IN DIE HOOGSTE HOF VAN APPèL VAN SUID-AFRIKA

RAPPORTEERBAAR

SAAKNOMMER: 460/04

In die saak tussen:

SHOPRITE CHECKERS (EDMS) BPK

APPELLANT

en

L J J GROBBELAAR **1STE RESPONDENT**

D J M HEYNS **2DE RESPONDENT**

P C WELGEMOED **3DE RESPONDENT**

Coram: **HOWIE P, ZULMAN, NUGENT, MLAMBO ARR en COMBRINCK Wnd AR**

VERHOOR: **13 SEPTEMBER 2005**

GELEWER: **26 SEPTEMBER 2005**

OPSOMMING:

Maatskappyereg – onnodig om te voldoen aan a 228 van Maatskappyewet waar alleenaandeelhouer toestem tot verkoop van maatskappy se bates – oordraagbaarheid van regte in handelsinperkingsooreenkoms.

UITSPRAAK

COMBRINCK Wnd AR:

[1] Hierdie is ‘n appèl teen ‘n bevel van absolusie met koste ten gunste van die drie respondente, (verweerders in die hof *a quo*) na afloop van die appellant (eiser) se saak. Die appèl dien voor ons met verlof van hierdie Hof.

[2] Die appellant het die respondente gedagvaar in die Kaapse Hooggereshof vir skadevergoeding ten bedrae van R8 625 339. Die eisoorsaak is gegrond op die verbreking van ‘n ooreenkoms ter inperking van handelsvryheid wat elk van die respondente geteken het. Ek sal later terugkeer en meer breedvoerig met die besonderhede van vordering en die verweerskrifte handel. Ten einde die pleitstukke te verstaan sal dit dienstig wees om eers die feitelike agtergrond kortliks te skets. Wat volg was gemene saak tussen die partye.

[3] Die eerste respondent was ‘n aandeelhouer en besturende direkteur van twee maatskappye bekend as Sentra Koop Handelaars Bpk (‘Sentra’) en Megasave (Edms) Bpk (‘Megasave’). Die tweede verweerder was ‘n aandeelhouer en direkteur en die derde respondent ‘n diensnemer van gemelde maatskappye.

Op 23 November 1995 koop Shoprite Checkers (Edms) Bpk (‘SCEB’) die besigheid van die twee maatskappye vir ‘n koopsom van R21 miljoen. Die drie respondente tree in diens van SCEB maar behartig steeds die besigheid van die twee maatskappye. Die besigheid van die maatskappye was die van aankooporganisasies, die een vir groothandelaars (Megasave) en die ander (Sentra) vir kleinhandelaars. ‘n Aankooporganisasie werk so:

(i) die maatskappy tree op as makelaar tussen die voorsiener en die handelaar wat dan ook ‘n lid word van die aankooporganisasie (AO).

(ii) die AO onderhandel pryse met die voorsiener namens sy lede en die lede is dan geregtig om teen daardie pryse te koop. Die uiteindelike transaksie is tussen die lid en die voorsiener.

(iii) die AO aanvaar die kredietrisiko en betaal die voorsiener, terwyl die lid die AO betaal.

(iv) die AO verdien sy inkomste uit rabatte en toelaes deur die voorsiener wat gekoppel is aan die waarde van die transaksie. ‘n Gedeelte van die rabatte en toelaes word ook aan die lede toegeken.

[4] Die koop van die besigheid van Megasave en Sentra was onderhewig aan ondertekening deur die drie respondente van ‘n skriftelike ooreenkoms ter inperking van hul handelsvryheid. Op 10 April 1996 het hulle wel sodanige ooreenkoms ten gunste van SCEB geteken. Die beperking wat mededinging met SCEB verbied het, was in die geval van eerste en tweede respondent vir ‘n tydperk van 36 maande en in die geval van derde respondent, 24 maande. Die gebied was die Republiek van Suid-Afrika en Namibië. As teenprestasie het eerste en tweede respondente elk R1,1 miljoen ontvang en die derde respondent R500 000.
Op 30 April 1997 bedank tweede respondent uit die diens van SCEB gevolg deur die derde respondent op 30 April 1998 en die eerste respondent op 31 Mei 1998.

