

Regspraak

MIDDELLIKE AANSPREEKLIKHEID VAN DIE STAAT WEENS MANIPULASIE VAN 'N TENDERPROSES

Minister of Finance v Gore NO 2007 1 SA 111 (HHA)

1 Inleiding

Dit wil voorkom of die stroom gerapporteerde uitsprake oor die gebied van middellike aanspreeklikheid van 'n werkgewer vir die deliktuele skade veroorsaak deur sy werknemer in die loop van laasgenoemde se diensverhouding maar net nie wil afneem nie. Die problematiek verbonde aan hierdie tipe geval van middellike aanspreeklikheid kleef nie soseer aan die eerste twee aanspreeklikheidsvereistes, te wete dat daar 'n werkgewer-werknemer-verhouding moet wees en dat die werknemer 'n onregmatige daad moes gepleeg het nie; dit is by uitstek die derde vereiste, te wete dat die werknemer die eiser se nadeel in die loop van sy werksaamhede *qua* werknemer veroorsaak het (sien veral Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (2006) 360-365; Van der Walt en Midgley *Principles of Delict* (2005) 37-38), wat telkemale problematies in die toepassing daarvan blyk te wees en dus onder die loep geneem word (sien bv die resente uitsprake in *Minister of Safety and Security v Luiters* 2006 4 SA 160 (HHA); *MEC for Public Works, Eastern Cape v Faltein* 2006 5 SA 532 (HHA); *Tsogo Sun Holdings (Pty) Ltd v Qing-He Shan* 2006 6 SA 537 (HHA)).

In die onderhawige geval is dit weer eens die toepassing van die derde vereiste wat die hof se aandag verg, hierdie keer omdat dit blyk dat die betrokke werknemers daarop uit was om hulself op bedrieglike wyse te verryk. In die verlede het dit soms geblyk dat ons howe traag was om te beslis dat 'n werkgewer middellik aanspreeklik gehou behoort te word vir die nadeel wat 'n werknemer op opsetlike wyse veroorsaak het, omdat sodanige werknemer se gedrag nie in ooreenstemming met die sogenaamde “standaardtoets” (sien die klassieke formulering daarvan in *Minister of Police v Rabie* 1986 1 SA 117 (A) 134D-E) aan die werkgewer toegedig kon word nie, eenvoudig weens die feit dat die werknemer uitsluitlik, in suiwer subjektiewe sin, sy eie belang bevorder het en, tweedens, daar objektief gesproke geen verband getrek kon word tussen die skadestigtende gedraging van die werknemer en die uitvoering van sy taak as werknemer nie (wat betref bedrog deur die werknemer, soos in die onderhawige saak, sien *Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council v ABSA Bank Ltd t/a Volkskas Bank* 1997 2 SA 591 (W); *Columbus Joint Venture v ABSA Bank Ltd* 2000 2 SA 491 (W); *Ess Kay Electronics Pte Ltd v First National Bank of Southern Africa Ltd* 2001 1 SA 1214 (HHA); *Minister van Veiligheid en Sekuriteit v Japmoco BK h/a Status Motors* 2002 5 SA 649 (HHA); wat diefstal betref, sien *Fawcett Security Operations (Pvt) Ltd v Omar Enterprises (Pvt) Ltd* 1992 4 SA 425 (ZS); *Hirsch Appliance Specialists v Shield Security Natal (Pty) Ltd* 1992 3 SA 643 (D); *ABSA Bank Ltd v Bond Equipment (Pretoria) (Pty) Ltd* 2001 1 SA 372 (HHA); *Minister van Veiligheid en Sekuriteit v Phoebus Apollo Aviation BK* 2002 5 SA 475 (HHA); *Phoe-*

bus Apollo Aviation CC v Minister of Safety and Security 2003 2 SA 34 (KH); *Commissioner, SARS v TFN Diamond Cutting Works (Pty) Ltd* 2005 5 SA 113 (HHA); vir verdere literatuur sien Neethling, Potgieter en Visser 363 n 138). Soos aanstons sal blyk, het die hoogste hof van appèl in *Minister of Finance v Gore NO* 2007 1 SA 111 (HHA) nie geskroom om die bedrog van staatsamp-tenare ten koste van hul werkgewer te verreken nie. In hierdie opsig vertoon hierdie uitspraak 'n navolgenswaardige neiging.

Nie alleen die kwessie van middellike aanspreeklikheid word in hierdie uit-spraak aangeraak nie, dog ook ander aangeleenthede wat vir die deliktereg van belang is, soos bevrydende verjaring, die vasstelling van feitelike kousaliteit en onregmatigheid.

2 Feite en uitspraak

Die eiser (respondent) het in sy hoedanigheid as likwidateur van 'n maatskappy (3D-ID Systems (Edms) Bpk wat in vingerafdruk-identifikasie-tegnologie ge-spesialiseer het en wat 'n stelsel aan die Wes-Kaapse provinsiale administrasie wou lewer om bedrog in geval van welsynsuitbetalings uit te skakel) die vier verweerders (appellante), in hul hoedanigheid as verteenwoordigers van die nasionale regering en die provinsiale administrasie van die Wes-Kaap, *ex de-licto* vir skadevergoeding aangespreek weens die suiwer ekonomiese verlies wat die maatskappy gely het as gevolg van die nietoekenning van 'n regeringstender aan die maatskappy weens die beweerde bedrieglike optrede van staatsamp-tenare wat by die tenderproses betrokke was. Hierdie amptenare het na bewering die tenderproses op so 'n wyse gemanipuleer dat die tender uiteindelik aan 'n firma (Nisec), waarin hulle belange gehad het, toegeken is. Laasgenoemde firma kon glad nie die mas opkom nie en die tender is uiteindelik gekanselleer. Die verweerders het in die verhoorhof vier verwere teen die eiser se vordering opgewerp, te wete dat—

- (a) die eis verjaar het omdat dit meer as drie jaar na die pleging van die beweerde bedrog ingestel is;
- (b) die verweerders nie middellik aanspreeklik gehou behoort te word weens die bedrog wat die amptenare gepleeg het nie, aangesien laasgenoemde persone se gewraakte optrede nie binne die perke van hul diensbetrekking geval het nie;
- (c) die maatskappy geen verlies gely het nie, omdat dit nie vasstaan dat die tender, by ontstentenis van die amptenare se bedrog, aan hom toegestaan sou gewees het nie; en
- (d) dit beleidsmatig ongewens is dat skadevergoeding verhaal word as gevolg van bedrog wat gedurende 'n openbare tenderproses gepleeg word en dat die eiser dus nie daarin kon slaag om onregmatigheid te bewys nie.

