

VRYSTAAT HOË HOF, BLOEMFONTEIN
REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA

Aansoeknommer : 336/2010

In die aansoek tussen:-

DOCMANIA SIX BK h/a DLB CLEANING
AND GARDENING SERVICES

Applikant

en

SEGABOKENG JV POLOKO TRADING 541
GESAMENTLIKE ONDERNEMING

Eerste Respondent

SEGABOKENG KONSTRUKSIE

Tweede Respondent

POLOKO TRADING 541 BK

Derde Respondent

ABSA BANK BEPERK

Vierde Respondent

CORAM:

VAN ZYL, R

AANGEHOOR OP:

28 JANUARIE 2010

GELEWER OP:

29 JANUARIE 2010; 5 FEBRUARIE 2010

-
- [1] Hierdie is die heroorweging van 'n bevel verleen deur my kollega, **Cillié, R** op **22 Januarie 2010**, welke bevel op 'n dringende en *ex parte* basis verleen is. Die heroorweging geskied op versoek van Derde Respondent ooreenkomstig

'n kennisgewing in terme van Hofreël 6(12)(c). Hierdie kennisgewing is op **25 Januarie 2010** geliasseer en is daarin versoek dat die heroorweging geskied op Donderdag, **28 Januarie 2010** en vermeld die kennisgewing voorts as volg:

“Neem kennis dat Derde Respondent sal toesien dat die volledige hoflêer in saaknommer 1789/2009 (verwys na in paragraaf 190 van die Applikant se hoofaansoek) voor die Hof geplaas word.

Neem kennis dat Derde Respondent sal versoek dat na heroorweging die bevel wat uitgereik is deur **Cillié, R** herroep en/of tersyde gestel word en die Applikant gelas word om die koste van hierdie aansoek om heroorweging te betaal op kosteskaal soos deur die Hof goed gevind.

- [2] Duidelikheidshalwe word vermeld dat die heroorweging as 'n bestrede dringende aansoek voor my gedien het op Donderdagmiddag, 28 Januarie 2010, synde gedurende 'n tydperk wat ek die Regter aan diens was en dus alle dringende aangeleenthede moes hanteer. Vanweë die dringendheid van hierdie aangeleentheid, was ek van

mening dat ongeag wat die bevel gaan wees, dit so gou as moontlik gegee moes word en het ek gevolglik die bevel hierin op Vrydag, 29 Januarie 2010, verleen. Vanweë die aard en inhoud van die bevel, was ek egter van oordeel dat dit noodsaaklik en doelmatig is dat die redes vir die bevel in 'n volledige en formeel getikte uitspraak vervat moet word. Gegewe die tydsbeperkings was ek egter nie instaat om hierdie uitspraak gereed te hê op die stadium wat ek die bevel verleen het nie. Ek het dus aangedui dat die redes vir die bevel (dus hierdie uitspraak) voorberei sal word en beskikbaar gestel sal word aan die partye, die voorbereiding en finalisering waarvan my ongelukkig langer geneem het as wat voorsien is, maar word dit hiermee op 5 Februarie 2010 beskikbaar gestel.

- [3] Voormelde bevel van **Cillié, R** is verleen nadat Applikant by wyse van 'n dringende aansoek die Hof op Vrydag, **22 Januarie 2010** om **11h00** genader het met die doel om sekere geldelike fondse in bewaring te hou hangende die finale beregting van 'n aksie tussen die tersaaklike partye wat reeds ingestel is onder saaknommer **1763/2009**. Die regshulp wat gevorder is, was as volg in die Kennisgewing

van Mosie uiteengesit:

- “1. Dat ’n bevel nisi uitgereik word wat die Respondente oproep om redes aan te voer, indien enige, op Donderdag 11 Maart 2010 om 09h30 waarom die volgende bevel nie verleen sal word nie:
 - 1.1 Dat die aangeleentheid as ’n dringende aansoek aangehoor word en dat die Applikant se nie-nakoming van die hofreëls met betrekking tot tydperk, betekening en proses, verskoon word;
 - 1.2 Dat die Vierde Respondent gemagtig en gelas word om die bedrag van R700 000.00 (of sodanige ander bedrag) wat deur die Vrystaatse Provinsiale Regering inbetaal is of inbetaal staan te word as gedeelte van die kontraksprys vir die oprigting van die Ithapeleng Sekondêre Skool te Wesselsbron onder Tender-nommer WRT(T)39/2007 en Kontraknommer D108/13/2, in ’n sekere bankrekening in die naam van **Poloko Trading 541 BK** (die Derde Respondent), gehou deur die **Absa Bank Beperk** (die Vierde Respondent) by sy Brandwag Tak te Brandwag Sentrum, hoek van Nelson Mandelarylaan en Donald Murraylaan, Bloemfontein onder rekeningnommer 916

965 5278, sonder verwyl oor te betaal na die trustrekening van die Applikant se prokureurs van rekord, gehou te Nedbank in die naam van Honey Prokureurs onder rekeningnommer 102 475 874 takverwysing 110 234 en lêerverwysing i16889/NJGD om in trust op 'n rentedraende rekening gehou te word hangende die finale beregting en afhandeling van 'n aksie onder saaknommer 1763/2009 wat deur Applikant in bogemelde Hof teen die Eerste, Tweede en Derde Respondente ingestel is;

- 1.3 Dat die Eerste, Tweede en Derde Respondente of die se werknemers verbied word om enige onttrekkings uit die Derde Respondent se gemelde bankrekening te maak hangende die uitvoering van die bevel soos bedoel in bede 1.2 hierbo;
- 1.4 Dat die koste van hierdie aansoek koste in die hoofgeding onder saaknommer 1763/2009 sal wees; buiten in die geval van onsuksesvolle opponering, in welke geval elke Respondent wat die aansoek opponeer, aanspreeklik gehou sal word vir die koste van hierdie aansoek, gesamentlik en afsonderlik met elke ander Respondent wat die aansoek mag teenstaan;

- 1.5 Dat sodanige verdere en alternatiewe regshulp aan die Applikant verleen word as wat die Hof billik mag ag.
2. Dat die bevele in bedes 1.2 en 1.3 hierbo sal dien as tussentydse regshulp met onmiddellike effek en regskrag hangende die finale beregting van hierdie aansoek en van die finale beregting en afhandeling van die aksie onder saaknommer 1763/2009;
3. Dat verloff verleen word aan die Balju van hierdie Hof om die bestaan en inhoud van hierdie bevele aan die Vierde Respondent bekend te maak by wyse van telefoniese oproepe en faksversendings.”

[4] Nadat die aansoek inderdaad op *ex parte* en dringende basis voor my kollega, **Cillié, R** gedien het, is die gevorderde regshulp in wese toegestaan, hoewel bedes 1.2 en 1.3 in gewysigde terme deur die Hof toegestaan is, en wel as volg:

- “1.2 Dat die Vierde Respondent verbied word om die bedrag van R700 000.00 (of sodanige ander bedrag) wat deur die Vrystaatse Provinsiale Regering inbetaal

is of inbetaal staan te word as gedeelte van die kontraksprys vir die oprigting van die Iphateleng Sekondêre Skool te Wesselsbron onder Tender-nommer BRT(T)39/2007 en Kontraknommer D108/13/2, in 'n sekere bankrekening in die naam van Poloko Trading 541 BK (die Derde Respondent) gehou deur Absa Bank Beperk (die Vierde Respondent) by sy Brandwag Tak te Brandwag Sentrum, hoek van Nelson Mandelarylaan en Donald Murraylaan, Bloemfontein onder rekeningnommer 916 965 5278, uit te betaal aan enige iemand of instansie hangende die finale beregting en afhandeling van 'n aksie onder saaknommer 1763/2009 wat deur Applikant in bogemelde Hof teen die Eerste, Tweede en Derde Respondent ingestel is.

- 1.3 Dat die Eerste, Tweede en Derde Respondente of die se werknemers verbied word om enige onttrekkings uit die Derde Respondent se gemelde bankrekening te maak hangende die finalisering van voormelde aksie.”

Voorts het die Hof *mero motu* ook die volgende by die hofbevel ingesluit:

- “4. Die Balju word gelas om die Respondente te wys op hul reg tot vervroeging van die keurdatum met 24 uur kennisgewing.”

