

## Public Carriers Association v Toll Road Concessionaries (Pty) Ltd 1990 1 SA 925(A)

'n Mens kan verwag dat die oordrag van tradisionele owerheidsfunksies aan die private sektor toenemend vrae sal laat ontstaan oor die verhouding tussen die privaats- en publiekreg. Die onderhawige saak verdien aandag, omdat dit een van die eerste sake is waarin privatisering ter sprake gekom het.

### Feite

Die derde respondent, die Nasionale Vervoerkommissie (die kommissie) het ingevolge artikel 9(1)(a) en (2) van die Wet op Nasionale Paaie 54 van 1971 (die Wet), 'n gedeelte van 'n nasionale pad tot tolpad verklaar. Die kommissie het terselfdertyd aangekondig dat die bedrag van die tol wat dit ingevolge artikel 9(1)(b) geregtig is om te hef, deur die vierde respondent (die minister) bepaal is (ingevolge artikel 9(4)).

Hierdie kennisgewing is voorafgegaan deur ooreenkomste tussen die eerste respondent (Tolcon) en die tweede respondent (die regering) en die kommissie. Ingevolge 'n *interim* ooreenkoms het Tolcon herstelwerk aan die betrokke nasionale pad onderneem, asook die oprigting van tolhekke. As teenprestasie sou Tolcon 'n bedrag ontvang wat gelykstaande is aan die bruto opbrengs van die tol wat ingesamel word. Ingevolge 'n verdere ooreenkoms (die 'delegasie-ooreenkoms') het die kommissie sy bevoegdheid om tolgeld in te samel en 'n tolpad of tolhek te bedryf, aan Tolcon gedelegeer. Die tolgeld wat so ingesamel word, sou dan aan Tolcon betaal word.

Die appellante, wat almal in die openbare vervoerbesigheid is, het in die hof *a quo* aansoek gedoen om 'n bevel waarvolgens:

- 1 die verklaring van die tolpad tersyde gestel word;
- 2 die bepaling deur die minister van die bedrag van die tolgeld, ongeldig verklaar word;
- 3 die bedryf van die tolhekke en die insameling van tolgeld deur Tolcon, as onregmatig verklaar word.

Die hof *a quo* het die aansoek op al drie punte van die hand gewys (vgl. *Public Carriers Association v Tolcon Road Concessionaries (Pty) Ltd* 1989 4 SA 574(N)).

### Uitspraak op appèl

Die eerste vraag waaroor die appèlhof uitsluitel moes gee, is of die verklaring van die tolpad geldig is. Die kommissie se bevoegdheid ingevolge artikel 9(1)(a) om 'n tolpad te verklaar, word beperk deur artikel 9(3), wat bepaal dat 'n nasionale pad nie tot tolpad verklaar mag word nie, tensy daar 'n alternatiewe pad beskikbaar sal wees, waarlangs dieselfde bestemming bereik kan word as *via* die tolpad. Die hof beslis dat voldoen is aan die vereiste in artikel 9(3), al oorvleuel die tolpad en sogenaamde alternatiewe pad vir 'n aansienlike afstand. Die bedoeling van die

wetgewer is nie dat die alternatiewe pad fisies afsonderlik van die tolpad moet wees nie, maar dat 'n alternatiewe pad beskikbaar moet wees waarlangs dieselfde bestemming bereik kan word, sonder om tolgeld te betaal (944D–E).

Die tweede kwessie is of Tolcon geregtig is om die tolpad te bedryf en tol in te samel. Artikel 6(3)(a) bepaal dat die kommissie sekere werk wat hy ingevolge die Wet kan doen, met inbegrip van die invordering van tolgeld en die bedryf van 'n tolhek, 'deur 'n ander persoon (kan) laat doen op die bedinge en voorwaardes wat deur ooreenkoms tussen die kommissie en sodanige persoon bepaal word'. Artikel 6(3)(b) bepaal soos volg:

Die kommissie kan 'n bevoegdheid wat by hierdie Wet aan hom verleen word, skriftelik aan sodanige persoon . . . oordra indien die kommissie dit nodig ag vir die doeltreffende verrigting deur sodanige persoon van werk wat hy ingevolge so 'n ooreenkoms moet verrig.

Volgens die appellante magtig artikel 6(3)(a) die kommissie om ooreenkomste te sluit ingevolge waarvan derde partye funksies verrig *namens* die kommissie. Wat die *interim* ooreenkoms egter beoog, is dat Tolcon die funksies in eie naam verrig en die tolgeld vir eie rekening insamel. Dit kom dus neer op privatisering, wat nie deur die Wet gemagtig word nie. Trouens, die Wet bepaal dat die ingesamelde tolgeld in die Nasionale Padfonds gestort moet word (a 2(1)(bA)). Die geld, waarvan afsonderlik rekening gehou moet word, moet gebruik word vir die instandhouding en bedryf van die tolpad of tolhekke en geriewe (artikel 2(3A)).

