

KRIMINALISASIE VAN KARTELBEDRYWIGHEDE

Mini-Verhandeling ter gedeeltelike voldoening aan die vereistes vir die graad

LLM in HANDELSREG

aan die Regsfakulteit

Universiteit van Pretoria

CJ Marneweck

23036657

Studieleier: Prof C van Heerden

2013

VERKLARING

Ek Cornelius Johannes Marneweck verklaar dat hierdie mini-verhandeling, my eie oorspronklike werk is, wat ingedien word ter gedeeltelike voldoening vir die graad LLM in Handelsreg aan die Universiteit van Pretoria. Waar ander mense se werk gebruik is, is dit behoorlik erken en daarna verwys. Hierdie mini-verhandeling is nie voorheen ingedien by enige ander universiteit nie.

CJ Marneweck

Oktober 2013

INHOUDSOPGAWE

Verklaring		<i>ii</i>
Inhoudsopgawe		<i>iii</i>
Lys van Afkortings		<i>viii</i>
Opsomming		x
HOOFSTUK 1 :	ALGEMENE INLEIDING	100
1.1	Inleiding & Agtergrond	100
1.2	Probleemstelling & Navorsingsvraag	100
1.3	Belang en Doel van Navorsing	100
1.4	Struktuur van Mini Verhandeling	100
HOOFSTUK 2 :	DEFINIERING VAN KARTELLE	100
2.1	Inleiding	100
2.2	Kartel problematiek	100
2.3	Relevante definisies	100
2.3.1	Kartel	100
2.3.2	Ooreenkoms	100
2.4	Interpretasie van Artikel 4	100
HOOFSTUK 3 :	DIE SUID AFRIKAANSE BENADERING TOT KARTELBEDRYWIGHEDE EN DIE BEOOGDE KRIMINALISASIE DAARVAN	111
3.1	Inleiding	111
3.2	Ontwikkeling van Mededingingsbeleid	111
3.2.1	Inleiding	111
3.2.2	Die Mededingingswet	111
3.2.3	Institusionele raamwerk	111
3.2.3.1	Inleiding	111

3.2.3.2	Mededingingskommissie	111
3.2.3.3	Mededingingstribunaal	111
3.2.3.4	Mededingingappélhof	111
3.3	Problematiek by Kartelvervolging	111
3.4	Wat word bedoel met kriminalisering en die rasionaal daarvoor	111
3.4.1	Inleiding	111
3.4.2	Rasionaal vir kriminele aanspreeklikheid	111
3.4.2.1	Strafregtelike korporatiewe aanspreeklikheid	111
3.4.2.2	Individuele strafregtelike aanspreeklikheid	111
3.4.2.2	Korporatiewe Kriminele aanspreeklikheid teenoor siviele aanspreeklikheid	111
3.4.3	Samevatting	111
3.5	Problematiek met kriminalisering	111
3.5.1	Inleiding	111
3.5.2	Argumente ten gunste vir kriminalisasie	111
3.5.2.1	Boetes as effektiewe weermiddel sal onmoontlike hoë boetes vereis	111
3.5.2.2	Boetes waarborg nie genoegsame individuele inisiatief binne die firma nie	111
3.5.2.3	Kriminele sanksies is 'n effektiewe weermiddel	111
3.5.2.4	Kriminele sanksies stuur 'n sterk morele boodskap	111
3.5.3	Argumente teen kriminalisasie	111
3.5.3.1	Die Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram	111
3.5.3.2	Beginsels van die Toegeeflikheidsprogram	111
3.5.3.2.1	“First to the door”	111
3.5.3.2.2	Volle erkenning	111
3.5.3.2.3	Alle handeling is vatbaar vir toegeeflikheid	111
3.5.3.2.4	Immunitet word voorbehou	111
3.5.3.3	Wysigings aan die program	111
3.5.3.3.1	Regsekerheid	111
3.5.3.3.2	Verdere Immunitet	111
3.5.3.3.3	'n Merker prosedure	111
3.5.3.3.4	Mondelinge verklarings	111

3.5.3.3.5	Punt van kontak	111
3.5.3.4	Kriminalisasie ondermyn die werking en uiteindelijke sukses van die Toegeeflikheidsprogram	111
3.5.4	Dualistiese vervolgingsraamwerk	111
3.5.5	Sekere karteloptrede is reeds gekriminaliseer	111
3.5.5.1	Promotion and Combating of Corrupt Activities Act (<i>PCCA</i>)	111
3.5.5.2	Maatskappywet en Korporatiewe Bestuurswet	111
3.5.6	Samevatting	111

HOOFSTUK 4 : JURISDIKSIONELE HINDERNISSE

4.1	Inleiding	111
4.2	Konkurrente jurisdiksie 'n ander keuse?	111
4.2.1	Inleiding	111
4.2.2	Rasionaal vir industrie reguleerders	111
4.2.3	Wyses om konkurrente jurisdiksie daar te stel	111
4.2.3.1	Eksklusiewe jurisdiksie oor mededingingsaangeleenthede deur die mededingingsowerheid	111
4.2.3.2	Die mededingingsowerheid reguleer alle industrieë tensy spesifieke regulering nodig is	111
4.2.3.3	Konkurrente jurisdiksie tussen mededingingsowerhede en industrie reguleerders.	111
4.2.4	Eerste stappe tot en probleme met konkurrensie	111
4.2.5	Wysiging 2000	111
4.2.6	Telkom	111
4.2.7	Wysiging 2009	111
4.2.7.1	Kritiek teen die wysiging	111
4.2.8	Samevatting	111

HOOFSTUK 5 : KONSTITIONELE VRAAGSTUKKE 111

5.1	Inleiding	111
-----	-----------	-----

5.2	Getuienis wat verkry is op 'n wyse wat enige reg in die Handves van Regte skend, moet uitgesluit word indien toelating van daardie getuienis die verhoor onbillik sou maak of andersins vir die regspleging nadelig sou wees	111
5.2.1	Aard van die bewyslas	111
5.2.2	'n Omgekeerde onus	111
5.2.3	Regtelike diskresie	111
5.2.4	Samevatting	111
5.3	Reg op 'n billike administratiewe optrede	111
5.4	Reg op 'n billike verhoor	111
5.4.1	Inleiding	111
5.4.2	Reg om onskuldig geag te word en die reg tot stilswye	111
5.4.3	Reg om nie verplig te word self inkriminerende getuienis te lewer nie.	111
5.4.4	Reg op gelykheid en die reg op regsverteenvoording	111
5.4.5	Reg tot 'n openbare verhoor voor 'n gewone hof	111
5.4.6	Om nie skuldig bevind te word weens 'n handeling of versuim wat ten tyde van die handeling of versuim ingevolge óf die nasionale reg óf die volkereg nie 'n oortreding was nie	111
5.5	Beperking van die reg in terme van Artikel 36	111
5.6	Samevatting	111

HOOFSTUK 6: ALGEMENE SLOTSOM EN GEVOLGTREKKING

7.1	Inleiding	100
7.2	Konsolidering van bevindings	100
7.3	Hervormings en Implementeringsvoorstelle	100
7.4	'n Finale woord	100

BIBLIOGRAFIE

AFKORTINGS

<i>AR</i>	Appèl Regter
<i>BASA</i>	Banking Association of South Africa
<i>BCPS</i>	Brasiliaanse Mededinging Beleid Sisteem
<i>BRICS</i>	Brasilië, Rusland, Indië, China en Suid-Afrika ekonomiese groepering
<i>BUSA</i>	Business Unity South Africa
<i>CAC</i>	Mededingingappèlhof
<i>CC</i>	Mededingingskommissie
<i>CGN</i>	Corporate Governance Network
<i>CT</i>	Mededingingstribunaal
<i>CR</i>	Klagte voor Mededingingsowerheid
<i>ECA</i>	Electronic Communication Act
<i>EC</i>	European Community
<i>EU</i>	Europese Unie
<i>HHA</i>	Hoogste Hof van Appèl
<i>ICASA</i>	Independent Communication Authority of South Africa
<i>ICN</i>	International Competition Network
<i>J</i>	Regter
<i>KH</i>	Konstitusionele Hof
<i>NERSA</i>	Nasionale Energie Reguleerder van Suid-Afrika
<i>NVG</i>	Nasionale Vervolgingsgesag
<i>OCED</i>	Organisation for Economic Development and Co-ordination Development
<i>PAJA</i>	Promotion of Administrative Justice Act
<i>PCCA</i>	Promotion and Combating of Corrupt Activities Act

<i>PFMA</i>	Public Finance Management Act
<i>RDP</i>	Reconstruction and Development Programme
<i>SALC</i>	Suid Afrikaanse Regskommissie
<i>SALJ</i>	South African Law Journal
<i>SCCU</i>	Specialised Commercial Crimes Unit
<i>UNCTAD</i>	United Nations Conference on Trade and Development
<i>VSA</i>	Verenigde State van Amerika

OPSOMMING

Die kriminalisering van kartelbedrywighede hou verrykende gevolge in, nie net vir mededingingsregspleging in geheel nie maar moontlik ook vir die werksaamhede van die Mededingingskommissie en die Mededingingshowe en natuurlik die individue van firmas wat aan kartelpraktyke deelneem

Die besluit van die Suid-Afrikaanse wetgewer om kartelbedrywighede te kriminaliseer is gedoen in 'n internasionale tendens tot dieselfde bestaan. Artikel 73A maak dit 'n kriminele oortreding vir enige persoon wat, terwyl hy 'n direkteur van 'n firma of enige gesaghebbende bestuursposisie beklee veroorsaak dat die betrokke firma in enige kartel-en-prysvasstellings bedrywighede deelneem of toegestem het tot sulke deelname. Artikel 73A is in sy huidige formaat baie wyd verwoord en dit is 'n ope vraag hoe die howe sekere dele sal interpreteer, die artikel swyg oor wanneer 'n persoon skuldig geag word, en skep ook 'n moontlike omgekeerde bewyslas op die individu.

'n Individu kan slegs vervolg word indien die betrokke maatskappy skuldig bevind word aan kartelbedrywighede of as die maatskappy toestem tot 'n betrokke sanksie en erken dat daar 'n oortreding was. Die Mededingingskommissie het 'n diskresie om meer genaakbaar te wees teenoor oortreders en die feit dat die sogenaamde "*whistle blowers*" na vore kom word in ag geneem by die bepaling van 'n geskikte sanksie, daar is egter geen waarborg dat die NVG ook so genaakbaar sal wees nie en verdere wysigings bied ook geen beskerming hier nie wat tot beperkte vervolging lei. Die probleem is daarin gesetel dat hierdie informante nie meer so bereidwillig gaan wees om na vore te kom nie, uit vrees vir moontlike vervolging in hul privaat hoedanighede, wat noodgedwonge die kommissie se vervolging van kartel bedrywighede gaan belemmer.

Die Mededingingswysigingswet is reeds in 2009 onderteken, maar is egter nog nie in die staatskoerant gepubliseer nie, en wag slegs op ondertekening deur die Staats President.

OPSOMMING

Die *Wysigingswet op Mededinging* 1 van 2009 is 'n kontensieuse onderwerp, spesifiek die voorgenome kriminalisering van karteloptrede. Nie net hou dit verreikende gevolge in vir mededingingsregspiegling in geheel nie maar moontlik ook vir die werksaamhede van die Mededingingskommissie en die Mededingingshowe en natuurlik die individue van firmas wat aan kartelpraktyke deelneem.

Artikel 73A maak dit 'n kriminele oortreding vir enige persoon wat, terwyl hy 'n direkteur van 'n firma of enige gesaghebbende bestuursposisie beklee veroorsaak dat die betrokke firma in enige kartel-en-prysvasstellings bedrywighede deelneem of toegestem het tot sulke deelname. Artikel 73A is in sy huidige formaat baie wyd verwoord en dit is 'n ope vraag hoe die howe sekere dele sal interpreteer, 'n *legio* struikelblokke blyk die implementering van die Art 73A te verhoed, onder andere verskeie konstitusionele en institusionele aspekte.

Hierdie mini-verhandeling neem van hierdie vraagstukke in oënskou.

INHOUDSOPGAWE

	Bladsy
1 ALGEMENE INLEIDING	1
1.1 <i>Inleiding & Agtergrond</i>	1
1.2 <i>Probleemstelling & Navorsingsvraag</i>	2
1.3 <i>Belang en Doel van Navorsing</i>	3
2 KARTELLE	5
2.1 <i>Inleiding</i>	5
2.2 <i>Kartel problematiek</i>	9
2.3 <i>Relevante definisies</i>	9
2.3.1 <i>Kartel</i>	9
2.3.2 <i>Ooreenkoms</i>	11
3 SUID-AFRIKAANSE BENADERING TOT KARTELBE- DRYWIGHED EN DIE BEOOGDE KRIMINALISERING DAARVAN	14
3.1 <i>Inleiding</i>	14
3.2 <i>Ontwikkeling van Mededingingsbeleid</i>	14
3.2.1 <i>Inleiding</i>	14
3.2.2 <i>Die Mededingingswet</i>	15
3.3 <i>Problematiek by Kartelvervolging</i>	17
3.4 <i>Wat word bedoel met kriminalisering en wat is die Rasionaal daarvoor?</i>	19
3.4.1 <i>Inleiding</i>	19
3.4.2 <i>Rasionaal vir kriminele aanspreeklikheid</i>	19
3.4.2.1 <i>Strafregtelike korporatiewe aanspreeklikheid</i>	19
3.4.2.2 <i>Individuele strafregtelike aanspreeklikheid</i>	20
3.4.2.3 <i>Korporatiewe kriminele aanspreeklikheid teenoor Siviele Aanspreeklikheid</i>	22
3.4.3 <i>Samevatting</i>	22
3.5 <i>Problematiek met kriminalisering</i>	22
3.5.1 <i>Inleiding</i>	22
3.5.2 <i>Argumente ten gunste vir kriminalisasie</i>	24
3.5.2.1 <i>Boetes as effektiewe weermiddel sal onmoontlike hoë bedrae vereis</i>	24
3.5.2.2 <i>Boetes waarborg nie genoegsame individuele inisiatief binne die firma nie</i>	28
3.5.2.3 <i>Kriminele sanksies is 'n effektiewe weermiddel</i>	30
3.5.2.4 <i>Kriminele sanksies stuur 'n sterk morele boodskap</i>	31
3.5.3 <i>Argumente teen kriminalisasie</i>	32

3.5.3.1	Die Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram	32
3.5.3.2	Beginsels van die Toegeeflikheidsprogram	35
3.5.3.2.1	“First to the door”	35
3.5.3.2.2	Volle erkenning	35
3.5.3.2.3	Alle handeling is vatbaar vir toegeeflikheid	35
3.5.3.2.4	Immunititeit word voorbehou	36
3.5.3.3	Wysigings aan die program	36
3.5.3.3.1	Regsekerheid	36
3.5.3.3.2	Verdere Immunititeit	37
3.5.3.3.3	’n Merker prosedure	37
3.5.3.3.4	Mondelinge verklarings	37
3.5.3.3.5	Punt van kontak	38
3.5.3.4	Kriminalisasie ondermyn die werking en uiteindelijke sukses van die Toegeeflikheidsprogram	38
3.5.4	<i>’n Dualistiese vervolgingsraamwerk</i>	40
3.5.5	<i>Sekere karteloptrede is reeds gekriminaliseer</i>	41
3.5.5.1	Promotion and Combating of Corrupt Activities Act (PCCA)	41
3.5.5.2	Maatskappywet en Korporatiewe Bestuurswet	44
3.5.6	<i>Samevatting</i>	46
4	KONSTITUSIONELE VRAAGSTUKKE	48
4.1	<i>Inleiding</i>	48
4.2	<i>Getuienis wat verkry is</i>	49
4.2.1	<i>Aard van die bewyslas</i>	49
4.2.2	<i>’n Omgekeerde onus</i>	50
4.2.3	<i>Regtelike diskresie</i>	52
4.3	<i>Reg op ’n Billike administratiewe optrede</i>	53
4.4	<i>Samevatting</i>	54
5	KRIMINALISERING VAN KARTELBEDRYWIGHED IN ANDER JURISDIKSIES	56
5.1	<i>Inleiding</i>	56
5.2	<i>BRICS</i>	59
5.2.1	<i>Inleiding</i>	59
5.2.2	<i>China</i>	59
5.2.3	<i>Brasilië</i>	59
5.2.4	<i>Indië</i>	60
5.2.5	<i>Rusland</i>	61
5.3	<i>Samevatting</i>	61
6	ALGEMENE SLOTSOM EN GEVOLGTREKKING	62
6.1	<i>Inleiding</i>	62
6.2	<i>Samevatting en aanbeveling</i>	62
6.3	<i>Hervormings en Implementeringsvoorstelle</i>	66
6.4	<i>’n Finale woord</i>	67

HOOFSTUK 1

ALGEMENE INLEIDING

1.1 *Inleiding & Agtergrond*

Die afgelope twaalf jaar het die Suid-Afrikaanse mededingingsreg fundamentele veranderinge ondergaan. Hierdie veranderinge het 'n groot impak gehad op die mededingingsowerhede asook die firmas wat voor hierdie owerhede moes verskyn. Baie kritiek is te lewer, teen beide firmas en individue wat die owerhede, hul onderliggende doel en algemene werking nie ernstig opneem nie en dit doelbewus ondermyn. Wending tot eindelose litigasie, wat effektief volvoering van die owerhede se funksies belemmer, het die norm geword. Davis JP verwys na hierdie praktyk as “*Stalingrad*” regsleer”.¹

Rekord boetes en hoë profiel sake het die lig gesien, wat vrae laat ontstaan aangaande die effektiwiteit van monetêre administratiewe boetes. In 'n *milieu* waar verskeie jurisdiksies strengere sanksies promulgeer vir mededingingsoortredings het die Suid-Afrikaanse wetgewer ook sy weg oopgesien om voorsiening te maak vir individuele kriminele sanksies met die *Wysigingswet op Mededinging*²

Die *Mededingingswysigingswet, 2009* maak dit 'n kriminele oortreding vir enige persoon wat, terwyl hy 'n direkteur van 'n firma is of enige gesaghebbende bestuursposisie beklee, veroorsaak dat die betrokke firma aan enige kartelbedrywighede deelneem of wetend toegestem (*knowingly asquissed*)³ het tot sulke deelname.⁴ Alhoewel die bepaling nog nie in

1 Davis DM Regter President van die Mededingingappelhof, “*Reflecting on the Effectiveness of Competition Authority*” beskikbaar by <http://www.comptrib.co.za/publications/speeches> [Datum van laaste gebruik 18 Oktober 2013].

2 1 van 2009 (Hierna die *Mededingingswysigingswet, 2009*.)

3 Art 73A(2).

4 Art 73A(1)(a)-(b).

werking getree het nie, blyk dit net 'n kwessie van tyd te wees voordat dit in werking gestel sal word aangesien die President slegs die datum van sodanige inwerkingtreding moet aankondig.

1.2 **Probleemstelling & Navorsingsvraag**

'n Wanpersepsie bestaan dat monetêre boetes 'n indirekte en uiters negatiewe sosio-ekonomiese effek het op die algemene samelewing en oneffektief is teen karteloptrede.⁵ Die persepsie dat die oortredende firma wat 'n boete opgelê word nooit werklik gestraf word nie vier ook hoogty.⁶ Gevolglik bestaan die mening dat die enigste werklik effektiewe manier om karteloptrede die hoof te bied, die kriminalisasie van kartelbedrywighede is. Die kriminalisering van kartelbedrywighede hou egter verreikende gevolge in, nie net vir mededingingsregspleging in geheel nie, maar moontlik ook vir die werksaamhede van die Mededingingskommissie, die Mededingingshowe en natuurlik vir die individue van firmas wat aan kartelaktiwiteite deelneem wat voor hierdie instansies moet verskyn.

Art 73A is in sy huidige formaat baie wyd verwoord en dit is 'n ope vraag oor hoe die howe sekere dele daarvan sal interpreteer. Die opvallendste is of die individu steeds oor die betrokke bestuursposisie of direkteurskap moet beskik om ingevolge die wet suksesvol vervolgt te word en ook hoe die howe "bestuursposisie" gaan interpreteer want sommige maatskappye se bestuursraamwerk is so intergekonnekteer en intrinsiek verbind dat dit soms moeilik is om te onderskei waar bestuur begin en eindig. Dit is ook 'n

5 *Infra*, Hoofstuk 3.

6 Verskeie kartelboetes is in die media oor berig, aan die algemene publiek se reaksie hierop kan afgelei word dat hierdie persepsie diepgegrond is. Die mees onlangse is die konstruksiekartel waarin 15 konstruksie maatskappye ingevolge 'n skikking met die Mededingingskommissie met R1.4 miljard beboet is. Een gebruiker reageer as volg op News 24 se berig oor 'n verskoning deur een van die firmas: "...A Competition Commission wrap over the knuckles followed by an apology does not make the crime against the taxpayers of South Africa go away." Sien ander gebruikers reaksies op boetes van verskeie kartelle by http://www.news24.com/Topics/construction_cartel alternatiewelik http://www.news24.com/Topics/competition_commission [Datum van gebruik 17 September 2013].

ope vraag hoe art 73 se gebruik van die woorde “*veroorzaak dat*” interpreteer sal word.

’n Individue kan ingevolge art 73A slegs vervolgd word indien die betrokke maatskappy skuldig bevind word aan kartelbedrywighede of as die maatskappy toestem tot ’n betrokke sanksie en erken dat daar ’n oortreding was in terme van Hoofstuk 2⁷ van die *Mededingingswet*.⁸ Die Mededingingskommissie het ’n diskresie om meer genaakbaar te wees teenoor oortreders ooreenkomstig die sogenaamde “*Corporate Leniency Policy*” (Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram) en die feit dat die sogenaamde “*whistle blowers*” na vore kom word in ag geneem by die bepaling van ’n geskikte sanksie, maar daar is egter geen waarborg dat die Nasionale Vervolgingsgesag (NVG) ook so genaakbaar sal wees nie. Die probleem wat veroorsaak word is dat hierdie informante in terme van die Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram nie meer so bereidwillig gaan wees om na vore te kom nie, uit vrees vir moontlike vervolging in hul privaat hoedanighede, wat noodgedwonge die Mededingingskommissie se vervolging van kartelbedrywighede gaan belemmer.⁹

Indien ’n firma sou toestem tot vonnis, kan die NVG dalk daardie vorms gebruik as bewysstuk in strafregtelike verrigtinge. Dokumentasie ingedien vir doeleindes van die Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram mag moontlik ook in die hande van die NVG val. Art 73A het ook tot gevolg dat daar ’n aanname van skuld ontstaan strydig met die Grondwet,¹⁰ wat die reg verskans om onskuldig geag te word in strafregtelike aangeleenthede totdat ’n persoon skuldig bevind word bo redelike twyfel.¹¹

7 ’n Verbode horisontale praktyk in terme van art 4(1)(b).

8 Art 73A(3) stel ’n administratiewe vervolging as voorbehoud vir daaropvolgende strafregtelike vervolging. Interessant genoeg word dit andersom in ander jurisdiksies gedoen.

9 *Infra*, Hoofstuk 3.

10 Art 35(3) Grondwet, 1996.

11 *Infra*, Hoofstuk 4.

1.3 *Belang en Doel van Navorsing*

Die wetgewer se besluit om karteloptrede te kriminaliseer het verreikende gevolge, nie net vir mededingingsregspeling maar ook die owerhede getaak met die implementering en uitvoering van die kriminalisasie-artikel. Die doel van hierdie mini-verhandeling is om ondersoek in te stel na die kriminalisasie van kartelaktiwiteite en moontlike vraagstukke wat ontstaan weens die kriminalisasie van karteloptrede.

