders, ander teen die eerste vier verweerders, en nog ander teen die vyfde verweerder alleen. In sommige van die eise word die betaling gevorder van 'n bedrag van R3 264 234; in ander is die bedrag van die eis R2 984 410.

Teen vier van die eise het die eerste vier verweerders eksepsies aangeteken, op grond daarvan dat hulle geen skuldoorsaak openbaar nie. Die hof _a quo_ (ROUX R) het die eerste eksepsie van die hand gewys en die ander drie gehandhaaf, met 'n kostebevel teen die eisers. Met die verlof van die hof _a quo_ is

daar nou voor hierdie Hof 'n appèl van die eisers teen die handhawing van die eksepsies wat geslaag het, en 'n teenappèl van die eerste vier verweerders teen die afwysing van die eksepsie wat misluk het.

Die vyfde verweerder het 'n verweerskrif ingedien en is gevolglik nie by die huidige verrigtinge betrek nie. Die sesde verweerder speel geen aktiewe rol in die saak nie.

Die besonderhede van vordering bevat in paragrawe 9 tot 22 'n uiteensetting van die feite wat die eisers aanvoer as die agtergrond van al die alternatiewe eise wat daarna uiteengesit word. Dit is nodig om dit ten volle aan te haal:

" 9.

9.1 Op 19 September 1984 is die maatskappy BERGBRIES (EDMS) BPK (hierna 'Bergbries' genoem) vrywillig gelikwideer;

9.2 Na die likwidasie van BERGBRIES en wel op 18 Oktober 1984 is Vyfde Verweerder deur Sesde Verweerder as likwidateur van BERGBRIES aangestel.

10.

Ten tyde van die likwidasie van BERGBRIES en te alle wesenlike tye daarna:

10.1 was BERGBRIES 'n kapitale bedrag van R1,632,117.00 ten opsigte van inkomstebelasting aan Eerste Eiser verskuldig;

10.2 was Eerste Verweerder, Tweede Verweerder, Derde Verweerder, Vierde Verweerder, W A WILLERS HOLDINGS (EDMS) BPK en WILTERES HOLDINGS (EDMS) BPK direkteure en/of aandeelhouers van BERGBRIES.

11.

11.1 Vyfde Verweerder was na sy aanstelling as likwidateur van Bergbries en te alle wesenlike tye daarna ingevolge die bepalings van artikel 101(2) van die Inkomstebelastingwet, Wet Nr 58 van 1962, soos gewysig ('die Inkomstebelastingwet') verplig om al die werksaamhede te verrig en al die verantwoordelikhede te aanvaar wat op 'n openbare amptenaar kragtens die bepalings van die Inkomstebelastingwet rus. In besonder was Vyfde Verweerder kragtens die bepalings van artikel 101(10) van die Inkomstebelastingwet verantwoordelik om al die handelinge, aangeleenthede of sake te verrig wat ingevolge die bepalings van die Inkomstebelastingwet deur 'n belastingpligtige verrig moet word;

11.2 Eerste Eiser het op of ongeveer 6 Maart 1986 'n beëdigde verklaring by Vyfde Verweerder ingedien waarin besonderhede

verskaf is van die bedrag wat Bergbries ten opsigte van inkomstebelasting aan hom verskuldig is en waarin Vyfde Verweerder daarop gewys is dat die eis kragtens die bepalings van artikel 339 van die Maatskappywet, Wet Nr 61 van 1973, gelees met artikel 99 en/of artikel 101 van die Insolvensiewet, Wet Nr 24 van 1936, voorkeur geniet.

12.

12.1 Op 1 April 1986 het Eerste Eiser 'n belastingaanslag aan BERGBRIES ten opsigte van die jaar van aanslag geëindig op 30 Junie 1984 uitgereik;

12.2 Op 8 April 1986 het BERGBRIES beswaar teen gemelde belastingaanslag aangeteken en die gronde van sy beswaar uiteengesit in 'n skrywe gedateer 29 Mei 1986 wat sy prokureurs aan Eerste Eiser gerig het;

12.3 Op 19 September 1986 het Eerste Eiser BERGBRIES se bogemelde beswaar teen gemelde belastingaanslag verwerp en daarna het BERGBRIES op 8 Oktober 1986 appèl na die Spesiale Hof teen die verwerping van sy beswaar teen gemelde belastingaanslag aangeteken;

12.4 Op 22 Augustus 1988 is BERGBRIES se appèl teen gemelde belastingaanslag deur die Spesiale Hof van die hand gewys;

12.5 Op 20 September 1988 het BERGBRIES appèl na die Appèlhof aangeteken teen die uitspraak van die Spesiale Hof ingevolge waarvan sy beswaar teen gemelde belastingaanslag van die hand gewys is, welke

appèl op of ongeveer 20 Februarie 1990 deur BERGBRIES teruggetrek is.

13.

13.1 Op 13 Mei 1991 het Sesde Verweerder 'n eerste en finale likwidasie- en distribusierekening wat deur Vyfde Verweerder as likwidateur van BERGBRIES voorberei is, bekragtig;

13.2 Ingevolge gemelde finale likwidasie- en distribusierekening soos deur Vyfde Verweerder voorberei:

13.2.1 was Eerste Eiser nie as 'n skuldeiser van BERGBRIES aangetoon nie en was geen bedrag aan Eerste Eiser as skuldeiser van BERGBRIES betaalbaar nie;

13.2.2 was die volgende bedrae aan die volgende aandeelhouers van BERGBRIES toegeken:

13.2.2.1	Aan aandeelhouer W A WILLERS HOLDINGS (EDMS) BPK is toegeken 'n bedrag van	R2,305,377.94
13.2.2.2	Aan aandeelhouer WILTERES HOLDINGS (EDMS) BPK is toegeken 'n bedrag van	R329,339.70
13.2.2.3	Aan Tweede Verweerder as aandeelhouer van BERGBRIES is toegeken 'n bedrag van	R329,339.70
13.2.2.4	Aan Derde Verweerder as aandeelhouer van BERGBRIES is toegeken	

'n bedrag van R164,669.85

13.2.2.5 Aan Vierde Verweerder as aandeelhouer van BERGBRIES is toegeken 'n bedrag van R164,669.86

14.

14.1 Op 20 November 1989 het Eerste, Tweede en Derde Verweerders in hul hoedanigheid as direkteure van W A WILLERS HOLDINGS (EDMS) BPK skriftelik gesertifiseer dat die betrokke maatskappy opgehou het om besigheid te doen en geen bates of laste het nie en het hul ingevolge die bepalings van artikel 73(5) van die Maatskappywet, Wet Nr 61 van 1973, by die Registrateur van Maatskappye aansoek gedoen dat die betrokke maatskappy gederegistreer word;

14.2 Op 27 September 1991 is die maatskappy W A WILLERS HOLDINGS (EDMS) BPK ingevolge gemelde aansoek deur die Registrateur van Maatskappye gederegistreer.

15.

Die bedrag van R2,305,377.94 wat ingevolge bogemelde finale likwidasie- en distribusierekening aan W A WILLERS HOLDINGS (EDMS) BPK toegeken is soos hierbo uiteengesit, is deur Vyfde Verweerder in sy hoedanigheid as likwidateur van BERGBRIES aan Eerste, Tweede en Derde Verweerders oorbetaal.

16.

16.1 Op 9 April 1990 het Eerste Verweerder in sy hoedanigheid as direkteur van WILTERES HOLDINGS (EDMS) BPK skriftelik gesertifiseer dat die betrokke maatskappy opgehou het om besigheid te doen en geen bates of laste behalwe aandeelhouerslenings het nie en het hy ingevolge die bepalings van artikel 73(5) van die Maatskappywet, Wet Nr 61 van 1973, by die Registrateur van Maatskappye aansoek gedoen dat die betrokke maatskappy gederegistreer word;

16.2 Op 30 November 1990 is WILTERES HOLDINGS (EDMS) BPK ingevolge gemelde aansoek deur die Registrateur van Maatskappye gederegistreer.

17.

Die bedrag van R329,339.70 wat ingevolge bogemelde finale likwidasie- en distribusierekening aan WILTERES HOLDINGS (EDMS) BPK toegeken is, is deur Vyfde Verweerder in sy hoedanigheid as likwidateur van BERGBRIES aan Eerste Verweerder oorbetaal.

18.

Die bedrae van R329,339.70, R164,669.85 en R164,669.86 wat ingevolge bogemelde finale likwidasie- en distribusierekening aan respektiewelik Tweede Verweerder, Derde Verweerder en Vierde Verweerder toegeken is, is nadat Sesde Verweerder die betrokke rekening bekragtig het soos hierbo uiteengesit deur Vyfde Verweerder in sy hoedanigheid as likwidateur van BERGBRIES

aan elk van die betrokke Verweerders oorbetaal.

19.

Na die oorbetalings gedoen is soos in paragrawe 15, 17 en 18 hierbo uiteengesit, het BERGBRIES oor geen verdere fondse of ander bates beskik waaruit die bedrag wat hy aan Eerste Eiser ten opsigte van inkomstebelasting verskuldig is, betaal kon word nie.

20.

Op 30 September 1991 is Vyfde Verweerder deur Sesde Verweerder as likwidateur van BERGBRIES onthef en is Tweede Eiser deur Sesde Verweerder in sy plek as likwidateur van BERGBRIES aangestel.

21.

21.1 Op 21 Julie 1992:

21.1.1 het die kapitale bedrag wat BERGBRIES ten opsigte van inkomstebelasting aan Eerste Eiser verskuldig is, 'n bedrag van R1,632,117.00 beloop;

21.1.2 het die rente wat deur BERGBRIES op gemelde kapitale bedrag aan Eerste Eiser betaalbaar was opgeloop tot 'n bedrag van R1,702,415.70;

21.2 In die lig daarvan dat die rente wat op gemelde kapitale bedrag opgeloop het die verskuldigde kapitale bedrag oorskry, beperk Eisers in hul eise hieronder

uiteengesit die vordering ten opsigte van rente deur BERGBRIES aan Eerste Eiser verskuldig tot 'n bedrag gelykstaande aan die kapitale bedrag wat BERGBRIES ten opsigte van inkomstebelasting aan Eerste Eiser verskuldig is;

21.3 Die bedrag wat Eerste Eiser van BERGBRIES sou kon verhaal het ten opsigte van die inkomstebelasting wat BERGBRIES aan hom verskuldig is indien die oorbetalings in paragrawe 15, 17 en 18 hierbo uiteengesit nie aan die persone in gemelde paragrawe vermeld, gemaak was nie, beloop derhalwe:

Kapitale bedrag deur BERGBRIES ten opsigte van belasting aan Eiser verskuldig:	R1,632,117.00
Plus: Rente daarop beperk tot 'n bedrag gelykstaande aan die kapitale bedrag wat BERGBRIES ten opsigte van inkomstebelasting aan Eerste Eiser verskuldig is:	R1,632,117.00
Totaal	R3,264,234.00"

Die eerste eis wat op hierdie uiteensetting volg, word genoem "Eerste Eiser se Hoofeis".

