



IN DIE HOË HOF VAN SUID-AFRIKA

GAUTENG AFDELING, PRETORIA

SAAKNOMMER: 63770/2011

DELETE WHICHEVER IS NOT APPLICABLE	
(1) REPORTABLE: YES/ NO	
(2) OF INTEREST TO OTHER JUDGES: YES/ NO	
(3) REVISED	
30/4/15	<i>[Signature]</i>
DATE	SIGNATURE

30/4/2015

In die saak tussen:

DANIËL VAN DER MERWE (JNR)

Eerste Eiser

DANIËL VAN DER MERWE N.O.

Tweede Eiser

**GLOBAL DISTRESSED ALPHA FUND III LIMITED
PARTNERSHIP**

Derde Eiser

v

JANNIE ABRAHAM NEL

Verweerder

AANGEHOOR: 17 MAART – 4 APRIL 2014

GELEWER: 30 APRIL 2015

UITSPRAAK

A.A.LOUW R

Inleiding

[1] Die eisers het 'n eis ingestel teen die verweerder vir skadevergoeding gebaseer op opsetlike alternatiewelik nalatige wanvoorstellings wat die verweerder teenoor die eisers gemaak het om hulle te beweeg om 'n ooreenkoms met die verweerder aan te gaan vir die verkoop van die eisers se aandele aan die verweerder teen 'n prys minder as die werklike waarde.

[2] Die eerste eiser is 'n advokaat en het vir etlike jare gepraktiseer as 'n lid van die Pretoria balie. Die tweede eiser, sy ma, was aanvanklik Mariëtta van der Merwe wat tydens die loop van die litigasie oorlede is. Die vader van die eerste eiser het toe as eksekuteur van haar boedel *nomime officio* in haar plek getree. Hy is ook 'n advokaat. Op 25 Februarie 2014 het die verweerder op 'n dringende basis 'n bevel gekry dat die derde eiser gevoeg word.

[3] Die verhoor het drie weke geduur. Daar was toe geen geleentheid vir betoog binne die geallokeerde tydperk vir die verhoor nie en daar is ooreengekom dat skriftelike betoog aan my voorgelê word, met die verstandhouding dat indien ek mondelinge betoog wil aanhoor ek die partye so moes laat weet. Gevolglik is sodanige betoog afgelewer. Die eiser se repliek tot die verweerder se hoofde van betoog is afgelewer op 13 Junie 2014. Ek het dit nie nodig geag om mondelinge betoog aan te hoor nie.

Die geskilpunte

[4] Ek neem die vrymoedigheid om die eisers se saak soos opgesom in die eiser se skriftelike betoog weer te gee:

- “3.1 Eisers het elk 10% van die aandeelhouding in ‘n maatskappy, Coal of Africa (Pty) Ltd (“Coal of Africa”), gehad gedurende 2006. Verweerder het self en deur middel van sy trust en familieleden die balans van die aandeelhouding besit en/of beheer, uitgesluit die 26% aandeelhouding wat aan ‘n BEE groep behoort het.*
- 3.2. Eisers het gedurende 2006 vir Verweerder gemagtig om onderhandelinge namens hulle aan te gaan vir die verkoop van die aandeelhouding in Coal of Africa, insluitende Eisers se aandeelhouding.*
- 3.3 Eisers het nie deelgeneem aan hierdie onderhandelinge nie en is die onderhandelinge deur Verweerder hanteer.*
- 3.4. Eisers was, ingevolge die ooreenkoms, geregtig op die proporsionele gedeelte van die koopprys van die aandeelhouding, sou Verweerder in staat wees om die aandeelhouding in Coal of Africa te verkoop.*
- 3.5. Op 12 en 13 Oktober onderskeidelik het Eisers onderskeidelik ooreenkomste aangegaan met*

Verweerder persoonlik ingevolge waarvan Verweerder die aandeelhouding by Eisers gekoop het vir 'n bedrag van R22,5 miljoen elk. Dit is gedoen op die veronderstelling dat Imbani die totale aandeelhouding in Coal of Africa gekoop het vir 'n prys van R225 miljoen.

