

6139 722 5X

UNIVERSITY LIBRARY

at T

University Free State

34300000734750
Universiteit Vrystaat

GROEPSGEDINGE MET SPESIFIEKE
VERWYSING NA ONDERNEMINGSREGTELIKE
TOEPASSINGS

JH DE BRUIN

**GROEPSGEDINGE MET SPESIFIEKE VERWYSING NA
ONDERNEMINGSREGTELIKE TOEPASSINGS**

Jan Hendrik de Bruin

**Voorgelê ter voldoening aan die vereistes vir die graad *Magister Legum* in
die Fakulteit Regsgeleerdheid, Departement Handelsreg, aan die
Universiteit van die Vrystaat**

31 Mei 2001

Studieleier: Professor Doktor JJ Henning

Medestudieleier: Advokaat J Lubbe SC

Universiteit van die
Oranje-Vrystaat
BLOEMFONTEIN
28 JAN 2002
WOVS SASOL BIBLIOTEEK

Opgedra aan:

Jan Hendrik de Bruin

(1922 – 1997)

Avo dilectissimo

Voorwoord

Aan my moeder, Elna van Straaten, 'n spesiale woord van dank. Sonder haar hulp, ondersteuning en aanmoediging oor jare heen sou die studie nooit gerealiseer het nie.

Aan professor Johan Henning en advokaat Jannie Lubbe my opregte dank. Hierdie twee persone het te midde van 'n ontsettende druk program tyd gemaak om die studie te begelei. Beide van hulle was altyd gereed met raad, bystand en aanmoediging. Sonder hierdie twee voortreflike persone se waardevolle insette, kennis, bystand, insig, geduld en aanmoediging sou hierdie studie nooit van die grond af gekom het nie.

Voorts wil ek ook graag vir doktor Daan Müller en professor Boelie Wessels bedank vir hulle hulp met die tegniese versorging en afronding van die werk.

Aan Léana, dankie vir jou toegewyde ondersteuning en aanmoediging.

Ten slotte: Soli Deo Gloria.

| | |
|--|----|
| HOOFSTUK 1 INLEIDING | 10 |
| 1. ONDERWERP VAN DIE STUDIE | 10 |
| 2. DOEL VAN DIE STUDIE | 10 |
| 3. AFBAKENING VAN DIE STUDIE | 10 |
| 4. BEGRIPSVERKLARING | 11 |
| HOOFSTUK 2 'N REGSHISTORIESE PERSPEKTIEF..... | 13 |
| 1. INLEIDING..... | 13 |
| 2. ENGELSE REG | 13 |
| 2.1 Historiese oorsprong..... | 13 |
| 2.2 Verteenwoordigende-litigasie vandag..... | 14 |
| 2.3 Verteenwoordigende-litigasie en ondernemingsreg | 16 |
| 2.3.1 Inleiding..... | 16 |
| 2.3.2 Meerderheidswil, billikheid en verteenwoordigende-litigasie..... | 17 |
| 2.3.3 Evaluering | 18 |
| 3. VERENIGDE STATE VAN AMERIKA | 18 |
| 3.1 Groepsgedinge voor kodifikasie..... | 18 |
| 3.2 Reël 23 van 1938..... | 19 |
| 3.3 Evaluering | 21 |
| 4. ONTARIESE REG..... | 21 |
| 5. SLOT | 23 |
| HOOFSTUK 3 REGSVERGELYKING: ONTARIO EN DIE VERENIGDE STATE | 25 |
| 1. INLEIDING..... | 25 |
| 2. ONTARIO (CLASS PROCEEDINGS ACT) | 25 |
| 2.1 Inleiding..... | 25 |
| 2.2 Sertifisering van die aksie | 26 |
| 2.3 Verteenwoordiger..... | 28 |
| 2.4 Kennisgewing..... | 29 |
| 2.4.1 Aan die groep..... | 29 |
| 2.4.2 Van groepslede | 31 |
| 2.4.3 Gedurende litigasie | 31 |
| 2.5 Gepaste bevele in 'n aansoek om sertifisering..... | 31 |
| 2.5.1 Toestaan | 31 |
| 2.5.2 Van die hand wys..... | 32 |
| 2.5.3 Die aanhoor van die aansoek uitstel..... | 32 |
| 2.5.4 Ander verrigtinge stuit | 32 |
| 2.6 Groepsgedingvoering..... | 33 |

| | | |
|-------|---|----|
| 2.7 | Bewys en verdeling van skade | 34 |
| 2.7.1 | Kollektiewe bewys (artikel 24)..... | 35 |
| 2.7.2 | Individuele bewys (artikel 25)..... | 36 |
| 2.7.3 | Verdeling van skadevergoeding (artikel 26)..... | 36 |
| 2.8 | Uitsprake | 38 |
| 2.9 | Algemeen | 38 |
| 2.9.1 | Wysiging van die sertifiseringsbevel | 38 |
| 2.9.2 | Verweerder/respondent groepsgeginge..... | 38 |
| | (a) Suiwer verweerder/respondent groepsgeginge | 38 |
| | (b) Eiser/applikant groepsgeginge op inisiatief van die respondent..... | 39 |
| 2.9.3 | Verjaring | 39 |
| 2.9.4 | Staking of skikking van litigasie | 39 |
| 2.9.5 | Koste en kostebevele | 40 |
| | (a) Finansiering van litigasie..... | 40 |
| | (i) Class Proceedings Fund | 40 |
| | (ii) Gebeurlikheidsooreenkomste | 41 |
| | (iii) Ander moontlikhede | 41 |
| | (b) Kostebevele | 42 |
| 2.9.6 | Appèlle | 43 |
| 2.9.7 | Groepsgegingevoering en howe | 43 |
| 2.10 | Evaluering | 43 |
| 3. | AMERIKAANSE FEDERALE REG (REËL 23) | 44 |
| 3.1 | Inleiding..... | 44 |
| 3.2 | Reël 23 van die Federal Rules of Civil Procedure | 45 |
| 3.2.1 | Sertifisering | 45 |
| | (a) Talrykheid..... | 46 |
| | (b) Gemeenskaplike regs- en feitevrae | 46 |
| | (c) Tipiese eise en verwere | 46 |
| | (d) Billike en toereikende verteenwoordiging | 47 |
| 3.2.2 | Die handhawing van die aksie | 48 |
| | (a) Verpligte groepsgeginge | 48 |
| | (b) Verbiedende groepsgeginge of interdikte | 49 |
| | (c) Gemeenskaplike vraag-groepsgeginge | 49 |
| | (i) Oorheersing van gemeenskaplike vrae | 51 |
| | (ii) Mees geskikte wyse | 52 |
| | (iii) Kennisgewing vereis | 52 |
| | (A) Kennisgewing aan die groep..... | 53 |

| | |
|--|----|
| (B) Kennisgewing van die groep..... | 54 |
| (iv) Uitsluiting van die aksie..... | 55 |
| (d) Gepaste bevele..... | 55 |
| (e) Gevolgtrekking..... | 56 |
| 3.2.3 Algemeen..... | 56 |
| (a) Staking of skikking van die aksie..... | 56 |
| (b) Bewys, berekening en verdeling van skadevergoeding..... | 58 |
| (c) Die rol van regters in die aanhoor van groepsgedinge..... | 58 |
| (d) Verteenwoordiger..... | 59 |
| (e) Regsverteenwoordigers en regskostes..... | 59 |
| (f) Res iudicata en groepsgedinge..... | 60 |
| 3.3 Evaluering..... | 60 |
| 4. SLOT..... | 61 |
| HOOFSTUK 4 'N ALGEMENE SUID-AFRIKAANSE PERSPEKTIEF..... | 62 |
| 1. INLEIDING..... | 62 |
| 2. GROEPSGEDINGE, LITIGASIE IN OPENBARE BELANG EN VOEGING..... | 63 |
| 2.1 Groepsgedinge en litigasie in openbare belang..... | 63 |
| 2.2 Groepsgedinge en voeging..... | 64 |
| 3. GRONDWETLIKE GROEPSGEDINGE..... | 65 |
| 3.1 Voor die inwerkingtreding..... | 65 |
| 3.2 Na die inwerkingtreding..... | 66 |
| 3.2.1 Algemeen..... | 66 |
| 3.2.2 Artikel 7(4) en artikel 38..... | 67 |
| (a) Enige persoon..... | 67 |
| (b) Bevoegde hof..... | 68 |
| (c) Gepaste regshulp..... | 68 |
| (d) Reg verskans in die Handves..... | 69 |
| 3.2.3 Probleme met konstitusionele groepsgedinge..... | 70 |
| 3.2.4 Reaksie van die howe..... | 71 |
| (a) Die 'floodgate' argument..... | 72 |
| (b) Die klassifikasie probleem..... | 73 |
| (c) Verskillende omstandighede..... | 73 |
| (d) Die res iudicata-argument..... | 73 |
| (e) Praktiese onmoontlikheid..... | 73 |
| 3.2.5 Evaluering..... | 74 |
| 4. DIE VERSLAG VAN DIE SUID-AFRIKAANSE REGSKOMMISSIE..... | 74 |
| 4.1 Inleiding..... | 74 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 4.2 | Agtergrond vir die verslae en aanbevelings..... | 75 |
| 3. | Die beoogde konsepwet..... | 76 |
| 3.1 | Sertifisering van die aksie | 77 |
| (a) | 'n Aksie..... | 78 |
| (b) | Bevoegde hof | 78 |
| (c) | Sertifisering | 80 |
| (i) | Identifiseerbare groep persone | 82 |
| (ii) | Prima facie skuldoorsaak | 83 |
| (iii) | Gemeenskaplike regs- en / feitevrae | 85 |
| (iv) | Geskikte verteenwoordiger | 85 |
| (v) | Belang van geregtigheid | 89 |
| (vi) | Toepaslike prosedure..... | 90 |
| (d) | Vereisde kennisgewing | 91 |
| (i) | Kennisgewing aan die groep..... | 91 |
| (ii) | Kennisgewing van die groep | 92 |
| (iii) | Gevolgtrekking | 94 |
| (e) | Gepaste bevele | 95 |
| 4.3.2 | Groepsgedingvoering..... | 96 |
| (a) | Prosedure..... | 96 |
| (b) | Bewys van skade | 96 |
| (i) | Individuele bewys van skade | 97 |
| (ii) | Kollektiewe bewys van skade | 97 |
| (iii) | Gevolgtrekking | 98 |
| (c) | Skikking en staking van litigasie | 98 |
| (d) | Uitspraak in 'n groepsgeding..... | 99 |
| (e) | Appèlle | 99 |
| 4.3.3 | Algemene bepalings..... | 100 |
| (a) | Die rol van die hof | 100 |
| (b) | Desertifisering | 100 |
| (c) | Prosedure..... | 101 |
| (d) | Koste | 101 |
| (i) | Inleiding..... | 101 |
| (ii) | Gesamentlike bydrae | 102 |
| (iii) | 'n Groepsgedingfonds | 102 |
| (iv) | Regshulp | 103 |
| (v) | Gebeurlikheidsgelde | 104 |
| (A) | Die konsep | 104 |

| | |
|---|------------|
| (B) Die ooreenkoms | 105 |
| (C) Suksesfooi | 106 |
| (D) Skikking | 107 |
| (E) Klagtes | 108 |
| (F) Ander aspekte | 108 |
| (G) Slotopmerking ten opsigte van gebeurlikheidsgelde | 108 |
| (vi) Ander moontlikhede | 109 |
| (e) Kostebevele | 110 |
| (f) Beskerming van groepsbelang | 111 |
| (g) Verjaring | 111 |
| (h) Ander afgeleide- en organisatoriese aksies | 112 |
| 4.4 Evaluering | 112 |
| 5. SLOT | 113 |
| HOOFSTUK 5 ONDERNEMINGSREGTELIKE TOEPASSINGS | 114 |
| 1. INLEIDING | 114 |
| 2. AFGELEIDE AKSIES IN DIE MAATSKAPPYEREG | 115 |
| 2.1 Inleiding | 115 |
| 2.2 Die maatskappyereg en minderheidsbeskerming | 115 |
| 2.3 Gemeenregtelike afgeleide aksie | 116 |
| 2.3.1 Die reël | 116 |
| 2.3.2 Gronde vir die instel van die aksie | 117 |
| 2.3.3 Prosedurele hulpmiddel | 118 |
| 2.3.4 Die gemeenregtelike aksie in Suid-Afrika | 118 |
| 2.4 Die Statutêre Aksie | 120 |
| 2.4.1 Die aanstelling van 'n voorlopige curator ad litem | 120 |
| (a) Aansoek | 120 |
| (b) Ondersoek en magte van die voorlopige curator | 122 |
| (c) Sekuriteit vir koste | 122 |
| 2.4.2 Verslag van die voorlopige curator | 123 |
| 2.4.3 Evaluering | 123 |
| (a) Gemeenregtelike en statutêre aksie | 123 |
| (b) Afgeleide aksies, persoonlike aksies en groepsgeledingvoering | 124 |
| 2.5 Gevolgtrekking | 126 |
| 3. BINNEKENNISTRANSAKSIES | 126 |
| 3.1 Inleiding | 126 |
| 3.2 Historiese aanloop tot die Wet op Binnekennistransaksies | 128 |
| 3.3 Die voorlegging van die Paneel | 129 |

| | |
|---|-----|
| (a) 'n Aksie analoog aan artikel 266 | 129 |
| (b) Die voorgestelde aksie en die werkstuk..... | 130 |
| (A) Belang | 131 |
| (B) Bekamping binne die raamwerk..... | 131 |
| (i) Sertifisering | 132 |
| (ii) Vrystelling van kennis | 134 |
| (iii) Hersiening van die bevoegdheid van die Paneel | 134 |
| (iv) Koste | 135 |
| (v) Kostebevele | 135 |
| (vi) Gevolgtrekking | 136 |
| 3.4 Die Kingkommissie..... | 136 |
| 3.4.1 Probleem ten aansien van siviele litigasie | 136 |
| 3.4.2 Oplossing | 137 |
| 3.5 Die Wet op Binnekennistransaksies | 137 |
| 3.5.1 Verbodsbepaling en omskrywing van relevante konsepte..... | 137 |
| 3.5.2 Die afgeleide aksie..... | 138 |
| 3.5.3 Verdeling van die bedrag verhaal | 139 |
| 3.5.4 Binnekennis en verjaring..... | 140 |
| 3.5.5 Gemeenregtelike eise | 141 |
| 3.5.6 Suksesse..... | 141 |
| 3.6 Gevolgtrekking | 141 |
| 4. Verbruikers- en Beleggersbeskerming..... | 142 |
| 4.1 Verbruikersbeskerming | 143 |
| 4.2 Beleggersbeskerming | 144 |
| 4.3 Die Wetsontwerp of Finansiële Adviseurs | 145 |
| 4.3.1 'n Aksie analoog aan Binnekennishandel | 145 |
| 4.3.2 Aansoek tot die hof | 145 |
| 4.3.3 Regshulp aangevra | 145 |
| 4.3.4 Versuim | 145 |
| 4.3.5 Bedrag verhaal..... | 146 |
| 4.3.6 Balans | 146 |
| 4.3.7 Gevolgtrekking | 146 |
| 4.4 Gevolgtrekking | 147 |
| 5. Slot..... | 147 |
| HOOFSTUK 6 SLOT..... | 149 |
| BIBLIOGRAFIE | 151 |
| OPSOMMING / SUMMARY | 160 |

HOOFSTUK 1

INLEIDING

1. Onderwerp van die studie

Hierdie studie het die bestudering van groepsgedinge en die instel daarvan in die Suid-Afrikaanse reg ten doel. Aandag word ten slotte aan die moontlike inslag van die prosedure op enkele gebiede van die ondernemingsreg gegee.

2. Doel van die studie

'n Groepsgeeding is 'n prosedure vir die akkomodering van litigasie gebaseer op gemeenskaplike (dieselfde) feite- en/of regs vrae ingestel of verdedig deur 'n definieerbare groep persone. Groepsgeedingvoering was tot voor die inwerkingtreding van die tussentydse Grondwet (Wet 200 van 1993) grootliks onbekend aan die Suid-Afrikaanse reg. Die inwerkingtreding van die tussentydse Grondwet (Wet 200 van 1993) het die posisie egter verander deurdat artikel 7 spesifiek daarvoor voorsiening maak. Dié posisie is ook in artikel 38, gelykluidend aan artikel 7, oorgeneem. Die probleem is dat die aanwending van die nuutgeskape prosedure alleen tot die beskerming van regte verskans in die Grondwet, beperk is. Gevolglik is die Suid-Afrikaanse Regskommissie getaak om ondersoek na die algemene uitbreiding van dié prosedure te doen. In twee daaropvolgende verslae beveel die Kommissie sodanige uitbreiding deur die promulgasie van 'n konsepwet aan. Die studie het die ondersoek van die aanbevelings ten doel. Aandag word ook kortliks aan die moontlik impak daarvan op enkele gebiede van die ondernemingsreg gegee.

3. Afbakening van die studie

Hoewel groepsgeedingvoering in die regstelsel van die Verenigde State van Amerika formeel beslag gekry het, is die prosedure ook bekend in onder andere die Kanadese en Australiese reg. 'n Studie van alle sodanige jurisdiksies is egter haas onmoontlik. Gevolglik is enkele jurisdiksies geselekteer en wel om redes soos hieronder uiteengesit.

Histories kan die prosedure na die absolute-voegingsreël teruggevoer word. Gevolglik is die Engelse reg (die jurisdiksie waarin die reël ontstaan het) as vertrekpunt gekies. Die historiese ontwikkeling van die reël word daarna kortliks in die Engelse-, sowel as die Kanadese reg toegelig. Aandag word ook gegee aan die posisie in die Verenigde State van Amerika.

Hierdie bespreking wys na die implementering van 'n hofreël (Verenigde State van Amerika) en wetgewing (Kanada) vir die fasilitering van die prosedure. Ten einde die Suid-Afrikaanse Regskommissie se voorstel te beoordeel, is dit nodig om by wyse van regsvergeliking 'n raamwerk as vertrekpunt te skep. Die bespreking hieronder wys duidelik daarop dat moderne groepsgeleding formeel in die Verenigde State van Amerika beslag gekry het. Gevolglik is geen bespreking daarvan volledig sonder 'n insluiting van die posisie daar nie.

Die historiese bespreking wys verder ook probleme uit met die omskepping van die absolute-voegingsreël in groepsgeleding in Kanada en spesifiek Ontario. Ten einde die probleme doeltreffend die hoof te bied is grootskaalse regsnavorsing omtrent die posisie aldaar gedoen. Hierdié dokumentasie en gebeure figureer sterk in die voorstel van die Suid-Afrikaanse Regskommissie. 'n Bespreking daarvan is derhalwe noodsaaklik.

Aan die hand van die regsvergelikende perspektief word die Kommissie se voorstel in hoofstuk vyf bespreek. Die voorstel, indien aanvaar, sal 'n aansienlik impak op die gebied van die prosesreg hê. Laasgenoemde dien as aanvulling van die materiële reg. Gevolglik is dit interessant om kortliks ook na die impak daarvan op die materiële reg te kyk. Hier is die ondernemingsreg as voorbeeld geselekteer. Op hierdie gebied is daar ook oorblyfsels van die absolute-voegingsreël. Voorts het belangrike ontwikkeling op die gebied plaasgevind deurdat soortgelyke prosedures vir bepaalde behoeftes geskep is.

Ten slotte is die bespreking hieronder tot relevante regsontwikkeling tot en met 30 April 2001 afgebaken.

4. Begripsverklaring

Ten aanvang van die studie is dit eers nodig om enkele begrippe toe te lig. 'n Groepsgeleding is 'n prosedure geskep om 'n groot aantal persone wat ten aansien van

gemeenskaplike feite en/of regsrae litgasie wil instel of verdedig binne een aksie te akkomodeer. Groepsgeledingvoering is dus 'n prosesregtelike middel om persone in soortgelye situasies in staat te stel om gesamentlik te litigeer. Twee tipes groepsgeleding word onderskei naamlik 'n eiser/applikant- en 'n verweerder/respondent groepsgeleding. Eersgenoemde is litigasie namens 'n groep persone ingestel terwyl laasgenoemde die gesamentlike verdediging daarvan deur 'n groep verweerders is.¹

Voorts is dit ook nodig om groepsgeleding en voeging te onderskei. Voeging vereis dat alle belanghebbende partye by name in die stukke tot die aksie gevoeg word. Anders as voeging vereis groepsgeleding aan die anderkant alleen dat individue wat deel van die litigasie vorm, in die stukke beskryf word. Gevolglik is dit nie nodig om persone by name in die stukke te noem of almal se direkte insette te verkry nie. So is dit byvoorbeeld voldoende om slegs na die kopers van rekenaarskerm X in die jaar 1999 te verwys. Dit is dus moontlik om duisende persone deur middel van die prosedure in te sluit.²

¹ Dickerson 1998: 2-14-2-15, Sien ook 2-2-2-4; Republiek van Suid-Afrika 1998: 10.

² Republiek van Suid-Afrika 1998: 7; Ministry of the Attorney-General 1982: 41.

HOOFSTUK 2

‘N REGSHISTORIESE PERSPEKTIEF

1. Inleiding

Die hoofstuk het ten doel om ‘n kort historiese oorsig oor die ontstaan van groepsgedinge in die Engelse- en Kanadese reg te gee. Aandag word ook aan die posisie in die Verenigde State van Amerika gegee.

Groepsgedinge het sy ontstaan en oorsprong in die Engelse reg en in die besonder die absolute-voegingsreël soos dit in Chancery ontwikkel is. Dié reël weer, is op sy beurt die voorganger van hedendaagse verteenwoordigende-litigasie. Verteenwoordigende-litigasie en sy voorganger (die absolute-voegingsreël) het hom saam met ‘n imperialistiese beleid in talle Britse kolonies gevestig. Tog word aangetoon dat hoewel groepsgedinge en verteenwoordigende-litigasie, gemeenskaplike wortels deel, eersgenoemde histories anders ontwikkel het as laasgenoemde. Sodoende word verder aangetoon dat, hoewel die aksies sterk ooreenstemmende kenmerke op die oog af vertoon, hulle om historiese redes van mekaar onderskei moet word.

Die werkswyse hier gevolg, gee eerstens aandag aan die absolute-voegingsreël as voorloper van verteenwoordigende-litigasie. Hierdie bespreking verwys ook kortliks na die aard van verteenwoordigende-litigasie self. Daarna word die posisie in die Verenigde State van Amerika as teenstelling met die verloop van die ontwikkeling van verteenwoordigende-litigasie in die Engelse reg self, beskryf. Hierdie historiese ontwikkelingsgang is ‘n feitlike spieëlbeeld van die Engelse reg.

2. Engelse reg

2.1 Historiese oorsprong

Die historiese oorsprong van groepsgedinge word algemeen aanvaar as die absolute-voegingsreël soos deur Engelse Chancery ontwikkel.³ Die reël het behels:

³ Eizenga *et al* 1999: par 1.1; Republiek van Suid-Afrika 1995: 2; De Vos 1984: 50; Ministry of the Attorney General 1982: 5.

*"all persons materially interested, either legally or beneficially, in the subject-matter of a suit, are to be made parties to it, either as plaintiffs or as defendants, however numerous they may be, so that there may be a complete decree which shall bind them all."*⁴

Hierdie benadering is in teenstelling met dié van 'common law'-howe waar alleen die teenwoordigheid van partye met 'n direkte of substansiële belang vereis is. Die benadering in Chancery was dus veel wyer as dié van 'common law'-howe deurdat enige party met 'n direkte, indirekte of toekomstige regs- of *equitable* belang in 'n saak gevoeg moes word.⁵ Die implikasie van die reël is gevolglik dat die geding nie kon voortgaan waar 'n party hom byvoorbeeld buite die jurisdiksie van die hof bevind het nie. So ook waar partye daartoe verdwyn het. Dit is gevolglik duidelik dat die rigiede toepassing van die reël in bepaalde gevalle die effektiewe afdwing van regte kon lamlê.⁶

Ten einde sodanige onbillikhede te temper het die hof partye mettertyd toegelaat om die aksie namens alle belanghebbende partye in te stel. Die absolute-voegingsreël is finaal herroep deur nuwe *Rules of the Supreme Court* van 1875. Tog is bepaalde oorblyfsels daarvan te vind in reël 10 van die toe-nuut opgestelde *Rules of Procedure*. Hierdie reël maak voorsiening vir verteenwoordigende-litigasie en lui as volg:

*"Where there are numerous parties having the same interest in one action, one or more of such parties may sue or be sued or may be authorized by the court to defend in such action on behalf of or for the benefit of all parties so interested."*⁷

2.2 Verteenwoordigende-litigasie vandag

Reël 10 is herroep en gewysig deur Reël 12 Order 15 van die *Rules of the Supreme Court* van 1965. Met die skryf van die reël is hoofsaaklik gepoog om die regsposisie van verteenwoordigende-litigasie eens en vir altyd te kodifiseer. Reël 12 (1) bepaal:

⁴ Story 1838: 61; Uff 1986: 51; Jacob 1991 Vol 1: 217; Dickerson 1998: 1-6; Ministry of the Attorney-General 1982: 5.

⁵ Story 1838: 112-113.

⁶ Ministry of the Attorney General 1982: 5.

⁷ Soos aangehaal deur Ministry of the Attorney General 1982: 6.

*"Where numerous persons have the same interest in any proceeding, not being such proceedings as are mentioned in Rule 13, the proceedings may be begun, and, unless the court otherwise orders, continued, by or against any one or more of them as representing all or representing all except any one of them."*⁸

Jacob⁹ verklaar dat enige verdere moontlike probleme inherent deel van die verteenwoordigende-litigasie is. Tipiese voorbeelde van instansies en persone wat van die prosedure gebruik maak is komitees, aandeelhouders, verenigings en krediteure. Die prosedure kan voorts ook vir litigasie teen of namens oningelyfde verenigings gebruik word. So kan twee of meer persone in sleutelposisies in so 'n vereniging byvoorbeeld litigasie begin of verdedig namens of teen 'n vereniging.¹⁰ 'n Verdere voorbeeld is die van 'n vennootskap waar een van die vennote die ander kan verteenwoordig.¹¹

Ten einde te slaag met die instel of verdedig van verteenwoordigende-litigasie moet 'n party die volgende bewys: (a) 'n gemeenskaplike belang, (b) gemeenskaplike benadeling en (c) 'n bede tot algemene voordeel van die verteenwoordigde groep.¹²

Veral ten opsigte van laasgenoemde vereiste het daar lank kontroversie geheers. In *Markt & Co Ltd v Knight Steamship Co Ltd*¹³ is bevind dat verteenwoordigende-litigasie nie geskik is vir die verhaal van skadevergoeding nie. Die hof het veronderstel dat voeging die geskikte prosedure vir die verhaal van skadevergoeding is. Voorts gaan die hof van die standpunt uit dat die belang in die verhaal van skadevergoeding nooit gemeenskaplik aan 'n groep kan wees nie. *In casu* het die eisoorake van die persone op verskillende kontrakte gesluit vir die vervoer van goedere berus. Aldus die hof is die eisoorake dus gefundeer op verskillende feite.

⁸ Jacob 1991 Vol 1: 216-217; Republiek van Suid-Afrika 1995: 18-19; Uff 1986: 51; Ministry of the Attorney General 1982: 10; Story 1870: 75.

⁹ 1991 Vol 1: 217.

¹⁰ Jacob 1991 Vol 1: 221-224. Sien ook *Taff Vale Railway Company v Amalgamated Society of Railway Servants* [1901] AC 426 waar *obiter* verklaar is dat 'n ongeregisteerde vakbond aangespreek kan word deur die voeging van persone wat as verteenwoordigers van die verenigings beskou kan word; Uff 1986: 53.

¹¹ Henning en Delpont 1984: par 310.

¹² Jacob Vol 1 1991: 217-218; Republiek van Suid-Afrika 1995: 18, 19; Uff 1986: 52, 53; Ministry of the Attorney General 1982: 11; *Duke of Bedford v Ellis* [1901] AC 1.

¹³ "... the machinery of a representative suit is absolutely inapplicable" [1910] 2 KB 1021: 1035; Ministry of the Attorney General 1982: 12-13; Jacob Vol 1 1991: 218; Republiek van Suid-Afrika 1995: 19, 20; Uff 1986: 55. Sien ook De Vos 1984: 54.

Eers veel later sou *Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries*¹⁴ die weg baan vir die gebruik van verteenwoordigende-litigasie waar eis- of verweer gronde verskil. Die gebruik van die prosedure was egter nie beskikbaar waar dit daartoe sou lei dat 'n persoon meer regte verkry as waarop hy in individuele litigasie geregtig sou wees nie - met ander woorde waar die teenparty daardeur benadeel word. Die verteenwoordiger moet die hof verder oortuig dat: (a) daar 'n gemeenskaplike faktor aan die lede van die verteenwoordigde groep is en (b) die hof tevrede stel dat die gebruik daarvan tot voordeel van die groep is.

*Markt & Co Ltd v Knight Steamship Co Ltd*¹⁵ kan sekerlik as die een enkele faktor uitgesonder word wat verantwoordelik is vir die trae ontwikkeling van verteenwoordigende-litigasie. Die uitspraak was egter in lyn met gemeenregtelike beslissings. Laasgenoemde het die aanwending van verteenwoordigende litigasie uitsluitlik tot status-vraagstukke beperk.¹⁶ Ten einde hierdie beperking te omseil is eise om skadevergoeding nie by vraagstukke in die geval van verteenwoordigende-litigasie ingesluit nie. Indien die hof 'n gunstige uitspraak ten aansien van die vraagstukke sou gee, is skade daarna individueel verhaal.¹⁷

2.3 Verteenwoordigende-litigasie en ondernemingsreg

2.3.1 Inleiding

Verteenwoordigende-litigasie is verder ook om twee redes van besondere belang vir die studie: Eerstens plaas dit die logiese ontwikkelingsgang van die absolute-voegingsreël in perspektief. Ten tweede het die aksie aanwending in die Engelse ondernemingsreg gevind en in die besonder die beskerming van minderheidsaandeelhouders in die Maatskappyereg. Hierdie reëls, soos later sal blyk, is net so in die Suid-Afrikaanse reg oorgeneem.¹⁸

¹⁴ [1980] 2 WLR 339; [1979] 3 All ER 507; Jacob Vol 1 1991: 219; Urf 1986: 56-57. Sien ook Ministry of the Attorney General 1982: 14-15.

¹⁵ *Markt & Co Ltd v Knight Steamship Co Ltd* [1910] 2 KB 1021: 1035; Ministry of the Attorney General 1982: 12-13; Jacob Vol 1 1991: 218; Republiek van Suid-Afrika 1995: 19, 20; Urf 1986: 55. Sien ook De Vos 1984: 54.

¹⁶ Sien bespreking van gemeenregtelike reël hierbo onder 2.1 van die hoofstuk en ook Ministry of the Attorney General 1982: 11-12.

¹⁷ Republiek van Suid-Afrika 1995: 19; De Vos 1984: 55-56; Ministry of the Attorney-General 1982: 15-16.

¹⁸ Sien bespreking onder 2 (hoofstuk 5) hieronder.

2.3.2 Meerderheidswil, billikheid en verteenwoordigende-litigasie

Die gebruik van verteenwoordigende-litigasie in die ondernemingsreg kan teruggespoor word na *Foss v Harbottle*.¹⁹ *In casu* het twee applikante namens hulself en alle ander aandeelhouders van die maatskappy, litigasie teen die direkteur, prokureur en argitek daarvan ingestel. Die hof verklaar dat dit nie vanselfsprekend is dat aandeelhouders namens 'n maatskappy kan ageer nie. 'n Maatskappy, aldus die hof, is 'n entiteit (dus 'n regs persoon) wat afsonderlik van sy lede bestaan. Die Maatskappy is self ook die draer van sy eie regte en verpligtinge en moet dus in eie naam ageer. Aandeelhouders word alleen in gevalle waar *prima facie* regverdiging bestaan, toegelaat om namens die maatskappy te ageer.²⁰ Die beweerde onregmatige handeling moet voorts buite die bevoegdheid van die maatskappy val en nie deur meerderheidsaandeelhouders ratifiseerbaar wees nie.²¹

Die aksie is mettertyd uitgebrei om ook die volgende gevalle in te sluit: (a) 'n *ultra vires* handeling of onwettige handeling; (b) 'n handeling wat 'fraud on the minority' uitmaak; en (c) 'n besluit geneem wat nie aan die vereiste meerderheid voldoen nie of waar die algemene vergadering nie kan funksioneer nie.²²

Dit is al aangevoer dat 'fraud on the minority' as 'n sogenaamde billikheidsremedie moet dien. Die probleem is egter dat sodanige billikheidsremedie alleen beperk is tot gevalle

¹⁹ (1843) 2 Hare 461; Hurter 1996: 2, 48, 52; Cilliers *et al* 2000: par 19.03-19.07; Hahlo 1984: 510; De Wet en Yeats 1978: 676-677; Schmitthoff 1976: 601; Naudé 1969: 238; Blackman 1996: par 201.

²⁰ "... and the only question can be whether the facts alleged in this case justify a departure from the rule which, *prima facie* would require that the corporation should sue in its own name and in its corporate character, or in the name of someone whom the law has appointed to be its representative." *Foss v Harbottle* (1843) 2 Hare 461; *Edwards v Halliwell* [1950] 2 All ER 1064; Hahlo 1984: 510; Blackman 1996: par 201.

²¹ "Whilst the court may be declaring the acts complained of to be void at the suit of the present plaintiffs, who in fact may be the only proprietors who disapprove of them, the governing body of proprietors may defeat the decree by lawfully resolving upon the confirmation of the very acts which are the subject of the suit. The very fact that the governing body of proprietors assembled at the special meeting may so bind even a reluctant minority is decisive to show that the frame of this suit cannot be sustained whilst that body retains its functions." *Foss v Harbottle* (1843) 2 Hare 461. Sien ook *Mozley v Alston* (1847) 1 Ph 790; *Macdougall v Gardiner* (1875) 1 CdD 13; *Edwards v Halliwell* [1950] 2 All ER 1064; *Cohen v Directors of Rand Colliers Ltd* 1906 TS 197; *Meyer v Meyer Sons and Co Ltd and Others* 1929 CPD 109: 120-121; De Wet en Yeats 1978: 677-678; Schmitthoff 1976: 601-603; Hahlo 1984: 510; Blackman 1996: par 201.

²² Schmitthoff 1976: Vol 1 603, vir verdere bespreking sien ook 603-608; Blackman 1996: par 202.

waar die een of ander vorm van bedrog bewys kan word.²³ Die hof staan self ook krities teen enige uitbreiding van die prosedure:

*"We were invited to give judicial approval to the public spirit of the plaintiffs who, it was said, are pioneering a method for controlling companies in the public interest without involving regulations by a statutory body. In our view the voluntary regulation of companies is a matter for the City. The compulsory regulations of companies is a matter for Parliament."*²⁴

Die aangeleentheid is steeds van 'n kontensieuse aard en vorm die onderwerp van voortdurende navorsing.²⁵

2.3.3 Evaluering

Die absolute-voegingsreël het in die Engelse reg tot verteenwoordigende-litigasie ontwikkel. Die bespreking hierbo wys ook 'n aantal probleme ten opsigte van die werking van die reël uit. Sekerklik die grootste hiervan is die beperking ten aansien van die verhaal van skadevergoeding.

3. Verenigde State van Amerika

3.1 Groepsgedinge voor kodifikasie

Groepsgedinge kan ook in die Verenigde State van Amerika tot die absolute-voegingsreël teruggevoer word. Die 1842 *Equity*-reëls het bepaal dat Federale hofe verteenwoordigende-litigasie kon aanhoor waar die lede van die groep talryk en daar voldoende verteenwoordiging was. Laasgenoemde het beteken dat alle belanghebbende partye se belange behoorlik verteenwoordig was. Afwesige partye, in teenstelling met die absolute-voegingsreël, sou egter nie deur die uitspraak gebind word nie.

²³ Schmitthoff 1976: Vol 1 608-609.

²⁴ [1981] Ch 257: 224; Uf 1986: 60. Sien ook Ministry of the Attorney General 1982: 13-14.

²⁵ Schmitthoff 1976: Vol 1 609. Die Engels Regskommissie het in 1997 'n verslag uitgebring waarin die remedies ten aansien van die beskerming van minderheidsaandeelhouders binne maatskappyverband die onderwerp van ondersoek gevorm het. Die verslag het spesifiek aandag aan *Foss v Harbottle* gegee.

Die reël is grootliks gebaseer op die werk van Joseph Story aangaande *Equity Pleading*.²⁶ Laasgenoemde werk het grootliks die grondslag van die 1853 beslissing van *Smith v Swornstedt*²⁷ gevorm. *In casu* het die saak gehandel oor die skeuring van die Amerikaanse Metodiste kerk kort voor die uitbreek van die Amerikaanse burgeroorlog. Smith het as verteenwoordiger van 1 500 predikers van die Suidelike state die aksie ingestel. Die aksie is verdedig deur 3 800 predikers wat lede van die Noordelike Metodiste kerk gebly het. Die respondente het beswaar aangeteken teen die feit dat al die applikante nie behoorlik gevoeg was nie. Die hof het hierdie beswaar van die hand gewys en verklaar dat dit onmoontlik is om al die belanghebbende persone voor die hof te bring. Hierdie uitspraak het die weg vir die gebruik van verteenwoordigende-litigasie in die Verenigde State van Amerika gebaan. Hierdie beslissing sou op sy beurt weer die grondslag vir moderne groepsgedingvoering lê.²⁸

3.2 Reël 23 van 1938

Hoewel *Smith v Swornstedt* die basis vir groepsgedingvoering gestel het, is die prosedure eers formeel in 1938 in die vorm van reël 23 van die *Federal Rules of Civil Procedure* omskryf. Die doel van die opsteller van die reël was eerstens die behoorlike omskrywing en tweedens, begrensing daarvan. Voorts het die opstellers gepoog om bepaalde probleme in praktyk uitgekristaliseer, te ondervang. Een hiervan was dat die regstelsel nie met die ontwikkeling van tegnologie tred gehou het nie. So byvoorbeeld kon talle werknemers in een voorval beseer word. Vir hierdie persone was groepsgedingvoering "one of the few legal remedies the small claimant has against those who command the status quo."²⁹

²⁶ Reël 48 het bepaal "Where the parties on either side are so numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights of all absent parties." Sien ook Yeazell 1987: 221; Bush 1986: 111, 112; De Vos 1984: 57.

²⁷ 16 How. (57 US) 288 (1853). Sien ook Yeazell 1987: 221-222; Bush 1986: 111, 112; De Vos 1984: 58.

²⁸ Yeazell 1987: 221-222; Bush 1986: 111, 112; De Vos 1984: 58.

²⁹ Dickerson 1998: 1-7; Republiek van Suid-Afrika 1995: 25-26; Anoniem1: 1-8. Sien ook *Einsen v Carlisle and Jacquelin* 417 US 156 (1974) op 185-186 "I think in our society that it is growing in complexity there are bound to be innumerable people in common disasters, calamities, or ventures who would go begging for justice without the class action but who could with all regard to due process be protected by it. Some of these are consumers whose claims may seem de minimis but who alone have no practical resource for either remuneration or injunctive relief. Some may be environmentalists who have no photographic plant about to be ruined because of air pollution by

Ook is aangevoer dat groepsgedinge gelyke beregtiging van persone in dieselfde posisie verseker deurdat een aksie die posisie vir eens en vir altyd aanspreek. Dit verseker ook die optimale benutting van die regsproses deurdat talle soortgelyke aksies in een individuele aksie bereg word. Verder word koste effektiwiteit verseker deurdat alle lede van die groep gesamentlik tot die koste van litigasie bydra en litigasie so ekonomies meer lewensvatbaar is.³⁰

Reël 38 het drie tipes aksies onderskei:

*"(1) Joint, or common, or secondary in the sense that the owner of a primary right refuses to enforce that right and a member of the class thereby became entitled to enforce it; (2) several, and the object of the action is the adjudication of claims which do or may affect specific property involved in the action; or (3) several, and there is a common question of law or fact affecting the several rights and a common relief is sought."*³¹

Bostaande is op die werk van Moore gebaseer. Moore onderskei tussen drie groepsgedinge naamlik 'n "true"-, "spurious"- en "hybrid". Die onderskeid is ook gebruik om te bepaal wanneer litigasie *res judicata* is. So het uitsprake in die eerste kategorie byvoorbeeld al die lede van dié betrokke groep gebind. Lede in die tweede kategorie daarenteen is slegs as persone gebind in so verre hulle eise teen 'n gemeenskaplike fonds het. Laastens het die "Spurious" aksie alleen lede uitdruklik in die aksie genoem, gebind.³²

Die reël, asook die onderskeid, is aan geweldige kritiek onderwerp. Gevolglik is dit na minder as drie dekades hersien. Die Komitee daarvoor verantwoordelik, het tot die gevolgtrekking gekom dat die klassifikasie van groepsgedinge in reël 38 oor weinige waarde beskik. Trouens, is bevind, dat dit die aanhoor van groepsgedingvoering eerder

radiation but who suffer perceptibly by smoke, noxious gases, or radiation. Or the unnamed individual may be only a ratepayer being excessively charged by a utility, or a homeowner, whose assessment is slowly rising beyond the ability to pay..." soos aangehaal deur De Vos 1992: 19.

