

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(KAAP DIE GOEIE HOOP PROVINSIALE AFDELING)

RAPPORTEER

BAAR

Saaknr: 6629/01

In die aangeleentheid tussen:

FRANCISKUS ANTONIUS MARIA KIGGEN

Applikant

en

VITO ANTONIO BURGER

Eerste Respondent

GIDION JOSUA THERON Tweede Respondent

FRANS JACOBUS HENDRIK VAN ZYL

Derde Respondent

VAB MARKETING BK (CK97/40657/23)

Vierde Respondent

Namens Applikant

:

Adv. DJ van Sittert

Prokureurs namens Applikant

:

De Klerk en van Gend

Namens Verweerders

:

Adv. HG Klem (SC)

Prokureurs namens Verweerders

:

Guthrie en Theron

Verhoordatums

:

28 November 2001

Datum van Uitspraak

:

14 Desember 2001

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(KAAP DIE GOEIE HOOP PROVINSIALE AFDELING)

Saaknr: 6629/01

In die aangeleentheid tussen:

FRANCISKUS ANTONIUS MARIA KIGGEN

Applikant

en

VITO ANTONIO BURGER

Eerste Respondent

GIDION JOSUA THERON Tweede Respondent

FRANS JACOBUS HENDRIK VAN ZYL

Derde Respondent

VAB MARKETING BK (CK97/40657/23)

Vierde Respondent

UITSPRAAK

KAAPSTAD

14 DESEMBER 2001

‘This rule (that agents cannot bind their principals where they have an adverse interest in themselves) is founded upon the plain and obvious consideration, that the principal bargains, in the employment, for the exercise of the disinterested skill, diligence, and zeal of the agent, for his own exclusive benefit. It is a confidence necessarily reposed in the agent, that he will act with a *sole regard* to the interests of his principal, as far as he lawfully may; and, even if impartiality could possibly be presumed on the part of an agent, where his own interests were concerned, that is not what the principal bargains for ...’ (Our italics)

On the other hand, the fact that the agent or a third person also derives a benefit from the agent’s act does not necessarily mean that this act is unauthorised, for apart from cases where that is actually within the parties’ agreement, it might be merely an inevitable or incidental consequence of the agent’s duly performing his mandate with the sole intention of benefiting his principal. To take a simple but apposite example: that a managing

director of a company also derives an advantage as a shareholder thereof from a transaction which he duly carries out on its behalf and for its benefit obviously would not render his act unauthorised.”

- [22] Die besigheidsaktiwiteite van die BK omvat die handel in voedselprodukte in die algemeen, en nie bloot in sekere voedselsoorte of -produkte nie. Die verdere uitbreiding van die oorsese mark val binne die verantwoordelike sfeer van die applikant, en sluit na my mening die uitvoer van vars vrugte in. Die feit dat die applikant geen finansiële voordeel uit die Januarie 2001 besending van Mnr Joubert ontvang het nie, doen nie afbreuk daaraan dat die verbintenis wat hy sodoende met Mnr Joubert gevestig het, 'n potensieel voordelige besigheidsgeleentheid geskep het wat hy dan juis vir 'n finansiële gewin probeer benut het in Junie 2001. Die applikant se skakeling met Mnr Joubert in beide Januarie en Junie 2001 in sy persoonlike hoedanigheid, in stede van namens die BK, het na my mening 'n verbreking van beide klousule 10.1.2.3 van die samewerkingsooreenkoms asook van artikel 42(2)(b)(iii) van die Wet daargestel; deur hierdie optrede het hy opgetree in kompetisie met die BK en het hy meegeding met die besigheidsaktiwiteite van die BK. 'n Redelike persoon sou op hierdie feite kompleks tot die gevolgtrekking gekom het dat daar 'n wesenlike risiko van konflik tussen die belange van die applikanten dié van die BK bestaan het.

[23] Dit sou egter nie ingevolge klousule 10.1.2.3 van die samewerkingsooreenkoms tot gevolg hê dat die applikante sy reg tot toegang tot dierekenkundigerekords van die BK verbeur nie: al wathy wel verbeuris sy aanspraak op enige bedrag wat die BK aan hom skuld. Daar is dan ook namens die applikant betoog dat die gevolgtrekking dat die applikant in kompetisie met die BK gehandel het en die vertrouensverhouding tussen hulle die BK verbreek het, nie noodwendig beteken dat die voorlopige bevel nie bekragtig moes word nie. Luidens hierdie argumente sou die feit dat die applikant se lojaliteit teenoor die BK in twyfel getrek is, en die vermoede dat hy in kompetisie met die BK optree, nie tot gevolg hê dat hy sy kontraktuele en statutêre reg van toegang tot die rekords van die BK verbeur het nie. Ten einde die submissie te oorweeg is dit doenlik om te onderskei tussen die substantiewe regshulp wat op 'n tydelike basis verleen is, en die kostebevel wat aangevra word.

DIE KOSTEBEVEL

[24] Soos voormeld, is die respondente opgeroep om rede aan te voer waarom hulle nie "... gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik is vir die koste van hierdie aansoek op 'n skaal soos tussen prokureur en kliënt, by betaling

deur die een die ander dien ooreenkomstig kwytgeskeld te word (nie)".

Omdat hierdie bevel *ex parte* *in camera* verkry is, moes die applikante die allergrootste noukeurigheid aan die dag lê met die verskaffing van 'n feitlik ewe ergaande hof.

