Verslagwaardig: Ja / Nee
Sirkuleer aan Regters: Ja / Nee

Sirkuleer aan Landdroste: Ja / Nee

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(Noord-Kaapse Afdeling)

Saakno: 437/2004

Datum Verhoor: 2004-10-22
Datum Gelewer: 2004-11-05

In die saak van:

FRANS HENDRIK VAN WYK **EISER**

versus

G W K BEPERK **VERWEERDER**

Coram: **MAJIEDT R**

UITSPRAAK

MAJIEDT R:

1.1 Die applikant vra die volgende regshulp aan by wyse van mosieprosedure:

> "Dat die respondent gelas word om met ingang van 5 Maart 2004 applikant te vergoed ooreenkomstig die bepalings van Aanhangsels "A" en "B" tot die funderende beëdigde verklaring asook die mondelingse ooreenkomste van April 1997 en Junie 1998 ingevolge waarvan applikant 'n vaste maandelikse salaris van R13 957 .00 asook kommissie van 16% op oesversekering en 20% op korttermynversekering ontvang."

1.2 Daar word ook 'n kostebevel aangevra en die gewone allesomvattende "verdere en/of alternatiewe regshulp".

1.3 Die respondent bestry die aansoek.

2. Die feite hierin is redelik eenvoudig en kan bondig as volg uiteengesit word op die basis dat hierdie feite gemene saak is of ten minste nie ernstig in geskil geplaas is deur

die respondent nie:

2.1 Die applikant is in diens van die respondent as 'n versekeringsbestuurder en werk alreeds sedert 1983 daar (aanvanklik by respondent se voorganger in titel – Griekwaland Wes Koöperasie).

2.2 Gedurende 1997 is daar mondelings ooreengekom tussen die partye dat applikant, bo en behalwe sy maandelikse salaris, kommissie sou verdien teen 16% op alle versekeringskontrakte, maar die kommissie is later skriftelik gewysig na 16% op alle oesversekeringskontrakte en 20% op alle korttermynversekeringskontrakte. Die voormelde vaste maandelikse salaris was inderwaarheid eintlik maar 'n voorskot op die applikant se kommissieverdienste elke maand. Die mondelinge ooreenkoms is later beliggaam in 'n skriftelike diensooreenkoms wat saam met die bepalings vervat in respondent se personeelbeleid gelees moet word.

2.3 Gedurende Februarie 2004 het die respondent aan die applikant laat blyk dat hy van voorneme is om die applikant se vergoedingstruktuur te wysig na 'n vaste salaris as vergoeding en is die applikant se vaste salaris eers op R300 000.00 en toe op R330 000.00 per jaar vasgestel deur die respondent.

2.4 Die applikant beskou die voormelde wysiging van sy

vergoedingstruktuur as ‘n aanbod, welke vir hom onaanvaarbaar is, terwyl die respondent aan die ander kant hom daarop beroep dat klousule 22.1 van die diensvoorwaardes hom magtig om eensydiglik die applikant se vergoedingstruktuur te wysig. Die applikant betwis dat die klousule die respondent sodanig magtig.

3. Soos blyk uit paragraaf 2.4 hierbo, is die kerngeskilpunt tussen die partye die respondent se eensydige wysiging van applikant se vergoedingstruktuur en die vraag of klousule 22.1 van die diensvoorwaardes dié optrede van die respondent magtig.

4. Namens die respondent het Mnr. Freund aan die hand gedoen dat die regshulp aangevra deur die applikant, soos weergegee in par. 1 hierbo, in die aard van ‘n gebiedende interdik en verklarende bevel is. Na my mening is dit eerder ‘n gebiedende interdik ten einde spesifieke nakoming van ‘n ooreenkoms af te dwing.

5. Dit is uiteraard hoogs ongewoon dat waar regshulp vir spesifieke nakoming van 'n ooreenkoms gevorder word, soos hier, mosieprosedure aangewend word. Dit sou myns insiens slegs kon geskied waar hoegenaamd geen feitegeskille op 'n wesenlike aspek/te in die vooruitsig gestel word deur 'n litigant nie.

