

Rapporteerbaar

Saak nr: 483/96

***IN DIE HOOGSTE HOF VAN APPÈL
VAN SUID-AFRIKA***

In die saak tussen:

Die Kommissaris van Binnelandse Inkomste
Mark Bryen N.O.

1ste Appèllant
2de Appèllant

en

William Andrew Willers
Albert van Zyl Willers
Jan Bernardus Willers
GJ Holy
Pieter de Witt

1ste Respondent
2de Respondent
3de Respondent
4de Respondent
5de Respondent

Meester van die Hooggeregshof van Suid-Afrika
(Transvaalse Provinsiale Afdeling)

6de Respondent

Coram:

Hefer, Marais, Schutz, Plewman ARR
en Madlanga Wnr AR

Datum van verhoor:

18 Maart 1999

Datum van uitspraak:

30 Maart 1999

Inkomstebelasting - Belastingpligtige nie in staat om te betaal -
Actio Pauliana - Bedoeling om te bedrieg.

UITSpraak

[1] Inkomstebelasting is natuurlik betaalbaar deur die persoon aan wie die inkomste waarop dit gehef word, toegeval het. In die gewone loop van sake word dit van hom verhaal. In die onderhawige geval is die belastingpligtige 'n private maatskappy, Bergbries (Edms) Bpk ('Bergbries'), wat vrywillig deur sy lede gelikwideer is, en geen bates besit nie, en nie in staat is om sy belasting te betaal nie. Die aksie is gemik teen persone wat voor likwidasië voordeel getrek het uit die vervreemding van die maatskappy se enigste bate, en teen 'n voormalige likwidateur wat na likwidasië nagelaat het om eise in te vorder wat Bergbries na bewering in staat sou gestel het om die belasting te betaal.

[2] Die Kommissaris (as eerste eiser) en die huidige likwidateur (as tweede eiser) het die aksie in die Transvaalse Provinsiale Afdeling ingestel. Vier lede van die Willers familie is as eerste, tweede, derde en vierde verweerders gevoeg en die voormalige likwidateur wat inmiddels van sy amp onthef is, as vyfde verweerder. In die dagvaarding is verskillende bedrae uit hoofde van verskeie alternatiewe skuldoorsake van die verweerders geëis.

[3] Aanvanklik het die verweerders 'n eksepsie teen die besonderhede van eis geneem wat later deur hierdie Hof beslis is in *Kommissaris van Binnelandse Inkomste en 'n Ander v Willers en Andere* 1994 (3) SA 283 (A). Om moontlike verwarring te vermy moet daarop gewys word dat sommige van die feitebewerings

waarop die eise destyds gebaseer was later verkeerd geblyk te gewees het. (Op daardie stadium was die eisers se saak gebaseer op betalings wat die voormalige likwidateur na bewering aan Bergbries se aandeelhouders gemaak het. Sulke betalings het inderdaad nooit geskied nie; soos aanstons sal blyk, het Bergbries voor likwidasie sy vaste eiendom verkoop en die opbrengs onder sy aandeelhouders verdeel. Via twee filiale wat die ontvangde geld elk op sy beurt onder sy eie lede verdeel het, het bykans die totale bedrag wat oorspronklik uit Bergbries se koffers gevloei het, uiteindelik in die sakke van die eerste vier verweerders beland.) Na hierdie Hof se uitspraak is die besonderhede van eis gewysig, nie net om hierdie aspek van die saak reg te stel nie, maar ook deur die byvoeging van 'n rits verdere alternatiewe skuldoorsake.

[4] Die verhoor op die gewysigde pleitstukke het voor Southwood R plaasgevind. Die enigste getuies was twee amptenare verbonde aan die Kommissaris se kantoor in Pretoria wat deur die eisers geroep is. Hulle getuienis dra niks by tot die geskilpunte wat tans ter sprake is nie. Origens het die partye hulle verlaat op dokumente wat by ooreenkoms sonder formele bewys ingehandig is. Sommige hiervan, mag ek dadelik sê, is nuttig; ander is van geen nut nie of van twyfelagtige toelaatbaarheid teenoor bepaalde verweerders, soos dikwels die geval is wanneer massiewe bundels ingehandig word sonder om eers die bewyswaarde van elke dokument te oorweeg. Nadat die eisers sommige skuldoorsake laat vaar het, het

Southwood R op al die oorblywendes uitspraak teen die eisers gelewer maar verlof verleen om te appelleer.

