

248/74

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPELAFDELING)

In die saak tussen:

ANNA PETRONELLA BORMAN

en

CORNELIS DE VOS NN.O.....Eerste Appellant

CORNELIS DE VOS.....Tweede Appellant

en

DIE POTGIETERSRUSSE TABAK-

KORPORASIE BEPERK.....Eerste Respondent

ALETTA PETRONELLA DE VOS.....Tweede Respondent

Coram: Holmes, Jansen, Rabie, Galgut, ARR., et Kotzé Wnd. AR.

Verhoordatum:

Leweringsdatum:

23 Februarie 1976.

1 Junie 1976.

U I T S P R A A K

RABIE, AR.:

Dit is n appél teen die bevel van die Transvaalse
Provinsiale Afdeling dat die bedrag van R45 701-46, wat

ten...../2

.....

(.....)

.....

.....

19

.....

.....

2

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

ten tyde van die dood van Cornelis Stefanus de Vos tot sy krediet in die "Ledebelangefondarekening" van Die Potgietersrusse Tabakkoöperasie Beperk gestaan het, deur laasgenoemde aan die weduwee van die gemelde De Vos betaal moet word. Die appellante is die eksekuteurs testamentêr in die boedel van die gemelde De Vos, hierna die oorledene genoem, en die seun van die oorledene, Cornelis de Vos. Die eerste respondent is Die Potgietersrusse Tabakkoöperasie Beperk (hierna die eerste respondent, of die maatskappy, genoem). Die tweede respondent is mev. A.P. de Vos, die weduwee van die oorledene. Die maatskappy is kragtens die bepalinge van die Wet op Koöperatiewe Verenigings, no. 29 van 1939, as 'n koöperatiewe landboumaatskappy geregistreer.

Die oorledene het in 1951 lid geword van die vereniging wat die voorganger van die maatskappy was, en van daardie tyd af was hy sonder onderbreking lid van die vereniging en later van die maatskappy. By sy dood was hy die

houer...../3

houer van 178 aandele in die maatskappy. Kragtens art.

17(1) van die bogemelde wet is die regulasies van n geregistreerde landboumaatskappy bindend op die maatskappy en op sy lede "in dieselfde mate asof elke lid hulle onderteken het en asof hulle verbintenisse behels van elke lid en sy regsopvolgers en wettige verteenwoordigers om, behoudens die bepalinge van hierdie Wet, aan al die bepalinge van die regulasie te voldoen". Die eerste respondent se regulasie is vervat in n dokument wat die "statuut" van die maatskappy genoem word. (Verwysings na artikels in wat hierna volg, is verwysings na die artikels van die statuut). Kragtens art. 27 is n lid van die maatskappy gebonde "aan die bestaande statuut en byvoegings tot of wysigings van die statuut wat van tyd tot tyd wettiglik gemaak mag word". Wysigings kan aangebring word wanneer twee-derdes van die lede van die maatskappy dit op n algemene vergadering wat spesiaal vir die doel belê is, goedkeur (art. 83).

Elke...../4

Elke lid van die maatskappy is verplig om al sy

tabakoeste "deur bemiddeling" van die maatskappy te ver-

koop (art. 87). Wanneer n lid se oes verkoop is, is die

maatskappy geregtig om uit die opbrengs daarvan sekere

aftrekkings te maak. Ten opsigte van sommige van die

bedrae wat afgetrek word, het die lid daarna geen aan-

spraak nie (bv. aftrekkings om onkoste te help dek: art.

98(1)(c)). Daar is egter ook aftrekkings van n ander

aard, en een hiervan is van belang in die onderhawige saak.

Dit is nl. n aftrekking wat n "heffing" genoem word en

waaroor art. 98(2)(a) soos volg bepaal:

"n Heffing gelykstaande aan minstens vier per-
sent van die bruto verkope van tabak, soos deur
die raad van direkteure bepaal, word na n reke-
ning genoem 'Ledebelangefondsrekening' ge-
krediteer, welke rekening geadministreer word
soos in artikel 100 bepaal".

In verband met hierdie heffing bepaal art. 100(a) soos

volg:

Die...../5

"Die heffing wat kragtens artikel 98(2)(a) in-
gevorder word, word na n rekening genoem
'Ledebelangefondsrekening' in die naam van elke
lid afsonderlik gekrediteer".

Die geld in die ledebelangefonds, wat in 1958 tot stand
gekom het, kan, volgens art. 100(b), "afsonderlik belê
word en/of kan deur die maatskappy vir enige van sy doel-
stellings aangewend word". (Volgens art. 4 word geld
wat vir die verrigting van die maatskappy se werksaam-
hede nodig is, verkry deur (a) die uitreiking van aandele;
(b) lenings, en (c) "fondse deur die maatskappy verwerf,
insluitende sy reserwes en die ledebelangefonds"). In
art. 100(c)(i),(ii) en (iii) word bepaal in welke om-
standighede n lid op terugbetaling van sy belang in die
ledebelangefonds geregtig is. Par. (i) maak voorsiening
vir die periodieke terugbetaling van bydraes nadat die
fonds n sekere aantal jare bestaan het en nadat bydraes
oor n sekere aantal jare gemaak is: nadere besonderhede
hoef nie gegee te word nie. Par. (ii) bepaal dat wanneer

~~n lid die ouderdom van 60 jaar bereik het en 10 jaar~~

~~tot die fonds bygedra het, die geheel van sy "belange"~~

in die fonds op sy aansoek aan hom uitbetaal word.

"Enige verdere belange wat ná so n uitbetaling aan hom gekrediteer word", word verder bepaal, "kan elke vyf jaar daarna, op sy aansoek, aan hom uitbetaal word." Par.

(iii) bepaal dat n regspersoon 20 jaar nadat dit lid van die maatskappy geword het aansoek om ^{uit}betaling van sy

"volle belang" in die fonds kan doen. Verdere "belange" wat na so n uitbetaling aan die lid gekrediteer word,

lui dit verder, kan elke 5 jaar daarna op aansoek aan die lid uitbetaal word. Rente word deur die maatskappy slegs op sodanige gedeelte van n lid se belang in die fonds betaal as wat hy geregtig was om te onttrek maar nie onttrek het nie.

n Lid van die maatskappy het nie die reg om die bedrag wat tot sy krediet staan vir sy eie voordeel te gebruik of te laat gebruik nie, maar die statuut laat

nietemin...../7

nietemin toe dat hy dit in sekere gevalle kan doen as

die maatskappy daartoe toestem. Art. 100(e) bepaal

dat wanneer n lid n bedrag aan die maatskappy skuld vir dienste of goedere wat aan hom gelewer is, die maatskappy n gelykstaande bedrag, of soveel as wat beskikbaar is, van sy krediet in die fonds na sy persoonlike rekening kan laat oordra ter vereffening, of gedeeltelike vereffening, van die skuld. Kragtens art. 108(2) kan n lid wat in finansiële nood verkeer, toegelaat word om n sessie te gee van n bedrag wat nie meer is as die helfte van sy belang in die fonds nie.

Uit bostaande blyk, om op te som, dat n lid se belang in die ledebelfangefonds daarin bestaan dat hy n vorderingsreg teen die maatskappy het, welke reg onderhewig is aanⁿ tydsbepaling wat in sekere omstandighede vervroeg kan word.

- Voorts word gelet op die bepalinge van die statuut aangaande die uitbetaling van n lid se belang in die fonds wanneer hy weens sy dood ophou om lid van die maatskappy te wees. Art. 100(c)(iv) bepaal

dat wanneer n lid se belang nie kragtens die bepalinge van die hierbo gemelde art. 100(c)(i) of (ii) aan hom uitbetaal is nie, dit "in die fonds (bly) tot sy dood, wanneer dit oorgedra of uitbetaal word ooreenkomstig die bepalinge van artikel 101". Art. 101 lui, vir sover ter sake, soos volg:

- "(a) By die intrekking van aandele ingevolge die bepalinge van artikel 19 betaal die maatskappy die belange of die balans van die belange van die lid in die ledebelangefonds aan sy weduwee of die bevoordeelde uit die boedel van die afgestorwe lid.
- (b) Enige toevoeging tot die ledebelangefonds waartoe n lid direk of indirek bygedra het deur lewerings van tabak hetsy voor sy afsterwe of daarna, word by die vasstelling van die bedrag wat kragtens paragraaf (a) betaalbaar is, in berekening geneem.
- (c) Die beslissing van die raad van direkteure met betrekking tot die bedrag wat kragtens paragrawe (a) en (b) hiervan betaalbaar is, is finaal en bindend vir alle partye.
- (d) Die belange van n oorlede lid in die maats-

skappy ingevolge hierdie artikel vorm nie deel
van die oorledene se boedel nie en enige uitbetaling
daarvan geskied ooreenkomstig die bepalinge van
hierdie statuut".

Art. 19, in sub-artikel (a) genoem, bepaal dat die aandeelde wat by 'n lid se dood in sy naam geregistreer is, deur die direkteure van die maatskappy ingetrek kan word, en dat die maatskappy ná die intrekking van die aandeelde die nominale waarde daarvan "aan die boedel van die betrokke lid" moet betaal.

Die pas aangehaalde art. 101(a)-(e) het, soos reeds gesê, betrekking op die uitbetaling van 'n lid se belang in die ledebelangefonds wanneer sy lidmaatskap van die maatskappy deur sy dood beëindig word. By die beëindiging van 'n lid se lidmaatskap op 'n ander wyse as deur die dood, geld art. 101(g). Dit lui soos volg:

"Wanneer lidmaatskap in die maatskappy op enige ander wyse beëindig word, word die belang van die lid in die fonds aan hom terugbetaal na

gelang...../10

gelang dit ooreenkomstig artikel 100(c)(i)
terugbetaalbaar word."