³⁰ Harvard Law Review 1976: 1321-1322.

³¹ 1938. Sien ook Bush 1986: 114.

³² Dickerson 1998: 1-7; Republiek van Suid-Afrika 1995: 26-27; Bush 1986: 114; Ministry of Justice 1982: 8-9; De Vos 1984: 59; Yeazell 1977: 866; Harvard Law Review 1976: 1321. Sien ook *Amchen Products Inc Petitioners v George Windsor et al* <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96->

bemoelijk as vergemaklik.³³ Voorts was daar ook onsekerheid oor hoe bindend die uitspraak was. Laastens was die reël onduidelik oor kennisgewing aan afwesige lede van die groep.³⁴

3.3 Evaluering

Groepsgedinge in die Verenigde State het ontwikkel vanuit die basis wat deur die absolute-voegingsreël gelê is. Die ontwikkeling daarvan het histories egter totaal anders verloop as verteenwoordigende-litigasie in Engeland:

"Growing from apparently innocuous provision of the Federal Rules of Civil Procedure, promulgated in 1938 and 1966, it has attained a notoriety rarely achieved by procedural rules."³⁵

Groepsgedinge is dus inderwaarheid die uitvloeisels van die 1938 reël. Yeazell blyk dus korrek te wees wanneer hy verklaar:

"The class action has been a freak from birth, a useful – perhaps an essential – bastard ... preferred as a solution to discrepancies that result from the imposition of a mass-production economy on an individualized system of litigation, the modern class action ... is the result of this most recent procedural transformation."³⁶

4. Ontariese reg

Kanada, en in die besonder Ontario, het vanweë besondere historiese oorwegings nougeset in die voetspore van die Engelse reg gevolg. Reël 10 van die *Rules of Procedure*, is net so in reël 10 van Ontariese *Rules of Court* oorgeneem. Hierdie reël is later deur reël 75 van die *Supreme Court of Ontario Rules* vervang. Die reël bepaal:

270.zo.html: 10.

³³ Bush 1986: 114-115; Harvard Law Review 1976: 1321.

³⁴ Dickerson 1998: 1-7; Seligman 1997: 407-408; Republiek van Suid-Afrika 1995: 26-27; De Vos 1984: 59; Bush 1982: 115; Ministry of the Attorney-General 1982: 8-9; Yeazell 1977: 866; Harvard Law Review 1976: 1321. Sien ook *Amchen Products Inc Petitioners v George Windsor et al* <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-270.zo.html>: 10.

³⁵ Yeazell 1977: 866.

³⁶ Yeazell 1977: 867.

*"Where there are numerous persons having the same interest, one or more may sue or be sued or may be authorized by the court to defend on behalf of, or for the benefit of, all."*³⁷

Reël 75 veronderstel twee voorvereistes: (1) talle persone (2) met 'n soortgelyke belang. Die eerste lewer weinig probleme in die praktyk op. Die vereiste beteken alleen dat die groep groot in omvang moet wees. Die grootte van die groep word van geval tot geval bepaal.³⁸

Die tweede vereiste het egter, net soos in die Engelse reg, probleme opgelewer. So byvoorbeeld is die beginsels in *Mark & Co Ltd v Knight Steamship Co Ltd*³⁹ feitlike klakkeloos in Ontario oorgeneem.⁴⁰ Gevolglik het verteenwoordigende litigasie dieselfde muilband as dié van die Engelse reg gekry. Absolute-voeging en verteenwoordigende-litigasie het dus totaal anders ontwikkel as in Verenigde State waar groepsgeledingvoering formeel beslag gekry het deur die daarstel van 'n reël.

Vir 'n wyle is gepoog om verteenwoordigende-litigasie en groepsgeledingvoering in Ontario gelyk te skakel. So verwys die Ontariëse Regskommissie na die prosedure vir verteenwoordigende-litigasie as groepsgeledingvoering.⁴¹ Hierdie gelykshakeling blyk om historiese, sowel as om redes hieronder genoem, nie korrek te wees nie. So versoek die Prokureur-Generaal van Ontario byvoorbeeld dat 'n ondersoek na die moontlike gebruik

³⁷ Eizenga *et al* 1999: par 1.3; Ministry of the Attorney-General 1982: 6-7, 9.

³⁸ Ministry of the Attorney-General 1982: 17-18, 19-22.

³⁹ [1910] 2 KB 1021.

⁴⁰ *Shield s v Mayo* [1953] OWN 5.

⁴¹ "With the introduction of Order XII, Rule 10, of the Rules of Court, scheduled to the 1881 Act, class actions for legal, as well as equitable, relief were, for the first time, possible in Ontario." Ministry of the Attorney General 1982: 9. Ook Dickerson (1998: 1-6) onderskryf hierdie stelling. Volgens die Ontariëse Regskommissie was *Chancery*-howe slegs by magte om regshulp by wyse van 'n regstelling, verklarende bevel of interdikte te verleen. Hierdie aanname is verkeerd en verreken nie die *Common Law Procedure Act* van 1854 nie. Laasgenoemde Wet het *Chancery*-howe veroorloof om enige regs- en feitegeskille deur middel van 'n jurie en eise om skadevergoeding aan te hoor. Die Wet het voorts ook aan *Common Law* howe die bevoegdheid verleen om interdikte en tot 'n beperkte mate, *equitable* verwere aan te hoor ("Under the Common Law Act of 1854 the Chancery was empowered to decide questions of law, to try issues of fact by jury, and to award damages; courts of law were empowered to compel discovery, to grant injunctions, and to a limited extent to allow equitable defences to be pleaded." Baker 1979: 98; Holdsworth 1956: Vol IX 375-376). Die historiese ontstaan van groepsgeleding is gevolglik eerder in die *Common Law Procedure Act* te vind. Hierdie stelling is ook aan kritiek onderworpe. Verteenwoordigende-litigasie moet van die absolute-voegingsreël onderskei word. Die aksie is eerder 'n nuwe skepping om probleme ondervind met die absolute voegingsreël te ondervang (Jacob Vol 1: 217). Sien ook Republiek van Suid-Afrika 1998: 33.

van groepsgedinge binne die jurisdiksie gedoen word.⁴² Ook die howe in Ontario staan skepties teenoor die gelykstelling. So bevind die hof in *Nanken v General Motors of Canada Ltd*⁴³ dat reël 75 geheel en al onvanpas is om groepsgedingevoering te akkomodeer. Die geforseerde gelykshakeling beleef finaal 'n terugslag met die invoering van groepsgedingevoering by wyse van die promulgasie van die *Class Proceedings Act*.⁴⁴

5. Slot

Uit voorafgaande bespreking blyk dit dat groepsgedinge en die prosedure vir verteenwoordigende-litigasie gemeenskaplike wortels deel. Gevolglik is dit nie vreemd dat die twee prosedures bepaalde ooreenstemmende kenmerke vertoon nie. Hierdie kenmerke moet nie sonder meer vir gelykshakeling van die prosedures gebruik word nie. Die rede blyk duidelik uit die beperkende uitleg van verteenwoordigende litigasie.

Die prosedures verskil voorts deurdat verteenwoordigende-litigasie anders as groepsgedingevoering geen sertifisering ken nie. Hierdie proses, soos duidelik uit die hieropvolgende bespreking blyk, is van groot belang vir die doeltreffende regulering van die prosedure.

Ook verskil die twee prosedures deurdat 'n mindere klem op kennisgewing by verteenwoordigende-litigasie geplaas word. Die gee van kennis waarborg ook, soos later gesien word, die konstitusionaliteit van die prosedure. Groepsgedingevoering is gevolglik 'n gevorderde prosedure aangepas vir die behoeftes van die moderne tyd. Verteenwoordigende-litigasie weer, het om historiese redes, nooit dieselfde tydvak betree nie. Ten slotte is die gebruik van verteenwoordigende-litigasie binne die

⁴² Hierdie verslag is opgevolg deur 'n verslag in 1990 (*Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform*). Die eerste verslag bevat ook die volgende opmerking: "However, despite the broad language of Order XII, Rule 10, and its successors, the Ontario courts, until very recently, have limited the scope of the class action procedure considerably." Ministry of the Attorney General 1982: 9-10. Sien ook Eizenga *et al* 1999: par 1.9-1.10.

⁴³ [1983] 1 SCR 72, (1983) DLR (3d) 385; en Glenn 1984: 249-250 waar hy die redes vir die uitspraak as volg opsom: "...Rule 75 ... makes no provision ... for any of the following: Hearings and adjudications outside of the High Court itself; opting out of the class actions by unwilling members; awarding of costs against unsuccessful class members; discovery; production or other pre-hearing stages in connection with proceedings before the Master; and the effect of the statute of limitations where an action has been improperly commenced under Rule 75 ... The Court concluded that Rule 75 in its present form could not have been intended to create, full blown, such a new distinct and uncharted method of proceeding." Sien ook Eizenga *et al* 1999: par 1.2 asook 1.4.

⁴⁴ Die Wet het op 1 Januarie 1993 in werking getree. Eizenga *et al* 1999: 1; Republiek van Suid-Afrika 1995: 21-22.

raamwerk van die ondernemingsreg belangrik. Die posisie is ook in Suid-Afrika oorgeneem. Hierna word later teruggekeer.⁴⁵

⁴⁵ Sien bespreking onder punt 2 (hoofstuk 5) hierbo.

HOOFSTUK 3

REGSVERGELYKING: ONTARIO EN DIE VERENIGDE STATE

1. Inleiding

Die vorige hoofstuk het 'n kort oorsig oor die historiese ontwikkeling van absolute-voegingsreël en verteenwoordigende litigasie in die Engelse- en Ontariëse jurisdiksies gebied. Aandag is ook gegee aan die posisie in die Verenigde State van Amerika.

Hierdié hoofstuk gee spesifiek aandag aan kontemporêre prosedures wat groepsgeledingvoering in Ontario en die Amerikaanse Federale (VSA) reg reël. Die hoofstuk sluit by die historiese grondslag aan deur 'n regsvergelykende perspektief op groepsgeledingvoering te bied. Hierdie bespreking bied 'n basis vir die beoordeling van die Suid-Afrikaanse Regskommissie se voorstel vir die algemene veroorlowing van groepsgeledingvoering in die Suid-Afrikaanse reg.

Uit die bestudering van verskillende tekste rakende groepsgeledingvoering, het dit telkens geblyk dat 'n gesamentlike bespreking van verskillende jurisdiksies, sonder duidelike onderskeid, verwarrend is. Gevolglik word die prosedures in Ontario en die Verenigde State onder twee aparte hoofde bespreek. Ten einde die teks van ingewikkelde hofreëls en wetgewing in 'n meer verstaanbare vorm weer te gee, is bepaalde subhoofde geïdentifiseer. Hierdie subhoofde vereis soms 'n kort verwysing na voorafgaande teks om sodoende die bespreking daarvan in die nodige perspektief te plaas.

2. Ontario (*Class Proceedings Act*)

2.1 Inleiding

Die historiese grondslae van groepsgeledingvoering is in die vorige hoofstuk afgesluit met die verwysing na die promulgasie van die *Class Proceedings Act*. Hierdie bespreking haak daarby aan deur die Wet te bespreek. Dit is interessant om daarop te wys dat die Wet byna identies is aan die *Class Proceedings Act* van British Columbia. Gevolglik word, waar nodig, na groepsgeledingvoering in British Columbia verwys.

Die *Class Proceedings Act* van Ontario onderskei twee duidelike fases in groepsgeledingvoering, naamlik 'n aansoek om sertifisering van litigasie en litigasie

daarna. Die sertifiseringsfase behels die goedkeuring van die gebruik van groepsgedingvoering deur die hof.

2.2 Sertifisering van die aksie

Die *Class Proceedings Act* is suiwer prosedureel van aard en stel geen nuwe grond vir die instel van litigasie daar nie. Daarom is die eerste stap in groepsgedingvoering die betekening van 'n uiteensetting van die eis of kennisgewing van aansoek. Hierna moet die party wat die aansoek geïnisieer het, 'n aansoek vir die sertifisering van litigasie as 'n groepsgeding rig. Laasgenoemde stap is 'n absolute voorvereiste vir die gebruik van groepsgedingvoering.⁴⁶

Die aanhoor van die sertifiseringsaansoek word gewoonlik voorafgegaan deur 'n voorverhoorkonferensie. Hierdie konferensie het ten doel om geskilpunte te beperk en 'n prosedurele raamwerk vir litigasie daar te stel.⁴⁷ Kragtens die Wet kan een of meer persone 'n groepsgeding instel⁴⁸ of verdedig.⁴⁹ Die aansoek geskied by wyse van mosie en moet 'n bede vir die aanstelling van 'n geskikte verteenwoordiger insluit.⁵⁰ In die geval van 'n eiser/applikant groepsgeding moet die aansoek ook die grootte van die groep beraam. Sodanige raming moet na die beste van die vermoë van die applikant geskied.⁵¹

Twee stadia word in die hantering van die sertifiseringsaansoek onderskei: oorweging van die aansoek self en die omskrywing van die sertifiseringsbevel. Die eerste stadium

⁴⁶ Eizenga *et al*: 1999: par 1.17-1.18, 3.1.

⁴⁷ Eizenga *et al* 1999: par 5.8-5.9.

⁴⁸ Hierdie aansoek geskied binne 90 dae nadat (a) die laaste kennisgewing van verdediging, kennisgewing van voorneme om te verdedig of kennis van verskyning bestel is of die tyd vir aanteken van sodanige kennisgewing verval het sonder dat dit aangeteken is of (b) met verlof van die hof. Hoewel die artikel tans nie rigiede toepassing geniet nie, het dit, net soos die reël 23 ten doel om verweerders teen ongegronde groepsgedinge te beskerm. Daarom ook die vereiste dat die aansoek in die kortste redelike tyd gebring word. Artikel 2(2) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 5.6, 6.10; Uniform Law Conference of Canada 1995: 11.

⁴⁹ Kragtens die Wet kan groepsgedinge deur een van die volgende persone of instansies ingestel word: (1) een of meer eisers (applikante) van 'n groep (artikel 2 van die Wet); (2) 'n verweerder betrokke in twee of meer aksies (artikel 3 van die Wet); of (3) enige party in 'n geding teen twee of meer respondente (artikel 4 van die Wet). Vir verdere bespreking sien Eizenga *et al* 1999: par 7.1-7.18. Sien ook bespreking 2.9.2 hieronder.

⁵⁰ Artikel 2, 3 en 4 van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al*: 1999: par 1.19.

⁵¹ Artikel 5(3) van die *Class Proceedings Act* van 1992 bepaal: "Each party to a motion for certification shall, in an affidavit filed for the use on the motion, provide the party's best information on the numbers of members in the class." Hierdie hoef dus alleen 'n skatting na die beste van die vermoë van die verteenwoordiger te wees.

konsentreer hoofsaaklik op die geskiktheid van die gebruik van groepsgeleding vir die beslegting van die geskil en word, indien gunstig, gevolg deur 'n sertifiseringsbevel. Laasgenoemde moet die betrokke partye en geskilpunte omskryf. Hierdie stadium gee ook aandag aan die beoogde plan vir litigasie.⁵²

Die hof moet enige aansoek sertifiseer waar: (a) die stukke voor die hof 'n skuldoorsaak daarstel;⁵³ (b) daar getuienis van 'n identifiseerbare groep van twee of meer persone, bestaan;⁵⁴ (c) die eise of verwere van sodanige persone soortgelyk maar nie noodwendig identies aan mekaar is nie;⁵⁵ (d) groepsgeleding die meer geskikte prosedure vir die beregting van die geskil is;⁵⁶ en (e) daar 'n verteenwoordiger is wat die belange van die groep op 'n billike en toereikende wyse kan verteenwoordig.⁵⁷

Artikel 5(5) van die *Class Proceedings Act* bepaal dat die oorweging van 'n aansoek om sertifisering nie 'n ondersoek na die meriete van die aksie insluit nie. Die artikel saam

⁵² Eizenga *et al* 1999: par 1.19-1.20.

⁵³ Artikel 5(1)(a) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Republiek van Suid-Afrika 1998: 46-47, 48; Republiek van Suid-Afrika 1995: 44, 47. In die bepaling van die vereiste maak die hof gebruik van die skuldoorsaak-toets. Die toets behels: "(1) all allegations of fact, unless patently ridiculous or incapable of proof, must be accepted as proven; (2) the defendant, in order to succeed, must show that it is plain and obvious beyond doubt that the plaintiffs could not succeed; (3) the novelty of the cause of action will not militate against the plaintiffs; (4) the statement of claim must be read as generously as possible, with a view to accommodating any inadequacies in the form of the allegations due to drafting deficiencies; and (5) no evidence is admissible on the motion" Eizenga *et al* 1999: par 3.6, 5.22.

⁵⁴ Hierdie vereiste het hoofsaaklik ten doel om die groep te omskryf om sodoende die wyse van kennis aan lede te bepaal en die bindenheid van die uitspraak betreffende daardie groep te omskryf. Dit is egter nie noodsaaklik dat die identiteit van alle lede van die groep bekend is nie. Sien artikel 5(1)(b) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 3.12, 3.13, 3.16, 5.22; Republiek van Suid-Afrika 1998: 46-47, 48; Republiek van Suid-Afrika 1995: 44, 47.

⁵⁵ Artikel 5(1)(c) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 3.25, 5.24; Republiek van Suid-Afrika 1998: 46-47, 48; Republiek van Suid-Afrika 1995: 44, 47.

⁵⁶ *Halabi v Becker Milk Co.* (1998), 39 OR (3d) 158, 38 CCEL (d) 80 (Gen Div) dien as gepaste voorbeeld. In dié saak het die hof geweier om die litigasie as 'n groepsgeleding te sertifiseer. Die rede daarvoor was dat die *Employment Standards Act* 'n prosedure daargestel het vir die hantering van loongeskille (en wat ook die geskil *in casu* was). Laasgenoemde prosedure is gevolglik verkiesliker (meer geskik). So ook *Ziegler v Sherkston Inc* (1996), 30 OR (3d) 375 (Gen Div) waar die hof beslis het dat die *Rent Control Act* prosedures vir die hantering van dié geskil daargestel het. Hierdie prosedures was dan aldus die hof ook meer geskik vir die hantering daarvan. Ander faktore wat die hof in ag neem om geskiktheid te bepaal is: (1) ekonomiese oorwegings, (2) koste van litigasie gekoppel aan sukses en moontlike toekennings verhaalbaar; en (3) die administreerbaarheid van die geding. Sien Artikel 5(1)-(d) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 3.43-3.71; Uniform Law Conference of Canada 1995: 10; Republiek van Suid-Afrika 1998: 46-47, 48; Republiek van Suid-Afrika 1995: 44, 47.

⁵⁷ Artikel 5(1)(e) van die *Class Proceedings Act* van 1992. Sien ook Ontario Annual Law Practice; Republiek van Suid-Afrika 1998: 46-47, 48; Republiek van Suid-Afrika 1995: 44, 47 en die bespreking onder 2.3 hieronder.

met artikel 5(1) gelees, verleen nie 'n algemene diskresie waaronder die hof sertifisering kan weier nie. Voldoening aan bostaande vereistes noodsaak gevolglik sertifisering.⁵⁸

2.3 Verteenwoordiger

Die *Class Proceedings Act* vereis dat die aansoek om sertifisering, 'n smeekbede vir die aanstelling van 'n geskikte verteenwoordiger moet insluit. Die Wet bied enkele riglyne vir die oorweging daarvan, naamlik dat so 'n 'onafhanklike' persoon in staat moet wees om die belange van die groep op 'n billike en toereikende wyse te verteenwoordig. 'Onafhanklikheid' beteken dat die belange van die verteenwoordiger in die voer van die litigasie nie met dié van die groep moet bots nie.⁵⁹

Die verteenwoordiger moet verder ook 'n plan aan die hof voorlê wat 'n werkbare metode vir die billike en toereikende verteenwoordiging van die belange van die groep daarstel. Die plan moet ook die wyse van kennisgewing van die bestaan van die litigasie aan die groep insluit.⁶⁰ Die plan is egter nie 'n absolute voorvereiste vir sertifisering nie. So byvoorbeeld is beslis in *Chippewas of Sarnia Band v Canada (Attorney General)*⁶¹ dat hoewel die lede van die groep onwillig was om die litigasie by wyse van 'n groepsGEDING te verdedig, dit die mees geskikte wyse vir die beregting van die geskil was. Gevolglik is litigasie sonder die voorlegging van 'n plan as 'n groepsGEDING gesertifiseer.

Die plan bied 'n interessante en verfrissende perspektief op groepsGEDINGvoering. Dit verlig die onus van die hof om die belange van die afwesige lede van die groep te beskerm en stel die hof in staat om die meriete van die aansoek, asook die verteenwoordiger te beoordeel. Voorts stel die plan ook die parameters daar vir die voer van litigasie.

Die hof kan in die sertifisering van die aksie vereis dat subgroepe, wat ander gemeenskaplike eise of verwere as die groter groep het, deur 'n aparte verteenwoordiger bygestaan word. Sodanige verteenwoordiger(s) moet aan dieselfde

⁵⁸ Eizenga *et al* 1999: par 3.2.

⁵⁹ Artikel 5(1)(e) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 3.72.

⁶⁰ Artikel 5(1)(e)(ii) van die *Class Proceedings Act* van 1992. Sien ook Uniform Law Conference of Canada 1995: 8.

⁶¹ (1996), 137 DLR (4th) 239, 29 OR (3d) 549.

vereistes soos hierbo bespreek, voldoen.⁶² Aanvanklik is die siening gehuldig dat die aanwysing van subgroepe alleen tot die sertifiseringsfase beperk is. *Peppiatt v Royal Bank of Canada*⁶³ het hierdie siening finaal die nekslag toegedien en gee erkenning aan die deurlopende en toereikende behoefte om te enige tyd gedurende litigasie, verteenwoordiging van alle belange groepe te verseker.⁶⁴

2.4 Kennisgewing

Vir doeleindes van hierdie onderafdeling, word tussen kennisgewing aan die groep betreffende die bestaan van litigasie en kennisgewing van individuele lede van die groep om by die aksie aan te sluit, onderskei. Kennisgewing kan ook te enige tyd gedurende litigasie gelas word. Ten aanvang is dit nodig om te onderskei tussen lede van die groep en verteenwoordigde lede. Lede van die groep slaan op alle persone wat een of ander gemeenskaplike regs- of feitevraag met die groep deel. Hierdie persone word verteenwoordigde lede op daardie oomblik wanneer die datum verstryk waarbinne hulle kennisgewing om hulself van die beplande litigasie uit te sluit moes gegee het en geen sodanige kennisgewing ontvang is nie.

2.4.1 Aan die groep

Artikel 17 van die *Class Proceedings Act* reël die posisie ten opsigte van kennisgewing aan lede van die groep. Kennisgewing het hoofsaaklik ten doel om die lede van groep van die bestaan van litigasie te verwittig. By oorweging van 'n gepaste wyse van kennisgewing moet die hof op die volgende faktore ag slaan: (a) koste verbonde aan kennisgewing; (b) die aard van die regshulp aangevra; (c) die grootte van individuele eise van die lede van die groep; (d) die grootte van die groep self; (e) die geografiese verspreidheid van die groep; en (f) enige ander relevante faktor.⁶⁵

'n Hof kan ook, na oorweging hiervan besluit om geen kennis te gee nie. Sou die hof egter besluit om wel kennisgewing te gelas, moet die hof ook die wyse van kennisgewing omskryf. 'n Kennisgewing kan per pos geskied, deur middel van

⁶² Artikel 5(2) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 4.2, 4.5. (1996), 27 OR 462 (Gen Div).

⁶³ Eizenga *et al* 1999: par 4.3.

⁶⁵ Artikel 17(2), (3) en (4) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Republiek van Suid-Afrika 1998: 55.

advertensie, of deur individuele kennisgewing.⁶⁶ Die *Class Proceedings Act* beklee die hof voorts ook met 'n diskresie om enige ander gepaste wyse van kennisgewing te gelas. Die hof kan selfs verskillende wyses van kennisgewing van verskillende lede van die groep vereis.⁶⁷

Waar die hof kennisgewing gelas, moet die kennisgewing die volgende insluit: (1) die aard van die verrigtinge en die regshulp aangevra, (2) die name en adresse van die verteenwoordigers van die groep; (3) die wyse waarop lede van die groep kan uittree; (4) 'n opsomming van ooreenkomste tussen regsverteenwoordigers en die verteenwoordigers van die groep ten opsigte van koste van die geding, gesluit; (5) besonderhede van enige teen-eise; (6) 'n verklaring dat die aansoek, ongeag die uitkoms daarvan, enige lid van die groep bind *tensy* sodanige persoon kennis gee om daarvan uitgesluit te word; (7) 'n uiteensetting van regte van lede om aan die verrigtinge deel te neem; (8) 'n adres aan wie lede van die groep navrae daaromtrent kan rig; (9) en enige ander inligting wat die hof gepas (nodig) mag ag.⁶⁸ Waar die hof kennisgewing gelas, moet sodanige kennisgewing voor die versending of publikasie daarvan vir goedkeuring aan die hof voorgelê word.⁶⁹ Ten einde die aangeleentheid te vergemaklik, word 'n standaard vorm van kennisgewing voorgeskryf.⁷⁰

Hierbo is reeds daarop gewys dat die hof verteenwoordigers vir subgroepe binne die groter groep kan aanstel. Kennisgewing in sodanige geval geskied kragtens artikel 18 van die *Class Proceedings Act*.⁷¹

⁶⁶ "... the court may order that notice be given, (a) personally or by mail; (b) by posting, advertising, publishing of leafletting; (c) by individual notice to a sample of the group within the class; or (d) by any means that the court considers appropriate." Artikel 17(4) van die *Class Proceedings Act*, sien ook artikel 17(2); Eizenga *et al* 1999: par 5.34.

⁶⁷ Artikel 17(2) van die *Class Proceedings Act*.

⁶⁸ Artikel 17(6) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 5.37; Uniform Law Conference of Canada 1995: 18.

⁶⁹ Artikel 20 van die *Class Proceedings Act* van 1992.

⁷⁰ Sien Presedent 14: Notice of Class Certification soos vervat in Eizenga *et al* 1999: 3.7.

⁷¹ Die artikel maak daarvoor voorsiening dat die hof kan gelas dat geen kennis of kennis aan alleen bepaalde lede gegee word. Sodanige oorweging geskied met inagneming van dieselfde faktore soos reeds hierbo onder hierdie hoof bespreek. Waar kennis wel vereis word, moet dit die volgende bevat: (1) dat gemeenskaplike vraagpunte aan die groep uitgewys is; (2) individu(e) daarop wys dat hy wel geregtig is op individuele regshulp; (3) stappe uitwys waarop so 'n individuele eis ingestel kan word; (4) verklaar dat die lede van die groep om sodanige eis in te stel daartoe sal lei dat sodanige persoon die eis alleen met toestemming van die hof kan instel; (5) 'n adres insluit aan wie vrae gerig kan word; (6) en enige ander inligting insluit wat die hof toepaslik mag ag.

Laastens kan kennisgewing ook persone wat wel deel van die aksie vorm versoek om tot die kostes daarvan by te dra. Die party verantwoordelik vir die betaling van kostes verbonde aan die gee van kennisgewing, word aan die hof oorgelaat. Tot op hede het geen vaste reël hieromtrent in enige uitspraak, hetsy in Ontario hetsy in British Columbia uitgekristaliseer nie.⁷²

2.4.2 Van groepslede

Die *Class Proceedings Act* maak gebruik van 'n kennisgewing van uitrede om van die litigasie uitgesluit te word.⁷³ Waar die hof dus litigasie as 'n groepsgeeding sertifiseer, moet alle persone wat van litigasie uitgesluit wil word, kennis binne die neergelegde tydperk van sodanige voorneme gee.⁷⁴

2.4.3 Gedurende litigasie

Die hof kan te enige tyd gedurende litigasie kennisgewing gelas. Sodanige kennisgewing word in daardie gevalle gegee waar dit nodig is om die belange van die verteenwoordigde lede te beskerm of die billikheid van litigasie te waarborg.⁷⁵

2.5 Gepaste bevele in 'n aansoek om sertifisering

Die hof kan enige van die volgende gepaste bevele by die aanhoor van 'n aansoek om sertifisering gee: (a) die aansoek toe staan; (b) dit van die hand wys; (c) die aanhoor daarvan uitstel; of (d) ander soortgelyke verrigtinge stuit.

2.5.1 Toestaan

Die hof kan 'n aansoek om sertifisering van litigasie toestaan na oorweging van die faktore in 2.2 hierbo bespreek. Hierdie bevel moet die gemeenskaplike vraagpunte omskryf en die name van die verteenwoordigers insluit. Die bevel moet ook die eise en verwere wat ten behoeve van die groep geopper word, die aard van die regshulp aangevra, asook die wyse hoe lede van die groep hulself van die aksie kan uitsluit, omskryf.⁷⁶

⁷² Eizenga *et al* 1999: par 5.39-5.41. Sien ook artikel 17(7) en 22 van die *Class Proceedings Act* van 1992; Uniform Law Conference of Canada 1995: 22.

⁷³ Artikel 9 van die *Class Proceedings Act* van 1992.

⁷⁴ Artikel 9 saamgelees met artikel 8(1)(f) van die *Class Proceedings Act* van 1992.

⁷⁵ Artikel 19 van die *Class Proceedings Act* van 1992; Uniform Law Conference of Canada 1995: 22.

⁷⁶ Artikel 8(1) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 5.31; Uniform Law Conference of Canada 1995: 11-12.

Waar die hof kennisgewing aan die groep gelas, moet die bevel die wyse waarop individuele lede van die groep hulle van litigasie kan uitsluit en die tydperk waarbinne sodanige optrede moet plaasvind, bevat.⁷⁷ Die bevel van die hof moet ook in die identifisering van subgroepe hierdie vereistes nakom.⁷⁸

2.5.2 Van die hand wys

Hierbo is reeds op die vereiste faktore vir sertifisering van litigasie gewys.⁷⁹ Indien die applikant hom nie van sodanige bewyslas kwyt nie, kan die hof die aansoek van die hand wys. Artikel 6 bepaal egter dat 'n hof nie op een van die volgende gronde die aansoek van die hand mag wys nie: (a) dat skadevergoeding individueel na die aanhoor van gemeenskaplike vraagpunte bereken moet word; (b) waar die regshulp aangevra uit verskillende kontrakte voortspruit; (c) verskillende remedies vir die verskillende subgroepe aangevra word; (d) die grootte van die groep onbekend is; en/of (e) 'n subgroep gemeenskaplike eise of verwere het wat verskil van dié van die groep. Indien die hof die aansoek van die hand wys, kan toestemming verleen word dat die aksie by wyse van ander gepaste litigasie voortgaan.⁸⁰

2.5.3 Die aanhoor van die aansoek uitstel

'n Hof kan laastens die aanhoor van die aansoek uitstel om aan partye geleentheid te bied om hulle pleitstukke te wysig en/of verdere getuienis te lewer.⁸¹

2.5.4 Ander verrigtinge stuit

Waar verder nodig, kan die hof op aansoek of uit eie beweging, enige ander soortgelyke verrigtinge stuit en enige toepaslike bevel ten opsigte van sodanige verrigtinge maak.⁸² Die Wet laat egter na om ander soortgelyke verrigtinge te omskryf. By gebrek aan sodanige omskrywing word vir doeleindes van die hoofstuk verstaan ander verrigtinge

⁷⁷ Artikel 8(1) van die *Class Proceedings Act* van 1992.

⁷⁸ Artikel 8(2) van die *Class Proceedings Act* van 1992.

⁷⁹ Sien 2.2 hierbo.

⁸⁰ Waar die hof so 'n bevel verleen kan die hof gelas dat partye ingesluit, weggelaat of vervang moet word; die stukke gewysig word of 'n ander gepaste bevel gee. *Woods v Gilroy* (1997), 17 CPC (4th) 382 (Gen Div) dien ter illustrasie: *In casu* is die verteenwoordigers van 'n vakbond as verweerders aangewys. Hierdie verteenwoordigers is deur 'n verkiesing vervang en gevolglik ook dienoreenkomstig in die saak vervang. Sien ook artikel 7 van die *Class Proceedings Act* van 1992.

⁸¹ Artikel 5(4) van die *Class Proceedings Act* van 1992.

⁸² Artikel 13 van die *Class Proceedings Act* van 1992; Uniform Law Conference of Canada 1995: 14.

wat op dieselfde feite gebaseer is. Hierdie verrigtinge moet ook reeds 'n aanvang ten tyde van die sertifiseringsaansoek geneem het.

2.6 Groepsgedingvoering

Die toestaan van die aansoek vir sertifisering word gevolg deur die litigasie fase. Die *Class Proceedings Act* beklee die hof met 'n aantal bevoegdhede om die verloop van die litigasie te reël.⁸³ Artikel 12 bepaal:

"The court, on motion of a party or class member, may make any order it considers appropriate respecting the conduct of a class proceeding to ensure its fair and expeditious determination and, for the purpose, may impose such terms on the parties as it considers appropriate."

Die enigste beperking hieraan verbonde, is die beperking geplaas op 'n hof om uit eie beweging 'n gepaste reëling te maak. Artikel 12 van die *Class Proceedings Act* van British Columbia verskil in dié opsig deur die weglating van die vereiste.⁸⁴ Die vereiste is as volg deur die *British Columbia Court of Appeal* uitgelê:

"[T]he Class Proceedings Act permits the determination of common issues for the entire class, common issues for subclasses, and individual issues, all at separate times. This flexibility permits the trial court to design procedures that will allow plaintiffs access to a fair and efficient way of litigating their claims while ensuring that defendants are permitted to examine whatever number of plaintiffs are required to properly address their defences."⁸⁵

Hierdie artikel en interpretasie verseker dat 'n hof by magte is om litigasie doeltreffend te reguleer. Gevolglik behoort artikel 12 van die *Class Proceedings Act* van Ontario ook dienooreenkomstig gewysig te word.

⁸³ Vir verder bespreking sien 2.9.7 hieronder.

⁸⁴ Artikel 12 van die *British Columbia Class Proceedings Act* bepaal: "The court may at any time make any order it considers appropriate respecting the conduct of a class proceeding to ensure its fair and expeditious determination and, for the purpose, may impose such terms on the parties as it considers appropriate."

⁸⁵ *Chace v Crane Canada* (1997), 14 CPC (4th) 197 (BCCA) op 206. Sien ook Eizenga *et al* 1999: par 8.3.

Litigasie na sertifisering word gewoonlik in twee stadiums verdeel, naamlik, die aanhoor van gemeenskaplike punte en die aanhoor van individuele punte. Die aanhoor van gemeenskaplike punte berus grootliks op die getuienis van die verteenwoordigers van die groep. Die hof kan in gepaste omstandighede egter gelas dat een of meer van die lede van die groep self ook aan litigasie moet deelneem. Sodanige deelname geskied op die voorwaardes wat die hof billik mag ag.⁸⁶

Hierbo is daarop gewys dat verteenwoordigers van die groep grotendeels verantwoordelik is vir die voer van die geding. Die gevolg is dat by die bewys van individuele kwessies, die hof kennisgewing aan verteenwoordigde lede moet gelas om sodoende ook die persone geleentheid te bied om aan litigasie deel te neem. Die kennisgewing moet die volgende gegewens bevat: (a) dat gemeenskaplike vraagpunte aan die groep uitgewys is; (b) of die individu(e) op individuele regshulp geregtig is; (c) stappe vir instelling van individuele eise, uitwys, (d) verklaar dat die versuim van die groep om sodanige eis in te stel daartoe lei dat sodanige persoon so 'n eis alleen met toestemming van die hof kan instel; (e) 'n adres insluit aan wie vrae gerig kan word; asook (f) enige ander inligting wat die hof relevant ag.⁸⁷

Die prosedure vir die beregting van dié punte word grotendeels aan die diskresie van die hof gelaat. Die *Class Proceedings Act* vereis alleen dat die prosedure so goedkoop moontlik is en spoedige, regverdige en billike beregting tot gevolg het.⁸⁸

Individuele beregting van geskilpunte sluit ten slotte ook aan by die bewys van skade. Hierdie punt word meer volledig onder 2.7.2 hieronder bespreek.

2.7 Bewys en verdeling van skade

Artikels 24, 25 en 26 van die *Class Proceedings Act* reël die bewys en verdeling van skade in groepgedingvoering. Hierdie artikels word hieronder bespreek.

⁸⁶ 'n Party wat die groep opponeer kan dus alleen met toestemming van die hof 'n ander persoon as die verteenwoordigers van die groep as getuie roep. Artikel 14 en 16 van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 8.3, 8.8.

⁸⁷ Artikel 18(2) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 8.12-8.13.

⁸⁸ Laasgenoemde twee faktore slaan ook op 'n billike en regverdige prosedure ag: "It is imperative to have a scrupulous and effective screening so that in the quest for cost effectiveness we do not obscure the ultimate goal of a just determination between the parties on the altar of expediency." *Abdool v Anaheim Management Ltd* (1993) 15 OR (3d) 39: 49; Eizenga *et al* 1999: par 8.13.

2.7.1 Kollektiewe bewys (artikel 24)

Die *Class Proceedings Act* maak voorsiening vir individuele of kollektiewe bewys van skade. Die wyse van berekening en proses vir die bewys daarvan, word aan die diskresie van die hof oorgelaat.⁸⁹

Die hof wat die aansoek aanhoor, kan gelas dat 'n gedeelte of die geheel van die skade kollektief bereken word. Die beslissing vind plaas waar 'n geld eis deur bepaalde lede, of die gesamentlike totaal van groepslede ingestel is. Verder moet die feite in geskil, alleen tot vraagstukke rondom die kwantum van die verweerder se aanspreeklikheid beperk wees. Laastens vereis die *Class Proceedings Act* dat die kwantum van aanspreeklikheid geredelik bepaalbaar moet wees sonder dat individuele getuienis daaromtrent aangevoer word. Gevolglik is kollektiewe bewys van skade alleen haalbaar waar die kwantum maklik bepaalbaar is en sluit dit individuele bewys van skade uit.⁹⁰

By die kollektiewe bepaling van skade veroorloof die *Class Proceedings Act* die hof om te gelas dat 'n bepaalde gedeelte, of die geheel van die groep, proporsioneel in die verhaal van skade deel. Die hof moet hom in die uitoefening van die diskresie veral laat lei deur die praktiese haalbaarheid van die identifisering en bepaling van die presiese bedrag verskuldig aan individuele lede van die groep.⁹¹

Die hof kan ook verdeling gelas van die somtotaal van die bedrag toegeken, of 'n bepaalde gedeelte daarvan. In die uitoefening van sodanige diskresie moet die hof bepaalde riglyne daarstel vir die uitbetaling van eise. So byvoorbeeld kan 'n hof gelas dat 'n laer standaard van bewys vir verhaal van skade gebruik word.⁹²

Die *Class Proceedings Act* vereis verder dat die hof 'n redelike tyd moet bepaal waarbinne eise vir skade ingedien moet word. Eise na sodanige datum word alleen met toestemming van die hof aanvaar.⁹³ Die hof kan ook in gepaste omstandighede die bevel

⁸⁹ Artikel 24(1) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 8.17.

⁹⁰ Artikel 24(1) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 8.17.

⁹¹ Artikel 24(3) van die *Class Proceedings Act* van 1992.

⁹² Hier kan die hof gelas dat 'n gestandaardiseerde vorm of beëdigde verklarings gebruik word om skadevergoedingseise in te dien en te bewys. Sien ook Artikel 24(4), (5) en (6) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 8.19.

⁹³ Artikel 24(7) en (8) van die *Class Proceedings Act* van 1992. Eise na die datum kan alleen met instemming van die hof ingedien word.

ten opsigte van skadevergoeding wysig om eise na die datum in berekening te bring.⁹⁴ In die uitoefening van die diskresie moet die hof veral op artikel 29(9) van die Wet ag slaan. Laasgenoemde artikel verleen aan 'n hof die bevoegdheid om die toestemming tot die indien van laat eise toe te staan waar: (a) daar grondige redes is waarom die eise nie binne die neergelegde tydsraamwerk ingedien is nie; (b) die versuim nie aan die toedoen van 'n persoon wat die eis instel, te wyte is nie; en (c) die verweerder nie daardeur benadeel word nie.⁹⁵

2.7.2 Individuele bewys (artikel 25)

'n Hof beskik kragtens die *Class Proceedings Act* oor die bevoegdheid om enige gepaste wyse van beregting te gelas.⁹⁶ Kragtens die bevoegdheid kan 'n hof gelas dat skade individueel bewys moet word en 'n prosedure daarvoor bepaal. Die prosedure moet, sonder afbreuk aan geregtigheid, die spoedige en mees ekonomiese afhandeling van eise verseker.⁹⁷ Ten einde aan die vereistes te voldoen vereis dié Wet dat die prosedure tydsgedrewe moet wees. Gevolglik moet die hof ook 'n tydperk aan die prosedure koppel.⁹⁸

2.7.3 Verdeling van skadevergoeding (artikel 26)

Artikel 26 van die *Class Proceedings Act* reël die verdeling van skadevergoeding. Die proses word deur die werking van die Wet onder die direkte beheer van die hof geplaas. Die hof kan kragtens die artikel enige gepaste wyse vir die verdeling gelas.⁹⁹ Hierdie wyses sluit onder meer in om die verweerder persoonlik verantwoordelik te maak vir die verdeling.¹⁰⁰ Die hof kan ook gelas dat die verweerder die totaal van die toegekende

⁹⁴ Artikel 24(10) van die *Class Proceedings Act* van 1992.