- 3.6 *Verweerder het nie aan hulle openbaar dat hy op daardie stadium besig was om te onderhandel vir 'n koopprys wat substansieel baie hoër was as wat aan hulle voorgehou is. Eiser sou geregtig wees op 'n veel hoër bedrag as R22,5 miljoen elk vir hul aandeelhouding indien dit op 'n proporsionele basis bereken sou word.*
- 3.7 *Bogemelde wanvoorstelling(s) deur Verweerder aan Eisers is aktief gedoen alternatiewelik het Verweerder die regsplig gehad om die detail van sy onderhandelinge insluitende die koopprys waarvoor onderhandel word aan Eisers te openbaar. Sy versuim om dit te doen was wederregtelik.*
- 3.8 *Die bogemelde ooreenkomste het verval vanweë die feit dat die veronderstelling waarop dit berus het naamlik dat Imbani Coal (Edms) Bpk die aandeelhouding sou koop nie in vervulling gegaan het nie.*

- 3.9 Verweerder het nooit aan Eisers openbaar dat die ooreenkoms met Imbani nie gefinaliseer is nie en was hulle onder die indruk dat Imbani wel die aandele in Coal of Africa gekoop het vir 'n totale prys van R225 miljoen.
- 3.10 Op 6 Desember 2006 het Verweerder 70% van die aandeelhouding in Coal of Africa, welke aandele Eisers se 10% elk ingesluit het aan 'n Australiaanse maatskappy GVM Metals Ltd verkoop vir 'n bedrag van £30 miljoen.
- 3.11 Verweerder het nie die betrokke ooreenkoms aan Eisers openbaar nie en het voortgegaan om Eisers te betaal ingevolge die ooreenkomste gedateer 12 en 13 Oktober naamlik 'n bedrag van R22,5 miljoen elk minus sekere lenings wat aan Eisers verskaf is by vroeëre geleenthede.
- 3.12 Eisers eis derhalwe as skadevergoeding die verskil tussen die bedrae aan hulle betaal en die proporsionele gedeelte bereken op die prys van £30 miljoen wat objektief vir die aandeelhouding ontvang is deur Verweerder."

[5] In die verweerders se betoog word die vrae wat ek moet beslis soos volg weergegee:

- "a. Het die eisers die beweerde voorstellings op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys?*
- b. Het die eisers op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys dat hulle deur die voorstellings beweeg is om die betrokke ooreenkomste te sluit?*
- c. Het die eisers hulle skade bewys?*
- d. Indien die antwoorde op bogenoemde drie vrae bevestigend is, het die verweerder sy spesiale verweer van verjaring op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys?"*

[6] Myns insiens is daar geen rede hoekom ek die laaste vraag nie eerste kan beslis nie en ek gaan gevolglik oor om dit te doen.

[7] Die verweerder se spesiale pleit is dat die beweerde skuld voortspruit uit die verkoop van sy 70% aandeelhouding in Coal of Africa aan GVM in terme van die ooreenkoms wat by die pleit aangeheg is as aanhangsel "X". Dit word dan verder gepleit dat GVM genoteer was op die Johannesburgse Effektebeurs en dat daar op 29 Oktober 2007 'n publieke aankondiging was wat kennis gegee het van hierdie transaksie. Sodanige kennisgewing is aangeheg as aanhangsel "Y" tot die pleit.

[8] Daaruit vloei die bewering dat die eisers reeds teen daardie datum bewus was van die transaksie alternatiewelik dat hulle met die uitoefening van redelike sorg sodanige sorg kennis kon bekom het.

[9] Die pleit in hierdie terme het min aandag tydens die verhoor gekry. Die aspek van verjaring is tydens die verhoor meer op twee ander feitestelle geskoei welke, indien bevind word dat dit op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys is, ook die pleit van verjaring sal laat slaag. Hierdie aspekte is volledig geventileer in die getuienis en daar was geen beswaar daarteen nie. Natuurlik dra die verweerder die bewyslas ten opsigte van die spesiale pleit.

[10] In replikasie het die eisers gepleit dat die verweerder hulle opsetlik verhinder het om van die bestaan van die skuld te wete te kom *alternatiewelik* dat hulle nie kennis gedra het van die feite waaruit die skuld ontstaan nie en dit nie deur die beoefening van redelike sorg kon bekom het nie.

Die Verjaringswet

[11] Soos welbekend bepaal artikel 11(d) van die Verjaringswet¹ dat 'n skuld soos die onderhawige na drie jaar verjaar.