[5] Intussen het die volgende gebeur met die Shoprite Checkers Groep van

maatskappye waarvan SCEB een was:

(i) Op 31 Oktober 1997 koop Shoprite Holdings Bpk (‘Holdings’) al die aandele in OK Bazaars (1929) Bpk van Suid-Afrikaanse Broueryе Bpk, en OK Bazaars word ‘n volfiliaal van Shoprite Holdings en aldus ‘n lid van die Shoprite Groep.

(ii) Ten einde gebruik te maak van ‘n opgehoopte belastingverlies in OK Bazaars (1929) Bpk onderneem die Shoprite Groep in Augustus 1998 ‘n reorganisasie of rasionalisasieskema ingevolge waarvan ondermeer die besigheid, bates en regte van SCEB en die ander maatskappye in die groep met terugwerkende krag tot 1 November 1997 aan OK Bazaars (1929) Bpk verkoop is.

(iii) Daarna verander OK Bazaars (1929) Bpk sy naam na Shoprite Checkers Bpk, die appellant in hierdie saak.

(iv) SCEB verander sy naam na OK Bazaars (1998) Bpk.

[6] Die appellant het die respondente gedagvaar uit hoofde daarvan dat hy die regte voortvloeiend uit die handelsbeperkingsooreenkomste vanaf SCEB bekom het.

Die appellant beweer in sy besonderhede van vordering dat hy die gemelde regte vanaf SCEB bekom het:

(i) deurdat na die verkoping van die gemelde onderneming van SCEB aan appellant, appellant besit geneem het van sodanige onderneming met die

gepaardgaande regte en dit as eienaar begin bedryf het; alternatiewelik

(ii) deurdat die gemelde inperkingsooreenkomste ‘n beding ten behoewe van ‘n derde bevat het wat appellant aanvaar het en sodanige aanvaarding aan respondente bekend gemaak het; alternatiewelik

(iii) deurdat SCEB by wyse van skriftelke sessie gedateer 24 September 1999 die regte wat hy kragtens gemelde ooreenkomste verwerf het aan appellant oorgedra het.

Dit was die bewys van (i) en/of (iii) hierbo wat op die pleitstukke en by die verhoor die hoof geskilpunt tussen die partye was en waarop die hof *a quo* uiteindelik absolusie aan die respondente toegestaan het.

Die appellant het voorts in sy besonderhede van vordering beweer dat die respondente kontrakbreuk gepleeg het deur betrokke te raak in mededingende aktiwiteite, vertroulike inligting te openbaar en die stigting van ‘n maatskappy bewerkstellig het wat in mededinging met appellant besigheid sou dryf. As gevolg van hierdie handelinge, so is beweer, het elf kliënte (wat by name genoem is) hulle verbintenis met Megasave en Sentra en dus met appellant beëindig. Die verlies aan inkomste wat die appellant as gevolg van die bedanking van die gemelde kliënte verloor het, is die appellant se gelede skade.

Respondente se verweer het neergekom in die breë op ‘n algemene ontkenning van al die wesentlike elemente van die appellant se skuldoorsaak.

[7] By die verhoor en voor ons, was daar drie geskilpunte vir beregting,

naamlik:

(i) het die appellant *locus standi in iudicio* in die sin dat hy die regte en die inperkingsooreenkomste bekom het;

(ii) het die respondente kontrakbreuk gepleeg en

(iii) was daar ‘n kousale verband tussen die kontrakbreuk en die gelede skade?

Die quantum van appellant se skade was ook in geskil maar ‘n bevel in terme van Reël 33(4) van die Hoërhof reëls is gemaak ingevolge waarvan dié geskilpunt geskei is van die ander en oorstaan vir latere beregting, indien nodig.

[8] Na afloop van appellant se saak (wat 29 dae geduur het en, met dokumentêre bewysstukke, 48 volumes in beslag geneem het) het respondente se advokaat aansoek gedoen om absolusie op grond daarvan dat die appellant nie daarin geslaag het om enige een van die drie geskilpunte op ‘n *prima facie* vlak te bewys nie.