Die hof verwerp hierdie argument. Hoewel die partye se uiteindelijke oogmerk privatisering was, en die 'finale ooreenkoms' wat nog nie in werking getree het nie, nie deur die Wet in sy bestaande vorm gemagtig word nie, verhinder dit nie die partye om ingevolge artikel 6(3)(a) 'n geldige ooreenkoms aan te gaan om die *interim* posisie te reël nie. Die delegasie-ooreenkoms bepaal ook uitdruklik dat die bepalinge van artikel 2(1)(bA) en (3A) nagekom moet word. Die hof sê dit is egter nie nodig dat Tolcon die geld fisies aan die kommissie oordra, en die kommissie dan dieselfde bedrag aan Tolcon betaal as vergoeding nie. Die bepalinge van die Wet kan nagekom word deur gebruikmaking van erkende rekeningkundige praktyke. Tolcon moet die geld aanwend om sy verpligtinge ingevolge die ooreenkoms na te kom, dus word die tolgeld aangewend vir die doeleindes in artikel 2(3A) voorgeskryf. Gevolglik is Tolcon geregtig om die tolpad te bedryf en tolgeld in te samel (947A–F).

Soer dit die derde argument betref: kragtens artikel 9(4)(a) moet die bedrag van die tol wat gehef word, 'op aanbeveling van die kommissie deur die Minister bepaal word'. Die appellante het aangevoer dat die minister nie 'n behoorlike bepaling gemaak het nie, omdat hy nie 'n vaste bedrag bepaal het nie, maar bepaal het dat die bedrae wat gehef word, nie bepaalde bedrae mag oorskry nie.

In die minderheidsuitspraak (by monde van ar Smalberger) word die appellante gelyk gegee. Die bedoeling van die wetgewer is dat die minister, en nie 'n mindere orgaan nie, in die finale instansie die bedrag moet bepaal. Hierdie doel word verfyel waar die minister bloot perke stel, aangesien iemand anders (die kommissie en Tolcon) dan die werklike bedrae bepaal. Hierdie uitleg word gesteun deur die feit dat die woord 'bepaal' elders in die artikel gebruik word om te dui op 'n spesifieke, vasgestelde datum, en dat publikasie van die bedrae vereis word (a 9(4)(c)) ter wille van regsekerheid (949C–950H).

In die meerderheidsuitspraak (by monde van w n ar Nicholas) word gekyk na die doel waarmee die bevoegdheid aan die minister opgedra is:

The primary object is to safeguard the public against arbitrary and excessive imposts, by ensuring that the road-user is charged no *more* than the amount which the Minister considers to be fair. It is not to prevent the road-user from being charged *less* than that amount (953C).

Die bepaling deur die minister is dus geldig.

### Kommentaar

Die hof se bevinding dat die verklaring van die tolpad geldig was, ondanks die oorvleueling van die tolpad en alternatiewe pad, lewer geen werklike probleme nie. Oor die ander twee kwessies, veral dié aangaande die bepaling van die tolbedrag, kan daar egter bespiegel word.

Dit is nuttig om die beslissing te ondersoek in die lig van twee ander resente sake. In *Luzon Investments (Pty) Ltd v Strand Municipality* 1990 1 SA 215(K) is bevind dat 'n klousule in 'n dorpsbeplanningskema *ultra vires* was. 'n Ooreenkoms tussen die munisipaliteit en dorpsontwikkelaar om hierdie klousule te gebruik, het geen regs-krag nie. Die munisipaliteit se toestemming om van die klousule gebruik te maak, is 'n administratiewe handeling, en nie die aanname van 'n aanbod in die kontraktuele sin nie. Maar selfs as dit 'n kontrak daarstel, is dit gesluit op sterkte van 'n gemeenskaplike veronderstelling dat die betrokke klousule geldig is. Hierdie aanname is vals; dus is die 'kontrak' nietig (227E–228F).