[5] In hierdie Hof het die eisers se advokate nog 'n skuldoorsaak laat vaar. Voordat ek met die wat nou nog oorbly handel, is dit nodig om kortliks die verloop van gebeure te beskryf aan die hand van feite wat nie in geskil is nie.

[6] Ongeveer 'n jaar voor likwidasie het Bergbries se direkteure die enigste vaste bate van die maatskappy verkoop en die opbrengs onder die aandeelhouders verdeel. Soos reeds aangedui, het bykans die hele bedrag via filiale uiteindelik in die eerste vier verweerders se sakke beland. Hulle was almal aandeelhouders en/of direkteure van Bergbries en/of die filiale.

[7] Die bedrae wat Bergbries aan sy aandeelhouders betaal het, is teen laasgenoemde se leningsrekenings gedebiteer en daarna deur al die betrokkenes behandel as lenings wat op aanvraag terugbetaalbaar was. Die rede was dat die maatskappy se ouditeure ('n firma genaamd Pim Goldby) die direkteure vroegtydig gewaarsku het dat die wins uit die verkoping moontlik onderhewig sou wees aan inkomstebelasting en die gedagte was dat, sou Bergbries inderdaad belas word, elke aandeelhouer 'n terugbetaling sou maak sodat die belasting betaal kon word.

[8] Die voormalige likwidateur was 'n vennoot in Pim Goldby. Enkele maande na sy aanstelling het hy 'n eerste en finale likwidasie- en distribusierekening by die Meester ingehandig waarin

die aandeelhouders se leningsrekenings in die vorm van eise ten gunste van die maatskappy as die enigste bates getoon is. Nadat voorsiening gemaak is vir betreklik geringe administrasiekoste is die balans vir distribusie aan die aandeelhouders toegewys maar, klaarblyklik omdat dit teen die leningsrekenings verreken is, nie aan hulle uitbetaal nie. Om dieselfde rede was dit op daardie stadium ook nie nodig om die leningsrekenings in te vorder nie. Na die inhandiging van die rekening het die Kommissaris vorendag gekom met 'n eis vir inkomstebelasting ten opsigte van die wins op die verkoopte eiendom. Hoe sake daarna verloop het, sal beskryf word in die behandeling van die eise teen die voormalige likwidateur. Al wat nodig is om op hierdie stadium te sê, is dat die rekening uiteindelik in ongewysigde vorm geadverteer is en ter insae gelê het. In die afwesigheid van beswaar deur die Kommissaris, het die Meester dit later bekragtig. Nog later is die voormalige likwidateur van sy amp onthef en die tweede eiser in sy plek aangestel.

[9] Ek behandel vervolgens elke skuldoorsaak afsonderlik. Die eise teen die voormalige likwidateur is 'n gerieflike beginpunt.

Die eise teen die voormalige likwidateur.

[10] In die gewysigde Besonderhede van Vordering is hierdie eise soos volg geformuleer:

- '35 bis.1 Vyfde verweerder was nie later as begin April 1986 bewus van die bedrag wat Bergbries ten opsigte van inkomstebelasting aan Eerste Eiser verskuldig was nie;
- 35 bis.2 Vyfde verweerder was verder te alle

wesenlike tye bewus daarvan dat Bergbries die uitbetalings aan sy aandeelhouders gemaak het soos in paragrawe 32 *bis*.1 en 32 *bis*.2 hierbo uiteengesit;

35 *bis*.3 Nadat Vyfde Verweerder bewus geword het van die bedrag wat Bergbries ten opsigte van inkomstebelasting aan Eerste Eiser verskuldig was, het daar 'n regsplig op hom gerus ***om uit vermelde bedrae wat deur Bergbries uitbetaal is voldoende bedrae terug te vorder om, wanneer hy deur Eerste Eiser versoek word om dit te doen, die bedrag aan Eerste Eiser verskuldig aan hom te kan betaal;***

35 *bis*.4 Vyfde Verweerder het gemelde regsplig wat op hom gerus het, opsetlik, alternatiewelik nalatiglik, verbreek ***deur te versuim om uit vermelde bedrae wat deur Bergbries uitbetaal is voldoende bedrae terug te vorder om hom in staat te stel om as likwidateur van Bergbries die bedrag wat Bergbries ten opsigte van inkomstebelasting aan Eerste Eiser verskuldig was, te kon betaal;***

35 *bis*.5 ***As gevolg van Vyfde Verweerder se vermelde opsetlike, alternatiewelik nalatige, verbreking van die regsplig wat op hom gerus het, is Bergbries tans nie in staat om enige gedeelte van die inkomstebelasting wat hy aan Eerste Eiser verskuldig is, te kan betaal nie;***