Die mini-verhandeling bestaan uit ses hoofstukke, die eerste dien as algemene inleiding en agtergrond. In Hoofstuk 2 word aangedui hoe 'n kartel definieer word, die problematiek hiermee asook die ontwikkeling hiervan. Hoofstuk 3 ondersoek wat kriminalisasie is en die onderliggende doel daarvan. Die argumente ten gunste van kriminalisasie en argumente teen dit word ook ondersoek. Die Mededingingskommissie se Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram word in oënskou geneem. Hoofstuk 4 ondersoek die moontlike konstitusionele vraagstukke wat kriminalisasie van karteloptrede en vervolging van 'n individu in terme van art 73A(5) te weebring. In Hoofstuk 5 word 'n kort oorsig oor kriminalisasie in ander jurisdiksies gelewer en in die finale Hoofstuk word die navorsing konsolideer en finale gevolgtrekkings, bevindings en aanbevelings gedoen.

HOOFSTUK 2

KARTELLE

2.1 *Inleiding*

Kartelbedrywighede is 'n konstante bron van kommer vir die mededingingsowerhede. Kartelle is moeilik opspoorbaar en vervolgbaar aangesien hul bedrywighede gewoonlik in geheimhouding gehul is.¹² Firms neem gewoonlik deel aan kartelle¹³ om die gesamentlike wins van die lede so te maksimaliseer om gelykstaande te wees aan die opbrengs wat in monopolistiese markomstandighede sou bestaan.¹⁴ 'n Kartel kan kortliks beskryf word as:

“An association by/or an agreement between competing firms to engage in price fixing, division or allocation of markets and/or collusive tendering.”¹⁵

Kartelbedrywighede vind dus plaas wanneer maatskappye in dieselfde mark, oftewel mededingers (dit wil sê firmas in 'n horisontale verhouding) besluit om saam te werk eerder as om mee te ding.¹⁶ Die onderliggende samespanning van mededingers word gemotiveer deur verskeie faktore, die vernaamste synde die verhoogde winsopbrengs.¹⁷

Hierdie bedrywighede vernietig mededinging binne 'n spesifieke mark en rig onherroeplike skade aan die ekonomie sowel verbruikers aan.¹⁸

12 Lopes “*Cartel enforcement, the CLP and criminal liability – are competition regulators hamstrung by the ompetition Act from co-operating with the NPA, and is this a problem for competition law enforcement?*” 2; Kelly L “*Introduction of Cartel Offence Into South African Law*” Stell LR 2 (2010) 326.

13 Daar is geen *per se* definisie van 'n kartel of kartelbedrywighede in enige Suid-Afrikaanse wetgewing nie. Art 4 in die *Wet op Mededinging* 89 van 1998 (hierna die *Mededingingswet*) wat horisontale praktyke omskryf, is die naaste. *Infra*.

14 Muzata en Mnisi “*Are antitrust fines excessive to the detriment of the companies concerned and consumers in general?*” 2.

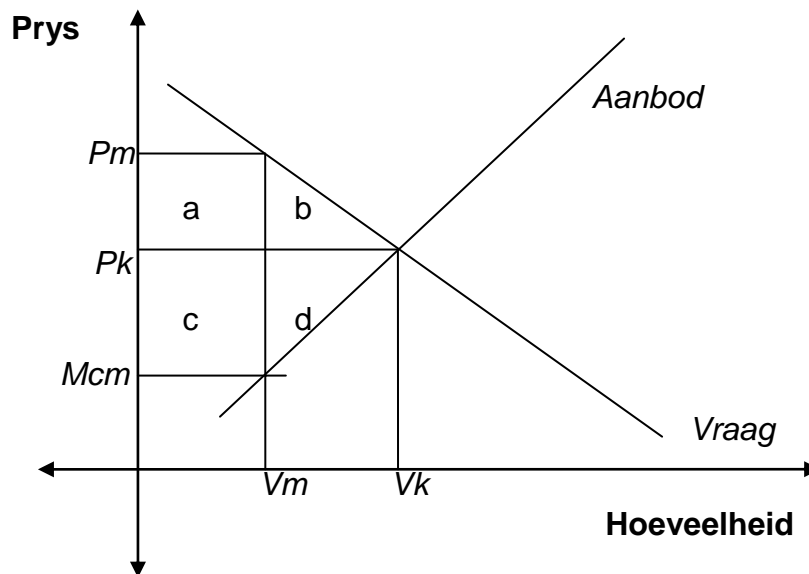
15 *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law* 23.

16 Neuhoff *Practical Guide* 61.

17 Marshall, Marx en Samkharadze “*Dominant Firm Conduct by Cartel*”.

18 Neuhoff *Practical Guide* 62.

Sameswering stel mededingers in staat om monopolistiese pryse te vra vir goedere en dienste wat hulle onder perfekte mededingende omstandighede nie sou kon vra nie.¹⁹ Koördinasie tussen mededingers stel hulle in staat om kollektief hulle mag in die mark aan te wend en te misbruik, iets waartoe hulle nie op 'n individuele grondslag in staat toe sou wees nie.²⁰ Die negatiewe markeffekte van kartelbedrywighede kan deur die volgende grafiek²¹ voorgestel word:



In perfekte mededingende omstandighede is die ekwilibrium prys onderskeidelik P_k en V_k , onderhewig aan verbruikersvoorkeure en verskafferstegnologie, maar wanneer 'n kartel bedrywig is in die mark word (gedeelde) wins gemaksimaliseer teen die monopolistiese prys P_m , wat gevolglik die vraag na goedere verminder.²²

Kartelbedrywighede het twee duidelike gevolge: Eerstens word 'n verandering in omset en produksiekoste teweeggebring deur hoër

19 *Id.*

20 *Id.*

21 Aangepas uit: Muzata en Mnisi "Are antitrust fines excessive to the detriment of the companies concerned and consumers in general?" 3. Sien ook Neuhoof *Practical Guide* 135; Landes "Optimal Sanctions for antitrust violations" 652-678 en Page "Optimal Antitrust penalties" 2151-2166.

22 V_k na V_m .

monopolistiese pryse.²³ Die verhoogde prys verteenwoordig die ekonomiese verlies wat die verbruiker lei voortspruitend uit die gekartelleerde produk.²⁴ Tweedens, kan die maatskaplike verlies toegeskryf word aan die verminderde uitset en verkope wat op monopolistiese pryse volg.²⁵ Die negatiewe impak op die verbruiker en die ekonomie as geheel is onbetwisbaar, en dit is duidelik dat 'n goeie funksionerende mededingingsbeleid, met spesifieke verwysing na bestryding van kartelbedrywighede nodig is.

Soos reeds genoem en verder bespreek sal word bestaan die persepsie dat die bestaande sanksies in die vorm van monetêre boetes,²⁶ nie doelmatig is om die kartelprobleem aan te spreek nie aangesien skuldige firmas bloot die boete betaal en in elk geval die koste daarvan kan deursyfer na die verbruiker.²⁷ Voorts bestaan die mening dat regterlike intervensie die enigste en eerste manier is om mededingingsafdwinging te bewerkstellig, asook om 'n "geloofwaardige" moontlikheid van sanksies te skep om voldoening te bewerkstellig.²⁸

Tydens openbare verhore vir die *Mededingingswysigingswet*, 2009 het die mededingingsowerhede baie sterk teenkanting getoon teen die voorgenome kriminalisasie van kartelbedrywighede en daarop gewys dat die bestaande Mededingingswetgewing *ipso jure* werk en dat geen verdere

23 *Pm na Pk*.

24 Dit word voorgestel deur gemerkte vierkant gemerk "a", gemerkte driehoek "b" stel die maatskaplike verlies wat die verbruiker ly weens die verhoogde prys, wat verbruikers dwing om die mark te verlaat, of te wend tot ondergeskikte substituuat produkte.

25 Gemerkte driehoek "b" en "c" verteenwoordig die verlies in produksie oorskot (a.g.v. van die nie-optimale produksievlakke weens laer produk uitset). Motchenkova "Optimal enforcement of competition law," (PhD Proefskrif, Tilburg Universiteit 2005), Page "Correspondence: Optimal antitrust penalties and competitors Injury," *The Michigan Law Review*, 1990 vol. 88, no. 7, 2151 – 2166; Neuhoff *Practical Guide* 135-139.

26 Art 59 van die *Mededingingswet* lys die omstandighede waarin 'n boete opgelê kan word asook die faktore wat in aggeneem moet word tydens oplegging.

27 Van Cayseele "The EC Commission's 2006 Fine Guidelines reviewed from an economic perspective: risking over-deterrence" *The Antitrust Bulletin*: vol. 53 no. 4/Winter 2008.

28 *Ibid*. Sien ook Kolasky "Criminalising cartel activity: Lessons from the US experience" 2004 12 *Competition & Consumer Law Journal* 211.

intervensie nodig is nie.²⁹ Daar word toegegee dat dit onbetwisbaar mag wees dat die Mededingingswetgewing relatief goed funksioneer, maar ten spyte hiervan is mededingingsoortredings, veral kartelbedrywighede, steeds 'n algemene verskynsel. Verskeie skrywers, akademici, regsgeleerders en ander rolspelers is ten gunste vir 'n holistiese geïntegreerde toepassing en afdwinging van Mededingingswetgewing.³⁰ Motta³¹ stel 'n tweeledige benadering voor om voldoening te verseker en om kartelbedrywighede die hoof te bied. Hy verwoord sy siening as volg:³²

“By establishing antitrust authorities that can effectively operate against cartels in a way that sufficiently increases the probability of uncovering cartels; and introducing fines which are large enough to discourage potential cartel members from engaging in cartel conduct.”

Die berugte kartelbedrywighede in onder andere die brood,³³ konstruksie en vervaardigings,³⁴ suiwel,³⁵ en farmaseutiese industrieë³⁶ het nie net 'n gevoel van onregverdigheid en magteloosheid by die publiek ontketen nie, maar ook 'n onomwonde morele verwerping. Hierdie emosies neem toe wanneer die goedere en dienste ter sprake nie luukse goedere is nie, maar stapelprodukte soos melk, graanprodukte, medisyne en mieliemeel.³⁷ Die voorgesette probleem wat ondervind word vanweë kartelbedrywighede in die Suid-Afrikaanse samelewing laat die vraag ontstaan of die huidige wetgewende raamwerk en die bestaande administratiewe sanksies inderdaad genoegsaam is om hierdie bedrywighede hok te slaan. Die indruk bestaan ook dat wanneer kartelle en kartellede suksesvol vervolg is,

29 *Infra*.

30 Hartzenberg “*Competition Policy in South Africa*” 11.

31 Motta in “*Are antitrust fines excessive to the detriment of the companies concerned and consumers in general?*” 4.

32 *Ibid*.

33 *Competition Commission v Pioneer Foods (Pty) Ltd* (15/CR/Feb07).

34 *Competition Commission v Sasol Chemical Industries Ltd* (48/CR/Aug10).

35 *Competition Commission v Yara South Africa (Pty) Ltd* (31/CR/May05).

36 *Competition Commission Thusanong Health Care, Dischem Criticare, Adcock Ingram* (20/CR/Feb08).

37 *Supra* vn 6.

nie veel verander om die nadeel aan en huidige situasie van verbruikers te beskerm en verbeter nie.³⁸

2.2 *Kartel problematiek*

Studies wys dat kartelbedrywighede tot 'n toename van tot tien persent van die verkoopprys van 'n produk kan lei,³⁹ met 'n korresponderende afname van tot twintig persent in produkuitset en verbruikerkeuse. In reële terme beteken dit dat verbruikers tot tien persent meer vir produkte en dienste betaal.⁴⁰ Hierdie verhoogde prys het gewigtige gevolge vir verbruikers, veral vir die laer inkomste groepe, aangesien hoër pryse vir stapelprodukte betaal word.⁴¹

Die sosio-ekonomiese uitwerking hiervan is tasbaar, want die verhoogde pryse erodeer 'n reeds kwesbare verbruiker se koopkrag en ekonomiese onafhanklikheid.⁴² In uitsonderlike gevalle is daar wel substituuatprodukte beskikbaar in markte wat nie altyd aan streng veiligheids-, industrie-, en gesondheidsstandaarde voldoen nie.⁴³ Verbruikers word genoodsaak om wel hierdie produkte aan te skaf, nie uit keuse nie maar, eerder weens die gebrek daaraan, en juis om hierdie rede word kartelle ook as 'n struikelblok vir innovasie gesien binne die markte waarin dit voorkom.⁴⁴

38 Avramovich MC *“Prosecuting Cartels: Do High Fines Always Contribute to Social Welfare?”* (2010) 8. Interessant genoeg is daar meer wat die siening aanneem dat 'n verbruiker soms beter af is in 'n kartelleerde mark sien Pot E en Bos I *“On the possibility of welfare-enhancing hard core cartels.”*

39 Muzata en Mnisi 3.

40 *Id.*

41 Petrikaitė V *“The effects of Costly Consumer Search on Mergers and Cartels”*. Die EU het 'n omvattende studie van stapel gestuur oor hierdie onderwerp sien *“Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenario.”* CONTRACT DG COMP/2006/A3/012. Sien ook Muzata & Mnisi 10-12 Wat die prys verhoging van brood uiteensit na die opsporing van die berugte broodkartel.

42 *Ibid.*

43 UNCTAD *“The impact of cartels on the poor”* Nota deur die sekretariaat, TD/B/C.I/CLP/24; Sien ook Muzata & Mnisi 3.

44 Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram 2. Beskikbaar by www.compcom.co.za/corporate-leniency-policy/ [Datum van laaste gebruik 12 Oktober 2013].

2.3 Relevante definisies

2.3.1 Kartel

Kartelle word nie in Suid-Afrikaanse Mededingingswetgewing definieer nie, Hoofstuk 2 van die *Mededingingswet* wat verbode praktieke reguleer bied die naaste aanduiding van wat 'n kartel behels in art 4, wat as volg lui:

- (1) 'n Ooreenkoms⁴⁵ tussen, of 'n gesamentlike praktyk⁴⁶ deur, firmas⁴⁷, of 'n besluit deur 'n genootskap van firmas, is verbode indien dit tussen partye in 'n horisontale verhouding⁴⁸ is en indien—
- (a) dit die uitwerking het van wesentlike voorkoming of vermindering van mededinging in 'n mark, tensy 'n party tot die ooreenkoms, gesamentlike praktyk, of besluit kan bewys dat enige tegnologiese, doeltreffendheid- of ander pro-mededingende, voordeel wat daaruit voortspruit, swaarder weeg as daardie uitwerking; of
- (b) enige van die volgende beperkende horisontale praktieke daarby betrokke is:
- (i) die regstreekse of onregstreekse vasstelling van 'n koop- of verkoopprijs, of enige ander handelsvoorwaarde;
- (ii) die verdeling van markte deur die toewysing van kliënte, verskaffers, gebiede of spesifieke soorte goedere of dienste⁴⁹; of
- (iii) 'n samespannende tender⁵⁰.

'n Kartel is 'n formele ooreenkoms tussen firmas in 'n oligopolistiese marksisteem ten aansien van pryse, produkuitsette, toedeling van kliënte en markte.⁵¹ Samespannende tenders en die oprigting van handelsorganisasies kan as rookskerm vir hierdie optrede dien en is ook algemeen.⁵² 'n Kartel in sy wydste vorm is sinoniem met eksplisiete samespanning.⁵³

45 Ook 'n kontrak, reëling of verstandhouding, hetsy regtens afdwingbaar al dan nie.

46 Ook gekoördineerde gedrag tussen firmas, deur direkte of indirekte kontak bereik, wat hul onafhanklike optrede vervang, maar wat nie op 'n ooreenkoms neerkom nie.

47 Ook 'n persoon, vennootskap of trust.

48 'n Verhouding tussen mededingers.

49 Dien verstaande dat alle ander goedere of dienste wat redelikerwys eersgenoemde goedere of dienste kan vervang, met inagneming van gewone handelspraktyk en geografiese, tegniese en tydsbeperkings.

50 Ook 'n vorm van karteloptrede, Brassey *Competition Law* 111.

51 *Supra*.

52 Brassey *Competition Law* 131- 136.

53 *Id.*

Soos aangedui word kartelle gevorm vir die wedersydse voordeel vir die betrokke firmas. Daar is verskeie teorieë wat poog om die rede agter kartelvorming te verduidelik. Die vernaamste is die “samewerkende” teorie wat inhou dat kartelle in die algemeen poog om ’n monopolistiese markomgewing te skep, deur produk uitsette en prysvasstelling wat hoër winsgrense meebring.⁵⁴ Suksesvolle kartelle vereis konkurrensie, koördinasie en samewerking tussen die lede en ’n vorm van ’n ooreenkoms en/of verstandhouding.⁵⁵

2.3.2 Ooreenkoms

Om ’n “ooreenkoms” te definieer kan problematies wees. Nie alle ooreenkomste is onwettig nie.⁵⁶ Ooreenkomste en gesamentlike praktyke is nie wedersydse uitsluitend nie.⁵⁷ ’n Ooreenkoms verwys na ’n uitdruklike of ’n implisiete ooreenkoms, reëling of ’n verstandhouding (’n sogenaamde “*meeting of the minds*”) tussen mededingende firmas wat tot voordeel van beide strek.⁵⁸ Hierdie ooreenkomste lei tot beperkte mededinging ten opsigte van produksie, pryse, kliënte asook markte.⁵⁹ Weens die aard van hierdie ooreenkomste word dit gewoonlik op ’n wyse aangegaan wat moontlike opsporing deur die mededingingsowerhede bemoeilik.⁶⁰ Dit is nie ’n vereiste dat hierdie ooreenkomste regtens afdwingbaar moet wees nie - meermale is hierdie ooreenkomste en verstandhoudings mondelings, wat

54 *Id.*

55 *Id.*

56 “*Rule of reason Provisions*” *Infra*.

57 *Brassey Competition Law* 130.

58 *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law* 4. Neuhoff *Practical Guide* 63-64.

59 Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram by 2.3.

60 Kartelle is uiters geheimsinnig en klandestien van aard. Die eiesoortige aard aan mededingingsregsleer is testament hiertoe is en hou myns insiens ’n korrekte opinie dat die aanwending van toegeeflikheidsprogramme merendeels ten doel het om hierdie geheimsinnigheid en die swaar bewyslas daartoe te oorkom. Sien Sakata N en Sekgobela T “*Child collusion a parent’s responsibility – Sanctioning the parent company in terms of South African Competition Law*” 12. Besikbaar by <http://www.compcom.co.za/assets/Uploads/events/Seventh-Annual-Conference-on-Competition-Law-Economics-Policy/Parallel-3A/Parent-liability-Article-by-Temoshov-and-Nelly-Final-21Aug13.pdf> [Datum van laaste gebruik 13 Oktober 2013].

die bewys daarvan bemoeilik. In Engeland⁶¹ het die howe 'n ooreenkoms as volg definieer:

“... meeting of the minds... ‘between two or more persons’ and... it involves mutuality in that each party assuming he is a reasonable and conscientious man, would regard himself as being in some degree under a duty whether moral or legal to conduct himself in a particular way or not to conduct himself in a particular way as the case may be, at any rate so long as the other party or parties conducted themselves in the way contemplated by the agreement.”

Smithers J⁶² verduidelik die verskil tussen 'n “verstandhouding” en 'n “ooreenkoms” as volg:

“An understanding must involve the meeting of two or more minds. Where the minds of the parties are at one that a proposed transaction between them proceeds on the basis of the maintenance of a particular state of affairs or the adoption of a particular course of conduct it would seem that there would be an understanding.”

Brassey⁶³ verduidelik dat die presiese verskil tussen die twee begrippe is dat 'n verstandhouding nie enige wedersydse verpligtinge daarstel nie, maar dat 'n ooreenkoms wel tot wedersydse verpligtinge lei.⁶⁴ “Gesamentlike praktyke”, soos die naam suggereer, vereis meer as een individu se aktiewe deelname eerder as heel onafhanklike handeling deur 'n betrokke firma.⁶⁵ In omstandighede waar 'n firma 'n marktendens daarstel en ander firmas dit bloot navolg, stel dit nie 'n gesamentlike praktyk daar nie.⁶⁶ 'n Handeling in isolasie is nie noodwendig verbode tensy dit gepaard gaan met 'n ooreenkoms of verstandhouding nie.⁶⁷ Die Europese Geregshof het bevind dat dit as “sterk getuienis” kan dien wanneer die bedrywigheid tot abnormale markomstandighede lei, maar geen kartellistiese vermoede ontstaan wanneer hierdie parallelle optrede deur mededingers weêrlê kan word deur redes anders as die bestaan van

61 Re: *Basic Slag Ltd Agreements* 1963 1 WLR 727 746.

62 *Top Performers Motors Ltd v Ira Berk Queensland (Pty) Ltd* 1975 ATPR 40-004 17-116.

63 *Supra*.

64 *Brassey Competition Law* 131. Vir verdere Australiese gesag sien *Morphett Arms Hotel (Pty) Ltd v Trade Practices Commission* 1980 ATPR 40-156.

65 Art 1(1)(iv). Sien ook in hierdie verband *ICE v The Commission* 1972 CMLR 64 en *Ko-operatiewe Vereeniging 'Suiker Unie' UA v The Commission* 1976 1 CMLR 295.

66 *Brassey Competition Law* 131- 136.

67 *Ibid*.

een of ander samespannende en/of sameswerende gedrag nie.⁶⁸ Die *Mededingingswysigingswet, 2009*⁶⁹ noem dit “*bewustelike parallelle optrede*” en definieer dit as firmas in ’n gekonsentreerde mark, wat bewus is van mekaar se optrede en hul besigheidspraktyke op ’n gekoördineerde wyse behartig sonder ’n mondelinge of skriftelike ooreenkoms.⁷⁰

68 *Brassey Competition Law* 136, *Ministere Public v Jean Louis Tournier and Jean Verney* SACEM 1991 CMLR 248 24.

69 Art 10A(1)(b).

70 Art 10A(2).

HOOFSTUK 3

SUID AFRIKAANSE BENADERING TOT KARTEL BEDRYWIGHEDEN EN DIE BEOOGDE KRIMINALISERING DAARVAN

3.1 Inleiding

Soos reeds aangetoon hou kartelle verreikende gevolge vir die Suid-Afrikaanse ekonomie asook verbruikers in. Dit het die potensiaal om maatskaplike ontwikkeling, ekonomiese groei asook perfekte ekonomiese mededinging aan bande te lê.

In hierdie hoofstuk word die Suid-Afrikaanse mededingingsowerhede se benadering om kartelproblematiek die hoof te bied, beleidsoorwegings, veranderings en die uiteindelijke besluit om kartelbedrywighede te kriminaliseer en strafregtelik vervolgbaar te maak in oënskou geneem.

Beleidsoorwegings en mededingingtoepassing moet gesien word in 'n geskiedkundige konteks: Die evolusie van die huidige wetgewing asook sy voorgangers en dan natuurlik, in 'n kontemporêre konteks waarin die gevolglike wysigings plaasgevind het. Die ontwikkeling van hierdie beleid en 'n ontleding van die *Mededingingswet* word dus in hierdie hoofstuk ondersoek. Argumente vir en teen voorgenome kriminalisasie word vervolgens ondersoek en daar word van die hand gedoen dat die Toegeeflikheidsprogram toegelaat behoort word om ten volle te funksioneer en dat kriminalisasie uiteindelik die potensiaal het om die program te ondermyn.

