

VRYSTAATSE HOË HOF, BLOEMFONTEIN
REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA

Appèlnommer : A329/2010

In die appèl van:-

RICHARD KHUDUGA

Appellant

en

JOHN ALEC DIRKSEN

Respondent

CORAM: HANCKE, R *et* RAMPAL, R *et* KUBUSHI, WND R

AANGEHOOR OP: 17 OKTOBER 2011

UITSPRAAK DEUR: HANCKE, R

GELEWER OP: 20 OKTOBER 2011

- [1] Die huidige appèl is gerig teen 'n uitspraak en vonnis van Mocumie, R in die guns van die respondent (die eiser in die hof *a quo*) teen die appellant (verweerder in die hof *a quo*) wat verleen is vir die bedrag van R152 848,08 tesame met 'n gepaste bevel vir rente en koste. Hierinlater word na die partye onderskeidelik verwys as “eiser” en “verweerder”.
- [2] Die eiser se aksie teen die verweerder is gebaseer op 'n ooreenkoms wat soos in die besonderhede van vordering

gepleit is:

4.

“Op of ongeveer September 1999 en te Bloemfontein, het Eiser en Verweerder ‘n mondelinge ooreenkoms aangegaan waarvan die uitdruklike, alternatiewelik stilswyende, alternatiewelik geïmpliseerde terme die volgende was:

- 4.1 Barc Funeral Services Bk h/a R & B Motors sou afgesien van sy normale verkope van brandstofprodukte ook elektrisiteitsverkope doen vanaf die perseel te Rembrandtsingel 38, Heidedal, Bloemfontein, 9301;
- 4.2 Die verkope van die elektrisiteit sou in aanvang neem op 1 Desember 1999 en vir ‘n onbepaalde tydperk geld;
- 4.3 Die lede van die voormelde Beslote korporasie sou geregtig wees op winsdeling vanuit die beslote korporasie aan die einde van elke finansiële jaar, op die basis van 50% (vyftig persent) van die totale elektrisiteitsverkope-kommissie deur die beslote korporasie verdien, wat aan elke lid toegedeel sou word.”

5.

Barc Funeral Services Bk h/a R & B Motors het vanaf Oktober 1999 tot en met April 2003 totale kommissie van R305,696.17 verdien met elektrisiteitsverkope.

6.

- 6.1 Die bedrag van R305,696.17, synde kommissie verdien op elektrisiteitsverkope deur die voormelde beslote korporasie, moes in die bankrekening van die beslote korporasie gedeponeer word in en as gevolg van 'n tjekbetaling deur die munisipaliteit in hierdie verband.
- 6.2 Verweerder het die totale kommissie in die voormelde bedrag opsetlik en onregmatiglik vir homself toegeëin as sy eiendom deurdat hy:
- 6.2.1 In die uitsluitlike beheer van Barc Funeral Services BK h/a R & B Motors was wat betref elektrisiteits-verkope sowel as brandstof produkte;
- 6.2.2 Verweerder het toegesien dat telkens wanneer 'n tjek van die munisipaliteit vir die kommissies verdien deur die beslote korporasie, beskikbaar geraak het, gemelde tjek vir homself toegeëin het deur dit vir eie rekening te wissel;
- 6.2.3 Alternatiewelik tot 6.2.2 hierbo en op gelykluidende datum wanneer sodanige tjeks van die munisipaliteit inderdaad gedeponeer is in die bankrekening van die beslote korporasie, kontant wat uit verkope van brandstofprodukte van die beslote korporasie gedoen is, vir homself toe te eien in dieselfde bedrag as dit wat in die bankrekening van die beslote korporasie gedeponeer is as synde kommissie op elektrisiteitsverkope.

7.

- 7.1 Barc Funeral Services BK h/a R & B Motors is gelikwideer deur bogemelde Agbare Hof en is Mnr Charl Johannes Stander aangestel as die likwidadeur.
- 7.2 Soos op datum van likwidasië was Verweerder 'n debiteur van voormelde Barc Funeral Services BK in soverre as wat hy opsetlik en onregmatiglik fondse wat aan die beslote korporasie toegekom het, vir homself toegeëin het in die totale bedrag van R305 696.17, synde gelde ontvang vir elektrisiteits-verkope, alternatiewelik kontantgelde ontvang van brandstofprodukte welke deur hom onttrek is in ruil vir die tjek van die kommissie van elektrisiteits-verkope wat in die beslote korporasie se bankrekening gedeponêr is.”