⁹⁵ Sien ook Eizenga *et al* 1999: par 8.20.

⁹⁶ In die oorweging van laasgenoemde moet die hof die instemming van die partye verkry. Sien artikel 25(1) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Uniform Law Conference of Canada 1995: 24.

⁹⁷ In die uitoefening van sodanige diskresie kan die hof (1) wegdoen met enige onnodige prosedurele vereistes of (2) spesiale geskikte of ander spesiale prosedure magtig. Sien Artikel 25(2) en (3).

⁹⁸ Enige eise na sodanige datum ontvang, kan alleen met goedkeuring van die hof ingedien word. In die oorweging van sodanige faktore moet die hof ag slaan op die bepalings van artikel 24(9) van die *Class Proceedings Act* van 1992 (sien bespreking hierbo onder kollektiewe bewys van skade) en artikel 25(4), (5) en (6) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 1.22.

⁹⁹ Artikel 26(7) van die *Class Proceedings Act*.

¹⁰⁰ Hierdie wyse van verdeling sal alleen in toepaslike gevalle gebruik word. Sodanige voorbeeld word in die Wet omskryf as 'n geval waar die omvang van skade maklik uit die rekords van die verweerder bepaalbaar is. Artikel 26(2)(a) en (3) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 8.21.

bedrag by die hof of enige ander gepaste instansie moet in betaal¹⁰¹ of 'n gepaste persoon vir die verdeling aanwys.¹⁰² Die betaling van die bedrag kan voorts in paaiemente of eenmalig geskied en enige koste verbonde aan administrasie is van die toegekende bedrag verhaalbaar.¹⁰³

Beide artikels 24 en 25 vereis 'n vasgestelde tydperk waarbinne eise vir uitbetaling ingedien moet word.¹⁰⁴ Die balans moet daarna kragtens die bepaling van artikel 26(4) mee gehandel word. Die artikel verleen aan die hof die bevoegdheid om sodanige balans op enige redelike wyse tot voordeel van die groep aan te wend.¹⁰⁵ Hierdie diskresie is nie onderworpe aan die identifiseerbaarheid van die eise van die groep nie. Die voordeel hoef voorts ook nie noodwendig alle lede van die groep in te sluit nie. Enige oorblywende balans word daarna sonder verdere kennisgewing aan die verweerder terugbetaal.¹⁰⁶

In teenstelling met die posisie in Ontario, verleen die *Class Proceedings Act* van British Columbia die bevoegdheid aan die hof om die balans tot delging van die koste van die geding aan te wend, dit aan die staatskas verbeurd te verklaar of aan die verweerder terug te betaal.¹⁰⁷ Laasgenoemde benadering word verkies. Die terugbetaling van gelde aan die verweerder kan in sekere gevalle daartoe lei dat die verweerder bevoordeel word nie-teenstaande sy onregmatige daad. Gevolglik behoort die hof in Ontario ook oor 'n soortgelyke bevoegdheid te beskik.

¹⁰¹ Hier kan veral instansies soos versekeringsmaatskappye 'n belangrike rol speel om verdeling van gelde onder belanghebbende partye te behartig. Artikel 26(2)(b) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 8.23.

¹⁰² Artikel 26(2)(c) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 8.21.

¹⁰³ Artikel 26(8) en (9) van die *Class Proceedings Act* van 1992.

¹⁰⁴ Sien bespreking onder 2.7.1 en 2.7.2 hierbo.

¹⁰⁵ "The court may order that all or a part of an award under section 24 that has not been distributed within a time set by the court be applied in any manner that may reasonably be expected to benefit class members, even though the order does not provide for monetary relief to individual class members, if the court is satisfied that a reasonable number of class members who would not otherwise receive monetary relief would benefit from the order." Eizenga *et al* 1999: par 8.21.

¹⁰⁶ Artikel 26(5), (6) en (10) van die *Class Proceedings Act* van 1992.

¹⁰⁷ Artikel 34(5) van 1996; Eizenga *et al* 1999: par 8.22.

2.8 Uitsprake

'n Hof kan uitspraak lewer ten opsigte van die gemeenskaplike vraagpunte en/of 'n enige ander vraagpunt.¹⁰⁸ Die uitspraak bind alle partye wat nie uitsluiting van litigasie versoek het nie.¹⁰⁹

2.9 Algemeen

2.9.1 Wysiging van die sertifiseringsbevel

'n Hof kan op aansoek van 'n party of lid van die groep 'n bevel vir die sertifisering van die aksie wysig.¹¹⁰ Sodanige wysiging sluit ook die desertifisering van die sertifiseringsbevel in.¹¹¹ Waar die hof desertifisering gelas, kan verdere litigasie slegs met instemming van die hof voortgesit word.¹¹²

2.9.2 Verweerder/respondent groepsgedinge

Hierbo is reeds daarop gewys dat die *Class Proceedings Act* voorsiening vir 'n verweerder/respondent groepsgeding maak.¹¹³ Onder die hoof word onderskei tussen twee tipes groepsgedinge: (a) 'n suiwer verweerder/respondent groepsgeding waar verweerders, wat hulself in 'n soortgelyke situasie bevind, litigasie bestry deur middel van groepsgedingevoering en (b) 'n groepsgeding van applikante of eisers deur die respondent geïnisieer.¹¹⁴ Hieronder word verdere toeligting verskaf.

(a) Suiwer verweerder/respondent groepsgeding

Groepsgedingvoering onder die hoof, is tipies waar die eise of regshulp teen die verweerder/respondent aangevra soortgelyk is aan dié van ander verweerders of respondente. Hierdie tipes groepsgedinge vorm egter die uitsondering op die reël en vind volgens Eizenga¹¹⁵ in praktyk selde aanwending.

¹⁰⁸ Artikel 11(2) van die *Class Proceedings Act* van 1992.

¹⁰⁹ Artikel 27 van die *Class Proceedings Act* van 1992.

¹¹⁰ Artikel 8(3) van die *Class Proceedings Act* van 1992.

¹¹¹ Artikel 10(1) van die *Class Proceedings Act* van 1992.

¹¹² Artikel 10(3) van die *Class Proceedings Act* van 1992. Sien ook voetnoot 75 hierbo. In so geval kan die hof gelas dat die geding deur middel van 'n gepaste proses voortgaan.

¹¹³ Sien 2.2 hierbo.

¹¹⁴ Eizenga *et al* 1999: par 7.1.

¹¹⁵ Eizenga *et al* 1999: par 7.10.

(b) Eiser/applikant groepsgeding op inisiatief van die respondent

Groepsgedinge onder hierdie hoof is 'n aansoek deur die respondent om alle soortgelyke eise teen hom in 'n groepsgeding te konsolideer. Die aansoek moet aan die vereistes vir sertifisering voldoen en moet ook 'n smeekbede vir die stuiting van alle soorgelyke aksies reeds begin, insluit.¹¹⁶

Sodanige litigasie hou die voordeel in dat die respondent net met enkele verteenwoordigers in een aksie gekonfronteer word. Ander voordele sluit die volgende in dat regskostes geminimaliseer word; (b) dat die gevolge van litigasie die groep as 'n geheel bind; en (c) dat 'n verteenwoordiger van die groep vir regskostes kwalifiseer.¹¹⁷

Onder laasgenoemde word verstaan dat 'n regsverteenwoordiger van die groep aansoek vir regshulp by die *Class Proceedings Fund* kan doen. Die fonds kan ook 'n vrywaring van koste verleen. Gevolglik verseker 'n gunstige uitspraak vir die respondent dus die voordeel van die gewaarborgde verhaal van regskostes.¹¹⁸

2.9.3 Verjaring

Artikel 28 van die *Class Proceedings Act* reël die posisie ten opsigte van verjaring in die geval van 'n groepsgeding. Ingevolge die artikel, behalwe vir diegene wat verkies om van litigasie uitgesluit te word, word verjaring deur die instel van 'n groepsgeding gestuit.¹¹⁹ Verjaring begin weer vanaf die volgende datums loop: (a) waar 'n persoon om die een of ander rede van litigasie uitgesluit word; (b) in geval van desertifisering; (c) die nie-sertifisering van die litigasie; (d) die terugtrekking of staking daarvan; of (e) in geval van skikking. Punt (e) handel waarskynlik oor die skikking van litigasie voor die sertifisering daarvan.¹²⁰

2.9.4 Staking of skikking van litigasie

Litigasie as 'n groepsgeding gesertifiseer, kan alleen met die tussenkoms van die hof gestaak of geskik word. Sodanige aansoek geskied by wyse van mosie en moet

¹¹⁶ Eizenga *et al* 1999: par 7.4 en 7.6.

¹¹⁷ Eizenga *et al* 1999: par 7.2-7.3.

¹¹⁸ Sien 2.9.5.1 hieronder. Eizenga *et al* 1999: par 7.2-7.3.

¹¹⁹ Artikel 28 van die *Class Proceedings Act* van 1992.

¹²⁰ Artikel 28 van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 6.2-6.3; Uniform Law Conference of Canada 1995: 33.

getuienis insluit om die hof in staat te stel om objektief oor die billikheid van die skikkingssooreenkoms of rede vir staking, te oordeel.¹²¹ Hier maak howe van die toets omskryf in *Dabbs v Sun Life Assurance Co of Canada*¹²² gebruik: "[T]he court must find that in all the circumstances the settlement is fair, reasonable and in the best interests of those affected by it." Die bewyslas rus op die party wat sodanige aansoek bring.¹²³

2.9.5 Koste en kostebevele

Vir doeleindes van die bespreking onder hierdie hoof word tussen koste ten opsigte van litigasie (dus die finansieringskoste) en kostebevele onderskei.

(a) Finansiering van litigasie

Groepsgedingvoering verg 'n buitengewone belegging in sowel tyd as geld. Daarom vereis die *Class Proceedings Act* dat die sertifiseringsaansoek ook 'n plan vir toereikende verteenwoordiging van groepsbelange bevat. Hierdie plan moet ook die finansiering van die beoogde litigasie uiteensit.¹²⁴ Hier bestaan drie alternatiewe: 'n gebeurlikheidsgeldooreenkoms, befondsing deur die *Class Proceedings Fund* of litigasie finansiering.

(i) Class Proceedings Fund

Die eerste wyse, is 'n aansoek tot die *Class Proceedings Fund*. Die fonds het die finansiering van groepsgedingvoering en vrywaring van verteenwoordigers van koste ten doel. Die fonds is deur die *Law Society Act*¹²⁵ in die lewe geroep. Laasgenoemde Wet maak voorsiening vir 'n *Class Proceedings Committee* om aansoeke vir befondsing aan te hoor. Die fonds moet beide die aansoeke van applikante sowel as respondente oorweeg. Gevolglik word ook erkenning aan die belang van respondente om koste te

¹²¹ "[T]he court is entitled to insist on sufficient evidence to permit the judge to exercise an objective, impartial and independent assessment of the fairness of the settlement in all the circumstances." Eizenga *et al* 1999: par 9.1, 9.26. Sien ook artikel 29 van die *Class Proceedings Act* van 1992.

¹²² (1998) 40 OR (3d) 429 op 440; Eizenga *et al* 1999: par 9.16.

¹²³ In die oorweging van aansoeke om skikking of staking van die aksie, laat Ontariëse howe hulle voorts deur veral uitsprake van die Federale howe van die Verenigde State lei. Hierdie faktore word onder 3.2.1 verder toegelig. Eizenga *et al* 1999: par 9.17.

¹²⁴ Eizenga *et al* 1999: par 11.2.

¹²⁵ Soos gewysig in 1992.

verhaal, gegee. Sodanige aansoek kan egter alleen met instemming van die applikant aangehoor word.¹²⁶

'n Aansoek tot die fonds moet die volgende gegewens bevat: (a) die meriete van litigasie; (b) ander pogings vir die finansiering ondersoek; (c) 'n redelike en duidelike plan vir die aanwending van fondse wat beskikbaar gestel word; (d) die vermoë om sodanige fondse aan te wend ooreekomstig die plan uiteengesit; (e) asook enige ander toepaslike inligting wat die komitee nodig mag ag. Hierdie gegewens is ook die faktore wat gebruik word vir die beoordeling van 'n aansoek om befondsing.¹²⁷

Befondsing geskied onderworpe aan die verhaal van gelde beskikbaar gestel in die geval van 'n bedrag toegeken tesame met 'n 10% heffing. Die heffing word hoofsaaklik vir befondsing van toekomstige aansoeke gebruik.¹²⁸

(ii) Gebeurlikheidsoreenkomste

Die *Class Proceedings Act* maak uitdruklik vir die gebruik van gebeurlikheidsgelde voorsiening.¹²⁹ Die Wet vereis die te skrifstelling van enige sodanige ooreenkoms. Sodanige ooreenkoms moet die voorwaardes vir die uitbetaling, asook beraamde foie betaalbaar en wyse van betaling, omskryf.¹³⁰ Laastens vereis die Wet dat die ooreenkoms vir goedkeuring aan die hof voorgelê word. By versuim om hieraan gehoor te gee, kan die hof die betaling van koste op enige ander gepaste wyse gelas.¹³¹

(iii) Ander moontlikhede

'n Interessante ander alternatief van befondsing is dié soos uiteengesit in *Nantais v Telectronics*.¹³² Hier het die hof toestemming verleen dat 'n belegger, onderhewig aan die voorwaarde dat terugbetaling alleen sou geskied in die geval van suksesvolle litigasie gekoppel aan 'n rentekoers van 20% per jaar, 'n lening aan die groep maak. 'n

¹²⁶ Eizenga *et al* 1999: par 11.4-11.5, 11.16-11.17.

¹²⁷ Eizenga *et al* 1999: par 11.6.

¹²⁸ Eizenga *et al* 1999: par 11.13-11.15.

¹²⁹ Artikel 33 van die *Class Proceedings Act* van 1992; Uniform Law Conference of Canada 1995: 28.

¹³⁰ Artikel 32(1) van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 13.2; Uniform Law Conference of Canada 1995: 29-30.

¹³¹ Artikels 32(1), (2), (4) en 33 van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 13.2; Uniform Law Conference of Canada 1995: 29-30.

¹³² Ongerapporteer. Bespreek deur Eizenga *et al* 1999: par 11.20.

Belangrike aspek van die ooreenkoms was dat suksesvolle litigasie alleen, die voordeel van die terugbetaling van die lening met die ooreengekome rente ingehou het. Die ooreenkoms was dus nie gekoppel aan enige voordeel voortspruitend uit litigasie nie.

(b) Kostebevele

Artikel 31(2) van die *Class Proceedings Act* bepaal uitdruklik dat lede van die groep, uitgesluit die verteenwoordigers, nie vir koste aanspreeklik is nie. Lede is alleen aanspreeklik vir koste in die bewys van individuele geskilpunte aangeaan.¹³³ Laasgenoemde bepaling het grootliks ten doel om verteenwoordigde lede teen kostebevele te beskerm. Die verteenwoordigers aan die anderkant, geniet beperkte beskerming deurdat artikel 31(1) van die *Class Proceedings Act* 'n diskresie ten opsigte van die toekenning van kostebevele aan die hof verleen:

*"In exercising its discretion with respect to costs under subsection 131(1) of the Courts of Justice Act, the court may consider whether the class proceeding was a test case, raises a novel point of law or involved a matter of public interest."*¹³⁴

Die *Class Proceedings Act* van British Columbia daarenteen, bepaal:

"A court ... may only award costs to a party in respect of an application for certification or in respect of all or any part of a class proceeding or an appeal from a class proceeding

(a) at any time that the court considers that there has been a vexatious, frivolous or abusive conduct on the part of any party;

(b) at any time that the court considers that an improper or unnecessary application or other step has been made or taken for the purpose of delay or increasing costs or for any other improper purpose;

*(c) at any time that the court considers that there are exceptional circumstances that makes it unjust to deprive the successful party of costs."*¹³⁵

¹³³ Artikel 31(2) van die *Class Proceedings Act* van 1992.

¹³⁴ Sien ook *Eizenga et al* 1999: par 12.2.

¹³⁵ Artikel 37(2) van die *Class Proceedings Act* van British Columbia; *Eizenga et al* 1999: par 12.3.

'n Kostebevel hiervolgens is dus die uitsondering op die reël terwyl dit in Ontario weer, die reël is. Die hof in Ontario is alleen bevoeg om, in die omstandighede in die *Class Proceedings Act* uiteengesit, van die reël af te wyk. Die benadering, soos vervat in British Columbia, onderteun die oogmerk van die toeganklikmaking van die regspleging deur middel van groepsgedingvoering. Hierdie benadering word verkies deurdats koste eerder die uitsondering as die reël is. Gevolglik kan litigante tot voordeel van alle lede van die groep van die proses gebruik maak. Dit is egter nie 'n onbuigbare benadering nie en kan 'n party, byvoorbeeld in die geval van kwelsugtige litigasie, steeds daarin slaag om koste te verhaal.

2.9.6 Appèlle

Enige uitspraak waar 'n hof weier om litigasie as 'n groepsgeding te sertifiseer, asook die desertifisering van litigasie, is aan appèl onderhewig. Die reg van appèl berus eerstens by die verteenwoordigers van die groep. Sou die persone versuim om te appelleer, kan enige ander belanghebbende party appelleer.¹³⁶

2.9.7 Groepsgedingvoering en howe

Groepsgedingvoering vereis dat die hof, waar nodig, aktief aan die verrigtinge deelneem om sodoende die belange van die verteenwoordigde lede te beskerm. Die *Class Proceedings Act* verleen ter ondersteuning hiervan, bepaalde bevoegdhede aan die hof. Hierbo is reeds gewys op die bevoegdheid om op aansoek 'n bevel vir die bespoediging of versekering van die billike beregtiging daarvan, te verleen.¹³⁷ So ook, verleen artikel 13 die bevoegdheid om enige ander verrigtinge te stuit en 'n gepaste bevel daaromtrent te maak. Ingelyks kan 'n hof ook sub-groepe binne groepsverband uitwys en 'n verteenwoordiger daarvoor aanstel.¹³⁸

2.10 Evaluering

Een van die interessante aspekte van die *Class Proceedings Act* is dat die invoering daarvan byna twintig jaar in beslag geneem het. Tydens hierdie periode het aansienlike verwarring geheers betreffende die moontlike gebruik van verteenwoordigende-litigasie

¹³⁶ Sodanige lid sal aan die hof moet toon dat hy die belange van die groep op 'n billike en toereikende wyse kan verteenwoordig. Artikel 30 van die *Class Proceedings Act* van 1992; Eizenga *et al* 1999: par 10.5, 10.6.

¹³⁷ Artikel 12 van die *Class Proceedings Act*; Eizenga *et al* 1999: par 8.2.

¹³⁸ Uniform Law Conference of Canada 1995: 15-16.

as 'n groepsgeeding en het die Ontariëse Regskommissie op vier geleenthede na die Verenigde State van Amerika gereis ten einde ook daar kers op te steek vir raad en bystand. Die resultaat: 'n verslag van drie volumes en 'n konsepwet.¹³⁹ Die konsepwet sou bykans 10 jaar na die aanvanklike publikasie van die verslag in 'n gewysigde vorm sy buiging op die Wetboek in die vorm van *Class Proceedings Act* maak. Hierdie Wet vereis 'n diepgaande kennis van die werking van prosesreg in Ontario. Gevolglik is vir doeleindes van hierdie studie alleen op die wesenwoord van die Wet self gekonsentreer.

Hierdie Wet getuig voorts van 'n deeglike beredenering van probleme uniek aan groepsgeedingvoering. Die Wet poog om hierdie probleme innoverend aan te spreek en gebruik, soos hierbo uitgewys, die skatkis van ervarings van die Verenigde State. Die kompleksiteit van die Wet illustreer voorts die noodsaaklikheid om bepaalde maatreëls vir die effektiewe funksionering daarvan daar te stel, veral vir 'n stelsel waarbinne die prosedure nie ontwikkel het nie (as te ware 'ingeplant is).

'n Unieke kenmerk van die Wet, is die voorlegging van 'n plan. Hierdie plan stel die hof in staat om die meriete, en moontlike sukses, van litigasie te oorweeg. Voorts verlig dit in 'n mate die druk van 'n verhoorhof om direk by litigasie betrokke te wees deurdat die hof meerendeels alleen toesig hoef te hou of litigasie binne sodanige parameters geskied. Ander aspekte wat ook duidelik deur die Wet gereguleer word, is verjaring. Voorts poog die Wet ook om spoedige en billike beregtiging te verseker deur tydsraamwerke aan die inhoud daarvan te koppel. Hierdie Wet kan gevolglik ook met groot vrug in ander stelsels, wat 'n soortgelyke 'inplanting' oorweeg, nagevolg word.

3. Amerikaanse Federale reg (Reël 23)

3.1 Inleiding

Die bespreking hieronder sluit aan by die vorige hoofstuk se historiese ontwikkelingsgang van groepsgeedingvoering in die Verenigde State. Aandag word spesifiek aan reël 23 van die *Federal Rules of Civil Procedure* gegee.

¹³⁹ Report on Class Action van die Ontario Law Reform Commission van 1982.

3.2 Reël 23 van die Federal Rules of Civil Procedure

Vir die instel van 'n groepsgeding, vereis reël 23 die sertifisering daarvan. Hierdie proses geskied by wyse van aansoek-prosedure. Gelyktydig hiermee moet die hof ook litigasie as 'n groepsgeding handhaaf. Twee stadia van litigasie word dus onderskei: (a) die aansoek om sertifisering en (b) die handhawing daarvan.¹⁴⁰ Hierdie twee stadia word in afsonderlike punte hieronder bespreek.

3.2.1 Sertifisering

Ten einde litigasie by wyse van 'n groepsgeding te voer, is dit eerstens nodig dat 'n aansoek tot die hof vir sertifisering daarvan gerig word. Reël 23 bepaal dat een of meer lede van 'n groep 'n geding namens die groep kan instel of verdedig. Die *Federal Rules* maak dus vir sowel die eiser/applikant- as 'n verweerder/respondent groepsgeding voorsiening. Laasgenoemde vorm van groepsgedingvoering is egter die uitsondering op die reël en vind beperkte aanwending.¹⁴¹

Die applikant wat die aansoek rig moet bewys dat die getal persone in die geding betrokke, voeging ongewens of onprakties maak; die regs- en feitevrae gemeenskaplik aan die groep is en dat dit in een verhoor beregbaar is. Voorts moet die eise en verweere van die verteenwoordiger tipies die van die groep wees. Die applikant moet ook aantoon dat die verteenwoordigende party die aksie op 'n billike en toereikende wyse kan voer.¹⁴²

Ten einde te slaag met die aansoek om sertifisering moet 'n applikant/respondent al die vereistes hierbo uiteengesit, bewys. Die hof kan die aansoek dus van die hand wys waar sodanige bewyslas nie gekwyt is nie, onvoldoende kennisgewing aan opponerende partye gegee is, of die hof nie oor die nodige jurisdiksie beskik om die aansoek aan te hoor nie.¹⁴³ Die vereistes word hieronder toegelig.

¹⁴⁰ Dickerson 1998: 1-17; Hurter 1997: 305-306; Hurter 1996: 421-422, 441; De Vos 1992: 27-28; Yeazell 1987: 2; Bush 1986: 115; Ministry of the Attorney-General 1982: 53.

¹⁴¹ Dickerson 1998: 2-14-2-16.

¹⁴² Reël 23(a): 'Federal Rule of Civil Procedure'; Dickerson 1998: 1-3, 1-18; McQuoid-Mason *et al* 1997: 321-322; Seligman 1997: 408; Hurter 1997: 306; Hurter 1996: 422; Republiek van Suid-Afrika 1995: 27; De Vos 1992: 20, 59; Bush 1986: 115; De Vos 1984: 59-60; Ministry of the Attorney-General 1982: 53; Anoniem1: 3-4. Sien ook *Amchen Products Inc Petitioners v George Windsor et al* <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-270.zo.html>: 8.

¹⁴³ Yeazell 1987: 1; De Vos 1984: 63.; Anoniem1: 3-4 en 6.

(a) Talrykheid

Onder die vereiste word verstaan dat die omvang van die groep van so 'n aard is dat voeging nie prakties haalbaar is nie. Buiten omvang van die groep let die hof ook op ander faktore soos geografiese ligging en omvang van die eise van die groep. Die applikant moet die hof voorts ook oortuig dat hy deel van 'n definieerbare groep persone vorm.¹⁴⁴

(b) Gemeenskaplike regs- en feitevrae

Reël 23(a) vereis regs- en feitevrae gemeenskaplik aan die lede van die groep. Hierdie vereiste dui alleen op wesentlike ooreenstemming en vereis nie dat dit identies moet wees nie. Tipiese gemeenskaplike regs- en feitevrae word as volg omskryf:

"[T]he requirement of typicality is satisfied when the claim of the representative arises out of the same event or practice or course of conduct that give rise to the claims of the class ... and is based on the same legal or remedial theory ... The presence of factual variations is generally immaterial ... unless those variations render the representative's claim 'markedly different' from those of the class."¹⁴⁵

(c) Tipiese eise en verwere

Hoewel die vereiste blyk ooreen te stem met die vorige, word dit as twee duidelike aparte vereistes deur die hof gestel. Die applikant moet onder die vereiste aantoon dat die eise van die verteenwoordiger tipies dié van die groep is. Die toets hier is die vraag of die verteenwoordigende partye dieselfde saak as die groep moet bewys. Die verteenwoordiger se saak moet dus tipies dié van individuele lede van die groep wees.¹⁴⁶ Hierdie vereiste word as volg gedefinieer:

¹⁴⁴ Anoniem1: 3-4.

¹⁴⁵ Dickerson 1998: 2-20; De Vos 1984: 64.

¹⁴⁶ De Vos 1992: 21.

"Typicality is lacking where the representative plaintiff's cause of action is against a defendant unrelated to the defendants against whom the cause of action of the members of the class action lies."¹⁴⁷

(d) Billike en toereikende verteenwoordiging

Die reëls van natuurlike geregtigheid bied aan elke persoon die geleentheid om in eie naam sy/haar aksie in te stel of te verdedig. Groepsgeledingvoering skep hierop 'n uitsondering deurdat die belange van die lede van die groep deur verteenwoordiging bereg word. Afwyking van die reël word regverdig deurdat die voorgestelde verteenwoordiger die hof moet oortuig dat beide hy en sy regsverteenvoerder oor die vermoë beskik om die belange van die groep op 'n billike en toereikende wyse te verteenwoordig.¹⁴⁸

Die vereiste, saam met die tipiese-eise-en-verwete-vereiste gelees, het die implikasie dat die verteenwoordiger self 'n lid van die groep moet wees. Die *ratio* hiervoor is die versekering dat die verteenwoordiger die aksie op die beste moontlik wyse voer of verdedig deurdat hy in dieselfde posisie as die verteenwoordigde lede is.¹⁴⁹

Een van die probleme onder hierdie hoof ondervind, is die beoordeling van die geskiktheid van die voorgestelde verteenwoordiger. Hierdie persoon is in die sertifiseringsaansoek onbekend aan die hof. Gevolglik is getuieis rondom die persoon noodsaaklik. Ten einde die probleem deels te oorkom, kyk die hof in die besonder na die kennis en vermoë van die regsverteenvoerder vir doeleindes van litigasie. Die veronderstelling is dat groepsgeledingvoering 'n besondere ingewikkelde wyse van litigasie daarstel en dat die regspraktisyn wat die aksie namens die groep voer, in die gebruik daarvan geskool moet wees. Sou die persoon dus volgens die oordeel van die hof nie geskik wees as verteenwoordiger van die belange van die groep nie, moet die hof geleentheid aan die verteenwoordiger bied om 'n ander regsverteenvoerder aan te

¹⁴⁷ *La Mar et al v H&B Novelty & Loan Co et al* 489 F 2d 461 (9th Cir 1973): 465 soos aangehaal deur De Vos 1984: 65.

¹⁴⁸ Bush 1986: 116. 'n Streng interpretasie van die vereiste dat elke persoon self die reg het om sy eie saak te stel kan ook aan die anderkant onbillike resultate te weeg bring. Cappelletti verklaar: "In fact, these members of the class will have a better day in court if representative litigation is allowed than if it is not, since as a rule they would simply be unable to go to court individually." Aangehaal deur De Vos 1984: 66.

¹⁴⁹ De Vos 1996: 639-640; De Vos 1984: 65-66; Anoniem1: 3-4.

stel. Waar die verteenwoordiger self nie geskik is nie, moet die hof ondersoek instel na die aanstel van 'n ander moontlike geskikte verteenwoordiger. Waar geen geskikte verteenwoordiger of regsverteenvoerder gevind kan word nie, kan die hof weens die gebrek uit die stukke, die sertifiseringsaansoek van die hand wys.¹⁵⁰

3.2.2 Die handhawing van die aksie

Nadat die hof die aksie gesertifiseer het, moet die hof so spoedig moontlik bepaal of die voorgenome litigasie vir groepsgevingvatbaar is. Hierdie fase staan bekend as die handhawing van die groepsgeving. Handhawing moet so spoedig doenlik na sertifisering geskied. Sodoende word gepoog om negatiewe publisiteit gekoppel aan groepsgeving te vermy.¹⁵¹

Handhawing kan in een van drie kategorieë geskied naamlik 'n verpligte-, verbiedende groepsgeving of interdik of 'n gemeenskaplike-vraagsgroepsgeving. Die kategorieë is nie absoluut nie en oorvleueling is wel moontlik. Sodanige oorvleueling is ook een van die grootste punte van kritiek teen die handhawing. Dit is gevolglik ook nie vreemd dat die kategorisering van groepsgevinge, soos hierbo gesien, nie in die Ontariese *Class Proceedings Act* voorkom nie.¹⁵² Volledigheidshalwe word in die verskillende kategorieë hieronder bespreek.

(a) Verpligte groepsgevinge

Verpligte groepsgevinge het ten doel om eindelose litigasie op dieselfde gronde, en afwykende uitsprake te voorkom. Hierdie vorm van groepsgeving het dus ten doel om dieselfde behandeling van persone in dieselfde posisie te verseker. Die hof kan 'n groepsgeving onder die kategorie handhaaf waar:

“the prosecution of separate actions by or against individual members of the class create the risk of

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of

¹⁵⁰ Cabraser 1998: 8; Yeazell 1987: 2; De Vos 1992: 22; De Vos 1984: 67; Anoniem1: 3-4.

¹⁵¹ Reël 23(c)(1); De Vos 1984: 61, 68, 72, 73; Ministry of the Attorney-General 1982: 55; Reël 23 bevat geen verwysing na 'n bepaalde tydperk nie. Gevolglik word die bevoegdheid aan die hof oorgelaat. Sodoende word 'n buigsame en soepele benadering verseker.

¹⁵² Reël 23(c)(1); De Vos 1984: 61, 68.

*conduct for the party opposing the class, or
(B) adjudications with respect of individual members of the class
which would as a practical matter be dispositive of the interest of the
other members not parties to the adjudications or substantially impair
or impede their ability to protect their interest; ...*¹⁵³

Tipiese eise hieronder is die teen 'n gemeenskaplike fonds en veral waar sodanige fonds beperk is. Gevolglik word eise gesamentlik ingestel en word die bedrag verhaal proporsioneel onder die lede van die groep verdeel. Gelyksoortige beregting word dus verseker.¹⁵⁴

(b) Verbiedende groepsgedinge of interdikte

Die hof kan litigasie onder hierdie hoof handhaaf waar die respondent versuim om die regsposisie van die groep te eerbiedig. Die regshulp onder die kategorie, is 'n interdik (gebiedend of verbiedend) of 'n verklarende bevel wat die posisie ten opsigte van die groep uiteensit. 'n Tipiese voorbeeld hiervan is 'civil rights'-sake. Laasgenoemde handel oor die een of ander grondwetlike reg, soos byvoorbeeld die reg op gelykheid. Waar litigasie onder die hoof ingestel word, is die bede gewoonlik 'n aansoek om verklaring van regte.¹⁵⁵

(c) Gemeenskaplike vraag-groepsgedinge

Litigasie hieronder word as 'n groepsgeding gehandhaaf waar gemeenskaplike regs- en feitevrae voorrang bo die geskille van individuele lede geniet. Groepsgedingvoering moet dus die mees effektiewe wyse van die billike beregting van die geskil wees. Groepsgedingvoering onder hierdie hoof veronderstel 'n tweeledige ondersoek: eerstens

¹⁵³ Reël 23(b)(1) van die *Federal Rules of Civil Procedure*; Hurter 1997: 307, 308; Hurter 1996: 422-423, 424, 441; Seligman 1997: 408; Republiek van Suid-Afrika 1995: 28, 36-37; De Vos 1992: 23, 62 en 59; Bush 1986: 117-118; De Vos 1984: 60, 68; Ministry of the Attorney-General 1982: 54; Anoniem: 4-5; *Amchen Products Inc Petitioners v George Windsor et al* <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-270.zo.html>: 8

¹⁵⁴ Bush 1986: 117-118.

¹⁵⁵ Reël 23(b)(2) van die *Federal Rules of Civil Procedure*. Verdere voorbeelde hiervan is litigasie in openbare belang (omgewingsake) of 'n interdik om diskriminasie in die werkplek te voorkom. Sien Hurter 1997: 307, 308; Hurter 1996: 423, 424, 441; Seligman 1997: 408-409; Republiek van Suid-Afrika 1995: 28, 37; De Vos 1992: 24, 59, 62; Bush 1986: 118; De Vos 1984: 60-61, 68; Ministry of the Attorney-General 1982: 54; Anoniem1: 5; *Amchen Products Inc Petitioners v George Windsor et al* <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-270.zo.html>: 8.

moet gemeenskaplike regs- en feitevrae, individuele regs- en feitevrae *oorheers* en tweedens moet sodanige oorheersing die gevolg inhou dat die aksie *meer effektief en billik* deur groepsgedingvoering bereg kan word.¹⁵⁶ In die oorweging van bostaande moet die hof op die volgende ag slaan: die belang van lede van die groep in die individuele beheer en afdwing/verdediging van aksies in afsonderlike aksies en die omvang en aard van enige aksies alreeds deur of teen die lede van die groep begin. Ook moet op die wenslikheid van die voeging van soortgelyke litigasie in een groepsgeding; en enige ander moontlike probleme in die afdwing of verdediging van die geding ag geslaan word.¹⁵⁷

Laasgenoemde konsentreer veral op die toekomstige administrasie van litigasie. Hierdie is seker ook een van die belangrikste faktore waarop die hof onder hierdie hoof moet let. Voorbeelde van onadministreerbare aksies sluit die volgende in:

*"where the size of the class was so large that the amount of information which could be expected to be generated in the course of the litigation would overburden the litigation process to the point of collapse; where attorneys fees and other administrative costs would so deplete a recovery fund that it is no worth-while relief would be delivered by the action; where the cost of necessary notice was so high, given the size of the class, that the action would never be able to proceed beyond the preliminary stages or where class members could not be identified with sufficient accuracy to make delivery or relief possible."*¹⁵⁸

Gemeenskaplike vraag-groepsgedinge het verder ook ten doel om massa nie-ekonomiese eise se hantering te vergemaklik. Die uitspraak van *Eisen v Carlisle & Jacquelin*¹⁵⁹ dien ter illustrasie. Litigasie *in casu* het voortgespruit uit die verkoop van 'odd-lots' aandele (beurstransaksies waarby minder as 'n 100 aandele betrokke is). Die

¹⁵⁶ Reël 23(b)(3) van die *Federal Rules of Civil Procedure*; Hurter 1997: 307, 308; Hurter 1996: 423, 424, 441; Seligman 1997: 408-409; Republiek van Suid-Afrika 1995: 28; De Vos 1992: 24-25, 60, 62-63; Bush 1986: 118; De Vos 1984: 61; Ministry of the Attorney-General 1982: 54; Anoniem1: 5 "...that the common questions of law or fact predominate over those the class members do not share and class action litigation is "superior" to other methods available for the fair and efficient resolution of the controversies." *Amchen Products Inc Petitioners v George Windsor et al* <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-270.zo.html>: 8.

¹⁵⁷ Reël 23(b)(3).

¹⁵⁸ De Vos 1984: 81.

verweerders het anti-trust wetgewing oortree deur meer as die toelaatbare heffing op die transaksies te hef. Die effek was dat ongeveer 6 miljoen persone 63 miljoen dollar vir aandele in die vorm van die onwettige heffing betaal het. Die eiser self se aksie was vir 210 dollar. Die hof verklaar:

*No competent attorney would undertake this complex antitrust action to recover so inconsequential an amount. Economic reality dictates that petitioner's suit proceed as a class action or not at all.*¹⁶⁰

Ook Hinds¹⁶¹ verklaar:

"Given the small individual amounts in question and the lack of incentive to bring suit, the class device may not only be a superior means, it may be the sole avenue or relief."

Ten einde 'n groepsgeeding onder 'n gemeenskaplike vraag-groepsgeeding te handhaaf, moet gemeenskaplike vrae individuele vrae oorheers. Groepsgeedingvoering moet voorts ook die mees geskikte wyse van litigasie wees. Ook word vereis dat voldoende kennisgewing van die bestaan van litigasie aan groepslede geskied en voorsiening vir 'n uitsluiting, indien lede verkies, gemaak word. Die faktore hierbo vereis verdere toeligting.

(i) Oorheersing van gemeenskaplike vrae

Hierdie vereiste is tans nog nie na behore gedefinieer nie en berus grotendeels in die hande van die hof. Bush verklaar:

*"If the deciding of the common issues would resolve the most significant, albeit not necessarily the conclusive, aspects of the claims, whether handled as individual actions or as a single class-wide case, then those issues could be said to predominate."*¹⁶²

¹⁵⁹ 417 US 156 (1974); Seligman 1997: 409; Hurter 1996: 425; De Vos 1984: 69-70.

¹⁶⁰ 417 US 156 (1974): 161.

¹⁶¹ Soos aangehaal deur De Vos 1984: 70.

¹⁶² Bush 1986: 119. Sien ook Ministry of the Attorney-General 1982: 55.

(ii) Mees geskikte wyse

Reël 23 vereis dat groepsgeledingvoering die mees geskikte wyse van beregting daar moet stel. Ander alternatiewe sluit die inskakeling van lede van die voorgestelde groep by 'n bestaande aksie of die konsolidering van ander bestaande aksies in.¹⁶³

Reël 23(4)(c) maak verder voorsiening vir die verdeling van 'n bepaalde groep in subgroepe. Op hierdie wyse is dit moontlik om botsende belange te akkommodeer asook toereikende verteenwoordiging van die verskillende belange binne groepsverband te verseker.¹⁶⁴ Hurter¹⁶⁵ is van mening dat die reël ook gebruik kan word om die lede van die groep in meer hanteerbare eenhede op te verdeel. Hiervan word egter verskil - die idee van 'n groepsgeleding is juis om 'n groot aantal eise wat op 'n soortgelyke eisoorzaak berus in een aksie te konsolideer. Subgroepe kan alleen tot verskille in benadering, regsonsekerheid en fragmentasie aanleiding gee. Waar dus geen botsende belange bestaan nie, moet dit gevolglik vermy word.

By die oorweging van 'mees geskikte wyse' moet die hof op die gevolge van individuele aksies as alternatief tot 'n groepsgeleding let. Ook moet na die aard en omvang van enige ander soortgelyke litigasie reeds 'n aanvang geneem het gekyk word. Hier moet die wenslikheid om sodanige aksies vir beregting saam te voeg, ook oorweeg word. Laastens moet potensiële probleme betreffende die administrasie van die litigasie verdiskonteer word.¹⁶⁶

(iii) Kennisgewing vereis

Die vorige hoofstuk het reeds verwys na probleme in die verband met die 1938-reël ondervind.¹⁶⁷ Ten einde die probleem te ondervang, is die vereiste ingebou. Sodoende poog die opsteller van die reël om die konstitusionaliteit daarvan te waarborg. Kennisgewing ingevolge reël 23 vereis dat kennisgewing op die beste wyse moontlik geskied en sluit individuele kennisgewing waar groepslede redelik identifiseerbaar is, in.

¹⁶³ Bush 1986: 119.

¹⁶⁴ Uniform Law Conference of Canada 1995: 15.