FEITE VERVAT IN DIE AANSOEK:

- [5] Die feite agterliggend tot die loods van die aansoek en wat die basis van die gevorderde regshulp vorm, is op uiters volledige wyse in die funderende verklaring van 58 bladsye uiteengesit, tesame met aanhangsels daartoe, die totale stukke waarvan 189 bladsye beslaan. Vir doeleindes van hierdie uitspraak meen ek dat dit nie nodig is om in soveel detail met hierdie feite te handel nie en gaan ek dus slegs opsommenderwys daarna verwys.
- [6] Eerste Respondent is 'n gesamentlike onderneming waarvan die Tweede en Derde Respondente die deelnemende vennote is en wat handeldryf as boukontrakteurs. Gedurende of omtrent **Junie 2007** het Eerste Respondent (en derhalwe Tweede Respondent en Derde Respondent ook) 'n tender bekom vir die oprigting van 'n sekondêre skool, Iphateleng, te Wesselsbron, die

kontraksprys waarvan **R10 295 366.28** beloop en deur die Departement van Openbare Werke, Paaie en Vervoer van die Vrystaatse Provinsiale Regering (hierinlater van verwys as “die Departement van Openbare Werke”) in opdrag van die Departement van Onderwys van die Vrystaatse Provinsiale Regering (hierinlater na verwys as die “Departement van Onderwys”), aan Eerste Respondent toegeken is. Gedurende **Junie 2007** is mnr. **Booyesen**, synde die Hoof Uitvoerende Beampte van Applikant en ook die deponent tot die funderende beëdigde verklaring (alle verwysings hierin na mnr. **Booyesen** moet dus gelees word as synde handelende namens applikant), genader deur, onder andere, mnr. **Mokone** van Derde Respondent met ’n versoek dat die Applikant **R600 000.00** aan die Respondente leen ten einde hulle in staat te stel om die projek te voltooi, in ruil waarvoor die geld aan die Applikant terugbetaal sou word en die Applikant ’n verdere **50%** winsdeling ten aansien van die netto wins op die projek behaal, sou ontvang. Applikant het wel ’n aanvanklike bedrag van **R50 000.00** beskikbaar gestel en eventueel ook by die projek betrokke geraak. Mnr. **Booyesen** het gevolglik ook begin om terreinvergaderings by te woon as

gemagtigde verteenwoordiger van die Applikant. Volgens Mnr. **Booyesen** was sy reëling met mnr. **Mokone** dat **Mokone** namens Derde Respondent die Applikant sou betaal soos en wanneer hy (**Mokone**) namens Derde Respondent trekkings ontvang vanaf die Departement van Openbare Werke, ten einde die Applikant te vergoed vir die uitgawes wat die Applikant aangegaan het vir voltooiing van die projek. Eventueel het Applikant opgetree as subkontraakteur van die Respondente uit hoofde van 'n mondelinge reëling en ooreenkoms gesluit tussen applikant, die Respondente, die Departement van Onderwys en die Departement van Openbare Werke. Vanweë mnr. **Booyesen** se bywoning van die terreinvergaderings kon hy bepaal welke bedrae reeds uitbetaal is aan Respondente, in besonder aan Derde Respondent, en kontroleer dat Applikant daaruit vergoed word vir Applikant se direkte uitgawes. Applikant het van tyd tot tyd geld beskikbaar gestel en het die uitgawes wat deur Applikant aangegaan is, eventueel die aanvanklik ooreengekome bedrag van **R600 000.00** oorskry. Daar is wel van tyd tot tyd deur Derde Respondent aan Applikant betalings gemaak as vergoeding vir die direkte uitgawes wat deur Applikant aangegaan is vir

doeleindes van die projek, en wel as volg:

(a)	9 Oktober 2007	R 450 000.00
(b)	19 November 2007	R 500 000.00
(c)	12 November 2007	R 200 000.00
(d)	14 November 2007	R 150 000.00
(e)	11 Februarie 2008	R 200 000.00
	TOTAAL	R1 500 000.00

Mettertyd het dit egter volgens mnr. **Booyesen** duidelik geword dat daar onreëlmatighede was met die oorbetaling van die geld deur Derde Respondent aan Applikant, aangesien heelwat minder aan Applikant betaal is as die bedrae wat deur Derde Respondent vanaf die Departement van Openbare Werke ontvang is. Volgens mnr. **Booyesen** was dit vir hom duidelik dat van hierdie geld of toegeëien of wanaangewend word. Mnr. **Booyesen** het mnr. **Mokone** daaromtrent gekonfronteer en versoek dat hy die betalingssertifikate wou sien, waarop mnr. **Mokone** gesê het dat hy nie die sertifikate gehou het nie.

Dit het daartoe gelei dat 'n dispuut tussen Applikant en

Respondente, in besonder Derde Respondent, ontstaan het met betrekking tot die oorbetaling van geld deur Derde Respondent aan Applikant. 'n Volledige uiteensetting van die stappe wat deur mnr. **Booyesen** geneem is ten einde applikant se belange in die verband te beskerm, is deur mnr. **Booyesen** in die funderende verklaring uiteengesit. Dit het onder andere behels dat mnr. **Booyesen** 'n dispuut verklaar het op **20 Februarie 2008** en 'n skriftelike afskrif daarvan voorgelê het aan die argitek, mnr. **Mazibuko**, wie opgetree het namens die Departement van Openbare Werke. Mnr. **Booyesen** het ook met mnr. **Mokone**, die argitek (mnr. **Mazibuko**) en die bourekenaar (me. **Delpont**) 'n vergadering belê. Verdere vergaderings het ook gevolg, onder andere ook met mnr. **Phentela**, namens Derde Respondent.

Volgens mnr. **Booyesen** was daar teen ongeveer **Maart 2008** steeds 'n bedrag van ongeveer **R1,3 miljoen** aan Applikant verskuldig nadat Applikant reeds bovermelde **R1,5 miljoen** ontvang het.

Tydens 'n verdere vergadering gehou op **28 Maart 2008** het

mnr. **Mazibuko** die houding ingeneem dat die projek eers voltooi moes word, waarna daar 'n "sessie-sertifikaat" aan Applikant uitgereik sou word vir direkte betaling deur die Departement van Onderwys en die Departement van Openbare Werke. Volgens mnr. **Booyesen** het Respondente tot op daardie stadium nog geen bydrae hoegenaamd tot die konstruksie- of oprigtingsproses gelever nie. Mnr. **Mokone** het die houding ingeneem dat hy alle geld wat hy vanaf die staatsdepartemente ontvang het oorbetaal het aan Applikant, wat volgens mnr. **Booyesen** nie waar was nie. Aangesien mnr. **Booyesen** egter die versekering gehad het dat die Applikant direk deur die staatsdepartemente vergoed sou word vir uitgawes in verband met die bouprojek, het Applikant voortgegaan met die voltooiing daarvan. Tot op daardie stadium het die Respondente egter geweier, versuim of in gebreke gebly om enige fakture of betalingsertifikate aan mnr. **Booyesen** te voorsien vir doeleindes van 'n berekening van daardie bedrae wat aan die Applikant verskuldig is, asook vir doeleindes van die berekening van die netto wins ten aansien waarvan die Applikant op **50%** geregtig is. Mnr. **Booyesen** het egter die versekering gehad by monde van mnr. **Mazibuko** dat geen

verdere uitbetalings aan Respondente gemaak sou word alvorens daar presies bepaal is welke bedrae geld aan Applikant verskuldig is en daardie bedrae uitbetaal is nie.

Tydens 'n vergadering op **13 Junie 2008** het dit egter geblyk dat daar 'n vergadering, waarvan mnr. **Booyesen** nie kennis gedra het nie, plaasgevind het tussen mnr. **Mazibuko** en mnr. **Mokone** op **7 Junie 2008** waartydens ooreengekom is dat 'n gedeelte van die retensiegelde aan die Respondente uitbetaal sou word ten einde die Respondente te help met kontantvloei, welke ooreenkoms strydig was met die ooreenkoms wat tussen Applikant, mnr. **Mazibuko** en mnr. **Mokone** bereik is. Mnr. **Booyesen** het op **4 Augustus 2008** namens Applikant skriftelik hierteen beswaar gemaak by mnr. **Mazibuko**, maar dit het tot geen oplossing gelei nie.