3.2 Ontwikkeling van Mededingingsbeleid

3.2.1 Inleiding

Suid-Afrika word gereeld voorgedhou as 'n suksesverhaal met verwysing na die implementering en ontwikkeling van mededingingsbeleid, veral in vergelyking met ander ontwikkelende ekonomieë.⁷¹ Weens die historiese konteks en apartheidsleer, het Suid-Afrikaanse ekonomiese hervormings 'n baie sterk ontwikkelingsgerigte -en doeltreffendheidsdoelwit (openbare belang), wat nagestreef word om 'n meer gelyke samelewing daar te stel.⁷² Die grootse kritiek teen vorige Mededingingswetgewing⁷³ is dat dit nie die hoë konsentrasievlakke in die ekonomie, beide in terme van eienaarskap en marktaandeel, aangespreek het nie.⁷⁴ Suid-Afrikaanse Mededingingswetgewing se substantiewe elemente word vervat in Hoofstuk 2 en 3.⁷⁵ Die promulgasie van Mededingingswetgewing, en uiteindelijke uitbreiding van mededingingsreg in die tweede helfte van die 1990's het plaasgevind teen die agtergrond van verreikende veranderinge in die Suid-Afrikaanse samelewing: 'n Nuwe industriële beleid, opheffing van sanksies, die terugkeer tot die internasionale gemeenskap -en markte. Hartzenberg⁷⁶ verduidelik dat tydens ontwikkeling en implementering van 'n mededingingsbeleid in 'n post-apartheid Suid-Afrika, ontwikkelingstrategieë en transformasie die belangrikste oorwegings was ten einde 'n goed funksionerende mededingingsbestel te vestig.

3.2.2 Die Mededingingswet

71 OECD (2003) 63-69.

72 *Id* sien ook SK 15848 13 Julie 1994 Wet op die Herbou -en Ontwikkelingsprogramfonds, 1994 NO 1233.

73 *Maintenance and Promotion of Competition Act* 96 of 1979.

74 Departement van Handel en Nywerheid: *"The Evolution of Policy of South Africa – Proposed Guidelines."*

75 Horisontale praktyke, Vertikale Praktyke, Amalgamasies en Samesmeltings, en Misbruik van dominansie.

76 Hartzenberg *"Competition Policy in South Africa"* 8. Sy merk dat Suid-Afrika se mededingingsdoelwitte uniek aangesien Suid-Afrika die enigste jurisdiksie is wat mededingingsreg aanwend om menseregte vergrype aan te spreek, maar vind dat dit nie noodwendig moontlik is nie.

Die *Wet op Mededinging* 89 van 1998,⁷⁷ reguleer alle ekonomiese aktiwiteit in Suid-Afrika en/of enige ekonomiese aktiwiteit wat 'n effek het in Suid-Afrika.⁷⁸ Dit het as doelstelling om mededinging in die Republiek te bevorder en te handhaaf.⁷⁹

Dit is duidelik dat daar 'n sterk klem op ekonomiese ontwikkeling, verbruikersbeskerming, asook hervormings en transformasie-oogmerke geplaas word. Die aanhef van die wet erken Suid-Afrika se diskriminerende verlede wat 'n ongelyke distribusie van eienaarskap en beheer van die ekonomie tot gevolg gehad het, oneffektiewe beheer oor niemededingende handelspraktyke en onregverdigte beperkinge op deelname aan die ekonomie. Erkenning word verleen daaraan dat die ekonomie vatbaar moet wees vir 'n hoër konsentrasie eienaarskap deur meer Suid-Afrikaners en dat 'n goed funksionerende mededingingsbeleid en- owerheid nodig is vir goed 'n funksionerende ekonomie. Dit beklemtoon dat:

“n doeltreffende, mededingende ekonomiese omgewing, wat die belange van werkers, eienaars en verbruikers balanseer en op ontwikkeling gerig is”

Die natuurlike voortvloeiende en gevolge van kartelle is in direkte teenstryd met die genoemde doelwitte. Administratiewe boetes⁸⁰ was tot op hede die norm (en is steeds) om kartelle hok te slaan. Dus is dit 'n redelike afleiding dat die beleidsbesluit om kartelle te kriminaliseer geneem is omdat die bestaande wetgewing en regulatoriese raamwerk nie die vraagstukke na

77 Alle verwysings in hierdie Hoofstuk is na die *Wet op Mededinging*, 1998 tensy anders aangedui.

78 Art 3.

79 Art 2. Hierdie doelstellings word as volg verwoord:

- (a) die doeltreffendheid, aanpasbaarheid en ontwikkeling van die ekonomie te bevorder;
- (b) mededingende pryse en produk keuses aan verbruikers te voorsien;
- (c) indiensneming te bevorder en die maatskaplike en ekonomiese welsyn van Suid-Afrikaners te bevorder;
- (d) geleenthede vir Suid-Afrikaanse deelname in wêreldmarkte uit te brei en die rol van buitelandse mededinging in die Republiek te erken;
- (e) te verseker dat klein en middelslagondernemings 'n billike geleentheid het om deel te neem aan die ekonomie; en
- (f) 'n groter verspreiding van eiendomsreg te bevorder, in die besonder om die eiendomsbelang van histories benadeelde persone te verhoog.”

80 Sien art 59.

wense opgelos het nie, en die wetgewer, nes ander jurisdiksies, kriminalisering van kartelbedrywe as werkbare oplossing gesien het.

Fox⁸¹ se siening dat 'n geïntegreerde benadering aan bande gelê word, as gevolg van Suid-Afrika se eiesoortige mededingingstoepassing en doelstellings met doeltreffendheid wat in die wyk lê, is my insiens korrek. As gevolg van hierdie eiesoortige doelstellings, blyk die wetgewer 'n simptomatiese reaksie te hê tot mededingingsvraagstukke. En juis hierom besluit het om kartelbedrywighede te kriminaliseer .

Dis myns insiens redelik om aan te neem dat die onafwendbaarheid van kriminalisasie geïllustreer word deur die geïntegreerde benadering tot mededingingsbeleid en die gevolglike implementering daarvan as middel om die doelwitte van die wet te verwesenlik. Toepassing van mededingingsbeleid om armoede en werkloosheid aan te spreek blyk moeilik te wees, maar om effektiewe weermiddels in plek te hê om kartelle te keer is wel haalbaar, wat om die beurt uitvoering behoort te kan gee aan die ander doelwitte.⁸²

3.3 Problematiek by Kartelvervolging

Met die ernstige gevolge wat kartelle inhou soos hierbo uiteengesit, het die Suid-Afrikaanse Mededingingsowerhede die uitwissing van kartelle as doelwit gestel en kartelbedrywighede verwoord as die mees skokkende oortreding van bestaande wetgewing.⁸³ Kartelle is van nature geheimsinnig, wat enige opsporing en vervolging bemoeilik, en sommige kartelle bestaan etlike jare voordat hul *mero moto* ophou bestaan of suksesvol vervolg word.⁸⁴

81 *Ibid.*

82 Fox “*Antitrust, economic development and poverty: the other path*” UNCTAD/DITC/CLP/2008/2; UNCTAD “*The impact of cartels on the poor*” Nota deur die sekretariaat, TD/B/C.I/CLP/24; Fox E “*Efficiency, Poverty and Markets*”

83 Whish *Competition Law* (2003) 453.

84 *Ibid.*

Kartelbedrywighede stel 'n *per se*⁸⁵ verbod daar en word absoluut verbied.⁸⁶ Daar moet gelet word op die feit dat hierdie 'n direkte en onomwonde verbod daarstel - enige tegnologiese-, effektiwiteit- of enige ander pro-mededinging voordele bied geen verweer nie.⁸⁷ Oortredende firmas kan 'n administratiewe boete opgelê word, selfs vir eerste oortreders.⁸⁸ Die maksimum boete wat 'n firma opgelê mag word is 10 persent van die betrokke firma se omset gedurende die voorafgaande finansiële jaar.⁸⁹ Die *Mededingingswet*⁹⁰ noem 'n wye reeks faktore wat in ag geneem moet word by die bepaling van 'n geskikte boete, wat onder andere insluit:

- die aard, duur en omvang van die oortreding;
- enige verlies of skade gelei deur die optrede;
- die optrede van die respondent;
- die markomstandighede waarbinne die oortreding plaasgevind het;
- die winsvlakke wat die oortreding meegebring het;
- die mate waarin die respondent met die mededingingsowerhede saamgewerk het en
- of die respondent voorheen skuldig bevind is aan 'n oortreding van die *Mededingingswet*.

85 “*Per se*” onwettig, beteken dat hierdie optrede altyd onwettig sal wees sonder enige ondersoek na pro-mededingende effekte.

86 Art 4(1)(b).

87 Dit is in teenstelling met Art 4(1)(a) wat 'n algemene beperking op horisontale praktyke daarstel met moontlike verdedigingsgronde, dit staan bekend as die “*Rule of Reason Prohibitions*” en sien soos volg daaruit na die na die *Wysigingswet op Mededinging* 39 van 2000: 4(1)(a) *dit die uitwerking het van wesenlike voorkoming of vermindering van mededinging in 'n mark, tensy 'n party tot die ooreenkoms, gesamentlike praktyk, of besluit kan bewys dat enige tegnologiese, doeltreffendheid- of ander pro-mededingende, voordeel wat daaruit voortspruit, swaarder weeg as daardie uitwerking*”.

88 Art 59.

89 Art 59(2).

90 Art 59(3). Sien verder *Southern Pipeline Contractors and Another v Competition Commission* CAC 6 (2011) 3.

3.4 Wat word bedoel met kriminalisering en wat is die rasionaal daarvoor?

3.4.1 Inleiding

Suid-Afrika, nes die res van die wêreld, moes vraagstukke oplos oor hoe om firmas wat hulself skuldig maak aan korporatiewe misdrywe te vervolg en uiteindelik te straf.⁹¹ Dit is egter nie so eenvoudig nie aangesien 'n firma se gedrag kollektief van aard is teenoor die individuele handeling van 'n persoon.⁹² Tans kan 'n firma wat aan karteloptrede skuldig is 'n administratiewe boete ingevolge die *Mededingingswet* opgelê word. Die *Mededingingswet* maak egter nie voorsiening vir betaling van verlies of skade aan slagoffers van karteloptrede nie.⁹³ Ten einde skadevergoeding te verhaal moet slagoffers van karteloptrede siviele eise instel. Soos aangedui, verander art 73A die posisie dienverstaande dat administratiewe boetes sowel kriminele sanksies nou toegevoeg word tot die oplossing van die kartelproblematiek.⁹⁴

3.4.2 Rasionaal vir kriminele aanspreeklikheid

3.4.2.1 Strafregtelike korporatiewe aanspreeklikheid

Daar word voorsiening gemaak vir die strafregtelike vervolging van 'n firma vir die dade/handeling/optrede van sy agente.⁹⁵ Daar is drie teorieë wat die basis vir strafregterlike aanspreeklikheid van firmas verduidelik, naamlik die sogenaamde "*Identification theory*",⁹⁶ "*Vicarious liability*",⁹⁷ en "*The derivative approach*".⁹⁸ Nes die administratiewe vervolging van 'n firma

91 *S v Coetzee* 1997 1 SACR 379 (KH) 430H.

92 *Burchell Principles of Criminal Law* 563.

93 Die Siviele Howe is getaak met die kwantifisering van enige skade wat uit niemededingende optrede spuit Art 65(5), Art 63(2) bepaal dat in terme van 'n toestemmingsbevel skadevergoeding gegee word aan 'n klaer.

94 Art 332 *Strafproseswet* 51 van 1977.

95 *Id.*

(soos huidiglik deur die Mededingingsowerhede wat die betaling van 'n boete behels), so ook is 'n boete betaalbaar by strafregtelike vervolging van 'n firma.

Deur 'n firma strafregtelik te vervolg, beteken daar word gehoor gegee aan die beginsel dat 'n skuldige persoon gestraf moet word.⁹⁹ Die individu wat homself skuldig maak aan karteloptrede doen tog so ten bate van die firma, en dus blyk dit logies dat die firma ook strafregtelik behoort vervolg te word. Dit beteken egter nie dat 'n individu nie strafregtelik aanspreeklik gehou kan word vir sy optrede nie.¹⁰⁰

3.4.2.2 Individuele strafregtelike aanspreeklikheid

Suid-Afrika het by wyse van die *Mededingingswysigingswet, 2009* kriminele aanspreeklikheid vir direkteure en bestuurders promulgeer en sodoende effektief teen korporatiewe strafregtelike aanspreeklikheid besluit.¹⁰¹

'n Aparte karteldivisie is geskep binne die bestaande institusionele raamwerk van die mededingingsowerhede.¹⁰² Die effektiwiteit van hierdie veranderinge bly egter 'n ope vraag aangesien die NVG (en nie die Mededingingskommissie nie) verantwoordelik sal wees vir die strafregtelike

96 Ontgin in Engelse reg, in terme van hierdie teorie word 'n firma alleenlik strafregtelik verantwoordbaar gehou word vir die optrede van senior agente. *Farisani "The Regulation of Corporate Criminal Liability in South Africa"* 265.

97 Met ander woorde die "Middelike Aanspreeklikheidsteorie" bepaal dat 'n firma strafregtelik verantwoordbaar gehou kan word vir die optrede van direkteure, agente en werknemers mits bewys kan word dat hierdie persone wederregtelik optree ten behoeve die firma. *Farisani "The Regulation of Corporate Criminal Liability in South Africa"* 265.

98 Die "Afgeleide teorie" bepaal dat die wederregtelike optrede 'n firma se direkteure en werknemers die van die firma is. Korporatiewe strafregtelike aanspreeklikheid in Suid Afrika funksioneer in terme van die afgeleide teorie. Kortom word die *mens rea* van 'n beskuldigde op die firma gevestig. *Farisani "The Regulation of Corporate Criminal Liability in South Africa"* 266.

99 *Farisani "The Regulation of Corporate Criminal Liability in South Africa"* 264.

100 *Id.*

101 Art 73A van die *Mededingingswysigingswet, 2009*.

102 www.compcom.co.za/2011-media-releases/2011/ [datum van laaste gebruik 16 Oktober 2013].

vervolging van 'n individu in terme van art 73A. Die betrokke art lees as volg:

- “(1) 'n Persoon pleeg 'n misdryf wanneer hy of sy, as direkteur van 'n firma, of terwyl hy of sy in diens is of voorgee om in diens te wees van 'n firma in 'n posisie met bestuursmagtiging in die firma, sodanige persoon—
- (a) veroorsaak het dat die firma deelneem in 'n verbode praktyk ingevolge art 4 (1) (b); of
 - (b) wetend ingestem het dat die firma deelneem aan 'n verbode praktyk ingevolge art 4 (1) (b).
- (2) Vir doeleindes van subart (1) (b), beteken ,wetend instem daarin berus terwyl die persoon feitelike kennis gedra het van die tersaaklike optrede deur die firma.
- (3) Behoudens subart (4), kan 'n persoon alleenlik vir 'n oortreding ingevolge hierdie art vervolg word indien—(a) die tersaaklike firma, in 'n toestemmingsbevel soos beoog in art 49D, erken het dat hy deelgeneem het aan 'n verbode praktyk ingevolge art 4 (1) (b); of (b) die Mededingingstribunaal of die Mededingingsappèlhof bevind het dat die tersaaklike firma deelgeneem het aan 'n verbode praktyk ingevolge art 4 (1) (b).
- (4) Die Mededingingskommissie—
- (a) mag nie die vervolging van 'n persoon vir 'n misdryf ingevolge hierdie art aanvra of versoek nie indien die Mededingingskommissie gesertifiseer het dat die persoon in die omstandighede toegeeflikheidswaardig is nie; en (b) kan voorleggings aan die Nasionale Vervolgingsgesag doen ter ondersteuning van toegeeflikheid vir enige persoon wat vervolg word vir 'n misdryf ingevolge hierdie art, indien die Mededingingskommissie gesertifiseer het dat die persoon in die omstandighede toegeeflikheidswaardig is.
- (5) In enige hofverrigtinge teen 'n persoon ooreenkomstig hierdie art, is 'n erkenning in 'n toestemmingsbevel soos beoog in art 49D deur die firma of 'n bevinding deur die Mededingingstribunaal of die Mededingingappèlhof dat die firma deelgeneem het in 'n verbode praktyk ingevolge art 4(1)(b), prima facie bewys van die feit dat die firma by daardie optrede betrokke was.
- (6) 'n Firma mag nie regstreeks of onregstreeks—
- (a) enige boete wat 'n persoon wat skuldig bevind is aan 'n misdryf ingevolge hierdie art, opgelê kan word, betaal nie; of
 - (b) die uitgawes wat 'n persoon aangegaan het in die verdediging van 'n vervolging ingevolge hierdie art, kwytsekeld, terugbetaal, vergoed of andersins bestry nie, tensy die vervolging laat vaar of die persoon onskuldig bevind word.”.

Van meet af het hierdie kriminaliseringsbepaling in art 73A(1)(a)&(b) vir kontroversie gesorg:¹⁰³ Die Mededingingskommissie en ander belanghebbende partye het beduidende teenkanting teen die kriminalisering van kartelbedrywighede getoon. Een van die belangrikste argumente wat voorgehou was, is dat die risiko bestaan dat die werk van die mededingingowerhede ondermyn sal word.¹⁰⁴

¹⁰³ *Infra*.

¹⁰⁴ Die Prokureurs orde van Suid-Afrika, Business Unity South Africa (BUSA) en die Bank Vereeniging van Suid Afrika (BASA) tydens die openbare verhore het verskeie

3.4.2.3 Korporatiewe kriminele aanspreeklikheid teenoor Siviele aanspreeklikheid.

Die vraag ontstaan of strafregtelike aanspreeklikheid steeds nodig is indien firmas wat siviel en administratief vervolgt word vir karteloptrede.

De Koker meen dat dit wel die geval behoort te wees want wanneer 'n misdryf 'n skuldige blootstel aan siviele en strafregtelike aanspreeklikheid, word die risiko van vervolging verhoog wat lei tot verhoogde wetsgehoorsaamheid.¹⁰⁵ Hierdie redenering is myns insiens korrek aangesien daar van enige firma redelikerwys verwag kan word om versigtiger te wees om die verbod op kartelbedrywighede te oortree en om eerder enige siviele en kriminele aanspreeklikheid te vermy.

3.5 Problematiek met kriminalisering

3.5.1 Inleiding

Omdat persoonlike aanspreeklikheid nou toegevoeg is tot die mededingingsbeleid bring dit moontlike verdere probleme tot die suksesvolle implementering van mededingingsbeleid. Soos reeds genoem, het die mededingingsowerhede ook hul stem toegesê om kommer uit te spreek dat die kriminalisering en uiteindelijke toevoeging van persoonlike aanspreeklikheid en moontlike tronkstraf die werksaamhede van mededingingsowerhede gaan belemmer.¹⁰⁶

Ingevolge art 74(1) van die *Mededingingswet* is 'n bevoegde straf vir enige persoon wat skuldig bevind word (aan kartelbedrywighede soos uiteengesit

submissies voorgedoen op 29 Julie 2008 aan die Parlementêre komitee oor Handel en Nywerheid.

105 De Koker "*Personal Liability for the Debts of the Corporation*" 163-164.

106 *Infra* vn 109.

in art 4(1)(b)), in terme van art 73A van die *Mededingingswysigingswet, 2009* 'n boete van tot R500 000, of tot tien jaar tronkstraf.¹⁰⁷ 'n Strafhof sal op 'n firma se administrasie van die oortreding moet staat maak om tot 'n bevinding te kom, wat konstitusionele vraagstukke te weegbring.¹⁰⁸ 'n Bevel wat gemaak is deur die Kommissie, sy bevindings, selfs 'n konsep hofbevel goedgekeur deur die Kommissie, sal gebruik kan word om getuienis, ten einde 'n strafhof te lei. Die mededingingsowerhede¹⁰⁹ het gevolglik eerder gewigtiger administratiewe boetes voorgedou as werkbare alternatief vir kriminalisasie van karteloptrede.¹¹⁰

Die kruks van die argument ten gunste van kriminalisasie van kartelbedrywighede, is dat die huidige administratiewe boete,¹¹¹ van 10 persent van die omset in die voorafgaande finansiële jaar, nie 'n effektiewe weermiddel is vir nie-mededingende praktyke nie en dat mededingingspleging 'n sterker weerhoudingselement benodig - met spesifieke verwysing na kartelle, aangesien sulke optrede gewoonlik oor jare plaasvind.¹¹² Die Kommissie het voorgestel dat die enige administratiewe boete wat opgelê word gebaseer moet wees op die aantal jare wat enige party hulself skuldig gemaak het aan sulke optrede.¹¹³

Tydens die openbare verhore oor die *Mededingingswysigingswet, 2009* is voor die parlementêre portefeulje komitee vir handel en nywerheid aangevoer dat alle niemededingende optrede aan 'n moontlike administratiewe boete onderwerp moet word, selfs vir eerste oortreders.¹¹⁴

107 Art 74(1).

108 *Infra*, Hoofstuk 4.

109 Shan Ramburuth en David Lewis onderskeidelik, het voorleggings in hulle amptelike hoedanighede as Hoof Uitvoerende Direkteur en voorsitter van die Mededingingstribunaal gemaak. Interessant genoeg blyk Ramburuth en Lewis nie noodwendig die siening te deel van ander soos Coffee en Wils nie. Sien bespreking hiernaas oor die argumente ten gunste kriminalisasie. Crotty *Business Report* 17; Ensor *Business Day* 2 en Creamer *Engineering News* 11.

110 *Id.*

111 Art 59.

112 Ensor *Business Day* 2.

113 *Id.*

114 Creamer *Engineering News* 11.

Die Kommissie het wel voorgestel dat 'n bepaling bygevoeg word wat die dwarsboming van die gereg kriminaliseer, welke optrede onder andere onregmatige beïnvloeding van getuies, vernietiging van dokumentêre sowel elektroniese bewysstukke insluit.¹¹⁵

3.5.2 *Argumente ten gunste vir kriminalisasie*

3.5.2.1 Boetes as effektiewe weermiddel sal onmoontlike hoë bedrae vereis

Wils¹¹⁶ argumenteer dat huidige mededingingboetes nie effektief genoeg is nie. Volgens sy berekeninge sal 'n effektiewe boete van tot 150% van die jaarlikse omset ten opsigte van die spesifieke produk van 'n firma nodig wees ten einde effektief te wees.¹¹⁷ Dit is onnodig om te noem dat met die eerste oogopslag meeste kartelfirmas moontlik nie hierdie boetes sal kan bekostig nie - die feit dat die firma finansiële voordeel getrek het deur 'n produk te kartelleer bied nie noodwendig 'n waarborg dat die firma die boetes sal kan betaal nie. Daar word egter aan die hand gedoen dat hierdie oorweging nie oorbeklemtoon moet word nie: 'n Firma neem deel aan 'n kartel vir winsmaksimalisering, en om dan 'n *de facto* "onbekostigbaarheid" verweer te skep vir 'n oortredende firma is myns insiens teenproduktief.

115 *Id.*

116 Wils "*Criminalisation of EU Competition Law*" 25-28. Hy gebruik die volgende hipotese: Hy het 10% geneem as die gemiddelde verhoging in die verkoopprijs te wyte aan die kartelooreenkoms. Hy neem verder aan dat weens die verlaagde vraag na die produk, dat konserwatief geskat 'n firma se verhoogde wins 5% van sy omset sal wees. Hy ken 'n waarskynlikheidpersentasie van 16% toe vir die opsporing en suksesvolle vervolging van die kartel, hy doen van die hand dat 'n kartel gewoonlik 'n leeftyd van 5 jaar het. Dus 'n 10% verhoging in die verkoopprijs wat lei tot 'n 5% verhoging in wins en 'n 16% kans dat die kartel identifiseer sal word is die enigste boete wat as suksesvolle weermiddel sal dien 150% van die produk omset. Hy bring 'n oortuigende argument dat die waardes wat hy aan sy aannames toegeken het baie konserwatief is en dat die werklikheid en spesifieke statistiese ontleding van enkele produkte nóg groter boetes daar sal stel. Neem verder in ag dat vergelykbare studies in die res van die wêreld 'n tot 25% verhoging in die verkoopprijs daarstel, hy noem ook dat hierdie boete rente vry is omdat die boete eers betaalbaar sal wees na 'n paar jaar met die inagneming van enige litigasie en ander ondersoek tydperke.

