

IN DIE HOOGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(ORANJE-VRYSTAATSE PROVINSIALE AFDELING)

Saak No.: 4184/2001

In die saak tussen:

ESKOM

Eiser

en

THABO MOFUTSANYANA DISTRIKSRAAD

Verweerder

CORAM:

HANCKE, R

AANGEHOOR OP:

9 & 10 MAART 2004

GELEWER OP:

18 MAART 2004

- [1] Eiser, wat funksioneer uit hoofde van die Eskomwet No.40 van 1987, spreek verweerder aan vir die terugbetaling van 'n bedrag van R180 382,35, synde streeksdiensteraadheffings wat eiser aan verweerder betaal het. Volgens die pleitstukke is dit gemeensaak dat verweerder statutêr geregtig is om streeksdiensteraadheffings te verhaal van persone, of instansies, wat nie aldus vrygestel is om dit te betaal nie.

- [2] Dit blyk uit die notule van die Hofreël 37-samesprekings dat die

partye dit eens is dat die volgende aspekte tans beslis moet word:

1. Die meriete van die eiser se vordering.
2. Of die Hof jurisdiksie het om dit te besleg.
3. Of enige gedeelte van die eiser se vordering verjaar het.

[3] Alle ander geskilpunte, insluitende die omvang van eiser se *quantum*, staan oor om later besleg te word, indien nodig. By die aanvang van die verhoor is sodanige bevel by ooreenkoms ingevolge Hofreël 33(4) verleen.

[4] Volgens die Hofreël 37-notule is dit gemeensaak dat ongeveer gedurende 1995 die Johannesburg Plaaslike Owerheid die eiser versoek het om sekere inligting te verstrek ten opsigte van die verhuur van eiendom, asook die verkoop van skrootmateriaal ten einde heffings vas te stel wat volgens die plaaslike owerheid verskuldig was deur eiser aan verweerder ingevolge die Streeksdiensteraadwet No. 109 van 1985. Daarna het eiser die regsmenings ingewin van twee senior advokate wat verskillende

konklusies bereik het ten opsigte van eiser se aanspreeklikheid. In die een opinie is te kenne gegee dat, uit hoofde van artikel 24 van die Eskomwet, eiser nie vrygestel is van die betaling van addisionele heffings nie, terwyl die ander opinie te kenne gegee het dat eiser wel vrygestel is van sodanige betaling.

- [5] Daarna het eiser die Johannesburg Plaaslike Owerheid in kennis gestel dat dit vrygestel is van betaling en het gevolglik geweier om die aangevraagde inligting hierbo na verwys, te verstrek. Laasgenoemde het nie die korrektheid van hierdie mededeling aanvaar nie en op 4 Desember 1995 is die aangeleentheid verwys na die Kommissaris van Binnelandse Inkomste vir sodanige optrede as wat die Kommissaris mag goed vind, waarna die saak van ESKOM v GREATER JOHANNESBURG TRANSITIONAL METROPOLITAN COUNCIL aangehoor is deur Southwood, R wie op 9 Julie 1997 beslis het dat Eskom, uit hoofde van die bepalings van artikel 24 van die Eskomwet, inderdaad vrygestel was van die betaling van streeksdiensteraadheffings. Hierdie uitspraak is deur die Hoogste Hof van Appèl op 30 November 1999 bekragtig.

- [6] Dit blyk egter dat in die tussentyd eiser se finansiële komitee op 5 November 1997 besluit het om voort te gaan met die betaling van hierdie heffings onder sogenaamde protes en in afwagting van die beslissing van die Hoogste Hof van Appèl. Die eiser het ook briewe gerig aan sekere plaaslike owerhede waarin hierdie beslissing bekend gemaak was en is eiser se rekenkundige personeel opdrag gegee om eiser se tjeks aan te bied op die basis dat betalings onder protes en sonder benadeling van regte gemaak word. Eiser is egter nie in staat om enige van hierdie briewe wat aan verweerder gerig was op te spoor nie.
- [7] Slegs een getuie, mnr. Willem Jacobus Johannes du Plessis, die algemene bestuurder: regsdiens in diens van die eiser, het getuig en verklaar dat as gevolg van 'n probleem in 1995 met die betaling van streeksdiensteraadheffings, het hulle twee regsmanings ingewin wat teenstrydig was soos hierbo uiteengesit. In kruisverhoor deur mnr. Ploos van Amstel, namens die verweerder, het hy te kenne gegee dat die rede vir die voortsetting van betalings, onder andere, te wyte was aan die feit dat dit polities nie korrek sou wees om die plaaslike owerheid te antagoniseer nie en

ook om boetebetalings te vermy indien heffings regtens betaalbaar sou wees.