Hieropvolgend het mnr. **Booyesen** besluit om direk te korrespondeer met 'n direkteur van die Departement van Openbare Werke, te wete mnr. **Bernie Kayter**. Hierdie stap is gevolg deur veelvuldige korrespondensie, telefoonoproepe en gesprekke tussen mnr. **Booyesen**, die Applikant se prokureur van eerste instansie en

verteenwoordigers van die Departement van Onderwys en die Departement van Openbare Werke onderskeidelik. Hierdie verskillende vorme en stadiums van kommunikasie en onderhandelings is op uiters volledige wyse in ongeveer 20 bladsye van die funderende verklaring uiteengesit. Tydens hierdie onderhandelings het dit onder andere geblyk dat die restant van die fondse wat die uitstaande balans van die kontraksprys verteenwoordig, vanaf die Departement van Openbare Werke oorgedra is na die Departement van Onderwys. Dit het ook eventueel op **18 Maart 2009** geblyk dat die Departement van Onderwys bereid was om hulle samewerking te verskaf aan Applikant met die uitbetaling van bedrae wat nog aan Applikant verskuldig mag wees, maar ook aangedui dat die departement nie enige direkte betaling aan Applikant kan doen of betaling van Respondente kan weerhou sonder 'n hofbevel nie. Die Departement van Onderwys het wel onderneem dat geen verdere uitbetalings met betrekking tot die projek aan die Respondente gedoen sal word tot en met **15 April 2009** nie. Hierdie onderneming is bevestig deur 'n skrywe van Applikant se prokureur van eerste instansie, gedateer **24 Maart 2009**.

Applikant het derhalwe op of omtrent **7 April 2009** 'n aksie teen Respondente ingestel onder saaknommer **1763/2009** vir die verhaal van sy kostes, uitgawes, arbeid en winsdeling met betrekking tot die projek en die lewering van sekere rekeningstate en ander dokumentasie vir doeleindes van die debattering van sodanige rekeningstate. In die besonderhede van vordering en ook in die funderende verklaring is beweer dat die bedrag van **R8 643 778.81** reeds ten aansien van die projek uitbetaal is, wat 'n balans laat van **R1 615 587.47**, ten opsigte waarvan Applikant geregtig is op die betaling van **R1 124 606.54**. 'n Afskrif van die dagvaarding is aangeheg tot die funderende verklaring, waaruit dit blyk dat die Departement van Onderwys en die Departement van Openbare Werke ook as verweerders daarin gesit is.

- [7] Na aanleiding van voormelde feite en omstandighede, is dit deur mnr. **Booyesen** beweer dat Applikant en sy prokureur van eerste instansie dus alles moontlik gedoen het om die probleem op te los deur onderhandelinge, maar nie daarin kon slaag nie. Daar word dan as volg in paragraawe 189 en

190 van die funderende verklaring beweer:

“189. Ons uiterste en laaste remedie was om die Agbare Hof te nader vir ’n bevel wat ’n verbod op die Departement van Onderwys plaas op die uitbetaling van enige verdere gedeelte van die kontrakprys, tot na afhandeling van die aksie om Lewering en Debattering van Rekeninge en die daaropvolgende betaling van alle verskuldigde bedrae aan die Applikant.

190. Sodanige aansoek is deur die Applikant gebring onder nommer **1789/2009** in die bogemelde Hof, maar is dit van die rol verwyder en nie toegestaan nie op die basis dat daar ’n gebrek aan dringendheid was weens die lang tydsverloop wat die onderhandelinge tussen die partye beslaggeneem het.”

[8] Direk na voormelde word beweer dat Applikant se prokureur van eerste instansie op **19 Januarie 2010** verneem het dat die Departement van Onderwys voornemens is om ’n betaling van ongeveer **R700 000.00** aan Respondente uit te betaal direk in ’n bankrekening van Derde Respondent, synde die bankrekening wat ook in die

Kennisgewing van Mosie vermeld word. Dit is dan voorts beweer dat op Donderdag, **21 Januarie 2010**, mnr. **Booyesen** verneem het dat die gelde op Vrydag, **22 Januarie 2010**, uitbetaal gaan word. Na aanleiding van hierdie bewerings is beweer dat die aangeleentheid uiters dringend is, aangesien Applikant oortuig is dat Derde Respondent onmiddellik die geld sal onttrek met die spesifieke doel om die geld vir eie doeleindes aan te wend met die uitdruklike oogmerk om die Applikant se hangende regsgeding van enige effek en regsrag te ontnem en voldoening aan enige vonnis onmoontlik te maak.

Verdermeer is bewerings met betrekking tot Applikant se *prima facie* reg, die redelike vrees vir nadeel en die oorwig van gerief gemaak, na aanleiding waarvan dan gesmeek is vir 'n bevel ooreenkomstig die Kennisgewing van Mosie.

BASIS VAN DIE REËL 6(12)(c) HEROORWEGING:

- [9] Die Reël 6(12)(c) kennisgewing van Derde Respondent het nie 'n beëdigde verklaring daartoe bevat nie. Dit is deur

mnr. Reinders, namens Derde Respondent, betoog en aan die hand gedoen dat dit nie 'n vereiste is dat sodanige kennisgewing vergesel moet gaan van 'n beëdigde verklaring nie.

- [10] Soos blyk uit die betoogshoofde geliasseer namens Derde Respondent en soos ook herhaal tydens mondelinge argument in die Hof, berus die aansoek vir heroorweging eerstens daarop dat daar op 'n applikant in *ex parte* aansoeke 'n plig rus om alle relevante feite, insluitende die wat tot sy nadeel is, aan die Hof te openbaar. Aldus mnr. Reinders se betoog het Applikant dit nie in die onderhawige geval gedoen nie, deurdat Applikant se bewering in paragraaf 190 van die funderende verklaring dat die aansoek onder saaknommer **1789/2009** van die rol verwyder is, nie korrek is nie, misleidend is en 'n ontkenning is van die volledige feite soos blyk uit die volledige hoflêer onder aansoeknommer **1789/2009**. Volgens sy betoog is die volledige en korrekte feite, waarmee ek aanstons sal handel, geensins aan die Hof openbaar nie. In besonder is dit nie openbaar dat daardie aansoek “heringestel” is en steeds hangende is en deur, onder andere, Derde

Respondent geopponeer word nie. Volgens mnr. Reinders is dit feite wat **Cillié, R** kon beïnvloed het by sy oorweging van die vraag of die aansoek toegestaan moet word, aldan nie, en ook of dit enigsins *ex parte* aangehoor moes word, aldan nie. Aldus mnr. Reinders se betoog sou dit waarskynlik 'n invloed gehad het op **Cillié, R** se oorweging van die dringendheid van die aansoek, in besonder die vraag of die dringendheid wat mag bestaan, nie deur Applikant self geskep is nie. Dit is ook betoog dat indien **Cillié, R** bewus was dat daar 'n soortgelyke aansoek hangende is wat deur, onder andere, Derde Respondent opponeer word, **Cillié, R** waarskynlik nie die bevel *ex parte* sou verleen het nie. Verdermeer kon die vraagstuk met betrekking tot *lis pendens* ook 'n invloed op **Cillié, R** se beregting van die aansoek gehad het. Gevolglik het mnr. Reinders betoog dat vanweë Applikant se versuim om sy openbaarmakingsplig jeens die Hof na te kom, daar bestraffend teen die Applikant opgetree moet word deurdat die bevel verleen op **22 Januarie 2010** tersyde gestel moet word.

BASIS VAN DIE OPPONERING VAN DIE HEROORWEGING:

[11] Mnr. Ploos van Amstel, namens Applikant, het in sy aanvullende betoogshoofde en ook in sy mondelinge betoog in die Hof aan die hand gedoen dat daar 'n onderskeid getref moet word tussen Reël 6(12)(c) verrigtinge en die vervroeging van 'n keerdatum ooreenkomstig die bepalinge van Reël 6(8). Volgens sy betoog kan daar in die onderhawige verrigtinge waar daar slegs gesteun word op die bykomstige hofstukke onder aansoeknommer **1789/2009** en daar nie 'n beëdigde verklaring namens Derde Respondent geliasseer is waarop Applikant die geleentheid het om te antwoord nie, nie gesteun word op die beweerde nie-nakoming van die Applikant se openbaarmakingsplig nie. Gevolglik, aldus sy betoog, is Derde Respondent nie geregtig op 'n "strafprosedure" teen die Applikant nie.

[11] Mnr. Ploos van Amstel het voorts daarop gewys dat Applikant wel na aansoeknommer **1789/2009** in sy funderende beëdigde verklaring verwys het en dat dit bloot 'n oorsig was om nie te vermeld dat nadat die oorspronklike aansoek onder aansoeknommer **1789/2009** van die rol verwyder is, daar 'n gewysigde Kennisgewing van Mosie

geliasseer is en die aansoek steeds hangende is nie. Addisioneel hiertoe het mnr. Ploos van Amstel betoog dat daardie aansoek en die bestaan daarvan in ieder geval akademies geword het, aangesien daar in daardie aansoek 'n bevel gevra word om die Departement van Onderwys te verbied om die kontraksprys aan die huidige Respondente uit te betaal en niks te make het met 'n bankrekening by **Absa Bank** nie, terwyl in die onderhawige aansoek die geld nou reeds deur die Departement van Onderwys inbetaal is in die tersaaklike bankrekening by Absa Bank.