Die geleerde Regter in die hof *a quo* (Van der Westhuizen WR) het die respondente gelyk gegee op die *locus standi* punt en dit dus nie nodig gevind om te handel met die ander gronde nie.

Die bevinding van die verhoorhof, bondig gestel, was dat aangesien SCEB ingevolge die koopooreenkoms van 28 Augustus 1998 al sy bates vervreem het hy beide van regsweë en uit hoofde van die geskrewe ooreenkoms die bepalings van a 228 van die Maatskappye Wet 61 van 1973 moes nakom alvorens hy enige regte kon bekom. Daar is geen getuienis dat hy dit gedoen het nie. Die kontrak

waarvandaan die regte tot die inperkingsooreenkomste oorgedra is en in die appellant sou setel, was van geen regskrag en kon nie teen enige derdes afgedwing word nie.

In die uitspraak is die bevinding so opgesom:

'[37] Ek het onder die omstandighede tot die gevolgtrekking gekom dat die bepalings van artikel 228 van die Maatskappywet en die spesifieke bepalings in die koopkontrak van 28 Augustus 1998 'n noodsaaklke voorvereiste is wat behoorlik nagekom moes word voordat enige regte teen verweerders uit hoofde van die inperkingsooreenkomste vanaf SCEB, op eiser kon oorgegaan het. Weens 'n gebrek aan getuienis dat artikel 228 behoorlik nagekom is kan ek nie 'n bevinding maak dat enige regte òf vanweë die koopkontrak van 28 Augustus 1998, òf vanweë die sessie van 24 September 1999 op eiser oorgegaan het nie. Die sessie was, soos reeds hierbo genoem, niks meer as 'n *pactum adjectum* tot die koopkontrak nie.'

[9] Artikel 228 lees as volg:

'228 Vervreemding van onderneming of grootste deel van bate van maatskappy

(1) Ondanks enigiets vervat in sy akte of statute, is die direkteure van 'n maatskappy nie bevoeg om sonder goedkeuring van 'n algemene vergadering van die maatskappy –

(a) die geheel of wesenlik die geheel van die onderneming van die maatskappy; of

(b) die geheel of the grootste deel van die bate van die maatskappy,

te vervreem nie.

(2) Geen besluit van die maatskappy ter goedkeuring van so 'n vervreemding is van krag tensy dit die besondere transaksie uitdruklik magtig of bekragtig nie.

(3) Die vereistes in hierdie artikel voorgeskryf ten opsigte van transaksies wat binne die bepalings van subartikel (1) val, is bykomend tot enige ander vereistes met betrekking tot sodanige transaksies, met inbegrip van die beperking op stemregte, wat deur die Paneel oor

Sekuriteiteregulering ingevolge artikel 440C of ingevolge enige ander wet opgelê mag word.'

Die koopkontrak tussen SCEB en appellant het 'n opskortende voorwaarde bevat wat dit onderhewig gemaak het aan nakoming van die bepalings van a 228. Dit is gemene saak dat daar geen getuienis was dat daar wel 'n formele besluit by 'n algemene vergadering soos vereis deur a 228 geneem is nie.

[10] Daar is veel gewag gemaak deur appellant beide in die hof *a quo* en in hierdie Hof dat nie-nakoming van die bepalings van gemelde artikel nooit deur respondent geopper is in hul pleitstukke, geen blootlegging van sodanige besluit versoek is en geen vrae in kruisverhoor aan enige getuie oor hierdie aspek gevra is nie. Dit was vir die eerste keer in respondente se advokaat se slotbetoog by die absolusie aansoek wat die punt spesifiek ter berde gebring is. Die appellant het aangevoer dat respondente verplig was om hulle verweerskrifte te wysig om die verweer in geskil te plaas waarop appellant kon repliseer en getuienis lewer van afstanddoening, eenparige toestemming en/of rektifikasie.