[12] Die bepalings aangaande wanneer verjaring beloop kom in artikel 12 voor. Ek haal die relevante subparagrafe daarvan aan:

“12. Wanneer verjaring begin loop -

¹ 68 van 1969

- (1) *Behoudens die bepalings van subartikels (2), (3) en (4), begin verjaring loop sodra die skuld opeisbaar is.*
- (2) *Indien die skuldenaar die skuldeiser opsetlik verhinder om van die bestaan van die skuld te wete te kom, begin verjaring nie loop voordat die skuldeiser van die bestaan van die skuld te wete kom nie.*
- (3) *'n Skuld word nie geag opeisbaar te wees voordat die skuldeiser van die identiteit van die skuldenaar en van die feite waaruit die skuld ontstaan, kennis dra nie: Met dien verstande dat 'n skuldeiser geag word sodanige kennis te dra indien hy dit deur die beoefening van redelike sorg kon bekom het." (eie beklemtoning)*

[13] Die dagvaarding is beteken op 17 November 2011. Derhalwe as die skuld opeisbaar was, meer as drie jaar voor 17 November 2011, het die skuld verjaar.

[14] Dit is geykte reg dat verjaring nie eers begin loop as die skuldeiser al die getuienis het om die vordering te bewys nie maar dat slegs vereis word dat die skuldeiser bewus moet wees dat hy 'n vordering het op sekere feite en natuurlik ook dat hy bewus moet wees van die identiteit van die skuldenaar.

[15] Dit is ook belangrik om in hierdie verband te verwys na Loubser se standaardwerk oor verjaring en spesifiek sy bespreking van artikel 12(3) van die Wet². Ek haal aan:

“It appears that reasonable care for the purposes of s 12(3) is not measured by the objective standard of the hypothetical reasonable or prudent person, but rather by the more subjective standard of a reasonable person with the creditor’s characteristics.”

Hierdie passasie is natuurlik baie relevant aangesien beide die eerste eiser en Van der Merwe Snr advokate is.

Die eerste feitestel: bewysstuk “X3”

[16] Hierdie bewysstuk, waarvan die oorspronklike aan my opgehandig is, het ekstensiewe aandag geniet veral in kruisverhoor deur die verweerder se advokaat van die twee getuies wat daaroor getuig het naamlik Eloff en Van Zyl. Beide van hulle is ouditeure.

[17] “X3” bestaan uit n bundeltjie van 12 bladsye wat insluit die verkoop van die eerste eiser se 10% aandele aan die verweerder. Hierdie kontrak is gedateer 12 Oktober 2006. Die laaste dokument in hierdie bundel is ‘n identiese ooreenkoms tussen die oorledene Me Van der Merwe en Nel gedateer 13 Oktober 2006. Beide het hulle aandele aan die verweerder verkoop vir die som van R22 500 000.

² Loubser *Extinctive Prescription* (Juta) 1996 te p105

[18] Dit is egter nie die kardinale aspek nie. Die fokus was op notas wat Van der Merwe Snr aangebring het agterop die laaste bladsy van die bundel dit wil sê agterop die laaste bladsy van die kontrak van oorlede Me Van der Merwe. Volgens hierdie notas is dit duidelik dat Van der Merwe Snr toe hy hierdie notas gemaak het goed bewus was van die verkoop van Coal of Africa se aandele aan GVM. Dit is 'n skematiese uiteensetting van die feit dat die eerste eiser se 10% so wel as oorlede Me Van der Merwe se 10% aan die verweerder oorgedra word. Onder die verweerder se naam is daar 'n pyltjie na onder waar daar staan "GVM Limited". Bo verweerder se naam is daar 'n blok waarin staan Coal of Africa Limited en weer 'n pyl na bo wat ook lees "GVM Limited". Aan die regter bokant van hierdie bladsy staan daar £30 met 'n letter of twee daarna wat nie uitgemaak kan word nie. In kruisverhoor van eerste eiser het hy geredelik toegegee dat hierdie 'n verwysing is na £30 miljoen. Verder af aan die regterkant in die middel van hierdie nota staan daar "mynlisensies", "CPR" en daaronder die syfer "450 miljoen". Uiteindelik is die betekenis van hierdie notas ook nie in dispuut nie naamlik dat dit 'n voorwaarde van die kontrak tussen eerste verweerder en GVM was dat 'n "mining right" verkry moet word³. In die kontrakte tussen verweerder, eerste eiser en Mariëtta van der Merwe word hierdie mynreg nader beskryf as synde ten opsigte van die plaas Mooiplaats⁴. Wat die 450 miljoen betref het eerste verweerder getuig dat dit verwys na die feit dat daar deur 'n "CPR", wat beteken 'n "competent persons report" bewys gevind behoort te word dat daar 450 miljoen ton reserwes van steenkool is.