- [12] Verdermeer het mnr. Ploos van Amstel betoog dat selfs indien daardie aansoek, tesame met die opponerende verklaring daartoe, voor die Hof geplaas sou gewees het, **Cillié, R** steeds dieselfde bevel sou verleen het op **22 Januarie 2010**. In die verband het hy ook aan die hand gedoen dat Respondente se weergawe in ieder geval wel voor **Cillié, R** gedien het ten tyde van die aansoek op **22 Januarie 2010**, deurdat Respondente se verweerskrif in die aksie onder saaknommer **1763/2009** waaruit Respondente se weergawe en verweer blyk, aangeheg was tot die funderende verklaring. Derhalwe het mnr. Ploos van

Amstel betoog dat **Cillié, R** dus wel van alle relevante en wesenlike feite, wat insluit die verweer van Derde Respondent, kennis gedra het toe hy die bevel op **22 Januarie 2010** uitgereik het.

- [13] Mnr. Ploos van Amstel het ook betoog dat aansoeknommer **1789/2009** nie tussen dieselfde partye is nie en die aangevraagde regshulp nie dieselfde is nie en daar derhalwe nie sprake kan wees van *lis pendens* nie.

TERSAAKLIKE REGSBEGINSELS:

A: Prosedurele vereistes:

- [14] Die Engelse weergawe van Reël 6(12)(c) lees as volg:

“A person against whom an order was granted in his absence in an urgent application may by notice set down the matter for reconsideration of the order.”

Dit is dus duidelik dat in die onderhawige geval die bevel van **Cillié, R** verleen is onder omstandighede wat dit binne die kader van Reël 6(12)(c) bring, deurdat dit op 'n

dringende basis verleen is en ook in die afwesigheid van die Respondente, in besonder dan in die afwesigheid van Derde Respondent.

- [15] Wat die prosedurele vereistes van Reël 6(12)(c) betref, blyk dit na my mening duidelik uit die bewoording van die artikel dat dit nie 'n vereiste is dat 'n beëdigde verklaring ter ondersteuning daarvan by sodanige kennisgewing aangeheg hoef te word nie. Hierdie siening word ook as volg verwoord in **ERASMUS SUPERIOR COURT PRACTICE, Farlam et al**, op p. B1-56B:

“This subrule does not provide for the words ‘supported by such affidavits as the case may require’ as in Rule 6(11) and has been held to mean that the subrule does not require that the notice referred therein should be accompanied by affidavits. This subrule merely provides a method for setting the matter down for reconsideration of the order ...”

- [16] Dit is inderdaad so dat daar in sekere regspraak beslis is dat dit verkieslik is dat 'n beëdigde verklaring geliasseer moet word. In die verband is dit as volg verwoord in **ISDN SOLUTIONS (PTY) LTD V CSDN SOLUTIONS CC AND**

OTHERS 1996(4) SA 484 (W) op 487 D:

“Something need be said about the procedure. Although no hard and fast rule need be laid down, it seems desirable that the parties seeking to invoke the Rule ought in an affidavit to detail the form of reconsideration required and the circumstances upon which it is based.”

Soos deur mnr. Ploos van Amstel in sy betoog aan my voorgehou, is hierdie benadering ook ondersteun in

OOSTHUIZEN V MIJS 2009(6) SA 266 (W) op 269 I:

“I am of the view that a court that reconsiders any order should do so with the benefit not only of argument on behalf of the party absent during the granting of the original order but also with the benefit of the facts contained in affidavits filed in the matter.”

- [17] Dit is egter duidelik uit voormelde aangehaalde gesag dat dit slegs sover strek as om te beslis dat dit wenslik is dat 'n beëdigde verklaring geliasseer word, maar nie 'n vereiste is nie.

- [18] In die onderhawige geval meen ek dat daar geen nodigheid was dat Derde Respondent dit waarop gesteun word vir die heroorweging, in 'n beëdigde verklaring uiteen hoef te gesit het nie. Die feite en omstandighede waarop Derde Respondent steun vir die heroorweging, blyk duidelik uit 'n blote nalees van die totale lêerinhoud onder aansoeknommer **1789/2009**.
- [19] Ek stem egter wel saam met mnr. Ploos van Amstel se betoog dat ek in my heroorweging van die aansoek nie beperk is tot die oorspronklike aansoek sonder die verwysing na enige iets anders dan die argument namens Derde Respondent nie. In die verband meen ek dat die benadering in **RHINO HOTEL AND RESORT (PTY) LTD V FORBES AND OTHERS 2000(1) SA 1180 (W)** te 1182 E, waar beslis is dat “where rule 6(12)(c) is utilised, the original application is reconsidered on its own without reference to anything else”, tereg verwerp is in **OOSTHUIZEN V MIJS**, *supra*, op 267 E en 270 A tot B:

“To hold that the Court is confined only to the original application without reference to anything else is in conflict with

various decisions on this point.”

En

“If a court had to reconsider the order granted on an urgent basis in the absence of a party, by limiting the hearing to permitting a party to supply additional argument and utilising the record of the original application only, a court would be closing its eyes to the facts placed before it that could have led to a completely different result when the order was originally granted in the absence of the one party.”

- [18] Voormelde het egter na my mening steeds nie tot gevolg dat hier 'n verpligting op Derde Respondent gerus het om 'n beëdigde verklaring te liasseer nie. Dit het egter wel tot gevolg dat ek in die onderhawige herooring van die bevel verleen op **22 Januarie 2010**, die lêerinhoud van aansoeknommer **1789/2009** in oorweging kan neem.

B: Wyse van Benadering:

- [19] Mnr. Ploos van Amstel het sterk gesteun op die benadering wat in **ISDN SOLUTIONS (PTY) LTD V CSDN SOLUTIONS CC AND OTHERS**, *supra*, verwoord is in die

volgende terme op 488 I:

“Given this, the dominant purpose of the Rule seems relatively plain. It affords to an aggrieved party a mechanism designed to redress imbalances in, and injustices and oppression flowing from, an order granted as a matter of urgency in his absence.”

Gebaseer op hierdie benadering, het mnr. Ploos Van Amstel betoog dat in die onderhawige geval hier geen sodanige omstandighede is wat tersydestelling van die bevel regverdig nie.

[20] Na my mening is dit ook egter nodig om na die verdere benadering te verwys wat in laasgenoemde beslissing uiteengesit is op 487 B en verder, welke benadering met goedkeuring aangehaal is in ander gewysdes:

“The framers of the Rule have not sought to delineate the factors which might legitimately be taken into reckoning in determining whether any particular order falls to be reconsidered. What is plain is that a wide discretion is intended ... These factors are by no means exhaustive. Each

case will turn on its facts and the peculiarities inherent therein.”

C: Openbaarmakingsplig:

[21] Dit is gemeensaak tussen die partye dat die onderhawige aansoek geloods is as 'n *ex parte* aansoek deurdat, hoewel die Respondente wel gesiteer is, daar nie aan die Respondente kennis gegee is van die aansoek nie. Sien **HERBSTEIN & VAN WINSEN THE CIVIL PRACTICE OF THE HIGH COURTS OF SOUTH AFRICA**, Cillié et al, 5de uitgawe, vol. 1, op p. 290.

[22] Dit is geyk dat daar deur 'n applikant in 'n *ex parte* aansoek die hoogste mate van goeie trou aan die dag gelê moet word deur alle relevante en wesenlike feite en faktore aan die Hof te openbaar. Reeds in **IN RE THE LEYDSDORP AND PIETERSBURG (TRANSVAAL) ESTATES LTD** 1903 TS 254 op 257 is beslis dat:

“Good faith is a *sine qua non* in *ex parte* applications.”

Hierdie vereiste, sowel as die gevolg van die nie-nakoming daarvan, is as volg met verwysing na tersaaklike gesag opgesom in **HERBSTEIN & VAN WINSEN, THE CIVIL PRACTICE OF THE HIGH COURTS OF SOUTH AFRICA**, *supra*, op p. 441 tot 442 as volg:

“...when bringing an *ex parte* application in which relief is claimed against another party full disclosure of all the material facts that might affect the granting or otherwise of an order *ex parte* must be made. The utmost good faith must be observed by litigants making *ex parte* applications in placing material facts before the court, so much that if an order has been made upon an *ex parte* application and it appears that material facts have not been disclosed, whether wilfully and *mala fide* or negligently, which **might** have influenced the decision of the court whether to make an order or not, the court has a discretion to set the order aside with costs on the ground of non-disclosure.”