- [8] Nadat beide partye se sake gesluit is het mnr. Tuchten, namens die eiser, te kenne gegee dat eiser nie langer daarop steun dat alle betalings onder protes geskied het, of dat dit ‘n stilswyende term van die ooreenkoms was dat indien die Hoogste Hof van Appèl sou beslis dat eiser vrygestel was van betaling, verweerder reeds betaalde heffings aan die eiser sou terugbetaal. Die skuldoorsake waarop eiser huidiglik steun is:

1. Die *condictio indebiti* en “die analogiese aanwending daarvan” soos bespreek deur Harms, A.R. in **BOWMAN, DE WET AND DU PLESSIS NNO AND OTHERS v FIDELITY BANK LTD 1997 (2) SA 35 (A) te 40A-C.**
2. ‘n Aksie gebaseer op artikel 25(1) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, No.108 van 1996 en die bepaling van artikel 28(2) van die Interim Grondwet No.200 van 1993, alternatiewelik ‘n aksie wat die gemenereg uitbrei

in die lig van die bepalings van voormelde artikels in ooreenstemming met die gees en doelstellings van artikel 39(2) van gemelde Grondwet.

[9] Mnr. Ploos van Amstel het namens die verweerder te kenne gegee dat hy die verweer van afwesigheid van jurisdiksie laat vaar, maar dat verweerder volhard met sy pleit van verjaring.

[10] Ten opsigte van die *condictio indebiti* word in die **BOWMAN**-saak (*supra*) op **40A-H** die volgende verklaar:

“I do wish, however, to point out at the outset that the principles underlying the *condictio* are not immutable and that, in principle, a party is entitled to rely “op die analogiese aanwending van die *condictio indebiti*” (*Kommissaris van Binnelandse Inkomste en ‘n Ander v Willers en Andere* 1994 (3) SA 283 (A), especially at 333G-H). The rules of the *condictio* are also not identical for all situations and there is scope for deviation, for instance where deceased or insolvent estates and the like are concerned

I would have thought that an *ultra vires* payment represents a prime example for a payment *indebite*. Such payments are, by their very nature, payments of something not owing (“onverskuldig”) by the payee. Sir John Wessels was of a like mind: in *Law of Contract in South Africa* 2nd ed para 3642, he said that a payment is considered not to be due if a claim was thought to exist but which, after payment, is discovered to have been null and void. The point is in any event not a novel one and has been the subject of a number of judgments.”

[11] Gemelde beslissing haal met goedkeuring aan uit die handboek van

Wessels, Law of Contract in South Africa (2de Uitg.) par 999:

“It seems, however, more reasonable to hold that a person who, like an executive, is acting for the benefit of others, and who in that capacity overpays an heir or legatee under a *bona fide* mistake as to their legal rights, should not suffer for his mistake.”

- [12] Die vraag ontstaan dus of die eiser die betalings gemaak het in die *bona fide* en redelike, maar foutiewe geloof dat die betalings verskuldig was en of die foutiewe geloof op redelike gronde berus het, en dus verskoonbaar was. Harms: Amler’s Presedents of Pleadings, 3de Uitg. p.63. WILLIS FABER ENTHOVEN (PTY) LTD v RECEIVER OF REVENUE 1992 (4) SA 202 (A) te 224B-H.

- [13] Ten opsigte van die feite blyk dit dat die eiser terugbetalings vorder van betalings wat gemaak was aan die verweerder gedurende die tydperk Januarie 1997 tot Desember 1998. Volgens mnr. Du Plessis se getuienis het hulle gedurende 1995 regsadvies ingewin van twee senior advokate waarvan een die mening gehuldig het dat die heffings regtens nie betaalbaar was nie. Ondanks

laasgenoemde advies is voortgegaan met die betaling van die heffings. Soos hierbo aangetoon het Southwood, R op 9 Julie 1997 beslis dat die eiser nie regtens aanspreeklik is vir die betaling van sodanige heffings nie. Selfs na hierdie uitspraak was daar 'n betaling van R16 736,66 op 18 Desember 1998. Hierdie beslissing is deur die Hoogste Hof van Appèl bekragtig in **GREATER JOHANNESBURG TRANSITIONAL METROPOLITAN COUNCIL v ESKOM 2000 (1) SA 866 (SCA)**.