In die Transvaalse hooggeregshof het regter Hartzenberg bevind dat die tender aan Nisec wel as gevolg van die staatsamp-tenare se bedrog toegeken is, soos deur die eiser beweer, en bowendien het hy al vier bovermelde verwere van die hand gewys. In die hoogste hof van appèl het appèlregters Cameron en Brand die uitspraak van die hof *a quo* gehandhaaf.

3 *Evaluasie*

3.1 Inleiding

Grondliggend moes die hoogste hof van appèl tot 'n beslissing oor die meriete van die appellante se saak kom, ten einde uit te maak of kondonasie verleen moet word vir die versuim van hul regsverteenvoerder, die staatsprokureur, om hul stukke tydig in te dien. In hierdie verband druk appèlregters Cameron en Brand hulle heel sterk uit:

“The State Attorney’s explanation for the omissions that led to this is neither coherent nor entirely plausible and he must unavoidably be censured for ineptitude or inattention (or both). These, while pronounced, are, however, not so prodigious that condonation should be refused without regard to the merits of the matter, which we therefore turn to to consider” (115J-116A).

Deur later tot die gevolgtrekking te geraak dat regter Hartzenberg in die hof *a quo* korrek was ten aansien van alle beslissings deur hom gevel en die vooruitsigte van die appellante om die hof op die meriete van die saak tot ander insigte te oortuig uiters skraal was (141E), weier die hoogste hof van appèl om die laat liassing van die appellante se stukke te kondoneer en misluk hulle in wese weens 'n tegniese gebrek in hul saak.

3.2 Eerste verweer: die vordering het verjaar

Nadat die hof vermeld het dat die verjaringstermyn in die onderhawige geval drie jaar is (118G-H; die bron hiervoor, te wete art 11(d) van die Verjaringswet 68 van 1969, word egter verswyg), word artikel 12(3) van die Verjaringswet aangehaal. Dit lui soos volg:

“'n Skuld word nie geag opeisbaar te wees voordat die skuldeiser van die identiteit van die skuldenaar en van die feite waaruit die skuld ontstaan, kennis dra nie: Met dien verstande dat die skuldeiser geag word sodanige kennis te dra indien hy dit deur die beoefening van redelike sorg kon bekom het.”

(Die hof maak daarvan melding dat 'n vervaltermyn van 24 maande, ingevolge a 2(1) van die Wet op die Beperking van Regsgedinge teen sekere Staatsorgane 94 van 1970 ook van toepassing sou kon wees. Vir ons doeleindes is die onderhawige uitspraak egter minder relevant ten aansien van die pasvermelde wet, aangesien dit *in toto* herroep is deur die Wet op die Instel van Regsgedinge teen Sekere Staatsorgane 40 van 2002.)

Namens die appellante is aangevoer dat die eiser se vordering ten tye van instel van die aksie reeds verjaar het, omdat meer as drie jaar sou verloop het sedert die eiser se hoofgetuie, Rabie (wat 'n belang in 3D-ID gehad het), oor genoeg feite beskik het om 'n regsproses teen die verweerders van stapel te stuur. Die hof is van oordeel dat Rabie se kennis die eiser (respondent) toegereken moet word op basis daarvan dat “Rabie conveyed to the liquidator all he knew as he came to know it” (119F). Die hof wys daarop dat dit sonder 'n sweem van twyfel vasstaan dat die bewyslas in die onderhawige tipe geval op die verweerders (appellante) rus om aan te toon wanneer die eiser (respondent) die nodige kennis verwerf het of redelikerwys moes verwerf het (119A-B). Die feite waarop die appellante in hierdie verband gesteun het, sien soos volg daaruit: Op 16 Junie 1994 het die staatstenderraad die tender aan Nisec toegeken; voor einde Julie van dieselfde jaar het 3D-ID besluit om die toekenning teen te staan; in September 1994 het 3D-ID 'n hersieningsprosedure geloods; na

enige prosesse het 3D-ID in Desember 1994 die rekord bekom van die besluitneming insake toekenning van die tender en in Januarie 1995 het 3D-ID 'n Anton Piller-bevel teen sommige van die verweerders aangevra. Al hierdie pogings waarin Rabie 'n aandeel gehad het, het egter onsuksesvol geblyk te wees en in Maart 1995 is selfs 'n strafkostebevel teen 3D-ID toegeken. Ten spyte van al hierdie teëspoed het Rabie, met die vaste oortuiging om die saak verder te voer, 'n klag by die kantoor vir ernstige ekonomiese misdrywe gelê. Laasgenoemde agentskap het die saak verder gevoer. In 1996 het die Wes-Kaapse tenderraad uiteindelik die kontrak met Nisec gekanselleer nadat laasgenoemde, soos reeds vermeld, nie in staat was om na behore te presteer nie. In 1997 het 'n volbank in die Kaapse hoë hof selfs 'n uitspraak gelewer dat daar geen bewyse bestaan dat Nisec sy tender op onbehoorlike wyse bekom het nie. Teen die einde van 1998 het die kantoor vir ernstige ekonomiese misdrywe se ondersoek uiteindelik aan die lig gebring dat van die betrokke staatsamptenare wel bedrieglik opgetree het en die tenderproses gemanipuleer het ten einde Nisec (waarin hulle 'n belang gehad het) te bevoordeel. Kort hierna, in Januarie 1999, het die eiser die verweerders gedagvaar.