- [23] Soos op gewys deur mnr. Reinders, is hierdie vereiste as volg geformuleer in **SCHLESINGER V SCHLESINGER** **1979(4) SA 342 (W)** op 349 A tot B:

“It appears quite clearly from these authorities that:

- (1) in *ex parte* applications all material facts must be disclosed which might influence a Court in coming to a decision;
- (2) the non-disclosure or suppression of facts need not be wilful or *mala fide* to incur the penalty of rescission; and
- (3) the Court, appraised of the true facts, has a discretion to set aside the former order or to preserve it.”

In laasgenoemde beslissing is tot die volgende gevolgtrekking gekom op 350 B:

“I need go no further. It appears to me that unless there are very cogent practical reasons why an order should not be rescinded, the Court will always frown on an order obtained *ex parte* on incomplete information and will set it aside even if relief could be obtained on a subsequent application by the same applicant.”

[24] Mnr. Reinders het ook in sy mondelinge betoog sterk gesteun op beginsels wat neergelê en/of herbevestig is in die uitspraak van **NATIONAL DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTIONS V BRAUN AND ANOTHER 2007(1) SA 189 (C)**, welke ook 'n aansoek vir heroorweging in terme van Reël 6(12)(c) behels het. In daardie aangeleentheid

was 'n bevel *nisi* ooreenkomstig sekere bepalings van die Wet op Voorkoming van Georganiseerde Misdad, Wet 121 van 1998, verleen. Met verwysing na Artikel 38 van daardie wet, het **Traverso, ARP**, haar as volg op 196 H tot J uitgelaat:

“It has become a practice to approach the Court *ex parte*. The papers are normally bulky. In the present case the application ran to some 240 pages. In such circumstances it appears to me that it is axiomatic that the need on the part of the deponents to adhere to the requirements of *uberrima fides* in respect of *ex parte* applications is more pronounced. By the very nature thereof, *ex parte* applications have to be decided on a one-sided version of events, and an applicant who approaches a Court for an application of this nature has a duty to disclose each and every fact and circumstance which might influence the Court in deciding to grant or withhold the relief.

Die formulering van die openbaarmakingsplig waarna ek reeds verwys het soos dit uiteengesit is in **SCHLESINGER V SCHLESINGER**, is dan ook met goedkeuring aangehaal en is daar voorts op 197 G tot I op die volgende gewys:

“In *Powell N.O. and Others v Van der Merwe N.O. and Others* 2005(5) SA 62 (SCA) Southwood AJA recently expanded the ambit of the dictum in *Schlesinger* as follows:

“[75] ... In my view, the approach should apply equally to relief obtained on facts which are incorrect because they have been misstated or inaccurately set out in the application for the order ...

[76] The purpose of rigorously applying the rule and setting aside the decision to authorise the warrant is not to punish the director as was stated by the Court below. It is to maintain the legality of the process. ...”

Laasgenoemde beginsels is na my mening *mutatis mutandis* op enige *ex parte* aansoek van toepassing.

D: *Lis pendens*:

[25] *Lis pendens* word as volg beskryf in **HERBSTEIN & VAN WINSEN THE CIVIL PRACTICE OF THE HIGH COURTS OF SOUTH AFRICA**, *supra*, op p. 310:

“If an action is already pending between parties and the plaintiff brings another action against the same defendant on

the same cause of action and in respect of the same subject-matter, whether in the same or in a different court, it is open to the defendant to take the objection of *lis pendens*, that is, that another action respecting the identical subject-matter has already been instituted.”

Uiteraard slaan *lis pendens* nie net op aksies nie, maar ook op aansoeke.

[26] Verdermeer word die volgende ook op p. 606 vermeld:

“A plea of *lis pendens* does not have the effect of an absolute bar to the proceedings in which the defence is raised. The court intervenes to stay one or other of the proceedings, because it is *prima facie* vexatious to bring two actions in respect of the same subject-matter.”

AARD, INHOUD EN VERLOOP VAN AANSOEKNOMMER

1789/2009:

[27] Soos reeds voorheen vermeld, is al wat in die huidige aansoek omtrent aansoeknommer **1789/2009** vermeld is, dit wat in paragraaf 190 van die funderende verklaring

voorkom en wat ek geriefshalwe hierin herhaal:

“Sodanige aansoek is deur die Applikant gebring onder nommer 1789/2009 in die bogemelde Hof maar is van die rol verwyder en nie toegestaan nie, op die basis dat daar ’n gebrek aan dringendheid was weens die lang tydsverloop wat die onderhawige onderhandelinge tussen die partye beslag geneem het.”

Ek ag dit nodig om op hierdie stadium aansoeknommer **1789/2009** van naderby in oorweging te neem.

- [28] Die partye tot daardie aansoek was gedeeltelik ander partye as die in die onderhawige aansoek, deurdat die twee tersaaklike staatsdepartemente, synde die Departement van Onderwys en die Departement van Openbare Werke, as eerste en tweede respondente onderskeidelik gesiteer is. Die huidige Eerste, Tweede en Derde Respondente is daarin as derde, vierde en vyfde respondente siteer en was **Absa Bank**, synde die huidige Vierde Respondent, nie ’n party tot daardie aansoek nie. Die aansoek is op **8 April 2009** uitgereik om aangehoor te word op **16 April 2009** op ’n dringende basis. Nieteenstaande die beweerde

dringendheid van die aansoek, is daar wel vooraf kennis gegee aan die respondente in daardie aansoek, waarop die huidige Eerste, Tweede en Derde Respondente kennis gegee het van hulle voorneme om die aansoek te opponeer. Die wese van die regshulp wat in daardie aansoek gevorder was, is eerstens kondonasie met betrekking tot betekening en proses en dan die uitreiking van 'n bevel *nisi* met onmiddellike werking hangende die finalisering van daardie aansoek, en wel in die volgende terme:

“2.1 Dat die Eerste Respondent verbied word om hangende die finale beregting van 'n aksie wat Applikant teen Respondente ingestel het in bogemelde Hof onder saaknommer 1763/2009, enige gedeelte van die kontraksprys vir die oprigting van die Iphateleng Sekondêre Skool te Wesselsbron onder Tondernommer WRT(T)39/2007 en Kontraknommer D108/13/2 uit te betaal aan die Derde, Vierde of Vyfde Respondente of enige ander persoon of instansie hoegenaamd;

2.2 Dat die koste van hierdie aansoek koste in die hoofgeding onder saaknommer 1763/2009 sal wees,

buiten in die geval van onsuksesvolle opponering, in welke geval elke Respondent wat die aansoek opponeer, aanspreeklik gehou sal word vir die koste van hierdie aansoek, gesamentlik en afsonderlik met elke Respondent wat die aansoek mag teenstaan.”

- [29] Dit is gemeensaak dat daardie aansoek toe op **16 April 2009** deur **Molemela, R** van die rol verwyder is as gevolg van 'n gebrek aan dringendheid of dan sogenaamde self-geskepte dringendheid. Dit is die gebeure waarna in paragraaf 190 van die huidige aansoek verwys word.
- [30] By nalees van die hoflêer, blyk dit egter dat dit nie, soos wat die indruk geskep is in die huidige aansoek, die einde van die vorige aansoek onder aansoeknommer **1789/2009** was nie.
- [29] Op **30 April 2009** het Applikant 'n gewysigde Kennisgewing van Mosie vir dieselfde regshulp as wat in bedes 2.1 en 2.2 van die vorige Kennisgewing van Mosie vervat was, uitgereik. Al verskil is dat die gewysigde Kennisgewing van Mosie nou 'n sogenaamde lang vorm Kennisgewing van Mosie was en dat die regshulp in die vorm van finale bevele

gevorder is. Dieselfde funderende verklaring wat gedien het ter ondersteuning van die aansoek wat van die rol verwyder is, is gebruik ter ondersteuning van die regshulp gevorder in die gewysigde Kennisgewing van Mosie.

[30] Op **12 Mei 2009** is 'n kennisgewing van opponering namens die huidige Eerste tot Derde Respondente geliasseer.