35 *bis*.6 As 'n verdere gevolg van Vyfde Verweerder se vermelde opsetlike, alternatiewelik nalatige, verbreking van die regsplig wat op hom gerus het, ly Eerste Eiser skade in 'n bedrag van R3 264 234,00 welke skade die bedrag verteenwoordig wat Eerste Eiser in staat sou gewees het om van Bergbries te kon vorder indien Vyfde Verweerder nie die regsplig wat op hom gerus het, verbreek het,

soos hierbo uiteengesit nie

48 *bis.1* Tweede Eiser herhaal paragrawe 35 *bis.1*, 35 *bis.2*, 35 *bis.3* en 35 *bis.4* hierbo;

48 *bis.2* ***As `n verdere gevolg van Vyfde Verweerder se vermelde opsetlike, alternatiewelik nalatige, verbreking van die regsplig wat op hom gerus het***, ly Tweede Eiser in sy hoedanigheid vermeld skade in `n bedrag van R3 264 234,00 welke bedrag die kapitale bedrag inkomstebelasting deur Bergbries aan Eerste Eiser verskuldig, verteenwoordig ...'

(Die doel van die beklemtoning is om aandag te vestig op die feit dat die eisers se saak teen die voormalige likwidadeur uitsluitlik op die verbreking van `n besondere regsplig gebaseer is en op die aard en omvang van die regsplig waarop hulle steun.)

[11] Die herhaalde verwysing in die Besonderhede van Vordering na die voormalige likwidadeur se 'opsetlike, alternatiewelik nalatige' verbreking van sy regsplig is opvallend. In hierdie Hof het Mnr Delport namens die eisers te kenne gegee dat hulle steeds op `n ***opsetlike*** verbreking steun in die sin dat die voormalige likwidadeur daadwerklik bedoel het om die Kommissaris te benadeel. Die eenvoudige antwoord op hierdie deel van die betoog is dat so 'n bedoeling nie gepleit is nie en nog minder bewys is. Soos ek aanstons sal aantoon wanneer ek sy beweerde nalatigheid behandel, mag daar op die waarskynlikhede `n volkome onskuldige verduideliking wees waarom die voormalige likwidadeur versuim het

om terugbetalings van die aandeelhouders te vorder.

[12] By die beoordeling van die vraag of nalatigheid bewys is, moet beklemtoon word dat dit slegs gaan om die voormalige likwidateur se versuim om (soos in paragraaf 35 *bis*.3 beweer) 'voldoende bedrae **terug te vorder**'. Ek sê dit omdat hy, soos reeds genoem, ook versuim het om die likwidasië- en distribusierekening te wysig deur die invoeging van die Kommissaris se eis. Waarom hy die rekening nie reggestel het nadat alle twyfel uit die weg geruim is oor Bergbries se aanspreeklikheid vir betaling van die belasting nie, maar dit inteendeel geadverteer en die Meester se bekragtiging daarvan verkry het, weet ons nie. In die afwesigheid van 'n verduideliking het Mnr Burman namens hom toegegee dat hy *prima facie* grof nalatig was. Hierdie toegewing neem die eisers se saak egter niks verder nie omdat die werklike vraag is of nalatigheid, in die enkele opsig dat hy versuim het **om bedrae terug te vorder**, bewys is.

[13] Vir 'n antwoord op hierdie vraag is ons aangewese op die inligting wat die dokumente verskaf. Daaruit blyk die volgende:

- (a) Die voormalige likwidateur het Bergbries se inkomstebelastingopgawe ten opsigte van die jaar waarin die eiendom verkoop is gedurende April 1985 ingehandig. Daarin het hy die verkoping openbaar. Toe die Kommissaris hom kort daarna versoek het om redes te verskaf waarom die wins nie belas moes word nie, het hy die saak na die direkteur of hulle

prokureurs verwys en laasgenoemde het die redes aan die Kommissaris verskaf.