³ Sien para 14 van hierdie kontrak gedateer 6 Desember 2006.

⁴ Sien para 12.1 van hierdie ooreenkomste.

[19] Eloff het vanaf 10 Mei 2007 die eerste eiser se persoonlike belasting sake hanteer asook sekere maatskappye waarby hy belang gehad het. Hy het die persoonlike belasting van die eerste eiser hanteer tot 9 Maart 2009 op welke datum dit oorgeplaas is na Mnr Henk van Zyl.

[20] Van hierdie eerste konsultasie het hy 'n nota gemaak wat te vind is op die tweede bladsy van "X3". Daaruit blyk dit ook dat hy oorlede Me van der Merwe moes registreer vir belasting aangesien sy nie geregistreer was nie. Sy was 'n huisvrou en dit kan nou reeds vermeld word dat dit nie in dispuut is dat sy 'n blote front vir Van der Merwe Snr was om die aandele in Coal of Africa te hou nie. Die rede daarvoor is dat Van der Merwe Snr 'n ongerehabiliteerde insolvent was.

[21] Wat hierdie nota duidelik stel is dat daar 'n vergadering was met Danie van der Merwe op 10 Mei 2007. Sy getuigenis was dat Van der Merwe Snr ook teenwoordig was. Dit is nie in dispuut dat sy enigste verdere vergadering met die Van der Merwes op 9 Julie 2008 was nie. Hy is ekstensief kruisverhoor en dit is aan hom gestel dat die kontrak van oorlede Me Van der Merwe nooit deur Van der Merwe Snr aan hom oorhandig is nie. Hy moes natuurlik staatmaak op sy geheue van sewe jaar vroeër en het geredelik toegegee dat hy nie ja of nee kan sê nie. Ek bevind dat Eloff 'n geloofwaardige getuie was, dat hy na die beste van sy geheue inligting probeer verskaf het en dat hy redelike toegewings gemaak het waar hy nie seker was nie. As hierdie kontrak op die laatste, en dit is die beste scenario vir die eisers, op 9 Julie 2008 aan hom oorhandig is, het die eis verjaar. Dit is omdat dit duidelik blyk

uit daardie notas dat die Van der Merwes kennis gedra het van die feite waaruit die beweerde skuld ontstaan het.

[22] Nadat Eloff se mandaat ten opsigte van eerste eiser se persoonlike belastingsake beëindig is, is die hele leër oorgeplaas na Van Zyl wat 'n rekenmeester was in die diens van die verweerder sedert September 2003. Hy het in dieselfde kantoorgebou as die verweerder gewerk en dit is gemeensaak dat die eerste eiser vroeg in 2008 ook 'n kantoor aldaar opgeneem het. Die eerste eiser en Van Zyl se kantore was skuins teenoor mekaar.

[23] Hy het getuig dat die leër oor die eerste eiser se belasting wat hy van Eloff ontvang het net so in sy kantoor geliasseer het. Hy het soos daar nou verdere korrespondensie, aanslae of kennisgewings was dit bloot bo op geliasseer dit wil sê die kronologie van die leër het geloop van die oudste dokument onder tot die nuutste dokument bo.

[24] Teen die einde van 2013 het hy hom egter skuldig gemaak, soos hy erken het, aan ernstige professionele wangedrag deurdat hy op versoek van die verweerder hierdie leër tot die beskikking van die verweerder gestel het. Hy en die verweerder het saam in die raadsaal gesit, blykbaar langs mekaar, en die verweerder het die leër van voor na agter deur geblaai. Dit was toe hy aan die einde van die leër was dat hy bogemelde bundeltjie dokumente met die inskripsie agterop ontdek het. Hy het vir Van Zyl gesê dat dit baie

interessant is. Later het hy ook daarvan afskrif gemaak en die leër is uiteindelik na die verweerder se prokureur Roos.