Die eksepsie hierteen is deur die hof a quo afgewys; hierdie deel van die hof se bevel is die onderwerp van die teenappèl. Dit sal gerieflik wees om dit eerste af te handel.

Die eerste eiser se hoofeis lui soos volg:

" 22.

Eerste tot Vyfde Verweerders was te alle wesenlike tye daarvan bewus dat BERGBRIES die bedrag hierbo vermeld ten opsigte van inkomstebelasting aan Eiser verskuldig was.

23.

Eerste tot Vierde Verweerders het, terwyl hul met mekaar en met Vyfde Verweerder saamgespan het om dit te doen, die bedrag wat deur BERGBRIES ten opsigte van inkomstebelasting aan Eerste Eiser verskuldig was, opsetlik vir hulself toegeëien deur soos volg op te tree:

23.1 Vyfde Verweerder het die bedrag wat BERGBRIES aan Eerste Eiser ten opsigte van inkomstebelasting verskuldig was nie as 'n skuld ingesluit by bogemelde finale likwidasie- en distribusierekening wat deur hom voorberei is nie;

23.2 Vyfde Verweerder het gemelde finale likwidasie- en distribusierekening deur

Sesde Verweerder laat bekragtig, terwyl hy bewus daarvan was dat dit nie die bedrag wat BERGBRIES ten opsigte van inkomstebelasting aan Eerste Eiser verskuldig is, insluit nie;

23.3 Vyfde Verweerder het na bekragtiging van gemelde finale likwidasie- en distribusierekening daartoe oorgegaan om die oorbetalings aan Eerste tot Vierde Verweerders te doen soos in paragrawe 15, 17 en 18 hierbo uiteengesit is;

23.4 Eerste tot Vierde Verweerders het die oorbetalings in paragrawe 15, 17 en 18 hierbo uiteengesit, ontvang, terwyl hul bewus daarvan was dat die oorbetalings die bedrag wat BERGBRIES aan Eerste Eiser verskuldig was, ingesluit het.

24.

As gevolg van Eerste tot Vyfde Verweerder se optrede soos in die vorige paragraaf uiteengesit, beskik BERGBRIES nie meer oor die bedrag van R3,264,234.00 vermeld in paragraaf 21 hierbo nie, is Eerste Eiser nie langer in staat om die bedrag van BERGBRIES te verhaal nie en het Eerste Eiser derhalwe skade in die bedrag van R3,264,234.00 gely.

25.

Eerste tot Vyfde Verweerders is in die lig van die voorafgaande gesamentlik en afsonderlik, die een betalende die ander kwytgeskeld te word, regtens verplig om aan Eiser die bedrag van R3,264,234.00 as skadevergoeding te be-

taal."

Die eksepsie teen hierdie eis is wydlopig, maar dit moet tog volledig aangehaal word. Dit lui soos volg:

" 3.

3.1 Eisers beweer in paragraaf 11.2 van hulle gewysigde besonderhede van vordering dat Eerste Eiser op of ongeveer 6 Maart 1986 'n beëdigde verklaring by Vyfde Verweerder ingedien het waarin besonderhede verskaf is van die bedrag wat Bergbries ten opsigte van inkomstebelasting aan hom verskuldig is en waarin Vyfde Verweerder daarop gewys is dat die eis kragtens die bepalings van artikel 339 van die Maatskappyewet, 61 van 1973 gelees met artikel 99 en/of 101 van die Insolvensiewet, Wet 24 van 1936, voorkeur geniet.

3.2 Ooreenkomstig die bepalings van die Maatskappyewet, 61 van 1973 en meer in besonder artikel 339 daarvan, saamgelees met artikels 44 en 45 van die Insolvensiewet, 24 van 1936:

(a) is dit noodsaaklik dat 'n skuldeiser sy eis bewys by 'n vergadering van skuldeisers; en

(b) het die likwidateur van die betrokke maatskappy daarna die reg om die eis te betwis al dan nie.

3.3 Eisers maak geen bewering in hulle besonderhede van eis dat die eis vir inkomste-

belasting na verwys in paragraaf 11.2 van die besonderhede van eis inderdaad bewys is op 'n vergadering van skuldeisers en/of dat Vyfde Verweerder die gemelde eis aanvaar het nie.

3.4 Die werksaamhede en verantwoordelikhede van Vyfde Verweerder na verwys in paragraaf 11.1 van die besonderhede van eis en so ook die ander bewerings in die besonderhede van eis, hou nie in dat Vyfde Verweerder verplig is om namens Eerste Eiser 'n eis te bewys by 'n vergadering van skuldeisers of lê Vyfde Verweerder aan bande om Eerste Eiser se eis te betwis al dan nie.

3.5 Daar ontbreek dus uit Eisers se besonderhede van vordering bewerings wat aantoon dat Eerste Eiser inderdaad 'n eis bewys het by 'n vergadering van skuldeisers van Bergbries en/of dat Vyfde Verweerder die eis van Eerste Eiser aanvaar het nie.

3.6 Eisers beweer verder in paragrawe 13.1 en 13.2 van die besonderhede van eis dat die finale Likwidasie- en Distribusierekening voorberei is en daarna deur Sesde Verweerder bekragtig is.

3.7 In paragrawe 15, 17 en 18 saamgelees met paragraaf 13 van die besonderhede van eis beweer Eisers dat die bedrae soos toegeken in die Likwidasie- en Distribusierekening, oorbetaal is.

3.8 Geen bewerings word gemaak dat:

(a) die voormelde Likwidasie- en Distribusierekening van Bergbries nie behoorlik ter insae gelê het nie;

(b) dat enige samespanning en/of bedrog en/of enige ander optrede aan die kant van Eerste tot Vierde Verweerders Eerste Eiser weerhou het om:

(i) sy eis behoorlik, soos voormeld, te bewys nie; en/of

(ii) toe te sien dat die voormelde Likwidasie- en Distribusierekening nie sonder erkenning van sy [Eerste Eiser se] vordering bekragtig word nie.

3.9 <u>In die alternatief, alternatiewelik kumulatief tot 3.8</u>:

Geen feite word aangevoer wat Eerste Eiser se versuim:

(a) om toe te sien dat sy eis behoorlik bewys word op 'n vergadering van skuldeisers van Bergbries; en/of

(b) om toe te sien dat die Likwidasie- en Distribusierekening van Bergbries nie verkeerdelik bekragtig word nie,

sou verskoon nie.

3.10 Die Likwidasie- en Distribusierekening van Bergbries wat bekragtig is, het die effek van 'n finale vonnis ooreenkomstig artikel 408 van die Maatskappyewet, 61 van 1973 en kan slegs heropen word indien Eisers 'n grond vir <u>restitutio in integrum</u>, alternatiewelik 'n soortgelyke grondslag as waarop 'n vonnis van die Hooggeregshof aangeveg of ter syde gestel kan word, kan aantoon.

3.11 <u>In die alternatief, alternatiewelik kumulatief tot paragraaf 3.10 hierbo</u>:

Waar dividende soos in die huidige geval, uitbetaal is ingevolge 'n Likwidasie- en Distribusierekening van 'n gelikwideerde maatskappy, kan die Likwidasie- en Distribusierekening regtens nie verder aangeval word nie of van die bevoordeelde terugverhaal word nie onder omstandighede soos in die besonderhede van vordering beweer nie.

3.12 <u>In die alternatief, alternatiewelik kumulatief tot paragrawe 3.8 en 3.9 hierbo</u>:

Geen bewerings word gemaak in die besonderhede van eis op grond waarvan die Likwidasie- en Distribusierekening van Bergbries regtens soos meer volledig na verwys in 3.10 en 3.11 hierbo ter syde gestel kan word nie.

3.13 Bygevolg het Eisers versuim om 'n kousale <u>nexus</u> tussen Eerste tot Vierde Verweerders se beweerde samespanning met Vyfde Verweerder (soos na verwys in paragraaf 23 van Eisers se besonderhede van vordering) en Eerste Eiser se beweerde skade te pleit.

3.14 Enige samespanning tussen die Eerste tot en met Vyfde Verweerders sou slegs regtens relevant wees indien dit:

3.14.1 Die Eerste Eiser se versuim om 'n eis in insolvensie te bewys, sou uitskakel; en/of

3.14.2 Eerste Eiser sou verhinder om sy vordering in insolvensie te bewys.

3.15 Geen sodanige bewering word gemaak nie.

3.16 Gevolglik mis die besonderhede van vordering bewerings om Eerste Eiser se

hoofeis teen Eerste tot Vierde Verweerders te staaf."

In sy geheel beskou, skep die eksepsie die indruk dat die kern van die aanval op die eerste eiser se hoofeis geleë is in paragraaf 3.10 van die gronde van die eksepsie, wat berus op die bepalings van artikel 408 van die Maatskappywet 61 van 1973. Artikel 408 bepaal soos volg:

"Wanneer 'n rekening ter insae gelê het soos in artikel 406 voorgeskryf, en-

(a) geen beswaar ingedien is nie; of

(b) 'n beswaar ingedien is en die rekening ooreenkomstig die opdrag van die Meester gewysig is en weer, indien nodig, ter insae gelê het soos voorgeskryf in artikel 407(4)(b), en geen aansoek binne die voorgeskrewe tydperk by die Hof gedoen is om die tersydestelling van die Meester se beslissing nie; of

(c) 'n beswaar wel ingedien is maar teruggetrek is of nie gehandhaaf is nie, en die beswaarmaker nie binne die voorgeskrewe tydperk by die Hof aansoek gedoen het nie,

bekragtig die Meester die rekening en sy

> bekragtiging het die uitwerking van 'n finale uitspraak, behalwe teenoor die persone wat deur die Hof toegelaat word om die rekening te heropen na sodanige bekragtiging maar voordat die likwidateur met die distribusie begin."

Die bewering in paragraaf 3.10 van die eksepsie dat die likwidasie- en distribusierekening van Bergbries wat bekragtig is slegs heropen kan word indien die eisers 'n grond vir <u>restitutio in integrum</u> of 'n soortgelyke grondslag as vir die tersydestelling van 'n vonnis van die Hooggeregshof kan aantoon, word ontleen aan die wyse waarop artikel 408 van die Maatskappywet en sy eweknie, artikel 112 van die Insolvensiewet 24 van 1936, in die regspraak uitgelê is - sien byvoorbeeld <u>S A Clay Industries Ltd v Katzenellenbogen N O and Another</u> 1957 (1) SA 220 (W) op 224E-225D en <u>Commissioner for Inland Revenue v The Master</u> 1957 (3) SA 693 (C) op 700A-701A (en vgl <u>Kilroe-Daley v Barclays National Bank Ltd</u> 1984 (4) SA 609 (A) op 626F-H en <u>Gilbey Distillers & Vintners</u>

<u>(Pty) Ltd and Others v Morris N O and Another</u> 1991 (1) SA 648 (A) op 657G-659B). Dit behels onder meer dat 'n onbetaalde skuldeiser nie by magte is om die heropening of tersydestelling van 'n bekragtigde rekening te verkry indien hy deur sy eie nalatigheid versuim het om 'n eis te bewys of om beswaar te maak teen die bekragtiging van die rekening nie, en in ieder geval nie as die distribusie van bates ingevolge die rekening reeds afgehandel is nie. Hierdie oorwegings lê oënskynlik ten grondslag van al die bewerings in die eksepsie wat paragraaf 3.10 voorafgaan (paragrawe 3.1 tot 3.9 <u>seriatim</u>) en dié wat daarop volg (paragrawe 3.11 tot 3.15 <u>seriatim</u>). In soverre die koddige opskriffies van paragrawe 3.9, 3.11 en 3.12 dalk bedoel was om te kenne te gee dat daar op afsonderlike gronde van eksepsie staatgemaak word, doen dit tog nie afbreuk aan die indruk dat alles saamhang met paragraaf 3.10 nie. Op die keper

beskou, dus, is artikel 408 van die Maatskappywet die spil waarom die hele eksepsie draai.