117 *Ibid.*

Die probleem met sulke swaar boetes is natuurlik dat dit die huidige statutêre beperking¹¹⁸ ten opsigte van mededingingsboetes in meeste gevalle sal oorskry. 'n Verdere element is dat baie firmas in die Suid Afrikaanse mark gespesialiseerd is en net in een marksegment bedrywig is, en nie noodwendig oor ander produklyne beskik om die boete vir 'n spesifieke produk te subsidieer nie.¹¹⁹ Om hierdie rede bestaan 'n wesenlike risiko dat die firma nie die boete sal kan betaal nie. Selfs al kon firmas sulke hoë boetes bekostig sal dit onvermydelik lei tot verhoogde pryse van alle produkte want die boete sal bloot deurgesyfer word aan die verbruiker.¹²⁰

Wils¹²¹ deel die siening dat 'n risiko van bekostigbaarheid bestaan. Hy argumenteer dat 'n kartel tot 50% van hulle jaarlikse omsetgroei aan 'n spesifieke kartelleerde produk kan toeskryf.¹²² Hy merk dat indien 'n firma hierdie winste behou het, dit slegs een derde van die boete sou kon dek. Werden¹²³ meen egter dat dit meer realisties is om aan te neem dat enige firma hierdie winste spandeer aan belasting, dividende, salarisse en lone.

Indien Werden korrek is, kan aanvaar word dat werknemers, krediteure en aandeelhouders direk voordeel geput uit die karteloptrede en is dit daarom myns insiens verkeerd om hierdie groep se belange te oorbeklemtoon bo die van die algemene publiek wanneer dit by boete-oplegging kom.

118 Art 59(2) stel die huidige beperking op 10% van die firma se omset in die voorafgaande boekjaar.

119 *Id.*

120 Coffee "No Soul to Damn" 401-402. Aproskie en Goga "Administrative Penalties – Impact and Alternatives" 2 <http://www.compcom.co.za/assets/Uploads/events/Fourth-Competition-Law-Conference/Session-2A/Aproskie-and-Goga-Administrative-Penalties-Impact-and-Alternatives.pdf> [Datum van laaste gebruik 13 Oktober 2013].

121 *Supra.*

122 Wils neem 'n ietwat hoër 10% as basis vir verhoogde omsetwinst en 'n 33% waarskynlikheidpersentasie vir die opsporing en suksesvolle vervolging, hy behou 5 jaar as die gemiddelde tydperk vir die bestaan van 'n kartel.

123 Werden & Simon "Why Price fixers should go to Prison" 928.

Kraakman¹²⁴ wys egter op die risiko dat 'n firma in likwidasie se bates nie genoeg sal wees om die boete te delg nie aangesien menige firmas se omset hul fisiese bates oorskry. Indien sulke hoë boetes opgelê word, kan dit noodgedwonge tot bankrotskap lei, wat om die beurt eiesoortige morele en maatskaplike vraagstukke teweegbring.¹²⁵ Al firmas wat sulke hoë boetes sal kan bekostig is, is firmas met 'n hoë bate tot omset verhouding.¹²⁶

Wils¹²⁷ noem dat selfs al sou die boetes laer wees, en die firma oor vermoëns beskik om die boete te betaal daar steeds verreikende nadelige gevolge vir alle belanghebbende partye sal wees, toe te skryf aan die feit dat skuldige firmas 90% van die tyd in nie-perfekte mededingende markomstandighede funksioneer. Coffee¹²⁸ deel hierdie standpunt en noem dat verbandhouders asook ander krediteure benadeel word deur die verminderde waarde van hul sekuriteite en eise. Werknemers word blootgestel aan kostebesparingmaatreëls wat geïmplementeer word om bedryfskoste te verlaag as gevolg van die boete.¹²⁹ Belastinginkomste word ook onder druk geplaas.¹³⁰

Daar kan saamgestem word dat die belange van werknemers beskerm moet word maar, dit word aan die hand gedoen dat 'n lakse toepassing van boetes nie die geskikte benadering is nie. Indien boetes oneffektief is as weermiddel sal kriminalisasie om hierdie rede ook oneffektief wees aangesien dit net so problematies kan wees om 'n individu se regte te balanseer in hierdie konteks.

124 Kraakman "Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls" 882.

125 *Id.*

126 Werden & Simon "Why Price fixers should go to Prison" 928-929.

127 *Supra.*

128 Coffee 401-402.

129 *Id.*

130 *Id.*

Coffee se standpunt is egter nie sonder meriete nie. Dit is my submissie dat oorweging gegee moet word aan die feit dat in sommige gevalle kostebesparings en ander besnoeiingsmaatreëls juis vermy word deur die karteloptrede. Die verbruiker, werknemers en ander belanghebbende partye se risiko vir benadeling bestaan in elk geval indien die kartel nooit bestaan het nie, en hierom word myns insiens 'n versigtiger benadering vereis in die bepaling van die omvang van benadeling by boete-oplegging. Ek meen dus dat die problematiek met die balansering van die botsende belange naamlik verbruikerbeskerming, versekering van genoegsame mededinging binne 'n mark (wat die indirek die belange van 'n oortredende firma insluit) en genoegdoening deur 'n firma die persepsie aanvuur dat boetes nie as effektiewe weermiddel dien nie. Dis verder my mening as gevolg van die oorbeklemtoning van werknemers en aandeelhouers se regte teenoor die van openbare belang by boete-oplegging (wat in praktyk laer boetes tot gevolg het)¹³¹ juis die rede is waarom boetes as oneffektief gekarakteriseer word. Dit word van die hand gedoen dat 'n harmonisering van teenstrydige belange eerder in orde sou wees as 'n beleidsverandering by wyse van die kriminalisering van karteloptrede.

As teenvoeter vir hierdie paradoks en harmonisering van belange het die wetgewer sy weg oop gesien om karteloptrede te kriminaliseer, maar dit blyk bloot 'n simptomatiese reaksie te wees vir die "oneffektiwiteit" van monetêre boetes. Dit is my mening dat kriminalisasie van karteloptrede nie die kartelvraagstuk sal oplos nie maar bloot 'n skuldige persoon gevangenisstraf oplê. Dit is verder my mening om 'n skuldige persoon gevangenisstraf op te lê noodwendig nie genoeg sal wees om die openbare belang te beskerm nie, en boetes steeds verwag sal word deur die publiek, wat dan weer die selfde voorbehoude oproep ten einde bepaling van 'n geskikte boete. Die risiko bestaan dus dat kriminalisasie van karteloptrede as 'n blote rasionalisering sal dien vir laer boetes deurdat

131 Pioneer Foods was die eerste firma om die maksimum boete op gele te word. Vorige boetes het gewissel van slegs 5-8% Muzata & Mnisi 7.

dit die deur ooplaat vir 'n firma om alle skuld voor die deur van 'n spreekwoordelike “scape-goat” te lê. Daar is myns insiens geen twyfel daarin dat die mededingingsowerhede in die toekoms submissies sal moet oorweeg wat voorhou dat 'n firma kwalik nie 'n te swaar boete opgelê kan word nie, veral inaggenome dat die firma ook 'n “slagoffer” van 'n gewetenlose kartellis is.¹³²

Dus word van die hand gedoen dat dit van uiterste belang is dat 'n waardebeplanning gedoen word by die oplegging van boetes en 'n nugtere balans getref moet word tussen die belange van die firma en die van die publiek én dat die effektiewe aanwending van monetêre boetes steeds die deurslag behoort te bied in die oorlog teen kartelle en dat kriminalisasie van kartelbedrywighede nie 'n towerstaf is wat kartelle finaal sal uitwis nie, eerder dalk net die teenoorgestelde aangesien 'n firma die moontlikheid van 'n “scape-goat” net te aanloklik mag vind. Om hierdie toedrag van sake te vermy sou dit myns insiens meer gepas wees om eerder 'n gesamentlike en afsonderlike strafregtelike aanspreeklikheid te skep, waarby beide die individu en firma strafregtelik vervolgd word.

3.5.2.2 Boetes waarborg nie genoegsame individuele inisiatief binne die firma nie

Die rasionaal vir korporatiewe boetes as effektiewe weermiddel is dat die risiko van monetêre benadeling van die firma sy verteenwoordigers sal weerhou van kartellistiese aktiwiteite.¹³³ Wils¹³⁴ argumenteer dat die wetstoepassing in die vorm van kriminalisering van kartelbedrywighede in hierdie omstandighede sin maak aangesien die moontlikheid van boete-

132 Murray & Roberts se reaksie op (onder andere) kartelbevindings deur die Mededingingskommissie by wyse van hul hoofuitvoerende beampte Henry Laas in 'n ope brief, soos verskyn op 21 Julie 2013 in die Business Day, bied myns insiens 'n aanduiding van wat te wagte kan wees: “*This collusive conduct was never known to, and much less endorsed, by our board. It was the result of unauthorised actions of a handful of directors in our subsidiary companies.*”

133 *Ibid.*

134 Wils “*Criminalisation of EU Competition Law*” 28.

oplegging 'n firma in staat stel om sy agente te beheer, en kriminalisasie as addisionele middel vir hierdie doel aangewend word. In 'n beleidsverklaring neem Price Waterhouse Cooper die volgende standpunt in oor etiese praktyke vir korporatiewe entiteite en hul direkteure:¹³⁵

“An appropriate ethical tone should be established at the top by the board and senior executives and cascades throughout the organisation. This is necessary as sound moral values and ethics are propagated not by the drafting of policies but by the conduct of individuals. The Institute of Directors code of ethics states that the responsibility of a director is primarily towards the company, then to its shareholders and then to all stakeholders. The effectiveness of free enterprise and the market economy demand responsibility and it is important that business activity is directed by people of integrity, fairness and vision. Fair competition is fundamental to the free enterprise system. Directors should support laws regulating restraints of trade, unfair practices, abuse off the unscrupulous use of economic power and collusive practices.”

Tyd het egter geleer dat hierdie realiteit nie altyd strook met die ideaal dat 'n firma se agente nie hierdie beginsels en etiese kodes gehoor aanslaan nie. Wils noem dat 'n firma nie in alle omstandighede die gedrag van sy agente sal kan beheer nie.¹³⁶ Beteken dit dat korporatiewe boetes nie 'n effektiewe weermiddel is vir kartellistiese aktiwiteite nie? Hierdie vraag moet myns insien steeds in die negatief beantwoord word. Dit is my respekvolle submissie dat 'n firma se verantwoordelikheid hom nie ontsê kan word nie en dat firmas 'n plig het om interne meganismes daar te stel vir die effektiewe beheer van hul agente. Dit is juis wanneer hierdie beheer ontbreek dat kartelvorming geskied. Soos hierbo aangedui, is 'n waardebeoordeling nodig, waartydens beheer oor agente juis 'n faktor is wat in ag behoort geneem te word by boete-oplegging.

Wils noem dat 'n situasie kan bestaan waar 'n betrokke firma nie in staat is om effektiewe interne beheer en strafmaatreëls in plek te kry om hul agente te dissiplineer nie, of wel bestaande gebrekkige maatreëls in plek het.¹³⁷ 'n Situasie kan ook ontstaan waar die verantwoordelike persoon nie meer

135 PWC “*Anti Competitive Practices*” CGN 4 <http://www.iodsa.co.za/page?=ForumCGN> [Datum van laaste gebruik 5 Maart 2013].

136 Wils “*Criminalisation of EU Competition Law*” 25-28.

137 *Id.*

werkzaam is by die firma nie en daar is weinig min wat 'n firma aan 'n vorige werknemer kan doen.¹³⁸ Dit bly myns insiens egter steeds die verantwoordelikheid van die betrokke firma om te streef na die implementering van effektiewe beheer maatreëls en indien nodig korrektiewe stappe te neem teen huidige en vorige werknemers.

3.5.2.3 Kriminele sanksies is 'n effektiewe weermiddel

Individuele boetes en die verbod dat firmas dit namens die direkteure betaal, asook moontlike gevangenisstraf is baie swaar individuele sanksies. Daar is genoegsame bewyse dat kriminalisasie en individuele kriminele sanksies uiters effektief is in die oorlog teen kartelle, soos blyk uit verskeie jurisdiksies waar dit wel al implementeer is.¹³⁹ Kriminalisasie van kartelbedrywighede was uiters suksessvol in die VSA waar die gedagte om karteloptrede te kriminaliseer sy oorsprong het. Hammond beskryf hierdie effektiwiteit as volg:¹⁴⁰

“We the [US Department of Justice] are observing firsthand in some of our investigations how the threat of criminal prosecution in the United States has deterred a significant number of global cartels from extending their conspiracy into the United States. We have uncovered cartels that operated profitably and illegally in Europe, Asia, and elsewhere around the world, but did not expand their cartel activity to the United States solely because it was not worth the risk of U.S. sanctions. I am referring to cartels that had every opportunity to target U.S. consumers, because they sold in the U.S. market. Indeed, in some cases, the U. S. market was the largest and potentially most profitable but collusive conduct still ceased at the border. Why? The answer, from the mouth of the cartel members and verified by our investigators, is that the executives did not want to get caught ...”

Kolasky¹⁴¹ meld dat kartelliste doelbewus hulself weerhou van karteloptrede binne die VSA juis weens die ware en wesenlike gevaar van strafregtelike vervolging. Vergaderings en ander optrede word oorsee behartig en alle werknemers is sover moontlik nie bewus van enige

138 Sien ook Wils “*Optimal Antitrust Fines*” 17-20.

139 *Id.*

140 Hammond “*Cornerstones of an Effective Leniency Program*” 12-14.

141 Kolasky “*Criminalizing Cartel Activity: Lessons from the U.S. Experience*” 11-12.

karteloptrede nie, alles in 'n poging om vervolging in die VSA vry te spring.¹⁴²

Soos aangedui, bestaan die kommer egter dat direkteure en ander individue minder geneë sal wees om saam met die mededingingsowerhede te werk weens die vrees vir vervolging en bloot voort sal gaan met die karteloptrede en net met meer geheimhouding, of dít sal staak maar nooit onder die aandag van die owerhede bring nie, dit wil sê die “regte ding doen”, maar sonder enige nagevolge.

3.5.2.4 Kriminele sanksies stuur 'n sterk morele boodskap

Agente van 'n firma mag meer geneë wees om binne die perke van die reg te handel, indien die moontlikheid van swaar monetêre boetes en gevangenisstraf of beide in die gesig gestaar word. Stone¹⁴³ meen dat die individu 'n morele verpligting voel om binne die perke van die reg te leef ongeag of daar 'n moontlikheid bestaan dat hy tot verantwoording geroep sal word en dat hierdie normatiewe verbintenis *eo ipso* verduideliking bied vir die weerhouding van kartelaktiwiteite eerder as die individu se eie belang ten opsigte vermyding van gevangenisstraf.

Sielkundige navorsing¹⁴⁴ ondersteun Stone se hipotese, deur toe te gee dat normatiewe verbintnisse gewoonlik 'n belangrike verduidelikende faktor vir individuele wetsgehoorsaamheid is. Wils¹⁴⁵ wys daarop dat kriminele sanksies nie net as weermiddel dien nie, maar ook 'n gefundeerde en reële straf daarstel vir enige individu wat bereid is om deel te neem aan karteloptrede. Strafregtelike vervolging van kartelliste het 'n morele effek deurdat dit 'n duidelike morele boodskap vir die spontane wetsgehoorsame

142 *Id.*

143 Stone “*Sentencing the Comparison*” 389.

144 Tyler “*Why people Obey the Law*”.

145 Wils “*Criminalisation of EU Competition Law*” 31-32.

individu lewer, wat 'n individu se morele verbintenis tot wetsgehoorsaamheid bevestig.¹⁴⁶

Volgens Wils¹⁴⁷ is daar geen ander sanksie wat beter uitdrukking bied as gevangenisstraf vir die afkeuring van kartelaktiwiteite nie. Dít bied 'n eiesoortige boodskap vir die individu waartoe administratiewe boetes en ander individuele boetes nie in staat is nie. Wils noem dat 'n wesenlike gevaar van gevangenisstraf meer effektief is as die laasgenoemde alternatiewe, omdat gevangenisstraf vir 'n korporatiewe individu soveel meer nuuswaardig is en meer publisiteit gegenereer word deur skuldigbevindings en vonnisopleggings wat om die beurt verhoogde bewustheid oor die wesenlike gevaar van gevangenisstraf skep (die sogenaamde “*name and shame*”).¹⁴⁸ Wils se siening word gedeel deur Bauer wat suggereer tot die eiesoortige karakter wat kriminele sanksies bied:¹⁴⁹

“The sight of A. Alfred Taubman¹⁵⁰, the extremely wealthy chairman of the board of Sotheby's, the world famous auction house, convicted and sentenced, at the age of 78, to a one-year term of imprisonment and a substantial fine for participating in a price fixing conspiracy, doubtless sent a message, sent a message about the risks and penalties for this kind of behaviour.”

Liman se verduideliking is ietwat meer verfyn:¹⁵¹

“For the purse snatcher, a term in the penitentiary may be little more unsettling than basic training in the army. To the business man, however, prison is the inferno, and conventional risk/reward analysis breaks down when the risk is jail. The threat of imprisonment, therefore, remains the most meaningful deterrent to antitrust violations.”

3.5.3 Argumente teen kriminalisasie

146 *Id.*

147 Wils “*Criminalisation of EU Competition Law*” 32.

148 *Id.*

149 Bauer “*Reflections on the Manifold Means of Enforcing the Antitrust Laws*” 307.

150 As voorsittende beampte van die een van die wêreld se beroemste professionele afslaer firmas – Sotheby's, is Taubman skuldig bevind dat hy met een van sy grootse mededingers, Christie's saamgesweer het om hul afslaers Kommissies vas te stel om afslaers se winste 'n hupstoot te gee.

151 Liman “*The Paper Label Sentences: Critique*” 630-631.

3.5.3.1 Die Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram

Die Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram is in 2004 as meganisme aangeneem om die Mededingingskommissie se pogings in kartelvervolging in terme van art 4 van die *Mededingingswet* te ondersteun en is in 2008 gewysig ten einde dit meer effektief te maak. Die Toegeeflikheidsprogram is slegs van toepassing op kartelle en karteloptrede. Die program is in wese 'n pleitooreenkoms-prosedure tussen 'n oortredende firma en die Kommissie, waar laasgenoemde immuniteit ontvang vir volle samewerking met die owerhede.¹⁵²

Soos aangedui is die Mededingingskommissie sterk gekant teen enige kriminalisasie van karteloptrede en meen dat dit die ordentlike funksionering van die mededingingsowerhede sal ondermyn. Ramburuth en Lewis¹⁵³ argumenteer dat hierdie bepalings firmas daarvan sal weerhou om uit vrye wil die Mededingingowerhede te nader en om toestemmingsbevele ("*consent orders*")¹⁵⁴ op te neem. Hulle het tydens die dienende parlementêre komitee vir handel en nywerheid se openbare verhore oor die *Mededingingswysigingswet, 2009*¹⁵⁵ hulle teenkanting as volg te kenne gegee:

"By criminalising anti competitive behaviour and making individuals personally liable, which means facing the prospect of criminal action, company directors would be far less willing to reach consent agreements with the competition authorities; We must point out that all of the significant cartel convictions for example the bread cartel, scrap metal and pharmaceutical – have come in the form of admissions contained in the consent orders."

Ramburuth¹⁵⁶ blyk in die effektiwiteit van die Kommissie se Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram te glo.¹⁵⁷ In terme van die

152 Crotty *Business Report* 17

153 *Id.*

154 Art 49D.

155 Crotty *Business Report* 17.

156 *Id.*

157 Tydens die openbare verhore oor die wysigingswet het Ramburuth daarop gewys dat die Toegeeflikheidsprogram onder andere verantwoordelik was vir die suksessvolle vervolging van die farmaseutiese en die brood kartelle, hy suggereer dat sonder

Mededingingswysigingswet, 2009 het die Kommissie nie die bevoegdheid om immuniteit teen strafregtelike vervolging toe te staan nie, en sodoende kan die werking van die program ondermyn word. Duidelik was die wetgewer hiervan bewus en het voorsiening gemaak dat die NVG voorleggings oor toegeeflikheidswaardigheid deur die Mededingingskommissie kan oorweeg voor die inisiëring van strafregterlike verrigtinge.¹⁵⁸ Alhoewel in praktyk die NVG in alle waarskynlikheid gehoor sal gee aan die Mededingingskommissie in hierdie verband, bestaan daar egter geen waarborge nie. Deur die Kommissie bloot 'n diskresie te bied om voorleggings te maak aan die vervolgingsgesag oor die “toegeeflikheidswaardigheid” van 'n individu word die Kommissie egter sy mag ontnem met betrekking tot enige moontlikheid van kriminele toegeeflikheid. Dit is duidelik dat enige firma versigtig sal wees om die Kommissie te nader uit die hoofde van 'n Toegeeflikheidsprogram wat nie toegeeflikheid kan waarborg nie.

Baker¹⁵⁹ wys egter op die feit dat 'n sisteem wat kriminele sanksies oplê aan die individu nie alleen “*whistle blowing*” uit vrees aanspoor nie, maar ook uit wraak. Hy stel dit as volg:

“The desire for revenge is most picturesque, but is still very much present. In my experience, disgruntled current employees, fired employees, former trade associations officials, and even ex spouses and ex lovers may be anxious to finger the individuals who they think have done them in.”

Soos aangetoon is die grootse kritiek teen enige sisteem wat 'n Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram en administratiewe boetes sonder die aanwesigheid van kriminele sanksies gebruik in kartelvervolging, basies is dat die individue wat verantwoordelik was vir die firma se kartellistiese optrede, te lig daarvan afkom deurdat die *firma* en nie die individu, die uiteindelijke verantwoordings doen en geen aansporing bied vir eerlike en

hierdie program die kartelle dalk nooit tot aandag sou gekom het nie. Crotty *Business Report* 17.

158 Art 73A(4)(a)-(b) saamgelees met Art 50, *Mededingingswysigingswet*, 2009.

159 Baker “*The Use of Criminal Law Remedies*” 694-696.

deursigtige handeling deur 'n firma se verteenwoordigers nie.¹⁶⁰ Daar kan egter saamgestem word dat die Toegeeflikheidsprogram relatief jonk is en nog nie die geleentheid gegun is om tot sy volle potensiaal te kom nie. Ramburuth waarsku my insiens korrek, oor die “sidderende gevolge” van kriminalisasie en die gevolge daarvan op die Toegeeflikheidsprogram.¹⁶¹

3.5.3.2 *Beginsels van die Toegeeflikheidsprogram.*

3.5.3.2.1 “First to the door”

Slegs een lid van 'n kartel sal kwalifiseer vir immunititeit en hierdie beperking dien dus as aansporing vir kartellede om eerste by die Kommissie uit te kom en om immunititeit aansoek te doen. Die “*first to the door*” beginsel is nie eie aan Suid-Afrikaanse mededingingsregspleging nie.¹⁶² Daar moet voorts daarop gelet word dat volle immunititeit aan die eerste kartellis nie noodwendig 'n toegeeflike benadering deur die mededingingsowerhede teenoor ander kartelliste uitsluit nie.¹⁶³

3.5.3.2.2 Volle erkenning

Die Toegeeflikheidsprogram vereis dat aansoekers die volle omvang van hul handeling erken in ruil vir immunititeit.¹⁶⁴ Lavoie¹⁶⁵ noem dat indien hierdie erkenning ontbreek dit die Kommissie se ondersoek ondermyn en uiteindelik die werking van die program benadeel. Hierdie benadering strook met internasionale praktyk.¹⁶⁶

160 *Supra*.

161 Creamer *Engineering News* 11.

162 Amerikaanse Departement van Justisie Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram beskikbaar by <http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal/leniency.htm> [Datum van laaste gebruik 20 Oktober 2013].