[11] Ek vind dit onnodig om op die vraagstukke in te gaan aangesien daar myns insiens op die getuienis minstens *prima facie* bewys was dat Holdings die alleenaandeelhouer van SCEB was en dat hy die koopkontrak goedgekeur het. Hy was immers 'n party tot die kontrak. Dit is nie nodig vir 'n alleenaandeelhouer om 'n formele vergadering te belê ten einde te voldoen aan art 228 nie. In *Gholke & Schneider v Westies Minerale Bpk* 1970 (2) SA 685 (AD) te 693 E nadat hy bevind het dat die leerstuk van eenparige toestemming (unanimous consent) deel

is van ons reg, het Trollip AR die volgende gesê:

'After all, the holding of a general meeting is only the formal machinery for securing the assent of numbers or the required majority of them, and, if the assent of all the members is otherwise obtained, why should that not be just as effective?'

Dieselfde vraag kan hier gestel word. Indien die alleenaandeelhouer 'n party is tot die vervreemdingskontrak waarom moet hy nog 'n formele vergadering met homself belê om die verkoping goed te keur?

[12] Die bewys dat Holdings die alleenaandeelhouer van SCEB is, is te vinde in die koopooreenkoms self. Die aanvang van die ooreenkoms onder die opskrif 'Recordal' boekstaaf die volgende:

'A. HOLDINGS as the holding company and the SELLERS as its subsidiaries collectively carry on as a group the Shoprite Checkers business ("SC Business") throughout the Republic of South Africa and beyond its borders in Southern Africa.

B. HOLDINGS acquired from The South African Breweries Limited the latter's entire shareholder's interest in and loan claims against the PURCHASER and Retail Holdings (Botswana) (Pty) Limited and HOLDINGS thereby acquired full control over the entire OK Bazaars Business, with effect from 1 November 1997.

C. The main objective of HOLDINGS with the acquisition of the OK Bazaars Business was to expand its South African trading base, ie. Achieve growth through acquisition, to utilize existing synergies between the two groups while gaining access to business lines which were not previously conducted by the Shoprite Checkers group of companies, to stabilize the market through control over a previously volatile participant, and to apply its proven management skills to the loss making OK Bazaars Group.'

Een van die 'sellers' wat beskryf word as 'n 'subsidiary' is SCEB.

[13] Die bewoording van die opskortende voorwaarde in die koopkontrak is ook bewys van die feit dat Holdings alleenaandeelhouer van SCEB was. Die voorwaarde lees as volg:

‘3.1.2 it is a condition precedent for the sale of the above subject matter by SELLER NO 1 that a shareholder’s resolution in terms of section 228 of the Companies Act be taken by HOLDINGS.’

(‘Seller no 1’ in die ooreenkoms was SCEB.)

Die bepaling dat slegs Holdings die besluit moes neem gekoppel aan die feit dat Holdings in die ‘Recordal’ beskryf word as die houermaatskappy en die verkopers (ingeslote SCEB) as filiale kan alleenlik beteken dat Holdings die alleenaandeelhouer was. Ten minste beteken dit *prima facie* dat Holdings die alleenaandeelhouer was. Ook uit die getuienis van Mnre Goosen en Van Zyl, direkteure van SCEB en Holdings, wat verduidelik het hoe die rasionalisasieskema beplan is, is dit duidelik af te lei dat SCEB ‘n volfiliaal van Holdings was.

Daar kan ook aanvaar word dat die partye stilswyend ooreengekom het om nie aan te dring op nakoming van die opskortende voorwaarde in die kontrak. Dit kan afgelei word van hul gedrag. Dit moet onthou word dat hierdie nie ‘n armslengte transaksie was nie. Dit was ‘n inter-maatskappy ooreenkoms ter uitvoering van ‘n rasionalisasieskema. Ek kan buitendien nie insien hoe derdes soos respondente hulle kan beroep op die nie-nakoming van ‘n kontraktuele bepaling waar die partye tot die kontrak nie aandring op nakoming nie.

Dit volg dat die hof *a quo* fouteer het deur absolusie op hierdie grond toe te staan.

(14) Dit is egter nie die einde van die appèl nie. Daar is namens die respondente aangevoer dat absolusie buitendien toegestaan moes gewees het aangesien appellant nie *prima facie* bewys het:

(i) dat hy die regte tot die beperkingsooreenkomste bekom het nie en dat hy sodanige regte voor kontrakbreuk verkry het; alternatiewelik

(ii) dat die respondente kontrakbreuk gepleeg het; alternatiewelik

(iii) dat daar ‘n kousale verband was tussen die kontrakbreuk en die bedanking van die lede.