- [14] Dit is belangrik op daarop te let dat die eiser se voortsetting van betalings geensins te wyte is aan 'n bona fide fout aan hulle kant nie, maar, onder andere, weens die feit dat dit “polities nie korrek sou wees” om die plaaslike owerheid te antagoniseer nie. In **ESKOM v BOJANALA PLATINUM DISTRICT MUNICIPALITY en RUSTENBURG DISTRICT COUNCIL** (Saaknommers 31575 en 31579/2001 (gelewer in die TPA op 1 Augustus 2003) verklaar Moseneke, R op p.7 par [12] die volgende:

“In my view, all these circumstances are inconsistent with an erroneous but reasonable belief that the plaintiff was liable for payment of the levies. The plaintiff held the view, was advised and litigated on the

basis that it was not liable to pay the levies. Like most litigants, the plaintiff may not have held its views with absolute certainty, but that indeed was the view which informed the plaintiff's conduct. Such conviction cannot co-exist with an honest belief that the plaintiff had an obligation to pay the levies."

[15] Gemelde saak het feitelik dieselfde historiese aanloop gehad en stem ek saam met die slotsom wat daarin bereik is.

[16] Die huidige saak is in elk geval onderskeibaar van die **BOWMAN**-saak (*supra*): die huidige eiser is 'n statutêre liggaam wat sy elektrisiteit verkoop aan die algemene publiek, terwyl die **BOWMAN**-saak gehandel het met die posisie van 'n likwidateur of 'n eksekuteur. Die betalings wat eiser gemaak het was positiewe wilsbesluite van die finansiële komitee om redes hierbo na verwys en kan nie gekonstrueer word as *ultra vires* soos in die **BOWMAN**-saak nie. Dit volg dus dat die betalings wat eiser gemaak het nie as *bona fide* en redelik of verskoonbaar aangemerkt kan word nie. Die skuldoorsaak van *condictio indebiti* kan dus in die huidige omstandighede nie toepassing vind nie.

[17] Mnr. Tuchten het verder betoog dat eiser geregtig is op

terugbetaling van die geëisde bedrag op grond van die bepalings van artikel 25(1), asook artikel 39(2) van die Grondwet. Artikel 25, wat handel met *eiendom*, lui onder andere soos volg:

- “(1) Niemand mag eiendom ontnem word nie behalwe ingevolge ‘n algemeen geldende regsvoorskrif, en geen regsvoorskrif mag arbitrêre ontneming van eiendom veroorloof nie.
- (2) Eiendom mag slegs ingevolge ‘n algemeen geldende regsvoorskrif onteien word –
- (a) vir ‘n openbare doel of in die openbare belang; en
- (b) onderworpe aan vergoeding waarvan die bedrag en die tyd en wyse van betaling of deur diegene wat geraak word, aanvaar is of deur ‘n hof bepaal of goedgekeur is.”

[18] Volgens **HAT** Verklarende Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal, (onder redaksie van F.F. Odendaal en R.A. Gouws) beteken -

“*ontneem*” – “afneem, wegneem van ... iemand ’n voorreg ontnem. Iemand die lewe ontnem ...”

Volgens **The New Shorter Oxford English Dictionary** beteken –

“*deprive*” - “disposses, debar ... divest, strip ... deny the future position or enjoyment of something.”

[19] In **The Bill of Rights Handbook**, (4de Uitg. deur Johan de Waal, Iain Currie en Gerhard Erasmus) word op p.417 die volgende verklaar:

“Sections 25(1) and 25(2) distinguish between “deprivation” of property and “expropriation” of property. Deprivation of property by the State is permissible provided that it is not arbitrary and is carried out in terms of a law of general application. An individual has no right to compensation if he or she has been deprived of the property. Where the property has been expropriated by the State, an individual has a right to monetary compensation for the property that has been taken.”

[20] Verder, indien artikel 25 in die geheel geles word, het dit klaarblyklik te doen met gevalle waar ‘n persoon daadwerklik *ontneem* word van sy eiendom soos in die geval van onteiening, wat in hierdie opsig ooreenstem met die grammatikale betekenis van “ontneem” (of “deprive”) soos hierbo aangetoon. Gemelde artikel is dus nie van toepassing in die huidige omstandighede nie.