[3] In sy verweerskrif erken verweerder die bewerings gemaak in paragrawe 4.1 en 4.2 hierbo. Ten opsigte van 4.3 pleit die verweerder soos volg:

“Die Verweerder pleit dat die lede van die beslote korporasie geregtig sou wees op winsdeling vanuit die beslote korporasie aan die einde van elke finansiële jaar, welke winsdeling sou insluit die totale kommissie verdien uit die elektrisiteitsverkope deur die beslote korporasie.”

- [4] Verder erken die verweerder ook dat die totale kommissie gedurende voormelde tydperk inderwaarheid R305 696,17 beloop het. Wat eiser se bewering dat verweerder die totale kommissie “opsetlik en onregmatiglik vir homself toegeëin” het as sy eiendom, word dit “ontken asof met elk afsonderlik gehandel en word die eiser tot bewys daarvan geplaas”.
- [5] Dit is gemene saak dat R & B Motors gelikwideer is en dat die eiser beskik oor ‘n sessie aan hom verskaf deur die likwidateur vir die invordering van hierdie kommissie.
- [6] ‘n Party wat op ‘n ooreenkoms steun moet al die terme (hetsy uitdruklik of stilswyend) van die ooreenkoms waarop hy steun, bewys.¹ Dit is ook geykte reg dat ‘n party al die bewerings waarop hy steun, synde die *facta probanda* moet bewys ten einde met sy vordering suksesvol te wees.
- [7] Mnr Hefer het namens die verweerder toegegee dat respondent wel daarin geslaag het om aan te toon dat die verweerder vir homself op ‘n stadium die kommissie ten

¹ **Amler’s Precedence of Pleadings** (7de Uitgawe) deur L T C Harms; **KRIEGLER V MINITZER AND ANOTHER** 1949 (4) SA 821 veral te 827; **TOPAZ KITCHENS (PTY) LTD V NABOOM SPA (EDMS) BPK** 1976 (3) SA 470 (A)

aansien van die elektrisiteitsverkope toegeëin het, soos beweer, maar het betoog dat eiser nie daarin geslaag het om aan te toon dat die verweerder die totale bedrag ten aansien van die kommissie, soos gevorder, vir homself toegeëin het nie.

- [8] Benewens die eiser het 'n boekhouer, mnr Du Plessis, getuig. Die basis van die eiser se getuienis was dat hy en die verweerder hierdie mondelinge ooreenkoms aangegaan het en dat elektrisiteit aldus verkoop is vanaf Oktober 1999 tot April 2003 en dat die kommissie gelykop gedeel moes word op 'n 50/50 basis. Dit is eiser se getuienis, wat ook nie betwis is nie, dat hy nooit enige kommissie ontvang het nie en dat dit die verweerder was wat die besigheid bedryf het, insluitende die verkope van elektrisiteit asook alle finansiële aangeleenthede van die beslote korporasie. Eiser het getuienis aangebied dat die deposito's wat gemaak was in die bankrekening van R & B Motors, minder was as die totale bedrag van verkope van petrol en dat by elkeen van hierdie geleenthede, die bedrag min of meer dieselfde bedrag was as die wat by wyse van 'n tjek deur die Mangaung Munisipaliteit ten opsigte van kommissie in die rekening

inbetaal is. Verder blyk dit uit die getuienis van mnr Du Plessis, die voormalige boekhouer van die beslote korporasie, dat ooreenkomstig die finansiële state van die beslote korporasie, die elektrisiteitsverkope nie ingesluit was in die finansiële state van die beslote korporasie nie.

[9] Wat die getuienis van die verweerder betref, maak hy reeds in hoofgetuienis die stelling dat die eiser nie meer wou deelneem in hierdie koopkragooreenkoms nie. Verweerder beweer ook in sy hoofgetuienis dat die 50/50 reëling net sou geld indien elkeen van hulle 50/50 sekuriteit sou gee, dit ten spyte van die feit dat die eiser die eerste sekuriteit ten volle gestel het. Later verklaar hy dat die wins ten aansien van die koopkrag inderdaad prakties op die basis van 50/50 verdeel is tussen die partye.