163 Lavoie “*The Development of Competition Law*” 137-153. Sien ook Lavoie “*South Africa’s Corporate Leniency Policy*” 141-162.

164 Toegeeflikheidsprogram 2004 by 3.5 en 5.6

165 Lavoie “*The Development of Competition Law*” 137-153. Sien ook Lavoie “*South Africa’s Corporate Leniency Policy*” 141-162.

166 Lavoie “*The Development of Competition Law*” 141.

3.5.3.2.3 Alle handeling is vatbaar vir toegeeflikheid

Alle karteloptrede in terme van die *Mededingingswet* val in die bestek van die program.¹⁶⁷ Die Kommissie bepaal dat aansoeke om immunititeit gedoen kan word ten aansien van enige optrede waarvan die Kommissie bewus is, maar nie genoegsame bewys het om suksesvol te vervolg nie, asook enige optrede waarvan die Kommissie onbewus mag wees.¹⁶⁸

3.5.3.2.4 Immunititeit word voorbehou

Volle immunititeit teen vervolging word eers verleen by finalisering van 'n aangeleentheid waar die Tribunaal of die Kommissie 'n bevinding gemaak het. Lavoie¹⁶⁹ wys op die belangrikheid hiervan om te verseker dat 'n firma se volle samewerking verkry word. Immunititeit is onderhewig aan drie vereistes wat vervul moet word:¹⁷⁰

- 'n skuldige party moet ten volle eerlik wees en alle karteloptrede openbaar;
- die aansoeker moet sy volle samewerking bied tot-en-met afhandeling van die aangeleentheid en
- die karteloptrede moet dadelik gestaak word.

3.5.3.3 *Wysigings aan die program*

In 2008 het die Kommissie die program gewysig om dit nog meer effektief te maak en het op die volgende vyf areas gefokus.

3.5.3.3.1 Regsekerheid

167 *Id* op 141-142.

168 Toegeeflikheidsprogram by 5.5 en 10.1.

169 Lavoie "*The Development of Competition law*" 142.

170 *Id* op 142-143.

Lavoie¹⁷¹ wys daarop dat die wysigings regsekerheid skep rondom die Kommissie se omgaan met aansoeke om immuniteit. Voor die wysiging het die Kommissie 'n diskresie gehad om vrystelling teen vervolging te bied, nou word vrystelling gewaarborg indien die vereistes van die Kommissie na gekom word.¹⁷² Alhoewel art 21 saamgelees met art 79 van die *Mededingingswet* die Kommissie in staat stel om riglyne te implementeer soos die Kommissie dit nodig ag, word daar nie uitdruklik in die wet voorsiening gemaak vir 'n Toegeeflikheidsprogram nie. Dit is my mening dat verhoogde regsekerheid en beskerming bevorder sou kon word deur sodanige uitdruklike vermelding in die wet en dat die wetgewer homself hier 'n geleentheid ontsê het.

3.5.3.3.2 Verdere Immuniteit

Leiers en stigters ("*ringleaders*") van 'n kartel is ook nou geregtig om, om immuniteit aansoek te doen. Daar kan met Lavoie¹⁷³ saamgestem word waar sy daarop wys dat verwydering van enige beperking op die ringleiers om aansoek te doen om immuniteit, verdere onstabieleit skep binne 'n kartel en die moontlikheid verhoog om die kartel onder die aandag van die Kommissie te bring.

3.5.3.3.3 'n Merker prosedure

Hierdie prosedure wat strook met internasionale praktyk stel 'n voornemende applikant in staat om sy plek in die aansoekry te reserveer terwyl interne ondersoeke afgehandel word en inligting bekom word vir 'n aansoek om immuniteit.¹⁷⁴ Die aansoeker sal 'n tydperk gegun word om die

171 *Id* op 144.

172 *Id*.

173 *Id* op 145-146.

174 *Id*.

voorgenoemde te doen en dan die merkersposisie te omskep in 'n aansoek om vrystelling in terme van die Toegeeflikheidsprogram.¹⁷⁵

3.5.3.3.4 Mondelinge verklarings

Om die aanloklikheid van die Toegeeflikheidsprogram te bevorder word voorsiening gemaak vir aansoekers om mondelinge verklarings aan die Kommissie te doen.¹⁷⁶ Dit is veral nuttig wanneer firmas met internasionale belange hul verantwoordelikheid assesseer in terme van ander jurisdiksies.¹⁷⁷

3.5.3.3.5 Punt van kontak

Die Mededingingskommissie het 'n enkele punt van kontak by wyse van die “*Enforcements and Exemptions*” departement bevestig vir enige aangeleenthede ten opsigte van die Toegeeflikheidsprogram. Die voordeel hieraan is natuurlik dat dit poog om die hele proses te versnel en enige onnodige administratiewe rondslomp te verhoed deur alle funksies te sentraliseer.¹⁷⁸

3.5.3.4 *Kriminalisasie ondermyn die werking en uiteindelijke sukses van die Toegeeflikheidsprogram*

Kriminalisasie van karteloptrede voeg 'n addisionele liggaam by die owerhede wat reeds getaak is met die polisiëring van kartelle, naamlik die Nasionale Vervolgingsgesag. Manoim¹⁷⁹ gee sy kommer as volg te kenne

175 *Id* op 146.

176 Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram by 15.

177 Lavoie “*The Development of Competition Law*” 146-147. Sien ook Lavoie “*South Africa’s Corporate Leniency Policy*” 141-162.

178 <http://www.compcom.co.za/assets/Uploads/AttachedFiles/MyDocuments/11-Aug-09-New-head-of-Enforcements-and-Exemptions-Division.pdf> [Datum van laaste gebruik 4 November 2013].

179 Visser “*Business Day*” <http://www.bdlive.co.za/business/2013/03/15/avoid-criminal-sanctions-for-sa-cartels> [datum van laaste gebruik 18 Oktober 2013].

en meen dat hierdie dualistiese vervolgingsraamwerk problematies kan wees:

"I do not think that in dual administration proceedings it is a good idea to introduce criminal sanctions. Dual administration proceedings [are] is where one authority prosecutes the firm for cartel activities under a civil law standard, and another prosecutes the individual under a criminal standard for criminal activity."

Die Mededingingskommissie sal steeds verantwoordelik wees vir die vervolging van kartelle in terme van die *Mededingingswet* maar nie die uiteindelijke strafregtelike vervolging nie. Manoim deel die standpunt oor die gevaar dat die Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram ondermyn kan word deurdat die individu minder geneë sal wees om saam te werk met die mededingingsowerhede en aansoek te doen vir moontlike immuniteit, aangesien sodanige immuniteit slegs van toepassing sal wees op sy firma terwyl 'n wesenlike risiko van strafregtelike vervolging in 'n privaat hoedanigheid bestaan. Hy noem dat veral ontwikkelende lande nie tans gereed is vir kriminalisering van karteloptrede nie, aangesien die mededingingsowerhede die risiko loop om kartelliste nie effektief te vervolg nie.¹⁸⁰

Bloom¹⁸¹ deel egter nie hierdie standpunt nie en suggereer dat 'n Toegeeflikheidsprogram juis meer suksesvol is wanneer dit gekoppel word aan die werklike gevaar van kriminele sanksies. Sy stel dit as volg:

"Another factor that illustrates the effect of criminal powers is the extent to which international cartels are first uncovered through amnesty applications to the [US Department of Justice]. In the cases, it is the threat of criminal sanctions that drives executives to go first to the [US Department of Justice] – and only later to the European Commission and other relevant authorities. Without the U.S. criminal sanctions and active enforcement record, how many of these cases would be revealed by leniency applications to the European Commission? It is, of course, impossible to answer this question, but I answers might well be few."

Die voorgestelde kriminalisasie van karteloptrede blyk egter in die Suid-Afrikaanse konteks problematies te wees want die Kommissie het geen

180 *Id.*

181 Bloom M "The Great Reformer: Mario Monti's Legacy in Article 81 and Cartel Policy" 1 (2005) Competition Policy International 55.

magte om 'n aansoeker immuniteit teen strafregtelike vervolging te bied nie, bloot net om te sertifiseer dat 'n persoon toegeeflikheidswaardig is:¹⁸²

“toegeeflikheidswaardig”, wanneer gebruik met betrekking tot 'n firma in art 50 beoog, of 'n persoon in art 73A beoog, dat die firma of persoon inligting aan die Mededingingskommissie verskaf het, of op 'n ander wyse saamgewerk het met die Kommissie se ondersoek na 'n beweerde verbode praktyk ingevolge art 4(1)(b), ter bevrediging van die Kommissie”

Die probleem met die definisie van “toegeeflikheidswaardig” is dat dit baie wyd omskryf is en 'n wye diskresie word aan die Kommissie gee, en dus word geen persoon 'n waarborg gebied om die Kommissie se steun te ontvang nie. Die Kommissie word nie verplig om toegewings aan die vervolgingsgesag te maak nie. Vrae ontstaan ook hoe hierdie toegeeflikheidswaardigheid bevestig sal word.

Dit blyk dat die Mededingingskommissie as minimum vereiste 'n sertifikaat sal uitreik indien dit bevind 'n individu is toegeeflikheidswaardig.¹⁸³ Die NVG sal enige bevinding van toegeeflikheidswaardigheid deur die Kommissie bloot in aanmerking moet neem in 'n besluit oor die inisiëring van strafregtelike verrigtinge, sonder enige verpligting om daaraan uitvoering te gee, en om hierdie rede is die Kommissie nie in 'n posisie om enige waarborge aan 'n individu te bied nie Dit is juis hierdie gebrek aan enige waarborge wat die aantreklikheid van die Toegeeflikheidsprogram verwater.

3.5.4 'n Dualistiese vervolgingsraamwerk

Alhoewel dit wesenliker sou wees vir 'n firma om eers strafregtelik vervolgt te word en daarna administratief weens sekere bewysregtelike en konstitusionele voorbehoude¹⁸⁴ kan kriminele vervolging van 'n kartelis nie inisieer word alvorens die mededingingsowerhede die geleentheid

182 *Supra*.

183 Die gebruik van die woorde “in die voorgeskrewe vorm” in art 50(a) van die *Mededingingswysigingswet*, 2009 suggereer hiertoe.

184 Hoofstuk 4 *Infra*.

aangehoor het nie en 'n bevinding gemaak het nie.¹⁸⁵ Sodanige bevinding kan dan om die beurt gebruik as *prima facie* bewys in 'n kriminele vervolging.¹⁸⁶ Indien die individu vervolg sou word sal dit egter myns insiens meer druk op 'n reeds oorbelaaste kriminele stelsel plaas aangesien 'n substansiële deel van die ondersoek na die kartelbedrywighede deur hierdie sfeer behartig sal moet word. David Lewis¹⁸⁷ deel hierdie siening:

“[O]ur society and legislature doesn't have a strong culture of competitive legislation. The criminal justice system is already too overburdened to give it the priority it deserves.”

'n Wesenlike gevaar is ook geleë in moontlike botsende belange wat in 'n dualistiese ondersoekomgewing ontstaan. Indien die firma eers siviël vervolg word vir karteloptrede kan dit jare neem vir litigasie om tot 'n einde te kom, as gevolg van die geneigdheid van firmas se wending tot die “Stalingrad-benadering”¹⁸⁸, wat effektief die vervolging van die individu uitstel. Dit is hoogs waarskynlik dat hierdie toedrag van sake 'n meer algemene verskynsel sal raak,¹⁸⁹ juis om kriminele vervolging so lank moontlik uit te stel. Wanneer 'n individu aangekla word, is daar moontlik konstitusionele en bewysregtelike kwessies¹⁹⁰ wat eers die hoof gebied moet word en dit kan ook in hierdie stadium 'n geneigdheid tot 'n *legio* interokulêre prosedures en uiteindelik verdere litigasie tot gevolg hê.¹⁹¹

3.5.5 Sekere karteloptrede is reeds gekriminaliseer.

185 Art 73A, *Mededingingswysigingswet*, 2009. Bepaal dat 'n persoon alleenlik vervolg kan word indien 'n toestemmingbevel toegetree is toe of 'n bevinding gemaak is deur die Mededingingsowerheid.

186 *Id.*

187 Carte *Moneyweb* <http://www.moneyweb.co.za/moneyweb-corporate-governance/dont-jail-offenders--competition-boss> [datum van laaste gebruik 18 Oktober 2013].

188 Davis DM Regter President van die Mededingingappelhof, “*Reflecting on the Effectiveness of Competition Authority*”, beskikbaar by <http://www.comptrib.co.za/publications/speeches> [datum van laaste gebruik 18 Oktober 2013].

189 *Id.*

190 Hoofstuk 4, *Infra*.

191 Davis DM Regter President van die Mededingingappelhof, “*Reflecting on the Effectiveness of Competition Authority*” beskikbaar by <http://www.comptrib.co.za/publications/speeches> [datum van laaste gebruik 18 Oktober 2013].

3.5.5.1 *Promotion and Combating of Corrupt Activities Act*¹⁹² (*PCCA*)

In 'n situasie nie eie aan Suid-Afrika¹⁹³ nie is samespannende tenders reeds by wyse van die *PCCA* gekriminaliseer. Die bevoegde strawwe wat opgelê kan word in terme van hierdie wet wissel van lewenslange gevangenisstraf tot 'n boete, en werk op 'n gyskaal deur die howe¹⁹⁴

Die wetgewer het die vangnet van die *PCCA* so wyd moontlik gemaak. Enige persoon wat direk of indirek aan omkoperij deelneem,¹⁹⁵ hetsy deur aanvaarding óf die bewerking daarvan en sodoende die gevolg het dat 'n tenderproses manipuleer word, is skuldig aan 'n misdryf.¹⁹⁶ 'n Tenderproses kan op verskeie wyses manipuleer word, waarvan die ooglopendste is om aan omkoperij¹⁹⁷ deel te neem, met die resultaat dat 'n persoon (al is dit onwetend) beïnvloed word om 'n tender in 'n sekere wyse toe te staan,¹⁹⁸ of daartoe lei dat 'n tenderer, 'n tender ontrek.¹⁹⁹ Om op 'n samespannende wyse te tender en sodoende te verseker dat 'n sekere tender aanvaar word is ook strafregtelik vervolgbaar.²⁰⁰ In terme van art 12(1)(b) van *PCCA* is omkoperij met betrekking tot sekere kontraktuele handeling ook strafregtelik vervolgbaar, naamlik:

192 12 van 2004 (Alle wetsverwysings vir doeleindes van hierdie afdeling is na die *PCCA*, tensy anders vermeld)

193 In 1997 het Duitsland samespannende tenders kriminaliseer deur 'n toevoeging tot die Duitse Kriminele Kode. Sien verder in hierdie verband Florian Wagner-von Papp "*Criminal antitrust law enforcement in Germany*" IIIA en IIIB.

194 Art 26(1).

195 Wat onder andere: Enige geskenk, lening, voordeel, eiendom, belang in eiendom of soortgelyke voordeel insluit - Art 1(ix)(b). Die vermyding van 'n verlies of enige nadeel - Art 1(ix)(c). Óf enige waardevolle voordeel van welke aard ookal - Art 1(ix)(j).

196 Art 13(1).

197 Die wetgewer het hierdie definisie so wyd moontlik gemaak, dat dit ook enige reg of voordeel insluit. Art 1(ix)(h).

198 Art 13(1)(a).

199 Art 13(2)(b).

200 Art 13(1)(a)(ii).

- om op enige wyse die uitvoering, bevordering en verkryging van 'n kontrak te veroorsaak hetsy openbare liggaam, private organisasie en/of instelling en
- prysvasstelling in terme van enige sulke kontrakte.

Die verhoogde omset alleen spruitend uit karteloptrede val binne die trefwydte van die omkoperij definisie, maar gewoonlik is die norm onder kartelliste met spesifieke verwysing na samespannende tenders dat 'n verbeuringsfooi “*losing fee*” betaal word aan die onsuksesvolle firma, dit is redelik om aan te neem dat die omvang van hierdie monetêre vergoeding uit die hoofde van die ooreenkoms tussen hulle gereël word. Die ander voordele²⁰¹ van karteloptrede val my insiens ook binne die trefwydte van hierdie definisie.

Die *Mededingingswet* se definisie van 'n “ooreenkoms” sluit 'n kontrak in.²⁰² Uit die hoofde van art 4(1)(b) van die *Mededingingswet* moet die partye in 'n horisontale verhouding tot mekaar staan en 'n ooreenkoms moet bestaan om aan die elemente van 'n kartel te voldoen. Prysvasstelling, samespannende tenders, verdeling van markte en die “onbehoorlike beïnvloeding” van 'n kontrak is strafbare kriminele oortredings. Die *PCCA* gee erkenning aan die doelstelling om ekonomiese misdade (finansiële misdade) hok te slaan. Karteloptrede val binne hierdie breë definisie.²⁰³ Daar kan dus myns insiens geargumenteer word dat indien 'n kontrak (ooreenkoms) bestaan tussen firmas in 'n horisontale verhouding, 'n suksesvolle vervolging in terme van die *PCCA* kan geskied vir karteloptrede aangesien enige wederregtelike ooreenkoms (kontrak) tussen mededingende firmas moontlik ook 'n effek gaan hê op enige daaropvolgende ooreenkomste waartoe die kartelfirmas partye toe is.

201 Neuhoff *A Practical Guide* 62, Youens P “*The fight against cartels*” (Competition SG 1/2008) 3.

202 *Supra*.

203 T Calvani, “*Cartel penalties and damages in Ireland: criminalization and the case for custodial sentences*” 270 -271.

Indien hierdie afleiding korrek is, sal die beoogde kriminalisasie van karteloptrede 'n konkurrente kriminele aanspreeklikheid skep.²⁰⁴

Duitsland bied insig hiertoe, in sover daar nie 'n algemene bepaling is wat kartelle kriminaliseer nie. Samespannende tenders was ingevolge bedrogbepalings vervolg voor die invoeging van 'n spesifieke oortreding. Dit is belangrik om te verstaan dat met die invoeging van 'n spesifieke oortreding vir samespannende tenders²⁰⁵ nie die vervolgbaarheid in terme van die bedrog²⁰⁶ bepaling uitsluit nie, eerder die teenoorgestelde.²⁰⁷ 'n Insiggewende debat is aan die gang in Duitsland oor die vraag of alle karteloptrede onder die algemene bedrog bepaling vervolg kan word.²⁰⁸ Daar is egter op die oomblik nie 'n algemene kriminele bepaling vir karteloptrede nie, weens 'n doelbewuste besluit om nie karteloptrede (huidiglik) te kriminaliseer nie.²⁰⁹

3.5.5.2 *Korporatiewe Bestuurswet*²¹⁰

Die pligte van direkteure van 'n maatskappy word beide deur wetgewing asook die gemenereg reguleer, wat 'n direkteur siviël sowel krimineel aanspreeklik kan hou.²¹¹

204 Ierland vat hierdie argument rondom kontrakte verder kortom, gaan enige firma wat produkte en dienste verskaf aan verbruikers weliswaar 'n kontrak met hulle aan en enige kartel maak inbreuk op hierdie kontrak. Sien T Calvani, "*Cartel penalties and damages in Ireland: criminalization and the case for custodial sentences*"

205 Art 298 van die Duitse Kriminele Kode.

206 Art 263 van die Duitse Kriminele Kode.

207 Florian Wagner-von Papp "*Criminal antitrust law enforcement in Germany*" vn 35.

208 Sien J Baumann & G Arzt, '*Kartellrecht und allgemeines Strafrecht*' (1970) 134 Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 24, 32; Tiedemann, 'Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere *Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*?' (Munich, CH Beck, 1972) C38; B Federmann, '*Kriminalstrafen im Kartellrecht*' Baden-Baden, Nomos, 2006) 542. Asook W Kartte & A von Portatius 'Kriminalisierung des Kartellrechts?', (1979) Betriebs-Berater 1169ff; Möschele (n23); idem, 'Zur Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen' in H Merz & WR Schlupe (eds), *Recht und Wirtschaft heute* (Bern, Stämpfli & Cie, 1980) 431ff in Florian Wagner-von Papp "*Criminal antitrust law enforcement in Germany*".

209 Florian Wagner-von Papp "*Criminal antitrust law enforcement in Germany*" IIIA en IIIB.

210 24 van 2006. (Alle verwysings in hierdie afdeling is na die *Korporatiewe Bestuurswet* tensy anders vermeld).

Daar is 'n algemene reël wat bepaal dat 'n direkteur altyd in die beste belang van 'n firma moet optree, en indien behoorlik gehoor aan gegee word, sal dit verhoed dat 'n direkteur ooit sal moet antwoord op 'n klagte wat spruit uit die versuim van sy pligte.²¹² Hierdie reël is gegrond in die feit dat 'n direkteur 'n agent is van die firma. Hy is egter meer as 'n blote agent, hy het 'n absolute fidusiêre plig, gefundeer in die gemene reg, teenoor die firma.²¹³

- Dit beteken hy het 'n plig om die belange van die firma te beskerm;
- 'n Direkteur moet ook ten alle tye in goeie trou optree

'n Direkteur mag op mededirekteure en werknemers staatmaak, hierdie staatmaking mag nie absoluut wees nie, tensy dit gewys kan word dat die direkteur geweet het of moes geweet het, of rede gehad het om te vermoed dat 'n onregmatige daad gepleeg word en by magte was om dit te keer sal daar geen aanspreeklikheid wees nie.²¹⁴ Die onus rus op die direkteur om op die oorwig van waarskynlikhede te bewys dat hy redelik en eerlik opgetree het, afhange van die omstandighede kan hy verskoon word.²¹⁵

Wanneer dit duidelik word dat enige firma roekeloos bestuur is of met die bedoeling om krediteure te bedrieg of enige ander bedrieglike doel, mag 'n hof by aansoek enige persoon wat wetens deel was van die optrede verklaar om sonder enige beperking in sy/haar persoonlike hoedanigheid

211 Stein *"Duties and Liabilities of Directors and Corporate Ammentment Act, 2006"* <http://services.bowman.co.za/Brochures/DutiesAndLiabilities/DutiesAndLiabilities-Ir.pdf> [datum van laaste gebruik 21 Oktober 2013]

212 *Id.* par 1.6 – 2.2.

213 *Id.*

214 *Id.* par 2.4.

215 Stein *"Duties and Liabilities of Directors and Corporate Ammentment Act, 2006"* <http://services.bowman.co.za/Brochures/DutiesAndLiabilities/DutiesAndLiabilities-Ir.pdf> [datum van laaste gebruik 21 Oktober 2013]

aanspreeklik gehou te kan word.²¹⁶ Wanneer so 'n stap geneem word, mag die hof enige addisionele vereistes stel wat dit nodig mag ag om effek te gee aan die bevel.²¹⁷ Interessant genoeg is 'n persoon skuldig aan 'n misdryf wanneer 'n firma roekeloos of in 'n bedrieglike wyse bestuur word in terme van art 424 en enige persoon wat wetend hierdie gedrag kondoneer is ook skuldig aan 'n misdryf.²¹⁸ Bedrieglike en roekelose bestuur van 'n firma is inderdaad baie wye begrippe, en die hof stel dat dit wyd interpreteer moet word.²¹⁹

Ek is van mening dat karteloptrede ook onder hierdie definisie ressorteer, aangesien 'n persoon wat aan karteloptrede deelneem, nie *bona fide* optree nie en kwalik nog beweer kan word in die beste belang van die firma op te tree. Dus 'n persoon wat 'n firma in 'n kartel betrokke kry nie eerlik is nie en is sodanige optrede roekeloos. Vir 'n direkteur om wetend deel van sulke optrede te gewees het moet op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys word.²²⁰ Goldstone AR, stel dit as volg in *Howard v Herrigel*:²²¹

“a director has an affirmative duty to safeguard and protect the affairs of the company. In my opinion, it follows that ... [a director] may well be a “party” to the reckless or fraudulent conduct of a company’s business even in the absence of some positive steps by him in the carrying on of the company’s business. His supine attitude may, I suppose, even amount to concurrence in that conduct. Whether such an inference could properly be drawn will depend upon the facts and circumstances of the particular case.” Nonetheless, the director must still have actual knowledge of the relevant conduct. Knowledge cannot be imputed to the director. This is of particular importance in the case of non-executive directors.”