[21] Wat artikel 39 van die Grondwet betref, handel dit met die uitleg van Handves van Regte en lui artikel 39(2) soos volg:

“By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemene reg of gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte bevorder.”

[22] Ten opsigte van die plig van die howe in hierdie verband word in

CARMICHELE v MINISTER OF SAFETY AND SECURITY

AND ANOTHER (CENTRE FOR APPLIED LEGAL

STUDIES INTERVENING) 2001 (4) SA 938 (CC) te par [39]

die volgende verklaar:

“It needs to be stressed that the obligation of Courts to develop the common law, in the context of the s 39(2) objectives, is not purely discretionary. On the contrary, it is implicit in s 39(2) read with s 173 that where the common law as it stands is deficient in promoting the s 39(2) objectives, the Courts are under a general obligation to develop it appropriately. We say a “general obligation” because we do not mean to suggest that a court must, in each and every case where the common law is involved, embark on an independent exercise as to whether the common law is in need of development and, if so, how it is to be developed under s 39(2).”

[23] Twee onlangse beslissings in die Hoogste Hof van Appèl het ook

met hierdie plig gehandel. In **DU PLESSIS v ROAD**

ACCIDENT FUND 2004 (1) SA 359 (HHA) verklaar Cloete,

A.R. teenoor par [35] die volgende:

“Section 173 of the Constitution provides that the Consitutional Court, this court and the High Courts have the inherent power to

develop the common law, taking into account the interests of justice. In terms of s 8 of the Constitution a Court, in order to give effect to a right in the Bill of Rights, must develop the common law to the extent that legislation does not give effect to that right. A Court should in terms of s 39(2), when developing the common law, promote the spirit, purport, and objects of the Bill of Rights.”

- [24] In **AFROX HEALTHCARE BPK v STRYDOM 2002 (6) SA 21 (HHA)** handel Brand, A.R., volledig met die uitwerking van die *stare decisis*-reël, asook die invloed van die Grondwet op die gemenereg. In die uitspraak verwys hy na die volgende drie gevalle wat kan voorkom: Eerstens waar die Hooggeregshof oortuig is dat die gemenereg strydig is met ‘n grondwetlike bepaling, in welke geval dit verplig is om van die gemenereg af te wyk. Die tweede geval is waar ‘n beslissing wat gebaseer was op *boni mores*, of openbare belang, volgens die Hooggeregshof, met inagneming van die konstitusionele waardes, nie meer die *boni mores*, of die oorwegings van openbare belang, korrek weergee nie. Ook hier is die Hooggeregshof verplig om van die gemenereg af te wyk.

- [25] Teenoor par [29] verklaar hy die volgende:

“Die derde situasie wat kan ontstaan, is die volgende: die reël van die gemenereg wat in ‘n pre-konstitusionele beslissing van hierdie Hof neergelê is, is nie direk in stryd met enige spesifieke bepaling van die Grondwet nie. Dit is ook nie afhanklik van veranderende oorwegings soos *boni mores* of openbare belang nie. Desondanks is die Hooggeregshof oortuig dat die betrokke gemeneregtelike reël, by die toepassing van art 39(2), verander moet word ten einde die gees, strekking en oogmerk van die Grondwet te bevorder. Is die Hooggeregshof in hierdie geval by magte om uiting te gee aan sy oortuigings of is hy steeds deur die beginsels van *stare decisis* gebonde om die gemenereg toe te pas soos pre-konstitusioneel deur hierdie Hof neergelê? Die antwoord is dat die beginsels van *stare decisis* steeds geld en dat die Hooggeregshof nie deur art 39(2) gemagtig word om van die beslissings van hierdie Hof, hetsy pre- hetsy post-konstitusioneel, af te wyk nie. Artikel 39(2) moet saamgelees word met art 173 van die Grondwet. Kragtens laasgenoemde artikel word erkenning verleen aan die inherente bevoegdheid van ‘n Hooggeregshof om – saam met die Konstitusionele Hof en hierdie Hof – die gemenereg te ontwikkel. Dit is by die uitoefening van hierdie inherente bevoegdheid wat die bepalings van art 39(2) ter sprake kom. Voor die Grondwet het die Hooggeregshof uiteraard ook, netsoos hierdie Hof, die inherente bevoegdheid gehad om die gemenereg te ontwikkel. Hierdie inherente bevoegdheid was egter onderworpe aan die reëls wat in die leerstuk van *stare decisis* uitdrukking vind. Na my mening word hierdie reël nóg uitdruklik nóg by noodwendige implikasie deur die Grondwet verdring. Kortom, onderliggend aan die opdrag vervat in art 39(2), is die veronderstelling dat die betrokke Hof die

bevoegdheid het om die gemenereg te wysig. Of die betrokke Hof inderdaad daardie bevoegdheid het, word onder meer deur die *stare decisis*-reël bepaal.”