¹⁶⁵ Hurter 1996: 430.

¹⁶⁶ Reel 23(b)(3) van die *Federal Rules of Civil Procedure*; Republiek van Suid-Afrika 1995: 37; De Vos 1992: 62-63, 59; Bush 1986: 119-120; Anoniem1: 5; *Amchen Products Inc Petitioners v George Windsor et al* <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-270.zo.html>: 9.

¹⁶⁷ Sien bespreking onder punt 3 (hoofstuk 2) hierbo.

Die reël maak verder van die uitree-vorm van kennisgewing gebruik.¹⁶⁸ Vir doeleindes van die onder-afdeling word die bespreking in kennisgewing aan die groep en kennisgewing van die groep verdeel.

(A) Kennisgewing aan die groep

Reël 23 omskryf die inhoud van sodanige kennisgewing. Sekerlik die belangrikste daarvan is om lede daarop te wys dat hulle oor die reg beskik om hulle van die voorgenome litigasie uit te sluit en versuim om nie binne die voorgeskrewe tydperk uitsluiting te versoek, persone in enige uitspraak voortspuitend uit litigasie bind. Die kennisgewing moet lede ook daarop wys dat hulle geregtig is om indien verkies, self aan litigasie deel te neem.¹⁶⁹

Die meriete van kennisgewing op die mees praktiese wyse onder heersende omstandighede, insluitende individuele kennisgewing aan lede wat redelik identifiseerbaar is, lewer tans vele probleme op. Die dilemma word ten beste in *Eisen v Carlisle & Jacquilin*¹⁷⁰ geïllustreer. *In casu* was twee en 'n kwart miljoen persone redelik identifiseerbaar. Individuele kennis aan elk sodanige persoon sou meer as \$250 000 beloop het. Hoewel die eise oor die nodige meriete beskik het, het die vereiste kennisgewing 'n spoedige einde aan die aksie gebring.¹⁷¹

Die aangeleentheid word verder bemoeilik deurdat daar verskillende interpretasies van die vereiste is. Bush¹⁷² verklaar dat kennisgewing aan elke persoon wat redelik identifiseerbaar is, gegee moet word. Enige ander groepslid moet op die beste moontlike

¹⁶⁸ Hurter 1996: 432.

¹⁶⁹ Reël 23(c)(2) en (3) van die *Federal Rules on Civil Procedure*; Hurter 1997: 309, 313; McQuoid-Mason et al 1997: 322; De Vos 1996: 647; Hurter 1996: 430-431, 432, 441; Seligman 1997: 409; Republiek van Suid-Afrika 1995: 29, 37; De Vos 1992: 28-29, 60, 63; Bush 1986: 120; De Vos 1984: 61-62; Anoniem1: 6.

¹⁷⁰ 417 US 156 (1974); *Amchen Products Inc Petitioners v George Windsor et al* <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-270.zo.html>: 9; Dickerson 1998: 1-8; Hurter 1997: 311, 313-314; De Vos 1996: 647; De Vos 1992: 32; Bush 1986: 120; De Vos 1984: 70-71, 79; Ministry of the Attorney-General 1982: 56.

¹⁷¹ Dickerson 1998: 1-8; Hurter 1997: 311, 313-314; De Vos 1996: 647; Hurter 1996: 427-428; De Vos 1992: 32; Bush 1986: 120; De Vos 1984: 70-71, 79; Ministry of the Attorney-General 1982: 56; *Amchen Products Inc Petitioners v George Windsor et al* <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-270.zo.html>: 9.

¹⁷² Bush 1986: 120.

wyse van litigasie in kennis gestel word. Sodanige kennisgewing kan byvoorbeeld die vorm van 'n advertensie in 'n koerant of enige ander soortgelyke alternatief aanneem.¹⁷³

Ander¹⁷⁴ argumenteer dat die klem eerder op die mees praktiese wyse van kennisgewing val. Die tweede gedeelte van die been (individuele kennisgewing aan identifiseerbare persone) is bloot 'n voorbeeld van 'n wyse van kennis en is dus nie gebiedend nie. Die klem behoort ook eerder op billike en toereikende verteenwoordiging te val. Aldus dié groep, is kennisgewing op die mees prakties moontlike wyse voldoende, indien die verteenwoordiging toereikend blyk te wees.

Dit is verder interessant om daarop te wys dat reël 23 alleen kennisgewing by die gemeenskaplike vraaggroepsgeding vereis. In die geval van verpligte- en verbiedende groepsgedinge word geen kennisgewing vereis nie.¹⁷⁵ Die *ratio* hiervoor is dat daar 'n noue band tussen die lede van die groep in verpligte of verbiedende groepsgedinge bestaan en dat hierdie band by gemeenskaplike-vraaggroepsgeding ontbreek. Die argument is dat die band tussen groepslede hier bloot toevallig is.¹⁷⁶

Ten slotte is dit nodig om daarop te wys dat kennisgewing 'n sleutelrol in tradisionele litigasie speel. Groepsgedingvoering het egter ten doel om regspleging toeganklik vir massa-litigasie te maak en is dus ook 'n uitsondering op die individualistiese inslag van die prosesreg. Daar kan dus met reg geargumenteer word dat die gee van kennis ook 'n uitsondering op die tradisionele kennisgewing vereiste behoort te vorm. In die besluit omtrent die wyse en vorm van kennisgewing behoort die hof dus eerder deur billikheidsoorwegings gelei te word.¹⁷⁷

(B) Kennisgewing van die groep

Hierbo is reeds daarop gewys dat die verteenwoordiger kennisgewing van die bestaan van litigasie aan groepslede moet kommunikeer. Lede kan, indien hulle so verkies, ook kennis van uitgesluiting gee. Sodanige kennisgewing staan as die 'opt out' (uittree-kennisgewing) bekend. 'Opt in' (intree-kennisgewing) aan die anderkant, vereis dat lede

¹⁷³ De Vos 1986: 78.

¹⁷⁴ De Vos 1984: 80.

¹⁷⁵ Reël 23(c)(3) van die *Federal Rules of Civil Procedure*; De Vos 1992: 60, 63; Republiek van Suid-Afrika 1995: 29, 37.

¹⁷⁶ Hurter 1997: 309-310; Hurter 1996: 426-427.

voeging tot litigasie moet versoek. Die 'opt out' reël word verkies omdat persone wat wel deel van litigasie behoort te vorm weens hulle onkunde, beskroomdheid, vergeetagtigheid of blote onbekendheid met regsangeleenthede nie kennis sal gee om tot die geding toe te tree nie.¹⁷⁸

(iv) Uitsluiting van die aksie

Hierdie vereiste is reeds hierbo aangespreek.¹⁷⁹ Die *ratio* vir uitsluiting is dat elke persoon geregtig is om in eie naam te ageer en 'n versoek tot toevoeging gesien kan word as 'n tipe van afstand doen van daardie reg, is.¹⁸⁰

(d) Gepaste bevel

Waar aan die vereistes soos hierbo uiteengesit voldoen is, kan die hof litigasie as 'n groespgeding sertifiseer en handhaaf. So 'n bevel kan 'n voorwaardelik bevel insluit, gekoppel aan voorwaardes wat die hof billik ag. Die hof kan ook waar toepaslik, litigasie in individuele groepsaksies met bepaalde regs- en feitevrae verdeel. So 'n bevel geskied gewoonlik waar konflik binne die groep aanwesig is en gesamentlike beregtiging alleen tot 'n botsing van belange lei.¹⁸¹

Die hof kan voorts ook sekere regs- en feitevrae van die voorgestelde litigasie sertifiseer. Oorblywende vraagstukke kan gevolglik in individuele litigasie opgeneem word.¹⁸² 'n Hof kan verder enige bevel om die verloop van die verhoor te reël maak of maatreëls om toekomstige probleme te ondervang, voorskryf.¹⁸³ Ook kan die hof kennisgewing¹⁸⁴ en

¹⁷⁷ Hurter 1997: 310; De Vos 1992: 30; Anoniem1: 6.

¹⁷⁸ Reël 23(c)(2) en (3) van die *Federal Rules on Civil Procedure*; Hurter 1997: 311; Republiek van Suid-Afrika 1998: 55; Seligman 1997: 409; De Vos 1996: 647; Republiek van Suid-Afrika 1995: 29, 37; De Vos 1992: 28-29, 60, 63; Anoniem1: 6.

¹⁷⁹ sien bespreking onder (c) hierbo.

¹⁸⁰ Bush 1986: 120.

¹⁸¹ Reël 23(c)(1) en Reël 23(c)(4) van die *Federal Rules on Civil Procedure*; De Vos 1992: 60, 63; Anoniem1: 5.

¹⁸² Reël 23(c)(1) en Reël 23(c)(4) van die *Federal Rules on Civil Procedure*; De Vos 1992: 60, 63; Anoniem1: 5.

¹⁸³ Reël 23(d)(1); Seligman 1997: 409; De Vos 1992: 60-61, 64; De Vos 1984: 63; Ministry of the Attorney-General 1982: 57.

¹⁸⁴ Die kennisgewing moet ten doel hê om 'n billike verhoor te verseker en kan handel oor enige stap in die verrigtinge, die omvang van die uitspraak omskryf, terugvoer van lede versoek veral om te bepaal of sodanige lede die verteenwoordiging as billik en toereikend beskou en/of hulle tot die geding wil toetree. Reël 23(d)(2); Seligman 1997: 409; De Vos 1992: 60-61, 64; De Vos 1984: 63; Ministry of the Attorney-General 1982: 57.

toetrede van belanghebbendes tot die saak reël;¹⁸⁵ 'n wysiging in die pleitstukke bewerkstellig; of¹⁸⁶ soortgelyke prosedurele aangeleenthede reël.¹⁸⁷

(e) Gevolgtrekking

Die kategorieë groepsgeginge hierbo gespesifiseer, oorvleuel in 'n groot mate en kompliseer, soos sy voorganger (die 1938 reël), groepsgegingvoering onnodig. Die enigste oënskynlike waarde daarvan is die bepaling of kennisgewing 'n vereiste is of nie.¹⁸⁸ Hierdie kategorieë vir die handhawing kan gemaklik onder die administreerbaarheid of bestuur van die aksie saamgevat word.¹⁸⁹

3.2.3 Algemeen

(a) Staking of skikking van die aksie

Reël 23(e) vereis dat alle aksies as 'n groepsgeging gesertifiseer, alleen met die tussenkoms van die hof geskik of teruggetrek kan word.¹⁹⁰

¹⁸⁵ Reël 23(d)(3); Seligman 1997: 409; De Vos 1992: 60-61, 64; De Vos 1984: 63; Ministry of the Attorney-General 1982: 57.

¹⁸⁶ Reël 23(d)(4); Seligman 1997: 409; De Vos 1992: 60-61, 64; De Vos 1984: 63; Ministry of the Attorney-General 1982: 57.

¹⁸⁷ Reël 23(d)(5); Seligman 1997: 409; De Vos 1992: 60-61, 64; De Vos 1984: 63; Ministry of the Attorney-General 1982: 57.

¹⁸⁸ Republiek van Suid-Afrika 1995: 38; De Vos 1996: 643; Hurter 1996: 425; De Vos 1992: 26; De Vos 1984: 71.

¹⁸⁹ Voorbeelde van aksies wat nie administreerbaar is nie sluit die volgende in: (1) Waar die omvang van die groep van so aard is dat die regsproses as gevolg daarvan uitgeput word; (2) die administrasie van die geving koste oneffektief is; (3) die regskoste moontlike vergoeding verhaalbaar oorskry; of (4) die groep nie definieerbaar is nie. Sien Hurter 1997: 309, 310-311, De Vos 1992: 33-34, 34-36; *Eisen v Carlisle & Jacquelin* 417 US 156 (1974).

¹⁹⁰ Hierdie kennis moet ook voorsiening vir kommentaar of insette van lede van die groep maak. Sien Hurter 1997: 315-316; Seligman 1997: 409; Hurter 1996: 315-316, 436; De Vos 1984: 90; Ministry of the Attorney-General 1982: 57. In praktyk, het dit dikwels gebeur dat partye, voordat beslissing gegee word omtrent die moontlik sertifisering van die aksie, ooreengekom het om die aksie te skik. Die aksie word dan tesame met die voorgestelde skikking aan die hof vir sertifisering voorgelê. Die proses het hoofsaaklik ten doel om die tweede vereiste, naamlik die handhawing van litigasie as 'n groepsgeging te omseil. *Amchen Products Inc v Windsor* (<http://www.law.cornell.edu/supct/html/96-270.zo.html>, 117 S Ct 2231 (1997)) het egter die praktyk stop gesit. *In casu* is die lede van die groep aan asbesvergiftiging blootgestel. As gevolg van die groot aantal eise op dieselfde eisoorstake het die hof beslis dat alle soortgelyke aansoeke in een aksie in die federale hof bereg moet word. Die verteenwoordigers van die groep het egter voor die aansoek vir sertifisering reeds die aksie geskik. Hiervolgens sou 'n som van \$200 miljoen betaal word aan persone wat aan asbesvergiftiging blootgestel en as gevolg van sodanige blootstelling 'n siektetoestand opgedoen het. 'n Verdere bedrag van \$1.3 biljoen sou vir toekomstige eise van persone wel blootgestel maar wat geen siektetoestand opgedoen het nie, beskikbaar gestel word. Die ooreenkoms het verdere bepalings betreffende toestande waaronder geëis kan word asook 'n tydsraamwerk waarbinne sodanige eise uitbetaal sal word, bevat. Aansoek vir die sertifisering van

By die oorweging van die vooruitsigte op sukses, moet ook op die risiko van die litigasie gelet word. Die hof het in die oorweging hiervan al beslis dat 'n skikking alleen goedgekeur word waar daar 'n bepaalde risiko aan litigasie verbonde is.¹⁹¹ Voorts slaan die bepalings van die skikkingsooreenkoms alleen ag op die billikheid daarvan. Hier kan die hof hom veral laat lei deur die gevoel van die verteenwoordigde lede om te bepaal of sodanige ooreenkoms billik, regverdig en in die beste belang van al die betrokke partye is.¹⁹²

Die hof kan voorts ook vereis dat kennisgewing ten opsigte van sodanige skikking aan lede van die groep gegee moet word.¹⁹³ Die doel agter die invoeging van die reël is die beskerming van die verteenwoordigde groepslede en bied 'n uitstekende voorbeeld van die rol van hof in groepsdelingvoering.¹⁹⁴

die aksie is op 15 Januarie 1993 ingestel. Die aansoek is vergesel van aansoek vir goedkeuring van bostaande skikking. Die hof het nieteenstaande die feit dat bepaalde lede van die groep beswaar teen die voorgenome skikking aangeteken het, die aansoek toegestaan. Beswaarde lede van die groep het gevoel dat die persone met toekomstige eise deur die skikking benadeel sou word en dat alleen vir persone wat reeds die siekte onder lede het, voorsiening gemaak is. 'n Verdere beswaar, was nie-voldoening aan reël 23(a)(4). Hierdie reël bepaal dat die verteenwoordigende party die belange van die afwesige lede van die groep op 'n billike en toereikende wyse moet verteenwoordig. Die verteenwoordigers in die aksie, is gevoel, het alleen die belange van persone wie reeds siekte as gevolg van die blootstelling onderlede het, verteenwoordig. Die besware hierbo is deur laasgenoemde groep op appèl geneem en gehandhaaf. Die hof het beslis dat die konflik tussen die groepe van so 'n aard is dat dit nie moontlik is om 'n gemeenskaplike verteenwoordiger aan te wys nie. Gevolglik het die hof op appèl ook tot die bevinding gekom dat die kompleksiteit en groter van litigasie dit onmoontlik maak om litigasie te skik, en dat daar gevolglik nie aan die vereistes van reël 23 voldoen is nie. Sien ook Cabraser 1998: 1, 7; Nixon et al 1997: 1, 1-3.

¹⁹¹ "... a range which recognizes the uncertainties of law and fact in any particular case and the concomitant risks and cost necessarily inherent in taking any litigation to completion." Eizenga *et al* 1999: par 9.21.

¹⁹² Hierdie faktore slaan ag op dié soos uiteengesit deur Newburg en sluit die volgende in: (a) die moontlikheid van suksesvolle litigasie; (b) die aard van getuienis reeds ingewin; (c) die bepalings van die beoogde skikkingsooreenkoms; (d) die aanbevelings van die regsverteenvoordigers betrokke; (e) moontlike toekomstige uitgawes en duur van die verhoor; (f) aanbevelings van enige neutrale partye betrokke; (g) besware, indien enige; en (h) die *bona fides* van dié skikking asook moontlike botsende belange. Eizenga *et al* 1999: par 9.19, 9.23, 9.24.

¹⁹³ Sien Hurter 1997: 315-316; Seligman 1997: 409; Hurter 1996: 315-316, 436; De Vos 1984: 90; Ministry of the Attorney-General 1982: 57.

¹⁹⁴ Reël 23(e) van die *Federal Rules on Civil Procedure*; Dickerson 1998: 1-4, 1-13; Hurter 1997: 315; De Vos 1996: 652; Hurter 1996: 435; De Vos 1992: 39-41, 60, 64; De Vos 1984: 63, 89-90; *Amchen Products Inc Petitioners v George Windsor et al* <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-270.zo.html>: 9.

(b) Bewys, berekening en verdeling van skadevergoeding

Die berekening en verdeling van skadevergoeding is 'n problematiese aspek van groepsgedingvoering. Dit is derhalwe nodig dat reeds by 'n aansoek om sertifisering en handhawing, aandag hieraan gegee word.¹⁹⁵

Die bewys van skade vind gewoonlik as 'n reël kollektief plaas. Die bevoegdheid ten opsigte van die verdeling van die skade onder belanghebbende partye berus in die diskresie van die hof. Hier maak howe oor die algemeen van spesialiste gebruik om aansoeke om skadevergoeding aan te hoor en uit te betaal.¹⁹⁶

Anders as die *Class Proceedings Act*, swyg reël 23 oor gepaste toepassings van oorskotte na uitbetaling van eise. Tans bestaan daar drie toepassingsmoontlikhede soos in die praktyk ontwikkel. Die eerste is eenvoudig die verdeling van die oorskot onder groepslede wat wel eise ingedien het.¹⁹⁷ 'n Tweede moontlikheid is die terugbetaling daarvan aan die verweerder. Hierdie moontlikheid kom in effek daarop neer dat die onregpleger 'n onbehoorlike voordeel ontvang en is dit gevolglik aan kritiek onderworpe.¹⁹⁸ Laastens is daar die moontlikheid van die aanwending van die oorskot tot indirekte voordeel van benadeeldes. Laasgenoemde waar enigsins moontlik, word verkies.¹⁹⁹

(c) Die rol van regters in die aanhoor van groepsgedinge

Groepsgedingvoering plaas die hof in 'n besondere rol deurdat na die belange van al die partye omgesien moet word. Die belangrikheid van hierdie rol blyk reeds uit sertifisering- en handhawingsfase van litigasie. Die hof moet hier onder andere toesien dat die verteenwoordiger geskik is om die belange van die groep te verteenwoordig en dat voldoende kennisgewing aan lede van die groep gegee word. Tydens gedingvoering is die skikking of terugtrekking van litigasie sonder tussenkoms van die hof onmoontlik.²⁰⁰

¹⁹⁵ Hurter 1997: 314; Hurter 1996: 433-434; De Vos 1992: 36; De Vos 1984: 83-84, 84-85

¹⁹⁶ De Vos 1992: 37; De Vos 1984: 84.

¹⁹⁷ De Vos 1996: 649; De Vos 1992: 37; De Vos 1984: 85.

¹⁹⁸ De Vos 1996: 649; De Vos 1992: 37; De Vos 1984: 85.

¹⁹⁹ Hierdie moontlikheid geskied na analogie van die *cy-pres* leerstuk. Laasgenoemde leerstuk vind veral in die trustreg toepassing. Sien Hurter 1997: 314-315; De Vos 1996: 649; De Vos 1992: 37; De Vos 1984: 85.

²⁰⁰ Cabraser 1998: 9; De Vos 1992: 41.

(d) **Verteenwoordiger**

Litigasie by wyse van 'n groepsgeding vereis 'n buitengewone belegging in tyd en middele. 'n Geskikte verteenwoordiger is derhalwe 'n noodsaaklikheid.²⁰¹ Die aanstelling van die verteenwoordiger is aan die goedkeuring van die hof onderworpe. Die hof kan die verteenwoordiger te enige tyd gedurende die aanhoor van litigasie ontslaan en 'n ander geskikte kandidaat aanstel. Ontslag van die verteenwoordiger kan geskied weens versuim om in die beste belang van die groep op te tree.²⁰²

(e) **Regsverteenwoordigers en regskostes**

Die sukses van die werking van groepsgedinge in die Verenigde State kan toegeskryf word aan die feit dat regsverteenwoordigers tot 'n groot mate toegelaat word om kliënte te werf. Op hierdie wyse word groepsgedinge makliker geïdentifiseer en word benadeeldes meer aktief op hulle regte attent gemaak.²⁰³

In die Verenigde State is die beginsel van gebeurlikheidsgelde ook toelaatbaar. Hiervolgens is elke party aanspreeklik vir sy eie regskoste en is dit geoorloof vir regsverteenwoordigers en kliënt om die betaling van regskoste deur middel van 'n ooreenkoms te reël. Die hof het egter 'n inherente bevoegdheid om 'n kostebevel te maak waar nodig tensy wetgewing anders bepaal.²⁰⁴

²⁰¹ 'n Geskikte verteenwoordiger moet verder betroubaar, gemotiveerd en geredelik beskikbaar wees om hom te verweer teen enige moontlike pogings van die respondent om hom as 'n ongeskikte verteenwoordiger uit te wys. Hy moet deurentyd op die hoogte van die saak wees. Enige ongeskiktheid aan die kant van die voorgestelde verteenwoordiger voor of gedurende litigasie behoort nie-sertifisering of die aanstelling van 'n ander verteenwoordiger te lei. Dickerson 1998: 2-1-2-2, 2-4, 2-19; Hurter 1997: 312; De Vos 1996: 639; Hurter 1996: 431 Bush 1986: 116.

²⁰² Bush 1986: 116.

²⁰³ Hurter 1997: 316; McQuoid-Mason et al 1997: 320; De Vos 1992: 43; De Vos 1984: 95.

²⁰⁴ Voordat 'n regsverteenwoordiger 'n eis namens 'n verteenwoordigde instel, is dit gepas om eerstens self ondersoek in te stel na: (a) Die individuele meriete van die eis; (b) die *locus standi* van die verteenwoordiger as verteenwoordiger van die groep; (c) die sertifiseerbaarheid van die aksie; (d) administratiewe en bestuursprobleme rondom die instel van die aksie en moontlikhede om sodanige probleme te oorkom; (e) die finansiële volhoubaarheid van die aksie, gelde verbonde aan die instel en afdwing van die aksie asook of dit die moeite sou loon om die aksie onder hierdie omstandighede in te stel. Met ander woorde: is die spreekwoordelike kool die sous werd? Hurter 1997: 316; McQuoid-Mason et al 1997: 320; De Vos 1992: 43; De Vos 1984: 96; Ministry of the Attorney-General 1982: 59. Laasgenoemde faktor is lastig. Soos 'n getuie self verduidelik: "The risk [in a class action case] is very, very high. ... The investment ... is enormous for most firms practicing in the field. ... It's enormous because not only do you have out-of-pocket expenses, but you also have to feed an overhead without being compensated for the time being spent so that you can pay your bills on a current basis. In a regular type of law firm, if a client walks in the door and retain you,

(f) *Res iudicata* en groepsgedinge

Die werking van die beginsel van *res iudicata* in groepsgedingvoering bind alle persone wat hulself nie uitdruklik van litigasie uitgesluit het nie. Sodanige persone word deur die uitspraak gebind ongeag die gunstigheid daarvan, al dan nie. Alleen diegene wat hulself van litigasie uitgesluit het, word gevolglik nie deur 'n *res iudicata*-verweer gestuit nie.²⁰⁵

3.3 Evaluering

Die kompleksiteit van groepsgedingvoering in die Verenigde State blyk op die oog af eenvoudiger as die in Ontario te wees. Die bepaling van die reël is minder omvangryk en laat, betreffende bepaalde aspekte, 'n wyer diskresie aan die hof. Hoewel vele argumente vir so 'n soepel en buigsame hantering daarvan bestaan, moet in ag geneem word dat die reël natuurlik in die Verenigde State ontwikkel het. Howe daar, is nie soos in ander jurisdiksies, waar die invoering daarvan deur 'inplanting' geskied het nie, gedwing om die spreekwoordelik bul by die horings te pak. Gevolglik is meer gedetailleerde reëlins, soos die in Ontario nodig.

'n Verdere aspek wat hierbo aan die lig gekom het, is die benadering van die howe in die Verenigde State om self bepaalde probleme betreffende die reël aan te spreek. Hoewel die reël alreeds twee maal herskryf is, blyk dit ook dat die reël steeds verdere verfyning en herbesinning verlang. Ten spyte hiervan, het hierdie reël en sy voorganger die basis vir moderne groepsgedingvoering gelê. Hierbo is reeds daarop gewys dat groepsgedingvoering sterk op die fondasie van ondervinding van die Verenigde State betreffende die prosedurele hulpmiddel gebou is. Die reg in die Verenigde State kan gevolglik van groot waarde wees deurdat die bestaan van die prosedure daar redelik gevestig is en sekere probleme daaromtrent reeds uitgekristaliseer het. Die reël bepaal voorts ook die prosedurele basis vir groepsgedingvoering. Gevolglik kan die resultaat met vrug in die bespreking van die Suid-Afrikaanse Regskommissie se voorstel gebruik word.

you're pretty happy about that because you know if you perform your services over the next month or two, you can be able to send out a bill and pay your own bills with the proceeds of that invoice." Dickerson 1998: 1-16, sien ook 1-15-1-16.

²⁰⁵

De Vos 1984: 88-89.

4. Slot

Groepsgedingvoering in die Kanadese reg en spesifiek Ontario het die vrugte gepluk van 'n ryke historiese ondervinding in die Verenigde State. Die gedetailleerdheid van die *Class Proceeding Act* dui daarop dat groepsgedingvoering nie sonder die aanpassing van sekere beginsels in 'n regstelsel ingeplant kan word nie. So maak die Ontariëse Wet voorsiening vir gebeurlikheidsgelde om litigasie te finansier. Voorts lê die Wet duidelike riglyne neer vir die beregting van geskille by wyse van die prosedure daar en help sodoende howe om die prosedure in te burger.

Die Verenigde State model aan die anderkant, skyn effens verouderd te wees. Voorts lyk dit of aspekte soos die gee van kennis in praktyk, bepaalde hoofbrekings besorg en uitstryking vereis. Die gebruik van die klassifisering van groepsgedingvoering blyk ook meer probleme as goed op te lewer. Voorts verskil dit van die Ontariëse wetgewing in die opsig dat vele aangeleenthede binne die diskresie van die hof gelaat word. Dit lei daartoe dat howe hier in onsekerheid gelaat word betreffende die presiese werking van die reël wat weer onsekerheid en kritiek tot gevolg het. Hierdie probleme kan effektief uitgeskakel word deur die soepelheid daarvan te behou met die insluiting van parameters waarbinne diskresies uitgeoefen kan word. Ten spyte van die probleme, moet die waarde van die lesse daarin opgesluit nie, buite rekening gelaat word nie.²⁰⁶

²⁰⁶

"The American experience is thus more mature than its newer Canadian counterpart and was available as relevant background for the Canadian legislator to draw upon." Eizenga *et al*: 1999.

HOOFSTUK 4

'N ALGEMENE SUID-AFRIKAANSE PERSPEKTIEF

1. Inleiding

Die vorige hoofstuk het 'n regsvergelijkende perspektief oor groepsgeledingvoering gebied. Die insluiting daarvan lê die beoordeling van die voorstel hieronder vir 'n algemene groepsgeleding in Suid-Afrika ten grondslag. Hoewel verskeie persone en instansies²⁰⁷ hulle sedert die tagtigerjare hiervoor bewyter het, het die proses veral momentum gekry met die inwerkingtreding van die tussentydse Grondwet (Wet 200 van 1993). Gemelde Wet verleen juridies burgerskap aan groepsgeledingvoering sowel as litigasie in die openbare belang. Hoewel die Wet 'n eerste tree vir 'n Suid-Afrikaanse groepssgeleding gegee het, het die opstellers daarvan dit goed gedink om die aanwending tot konstitusionele litigasie te beperk.

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie is in 1992 deur 'n voormalige Minister van Justisie getaak om die moontlikheid van die gebruik van groepsgeleding te ondersoek. Die versoek is drie jaar later deur 'n werkstuk gevolg en 'n latere verslag in 1998 waarin die instel daarvan aanbeveel is. Die voorstel dien tans voor die kabinet en die toekoms daarvan is onseker.

Hierdie hoofstuk het die bespreking van die voorstel ten doel. Sodanige bespreking word veral aan die hand van die vorige hoofstuk gerig. Daardie hoofstuk het twee regsvergelijkende perspektiewe op groepsgeledingvoering gebied. Die hoofstuk beskryf ook kortliks die prosesse voorafgaande aan konstitusionele groepsgeleding. Hierdie bespreking noodsaak 'n verwysing na litigasie in openbare belang en voeging.

Litigasie in openbare belang, is netsoos groepsgeledingvoering, deur die werking van die tussentydse Grondwet veroorloof. Gevolglik het die Kommissie dit goed gedink om die oorspronlike taakstelling te verbreed om ook die prosedure daarby in te sluit.

²⁰⁷ Sien onder andere die werke van De Vos 1984, 1989, 1992, 1996 en die persverklaring van die Vaste Advies Komitee oor Maatskappyereg uitgereik op 15 Junie 1989 te Bloemfontein.

2. Groepsgedinge, litigasie in openbare belang en voeging

2.1 Groepsgedinge en litigasie in openbare belang

Voordat met die bespreking begin word is dit nodig om tussen litigasie in openbare belang en groepsgedingvoering te onderskei. Litigasie in openbare belang word gedefinieer as litigasie ingestel deur 'n verteenwoordiger in belang van 'n gedeelte van die publiek of die breër publiek self. 'n Groepsgeding weer, is die gebruik van 'n prosedure wat die 'voeging' van persone in 'n soortgelyke regsposisie veroorloof. Die tipiese belang hier is privaatregtelik. Daarenteen is dit by litigasie in die openbare belang weer publiekregtelik. Voorts is uitsprake by litigasie in die openbare belang nooit *res judicata* nie terwyl by 'n groepsgeding weer, alle ingeslote groepslede gebind word.²⁰⁸

Die onderskeid hierbo is nie absoluut nie en oorvleueling is wel moontlik. Gestel 'n groep inwoners van 'n woonbuurt rig 'n aansoek vir 'n interdik teen die bou van 'n fabriek in hulle onmiddellike omgewing. Eerstens kan aangevoer word dat die fabriek die omgewing kan besoedel en dat die reg van die inwoners op 'n skoon omgewing daardeur geskend word. 'n Ander argument, is dat die fabriek eiendomspryse in die gebied negatief kan beïnvloed. Die eerste argument is publiekregtelik van aard. Die regshulp hier aangevra is ten gunste van 'n bepaalde gedeelte van die gemeenskap. Die tweede argument is weer privaatregtelik van aard. Die vraag kan met reg gestel word of litigasie by wyse van 'n groepsgeding of litigasie in openbare belang gevoer moet word. Hier bestaan twee standpunte. Die eerste veronderstel dat litigasie in openbare belang so wyd moontlik geïnteresseteer word²⁰⁹ terwyl die tweede²¹⁰ aanvoer dat hierdie wyse van litigasie 'n absolute uitsondering daarstel. Waar persone dus oor 'n ander middel van litigasie volgens die tweede groep beskik, behoort litigasie in openbare belang nie 'n opsie te wees nie. Die suiwer toepassing van die tweede argument op die voorbeeld hierbo, veronderstel dat dié persone dus 'n groepsgeding moet gebruik. Gevolglik sluit 'n

²⁰⁸ "Aksies in die openbare belang behels regsgedinge wat poog om belangrike sosiale waardes en entiteite geaffekteer, te verdedig terwyl groepsgedinge spesifiek regshulp ten behoeve van groepslede eis. Aksies in die openbare belang is veral geskik waar verklarende of verbiedende regshulp aangevra word, terwyl groepsgedinge geskik is vir skadevergoedingseise en spesifieke nakoming." Republiek van Suid-Afrika 1995: 14 en ook iv. Sien ook Republiek van Suid-Afrika 1998: v, 10, 11, 100; De Vos 1996: 640; McQuoid-Mason *et al* 1997: 325; Artikel 12(2) van die konsepwet; De Vos 1996: 640.

²⁰⁹ 1994: 58.

groepsgeding litigasie in openbare belang uit. Voorstanders van die argument laat die klem op een aspek, naamlik die prosedure val. Hierdie persone laat die tipe regshulp en ander relevante faktore buite rekening. Daarom behoort 'n hof by oorweging van die prosedure ook aandag aan ander relevante prosedures en faktore te gee en word die eerste benadering hierbo verkies.

2.2 Groepsgedinge en voeging

'n Groepsgeding is 'n prosedure wat massa-litigasie veroorloof. Hierbo is reeds daarop gewys dat groepsgedinge tans alleen in konstitusionele litigasie verooloof word. Gevolglik geld die gemeenregtelike *locus standi*-gronde steeds in alle ander gevalle. 'n Litigant moet gevolglik 'n persoonlike, direkte of voldoende belang bewys. So 'n persoon is verder alleen vir sy eie litigasie verantwoordelik en kan nie namens ander litigeer nie.²¹¹

Die persoonlike, direkte of voldoende belang vereiste is beperkend deur die howe uitgelê.²¹² Hierdie vereiste is aansienlik verbreed met die inwerkingtreding van die Grondwet. Die enigste vereiste om onder die breër gronde te litigeer, is die bewys van 'n skending van 'n reg beskerm in die Grondwet.²¹³

Persone wat hulle dus in 'n soortgelyke situasie bevind en gesamentlik wil litigeer, kan gevolglik alleen van voeging in terme van Hofreël 13 gebruik maak.²¹⁴ Voeging vereis dat alle belanghebbende partye in litigasie in die stukke gevoeg word. Daarenteen vereis groepsgedinge slegs dat individue wat deel daarvan vorm (dus verteenwoordigde lede) in die stukke omskryf word. Gevolglik is dit nie nodig om alle partye by name in die stukke te voeg nie. So byvoorbeeld is in *Beukes v Krugersdorp Transitional Local Council and Another*²¹⁵ litigasie namens die eiser self en alle persone wat die eiser daartoe gemagtig het, ingestel. Gevolglik vereis 'n groepsgeding alleen 'n omskrywing van die groep wat tot die redelike identifisering daarvan lei. Persone word in ander

²¹⁰ 1996: A2-42-A2-43; Davis 1997: 40.

²¹¹ Eenvormige Hofreëls; Republiek van Suid-Afrika 1998: 1; Republiek van Suid-Afrika 1995: iv, 2; De Vos 1984: 107.

²¹² Sien *Coetzee v Comitis and Others* 2001 (4) BCLR 323 (C): par 17.6 en verder.

²¹³ Sien ook bespreking onder punt 3 direk hieronder.

²¹⁴ Eenvormige Hofreëls; Republiek van Suid-Afrika 1998: 1; Republiek van Suid-Afrika 1995: iv, 2.

²¹⁵ 1996 (3) SA 467 WLD: 472.

woorde by wyse van verwysing 'gevoeg'.²¹⁶ Hierdie vereiste in konstitusionele groepsgedinge word betreklik wyd uitgelê. So verklaar die hof byvoorbeeld in *Fereira v Levin NO; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others*²¹⁷ dat '[i]t would run counter to the spirit and purport of the Constitution to require that persons who identify themselves as members of a group or class ... [to] ... reiterate with formalistic precision ... with which they associate themselves.'²¹⁸

Voorts neem partye by voeging almal aan litigasie deel. Groepsgedinge weer gebruik die beginsels van verteenwoordiging deurdat afwesige groepslede se belange deur 'n verteenwoordiger behartig word.²¹⁹ Hierbo is ook reeds daarop gewys dat die uitspraak in 'n groepsgeding alle persone verteenwoordig, bind. Voeging aan die anderkant, bind alleen persone wat by name in die stukke gevoeg is. Laastens bied groepsgedinge gelyksoortige behandeling van persone in dieselfde posisie. Skade verhaal, word proporsioneel na gelang van die eise onder verteenwoordigde lede verdeel. By voeging aan die anderkant is dit soms 'n geval van die wenner neem alles. Persone wat dus oor 'n soortgelyke eis beskik en nie tot litigasie gevoeg is nie, kan later vind dat die eerste groep gevoegde persone die verweerder uitgewin het.²²⁰

3. Grondwetlike groepsgedinge

3.1 Voor die inwerkingtreding

Voor die inwerkingtreding van die tussentydse Grondwet het die Suid-Afrikaanse reg vereis dat 'n litigant oor 'n direkte, persoonlike of voldoende belang in litigasie moet beskik.²²¹ Hierop het drie uitsonderings bestaan. In *Patz v Green and Co*²²² het die hof

²¹⁶ Republiek van Suid-Afrika 1998: 6-7, 32, 33-34.

²¹⁷ 1996 (1) SA 984 (CC) asook 1996 (1) BCLR 1.

²¹⁸ *Fereira v Levin NO; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 (1) SA 984 (CC) asook 1996 (1) BCLR 1

²¹⁹ Republiek van Suid-Afrika 1998: 6-7, 32, 33-34.

²²⁰ De Vos 1984: 118.

²²¹ "The *popularis actio* of the Roman law is not recognised in our procedure. It became obsolete in Holland more than two centuries ago ... The principle of our law is that a private individual can only sue on his behalf, not on behalf of the public. The right which he seeks to enforce, or the injury in respect of which he claims damages, or against which he desires protection, will depend upon the nature of the litigation. But the right must be available to him personally, and the injury must be sustained or apprehended by himself." *Director of Education, Transvaal v McCagie and Others* 1918 AD 616: 621. Sien ook Republiek van Suid-Afrika 1991: 179; *Beukes v Krugersdorp Transitional Local Council and Another* 1996 (3) SA 4657 (W); : 473; *Contralesa v Minister for Local Government, Eastern Cape* 1996 (2) SA 898 (TkSC) 904-905 en ook Vereniging van Advokate (OVS Afdeling) 1995: 1; De Vos 1984: 107.

bevind dat partye toegelaat mag word om litigasie in te stel sonder bewys van skending of bedreiging van regte.²²³ Verteenwoordigende-litigasie vorm die tweede uitsondering. Reël 14 van die Eenvormige Hofreëls reël prosesregtelike litigasie deur en teen 'n vennootskap. Laastens die gebruik van "impact" litigasie. Hier is die eiser/applikant 'n nominale verweerder in die naam van 'n openbare liggaam.²²⁴

Ten slotte is dit interessant om te wys op 'n *obiter dictum* in *Wildlife Society of Southern Africa and Others v Minister of Environmental Affairs and Tourism of the Republic of South Africa and Others*.²²⁵

"The time has arrived for the re-examination of the common law rules of standing ... and for the adaption of such rules to meet the ever-changing needs of society."

3.2 Na die inwerkingtreding

3.2.1 Algemeen

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het in die interim verslag oor Groeps- en Menseregte aanbeveel dat bestaande *locus standi*-gronde verbreed word om voorsiening vir die optimale beskerming van menseregte te maak. Die konsepakte soos aangeheg in die verslag verklaar:

"enige individu, regspersoon of vereniging oor die bevoegdheid moet beskik om self namens 'n ander individu of 'n groep of klas persone die geldigheid van enige wetgewende, uitvoerende of administratiewe handeling uit hoofde van die bepalings van die akte deur middel van 'n aansoek om 'n verklarende bevel te toets, nieteenstaande die feit dat

²²² 1907 TS 427 soos bespreek deur Erasmus 1996: A2-38; Republiek van Suid-Afrika 1991: 180.

²²³ 'n Verdere interessante saak is die van *Wood and Others v Ondangwa Tribal Authority and Another* 1975 (2) SA 291 (A). Hier het die hof beslis dat een persoon namens 'n ander kan handel waar laasgenoemde persoon se vryheid deur onwettige optrede ontnem is. Hierdie belang hoef nie noodwendig op die een of ander vorm van familie-verwantskap te berus nie, maar kan ook die belang wat byvoorbeeld 'n kerkgenootskap in sy lede het, insluit.

²²⁴ Bill of Rights Compendium 1996: 1A-80; Erasmus 1996: A2-32, A2-38; Republiek van Suid-Afrika 1991: 180. Sien ook De Vos 1984: 112.