3.5.6 Samevatting

Boetes is my insiens 'n effektiewe weermiddel, mits dit konsekwent en vreesloos toegepas word. Agente van firmas behoort nie hul

216 Art 424(1).

217 Art 424(2).

218 Art 424(3.)

219 Stein “*Duties and Liabilities of Directors and Corporate Ammendment Act, 2006*” 33.2 <http://services.bowman.co.za/Brochures/DutiesAndLiabilities/DutiesAndLiabilities-Ir.pdf> [datum van laaste gebruik 21 Oktober 2013]

220 *Id* op 33.6.

221 NO 1991 (2) SA 660(AD).

verantwoordelikheid ontsê word nie en korporatiewe strafregtelike aanspreeklikheid behoort as addisionele remedie oorweeg te word wat in terme van reeds bestaande wetgewing bereik kan word.

Kartelle is uiters moeilik om oop te vlek weens die geheimhoudende aard daarvan. Mededingingowerhede het hulp nodig in die oorlog teen kartelle, en die Korporatiewe Toegeeflikheidsprogramme word gesien as die mees effektiewe manier om hierdie probleem die hoof te bied.²²² Die Mededingingskommissie se Toegeeflikheidsprogram²²³ maak voorsiening vir immunitet, en/of die verlaging van sanksies. Streng sanksies weerhou firmas en individue om aan kartellistiese aktiwiteite deel te neem, weens die vrees vir vervolging.²²⁴

Alhoewel die argumente ten gunste van kriminalisasie oortuigend is, moet die sukses van die Toegeeflikheidsprogram nie geignoreer word nie, so ook moet die toekomstige sukses daarvan nie onderskat word nie. Kriminalisasie is 'n onomwonde (en myns insiens 'n onnodige) bedreiging vir die effektiwiteit van die program aangesien dit slegs gerig is teen 'n individu.

Deur die toevoeging van die Nasionale Vervolgingsgesag tot die kartelvervolgingsmilieu is die resultaat dat dit effektief die Mededingingskommissie sy magte ontnem, aangesien die Kommissie die bevoegdheid ontsê word om 'n aangeleentheid na goeddenke te hanteer. Omdat die Kommissie nie immunitet ingevolge 'n gevestigde Toegeeflikheidsprogram sal kan waarborg indien die kriminalisasie van karteloptrede ingevolge art 73A in werking tree nie.

²²² *Infra*.

²²³ By 3.7

²²⁴ *Supra*.

HOOFSTUK 4

KONSTITUTIONELE VRAAGSTUKKE

4.1 Inleiding

Die siening dat die implementering van die kriminaliseringsartikel, spesifiek art 73A(5) moontlik onkonstitusioneel is welombekend in die literatuur.²²⁵ Dit is nie die toevoeging van persoonlike aanspreeklikheid tot mededingingsbeleid wat problematies is nie, maar eerder die inhoud en uiteindelijke gevolge van Art 73(5) wat die debat vuur.²²⁶ President Kgalema Motlanthe (soos hy toe was) het die groenskrif terug verwys na die parlement juis oor hierdie voorbehoude en bekommernis oor die konstitusionaliteit van art 73A(5).²²⁷

Soos reeds aangetoon bepaal Art 73A dat 'n toestemmingsbevel²²⁸ en/of enige bevinding deur die mededingingsowerhede as *prima facie* bewys sal dien in strafregtelike verrigtinge teen 'n direkteur of bestuurder van 'n firma ten opsigte van karteloptrede.²²⁹ Met eerste oogopslag blyk dit 'n omgekeerde onus te skep, wat effektief 'n weerleggingsglas op enige beskuldige plaas wat in terme van art 73A(5) vervolg word, om die bevindinge van die mededingingsowerhede op die oorwig van

225 Altini N & Koovejee V “*Stepping over some vital constitutional lines*” Without Prejudice September 2008 Vol 8 (8) 9-11; Briscoe J “*Trampling over constitutional rights*” Without Prejudice September 2009 Vol 9 (8) 8-9; Mangwiro H en Dela P “*Reverse onus provision + director’s criminal liability = a formula for constitutional uncertainty*” 2009 Apr Vol 9 (3) 21-22; South African Law Commission: Project 101 *The application of the Bill of Rights to Criminal Procedure, the Law of Evidence and Sentencing*. May 2001.

226 Ostrovsky en Boniwell “*Shifting the Burden of Proof: The nature of director’s liability*” Without Prejudice, Mei 2008 Vol 9 (4) 21-22.

227 Hartley *Business Day* 1-2. Hy was natuurlik geregtig om dit te doen in terme van art 79(1) van die Grondwet, 1996.

228 In terme van Art 49D.

229 *Supra*.

waarskynlikheid te weerlê. In die afwesigheid van enige ander bewyse tot die teendeel sal *prima facie* bewyse as afdoende bewys geag word. Daarom is die verpligting op die individu om die vermoede, al dan die gevolgtrekking wat die hof geregtig is om te maak as gevolg van die *prima facie* bewys, te weerlê, met ander woorde sy onskuld te bewys. Die bewyslas op die staat in hierdie geval is aansienlik ligter, aangesien alvorens 'n weerleggingslas op 'n beskuldige geplaas word moet die staat elke element van 'n misdaad bo redelike twyfel te bewys²³⁰ en art 73A het die effek dat die staat nie hoef te bewys dat 'n kartel wel bestaan het nie. Dit is reeds gedoen deur die Mededingingsowerhede op 'n ligter bewysregtelike standaard.²³¹ Die konstitusionele kwessie is gesetel in die feit dat daar op verskeie konstitusionele regte inbreuk gemaak word weens hierdie toedrag van sake, wat vervolgens bespreek word.

4.2 *Getuienis wat verkry is op 'n wyse wat enige reg in die Handves van Regte skend, moet uitgesluit word indien toelating van daardie getuienis die verhoor onbillik sou maak of andersins vir die regspleging nadelig sou wees*

4.2.1 Aard van die bewyslas

Die Suid-Afrikaanse reg onderskei tussen twee vermoedens wat 'n moontlike effek het op die bewyslas wat op 'n beskuldige geplaas word tydens strafregtelike verrigtinge.²³² Eerstens, word 'n *verpligting* op 'n hof geplaas om 'n gevolgtrekking te maak dat 'n feit bewys is, totdat die teendeel van die betrokke feit bewys word.²³³ Die beskuldige het dan 'n weerleggingslas om op 'n oorwig van waarskynlikheid hierdie vermoede te

230 *R v Ndlovu* 1945 AD 369 op 386.

231 Art 73A(3).

232 Ostrovsky en Boniwell "Shifting the Burden of Proof: The nature of director's liability" Without Prejudice, Mei 2008 Vol 9 (4) 21-22.

233 *Id.*

weerlê.²³⁴ Indien die beskuldige nie hierdie vermoede weerlê nie, lei dit tot 'n skuldigbevinding al bestaan redelike twyfel.²³⁵ Tweedens, word 'n hof *toegelaat* om 'n gevolgtrekking te maak dat 'n feit bewys is in die afwesigheid van enige bewyse tot die teendeel.²³⁶ So 'n bewyslas sal bestaan wanneer 'n hof verwag word om te aanvaar dat 'n spesifieke feit bewese is, te wyte die bestaan van *prima facie* bewys van 'n ander feit (dit wil se die vestiging van een *prima facie* feit as bewys van 'n ander feit). In hierdie omstandighede verskuif die bewyslas in die vorm van 'n weerleggingslas na die beskuldige om getuienis te lei wat redelike twyfel sal skep ten op sigte van die aanvaarde feit. Daarom sal die skepping van so 'n weerleggingslas 'n beskuldige se reg om onskuldig geag te word ondermyn, want indien die beskuldigde hom sou beroep op sy reg tot stilswye sal hy skuldig bevind word omdat die hof toegelaat word om 'n negatiewe afleiding te maak oor die beskuldigde se stilswye.²³⁷

4.2.2 'n Omgekeerde onus

Die onderskeid tussen 'n verpligte bewyslas en 'n omgekeerde onus sal 'n belangrike faktor wees wat in ag geneem word ten einde te bepaal of enige inbreukmaking regverdig kan word, met eersgenoemde wat tot 'n mindere mate inbreukmaak op 'n individu se konstitusionele regte.²³⁸ Die aard van 'n bewyslas is om getuienis/bewyse te lei wat aanleiding gee tot redelike twyfel om 'n skuldigbevinding te vermy.²³⁹ 'n Bewyslas verskil van 'n weerleggingslas in sover dat 'n bewyslas nie die risiko van 'n skuldigbevinding inhou met die bestaan redelike twyfel nie, en daarom skep 'n bewyslas nie 'n omgekeerde onus nie.²⁴⁰ Ostrovsky en Boniwell

234 *S v Bhulwana* 1996 1 SA 388 (KH) 15; *Scagell v Attorney-General, Western Cape* 1997 2 SA 368 (KH) 7-16.

235 *S v Coetzee* 1997 3 SA 527 (KH) 5; *S v Zuma* 1995 (1) SACR 568 (KH) 4; *S v Manamela* 2000 (3) SA 1 (KH) 19.

236 Ostrovsky en Boniwell "Shifting the Burden of Proof: The nature of director's liability" Without Prejudice, Mei 2008 Vol 9 (4) 21-22.

237 *Id.*

238 SALC "The application of the Bill of Rights to Criminal Procedure" 5.

239 Schwikkard PJ "Presumption of Innocence" Kenwyn: Juta & Co. Ltd, (1999) 116-117.

240 *Scagell v Attorney-General of the Western Cape* 1996 (11) BCLR 1445 (KH) 12.

stem saam hiermee en meen dat art 73A(5) juis hierom nie 'n omgekeerde onus skep nie.²⁴¹

Hul argument word ondersteun deur soortgelyke bewyslaste, byvoorbeeld in *S v Coetzee*²⁴² waar art 332(5) van die Strafproseswet²⁴³ bepaal het waar 'n firma skuldig gevind is aan enige kriminele gedrag dit geag sal word dat die direkteur van die betrokke firma skuldig te wees aan dieselfde gedrag, tensy hy bewyse lei tot die teendeel. In *S v Manamela*²⁴⁴ bepaal art 37 van die *Algemene Regswysigingswet*²⁴⁵ dat indien 'n persoon in die besit van gesteelde eiendom gevind word hy skuldig sal wees aan 'n misdryf tensy hy 'n redelike vermoede skep dat hy die eiendom bekom het vanaf die regmatige eienaar. In *S v Scagell*²⁴⁶ is die teenwoordigheid van sekere items op die perseel geag om *prima facie* bewys te wees dat die persoon in beheer van die perseel toelaat dat onwettige dobbelary in terme van art 6 van die *Dobbelwet*²⁴⁷ Ostrovsky en Boniwell²⁴⁸ wys op die feit dat in elkeen van hierdie gevalle dat die bewys van die basiese feit 'n negatiewe effek gehad het op die beskuldigde se aanname van onskuld, aangesien 'n beroep op stilsweye gelei het tot skuldigbevindings.

Daarom is die doel van art 73A(5) om die bewyslas op die staat te verlig in soverre dit nie nodig is om elke element van die misdaad te bewys nie.²⁴⁹ Die algemene reël dat wanneer 'n vermoede die effek het om die bewyslas van die staat te verlig (al is dit slegs ten op sigte van 'n enkele element van die misdaad), is dat dit wel inbreuk maak op 'n beskuldigde se reg om

241 *Id.*

242 *Supra.*

243 51 van 1977. Hierdie art is wel in *Ferreira v Levin NO & Vryenhoek v Powell NO* 1996 (1) BCLR 1 (KH) onkonstitusioneel bevind.

244 *Supra.*

245 50 van 1965.

246 *Supra.*

247 51 van 1965.

248 Ostrovsky en Boniwell "Shifting the Burden of Proof: The nature of director's liability" Without Prejudice, Mei 2008 Vol 9 (4) 21-22.

249 *Id.*

onskuldig geag te word.²⁵⁰ Kelly²⁵¹ deel Ostrovsky en Boniwell se siening dat Art 73A(5) bloot dien om 'n moontlike verweer uit te sluit en daarom nie 'n werklike omgekeerde bewyslas skep nie aangesien dit nie die beskuldige vereis die vermoede van skuld te weerlê nie en daarom is dit moontlik dat enige konstitusionele aanval hierop sal misluk. Die NVG moet steeds in terme van die elemente van Art 73A 'n kousale verband bo redelike twyfel bewys.

Dieselfde is waar ten opsigte van 'n beskuldigde se reg tot stilswye. Indien Art 73A(5) 'n beskuldigde verplig om getuienis te lei om skuldigbevinding te vermy.²⁵² Ostrovsky en Boniwell noem dat die beskuldigde wat sy reg op stilswye verbreek gesetel is daarin dat die regsvermoede wat geskep word 'n direkte verband hou met die aanname van onskuld.²⁵³ Met ander woorde indien 'n beskuldige hom beroep op stilswye, hy skuldig bevind sal word. wat duidelik 'n inbreukmaking op die reg tot 'n billike en regverdige verhoor is. Omdat die vermoede vervat in art 73A(5) egter nie 'n "ware omgekeerde onus skep nie" is Ostrovsky en Boniwell van mening dat al wat oorweeg moet word is of die plasing van 'n bewyslas ten op sigte van 'n enkele element²⁵⁴ van die misdaad konstitusioneel is al dan nie.²⁵⁵

4.2.3 Regtelike diskresie

Art 73A se bepaling dat die bevindings van die Kommissie as *prima facie* bewys gebruik sal word, mag problematies wees aangesien dit bewyse is wat onderworpe was aan 'n andersoortige bewyslas en gevolglik as afdoende bewys sal dien in strafregtelike verrigtinge.²⁵⁶ Dit is 'n verhoof se

250 SALC "The application of the Bill of Rights to Criminal Procedure" 5.

251 Kelly L "Introduction of Cartel Offence Into South African Law" Stell LR 2 (2010) 331.

252 *Id.*

253 *Id.*

254 Ostrovsky en Boniwell "Shifting the Burden of Proof: The nature of director's liability" Without Prejudice, Mei 2008 Vol 9 (4) 21-22.

255 *Id.*

256 Interessant genoeg blyk die gebruik van *prima facie* te dui dat die NVA 'n aparte ondersoek sal loods, hierdie is toe te skryf aan die feit dat die ander elemente van Art 73 van die *Mededingingswysigingswet*, 2009 bewys sal moet word. Kelly noem dat dit

taak om 'n bevinding te maak oor die toelaatbaarheid van getuienis en die konstitusionele gevaar ten aansien van art 73A lê daarin dat indien die howe nie versigtig is nie, kan 'n skuldigbevinding baie maklik op appèl ter syde gestel kan word juis om hierdie rede.

In *S v Hammer*²⁵⁷ vind Farlam J dat in uitoefening van die regtelike diskresie om die uitsluiting van onbehoorlike bekome getuienis, die hof 'n balans moet vind tussen die bewaring van die hof se kredietwaardigheid en die verpligting om hoë standaarde in sy eie prosesse te handhaaf, wat ondermyn word deur die nie-diskriminerende toelaatbaarheid van onbehoorlike bekome getuienis.²⁵⁸ In *S v Mushimba*²⁵⁹ merk die hof:

"the judge always has a discretion to disallow evidence if the strict rules of admissibility would operate unfairly against the accused"

'n Verdere aspek waaraan kennis behoort gegee word is die kwessie oor die toelaatbaarheid van afgeleide getuienis:

"...derivative evidence which could not have been obtained, or the significance of which could not have been appreciated, but for the testimony of a witness, ought generally to be excluded under s. 7 of the Charter in the interests of trial fairness..."²⁶⁰

die doel het om die staat se bewyslas te verlig in sover dat 'n oortreding van Art(4)(b) nie weer bewys hoef te word nie. Kelly "*Introduction of Cartel Offence Into South African Law*" 331.

257 1994 (2) SACR 496 (C).

258 1994 (2) SACR 496 (C) 498. Farlam J noem die volgende faktore wat in ag geneem kan word: "(a) society's right to insist that those who enforce the law themselves respect it, so that a citizen's precious right to immunity from arbitrary and unlawful intrusion into the daily affairs of private life may remain unimpaired; (b) whether the unlawful act was a mistaken act and whether in the case of mistake, the cogency of evidence is affected; (c) the ease with which the law might have been complied with in procuring the evidence in question (a deliberate 'cutting of corners' would tend towards the inadmissibility of the evidence illegally obtained); (d) the nature of the offence charged and the policy decision behind the enactment of the offence are also considerations; (e) unfairness to the accused should not be the only basis for the exercise of the discretion; (f) whether the administration of justice would be brought into disrepute if the evidence was admitted; (g) there should be no presumption in favour of or against the reception of the evidence, the question of an onus should not be introduced; (h) it should not be a direct intention to discipline the law enforcement officials; (i) an untrammelled search for the truth should be balanced by discretionary measures, for in the words of Knight Bruce VC, 'Truth, like other good things, may be loved unwisely - it may be pursued too keenly - may cost too much!'"

259 (1977) (2) SA 629 (A) 840 E.

260 *R.J.S. v. The Queen; Attorney-General* 121 D.L.R. (4de) 589 (1995) 669.

Dit is dan 'n diskresie wat in die verhoorregter vestig.²⁶¹

“...There is, in my judgment, no reason why this approach cannot and ought not to be adopted in regard to the enquiry concerning the admissibility of derivative evidence in the context of section 417(2)(b) of the Companies Act. I have little doubt that two different but related areas concerning the law of evidence will, in due course, have to be reconsidered fully in the light of Chapter 3 of the Constitution and section 25(3) in particular. The one relates to the way in which evidence, particularly in criminal proceedings, is obtained and the second to the question of when and to what extent a trial judge has a discretion to exclude otherwise admissible evidence.”

'n Verdere probleem is dat weens aard die Mededingingsowerhede se werksaamhede, 'n bevinding gemaak word oor 'n *firma* se gedrag, en daarom meer kollektief van aard is teenoor 'n strafhof wat 'n bevinding sal maak oor die gedrag van 'n *individu*. Sodanige individu word dan ook die reg ontsê om hierdie getuienis (op 'n kriminele bewyslas) op kruis te neem en te toets nie. Altini en Koovejee²⁶² noem in hierdie verband dat die mededingingsowerhede en 'n strafhof tot 'n verskillende bevinding sal kom op eksaminering van dieselfde feite. Hulle meen ook dat die twee forums die *Mededingingswet* op verskillende wyses interpreteer, wat dan uiteindelik 'n dualistiese regsleer kan skep.²⁶³

4.3 Reg op billike administratiewe optrede

Die mededingingsowerhede is administratiewe liggame en slegs *quasi* judisieel. Ek meen dus dat die mededingingsowerhede se hantering van bewyse en optrede tydens 'n kartelondersoek nuwe uitdagings bied. Met die moontlike kriminalisasie van karteloptrede op die horison sal daar dus aandag geskenk moet word aan die individuele regte van enige persoon wat voor die Tribunaal moet verskyn, veral die wat deur moontlike strafregtelike vervolging in die gesig gestaar word.

261 *Ferreira v Levin NO & Vryenhoek v Powell NO* 1996 (1) BCLR 1 (KH) 146.

262 Altini N & Koovejee V “*Stepping over some vital constitutional lines*” Without Prejudice September 2008 Vol 8 (8) 9-11.

263 *Ibid.*

Die bewyslas in verrigtinge voor die Tribunaal is tans “oorwig van waarskynlikheid” in siviele sake. Indien art 73A egter in werking gestel word, sal die bewyslas in Tribunaalverrigtinge noodwendig heroorweeg moet word en sal ’n bewyslas “bo redelike twyfel” meer gepas wees. Die beroep op ’n hoër bewyslas is gesetel in ’n wesenlike moontlikheid dat gevangenisstraf ’n direkte gevolg kan wees van die mededingingsowerhede se vervolging van karteloptrede.

4.4 Samevatting

Een van die belangrikste konstitusionele oorwegings is die verskille in bewyslas tussen ’n strafhof en ’n siviele hof. Terwyl ’n strafhof se bewyslas bo redelike twyfel is en die van die mededingingsowerhede op die oorwig van waarskynlikheid is. Die konstitusionaliteit van art 73A kan bevraagteken word indien die Mededingingstribunaal se bevinding gebruik word as bewyse in kriminele verrigtinge. Dit sal natuurlik afhang watter bewyse aan die vervolgingsgesag gegee word waarvan sommige moontlik self inkriminerend sal wees en dan sal daar ’n saak uit te maak wees ingevolge art 35(3)(j) en art 35(5).

Die howe gee erkenning aan die feit dat in sekere omstandighede, ’n omgekeerde onus ’n redelike en regverdigbare inbreukmaking is op ’n beskuldigde se reg op ’n billike en regverdige verhoor.²⁶⁴ In terme van art 36, word onder andere die ernstigheid en die gevolge vir die beskuldigde indien skuldig bevind word en of die optrede wat die inbreukmaking regverdig een van sosiale belaglikheid is.²⁶⁵ Die konstitusionele hof het konstant weier om regverdigbaarheid vir die reg om onskuldig geag te word.²⁶⁶ Uitsluitel moet nog gebied word oor die van ’n omgekeerde

264 Mangwiro & Dela “Reverse onus provision + director’s criminal liability = a formula for constitutional uncertainty” Without Prejudice 2009 April Vol 9 (3) 21-22.

265 *Id.*

266 *Id.*

onus.²⁶⁷ Daarom is dit hoog waarskynlik art 73A(5) onkonstitusioneel sal wees.

²⁶⁷ *Id.*

HOOFSTUK 5

KRIMINALISERING VAN KARTEL BEDRYWIGHEDE IN ANDER JURISDIKSIES

5.1 *Inleiding*

Suid-Afrikaanse mededingingsregspiegling is nie onvergelykbaar met ander jurisdiksies nie en die Europese Unie, VSA en Brittanje is baie goeie voorbeelde hiervan. Die BRIC²⁶⁸ groepering sal (en het) ook 'n tasbare effek hê op mededingingsaangeleenthede weens Suid-Afrika se noue betrokkenheid in hierdie groepering van ontluikende ekonomieë.

Akademiese navorsing oor die tendens van kriminalisering en die uiteindelijke effek daarvan is tot op hede nog redelik beperk.²⁶⁹ Die VSA se mededingingsregspiegling is die oudste in die wêreld en ook die mees gevorderdste, maar interessant genoeg is die VSA nie die eerste jurisdiksie om kartelle te kriminaliseer nie.²⁷⁰ In hierdie hoofstuk word 'n breë oorsig gebied oor ander jurisdiksies se benadering om tot karteloptrede hok te slaan.

5.2 *Die EU en VSA*

268 Hierdie lande word geag om ekonomies benoemingswaardig te wees, en wat hulself sien as 'n ontluikende magsentrum in die globale ekonomie. Sien Mzukisi *Sunday Independent* 17 April 2010. Sien ook (BRIC Invite: Sign of China's African Ambitions), Africa Monitor: Southern Africa (Business Monitor International) Maart 2011 waarin die Bric groepering beskryf is as 'n "groep leidende ontluikende markte wat toenemend oor die lang termyn meer belangrik gaan word in die wêreld ekonomie. Die lande word karakteriseer deur versnelde ekonomiese groei, breedvoerige hervormings en sake vriendelike omgewings". Sien ook Pawel Bozyk *Globalisation and Transformation of Foreign Economic Policy*, Ashgate Publishing. Ltd. (2006) 164.

269 *Infra*.