- (b) Desondanks het die Kommissaris gedurende Maart 1986 `n eis vir betaling van die belasting ingelewer en op 1 April 1986 het `n aanslag gevolg.
- (c) By ontvangs van die eis het die voormalige likwidateur terugbetalings van Bergbries se aandeelhouers aangevra. Sy brief aan elke aandeelhouer eindig met die waarskuwing dat
 '[i]ndien die aanslag nie betaal word nie sal die Ontvanger teen die Maatskappy vonnis neem, die hof sal `n likwidateur aanstel wie op sy beurt sal optree om [die aandeelhouers se leningsrekenings] in te vorder.'
- (d) Geen terugbetaling het egter geskied nie omdat die direkteure beswaar aangeteken het teen die aanslag. Toe die beswaar van die hand gewys is, het hulle, eers na die Spesiale Hof, en later na hierdie Hof geappelleer en met die Kommissaris gereël dat die belasting nie betaal sou word terwyl die appèlle hangend was nie. Die appèl na hierdie Hof is eers gedurende Februarie 1990 teruggetrek.
- (e) Intussen het die vraag ontstaan of die leningsrekenings nog afdwingbaar was. In `n memorandum wat die prokureurs vir `n aandeelhouer in een van die filiale gedurende Junie 1988 voorberei het met die oog op die verkryging van `n advokaat se mening, verskyn die volgende:

‘Soos u sal merk is konsultant en die ouditeure (Pim Goldby) in dispuut met betrekking tot die aanspraak van konsultant as sou die eis van Bergbries reeds verjaar het

...

Pim Goldby het aangedui dat hulle bereid is om te berus by die regsmening van `n Senior Advokaat na aanleiding van die dispuut.’

- (f) Die betrokke advokaat se mening is eers `n jaar later verskaf. Die strekking daarvan was dat die leningsrekenings inderdaad verjaar het.
- (g) Later gedurende 1989 het een van Bergbries se direkteure `n opinie oor dieselfde vraag van `n ander advokaat gekry. Hoewel in hierdie opinie gewys is op art 13(1) van die Verjaringswet waarvolgens voltooiing van verjaring uitgestel word indien die skuldeiser `n regspersoon is en die skuldenaar `n bestuurslid daarvan, was die slotsom dat dit wou voorkom asof minstens die die leningsrekening van die betrokke direkteur inderdaad verjaar het. Of hierdie opinie ooit tot die kennis van die voormalige likwidateur gekom het, blyk nie uit die dokumente nie.

[14] Word al hierdie feite in ag geneem, meen ek nie dat nalatigheid ten opsigte van die voormalige likwidateur se versuim om fondse terug te vorder, bewys is nie. Dit is verstaanbaar dat hy dit nie gedoen het nie gedurende die tydperk van onsekerheid wat geskep is deur die beswaar teen die aanslag en die appèlle : sou hy

op daardie stadium aangedring het op betaling sou die antwoord heelwaarskynlik (en tereg) gewees het dat die Kommissaris uitstel verleen het vir betaling en dat Bergbries se aanspreeklikheid vir belasting in elk geval nie 'n uitgemaakte saak was nie. En nadat die onsekerheid gedurende Februarie 1990 verdwyn het, het hy nog steeds gesit met minstens een advokaatsopinie tot die effek dat die leningsrekenings verjaar het.

[15] Dit moet verder nie uit die oog verloor word nie dat die voormalige likwidadeur ooreenkomstig die bepalings van art 386(3)(c) gelees met art 386(4)(a) van die Maatskappywet nie by magte was om aksie in te stel sonder die magtiging van Bergbries se lede nie. Boonop is alle aanduidings dat hy oor geen fondse vir 'n geding teen die aandeelhouders beskik het nie; selfs die administrasiekoste is betaal uit inbetalings wat laasgenoemde spesiaal vir die doel gemaak het. *Prima facie* was sy hande afgekap.

[16] Weens hierdie redes is ek van oordeel dat Southwood R tereg tot die gevolgtrekking gekom het dat die eise teen die voormalige likwidadeur van die hand gewys moes word. Dit is nie nodig om die redes te behandel wat die geleerde regter aangevoer het vir die mislukking van die eise nie.

Die actio Pauliana.

[17] Die partye is dit eens dat enige regshandeling waardeur 'n skuldenaar *in fraudem creditorum* van sy goed vervreem, vernietig kan word onder die moderne vorm van die *actio Pauliana*. In die lig

van uitsprake soos die in *Fenhalls v Ebrahim and Others* 1956(4) SA 723 (D) op 727D-G en *Commissioner of Customs and Excise v Bank of Lisbon International Ltd and Another* 1994(1) SA 205 (N) op 209D-J het Mnr Delport aanvaar dat 'n suksesvolle eis om vernietiging bewys verg, onder andere, dat die regshandeling 'n vermindering van die skuldenaar se bates tot gevolg gehad het en verrig is met die doel om te bedrieg in die sin van 'n bedoeling om skuldeisers, of 'n besondere skuldeiser, te benadeel.