Ek het reeds hierbo na art. 100(c)(i) verwys.

Die oorledene is op 17 November 1972 oorlede. Hy was toe 56 jaar oud. Sy aandele is deur die maatskappy ingetrek. Sy weduwee, die tweede respondent, het kort na sy dood die maatskappy gevra om die bedrag wat tot sy krediet in die ledebelangefonds gestaan het, aan haar te betaal. Die oorledene het op 31 Oktober 1972 n testament gemaak waarin hy "enige bedrag tot my krediet by die Potgietersrusse Tabakkoöperasie Beperk ten opsigte van my reserwefonds of enige ander krediet hoegenaamd" aan sy bogemelde seun, Cornelis de Vos, bemaak het. Nadat die eerste respondent te kenne gegee het dat hy die aanspraak van die tweede respondent steun en dat hy nie bereid is om die bedrag wat in die ledebelangefonds tot die krediet van die oorledene staan aan die eksekuteurs in sy boedel te betaal nie, het die appellante in die hof a quo n bevel aangevra wat verklaar dat die eksekuteurs op betaling

~~van die gemelde bedrag geregtig is en dat die eerste~~

~~respondent verplig is om dit aan hulle te betaal. Die~~

tweede respondent het in haar verweerskrif beweer dat volgens n "behoorlike vertolking" van die maatskappy se statuut, saamgelees met die bepalinge van die bogemelde wet, sy op betaling van die geld geregtig is en dat sy daarop aanspraak maak. Die partye het vóór die verhoor met mekaar oor sekere feite ooreengekom, en by die verhoor is geen getuienis gelewer nie. Die advokate van die partye het die hof a quo toegesprek oor wat, volgens hulle, die juiste uitleg van art. 101 van die statuut is. Volgens die uitspraak van die hof a quo het die appellante se advokaat betoog dat die artikel beteken dat die belang van n lid in die ledebelangefonds nie aan sy weduwee betaalbaar is as daar n "bevoordeelde uit (sy) boedel" is nie, en dat die feit dat die oorledene sy belang aan sy seun bemaak het dus meebring dat die weduwee nie op betaling daarvan geregtig is nie. Namens albei die

respondente.../12

respondente is betoog - soos ook in hulle pleitstukke

beweer is - dat art. 101(a) van die statuut beteken dat

indien n lid n weduwee nalaat, sy belang in die betrokke

fonds aan haar betaal moet word. Die hof a quo het die

respondente gelyk gegee en soos volg bevind:

"Dit volg uit die voorgaande dat ek tot die slotsom gekom het dat die woord 'of' soos gebesig in artikel 101(a).....in die samehang substitusie beteken. Daar is, na my mening, geen ruimte vir dubbelsinnigheid of onduidelikheid nie. Indien daar n weduwee is, gaan gemelde belange aan haar. Die eensydige handeling van die oorledene kan hierdie posisie nie verander nie."

Die appellante is in hierdie hof deur mnr. Beyers, bygestaan deur mnr. Spoelstra, verteenwoordig. Nie een van hierdie advokate het in die hof a quo namens die appellante opgetree nie. Mnr. Beyers het te kenne gegee dat hy nie die betoog wat namens die appellante in die hof a quo voorgedra is, prysgee nie, maar hy het dit nie voor ons herhaal nie en sy skriftelike betoogpunte maak daar ook geen melding van nie. Sy eerste betoog voor ons was, kort

gestel, dat die bepalings van art. 101(a) en (d) van die statuut op n ongeoorloofde pactum successorium neerkom en dus ongeldig is. Hy het in hierdie verband ook betoog dat die ooreenkoms wat in hierdie sub-artikels vervat is, ongeldig is omdat dit die testeervryheid van n lid van die maatskappy aan bande lê. Mnr. Beyers het verder betoog dat die bepaling in art. 101(a) en (d) dat n lid se belang in die ledebelangefonds by sy dood nie in sy boedel val nie en aan sy weduwee betaal moet word, nie deur enige van die doelstellings waarvoor die eerste respondent opgerig is, gedek word nie en dat dit dus buite die eerste respondent se bevoegdheid val om n ooreenkoms met so n inhoud as wat in art. 101 beliggaam is, te sluit. Die respondente is in hierdie hof deur dieselfde advokate verteenwoordig as wat in die hof a quo namens hulle opgetree het, nl. mnr. De Villiers namens die eerste respondent, en mnr. Nienaber namens die tweede respondent. Albei hierdie advokate was voorbereid op die nuwe wending wat mnr. Beyers in hierdie hof aan die saak gegee het. Hulle behandel sy betoog in hulle skriftelike betoogpunte, en hulle het nie voor ons aangevoer dat dit nie aangehoor behoort te word omdat dit nie behoorlik deur die pleitstukke gedek word nie. Dit is, met eerbied gesê, n nugtere houding om in te neem, want indien dit juis is, soos mnr. Beyers betoog, dat art. 101 n-ooreenkoms beliggaam wat nie geldig en afdwingbaar is nie, sou dit onrealisties wees om die regte van die betrokke partye deur middel van n vertolking van die artikel te probeer bepaal.

Mnr. Beyers het in sy eerste betoog aangevoer dat die bepalinge van art. 101(a) en (d) op 'n pactum successorium neerkom aangesien dit inhou dat die lid en die maatskappy met mekaar ooreenkom dat die lid se vorderingsreg teen die maatskappy (d.w.s., sy belang in die ledebelfangefonds) by sy dood nie op die gewone wyse (d.w.s., ex testamento of ab intestato) sal vererf nie, maar ex contractu, t.w., die ooreenkoms wat in art. 101(a) en (d) beliggaam is.

'n Pactum successorium (of pactum de succedendo) is, kort gestel, 'n ooreenkoms waarin die partye die vererwing (successio) van die nalatenskap (of van 'n deel daarvan, of van 'n bepaalde saak wat deel daarvan uitmaak) van een of meer van die partye ná die dood (mortis causa) van die betrokke party of partye reël. (Kyk die artikel Pactum Successorium, deur C.P. Joubert, in Tydskrif Vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg, 1961, bls. 18, 22; 1962, bls. 47, 99). 'n Voorbeeld van so 'n ooreenkoms is waar A en B met mekaar ooreenkom om mekaar oor en weer as erfgenaam in te stel; of waar

of the same kind as the one which has been mentioned.

- The first of these is the one which has been mentioned.

- The second of these is the one which has been mentioned.

- The third of these is the one which has been mentioned.

- The fourth of these is the one which has been mentioned.

- The fifth of these is the one which has been mentioned.

- The sixth of these is the one which has been mentioned.

- The seventh of these is the one which has been mentioned.

- The eighth of these is the one which has been mentioned.

- The ninth of these is the one which has been mentioned.

- The tenth of these is the one which has been mentioned.

- The eleventh of these is the one which has been mentioned.

- The twelfth of these is the one which has been mentioned.

- The thirteenth of these is the one which has been mentioned.

- The fourteenth of these is the one which has been mentioned.

- The fifteenth of these is the one which has been mentioned.

- The sixteenth of these is the one which has been mentioned.

- The seventeenth of these is the one which has been mentioned.

- The eighteenth of these is the one which has been mentioned.

A en B met mekaar ooreenkom dat A sy nalatenskap (of n deel daarvan) aan B sal bemaak; of waar A en B met mekaar ooreenkom dat A sy nalatenskap (of n deel daarvan, of n bepaalde saak wat aan hom behoort) aan C sal bemaak. (Kyk in die algemeen die gemelde artikel van Joubert in Tydskrif, 1961, bls. 21, 22; 1962, bls. 95-98; Nieuwenhuis v. Schoeman's Estate 1927 E.D.L. 266; James v. James's Estate 1941 E.D.L. 67; Van Jaarsveld v. Van Jaarsveld's Estate 1938 T.P.D. 343; Ahrend and Others v. Winter 1950(2) S.A. 682(T.)). n Ooreenkoms van hierdie aard druis in teen die algemene reël van ons reg dat nalatenskappe ex testamento of ab intestato vererf, en word as ongeldig beskou (Joubert, Tydskrif, 1961, bl. 19; 1962 bls. 47-48; 93-103; Voet 2.4.16; Van der Keessel, Praelectiones, ad Gr. 3.1.41 (Prof. Gonin se vertaling, band IV, bl. 33), behalwe in die geval waar dit in n huweliksvoorwaardekontrak beliggaam is (Joubert, Tydskrif, 1962, bls. 48, 58-64; 93 e.v.; Voet 23.4.60; Van der Keessel, Praelectiones, ad Gr. 3.1.41; Ladies' Cristian Home and Others v. S.A. Association 1915 C. P. D. 467 op 471-472;

Ex parte Executors Estate Everard 1938 T.P.D. 190 op bl.