²²⁵ 1996 (9) BCLR 1221 (TK): 1235, 1996 (3) SA 1095 (TKS): 1106. Sien ook De Vos 1984: 154-155.

die applikant alleen 'n onregstreekse belang of benadeling kan bewys.²²⁶

Die artikel is in die finale verslag gewysig en woordeliks in die vorm van artikel 7(4) van die tussentydse Grondwet opgeneem. Hierdie artikel word op sy beurt weer in 'n gelykluidende bepaling in artikel 38 van die finale Grondwet vervat.²²⁷ Die rede vir die invoeging blyk nie duidelik uit die verslag nie. Wat wel daarvoor gevind kon word, was dat dit vrye toegang tot die hof ten opsigte van konstitusionele litigasie verseker en sodoende 'n effektiewe geregtelike kontrole oor die werking van die Grondwet verseker.²²⁸

3.2.2 Artikel 7(4) en artikel 38

Artikels 7(4)(a) en 38 verleen aan enige persoon die bevoegdheid om, waar 'n reg verskans in die Handves, bedreig of daarop inbreuk gemaak word, die bevoegdheid om 'n geregshof om regshulp te nader. Die artikel veronderstel dus (1) 'n bevoegde persoon wat (2) 'n hof vir (3) gepaste regshulp nader en (4) die skending, bedreiging of inbreukmaking op 'n reg verskans in die Handves kan bewys. Hierdie vereistes word hieronder toegelig.

(a) Enige persoon

Artikel 38 omskryf enige persoon as (a) iemand wat in eie belang;²²⁹ of (b) iemand wat namens iemand anders wat nie in eie naam kan ageer nie, optree;²³⁰ (c) iemand wat as

²²⁶ Republiek van Suid-Afrika 1991: 180-182, 577.

²²⁷ Republiek van Suid-Afrika 1991: 126-134; De Vos 1996: 639.

²²⁸ *Christian Lawyers Association of SA and Others v Minister of Health and Others* 1998 (4) SA 1113 (T): 1117.

²²⁹ Hierdie sub-artikel reflekteer die gemeenregtelik gronde vir litigasie. Enige belang wat deur die gemenerereg erken word, sal dus voldoende wees om 'n aksie in te stel onder artikel 38(a) mits sodanige reg verskans is in die Grondwet. Die enigste vereistes om van hierdie regshulp gebruik te maak, is dat die aksie in eie naam ingestel word en dat die geskende regte of die bedreigde inbreukmaking verskans word in die Handves van Menseregte (hoofstuk 3 van Wet 108 van 1996). "Gepaste regshulp" onder hierdie sub-artikel kan enige bevel insluit wat die hof as toepaslik mag ag insluitende die toestaan van skadevergoeding. Artikel 38(a) van die Grondwet; Erasmus 1996: A2-34; *Ferreira v Levin NO*; *Vryenhoek v Powell NO* 1996 (1) SA 984 (CC), 1996 (1) BCLR 1 (CC) par 68 waar die hof verklaar: "What this section (*section 7 (4) of Act 200 of 1993 which has the same wording than section 38 of Act 108 of 1996*) requires is that the person concerned should make the challenge in his or her own interest. It is for this court to decide what is a sufficient interest in such circumstances."; Bill of Rights Compendium 1996: 1A-78; Loots 1994: 56; Davis 1997: 39-41.

²³⁰ Hierdie artikel het 'n wye interpretasie en kan selfs persone insluit vir wie dit moeilik is om die aksie in eie naam in te stel. 'n Onderskeid kan getref word tussen persone wie deur statutêre of

lid van, of in belang van 'n groep of klas persone optree;²³¹ (d) iemand wat in die openbare belang optree;²³² of (e) 'n vereniging wat in die belang van sy lede optree.²³³

(b) Bevoegde hof

Enige hof beklee met konstitusionele jurisdiksie is 'n bevoegde hof om 'n aansoek in terme van artikel 38 aan te hoor.²³⁴

(c) Gepaste regshulp

Artikel 38 verleen aan 'n 'bevoegde hof' 'n diskresie om gepaste regshulp te verleen met inbegrip van 'n verklaring van regte. 'Gepaste regshulp' is omskryf in *Hoffmann v South African Airways*.²³⁵ Die hof het tot die gevolgtrekking gekom dat die remedie verleen aan die vereistes van billikheid en regverdigheid moet voldoen. In die oorweging hiervan moet die hof let op die belange van die verskillende partye betrokke. Voorts moet ook

gemeenregtelike werking die bevoegheid verleen is om namens 'n ander te handel en persone wat deur die hof in 'n posisie gestel is om namens 'n ander te handel. Dit is dan ook laasgenoemde kategorie wat problematies van aard kan wees aangesien dit tans nie duidelik is waar howe persone aan sal stel om namens 'n ander te handel nie. Dit word aan die hand gedoen dat die howe sodanige bevel sal maak waar dit vir 'n bepaalde persoon nie moontlik is om die hof in eie naam te nader nie en gepaste regshulp alleen verleen kan word deurdat so 'n persoon deur 'n ander verteenwoordig word. "Gepaste regshulp" onder hierdie artikel, kan enige bevel insluit wat die hof billik en regverdig mag ag insluitende 'n bevel vir skadevergoeding. Sodanige bevel behoort slegs toegestaan te word onder duidelike voorskrifte hoe hierdie bedrag aangewend kan word ten einde die persoon te bevoordeel, wat nie instaat is om die aksie in eie naam in te stel nie. Artikel 38(b) van die Grondwet; Erasmus 1996: A2-37; Bill of Rights Compendium 1996: 1A-78; Loots 1994: 57.

²³¹ Artikel 38(c) van die Grondwet en bespreking onder 2.1 hierbo.

²³² Artikel 38(d) van die Grondwet en bespreking onder 2.1 hierbo.

²³³ Hierdie artikel het die beskerming van die lede van 'n vereniging ten doel. Die term "vereniging" verwys na vennootskappe, statutêre liggame, en ingelyfde of oningelyfde verenigings. Die vereiste om onder hierdie sub-artikel litigasie in te stel, is dat die vereniging moes bestaan het voor die bedreiging of skending van regte. Dit is nie nodig dat die vereniging oor 'n konstitusie moet beskik nie. Die tipiese vereniging wat onder hierdie sub-artikel sal litigeer, sal byvoorbeeld 'n omgewingsregorgansisasie wees. Gepaste regshulp onder hierdie artikel kan enige regshulp wees wat die hof regverdig en billik ag, insluitend 'n bevel vir kompensasie. Dit is raadsaam dat die hof egter 'n bevel sal maak oor die aanwending van die kompensasie. Erasmus 1996: A2-35-A2-36; Bill of Rights Compendium 1996: 1A-80; Loots 1994: 56, 61, 62-63; *Minister of Health and Welfare v Woodcarb (Pty) Ltd* 1996 (3) SA 155 (N) waar die minister aansoek gedoen het om 'n gebiedende interdik om die respondent te gebied om besoedeling van die omgewing te stop; *Wildlife Society of South Africa & Others v Minister of Environmental Affairs* 1996 (3) SA 1095 (TK) waar die vereniging aansoek gedoen het vir 'n bevel om die minister te gebied om sy statutêre pligte na te kom.

²³⁴ *Prokureursorde van Transvaal v K* 1994 (4) BCLR 48 (T):50; *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 (1) SA 984 (CC), 1996 (1) BCLR 1 (CC): par 35.

²³⁵ 2001 (1) SA (CC).

aandag gegee word aan die regstel van die verskansde reg wat geskend is. Die hof beslis dat 'n 'gepaste remedie' ook oor die nodige afskrikkingswaarde moet beskik om die skending van die reg te ontmoedig.²³⁶

In *Fose v Minister of Safety and Security*²³⁷ het die Konstitusionele Hof beslis dat onder 'gepaste regshulp' 'n effektiewe remedie verstaan word. Daarsonder, aldus die hof, kan die regte verskans in die Grondwet nie gehanhaaf of versterk word nie. Die hof gaan verder en verklaar dat daar 'n verpligting op hulle rus 'to 'forge new tools' and shape innovative remedies ... to achieve this goal.'²³⁸

'Gepaste regshulp' beteken ook enige gepaste gemeenregtelike en/of statutêre regshulp. Die inherente vereistes vir sodanige regshulp moet egter steeds nagekom word. Waar 'n party dus aansoek vir 'n interdik doen, moet hy buiten die inherente vereistes van artikel 38 ook die normale vereistes vir die toestaan van die interdik self, voldoen.²³⁹

(d) Reg verskans in die Handves

Artikel 38 stel as voorvereiste die bewys van die skending, inbreukmaking of bedreiging van 'n reg verskans in die handves as vereiste vir gebruik.²⁴⁰ Die prosedure is gevolglik

²³⁶ "The determination of appropriate relief, therefor, calls for the balancing of the various interests that might be affected by the remedy. The balancing process must at least be guided by the objective, first, to address the wrong occasioned by the infringement of the constitutional right; second, to deter future violations; third, to make an order that can be complied with; and fourth, of fairness to all those who might be affected by the relief. Invariably, the nature of the right infringed and the nature of the infringement will provide guidance as to the appropriate relief in the particular case. Therefore, in determining appropriate relief, 'we must carefully analyse the nature of [the] constitutional infringement, and strike effectively at its source.'" *Hoffmann v South African Airways* 2001 (1) SA (CC): par 45. Sien ook *Olitzki Property Holdings v State Tender Board* (Saaknommer 698/98: ongerapporteerde beslissing van die Hoogste Hof van Appèl gelewer op 28 Maart 2001) par 33-42.

²³⁷ 1997 (3) SA 786 (CC): par 36.

²³⁸ *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 (3) SA 786 (CC): par 36.

²³⁹ *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 (3) SA 786 (CC): 792, 795, 798-801; *Prokureursorde van Transvaal v K* 1994 (4) BCLR 48 (T): 50; *Ferreira v Levin NO and Others*; *Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 (1) SA 984 (CC), 1996 (1) BCLR 1 (CC): par 35; Erasmus 1996: A2-33-A2-34; *Port Elizabeth Municipality v Prut NO and Another* 1996 (4) SA 318 (ECD): 325; *Lifestyle Amusement Centre (Pty) Ltd and Others v The Minister of Justice and Others* 1995 (2) BCLR 104 (C): 108; *Magano and Another v The District Magistrate of Johannesburg, Johnson NO and Others* 1994 (2) SA BCLR 125 (W): 131, 1994 (4) SA 172 (W): 176.

²⁴⁰ "The category of persons empowered to do so (that is, bring a constitutional matter to a competent court of law) is broader than the category of persons who have hitherto been allowed standing in cases where it is alleged that a right has been infringed or threatened, and to that extent the section

alleen toeganklik waar dit handel oor regte verskans in die Handves. Ander regte moet dus by wyse van gewone konvensionele litigasie hanteer word.²⁴¹

3.2.3 Probleme met konstitusionele groepsgedinge

Groepsgedingvoering het feitlik oornag burgerskap van die Suid-Afrikaanse reg verkry. Dit is gevolglik nie vreemd, veral as gelet word op die gebrek aan redes vir insluiting daarvoor, dat die aanwending daarvan bepaalde probleme opgelewer het nie. Die eerste en grootste is die gebrek aan parameters vir die akkommodasie van die prosedure:

"It is true that the nature of public law creates problems of its own, namely that of proper representation. The kind of problems that may arise are those associated with ensuring: (1) that only those who wish to be involved in the case are; (2) that those who wish to be involved are given the chance to make the representations they may wish to make; and that the party presenting the case adequately represents

demonstrates a broad and not a narrow approach to standing." *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 (1) SA 984 (CC): par 167, 205, 229. Sien ook par 165 waar die hof verklaar: "Whilst it is important that this court should not be required to deal with abstract and hypothetical issues, and should devote its scarce resources to issues that are properly before it, I can see no good reason for adopting a narrow approach to the issue of standing in constitutional cases. On the contrary, it is my view that we should rather adopt a broad approach to standing. This would be consistent with the mandate given to the court to uphold the Constitution and would serve to ensure that the Constitutional rights enjoy the full measure of the protection to which they are entitled. Such an approach would also be consistent in my view with the provisions of s 7(4) of the Constitution on which counsel for the respondents based his argument." Sien ook *Dawood and Another v Minister of Home Affairs and Others; Shlalabi and Another v Minister of Home Affairs and Others; Thomas and Another v Minister of Home Affairs and Others* 2000 (1) SA 997 (C); *Port Elizabeth Municipality v Prut NO and Another* 1996 (4) SA 318 (ECD): 325; *Beukes v Krugersdorp Transitional Local Council and Another* 1996 (3) SA 467 (W): 473, 474, *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* 1996 (3) BCLR 658 (CC): par 131; *MN Ngxuzza and others v The Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape Provincial Government and others* (Case no 82/2000) (ongerapporteer): 5.

²⁴¹ Republiek van Suid-Afrika 1998: 13-15, 18-20; Hurter 1997: 305; Loots 1997: 64; McQuoid-Mason *et al* 1997: 321; De Vos 1996: 641; Hurter 1996: 419-420; *Maluleke v MEC, Health and Welfare, Northern Province* 1999 (2) SA 367 (T): 373D; *Beukes v Krugersdorp Transitional Local Council and Another* 1996 (3) SA 467 (W): 473; Bill of Rights Compendium 1996: 1A-80; Erasmus 1996: A2-38; *Contralesa v Minister of Local Government, Eastern Cape* 1996 (2) SA 898 (TkSC) 903; *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 (1) SA 984 (CC), 1996 (1) BCLR 1 (CC): par 35, 167, 223, 235; *Van Huyssteen and Others NNO v Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others* 1996 (1) SA 283 (C): 301; Hurter 1996: 305; Republiek van Suid-Afrika 1995: 5; *Magano and Another v The District Magistrate of Johannesburg, Johnson NO and Others* 1994 (2) BCLR 125 (W): 131.

*future interest. These problems ... require safeguards to ensure the broadest and most effective representation ...*²⁴²

Die skepping van sodanige raamwerk kan deur die beoogde konsepwet op Aksies in die Openbare Belang en Groepsgedinge aangespreek word. By gebrek aan so so 'n leidende raamwerk, is die inkleding daarvan in die hande van die howe gelaat wat weer tot verskillende interpretasies aanleiding kan gee. *MN Ngxuza and others v The Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape Provincial Government and others* benadruk die probleem:

*"The provisions of section 38 are not self-explanatory in a single unambiguous way. They may be interpreted and applied in different ways, with enormously varied consequences."*²⁴³

Gevolglik moet die proses van opstel en implementering van sodanige raamwerk dringend aandag geniet.

3.2.4 Reaksie van die howe

'n Verdere interessante punt wat aandag verdien, is die ontvangs van die 'nuwe burger' deur ons howe. Die kritiek tot op hede is tipies dié tradisionele kritiek nou aan groepsgedingvoering verweef. Hierdie punte word handig vir doeleindes van bespreking in *MN Ngxuza and others v The Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape Provincial Government and others*²⁴⁴ opgesom:

"... (a) the "floodgates" argument – that the courts will be engulfed by interfering busybodies rushing to court for spurious reasons; (b) the classification difficulty – that often the common interest of the applicants and those they seek to represent will be broad and vague; (c) the "different circumstances" argument – that seen from the respondent' side the person seeking relief must be treated differently;

²⁴² *MN Ngxuza and others v The Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape Provincial Government and others* (Case no 82/2000) (ongerapporteer): 5. Sien ook 6 waar die hof as volg verklaar: "There is no formally binding precedent of this division on me as far as the interpretation of section 38(b) and (c) is concerned."

²⁴³ *MN Ngxuza and others v The Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape Provincial Government and others* (Case no 82/2000) (ongerapporteer): 5-6.

²⁴⁴ (Case no 82/2000) (ongerapporteer): 9.

(d) the “*res judicata*” difficulty – that some members of the group may not wish to associate themselves with the representative litigation and
(e) the “*practical impossibility*” argument – that it is impossible for the courts to deal with cases involving thousands of people and that it would adversely affect the public administration if scarce resources have to be used to defend such cases in court.”

Elk van die punte word hieronder kortliks behandel.

(a) Die ‘floodgate’ argument

Volgens die hof is die waarskynlikheid van sodanige gebeure gering. Voorts kan, indien dit sou voorkom, effektief deur die hof in die sertifiseringsfase aangespreek word.²⁴⁵ Voorts onderskryf die hof ook die opmerking in *Wildlife Society v Minister of Environmental Affairs & Tourism*²⁴⁶ gemaak:

“It is well, however, to bear in mind a remark made by Mr Justice Kirby, President of the New South Wales Court of Appeal ... namely that it may sometimes be necessary to open the floodgates in order to irrigate the arid ground beneath below them. I am not persuaded that to afford locus standi to a body such as the first applicant in circumstances such as these would be to open the floodgates to a torrent of frivolous or vexatious litigation against the State by cranks or busybodies. Neither am I persuaded, given the exorbitant costs of Supreme Court litigation, that should the law be so adapted cranks and busybodies would indeed flood the courts with vexatious or frivolous applications against the State. Should they be tempted to do so, I have no doubt that an appropriate order of costs would soon inhibit their litigious ardour.”

Die ‘floodgate’-argument sluit by soortgelyke kritiek geuiter in die Verenigde State aan. Hier is die prosedure beskryf as ‘n Frankenstein monster gekleed in die gewaad van ‘n

²⁴⁵ “But I also think that the possibility of unjustified litigation can be curtailed by making it a procedural requirement that leave must be sought from the High Court to proceed ... before embarking on this road.” *MN Ngxuzza and others v The Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape Provincial Government and others* (Case no 82/2000) (ongerapporteer): 9.

²⁴⁶ 1996 (3) SA 1095 (Tk): 1106 D-G soos aangehaal op p9 van die uitspraak.

groepsgeding. Ander gaan verder en beskryf dit as 'legalized blackmail' en '[an] engine of destruction' met enigste effek die ondergang van die verweerder. Die vraag kan met reg gestel word of die behoud van bepaalde verweerders (onregplegers) tot voordeel van die gemeenskap is.

(b) Die klassifikasie probleem

Die hof is weereens van mening dat die probleem effektief deur die sertifisering van die litigasie ondervang kan word.²⁴⁷

(c) Verskillende omstandighede

Volgens die hof berus die onus op die applikante om aan te toon dat daar 'n gemeenskaplike reg aangetas is. Ook hierdie argument, hou, aldus die hof, geen water nie.²⁴⁸

(d) Die *res judicata*-argument

Die ondervanging van die probleem is opgesluit in die skep van prosedures wat aan persone die geleentheid bied om hulle by die litigasie aan of uit te sluit. Die hof stel verder voor dat gepaste kennisgewing by die sertifisering van 'n groepsgeding vereis word.²⁴⁹ Voorts is die duidelike omskrywing van gepaste kennisgewing, soos duidelik uit vorige hoofstuk blyk, van die allergrootste belang.²⁵⁰

(e) Praktiese onmoontlikheid

Aldus kritici, is dit haas onmoontlik vir howe om litigasie te administreer waarby duisende persone betrokke is. Die hof reageer hierop as volg:

²⁴⁷ *MN Ngxuza and others v The Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape Provincial Government and others* (Case no 82/2000) (ongerapporteur): 10.

²⁴⁸ *MN Ngxuza and others v The Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape Provincial Government and others* (Case no 82/2000) (ongerapporteur): 10.

²⁴⁹ *MN Ngxuza and others v The Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape Provincial Government and others* (Case no 82/2000) (ongerapporteur): 10.

²⁵⁰ Sien bespreking onder 3.2.2.3 (hoofstuk 3) hierbo.

*"If it means that the court will have to act in new and innovative ways to accommodate them, then so be it."*²⁵¹

Hierdie *dictum* illustreer 'n positiewe gesindheid in die hantering van uitdagings en 'n gewilligheid om op innoverende wyse die tipe van probleme aan te spreek.

3.2.5 Evaluering

Hoewel artikels 7(4) en 38 die gebruik van groepsgedinge veroorloof, word die aanwending daarvan tot konstitusionele litigasie beperk. Dit beteken dat groepsgedinge tans alleen vir konstitusionele doeleindes toelaatbaar is. Die gevolglike effek is 'n dubbele standaard ten opsigte van litigasie: die uitgebreide *locus standi*-gronde vir konstitusionele litigasie en die beperkte gemeenregtelike gronde vir alle ander litigasie. Voorts blyk ook 'n duidelike behoefte aan die stel van 'n duidelike raamwerk waarbinne die 'nuwe burger' geakkomodeer kan word. By gebrek daaraan, kan bepaalde aspekte van groepsgedingvoering besondere hoofbrekings besorg en selfs in sekere gevalle tot die uitsluiting van die prosesregtelike hulpmiddel aanleiding gee. Gevolglik is die opstel en implementering van 'n duidelike raamwerk van kardinale belang.

4. Die verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie

4.1 Inleiding

Voor die inwerkingtreding van die tussentydse Grondwet, het 'n voormalige Minister van Justisie, op grond van verskeie versoë, die Suid-Afrikaanse Regskommissie in 1992 versoek om na die moontlike erkenning van groepsgedinge in die Suid-Afrikaanse reg ondersoek in te stel. Die eerste verslag is in die vorm van 'n werkstuk²⁵² vir kommentaar gedurende die loop van 1995, gepubliseer. In die lig daarvan dat die verslag eers na die inwerkingtreding van die tussentydse Grondwet gepubliseer is, is dit merendeels toegespits op die verbreding van sowel grondwetlike groepsgedinge en litigasie in openbare belang. Hierdie werkstuk is opgevolg deur 'n tweede²⁵³ in 1998. In beide die verslae word die invoer van groepsgedinge en die litigasie in openbare belang, by wyse

²⁵¹ *MN Ngxuza and others v The Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape Provincial Government and others* (Case no 82/2000) (ongerapporteer): 10.

²⁵² "Die erkenning van 'n groepsgeding in die Suid-Afrikaanse reg" Werkstuk 57 Projek 88. Sien ook De Vos 1996: 639, 641.

²⁵³ "The recognition of class actions and public interest actions in South African law" Verslag Augustus 1998.

van 'n algemeen magtigende Wet aanbeveel. Die Kommissie voer aan dat sodanige benadering genoodsaak word deurdat daar geen algemeen magtigende wetgewing bestaan nie. Gevolglik bestaan die gevaar dat die aanvaarding daarvan in mindere vorm *ultra vires* verklaar kan word.²⁵⁴ Die benadering strook met die van Ontario waar groepsgedingvoering by wyse van wetgewing ingevoer is.

4.2 Agtergrond vir die verslae en aanbevelings

Aldus die Kommissie, het groepsgedinge en litigasie in openbare belang, in die vroeë sewentigerjare sterk na vore getree. Hierdie prosedure het deel van 'n wêreldwye beweging om optimale toegang tot die regspleging te verwesenlik, gevorm. Gepaardgaande hiermee het die besef ook posgevat dat 'n reg sonder 'n effektiewe middel tot die afdwinging daarvan, weinig waarde het. Groepsgedinge en litigasie in openbare belang is dan ook een van die wyses wat aandag geniet het om regspleging meer toeganklik te maak. Hierbo is reeds daarop gewys dat belange in 'n groepsgeding asook litigasie in openbare belang deur middel van verteenwoordiging bereg word. Dit is gevolglik moontlik vir 'n derde party om as verteenwoordiger van 'n groep ongesofistikeerde persone op te tree.²⁵⁵ Hoewel laasgenoemde as korrek aanvaar kan word, moet eerstens gewaak word om nie groepsgedinge en litigasie in die openbare belang met mekaar te verwar nie.

Tweedens is die behoefte van die mens om in groepe te verenig om homself daadwerklik te laat geld, sedert die vroegste tye bekend. Een van die beste voorbeelde van die manifestering van sodanige behoefte in moderne tye is byvoorbeeld die vorming van vakbonde. Hierdie tipe verenigings het teen die einde van die vorige eeu hul verskyning gemaak en dien as 'n organisasie waarbinne werknemers kollektief kan ageer. Sodoende word 'n magsbasis om die mag van die werknemer te troef, geskep.²⁵⁶ Groepsgedinge is alleen 'n voortsetting van die gedagte - 'n wyse om die speelveld gelyk te maak en 'n magsbasis vir litigasie te skep. Die behoefte het veral in die vorige eeu sterk stukrag met die moontlikwording van massa-skending van regte gekry. Groepsgedinge is dus niks anders as die erkenning van groepsregte met die oog op

²⁵⁴ Republiek van Suid-Afrika 1998: v-ix; Republiek van Suid-Afrika 1995: iv-vi, 57-58. Sien ook McQuoid-Mason *et al* 1997: 323; De Vos 1996: 643; Society of Advocates of Natal 1995: 1.

²⁵⁵ Republiek van Suid-Afrika 1995: 1-2; Hurter 1997: 304; Hurter 1996: 442.

²⁵⁶ De Vos 1984: 3.

litigasie nie. Gevolglik moet gewaak word teen 'n enge interpretasie daarvan as alleen 'n wyse om die regspleging meer toeganklik te maak.

3. Die beoogde konsepwet

Groepsgedingvoering was tot onlangs aan die Suid-Afrikaanse reg onbekend. Die prosesregtelike remedie het eers met die inwerkingtreding van die Grondwet (200 van 1993) formeel deel van die Suid-Afrikaanse reg geword. 'n Analoë bepaling is ook in die finale Grondwet vervat (108 van 1996). Voorts het die opstellers van die Grondwet dit goedgevind om die werking daarvan tot regte verskans in die Grondwet te beperk. 'n Persoon wat dus van die prosedure gebruik wil maak moes 'n skending van een van die regte verskans in die Grondwet bewys.

In die lig van die inherente beperkinge van konstitusionele groepsgedinge beveel die Kommissie aan dat groepsgedinge in die Suid-Afrikaanse reg by wyse van 'n algemeen magtigende Wet ingevoer word. Die verwoording hiervan geskied in 'n aanhangsel tot beide verslae in die vorm van die beoogde konsepwet op Aksies in Openbare Belang en Groepsgedinge (hierna die konsepwet genoem). Die konsepwet het twee oogmerke naamlik die daarstelling van 'n raamwerk vir die algemene uitbreiding en reëling daarvan.²⁵⁷

Die konsepwet definieer 'n groepsgeding as 'n aksie (litigasie) ingestel [of verdedig²⁵⁸] deur [of teen²⁵⁹] 'n verteenwoordiger ten behoeve van 'n groep persone ten aansien van wie die regshulp aangevra en die kwessies betrokke, gemeenskaplik ten opsigte van alle lede van die groep gesertifiseer is in terme van die vereistes soos uiteengesit in die konsepwet. Die definisie stel 'n twee-trap benadering ten opsigte van

²⁵⁷ Republiek van Suid-Afrika 1998: v-vi, 40; Republiek van Suid-Afrika 1995: iv; Hurter 1997: 305; Hurter 1996: 420.

²⁵⁸ My invoeging.

groepsgeledingvoering voor naamlik die (1) sertifisering van litigasie as 'n groepsgeleding en (2) die voer daarvan daarna.²⁶⁰

3.1 Sertifisering van die aksie

Voordat 'n aksie by wyse van 'n groepsgeleding gevoer kan word, moet 'n bevoegde hof dit eers as 'n groepsgeleding sertifiseer. Sertifisering geskied by wyse van 'n voorlopige aansoek. In sodanige aansoek moet die applikant die gronde vir die aksie gerugsteun deur die nodige ondersteunende verklarings en dokumente, aandui. Sodanige gronde moet 'n *prima facie*-eisoorsaak daarstel. *Prima facie*-gronde vereis alleen dat die aansoek op die voorlopige beoordeling daarvan, 'n eis daarstel. Die gebruik van die woorde *prima facie* beteken dus dat die hof nie nodig het om die meriete van die aansoek finaal te oorweeg nie.²⁶¹

Die aansoek moet voorts 'n smeekbede vir die aanstel van 'n verteenwoordiger bevat.²⁶² Gewoonlik is sodanige persoon ook die applikant in die aansoek. 'n Verweerder wat die voorgenome aksie wil verdedig, moet kennis van sodanige voorneme gee. Die kennisgewing moet aandui of die respondent die aansoek om sertifisering, en of die gevraagde regshulp teenstaan. Waar die respondent slegs die gevraagde regshulp teenstaan, moet hy 'n opponerende verklaring waarin hy sy verwere uiteensit, liaseer. Hier, soos in die vorige hoofstuk aangetoon, is die groepsgeleding tot die respondent se voordeel deurdat ook vir hom die aangeleentheid eens en vir altyd afgehandel kan word. Die gebruik van groepsgeledingvoering hou in ander woorde ook vir die respondent voordeel in. Sou die respondent egter sowel die aansoek om sertifisering as die regshulp aangevra, teenstaan, moet hy 'n opponerende eedsverklaring tot die effek liasseer.²⁶³

²⁵⁹ My invoeging.

²⁶⁰ Hurter 1997: 320; De Vos 1996: 645; Hurter 1996: 443.

²⁶¹ Republiek van Suid-Afrika 1998: 50; Republiek van Suid-Afrika 1995: 62-63, 69-70. Sien ook De Vos 1996: 645; Vereniging van Advokate (OVS Afdeling) 1995: 4; McQuoid-Mason *et al* 1997: 323.

²⁶² Republiek van Suid-Afrika 1998: 50; Republiek van Suid-Afrika 1995: 62-63, 69-70. Sien ook De Vos 1996: 645; Vereniging van Advokate (OVS Afdeling) 1995: 4; McQuoid-Mason *et al* 1997: 323.

²⁶³ Republiek van Suid-Afrika 1998: 50-51; Republiek van Suid-Afrika 1995: 62-63, 69-70.

(a) 'n Aksie

'n Aksie word omskryf as enige verrigting in 'n bevoegde hof ingestel, hetsy by wyse van dagvaarding of kennisgewing van mosie. Die omskrywing van 'n 'aksie' saamgelees met die definisie van 'n groepsgeeding, maak alleen voorsiening vir 'n eiser/applikant groepsgeeding. Artikel 6(2)(c)²⁶⁴ daarenteen maak voorsiening vir 'eise en verwere'. Die Kommissie steun ook op hierdie artikel as gesag vir die voorsiening van beide 'n verweerder/respondent- sowel as 'n eiser/applikant groepsgeeding. Ook in die verduidelikende notas waar die konsepwet toegelig word, word verklaar dat 'n aksie wel by wyse van 'n groepsgeeding verdedig kan word.²⁶⁵ Ten einde konsekwentheid ten opsigte van verweerder/respondent groepsgeedinge in die konsepwet te bereik moet bepaalde artikels tot die effek gestroomlyn word. Die definisie van 'n 'groepsgeeding' sowel as 'n 'aksie' verwys na 'n 'aksie ingestel'. Gevolglik moet die bewoording verander word om te lui "n aksie ingestel of verdedig".

Dit is verder interessant om daarop te wys dat die definisie van 'n aksie veel wyer slaan as die gedefinieer in die Eenvormige Hofreëls.²⁶⁶ Sodanige definisie maak alleen voorsiening vir verrigtinge ingestel by wyse van dagvaarding of lasbrief kragtens reël 9 en nie ook kennisgewing van mosie nie.

(b) Bevoegde hof

Die definisie van 'n 'hof' soos omskryf in artikel 1, sluit in die Hoogste Hof van Appèl, Konstitusionele Hof, Hooggeregshof, Grondhervormingshof, Arbeidshof en enige ander hof deur die Minister van Justisie aangewys. Die konsepwet verleen dus 'n diskresie aan die Minister van Justisie om ander bevoegde howe, buiten die hierbo, aan te wys. Die uitoefening van sodanige diskresie geskied by wyse van afkondiging in die Staatskoerant. Die Kommissie beveel ook aan dat jurisdiksie later na alle howe uitgebrei word.²⁶⁷

²⁶⁴ "feite of regskwessies wat gemeenskaplik is aan die eise of verwere van individuele lede van die groep;...".

²⁶⁵ Artikel 1 van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: vi, 10, 33, 86; Republiek van Suid-Afrika 1995: 73.

²⁶⁶ Sien Eenvormige Hofreëls artikel 1.

²⁶⁷ Artikel 15 van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: viii, 64-65, 66, 86, 102, 103; Republiek van Suid-Afrika 1995: 58-59; De Vos 1996: 652. Sien ook Vereniging van Advokate

Waar die Minister 'n groepsgeeding verwys, moet die hof na wie die aksie verwys is, dan ook oor die jurisdiksie beskik om die aansoek aan te hoor. Dit beteken dat so 'n hof, buiten vir die verwysing, oor die jurisdiksie moet beskik om die aksie aan te hoor. Die Kommissie stel voor dat waar die aansoek na 'n Laerhof verwys word, na die individuele omvang van die skade gekyk word. 'n Laerhof sal dus jurisdiksie hê indien geeneen van die individuele eise sy jurisdiksie oorskry nie.²⁶⁸ Hoewel individuele eise klein in omvang kan wees en dus wel binne die jurisdiksie van 'n Laerhof mag val, kan die kumulatiewe effek van individuele eise nie buite rekening gelaat word nie. Die omvang en inhoud van die eise hou voorts direk verband met die ingewikkeldheid van die aansoek. Voorts is groepsgeedingvoering besonder ingewikkeld van aard. Gevolglik word dit betwyfel of Laerhowe die kundigheid het om hierdie tipe aansoeke aan te hoor. Die kumulatiewe omvang van skade moet dus eerder as maatstaf gebruik word.²⁶⁹

Waar die partye in verskillende jurisdiksies woonagtig is, of die eisorsaak in meer as een jurisdiksie ontstaan het, beveel die Kommissie aan dat die hof wat die aansoek vir sertifisering aanhoor die aansoek na 'n gepaste hof moet verwys. Hieronder word verstaan dat sodanige hof ook 'n bevoegde hof is om die aksie aan te hoor. Die hof wat die aksie sertifiseer kan met ander woorde nie die aksie na 'n ander hof as wat met die konsepwet veroorloof, verwys nie.²⁷⁰

'n Ander moontlikheid is om 'n analoë bepaling van artikel 19(1)(b) van die Hooggeregshofwet (Wet 59 van 1959) in die konsepwet te voeg. Laasgenoemde artikel bepaal dat 'n afdeling van die Hooggeregshof ook regsbevoegdheid sou hê oor enige persoon wat buite sy jurisdiksie val en gevoeg word by die geeding waartoe die afdeling wel regsbevoegdheid het.²⁷¹

1995: 9. Die prokureursfirma Hofmeyr Ing is van mening dat die minister nie oor 'n diskresie moet beskik om 'n ander hof aan te wys nie. Voorts behoort die bevoegdheid om groepsgeedinge aan te hoor alleen beperk te word tot die Hooggeregshof en die Konstitusionele Hof. Indien die Konsepwet egter in sy huidige vorm behou word, behoort 'n jurisdiksionele minimum perk gestel te word vir die aanhoor van groepsgeedinge. Sodoende word die aanhoor van die groepsgeedinge beperk tot meer senior regters wat oor die nodige ervaring beskik. Hofmeyr 1995: 1; Society of Advocates of Natal 1995: 2.

²⁶⁸ Republiek van Suid-Afrika 1998: viii, 65, 66.

²⁶⁹ Society of Advocates of Natal 1995: 2; Republiek van Suid-Afrika 1998: 67-68. Sien ook Republiek van Suid-Afrika 1995: 60-61.

²⁷⁰ Hofmeyr 1995: 3.

²⁷¹ Artikel 6(4) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: 67, 92; Republiek van Suid-Afrika 1995: 61-62.

Sodanige bepaling sluit aan by die gemeenregtelike *causa continentia*-reël. Hierdie reël het ten doel om die onnodige vermenigvuldiging van prosesse en die moontlikheid van strydige uitsprake oor dieselfde aangeleentheid te vermy, deur meerdere vorderings wat in verskillende regsgebiede ontstaan het, in 'n enkele proses saam te bind.²⁷² Hierbo is reeds daarop gewys dat 'n groepsgeeding ten doel het om vermenigvuldiging van soortgelyke eise en afwykende uitsprake op dieselfde gronde te voorkom. Gevolglik behoort die reël in groepsgeedingvoering ook effektiewe toepassing te geniet waar meerdere lede se eis op een eisorsaak gebaseer is. Die verteenwoordiger moet alleen bewys lewer dat geen ander hof jurisdiksie oor al die partye in die aangeleentheid het nie.²⁷³ Ter ondersteuning hiervan het die hof in *Lifestyle Amusement Centre (Pty) Ltd and Others v The Minister of Justice and Others*²⁷⁴ geweier om 'n konstitusionele groepsgeeding aan te hoor op grond daarvan dat die meeste lede van die verteenwoordigde groep *peregrini* van die hof was. Dit moet egter bygevoeg word dat die applikant in die saak die hof genader het op grond daarvan dat hy geglo het die hof die aansoek gunstiger oorweeg as die hof waar die meeste lede van groep woonagtig is.²⁷⁵

(c) Sertifisering

Die sertifisering van litigasie as 'n groepsgeeding, is sekerlik die belangrikste aspek van 'n groepsgeedingvoering. Geen litigasie kan as 'n groepsgeeding ingestel of verdedig word voordat 'n bevoegde hof dit nie eers gesertifiseer het nie.²⁷⁶ Sertifisering het 'n tweeledig

²⁷² *Roberts Construction Co v Willcox Bros* 1962 (4) SA 326 (A): 336E-F. Sien ook Erasmus 1999: A1-31 waar die werking van die reël as volg omskryf word: "The jurisdiction of the court may be extended by the principle of *causa continentia*. The underlying reason for the rule is the avoidance of an unnecessary multiplication of actions and duplication of proceedings concerning the same subject-matter, which may cause inconvenience and result in contradictory judgements."; *New York Shipping Co (Pty) Ltd v EMMI Equipment (Pty) Ltd and Others* 1968 (1) SA 355 (SWA): 364-365; *Spier Estate v Die Bergkelder Bpk and Another* 1988 (1) SA 94 (C): 99; *Thomas v BMW South Africa (Pty) Ltd* 1996 (2) SA 106 (C): 128; *Hlatswayo and Others v Hein* 1999 (2) SA 834 (LCC): 844. In *Majola v Santam Insurance Co Ltd and Others* 1976 (1) SA 874 (SE) spreek die hof egter die opinie uit dat die *continentia*-reël voldoende deur die werking van artikel 19(1)(b) Hooggeregshofwet (Wet 59 van 1959) aangespreek word.

²⁷³ "Before this rule can be applied it must, therefor be established that there are no other *forum* which has jurisdiction in respect of all the defendants on the other recognised grounds of jurisdiction." *NCS Plastics (PTY) LTD v Erasmus and Others* 1973 (1) SA 275 (O): 278B.

²⁷⁴ 1995 (1) BCLR 104 (C): 108.

²⁷⁵ "I find this approach opportunistic and disingenious." *Lifestyle Amusement Centre (Pty) Ltd and Others v The Minister of Justice and Others* 1995 (1) BCLR 104 (C): 108:111.

²⁷⁶ Artikel 6(1) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: 91-92; Republiek van Suid-Afrika 1995: v.

doel: Dit beskerm die teenparty teen 'n ongegronde en/of kwelsugtige eis wat by wyse van 'n groepsgeeding ingestel met die uitsluitlike doel om die respondent tot skikking te dwing. Gevolglik is dit nodig dat die aansoek so spoedig moontlik voor 'n bevoegde hof gebring word. Die konsepwet laat egter na om die tydperk te omskryf.²⁷⁷ Die *Class Proceedings Act*, soos in die vorige hoofstuk gesien, maak uitdruklik hiervoor voorsiening. Die hoofstuk het aangetoon dat die raamwerk nie rigied deur die howe toegepas word nie en die maatstaf van 'n redelike tyd eerder die deurslag bied.

Groepsgeedingvoering plaas die hof verder in die rol van 'n bestuurder van die geeding om na die belange van die partye afwesig om te sien. Hierdie posisie is vergelykbaar met die rol van 'n regsprekende beampte in 'n strafhof in die beskerming van die belange van 'n onverteengewordigde beskuldigde.²⁷⁸ Sertifisering stel 'n hof in staat om 'n soortgelyke rol te vervul om die aksie tot die algemene voordeel van die groep te stuur. 'n Hof beskik ook oor 'n wye diskresie en bevoegdhede om sodanige proses te bestuur en gepaste prosedure daarvoor voor te skryf.²⁷⁹

Die konsepwet omskryf sertifisering as die toestemming van 'n hof om litigasie as 'n groepsgeeding in te stel. Sertifisering sluit, aldus die konsepwet, oorwegings soos omskryf in artikel 6(2) in. Hierdie artikel bepaal dat 'n hof in 'n aansoek om sertifisering die bestaan van 'n identifiseerbare groep persone moet oorweeg. Voorts moet die aansoek 'n *prima facie* skuldoorsaak daarstel en moet die regs- en/of feitevrae gemeenskaplik aan die van die groep wees. Die verteenwoordiger moet voorts 'n geskikte kandidaat wees. Laastens moet die aansoek in belang van geregtigheid wees en groepsgeedingvoering die toepaslik (appropriate) prosedure vir beregting wees.²⁸⁰

Hoewel artikel 6(2) die woord "kan" gebruik, is bostaande nie aanwysende faktore nie. Indien enige van bostaande oorwegings sou wegval, bepaal artikel 6(3) dat 'n aansoek gebring kan word om die aksie te desertifiseer.²⁸¹ Gevolglik moet die woord "kan" eerder met "moet" vervang word. Hierdie benadering word ook verkies aangesien dit howe wat

²⁷⁷ Republiek van Suid-Afrika 1998: vi, vii; 38-40, 91; De Vos 1996: 645.