Aldus beskou, berus die eksepsie op 'n wanopvatting aangaande die aard van die eerste eiser se hoofeis. Dit is nie 'n eis vir die heropening of tersydestelling van die likwidasie- en distribusie-rekening van Bergbries wat bekragtig is nie ("die rekening"). Dit is 'n eis om skadevergoeding, gebaseer op bewerings dat die eerste vier verweerders onderling en met die vyfde verweerder saamgespan het om geld in Bergbries se boedel wat aan die eerste eiser toegekom het, en wat hulle geweet het aldus toegekom het, opsetlik vir hulleself toe te eien, dat hulle uitvoering aan die samespanning gegee het deur die optrede vermeld in paragrawe 23.1 tot 23.4 van die besonderhede van vordering, en dat die eerste eiser dientengevolge skade gely het in die bedrag wat gevorder word. Die bewering in paragraaf 23.2 dat

die vyfde verweerder die rekening deur die sesde verweerder laat bekragtig het, word vasgeknoop aan die optrede waardeur uitvoering gegee is aan die samespanning, waardeur die opsetlike toe-eiening bewerkstellig is, en waardeur die skade veroorsaak is. Daar is geen suggestie dat die rekening as sodanig aangeveg word nie. Dit is inteendeel nie die eerste eiser se saak, in die samehang van sy eis om skadevergoeding, dat die administrasie van Bergbries se sake in die likwidasieproses hersien moet word en dat die rekening dus heropen of tersydegestel behoort te word nie. Vir die doeleindes van die eis kan die rekening ongeskonde bly voortbestaan. Gevolglik is die eksepsie met sy beroep op artikel 408 misplaas en bied dit geen antwoord op die eis nie.

Dit was inderdaad die grondslag waarop die hof a quo die eksepsie afgewys het. ROUX R het sy bevinding bondig soos volg gestel (die verwysing

na die Callinicos-saak sal weldra opgeklaar word):

> "Hierdie aksie is duidelik op die lex Aquilia baseer. Myns insiens bied die bepalings van die Wet, en veral artikel 408 daarvan, geen verweer daarteen nie. Indien artikel 408 betrekking het is hierdie skuldoorsaak op bedrog gebaseer en sal dit seker een van die uitsonderings wees soos in die Callinicos saak, supra, bedoel. Die eksepsie is op die bepalings van die Wet gegrond. As sulks is dit misvat en moet [dit] van die hand gewys word."

Gekonfronteer met hierdie toedrag van sake, het mnr Bertelsmann, namens die eerste vier verweerders, in sy betoog voor hierdie Hof wegbeweeg van artikel 408 en die aanval op die eerste eiser se hoofeis oor 'n ander boeg gegooi. Hy het toegegee dat dit geregverdig is om die besonderhede van vordering op te vat as 'n deliktuele eis om skadevergoeding en om 'n bewering van onregmatige optrede deur die betrokke verweerders as inbegrepe by die inleidende bewerings in die aanvangsgedeelte van paragraaf 23 te beskou, maar aangevoer dat die daaropvolgende bewerings in

paragrawe 23.1 tot 23.4 inderdaad geen onregmatige optrede openbaar nie en dat 'n skuldoorsaak gegrond op onregmatige daad gevolglik nie behoorlik uitgemaak is nie. Alvorens hierdie argument van naderby beskou word, is dit gerade om op te merk dat mnr Bertelsmann se bogenoemde toegewings na my mening onvermydelik was. Die formulering van die eis is onbeholpe en allermins 'n toonbeeld van helderheid, maar om die eksepsie te bereg, moet elke vertolking waarvoor die besonderhede van vordering redelikerwyse vatbaar is in aanmerking geneem word (vgl bv Kotsopoulos v Bilardi 1970 (2) SA 391 (C) op 395C-E en Theunissen en Andere v Transvaalse Lewendehawe Koöp Bpk 1988 (2) SA 493 (A) op 500D-E). Die strekking van die eis as 'n geheel dui wel daarop dat die opsteller daarvan beoog het om 'n deliktuele eis te formuleer, en die bewerings van samespanning en opsetlike toe-eiening wat in die aanvangsgedeelte van paragraaf 23 gemaak

word, is wel vatbaar vir die uitleg dat 'n implisiete bewering van onregmatigheid gemaak word (vgl HAT s v "saamspan": "gesamentlik, as groep boosaardige planne beraam"; s v "toe-eien": "in besit neem - soms wederregtelik"). Die gedagte van bedrieglikheid lê ook voor die hand - vandaar die hof a quo se beskouing dat die eis gebaseer is op bedrog (dit is egter nie nodig om te oorweeg of dit noodwendig die enigste etiket is wat pas op die onregmatige daad wat die eerste eiser wil aanvoer nie).

Die argument ter ondersteuning van die eksepsie is nou dat die implisiete bewering van onregmatigheid in die inleidende gedeelte van paragraaf 23 nie gestaaf word deur die daaropvolgende bewerings in paragrawe 23.1 tot 23.4 nie, maar inteendeel, so sê mnr Bertelsmann, daardeur weerspreek word, omdat elkeen van die vier handelinge wat opgenoem word regmatige handelinge is: die vyfde

verweerder was geregtig om die rekening op te stel met uitsluiting van die eerste eiser se eis, om dit aan die sesde verweerder voor te lê vir bekragtiging, en om daarna uitbetalings te maak ooreenkomstig die rekening soos bekragtig, en die eerste vier verweerders was insgelyks geregtig om sodanige uitbetalings in ontvangs te neem. Gevolglik - aldus die argument - is die bewering van onregmatigheid onbestaanbaar met die handelinge wat ter stawing daarvan aangevoer word, by ontstentenis van enige verdere bewerings wat, soos mnr Bertelsmann dit gestel het, daardie handelinge uit die kader van regmatige handelinge sou neem en 'n mantel van onregmatigheid daarom sou hang. Voorbeelde van sulke verdere bewerings wat gemaak kon en behoort te gewees het en wat in die betoog voorgehou is, is dat die rekening nie behoorlik ter insae gelê het nie, of dat die een of die ander van die eerste vyf verweerders die eerste eiser mislei het om

te dink dat dit onnodig was om beswaar teen die rekening te maak, of dat die eerste eiser geen kennis gedra het van die rekening voordat dit bekragtig is nie terwyl die verweerders bewus was van sy onkunde en nogtans voortgegaan het om die betrokke handelinge te verrig. Sonder bewerings van daardie aard, so is aangevoer, gaan die uiteensetting van die eis mank aan bewerings wat noodsaaklik is om 'n eis gegrond op delik uit te maak.

Dit is 'n vraag of die voorgaande argument tuisgebring kan word onder enige van die bepalings van die eksepsie. Mnr Bertelsmann het hom beroep op paragrawe 3.8(a) en (b)(ii), 3.9(b) en 3.14.2, waarin daar gewag gemaak word van die afwesigheid van bewerings dat die eerste eiser deur die optrede van die eerste vier verweerders daarvan weerhou is om toe te sien dat die rekening sonder erkenning van sy vordering bekragtig word, of dat sy

versuim om dit te doen, verskoonbaar is, of dat hy aldus verhinder is om sy eis te bewys. Soos die eksepsie geformuleer is, gaan hierdie gronde daarvan gepaard met aanverwante gronde wat betrekking het op die behoorlike bewys van die eerste eiser se vordering op 'n vergadering van skuldeisers (paragrawe 3.8(b)(i), 3.9(a) en 3.14.1). Dit is gerade om effens af te dwaal en te verduidelik waarom daar nie in die betoog op hierdie gronde ook gesteun is nie. Dit word in paragraaf 9.1 van die algemene deel van die besonderhede van vordering beweer dat Bergbries vrywillig gelikwideer is, sonder om te sê of dit 'n vrywillige likwidasie deur skuldeisers of 'n vrywillige likwidasie deur lede was. As dit 'n vrywillige likwidasie deur lede was, was artikels 339, 364 en 366 van die Maatskappywet nie van toepassing nie, en is daar dus nie sprake van die bewys van 'n vordering op 'n vergadering van skuldeisers nie. Mnr <u>Bertels</u>-

mann het toegegee, heeltemal tereg, dat die eksepsie bereg moet word met aanvaarding van die moontlikheid dat dit 'n vrywillige likwidasie deur lede was en dat hy hom gevolglik nie kon beroep op paragrawe 3.1 tot 3.5 van die eksepsie en die latere paragrawe wat daarop voortbou nie. By 'n lede-likwidasie moet daar wel 'n rekening opgestel en ingedien word volgens artikel 403, en dit moet ter insae lê volgens artikel 406(1) nadat kennis daarvan in die Staatskoerant gegee is volgens artikel 406(3), en dan kan daar besware daarteen ingedien word volgens artikel 407. Mnr Bertelsmann was dus geregtig om hom te beroep op die paragrawe van die eksepsie, vroeër genoem, wat gebaseer is op die feit dat die eerste eiser nie toegesien het dat die rekening nie bekragtig word nie. Maar om in die bewerings dienaangaande in die eksepsie, in die konteks van die strekking daarvan as 'n geheel, 'n grondslag te sien vir die argument dat

die uiteensetting van die eis ontoereikend is ten opsigte van die beweerde onregmatigheid van die verweerders se optrede, lyk my nogal heelwat verbeelding te vereis. Hoe dit ook al sy, mnr Delport, namens die eisers, het nie beswaar gemaak daarteen dat die argument geopper en oorweeg word nie. Hy was bereid en het verkies om op die meriete daarvan in te gaan. Ek sal dus aanvaar dat die argument gedek word deur die gronde van die eksepsie.