[10] Dit blyk dus dat wat die eiser gepoog het om te bewys deel geword het van die verweerder se getuienis in hoof toe hy getuig dat die munisipaliteit die kommissie inbetaal het, hy 'n soortgelyke bedrag in kontant geneem het. Verder getuig hy dat die eiser hom meegedeel het hy stel nie meer belang in die elektrisiteitskommissie nie en dat die besigheid nou

uiteindelik die verweerder s'n was. Insiggewend is ook die verweerder se getuienis dat hy toe van oordeel was dat die sisteem in elk geval nooit gewerk het nie, want die geld is in 'n kluis gehou en moes van tyd tot tyd weer in die rekening terug gedeponeer word. Hy was van oordeel dat Barc al die gelde opgesuig het en gevolglik het hy 'n rekening geopen in sy vrou se naam, waarna al hierdie gelde in daardie rekening gedeponeer is. Dit blyk dan ook later dat verweerder getuig dat reeds op 4 Mei 2001 hy die geld direk oorbetaal het in sy vrou se bankrekening nadat dit aldus geopen is.

[11] Ten opsigte van die sekuriteitstelling getuig hy soos volg:

“So wat u nou eintlik vir my sê is, vanaf die oomblik wat u die borg gestaan het, was alle kommissies u en u vrou s'n? ... Dit was veronderstel om so te wees ja.

En het u en u vrou dit vir uself gevat? – Ons het probeer wat nie kon realiseer met die bewyse wat ek vir u gegee het.

U het probeer om dit te vat? – Ja.”

[12] Ten opsigte van sy getuienis dat nadat hy borg gestaan het vir die krag was hy allenyg betrokke by die krag en dus uitsluitlik geregtig op die opbrengs daarvan. Op 'n vraag of

hy dit vir sy regsverteenwoordigers gesê het, antwoord hy:

“Ek dink ek het al baie keer duidelik gestel.”

[13] Later in kruisverhoor verklaar hy die volgende:

“Miskien het ek dit nie vir hulle gesê nie, want soos ek vir u sê ek het saam met baie prokureurs gewerk, ek het saam met ander mense gewerk en ek het dit daarso genoem.”

Op ‘n vraag of verweerder vir eiser 50% betaal het, verklaar hy onomwonde dat eiser nie ‘n sent van hierdie elektrisiteitskommissie ontvang het nie.

[14] Dit is van belang om daarop te let dat die verweerder se weergawe in skrilte kontras is met wat in die pleitstukke gemene saak was, asook met die bewerings in sy opponerende eedsverklaring ter opponering van die aansoek om summere vonnis. In hierdie verklaring was dit die verweerder se weergawe dat alle gelde inderdaad inbetaal is in die rekening van R & B Motors vir die tydperk Oktober 1999 tot April 2003. In gemelde verklaring meld hy dat

Fadoek BK die besigheid van die motorhawe oorgeneem het, sowel as die elektrisiteitsverkope vanaf Mei 2003. Nêrens in gemelde verklaring word gemeld dat hy die geld vir homself toegeëin het, omdat die eiser nie belanggestel het om deel te wees van die ooreenkoms nie, maar dat hy in elk geval uit sy eie uit teruggeploeg het in die beslote korporasie. Ook hierdie verweer was nooit gepleit gewees nie en stem ek saam met die betoog van mnr Reinders, namens die eiser, dat indien die verweerder uit die staanspoor hierdie erkennings gemaak het en bloot beweer het dat hy die geld terugbelê het in die eiser, sou die onus op hom gewees het om hierdie betalings te bewys.²

- [15] Wat die verweerder se geloofwaardigheid betref, het mnr Hefer betoog dat 'n leuen nie noodwendig 'n teken van 'n leuenagtige karakter is nie en dat 'n persoon wat leuenagtig is ook die waarheid kan praat.³ Mnr Hefer het egter te kenne gegee dat hy nie hierdie hof versoek om in te meng met die geloofwaardigheidsbevindinge van die hof *a quo* nie, welke toegewing na my mening geregverdig is veral in die lig van