Die verweerders het aangevoer dat Rabie reeds gedurende die tweede helfte van 1995 daarvan bewus was dat die betrokke staatsamptenare 3D-ID op bedrieglike wyse ten gunste van Nisec benadeel het. Hulle het veral op twee vroeëre uitsprake van dieselfde hof gesteun: In *Van Staden v Fourie* 1989 3 SA 200 (A) 216B-F het appèlregter Grosskopf beslis dat die loop van bevrydende verjaring nie uitgestel word “totdat die skuldeiser die *volle omvang* van sy regte uitvind het nie” (my kursivering); en in *Nedcor Bank Bpk v Regering van die Republiek van Suid-Afrika* 2001 1 SA 987 (HHA) het appèlregter Schutz beslis dat die eiser bewus was van die *basiese feite* waarop hy sy vordering kon baseer en dat sy versuim om drie jaar lank geen stappe te doen nie, sy vordering laat verjaar het – “A ‘merely speculative possibility’ that facts might later emerge that would lead to the failure of the claim – such being extremely unlikely – afforded no reason not to institute its action” (120 n 3 *in fine*). Hulle het aangetoon dat Rabie sedert Oktober 1994 in verskeie prosesse onder eed verklaar het dat die tenderproses deur bedrog gekontamineer is (120A-B). Op die oog af wil dit voorkom of die verweerders se argument op stewige fondament berus het. Tog wys die regters baie duidelik uit hoe versigtig mens moet wees om nie tot oorhaastige gevolgtrekkings te geraak nie:

“Rabie certainly did cry fraud soon after 3D-ID lost the tender. But what did he know when he did so? The defendant’s argument seems to us to mistake the nature of ‘knowledge’ that is required to trigger the running of prescriptive time. Mere opinion or supposition is not enough: there must be justified, true belief. Belief, on its own, is insufficient. Belief that happens to be true (as Rabie had) is also insufficient. For there to be knowledge, the belief must be *justified*” (120C-D – my kursivering).

Nadat appèlregters Cameron en Brand vervolgens (120E-F) daarop wys dat kennis nie beperk is tot eerstehandse kennis nie, dog ook tot 'n oortuiging of geloof wat afgelei word uit omringende omstandighede, waarsku hulle dat, “[o]n the other hand, mere suspicion not amounting to conviction or belief *justifiably* inferred from attendant circumstances does not amount to knowledge” (120F-121A – my kursivering). Hierdie is 'n baie sterk beklemtoning van hul laaste stelling in die *dictum* wat pas aangehaal is. Die regters stel hierdie selfde punt weer eens op dieselfde bladsy as hulle konstateer dat “[k]nowledge

of a fact can derive from inference, but belief in the fact becomes knowledge only once *justification* for the belief exists” (121G-H – my kursivering).

Dit is dus heel duidelik dat die toets om *kennis* aan die kant van die skuldeiser vir doeleindes van artikel 12(3) vas te stel, suiwer objektief, *ex post facto* is (sien die gebruik van die frase “with hindsight”: 122E). Dit kontrasteer sterk met die toets om vas te stel of die skuldeiser deur die toepassing van redelike sorg sodanige kennis kon verkry het (soos dit in die voorbehoudsbepaling van hierdie subartikel voorkom). Die laasgenoemde toets is selfs meer subjektief as die bekende redelike persoon-toets vir nalatigheid. Met ’n beroep op *Brand v Williams* 1988 3 SA 908 (K) 913G-917A, laat Loubser (*Extinctive Prescription* (1996) 105-106) hom soos volg hieroor uit:

“It appears that reasonable care for the purposes of s 12(3) is not measured by the objective standard of the hypothetical reasonable or prudent person, but rather by the more subjective standard of a reasonable person with the creditor’s characteristics.”

Vir diegene wat in die vervolg met artikel 12(3) moet werk, is daar dus ’n duidelike *caveat*: onderskei mooi tussen die objektiewe toets vir vasstelling van die skuldeiser se *kennis*, en die veel subjektiewer toets vir die vasstelling van die *redelikheid van die stappe* deur hom gedoen ten einde kennis te bekom.

Appèlregters Cameron en Brand verskaf ’n uiters bruikbare, praktiese aanwending van hul beginselstandpunt insake die vasstelling van kennis aan die respondent se kant ten aansien van die feite. Die volgende is naamlik aanduidings dat Rabie se geloof in of suspisie van die staatsamptenare se bedrog alleenstaande nie geregverdig was nie, en dus nie op kennis vir doeleindes van bevrydende verjaring neergekom het nie:

- (a) Rabie se woordgebruik in verskeie beëdigde verklarings, soos “I contend” en “[t]he only reasonable inference that can be drawn . . .” is aanduidend van onafdoende bewyse vir sy stellings (121D-E).
- (b) Die appellante en hul regsvertegenwoordigers het van meet af aan Rabie se beskuldigings hewig ontken en beweer dat dit slegs ongefundeerde beskuldigings, sonder enige feitelike basis was (121I-122A).
- (c) Rabie is gedwing om sy beskuldigings van bedrog in sy aansoek om hersiening, sowel as die Anton Piller-bevel, terug te trek (122B).
- (d) Al die regstappe wat Rabie voor die huidige proses op basis van die staatsamptenare se bedrog gedoen het, het misluk. Daar is selfs ’n strafkostebevel teen hom toegestaan.
- (e) Al het die Wes-Kaapse provinsiale administrasie in 1996 Nisec se tender gekanselleer, deels omdat daar tot die gevolgtrekking gekom is dat bedrog gepleeg is, het die Kaapse volbank in 1997 beslis dat daar nie genoegsame getuienis bestaan het om bedrog te bewys nie.