In *Mercian Investments (Pty) Ltd v Johannesburg City Council* 1990 1 SA 560(W) is beslis dat 'n plaaslike owerheid verplig is om belastinge in te samel. 'n Ooreenkoms ingevolge waarvan die stadsraad afstand doen van so 'n statutêre verpligting is nietig. Hierdie beslissing is in ooreenstemming met die *dictum* in *Cape Town Council v Claremont Union College* 1934 AD 414 op 450 dat '(a) municipality cannot forego rates due to it'. En in *SAR & H v Transvaal Consolidated Land and Exploration Co Ltd* 1961 2 SA 467(A) het hr Steyn (in 'n minderheidsuitspraak) gesê dat 'the executive authority cannot renounce a peremptory statutory obligation imposed upon it by the Legislature for the conservation of public moneys' (481C). (Vgl ook *Burghersdorp Municipality v Coney* 1936 CPD 305; *Peri-Urban Areas Health Board v Administrator, Transvaal* 1954 3 SA 169(T).)

Uit bovermelde sake wat gaan oor die mate waarin 'n owerheidsorgaan se kontrakteervryheid aan bande gelê word deur magtigende wetgewing, kan twee beginsels afgelei word: eerstens kan 'n owerheidsorgaan nie gevolg gee aan *ultra vires* administratiewe wetgewing by wyse van 'n private ooreenkoms nie, selfs al sou die partye se ooreenkoms berus op die veronderstelling dat die betrokke bepaling *intra vires* is (*Luzon*). Tweedens mag 'n statutêre liggaam nie by ooreenkoms afstand doen van sy statutêre verpligtinge nie (*Mercian*).

Wat is die betekenis hiervan vir die *Toll Road*-saak? Daar kan geargumenteer word dat die minderheidsuitspraak, in die lig van die *Luzon*-beginsel, meer korrek is. Deur slegs maksimum bedrae te bepaal, het die minister in effek sy verpligting om tolbedrae te bepaal, aan 'n laer orgaan gedelegeer. Boonop bevat die Wet nóg uitdruklike nóg versweë magtiging tot delegasie – die bewoording van artikel 9(4) maak dit duidelik dat die minister self in die laaste instansie die bevoegdheid moet uitoefen. Gevolglik is die bepaling deur die minister ongeldig, en die kommissie en Tolcon kan nie daarna geldiglik ooreenkom oor die bedrag wat gehef sal word nie.

Uit 'n beleidsopspunt is so 'n benadering verkieslik, veral by die privatisering van owerheidsdienste. Indien die hof te geredelik bevind dat die oordrag van een bevoegdheid (byvoorbeeld om tol in te samel) aan 'n private instansie, ook die oordrag van 'n ander bevoegdheid impliseer (byvoorbeeld om die tolbedrag te bepaal), staar 'n vorm van korporatisme ons in die gesig. Hoe makliker funksies waarvoor 'n minister tradisioneel aan die parlement verantwoording moet doen, oorgedra word aan instansies wat nie dieselfde verantwoordelikheid het nie, hoe makliker verkrummel die individu se inspraak in die regeringsprosesse (kyk Baxter 'Constitutionalism, Bureaucracy and Corporatism' in Boule en Baxter (reds) *Natal and KwaZulu: constitutional and political options* (1981) 76, 104-7).

'n Interessante vraag is of die *Mercian-ratio* (nl dat 'n instansie nie mense kan vrystel van heffings waarvoor statutêre voorsiening gemaak is nie) ook van toepassing is waar openbare dienste oorgedra is aan 'n private instansie. Dit sal wel die geval wees waar die doel van die statutêre bepaling is 'to effectuate either a private or a public right – a right requiring that the power conferred shall be exercised and therefore capable of enforcement' (*SAR & H v Transvaal Consolidated Land and Exploration Co Ltd supra* 504D), byvoorbeeld waar die geld in trust gehou word namens 'n owerheidsorgaan.

Die verhouding tussen die magtigende wet en private kontrakte laat weer die vraag ontstaan na die onderskeid tussen die publiekregtelike en privaatregtelike verhouding. Die toenemende voorkoms van owerheidskontrakte, asook die neiging tot privatisering, maak die probleem besonder aktueel.

Wiechers (*Administratiefreg* (1984) 50-5) noem twee kriteria om te onderskei tussen die administratiefregtelike en privaatregtelike verhouding. Eerstens sal minstens een van die regsobjekte in die administratiefregtelike verhouding 'n owerheidsorgaan wees. Hierdie toets is egter nie konklusief nie, omdat owerheidsorgane ook in privaatregtelike verhoudings te staan kan kom. Die 'tweede en deurslaggewende kenmerk van die administratiefregtelike verhouding' is dat die owerheidsorgaan met owerheidsgesag bekleed is, dit wil sê dat daar 'n ongelyke (gesags)verhouding bestaan (3, 51; vgl Baxter *Administrative Law* (1984) 61-2 se 'public authority'-toets).