194). In die Romeinse reg is n pactum successorium weens hoofsaaklik twee redes as contra bonos mores en ongeldig beskou: die eerste is omdat gevrees is dat so n ooreenkoms die begeerte kon laat ontstaan om die dood van die erflater wat as kontraktant opgetree het, te bewerkstellig, en die tweede is omdat gemeen is dat so n ooreenkoms die betrokke kontraktant sy testeervryheid ontnem, of dit inperk. Vinnius, Tractatus de Pactis, cap. 19 nr. 1., sê, met verwysing na tekste in die Codex, dat hujusmodi pactio tollit aut constringit libertatem testandi quod leges nostrae aversantur, d.w.s., n ooreenkoms van hierdie aard ontnem die vryheid om te testeer, of perk dit in, iets wat ons wette nie toelaat nie. (Kyk Joubert, Tydskrif, 1961, bls. 23-27). Die eerste oorweging, soos lank gelede reeds gesê is (kyk Van der Keessel, Praelectiones, ad Gr. 3.1.41), kan kwalik nog n rede vir die inhoud van die verbod op pacta successoria wees, maar die oorweging dat sodanige ooreenkomste n erflater se testeervryheid aan bande lê, geld steeds as regverdiging vir die behoud van die ver-

bod (Van der Keessel, Praelectiones, ad Gr. 3.1.41; Van Jaarsveld v. Van Jaarsveld's Estate 1938 T.P.D.-343 op bl. 346; Ahrend and Others v. Winter 1950(2) S.A. 682 (T.) op bl. 685.

n Ontleding van die beslissings van ons howe waarin bevind is dat die ooreenkomste pacta successoria was, toon dat dit telkens n geval was waar een persoon onderneem het om n ander as sy erfgenaam in te stel of om die een of ander saak of voordeel aan n ander te bemaak. (Die ter saaklike beslissings word in die skriftelike betoogpunte van die advokate genoem en hoef nie hier vermeld te word nie. Daar is ook n verwysing na die meeste van hierdie beslissings in Joubert se gemelde artikel, Tydskrif, 1962, bls. 95-99). Dit wil dus voorkom, soos namens die respondentes betoog is, dat die ooreenkoms in die onderhawige geval nie ooreenstem met die ooreenkomste wat tot nog toe deur ons howe as pacta successoria beskou is nie. Dit

blyk...../18

blyk ook dat die onderhawige ooreenkoms nie gedek word deur die omskrywing van n pactum successorium wat hierbo gegee is nie, aangesien dit nie n ooreenkoms is waarin n lid van die maatskappy onderneem om sy belang in die ledebelangefonds in sy testament aan iemand na te laat nie. Die vraag kan egter gevra word of daar, in die lig van die oorweging dat n pactum successorium ongeldig is omdat dit iemand se testeervryheid aan bande lê, enige wesenlike beginselverskil is tussen die gevalle wat binne die bo-gemelde omskrywing van n pactum successorium val en n geval soos die onderhawige. Wanneer die onderhawige ooreenkoms ontleed word, blyk die onderliggende oorweging m.i. te wees dat die lid nie toegelaat moet word om in sy testament oor sy belang in die ledebelangefonds te beskik nie - altans nie in die geval waar hy n weduwee nalaat nie. In die geval wat binne die omskrywing val, het n mens n ooreenkoms om n saak aan n bepaalde persoon na te laat; in die onderhawige geval het n mens n ooreenkoms

om nie n testament te maak waarin die betrokke belang aan

niemand gelaat word nie. Dit is natuurlik waar dat in

art. 101(d) bepaal word dat die belang by die dood van

die lid nie in sy boedel val nie, en op grond daarvan sou

gesê kon word dat n mens hier nie te doen het met n oor-

eenkoms om n bate in die lid se boedel na te laat nie,

maar na my mening - ek sê later meer hieroor - is die ge-

melde bepaling in art. 101(d) opgeneem juis om uitvoering

te kan gee aan die bedoeling dat die belang nie by

testament nagelaat moet word nie. In hierdie verband is

dit interessant om daarop te let dat daar in die Neder-

landse reg - waar die pactum successorium, net soos by

ons, as ongeldig beskou word - skynbaar gesag is vir die

opvatting dat die kontraktuele aanvaarding van n verpligting

om nie n testament te maak waarin n bepaalde persoon as

erfgenaar of legataris benoem word nie, in dieselfde lig

beskou word as n ooreenkoms om n bepaalde persoon as erf-

genaam in te stel. (Asser, Nederlands Burgerlijk Recht,

Derde Deel - II, 2^e druk (1961), bl. 174). Uit n be-

ginseloogpunt, kom dit my voor, is daar heelwat vir so n opvatting te sê, maar ek is nie voornemens om verder op hierdie vraag in te gaan nie, aangesien n mens hiermee eintlik uitgekom het by mnr. Beyers se verdere betoog dat die onderhawige ooreenkoms as ongeldig beskou moet word omdat dit die oorledene se testeervryheid met betrekking tot n bate in sy boedel aan bande gelê het. Soos sal blyk uit wat hierna gesê word, meen ek dat hierdie betoog gegrond is.

Ek het reeds hierbo daarop gewys dat n pactum successorium as ongeldig beskou word omdat dit n erflater se testeervryheid aan bande lê. Die wil van die erflater, is in die Romeinse reg gesê, is ambulatoria usque ad vitae supremum exitum (Dig. 34.4.4). Voet 28.3.10 sê: secundum leges ambulatoria est hominis voluntas ad extremum vitae halitum (d.w.s. volgens die wette is die wil van die mens veranderbaar tot by sy laaste lewensasem).

Van...../21

Van der Linden (in 'n aantekening by sy vertaling van

Pothier se werk oor die verbintenisreg, Verhandeling Van

Contracten En Andere Verbintenissen, deel I, bl. 143)

wys op die reël "datniemand zig het vermoogen, om na zijnen

dood over zijne tydelijke goederen te beschikken, ont-

neemen kan". Kyk ook Grobbelaar v. Grobbelaar 1959(4)

S.A. 719 (A.) op bl. 723 D-H, en Joubert se gemelde artikel,

Tydskrif, 1962, bl. 55.

Wanneer die onderhawige ooreenkoms en die bepalinge van die statuut betreffende 'n lid se belang in die ledebelangefonds ontleed word, blyk dit dat die partye beding dat die lid se belang, wat hom tydens sy lewe 'n voortdurende vorderingsreg teen die maatskappy gee, en wat as sodanig 'n bate in sy boedel is, by sy dood meteens ophou om 'n bate in sy boedel te wees, en dat die geldwaarde daarvan dan deur die maatskappy aan die lid se weduwee, of die "bevoordeelde uit (sy) boedel", betaal moet word. Die maatskappy self kry by die dood van die lid geen regten opsigte van die betrokke geld nie. Soos reeds

aangetoon...../22

~~aangetoon is, bepaal art. 100(c)(iv) dat die lid se belang~~

~~"tot sy dood" in die ledebelangefonds bly en dat dit dan~~

ooreenkomstig die bepalings van art. 101 uitbetaal moet

word. Die maatskappy het dus ná die lid se dood geen

aanspraak op die geld, of selfs die gebruik daarvan, nie;

dit het slegs die plig om dit uit te betaal. Wanneer

daar gelet word op die oorweging dat n lid tydens sy lewe

n vorderingsreg ten opsigte van sy belang teen die maat-

skappy het, dat hy (met die toestemming van die maat-

skappy) tot sekere hoogte die geld wat tot sy krediet

staan tot sy eie voordeel kan aanwend of laat aanwend,

dat hy geregtig word op terugbetaling van sy belang

wanneer hy n sekere ouderdom bereik of wanneer sy lid-

maatskap op n ander wyse as deur die dood beëindig word,

en dat sy vorderingsreg tot op die oomblik van sy dood n

bate in sy boedel is, dan word n mens m.i. gedwing tot

die gevolgtrekking dat met die bepalings in art. 101(a)

en (d) beoog is om by wyse van kontrak te verseker dat

die...../23

die lid se weduwee, in die eerste plek, deur sy belang be-
voordeel moet word, en dat ten einde daardie doel te be-
reik, die lid belet moet word om daaroor in sy testament
te beskik. Hierdie oogmerk verklaar m.i. - soos reeds
hierbo gesê is - waarom daar in art. 101(a) die bepaling
is dat die lid se belang in die ledebelangefonds by sy
dood nie in sy boedel val nie: by ontstentenis van so n
bepaling sou die posisie wees dat die lid se belang by
sy dood in sy boedel val, met die gevolg dat daar dan nie
aan die bepaling dat sy belang aan sy weduwee betaal moet
word, uitvoering gegee sou kon word nie. In hierdie
verband is dit ook belangrik om op art. 101(b) te let.
Dit hou in dat die bogemelde heffing ook van toepassing
is op die opbrengs van n oes wat ná n lid se dood by die
maatskappy ingelewer word, en dat die betrokke bedrag n
"toevoeging" tot die ledebelangefonds is. Hierdie be-

drag...../23(a)

drag wat ná n lid se dood tot die ledebelangefonds gevoeg word, val, kragtens art. 101(d), nie in die lid se boedel nie, en moet, ooreenkomstig die bepalinge van art. 101(a), aan die lid se weduwee of aan die "bevoordeelde uit (sy) boedel" uitbetaal word. Dit behoeft geen betoog dat die opbrengste van n oes ná n lid se dood sy boedel toekom nie, en art. 101(b), gelees met art. 101(d), spreek gevolglik duidelik, na my mening, van n bedoeling om n bate in n oorlede lid se boedel kontraktueel te laat vererf.

In hierdie stadium wil ek verwys na die uitspraak van die hof a quo en na n betoog wat mnr. De Villiers voorgedra het oor die vraag of die ooreenkoms wat in art. 101(a) en (d) beliggaam is, n lid se testevryheid aan bande lê. Die hof a quo het bevind dat "indien daar n weduwee is, gaan gemelde belange aan haar", en dat indien daar nie n weduwee is nie, betaling aan die

"bevoordeelde uit die boedel" van die lid moet geskied;

die bevoordeelde, word in die hof a quo se uitspraak gesê,

kan die bevoordeelde kragtens die "testate (of) die

abintestate erfreg" wees. Hierdie vertolkings, kom dit

my voor, hou in dat die lid met die maatskappy ooreenkom

dat hy wel n testament kan maak waarin hy bv. sy belang

aan sy seun bemaak, maar dat so n bemaking geen krag sal

hê ingeval hy n weduwee nalaat nie. As die ooreenkoms

so opgevat word, kom dit m.i. op n gedeeltelike, of miskien

moet n mens sê n voorwaardelike, inperking van die lid se

testeer~~rykheid~~ neer, en sou dit gevolglik ongeldig wees.