Die hof sluit sy oorsig van die getuienis af deur sy formulering van die objektiewe toets vir kennis aan die skuldeiser se kant toe te pas op die geheel van gebeure:

“Despite the vehemence of his convictions, the response to Rabie’s claims – including the judicial discountenancing of his attempts to vindicate his views in various court actions – was such that they did not constitute justified belief under the statute. In fact, as plaintiff’s counsel pointed out, with hindsight, it is evident that he was groping in the dark” (122E).

Op 'n gans ander vlak is dit die moeite werd om hierdie uitspraak ook by neregseleerdes as leesstof aan te beveel: dit lewer sprekende bewys dat daar nog steeds baie waarheid steek in die ou wysheid dat die aanhouer wen!

3.3 Tweede verweer: die appellante is nie middellik aanspreeklik nie

Die aangeleentheid wat myns insiens die meeste aandag uit 'n delikteregeopunt verdien, word in 'n kort en bondige twee bladsye afgehandel (122H-124G). Soos te verwagte in die lig van sommige uitsprake wat skietgoed aan hulle verskaf (sien verwysings onder par 1 hierbo) het die appellante aangevoer dat die amptenare te alle tye buite hulle diensverhouding opgetree het. Nadat appèlregters Cameron en Brand 'n lys verskaf het van aangevoerde redes ter stawing van die appellante se verweer, laat hulle hul soos volg uit:

“These aspects underscore the fact that the imposition of vicarious liability on an employer for an employee’s deliberate wrongdoing creates special difficulties, as to both its conceptual basis and the policy justifications underlying it” (123D).

Hulle uitgangspunt is egter heel duidelik: daar bestaan hoegenaamd geen algemene beginsel dat 'n werkgewer nie aanspreeklik gehou kan word vir sy werknemer se opsetlike delik nie. Ongelukkig formuleer die appèlregters hierdie standpunt ietwat vreemd deur te verklaar dat dit handel oor die werknemer se “intentional wrongful conduct that causes the *employer loss*” (123E – my kursivering). Sekerlik bedoel die regters eerder, in plaas van “employer”, iets soos “another”, “a third party”, of iets dergeliks. Indien dit nie die geval sou wees nie, bied hierdie stelling 'n skoolvoorbeeld van 'n *petitio principii* – wat na my oordeel onwaarskynlik is.

Die ingeburgerde “standaardtoets” wat in die *Rabie*-saak (134D-E) in sy klassieke formulering neerslag vind, word vervolgens deur die hof toegepas ten einde vas te stel of die staatsamptenare se bedrieglike handeling binne die perke van hul diensbetrekking geval het (123F-124F). In daardie saak het appèlregter Jansen die toets soos volg geformuleer:

“It seems clear that an act done by a servant solely for his own interests and purposes, although occasioned by his employment, may fall outside the course or scope of his employment, and that in deciding whether an act by the servant does so fall, some reference is to be made to the servant’s intention . . . The test is in this regard subjective. *On the other hand*, if there is *nevertheless* a sufficiently close link between the servant’s acts for his own interests and purposes and the business of his master, the master may *yet* be liable. This is an objective test. And it may be useful to add that . . . ‘a master . . . is liable even for acts which he has not authorized provided that they are so connected with acts which he has authorized that they may rightly be regarded as modes – although improper modes – of doing them . . .’” (my kursivering).

Die hof bevind dat die verhoorregter die spyker op die kop geslaan het deur te beslis dat die verweerders die subjektiewe sowel as die objektiewe komponent van hierdie toets gedruip het (124A). Op die oog af kom dit vreemd voor dat amptenare wat uit gulsigheid en 'n selfverrykingsdrang 'n tenderproses soos die onderhawige gemanipuleer het nog die bedoeling kan hê om hul werkgewer se belange te dien. Die hof wys egter daarop dat, ten spyte van die amptenare se growwe pligsversuim, hulle tog die bedoeling gehad het om die tender toe te ken aan 'n maatskappy wat, volgens hul oordeel, die werk sou kon doen. Twee van die amptenare het inderdaad vir hulle winsgewende toekomstige betrekking by Nisec bewimpel, juis omdat hulle van oordeel moes gewees het dat

daardie maatskappy wel in staat sou wees om die betrokke werk te verrig. Hierdie omstandighede het die regters oortuig dat die staatsamptenare nie die uitsluitlike bedoeling gehad het om “solely for [their] own interests and purposes” (123G) op te tree nie: “The effect of their subjective intentions was thus not wholly self-directed” (124B). . . . “Their subjective intentions are therefore very far from absolving the defendants from liability” (124C).

In die lig van die duidelike formulering van die standaardtoets in die *Rabie*-saak (sien die gekursiveerde woorde in die derde sin uit die aanhaling hierbo) sou mens verwag dat hierdie beslissing waarvolgens die gedraginge van die werknemers in subjektiewe sin as deel van hul diensverhouding beskou kan word, aan die eerste been van die toets vir middellike aanspreeklikheid van die werkgewer voldoen, en daarmee *cadit quaestio*. Trouens, hierdie mening word versterk deur die tipering van die eerste (subjektiewe) been van die toets as suiwer feitelik deur regter O’Regan in die toonaangewende saak van *K v Minister of Safety and Security* 2005 6 SA 419 (KH) 436C, in teenstelling met die tweede (objektiewe) been wat “mixed questions of fact and law” opper (436E; sien Scott 2006 *De Jure* 471 475). Dit kom dus enigsins vreemd voor dat die hof vervolgens, veral met verwysing na die uitspraak van dieselfde hof in *Minister van Veiligheid en Sekuriteit v Japmoco BK h/a Status Motors*, asook die heel resente uitspraak in *Minister of Safety and Security v Luiters* (sien Scott 2006 *De Jure* 689) die optrede van die betrokke staatsamptenare ook aan die objektiewe been van die standaardtoets evalueer en dan bevind dat daar ’n genoegsaam noue verband tussen hulle bedrieglike optrede ter bevordering van hul eie belange en die belange van hul werkgewer bestaan (124F). Waarskynlik is hierdie handelswyse te verklaar as *ex abundante cautela*, dog dit reduceer die hof se uitspraak in hierdie verband tot *obiter dicta* – weliswaar uitermate waardevolle en prysenswaardige sydelingse uitlatings.