- [26] Mnr. Tuchten het betoog dat daar die behoefte bestaan vir ‘n konstitusionele remedie om belastinge terug te vorder wat nooit verskuldig was nie, aangesien die gemenereg in hierdie opsig gebrekkig is. In hierdie verband het hy gesteun op **ELLIS NO v COMMISSIONER OF TAXES 1995 (4) SA 265 (ZSC)** waar op **274H-I** die volgende verklaar word:

“To my mind, the view that there is in general a right to restitution of moneys paid following upon an *ultra vires* and illegal demand, and so a right to the recovery of interest thereon, is both attractive and compelling. For such principal payment would have been made either in consequence for a perceived presumption on the part of the payer of the constitutional validity of the demand and the holding out of such legality by the Legislature, or on account of the prospect of the payer being subjected to penal interest where his opinion of the illegality of the demand ultimately ruled to be incorrect.”

- [27] Hierdie beslissing is in teenstelling met dié van **COMMISSIONER FOR INLAND REVENUE v FIRST NATIONAL INDUSTRIAL BANK LTD 1990 (3) SA 641 (A)** waar Nienaber, WnA.R. (soos hy toe was) op **648G-I** die volgende

verklaar:

“In short, the claim for a refund cannot be accommodated under either the classical *condictio indebiti*, based on error, or on its extended form, based on duress. No other basis (except contract) was suggested either in the papers or during argument.

And because all the payments were made with the fixed intention of discharging existing (albeit disputed) debts in order to deflect the possible imposition of penalties, it cannot be said, for the purpose of an action on enrichment, that the payments, *qua* payments, were without due cause.”

Laasgenoemde beslissing is, na my mening, van toepassing op die huidige saak.

[28] Samevattend, blyk dit dat afgesien van ‘n statutêre remedie wat voorsiening maak vir die terugbetaling van bedrae te veel betaal (Regulasie 12(1) Staatskoerant No. 10613 van 17 Februarie 1987, uitgevaardig kragtens Wet op Streeksdiensterade No. 109 van 1985), het eiser ook beskik oor gemeenregtelike remedies wat, na my mening, geensins strydig is met enige grondwetlike bepaling nie. Hier is ook nie sprake van oorwegings van *boni mores* of openbare belang nie, en is ek volgens die *stare decisis*-reël nie geregtig om af te wyk van vroeëre beslissings van die Hoogste Hof van Appèl, selfs indien ek dit sou wou doen nie. **AFROX**

HEALTHCARE BPK v STRYDOM (*supra*) te 39B-J. Artikel

25(1) van die Grondwet is nie van toepassing op die huidige geval nie. Die gemenereg in hierdie verband is ook nie gebrekkig in die bevordering van die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte soos bedoel in artikel 39(2) van die Grondwet.

CARMICHELE v MINISTER OF SAFETY AND SECURITY

(*supra*) te par [39]. Dit is duidelik dat eiser wel voldoende gemeenregtelike remedies beskikbaar gehad het, maar was dit nie in staat om sy saak binne die trefwydte daarvan te bring nie. In die omstandighede het eiser dus nie 'n saak uitgemaak vir die betaling van enige bedrae nie.

[29] In die lig van die slotsom waartoe ek geraak het, is dit nie nodig om te handel met die spesiale verwere wat deur die verweerder geopper is nie.

[30] Bygevolg word eiser se vordering van die hand gewys met koste, welke koste sal insluit die koste van twee advokate.

S.P.B. HANCKE, R

Namens Eiser:

Adv. N.B. Tuchten SC
Bygestaan deur: Adv. M. Patel
i.o.v.
N.W. Phalatsi & Vennote

Namens Verweerder:

Adv. C. Ploos van Amstel SC
Bygestaan deur: Adv. L. Le R Pohl
i.o.v.
Honey Prokureurs

/scd