[31] Op **5 Junie 2009** is die huidige Eerste tot Derde Respondente se opponerende verklaring geliasseer. Ek is nie voornemens om met die gedetailleerde bewerings daarin gemaak te handel nie. Vir doeleindes van hierdie uitspraak volstaan ek deur te vermeld dat dit daaruit blyk dat Eerste tot Derde Respondente beweer, met gedeeltelik stawende bewyse, dat meerdere betalings aan Applikant gemaak is as wat deur Applikant in sy funderende verklaring beweer word en dat Eerste tot Derde Respondente beweer dat alle geld waarop Applikant geregtig was, aan hom oorbetal is. Verdermeer beweer Eerste tot Derde Respondente dat Applikant reeds vir 'n geruime tyd nie meer by die projek betrokke is nie, aangesien die projek reeds voltooi is aan die einde van **2008**. Daar is egter addisionele werk wat die

huidige Derde Respondent onderneem het om te doen ten opsigte van hierdie projek en ten opsigte waarvan betaling nog verskuldig is aan die huidige Derde Respondent. As gevolg van Applikant se optrede en sy inmenging met die kontraktuele verhouding tussen die Departement van Onderwys en die huidige Derde Respondent, het dit tot gevolg dat betalings wat gemaak moet word aan die huidige Derde Respondent nou nog nie geskied het nie. Die huidige Derde Respondent word ernstig deur Applikant se optrede benadeel en is daar ook nog verskeie derdes wat betaal moet word voortspruitend uit hierdie werk. Die huidige Eerste tot Derde Respondente het bygevolg ontken dat Applikant enige aanspraak het op enige verdere betalings wat deur die huidige Respondente (in besonder deur Derde Respondent) vanaf die tersaaklike staatsdepartemente ontvang word.

[32] Nieteenstaande die feit dat voormelde opponerende beëdigde verklaring reeds geliasseer is op **5 Junie 2009**, het Applikant tot op hede nie daartoe gerepliseer nie.

[33] Daar is wel 'n verdere stap in daardie verrigtinge deur

Applikant geneem, maar eers soveel later as op **4 November 2009** toe Applikant 'n kennisgewing in terme van Reël 35(12) uitgereik het waarin versoek is dat die huidige Eerste tot Derde Respondente dokumente waarna die Respondente in hul opponerende verklaring verwys het, tot Applikant se beskikking stel. 'n Soortgelyke kennisgewing in terme van Reël 35(14) is op dieselfde datum geliasseer.

[34] Op **2 Desember 2009** het Applikant 'n aansoek uitgereik in terme waarvan gevorder is dat die huidige Eerste tot Derde Respondente verplig moet word om sodanige dokumente te verskaf soos versoek in voormelde twee kennisgewings.

[35] Op **11 Desember 2009** het die huidige Eerste tot Derde Respondente kennis gegee van hulle voorneme om laasgenoemde aansoek te opponeer.

[36] Voormelde interlokutêre aansoek is egter op **11 Desember 2009** deur Applikant van die rol verwyder.

[37] Gevolglik is die aansoek onder saaknommer **1789/2009**, sowel as voormelde interlokutêre aansoek daartoe, steeds

hangende tussen die partye.

[38] Wat wesenlik noodsaaklik is om uit te wys, is dat die funderende verklaring (en aanhangsels) wat in daardie aansoek geliasseer is, feitlik identies is aan die funderende verklaring (en aanhangsels) in die onderhawige aansoek. Die enigste werklike verskil is dat daar in daardie aansoek beweer word dat die enigste wyse waarop Applikant se belange beskerm kan word, is as daar 'n verbod geplaas word op die uitbetaling van die tersaaklike geld deur die staatsdepartemente aan die huidige Respondente, terwyl daar in die onderhawige aansoek verwys word na die feit dat die geld nou wel aan Derde Respondent in sy bankrekening betaal is en daar 'n verbod op die onttrekking daarvan geplaas moet word. Oorigens is die huidige funderende verklaring 'n spreekwoordelike "cut and paste" identies gekopieërde weergawe van die funderende verklaring geliasseer in aansoeknommer **1789/2009**.

[39] Desnieteenstaande is geen enkele woord ten opsigte van die feit dat nadat daardie aansoek aanvanklik van die rol verwyder was, dit weer ingestel is en steeds hangende is, in die onderhawige aansoek gerep nie.

TOEPASSING VAN TERSAAKLIKE REGSBEGINSELS OP DIE

ONDERHAWIGE FEITE:

[40] Ten eerste meen ek dat *lis pendens* wel hier ter sprake is. Hoewel die twee staatsdepartemente wat in aansoeknommer **1789/2009** gesiteer is, nie in die onderhawige aansoek siteer is nie en **Absa Bank** nou as addisionele party siteer is deurdat die geld reeds deur die Departement van Onderwys in die bankrekening van die huidige Derde Respondent gehou te **Absa Bank** uitbetaal is, doen dit na my mening nie afbreek aan die wese van die feit dat die huidige drie Respondente ook Respondente is in aansoeknommer **1789/2009** nie. Dieselfde partye tussen die twee aansoeke is dus wel ter sprake. Verdermeer, hoewel die geld intussen uitbetaal is deur die Departement van Onderwys, is die skuldoorsaak van Applikant in die onderhawige aansoek identies aan die skuldoorsaak in aansoeknommer **1789/2009**. Dit is ook steeds presies dieselfde geld wat ter sprake was in aansoeknommer **1789/2009** wat nou in die onderhawige aansoek ter sprake is.

[40] Die feit dat aansoek **1789/2009** nog tussen die partye hangende is, is gevolglik na my mening 'n wesenlike feit wat gegewe die *ex parte* aard van die onderhawige aansoek en die verpligting tot hoogste goeie trou wat op Applikant gerus het, deur die Applikant in die hofstukke voor **Cillié, R** openbaar moes gewees het, deurdat dit **Cillié, R** kon beïnvloed het met betrekking tot sy besluit of die bevel *nisi* verleen moet word, aldan nie. Sien **SCHLESINGER V SCHLESINGER, supra, op 353 C tot G.**

[41] Selfs indien die aangeleentheid nie uit die oogpunt van *lis pendens* benader word nie, is en bly die situasie steeds dat daar by wyse van aansoeknommer **1789/2009** 'n soortgelyke aansoek vir soortgelyke regshulp tussen die huidige partye hangende was (hoé soortgelyk die twee aansoeke is blyk ook uit die duidelike “cut and paste” kopiëring van die funderende verklaring in aansoeknommer **1789/2009** in die daarstelling van die huidige funderende verklaring) wat nie deur die Applikant aan die Hof openbaar is nie. Inteendeel, na my mening strek dit selfs verder deurdat die Hof onder 'n wanindruk gebring is en/of mislei is

deur die bewering dat aansoeknommer **1789/2009** van die rol verwyder is, asof daardie aansoek geensins meer relevant is vir doeleindes van die onderhawige aansoek nie, terwyl die korrekte feite was dat daardie aansoek wéér daarna uitgereik is en steeds hangende was. Sien weereens **NATIONAL DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTIONS V BRAUN AND ANOTHER**, supra, op 197G – I, soos reeds aangehaal in paragraaf 24 hierbo, met betrekking tot die verpligting om die korrekte feite aan die hof te openbaar. In die verband val dit my ook uiters vreemd op dat Applikant die aansoek onder aansoeknommer **1789/2009** wel relevant genoeg geag het om daarna te verwys (hoewel dit slegs na verwys is tot en met die stadium wat dit van die rol verwyder is), maar dit dan nie nodig ag om verder te vermeld dat daardie aansoek by wyse van die gewysigde Kennisgewing van Mosie heringestel is en steeds hangende is nie. Selfs al was Applikant van oordeel of sodanig geadviseer dat die hangende aansoek onder aansoeknommer **1789/2009** van akademiese waarde geword het omdat die tersaaklike geld reeds deur die staatsdepartement in die bankrekening van die huidige Derde Respondent inbetaal is, regverdig dit nie

die verswyging van die bestaan van die hangende aansoek tussen die partye nie. Gegewe die aard van 'n *ex parte* aansoek, het Applikant steeds die plig gehad om die bestaan van die hangende aansoek te openbaar, nieteenstaande Applikant se siening of Applikant se regsverteenwoordigers se siening van die beweerde akademiese status van die aansoek. Sien **SCHLESINGER v SCHLESINGER**, *supra*, op 352 A tot D en **DE JAGER V HEILBRON AND OTHERS 1947(2) SA 415 (W)** op 421 tot 422.

- [42] Applikant het verdermeer geensins in die onderhawige aansoek openbaar dat die huidige Eerste tot Derde Respondente reeds deur 'n prokureur van rekord verteenwoordig word in 'n soortgelyke hangende aansoek, synde aansoeknommer **1789/2009**, nie. Indien die bestaan van die hangende aansoek onder aansoeknommer **1789/2009** openbaar was, sou dit wél tot **Cillié, R** se kennis gekom het, welke inligting na my mening ook 'n wesenlike invloed op **Cillié, R** se besluit of die aansoek op 'n *ex parte* wyse aangehoor kan of behoort te word, kon gehad het. Ook vanweë hierdie rede het die Applikant dus

'n plig gehad om die bestaan van die hangende aansoek te openbaar.