6. Dit is verder korrek, soos wat Mnr. Freund betoog het, dat eedsverklarings in mosieprosedure beide die pleitstukke en getuienis daarstel. 'n Applikant se eisoorsaak(e) en die getuienis ter ondersteuning daarvan moet derhalwe duidelik blyk uit sy eedsverklarings; sien:

Radebe and others v Eastern Transvaal Development Board 1988(2) SA 785 (A) te 793 C-F;

Die Dros (Pty) Ltd and another v Telefon Beverages CC and others 2003(4) SA 207 (K) te 217 B-C.

7. Mnr. Freund het versoek dat die aansoek van die hand gewys word omrede die applikant nie die saak wat hy gevoer het in argument, enigsins uitgemaak het in sy stukke nie. Hierdie is 'n belangrike aspek wat glad nie aangespreek is in die advokate se betoogshoofde nie, aangesien Mnr. Freund sy aanvanklike betoogshoofde opgestel het voordat hy dié van Mnr. Danzfuss wat vir die applikant verskyn, onder oë gehad het. Ek het gevolglik ná die aanhoor van betoë die advokate versoek om aanvullende betoogshoofde aangaande hierdie aspek af te lewer, wat hulle toe gedoen het.

8.1 In **Academy of Learning (Pty) Ltd v Hancock and others** 2001(1) SA 941 (K) te 955 H het Brand R (soos hy toe was) as volg verklaar aangaande hierdie aspek:

"In motion proceedings the affidavits serve not only to place

evidence before the Court but also to define the issues between the parties. A party to motion proceedings is therefore required to define the relevant issues and, if the onus regarding such issues should rest upon it, to set out the evidence upon which it relies to discharge such onus."

8.2 Regsargument wat voortvloei uit die stukke self mag uiteraard voorgehou word deur 'n party, met die belangrike voorbehoud dat die teenparty nie daardeur benadeel moet word nie.

Vgl: **Minister van Wet en Orde v Matshoba** 1990(1) SA 280 (A) te 285 E-G:

"Hierdie Hof het al dikwels beslis dat 'n regspunt wat nie pertinent in 'n appellant se aansoek geopper word nie maar wel uit die bewese feite ontstaan, deur die Hof oorweeg mag word en die basis van sy uitspraak vorm ..... Hierdie beginsel word egter gekwalifiseer deur die voorbehoud dat die Hof alleen so kan optree as daar geen onbillikheid teenoor die respondent geskied nie."

Sien ook: **Acadamy of Learning (Pty) Ltd v Hancock and others**, *supra* te 956 A-C.

8.3 'n Belangrike faktor wat oorweging verg by hierdie aspek is die kwessie van die bewyslas. In sy betoog het Mnr. Danzfuss aan die hand gedoen dat die respondent die bewyslas dra om te bewys dat hy by magte is om die partye se ooreenkoms te wysig uit hoofde van klousule 22.1 se bepalings. Hierdie betoog gaan nie op nie. Dit is immers nou al geykte reg dat 'n party die kontrak waarop hy steun moet bewys en ook die bepalings daarvan. Waar die teenparty 'n bykomende bepaling of 'n wysiging tot die ooreenkoms opwerp as verweer, rus die bewyslas steeds op die eersvermelde party – al sou dit behels dat hy 'n negatief moet bewys; sien:

Topaz Kitchens (Pty) Ltd v Naboom Spa (Edms) Bpk 1976 (3) SA 470 (A) te 474 A;

Stock & Stocks (Pty) Ltd v TJ Daly & Sons (Pty) Ltd

1979(3) SA 754 (A) te 765 A-G.

9. Aan die hand van die voormelde regsbeginsels moet die applikant se funderende en repliserende eedsverklarings nou van nader beskou word ten einde te probeer vasstel of daar meriete in Mnr. Freund se betoog is, naamlik dat die applikant nie die saak wat hy tydens argument gevoer het, uitgemaak het op sy stukke nie.