270 Kanada was die eerste jurisdiksie. Sien in hierdie verband: Julian M. Joshua et al *Extradition and Mutual Legal Assistance Treaties: Cartel Enforcement's Global Reach*, 75 Antitrust L.J. 353 (2008) 378.

In die laat 1990's is leemtes tussen die Europese Unie en sy lidlande identifiseer, wat bestaan het uit die uitvoering, toepassing en 'n prioriteitsleemte.²⁷¹ Dit het gelei tot 'n hersiening van die huidige wetgewing wat die Euro-sone reguleer.²⁷²

Tot op hede het die Europese Unie sterk gefokus op die verskerping van administratiewe sanksies en die uitbreiding van 'n Korporatiewe Toegeeflikheidsprogramme.²⁷³ Hierdie administratiewe sanksies word geag genoegsaam te wees en word deur die EU Advokate-Generaal as word *quasi* krimineel gesien.²⁷⁴ Die Organisasie vir Ekonomiese Samewerking en Ontwikkeling se lidlande het kartelaktiwiteite wel kriminaliseer. China was die laaste bastion, en met die aanneming van mededingingsreg het byna al die wêreld se leidende ekonomieë kartelle strafregtelik vervolgbaar verklaar.²⁷⁵

Soos genoem is akademiese navorsing oor die kriminalisasie tendens beperk. Harding²⁷⁶ merk dat enige poging hiertoe nie maklik sal wees nie en dat talle probleme oorkom moet word, onder andere definiëring en legislatiewe kompleksiteit. Hierdie probleme word geïllustreer deurdat sommige sisteme²⁷⁷ kartellistiese aktiwiteite sanksioneer deur beide administratiewe sowel kriminele sanksies én daarom mag dit problematies wees om sin te maak uit 'n warboel van administratiewe sanksies en boetes asook om "kriminele" sanksies en bepalinge van mekaar te onderskei.

271 Simonsson "*Legitimacy in EU Cartel Control*"

272 Shaffer en Nesbitt "*Criminalizing Cartels: A Global Trend?*" 6-7.

273 *Ibid.*

274 Shaffer en Nesbitt "*Criminalizing Cartels: A Global Trend?*" 8.

275 John M. Connor, "*Latin America and the Control of International Cartels*", in *Competition Law and Policy in Latin America* 291, 309 (Eleanor M. Fox & D. Daniel Sokol eds, 2009).

276 Harding C, "*Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels*" 14 *Critical Criminology* (2006) 181-188.

277 Suid Afrika, Brasilië, Indië, China, VSA en Kanada.

Die groeiende tendens om karteloptrede te kriminaliseer lei ook tot jurisdiksionele konflikte. Harding wys daarop dat empiriese studie wys dat jurisdiksies buite die VSA en Europese Unie 'n laslappie metodologie volg om mededinging beleid te skep wat dan 'n tentatiewe karakter aan mededingingsbeleid.²⁷⁸

Die toenemende internasionale tendens om karteloptrede te kriminaliseer blyk inderdaad, soos ook die geval in Suid Afrika,²⁷⁹ aanduidend te wees van 'n simptomatiese benadering tot mededingingsregspiegling.²⁸⁰ Dit blyk inderdaad asof kriminalisasie die nuwe modewoord is. Harding²⁸¹ identifiseer slegs nege lande²⁸² wat in 2006 uit eiebeweging kartellistiese aktiwiteite kriminaliseer het.²⁸³ Hierdie syfer het sedert dien dramaties toegeneem.²⁸⁴

Die effektiewe en konsekwente toepassing van Mededingingswetgewing, (kriminele bepalinge spesifiek) blyk ook problematies te wees in ander jurisdiksies.²⁸⁵ In sommige jurisdiksies word by die suksesvolle vervolging word slegs 'n boete en 'n opgeskorte vonnis opgelê²⁸⁶. Dit doen natuurlik afbreek van die unieke weermiddel karakter van strafregtelike vervolging wat moontlike gevangenisstraf tot gevolg het. Dit is myns insiens 'n wesenlike gevaar in Suid-Afrika, te wyte aan die feit dat administratiewe boetes nie aangewend word tot hulle volle potensiaal nie, kan verwag word

278 Harding C, "Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels" 14 Critical Crimonology (2006). 181, 182, 188

279 *Supra*.

280 Harding C, "Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels" 14 Critical Crimonology (2006) 190. Hy merk "there is no systematic pattern."

281 *Id.*

282 Brasilië, Kanada, Frankryk, Duitsland, Ierland, Japan, Noorweë en Engeland.

283 Oorsig oor van die res van die wêreld se aanslag tot kriminalisering vir 'n insiggewende blik op hoe die res van die werled se mededingingsregspiegling daarna uitsien sien ook. Shaffer en Nesbitt "Criminalizing Cartels: A Global Trend?" 24-36.

284 *Ibid* 3.

285 Shaffer en Nesbitt "Criminalizing Cartels: A Global Trend?" 24-36.

286 *Id.*

dat strafregtelike vervolging van kartelliste ook bloot as spreekwoordelike “*window dressing*” kan dien.

5.2 BRICS

5.2.1 Inleiding

Al die BRICS lidlande het strenger maatreëls geïmplementeer en swaarder sanksies word vir kartellistiese aktiwiteite opgelê.

5.2.2 China

China se nuwe wetgewing oor kartellistiese optrede en kartelle het in 2008 in werking getree en in 2009 het die China se agentskap vir industrie en handel nuwe mededinging ondersoek en uitvoering prosedures aangekondig.²⁸⁷

5.2.3 Brasilië

Sedert die inleiding van Brasilië se kartellistiese mededingingsbeleid het hierdie land homself as ’n deskundige geposisioneer in die geveg teen kartelle en kartellistiese optrede.²⁸⁸ Daarom blyk Brasilië²⁸⁹ aan die voorgrond te wees van hierdie lande. Sedert 2003 is oorvleuelende funksies elimineer, die mededingingsowerhede se bevoegdhede verhoog en meer magte toe geken, ’n voorbeeld hiervan is die sogenaamde “*dawn raids*” asook die gebruik van ’n Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram.²⁹⁰

287 Pierson B, *China Adopts New Rules to Enforce Monopoly Law*, LAW360 (9 Junie 2009) 52.

288 Die owerhede het hul vaardighede met Argentinië, Chili Paraguay en El Salvador gedeel. *Ibid.*50–51.

289 Brasilië het homself as leier identifiseer in di Suid-Amerikaanse streek nie net in kartel vervolging nie maar Mededinging regspleging as geheel sien OCED, 2003.

290 OECD, 7 (2010).

Federale en staatsaanklaers is verantwoordelik vir die vervolging van kartelle in samewerking met instellings wat deel vorm van die Brasiliaanse mededingingsowerhede, die Brasiliaanse Mededinging Beleid Sisteem (BCPS).²⁹¹ Die BCPS se programme om kartelle hok te slaan het al hoe meer trefkrag en effektiwiteit gekry, veral sedert 2006.²⁹² Brasilië se program vir kriminele vervolging van kartelle is van die aktiefste in die wêreld wat kriminele boetes en gevangenisstraf insluit van twee tot vyf jaar.²⁹³ Brasilië se korporatiewe toegeeflikheid program het in 2000 in werking getree en bied volle immunititeit teen vervolging aan die eerste kartelis wat sy kartellistiese aktiwiteite erken, of gedeeltelike immunititeit waar die mededingingsowerhede reeds bewus was van die kartellistiese aktiwiteite.

Brasilië het ook 'n kartel skikkingprogram van stapel gestuur waar die mededingingsowerhede gemagtig is om skikkingsooreenkomste met kartelle aan te gaan wat nie kwalifiseer vir die korporatiewe toegeeflikheid program nie.²⁹⁴ Hierdie program was tot dusver redelik suksesvol.²⁹⁵ Die Brasiliaanse mededingingsowerhede neem gereeld deel aan bilaterale opleiding met betrekking tot mededinging met ander jurisdiksies se mededingingsowerhede.

5.2.4 Indië

Indië het gesloer met die implementering van hul Mededingingswetgewing en in 2009 het die bepalings in werking getree wat swaarder sanksies te

291 *Id* 7, 37.

292 *Id* 14–15.

293 *Id* 18.

294 Hierdie sal tipes 'n geval wees waar firma A eerste by die wenstreep was om die owerhede te nader en immunititeit te versoek.

295 Sedert 2007 het die Brasiliaanse mededingingsowerhede in verskeie skikkingsooreenkomste met kartelle en kartelliste aangegaan. OECD, (2003) 17.

weegbring, wat boetes invoer van tot tien persent van 'n firma se omset en gevangenisstraf vir oortredings vir dwarsboming van die gereg.²⁹⁶

5.2.5 Rusland

Sedert 2009 in Rusland is sekere vir mededingingsoortredings met gevangenisstraf van tot ses jaar strafbaar.²⁹⁷

5.3 Samevatting

Suid Afrika is die jongste lid van die BRICS formasie en die grootse ontluikende mark op die Afrika kontinent. Daar word verwag dat hoe meer die BRICS groepe saam werk sal ons meer van hul mededingingsoplossings sien in ons eie mededingingsbeleid.²⁹⁸

Harding²⁹⁹ wys op die laslappie benadering van jurisdiksies om voor die voet karteloptrede te kriminaliseer, daar kan inderdaad met hom saamgestem word in hierdie verband. Suid-Afrika blyk geen uitsondering op hierdie reel te wees nie, Brasilië bied in hierdie verband 'n uitstekende voorbeeld, aangesien alle dualistiese wetgewing en institusionele konflikte opgelos is alvorens enige kriminalisasie implementeer is.

296 Bhattacharjea A *India's New Competition Law: A Comparative Assessment*, 4 J. Competition L & Econ 609 (2008). Shaffer en Nesbitt "*Criminalizing Cartels: A Global Trend?*" 9.

297 Shaffer en Nesbitt "*Criminalizing Cartels: A Global Trend?*" 9.

298 Brasilië se suksessvolle herstrukturering van mededingingsbeleid en die simplifikasie daarvan sover die toepassing implementering en uiteindelijke vervolging van kartelle behoort vir Suid Afrikaanse beleidmakers as voorbeeld te dien. Dit is my submissive dat alhoewel daar baie geleer kan word moet ons nie bloot weer net 'n laslappie metodologie toepas nie, maar eiesoortige beleid ontwikkel geskoei op dieselfde gesentraliseerde enkele mededingingsgesag beginsel.

299 *Supra*

HOOFSTUK 6

ALGEMENE SLOTSOM EN GEVOLGTREKKING

6.1 *Inleiding*

In die voorafgaande hoofstukke is die wesenlikheid van kriminalisering van kartelbedryghede by wyse van Art 73A van die *Mededingingwysigswet*, 2009 in die Suid-Afrikaanse regsbedeling ondersoek. Moontlike probleme in hierdie verband is geïdentifiseer en daar is aangedui hoe hierdie probleme moontlik oorkom kan word.

Aangesien dit 'n spesifieke konsep, handeling en optrede is wat gekriminaliseer word, met ander woorde optrede wat strafregtelik vervolgbaar is, was dit noodsaaklik om presies te pluus wat dit is wat kriminaliseer word,³⁰⁰ asook wat kriminalisasie as begrip behels.³⁰¹

Moontlike konstitusionele vraagstukke³⁰² wat kriminalisasie van karteloptrede teweeg kan bring is ondersoek en 'n breë oorsig is gebied oor ander jurisdiksies se benadering tot kartelle.³⁰³

6.2 *Samevatting en aanbeveling*

Soos reeds aangetoon het die wetgewer karteloptrede soos omskryf in art 4(1)(b) van die *Mededingingswet* gekriminaliseer. Die Mededingingskommissie was gekant teen die kriminalisering van karteloptrede met die belangrikste voorbehoud dat dit sal lei tot die ondermyning van 'n uiters suksesvolle Korporatiewe Toegeeflik-

300 Hoofstuk 2, par 2.3.1.

301 Hoofstuk 3, par 3.4.

302 Hoofstuk 4.

303 Hoofstuk 5.

heidsprogram³⁰⁴ gegewe dat die Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram beskou word om meer effektief te wees as teenvoeter vir kartelle, weens die uiters geheimhoudende aard van kartelle.³⁰⁵ Alhoewel die sukses wat wel met hierdie program behaal oogeenlopend is, word daar alleenlik op die morele verpligting van kartelliste en bereidwillige informante gereken om uit vrye wil na vore te kom. Sterk sanksies, 'n goed funksionerende mededingingsowerheid en onomwonde uitvoering van die sanksies bied die enigste langtermyn oplossing.³⁰⁶

Die invoeging van strafregtelike aanspreeklikheid in die konteks van mededingingsreg is om die minste te sê kontroversieel. Daar is aangedui dat kriminele sanksies nie noodwendig die beste oplossing is nie. Eerstens is aangetoon dat die werking van die Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram in die gedrang gebring word, alleenlik deur die feit dat die Mededingingsowerhede nie by magte is om immuniteit toe te staan ingevolge daarvan in enige strafregtelike vervolging nie.³⁰⁷

Al sou die Mededingingsowerhede sodanig by magte gewees het is daar nie 'n verpligting op die Kommissie om enigsins genaakbaar te wees en immuniteit te waarborg nie, hulle het 'n blote diskresie. Tweedens bestaan 'n wanpersepsie dat administratiewe boetes nie genoegsame weermiddel bied nie en daarom oneffektief is. Daar is egter aangetoon dat dit welliswaar nie korrek is nie aangesien die mededingingsowerhede konstant nie die statutêre maksimum administratiewe boete oplê by die suksesvolle vervolging van 'n kartel nie onder andere weens 'n oorbeklemtoning van skuldige firmas se belange bo die van die algemene publiek.³⁰⁸ Daar is gewys dat hoë administratiewe boetes wanneer dit ordentlik implementeer

304 Hoofstuk 3, par 3.5.3.4.

305 *Id.*

306 Hoofstuk 3, par 3.5.2.1 -3.5.2.4 & 3.5.6.

307 Hoofstuk 3, par 3.5.3.4.

308 *Id.*

word as effektiewe weermiddel dien.³⁰⁹ Derdens is aangetoon dat sekere karteloptrede reeds krimineel vervolgbaar is.³¹⁰

Die mededingingsowerhede en die NVG word baie min leiding gegee in die vervolging en elkeen se rol in hierdie verband, vanaf oorvleuelende funksies tot samewerking. Alvorens enige persoon suksesvol vervolg kan word in terme van art 73A, bepaal art 73A(3) dat 'n firma 'n oortreding in terme van Art 4(1)(b) moet erken by wyse van 'n toestemmingsbevel, of dat die Mededingingsowerhede 'n bevinding gemaak het tot hierdie effek. Dit beteken dat 'n suksesvolle strafregtelike vervolging slegs kan geskied nadat 'n suksesvolle administratiewe vervolging afgehandel is.³¹¹

Die NVG is eksklusiewe jurisdiksie gegee vir die strafregtelike vervolging in terme van art 73A. Die gevolg hiervan is 'n dualistiese kartelvervolgingsraamwerk. Dit roep voorbehoude op aangaande allokering van staatshulpbronne asook koördinasievraagstukke tussen die NVG en die Mededingingskommissie.³¹² Die duidelikste hiervan is die feit dat die NVG geen ondervinding het in die vervolging van kartelle nie, en dat hierdie juis 'n spesialis gebied is.³¹³ Dit is jammer dat die wetgewer nie meer omvattende ondersoek -en vervolgingsmagte in die mededingingsowerhede in terme van art 73A gevestig het nie, of ten minste 'n raamwerk daargestel het oor hoe die twee instellings oor vervolging van karteloptrede moet kommunikeer en koördineer nie, aangesien die twee op hul eie aangewese is in hierdie verband, wat institusionele konflik 'n wesenlike gevaar maak..

Die bedreiging van Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram is ook 'n bron van kommer.³¹⁴ Die crux daarvan is dat die Mededingingskommissie

309 Hoofstuk 3, par 3.5.2.1.

310 Hoofstuk 3, par 3.5.5.

311 *Supra* vn 8

312 Hoofstuk 3, par 3.5.4.

313 *Id.*

314 Hoofstuk 3, par 3.5.3.1 – 3.5.3.4.

onderhewig aan sekere voorwaardes³¹⁵ die bevoegdheid het om vrywaring teen vervolging te bied aan firmas wat vrylik erken dat hul aan karteloptrede deel geneem het.³¹⁶ Aangesien art 73A die finale diskresie in die NVG vestig rakende die toestaan van immuniteit, word die Mededingingsowerhede hul mag onteem en sodoende word die effektiwiteit van die Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram in gedrag gebring.³¹⁷ Art 73A(4)(a) weerhou die Mededingingskommissie daarvan om die vervolging van enige persoon aan te vra indien die Kommissie sertifiseer het dat die persoon toegeeflikheidswaardig is. In terme van Art 73A(4)(b) word die Kommissie toegelaat om voorleggings te maak aan die NVG ten gunste enige ter ondersteuning van enige immuniteit deur die NVG aan 'n beskuldige. Dit kan kwalik gesien word as 'n effektiewe teenwig om die Toegeeflikheidsprogram te beskerm. Alhoewel toegegee kan word dat die NVG meermale die Mededingingskommissie se aanbevelings oor immuniteit sal navolg, is dit egter so, dat die gebrek aan enige waarborge enige direkteur baie versigtig sal maak om die mededingingsowerhede te nader om toegeeflikheid.³¹⁸

Die wetgewer blyk ook die moontlikheid mis te gekyk het rakende wat sal gebeur indien die Mededingingskommissie bewyse ondek deur hul ondersoek. Dit laat die vraag ontstaan na die aard van verskillende bewyslasste in siviele en kriminele aangeleenthede.³¹⁹ Daar moet ook nog uitsluitel gegee word oor die feit dat negatiewe afleidings gemaak kan word indien 'n beskuldigde homself beroep op stilswye.³²⁰ In sover as wat die aanname van onskuld die plasing van die onus van die bewyslas, verskuif na die beskuldigde voordat die staat 'n *prima facie* saak uitgemaak het, sal dit wel 'n inbreukmaking wees op die reg om onskuldig geag te word. Konstitusionele uitsluitel moet nog gelewer word rakende hierdie

315 *Id.*

316 Hoofstuk 3, par 3.5.3.2.4.

317 *Supra.*

318 *Supra.*

319 Hoofstuk 4, par 4.2.1.

320 Hoofstuk 4, par 4.2.2.

skynbaar omgekeerde bewyslas in terme van Art 73A.³²¹ Persone wat voor die Tribunaal getuig sal ook baie meer waaksaam wees teen die risiko van self inkriminering aangesien hierdie getuienis in strafregtelike verrigtinge teen hulle gebruik sal word.³²²

Art 73A(6)(b) stel dit ook onomwonde dat 'n firma nie 'n direkteur finansieel kan bystaan in sy kartelverhoor nie. Dit blyk met die eerste oogopslag redelik te wees maar kan moontlik inbreukmaking op die reg tot regsverteenvoordinging daarstel.³²³

6.3 Hervormings en Implementeringsvoorstelle

Dit blyk dat die skepping van 'n aparte spesialisdepartement vir die vervolging van kartelaktiwiteite 'n stap in die regte rigting is. Sonder 'n behoorlike administratiewe sisteem sal die effektiewe uitoefening van die mandaat egter nie vervul kan word nie.

Dit word ook van die hand gedoen dat indien die wetgewer aandrang op kriminalisasie, 'n konsolidasie tussen die Nasionale Vervolgingsgesag en die gespesialiseerde kartel divisie 'n wesenlike oplossing bied of dat daar minstens 'n omvattende samewerkingsooreenkoms daargestel moet word.

Dit is my submissie dat ten einde kriminalisasie binne die Suid-Afrikaanse konteks suksesvol te implementeer, daar wegbeweeg moet word van 'n simptomatiese benadering en eerder gefokus word op 'n enkele geïntegreerde sisteem binne een mededingingsgesag. Dit is juis hierdie "laslappies van kriminalisasie" wat volgens Harding die grootste uitdaging bied. Sodanige laslappiebenadering kan inderdaad 'n doolhof van onsekerheid tot gevolg hê. Vervolgens word die volgende voorgestel:

321 *Id.*

322 *Supra.*

323 35(3)(f).

- a) Oorweging van gesamentlike en afsonderlike kriminele aanspreeklikheid tussen 'n firma en die individu;
- b) Uitbreiding van ondersoek magte van die Mededingingskommissie;
- c) Die Kommissie se Karteldivisie moet eers die klagte insake karteloptrede as krimineel aanhangig maak en daarna siviël optree. Die magte behoort statutêr bevestig te word. Die Kommissie se Karteldivisie moet die mag gegee word om immuniteit toe te staan en om karteliste krimineel te vervolg;
- d) Besondere aandag moet geskenk word aan die verhouding tussen die Mededingingskommissie en die NVG en dit is daarom van belang dat hulle in 'n formele samewerkingsooreenkoms aangaan. Hierdie samewerkingsooreenkoms moet onder andere prosedurele kwessies aanspreek en hoe ook te werk gegaan sal word tussen die twee met enig kartelondersoek en verwysing;
- e) Aangesien kriminele aanspreeklikheid verreikende gevolge het en die wet stil is oor die presiese oomblik wat 'n direkteur aanspreeklik word, kan 'n amnestietydperk soos voorgestel deur Altini³²⁴ 'n werkbare oplossing bied.

6.4 'n Finale woord

Die inwerkingtreding van strafregtelike aanspreeklikheid vir 'n individu is 'n kontensieuse kwessie. Dit is nie *per se* die invoeging van kriminele sanksies wat problematies is nie, maar eerder die redes daarvoor en die wyse waarop dit gedoen is. Daar is vele prosedurele, konstitusionele en institusionele vraagstukke wat opgelos sal moet word alvorens kriminalisasie suksesvol implementeer kan word.

324 Altini N & Koovejee V “*Stepping over some vital constitutional lines*” Without Prejudice September 2008 Vol 8 (8) 9-11.

BIBLIOGRAFIE

Outers en Boeke

A

Altini en Koovejee “*Stepping over some vital constitutional lines*”

Altini N & Koovejee V “*Stepping over some vital constitutional lines*” Without Prejudice September 2008 Vol 8 (8) 9-11.

Anderson en Rodgers *Antitrust Law and Practice*

Anderson en Rodgers “*Antitrust Law and Practice*” (1999)

Avramovich “*Prosecuting Cartels*”

Avramovich MC “*Prosecuting Cartels*”: *Do High Fines Always Contribute to Social Welfare?* (2010)

B

Baker “*The Use of Criminal Law Remedies*”.

Baker D “*The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartel and Bid Rigging*” 69 *George Washington Law Review*.

Bauer “*Reflectiions on the Manifold Means of Enforcing the Antitrust Laws*”

Bauer J “*Reflectiions on the Manifold Means of Enforcing the Antitrust Laws: To Much, To Little, or Just Right?*” 16 *Loyola Consumer Law Review* 303 (2004).

Baumann en Arzt “*Kartellrecht und allgemeines Strafrecht*”

Baumann J en Arzt G, “*Kartellrecht und allgemeines Strafrecht*” (1970) 134 *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 24.

Brassey *Competition Law*

Brassey M *Competition Law* (2005)

Burchell *Principles of Criminal Law*

Burchell *Principles of Criminal Law* (2005)

Bloom “*Article 81 and Cartel Policy*” 1

Bloom M “*The Great Reformer: Mario Monti’s Legacy in Article 81 and Cartel Policy*” 1 (2005) Competition Policy International.

Briscoe “*Trampling over constitutional rights*”

Briscoe J “*Trampling over constitutional rights*” Without Prejudice September 2009 Vol 9 (8) 8-9.