Alhoewel die appèlregters hulle nie uitlaat oor die konseptuele basis van die aanspreeklikheid van werkgewers vir die bedrieglike optrede van hul werknemers, wat hulle spesifiek as problematies uitgewys het (sien 123D) nie, lewer hulle wel deeglik ’n bydrae tot ’n beter begrip van die aanwending van die normale beleidsoorwegings (“policy considerations”) wat hierdie tipe middellike aanspreeklikheid mag noop:

“To draw the distinction – admittedly fine – that applied in *Japmoco*, the award of the tender to Nisec was false, but it was not a total fake The closeness of purpose, planning and effect, indicate that all the policy reasons for requiring the employer to bear the burden of its employees’ wrongdoing apply in this case, while no countervailing considerations apply” (124E-F).

’n Oorweging wat baie swaar by die hof geweeg het om te beslis dat daar wel aan die objektiewe been van die standaardtoets voldoen is, is die feit dat ’n volle regbank skaars ’n jaar voordat die ware feite op die lappe gekom het, nog enige aanduidings van gemene spel nadruklik verwerp het, “which serves to show how closely the employees’ actions, though fraudulent, resembled what they were employed to do” (124E).

3.4 Derde verweer: daar bestaan geen feitelike kousale verband tussen die werknemers se gewraakte optrede en die nadeel wat 3D-ID gely het nie. Die hof verwys uit die staanspoor na die feitelike aard van die suiwere kousaliteitsvraag (124H; sien veral Van der Walt en Midgley 198 ev; Neethling, Potgieter en Visser 166 ev; sien ook Boberg I *The Law of Delict: Aquilian*

Liability (1984) 380; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1989) 197, maar voeg 'n interessante opmerking daaraan toe (na aanleiding van Lord Hoffmann se uitspraak in *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd; Fox v Spousal (Midlands) Ltd; Matthews v Associated Portland Cement Manufacturers (1978) Ltd* 2003 1 AC 32; 2002 3 All ER 305 (HL) par 51): “The question of causation, it is often said, is one of fact. But of course . . . this means only that the answer depends on fact. The question itself is formulated by law.” Hierin vind ons moontlik 'n flou weerklank van Van Oosten (1982 *De Jure* 239 256-257) se standpunt dat die *conditio sine qua non*-toets vir feitelike kousaliteit nie slegs 'n feitelike toets is nie, dog ook 'n juridiese toets, aangesien die reg dit as toets sou aanvaar en ook omdat die reg oorsaaklikheid veelal anders as byvoorbeeld die mediese wetenskap sou bejeën. Hoe dit ookal sy, dit staan na my oordeel vas dat hierdie uitlating van appèlregters Cameron en Brand hoegenaamd nie ten doel het om die ortodokse standpunt oor die aard van feitelike kousaliteit en die *conditio sine qua non*-toets te beïnvloed nie – dit is hoogstens 'n poging om gedagtesuiwerheid by die formulering van 'n konseptuele vraag te bevorder.

Die hof verskaf voorts die “time-honoured” wyse (sien Neethling, Potgieter en Visser 167-168; Van der Walt en Midgley 198-199) om feitelike kousaliteit ooreenkomstig die “but for”- (*conditio sine qua non*)-toets vas te stel:

“Can it be said that, but for the wrongful act complained of, the loss concerned would not have ensued? Applying this requires the process of inferential reasoning described by Corbett CJ in *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* [1990 1 SA 680 (A) 700F-H]: what would have happened if the wrongful conduct is mentally eliminated and hypothetically replaced with lawful conduct? A plaintiff who can establish that, in such event, the loss would, on a preponderance of possibilities, not have occurred, recovers his damages in full, because causation is regarded as having been established as a fact. A plaintiff who cannot do so will get nothing” (125A-B).

Die hof gaan uit sy pad om te herinner dat die toets vir feitelike kousaliteit uit die aard daarvan 'n sogenaamde “alles of niks”-toets is: waar 'n eiser kan aantoon dat daar, teoreties beskou, 'n 51% kans is dat sy nadeel sou intree indien die verweerder se gewraakte optrede weggedink word, sal hy 'n feitelike kousale verband bewys het; indien hy egter slegs 'n 49% kans sou kon bevestig, sal hy hom nie van sy bewyslas ten aansien van feitelike kousaliteit gekwyt het nie (125D-E). Appèlregters Cameron en Brand se suiwer formulering in hierdie verband laat geen twyfel oor die aard van die kousaliteitstoets nie:

“Application of the ‘but for’ test is not based on mathematics, pure science or philosophy. It is a matter of common sense, based on the practical way in which the ordinary person’s mind works against the background of everyday-life experiences” (125E-F).

(Hulle verwys pertinent na *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* 2002 6 SA 431 (HHA) par 25 as gesag; sien verder *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 700; gesag aangehaal deur Van der Walt en Midgley 200 n 2.)

Hierdie is 'n tydige waarskuwing dat kousaliteitsprobleme nie na analogie van die kwessie van skuld en bydraende skuld hanteer moet word nie. In 'n moderne Suid-Afrikaanse dispensasie waar “billikheid” al hoe meer 'n rol begin speel in die sfeer van die suiwerer privaatrek, met die grondwet as katalisator (sien by *Van der Merwe v Road Accident Fund (Women’s Legal Centre Trust as Amicus Curiae)* 2006 4 SA 230 (KH) en die kritiek van Sonnekus 2006 TSAR 848), sou 'n mens jou nogal kon voorstel dat die “onbillikheid” van die

“alles of niks”-benadering tot feitelike kousaliteit dalk vir sekere regsverteenvoerders, of selfs regsprekers, ’n verleiding kon daarstel om die “beginsels van feitelike kousaliteit in ooreenstemming te bring met die billikheidseise van die Grondwet”. Die toepassing van suiwer, rasonele denke, soos weer eens hier deur die hof beklemtoon, sal noodwendig soms die paradoksale Cicero-iaanse stelling laat herleef: *summum ius, summa iniuria* (Cic *de Off* 1 10 33 – by die toepassing van die suiwerste reg, word die hoogste onbillikheid soms in die hand gewerk).