Na my mening is die argument ongegrond. Dit berus op 'n fundamentele fout, wat geleë is in die beskouing dat die handelinge wat aangevoer word in paragrawe 23.1 tot 23.4 van die eis as regmatige handelinge aangemerk moet word. Die beskouing is verkeerd omdat dit trag om die genoemde paragrawe te isoleer van die res van die besonderhede van vordering. As daar egter gekyk word na die ander tersaaklike bewerings in die besonderhede van vordering, dan

verkry die handelinge in die genoemde paragrawe uiteengesit 'n ander kleur. Om mee te begin, het die eerste eiser in die aanvangsgedeelte van paragraaf 23 self (om mnr Bertelsmann se beeldspraak te gebruik) 'n mantel van onregmatigheid gehang om die bewerings wat daarop volg. Die etiket van onregmatigheid wat opgesluit lê in die bewerings van samespanning en opsetlike toe-eiening word regstreeks oorgedra op wat daarna volg, met die woorde: "deur soos volg op te tree". Wat dan volg, is die beweerde metode waarop die onregmatigheid bewerkstellig is. Daarbenewens hang die mantel van onregmatigheid nie alleen af van die aanvangsgedeelte van paragraaf 23 nie. In die onmiddellik voorafgaande paragraaf 22 word daar beweer dat die eerste tot vyfde verweerders bewus was dat Bergbries die betrokke bedrag ten opsigte van inkomstebelasting aan die eerste eiser verskuldig was. Dit is opmerklik dat die bewering nie slegs is

dat die verweerders bewus was van 'n eis van die eerste eiser teen Bergbries nie; die bewering is dat hulle geweet het dat die bedrag verskuldig was, d w s dat die skuld bestaan as 'n feit. Samehangend daarmee moet daar gekyk word na paragraaf 11.2 van die algemene gedeelte van die besonderhede van vordering. Daarin word onder meer beweer dat die eerste eiser 'n beëdigde verklaring by die vyfde verweerder ingedien het waarin besonderhede verskaf is van die bedrag wat Bergbries ten opsigte van inkomstebelasting aan die eerste eiser verskuldig is. Dit word opgevolg deur die bewerings in paragraaf 12 dat 'n aanslag vir die belasting aan Bergbries uitgereik is, dat Bergbries se beswaar daarteen deur die Spesiale Inkomstebelastinghof verwerp is, en dat 'n appèl na hierdie Hof teruggetrek is.

Die voorgaande bewerings is van besondere betekenis met betrekking tot die posisie van die

vyfde verweerder. Wat hom betref, is die kern van die bewerings dat bewys by wyse van beëdigde verklaring by hom ingedien is van die eerste eiser se eis vir inkomstebelasting teen Bergbries, en dat hy geweet het dat hierdie skuld as 'n feit bestaan. In die veronderstelling dat Bergbries deur sy lede gelikwideer was (na aanleiding van wat vroeër gesê is), was bewys van die eerste eiser se vordering op 'n vergadering van skuldeisers uitgesluit. As die likwidateur van Bergbries het die vyfde verweerder dus behoorlik kennis gedra van die bestaan van die eerste eiser as 'n skuldeiser van Bergbries en van die bestaan van die skuld. Op grondslag van die eerste eiser se bewerings het die vyfde verweerder gevolglik 'n statutêre plig gehad om die eerste eiser se vordering in sy rekening op te neem en betaal. Dié plig is beliggaam in artikel 391 van die Maatskappywet: 'n likwidateur is verplig om die bates

van die maatskappy "aan te wend ter vereffening van die koste van die likwidasie en die eise van skuld-eisers en die oorskot te verdeel onder dié wat daarop geregtig is". Die optrede van die vyfde verweerder wat in paragrawe 23.1 tot 23.3 van die eis uiteen-gesit word, is optrede waardeur die vyfde verweerder sy statutêre plig verbreek het. 'n Uitdruklike bewering met dié effek is ontbeerlik, omdat dit 'n gevolgtrekking is wat vanself en noodwendig voort-spruit uit die feitlike bewerings wat wel gemaak word. Dit val nie te betwyfel nie dat die verbreking van die statutêre plig prima facie 'n onregmatige daad is waarop 'n deliktuele eis om skadevergoeding gegrond kan word (vgl Callinicos v Burman 1963 (1) SA 489 (A) op 497H-498A). Onregmatigheid word dus wel die vyfde verweerder ten laste gelê in paragrawe 23.1 tot 23.3 van die eis. En vanweë die bewering van 'n samespanning word die eerste vier verweerders partye

tot daardie onregmatigheid gemaak en strek die bewering van onregmatigheid dus ook tot hulle uit.

Dit is nodig om vervolgens aandag te skenk aan die beslissing van hierdie Hof in Callinicos v Burman, die saak waarna ek sopas verwys het, en wat genoem word in die uittreksel uit die uitspraak van die hof a quo wat ek vroeër aangehaal het. 'n Vereenvoudigde weergawe van die feite van daardie geval met die oog op wat vir huidige doeleindes ter sake is, is die volgende. 'n Skuldeiser het 'n eis teen 'n insolvente boedel gehad wat preferensie geniet het met betrekking tot die opbrengs van sekere bates in die boedel. Die eis en die preferensie is behoorlik bewys. Die kurator het die eis in sy rekening opgeneem as 'n konkurrente eis, sonder erkenning van die preferensie, en die skuldeiser is op daardie grondslag betaal. Die skuldeiser het 'n aksie in 'n landdroshof teen die kurator ingestel vir

die betaling van skadevergoeding ten bedrae van die verskil tussen wat hy ontvang het en wat hy sou ontvang het as sy preferensie erken was. Hy het beweer dat die kurator se optrede 'n verbreking was van sy statutêre plig om die skuldeiser se eis te vereffen uit die opbrengs van die betrokke goed, ingevolge artikel 95(1) van die Insolvensiewet. Uit die dagvaarding was dit nie duidelik of hy daarbenewens ook wou aanvoer dat daar nalatigheid aan die kant van die kurator was nie. Die kurator het 'n verweerskrif ingedien en die skuldeiser het eksepsie daarteen aangeteken. Een van die vrae vir beslissing was of paragraaf 2(d) van die verweerskrif 'n geldige verweer teen die eis geopper het. Daardie paragraaf het soos volg gelui, met verwysing na die rekening wat die kurator opgestel het:

> "The said account was a final account, and the same was duly confirmed by the Master of the Supreme Court in terms of sec 112 of Act 24 of 1936, after all the formalities prescribed by

> the said Act had been complied with, no objection to the said account having been lodged."

Die meerderheidsbeslissing, wat vervat is in die uitspraak van OGILVIE THOMPSON AR, was dat die aangehaalde paragraaf van die verweerskrif wel 'n geldige verweer teen die skuldeiser se eis geopper het. In 'n minderheidsuitspraak het WILLIAMSON AR tot die teenoorgestelde gevolgtrekking gekom. (Hy het wel saamgestem met die uitslag van die appèl as sodanig, om redes waarop dit nie nodig is om nou in te gaan nie.)

Mnr Bertelsmann het aangevoer dat 'n gedeelte van die beredenering in die meerderheidsuitspraak sterk steun verleen aan sy argument in die huidige saak. Ek stem nie daarmee saam nie. Ek dink inteendeel dat die minderheidsuitspraak ten dele op die feite van die huidige geval van toepassing is, en dat dit daaruit blyk dat mnr Bertelsmann se argument

onaanvaarbaar is. Om dit te verduidelik, is dit nodig om eers die passasie in die meerderheidsuitspraak waarop mnr Bertelsmann hom beroep het, in perspektief te stel deur die agtergrond daarvan te skets.

Ter aanvang is dit wenslik om artikel 112 van die Insolvensiewet te vergelyk met artikel 408 van die Maatskappywet. Soos vroeër opgemerk, die een is die eweknie van die ander. Daar is een verskil: artikel 112 bepaal dat die Meester se bekragtiging van 'n rekening "afdoende" is, terwyl artikel 408 lui dat sy bekragtiging "die uitwerking van 'n finale uitspraak" het. Dit mag wees dat eersgenoemde uitdrukking sterker aanduidend is van finaliteit as laasgenoemde (vgl Gilbey Distillers & Vintners (Pty) Ltd and Others v Morris N O and Another 1991 (1) SA 648 (A) op 658C-D), maar vir huidige doeleindes sal ek veronderstel dat die een die ekwivalent is van die

ander. Die prosedure wat die Insolvensiewet voorskryf, waaraan voldoen moet word voordat 'n rekening bekragtig kan word ingevolge artikel 112, stem grotendeels ooreen met die prosedure wat bekragtiging ingevolge artikel 408 van die Maatskappywet moet voorafgaan. In die geval van 'n vrywillige likwidasie deur lede is daar egter wel verskille: skuldeisers hoef nie eise te bewys op 'n vergadering van skuldeisers nie en hulle hoef gevolglik ook nie kennis gegee te word dat die rekening van die likwidateur ter insae lê ingevolge die laaste gedeelte van artikel 406(3) nie. Ook hierdie verskille kan vir die doeleindes van die huidige bespreking buite rekening gelaat word.

Die prosedure wat die bekragtiging van 'n rekening moet voorafgaan, was juis die grondslag van die meerderheidsuitspraak in <u>Callinicos v Burman</u>. Op 497H-498C word daar gesê dat die kurator se ver-

breking van sy statutêre plig om uitvoering te gee aan die skuldeiser se preferensie prima facie aanleiding gee tot 'n aksie om skadevergoeding, maar dat die betrokke bepalings van die Wet 'n bedoeling van die Wetgewer mag weerspieël om die skuldeiser te beperk tot die regsmiddel wat in die Wet self bepaal word ten opsigte van 'n verbreking van die statutêre plig. Met die oog hierop het OGILVIE THOMPSON AR die bepalings van die Insolvensiewet met betrekking tot die prosedure voor bekragtiging van die rekening nagegaan, en bevind dat die skuldeiser deur middel van die proses van kennisgewing en beswaar in staat gestel word om sy eie belange te beskerm (op 499A). Daaruit het die ratio van die beslissing voortgevloei (op 499D-H): die Wetgewer het, deur die geleentheid vir skuldeisers te skep om beswaar te maak teen die rekening, die besondere prosedure voorgeskryf wat aangewend moet word as regsmiddel vir die verbreking

deur die kurator van sy statutêre plig, en gevolglik het die Wetgewer nie beoog dat die skuldeiser 'n aksie om skadevergoeding teen die kurator sou kon instel bloot omdat die preferensie nie in die rekening erken is nie. Voorts is bevind dat die posisie dieselfde sou wees, selfs al word daar veronderstel dat daar nalatigheid van die kant van die kurator was en dat dit in die eiser se dagvaarding aangevoer was. Op daardie grondslag het die eksepsie teen paragraaf 2(d) van die verweerskrif misluk.

Teen hierdie agtergrond haal ek nou dié gedeelte van die uitspraak aan waarop mnr Bertelsmann hom beroep het (op 500F-501A):

> "Prior to the confirmation of the account, the mere fact that the proved creditor's claim appears in the account as concurrent does not occasion the creditor any actual loss. Such loss supervenes, not when the account is drawn, but only when, in terms of sec. 113(3) of the Act, the trustee becomes obliged to pay out in accordance with the account and does so pay.