[25] Myns insiens het Van Zyl se onprofessionele gedrag nie sy geloofwaardigheid aangetas nie. Oor die kernaspek wat relevant is tot hierdie saak was hy adamant. Die leër was deurentyd onder sy beheer en nie die eerste eiser of veral Van der Merwe Snr het toegang tot die leër gehad nie. Terloops, die eerste eiser was so twee of drie dae per week daar en Van der Merwe Snr minder. Laasgenoemde het nie 'n kantoor daar gehad nie, dit wil sê as hy daar was het hy gewoonlik in sy seun se kantoor gesit.

[26] Ek aanvaar sy getuienis dat "X3" nie op sy leër geplaas is nadat hy die leër by Eloff oorgeneem het nie. Hy het trouens geen rede gehad om dit te doen nie en so 'n suggestie is totaal onwaarskynlik. Waarop die ontkenning, in die stelling aan Eloff wat ek hierbo na verwys het, ook kan neerkom, is dat Van der Merwe Snr op die stadium wat die leër by Van Zyl was die leër in die hande gekry het en, vreemd genoeg, agterop die kontrak van sy oorlede vrou die aantekeninge aangebring het. Dit is totaal vergesog.

[27] Alhoewel Eloff toegegee het dat hy nie as 'n feit kan konstateer dat die bundeltjie in sy leër was nie, is dit in alle waarskynlikhede so en is dit op sy leër geplaas voor of op 9 Julie 2008 synde die laaste konsultasie wat hy met die verweerders gehad het. Dit beteken dat die eis verjaar het.

Tweede feitestel: korrespondensie met Ferret

[28] Die maatskappy Ferret was die vereiste BEE komponent in die aandeelhouing van Coal of Africa. Ferret het 'n 26% van die aandele gehou.

[29] Op 22 Februarie 2008 het die verweerder 'n e-pos van mnr Farrell van GVM ontvang onder dekking waarvan 'n e-pos is wat hy op sy beurt van Drs Joshua Ngoma en Humphrey Mathe van Ferret ontvang het en vir die verweerder se aandag aangestuur het. Dr Joshua Ngoma en Dr Humphrey Mathe van Ferret het op 'n stadium die bestuur van die myn Mooiplaats hanteer. Die hoof uitvoerende beampte van Ferret was mnr Rudy Boer.

[30] In die e-pos van Ngoma en Mathe is die verweerder van onbehoorlike gedrag beskuldig en in die proses is besonderhede verskaf van die GVM ooreenkoms van aanvanklik die verkoop van 70% van die aandele aan GVM en die latere verkoop van 30%. Hierdie e-pos verdien aanhaling:

"Simon and Richard

On the 17 January 2008 (at 14h00) Joshua and i met with Richard to raise concerns on what we suspected as a dubious and irregular treatment we were receiving from Dr Nel and possibly our partner (Dr Rudy Boer) at Ferret. As you probably know, Ferret is 26% BEE partner of the former Coal of Africa Company of Dr Nel. The irregular treatment relates to the following:

1. *Dr Nel claimed that the DME was unhappy with Ferret as a BEE partner and would not be able to issue a new*

order mining right for Mooiplaats on that basis. Joshua and I extensively engaged the DME on this issue and we received a positive response from all officials we engaged.

2. *Later on, Dr Nel informed us that the application for the mining right was rejected/refused. He indicated that he was going totake the DME to court.*
3. *We later got to hear that he succeeded to get the court ruling in Coal of Africa's favour.*
4. *We later saw in the press that Coal of Africa was sold to GVM.*
5. *We engaged Dr Nel who informed us that he only sold 70% of the business and has kept 4% of his shareholding and the 26% of Ferret because GVM require the BEE partners to remain in GVM.*
6. *Late last year Joashua met with Nchaka Moloi and Nonkqubela Mazwai in London who confirmed the acquisition of 70% of Coal of Africa by GVM."*