²⁷⁸ Vir verdere bespreking sien onder andere Kriegler 1993: 173-183; Snyman et al 1988: 387-391.

²⁷⁹ Republiek van Suid-Afrika 1998: vi, vii; 38-40.

²⁸⁰ Artikel 6(2) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: vi-vii, 40-41, 49, 90-93; Republiek van Suid-Afrika 1995: 64-65. Sien ook Hurter 1997: 320; Hurter 1996: 443-444; Vereniging van Advokate (OVS Afdeling) 1995: 4-5.

²⁸¹ Artikel 6(3) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: 90-92.

aanvanklik mag wegstrem van die gebruik van groepsgedinge daartoe te dwing. Hier bied die *Class Proceedings Act* 'n goeie voorbeeld deurdat sertifisering verpligtend is waar aan die vereistes daarvoor voldoen is. Artikel 6(2) maak voorts ook nie voorsiening vir die algemene oorweging van die meriete van die eise nie. Die faktore vir sertifisering word hieronder toegelig.

(i) Identifiseerbare groep persone

Ten einde te slaag met 'n aansoek om sertifisering, moet die applikant aantoon dat daar 'n identifiseerbare groep persone met 'n soortgelyke of gemeenskaplike belang in die beoogde litigasie bestaan. 'n Persoon sluit enige persoon of vereniging van persone in, ongeag die feit of sodanige vereniging oor regs persoonlikheid beskik of nie.²⁸² Hierdie beskrywing is dus wyd genoeg om litigasie teen of namens 'n oningelyfde vereniging te voer.

'Lede van die groep' word in die konsepwet omskryf as twee of meer persone wat 'n gemeenskaplike of soortgelyke belang in die voorgestelde litigasie deel. Hoewel twee persone 'n groepsgeeding kan instel, behoort ander oorwegings ook 'n rol te speel omdat groepsgeedingvoering 'n uitsondering op gewone, konvensionele litigasie daarstel. Die gevolg is dat die vereiste 'n meganisme moet insluit om hoewe in staat te stel om die prosedure op 'n soepel wyse te begrens. Een moontlike wyse is die gebruik van die vereiste soos uiteengesit in Reël 23 wat bepaal dat die groep so talryk moet wees dat voeging nie prakties haalbaar is nie.²⁸³

'n Ander moontlike wyse is die stel van 'n addisionele vereiste dat groepsgeedingvoering die mees geskikte prosedure vir die voer van litigasie moet wees. Hierdie vorm van begrensing word in die *Class Proceedings Act* gebruik en beteken dat indien 'n ander geskikte prosedure beskikbaar is, groepsgeedingvoering uitgesluit word. Die toepassing van sodanige vereiste, sou in die geval van twee persone, die resultaat hê dat voeging

²⁸²

Artikel 6(2)(a) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: 35, 41-42, 88, 89.

²⁸³

"Die Regskommissie stel die standpunt dat dit nie wenslik is om die lede van die groep met verwysing na voegingsprobleme en talrykheid te definieer nie, omdat "die eisers nie die geleentheid ontsê moet word om te besluit of hulle wil voortgaan by wyse van voeging of groepsgeeding nie." Hofmeyr 1995: 2. Hierdie motivering verloor uit die oog dat groepsgeedinge nie ter keuse van litigante beskikbaar is nie maar wel om werklike praktiese probleme met voeging uit die weg te ruim. Dit is moeilik om te voorsien hoe die voeging van twee of drie eisers praktiese probleme te weeg kan bring. Sien ook Transvaal Provinsiale Afdeling 1995: 2-3, 6; Republiek van Suid-Afrika

meer geskik is. Tog slaan die vereiste nie op die getal persone self nie en word die omskrywing soos in Reël 23 verkies.

Ten slotte, onder die hoof, moet die groep identifiseerbaar wees. Dit beteken dat die een of ander vorm van omskrywing van die lede van die groep moontlik moet wees en dat die gebruik van daardie omskrywing tot die uitwysing van individuele lede van die groep kan lei. Hierdie definisie moet voorts ook die omvang van die groep en hulle eise bepaal. Waar 'n groep dus 'n vae entiteit is, moet die hof sertifisering weier.²⁸⁴

(ii) *Prima facie* skuldoorsaak

Ten einde te slaag met 'n aansoek vir sertifisering van litigasie, moet die eiser / applikant se eis (gronde vir aansoek) 'n *prima facie* skuldoorsaak openbaar. Die toets soos in die konsepwet omskryf, sluit die gebruik van die voorlopige meriete toets (verhoorbare kwessies-toets (prelimanry test)) uit. Laasgenoemde toets veronderstel dat die party wat aansoek om die sertifisering bring, die hof moet oortuig dat sy aansoek *bona fide* is en dat hy 'n redelike vooruitsig op sukses het. Die kritiek van die Kommissie teen sodanige toets is dat dit die aansoek bemoeilik en 'n binne-verhoor na die meriete van die saak noodsaak. Sodanige toets word ook, volgens die Kommissie nie in gewone litigasie vereis nie.²⁸⁵

Die Kommissie laat egter na om die toets, soos hier omskryf, aan bestaande ander soortgelyke toetse in die Suid-Afrikaanse reg te koppel. Voor hierna gekyk word, is dit nodig om *prima facie* te definieer. *Prima facie* word deur Hiemstra gedefinieer as op die oog af, op eerste gesig of volgens die uiterlike.²⁸⁶ *Prima facie* veronderstel dat die eiser alleen die feite wat die skuldoorsaak daarstel, moet beweer. Dit beteken in effek dat die eiser homself van 'n redelike ligte bewyslas moet kwyt.²⁸⁷ Die toets is verskillend in die Suid-Afrikaanse reg uitgelê. So beteken *prima facie* by die statutêre afgeleide aksie (artikel 266 van die Maatskappywet) dat geen las op die howe geplaas word om hulle te

1998: 6-7, 32-34, 35-36, 41-42.

²⁸⁴ Anglo American Corporation of South Africa Limited 1995: 1.

²⁸⁵ Artikel 6(2)(b) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: 42-43; Republiek van Suid-Afrika 1995: 66-67, 90, 92.

²⁸⁶ Hiemstra *et al* 1986: 258.

²⁸⁷ Transvaalse Provinsiale Afdeling 1995: 6.

vergewis van die moontlike sukses van litigasie nie.²⁸⁸ Hierdie toets ondersteun dus die benadering van die van die Kommissie.

By die toestaan van tussentydse interdikte maak die hof ook van die *prima facie*-toets gebruik. Die toets behels dat die feite beweer, indien dit as bewese aanvaar sou word, die party wat die bewyslas dra geregtig sou maak op 'n bevel in sy guns.²⁸⁹ So ook, moet 'n hof in terme van die Konstitusionele Hofreëls²⁹⁰ sertifiseer dat die aangeleentheid voor die hof wel 'n konstitusionele saak met die nodige meriete is en dat daar 'n redelike vooruitsig is dat die Konstitusionele hof die uitspraak kan wysig of ongeldig verklaar.

Laasgenoemde twee interpretasies van *prima facie* het meer om die lyf as dié deur die Kommissie en artikel 266 van die Maatskappywet vereis. Hierdie benadering stem ook ooreen met die vervat in die voorlopige meriete toets. Gevolglik word aanbeveel dat die uitleg van *prima facie* by groepsgedinge in ooreenstemming met dié van tussentydse interdikte geskied. Sodoende word verseker dat die hof wel oorweging aan die meriete van die saak deur 'n beoordeling van die feite soos blyk uit die stukke skenk. So kan 'n groot hoeveelheid tyd, koste, en moeite ten opsigte van 'n saak wat wel 'n eisorsaak daarstel maar om die een of ander rede geen redelike moontlike vooruitsig op sukses het nie, bespaar word.²⁹¹

²⁸⁸ Sien ook bespreking onder 2.4 (hoofstuk 5) hieronder.

²⁸⁹ *Webster v Mitchell* [1948 (1) SA 1186 (W): 1189 omskryf die toets as volg: "... the right to be set up by an applicant for a temporary interdict need not be shown by a balance of probabilities. If it is "*prima facie* established though open to some doubt" that is enough ... The proper manner of approach I consider is to take the facts as set out by the applicant, together with any facts set out by the respondent which the applicant cannot dispute, and to consider whether, having regard to the inherent probabilities, the applicant could on those facts obtain final relief at trial. The facts set up in contradiction by the respondent should then be considered. If serious doubt is thrown upon the case of the applicant he could not succeed in obtaining temporary relief, for his rights, *prima facie* established, may only be open to 'some doubt'. But if it there is a mere contradiction, or unconvincing explanation, the matter should be left to trial and the right be protected in the meanwhile, subject of course to the respective prejudice in the grant or interim relief.' Die toets is in *Goal v Minister of Justice* [1955 (2) SA 682 (C): 688 as volg gewysig: "... should (not could) the applicant on those facts obtain final relief at the trial." . Sien ook Erasmus 1999: E8-10.

²⁹⁰ Reël 18 van die Konstitusionele Hofreëls.

²⁹¹ Sien ook Hofmeyr 1995: 4; Transvaal Provinsiale Afdeling 1995: 6-7.

(iii) Gemeenskaplike regs- en / feitevrae

Hierdie vereiste is soortgelyk aan die vereiste in reël 23 en die *Class Proceedings Act*. Gemeenskaplik regs- en feitevrae word omskryf as regs- of feitevrae gemeenskaplik aan die groep. Hierdie vereiste beteken nie dat die regs- of feitevrae identies aan mekaar moet wees nie maar alleen dat 'n eisorsaak gemeenskaplike aan die groep is. Die vereiste word in die werkstuk omskryf as "genoeg feite- of regkwessies ... [wat]...gemeen is aan die eise (of verwere) ... om die groepsgeeding 'n gepaste wyse te maak..."²⁹²

Artikel 6(5) van die konsepwet bepaal voorts dat die hof nie 'n aansoek om sertifisering mag weier op grond daarvan dat die regshulp verskillende bedes aanvra nie.²⁹³ Hierdie artikel poog soortgelyke probleme as met verteenwoordigende litigasie in die Engelse reg uit te skakel. Die hof kan ook by sertifisering bepaalde gemeenskaplike regs- en / of feitevrae vir beregting uitwys. Die groepsgeeding word dan slegs rondom die kwessies gevoer.²⁹⁴

(iv) Geskikte verteenwoordiger

Groepsgeedingevoering geskied by wyse van verteenwoordiging. Die belange van die groep word dus deur 'n verteenwoordiger vir alle doeleindes van litigasie hanteer. Gevolglik is dit noodsaaklik dat die verteenwoordiger bevoeg en geskik moet wees om die belange van die groep op 'n billike en toereikende wyse te kan afdwing of beskerm.

Die konsepwet definieer 'n verteenwoordiger as 'n persoon deur die hof aangewys in 'n groepsgeeding of litigasie in die openbare belang. Hierdie omskrywing behoort verbreed te word om te lees "'n persoon deur die hof aangewys om die belange van 'n groep in 'n groepsgeeding te verteenwoordig."²⁹⁵ Verteenwoordiging, vir doeleindes van litigasie, is die uitsluitlike doel van die verteenwoordiger!

²⁹² Republiek van Suid-Afrika 1995: 46.

²⁹³ Republiek van Suid-Afrika 1998: 92, 93; Republiek van Suid-Afrika 1995: 46-47.

²⁹⁴ Republiek van Suid-Afrika 1998: 63; Republiek van Suid-Afrika 1995: 47.

²⁹⁵ Artikel 1 van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: 88; Republiek van Suid-Afrika 1995: 31, 64; Hurter 1997: 320; De Vos 1996: 644; Hurter 1996: 443.

Die definisie van 'n verteenwoordiger sluit dus enige geskikte kandidaat deur die hof aangewys, in. Dit beteken dat die verteenwoordiger nie noodwendig 'n lid van die groep, soos deur reël 23 en die *Class Proceedings* vereis, moet wees nie. Dit is gevolglik moontlik dat 'n persoon, namens 'n bepaalde groep, litigasie kan instel. Hierdie bewoording strook ook met die gedagte in artikel 38 van die Grondwet uiteengesit naamlik dat 'n persoon litigasie namens 'n groep kan instel.²⁹⁶

Bostaande is een van twee argumente deur die Kommissie geopper ten opsigte van die veroorlowing van die ideologiese eiser. Die tweede argument word gebaseer op die hoë persentasie van ongeletterde persone in Suid-Afrika, wat aldus die Kommissie, nie oor die kennis of vermoë beskik om hulle regte op 'n effektiewe wyse af te dwing of te beskerm nie. Die ideologiese eiser kan veral 'n waardevolle rol ten einde sodanige groepe persone by te staan, speel.²⁹⁷

Die teenpool van die ideologiese eiser beteken dat enige persoon gelisensieer word om namens ongesofistikeerde persone litigasie in te stel. Die deur word dus vir persone geopen om eie belange deur middel [ten koste?] van 'n benadeelde groep, te bevorder. Regter Pickering maak die kritiek as volg af:

*"In any event, whilst cranks and busybodies who attempt to abuse legal process do no doubt exist, I am of the view that lawyers are sometimes unduly apprehensive and pessimistic about the strength of their numbers. The meddling crank and busybody with no legal interest in a matter whatsoever, mischievously intent on gaining access to the court in order to satisfy some personal caprice or obsession, is, in my view, as been remarked elsewhere, more often a spectral figure than a reality."*²⁹⁸

²⁹⁶ Artikel 1 van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: 88; Republiek van Suid-Afrika 1995: 31, 64; Hurter 1997: 320; De Vos 1996: 644; Hurter 1996: 443.

²⁹⁷ Republiek van Suid-Afrika 1998: vi, 34-38, 88; Republiek van Suid-Afrika 1995: 31. Sien ook De Vos 1996: 644.

²⁹⁸ *Wildlife Society of Southern Africa and Others v Minister of Environmental Affairs and Tourism of the Republic of South Africa and Others* 1996 (9) BCLR 1221 (TK): 1235, 1996 (3) SA 1095 (TKS): 1106. Sien ook Scot: "[T]he idle whimsical plaintiff, a dilettante who litigates for a lark, is a spectre which haunts the legal literature, not the court room." soos aangehaal deur De Vos 1996: 644; De Vos 1984: 156.

Tog vereis reël 23 uitdruklik dat die verteenwoordiger 'n lid van die groep moet wees deur die vereiste dat die eise/verwere van die verteenwoordiger tipies die van die groep moet wees. So 'n persoon, word geargumenteer, kan die belange van die groep op 'n toereikende wyse afdwing of beskerm deurdat hy self 'n belang in die litigasie het. Gevolglik behoort hy niks te doen om sy eie belange te benadeel nie.²⁹⁹

Kritici antwoord hierop dat 'n persoon met 'n eie belang, daardie belang ten koste van ander kan bevorder en byvoorbeeld litigasie op so wyse skik dat sy eie belange ten beste daardeur gedien word.³⁰⁰ Hierdie argument hou nie rekening met die vereiste dat litigasie alleen met tussenkoms van die hof geskik kan word nie.³⁰¹ Voorts argumenteer hierdie groep kritici dat 'n nominale eiser nie noodwendig misbruik deur derdes uitsluit nie. Derdes kan steeds 'n belang in litigasie verkry deur eenvoudig van 'n groepslid gebruik te maak. Dit konfronteer die hof met die skyn van 'n verteenwoordiger wat nie in beheer van litigasie is nie. Hierdie vorm van misbruik word deur die ideologiese eiser uitgesluit deurdat derdes wel veroorloof word om litigasie namens die groep te voer en die hof gevolglik in staat is om oor die gewensheid van sodanige betrokkenheid te oordeel.³⁰²

Beide argumente hou water. Die gevaar van 'n ongewenste belang in litigasie bly egter groot en kan dit tot misbruik lei. Gevolglik is dit eerstens nodig dat die hof presies moet weet wie die groep is en tweedens watter ander partye ook 'n moontlik belang in die geding verkry het. Die ideologiese eiser leen hom die maklikste tot veral die verklaring van laasgenoemde tipe van belange. Voorts is dit belangrik dat howe veral oor die bevoegdheid moet beskik om die tipes van belange, indien nodig, te kan uitsluit. Gevolglik stel die konsepwet ook kriteria vir die beoordeling van verteenwoordigers. Hiervolgens word vereis dat die voorgestelde verteenwoordiger geskik [en bevoeg] vir die beskerming van die belange van die groep moet wees. Tweedens moet die belange van sodanige persoon nie met die van die groep bots nie. Derdens is dit belangrik dat

299 Republiek van Suid-Afrika 1998: 34-38. Sien ook De Vos 1996: 643; Hofmeyr 1995: 3.

300 Republiek van Suid-Afrika 1998: 34-38. Sien ook De Vos 1996: 643; Hofmeyr 1995: 3.

301 Hofmeyr 1995: 4.

302 Voorts argumenteer die aanhangers van die ideologiese eiser dat 'n derde instansie, soos byvoorbeeld die verbruikersraad, in sommige gevalle beter gerat is as enige lid van 'n bepaalde groep om die aksie te voer. Republiek van Suid-Afrika 1995: 31-33, 34.

die persoon oor sowel bronne tot finansiering van litigasie beskik en in staat moet wees om die litigasie te kan bestuur.³⁰³

Dit word egter aan die hand gedoen dat waar die hof 'n derde toelaat om namens die groep te litigeer, die hof spesifiek ook op die belang wat sodanige persoon in litigasie het, ag slaan. Voorts behoort hierdie belang *bona fide* te wees en geen direkte voordeel vir derde self in te hou nie. Hier bied die Ontariëse beslissing van *Nantais v Telectronics*³⁰⁴ 'n uitstekende voorbeeld waar die derde, wat die litigasie gefinansier het, alleen toegelaat is om die bedrag te belê in die saak, asook rente daarvoor, te verhaal.³⁰⁵

Buiten 'n *bona fide* belang, betoog Hofmeyr³⁰⁶ dat die aanstelling van 'n derde persoon vergesel moet word van 'n verteenwoordiger van die groep self. Sodoende word verseker dat verteenwoordiging oor 'n meer persoonlike element beskik en op 'n meer persoonlike vlak afgedwing of verdedig kan word. Daarbenewens behoort kennisgewing in die geval van 'n ideologiese eiser aan elke lid van die groep persoonlik te geskied. Sodoende word verseker dat die groep kennis van die bestaan van litigasie dra, en bemoelijk dit later enige verwere dat die gevolge van litigasie nie individuele persone bind nie.³⁰⁷ Voorts behoort so 'n kennisgewing, behalwe vir die moontlikheid van uitsluiting ook die volgende in te sluit: (a) die moontlikheid van die aanstelling van 'n verteenwoordiger om die belange van die groep te verdedig; (b) gegewens van die persoon wat aangestel gaan word as verteenwoordiger; en (c) enige belang of voordeel wat deelname vir sodanige persoon mag inhou.

Samevattend vereis die konsepwet dus dat die hof 'n persoon as verteenwoordiger moet aanstel wat die belange van die groep op 'n billike en toereikende wyse kan verteenwoordig. Gewoonlik word die persoon wat die aansoek vir sertifisering bring as verteenwoordiger aangewys. Die hof kan egter waar sodanige persoon nie aan die

³⁰³ Artikel 7(3) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: vi, 37-38, 47-48, 88; Republiek van Suid-Afrika 1995: 34-36, 68-69. Sien ook Hurter 1997: 320; Hurter 1996: 444.

³⁰⁴ Sien 2.9.5.1(c) (hoofstuk 3) hierbo.

³⁰⁵ Sien ook Hofmeyr 1995: 4; Transvaal Provinsiale Afdeling 1995: 5, 6; Republiek van Suid-Afrika 1998: vi, 34-38.

³⁰⁶ 1995: 3.

³⁰⁷ Laasgenoemde argument onderstreep ook die belang van die gee van kennis van litigasie aan die aksie aan lede van die groep. Lede aan wie die aksie na behore gekommunikeer is sal nie die bindenheid van die uitspraak kan bevraagteken nie. So 'n persoon verloor die reg om aangehoor te

vereistes voldoen nie, 'n ander verteenwoordiger aanstel en kan ook enige instruksies aan die verteenwoordigers aangestel, betreffende die voer van litigasie oplê.³⁰⁸

Die konsepwet beklee verder die hof met die bevoegdheid om die verteenwoordiger enige tyd gedurende litigasie te ontslaan en 'n ander persoon in sy plek aan te wys, indien sodanige persoon onbevoeg of ongeskik sou raak. Sodanige ontslag kan *mero motu* of op aansoek van 'n belanghebbende party geskied. Ten slotte geskied verteenwoordiging alleen ten opsigte van gemeenskaplike kwessies soos uitgewys, en bepaal die konsepwet dat die verteenwoordiger alleen in uitsonderlike gevalle sekuriteit vir koste moet stel.³⁰⁹

(v) Belang van geregtigheid

Die "belang van geregtigheid"-toets is na analogie van die verwysing van sake vir konstitusionele beregting vanaf provinsiale of plaaslike Hoërhowe na die Konstitusionele hof, ingevoeg. Die Regskommissie voer aan dat die hof, by 'n aansoek om sertifisering, die litigasie alleen as 'n groepsgeeding kan sertifiseer waar dit in die belang van geregtigheid is. Onder die vereiste verstaan die Kommissie dat 'n hof alleen litigasie as 'n groepsgeeding kan sertifiseer waar dit die toepaslike en geskikte prosedure vir beregting daarstel.³¹⁰

Die invoeging van die toets en die verduideliking daarvan, kom ietwat vreemd voor. Artikel 6(2)(f) van die konsepwet vereis immers dat die prosedure toepaslik vir die beregting van die geskil moet wees.³¹¹ Indien hierdie dus die enigste redes vir die invoeging daarvan is, is dit 'n onnodige duplisering. Tog kan die vereistes van mekaar onderskei word: Toepaslike prosedure dui op die proses self. Belang van geregtigheid aan die anderkant, handel oor geregtigheid en billikheid van litigasie. Die gebruik van die

word die oomblik wat hy van die aksie verneem en hom daarvan uit te sluit nie.

³⁰⁸ Artikel 1, 6(2)(d), 7(2), 7(4) 7(5) en 9(2) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: 34-38, 86, 88, 92-95, 98; Republiek van Suid-Afrika 1995: v, 31; De Vos 1996: 646.

³⁰⁹ Artikel 1, 7(5), 9(2), 11(1) van die Konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: ix, 37-38, 48, 88, 94, 98, 99; Republiek van Suid-Afrika 1995: 31. Sien ook Hurter 1997: 322.

³¹⁰ Republiek van Suid-Afrika 1998: 45-46. Sien veral 46 waar verklaar word: "By analogy, the certification must be in the interest of justice. This will require at least that the class action is the appropriate method of proceeding with the action. It is therefor recommended that a court must take the interest of justice into account when certifying an action as a class action."

³¹¹ Die artikel lees "whether, having regard to all relevant circumstances, a class action would be the appropriate method of proceeding with the action." Sien ook bespreking Republiek van Suid-Afrika

prosedure moet gevolglik reg en billik wees teenoor al die betrokke partye. Reg en billik in terme van die Maatskappyereg word omskryf as:

*"It ... enables the Court to subject the exercise of legal rights to equitable considerations; considerations that is, of a personal character arising between one individual and another, which make it unjust, or inequitable, to insist on legal rights, or to exercise them in a particular way."*³¹²

Aan die hand hiervan word aanbeveel dat belang van geregtigheid eerder vervang word met die vereiste 'reg en billik'. Daar moet egter gewaak teen misbruik van die vereiste om groepsgedingvoering te vermy en behoort daar, waar twyfel bestaan, ten gunste van die groep beslis te word. Hier dien die *Class Proceedings Act* van Ontario as uitstekende voorbeeld deur howe te dwing om litigasie te sertifiseer waar aan al die gestelde vereistes vir sertifisering voldoen is.³¹³

(vi) Toepaslike prosedure

Die vereiste oorsleutel met dié vorige. Onder toepaslike prosedure word verstaan dat die hof hom moet vergewis dat die voortsetting van litigasie by wyse van 'n groepsgeding die geskikte wyse vir die beregting van die geskil daarstel. Onder die vereiste word in die Ontariese reg en die reg van die Verenigde State van Amerika verstaan dat groepsgedingvoering ander wyses van beregting moet uitsluit. Die hof moet dus ander gepaste wyses van litigasie opweeg en vergelyk met dié van groepsgedingvoering.³¹⁴ So byvoorbeeld, kan die hof in die geval van 'n aansoek van 'n vakbond om 'n geskil by wyse van 'n groepsgeding te voer teenoor meganismes vir geskilbeslegting deur die Wet op Arbeidsverhoudinge geskep, opweeg. Indien sodanige prosedure meer geskik is as dié van 'n groepsgeding, kan sertifisering op die grond geweier word.

1998: 45-46.

³¹² *Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd* 1973 AC 360 (HL): 379D soos aangehaal deur *Erasmus v Pentamed Investments (Pty) Ltd* 1982 (1) SA 178 (WLD): 183G.

³¹³ Sien bespreking 2.2 (hoofstuk 3) hierbo.

³¹⁴ Artikel 6(2)(f) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: 49, 92; Republiek van Suid-Afrika 1995: 67-68; Hurter 1997: 322-323.

Hierdie vereiste moet, aldus die Kommissie eerder wyd geïnterpreteer word en sluit ook die beoordeling van regshulp aangevra teenoor die gebruik van die prosedure, in. Indien sodanige regshulp, byvoorbeeld die verhaal van skade relatief klein teenoor die moeite en koste blyk te wees, behoort die hof nie litigasie te sertifiseer nie.³¹⁵

(d) Vereisde kennisgewing

Daar is reeds in vorige hoofstuk gewys op die doelmatigheid om onder die hoof tussen kennisgewing aan die groep en kennisgewing van die groep te onderskei. Eersgenoemde kennisgewing het ten doel om die lede van die groep van die bestaan van litigasie in kennis te stel terwyl laasgenoemde weer, die verteenwoordiger in die groepsgeding van voorneme van individuele groepslede verwittig. Vir doeleindes van hierdie hoofstuk word hierdie onderskeid weer gebruik.

(i) Kennisgewing aan die groep

Uit die voorafgaande besprekings blyk dit dat groepsgedingvoering 'n wyse van verteenwoordigde litigasie daarstel. Dit beteken dat die verteenwoordiger die belange van alle lede van die groep in hulle afwesigheid, behartig. Gevolglik bind die handeling van die verteenwoordiger elkeen van die ingeslote lede. Derhalwe is die gee van kennis, naas sertifisering sekerlik een van die belangrikste aspekte van groepsgedingvoering. Kennisgewing aan die groep het 'n tweeledige doel. Eerstens kommunikeer dit die bestaan van litigasie aan die lede van die groep en bied sodoende 'n geleentheid aan individuele lede om hulle van die bestaan van litigasie uit te sluit. Sodoende word verseker dat die vereistes betreffende prosedurele geregtigheid nagekom en die konstitusionaliteit van litigasie gewaarborg.³¹⁶ Veral laasgenoemde, soos uit die vorige hoofstuk blyk het tot die herskrywing van die reël 23 gelei.

Kennisgewing aan die groep word ook as deel van die sertifiseringsaansoek hanteer. Waar aan die vereistes vir sertifisering voldoen is, moet die hof oorweging aan 'n gepaste wyse van kennisgewing gee. Artikel 8(1) van die konsepwet bepaal dat die hof

³¹⁵ De Vos 1996: 650; Hofmeyr 1995: 5.

³¹⁶ Republiek van Suid-Afrika 1998: vii; Republiek van Suid-Afrika 1995: v, 42. Sien ook *McQuoid-Mason et al* 1997: 323-324.

in 'n sertifiseringsaansoek die gee van kennis aan lede van die groep, die vorm daarvan en wyse van kommunikasie moet oorweeg.³¹⁷

Die strekking van die artikel is dat die hof ook geen kennis kan gelas. Dit beteken dat die hof eerstens, met oorweging van alle relevante faktore, moet bepaal of enige vorm van kennisgewing wel nodig is.³¹⁸ Indien die hof wel bevind dat kennisgewing gepas is, moet oorweging aan die vorm en wyse daarvan gee word. In die oorweging hiervan moet die hof veral op die volgende faktore let: (a) die mate waartoe lede van die groep benadeel kan word deur 'n uitspraak in die geding waarvan hulle nie kennis gedra het nie; (b) die omvang van die groep; (c) die algemene vlak van opvoeding en ontwikkeling van die groep; (d) die gemak waarmee individuele lede van die groep geïdentifiseer kan word; (e) die regshulp wat aangevra word; (f) die grootte van elke individuele lid se eis by monetêre regshulp; (g) moontlike probleme wat individue van die groep mag ondervind by die afdwing van individuele aksies; en (h) enige ander relevante faktor.³¹⁹

(ii) Kennisgewing van die groep

Indien die hof kennisgewing gelas, moet sodanige vorm van kennisgewing ook die wyse hoe lede hulle voornemens betreffende die voorgestelde litigasie moet kommunikeer, omskryf. Die konsepwet veroorloof beide die gebruik van die intree-kennisgewing (opt-in) en uittree-kennisgewing. Eersgenoemde veronderstel dat lede van die groep skriftelike kennis om deel van die litigasie te vorm, gee. Lede wat nie sodanige kennisgewing binne die voorgeskrewe tyd gee nie, word dus van litigasie en die gevolge daarvan uitgesluit.³²⁰ Hierdie wyse van kennisgewing veronderstel dat lede oor die kennis en vermoë moet beskik om die voorgestelde litigasie te beoordeel en aan die hand daarvan, te besluit of hulle deel van sodanige litigasie wil vorm of nie. Hierdie tipe

³¹⁷ Artikel 8(1) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: 52-53, 94; Republiek van Suid-Afrika 1995: 41, 71, 76-77. Sien ook Hurter 1997: 320; De Vos 1996: 648; Hurter 1996: 444.

³¹⁸ Die aanbeveling dat die hof geen kennis kan gelas waar die hof tot 'n bevinding kom dat die groep wesentlik benadeel word deurdat die groep gebind word aan 'n aksie waarvan hulle nie bewus was nie, is vreemd. Die artikel behoort eerder te lees dat waar die groep wesentlik benadeel word indien die bestaan van die aksie nie aan hulle gekommunikeer is nie, die hof kennis aan sodanige lede moet gelas. Waar die groep nie benadeel word deur die feit dat die aksie nie aan hulle gekommunikeer word nie, kan die hof gelas dat kennis nie 'n vereiste is nie. Zimbabwe Law Development Commission 1995: 1; Republiek van Suid-Afrika 1998: 58-59.

³¹⁹ Artikel 8(2) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: 53, 94, 96. Sien ook Republiek van Suid-Afrika 1995: 71, 76-77 en Hurter 320-321.

³²⁰ Artikel 8(3) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: vii, 59, 77, 96.

besluit kan veral 'n probleem wees waar die groep uit persone bestaan wat om die een of ander rede nie in staat is om die tipe van besluit te neem en as gevolg daarvan nie tot litigasie kan toe tree nie. Die hof moet gevolglik in die oorweging van die tipe van kennisgewing veral ag slaan op die algemene vlak van opvoeding van die groep.³²¹

Die voordeel van intree-kennisgewing is dat lede van die groep kennis gee om deel van litigasie te wees. Dit stel op sy beurt weer die hof, en veral die verweerder, in staat om die presisie omvang van die groep asook hulle eise vas te stel. Tog beveel die Kommissie aan dat hierdie wyse van kennisgewing alleen in die volgende uitsonderlike omstandighede gelas word: (a) waar die lede van die groep wesenlik benadeel kan word deur 'n bevel van die hof wat nooit onder hulle aandag gekom het nie of (b) die omvang van individuele eise groot genoeg is om potensiële lede van die groep te motiveer om self litigasie in te stel.³²²

Die uittree-kennisgewing aan die anderkant, veronderstel dat lede wat nie deel van die voorgestelde litigasie wil vorm nie, kennis tot dien effekte gee. Indien 'n lid van die groep dus in sodanige geval geen kennis gee nie word hy daarby ingesluit.³²³ Die kritiek hierbo teen intree-kennisgewing geopper, is ook op uittree-kennisgewing van toepassing – ongesofistikeerde lede van die groep kan deur 'n bevel van die hof gebind word op grond daarvan dat hulle nie oor die kennis en vermoë beskik het om hulself daarvan uit te sluit nie. Hierdie wyse behoort egter, soos deur die Kommissie voorgestel, die reël daar te stel. Sodoende word verseker dat persone wat nie oor die kennis en/of die vermoë beskik om 'n waarde-oordeel oor litigasie te vel, of persone wat bloot as gevolg van vergeetagtigheid nie kennis gee om ingesluit te word nie, wel deel van litigasie vorm.³²⁴ Tog moet die hof hier veral waak waar die gevaar van 'n kostebevel bestaan.

Hierbo is ook reeds daarop gewys dat die hof in gepaste omstandighede geen kennisgewing kan gelas nie. Geen kennisgewing bied egter die probleem dat lede van 'n groep deur die bevel van 'n hof gebind kan word sonder dat hulle ooit kennis daarvan gedra het wat weer op sy beurt tot bepaalde onbillikhede kan lei. Ten einde hierdie tipe onbillike gevolge te vermy, beveel die Kommissie aan dat die hof lede van die groep van

³²¹ Republiek van Suid-Afrika 1998: 59-60; Republiek van Suid-Afrika 1995: 42-43.

³²² Republiek van Suid-Afrika 1998: 59-60; Republiek van Suid-Afrika 1995: 42-43.

³²³ Artikel 8(3) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: vii, 59, 77, 96.

³²⁴ Republiek van Suid-Afrika 1998: 59-60; Republiek van Suid-Afrika 1995: 42-43.

die werking van die bevel kan uitsluit.³²⁵ Die Transvaalse Provinsiale Afdeling³²⁶ ondersteun die aanbeveling. Gevolglik is artikel 10(3) tot die konsepwet bygevoeg. Die artikel bepaal dat lede van die groep van die werking van die uitspraak uitgesluit kan word waar die hof, na die oorweging van die faktore gestel vir die vorm en wyse van kennisgewing, tot die gevolgtrekking kom dat sodanige lede litigasie, waarvan hulle nie bewus was, benadeel is. Hierdie bepaling is soortgelyk aan die van verteenwoordigende litigasie wat van nog sertifisering of kennisgewing gebruik maak. Reël 12(5) van die *Rules of the Supreme Court* bepaal dat 'n persoon teen wie 'n bevel verleen is, op aansoek van die werking van die uitspraak vrygestel kan word. Die reël vereis egter buitengewone omstandighede as vereiste vir die toestaan van so 'n aansoek.³²⁷

Voorts moet ook op die werking van die Grondwet wat aan elke persoon toegang tot 'n geregshof waarborg, gelet word.³²⁸ Sou litigasie dus namens persone ingestel word sonder kennis en hulle later deur die daaropvolgende negatiewe uitspraak gebind word, kan dit 'n saak vir die skending van die fundamentele regte uitmaak.³²⁹ Die gevolglike invoeging daarvan kan dus die probleem effektief aanspreek.

(iii) Gevolgtrekking

Vir doeleindes van dié hoof, die volgende slotopmerkings ten opsigte van kennisgewing. Kennisgewing veronderstel eerstens dat die oorweging of kennis wel 'n vereiste is. Kennis behoort 'n vereiste te wees indien die belange van die groep nadelig geraak word deur die feit dat die bestaan van litigasie nie aan hulle gekommunikeer is nie. Geen-kennisgewing behoort ook die absolute uitsondering op die reël te vorm.³³⁰

³²⁵ Republiek van Suid-Afrika 1998: vii.

³²⁶ Die voorstel lui as volg: "Indien enige lid van die groep nadat vonnis reeds ten gunste van die groep gegee is, aan die hof bewys lewer dat hy geen kennis van die groepsgeeding gedra het nie, kan die hof op aansoek deur so 'n lid gelas dat die vonnis nie bindend op daardie lid van die groep is nie." 1995: 7.

³²⁷ Hofreël 12(5) Ordinansie 15 van die *Rules of the Supreme Court* wat bepaal: "Notwithstanding that a judgment or order to which any such application relates is binding on the persons against whom the application is made, the person may dispute liability to have the judgment or order enforced against him on the ground that by reason of facts or matters particular to this case he is entitled to be exempted from such liability."

³²⁸ Artikel 34 van Wet 108 van 1996.

³²⁹ De Vos 1996: 647-648; 654-655; Hofmeyr 1995: 3; Transvaalse Provinsiale Afdeling 1995: 3.

³³⁰ Sien ook Hofmeyr 1995: 4-5.

Indien die hof bevind dat kennisgewing nodig is, moet die hof oorweging skenk aan die vorm en wyse van kennisgewing. In die bepaling van laasgenoemde moet die hof hom veral laat lei deur die faktore soos uiteengesit in die konsepwet. Individuele kennisgewing is die ideaal, maar kan, soos reeds uit die bespreking van reël 23 blyk, litigasie in bepaalde gevalle lamlê. Sou die vereiste van individuele kennisgewing die gevolg inhou dat een of ander vorm van ongeregtheid teenoor die saak van die groep geskied, moet die hof 'n ander gepaste wyse van kennis oorweeg. Hier kan die reëls rakende vervangende betekening moontlik van hulp wees.³³¹

Ten opsigte van die vorm van kennisgewing behoort die voorbeeld van die *Class Proceedings Act* nagevolg te word deurdat die inhoudelike daarvan omskryf word. So behoort byvoorbeeld voorsiening gemaak te word dat die kennisgewing die aard van die verrigtinge en regshulp aangevra, omskryf. Voorts behoort dit ook die name en adresse in te sluit van persone wat as verteenwoordigers aangestel is en persone teen die gevolge van insluiting of uitsluiting te waarsku. So 'n kennisgewing behoort ook aan lede die geleentheid te bied om self aan die verrigtinge deel te neem.³³² Die inligting vervat in sodanige kennisgewing behoort ook voldoende inligting te bevat om individue in staat te stel om 'n waardebeplanning van die litigasie te maak en aan die hand daarvan, 'n besluit rakende toetreding of uitsluiting daarvan te maak.

(e) Gepaste bevele

By onstentenis van enige omskrywing van gepaste bevele in 'n sertifiseringsaansoek, word veronderstel dat die hof die aansoek voorwaardelik of onvoorwaardelik kan toestaan of van die hand wys. Onvoorwaardelik toestaan veronderstel dat die hof dit as 'n groepsgeleding sertifiseer en die nodige bevele vir die voorsetting van litigasie omskryf. Die konsepwet maak verder voorsiening vir die voorwaardelike sertifisering van litigasie onderworpe aan die verkryging van finansiering vir regshulp van die Regshulpraad. Die hof kan ook gelas dat waar sodanige befondsing plaasgevind het, 'n persentasie van die skade verhaal, aan die Regshulpraad oorbetaal word.³³³

³³¹ Sien reël 4(2) saamgelees met 5(2) van die Eenvormige Hofreëls in die verband.

³³² Sien 2.4.1 van Hoofstuk 3 hierbo.

³³³ Artikel 11(2) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: ix, 70. Sien 4.3.3.4.2 van hierdie hoofstuk hieronder.

Dit beteken dat die hof of die aansoek kan toestaan of van die hand wys. Waar die hof die aansoek toestaan, behoort die bevel na analogie van die *Class Proceedings Act* en die vereistes vir sertifisering hierbo uiteengesit ook die volgende gegewens te bevat: (a) die naam van die verteenwoordiger van die groep; (b) die wyse en vorm van kennisgewing aan en van die groep; (c) uitwysing van gemeenskaplike kwessies vir gemeenskaplike beregting; (d) toepaslike prosedure asook opdragte aan die verteenwoordigers van die groep; asook (e) aanwysing van die hof wat litigasie moet bereg.

Waar die hof sou weier om die litigasie te sertifiseer, is sodanige bevel aan appèl onderworpe. Hierdie appèl kom in die eerste plek die verteenwoordiger van die groep toe. Sou die verteenwoordiger egter versuim om appèl aan te teken, staan dit enige belanghebbende party vry om self met die appèl voort te gaan.³³⁴

4.3.2 Groepsgedingvoering

(a) Prosedure

Artikel 9(1) van die konsepwet bepaal dat die verhoorhof die prosedure vir die reëling van litigasie moet voorskryf. Die hof moet voorts ook gemeenskaplike geskilpunte vir beregting uitwys, asook waar nodig, individuele geskilpunte. Waar die hof individuele geskilpunte uitwys, moet die hof ook 'n prosedure vir die beslegting daarvan daarstel. Individuele geskilpunte word aldus artikel 10(1) van die konsepwet na afloop van gemeenskaplike geskilpunte aangehoor. Die hof kan ook gelas dat, ander litigasie wat op dieselfde geskilpunte gebaseer is, gekonsolideer word.³³⁵

(b) Bewys van skade

In navolging van die *Class Proceedings Act*, stel die Kommissie voor dat skade in groepsgedingvoering individueel of kollektief bewys kan word.³³⁶

³³⁴ Artikel 6(6) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: 80, 92.