The basis of the proved creditor's loss is, therefore, the confirmation of the account. That situation would, in my view, equally obtain in a case where the trustee had been negligent in treating the claim as concurrent. The statute, as explained above, provides effective machinery enabling the proved creditor, by way of objection, to prevent the confirmation of the account which treats his claim as concurrent only. By failing to object, the creditor may thus be said to be himself the author of the harm of which he complains. It appears to me to be in the highest degree unlikely that the Legislature should have contemplated that the creditor should, despite his failure to object to the account, nevertheless be entitled to hold the trustee liable in damages. Conceivably special circumstrances might take a particular case out of the general rule: for instance, where the creditor is wrongly informed by the trustee that his claimed preference is reflected in the account. Any such special circumstances would, of course, require to be specially pleaded. As they stand, the pleadings in the present case reveal no such special circumstances."

In hierdie beredenering, aansluitend by wat dit voorafgegaan het, word die bedoeling van die Wetgewer weer voorop gestel: die skuldeiser is nie geregtig om skadevergoeding van die kurator te verhaal nie,

omdat die Wetgewer bedoel het dat sy regsmiddel beperk moet wees tot die voorgeskrewe prosedure van beswaar te maak teen die rekening. Dit is die samehang waarin die opmerking gemaak word dat daar spesiale omstandighede kan wees wat maak dat die algemene reël nie geld in 'n besondere geval nie. Of daar sulke spesiale omstandighede aanwesig is, moet dus beoordeel word aan die hand van die waarskynlike bedoeling van die Wetgewer. Op hierdie grondslag kan daar na my mening nie twyfel wees nie dat die hof a quo reg was in sy beskouing dat 'n skuldoorsaak wat op bedrog gebaseer is, 'n uitsonderingsgeval moet wees soos beoog is in die Callinicos-saak. "No doubt fraud is a special case", sê NESTADT AR in Gilbey Distillers & Vintners supra op 659A, met verwysing na die pittige gesegde van LORD DENNING in 'n Engelse saak: "fraud unravels everything"; en verder, met verwysing na die skrywer Baxter se behandeling van

oneerlikheid as 'n hersieningsgrond: "it survives the strictest ousters of the Court's jurisdiction". Die twyfel wat NESTADT AR uitgespreek het (op 659A-C) oor die toepaslikheid van so 'n benadering met betrekking tot artikel 112 van die Insolvensiewet, was gekoppel aan die vorm van die regshulp wat die skuldeisers in daardie geval aangevra het, naamlik die hersiening en tersydestelling van die Meester se bekragtiging van die kurator se rekening (sien op 652B-C), wat klaarblyklik die heropening van die rekening en van die bereddering van die insolvente boedel beoog het (vgl die opmerkings van NESTADT AR op 657G-I). So iets is nie ter sprake waar dit gaan om 'n skadevergoedingsaksie van 'n skuldeiser teen die kurator op grond van laasgenoemde se bedrieglike weglating van eersgenoemde se eis uit die rekening nie. Om in so 'n geval die skuldeiser sy eis te ontsê, sou daarop neerkom dat die kurator aanspreek-

likheid vir die gevolge van sy bedrog kan vermy bloot deur hom te beroep op die eiser se versuim om beswaar te maak teen die rekening. Ek kan my dit nie indink dat die Wetgewer beoog het om so 'n resultaat te gedoog nie. Die Wetgewer kon nie bedoel het dat die prosedure om beswaar te maak teen die rekening moet geld ten uitsluiting van 'n eis om skadevergoeding weens die bedrog van die kurator nie.

In die onderhawige saak, soos ons gesien het, bevat die eerste eiser se hoofeis genoegsame bewerings om 'n saak van bedrog teen die vyfde verweerder uit te maak, en ook teen die eerste vier verweerders, vanweë die beweerde samespanning. Die meerderheidsbeslissing in Callinicos v Burman is derhalwe nie van toepassing op die huidige saak nie. Mnr Bertelsmann het nietemin probeer om twee van die stellings in die aangehaalde gedeelte van die uitspraak los te maak van die res en om dit op die

feite van hierdie geval toe te pas. Die eerste is dat die skuldeiser wat versuim om beswaar te maak teen die rekening, gesê kan word self die skepper te wees van sy skade. Die tweede is dat die geval waar die kurator die skuldeiser waninlig omtrent die inhoud van die rekening, 'n voorbeeld is van besondere omstandighede wat buite die algemene reël val. Hierdie twee stellings, so is aangevoer, onderskraag die argument dat die besonderhede van vordering mank gaan aan bewerings wat nodig is om onregmatigheid aan te toon, soos hierbo bespreek. Ek stem nie saam nie. Dit deug eenvoudig nie om uitlatings soos die genoemdes te lig uit die verband waarin hulle gemaak is en dan toe te pas op 'n feitestel wat nie onder beoordeling was nie. Albei uitlatings het slegs gedien ter motivering van die standpunt wat ingeneem is ten opsigte van die vraag wat daar beslis moes word. Dit is verkeerd om hulle te probeer verhef tot algemeen-

geldende reëls. In die besonder kan die eerste uitlating nie aangewend word as grond vir die argument dat die bedrieglike optrede wat die vyfde verweerder in die eerste eiser se eis ten laste gelê word, nie onregmatig was nie, en kan die tweede uitlating nie beskou word as 'n uitputtende beskrywing van die aard van bedrieglike optrede wat 'n besondere geval buite die kader van die algemene reël sal laat val nie.

In sy minderheidsuitspraak het WILLIAMSON AR die volgende gesê (op 502 in fine - 503D):

> "I do not think that the provisions of the Insolvency Act relating to the filing and proving of claims by creditors in an insolvent estate, the drawing and lodging of accounts by the trustee, the lying for inspection of such accounts, the disposal of objections thereto, the confirmation of such accounts and the payment by the trustee of the amounts due to creditors out of the estate can be read as being intended to deal with anything other than the payment to each creditor out of the estate of the insolvent of such creditor's due share. Such provisions are, it seems to me, purely administrative provisions dealing with the due

division of an insolvent's estate between his creditors and, in my view, have nothing to do with any claims against a trustee in his personal capacity. In particular sec. 112 in providing that the confirmation of an account by the Master 'shall be final' means that the matters dealt with in the account, being purely estate matters, are finally disposed of and cannot be reopened.

The view I take of the effect of these provisions of the Insolvency Act does mean that they are irrelevant in relation to any such claim for damages against a trustee in his personal capacity alleged to have arisen out of culpa or dolus involved in his conduct while acting as a trustee. It may very well be that a claimant for such damages may find that his failure to object to the trustee's account lodged in the estate and confirmed by the Master, may result in his being wholly or partially deprived of his claim because he was the author of his own damage. That however is a matter to be pleaded and established by a defendant trustee; and in fact that is the very nature of the defence raised by the respondent's second alternative plea in this matter."

In soverre hierdie beredenering die geval omvat van 'n eis om skadevergoeding wat gebaseer is op die nalatigheid (culpa) van die kurator, is dit in

stryd met die meerderheidsbeslissing, maar vir sover dit betrekking het op 'n eis gegrond op die bedrog (dolus) van die kurator, is daar geen teenstrydigheid tussen die twee uitsprake nie. In daardie saak was daar nie sprake van bedrieglike optrede van die kant van die kurator nie, en daarom is die geval van bedrog nie in die meerderheidsuitspraak oorweeg nie; om dieselfde rede was die opmerkings daaroor in die minderheidsuitspraak obiter. Vanweë die besondere posisie wat bedrog in ons reg beklee, en die toegeneentheid van die howe om persone wat die slagoffers van bedrog is tot hulp te kom, kan daar na my mening geen beginselbeswaar teen wees om in die huidige verband die gevalle van nalatigheid en bedrog afsonderlik te behandel nie. Die beskouing in die meerderheidsuitspraak ten opsigte van nalatigheid staan dus nie in die weg van die sienswyse uitgespreek in die minderheidsuitspraak met betrekking tot bedrog

nie. Op hierdie grondslag is ek van oordeel dat die beredenering in die minderheidsuitspraak oorredende gesag is vir die gevolgtrekking dat die argument van mnr Bertelsmann wat tot dusver onder bespreking was, onaanvaarbaar is.

Die beredenering in die minderheidsuitspraak verskaf ook 'n antwoord op 'n ander, ondergeskikte betoogpunt van mnr Bertelsmann. Hy het aangevoer dat die bekragtiging van die vyfde verweerder se rekening deur die sesde verweerder volgens artikel 408 die uitwerking van 'n finale uitspraak het; dat al die belanghebbende partye, d w s die eerste eiser en die eerste vyf verweerders, aan daardie "uitspraak" gebonde is, totdat dit tersyde gestel word; dat die hof nie by magte is om by die rekening soos bekragtig verby te kyk nie; en dat die eerste eiser se eis dus nie ontvanklik is sonder dat die bekragtiging eers ongedaan gemaak is nie. Dit is

weereens twyfelagtig of die betoog gedek word deur die gronde van die eksepsie, maar ek sal veronderstel dat dit tuisgebring kan word onder paragrawe 3.10 tot 3.12 van die eksepsie. Die betoog self is egter weereens onaanvaarbaar. Soos deur WILLIAMSON AR duidelik gemaak is, skakel die administratiewe bepalings met betrekking tot besware teen 'n rekening, die bekragtiging daarvan en die beredderinq van die boedel, nie 'n eis om skadevergoeding weens bedrog teen die kurator in sy persoonlike hoedanigheid uit nie. Die finaliteit van die proses is beperk tot die beredderinq van die boedel, wat nie heropen kan word nie. Wat vir artikel 112 van die Insolvensiewet geld, moet ook geld vir artikel 408 van die Maatskappywet. Mnr Bertelsmann het hom beroep op 'n passasie in die uitspraak in Central Africa Building Society v Pierce N O 1969 (1) SA 445 (RA) op 455H, waarin daar gesê is, ten opsigte van 'n

gelykluidende wetsbepaling:

> ".... the confirmation of a distribution account has the effect of final sentence; it has precisely the same effect as a judgment of a court, and, before another court can go behind such a judgment, application must be made to have it set aside."

Daardie uitlating is egter gemaak met die oog op die feite van daardie geval, wat heeltemal verskillend was van die feite waarmee ons besig is. Die eis daar was vir 'n bevel wat die likwidateur sou verplig het om die bereddering van die boedel te heropen (kyk op 446H, en sien die kommentaar op daardie saak in Kilroe-Daley v Barclays National Bank Ltd 1984 (4) SA 609 (A) op 625G-I). Dit is nie die posisie in die huidige saak nie. Die eerste eiser se eis tas hoegenaamd nie die finaliteit van die vyfde verweerder se rekening aan nie; dit trag nie om die partye se gebondenheid aan die rekening te versteur nie; dit verg nie dat Bergbries se sake opnuut beredder moet

word nie; en dit behels nie enige omseiling van die bekragtiging van die rekening nie.