[31] Uit bogemelde is dit duidelik dat GVM die koper van al Coal of Africa se aandele was en dat die verweerder die verkoper daarvan was. Aangesien die verweerder in daardie stadium in Mauritius op vakansie was het hy onverwyld opdrag gegee dat Drs Ngoma en Mathe se e-pos aan die eerste eiser gestuur moes word sodat hy die inhoud daarvan by die besturende direkteur van Ferret, Dr Rudy Boer kon aflewer. Die eerste eiser het dit wel

gedoen in die proses ook die e-pos gelees. Op hierdie stadium moes alle rooi ligte geflikker het vir die eerste eiser aangesien Imbani nie betrokke was by die transaksie nie maar wel GVM. Hy sê hy het dit met die verweerder bespreek en die verweerder het hom gerus gestel dat dit nie die geval is nie en dat hy (die eerste eiser), weet wat werklik gebeur het. Hy het dit ook met Roos bespreek en Roos het vir hom gesê “dit is ‘n klomp nonsens”.

[32] Roos stel toe egter ‘n antwoordende brief op gerig aan Mathe en Ngoma en gedateer 27 Februarie 2008. In hierdie brief word enige insinuasie van onbehoorlikheid ontken maar in para 4.i, 4.k en 7 word duidelik gepraat van GVM se betrokkenheid. Nêrens word ‘n woord oor Imbani gerep nie. Die brief van Roos ontken ook nie die verkoop van die aandele soos in die e-pos onder beantwoording beweer nie. Die eerste eiser erken wel onder kruisverhoor dat hy die “draft” van Roos ontvang het maar dat hy nie seker is of hy die finale weergawe ontvang het nie. Hy gee egter toe dat konsepskrywe dieselfde inhoud gehad het.

[33] As die eerste eiser bloot sy oë gesluit het vir die feite wat toe reeds op die tafel was en nie verder navraag gedoen het nie, kan hy net homself verwy. Dit is veral so in die lig van die subjektiewe benadering soos wat ek reeds hierbo uit die werk van Loubser aangehaal het. Dit is wel so dat die eerste eiser getuig het dat beide die verweerder en Roos hom die heeltyd ontwyk het toe hy ‘n afskrif van die kontrak met GVM versoek het. Hy is benewens ‘n advokaat ook ‘n gesoute entrepreneur in die mynwese. Hy het vele ander bronne gehad waar hy kon navraag doen bv. om by Ngoma en

Mathe uit te vind waar hulle aan hulle inligting kom, deur GVM direk te nader en sekerlik was die inligting ook op die webbladsy van GVM of elders in die databassisse van die Johannesburgse Effektebeurs beskikbaar. As hy te enige tyd in die tydperk van agt maande na die brief van Roos die nodige sorg aan die dag gelê het soos bedoel in artikel 12(3) van die Verjaringswet en aksie ingestel het, het die eis nie verjaar nie.

[34] Terloops, en ek noem dit net in die verbygaan, dit sou totaal absurd van die verweerder wees om vir die eerste eiser te vra om die e-pos by Boer af te lewer as hy enigiets gehad het om weg te steek.

[35] Ek bevind dus dat ook op hierdie basis die eis verjaar het.

[36] Indien daar nog enige twyfel oor die kwyd van die bewyslas oor verjaring is, is dit gepas om nou na die *Galante*-beginsel te verwys.

Galante v Dickinson

[37] In hierdie saak⁵ is die volgende gesê:

"In the case of the party himself who is available, as was the defendant here, it seems to me that the inference is, at least, obvious and strong that the party and his legal advisers are satisfied that, although he was obviously able to give very material evidence as to the cause of the accident, he could not benefit and might well, because of the facts known to himself,

⁵ 1950(2) SA 460 (AD)

damage his case by giving evidence and subjecting himself to cross-examination."

*"It is not advisable to seek to lay down any general rule as to the effect that may properly be given to the failure of a party to give evidence on matters that are unquestionably within his knowledge. But it seems fair at all events to say that in an accident case where the defendant was himself the driver of the vehicle the driving of which the plaintiff alleges was negligent and caused the accident, the court is entitled, in the absence of evidence from the defendant, to select out of two alternative explanations of the cause of the accident which are more or less equally open on the evidence, that one which favours the plaintiff as opposed to the defendant."*⁶

[38] Aan die "kwalifikasies" na verwys in die eerste aanhaling hierbo is natuurlik voldoen ten einde 'n negatiewe afleiding teen die eisers te maak oor die feit dat Van der Merwe Snr nie getuig het nie. Hy was eerstens, op 'n behoorlike konstruksie van die feite, 'n party tot die saak aangesien hy slegs sy oorlede vrou as 'n front gebruik het. In hierdie aksie is hy natuurlik slegs gesitêr in sy hoedanigheid as eksekuteur. Tweedens was hy ook beskikbaar en het meeste van die verhoor bygewoon.