Die onderhawige uitspraak is veral waardevol as ’n voorbeeld van hoe die *conditio sine qua non*-toets vir feitelike kousaliteit toepassing moet vind. Die vasstelling van wat die besluit van die betrokke evalueringskomitee en tenderaad sou wees indien die amptenare nie bedrieglik sou opgetree het nie, “requires some measure of second-guessing the administrative functionaries” (125I). Die hof wend hier die resente uitspraak van dieselfde hof in *Minister of Safety and Security v Carmichele* 2004 3 SA 305 (HHA) par 60-61 aan wat rigting in hierdie verband gee. In die onderhawige tipe situasie is die kwessie objektief te bereg: hoe sal ’n redelike funksionaris wat op een van hierdie liggame dien, sy diskresie uitoefen? Die daaropvolgende denkproses van die hof, ten einde by ’n basiese norm uit te kom waarvolgens die hipotetiese evaluering deur die redelike funksionaris voorspel kan word, is ’n sprekende voorbeeld van die toepassing van gesonde logika:

“Since the two administrative bodies concerned had to exercise their discretion as part of the state tendering process provided for in s 187 of the interim Constitution, which then applied, it must also be accepted, we think, that reasonable bodies in their position would have been guided by the constitutional norms underwritten by that section. *They would have applied the values of a fair, public and competitive tender system*” (126A-B – my kursivering).

Dit is duidelik dat hierdie gevolgtrekking ’n struikelblok daarstel vir enige argument wat sou berus op die feit dat die gevolg van die uitoefening van ’n diskresie nie voorspelbaar is nie, omdat dit sou berus by die subjektiewe oordeel van die funksionaris(se) aan wie die proses toevertrou is.

Die respondent het aangevoer dat indien die betrokke staatsamptenare nie bedrieglik opgetree het nie, die tender aan 3D-ID toegestaan sou gewees het omdat daardie firma se tender die enigste was wat in werklikheid aan die gestelde spesifikasies voldoen het (126C). Die appellante het dit op drie gronde betwis (126D-E):

- (a) Hulle het ontken dat 3D-ID se tender aan die spesifikasies voldoen het.
- (b) Hulle het beweer dat ’n derde tenderaar (CPS) in staat was om aan die tenderspesifikasies te voldoen en dat Nisec (aan wie die tender toegeken is) in iedere geval in staat sou wees om die evalueringskomitee te oortuig om die tender aan hom toe te ken (ten spyte daarvan dat dit daarna geblyk het dat Nisec nie oor die nodige kundigheid beskik het nie).
- (c) Les bes het hulle aangevoer dat die tender nie aan 3D-ID toegeken sou gewees het nie, selfs indien daardie firma die enigste sou wees wat aan die gestelde vereistes voldoen het.

Die hof spandeer nie minder nie as twaalf bladsye om hierdie gronde van appèl te evalueer (126G-138D). Uiteindelik blyk dit dat appèlregters Cameron en Brand nie besonder beïndruk was met die appellant se argumente nie en hulle kom die volgende gevolgtrekking oor die kousaliteitskwessie:

“Despite the defendants’ arguments to the contrary we are therefore satisfied that, but for the wrongful conduct of Louw and Scholtz [die betrokke amptenare], it is more likely than not that 3D-ID, as the only qualifying tenderer, would have received the award, even though its price was substantially higher than all the other tenders. This means that, in our view, the element of causation has been established” (138D).

3.5 Vierde verweer: die respondent kon nie aantoon dat die amptenare onregmatig opgetree het nie

Twee resente uitsprake van die hoogste hof van appèl is deur een van die appellante voorgehou as gesag (128E-F) vir die standpunt dat ons reg nie ’n deliktuele eis teen enige staatsdepartement toestaan aan iemand wat skade ly in die loop van enige tenderproses nie (sien *Olitzki Property Holdings v State Tender Board* 2001 3 SA 1247 (HHA); *Steenkamp NO v Provincial Tender Board, Eastern Cape* 2006 3 SA 151 (HHA)). Die hof beslis egter dat die regspraak in die geval van dié twee sake gehandel het oor die deliktuele aanspreeklikheid van die “tender-awarding authority itself” – met ander woorde, in daardie gevalle is oor die aanspreeklikheid van die tenderraad *qua* openbare liggaam, in teenstelling met dié van die individuele lede daarvan, beslissings gegee. Dit opsigself onderskei die onderhawige geval van daardie uitsprake:

“Once we have decided the issue of vicarious liability in favour of the plaintiff, as we have, the only remaining question in the context of wrongfulness is whether Louw and Scholtz, public employees in charge of a tender process, should themselves be exempt from the consequences of their own dishonest conduct. . . . For present purposes the question about wrongfulness is no different than if Scholtz and Louw themselves were the defendants” (140I-141A).

Vervolgens word die vraag gevra of daar enige beleidsrede bestaan waarom die amptenare in hul persoonlike hoedanigheid immuun behoort te wees teen aanspreeklikheid weens hul bedrieglike optrede (141B). Die hof kom tot die gevolgtrekking dat geen sodanige rede bestaan nie, omdat (a) die blote feit dat die bedrieglike optrede deel van ’n openbare tenderproses gevorm het, nóg die daders, nóg hul werkgewer wat middellik aanspreeklik is vir hul onregmatige daade, verskans; en (b) die uitsprake in *Olitzki* en *Steenkamp* nie gesag vorm vir ’n standpunt dat die tenderproses op sigself aan staatsorgane ’n skild moet verskaf waarmee middellike aanspreeklikheid vir die delikte van hul werknemers afgeweer kan word nie (141C-D). Hiermee kan nie verskil word nie.