[18] Omdat *fraus creditorum* gewoonweg beweer word in die konteks van die vervreemding van bates voor die insolvensie van die skuldenaar of die likwidasie van 'n maatskappy, kon verwag word dat die eis in die onderhawige geval gemik sou gewees het op die aanvanklike verdeling van Bergbries se bates onder sy aandeelhouers. Dit is egter nie wat die opsteller van die Besonderhede van Vordering in gedagte gehad het nie. Die kern van die eis blyk uit die volgende bewerings:

'32 *ter.5* Eerste tot vierde verweerders, in hul hoedanighede as direkteure en aandeelhouers van Bergbries, het dit ***bewerkstellig dat Bergbries, alternatiewelik Vyfde Verweerder in sy hoedanigheid vermeld, nie 'n voldoende gedeelte van die bedrae uitbetaal teruggevorder het*** om die bedrag aan Eerste Eiser verskuldig aan hom te kan betaal nie, welke optrede plaasgevind het met die bedrieglike oogmerk om te verhoed dat Eerste Eiser in staat sou wees om die bedrag wat Bergbries aan hom verskuldig is van

Bergbries te kan verhaal;

32 *ter.6* As gevolg van Eerste tot Vierde Verweerders se bedrieglike optrede soos in die vorige paragraaf uiteengesit, is Eerste Eiser tans nie in staat om die bedrag wat Bergbries aan hom verskuldig is van Bergbries te verhaal nie;

32 *ter.7* In die vooropstelling is Eerste tot Vierde Verweerders, gesamentlik en afsonderlik, die een betalende die ander kwytsgekeld te word, regtens verplig om aan Eerste Eiser 'n bedrag van R3 264 234,00 te betaal, welke bedrag die kapitale bedrag inkomstebelasting verteenwoordig wat deur Bergbries aan Eerste Eiser verskuldig is tesame met rente daarop ...' (Beklemtoning bygevoeg.)

[19] Mnr Delport het verduidelik dat hierdie skuldoorsaak, soos die vorige een, betrekking het op die feit dat die voormalige likwidateur nie die leningsrekenings ingevorder het nie. Volgens hom kom kwytskelding van 'n skuld neer op die vervreemding van 'n bate en het die voormalige likwidateur die eerste vier verweerders kwygeskelt; daarom is aan die eerste bewysvereiste voldoen. Omdat die kwytskelding *ex titulo lucrativo* geskied het (wat die aandeelhouders betref), het hy voorts geredeneer, is dit nie nodig om 'n bedrieglike opset te bewys nie.

[20] Aanvanklik moet ek sê dat ek dit moeilik vind om die redenasie te korreleer met die bewerings in die Besonderhede van Vordering. Ek behandel nie die verwarrende bewering in par 32 *ter.5* dat **Bergbries** nie van die uitbetaalde geld teruggevorder het nie omdat

dit in die samehang van die hele saak totaal onsinnig is en Mnr Delport nie daarvan gewag gemaak het in sy betoog nie. Word die res van paras 32 *ter.5* en 32 *ter.6* saamgelees en in verband gebring met die voorafgaande gedeelte van par 32 *ter* wat ek nie aangehaal het nie, word die Kommissaris se saak duidelik. In die voorafgaande gedeelte word die geskiedenis van die uitbetalings en die manier waarop 'n gedeelte van die geld na die eerste vier verweerders gevloei het, beskryf; origens word slegs beweer dat die Kommissaris laatstens vanaf April 1986 'n skuldeiser van Bergbries was, dat die maatskappy na die uitbetalings nie oor fondse beskik het om die belasting te betaal nie en dat geeneen van die eerste vier verweerders enige teenprestasie gelewer het vir die geld wat hulle ontvang het. Opgesom is die saak wat gepleit is dat die eerste vier verweerders op bedrieglike wyse bewerkstellig het dat die voormalige likwidateur nie geld van hulle teruggevorder het wat hulle sonder teenprestasie ontvang het nie.

[21] In die lig hiervan kom die beroep op die *actio Pauliana* my misplaas voor. 'n Opvallende leemte is die afwesigheid van 'n bewering van 'n bedrieglike bedoeling aan die kant van die voormalige kurator. Dit is nie korrek dat dit onnodig is om sodanige opset te beweer en te bewys in gevalle waar die ontvanger 'n bate *ex titulo lucrativo* verkry het nie. Die passasie in die uitspraak in *Coetzer v Coetzer* 1975(3) SA 931 (E) op 936F waarop gesteun word, lui soos volg:

‘Generally speaking this *actio* required a collusive dealing *in fraudem creditorum* by the two parties to the transaction, but where the alienee acquires the property *ex titulo lucrativo* it is not necessary to show that he was a party to or knew of the fraud.’