"Although, on the one hand, the petitioner is entitled to embody in his petition only sufficient allegations to establish his right, he must, on the other, make full disclosure of all material facts, which might affect the granting or otherwise of an *ex parte* order.

The utmost good faith must be observed by litigants making *ex parte* applications in placing material facts before the court; so much so that if an order has been made upon an *ex parte* application and it appears that material facts have been kept back, 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. It should, however, be noted that the court has a discretion and is not compelled, even if the non-disclosure was material, to dismiss the application or to set aside the proceedings.'

This synopsis is certainly supported by venerable authority in this country, such as *In re Leydsdorp and Pietersburg (Transvaal) Estates (Ltd (in liquidation))* 1903 TS 254 at 257-8 (where it was still stated that if in the opinion of the Court the facts withheld *would* have influenced the Court in its decision, it could be set aside - subsequently changed to '*might*' - see GREENBERG J in *Phillips v May* 1936 (1) PH C16 (W)); *Estate Logie v Priest* 1926 AD 312 at 323; *De Jager v Heilbron and Others* 1947 (2) SA 415 (W) at 419-420; *Barclays Bank v Giles* 1931 TPD 9 at 11; *Spilg v Walker* 1947 (3) SA 495 (E). 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 recession; and
- (3) the Court, apprised of the true facts, has a discretion to set aside the former order or to preserve it."

(Per *Le Roux R in Schlesinger v Schlesinger* 1979 (4) SA 342 (W), 348G tot 349D)

[25] Die applikant se versuim om die feite relevant tot die dispuut wat op daardietydstiptussendie partyegeheershet, voor die Hof te plaas, en in besonder om die feite met betrekking tot die skakeling tussen hom en Mnr Joubert te openbaar, was na my mening 'n nie-openbaarmaking van wesenlike feite wat tot gevolg kon hê dat die voorlopige bevel met betrekking tot koste gemaak is - die effek daarvan op die substantiewe regshulp wat voorlopig verleen is sal aanstons oorweeg word. Hierdie gevolgtrekking verleenegterin die konteks van die kostebevel 'n diskresie aan my om te weier om die voorlopige bevel ten aansien van koste te bekragtig, en om 'n gepaste kostebevel in die omstandighede te maak.

DIE VOORLOPIGE BEVEL

[26] Die volgende vraag is die effek van die nie-openbaarmaking op die verlening van die voorlopige bevel. Wat sou die effek wees indien daar volledige openbaarmaking was van die relevante feite ten tye van die *ex parte* aansoek op 3 Augustus 2001? Ter aanvang sou die hof bewus gemaak gewees van hoekom die applikant toegang tot die rekenkundige rekords van die BK geweier word. Die verduideliking van waarom die aansoek *ex parte* en *in camera* gebring moes word (behandel in [6] hierbo) sou waarskynlik met groter skeptisisme bejeëngewees het. Hoewel wesenlike aspekte van 'n Anton Pillar- tipe bevel ontbreek het - daar was bv. geen besondere gedingsoorsaak wat die applikant teen die respondentewou instel nie - was daar tog 'n suggestie in die vestigende deedsverklaring van wat Corbett AR naverwys het as:

"... a real and well-founded apprehension that this evidence may be hidden or destroyed or in some manner spirited away by the time the case comes to trial ... and the applicant asks the Court to make an order designed to preserve the evidence in some way."

(Universal City Studios Inc and Others v Network Video (Pty) Limited 1986 (2) SA 734 (A), 755 B-C)

[27] Dit is dan ook op die feite aan die hof openbaar dat die ietwat

onkonvensionele bevel met sy Anton Pillar-tipe komponente verleen is. Indien 'n volledige openbaarmaking gedoen was, sou die hof moontlik - na my mening selfs waarskynlik - tot die gevolgtrekking gekom het dat dit nie met 'n Anton Pillar-tipe bevel te doen had nie, en dat daar weinig redewas waarom daar nie betekening op die respondentemoes plaasvind voordat enigieregshulp verleen is nie.

[28] Indiendie aansoek gemeet word aan die vereistes vir 'n finale interdik is ek in elk geval van mening dat die voorlopige bevel nie bekragtig behoort te word nie. Die applikant het nie na my oordeel bewys, op al die getuienis tans beskikbaar, dat hy nie voldoende beskerming kan verkry deur sy kontraktuele en statutêre reg van toegang tot rekenkundige rekordsteenoor die respondent af te dwing, of om alternatiewe statutêre mediesse oorsdié vervat in artikel 49 van die Wet uit te oefen nie.

[29] Die erkenning namens die respondent dat hulle wel die applikant se reg tot insae in die rekenkundige rekords van die BK beperk het doen na my mening nie afbreuk aan voormelde gebreke in die aansoek nie. Die verlening van 'n finale interdik is 'n drastiese remedie wat binne die diskresie van die hof val. Ek is nie oortuig daarvandaat die applikant op so 'n remedie geregtig is, gesiensy nie openbaarmaking, die feit dat hy reeds

toegang verkry het tot die rekenkundige rekords van die BK, en die omskrywing van die “aangeleentheid” vir getuienisverwys op 7 November 2001, soos ooreengekom tussen die partye tydens argument.

SLOTSOM

[30] Dit volg dat die voorlopige bevel opgehef moet word. Die applikant sal aanspreeklik wees vir al die respondent se koste van die aansoek. Ek maak dus die volgende bevel:

- (a) Die voorlopige bevel word opgehef;
- (b) Die applikant word gelas om die respondent se koste van die aansoek te betaal.

S F BURGER WR