Ongelukkig word die uitspraak, uit die oogpunt van die “standard [South African] academic view of wrongfulness” (om Fagan 2005 *SALJ* 90 se terminologie te gebruik), waarmee ek my graag vereenselwig, erg vertroebel deur appèlregters Cameron en Brand se behandeling van die toets vir onregmatigheid en, veral, van die samehang tussen onregmatigheid en skuld in beide sy verskyningsvorms van opset en nalatigheid (138G-139H). Gelukkig is hierdie uitlatings (vir die “puriste” van die standardskool) darem as *obiter dicta* aan te merk, soos blyk uit die regters se uitlating dat “[t]hese considerations would indicate that liability should follow even if the plaintiff’s case were based on dishonesty on the part of the State Tender Board itself. But that is not the case before us . . .” (140H; sien direk hierbo).

Die hof neem in die besonder die argument van die betrokke appellant, dat die respondent wel daarin geslaag het om opset aan die kant van die amptenare te bewys (139F), dog nagelaat het om onregmatigheid aan hul kant te bewys

(maw dat die betrokke appellant nie in ag geneem het dat onregmatigheid en skuld twee afsonderlike delikselemente is wat albei vir doeleindes van aanspreeklikheid teenwoordig moet wees nie), onder oë. Die regters laat hulle onder andere soos volg uit:

“But the province’s [die betrokke appellant] argument starts from the wrong premise. We do not think that it can be stated as a general rule that, in the context of delictual liability, state of mind has nothing to do with wrongfulness. Clear instances of the contrary are those cases where intent, as opposed to mere negligence, is itself an essential element of wrongfulness” (139H – sien verder 140A-G).

Dit val buite my doelstellings met hierdie bespreking om uitgebreid oor die fundamentele beginsels wat die elemente van onregmatigheid en skuld ten grondslag lê, kommentaar te lewer. Na aanleiding van verskeie resente uitsprake – vele daarvan van die hoogste hof van appèl – blyk dit egter dat daar besig is om ’n ongesonde kloof te ontwikkel tussen die oorgrote meerderheid van akademici aan die een kant (met Fagan 2005 *SALJ* 90 as noemenswaardige uitsondering in akademiese geleedere) en sommige lede van die regbank, aan die ander kant. Appèlregter Nugent vorm hierop die uitsondering (2006 *SALJ* 557). In wese skryf hy as regs wetenskaplike, siende dat hy die ongewone stap doen om hom in ’n regstydskrif oor ’n kontensieuse saak uit te laat. Hy lewer ’n sterk pleidooi ten gunste van wat ons die ortodokse akademiese standpunt kan noem aangaande die onderskeid tussen die delikselemente van onregmatigheid en skuld. Neethling en Potgieter (2007 *THRHR* 120) praat selfs van ’n moontlike huidige “Babylonian confusion”.

Uit die hoek van die “standard academic view” is die pas aangehaalde *dictum* vatbaar vir kritiek, omdat dit aandui dat die vasstelling van opset nie alleen die vraag na onregmatigheid kan voorafgaan nie, dog selfs ’n determinant daarvan kan wees. Die blote definisie van opset as die rig van die wil op die veroorsaking van onregmatige gevolge, met onregmatighedsbewussyn (sien bv *Dantex Investment Holdings (Pty) Ltd v Brenner* 1989 1 SA 390 (A) 396D; Neethling, Potgieter en Visser 120; Van der Walt en Midgley 157, veral gesag in n 2) maak hierdie stelling op suiwer logiese gronde vir kritiek vatbaar. Waar die regters ontken dat “state of mind” niks met die vasstelling van onregmatigheid te doen het nie, wil dit voorkom of hulle die mening huldig dat dusdanige geestestoestand of ingesteldheid slegs op opset kan dui. Na my oordeel kan dit egter ook na die daders se *gesindheid* of *motief* verwys, wat uit ’n logiese hoek aanvaarbaar sou wees, gesien die erkende effek van ’n kwade gesindheid op die aan- of afwesigheid van onregmatigheid (bv die *animus vicino nocendi* wat in die burereg ’n andersins regmatige handeling in ’n onregmatige handeling kan omtower – *D* 39 3 1 12).

Op soortgelyke wyse laat appèlregters Cameron en Brand hulle uit oor die verhouding tussen onregmatigheid en nalatigheid: “But the decisions in *Olitzki* and *Steenkamp* must be understood against the well-established principle of our law of delict that negligent conduct causing pure economic loss is not *prima facie* wrongful” (138G).

Alhoewel toegegee moet word dat die welbekende en algemeen aanvaarde definisie van nalatigheid in *Kruger v Coetzee* (1966 2 SA 428 (A) 430E-F) nie die bestaan van onregmatigheid postuleer voordat die dader se optrede vir nalatigheid getoets word nie, is die siening dat nalatigheid as skuldvorm dui op die verweerder se verwythbaarheid ’n logiese aanduiding dat die onregma-

tigheidsvraag voor dié van nalatigheid onder die loep geneem behoort te word. Immers, waarom sal iemand verwy word vir sy regmatige optrede? (Sien by Van der Walt en Midgley 155; Neethling, Potgieter en Visser 124; daarteenoor Boberg 269.) Selfs 'n stoere kampvegter vir die duidelike skeiding tussen onregmatigheid en skuld en die korrekte volgordelike behandeling van hierdie delikselemente soos Neethling (2006 *SALJ* 204 213-214) gee egter toe dat daar soms uitsonderings kan wees wat op akademiese gronde regverdig kan word, waar die elemente van onregmatigheid en skuld prakties gesproke saamgesmelt (“conflated”) kan word, byvoorbeeld onder omstandighede waar die toetse van voorsienbaarheid en voorkombaarheid van skade beide as onregmatigheids- en nalatigheidskriteria aangewend word. Alhoewel Neethling (in kritiek op Milo 2005 *SALJ* 28 38-39) aandui dat dit hoegenaamd nie impliseer dat die duidelike beginselonderskeid tussen onregmatigheid en skuld daardeur in die gedrang kom nie, word hy juis deur appèlregter Nugent (2006 *SALJ* 557 563) voor stok gekry as sou hy die beginselonderskeid tussen die vermelde delikselemente versaaak het. Die heel nuutste bydrae tot die onderhawige debat is dié van Neethling en Potgieter (2007 *THRHR* 120) waarin hul aandui dat daar groot-skaalse verwarring bestaan, veral indien die nuutste gesag uit die hoogste hof van appèl ontleed word. Moontlik is die tyd nou ryp vir 'n begaafde jong akademikus om 'n proefskrif oor die aard en samehang van die onregmatigheids- en nalatigheidselemente in die deliktereg aan te pak!