³³⁵ Artikel 10(2); Republiek van Suid-Afrika 1998: 98, 99; Republiek van Suid-Afrika 1995: v, 43-44. Sien ook McQuoid-Mason *et al* 1997: 324.

³³⁶ Artikels 9(1)(d) en 10(1) en (2) van die Konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: 64-65; 98, 99; Republiek van Suid-Afrika 1995: v, 43-44 en 47. Sien ook McQuoid-Mason *et al* 1997: 324.

(i) Individuele bewys van skade

Individuele bewys van skade volg gewoonlik na beregting van die gemeenskaplike geskilpunte. Dit staan individue dus na afloop van die verrigtinge vry om self skade te bewys. Die hof kan in die proses 'n kommissaris aanstel om hom in hierdie taak by te staan. Die kommissaris hoor die aansoeke van individuele persone aan en doen daarna aan die hof verslag. Aan die hand van die verslag kan die hof dan 'n bedrag skadevergoeding vir verdeling toeken.³³⁷

Die hof behoort ooreenkomstig artikel 9(1)(a) van die konsepwet ook die nodige prosedure vir die aanhoor en beregting van skadevergoedingseise neer te lê. Hierdie prosedure behoort, aan die hand van die *Class Proceedings Act*, voorsiening te maak vir die gebruik van eisvorms. Voorts behoort die konsepwet ook die gebruik van 'n mindere vorm van bewyslas te veroorloof. Laastens moet die prosedure vir die spoedige en billike beregting van die geskil verseker.

(ii) Kollektiewe bewys van skade

Die hof kan die kollektiewe of gesamentlike bewys van skade gelas. Hierdie wyse is gewoonlik gepas waar lede van die groep en die bedrag skade gely, redelik maklik bepaalbaar is. Die hof kan ook in so 'n geval 'n kommissaris aanstel. Die kommissaris moet die totale omvang van die skade vasstel en aan die hof terugrapporteer. Die kommissaris kan ook aanbevelings ten opsigte van individuele skade maak. Die hof is nie gebonde aan so 'n aanbeveling nie en kan gevolglik enige aanbeveling hersien.³³⁸

Waar skade kollektief bewys word, is dit noodsaaklik dat 'n hof, saam met die toekenning, ook 'n bevel gee ten aansien van die betaling van sodanige toekenning aan individuele lede van die groep.³³⁹

³³⁷ Hierdie verslag is onderworpe aan die hersieningsbevoegdheid van die hof. Republiek van Suid-Afrika 1998: viii, 63. Sien ook McQuoid-Mason *et al* 1997: 324.

³³⁸ Artikel 9(1), 13(1), (2) en (3) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: viii, 63-64, 96-99 en 100; Republiek van Suid-Afrika 1995: 48.

³³⁹ Artikel 9(1) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: viii, 63-64, 96-99.

(iii) Gevolgtrekking

Die bepalings ten opsigte van die bewys van skade is relatief skraal. Die benadering is moontlik 'n poging om hierdie aspek vir soepel hantering deur die hof oop te laat. Die probleem, soos uit reël 23 blyk, het talle praktiese probleme met regsonsekerheid tot gevolg. Die *Class Proceedings Act* daarenteen, staan twee artikels aan die bewys en verdeling van skadevergoeding af. Hierdie artikels, soos uit die vorige hoofstuk blyk, reël effektief die bewys en verdeling daarvan. Hierdie Wet veroorloof die hof verder om van 'n mindere bewyslas gebruik te maak en ook bevele te maak ten opsigte van die spoedige en goedkoop afhandeling van die proses. Oorweging word veral geskenk aan die herskryf van die kollektiewe bewys van skade om bepaalde prosedures, soos die gebruik van 'n mindere bewyslas te veroorloof en tydsraamwerke in te bou. In die oorweging hiervan, kan analoë bepalings van die Insolvensiewet (24 van 1936) en die Maatskappywet (61 van 1973) betreffende die bewyse van eise by insolvensie en likwidasië gegee word.³⁴⁰ Laasgenoemde twee prosedures maak spesifiek vir tydsraamwerke en kennisgewing voorsiening. By gebrek aan die behoorlik regulering hiervan, behoort die reëls van trustreg toepassing te vind. Dit beteken dat enige bedrag verhaal in 'n spesiale trustrekening geskep vir daardie doel, betaal word. Die gelde in die rekening word dan deur 'n trustee soos deur die hof aangestel, bestuur. Die hof behoort ook voorts riglyne vir die bestuur, uitbetaling en hantering van enige restante bedrag neer te lê. Ten einde hierdie tipe van omslagtige proses te vermy, behoort die konsepwet gevolglik riglyne vir die hantering van die aspek te bevat. Laastens behoort voorsiening gemaak te word vir die hantering van 'n restant uit die toegekende bedrag.

(c) Skikking en staking van litigasie

In gewone konvensionele litigasie kan die party wat die saak aanhangig gemaak het, dit te eniger tyd voor dit vir verhoor op die rol geplaas word, terugtrek. Daarna kan 'n saak slegs met toestemming van die partye of die hof teruggetrek word. Hoewel die hof oor 'n diskresie beskik om die terugtrekking te weier, word dit selde uitgeoefen.³⁴¹ Terugtrekking of skikking in 'n groepsgeeding raak egter alle verteenwoordigde lede. Gevolglik vereis die konsepwet, netsoos reël 23 en die *Class Proceedings Act*, dat

³⁴⁰ Sien ook bespreking onder 3.3.1.1 (hoofstuk 5) hieronder.

³⁴¹ Reël 41(1)(a) van die Eenvormige Hofreëls; Erasmus 1997: B1-302. Sien ook Republiek van Suid-

groepslitigasie alleen met tussenkoms van die hof geskik of gestaak kan word. Die toets vir goedkeuring behoort ook die skikking of die staking in die beste belang van die groep te wees.³⁴²

(d) Uitspraak in 'n groepsgeding

Enige uitspraak gelewer ten opsigte van 'n groepsgeding, bind alle verteenwoordigde lede. Die hof het egter 'n diskresie om lede van die groep uit te sluit indien sodanige lede weselik deur die uitspraak benadeel word en die bestaan daarvan nooit aan hulle gekommunikeer is nie.³⁴³

(e) Appèlle

Die Suid-Afrikaanse siviele prosesreg maak voorsiening vir appèlle teen finale bevel van die hof. Dit laat die vraag ontstaan of 'n appèl teen 'n bevel vir die sertifisering van litigasie as 'n groepsgeding moontlik is. Die Kommissie voer die argument aan dat sertifisering van 'n groepsgeding, netsoos dié by die verlening van 'n tussentydse interdik, voorlopig is. Gevolglik behoort hierdie bevel nie aan appèl onderhewig te wees nie. Sodoende word gepoog om 'n lang en uitgerekte tussentydse verhoor wat alleen tot voordeel van die respondent strek, te verhoed.³⁴⁴ Gevolglik is alleen die nie-sertifisering van die aksie aan appèl onderworpe. Hierdie appèl berus in die eerste instansie in die hande van die verteenwoordigers. Alleen waar sodanige persone versuim om appèl aan te teken, kan 'n ander belanghebbende party daarmee voortgaan.³⁴⁵

Hoewel die argument deur die Regskommissie hierbo aangevoer, tegnies korrek blyk te wees, het daar in die afgelope paar jaar 'n verslapping in die reël ingetree. So is byvoorbeeld in *Baptista v Stadsraad van Welkom*³⁴⁶ beslis dat 'n uitspraak op die 'meriete gedeelte' van 'n geding, 'n verklarende bevel is en dat dit 'n appelleerbare

Afrika 1998: ix, 75, 77, 102; Republiek van Suid-Afrika 1995: 72.

³⁴² Sien ook artikel 14 van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: ix, 75, 77, 102; Republiek van Suid-Afrika 1995: 72. Sien ook De Vos 1996: 653.

³⁴³ Artikel 10 (3) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: 98, 99.

³⁴⁴ Republiek van Suid-Afrika 1998: 77-80.

³⁴⁵ Republiek van Suid-Afrika 1998: 77-80.

³⁴⁶ 1996 (2) SA 517 (OPA).

uitspraak of bevel daarstel. Die rede hiervoor is dat sodanige bevinding 'n finale en beslissende effek op die geding tussen die partye het.³⁴⁷

Die argument het dus die strekking dat 'n bevel vir sertifisering in effek finaal is. Gevolglik is dit dan ook aan appèl onderworpe. Indien die Regskommissie dus 'n lang en uitgerekte appèl wil vermy, sal dit wys wees om 'n artikel soortgelyk aan artikel 6(6) van die konsepwet in te bou. Laasgenoemde artikel bepaal dat die weiering om litigasie as 'n groepsGEDING te sertifiseer aan appèl onderhewig is. Na analogie hiervan behoort die voorgestelde artikel te lees dat 'n sertifiseringsbevel nie aan appèl onderhewig is nie. 'n Vraag wat egter ontstaan is of dié tipe van beskerming billik is teenoor die respondent. In die beantwoording hiervan moet die hof hom veral deur billikheidsoorwegings laat lei.

4.3.3 Algemene bepalings

(a) Die rol van die hof

Die Kommissie beveel aan dat howe 'n wye diskresie moet geniet om 'n groepsGEDING te bestuur.³⁴⁸ GroepsGEDINGprosedure is 'n uitsondering op die akkusatoriese grondslag van die Suid-Afrikaanse reg. Hier is dit nie 'n stryd tussen twee partye waar die voorsittende beampte die rol van arbiter vervul nie. Dit is 'n prosedurele hulpmiddel wat litigasie by wyse van verteenwoordiging veroorloof. Gevolglik kan etlike duisende persone daardeur verteenwoordig word en besluite van 'n verteenwoordiger of tot hulle voordeel of nadeel strek. In die proses moet die hof 'n dubbele rol vervul: eerstens die van arbiter en tweedens die van beskermmer van die verteenwoordigde lede. Die hof is gevolglik in die rol van 'n bestuurder van groepslitigasie.³⁴⁹

(b) Desertifisering

Die hof kan na sertifisering van litigasie 'n bevel tot desertifisering gee. So 'n bevel kan *mero motu* of op aansoek van 'n belanghebbende party geskied. 'n Bevel vir

³⁴⁷ Die hof het in veral gesteun op *SA Eagle Versekeringsmaatskappy Bpk v Harford* 1992 (2) SA 786 (A).

³⁴⁸ Republiek van Suid-Afrika 1998: 52.

³⁴⁹ De Vos 1996: 653; De Vos 1984: 8. Sien ook Dickerson 1998: 1-3.

desertifisering geskied waarskynlik waar een van die vereistes vir sertifisering sou wegval.³⁵⁰

(c) Prosedure

Die magtiging van groepsgedinge kon, of by wyse van wetgewing, of 'n hofreël geskied. Groepsgedingvoering is egter, behalwe vir konstitusionele litigasie, redelik onbekend aan die Suid-Afrikaanse reg. Veroorlowing deur 'n hofreël, het aldus die Suid-Afrikaanse Regskommissie bepaalde vrae oor die konstitusionaliteit van die prosedure geplaas. Gevolglik het die Kommissie op statutêre reëling daarvan besluit. Die reëling van geskikte prosedure binne sodanige Wet, word aan die diskresie van die howe oorgelaat.³⁵¹ Sodoende word die howe in staat gestel om praktiese probleme, soos die verdeling van skade en kennisgewing te reguleer, en waar nodig, gepaste wysigings aan te bring. Dit is egter belangrik dat die bewoording van die konsepwet gewysig word om konsekwentheid te weeg te bring, veral ten opsigte van die verdediging van litigasie. Voorts behoort kennisgewing aan en van lede behoorlik omskryf te word om sodoende probleme, soos die van reël 23 te vermy.

(d) Koste

(i) Inleiding

Koste rondom die voer van groepsgedinge is sekerlik van die grootste probleme wat ervaar word deur verteenwoordigers in groepsgedingvoering. Tesame met die gevaar van kostebevele aan die einde van die geding, behoort dit enige verteenwoordiger ernstig voor groepslitigasie te laat besin. Die vorige hoofstuk het twee benaderings ten opsigte van die probleem uitgewys, naamlik (a) 'n stelsel waar geen kostebevele die absolute uitsondering op die reël is soos die van Verenigde State en British Columbia, en (b) die Ontariëse-model waar kostebevele in uitsonderlik omstandighede nie toegestaan word nie.³⁵²

³⁵⁰ Sien 4.3.1.3 hierbo; Republiek van Suid-Afrika 1998: vii, 49-50.

³⁵¹ Republiek van Suid-Afrika 1998: vii, viii, 51-52; Republiek van Suid-Afrika 1995: 62. Sien ook De Vos 1996: 643.

³⁵² Sien 2.9.5 en 3.2.3.5 van hoofstuk 3 hierbo.

Die verloorder hier te lande betaal gewoonlik die koste van beide partye. Voorts kan 'n hof ook die stel van sekuriteit vir koste gelas.³⁵³ Laasgenoemde vereistes, stel hindernisse in die weg van enige voornemende litigante in 'n groepsgeding. Hierdie probleem is des te meer 'n realiteit vir 'n ideologiese eiser, wat namens ander moet ageer. Ten einde die situasie aan te spreek en die effektiewe gebruik van groepsgedinge in Suid-Afrika te verseker, doen die Kommissie sekere alternatiewe aan die hand. Hierdie alternatiewe vereis nadere toeligting.

(ii) **Gesamentlike bydrae**

Die konsepwet maak voorsiening vir 'n bevel van die hof tot dien effekte, dat lede van die groep wat kennisgewing van insluiting gee, tot die finansiering van die geding moet bydra en, waar nodig, sekuriteit vir koste stel.³⁵⁴ Die veronderstelling is dus dat lede van die groep kennisgewing van die voorgestelde litigasie ontvang. Hierdie kennisgewing behoort intree-kennis aan die kant van groepslede te vereis en moet groepslede daarop wys, dat sou hulle by die litigasie aansluit, hulle tot die finansiering daarvan moet bydra. In geval van stel van sekuriteit, moet groepslede ook daarop gewys word. Die vorm van kennisgewing kan gelyk gestel word aan 'n kontraktuele beding om tot kostes by te dra en beteken dus dat die omvang van die lid se bydrae bepaald of bepaalbaar moet wees.³⁵⁵

(iii) **'n Groepsgedingfonds**

'n Groepsgedingfonds is 'n 'derde-party'-fonds vir die finansiering van groepsgedinge. Die aanvanklik voorstel vir die skepping van so 'n fonds was op die Ontario *Class Proceedings Fund* soos bespreek in die vorige hoofstuk, gebaseer.³⁵⁶ Die doel van die fonds is tweeledig, naamlik die finansiering van groepsgedinge en die vrywaring van die verteenwoordiger van enige kostebevele. In ruil vir die bystand onderneem die verteenwoordiger weer om in die geval van suksesvolle litigasie noodsaaklike uitgawes asook 'n persentasie van die skade verhaal, aan die fonds terug te betaal.³⁵⁷ Hierdie

³⁵³ Republiek van Suid-Afrika 1995: v, 49. Sien ook De Vos 1996: 650, 651.

³⁵⁴ Artikel 11(2)(b) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: ix, 70, 98-101.

³⁵⁵ De Wet en Yeats 1978: 83-84.

³⁵⁶ Sien 2.9.5.1.1 van hoofstuk 3 hierbo.

³⁵⁷ Republiek van Suid-Afrika 1998: 73-74; Republiek van Suid-Afrika 1995: vi, 55-56. Sien ook Hurter 1997: 321; McQuoid-Mason *et al* 1997: 324; De Vos 1996: 651; Hurter 1996: 445.

fonds is in effek dus 'n regshulpgebeurlikheidsfonds met die spesifieke oogmerk om groepsgedinge te befonds.

Die konsepwet soos vervat in die werkstuk bepaal dat die fonds gefinansier word deur gelde deur die parlement bewillig, bydraes voortspruitend uit suksesvolle groepslitigasie, inkomstes deur beleggings deur die fonds gemaak, gelde deur die publiek geskenk of voorgeskiet en ander gelde wettig aan die fonds oorbetaal.³⁵⁸ Hoewel hierdie voorstel 'n redelike mate van steun geniet het onder kommentatore³⁵⁹ op die werkstuk, beveel die Kommissie aan dat die gelde beskikbaar vir Regshulp eerder geoptimaliseer word onder die vaandel van die Suid-Afrikaanse Regshulpraad. Gevolglik word die voorstel in die finale verslag laat vaar.³⁶⁰

(iv) Regshulp

Die Regshulpraad soos deur die Wet op Regshulp³⁶¹ ingestel, het ten doel om behoeftige persone in die verkryging van regshulp by te staan. Hoewel regshulp nie in dié Wet omskryf word nie, argumenteer die Kommissie dat die interpretasie daarvan, finansiering van groepsgedinge en skadeloostelling van verteenwoordigers kan insluit. Derhalwe beveel die Kommissie aan dat groepsgedingvoering eerder op hierdie wyse gefinansier word en laat vaar die aanvanklike voorstel vir die skep van 'n groepsgedingefonds.³⁶²

Kragtens artikel 11(3) van die konsepwet beskik die hof oor 'n diskresie om die oorbetalings van 'n bepaalde persentasie van skade verhaal, aan die Regshulpraad te gelas.³⁶³ Op hierdie wyse poog die Kommissie om die finansiering van groepsgedinge aantreklik vir die Regshulpraad te maak en word die fondse op 'n indirekte wyse as groepsgedingefonds aangewend.

³⁵⁸ Republiek van Suid-Afrika 1995: 78.

³⁵⁹ Vereniging van Advokate (OVS Afdeling) 1995: 8; Ook Hofmeyr is ten gunste van so 'n fonds maar voer aan dat die magte van die fonds beperk moet word. Aldus Hofmeyr moet die fonds alleen verantwoordelik wees vir die betaling van 'n kostebevel en die stel van sekuriteit. Die fonds sal dus nie aanspreeklik wees vir die betaal van regs-koste nie. Hierdie koste moet eerder gereguleer word in terme van 'n gebeurlikheidsgeldooreenkoms (Hofmeyr 1995: 5). So voer COSAB ook aan dat die bedrag verhaalbaar voortspruitend uit 'n gebeurlikheidsgeldooreenkoms beperk moet word (CASAB 1996: 1).

³⁶⁰ Transvaal Provinsiale Afdeling 1995: 1, 8; Republiek van Suid-Afrika 1998: 75; Van Zyl 1992: 313.

³⁶¹ Wet 22 van 1969. Sien ook Republiek van Suid-Afrika 1998: 74.

³⁶² Republiek van Suid-Afrika 1998: 74-75.

(v) Gebeurlikheidsgelde

'n Verdere wyse van befondsing is die sluit van 'n gebeurlikheidsgeldooreenkoms. Hiervolgens sluit die verteenwoordiger 'n ooreenkoms met die regsverteenvoorder tot dien effekte dat regskostes alleen betaalbaar in die geval van suksesvolle litigasie is. Die konsep was lank in Suid-Afrika verbode³⁶⁴ en is finaal beeindig met die inwerkingtreding van die Wet op Gebeurlikheidsgelde (Wet 66 van 1997).³⁶⁵ Hieronder word meer toeligting verskaf.

(A) Die konsep

Die Wet omskryf 'n gebeurlikheidsgeldooreenkoms as 'n ooreenkoms tot dien effekte dat die regspraktisyn³⁶⁶ nie op enige gelde vir dienste gelewer, geregtig sal wees tensy die kliënt in die verrigtinge ooreengekom, suksesvol is nie.³⁶⁷ Ten einde die ooreenkoms te sluit moet daar na die oordeel van die regspraktisyn redelike vooruitsigte bestaan dat sy of haar kliënt suksesvol in litigasie sal wees. 'n Regspraktisyn behoort dus in die oorweging en advisering van die kliënt eerstens die meriete van die beplande litigasie te

³⁶³ Republiek van Suid-Afrika 1998: 100, 101.

³⁶⁴ Die Placaat van 20 Augustus 1551 poog om 'n kode vir regspraktisyns daar te stel. Die placaat eindig deur uitdruklik deur die vorm van ooreenkoms te verbied: "...that he will make no agreement to share in the result of the actions ...". Sien ook Botha (1999: 42) waar hy aanvoer: "That is, however, not the position (die gebruik van gebeurlikheidsgeld ooreenkomste) in South Africa where such agreements are not allowed although it appears that in practice they are widespread."

³⁶⁵ Hoewel die Wet op 13 November 1997 gepromulgeer is, het dit eers op 23 April 1999 inwerking getree. Die lang vertraging tussen promulgasie en inwerkingtreding is te wyte aan die vereistes soos uiteengesit in artikel 3 en 7 van die Wet. Die artikels het oorlegpleging met die prokureurs- en advokaatberoep vereis waarna die Minister die vorm van die ooreenkoms in die Staatskoerant moes publiseer. Laasgenoemde vereiste is ook vir die inwerkingtreding van die Wet gestel. Artikel 3 van die Wet op Gebeurlikheidsgelde (Wet 66 van 1997). Sien ook McQuoid-Mason *et al* 1997: 320, 324.

³⁶⁶ Artikel 1 van die konsepwet omskryf 'n regspraktisyn as 'n praktiserende advokaat of prokureur. Daarenteen omskryf artikel 1 van die Wet op Gebeurlikheidsgelde 'n regspraktisyn as enige advokaat of prokureur. Die aanvanklike Konsepwet soos gepubliseer in die Werksdokument het die omskrywing beperk tot 'n prokureur. Die *ratio* daaragter was dat die prokureur verantwoordelik is vir die betaling van die advokaat. Gevolglik is dit dan ook nie nodig om die advokaat by die ooreenkoms in te sluit nie: Republiek van Suid-Afrika 1995: 54. Die moontlikheid dat advokate sonder die tussenkoms van 'n prokureur sake kan doen word in die toekoms voorsien. Die gevolglike uitbreiding van die definisie ten einde dit in tred te bring met die Wet op Gebeurlikheidsgelde is te verwelkom. Sien ook Paneel oor Sekuriteiteregulering 1996: 7; Vereniging van Advokate (OVS Afdeling) 1995: 8-9.

³⁶⁷ Die werking van die Wet herroep enige andersluidende bepaling van enige ander Wet of die gemene reg wat die sluit van so 'n ooreenkoms verbied. Artikel 2(1) van Wet 66 van 1997.

oorweeg en homself aan die hand van sy bepaalde kennis en vermoë te vergewis dat litigasie lewensvatbaar is.³⁶⁸

Die regspraktisyn moet verder ook sy kliënt adviseer oor moontlike ander wyses van finansiering en die implikasies daarvan verduidelik. Daarmee tesame moet die beginsels van 'n gebeurlikheidsgeldooreenkoms en 'n suksesfooi aan die kliënt verduidelik word en moet die kliënt ook op die gevaar van 'n kostebevel gewys word.³⁶⁹ Die vereistes onderstreep die noodsaaklikheid van 'n ingeligte besluit deur die kliënt. Advies met betrekking tot die sluit van die ooreenkoms moet dus van so 'n aard wees dat die regspraktisyn die aard en gevolge daarvan duidelik aan die kliënt kommunikeer, sodat hy in staat gestel kan word om aan die hand daarvan 'n ingeligte besluit te neem.

(B) Die ooreenkoms

Die Wet vereis die opskrifstelling van die ooreenkoms in die vorm deur die Minister in die Staatskoerant gepubliseer.³⁷⁰ Die ooreenkoms moet die volgende insluit: (a) 'n omskrywing van sukses of gedeeltelike sukses; (b) die omstandighede waaronder 'n suksesfooi betaalbaar is; (c) die bedrag betaalbaar of die wyse van die bepaling daarvan; (d) die gevolge van gedeeltelike sukses of voortydige beëindiging van die ooreenkoms; (e) die wyse waarop betalings namens die die kliënt aangegaan, hanteer word; (f) die wyse hoe met 'n verandering of aanvullende ooreenkomste gehandel word; en (g) die bepaling dat die kliënt binne 14 dae vanaf die datum waarop die ooreenkoms gesluit is, die reg sal hê om skriftelik kennis van terugtrede uit die ooreenkoms te gee.

Laasgenoemde is 'n afkoeltydperk en het ten doel om die kliënt 'n geleentheid te bied om te besin oor die wenslikheid van die sluit van so 'n ooreenkoms. Waar 'n kliënt besluit om ingevolge die bepaling terug te tree, is die regspraktisyn geregtig op alle gelde en uitbetalings ten opsigte van nodige of noodsaaklik werk gedurende die twee weke aangegaan. Sodanige uitgawes word op 'n prokureur- en kliëntgrondslag bereken.³⁷¹

³⁶⁸ Artikel 3(3) van Wet 66 van 1997.

³⁶⁹ Artikel 3(3) van Wet 66 van 1997.

³⁷⁰ Die regulasies soos vereis kragtens artikel 3(1)(a)(Wet 66 van 1997) is vervat Regulasie 547 van 23 April 1999.

³⁷¹ Artikel 3(3)(h) van Wet 66 van 1997. Die Wet op Kredietooreenkomste (Wet 75 van 1980) maak ook in artikel 13 voorsiening vir 'n soortgelyke bepaling. Die artikel maak voorsiening vir

Behalwe opskrifstelling, vereis die Wet dat die ooreenkoms mede-onderteken word deur die kliënt en prokureur (en waar toepaslik die advokaat). 'n Afskrif van die ooreenkoms moet ook op die dag van ondertekening aan die kliënt besorg word.³⁷²

Die vereistes hierbo omskryf, is gebiedend. Die Wet laat egter na om die gevolge van nie-nakoming daarvan te omskryf. Gevolglik is die implikasie daarvan dat die ooreenkoms *per se* ongeldig en onafdwingbaar is. Aldus Devenish³⁷³ beskik 'n hof egter oor die bevoegdheid om nie-nakoming te ratifiseer. In die uitoefening hiervan moet die hof hom laat lei deur oorwegings van geregtigheid en die doel van die Wet self. Hierdie doel sluit veral die bemagtiging van verbruikers tot regspleging in met gepaardgaande beskerming om uitbuiting te voorkom. Die vraag ontstaan egter of die gebrek ratifiseerbaar is. Gesien in die lig van die doel van die wetgewing behoort die gebrek ratifiseerbaar te wees om ook geregtigheid aan die regspraktisyn te laat geskied, veral waar laasgenoemde persoon reeds tyd en koste aangegaan het. Ratifisering behoort alleen te geskied met goedkeuring van die beroepsbeheerliggaam.³⁷⁴ Dit word gevolglik aan die hand gedoen dat hierdie leemte in 'n Wysigingswet aangespreek word.³⁷⁵

(C) Suksesfooi

Hierbo is reeds daarop gewys dat die Wet 'n regspraktisyn die hef van 'n suksesfooi veroorloof. Sukses moet kragtens artikel 3(3)(c) in die gebeurlikheidsgeldooreenkoms omskryf word. Hierdie omskrywing kan ook voorsiening maak vir die heffing van 'n fooi waar die aksie beperkte sukses behaal. Die suksesfooi betaalbaar in die geval van sukses word in artikel 2 omskryf as gelde gelyk aan of hoër as die normale gelde

terugtrekking uit 'n kredietooreenkoms gesluit op 'n ander plek as die normale besigheidsplek van die kredietgewer. Aldus die bepaling kan die kredietopnemer binne 5 dae na sodanige ondertekening deur middel van skriftelik kennis of afgelewer of per vooruitbetaalde geregistreerde pos van die voorneme kennis gee. Hierdie kennisgewing moet ook 'n bepaling bevat waarin teruggawe aangebied word.

³⁷² Artikel 3(1)(a) en artikel 3(4) van Wet 66 van 1997.

³⁷³ Devenish 1992: 228.

³⁷⁴ Artikel 5 verleen aan die Minister van Justisie die bevoegdheid om 'n ander liggaam aan te wys waar die persoon nie lid is van 'n beroepsliggaam nie. Kragtens Regulasie 546 van 23 April 1999 is vir doeleindes van die artikel, die liggame aangewys soos vervat in Bylae waarbinne die persoon praktiseer, aangewys.

³⁷⁵ Artikel 5(2) van die Wet op Kredietooreenkoms (Wet 75 van 1980) bepaal dat die vereistes soos voldoen in artikel 5(1) van die Wet (75 van 1980) uiteengesit is, nie bloot om daardie rede ongeldig is nie. Nie-nakoming van die vereiste is strafbaar met 'n boete (sien artikel 23 van die Wet (75 van 1980)). 'n Bepaling dat die ooreenkoms dus geratifiseer word met tussenkoms van die hof behoort die leemte aan te spreek. Oorweging behoort ook geskenk te word aan die strafbaarstelling van

verhaalbaar, met dien verstande dat sodanige gelde nie met 100% dié normale gelde oorskry nie. Sodanige fooi word gekwantifiseer in die geval van geldelike eise waar die suksesfooi nie 25% van die totale toegekende bedrag of enige ander bedrag deur die kliënt verkry, oorskry nie. Geen kostes mag ingesluit word in die berekening van die bedrag nie.³⁷⁶ Dit word aan die hand gedoen dat die moeilikheidsgraad van litigasie verband moet hou met die suksesfooi wat gehef word.

(D) Skikking

Artikel 4 van die Wet reël die posisie ten opsigte van skikking. Die artikel vereis dat 'n skikkingsaanbod waar 'n gebeurlikheidsgeldooreenkoms aangegaan is, alleen aangeneem kan word indien die regspraktisyn 'n beëdigde verklaring voorlê aan die hof wat die saak aanhoor. Waar die saak nog nie op die rol vir verhoor geplaas is nie, moet die verklaring aan die betrokke beroepsliggaam gemaak word.³⁷⁷ Die verklaring moet die volgende gegewens bevat: (a) die volledige bepalings van die skikkingsooreenkoms; (b) 'n beraming van die bedrag of ander inligting verkrygbaar indien die aangeleentheid op verhoor geneem sou word; (c) 'n beraming van die vooruitsigte op suksesvolle litigasie; (d) 'n vergelykende uiteensetting van die gelde betaalbaar aan die regspraktisyn in die geval van skikking en in die alternatiewe litigasie; (e) redes vir skikking; en (f) 'n verklaring dat bostaande aan die kliënt verduidelik is; die kliënt dit verstaan en dat hy dit aanneem.³⁷⁸

Die verklaring moet vergesel word van 'n beëdigde verklaring van die kliënt waarin vermeld word dat hy skriftelik van die bepalings van die skikking in kennis gestel is; sodanige bepalings aan hom verduidelik is en hy dit verstaan en aanneem. Die kliënt moet ook sy gevoel ten opsigte van die skikking uiteensit.³⁷⁹ Hierdie getuienis, behoort die hof in navolging van die posisie in Ontario in staat te stel om objektief oor die billikheid van die ooreenkoms te oordeel aan die hand van die toets soos geformuleer in *Dabbs v Sun Life Assurance Co of Canada*.³⁸⁰ Die toets veronderstel dat die hof na aanhoor van alle tersaaklike getuienis tot die gevolgtrekking kom dat die skikking redelik

nie-nakoming.

³⁷⁶ Artikel 2(2) van Wet 66 van 1997, Botha 1999: 42.

³⁷⁷ Artikel 4 van Wet 66 van 1997.

³⁷⁸ Artikel 4 van Wet 66 van 1997.

³⁷⁹ Artikel 5 van Wet 66 van 1997.

³⁸⁰ (1998) 40 OR (3d) 429 op 440; Eizenga *et al* 1999: par 9.16.

en in die beste belang is van die partye wat daardeur geraak word. Die onus rus op die partye wat aansoek doen vir goedkeuring van sodanige ooreenkoms en word by goedkeuring 'n bevel van die hof.³⁸¹

(E) Klagtes

'n Persoon wat 'n gebeurlikheidsgeldooreenkoms gesluit het, kan indien hy daardeur veronreg voel, 'n klagte by die relevante beroepsliggaam aanhangig maak. Hierdie liggaam kan die klagte aanhoor, sodanige ooreenkoms hersien, of ter syde stel waar bevind word dat dit onredelik of onbillik is.³⁸²

(F) Ander aspekte

Die Beroepsbeheerliggaam soos omskryf in die Wet en Regulasies word kragtens die Wet gemagtig om reëls te maak om uitvoering aan die bepalings van die Wet te gee.³⁸³ In die opstel van sodanige reëls behoort veral oorweging geskenk te word aan die daarstel van 'n prosedure waarin gronde vir die hersiening en skikking van gebeurlikheidsgeldooreenkomste daargestel word.

(G) Slotopmerking ten opsigte van gebeurlikheidsgelde

Die Wet op Gebeurlikheidsgelde het die weg gebaan na 'n nuwe bedeling betreffende die hantering van regskostes. Die vraag ontstaan of die Wet 'n werkbare alternatief vir regshulpgeld bied. As gekyk word na die ondervinding in die Verenigde State bestaan daar twyfel:

[A] contingent ... lawyer confronted with a new client, has to look at it in the following way. Should I undertake this enormous burden for three to six or eight years without getting paid? There are other ways he could spent his time, where he can get paid on a current basis to pay overhead, to pay personal expenses and to invest the monies as the

³⁸¹ Artikel 4(3) van Wet 66 van 1997. Sien ook 2.9.4 (hoofstuk 3) hierbo.

³⁸² Klagtes ingevolge 'n ooreenkoms aangegaan met 'n regspraktisyn nie lid van 'n beroepsbeheerliggaam nie, moet verwys word na 'n persoon deur die Minister aangewys in die Staatskoerant. Sien artikel 5 van Wet 66 van 1997.

³⁸³ By onstentenis van so 'n liggaam, kan die Reëlsraad (ingestel kragtens die Wet op die Reëlsraad vir Geregshowe (Wet 107 van 1985) reëls uitvaardig om die posisie te reël waar die praktisyn nie

monies are produced. But in this kind of case, you're making a long term commitment in a high risk situation without any assurance of recovery. I consider this a very high risk...³⁸⁴

Wanneer hierdie beginsels op groepsgeledingvoering van toepassing gemaak word, word dit sterk betwyfel of die gemiddelde Suid-Afrikaanse regspraktisyn, die koste van litigasie wat moontlik oor etlike jare heen kan strek, vir eie rekening neem. Trouens kan die vraag gestel word hoeveel regspraktisyne oor die finansiële vermoë beskik om sodanige litigasie te finansier. Die enigste alternatief is die gesamentlike befondsing van litigasie met behulp van die Regshulpraad. Die gevaar is egter die versnippering tussen die twee instansies van enige skade verhaal met die gevolg dat litigasie aan die einde nie lewensvatbaar is nie.

(vi) Ander moontlikhede

In die vorige hoofstuk is gewys op die Ontariëse beslissing van *Nantais v Telectronics*.³⁸⁵ Hier het 'n belegger fondse tot beskikking van die groep gestel op voorwaarde dat dit terugbetaalbaar is in geval van sukses. Die hof het beslis dat die ooreenkoms toelaatbaar is op grond daarvan dat die belegger nie 'n direkte belang in litigasie verkry het nie. Die vraag ontstaan of 'n soortgelyke ooreenkoms in Suid-Afrika toelaatbaar is.

In die beantwoording daarvan kom die gemeenregtelike *pactum de quota litis* ("'n ooreenkoms oor 'n aandeel in die opbrengs van die geding vir iemand wat nie die eiser in die saak is nie"³⁸⁶) ter sprake. Ter beantwoording van die vraag moet ten aanvang bepaal word of die ooreenkoms 'n toelaatbare of ontoelaatbare *pactum de quota litis* is

³⁸⁴ aan 'n beroepsbeheerliggaam behoort nie. Sien artikel 5 van Wet 66 van 1997.
en verder betreffende groepsgeleding: "The risk [in a class action case] is very, very high. ... The investment ... is enormous for most firms practicing in the field. ... It's enormous because not only do you have out-of-pocket expenses, but you also have to feed an overhead without being compensated for the time being spent so that you can pay your bills on a current basis. In a regular type of law firm, if a client walks in the door and retain you, you're pretty happy about that because you know if you perform your services over the next month or two, you can be able to send out a bill and pay your own bills with the proceeds of that invoice. ..." Hierdie is net so van toepassing op gebeurlikheidsgeld, Dickerson 1998: 1-16.

³⁸⁵ Ongerapporteer soos bespreek deur Eizenga *et al* 1999: par 11.20. Sien ook 2.9.5.1.3 (hoofstuk 3).
³⁸⁶ Hiemstra 1986: 251.

deur van die toets aangelê in *Hugo and Others v Transvaal Loan, F and M Co*³⁸⁷ gebruik te maak:

“But agreements to this kind ought to be carefully watched, and when found to be extortionate and unconscionable, so to be inequitable against the party, or to be made, not with the bona fide object of assisting a claim believed to be just, and of obtaining a reasonable recompense therefor, but for improper objects – as for the purpose of gambling in litigation, or for injuring or oppressing others by abetting and encouraging unrighteous suits, so far as to be contrary to public policy – effect ought to be given to them.”

Aan die hand hiervan asook *Goodgold Jewellery (Pty) Ltd v Brevadau CC*³⁸⁸ behoort so 'n lening 'n toelaatbare kontrak daar te stel waar die lener self nie finansiëel in staat is om litigasie te finansier nie en die lening gemaak word met die doel om toegang tot die regspleging te verseker. Hierby behoort gevoeg te word dat die belang in litigasie verkry alleen beperk word tot die verhaal van die geleende bedrag met rente en behoort nie voorsiening te maak vir 'n gebeurlikheidsfooi nie. Sodanige fooi is alleen verhaalbaar kragtens die bepalinge van die Wet op Gebeurlikheidsgelde (Wet 66 van 1997) waar 'n ooreenkoms tussen 'n regspraktisyn en kliënt gesluit word.

(e) Kostebevele

Die konsepwet bepaal dat die hof alleen in uitsonderlike gevalle sekuriteit vir koste vereis.³⁸⁹ Hierdie omstandighede word nie deur die konsepwet omskryf nie. Sekuriteit vir koste behoort vereis te word in daardie gevalle waar litigasie nie lewensvatbaar of die kans op sukses gering is. Dit veronderstel egter dat die hof die meriete van die voorgestelde litigasie oorweeg. Die konsepwet daarenteen, vereis alleen 'n *prima facie*-skuldoorsaak wat nie op die meriete van die litigasie ag slaan nie. Gevolglik word die

³⁸⁷ (1894) 1 OR 336: 440. Die hof het hier gesteun op *Ram Coomar Cooncoo v Chunder Canto Mookerjee* (1876) 2 App Cas 186. Sien ook *Goodgold Jewellery (Pty) Ltd v Brevadau CC* 1992: (4) SA 474 WLD: 482I-J. Sien ook *Campbell v Welverdiend Diamonds Ltd* 1930 TPD 287: 294 “It is clear from the authorities, that while a transaction of this kind may be properly entered into, and may be supported where it is a genuine case of assisting a litigant for a fair recompense, it cannot be supported in other cases; the Court is not to give effect to arrangements which are made by persons who traffic in litigation.”

³⁸⁸ 1992 (4) SA 474 WLD.

uitbreiding van die *prima facie*-toets genoodsaak na die gedeeltelike oorweging van die meriete, soos in 4.3.1.3(d) hierbo voorgestel is.

(f) Beskerming van groepsbelang

Artikels 7(5) van die konsepwet bepaal dat die verteenwoordiger op aansoek of deur die hof self, ontslaan kan word. Sodanige ontslag geskied op goeie gronde. Die hof het ook by sodanige ontslag 'n diskresie om 'n ander geskikte verteenwoordiger aan te stel.³⁹⁰ So ook, veroorloof artikel 9(2) enige lid van die groep wat deur die bevel van die hof gebind word, verlof om die hof te nader ten einde tot die geding toe te tree.³⁹¹ Beide hierdie artikels het ten doel om lede die geleentheid te gee om hulle eie belange te beskerm en onderskryf die hoë premie wat deur die konsepwet geplaas word op die voldoende en toereikende beskerming van die groepsbelang.

(g) Verjaring

Aan die hand van die Ontariese *Class Proceedings Act* beveel die Suid-Afrikaanse Regskommissie aan dat verjaring in die geval van groepsgedingvoering gestuit word deur aansoek tot sertifisering en daaropvolgende litigasie, behalwe waar (a) lede nie tot litigasie toetree nie of kennis gee om van litigasie uitgesluit te word; (b) die aksie gedesertifiseer word; (c) aansoek om sertifisering van die hand gewys word; of (d) die groepsgedingvoering gestaak word.³⁹² Hierdie aanbevelings word nie in die konsepwet self vervat nie. Gevolglik word aanbeveel dat die bepalinge ook in die konsepwet verwoord word.