10.1 In sy vestigende eedsverklaring voer die applikant aan dat hy kragtens ‘n ooreenkoms met die respondent ‘n inkomste ontvang het “bestaande uit ‘n vaste komponent asook kommissie”. In dieselfde asem egter word aangevoer dat dié voormelde ooreenkoms beliggaam is in twee dokumente, te wete die skriftelike kontrak en die respondent se personeelbeleid, onderskeidelik aanhangsels “A” en “B” tot die vermelde vestigende

eedsverklaring. Die skriftelike kontrak bevat die volgende bepaling ten aansien van die applikant se vergoeding:

"9. Totale pakket per jaar: R145 059.98
Vergoeding geskied op 'n pakket stelsel wat werknemers 'n keuse bied om hul pakkette self te struktureer. Alle werkgewerbydraes word op 'n salarisprysgawe basis gedoen"

Klousule 3.8.1 van die personeelbeleid lÍ die beginsel van kommissie as vergoeding neer as volg:

"Alle werknemers wat op 'n kommissie basis vergoed word ontvang 'n minimum gewaarborgde pakket gelyk aan die markwaarde (mediaan minus 5%) minus 40% van die spesifieke posgraad. Alle voordele word op hierdie bedrag bereken. Kommissie word slegs ontvang nadat die minimum pakket ten volle gediens is.
Die persentasie kommissie verdienste wissel na gelang van omstandighede tussen 15% en 70% van die netto kommissie onkoste van GWK wat deur die werknemer gerealiseer is, minus alle direkte kostes wat pakketvergoeding insluit.
Individuele ooreenkomste word ...... binne bogenoemde beginsels met elke werknemer aangegaan.

(Die beklemtoning is my eie).

10.2 Ek wys nou alreeds daarop dat:

(a) Applikant nie "'n vaste maandelikse salaris ..... asook kommissie ..." verdien het kragtens die dokumente waarop hy self steun in sy vestigende eedsverklaring nie (vergelyk daarenteen die aangevraagde regshulp wat ek kripties aangehaal het en wat meer volledig verskyn in paragraaf 1 van hierdie uitspraak).

(b) Daar nÍrens sprake is in applikant se vestigende eedsverklaring dat daar bykomende mondelinge ooreenkomste buite om die voormelde aanhangsels "A" en "B" was waarvolgens die applikant geregtig sou wees op kommissie plus vaste salaris nie.

10.3 Die probleem wat nou ontstaan uit hoofde van wat in

paragrawe 10.1 en 10.2 hierbo uiteengesit is, is dat die submissies wat Mnr. Danzfuss gemaak het aangaande applikant se kommissie betaling, nie vervat is in die stukke of dan ten minste nie strook met dÌt wat in die vestigende eedsverklarings aangevoer word nie. Mnr. Danzfuss steun juis in sy betoog op ‘n mondelingse ooreenkoms aangaande kommissie wat buite aanhangsels “A” en “B” gesluit is.

10.4 In sy betoogshoofde het Mnr. Danzfuss onder andere die punt geneem dat die “gepoogde” wysiging van die ooreenkoms deur die respondent nie geldig is nie – ‘n mens soek egter tevergeefs in die vestigende eedsverklaring na feitelike beweringe wat dié submissie ondersteun. Ek is dit eens met Mnr. Freund dat die applikant, toe hy besluit het om by wyse van mosie prosedure te litigeer hierin, deeglik bewus was daarvan dat respondent hom sou beroep op die bepalings vervat in klousule 22.1 van die diensooreenkoms vir sy optrede. Inteendeel, die applikant heg by sy vestigende eedsverklaring aan as aanhangsel “D” ‘n skrywe van die

respondent gedateer 13/2/2004 wat pertinent verwys na klousule 22.1 as basis vir die wysiging van sy vergoedingstruktuur. Die applikant se aansoek is uitgereik deur die Griffier op 22/4/2004. Boonop maak Mnr. Danzfuss self die punt in sy betoogshoofde dat die respondent van meet af aan, nog voordat die aplikant sy aansoek gebring het, gesteun het op die bepalings verval in klousule 22.1. Daar is dus geen goeie rede waarom die vestigende eedsverklaring swyg hieraangaande nie.