⁶ Te 465

[39] In *Marine & Trade Insurance Co. Ltd v Van der Schyff*⁷ het Corbett WN.- A.R. die toepassing van die *Galante*-beginsel soos volg gestel:

*“Dit is, m.i., nòg wenslik, trouens, nòg moontlik om die omstandighede waaronder die Galante- beginsel toepaslik is met noukeurigheid te probeer omskrywe. Die toepassing daarvan moet egter afhang van die aard van die geskille wat deur die besondere geval opgewerp word en die bewyskrag van die getuienis wat deur die eiser aangevoer word. Oor die algemeen moet daar - soos in die Galante- saak - 'n redelike mate van sekerheid wees in verband met die basiese feite van die botsing, welke sekerheid voldoende is om die Hof in staat te stel om verskillende verduidelikings aangaande die oorsaak van die botsing te bepaal of af te lei. In sodanige gevalle kan die versuim van die verweerder om 'n teenbewys aan te bied die deurslag gee, in die sin dat die Hof geregtig is om, ingevolge die Galante- beginsel, daardie verduideliking te verkies wat ten gunste van die eiser is. Maar die beginsel kan nie behoorlik toegepas word waar die saak van die eiser so vaag en ontoereikend t.o.v. die basiese feite is dat die enigste feitebepalings of afleidings wat gemaak kan word as blote bespiegeling bestempel moet word en, nadat alles inaggeneem is, die Hof dus nie in staat is om te bevind dat nalatigheid op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys is nie.”*⁸

⁷ 1972(1) SA 26 (A)

⁸ te 49 F – *in fine*

[40] Met verwysing na die laaste sin van bogenoemde aanhaling is dit klaarblyklik dat die basiese feite oor verjaring wat ek hierbo uiteengesit het nie as blote bespiegeling bestempel kan word nie. Trouens is my mening dat sonder toepassing van hierdie beginsel die spesiale pleit van verjaring in ieder geval bo redelike twyfel bewys is. Die toepassing van die *Galante*-beginsel stel dit net bo alle twyfel dat Van der Merwe Snr nie wou getuig nie, inaggenome dat hy die kritiese notas agterop die kontrak gemaak het, aangesien hy hom nie wou blootstel aan kruisverhoor nie en dus is die afleiding dat hy nie sou ontken dat die kritiese notas gemaak is tydens òf die konsultasie in Mei 2007 òf op die laatste tydens die konsultasie in Julie 2008.

Aansoek om wysiging

[41] Op die laaste dag van die verhoor het die eiser se advokaat 'n aansoek om wysiging opgehandig. Die eisorsaak is beskryf as die *actio ad exhibendum*. Daar is namens verweerder beswaar gemaak en benadeling is geopper.

[42] Die verweerder het toe sy saak gesluit op die veronderstelling dat ek nie die wysiging sou toelaat nie. Sou ek dit toelaat sou dit 'n deelsverhoorde saak wees wat seker eers weer oor 'n jaar verder gevoer sou kon word.

[43] Die neiging om eers al die getuienis aan te hoor en daarna 'n aansoek om wysiging te bring, veral in 'n lang saak soos hierdie, moet ten sterkste ontmoedig word. In hierdie verband word die volgende gesê in Erasmus *Superior Court Practice*:

*"The Appellate Division has stressed that a litigant who seeks to add new grounds of relief at the eleventh hour does not claim such an amendment as a matter of right but rather seeks an indulgence. The applicant has to prove that he or she did not delay the application after he or she became aware of the material upon which he or she proposes to rely. He or she must explain the reason for the amendment and show prima facie that he or she has something deserving of consideration: a triable issue"*⁹

[44] Ek weet nie of die eisers met enige mate van erns die wysiging verder wou voer nie want daar verskyn niks in die verband in die uitvoerige hoofde van betoog en repliserende hoofde van betoog van die eisers nie. In ieder geval, vir sover dit nog relevant mag wees, weier ek in die uitoefening van my diskresie sodanige wysiging. Dit sou in ieder geval nie die eiser se saak verder voer nie, veral nie wat die spesiale pleit van verjaring betref nie.