Die laaste opmerking het slegs betrekking op die ontvanger (kyk ook *Commissioner of Customs and Excise supra* op 209I-J). In *Heedendaegse Rechtsgeleertheyt* 5.6.17 verduidelik Huber soos volg (volgens Gane se vertaling):

‘As regards the possessor the distinction is made whether he obtained the property on a lucrative or onerous title. If he obtained it on an onerous title, such as purchase or barter, then the property cannot be reclaimed from him, unless it is clear that he knew of the fraud: but with a lucrative title, like donation, legacy or such like this action holds good, even though the possessor did not know of any fraud.’

Op gesag, onder andere, van hierdie uiteensetting is in

Commissioner of Customs and Excise op 210C-D opgemerk:

‘There is therefore authority for the view that an *actio in factum* lies for the recovery of property from a person who has acquired the property gratuitously or without valuable consideration from someone who has alienated the property *in fraudem creditorum* even though the person who acquired the property was innocent of the fraud.’

Dit beteken nie dat `n bedrieglike opset aan die kant van die **vervreemder** nie vereis word nie. So `n bedoeling is juis die wesenlike grondslag van die *fraus creditorum* begrip. Dit mag wees dat die verkryging van `n bate *ex titulo lucrativo* sonder bedrieglike opset aanvegbaar is as `n vervreemding sonder teenwaarde in

geval van die vervreemder se insolvensie maar sonder bewys van laasgenoemde se bedrieglike opset kan dit nie tersydegestel word as *in fraudem creditorum* nie.

[22] In die onderhawige geval is daar, afgesien van die afwesigheid van gepaste bewerings in die Besonderhede van Vordering, geen getuienis van 'n bedrieglike opset aan die kant van die voormalige likwidateur nie. Inteendeel, in die lig van die feite in paragraaf 13 hierbo en my opmerkings in paragrafe 14 en 15, dui die beskikbare getuienis eerder op 'n onskuldige rede waarom die leningsrekenings nie ingevorder is nie.

[23] Bloot weens hierdie leemte in die Kommissaris se saak kan die eis nie gehandhaaf word nie, maar ek ag dit gerade om die volgende by te voeg:

- (a) Niks wat in die Besonderhede van Vordering beweer of in die beskikbare getuienis te vinde is, regverdig die afleiding dat die versuim om die leningsrekenings in te vorder teweeggebring is deur enige optrede, bedrieglik of andersins, van die eerste vier verweerders nie.
- (b) Hoewel ek argumentshalwe bereid is om te aanvaar dat 'n aksie onder die *actio Pauliana* betrekking kan hê op die vervreemding van bates na insolvensie of likwidasie en dat die kwytstelling van 'n skuld op die vervreemding van 'n bate neerkom, word dit nie in die Besonderhede van Vordering beweer, en is daar ook geen getuienis, dat die voormalige

likwidateur die aandeelhouders kwytskeld het nie. Inderdaad het hy versuim om die leningsrekenings in te vorder maar dit volg geensins dat hy die skuldenaars kwytskeld het van betaling nie.

Onregmatige toeëining

[24] `n Volledige uiteensetting van hierdie skuldoorsaak soos dit in die Besonderhede van Vordering verskyn, is nie nodig nie. Dit is gebaseer op die feit dat al die partye die bedrae wat Bergbries aan sy aandeelhouders betaal het, beskou het as lenings wat op aanvraag terugbetaalbaar was, en op die eerste vier verweerders se versuim om terug te betaal. Bondig gestel kom dit daarop neer dat die eisers skade gely het as gevolg van die hierdie verweerders se onregmatige toeëining van die geld wat elkeen ontvang het. Die beweerde toeëining het egter nie plaasvind by die aanvanklike ontvangs van die geld nie; dit het eers later geskied toe die Kommissaris belasting gehef het en die betrokke verweerders besluit het om nie terug te betaal nie.