Laastens, wat hierdie eksepsie betref, het mnr Bertelsmann aangevoer, met verwysing na paragraaf 3.13 van die eksepsie, dat die besonderhede van vordering nie 'n oorsaaklike verband aantoon tussen die beweerde samespanning van die eerste vyf verweerders en die eerste eiser se beweerde skade nie. Veroorsaking word egter uitdruklik genoeg in paragraaf 24 van die eerste eiser se hoofeis beweer. Waarop die argument eintlik neerkom, is dat die beweerde oorsaaklikheid onbestaanbaar is met die bekragtiging van die rekening wat in paragraaf 13.1 van die hoofeis beweer word. Dit is klaarblyklik nie iets wat by wyse van 'n eksepsie geopper en beslis kan word nie. Juridiese kousaliteit word bepaal aan die hand van beleidsoorwegings, en daarmee samehangend, oorwegings van redelikheid en billikheid:

sien S v Mokgethi en Andere 1990 (1) SA 32 (A) op 39D-41E en International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley 1990 (1) SA 680 (A) op 700E-701F. In die onderhawige saak sal dit eers behoorlik kan geskied nadat al die getuienis by die verhoor van die saak aangehoor is. Dit sou byvoorbeeld ter sake wees of die eerste eiser kennis gedra het van die rekening voordat dit bekragtig is; indien wel, waarom hy nie daarteen beswaar gemaak het nie; indien nie, of sy onkunde te wyte was aan enige gedrag van enige van die betrokke verweerders, dan wel aan sy eie nalatigheid, grof of andersins, en dies meer. Die opmerking van OGILVIE THOMPSON AR in die hierbo-aangehaalde uittreksel uit sy uitspraak in Callinicos v Burman aangaande 'n skuldeiser wat self "the author of the harm of which he complains" is, waarop mnr Bertelsmann hom in die huidige verband ook beroep het, kan nie van toepassing gemaak word op die pleitstukke in

die huidige saak nie. Dit is onnodig om 'n mening uit te spreek oor die sienswyse van WILLIAMSON AR oor wat 'n verweerder in hierdie verband hoef te beweer of te bewys. Dit is genoeg om te sê dat paragraaf 3.13 van die eksepsie nie 'n vraag te berde bring wat geskik is om op eksepsie en sonder getuienis beslis te word nie.

Om die voorgaande redes is ek van mening dat hierdie eksepsie tereg deur die hof a quo afgewys is. Volledigheidshalwe kan ek meld dat sekere argumente wat mnr Delport ter bestryding van die eksepsie aangevoer het, nie oorweeg hoef te word nie, naamlik dat die Wetgewer nie kon bedoel het dat artikel 408 hoegenaamd op 'n vrywillige likwidasie deur lede betrekking sou hê nie, en dat die eerste eiser se hoofeis ook as 'n eis ingevolge die actio Pauliana beskou kan word. Oor dié twee aspekte van die betoog spreek ek geen mening uit nie.

Die teenappèl moet dus misluk.

Die appèl het in die eerste plek betrekking op die eerste vier verweerders se eksepsie teen die eerste eiser se tweede alternatiewe eis. Hierdie eis lui soos volg:

> " 28.
>
> Die oorbetalings in paragrawe 15, 17 en 18 hierbo na verwys, is deur Vyfde Verweerder aan Eerste tot Vierde Verweerders gemaak in die bona fide en redelike, maar foutiewe geloof dat Eerste tot Vierde Verweerders geregtig was om die volle bedrag van die oorbetalings van BERGBRIES te ontvang.
>
> 29.
>
> Gemelde oorbetalings het inderdaad die bedrag wat BERGBRIES aan Eerste Eiser verskuldig is, ingesluit en was Eerste tot Vierde Verweerders nie geregtig om die gedeelte van laasgenoemde bedrag wat by die oorbetalings wat aan hul gemaak is, ingesluit was, van Vyfde Verweerder te ontvang nie.
>
> 30.
>
> Eerste Eiser dra nie kennis van die presiese datums waarop gemelde oorbetalings aan Eerste tot Vierde Verweerders gemaak is nie en beperk derhalwe sy tweede alternatiewe eis tot 'n

bedrag van R2,984,410.07, welke bedrag die bedrag verteenwoordig wat BERGBRIES op 13 Mei 1991 (synde die datum waarop die eerste en finale likwidasie- en distribusierekening deur Sesde Verweerder bekragtig is) aan Eerste Eiser verskuldig was. Die bedrag van R2,984,410.07 word soos volg bereken en saamgestel:

Kapitale bedrag van die inkomstebelasting wat deur BERGBRIES aan Eerste Eiser verskuldig is:	R1,632,117.00
Plus: Rente daarop teen 18% per jaar bereken tot 13 Mei 1991:	R1,352,293.07
Totaal	R2,984,410.07

31.

Die pro rata gedeelte wat elke Verweerder meer uit die likwidasie van BERGBRIES ontvang het as waarop hy geregtig was indien Eerste Eiser se eis in berekening gebring is, beloop:

in die geval van Eerste Verweerder:	R994,803.33
in die geval van Tweede Verweerder:	R994,803.33
in die geval van Derde Verweerder:	R845,582.83
in die geval van Vierde Verweerder:	R149,220.51

32.

In die lig van die voorafgaande, is Eerste

> Verweerder ongeregverdig teenoor Eerste Eiser verryk in gemelde bedrag van R994,803.33, is Tweede Verweerder ongeregverdig teenoor Eerste Eiser verryk in gemelde bedrag van R994,803.33, is Derde Verweerder ongeregverdig teenoor Eerste Eiser verryk in gemelde bedrag van R845,582,83 en is Vierde Verweerder ongeregverdig teenoor Eerste Eiser verryk in gemelde bedrag van R149,220.51."

Die eksepsie wat teen hierdie eis aangeteken is, is saamgeflans met 'n eksepsie teen een van die tweede eiser se eise - die tweede eiser se eerste alternatiewe eis. ('n Mens moet kop hou hier.) Laasgenoemde eis lui net soos die een wat ek sopas aangehaal het, behalwe dat die woorde "Eerste Eiser" in die eerste reël van paragraaf 30 en dwarsdeur paragraaf 32 vervang is deur die woorde "Tweede Eiser". Die saamgestelde eksepsie teen die twee eise lui soos volg:

> " 4.
>
> 4.1 Eerste Eiser se tweede alternatiewe eis teen Eerste tot Vierde Verweerders en Tweede Eiser se eerste alternatiewe eis teen Eerste tot Vierde Verweerders is

gebaseer op die <u>condictio indebiti</u>, alternatiewelik verryking.

4.2 Geen gemeenregtelike aksie is beskikbaar vir 'n onbetaalde krediteur van 'n maatskappy teen 'n aandeelhouer, alternatiewelik aandeelhouers wat meer uit die ontbinding van die maatskappy ontvang het as wat hy sou ontvang het as die krediteur behoorlik betaal is nie.

4.3 Geen algemene verrykingsaksie bestaan in die Suid-Afrikaanse Reg nie.

4.4 In ieder geval voer Eerste tot Vierde Verweerders aan dat insoverre Eerste tot Vierde Verweerders verryk mag wees in die bedrae soos na verwys in onder andere paragraaf 45 van Tweede Eiser se eerste alternatiewe eis teen Eerste tot Vierde Verweerders (wat ontken word), enige sodanige verryking nie ten koste van Tweede Eiser geskied het nie.

4.5 Bygevolg openbaar Eerste Eiser se tweede alternatiewe eis en Tweede Eiser se eerste alternatiewe eis teen Eerste tot Vierde Verweerders nie 'n skuldoorsaak nie.

4.6 <u>In die alternatief, alternatiewelik kumulatief tot 4.1 tot 4.5</u>:

4.6.1 Die Eerste tot Vierde Verweerders was aandeelhouers in Bergbries.

4.6.2 'n Aandeelhouer van 'n maatskappy is onder omstandighede soos beweer deur Eisers regtens nie aanspreeklik vir die skulde van 'n maatskappy waarvan hy lid is nie.

4.6.3 Bygevolg openbaar hierdie eise van Eerste en Tweede Eisers geen

skuldoorsaak nie."

Die kern van die eksepsie is geleë in paragrawe 4.1 tot 4.3 daarvan. Dit is klaarblyklik gegrond op die beslissing in Rapp and Maister Holdings Ltd v Ruflex Holdings (Pty) Ltd 1972 (3) SA 835 (T). In daardie geval het die hof te doen gehad met 'n appèl teen die beslissing van 'n landdros, waarin hy 'n eksepsie teen die eiser se dagvaarding gehandhaaf het. Die eiser het beweer (om dit kort te stel) dat hy 'n vordering gehad het teen 'n maatskappy; dat die maatskappy vrywillig gelikwideer is deur sy lede; dat die Meester die likwidateur se finale likwidasie- en distribusierekening bekragtig het; dat 'n sekere bedrag ingevolge die rekening aan die verweerder, wat 'n aandeelhouer in die maatskappy was, uitbetaal is; dat die maatskappy daarna ontbind is; dat die eiser se eis onbetaal gebly het (vermoedelik was dit nie in die rekening gereflekteer

nie); en dat die verweerder dientengevolge meer ontvang het as wat die geval sou gewees het indien die eiser se eis betaal was. Die eiser se eis teen die verweerder was vir die betaling van die verskil tussen die twee bedrae. Die ooreenstemming tussen die feite in daardie geval en dié in die onderhawige saak lê voor die hand.

Die eksepsie teen die eiser se dagvaarding was daarop gegrond dat dit nie 'n skuldoorsaak openbaar het nie, omrede die verweerder as 'n aandeelhouer van die maatskappy nie aanspreeklik gehou kon word vir die skulde van die maatskappy nie. Die appèl teen die handhawing van die eksepsie is van die hand gewys. Uit die uitspraak van die hof, wat gelewer is deur GALGUT R, blyk dit (op 836H-837E) dat daar namens die eiser aangevoer was dat hy met die condictio indebiti die bedrag in geskil van die verweerder kon terugvorder, na analogie van die

erkende reg van 'n onbetaalde skuldeiser in 'n bestorwe boedel om van 'n erfgenaam of legataris die bedrag op te eis wat laasgenoemde ontvang het meer as wat hy sou ontvang het indien die skuldeiser betaal was, soos byvoorbeeld blyk uit die beslissings in De Villiers v Bullbrand Fertilizers Ltd 1941 TPD 131 op 133 en Prinsloo v Woolbrokers Federation Ltd 1955 (2) SA 298 (N) op 299. Van hierdie betoog het GALGUT R die volgende gesê (op 837F-838 bo-aan):

> "I cannot accept these submissions by counsel. Firstly, it is established under the common law that an action will lie at the instance of an unpaid creditor of a deceased person against an heir or legatee who has been paid more than he should have been paid out of the assets of the estate. Whether that action is described as a condictio indebiti or whether it is based upon the principle of unjust enrichment, does not matter. It is an action granted by the common law. See the remarks of BROOME, J.P., in Prinsloo v Woolworths Federation, Ltd., supra at p. 299. There is no such common law action available to an unpaid creditor of a company against a shareholder who has received more on dissolution of the company than he would have received; had the creditor been paid. Secondly it has been held that

> there is no general action for enrichment in our law. Before a plaintiff can succeed on a claim based on unjust enrichment he must show that his cause of action falls within the scope of one of the recognised actions for enrichment in our law. The dicta in Nortje en 'n Ander v. Pool, N.O., 1966 (3) S.A. 96 (A.D.) at pp. 139 and 140, leave one in no doubt that our law does not regard the rule against unjust enrichment as creating a legal obligation independently of one or the other recognised enrichment actions and regardless of particular circumstances. As plaintiff has no common law action to assist it and as the alleged enrichment does not arise from one of the recognised enrichment actions it must fail unless the Companies Act assists it."