Mnr. De Villiers het in hierdie verband, in antwoord op

mnr. Beyers se betoog dat die oorledene wel by magte was

om in sy testament oor sy belang te beskik, soos volg be-

toog (die aanhaling kom uit sy skriftelike betoogpunte):

"In ons submissie het hy hom kontraktueel teenoor die

koöperasie verbind dat sy weduwee die begunstigde sou

wees...../25

sou wees. Eers as sy as begunstigde ontbreek, sou die bevoordeelde uit die boedel die begunstigde wees. Die oorledene was dus wel by magte om n begunstigde in sy testament aan te wys, maar indien sy weduwee in lewe was by sy dood en die voordele wat vir haar geding is, wou aanvaar, sou sy voorkeur kry bo die 'bevoordeelde uit die boedel'. Hierdie submissie, indien ek dit reg verstaan, hou in dat die partye ooreengekom het dat die lid slegs n beperkte (of voorwaardelike) testeervryheid sou hê. As dit so is, sou die ooreenkoms ongeldig wees. Die uitdrukking "bevoordeelde uit die boedel" is nie juis duidelik nie, maar ek kan aan geen rede dink waarom dit nie die bevoordeelde in n erflater se testament sou insluit nie. En as die "bevoordeelde uit die boedel" wel die bevoordeelde in n testament insluit, skyn die ooreenkoms inderdaad te beoog dat n lid n testament kan maak waarin hy oor sy belang in die ledebelangefonds beskik,

en...../26

en dat in sekere omstandighede aan sy testament uitvoering
gegee kan word. So n ooreenkoms, soos reeds gesê, be-
perk die testeervryheid van die lid en sou dus ongeldig
wees. (In hierdie verband kan ook daarop gewys word -
soos blyk uit nadere besonderhede wat deur die eerste
respondent vir die doeleindes van verhoor verskaf is -
dat die eerste respondent in die praktyk n afgestorwe
lid se belang in die ledebelangefonds aan sy "boedel"
betaal indien hy nie n weduwee nalaat nie. Hierdie
praktyk skyn in ooreenstemming te wees met die opvatting
dat n lid se testament geld in die geval waar hy nie n
weduwee nalaat nie). Daar moet egter op gelet word dat
indien n mens aanvaar dat die lid se belang in die lede-
belangefonds by sy dood nie in sy boedel val nie, dit
moeilik is om in te sien dat die partye kon bedoel het
dat die lid die reg sou behou om in sy testament te
beskik oor n saak wat nie in sy boedel val nie. Die-
selfde vraag ontstaan waar n lid sonder testament sou

sterf...../27

sterf en ook geen weduwee nalaat nie: as aanvaar word

dat sy belang nie deel van sy boedel uitmaak nie, kan

daar nie intestate erfgename ten opsigte van die belang

wees nie, in welke geval dit onduidelik is welke betekenis

aan "bevoordeelde uit die boedel" gegee kan word. Die

aangeleentheid is nie duidelik nie en ek wil nie verder

daaroor uitwei nie. Ek wil slegs daarop wys dat, soos ek

mnr. De Villiers se betoog, hierbo aangehaal, verstaan,

dit inhou dat die ooreenkoms wat in artikel 101(a) en

(d) beliggaam is wel tot sekere hoogte n lid se testeervryheid inperk.

Namens albei die respondente is aangevoer dat die

ooreenkoms nie n lid se testeervryheid aan bande lê nie.

Mnr. De Villiers het betoog dat die ooreenkoms wel die

gevolg het dat die oorledene se boedel by sy dood kleiner

was as wat dit sou gewees het as hy nie die ooreenkoms

aangegaan het nie, maar dat dit nie beteken dat die oor-

eenkoms sy testeervryheid ingeperk het nie. In die

~~advokaat se skriftelike betoogpunte word gesê: "Die~~

~~feit dat n persoon kontrakte sluit wat die effek het om~~

sy boedel by sy dood kleiner te maak, perk nie sy testeervryheid in nie, maar affekteer slegs die grootte van sy boedel uiteindelik". n Dergelike betoog is deur mnr.

Nienaber gelewer. Die ooreenkoms, het hy aangevoer,

lê ewe min die oorledene se testeervryheid aan bande as

wat die "vervreemding van n bate deur verkoping tydens

sy lewe" dit sou doen. Die respondente se betoog kom

dus daarop neer dat die belang, of bate, waarom dit hier

gaan, reeds tydens die oorledene se lewe ingevolge die

ooreenkoms vervreem en aan sy boedel onttrek is, hoewel

die onttrekking self tot ná sy dood uitgestel is, en daar

is betoog dat die onderhawige ooreenkoms dieselfde effek

het as die ooreenkomste wat in Keeve and Another v. Keeve

N.O. 1952(1) S.A. 619 (O.), Varkevisser v. Estate

Varkevisser and Another 1959(4) S.A. 196 (S.R.) en

Costain and Partners v. Godden N.O. and Another 1960 (4)

S.A. 456 (S.R.) ter sprake was. In elk van hierdie sake het o.m. die vraag ontstaan of n ooreenkoms n pactum successorium, en dus ongeldig, was. Die hof het in al drie gevalle beslis dat daar reeds met die aangaan van die betrokke ooreenkoms n vestiging van regte in die bevoordeelde onder die ooreenkoms was - m.a.w., dat daar nie n bedoeling was dat die regte eers by die dood van die betrokke persoon sou vestig nie - en dat die ooreenkoms dus nie n pactum successorium was nie (kyk Keeve se saak, bl. 623 F-G; Varkevisser se saak, bl. 199 A-D, en Costain se saak, bl. 460 A-C).

Die respondente se betoog na aanleiding van hierdie drie beslissings kom daarop neer dat die oorledene se regte ten opsigte van die betrokke geld self reeds tydens sy lewe verval het (hoewel onderhewig aan die voorwaarde dat geld tot op die dag van sy dood aan hom betaal kon word), en dat dit dus (onderhewig aan die gemelde voorwaarde) reeds tydens sy lewe opgehou het om n

bate/30

~~bate in sy boedel te wees waareer hy in n testament sou~~

~~ken beskik. Namens albei die respondente is aangevoer~~

dat die ooreenkoms n beding ten behoewe van n derde is

(die derde synde die lid se weduwee of die "bevoordeelde

uit (sy) boedel"), waarkragtens reeds vóór die oorledene

se dood sekere bates (t.w., die bedrae van die heffing)

"afgesonder" is met die oog op uiteindelijke uitbetaling

aan die derde. ("Afgesonder" is die woord wat in hier-

die verband deur die advokate gebruik is). Die ooreen-

koms, so is betoog, val in die kategorie van ooreenkomste

ten behoewe van n derde wat n mens by versekeringspolisse,

ooreenkomste met betrekking tot pensioene, ens., kry, en

in hierdie verband is ons verwys na Tradesmen's Benefit

Society v. Du Preez 5 S.G. 269, Mutual Life Insurance

Company of New York v. Hotz 1911 A.D. 556, Ex Parte

Mackintosh N.O.: In Re Estate Barton 1963(3) S.A. 51

(N.) en Botes v. Afrikaanse Lewensversekeringsmaatskappy

Beperk 1967(3) S.A. 19 (W.). Met betrekking tot die

betoog het n mens hier met n beding ten behoewe van n derde te doen het, het mnr. De Villiers ons verwys na wat Steyn, A.R., in Crookes N.O. And Another v. Watson And Others 1956(1) S.A. 277(A.) op bl. 304 F-G oor die beding ten behoewe van n derde gesê het, en hy het betoog dat die woorde in die tweede helfte van die passasie (d.w.s., dié wat met "or else" begin) op die onderhawige geval van toepassing is. Die betrokke passasie lui soos volg:

"In the latter type of contract it is a common feature that the person in the position corresponding to that of a trustee, either undertakes, against a consideration, to grant a third party rights in respect of his own property, or else is the recipient of property as beneficial owner subject to the stipulation that the property or certain other rights are to pass to another person in circumstances specified by the parties".

Namens die respondente is in hierdie verband ook betoog dat die ooreenkoms as n fideicommissum inter vivos beskou kan word. Mnr. De Villiers het ook betoog dat die

oorledene se weduwee (tweede respondent), of "die be-
voordeelde uit die boedel" van die oorledene, reeds tydens
die oorledene se lewe die voordeel wat vir hulle beding is,
kon aanvaar het, en dat daar by sodanige aanvaarding n
regsband tussen haar, of die bevoordeelde uit die oorledene
se boedel, en die maatskappy sou ontstaan het.

Die respondente se siening van die saak is m.i.
ongegronde. Dit gaan hier om die oorledene se vorderings-
reg teen die maatskappy, en daardie reg het tot op die
oomblik van sy dood n bate in sy boedel gebly. Dit is
wel waar dat die ledebelangefonds n "fonds" is wat deur
die maatskappy "verwerf" word (art. 4), maar die lid hou
nietemin n vorderingsreg ten opsigte van sy belang tot
op die oomblik van sy dood. Sy belang staan tot sy
krediet in die boeke van die maatskappy aangeteken, en
tydens sy lewe kan hy in gegewe omstandighede, soos reeds
gesê, die volle bedrag wat tot sy krediet staan, opeis.