Die probleem is egter dat die privaatreë ook ongelyke (gesags)verhoudings ken, soos dié tussen ouer en kind, of die lede en bestuur van 'n vrywillige vereniging (die sogenaamde 'burgerlike privaatreë'). Om vas te stel of 'n gesagsverhouding in die privaatregtelike of publiekregtelike sfeer val, kan gekyk word na die bron waaraan die gesag ontleen word. 'n Verhouding wat uitsluitlik deur 'n kontrak beheers word (bv in die geval van 'n vrywillige vereniging; kyk *Herbert Porter and Co Ltd v Johannesburg Stock Exchange* 1974 4 SA 781(W)), of geld vanaf regsweë (bv die ouer-kind-verhouding), is privaatregtelik van aard. Dit moet onderskei word van die geval waar 'n liggaam sy bevoegdheid om dwingend op te tree ontleen aan 'n statuut, of waar hy 'n statutêre plig opgelê word om in die openbare belang op te tree (*Dawnlaan Beleggings v Johannesburg Stock Exchange* 1983 3 SA 344(W)).

Volgens Wiechers (51) geld die privaatreë ten aansien van owerheidskontrakte, insover as wat die staat nie hier van sy owerheidsgesag gebruik maak nie, maar in 'n gelyke verhouding met die ander kontraksparty te staan kom. Verkeer die staat egter in 'n sterker posisie vanweë die feit dat hy owerheidsgesag in die hande het, geld die reëls van die administratiefreg (91). Volgens Baxter (62 n 97) is dit egter 'n vals aanname dat owerheidskontrakte soortgelyk is aan kontrakte tussen

private individue, aangesien owerheidskontrakte onderhewig is aan statutêre voorskrifte met betrekking tot tenderprosedures, hul verbreek mag word sonder om aanspreeklikheid op te doen, en 'n belangrike werktuig van owerheidsbeleid is.

Die vraag is nou of die gesag waarmee 'n private instansie bekleed word as gevolg van die oordrag van statutêre (owerheids) funksies, as afgeleide owerheidsgesag bestempel kan word. Met ander woorde, kan 'n private instansie in 'n publiek-regtelike verhouding met individue tree?

In die *Toll Road*-saak het die oordrag van funksies plaasgevind by wyse van 'n konsessie-ooreenkoms. (Om hier te praat van 'delegasie' – die hof praat van 'n 'delegasie-ooreenkoms' – is streng gesproke nie korrek nie, omdat delegasie eerder betrekking het op 'n dekonsentrasie van bevoegdhede binne die hiërargie van die staatsdiens. Hierdie is 'n konsessie-ooreenkoms, wat Wiechers 91 omskryf as 'waar die staat 'n kontrak met 'n konsessionaris aangaan om sekere dienste in die openbare belang te lewer'.) 'n Mens kan nou redeneer dat die verhouding kontraktueel gereël word, en dus soortgelyk is aan die verhouding tussen die lede en bestuur van 'n vrywillige vereniging. Op dié manier word egter 'n belangrike verskil uit die oog verloor: dat die konsessie-ooreenkoms vir sy geldigheid van statutêre magtiging afhanklik is. (Mast *Overzicht van het Belgisch administratief recht* (1971) 92 sê dat '(d)e concessie is een complexe handeling die deels van contractuele, deels van reglementaire aard is'.)

Dit sal gevolglik van die feite van elke geval afhang of die private instansie in 'n privaat- of publiekregtelike verhouding te staan kom. Faktore wat op 'n publiekregtelike verhouding sal dui, is dat die instansie deur die magtigende wet die plig opgelê word om in die openbare belang op te tree (*Dawnlaan*-saak) en veral dat die instansie openbare dienste moet lewer. So sal die lewering van byvoorbeeld gesondheidsdienste ingevolge 'n konsessie-ooreenkoms die private instansie met afgeleide owerheidsgesag bekleed, terwyl die blote insameling van tolgeld en bedryf van 'n tolpad dui op 'n privaatregtelike verhouding.

HENK BOTHA

*Universiteit van Suid-Afrika*

## **Noodregulasies – aanhouding – ligging en inhoud van bewyslas**

### ***Minister van Wet en Orde v Matshoba* 1990 1 SA 280(A)**

Die ligging en inhoud van die bewyslas insake die regmatigheid van voortgesette aanhouding kragtens regulasie 3(3) (Prok R109 in SK 10280 van 1986-06-12) het in *Minister van Wet en Orde v Matshoba* 1990 1 SA 280(A) ter sprake gekom. Die applikant (Matshoba) het in 'n mosie-aansoek die hof *a quo* genader op die basis dat sy aanvanklike inhegtenisname (reg 3(1)) en verdere aanhouding (reg 3(3)) onregmatig