(Wat die laasgenoemde kwalifikasie betref, het hy onderaan dieselfde bladsy tot die volgende gevolgtrekking gekom:

> "It is sufficient to say that there is nothing in the Companies Act which directly or indirectly assists the plaintiff or disturbs the common law position as set out above.")

In die hof a quo het ROUX R, toe hy die eksepsie wat nou onder bespreking is, gehandhaaf het, opgemerk dat hy gebonde was om die uitspraak in Rapp

and Maister Holdings te volg. In hierdie Hof het mnr Delport betoog dat daardie uitspraak verkeerd was en ons uitgenooi om so te bevind. Ek behandel vervolgens die betoog.

Ter aanvang is dit nodig om 'n paar opmerkings te maak oor die aanwending van die condictio indebiti op die gebied van die bereddering van bestorwe boedels. Mnr Delport het daarop gewys dat dit oor 'n tydperk van meer as 'n eeu in ons regspraak aanvaar is dat 'n erfgenaam, legataris of ander bevoordeelde wat meer uit die boedel ontvang het as wat die geval sou gewees het indien die betrokke skuldeiser se eis betaal was, met die condictio indebiti aangespreek kan word, hetsy deur die eksekuteur, as hy nog nie uit sy amp ontslaan is nie, hetsy deur die onbetaalde skuldeiser self. Van die oudste sake waarin hierdie reël sy beslag gekry het, is The Liquidators of the Paarl Bank v Roux and Others (1891) 8 SC 205 op 208

en <u>Watson's Executor v Watson's Heirs</u> (1891) 8 SC 283 op 287. Dit is onnodig om die lang lys van daaropvolgende sake waarin die reël aanvaar en toegepas is en wat mnr <u>Delport</u> aan ons voorgehou het, hier te noem (die meeste van dié voor 1964 word gesiteer in <u>Mosam and Another v De Kamper</u> 1964 (3) SA 794 (T) op 796F-797A). Sommige akademici is krities teenoor die standpunt van die regspraak, ten dele omdat daar gesê word dat dit nie op voldoende gemeenregtelike gesag berus nie, en ten dele omdat daar gemeen word dat daar nie aan die vereistes (bv die <u>sine causa</u>-vereiste) van aanspreeklikheid op grond van verryking voldoen word nie; ander skrywers is van mening dat die standpunt voldoende aanknopingspunte in die gemenereg het en dat die reël 'n goeie en gesonde een is (sien bv prof J C van der Walt in 1966 <u>THRHR</u> 220 teenoor prof Wouter de Vos in <u>Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg</u> (3de uitg) op 172-

180). Sover ek weet, het hierdie Hof nog nie die geleentheid gehad om hom oor die aangeleentheid uit te spreek nie. Dit is na my mening uiters twyfelagtig of hierdie Hof bereid sou wees om oorweging te skenk aan die verwerping van 'n reël wat so lank reeds gevestig en so diep ingewortel is in ons regspraktyk. Ons is inderdaad nie in die huidige saak gevra om dit te doen nie. Mnr Bertelsmann het nie die geldigheid van die reël op die gebied van die erfreg betwis nie, maar hom beperk tot die argument dat dit nie na die omstandighede van die huidige geval uitgebrei kan of behoort te word nie. Met die oog op wat later hieronder volg, is dit in ieder geval onnodig om 'n finale mening uit te spreek oor die vraag of die bestaan van die reël in die erfreg nou nog aanvegbaar sou wees. By ontstentenis van enige betoog tot die teendeel, aanvaar ek die stand van die reg soos dit blyk uit die regspraak in die

lang reeks sake waarna ek verwys het.

In die uittreksel uit die uitspraak van GALGUT R in <u>Rapp and Maister Holdings</u> wat hierbo aangehaal is, word gesê dat daar geen gemeenregtelike aksie beskikbaar is vir 'n onbetaalde skuldeiser van 'n maatskappy teen 'n aandeelhouer wat by ontbinding van die maatskappy meer ontvang het as wat hy sou ontvang het as die skuldeiser betaal was nie. Daaraan word dan die volgende stelling gekoppel, wat grondliggend is tot die beredenering:

> "Before a plaintiff can succeed on a claim based on unjust enrichment he must show that his cause of action falls within the scope of one of the recognised actions for enrichment in our law."

Ek kan, met eerbied, nie met hierdie benadering saamstem nie. Dit gee voor om gebaseer te wees op die meerderheidsuitspraak in <u>Nortje en 'n Ander v Pool N O</u> 1966 (3) SA 96 (A) op 139 en 140. Na my mening is die meerderheidsuitspraak in daardie veel-

besproke saak geen gesag vir die benadering van die hof *in* Rapp and Maister Holdings *nie. Die feite in* Nortje en 'n Ander v Pool N O is te welbekend om weer hier uiteengesit te word. Vir huidige doeleindes hoef slegs gemeld te word dat een van die argumente wat namens die appellant aangevoer was, was dat die vergoedingsaksie van 'n bona fide possessor vir nuttige verbeterings, wat reeds in die regspraak uitgebrei was tot bona fide okkupeerders, by wyse van analogie verder uitgebrei moes word om ook die eis te omvat van 'n bona fide okkupeerder vir nuttige uitgawes waardeur die waarde van die grond verhoog is sonder dat tasbare verbeterings daarop aangebring is. In die meerderheidsuitspraak is hierdie betoog verwerp, maar daar is nêrens in die uitspraak, soos ek dit verstaan, enige aanduiding dat die voorgestelde uitbreiding in beginsel onmoontlik sou wees nie. Die teendeel blyk trouens duidelik. Met verwysing na

uitbreidings in die verlede, word daar gesê (op 133F-G):

> "Dat die gemeenregtelike condictiones sine causa 'n ontwikkeling in die Suid-Afrikaanse reg ondergaan het ten einde ongeregverdigde verryking ten koste van 'n ander meer effektief teen te werk, en dat verrykingsaanspreeklikheid om dieselfde rede deur ons Howe erken is waar die omstandighede nie streng binne die aanwendingsgebied van bedoelde condictiones geval het nie, maar tog analogies daaraan was, val nie te ontken nie."

En met verwysing na moontlike uitbreidings in die toekoms (op 132B-C):

> "Ek sou nie wou voorgee dat die reël teen die ongeregverdigde verryking van iemand ten koste van 'n ander, onder geen omstandighede die skepping van so 'n aksie, wat tot 'n mate analogies sou wees aan dié van die bona fide okkupeerder vir vergoeding ten opsigte van verbeterings op grond aangebring, in gepaste gevalle sou regverdig nie."

Die werklike ratio van die meerderheidsbelissing in Nortje se saak op hierdie punt is na my mening te vind in die bespreking, op 132D-133C, van die verskillende probleme wat voorsien is indien die

voorgestelde uitbreiding aanvaar sou word. Die uitwysing van die probleme word afgesluit met die volgende gevolgtrekking (op 133C-D):

> "Hulle toon egter ook dat die skepping van 'n vergoedingsaksie in 'n geval soos die huidige onwenslik is, en nie noodwendig 'n billike uitwerking sal hê nie. Ek meen dus dat hierdie nie 'n geval is waarop die ietwat analogiese vergoedingsaksie van die bona fide okkupeerder ten opsigte van verbeterings wat hy op die betrokke grond aangebring het, toegepas kan word nie."

Die analogiese toepassing van die bestaande aksie is verwerp omdat die feite van die geval dit nie regverdig het nie (na die mening van die meerderheid; die minderheid het daaroor verskil). Dit blyk ook uit die opsomming aan die einde van die uitspraak (op 140A-B; my beklemtoning):

> "Myns insiens, dus, is eisers se vordering regtens ongegrond omdat dit nie binne die aanwendingsgebied van enige van die erkende verrykingsaksies van ons reg tuisgebring kan word nie, en die omstandighede daarvan nie die erkenning van verrykingsaanspreeklikheid regverdig nie, en voorts omdat daar geen algemene verrykingsaksie in ons reg bestaan uit hoofde

waarvan eisers op verligting geregtig is nie."

Drie oorwegings word hier genoem. Dit is duidelik, meen ek, dat die eerste een (wat aangewend is in Rapp and Maister Holdings) nie bedoel was as 'n alleenstaande grond vir die verwerping van die eis, afgesien van die tweede een nie (die derde een gaan ons op die oomblik nie aan nie).

Dit kom my voor dat daar twee uitlatings in die meerderheidsuitspraak is wat moontlik aanleiding tot misverstand kon gegee het. Die eerste (op 132A/B) is dat die Hof gevra is "om 'n nuwe aksie te skep wat nie voorheen in ons reg bestaan het nie". Dit is oënskynlik aangegee as 'n rede waarom die appellant se betoog ten gunste van die voorgestelde uitbreiding nie aanvaar kon word nie. As deel van die motivering van die meerderheid se gevolgtrekking kan dié uitlating na my oordeel nie verder geneem word as om bloot beskrywend te wees van die meerder-

heid se beskouing van die aard van die voorgestelde uitbreiding met verwysing na die feite wat daar onder oorweging was nie. Dit kan sekerlik nie beskou word as die stelling van 'n algemeen-geldende reël dat die blote feit dat verrykingsaanspreeklikheid in enige gegewe omstandighede wat voor die hof dien nog nie vantevore erken is nie, noodwendig meebring dat die hof nie by magte is om dit tog te erken nie. Die uitlating is nie vatbaar vir so 'n uitleg nie, omdat dit lynreg in stryd sou wees met die daaropvolgende gedeeltes van die uitspraak wat ek hierbo aangehaal het. Die tweede uitlating (op 139H) is dat die reël teen ongeregverdigde verryking nêrens as 'n verbintenisskeppende feit aanvaar is "los van bepaalde omstandighede" nie. Dit is gesê in die samehang van 'n bespreking van die betoog namens die appellant dat daar in ons reg 'n algemene verrykingsaksie bestaan "los van enige spesifieke verrykingsaksie en los van

bepaalde omstandighede" (op 135E). My begrip van die betekenis van hierdie uitlating is die volgende. Die gedagte van 'n algemene verrykingsaksie roep die beeld op van 'n stel reëls wat in die algemeen geformuleer word as bepalend van die bestaan al dan nie van verrykingsaanspreeklikheid in enige omstandighede wat hulle mag voordoen; uit die ad hoc beslissings van die verlede word beginsels geëkstraheer wat eensklaps sal geld as algemene norme vir die oplossing van alle gevalle wat daarna mag voorkom. Van hierdie beeld, soos ek die saak insien, het die meerderheid van die Hof in Nortje se saak teruggedeins, en om daardie rede klem gelê op die "bepaalde omstandighede" van vorige en toekomstige sake. Aldus beskou, doen die uitlating nie afbreuk aan die hof se bevoegdheid om verrykingsaanspreeklikheid te aanvaar in omstandighede waaronder dit nog nie voorheen aanvaar is nie.