By...../33

By sy dood word die maatskappy nie reghebbende ten op-

sigte van die geld wat tot sy krediet staan nie, net so

min as wat dit n reg ten opsigte daarvan verkry wanneer

die lid se lidmaatskap op n ander wyse as deur sy dood

beëindig word. Die maatskappy word in geen stadium van

die lid se voortdurende reg teen hom ten opsigte van die

geld bevry nie. n Mens het in die onderhawige saak dus

n ander posisie as wat in die bogemelde sake van Keeve,

Varkevisser en Costain die geval was.

Wat die respondent se betoog met betrekking tot

n beding ten behoeve van n derde betref, verskil die onder-

hawige geval m.i. in n belangrike opsig van die beslis-

sings wat hierbo in hierdie verband genoem is. In

Tradesmen's Benefit Society v. Du Preez was ene Du Preez

lid van die Tradesmen's Benefit Society. Volgens een van

hierdie vereniging se reëls het n lid die reg gehad om

skriftelik n persoon te nomineer aan wie daar by die lid

se...../34

se dood n bedrag van £20 - n "funeral donation", is dit

genoem - betaal sou word om die koste van die lid se be-

grafnis te betaal. Indien die lid nie n persoon benoem

het nie, kon o.a. sy weduwee op die geld aanspraak maak.

Du Preez het jaarliks n subskripsie betaal om lid van die

vereniging te wees. Die hof het beslis dat die bepaling

betreffende die betaling van die £20 n beding ten behoeve

van n derde was, dat Du Preez se weduwee as derde ge-

kwalifiseer het, en dat sy op betaling van die £20 ge-

regtig was. In elk van die sake Mutual Life Insurance

Company of New York v. Hotz, Ex Parte Mackintosh N.O.:

In Re Estate Barton en Botes v. Afrikaanse Lewensversekerings

maatskappy Beperk was daar n versekeringspolis ter sprake

waar een persoon premies aan n versekeringsmaatskappy

betaal het en waar n ander persoon as bevoordeelde in

die polis genoem is. Die beslissing in elk van die sake

was dat daar n beding ten behoeve van n derde was. In

die/35

die gemelde gewysdes het n mens die posisie dat die persoon wat die subskripsies (Tradesmen's Benefit Society v. Du Preez) of die premies (die ander drie sake) betaal het, tydens sy lewe afstand gedoen het van alle aanspraak op die geld wat hy betaal het, en in daardie gevalle kan dus gesê word dat n bate van die persoon wat betaal het tydens sy lewe "afgesonder" en aan sy boedel onttrek is. Die geld wat deur die vereniging, of versekeringsmaatskappy, in die pas gemelde sake betaalbaar geword het, was dan ook nie die bydraes wat die betrokke persoon by wyse van subskripsie of premie gemaak het nie, maar die geld van die vereniging, of versekeringsmaatskappy, na gelang van die geval. In die onderhawige geval is die posisie anders: die bedrag geld wat ter sprake is, is die totaal van die bydraes wat die lid tydens sy lewe aan die maatskappy gemaak het. (Soos reeds gesê is, word rente deur die maatskappy bygevoeg in die geval waar n lid geregtig was op die uitbetaling van geld maar nie

daarom...../36

daarom gevra het nie).

Ek verwys voorts na die passasie in Crookes N.O. And Another v. Watson And Others 1956(1) S.A. 277(A.) wat hierbo aangehaal is. Soos reeds gesê is, het mnr. De Villiers betoog dat die tweede gedeelte van die passasie op die onderhawige geval van toepassing is. Ek stem met hierdie betoog nie saam nie. Uit hoofde van oorwegings wat reeds hierbo genoem is, kan die maatskappy m.i. nie as die "recipient of property as beneficial owner", soos in hierdie passasie bedoel, beskou word nie. Dit is natuurlik waar dat die maatskappy die lid se bydraes as sy (die maatskappy) se eie geld, en vir sy eie doeleindes, kan gebruik, maar die lid behou deurgaans 'n vorderingsreg ten opsigte daarvan : in gegewe omstandighede, soos tevore gemeld, kan hy aanspraak maak op terugbetaling van 'n gedeelte, of van die geheel, van die bedrag wat tot sy krediet staan, en by sy dood verloor die maatskappy die reg om die geld verder te gebruik of te behou.

~~Die lid se vorderingsreg word nie aan die maatskappy oorge-~~

~~dra nie. Uit hoofde van dieselfde oorwegings as wat so~~

pas genoem is, kan m.i. ook nie gesê word, soos deur mnr.

De Villiers betoog is, dat n mens in die onderhawige ge-

val met n fideicommissum inter vivos te doen het nie.

Die maatskappy verkry wel, soos reeds gesê is, die reg om

die bydraes wat deur die lid gemaak word as sy eie geld

te gebruik, maar, gesien die regte wat die lid deurgaans

teen die maatskappy behou, kan die maatskappy noulis as

fiduciarius in die regsfiguur fideicommissum inter vivos

kwalifiseer.

Ek verwys voorts na mnr. De Villiers se betoog dat

die weduwee, of die "bevoordeelde uit die boedel" van die

oorledene, reeds tydens die lewe van die oorledene die

voordeel wat daar vir hulle beding is, kon aanvaar het en

dat daar by sodanige aanvaarding n regsband tussen hulle

en die maatskappy sou ontstaan het. Dit sou reeds uit

wat ek hierbo in verband met die betoë van die respondente

gesê...../38

~~gesê het, geblyk het dat hierdie betoog van mnr. De Villiers~~
~~m.i. ongegrond is. Afgesien van alles wat reeds gesê~~

is, wys ek ook net kortliks op die volgende: die tweede respondent sou haar tydens die lewe van die oorledene klaarblyklik nie as sy weduwee by die maatskappy kon gaan aanmeld het nie; sy sou ook nie daarop kon aanspraak maak het dat sy die oorledene se weduwee sou wees nie, want hy kon haar oorleef het, of hulle kon vóór sy dood van mekaar geskei het; sy sou ook nie kon gesê het dat die oorledene se lidmaatskap deur sy dood beëindig sou word nie. Wat die "bevoordeelde uit die boedel" van die oorledene betref, sou niemand tydens die lewe van die oorledene teenoor die maatskappy daarop kon aanspraak maak het dat hy n bevoordeelde in die oorledene se testament sou wees, of dat hy die oorledene sou oorleef en n intestate erfgenaam sou wees as die oorledene nie n testament nalaat nie; ook sou niemand kon gesê het dat die oorledene se lidmaatskap deur sy dood beëindig sou word nie.

Soos blyk uit al die voorgaande, is ek van mening dat art. 101 n ooreenkoms beliggaam wat n lid van die maatskappy se testeervryheid ontnem, of dit inperk, en dat die ooreenkoms gevolglik as ongeldig beskou moet word. Om alles baie kort op te som, sou ek sê dat daar veral drie faktore is wat, wanneer hulle saam oorweeg word, tot die gevolgtrekking lei waartoe ek gekom het. Dit is die volgende: (a) die oorweging, hierbo volledig bespreek, dat n lid uit hoofde van sy belang in die ledebelangefonds tot by sy dood n vorderingsreg teen die maatskappy het - al is dit ook aan sekere beperkings onderhewig -, en dat daardie belang tot op die oomblik van sy dood n bate in sy boedel is; (b) die uitdrukking "bevoordeelde uit (sy) boedel" sluit n bevoordeelde in die testament van n lid van die maatskappy in, en die bepaling in art. 101(a) dat n lid se belang aan die "bevoordeelde uit (sy) boedel" betaal moet word (vermoedelik wanneer hy nie n

weduwee...../39(a)

weduwee nalaat nie), dui m.i. gevolglik op n bedoeling
om vererwing kontraktueel (t.w., in die ooreenkoms wat
in art. 101 beliggaam is) te reël; en (c) art. 101(b),
vir sover dit betrekking het op oeste wat/^{na}n lid se dood
ingelewer en verkoop word, saamgelees met art. 101(a) en
(d), getuig m.i. duidelik van n bedoeling om n bate in die
boedel van n oorlede lid (t.w., n gedeelte van die opbrengs
van tabak wat ná sy dood ingelewer en verkoop word) kon-
traktueel te laat vererf.

In die lig van wat hierbo gesê is, hoef daar
nie ingegaan te word op mnr. Beyers se verdere betoog dat
die eerste respondent se doelstellings hom nie magtig om
n ooreenkoms soos die onderhawige aan te gaan nie.

Sowel mnr. De Villiers as mnr. Nienaber het dit ter
oorweging gegee dat indien teen die respondent beslis sou
word op enige van die nuwe gronde waarop mnr. Beyers ge-
steun het, hierdie hof nie n bevel moet uitreik wat n
einde aan die geding tussen die partye sou maak nie, maar
dat dit die saak na die hof a quo moet terugverwys. Daar
is aan ons gesê dat verjaring dalk n rol kan speel, maar
ek kan nie sien hoe dit moontlik kan wees nie. Daar

~~is ook gesê dat moontlik bevind sou kon word dat die eerste~~

~~respondent nou reghebbende op die oorledene se belang~~

geword het. Ek het reeds hierbo in die loop van die uitspraak aangedui dat die oorledene se belang ná sy dood nie in die eerste respondent gevestig is nie, maar deur hom uitbetaal moet word. Verder is aangevoer dat die saak terugverwys moet word sodat die appellante hulle pleitstukke kan wysig om aan te toon dat hulle op die nietigheid van art. 101(a) en (d) van die statuut steun. Daar is aangevoer, indien ek die betoog reg verstaan het, dat die respondente daar n belang by het om te sien hoe die gewysigde pleitstukke daar uitsien. Ek kan nie insien welke nut die voorgestelde prosedure in hierdie stadium van die saak kan hê nie. Dit gaan hier om n regspraak waarvoor die regsverteenwoordigers van die partye ons volledig toegesprek het, en in die lig van die ^{ge}volgtrekkingwaartoe ek gekom het, het dit m.i. geen sin om die saak terug te verwys nie.