[15] Ek handel voorts met elk van die betoë. Soos hierbo aangetoon het appellant staatgemaak op die alternatiewe wyses waarop die onderhawige regte op hom oorgegaan het. Ek mag noem dat tydens betoog appellant se advokaat aangedui het dat daar nie meer gesteun word op die *stipulatio alteri* nie.
Die advokaat vir die respondente het aangevoer dat daar op die getuienis geen bewys is van wanneer en hoe die regte oorgegaan het op die appellant nie. Die appellant, so is betoog, moes bewys dat hy die houer van die regte was ten tye van kontrakbreuk en ook ten tye van die skadeveroorsakende gebeurtenis, die bedanking van die elf lede. Anders was daar geen kontrakbreuk vis-à-vis die appellant nie.

[16] Die appellant se saak was dat hy by oorname en bedryf van die besigheid eienaar van die regte geword het. Die regte het aan die besigheid gekleef as deel

van sy werfkrag en dit sou nie saak maak wie besit geneem het nie, die eienaar van die besigheid was ook die eienaar van die regte en kon hulle afdwing.

[17] Al die betoë wentel om hierdie sentrale punt: was die regte persoonlik tot SCEB en dus nie oordraagbaar nie, of was hulle ten gunste van die eienaar van die besigheid wie ookal dit mag wees en dus oordraagbaar met die besigheid.
Die antwoord op hierdie vraag is beslissend van appellant se *locus standi*. Indien die regte aan die besigheid gekleef het, is daar geen problem nie (op die *prima facie* bewysvlak). Die getuienis was dat die kontrakbreuk voortgeduur het vanaf Julie 1998 tot die bedanking van die lede in Februarie 1999. Dit is gemene saak dat voor daardie datum die appellant besit van die besigheid geneem het en dit bedryf het.
Sou die regte slegs SCEB persoonlik toegekom het, is dit moeilik om in te sien hoe deur oordrag hetsy by wyse van sessie hetsy andersins, respondente nou gebonde was om nie met appellant mee te ding nie. Anders gestel, hoe kon die respondente se verpligtinge teenoor SCEB nou omskep word na verpligtinge teenoor appellant?

[18] Die antwoord op die kernvraag is te vinde in die bedoeling van die partye soos dit blyk uit die ooreenkoms en die omliggende feite.

[19] Dieselfde vraag het voor hierdie hof gedien in *Botha and Another v Carapax Shadeports (Pty) Ltd* 1992 (1) SA 202 (AD). In die saak het die

respondent afdwinging van 'n inperkingsooreenkoms geëis. Soos in hierdie saak was die geskilpunt of die inperkingsregte aan die besigheid gekleef het as deel van sy werfkrag of aan die persoon in wie se guns die inperking gegee is. Die twee standpunte word so deur Botha AR gestel:

'If it appears, then, on the facts, that the benefit of a restraint agreement forms part of the goodwill of a business which is sold, and is thus intended to pass to the purchaser, how, in the eyes of the law, is that benefit transferred to the purchaser? What I have been referring to as "the benefit" of an agreement in restraint of trade, pertaining to a business, is, in the eyes of the law, the contractual right to enforce the restraint. It vests in the owner of the business. He is the creditor in respect of it. When he sells the goodwill of the business, the *merx* embraces that contractual right. We have, therefore, a sale of the contractual right, or claim.' (214 B-C)

'There is no fixed or invariable rule by which the benefit of an agreement in restraint of trade passes to the purchaser of the goodwill of a business. For instance, such an agreement may in terms confer a purely personal benefit on the owner of the business only; in such a case, the benefit of it does not enure to the advantage of the business, it is not part of the goodwill, and it will not pass to the purchaser.' **(213 A-B)**

Hy sê dan ook te 213I:

'Ultimately, what one is dealing with here, is an inference of fact as to the intention of the parties.'