C

Calvani “*Cartel penalties and damages in Ireland*”

Calvani T “*Cartel penalties and damages in Ireland: criminalization and the case for custodial sentences*” (2006)

Coffee “*Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*”

Coffee J No Soul to Damn: “*No Body to Kick An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*” 79 Michigan Law Review 387

Currie en de Waal *The Bill of Human Rights Handbook*

Currie I en De Waal J *The Bill of Human Rights Handbook* (Juta 2005)

D

De Koker “*Personal Liability for the Debts of the Corporation*”

De Koker “*Personal Liability for the Debts of the Corporation*” 1997 2 *Development in European Company Law* 149

Du Plessis “*Fundamental rights in South Africa’s transitional constitution*”

Du Plessis L “*The genesis of the provisions concerned with the application and interpretation of the chapter on fundamental rights in South Africa’s transitional constitution*” 1994 TSAR 709.

Dripps D “*The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule*”

Dripps D “*The Constitutional Status of the Reasonable Doubt Rule*” 1987 75 *California Law Review* 1665

Dawkins “*Statutory presumptions and reverse onus clauses in the Criminal Law*”

Dawkins K “*Statutory presumptions and reverse onus clauses in the Criminal Law: In search of rationality*” 1987 (3) *Canterbury Law Review* 215

F

Farisani “*The regulation of Corporate Criminal Liability in South Africa*”

Farisani D “*The regulation of Corporate Criminal Liability in South Africa: A close look.*” *Obiter* 2006

Fox “*Antitrust, economic development and poverty*”

Fox EM “*Antitrust, economic development and poverty: the other path.*” In Qaqaya H and Lipimile G, (reds) “*The Effects of Anti-competitive Business Practices on Developing Countries and Their Development Prospects.*” UNCTAD/DITC/CLP/2008/2.

Fox “*Efficiency, Poverty and Markets*”

Fox “*Efficiency, Poverty and Markets*” Universiteit Parys Dauphine, 11 Maart 2009

Federmann, “*Kriminalstrafen im Kartellrecht*”

Federmann B *Kriminalstrafen im Kartellrecht* Baden-Baden, Nomos, (2006) 542.

G

Glanville Williams “*The Logic to Exceptions*”

Glanville Williams “*The Logic to Exceptions*” 1988 47 *Cambridge Law Journal* 261

H

Hammond “*Cornerstones of an Effective Leniency Program*”

Hammond “*Cornerstones of an Effective Leniency Program*” ICN Workshop on Leniency Programs (Sydney, November 2004)

Harding “*Business Collusion as a Criminological Phenomenon*”

Harding C, *Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels*, 14 *CRITICAL CRIMINOLOGY* 181, 182, 188 (2006)

Hartzenbergh, *Competition Policy in South Africa*

Hartzenbergh T *Competition Policy in South Africa: Toward Development?* Conference on The Regulatory Environment and its impact on the Nature and Level of Economic Growth and Development in South Africa (2008) Tralac.

I

Irvine en Granville “Concurrent Competition Jurisdiction”

Irvine en Granville Who to Call? Concurrent Competition Jurisdiction in the South African Electronic Communications Sector by 4.

K

Kelly “*Introduction of Cartel Offence Into South African Law*”

Kelly L “*Introduction of Cartel Offence Into South African Law*” Stell LR 2 (2010) 331.

Kolasky “*Criminalising cartel activity*”

Kolasky W “*Criminalising cartel activity: Lessons from the US experience*” 2004 12 Competition & Consumer Law Journal 211

Kraakman R Corporate “*Liability Strategies and the Costs of Legal Controls*”, 93. The Yale Law Journal 857, by 882

Kraakman R Corporate “*Liability Strategies and the Costs of Legal Controls*”, 93. The Yale Law Journal 857, by 882

Kartte en von Portatius “*Kriminalisierung des Kartellrechts?*”

Kartte W & von Portatius A “*Kriminalisierung des Kartellrechts?*”(1979)

L

Labuschagne P “*The doctrine of seperation of power*’

Labuschagne P “*The doctrine of seperation of powers and its application in South Africa*” Politeia Vol 23 3 (2004)

Landes “*Optimal Sanctions for antitrust violations*” 652-678

Landes W “*Optimal Sanctions for antitrust Violations*” The University of Chicago Law Review vol 50 (2) 652-678.

Lavoie *The development of Competition law and economics in South Africa*

Lavoie *The development of Competition law and economics in South Africa*
(2012)

Lavoie *South Africa's Corporate Leniency Policy*

Lavoie C *South Africa's Corporate Leniency Policy: A five year review. World Competition* 33(1):141-162.

Liman *"The Paper Lable Sentences: Critique"*

Liman *"The Paper Lable Sentences: Critique"* 86 *The Yale Law Journal* 619
(1977), 630-631.

M

Mangwiro en Dela *"Reverse onus provision"*

Mangwiro H en Dela P *"Reverse onus provision + director's criminal liability = a formula for constitutional uncertainty"* 2009 Apr Vol 9 (3) 21-22.

Marshall, Marx en Samkharadze *"Dominant Firm Conduct by Cartel"*.

Marshall, Marx en Samkharadze *"Dominant Firm Conduct by Cartel"*.

Mopajelo *"The doctrine of seperation of powers"*

DPJ *"The doctrine of seperation of powers" (A South African Perspective)* -
Mopajelo 'n artikel aangebied by *Middle Temple South Africa Conference*,
September 2012. Asook Mopajelo *"The doctrine of seperation of powers"*
Advocate April 2013

Motchenkova E *"Optimal enforcement of competition law"*

Motchenkova E *"Optimal enforcement of competition law,"* (PhD Proefskrif,
Tilburg Universiteit 2005)

Motta in *"Are antitrust fines excessive to the detriment of the companies concerned and consumers in general?"*

Muzata & Mnisi “*Are antitrust fines excessive to the detriment of the companies concerned and consumers in general?*”

Muzata & Mnisi “*Are antitrust fines excessive to the detriment of the companies concerned and consumers in general?*” 4th Annual Competition Conference (2009)

N

Ngwepe “*Serving Two Masters: Concurrent Jurisdiction between the Competition Commission and the Independent Communications Authority of South Africa*” (2003) 120 SALJ 242

Ngwepe W “*Serving Two Masters: Concurrent Jurisdiction between the Competition Commission and the Independent Communications Authority of South Africa*” (2003) 120 SALJ 242

Neuhoff *A Practical Guide to the South African Competition Act*

Neuhoff et al (Ed) *A Practical Guide to the South African Competition Act* Butterworth (2006)

O

Osborn “*Cartel Problems*”

Osborn D.K. “*Cartel Problems*,” *American Economic Review*, Vol. 66, September, 1976, 835-844

Ostrovsky en Boniwell “*Shifting the Burden of Proof*”

Ostrovsky S en Boniwell A “*Shifting the Burden of Proof: The nature of director's liability*” *Without Prejudice*, Mei 2008 21-22

P

Page “*Optimal Antitrust penalties*”

Page W “*Correspondence: Optimal antitrust penalties and competitors Injury*,” *The Michigan Law Review*, 1990 vol. 88, no. 7, 2151 – 2166

Petrikaité “*The effects of Costly Consumer Search on Mergers and Cartels*”.

Petrikaité V “*The effects of Costly Consumer Search on Mergers and Cartels*”.

S

SALC “*The application of the Bill of Rights to Criminal Procedure*”

South African Law Commission: Project 101 The application of the Bill of Rights to Criminal Procedure, the Law of Evidence and Sentencing. May 2001.

Sakata en Sekgobela “*Child collusion a parent’s responsibility*”

Sakata en Sekgobela “*Child collusion a parent’s responsibility – Sanctioning the parent company in terms of South African Competition Law*” Seventh Annual Competition Conference.

Schwikkard en Van der Merwe *Principles of Evidence*

Schwikkard et al Schwikkard, PJ et al *Principles of Evidence* (1997).

Schwikkard “*Presumption of Innocence*”

Schwikkard PJ “*Presumption of Innocence*” Kenwyn: Juta & Co. Ltd, (1999)

Skeen “*A Bill of Rights and the presumption of innocence*”

Skeen A “A Bill of Rights and the presumption of innocence” 1993 9 SAJHR 525

Stigler, “*A Theory of Oligopoly*”

Stigler, “*A Theory of Oligopoly*,” Journal of Political Economy, Vol. 72(1), Februarie, 1964.

Stone “*Sentencing the Comparison*”

Stone C “*Sentencing the Comparison*”, 71 Boston University Law Review (1991) 383-389.

Sutherland en Kemp *Competition Law of South Africa*

Sutherland P en Kemp K *Competition Law of South Africa* (2008)

Tiedemann “*Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*”

Tiedemann K Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere *Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?* (Munich, CH Beck, 1972) C38.

Tyler T “*Why people Obey the Law*”

Tyler T “*Why people Obey the Law*”, Yale University Press (1990)

U

UNCTAD “*The impact of cartels on the poor*” TD/B/C.I/CLP/24.

UNCTAD “*The impact of cartels on the poor*”. Trade and Development Board
Trade and Development Commission Intergovernmental Group of Experts on
Competition Law and Policy Thirteenth session Geneva, 8–12 July 2013
TD/B/C.I/CLP/24

V

Van Cayseele “*The EC Commission’s 2006 Fine Guidelines*”

Van Cayseele P “*The EC Commission’s 2006 Fine Guidelines reviewed from
an economic perspective: risking over-deterrence*” The Antitrust Bulletin: vol.
53 no. 4/Winter 2008

W

Sir William Wade Administrative Law

Sir William Wade Administrative Law 2004 9ed

Werden en Simon “*Why Price fixers should go to Prison*”

Werden G en Simon M “*Why Price fixers should go to Prison*” The Antitrust
Bulletin 917 (1987)

Whish *Competition Law*

Whish R 5th ed *Competition Law* (2003)

Wills “*Optimal antitrust fines*”

Wills “*Optimal antitrust fines: theory and practice*” World Competition vol. 29
no. 2, 2006.

Wils *Effective Enforcement of Articles 81 and 82*.

Wils WPJ Does Effective Enforcement of Articles 81 and 82 require not only
Fines on undertakings but also individual penalties, in Particular
Imprisonment?

Hofsake

A

American Natural Soda Ash Corporation & Another v Competition Commission & Others

Anglo South Africa Capital (Pty) Ltd v Industrial Development Corporation of South Africa Ltd 24/CAC/Oct02 5- 6

B

Basic Slag Ltd Agreements 1963 1 WLR 727 746

C

Coetzee v Government of the Republic of South Africa; Matiso v Commanding Officer of Port Elizabeth Prison 1995 (4) SA 631 (KH) 60.

Competition Commission v Yara South Africa (Pty) Ltd and Others (31/CR/May05).

Competition Commission v Sasol Chemical Industries Ltd (48/CR/Aug10).

Competition Commission v Pioneer Foods (Pty) Ltd (15/CR/Feb07).

Competition Commission Thusanong Health Care, Dischem Criticare, Adcock Ingram and Others (20/CR/Feb08).

Competition Commission of South Africa v Telkom (2010) 2 All SA 433 (HHA)

County Court of Ulster County, New York, et al v Allen et al 442 US 140 (1979) 167

D

Durban Roodepoort Deep Ltd (70/CAC/Apr07) by 75;

E

Erf 167 Orchards CC v The Greater Johannesburg Metropolitan Council 1999 1 SA 104 (HHA), 21 en 22;

Eskom Holdings Ltd and Another v New Reclamation Group (Pty) Ltd 2009 (4) SA 628 (HHA)

Ewing Mcdonald & Co Ltd v M & M Products Co 1991 (1) SA 420 (A)

F

Fedsure Life Assurance Ltd and Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council en Andere 1999 (1) SA 374 (KH)

Ferreira v Levin NO & Vryenhoek v Powell NO 1996 (1) BCLR 1 (KH)

Freedom of Expression Institute and others v President of the Ordinary Couert Martial NO and others 1999 (3) BCLR 261 (C)

G

Glaxo Wellcome (PTY) (Ltd) and Others v National Association of Pharmaceutical Wholesalers 15/ CAC/ Feb 02

GlaxosmithKline South Africa (Pty) Ltd vs David Lewis N.O and Others, Saak No: 62/CAC/Apr06.

Graaff-Reinett Municipality v Van Ryneveld's Pass Irrigation Board 1950 (2) SA 420 (A)

Gcaba v Minister for Safety and Security en Andere CCT 64/08 2009 (KH) 26 56

Gentiruco AG v Firestone SA (Pty) Ltd 1972 (1) SA 589 A 603 B-E.

Greys Marine Hout Bay (Pty) Ltd v Minister of Public Works

H

Hamato and another V Chairperson, Peninsule Technikon Internal Disciplinary Committee and others 2000 (4) SA 21 (C)

Harksen v Lane 1998 (1) SA 300 (KH) 53.

Howard v Herrigel NO 1991 (2) SA 660 (AD).

I

ICE v The Commission 1972 CMLR 64

K

Ko-operatiewe Vereeniging 'Suiker Unie' UA v The Commission 1976 1 CMLR 295

L

Lynn NO and Another v Kreuger 1955 (2) CLR 167 (N) 169

M

Morphett Arms Hotel (Pty) Ltd v Trade Practices Commission 1980 ATPR 40-156

Ministere Public v Jean Louis Tournier and Jean Verney SACEM 1991 CMLR 248

Mittal Steel South Africa Ltd; MacSteel International BV; MacSteel Holdings (Pty) Ltd v Harmony Gold Mining Company Ltd; Minister of Health and Another NO v New Clicks South Africa (Pty) Ltd en Andere 2006 (2) SA 311 (KH)

Masethla v President of the Republic of South Africa 2008 (1) SA 566 (KH) 80.

Modderfontein Gold Mining Co v Transvaal Provincial Administration 1919 AD 397

N

National Association of Pharmaceutical Wholesalers and Others vs Glaxo Wellcome (Pty) Limited and Others, Case No: 45/CR/Jul01;

New Modderfontein Gold Mining Co v Transvaal Provincial Administration 1919 AD 397 401

O

Osman v Attorney-General Transvaal 1998 (2) SACR 493 (C).

P

President of the Republic of South Africa v Hugo 1997 (4) SA 1 (KH)

President van die Republiek van Suid-Afrika Andere v South African Rugby Football Union en Andere 2000 (1) SA 1 (KH)

Powell NO and others v Van der Merwe NO and others 2005 (5) SA 62 (HHA).

T

Top Performers Motors Ltd v Ira Berk Queensland (Pty) Ltd 1975 ATPR 40-004 17-116

R

R v Downey 1992 13 CR (4th) 129 (SCC);

R v Gwantshu 1931 EDL 29 31

R v Laba 1995 34 CR (4th) 360 (SCC).

Re: *Basic Slag Ltd Agreements* 1963 1 WLR 727 746

R.J.S. v. The Queen; Attorney-General et al., Interveners (1995) 121 D.L.R. (4de) 589 by 669 d.

S

S v Coetzee 1997 1 SACR 379 (KH) 430H

S v Gwadiso 1996 (1) SA 388 (KH)

S v. Hammer and Others 1994 (2) SACR 496 (C)

S v Hammer 1994 (2) SACR 496 (C)

S v Prinsloo 1996 3 BCLR 293 (KH).

S v Zuma 1995 (1) SACR 568 (KH)

S v Manamela and another (Director-General of Justice Intervening) 2000 (3) SA 1 (KH).

S v Mushimba 1977 (2) SA 629 (A) 840 E.

S v Meaker 1998 (2) SACR 73 WLD.

Sappi Fine Paper (Pty) Limited v Competition Commissioner and Another (2003) 2 CPLR 272 (CAC)

Sasol Synthetic Fuels (Pty) Ltd en Andere v Lambert en Andere 2002 (2) SA 21 (HHA) 17

Seagram Africa (Pty) Ltd v Stellenbosch Farmers' Winery Group Ltd en Andere 2001 (2) SA 1129 (C) 1141

Senwes Ltd v Competition Commission of South Africa (2009) ZACAC 4

Similane en Andere NNO v Seven-Eleven Corporation SA (Pty) Ltd en Ander 2003 (3) SA 64 (HHA)

Standard Bank Investment Corporation Ltd v Competition Commission en Andere;
Liberty Life Association of Africa Ltd v Competition Commission en Andere 2000 (2) SA 797 (HHA).

Wetgewing & Staatspublikasies

Algemene Regswysigingswet 50 van 1965.

Bankwet 94 van 1990

Dobbelwet 51 van 1965.

Grondwet van die Republiek van Suid- Afrika, 1996

Korporatiewe Regswysigingswet 24 van 2006.

Langtermyn Versekeringswet 52 van 1998.

Maatskappywet 61 van 1973

Maintenance and Promotion of Competitions Act 96 of 1979

Public Finance Management Act van 1999

Promotion and Combatting of Corrupt Activities Act 12 van 2004

Promotion of Administrative Justice Act 3 van 2000.

Strafproseswet 51 van 1977

Telekommunikasiewet 103 van 1996

Wet op Mededinging 89 van 1998

Wysigingswet op Mededinging 39 van 2000

Staats Protokol van Korporatiewe Bestuur in die openbare sektor (1997) Department of Public Enterprises. 2002 SK Kennisgewing No. 585 van 14 Mei 2004

SK 15848 13 Julie 1994 Wet op die Herbou –en Ontwikkelingsprogramfonds, 1994 NO 1233

SK 23857; Kennisgewing 1747 van September 2002 Samewerkingsooreenkoms ICASA en Mededingingskommissie

SK 31101 van 29 Mei 2008.

Koerante

Creamer *Engineering News* 11

Creamer T (red) “*Unintended outcomes*” *Engineering News* 8 Augustus 2008
11

Crotty *Business Report* 17

Crotty A “*Competition Act works as is - Commission*” *Business Report* 30 Julie
2008 11

Ensor *Business Day* 2

Ensor L “*Competition Authorities Oppose Bill*” *Business Day* 30 Julie 2008 2

Hartley *Business Day*

Hartley W “*Mps Defy Motlanthe over Bill*” *Business Day* 5 Februarie 2009 11

Visser *Business Day*

Visser A “*Business Day*” (aanlyn)

<http://www.bdlive.co.za/business/2013/03/15/avoid-criminal-sanctions-for-sa-cartels> [datum van laaste gebruik 18 Oktober 2013].

Carte *Moneyweb*

Carte A *Moneyweb* (aanlyn)

<http://www.moneyweb.co.za/moneyweb-corporate-governance/dont-jail-offenders--competition-boss> [datum van laaste gebruik 18 Oktober 2013]

Aanlyn

Amerikaanse Departement van Justisie Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram beskikbaar by <http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal/leniency.htm> [datum van laaste gebruik 20 Oktober 2013].

Bos en Pot “*Possibility of welfare-enhancing hard core cartels*”

Bos I en Pot E “*On the possibility of welfare-enhancing hard core cartels*” J Econ (2012) 107:199–216 <http://www.springerlink.com> [datum van laaste gebruik 29 Junie 2013].

Cassim R en DE van Seventer, 2005 Reform of South Africa’s Merchandise Trade since Democracy, an overview, ‘n besprekingsverslag voorgelê South African Economic Policy under review gehou te Universiteit van Stelenbosh 28-29 Oktober 2005, www.academic.sun.ac.za/economic/econcon/programme.htm [datum van laaste gebruik]

Davis DM Regter President van die Mededingingappelhof, “*Reflecting on the Effectiveness of Competition Authority*” beskikbaar by <http://www.comptrib.co.za/publications/speeches> [datum van laaste gebruik 18 Oktober 2013].

Departement van Handel en Nywerheid-Pretoria “*The Evolution of Policy of South Africa*”

Departement van Handel en Nywerheid-Pretoria “*The Evolution of Policy of South Africa – Proposed Guidelines for Competition Policy : A framework for Competition, Competitiveness and Development*” 3 – 27 November 1997 http://www.compcom.co.za/aboutus/about_evolution.asp [datum van laaste gebruik 27 Junie 2013].

Florian Wagner-von Papp “*Criminal antitrust law enforcement in Germany*”

Florian Wagner-von Papp “Criminal antitrust law enforcement in Germany: ‘*The whole point is lost if you keep it a secret! Why didn’t you tell the world, eh?*’”. <http://www.elgaronline.com/view/9781845426088.00023.xml> [datum van laaste gebruik 18 Oktober 2013].

Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law

Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, compiled by R. S. Khemani and D. M. Shapiro, commissioned by the Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, OECD, 1993.

Hammond S (2004) “*Conerstones of an Effective Leniency Program*”
Besprekingsdokument voorgelê by die ICN Werkswinkel oor Toegeeflikheid (Sidney,
22-23 November 2004) <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.htm> [datum
van laaste gebruik 20 Oktober 2013].

Kanadese studie

[http://www.telecomreview.ca/eic/site/tprp-gecrt.nsf/vwapj/Competition_Bureau -
_Appendix A \(Comparative Study\).pdf/\\$FILE/Competition Bureau -
_Appendix A \(Comparative Study\).pdf](http://www.telecomreview.ca/eic/site/tprp-gecrt.nsf/vwapj/Competition_Bureau_-_Appendix_A_(Comparative_Study).pdf/$FILE/Competition_Bureau_-_Appendix_A_(Comparative_Study).pdf) [datum van laaste modifikasie 8 August
2005]

Kolasky W (2004) ; “*Criminilizing Cartel Activity: Lessons from the U.S. Experience*”,
Fifth Lunch talk Global Competition Law Centre, Brussels, 29 September 2004
beskikbaar by <http://www.coleurop.be/lunchtalk20040929.htm> [datum van laaste
gebruik 20 Oktober 2013] , by11-12

Korporatiewe Toegeeflikheidsprogram [www.compcom.co.za/corporate-lenieny-
policy/](http://www.compcom.co.za/corporate-lenieny-policy/) [datum van laaste gebruik 12 Oktober 2013]

Marshall, Marx LM en Samkharadze B “*Dominant Firm Conduct by Cartel*”
beskikbaar by <http://capcp.psu.edu/papers/2011/dominantfirm.pdf> [datum van
gebruik]

Nasionale Dobbelaarad, NERSA en ICASA samewerkingsooreenkomste
<http://www.compcom.co.za/mou/> [datum van laaste gebruik 19 Oktober 2013].

News 24 Mededigingskommissie forum

http://www.news24.com/Topics/construction_cartel
&http://www.news24.com/Topics/competition_commission [datum van gebruik 17
September 2013].

OECD “*Policy Round Tables*”

Petrikaité V “*The effects of Costly Consumer Search on Mergers and Cartels*”.

Petrikaité V “*The effects of Costly Consumer Search on Mergers and Cartels*”
<http://disertations.ub.rug.nl/faculties/feb/2012/v.petrikaite/> [datum van laaste gebruik
24 Oktober 2013]

Price Waterhouse Coopers “Anti Competitive Practices” CGN Position Paper 2
(2013/01/31). <http://www.iodsa.co.za/page?=ForumCGN> [datum van laaste gebruik
19 Oktober 2013].

OECD *Policy Round Tables*

OECD Page 8 OECD: Policy Round Tables: Relationship between Regulators
and Competition Authorities, 1998

<http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/1920556.pdf> [datum van laaste gebruik
17 Junie 2013]

“Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and
potential scenario.” CONTRACT DG COMP/2006/A3/012.

“Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact
and potential scenario.” CONTRACT DG COMP/2006/A3/012.

Stein “*Duties and Liabilities of Directors*”

Stein “*Duties and Liabilities of Directors and Corporate Ammentment Act,
2006*” Bowman Gilfillian Attorneys Brosjure

[http://services.bowman.co.za/Brochures/DutiesAndLiabilities/DutiesAnd
Liabilities-lr.pdf](http://services.bowman.co.za/Brochures/DutiesAndLiabilities/DutiesAndLiabilities-lr.pdf) [datum van laaste gebruik 21 Oktober 2013]

Youens “*The fight against cartels*”

Youens P “The fight against cartels: An evaluation of the current and
prospective legislative framework for combating cartels in South Africa”
Competition SG 1/2008 3 <http://www.>

www.compcom.co.za/2011-media-releases/2011/ [datum van laaste gebruik 16
Oktober 2013].