'n Onlangse voorbeeld van die uitoefening van die hof se pasgemelde bevoegdheid blyk uit hierdie Hof se beslissing in Willis Faber Enthoven (Pty) Ltd v Receiver of Revenue and Another 1992 (4) SA 202 (A). Die voorheen-bestaande reël dat 'n regsdwaling nie aanleiding kan gee tot die condictio indebiti nie, is omvergewerp. Dit is gedoen op grond van die oorwegings wat in die uitspraak van HEFER AR behandel word, en wat gelei het tot die gevolgtrekking (op 223G) dat regsbeleid die afskaffing van 'n reël wat merendeels tot onreg aanleiding gegee het, vereis het. In die loop van sy uitspraak het HEFER AR, met verwysing na die welbekende beskrywing van LORD TOMLIN van die Romeins-Hollandse reg as "a virile living system of law" (Pearl Assurance Co Ltd v Government of the Union of South Africa 1934 AD 560 op 563), die volgende gesê (op 220E):

> "This being the nature of our system, the Courts should not hesitate to adapt a principle

which is found not to be in line with present-day developments in the particular branch or other branches of the law. As Innes CJ aptly said in Blower v Van Noorden 1909 TS 890 at 905:

> 'There come times in the growth of every living system of law when old practice and ancient formulae must be modified in order to keep in touch with the expansion of legal ideas, and to keep pace with the requirements of changing conditions. And it is for the Courts to decide when the modifications, which time has proved to be desirable, are of a nature to be effected by judicial decision, and when they are so important or so radical that they should be left to the Legislature.'"

Die aangehaalde woorde van INNES HR gee aanleiding tot die gedagte dat die meerderheid van die Hof in Nortje en 'n Ander v Pool N O supra moontlik gekant was teen die erkenning van 'n algemene verrykingsaksie omdat die vasstelling en neerlegging van algemene en universeel-geldende norme om aanspreeklikheid te vestig en te begrens, beskou is as 'n onderneming van wetgewende eerder as regsprekende aard. So 'n

beskouing kan egter nie beteken dat die hof daarvan weerhou word om in 'n bepaalde geval verrykingsaanspreeklikheid te aanvaar bloot omdat dit nog nie vantevore in dieselfde, of selfs soortgelyke, omstandighede erkenning gevind het nie. In so 'n geval sal daar natuurlik aandag geskenk moet word aan die vraag of uitbreiding of nuwe ontwikkeling nodig of wenslik is, en daarby sal daar gekyk moet word na die bestaande presedente, sowel oud as jonk, en vanselfsprekend ook na die bydraes van akademiese skrywers wat voorstelle uitgewerk het van algemene maatstawwe om aanspreeklikheid te vestig en te begrens (sien veral De Vos op cit Hoofstuk VII op 328 e v).

In Rapp and Maister Holdings supra is die eiser se aanspraak op die analogiese aanwending van die condictio indebiti afgewys enkel en alleen op die grond dat sy eis nie tuisgebring kon word onder enige van die reeds bestaande en erkende verrykingsaksies

nie. Om die redes hierbo aangegee, kan daardie <u>ratio</u> van die beslissing na my mening nie staande gehou word nie.

In die huidige saak is paragraaf 4.2 van die eksepsie tans onder bespreking presies geskoei op die lees van die pasgemelde <u>ratio</u>. Gevolglik opper dit geen geldige beswaar teen die eise waarteen dit gemik is nie. Dit is nodig om daarop te wys dat die eksepsiegrond in paragraaf 4.2 slegs (by wyse van implikasie) die punt opper dat die eisers <u>in beginsel</u> nie aanspraak <u>kan</u> maak op die analogiese aanwending van die <u>condictio indebiti</u> nie. Op dié punt is die beslissing nou dat die eisers in beginsel wel daarop aanspraak kan maak. Daarmee word hierdie eksepsiegrond afgewys en is dit uitgewerk. Mnr <u>Bertelsmann</u> het nietemin aangevoer dat die analogiese aanwending van die <u>condictio indebiti</u> aan die hand van <u>die feite van hierdie geval</u> nie toegelaat <u>behoort</u> te word nie,

onder meer omdat daar 'n hoë mate van nalatigheid van die kant van die eerste eiser was (deur nie toe te sien dat die rekening nie bekragtig word nie) en omdat daar geen "onbehoorlike gedraging" van die kant van die eerste vier verweerders was nie. Hierdie betoog is misplaas. Afgesien daarvan dat dit nie gedek word deur die gronde van die eksepsie nie, is dit in ieder geval nie moontlik om daaroor uitsluitsel te gee in die eksepsie-stadium van die saak nie. Die bewerings in die besonderhede van vordering is voldoende om 'n eisoorsaak uit te maak, maar te karig om die meriete daarvan te beoordeel. As dit eenmaal bevind word (soos ek wel bevind) dat die eisers se eise in beginsel ontvanklik is, dan kan die vraag of die eisers uiteindelik behoort te slaag, nie beoordeel word sonder dat al die feite wat ter sake mag wees, by wyse van getuienis by die verhoor uitgepluis is nie. Eers dan sal daar

bepaal kan word of die analogiese aanwending van die condictio indebiti in hierdie saak aangewese is al dan nie.

Uit die gevolgtrekkings wat tot sover bereik is, volg dit dat dit onnodig is om oorweging te skenk aan paragraaf 4.3 van die eksepsie. Paragrawe 4.2 en 4.3 is klaarblyklik samehangend met mekaar: as een van die twee bene van die aanval misluk, is die ander een nie meer ter sake nie. In ieder geval moet ek daarop wys dat, nadat mnr Delport in sy skriftelike betoogshoofde breedvoerig betoog het dat hierdie Hof nou 'n algemene verrykingsaksie behoort te erken, mnr Bertelsmann nie kans gesien het om tot die teendeel te betoog nie; hy het trouens uitdruklik bevestig dat hy mnr Delport se betoog ondersteun (maar hy wou aanvoer dat die vereistes van so 'n aksie nie hier bevredig is nie; hy is nie toegelaat om dit te doen nie, omdat dié aangeleent-

heid nie in die gronde van die eksepsie geopper is nie). Op hierdie manier het mnr Bertelsmann paragraaf 4.3 van die eksepsie as 'n geskilpunt uit die arena onttrek en val daar verder niks daaroor te sê nie.

Dit is ook onnodig om op paragraaf 4.4 van die eksepsie in te gaan. Dit dien geen nuttige doel in die beregting van hierdie saak nie. Dit het slegs betrekking op die tweede eiser se eerste alternatiewe eis, en om die punt wat geopper word nou op eksepsie te beslis, sal hoegenaamd nie die verloop van die verhoor verkort of vergemaklik nie. As dit uiteindelik sou blyk dat die eerste vier verweerders wel op grond van ongeregverdigde verryking aanspreeklik is, sal dit geriefliker wees om by die verhoor uit te maak watter een van die twee eisers se vordering toegestaan moet word.

Paragraaf 4.6 van die eksepsie hang saam

met paragraaf 4.2 daarvan, en voer dit niks verder nie.

Om die voorgaande redes is my gevolgtrekking dat die hof a quo gefouteer het deur die eksepsies teen die eerste eiser se tweede alternatiewe eis en die tweede eiser se eerste alternatiewe eis te handhaaf.

Die laaste oorblywende eksepsie kan kortliks afgehandel word. Dit is gerig teen die tweede eiser se hoofeis. Hierdie eis stem in alle wesenlike opsigte ooreen met die eerste eiser se hoofeis, vroeër aangehaal, behalwe dat "Eerste Eiser" deurgaans, waar toepaslik, vervang is deur "Tweede Eiser". Die eksepsie lui soos volg:

" 5.

5.1 Tweede Eiser beweer in paragraaf 39 van die besonderhede van eis dat Bergbries skade gely het in die bedrag van R3,264,234.00.

5.2 Dit is egter Tweede Eiser se saak dat gemelde bedrag óf aan Eerste Eiser

toegekom het, óf aan Tweede Eiser vir oorbetaling aan Eerste Eiser.

5.3 Die blote feit dat die voormelde bedrag uit Bergbries onttrek is, beteken nie dat Bergbries skade gely het nie aangesien Bergbries in elk geval nie op die voormelde bedrag geregtig was nie.

5.4 <u>In die alternatief tot 5.2 en 5.3</u>:

5.4.1 Bergbries is gelikwideer en bestaan as entiteit nie meer nie.

5.4.2 'n Nie-bestaande entiteit kan nie skade ly nie.

5.5 Bygevolg openbaar die besonderhede van eis in hierdie verband nie 'n skuldoorsaak nie."

Die hof <u>a quo</u> het die twee gronde van hierdie eksepsie, in paragrawe 5.3 en 5.4, albei as geldig beskou. Ek kan, met eerbied, nie saamstem nie. As rede waarom Bergbries nie skade sou gely het as gevolg van die onttrekking van die geld uit Bergbries nie, word alleenlik aangevoer dat Bergbries "in elk geval nie op die voormelde bedrag geregtig was nie". Maar dit is regtens geen rede om te sê dat Bergbries nie skade gely het nie. Toe die eerste vier verweerders, in samespanning met die vyfde

verweerder, die geld vir hulleself toegeëien het (volgens die tweede eiser se bewerings), was die geld Bergbries s'n, en dit was nie minder so nie omdat die geld uiteindelik, as deel van die bereddering van Bergbries se boedel, aan iemand anders sou toegekom het. Totdat die bereddering van die boedel behoorlik afgehandel is, het Bergbries die eienaar van die geld gebly en was hy steeds "geregtig" daarop. Voorts is dit eenvoudig verkeerd om te sê: "Bergbries is gelikwideer en bestaan as entiteit nie meer nie". Bergbries sou "as entiteit" eers tot 'n einde gekom het met sy ontbinding, wat nog nie plaasgevind het nie. Hierdie eksepsie moes afgewys gewees het.

Dit volg dus dat die appèl moet slaag.

Die bevel van die Hof is soos volg:

1. Die appèl word gehandhaaf, met koste, insluitende die koste van twee advokate.

2. Die teenappèl word van die hand gewys, met koste, insluitende die koste van twee advokate.

3. Die bevel van die hof _a quo_ word tersyde gestel en vervang deur die volgende bevel:

> "Die eksepsies word van die hand gewys, met koste, insluitende die koste van twee advokate."

A S BOTHA AR

KUMLEBEN AR

F H GROSSKOPF AR

NIENABER AR

KANNEMEYER Wnd AR

STEM SAAM