[20] Ek wil my nie uitlaat oor waar die waarskynlikhede in verband met die vraag lê nie. Dit is die taak van die verhoorhof nadat al die getuienis aangehoor is. Die appellant het genoegsame *prima facie* getuienis om sy standpunt dat die regte aan die besigheid kleef, voorgelê om absolusie af te weer. Dit volg dat

respondente se betoog op hierdie punt nie kan slaag nie.

[21] Wat oorbly is om te handel met die vraag of daar genoegsame getuienis was van kontrakbreuk en kousaliteit.

Na my mening was daar voldoende getuienis voor die hof op beide die aspekte om absolusie af te weer. Samevattend is die getuienis die volgende:

(i) nadat hulle bedank het, het respondente ‘n vergadering belê by ‘n hotel bekend as Little Switzerland waarheen hulle verskeie van die grootste lede van Megasave en Sentra uitgenooi het. Daar is hulle deur respondente versoek en aangemoedig om as lede van gemelde entiteite te bedank en aan te sluit by ‘n nuwe maatskappy wat die respondente sou stig;

(ii) ongeveer twee weke na die vergadering het respondente aan lede van Megasave ‘n memorandum gestuur waarin die struktuur en funksies van die beoogde nuwe maatskappy uiteengesit is en waarin die lede weereens aangemoedig word om te bedank en by die nuwe organisasie aan te sluit;

(iii) ter uitvoering van die plan het respondente op 8 September 1998 ‘n maatskappy gestig genaamd The Business Exchange Company (Pty) Ltd waarvan ingevolge sy Akte van Oprigting sy hoofdoelstelling was: ‘To act as a buying exchange’;

(iv) die drie respondente was dan ook direkteure van die maatskappy tot en met 17 November 1998 en die eerste en tweede respondent die interim bestuur vanaf die stigtingsdatum;

(v) die respondente het deur maatskappye waarvan hulle direkteure was of waarin hulle aandeelhouding gehad het die nuwe maatskappy befonds.

[22] Dat die optrede van respondente dan ook gelei het tot die bedanking van die elf lede van Megasave en Sentra is ook, na my mening, *prima facie* bewese. Ek volstaan deur daarop te wys dat daar onbetwiste getuienis was dat vier lede wat op 3 Februarie 1999 bedank het en op uiteenlopende plekke soos Ladysmith, Vereeniging, Zeerust en Isipingo besigheid gedoen het, se bedankingsbriewe woord vir woord dieselfde was en almal van die kantore van die Buying Exchange Company se kantore te Johannesburg gefaks is.

[23] Ek bevind dus dat nie een van die gronde deur die respondente aangevoer die toestaan van absolusie sou regverdig het nie.

[24] By die aanhoor van die appèl het appellant by wyse van ‘n substantiewe aansoek verlof gevra om ingevolge a 22 van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959 verdere getuienis voor die verhoorhof aan te voer. Die appellant het blykbaar na die hof *a quo* se bevel ontdek dat daar wel dokumentêre bewys was dat voldoen is aan die bepalings van a 228 van die Maatskappyewet. Gesien die feit dat die a 228 geskilpunt eers by betoog opgeduik het, staan dit die appellant steeds vry om aansoek te doen vir heropening van sy saak, sou hy dit goeddink.

[25] Vir die redes hierbo uiteengesit is absolusie verkeerdelik toegestaan en was die aansoek dus onnodig. Advokaat vir die appellant het ons inderdaad nie gevra

om enige bevel in verband daarmee te maak nie. Die appellant is dus nie op die koste van die aansoek geregtig nie. Trouens daar bestaan geen rede waarom hy nie die respondente se koste moet betaal nie.

[26] Die volgende bevel word dus gemaak:

1. Die appèl slaag met koste. Die koste sluit in die koste van twee advokate maar nie die koste van die aansoek om verdere getuienis aan te voer nie. Die appellant word gelas om die respondente se koste van die aansoek te betaal.

2. Die bevel van die hof *a quo* word ter syde gestel en vervang met die volgende:

‘Die aansoek om absolusie word van die hand gewys.’

3. Die saak word terugverwys na die verhoorhof.

P C COMBRINCK
WAARNEMENDE APPèLREGTER

CONCUR

HOWIE P
ZULMAN JA
NUGENT JA
MLAMBO JA