- [43] 'n Verdere rede waarom nie net die bestaan van die hangende aansoek onder aansoeknommer **1789/2009** aan die Hof openbaar moes gewees het nie, maar ook die verloop daarvan, is omdat die verloop daarvan, soos hierbo deur my uiteengesit, en die tydsverloop wat reeds daardeur in beslag geneem is, op wesenlike wyse slaan op die vraag na die dringendheid van die onderhawige aansoek, in besonder na die vraag of indien daar wel dringendheid bestaan ten opsigte van die onderhawige aansoek, sodanige dringendheid nie moontlik deur Applikant self geskep is nie. In die verband word in besonder verwys na die feit dat Applikant tussen **5 Junie 2009**, synde die datum waarop die opponerende verklaring geliasseer is, tot en met **14 November 2009**, synde die datum waarop 'n kennisgewing in terme van Hofreël 35(12) geliasseer is, geen stappe geneem het om die hangende aansoek tot voltoering te bring nie. Selfs nadat die interlokutêre aansoek van die rol verwyder is, het Applikant steeds weer geen poging aangewend om repliserende verklarings te

liasseer en daardie aansoek te finaliseer nie. Hierdie feite kon beslis **Cillié, R** beïnvloed het by die oorweging van die vraag na die dringendheid, aldan nie, van die onderhawige aansoek en was derhalwe wesenlik en het daar 'n plig op Applikant gerus om dit aan die Hof te openbaar het. Die maande wat sodoende deur Applikant verspeel is en nie aan die Hof openbaar is nie, staan na my mening op soortgelyke voetstuk as die gebeure waarna verwys word in **NATIONAL DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTIONS V BRAUN AND ANOTHER**, *supra*, op 200 C tot D, waarna daar tot die volgende gevolgtrekking gekom is op 200, paragraaf 36:

“I have little doubt that had Goliath J been aware of the true position she may have concluded that the matter was not urgent and/or that it would not be appropriate to hear it *ex parte*.”

- [44] Mnr. Ploos van Amstel se argument dat gegewe dat die huidige Eerste tot Derde Respondente se verweerskrif in die hoofaksie aangeheg was tot die onderhawige aansoek, bovermelde versuim om die Hof te verwys na die bestaan

van die hangende aansoek en derhalwe ook die bestaan en inhoud van die opponerende verklaring daarin geliasseer, ondervang, gaan na my mening, soos ook deur mnr. Reinders betoog, glad nie op nie. Ten eerste is een van die beginsels wat in **NATIONAL DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTIONS V BRAUN AND ANOTHER**, *supra*, ter sprake gekom het en waarna ek reeds verwys het, ook in hierdie geval ter sprake, synde dat dit omvangryke stukke is wat voor **Cillié, R** gedien het en ten opsigte waarvan die verweerskrif slegs enkele bladsye daarvan beslaan het. Gegewe die omvangryke aard van die stukke, kan daar nie aanvaar en geargumenteer word dat **Cillié, R** by wyse van die verweerskrif behoorlik kon kennis neem wat Eerste tot Derde Respondente se weergawe met betrekking tot die bewerings in die aansoek as sulks is nie. Verdermeer spreek dit vanself dat aangesien aansoekstukke beide die pleitstukke en getuienis daarstel, terwyl die verweerskrif slegs die pleitstuk daarstel, daar geensins aanvaar kan word dat deur 'n blote nalees van die verweerskrif dit 'n behoorlike en volledige beeld aan **Cillié, R** sou verleen met betrekking tot die aard en inhoud van Eerste tot Derde Respondente se opponering van die regshulp wat by wyse

van die onderhawige aansoek en/of die hangende aansoek deur Applikant gevorder word nie.

[45] In ieder geval gaan dit in die onderhawige geval nie oor die meriete van Applikant se aansoek of die meriete van Eerste tot Derde Respondente se opponering daarvan nie, maar oor die feit dat Applikant sy verpligting om alle relevante feite wat 'n invloed op die Hof kon hê met betrekking tot sy beregting van die onderhawige aansoek, aan die Hof te openbaar, wat Applikant versuim het om te doen.

[46] Soos reeds by wyse van die tersaaklike gesag uitgewys, is ek onder sodanige omstandighede geregtig om in die uitoefening van my diskresie die verleende bevel tersyde te stel. Soos ook blyk uit die aangehaalde gesag, kan sodanige tersydestelling volg selfs al was die versuim bloot nalatig en is opset of *mala fides* nie 'n vereiste nie. Gegewe die tersaaklike feite van hierdie saak, kan ek nie anders as om vir doeleindes van die meriete van hierdie heroorweging op hierdie stadium te bevind dat ten beste vir Applikant, sodanige versuim ten minste nalatig was.

[47] Mnr. Ploos van Amstel het gepoog om op grond van die beweerde nadeel wat Applikant gaan ly indien die bevel tersyde gestel sou word, te betoog dat ek my diskresie ten gunste van Applikant behoort uit te oefen en nie die bevel tersyde stel nie. Die moontlike nadeel wat deur Applikant gely kan word, is egter na my mening nie 'n dwingende genoeg rede waarom ek my diskresie ten gunste van Applikant in hierdie omstandighede behoort uit te oefen nie. Eerste tot Derde Respondente, in besonder Derde Respondent, kan insgelyks benadeel word indien die bevel nie tersyde gestel word nie. In ieder geval is die voorgenome tersydestelling van die bevel bloot 'n gevolg van Applikant se versuim, hetsy op advies van sy regsverteenwoordigers, aldan nie, hetsy op nalatige of opsetlike wyse, om sy openbaarmakingsplig teenoor die Hof na te kom en het die Applikant dus slegs homself daarvoor te blameer. Gevolglik meen ek hierdie is 'n geval wat deur die volgende *dictum* in **SCHLESINGER V SCHLESINGER**, *supra*, op 350 B tot C getref word:

“It appears to me that unless there are very cogent practical reasons why an order should not be rescinded, the court will

always frown on an order obtained *ex parte* on incomplete information and will set it aside even if relief could be obtained on a subsequent application by the same applicant.”

KOSTE:

[48] Wat die koste betref, het Derde Respondent reeds in sy Reël 6(12)(c) kennisgewing versoek dat die bevel tersyde gestel word met koste op 'n skaal soos die Hof mag goeddink. Ook in die Hof het mnr. Reinders aangetoon dat hy die skaal waarop Applikant koste moet betaal indien die bevel tersyde gestel word, in my diskresie laat. Mnr. Ploos van Amstel het betoog en aan die hand gedoen dat indien ek sou besluit om die bevel tersyde te stel, dit as sulks nie gronde daarstel vir 'n bestraffende kostebevel nie en indien en insoverre ek oorweeg om 'n bestraffende kostebevel te verleen, daar 'n gepaste geleentheid gegee moet word om verduidelikings en/of submissies aan die Hof daaromtrent voor te hou.

[49] Ek het reeds vir doeleindes van die meriete van hierdie heroorweging bevind dat Applikant en/of Applikant se

regsverteenwoordigers se versuim om applikant se openbaarmakingsplig, of dan sy verpligting tot *uberrima fides*, na te kom, ten minste nalatig was. Sodanige bevinding is voldoende ten einde die bevel tersyde te stel en daarom ag ek dit onnodig om vir doeleindes van die meriete 'n verdere bevinding daaromtrent poog te maak. Vir doeleindes van die oorweging van 'n gepaste kostebevel, meen ek egter dit is noodsaaklik om die vraag na die graad van nalatigheid en/of selfs die vraag na opset en/of *mala fides* van naderby te oorweeg. Hierdie siening en opmerkings moet egter nie gesien word as dat ek tans van oordeel is of tot 'n gevolgtrekking kom dat sodanige versuim inderdaad opsetlik of *mala fide* was nie. Dit is nie gepas om 'n bevinding hieromtrent te maak sonder dat Applikant se regsverteenwoordigers die geleentheid gegun is om verklarings of submissies hieromtrent aan die Hof voor te hou nie.

- [50] Hoe dit ookal sy, selfs al hét dit slegs as gevolg van die nalatigheid van Applikant se regsverteenwoordigers geskied, kan dit steeds voldoende rede daarstel op grond waarvan die regsverteenwoordigers gelas behoort te word

om die koste *de bonis propriis* te betaal. Die basis van sodanige bevel is as volg verduidelik in **WAAR V LOUW** 1977(3) SA 297 (O) op 304 D:

“En die rede vir so ’n bevel (*de bonis propriis*) teen ’n prokureur is heel duidelik. Die prokureursamp is ’n hoë en verantwoordelike amp. Die prokureursberoep is ’n geleerde beroep wat groot vaardigheid van sy lede verg. Foute wat ’n prokureur in gedingvoering begaan en wat onnodige koste tot gevolg het, moet derhalwe nie ligtelik oorgesien word nie. En ’n gedingvoerder behoort nie altyd verplig te word om self die koste te betaal wat deur die nalatigheid van sy prokureur veroorsaak is nie.”