[25] Ek vind dit ook nie nodig om die betoog namens die eisers volledig te bespreek nie want daar steek klaarblyklik niks in nie. Wesenlik word beweer dat die eerste vier verweerders `n gedeelte van die geld van Bergbries gesteel het. Maar ons weet dat Bergbries self die opbrengs van die verkoping oorbetal het. Omdat daar gevolglik geen sprake kan wees van diefstal op daardie stadium nie, poog die eisers om `n latere dieftige handeling te

konstrueer wat net eenvoudig nie bestaan nie. Mnr Delport het aanvanklik aangevoer dat Bergbries die geld oorbetaal het met die spesifieke doel om inkomstebelasting wat moontlik gehef sou word, **daaruit** te betaal. Volgens hom was die aandeelhouders (en ek neem aan alle andere wat later daarvan ontvang het) verplig om terugbetalings **uit die ontvangde geld** te maak; en toe hulle versuim het om hierdie plig na te kom, het hulle diefstal gepleeg. Gewys op die klaarblyklike onhoudbaarheid van so 'n redenasie (wat in elk geval niks meer as blote bespiegeling is nie), het hy volstaan met 'n ewe onrealistiese en spekulatiewe submitisie dat die aandeelhouders verplig was om fondse, hetsy van hulle eie of afkomstig van Bergbries, beskikbaar te hou vir betaling op aanvraag. Dit is nie nodig om die opsigtelike leemtes in hierdie submitisie uit te wys nie en daar is in elk geval geen getuienis dat die verweerders nie fondse beskikbaar gehou het nie.

[26] Die eisers het hulself in die uiteensetting van hierdie skuldoorsaak die taak op die hals gehaal om feite te bewys wat die versuim van die ontvangers van die geld om hulle verpligtings na te kom, van blote kontrakbreuk tot diefstal sal verhef. Hulle het nie daarin geslaag nie en die eise is tereg van die hand gewys.

Ongeregverdigde verryking

[27] Die bewerings onder hierdie hoof verskyn in par 32 *bis* van die Besonderhede van Vordering. Nadat die nou bekende geskiedenis van die uitbetalings en die effek van die afwesigheid van

terugbetalings in die voorafgaande sub-paragraawe beskryf is en aangedui is wat elkeen van die eerste vier verweerders ontvang het, word die volgende beweer:

- '32 bis.10 Vyfde Verweerder het nagelaat om van elk van Eerste, Tweede, Derde en Vierde Verweerders die bedrae in die vorige paragraaf uiteengesit, terug te vorder in die *bona fide* en redelike, maar foutiewe geloof dat elk van die verweerders geregtig was om die volle bedrag van elke oorbetaling te ontvang;
- 32 bis.11 In die alternatief en kumulatief tot paragraaf 32 bis.10:
Nòg Eerste, nòg Tweede, nòg Derde, nòg Vierde Verweerder het enige teenprestasie aan Bergbries gelewer ten aansien van die bedrag wat elk van hul ontvang het uit die uitbetalings wat deur Bergbries gemaak is.'

Daarna word beweer dat die eerste vier verweerders, elk in `n bepaalde bedrag, ongeregverdig ten koste van die Kommissaris en die huidige likwidateur verryk is.

[28] Omdat hierdie skuldoorsaak ook mank gaan aan `n gebrek aan getuienis vind ek dit weereens nie nodig om die bewerings in die Besonderhede van Vordering en die betoog daaroor volledig te bespreek nie. Ek is ook nie van plan om uit te wei nie oor die eienaardigheid van `n beroep op die *condictio indebiti* in `n geval waar dit nie gaan om die terugvordering van `n onverskuldigde betaling nie, maar om die versuim om `n bedrag in te vorder wat na bewering verskuldig is. Die verhoorregter het die *condictio*

onvanpas gevind in so 'n geval maar, hoewel dit ontgetwyfeld tot allerlei komplikasies kan lei, is ek bereid om argumentshalwe te aanvaar dat daar nie beginselbesware teen so 'n aanwending kan bestaan nie.

[29] Die werklike probleem wat ek met die beroep op die *condictio indebiti* het, is dat daar oor kernelemente geen getuienis is nie.

Daar is geen getuienis dat die voormalige likwidateur onder die foutiewe indruk was dat die 'verweerders geregtig was om die volle bedrag van elke oorbetaling te ontvang' nie. Ons weet eenvoudig nie wat sy indruk was nie. Nog minder is daar getuienis dat so 'n indruk inderdaad foutief was; trouens, die eisers het deurgaans in beide howe aanvaar dat die betalings uit hoofde van 'n leningsooreenkoms geskied het. Op watter basis kan dan beweer word dat die ontvangers nie geregtig was om die geld te ontvang nie?

[30] Wat die ander *condictio* betref, begryp ek nie hoe beweer kan word dat die betalings *sine causa* geskied het bloot omdat daar geen teenprestasie was nie waar die eisers aanvaar dat dit uit hoofde van 'n leningsooreenkoms gemaak is. 'n Geskenk kan tog nie as 'n betaling *sine causa* teruggevorder word op grond van die afwesigheid van teenprestasie nie; en so ook nie 'n lening nie.