Ten slotte dien daarop gewys te word dat daar tweemaal in die uitspraak 'n ongelukkige *lapsus calami* voorkom: die term “damages” (skadevergoeding) in plaas van “damage” (skade) kom voor: Daar word gepraat van “the prospect of avoiding the damages through the hypothetical elimination of the wrongful conduct” (125D) en beweer dat “the conduct under consideration attracts delictual liability for resulting damages” (138I). Hierdie fout kom op onverklaarbare wyse die laaste tyd nogal veel in uitsprake voor (sien as enkele voorbeelde by *MEC for Public Works, Eastern Cape v Faltein* waar adjunk-president Mpati praat van “damages actually suffered” (2006 5 SA 532 (HHA) 533I) en “causing damages” (537H)).

4 Slot

Hierdie uitspraak se grootste meriete, vir sowel teoretikus as praktisyn, is ongetwyfeld geleë in die feit dat die hof nie skroom om 'n werkgewer middellik aanspreeklik te hou vir die bedrieglike (in teenstelling met nalatige) optrede van sy werknemer nie – selfs waar sogenaamde beleidsoorwegings wat met tenderprosedures verband hou, die teendeel sou kon bewerkstellig. Hierdie benadering moet van harte verwelkom word. Die hof se uitleg van artikel 12(3) van die Verjaringswet bring verder helderheid oor die interpretasie van die begrip *ken-nis* in daardie subartikel en sal sonder twyfel vir veral praktisyns 'n praktiese hulpmiddel wees. Die behandeling van feitelike kousaliteit sal veral vir regstudente 'n goeie voorbeeld bied van hoe 'n regbank skynbaar eenvoudige beginsels op 'n komplekse feitestel toepas. Ten slotte sal akademiese puriste 'n mate van ongelukkigheid beleef oor die hof se behandeling van die samehang tussen onregmatigheid en skuld.

In die lig van die vele kwessies wat deur die hof aangeraak is, word die volgende metafoor met kulinêre ondertoon as 'n finale tipering van appèlreg-

ters Cameron en Brand se uitspraak voorgehou: 'n smaaklike bredie, met slegs 'n tikkie aanbrandse!

JOHAN SCOTT
Universiteit van Pretoria

DIE KONSTITUSIONELE HOF SE UITSLUITLIKE JURISDIKSIE OOR DIE NIENAKOMING VAN SEKERE PLIGTE VAN DIE PARLEMENT

King v Attorneys Fidelity Fund Board of Control 2006 4 BCLR 462 (HHA)
Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly and Chairperson of the National Council of Provinces 2006 12 BCLR 1399 (KH)

1 *Inleiding*

Artikel 167(4)(e) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 bepaal dat slegs die konstitusionele hof mag beslis dat die parlement of die president versuim het om 'n grondwetlike plig na te kom. Terselfdertyd bepaal artikel 172(2)(a) dat die hoogste hof van appèl of 'n provinsiale hof of 'n hof met soortgelyke status 'n bevel mag gee oor die grondwetlike geldigheid van 'n parlamentswet, 'n provinsiale wet of enige optrede van die president, maar dat 'n bevel van grondwetlike ongeldigheid nie van krag is nie tensy die ongeldigheid deur die konstitusionele hof bekrachtig word. Die vraag ontstaan hoe dit met mekaar rym dat die hoogste hof van appèl en 'n provinsiale hof 'n bevel van grondwetlike ongeldigheid van 'n parlamentswet mag maak, maar nie mag beslis dat die parlement versuim het om 'n grondwetlike plig na te kom nie. Die grondwet beskryf die pligte van die parlement en wanneer die parlement die pligte nie nakom nie tree die parlement ongrondwetlik op. Wanneer die parlement die ongrondwetlikheid van 'n parlamentswet veroorsaak, sal dit altyd wees as gevolg van die nienakoming van 'n grondwetlike plig. Hoe anders? Die konstitusionele hof het na hierdie probleem verwys toe dit verklaar het dat 'n uitleg van artikel 167(4)(e) naamlik dat die artikel van toepassing is op *alle* vrae in verband met die grondwetlike geldigheid van optrede van die president (en by implikasie van die parlement) sou bots met artikel 172(2)(a) (*President of the RSA v SARFU* 1999 2 BCLR 175 (KH) par 25). Volgens die hof is dit daarom nodig om 'n beperkte betekenis aan "nakoming van 'n grondwetlike plig" in artikel 167(4)(e) te heg. Die hof het dit egter toe onnodig gevind om uitsluitel te gee oor wat die meer beperkte betekenis sou kon wees. Dit het die hof nou gedoen in *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly and Chairperson of the National Council of Provinces* (2006 12 BCLR 1399 (KH)). Voor hierdie beslissing het die hoogste hof van appèl oor dieselfde probleem 'n uitspraak gelewer in *King v Attorneys Fidelity Fund Board of Control* (2006 4 BCLR 462 (HHA)). Omdat die konstitusionele hof die gevolgtrekking en motivering van die hoogste hof van appèl grotendeels onderskryf het, word die appèlhofuitspraak eers bespreek en daarna gekyk na die konstitusionele hof se beslissing.