Daar...../41

Daar bly nou nog die kwessie van koste oor. Soos

reeds aangedui, slaag die appèl op n grond waarop die appellante vir die eerste maal in hierdie hof gesteun het: dit word nie deur hulle pleitstukke gedek nie en dit is nie in die hof a quo te berde gebring nie. Dit is omstandighede wat n mens, in die afwesigheid van ander geldige faktore, geneig sou laat voel om die appellante nie hulle koste van die appèl toe te laat nie. Daar is egter ander faktore wat in ag geneem moet word. Die nuwe grond waarop die appèl slaag, het die respondente geensins verras nie. Soos reeds aangedui, het die appellante dit in hulle skriftelike betoogpunte geopper, en die respondente het in hulle betoogpunte daarop geantwoord. Die respondente het dus, nadat hulle van die appellante se nuwe gronde kennis gekry het, besluit om in hulle teenstand teen die appèl te volhard, en hulle advokate was gereed om die hof oor die nuwe gronde toe te spreek toe die appèl aangehoor is. In al die omstandighede kom dit my as billik voor om aan die appellante

hulle...../42

~~hulle koste van die appèl toe te ken. Wat die koste in~~

~~die hof a quo betref, is ek van oordeel dat elke party sy~~

eie koste behoort te betaal. Die appellante slaag wel op appèl daarin om die bevel te verkry wat hulle aanvanklik gevra het, maar dit geskied op n grond wat nie in hulle pleitstukke geopper word nie en waaroor die hof a quo nie gevra is om n beslissing te gee nie. Gevolglik meen ek dat die appellante nie hulle koste in daardie hof toegeken moet word nie.

Die uitslag van die appèl is soos volg:

1. Die appèl van albei appellante slaag met koste, insluitende die koste van twee advokate, welke koste deur die respondente gesamentlik en afsonderlik betaalbaar is, die een vrygestel te word indien die ander een betaal.
2. Die bevel van die hof a quo word ter syde gestel en deur die volgende bevel vervang, nl:

(a) "Dit word verklaar dat die Eerste Eisers in

hulle hoedanigheid as eksekuteurs testamentêr

in die boedel van wyle Stefanus de Vos geregtig

is op die uitbetaling van gemelde De Vos se krediet

op die ledebelangefondsrekening by die Eerste

Verweerder".

(b) "Geen kostebevel word uitgereik nie".


Appèlregter.

Holmes, AR.)

Jansen, AR.)

Galgut, AR.)

Kotzé, Wnd. AR.)

Stem saam.

IN THE SUPREME COURT OF SOUTH AFRICA.

APPELLATE DIVISION.

In the matter between

THARAY PILLAYAPPELLANT

and

THE STATERESPONDENT

Coram: JANSEN, MULLER, JJ.A., et MILLER, A.J.A.

Heard: 14 May 1976.

Delivered: 5 June 1976.

J U D G M E N T

MULLER, J.A.

The appellant, an Asian male, was charged together with an Indian youth, Subril Govender, in the Magistrate's Court, Pinetown, with a contravention of section 2 (b) of Act No. 41 of 1971 - being in possession

of...../2

of daga.

Both accused were found guilty. The appellant was sentenced to imprisonment for 2 years and his co-accused, Govender, was ordered to receive a whipping.

The appellant noted and prosecuted an appeal to the Natal Provincial Division. That appeal was dismissed, hence the further appeal, to this Court, with the leave of the Court a quo, against both his conviction and sentence. There is also an application for condonation of the appellant's delay in prosecuting the appeal.

At the hearing of the matter this Court directed that the merits be argued, as the merits could well be decisive of the application, and reserved its decision.

The evidence adduced on behalf of the State at the trial is, in my view, correctly and succinctly summarized, in the following extract from the judgment of JAMES, J.P., in the Natal Provincial Division, (in which judgment the youth, Govender, is referred to as accused No.2):

"The/3

"The evidence for the State was given in the main by one Sergeant Ramchunder, who testified that at about 6.45 on the morning of the 21st August, 1974 he went to the Unit 7 bus rank at Chatsworth. He was in uniform and he knew the appellant. The appellant came to the bus rank at about 8 a.m. He watched the appellant approach a stationary bus, and in the vicinity of the bus Ramchunder saw the appellant picking up a flattened tin which was lying on the ground, and he saw him placing something having a brown paper appearance under the tin. The appellant then stood about 4 paces from the tin, on the pavement, next to a stationary bus. About ten minutes later he saw a Bantu come and speak to the appellant. He was then observing what was happening from a distance of about 40 yards. Ramchunder then saw the appellant pointing out the tin. The Bantu then went to the tin, lifted it up and removed something from underneath it, and then got into a bus which was in the process of moving off. About five minutes after this he observed an Asian male come and speak to the appellant. The Asian male then went to the tin and he put his hand under the tin and then he moved off. Thereafter the appellant went to sit in the bus which was still stationary and, on the evidence, this bus was about 4 paces away from the tin. At about 8.50 that morning a green truck came to the scene and stopped next to the stationary bus. By this time accused No. 2 had

arrived...../4

arrived and he had been sitting for some time in the stationary bus with the appellant. When the green truck arrived this witness said he saw the second accused alight and go to the tin and take something from under it. Accused No. 2 then handed this thing to the driver of the green truck, who drove away. Thereupon Ranchunder came on to the scene. He grabbed hold of the appellant. The second accused was then outside the bus, about 4 paces from the tin, and he also caught hold of him. He took both the appellant and the second accused to the tin and he invited the appellant to lift the tin. The appellant then said that it was not his and refused to lift it. Accused No. 2 also said that it was not his. Ranchunder himself then picked up the tin, and underneath he found 17 dagga cigarettes, all covered in brown paper. He estimated that the mass of these dagga cigarettes was about 17 grams. He then arrested the appellant and the second accused. The dagga cigarettes were each about 5 inches long and about $\frac{1}{2}$ inch thick and were cylindrical in shape."

No evidence was given by or on behalf of the accused, both of whom were represented at the trial, and, as already stated, they were both convicted and the appellant sentenced to imprisonment for a period of two years. In his reasons for judgment the Magistrate stated as

follows...../5

follows, with regard to the appellant:

"In considering an appropriate sentence the court considered the following :-

- (1) Appellant was 22 years of age.
- (2) Was in employment.
- (3) Convicted of four offences ranging from smoking dagga to theft, assault with intent to commit grievous bodily harm and housebreaking with intent to steal and theft. These convictions cover the past seven years.
- (4) Appellant has not learnt by the previous light sentences imposed.
- (5) Appellant's conduct had the tendency to deprave others. Sight should not be lost of the fact that Accused No. 2 was only 16 years of age.
- (6) Appellant's conduct was tantamount to Dealing. Dagga was hidden and supplied at a public place - a bus rank - an aggravating factor.
- (7) Dagga offences are rife amongst Indian community at Chatsworth who treat the abuse of this drug with the attitude that a child would display towards a bar of candy.
- (8) It was considered proper that the deterrent aspect of punishment be stressed in this case.

No circumstances were found to justify a sentence of less than 2 years imprisonment, in terms of section 7 Act 41/71. "

In arguing on the merits counsel for the appellant contended that, even though the appellant did not give evidence at the trial, he should not have been convicted. In this regard the following submissions were made by counsel:

- (a) That the inference drawn by the Magistrate from the proved facts is not the only reasonable inference that can be drawn. (R.v.Blom 1939 A.D. 188 at p. 202 and 203).
- (b) That the State failed to prove mens rea on the part of the appellant.
- (c) That the State case was based on circumstantial evidence only, and, ~~inasmuch as~~, so counsel submitted, the reason for the appellant's failure to testify may be explicable upon some hypothesis unrelated to his guilt. (J.v.Letsoko and Others 1964 (4) S.A. 768 (A) at p. 776 to 777 and S.v. Mthetwa 1972 (3) S.A. 766 at p. 769). Counsel

suggested...../7

suggested certain possible reasons unrelated to the
guilt of the appellant.

As, in my view, no good purpose will be served in repeating
counsel's detailed argument here, I will confine myself to
stating my reasons for disagreeing with the aforementioned
submissions.

As to (a) above: although there certainly are
other possible inferences which can be drawn, in my opinion
the only reasonable inference is that drawn by the magis-
trate, namely, that the appellant placed the dagga under
the tin and had possession and exercised control over the
dagga.

As to (b) : assuming (without deciding) that it
was for the State to prove mens rea (as to which see S.v.
Mofekeng 1973 (2) S.A. 89 (c) and S.v. Majola 1975 (2) S.A.
727 (A) at p. 736), it is my view that the proved facts
clearly and sufficiently establish that the appellant had
the necessary intention to possess.

As...../8

As to (c): Although counsel suggested certain possible reasons, unrelated to guilt on the part of the appellant, for his failure to testify, it seems to me that the most probable explanation for his failure so to do is that he knew that he was guilty.

For the reasons aforestated it is my view that a prima facie case, calling for an answer, was established, and that the appellant's failure to testify was a factor that was properly taken into account by the Magistrate in deciding whether he was in fact guilty. I can therefore see no prospects of success on the merits in so far as the conviction is concerned.

I come now to the sentence. Counsel for the appellant contended that the Magistrate, in determining what sentence to impose, misdirected himself in certain material respects, and he contended further that the sentence imposed is, regard being had to all the circumstances of the case, so severe that it induces a sense of shock.