[31] Boonop is ek nie oortuig dat die reëling waarvolgens Bergbries die geld aan sy aandeelhouders betaal het inderdaad as 'n leningstransaksie beskryf kan word nie. Natuurlik is dit hoe die

partye dit beskou het, en dat dit stellig 'n gepaste metode was om die reëling boekhoukundig te behandel, is waar. Maar, volgens verskeie uitsprake van hierdie Hof en ander hofe, is die ware aard van 'n transaksie nie te vinde in die naam wat die partye dit gee nie; soms gebeur dit juis dat hulle die aard daarvan probeer verberg deur dit in te klee as iets wat dit nie werklik is nie (*Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 op 309); en, selfs waar dit nie geval is nie, moet effek steeds gegee word aan die ware aard van die transaksie. Pim Goldby het die reëling destyds beskryf as 'the understanding that should tax arise, the required amount would be repaid to the company,' wat omgekeerd beteken dat geen terugbetalings sou geskied het indien belasting nie gehef sou word nie. Die onderliggende transaksie kan nouliks as 'n lening beskryf word wanneer iemand aan 'n ander 'n bedrag betaal wat moontlik nie terugbetaalbaar sal wees nie; en verder kom dit my nie waarskynlik voor dat Bergbries se direkteure lenings in die ware sin van die woord beoog het nie. Die beskikbare aanduidings is eerder dat hulle wou toesien dat die opbrengs van die verkoping vir die voordeel van die familielede aangewend word. Maar hulle was gewaarsku teen die moontlikheid van inkomstebelasting, vandaar die verstandhouding waarop die geld uitbetaal is. Die reëling kan eerder beskryf word as 'n voorwaardelike onderneming deur die ontvangers om geld beskikbaar te stel vir die betaling van die belasting indien belasting inderdaad gehef word.

[32] Geen getuienis is natuurlik beskikbaar wat verdere lig op hierdie aspek van die saak kan werp nie, maar die konstruksie in die voorafgaande paragraaf is, indien nie waarkynliker nie, minstens net so waarskynlik as die ander een. Indien dit korrek is, kan daar geen sprake wees van betalings wat *sine causa* gemaak is nie.

[33] Myns insiens is hierdie eise ook tereg van die hand gewys.

[34] Ten slotte is daar enkele opmerkings wat gemaak moet word :

- (a) In beide howe het die eisers se advokate die groot aantal alternatiewe skuldoorsake gewyt aan die feit dat hulle kliënte nie vooraf volle kennis gedra het van die verloop van sake sedert die verkoping van Bergbries se eiendom nie. In die lig van die Kommissaris se wye bevoegdhede om inligting vir belastingdoeleindes te bekom, begryp ek die verduideliking nie. Indien enigiets, bevestig dit net my indruk dat die aksie sonder behoorlike ondersoek ingestel is en daarna voortgesit is deur die eisers se saak eenvoudig aan te pas by ongekontroleerde bewerings in die verweerders se pleitstukke. Ek begryp ook nie waarom die Kommissaris nie beswaar gemaak het teen die likwidasië- en distribusierekening nie. Een van sy getuies het getuig dat die staatskoerante waarin kennis gegee word van sulke rekenings wat ter insae lê, gereeld nagegaan word, juis om te verseker dat beswaar waar nodig aangeteken word. Om die een of ander onverklaarde rede het dit in hierdie geval nie geskied nie of is die

kennisgewing nie opgemerk nie.

- (b) By die aanvang van die verhoor is die verhoorregter meegedeel dat die boedel van die vierde verweerder (Mev Holy) intussen gesekwestreer is. Die verhoor het gevolglik slegs teen die ander verweerdere voortgegaan. Sover bekend is Mev Holy se saak nog hangende in die Hof *a quo*. In hierdie Hof is ons verwittig dat dieselfde lot die eerste verweerder (Mnr William Andrew Willers) sedert die verhoor toegeval het. Die sake teen die betrokke twee verweerdere word dus nie geraak deur hierdie uitspraak nie.

Die volgende bevel word gemaak:

1. Die appèl teen die tweede, derde en vyfde respondente word van die hand gewys met koste wat, in die geval van die vyfde respondent, die koste van twee advokate insluit.
2. Die appèl teen die eerste respondent word *sine die* uitgestel.

HEFER AR

Stem saam: Marais AR
Schutz AR
Plewman AR
Madlanga Wnr AR