[45] Dit volg dat op beide van die feitebasisse wat ek hierbo bespreek het die spesiale pleit van verjaring moet slaag.

⁹ B1-183

Koste

[46] Op 28 Februarie 2014 het die verweerder in 'n dringende aansoek die derde eiser gevoeg. Die hoofrede is dat, volgens inligting wat die verweerder bekom het, die litigasie befonds word deur die huidige derde eiser. Die derde eiser sou dan geregtig wees op 'n gedeelte van die opbrengs van die litigasie sou die eerste en tweede eisers suksesvol wees in hierdie saak.

[47] Die motivering vir 'n spesiale kostebevel is dat die eiser leuenagtig bevind moet word en dat hy ook in interlokutêre aansoeke verskillende weergawes, wat ook verskil van sy *viva voce* getuienis, gegee het. Indien leuenagtigheid en weergawes in interlokutêre aansoeke wat verskil van die getuienis tydens die verhoor 'n basis sou wees vir prokureur en kliënt koste sou 'n spesiale kostebevel in 'n groot presentasie van litigasie van pas wees. Ek bevind dat dit nie 'n basis is om 'n spesiale kostebevel te gelas nie.

[48] Vir die verdere regshulp oor koste naamlik dat die derde eiser ook gelas moet word om koste te betaal steun die verweerder op twee sake¹⁰. Hierdie twee sake bied egter nie steun vir hierdie argument van die verweerder aangesien die feite verskil. In die *Price Waterhouse* - saak is daar ook 'n bede toegestaan wat koste teen die befondser van daardie litigasie vra. In die geval voor my het daar geen wysiging van die pleitstukke gekom na die toestaan van die voeging nie. Derhalwe is daar geen basis in die pleitstukke uiteengesit vir sodanige bevel teen die derde verweerder nie en daar bestaan in iedergeval ook geen bedes in hierdie verband nie. Dit druis

¹⁰ *Price Waterhouse Coopers Inc and Others v IMF (Australia) Ltd and Others* 2013(6) SA 216 (GNP); *EP Property Projects v Registrar of Deeds* 2014 (1) SA 141 (WCC)

natuurlik in teen die basiese beginsels van die doel van pleitstukke en die onderliggende motivering daarvan synde *audi alteram partem*. Indien daar 'n wysiging was sou die derde eiser natuurlik daarop kon pleit en dit is goeddenkbaar dat daar ook getuienis aangebied sou word namens die derde eiser. Die hele voeging by wyse van die dringende aansoek was dus futiel. Dit alleen verhoed my om 'n kostebevel teen die derde eiser te maak.

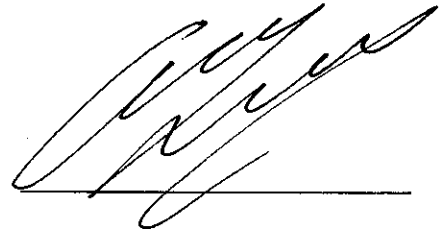
[49] In die *EP Property Projects* – saak is daar bevind dat ene Naidoo wat die litigasie befonds het eintlik die werklike party tot die litigasie was. Sy was nie 'n blote befondser nie maar was in volle beheer van die saak en sou ook finansiële voordeel daaruit put. Daarbenewens het die hof bevind dat sy *male fide* was in die voer van die litigasie in die sin dat sy geweet het dat die saak wat sy gevoer het op bedrieglike feite gebaseer is.

[50] Gevolglik sal slegs die eerste en tweede eisers gelas word om koste te betaal.

Gevolgtrekking

[51] Ek maak dus die volgende bevel:

1. Die aksie word van die hand gewys met koste insluitende die koste van twee advokate.
2. Die koste moet betaal word deur die eerste en tweede eisers gesamentlik en afsonderlik.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping loops and strokes, positioned above a horizontal line.

A.A. LOUW

REGTER VAN DIE HOOGGEREGSHOF