With regard to the firstmentioned aspect, counsel argued that the Magistrate erroneously considered that the appellant was dealing in dagga and took that consideration into account, and, secondly, that the Magistrate found, without sufficient reason, that the appellant had influenced his co-accused, the youth Govender.

I cannot agree with counsel's submission that the Magistrate had misdirected himself in any of the respects alleged. In this regard I held the same view as that expressed by JAMES, J.P., in the following passage in the judgment of the Court a quo:

"The Magistrate also said that the appellant's conduct had had a tendency to deprave others and that sight should not be lost of the fact that the second accused was only 16 years of age. This finding of the magistrate was heavily criticised by Mr. Penzhorn, but it seems to me clear that if it was the appellant who in fact placed the dagga underneath the tin then it was only because of his imparting this knowledge to accused No. 2 that induced accused No. 2 to go to the tin and get a supply of dagga for the man in the Green truck. It seems to me therefore that the magistrate

was...../10

was justified in saying that the appellant's conduct had had the tendency to deprave the second accused.

The magistrate said further that the appellant's conduct was tantamount to dealing. The dagga was hidden and supplied in a public place and he regarded this as an aggravating factor. I can find no fault with the magistrate's reasoning on this matter. It seems to me that the definition of 'dealing' in section 1 of the Act might well be wide enough to cover the conduct of the appellant because 'deal in' is defined as including performing any act in connection with, amongst other things, the supply of dagga, and there does seem to be some ground for suggesting that in this case the appellant's conduct must have been very close to supplying dagga from underneath the tin even though there was no evidence that money passed in the transaction."

With regard to the second aspect, the alleged severity of the sentence, counsel submitted that the Magistrate should have found that there were circumstances justifying the imposition of a sentence of imprisonment of less than two years. (Section 7 of Act 41 of 1971). In this regard counsel stressed the following factors:

- (1) That the appellant was a young man, 22 years of age.

(ii) That he was in regular employment.

(iii) That the quantity of dagga (17 grams) was relatively small.

In the alternative, it was submitted that, even if the Magistrate was correct in finding that there were no circumstances such as envisaged by section 7, he should still have considered suspending a portion of the prescribed minimum sentence of 2 years.

On a proper consideration of the matter, I cannot see that there is any ground for interfering with the Magistrate's exercise of ^{the} discretion conferred on him by section 7 of the Act or with the exercise by him of the discretion as to whether or not to suspend any part of the prescribed minimum sentence. Nor do I find, regard being had to all the circumstances of the case and the particular circumstances of the appellant, that the sentence induces a sense of shock or, as the test is sometimes stated to be, that there is a striking disparity between the

sentence...../12

sentence imposed and that which this Court, sitting as a court of first instance, would have imposed. (S. v.

Anderson 1964 (3) S.A. 494 at p. 495). There is accordingly, in my view, no prospect of success in so far as the appeal against the sentence is concerned.

For the reasons aforestated the application for condonation cannot succeed, with the result that the appeal falls away.

The application for condonation is refused.

G. v.R. MULLER, J.A.

JANSEN, J.A.)
) CONCUR
MULLER, A.J.A.)

IN THE SUPREME COURT OF SOUTH AFRICA
(APPELLATE DIVISION)

In the matter between:

RONALD LEVITT Appellant

and

THE STATE Respondent

Coram: Wessels, De Villiers, J.J.A., et Kotzé, A.J.A.

Heard: 13 May 1976

Delivered: 2 June 1976

J U D G M E N T

WESSELS, J.A.:

This matter originated in the regional court, Port Elizabeth. Appellant was charged on 10 counts, namely, two of theft, two of contravening provisions of the Insolvency Act (No. 24 of 1936), five of contravening provisions of the Companies Act (No. 46 of 1926) and one of contravening a provision of the Magistrates' Courts Act (No. 32 of 1944).....2/

(No. 32 of 1944). He was acquitted on three counts, and convicted on the remaining counts. An appeal was noted to the Eastern Cape Division, but was only pursued in respect of the conviction on three counts (i.e., counts 2, 4 and 7). The appeal against the conviction and sentence on count 4 was allowed; that against counts 2 and 7 was dismissed. The Eastern Cape Division granted appellant's application for leave to appeal to this Court against its judgment dismissing the appeal against the conviction on counts 2 and 7.

In so far as count 2 is concerned, the charge sheet reads as follows:

"THAT the accused is guilty of contravening section 132(6) of Act 24 of 1935 as amended:
IN THAT
WHILEAS the estate of the accused was provisionally sequestered by the PORT ELIZABETH Circuit Local Division of the Supreme Court of South Africa on the 1st day of MAY, 1973:

AND WHEREAS.....3/

AND REMAINS the estate was finally sequestrated by the said Division of the Supreme Court of South Africa on the 5th of JUNE, 1973.

THE FACT

On or about the 12th NOVEMBER, 1971 and prior to the sequestration of his estate, and at or near PORT ELIZABETH in the District of PORT ELIZABETH and in the Regional Division of PORT GARD, the said accused, being an insolvent, did wrongfully and otherwise than in the ordinary course of business, remove or make a disposition of assets to wit, a 1971 FORD MOTOR to T.D. MURPHY or did wrongfully permit such removal or disposition, such removal or disposition having prejudiced or having been calculated to prejudice creditors of the accused."

For the purpose of sentence, counts 2 and 3 were taken together. The sentence imposed by the regional magistrate was one of four months imprisonment, the whole period being conditionally suspended for three years.

In as far as count 7 is concerned, the charge sheet reads as follows:

"That the accused..... ..4/

"**THAT** the accused is guilty of contravening section 93 of Act 63 of 1923 as amended. **IN THAT** the accused being a director of **TRIVELE (LTD)**^{LTD} (a company in terms of Act 63 of 1923 as amended and hereinafter referred to as the Company) during the period 15th AUGUST 1972 to 1st MAY, 1973 and in **FOUR** **DECREES** in the District of **FOUR** **DECREES** and in the **PROSECUTION DIVISION** OF **THE** **COURT** the said accused did wrongfully and unlawfully fail to keep in one of the official languages of the Republic such books of account as are necessary to exhibit a true and fair view of the state of the Company's affairs, and explain the transactions and financial position of the trade or business of the Company, including books showing the assets and liabilities of the company and books containing entries from day to day in sufficient detail of all cash received and cash paid, statements of the annual stocktakings and of all goods sold and purchased, showing the goods and the buyers and sellers thereof in sufficient detail to enable the nature of these goods and these buyers and sellers to be identified."

In respect of this count, appellant was sentenced to a
fine of £40 or twenty days imprisonment.

In passing.....5/

In passing, it is to be noted that section 22(1) imposes an obligation on a company to keep books of account. Failure to comply with this provision renders the company liable to prosecution in terms of section 22(3). In terms of sub-section (3) a director commits an offence only if he "is aware of such failure" or if he "has failed to take all reasonable steps to secure compliance by the company with the provisions of sub-section (1)". In prosecuting a director, regard should be had to the provisions of sub-section (3) in formulating the charge. No objection was, however, taken at any stage to the formulation of the charge in question, and I make no further mention of it.

I propose dealing, firstly, with the appeal relating to count 2. It is to be inferred from the judgment of the regional magistrate that the count removed or disposed of was the motor vehicle referred to in the charge

sheet, i.e.,.....C/

about, i.e., the Peugeot motorcar. In dismissing the appeal, the Court quoad held that it had been proved that appellant had passed his "rights under the hire-purchase agreement to his wife, and ownership of the car itself when the instalments were paid on it".

The relevant background facts are either common cause or not disputed. Appellant and his wife (W.D. Levitt) were married out of community of property. On 16 November 1971, Salesman Motors (Pty) Ltd. and appellant entered into a written hire-purchase agreement in terms of which the former sold to the latter a Peugeot motor vehicle for a total purchase price of R3 023,17 (this included finance charges of R309,33 and an amount of R13,03 in respect of licence fees, third party insurance and number plates). A Ford Cortina motor vehicle, then owned by appellant's wife, was delivered to the seller as a trade-in, being valued for that purpose at R1 100. The balance of the purchase price (R1 023,17) was payable.....7/

was payable in monthly instalments over a period of 24 months, the first instalment being payable on 1 December 1971. Clause 3 of the agreement reads as follows:

" Ownership in the said Goods shall remain vested in the Owner until the purchase price mentioned in the said schedule has been paid together with any interest or other amounts which may become payable by the Purchaser hereunder, but provided the Purchaser shall observe and perform all the terms and conditions hereof and upon payment to the Owner of all amounts and any interest payable under this Agreement the Purchaser shall then become the owner of the said vehicle; and until the Purchaser becomes the owner the registration certificate in respect of the vehicle issued to him by the registering authority shall be lodged with and retained by the Owner."

(In the agreement in question the seller is referred to as "owner")

Clause 11(a).....6/

Clause 11(a) of the agreement reads as follows:

"The Purchaser undertakes that he will:
(a) Keep the Goods in his own possession and control, and free of any lien, and charge, and will not without the previous consent in writing of the Owner, attempt or purport to sell, let, loan, pledge transfer, or part with the possession of the Goods or the benefit of or interest in this Agreement."

Clause 12 provides, inter alia, that if the purchaser fails to make punctual payment of instalments or commits an act of insolvency, the seller may terminate the agreement and retake possession of the motor vehicle.

In terms of clause 13 the agreement "is personal to the Purchaser and is not assignable by him".

The Peugeot was registered in the name of appellant's wife. It is by no means certain on what date registration was effected. The necessary documents were, however, signed by the seller and appellant's wife on 12 November, 1971. The documents are those referred to in section 42

of.....9/

of the Road Traffic Ordinance, L.O. 21 of 1933 (Capo).

Appellant's wife signed as the "New Owner".