² **ITALTILE PRODUCTS (PTY) LTD v TOUCH OF CLASS** 1982 (1) SA 288 (O)
³ **CARPEDE v CHOENE NO AND ANOTHER** 1986 (3) SA 445 (O) te 451; **S v MOKONTO** 1971 (2) SA 319 (A) te 323 A; **REX v GUMEDE** 1949 (3) SA 749 (A) te 756

die talle weersprekings en gebreke in die weergawe van die verweerder. Die leuenagtige optrede van die verweerder in die getuiebank is egter 'n faktor wat in ag geneem moet word ten einde te bepaal of eiser sy saak op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys het. Mnr Hefer het egter volhard in sy betoog dat die eiser nie bewys het dat verweerder die totale geëiste bedrag vir homself toegeëin het nie. In hierdie verband het hy onder andere verwys na 'n bedrag van R114 041,63. Hierdie item kom op een bladsy in die notule voor en is die volgende in hierdie verband genotuleer:

“Daar is op 'n stadium tydens likwidasie 'n bedrag aangetoon in die bedrag van R114 000,00 ten aansien van elektrisiteitsgelde gevorder... Weet u enigsins waar daardie bedrag vandaan kom mnr Khuduga? – Ek kan nie presies onthou nie maar ek dink miskien dit is die tyd wat die likwidateur besig was om die geld in te vorder van Barc Funeral en dit kan miskien nog steeds deel gewees het van daardie geld wat ons uitgehou het en in die kluis in gehou het wat ons vir hom moes gegee het. Ek dink so, ek kan nie onthou nie.”

Hierdie aspek is glad nie enigsins verder ondersoek nie; dit is onduidelik op watter tydperk dit betrekking het en of dit

hoegenaamd relevant is wat die huidige geskil betref.

[16] In die lig van al die feite en omstandighede is ek van mening dat die mees voor die hand liggende en aanvaarbare afleiding wat gemaak kan word in die omstandighede is dat verweerder die volle geëiste bedrag vir homself toegeëin het.⁴ Die bevinding wat deur die hof *a quo* in hierdie verband gemaak word, blyk dus die korrekte een te wees.

[17] Al sou ek fouteer met die bogemelde bevinding, blyk dit by 'n ontleding van die pleitstukke dat eiser geregtig was op 50% van die “*totale* elektrisiteitsverkopekommissie deur die beslote korporasie verdien en dat die totale kommissie R305 696,17 beloop het”. Laasgenoemde feite is gemene saak. Kontraktueel was die verweerder dus aanspreeklik vir die helfte van hierdie bedrag en wat hy ook al met hierdie geld gemaak het, of hy dit wanaangewend het of vir homself toegeëin het, is vir doeleindes van hierdie beskouing van die pleitstukke dus heeltemal irrelevant. Ten opsigte van hierdie

⁴ **AA ONDERLINGE ASSURANSIE ASSOSIASIE BPK V DE BEER** 1982 (2) SA 603 (A) verklaar Viljoen A.R. op 614 H die volgende:

“Dit is, na my oordeel, nie nodig dat 'n eiser wat hom op omstandighedsgetuienis in 'n siviele saak beroep, moet bewys dat die afleiding wat hy die Hof vra om te maak die enigste redelike afleiding moet wees nie. Hy sal die bewyslas wat op hom rus kwyd indien hy die Hof kan oortuig dat die afleiding wat hy voorstaan die mees voor-die-hand-liggende en aanvaarbare afleiding is van 'n aantal moontlike afleidings.”

Vergelyk ook **GOVAN V SKIDMORE** 1952 (1) SA 732 (N) te 734 C - D

skuldoorsaak, is daar geen verweer vir die verweerder beskikbaar nie. Om hierdie rede bestaan daar insgelyks ook nie gronde om in te meng met die beslissing van die hof *a quo* nie.

[18] Bygevolg word die appèl van die hand gewys met koste.

S.P.B. HANCKE, R

Ek stem saam.

M.H. RAMPAL, R

Ek stem saam.

E.M. KUBUSHI, WND R

Namens die appellant:

Adv. J.J.F. Hefer
In opdrag van:
McIntyre & Van der Post
BLOEMFONTEIN

Namens die respondent:

Adv. S.J. Reinders
In opdrag van:
Rossouws Prokureurs
BLOEMFONTEIN