10.5 Op dieselfde basis kan verwys word na Mnr. Danzfuss se betoë aangaande:

(a) die feit dat klousule 22.1 nietig is – hierdie is as 'n alternatiewe argument aangevoer. NÍrens word 'n grondslag hiervoor gelÍ in die eedsverklaring nie. Vir soverre dit aangevoer is dat hierdie 'n suiwer regsargument is wat blyk uit die klousule self, is ek dit eens met Mnr. Freund dat die respondent beslis hierdeur benadeel sal word. Indien ek byvoorbeeld

die applikant op hierdie argument gelyk sou gee, sou dit beteken dat die respondent, sonder dat hy hoegenaamd vooraf daarop attent gemaak is sodat hy volledig daarop kan reageer in sy antwoordende stukke, 'n finale bevel teen hom sal hÍ. Hierdie is duidelik een van daardie gevalle wat vierkantig ressorteer onder die voorbehoud voorgehou in die **Matshoba-** en **Academy of Learning**-sake, *supra*.

(b) 'n Verdere argument wat voorgehou is is dat kommissie nie 'n voordeel is nie. Die konteks waarin dié submissie gemaak is, is as volg: Klousule 22.1 lees:

"22.1 Die Raad hou hom die reg voor om na gelang van omstandighede, personeelvoorwaardes en –voordele soos uitgespel in die personeelbeleid, hierdie dokument en dissiplinÍre kode in heroorweging te neem met die doel om dit na oorleg te wysig met minimum dertig dae kennisgewing."

Mnr. Danzfuss het 'n aantal arbeidsreg gewysdes aangehaal as gesag daarvoor dat 'n kommissie nie 'n voordeel is soos bedoel in klousule 22.1 nie. Die feit van die saak is egter dat hierdie aspek eweneens nie te berde gebring is in applikant se stukke nie. Die kwessie van benadeling kom ook hier te sprake as dit aangevoer sou word dat hierdie 'n suiwer regsargument is.

(c) 'n Verdere submissie het gegaan oor die vraag of dit inderdaad die Raad is wat die besluit geneem het. Die posisie aangaande die gebrek van só 'n bewering in die aansoekstukke is presies dieselfde hier.

(d) Verdere argumente is voorgehou aangaande die betekenis van die woord "uitspel" in klousule 22.1, die toepassing van die sogenaamde "*contra proferentem*"-reël by

die uitleg van klousule 22.1 en die vraag of daar inderdaad "oorleg gepleeg" was, soos wat klousule 22.1 bepaal. Die gemene deler tussen hierdie argumente, soos wat die geval is met dié wat ek alreeds hierbo bespreek het, is dat dit nie in die eedsverklarings geopper is nie en dat dit, as moontlike suiwer regsargumente, getref word deur die benadelings voorbehoud.

11. Alles in ag genome is ek die mening toegedaan dat Mnr. Freund gelyk gegee moet word met sy betoog dat die applikant nie die saak uitgemaak het in sy stukke waarop hy steun in betoog nie. 'n Litigant wat in omstandighede waar hy deeglik bewus is van wat die kernfeitegeskille in voorgenome litigasie gaan wees, tog desnieteenstaande doelbewus mosie prosedure aanwend, doen so op sy eie risiko. Dit val my vreemd op dat die applikant hierdie weg ingeslaan het. Die aansoek is op die gewone (lang) prosedure gebring, klaarblyklik omrede daar geen basis was om dringendheid aan te voer nie – tereg so. Die applikant het deur sy besluit sy eie graf gegrawe en op die

koop toe nog verder heeltemal ontoereikende eedsverklarings voor die Hof geplaas. Na my mening moes die applikant, ten einde die geskilpunte hierin behoorlik geventileer te kry, eerder dagvaarding uitgereik het teen die respondent.

12. **Die applikant se aansoek word van die hand gewys met koste.**

____

SA MAJIEDT

REGTER

ADVOKAAT NAMENS APPLIIKANT :	Adv FWA Danzfuss SC
ADVOKAAT NAMENS RESPONDENT :	Adv AJ Freund

UITSPRAAK : VAN WYK v GWK

Saaknr. : 437/2004

MAJIEDT R

PROKUREUR NAMENS APPLIKANT : Haarhoffs

PROKUREUR NAMENS RESPONDENT : Hugo Mathewson & Oosthuyzen

DATUM VAN VERHOOR : 22 Oktober 2004

DATUM VAN UITSPRAAK : 05 November 2004