Mr. W.D. Austin, credit manager of Calceon Motors (Pty) Ltd., gave evidence on behalf of the State at the trial. He was asked how it came about that the Peugeot was registered in the name of Mrs. Levitt. He stated that a salesman, Mr. T. Abernethy, was "responsible" for the form the registration took. Under cross-examination,

Mr. Austin testified as follows:

" And the position is really this, that it makes no difference to your company whatsoever, in whose name this vehicle is registered for the purposes of the Road Traffic Ordinance, is that correct? -- That is right.

Your rights are covered by your hire-purchase Agreement and you are only concerned with the hire-purchase agreement, is that right? -- That is right.

And whether it is registered in Mrs. Levitt's name or Mr. Levitt's name, or anybody else's name, it is totally irrelevant for the purposes of your contract with Mr. Levitt. Is that right? -- Right.

You can always.....10/

You can always attach the vehicle and exercise your right in terms of that agreement? Your ownership remains, and in fact, after insolvency, your ownership still remains, is it not? -- That is right."

Mr. Abernethy was not called to explain in that circumstances the Peugeot car to be registered in Mrs. Levitt's name.

Mr. H.L. Patterson, the trustee in the appellant's insolvent estate, gave evidence at the trial. In the course of his evidence he stated that after appellant's sequestration he visited him at his place of business. He asked him about the Peugeot motorcar, whereupon appellant stated that it was "his wife's car". He also stated that after appellant's sequestration Messrs. Motors represented the Peugeot and sold it. Out of the proceeds of the sale they discharged the amount owing to the company under the hire-purchase agreement and

gave him.....11/

case file (the witness) a copy for the balance (approx-

imately 1933), which he paid into the local bank account.

banking account, before cross-examination he corrected

that that applicant had said was that the money was

registered in his wife's name.

Mr. D.J. Sharp, a deputy-registered, stated that when

he spoke to applicant about the money, the latter said

that it was registered in his wife's name (applicant) and he

referred to the wife's name.

The applicant was interviewed by the witness at a

meeting of creditors in terms of the provisions of the

Act (No. 25 of 1933). A copy

of the evidence given there was handed in at the trial.

Applicant testified as follows in regard to the case-

that of the money.

For have for.....12/

* You have got a motor-car under Hire Purchase to Latham Motors. Is that correct? -- Yes.

What kind of motorcar is it? -- A 1971 Peugeot, 404.

Now, is that the motorcar that was standing outside your business premises when I first made your acquaintance? -- That is the car.

It is a blue one? -- It is a blue one.

And do you recall me asking you the name of the motorcar? -- Yes.

And what answer did you give me? -- That the car was registered in the name of my wife.

Was that a truthful statement? -- Yes, Mr. Patterson, it is registered in the name of my wife. I subsequently ascertained that the H.P. agreement was made out in my name.

Is actually it is your asset? -- Actually it is my asset. I have shown you the registration papers.

Yes, I know. But the information you gave me first of all, I think you told me that the motor car belonged to Govil? -- No, Mr. Patterson.

Did you tell me it belonged to your wife? -- I said Govil paid the instalments of the car.

But this is in fact, although the car is registered in your wife's name, you actually bought it? -- Yes.

The Hire Purchase is in your name? -- The H.P. Agreement is in my name.

So, therefore, this car must be recovered into your insolvent estate? -- Yes."

Appellant was not questioned in regard to the reason why the Doggett was registered in his wife's name.

It was common cause that appellant was provisionally sequestered on 1 May 1973 and finally on 3 June 1973.

After the State had closed its case, the appellant's case was closed without any evidence being led on his behalf.

Before considering counsel's submissions on appeal before this Court, it is necessary to refer to certain further particulars furnished by the State in respect of count 3. From these further particulars it appears that it was the State's case that the "removal" or "disposition" was effected by the registration of the Doggett in the name of appellant's wife. It was, further, stated that the "reason" for such registration was not known to the State, i.e., that it was not known whether the registration was pursuant to an agreement of sale, loan, lease or donation between appellant and his wife.

Although.....16/

Although the charge, as formulated, does not in terms make such an overtone, it is clear from the provisions of section 132(d) of the Insolvency Act that the offence is committed by an accused when the removal or disposition relates to an asset "in his estate".

In terms of section 2 of the Insolvency Act, "disposition" means "any transfer or abandonment of rights to property and includes a sale, lease, mortgage, pledge, delivery, payment, release, compromise or any contract therefor....." The word "property" means "movable or immovable property.....and includes contingent interests in property....."

The word "removal" is not defined in the Act. In the context in which the word is used in section 132(d), I am of the opinion that it means the act of taking away entirely or of conveying or shifting an asset to another place (see Shorter Oxford English Dictionary, O.V. "removal"). It appears to be notionally impossible to remove

an incorporeal asset, except possibly in the sense of removing the written instrument evidencing the rights constituting the asset in the estate.

The reliance placed by the State on the fact that the Peugeot was registered in the name of appellant's wife, makes it necessary to refer briefly to certain provisions of the Road Traffic Ordinance, No. 21 of 1966 (Cape). In so far as it is material hereto, the word "owner" is defined as follows in section 1 (unless the context otherwise indicates):

"owner", in relation to a vehicle, includes -

(a) a joint or part owner of that vehicle,
or

(b) a person having possession of that vehicle by virtue of a hire-purchase or suspensive sale agreement.....
but does not include the seller or lessor under any such agreement....."

It will be noted that in paragraph (a) the reference is to ordinary common law ownership.

In my opinion, the registration of the Peugeot in the name of appellant's wife was in conflict with the provisions of section 42(2) of the Ordinance. On the evidence

placed before.....16/

placed before the regional magistrate, the Peugeot ought to have been registered in appellant's name. He had "possession" of the vehicle "by virtue of a hire-purchase agreement" and was, therefore, the owner thereof for the purposes of section 42(2). In any event the registration of the vehicle in the name of appellant's wife was a transaction devoid of any legal consequences whatsoever both in so far as the ownership of the Peugeot was concerned and also in respect of the transfer of appellant's contingent rights in terms of the hire-purchase agreement. Except for the purposes of registration of the Peugeot, appellant was not the owner thereof. He was, therefore, not in a position to make any disposition in the sense of transferring ownership from him to his wife. At all material times the ownership of the Peugeot remained vested in the seller, Malcomess Motors. Furthermore, appellant required the written consent of Malcomess Motors to the cession of.....17/

cession of his contingent rights under the hire-purchase agreement to his wife. There is no evidence that such a cession was ever effected. In my opinion, therefore, it was not proved that appellant had made any disposition of his contingent rights under the hire-purchase agreement to his wife. It follows that it was not proved beyond any reasonable doubt that appellant was guilty of contravening the provisions of section 132(d) of the Insolvency Act.

In my opinion, there is no real substance in the appeal against appellant's conviction on count 7. Despite the somewhat inept formulation of the charge, to which I have referred to above, the appellant was not, in my opinion, prejudiced in any manner by the failure to make specific reference in the charge to the relevant provisions of section 90(3) of the Companies Act. The company in question, Tivel (Pty) Ltd., was incorporated on 8 April 1972. A week later, appellant and his wife were appointed as directors. On 16 May 1973, i.e., shortly after the
provisional.....10/

provisional sequestration of his estate, appellant resigned as a director. He was thereafter employed as manager of the company. Max Finn and Partners, a firm of chartered accountants, were appointed as auditors. A partner in the firm, Mr. S. Isaacson, gave evidence at the trial. In his evidence-in-chief he testified as follows:

"PROSECUTOR: Your Worship, this will be Count 7.

(TO WITNESS): According to the minute book, and books in your possession, or any other information you may have obtained as an auditor of the company, do you know whether this company traded at all? Tivel (Proprietary Limited)? — I believe it has traded because as I mentioned, I subsequently did a set of books.

From when? -- The books had been written up from the beginning of 1973.

The beginning of 1973? -- If I say the beginning, it might have been January, or February, or March, I am not quite sure."

Isaacson was cross-examined as follows:

"CROSS-EXAMINATION BY DEFENCE: Mr. Isaacson, the books have in fact now been written up, is that right? -- Yes.

They are all..... 19/

They are all with you and they are all in order, is that correct? -- Well, I have not completed my audit, so I would not know whether they are in order but they have been written up.

But they appear to be in order? -- They do appear to be in order."

It is clear from appellant's evidence given during his interrogation at a meeting of creditors that he was at all material times aware of the fact that books of account were not being kept. Isaacson's evidence, which was not challenged in cross-examination, proves that the company had commenced trading at a time when appellant was a director. In my opinion, therefore, appellant was rightly convicted on count 7.

Having regard to this Court's approach to the appeal relating to count 2, it is not necessary to deal with a point taken in limine by counsel appearing for the State, namely, that on appeal before this Court appellant should be restricted to the grounds of appeal relied upon by him

in the application.....20/

in the application to the Court a quo for leave to appeal to this Court.

As I have already pointed out, counts 2 and 3 were taken together for purposes of sentence. The appeal succeeds in so far as count 2 is concerned. There is no appeal before this Court in regard to count 3. It is necessary to effect a consequential amendment to the sentence of four months imprisonment imposed in respect of counts 2 and 3. The reference in the sentence to count 2 is to be deleted. In so far as count 3 is concerned, it is to be recorded that the sentence is to be one of imprisonment for a period of one month. The condition of suspension is to be altered by deleting the reference to section 132(d) of Act 24 of 1936.

In the result, the appeal succeeds in so far as count 2 is concerned, and the conviction and sentence on that count are set aside. In respect of count 7, the appeal is dismissed.

F.J. WESSIE, J.A.

De Villiers, J.A.)
Kotzé, A.J.A.) concur.