Voormelde beginsels is uiteraard insgelyks op ’n advokaat van toepassing.

- [51] Alvorens ’n bevel *de bonis propriis* egter verleen kan word, moet die tersaaklike regsverteenwoordigers, veral in ’n geval soos die onderhawige, die geleentheid gegee word om aangehoor te word, onder andere ook om vas te stel wie eintlik die moontlike verantwoordelike persoon is. Dit is ook as volg beslis in **IMMELMAN V LOUBSER EN  N ANDER**,

1974(3) SA 816 (AD) op 825 A tot C:

“Die Hof het die applikant se advokaat die vraag gestel of die applikant se prokureurs nie beveel moet word om self die applikant se koste te dra nie vanweë hulle nalatige en gebrekkige optrede. Sy antwoord was dat die Hof, in die afwesigheid van die applikant se plaaslike prokureur, mnr. Briel, en sy Pretoriaanse prokureurs, en sonder dat hulle geleentheid gehad het om aangehoor te word, nie so ’n bevel sou maak nie.

Indien hierdie Hof in staat sou gewees het om op die stukke voor hom vas te stel welke van applikant se prokureurs verantwoordelik was vir een of meer van die vele foute wat begaan is en vir die gebreke wat daar in die aansoeke was, sou die Hof, na my mening, met regverdiging so ’n bevel kon gemaak het, en dit selfs sonder om die betrokke prokureur/s aan te hoor.”

- [52] Gevolglik is ek voornemens om ’n bevel te maak wat sodanige geleentheid aan die tersaaklike regsverteenwoordigers verleen en wat dieselfde resultaat sa hê as die tipe bevel wat verleen is in **MACHUMELA V SANTAM INSURANCE COMPANY LTD** 1977(1) SA 660

(A) op 664 A - E:

“The application for condonation was launched on the appellant’s behalf without invoking the provisions of Rule of court 5(4)(c) in terms of which the period to deliver copies of the record to the respondent may, with its written agreement, be extended. In this case respondent’s consent should first have been sought. It would probably have been given, for respondent did not oppose the application for condonation. Thus the costs of the application for condonation were probably unnecessary incurred and certainly without first heeding the warning sounded by this Court in Van Jaarsveld’s case. Regard being had to the fact that no blame attaches to the appellant himself in connection with the failure to comply with the rules of court, that his attorney was at fault ..., I consider that justice require that a special order as to costs be made. The following order is made:

1. The appeal is dismissed with costs.
 - 2.(a) The party and party costs of the said application for condonation shall be paid to respondent by the Johannesburg attorney of record for the appellant *de bonis propriis*.
 - (b) ...
 - (c) Leave is granted to appellant’s said attorney, if so

advised, to apply by written application lodged with the Registrar of this Court within three weeks after the date of delivery of this judgment for a variation on good cause shown of the orders as to costs in subparagraphs (a) and (b) hereof.”

- [53] Wat die skaal van sodanige kostebevel betref, hetsy dit dan deur Applikant self of deur Applikant se regsverteenwoordigers betaal moet word, meen ek dat hierdie 'n gepaste geval is, selfs al bevind ek eventueel steeds dat hier geen erger graad van versuim as nalatigheid ter sprake is nie, waar koste op 'n skaal soos tussen prokureur en kliënt gelas behoort te word. In die verband vereenselwig ek my met die volgende wat voorkom in **SCHLESINGER V SCHLESINGER**, *supra*, op 354 C tot E:

“I am of the view that this is a proper case where attorney and client costs should be awarded to the applicant ... The respondent and her legal advisers, in my opinion, brought the original application with a reckless disregard for the full and true facts in an effort to obtain some tactical advantage over the applicant or to use the pending action in South Africa against him in the matrimonial proceedings in Switzerland. I am not, however, imputing fraudulent conduct to either

respondent or her attorney, but a reckless disregard of a litigant's duty to a court in making a full and frank disclosure of all known facts which might influence the court in reaching a just conclusion."

[54] Die vraag of dit dan Applikant is wat sodanige prokureur en kliënt koste moet betaal en of dit Applikant se regsverteenwoordigers is wat sodanige prokureur en kliënt koste *de bonis propriis* moet betaal, sal beslis word in 'n uitspraak wat sal volg op hierdie uitspraak nadat die tersaaklike regsverteenwoordigers die geleentheid gehad het om voorleggings te maak in hierdie verband.

[55] Wat betref die vraag na welke regsverteenwoordigers ter sprake is, meen ek dat op die stukke soos dit tans voor my staan, dit duidelik blyk dat Applikant se prokureur van rekord slegs as spreekwoordelike posbus optree en dat die saak eerder gedryf word deur Applikant se prokureur van eerste instansie, synde mnr. L.G.C Lielies van ADW van den Berg Prokureurs, Theunissen. Hierdie indruk van my is ook deur mnr. Ploos van Amstel ten tyde van die aanhoor van die aansoek en in antwoord op 'n direkte vraag

hieromtrent deur my aan hom gestel, bevestig. Gevolglik meen ek dat die moontlike bestraffende kostebevel teen die regsverteenwoordigers van Applikant wat in hierdie geval oorweeg word, van toepassing is op Applikant se prokureur van eerste instansie, synde voormelde mnr. Lielies, en Applikant se advokaat, synde mnr. C. Ploos van Amstel. Geen blaam van enige aard rus by Applikant se prokureur van rekord nie.

**VERWYSING VAN DIE AANGELEENTHEID NA DIE
TERSAAKLIKE PROFESSIONELE LIGGAME:**

[56] Hoewel ek op hierdie stadium vir doeleindes van die meriete hoogstens 'n bevinding van nalatigheid gemaak het, meen ek dat dit ongelukkig in ieder geval nodig en vanpas is dat die onderskeie professionele liggame waarvan die twee regsverteenwoordigers lede is, behoort kennis te neem van hierdie verrigtinge ten einde dit na goeddunke te hanteer. Dit sal egter nie billik wees indien slegs 'n afskrif van hierdie uitspraak aan die tersaaklike professionele liggame verskaf word nie en is ek gevolglik voornemens om te gelas dat afskrifte van die voorleggings,

indien enige, wat deur die onderskeie regsverteenwoordigers gemaak gaan word, sowel as my bevindings in die uitspraak wat hierop gaan volg ten opsigte van die finale beregting van die koste, ook aan sodanige professionele liggame verskaf behoort te word.

[57] Gevolglik word die volgende bevele gemaak:

1. Die hofbevel verleen deur Cillié, R op 22 Januarie 2010, word tersyde gestel.
2. Derde Respondent se koste van die aansoek, wat insluit die koste van die heroorweging van die aansoek, moet *de bonis propriis* op `n skaal soos tussen prokureur en kliënt deur Applikant se advokaat en prokureur van eerste instansie, synde Advokaat C Ploos van Amstel en Mnr. LGC Lielies verbonde aan ADW van den Berg Prokureurs, Theunissen, gesamentlik en afsonderlik betaal word, betaling deur die een die ander kwytskeld te word; **alternatiewelik**, moet dit deur Applikant op `n skaal soos tussen prokureur en kliënt betaal word, die

bepaling waarvan, synde tussen die twee alternatiewe, in
`n hieropvolgende uitspraak sal geskied.

3. Vir doeleindes van die bevel in 2 hierbo verleen, word
verlof aan beide voormelde regsverteenwoordigers
verleen om beëdigde verklarings en/of skriftelike vertoë te
liasseer met betrekking tot waarom hulle nie die koste *de
bonis propriis* soos hierbo vermeld, moet betaal nie,
welke verklarings en/of vertoë geliasseer moet word voor
of op Woensdag, 10 Februarie 2010.
4. Die Griffier word versoek om `n afskrif van hierdie
uitspraak, sowel as afskrifte van voormelde verklarings
en/of vertoë en die verdere uitspraak wat hierin staan
gelewer te word met betrekking tot die finale beregting
van die koste, aan die Voorsitters van die Balieraad van
die Vereniging van Advokate van die Vrystaat en van die
Prokureursorde van die Vrystaat onderskeidelik, te
verskaf.

C. VAN ZYL, R

Namens Applikant: Adv. C. Ploos van Amstel
In opdrag van:
ADW van den Berg Prokureurs
c/o Honey Prokureurs
BLOEMFONTEIN

Namens Derde Respondent: Adv. S.J Reinders
In opdrag van:
Giorgi & Gerber Prokureurs
BLOEMFONTEIN