'n Verdere aspek wat by die konsepwet ingesluit behoort te word is verjaring in die geval waar gelde wat verhaal is, nie deur lede van die betrokke groep opgeeis word nie. Die konsepwet behoort net soos die Ontariese *Class Proceedings Act* spesifiek daarvoor voorsiening te maak. Enige restante bedrag onopgeeis binne die tydperk voorgeskryf, behoort ook, soos in die geval van British Columbia aan die staatskas verbeurd verklaar te word.³⁹³ Hierdie fondse behoort deur die staat, soos in die Verenigde State³⁹⁴ in trust

³⁸⁹ Artikel 11(1) en (2) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: ix, 70, 98-101.

³⁹⁰ Republiek van Suid-Afrika 1998: 93.

³⁹¹ Republiek van Suid-Afrika 1998: 98, 99.

³⁹² Republiek van Suid-Afrika 1998: 80-81.

³⁹³ Sien bespreking onder 2.7.3 (hoofstuk 3) hierbo.

gehou te word vir die gebruik om benadeling van persone in soortgelyke situasies te voorkom.

Indien geen bepaling in die konsepwet ingesluit word vir die doeltreffende regulering van die situasie nie, behoort die bepalings van die Verjaringswet toepassing te vind. Hierdie Wet bepaal dat eise drie jaar nadat die skuld aan die benadeelde bekend geword het, verjaar. Die gevolglike effek is dat gelde verhaal en onopgeeë vir 'n aansienlik tydperk in 'trust' gehou moet word. Gevolglik is dit noodsaaklik dat die bepalings in die konsepwet vir die effektiewe hantering van verjaring ingesluit word.

(h) Ander afgeleide- en organisatoriese aksies

Hoewel die Suid-Afrikaanse Regskommissie voorstelle³⁹⁵ ontvang het vir die uitbreiding van die konsepwet na ander afgeleide- en organisatoriese aksies in die Suid-Afrikaanse reg, word die aanwending van die konsepwet alleen tot groepsgedinge en litigasie in openbare belang beperk. Gevolglik laat die Kommissie 'n ideale geleentheid om die werking van die tipes van litigasie en die moontlike invloed van groepsgedingvoering daarop te omskryf, verbygaan. Dit word aan die houe oorgelaat om te bepaal of die prosedure soos vervat in die tipes van litigasie meer geskik vir die beregting van 'n geskil bo die van 'n groepsgeding is. Hierdie posisie word ook in die daaropvolgende hoofstuk aangespreek deur na enkele afgeleide aksies in die Ondernemingsreg te kyk.

4.4 Evaluering

In hoofsaak word die Suid-Afrikaanse Regskommissie se voorstel verwelkom. Enkele punte is hierbo, in die loop van die bespreking uitgewys wat steeds aandag verg soos byvoorbeeld konsekwente gebruik van die eiser/applikant- en die verweerder/respondent-groepsgeding. Voorts behoort ook aandag gegee te word aan die omskrywing van 'n sertifiseringsbevel asook die stel van tydsraamwerke waarbinne skadevergoeding en verjaring hanteer moet word. 'n Ander problematiese aspek is die gee van kennis. Hierdie bepaling behoort hersien te word om kennisgewing op die beste moontlike wyse te omskryf om sodoende probleme soos in die Verenigde State ondervind, uit te skakel.

³⁹⁴ Sien 3.2.3.2 (hoofstuk 3) hierbo.

³⁹⁵ Sien Republiek van Suid-Afrika 1998: ix, 81-83.

Die tydsverloop van die publikasie van die verslag en die gebrek aan resultate wek voorts ook kommer. Bykans 5 jaar het reeds verloop sedert die eerste verslag vir kommentaar gesirkuleer is. Steeds is daar geen aanduiding wanneer voortgegaan word met die proses vir goedkeuring van die konsepwet nie. Dit skep voorts die probleem dat daar tans geen riglyne vir die aanhoor van konstitusionele groepsgedinge bestaan nie en die gebruik daarvan is grootliks onseker.

5. Slot

Die nuwe konstitusionele bedeling in Suid-Afrika het 'n beperkte burgerskap aan groepsgedinge verleen in die opsig dat die aanwending daarvan tans beperk is tot regte verskans in die Handves. Bykomende tot die gebrek is ook nagelaat om inhoud aan die prosedure te gee. Die gevolglike effek is dat Suid-Afrikaanse howe met 'n vreemde prosedure sonder 'n prosedurele raamwerk gekonfronteer is. Die gebrek aan so 'n raamwerk kan op die lange duur alleen tot verskillende vertolkings en gevolglik verwarrende uitsprake aanleiding gee.

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie se voorstel gaan verder as net die skep van so 'n raamwerk. Die konsepwet maak voorsiening vir die algemene gebruik van groepsgedinge sowel as litigasie in die openbare belang. In die opstel van die konsepwet het die Kommissie hom veral deur die posisie in Ontario laat lei. In die vorige hoofstuk is tot die gevolgtrekking gekom dat wetgewing daar ook van groot waarde vir enige stelsel wat groepsgedinge wil implementeer, kan wees. Die hoofstuk het ook daarop gewys dat die wetgewing nie alleen rondom behoeftes daar ontwerp is nie, maar ook poog om spesifieke probleme in ander stelsels die hoof te bied. Die wetgewing is gevolglik kompleks van aard. Daarenteen is dié van die Kommissie eenvoudig. Hierbo, soos ook uit die regsvergelende aspek van die verhandeling blyk, is telkens op die kompleksiteit van die prosedure gewys. Die Kommissie se voorgestelde konsepwet blyk net soos sy eweknie in die Verenigde State eenvoudig te wees. Gevolglik word die vorming van spesifieke reëls daaromtrent vir interpretasie aan die howe oorgelaat. Hoewel so 'n standpunt soepelheid aan die dag lê, los dit 'n deur oop waardeur persone teen die invoeging van so 'n prosedure kan ontsnap. Voorts stel die leemtes in die konsepwet dit oop vir kritiek. Dit is derhalwe noodsaaklik dat die konsepwet voor promulgasie, aangevul word. Hierdie proses moet dringend aandag geniet.

HOOFSTUK 5

ONDERNEMINGSREGTELIKE TOEPASSINGS

1. Inleiding

Die vorige hoofstuk is afgesluit met 'n bespreking van die Suid-Afrikaanse Regskommissie se voorstel vir die statutêre veroorlowing van groepsgedingvoering. Dié voorstel is hoofsaaklik aan die hand van die bespreking van reël 23 (VSA) en die *Class Proceedings Act* (Ontario) toegelig. Op sy beurt is hierdie bespreking voorafgegaan deur 'n ontleding van die historiese grondslae van groepsgedinge. Dit het die absolute-voegingsreël as historiese ontstaansbron van groepsgedinge uitgewys. Hierdie reël is met die reël rakende verteenwoordigende-litigasie vervang. Dié twee prosedures het ook inslag in die ondernemingsreg gevind. Veral van belang is die gebruik daarvan in die bekende reël in *Foss v Harbottle*.³⁹⁶ Hierdie reël is in die Suid-Afrikaanse maatskappyereg met sy kenmerkende Engelsregtelike inslag oorgeneem. Gevolglik kan verklaar word dat die Suid-Afrikaanse reg in beperkte mate ook die absolute-voegingsreël soos van toepassing gemaak op die reël in *Foss v Harbottle*, ken. 'n Bespreking sonder verwysing daarna is gevolglik onvolledig. So ook 'n bespreking sonder verwysing na die statutêre afgeleide aksie wat daaruit voortgevloei het.

Die redes vir die insluiting van hierdie hoofstuk is gevolglik tweeledig – die eerste is die verbintenis soos hierbo uiteengesit. Die tweede is die Vaste Advieskomitee se poging vir die invoering van groepsgedinge ('klas aksies'³⁹⁷) om binnekennistransaksies te reël. Hierdie poging is gevolg deur die voorstel van die Paneel oor Sekuriteiteregulering wat ook 'n voorstel rakende die gebruik van groepsgedinge aan die Suid-Afrikaanse Regskommissie gemaak het. Die uiteinde van die proses was die promulgering van die Wet op Binnekennistransaksies.³⁹⁸ Hierdie Wet maak spesifiek voorsiening vir die instel

³⁹⁶ (1843) 2 Hare 461.

³⁹⁷ In die persverklaring van die Vaste Advieskomitee op Maatskappyereg is die term klas aksies gebruik. Die verklaring is gemaak op 8 Februarie 1985 te Pretoria en is gevolg deur 'n latere verklaring uitgereik op 15 Junie 1989 te Bloemfontein (vir verdere bespreking sien Cilliers *et al* 2000: par 2.20 en verder). Die Suid-Afrikaanse Regskommissie daarenteen, gebruik weer die term groepsgedinge wat ook deur De Vos (1992) gebruik word. Ten einde verwarring te voorkom is die woord groepsgeding in die studie verkies.

³⁹⁸ Wet 135 van 1998.

van litigasie namens 'n groep benadeeldes. Die bespreking fokus hier veral op die vraag of dié aksie 'n voorbeeld van statutêr veroorloofde groepsgedinge in Suid-Afrika is. Ten slotte gee die bespreking ook aandag aan die gebruik van groepsgedingvoering op die gebied van beleggers- en verbruikersbeskerming.

2. Afgeleide aksies in die Maatskappyereg

2.1 Inleiding

Ondernemingsreg speel 'n leidende rol in die vestiging en gebruik van afgeleide aksies. Sekerlik een van die beste voorbeelde hiervan is die van die afgeleide aksie in die Maatskappywet, geskep ter beskerming van minderheidsaandeelhouders. Hierdie aksie spruit voort uit probleme betreffende die gemeenregtelike afgeleide aksie, soos uitgekristalliseer in *Foss v Harbottle*. Dié aksie sluit op sy beurt weer aan by die absolute-voegingsreël, wat in hoofstuk 2 bespreek is. Dit bied 'n gerieflike vertrekpunt vir die eerste afdeling van die hoofstuk, wat kortliks die historiese verloop van die aksie in Suid-Afrika skets. Daarna word die posisie betreffende die statutêre aksie, soos vervat in artikel 266 van die Maatskappywet uiteengesit. Dit word op sy beurt vergelyk met 'n groepsgeding.

2.2 Die maatskappyereg en minderheidsbeskerming

Dit is nodig om op die belang van minderheidsbeskerming in die maatskappyereg te wys. Die Van Wyk de Vries Kommissie verwoord die belang hiervan as volg:

*"Die ondersoek van aandeelhouer-belegger en sy beskerming het nog altyd 'n pertinente rol gespeel in die ondersoeke van kommissies wat met die maatskappyereg gemoeid was."*³⁹⁹

Die begrip 'minderheid' is 'n vae begrip. Hurter⁴⁰⁰ omskryf dit as 'n persoon of persone wat nie deel vorm van die groep wat die maatskappy beheer nie. Volgens haar behels minderheidsbeskerming die somtotaal van die proses wat daarop gemik is om, enersyds, die balans tussen aandeelhouders en bestuur en, andersyds, tussen

³⁹⁹ Van Wyk de Vries 1970: 63.

⁴⁰⁰ Hurter 1996: 10.

aandeelhouders onderling te reguleer waarin ook voorsiening vir gepaste remedies gemaak word.⁴⁰¹

Enige sodanige remedie moet volgens die Van Wyk de Vries Kommissie dan ook so gebalanseer en gestruktureer word dat dit nie onnodig met die bestuur van 'n maatskappy inmeng nie. Die Kommissie wys voorts daarop dat daar nie iets soos "n towerformule" waardeur alles wat vir die beskerming van die aandeelhouer en belegger nodig is, voorsien kan word nie.⁴⁰²

Die tipe remedie moet dus 'n billike balans tussen die magte van direkteure en aandeelhouders handhaaf.⁴⁰³ Die gemeenregtelike- en statutêre afgeleide aksies is twee voorbeelde van sodanige remedies. Hierdie twee remedies word hieronder bespreek. Hierdie bespreking het ten doel om die nodige agtergrond te skep om dit met groepsgeledingvoering te vergelyk.

2.3 Gemeenregtelike afgeleide aksie

2.3.1 Die reël

Die gemeenregtelike afgeleide aksie is geformuleer in die Engelse beslissing van *Foss v Harbottle*.⁴⁰⁴ Laasgenoemde beslissing is die 'voog' van twee maatskappyregtelike beginsels. Die eerste is die beginsel van meerderheidswil. Dit beteken dat die wil van die meerderheid die deurslag in die bestuur van 'n maatskappy gee en dat die minderheid hulle daaraan moet onderwerp. Die tweede is die erkenning van die afsonderlike entiteit van die maatskappy wat self moet optree as die draer van sy regte of verpligtinge. Waar sodanige regte ter sprake kom, moet die maatskappy dus self ageer.⁴⁰⁵

Vanselfsprekend kan die rigiede toepassing van die twee beginsels probleme oplewer. So byvoorbeeld is die onregplegers dikwels in beheer van die maatskappy met die

⁴⁰¹ Hurter 1996: 11.

⁴⁰² Van Wyk de Vries 1970: 63.

⁴⁰³ Van Wyk de Vries 1970: 63.

⁴⁰⁴ (1843) 2 Hare 461. Sien ook Hargovan 1996: 631; Cilliers *et al* 2000: par 19.01, 19.02; Hahlo 1984: 508; Blackman 1996: par 201; Bläckman 1976: 2; Naudé 1969: 236.

⁴⁰⁵ *Foss v Harbottle* (1843) 2 Hare 461. Sien ook Hargovan 1996: 631; Cilliers *et al* 2000: par 19.01, 19.02; Hahlo 1984: 508; Blackman 1996: par 201; Blackman 1976: 27. Die reël het sy oorsprong in die Engelse vennootskapsreg van die vroeë negentiende eeu. Die vennootskapsreg het op sy beurt weer 'n leidende rol in die ontwikkeling van die Engelse maatskappyereg gehad. Gedurende die tyd het die houe die houding ingeneem dat hulle hul nie met die interne bestuur van die vennootskap inmeng nie. Vir verder bespreking sien Naudé 1969: 237.

gevolg dat effektiewe optrede aan die kant van die maatskappy aan bande gelê word. Gevolglik het die hof gepoog om die tipe van onbillikhede te temper deur lede te veroorloof om in bepaalde gevalle namens die maatskappy te ageer.⁴⁰⁶ Hierdie aksie word die afgeleide aksie genoem omrede die aksie van die regte van die maatskappy afgelei word. Die persoon wat dus die aksie instel, dwing die regte van die maatskappy af.⁴⁰⁷

2.3.2 Gronde vir die instel van die aksie

Tipiese gronde waaronder die aksie ingestel kan word, sluit inbreukmaking op die regte soos in die akte of statute van die maatskappy vervat;⁴⁰⁸ onwettige nie-ratifiseerbare optrede deur diegene in beheer van die maatskappy;⁴⁰⁹ of laastens "fraud on the minority",⁴¹⁰ in 'n Gedetailleerde bespreking van die gronde val buite die afbakening van die studie.

⁴⁰⁶ "Whilst the court may be declaring the acts complained of to be void at the suit of the present plaintiffs, who in fact may be the only proprietors who disapprove of them, the governing body of proprietors may defeat the decree by lawfully resolving upon the confirmation of the very acts which are the subject of the suit. The very fact that the governing body of proprietors assembled at the special meeting may so bind even a reluctant minority is decisive to show that the frame of this suit cannot be sustained whilst that body retains its functions." *Foss v Harbottle* (2 Hare 496). Sien ook *Cohen v Directors of Rand Colliers Ltd* 1906 TS 197; *Meyer v Meyer Sons and Co Ltd and Others* 1929 CPD 109: 120-121; Cilliers *et al* 2000: par 19.03-19.05; Cilliers *et al* 1982: 567, 569; Hurter 1996: 2, 48, 52; Blackman 1996: par 201; Oosthuizen 1985: 322; De Wet en Yeats 1978: 677; Schreiner 1979: 210.

⁴⁰⁷ "This action is called a "derivative" action because the individual member sues to enforce a claim which belongs to the company and his rights is therefor derived from the company." Blackman 1976: 28. Sien ook Schreiner 1979: 209.

⁴⁰⁸ Hurter 1996: 293; Cilliers *et al* 2000: par 19.09; Cilliers *et al* 1982: 563-564, 565-566; Blackman 1996: par 193, 195, 196, 201; De Wet en Yeats 1978: 677; Van Wyk de Vries 1970: 76; Naudé 1969: 246-249. Sien ook *Cohen v Directors of Rand Colliers Ltd* 1906 TS 197: 203.

⁴⁰⁹ In sodanige geval handel dit oor 'n handeling deur die maatskappy aangegaan wat buite die maatskappy se vermoë val en dus *ultra vires* is. Sien ook Hurter 1996: 293; Cilliers *et al* 2000: par 19.09; Cilliers *et al* 1982: 563-564, 565-566; Blackman 1996: par 193, 195, 196, 201; Van De Wet en Yeats 1978: 677; Wyk de Vries 1970: 76; Naudé 1969: 250-253. Sien ook *Cohen v Directors of Rand Colliers Ltd* 1906 TS 197: 203; *Meyer v Meyer Sons and Co Ltd and Others* 1929 CPD 109: 120; *Eales v Turner* 1928 WLD 173: 180.

⁴¹⁰ Die konsep van 'fraud on the minority' stel 'n uitsondering op die verpligting dat minderheidsaandeelhouders hul moet onderwerp aan die besluit van meerderhede wat binne die bevoegdheids van die maatskappy is. Dit stel dus ook 'n uitsondering op die reël van nie-inmenging in die interne sake van die maatskappy. Die konsep is tans ook nie duidelik in die Suid-Afrikaanse reg nie. Die term 'fraud' het 'n wyer betekenis as gewone bedrog. Dit sluit in enige magismisbruik van die meerderheidsaandeelhouders van die maatskappy. Blackman 1996: par 196. Sien ook Hurter 1996: 293; Cilliers *et al* 2000: par 19.10-19.12; Cilliers *et al* 1982: 563-564, 565-566; Blackman 1996: par 193, 195, 196; 201; De Wet en Yeats 1978: 677; Van Wyk de Vries 1970: 76; Naudé 1969: 253 en verder. Sien ook *Cohen v Directors of Rand Colliers Ltd* 1906 TS 197; *Robinson v Imroth and Others* 1917 WLD 159; *Eales v Turner* 1928 WLD 173: 179; *Moti v Moti and Hassim Moti Ltd* 1934 TPD 428: 441-442.

2.3.3 Prosedurele hulpmiddel

Die gemeenregtelike afgeleide aksie kan as 'n prosedurele hulpmiddel ter beskerming van minderheidsaandehouers beskryf word. Waar die hof die gebruik van die aksie veroorloof, word die geding namens die applikant en alle ander aandehouers, uitgesluit die meerderheidsaandehouers, ingestel. Die maatskappy sowel as die onregplegers (direkteure en meerderheidsaandehouers) word as verweerders gevoeg. In teorie is die ware applikant die maatskappy, verteenwoordig deur die betrokke lede. Sodoende word verseker dat die maatskappy self ook aan die uitspraak gebonde is en die voordeel, indien enige, deur die maatskappy verkry word.⁴¹¹ Die proses bestaan uit twee stappe naamlik 'n aksie teen die maatskappy en 'n aksie om die regte van die maatskappy af te dwing.⁴¹²

Die eerste stap behels die bewys van *locus standi*. Hier moet die applikant aantoon dat die maatskappy oor 'n reg beskik en dat die maatskappy versuim het om sodanige reg af te dwing. Ten opsigte van laasgenoemde moet aangetoon word dat die maatskappy onder beheer van die onregplegers is en as gevolg daarvan nie in staat is om self die aksie af te dwing nie. Bewys hiervan is 'n skriftelike versoek aan die maatskappy om litigasie teen die onregplegers te begin. Indien die aansoek suksesvol is, gaan die aksie namens die maatskappy voort.⁴¹³

2.3.4 Die gemeenregtelike aksie in Suid-Afrika

'n Gerieflike vertrekpunt vir die beoordeling van die gemeenregtelike afgeleide aksie is die bevindings van die Van Wyk de Vries Kommissie⁴¹⁴ soos in 1970 gepubliseer. Die Kommissie het bevind dat die beheer van die maatskappy deur onregplegers die bewys van die onreg bemoeilik en ook dat die inhoud van die aksie onseker is. Voorts is die aanwending van die aksie in so 'n mate beperk dat dit weinig hulp aan aandehouers bied. Laasgenoemde word duidelik beklemtoon deur die feit dat die ondersoek van die

⁴¹¹ Reël 12(5) en 12(6) van Ordinansie 15 van die *Rules of the Supreme Court* (Engeland); Jacob 1990: Vol 1 220-221; Schmitthoff 1976: Vol 1 602-603, 610; Blackman 1996: par 202, 205. Sien ook *Edwards v Halliwell* [1950] 2 All ER 1064.

⁴¹² Blackman 1996: par 202.

⁴¹³ Jacob 1991: Vol 1 220; Urf 1986: 60; Schmitthoff 1976: Vol 1 610; Naudé 1970: 168-169; Blackman 1996: par 202, 204, 206, 207.

⁴¹⁴ Hierdie Kommissie is op 14 Oktober 1963 aangestel om ondersoek te doen na die Maatskappywet. Die opdrag van die Kommissie word omskryf in par 2.01 van die verslag (*Kommissie van ondersoek na die Maatskappywet – Hoofverslag*, 1970).

Kommissie aan die lig gebring het dat daar geen saak gevind kon word waarin direkteure deur die hof beveel is om die maatskappy vir skade te vergoed nie. Verder het die Kommissie die effek van 'n aksie namens die maatskappy teen die maatskappy bevraagteken. Die laaste punt van kritiek was dat aandeelhouers self aanspreeklik is vir die koste van die geding.⁴¹⁵ Laasgenoemde punt van kritiek is self eers vier jaar na die Kommissie se verslag in Engeland self in *Wallersteiner v Moir*⁴¹⁶ aangespreek. *In casu* is beslis dat die hof die maatskappy in bepaalde gevalle kan gelas om die applikant in die geval van die afgeleide gemeenregtelike aksie van koste te vrywaar.⁴¹⁷ Selfs die aanpassing het die reël nie binne sy geboorteplek van kritiek gevrywaar nie. So verklaar Lord Justice Hoffmann byvoorbeeld:

*"... for most of the first century of company law they were virtually defenceless, kept in cowed submission by a fire-breathing and possibly multiple-headed dragon called Foss v Harbottle. Only in exceptional cases could they claim the protection of the court."*⁴¹⁸

In die lig van die kritiek hierbo geformuleer, het die Van Wyk de Vries Kommissie aanbeveel dat ondersoek na die instel van 'n alternatiewe regs middel geloods word.⁴¹⁹ Hierdie regs middel het in die vorm van die statutêre afgeleide aksie, soos vervat in artikel 266 van die Maatskappywet gestalte gevind.

⁴¹⁵ Van Wyk de Vries 1970: 67; Cilliers *et al* 2000: par 19.13-19.18; Cilliers *et al* 1982: 568, 569-570; Oosthuizen 1985: 323; De Wet en Yeats 1978: 678. Sien ook Hurter 1996: 53, 54, 291. Blackman 1976: 28) uiter ook die volgende kritiek teen die reël: "Unfortunately, this right, in spite of its relative importance, has not been of much assistance to the minority shareholder, and this for three reasons: (a) the majority is competent to ratify effectively breaches of certain of the directors' duties, and the principle of majority rule therefor denies a member the right to enforce these duties; (b) there is uncertainty (*sic*) as to the duties which a member can enforce; and (c) the form of the member's action - the common law derivative action - is both complex and cumbersome." Sien ook Schreiner 1979: 212.

⁴¹⁶ [1975] QB 373; Jacob 1991: Vol 1 220; Urf 1986: 60.

⁴¹⁷ Die toets deur is as volg deur die hof geformuleer: "whether it is reasonable and prudent in the company's interest for the plaintiff to bring the action and it is brought by him in good faith." Die koste van die aksie in so geval word deur die maatskappy betaal ongeag of die aksie slaag al dan nie. Sien Schmitthoff 1976: Vol 1 609; Blackman 1996: par 208.

⁴¹⁸ Soos aangehaal in die voorwoord van van Hollington se werk oor die beskerming van die regte van minderheidsaandeelhouers (*Minority Shareholders' Rights* (London: Sweet & Maxwell) 1994). Sien in die verband Hargovan (1996: 631) en ook Poole en Roberts (1999: 99) waar hulle verklaar: "although the rule in *Foss v Harbottle* appears to be inherently logical, it is nevertheless a rule that is capable of operating to exclude legitimate action to redress breaches of directors' duties."

⁴¹⁹ Van Wyk de Vries 1970: 67. Sien ook Oosthuizen 1985: 323; Blackman 1976: 28; Schreiner 1979: 240.

Hierdie aksie het nie die werking van die gemeenregtelike aksie herroep nie.⁴²⁰

Vervolgens word aandag aan die statutêre aksie gegee.

2.4 Die Statutêre Aksie

Voordat die statutêre aksie bespreek word, is dit nodig om die proses kortliks te skets. Litigasie begin met 'n aansoek tot die hof vir die aanstelling van 'n *curator ad litem*. Die taak van die persoon is die ondersoek van die beweerde onreg en verslagdoening daaromtrent. Laasgenoemde verslag fundeer die basis van die hof se besluit om die aansoek van die hand te wys of die aanstelling van die *curator ad litem* te bekragtig. In laasgenoemde geval moet die hof ook instruksies betreffende die voer van die geding gee.

Twee duidelike fases van litigasie word onderskei. Die eerste is die aansoek tot die hof vir die aanstelling van 'n voorlopige *curator ad litem*.⁴²¹ Die tweede fase is verslagdoening aan die hof en die daaropvolgende beslissing. Hierdie stappe word hieronder bespreek.

2.4.1 Die aanstelling van 'n voorlopige *curator ad litem*

(a) Aansoek

Die aansoek geskied by wyse van kennisgewing van mosie en word aan die maatskappy as respondent gerig. Artikel 266(1) bepaal dat enige lid met 'n geding namens 'n maatskappy kan begin waar die maatskappy skade of verlies gely het of 'n voordeel ontnem is as gevolg van 'n onregmatige daad, vertrouenskending of trouskending deur 'n direkteur of beampete daarvan.⁴²²

Die artikel vereis verder dat die betrokke maatskappy nie 'n geding vir die verhaal van die skade, verlies of voordeel ingestel het nie en versuim om dit te doen.⁴²³ Die aansoek word deur 'n skriftelike kennisgewing aan die betrokke maatskappy voorafgegaan,

⁴²⁰ Cilliers *et al* 2000: par 19.18; Hurter 1996: 313, 314.

⁴²¹ Blackman 1996: par 210.

⁴²² Die artikel verwys ook na 'n voormalige direkteur of beampete 'terwyl hy direkteur of beampete van daardie maatskappy was.'

⁴²³ Sien ook Van Wyk de Vries 1970: 68; Cilliers *et al* 2000: par 19.20, 19.22-19.23; Hurter 1996: 309, 312; Blackman 1996: par 210, 211, 212; Oosthuizen 1985: 323; De Wet en Yeats 1978: 679; Schreiner 1979: 240-241; Blackman 1976: 28.

waarin dit versoek word om binne een maand vanaf datum⁴²⁴ die geding in te stel. Die kennisgewing moet die maatskappy voorts daarop wys dat indien dit sou versuim om stappe te neem, die lid 'n aansoek kragtens artikel 266 tot die hof vir die aanstelling van 'n *curator* sal rig.⁴²⁵

Artikel 266(3) omskryf die gronde waarbinne die hof die aansoek kan toestaan. Die eerste is 'n vergewissing of die maatskappy self die litigasie versoek, ingestel het of nie. Die hof moet voorts ook oortuig wees dat 'n ondersoek geregverdig is en dat daar *prima facie*-gronde vir so geding bestaan.⁴²⁶ Van besondere belang is die '*prima facie*-gronde' toets. *Prima facie* kragtens artikel 266(3) beteken alleen dat die gronde vir die instel van die aksie soos in die pleitstukke uiteengesit, die instel van litigasie regverdig. Die gronde moet dus alleen die aansoek ondersteun. Dit beteken egter nie dat die hof van oordeel moet wees dat die aansoek suksesvol moet wees nie. Sodanige ondersoek word aan die *curator ad litem* oorgelaat.⁴²⁷ In *Thurgood v Dirk Bester Traders (Pty) Ltd*⁴²⁸ waarsku die hof egter teen 'frivolous and vexatious applications...' en die gevolge wat dit vir direkteure, beampptes en werknemers van 'n maatskappy kan inhou.⁴²⁹

⁴²⁴ Datum van bestelling van kennisgewing.

⁴²⁵ Cilliers *et al* 2000: par 19.22; Hurter 1996: 309, 312; Blackman 1996: par 210, 211, 212; Oosthuizen 1985: 323; De Wet en Yeats 1978: 679; Schreiner 1979: 241; Blackman 1976: 28. Sien ook Van Wyk de Vries 1970: 68.

⁴²⁶ Artikel 266 (2)(b) van die Maatskappywet 61 van 1973; Van Wyk de Vries 1970: 68; Cilliers *et al* 2000: par 19.22-19.23; Hurter 1996: 312; Blackman 1996: par 213; Oosthuizen 1985: 326; De Wet en Yeats 1978: 679; Schreiner 1979: 241; Blackman 1976: 28.

⁴²⁷ "I am not in fact being required to reach any final decision on the basis of any particular factual findings. At this stage I need not be convinced that there is any probability of success in respect of the proposed proceedings against the company." *Thurgood v Dirk Kruger Traders (Pty) Ltd* 1990 (2) SA 44 ECD: 49E-F, sien ook 52 A-B; *Van Zyl v Loucol (Pty) Ltd* 1985 (2) 680 (NCD): 685G-H; "What ss (3) seems to contemplate is is that once the Court considers that there is a *prima facie* cause of action it should enjoin the *curator ad litem* to investigate the matter further. The investigation has to be directed to whether it will really be worthwhile taking the action. His investigation may prompt him to conclude that, while there may be *prima facie* grounds for the proceedings, the case is not of sufficient strength to justify the litigation desired by the applicants. Or his investigation may lead him to the conclusion that there is not even *prima facie* cause of action. What is clear is that the court need not at this stage of the proceedings be satisfied that there is a probability of success." *Brown and Others v Nanco (Pty) Ltd* 1976 (3) SA (W): 834E en 835 C-D; Blackman 1996: par 213; Oosthuizen 1985: 324-325.

⁴²⁸ 1990 (2) SA 44 (ECD).

⁴²⁹ "As was pointed out in *Brown and Others v Nanco (Pty) Ltd* 1976 (3) SA 832 (W) the Court need not at this stage be convinced that the payments by respondents of the amounts complained of were unauthorised. What is contemplated by s 266(3) is that once the Court considers that there is a *prima facie* cause of action, it should enjoin the *curator ad litem* to investigate the matter further. Obviously the applicant is not required to make out a case for the probable success of the action by the *curator ad litem* because the latter's investigation may lead him to conclude that there are no *prima facie* grounds for instituting proceedings. On the other hand the Court also guard against

Die interpretasie van *prima facie* is gegrond op probleme ondervind met die verkryging van bewyse wat in besit van die maatskappy en gevolglik die onregplegers is. Gevolglik word 'n effens laer bewyslas vereis en word kragtens artikel 267 aan die *curator* bepaalde magte verleen om so ondersoek suksesvol te loods.⁴³⁰

(b) Ondersoek en magte van die voorlopige *curator*

Waar die hof die voorlopige aansoek toestaan, moet die hof gepaardgaande met die aanstelling van die *curator* ook instruksies betreffende die ondersoek gee. In sodanige ondersoek beskik die *curator* oor dieselfde bevoegdhede as die van 'n inspekteur kragtens artikel 260 van die Maatskappywet. Die doel van die ondersoek is om te bepaal of die aansoek oor die nodige meriete beskik en litigasie gevolglik geregverdig is.⁴³¹

(c) Sekuriteit vir koste

Artikel 268 maak voorsiening vir 'n bevel vir sekerheid vir koste. Die artikel bepaal dat die hof, voordat die voorlopige bevel verleen word, van die applikant kan vereis om sekuriteit vir koste te stel. Sodoende word beoog om kwelsugtige aandeelhouders van die gebruik van die aksie af te skrik.⁴³² Schreiner⁴³³ argumenteer dat die bepaling slegs van toepassing behoort te wees in daardie gevalle waar bewys kan word dat die aansoek kwelsugtig en beuselagtig was. Hy staan gevolglik 'n wysiging van die bepaling van artikel 268 voor tot dien effekte dat die persoon wat sodanige aansoek bring van die verpligting vrygestel word waar die hof 'n voorlopige *curator* aanstel. Alleen by die oorweging van die finale verslag kan die hof 'n kostebevel teen sodanige persoon gelas waar bewys is dat die aansoek kwelsugtig en beuselagtig was. Die voorgestelde benadering verleen die nodige beskerming aan *bona fide* lede wat sodanige aansoek bring en word daarom ondersteun.

frivolous and vexatious applications of this nature because the appointment of even a provisional *curator ad litem* may have far-reaching consequences, not only for the company but also for other persons such as directors, officers, employees, etc who may be put to considerable cost thereby. (See s 267(l) read with s 260.)" *Thurgood v Dirk Bester Traders (Pty) Ltd* 1990 (2) SA 44 (ECD). Sien ook Blackman 1996: par 213; Oosthuizen 1985: 326.

⁴³⁰ Hierdie artikel bepaal dat die *curator* oor dieselfde bevoegdhede as 'n inspekteur kragtens artikel 260 van die Maatskappywet beskik. Sien ook Oosthuizen 1985: 326.

⁴³¹ Artikel 266 (4) van die Maatskappywet 61 van 1973; Van Wyk de Vries 1970: 68; Cilliers *et al* 2000: par 19.24, 19.26, 19.34-19.35; Hurter 1996: 313, 314; Blackman 1996: par 213; Oosthuizen 1985: 327.

⁴³² Artikel 268 van die Maatskappywet; Van Wyk de Vries 1970: 68; Blackman 1996: par 214.

2.4.2 Verslag van die voorlopige *curator*

Na afloop van die ondersoek moet die *curator* verslag aan die hof doen. Op grond van die verslag kan die hof die voorlopige bevel ophef of die aanstelling van die *curator* bekragtig. Sodanige bekragtiging moet voorskrifte aangaande die instel en voer van die geding namens die maatskappy vervat. Die hof kan ook enige besluit ter bekragtiging of kondonering van die onregmatige daad, vertrouenskending of trouskending nietig verklaar.⁴³⁴

2.4.3 Evaluering

Die Van Wyk de Vries Kommissie het hoofsaaklik gepoog om kritiek teen die gemeenregtelike afgeleide aksie aan te spreek. In dié poging is 'n nuwe aksie geskep wat in bepaalde opsigte verskil van dié van die gemeenregtelike aksie. Gevolglik is dit ten slotte van die bespreking nodig om eerstens tussen die verskillende aksies te onderskei. Daarna moet die gebruik van beide die aksies met die van 'n groepsgeding gekonstrasteer word.

(a) Gemeenregtelike en statutêre aksie

Die eerste punt van onderskeid is 'n duideliker begrensing van die statutêre aksie.⁴³⁵ Voorts is die gebruik van die statutêre aksie ook beskikbaar ongeag die kondonering van die beweerde onreg. Die benadeelde in die geval van die statutêre aksie het ook makliker toegang tot bewysmateriaal deurdat die *curator* van wye magte in die Wet voorsien is.⁴³⁶ Ook, op die oog af, blyk die probleme rakende koste aangespreek te wees. Hierdie probleem is egter nie totaal oorbrug nie deurdat artikel 268 steeds voorsiening vir sekuriteit vir koste maak. Die applikant kan ook, soos hierbo gesien aanspreeklik gestel word vir koste waar die maatskappy die aksie suksesvol opponeer. Die behoud van die bepaling dien deels as 'n afskrikmiddel teen sogenaamde kwelsugtige litigeerders. Die vraag wat egter ontstaan, is of die afskrikmiddel nie net weer die probleem in 'n ander gedaante na vore gebring het nie.

⁴³³ Schreiner 1979: 243. Sien ook Oosthuizen 1985: 327.

⁴³⁴ Artikel 266 (4) van die Maatskappywet 61 van 1973; Van Wyk de Vries 1970: 68; Cilliers *et al* 2000: par 19.25; Hurter 1996: 313, 314; Blackman 1996: par 216; De Wet en Yeats 1978: 679; Schreiner 1979: 241; Blackman 1976: 28-29.

⁴³⁵ Blackman 1996: par 210.

⁴³⁶ Van Wyk de Vries 1970: 68; Cilliers *et al* 2000: par 19.19; Hurter 1996: 306-307; Blackman 1996:

Hieroor argumenteer Hurter⁴³⁷ dat die aksie nie in die beoogde doel geslaag het nie. Volgens haar kan koste as taktiese wapen gebruik word om ook *bona fide* lede af te skrik. Die aksie word verder beperk tot uitsluitlike gevalle in die Maatskappywet voorsien.⁴³⁸ Gevolglik beveel sy indringende hersiening daarvan aan.

Op die oog af blyk dit uit die verslag van die Van Wyk de Vries Kommissie dat sodanige hersiening ten tyde van die publikasie daarvan voorsienbaar was. Die Kommissie verklaar dat die statutêre aksie 'n nuwe fase in die maatskappyereg betree. Gevolglik is besluit om die aanwending daarvan te beperk.⁴³⁹ Sedert die inwerkingtreding van die artikel het drie dekades verloop en het dit haas weer tyd geword om die kwaliteite (of gebrek daaraan) weer onder die loep te neem.

(b) Afgeleide aksies, persoonlike aksies en groepsgedingvoering

Voordat met 'n sinvolle onderskeid tussen groepsgedingvoering en die afgeleide aksies begin kan word, is dit nodig om 'n definisie te gee ter onderskeid van die hoofgroepe van aksies waaronder litigasie ingestel kan word.

Die persoonlike aksie is die mees bekende. Hierdie aksie is 'n aksie deur 'n persoon namens homself ingestel. Groepsgedingvoering kan hier toepassing vind waar byvoorbeeld 'n groot aantal lede van die maatskappy se regte op dieselfde wyse geskend is. 'n Lid kan in so geval litigasie namens homself en alle ander veronregte lede instel.⁴⁴⁰

Die afgeleide aksie is 'n aksie wat afgelei is van 'n ander persoon of instansie se regte. Hier word die regte of verpligtinge verteenwoordig, afgelei van die van die betrokke persoon of instansie se regte of verpligtinge Die afgeleide aksie is ook hierbo geïllustreer deur die bespreking van die afgeleide aksies vir die beskerming van minderheidsaandeelhouders. Die vraag wat egter onmiddellik ontstaan, is of sodanige

par 211; Oosthuizen 1985: 327.

⁴³⁷ 1996: 318-323, 413-414, 446-447, 458.

⁴³⁸ Sien ook Cilliers *et al* 2000: par 19.20-19.21.

⁴³⁹ Ons glo dat die regsmiddel wat ons in gedagte het hierdie probleme sal oorkom (*die probleme hierbo onder 2.3.3 genoem*) maar aangesien ons 'n nuwe terrein aanvoer, is ons versigtig in ons benadering en sal ons eerder sondig deur te konserwatief te wees." Van Wyk de Vries 1970: 68.

⁴⁴⁰ Sien ook Naudé 1969: 243.

persoon nie ook as verteenwoordiger van die persoon van wie se regte die aksie afgelei is, optree nie. Indien wel, is die aksie ook van verteenwoordigende aard.

Die probleem met die onderskeid is dat die konsepwet (Aksies in die Openbare Belang en Groepsgeledingvoering)⁴⁴¹ voorsiening maak vir sowel 'n nominale- as 'n ideologiese eiser. Die nominale eiser is 'n persoon wat hom letterlik in dieselfde bootjie bevind as die groep. Die ideologiese eiser aan die anderkant, is byvoorbeeld 'n instansie wat eise namens 'n groep afdwing. Hoewel hy nie 'n lid van die groep is nie verteenwoordig hy die belang van die betrokke groep. In die geval kan daar dan eerder verwys word na 'n afgeleide aksie deurdat die persoon of instansie se aksies afgelei is van die groep.

In die lig van bogenoemde lyk dit onmoontlik om tussen verteenwoordigende- en die afgeleide litigasie te onderskei. Tog is dit moontlik om die onderskeid in die geval van groepsgeledingvoering toe te pas. 'n Groepsgeleding is litigasie ingestel namens 'n groep persone. 'n Groep word deur die HAT gedefinieer as 'n aantal persone of dinge van dieselfde soort of 'n aantal persone of dinge wat bymekaar hoort. Groep beteken dus meer as een. In die geval van 'n afgeleide aksie gaan dit gewoonlik om een maatskappy wie se regte benadeel is. Gevolglik is groepsgeledingvoering nie van pas nie. Die probleem ontstaan egter waar daar 'n houermaatskappy is wat deur sy optrede 'n aantal van sy filiale benadeel. Kan 'n ideologiese eiser hier namens daardie maatskappygroep litigeer? Litigasie word met ander woorde deur 'n persoon ingestel wat die belange van die maatskappy as ideologiese eiser verteenwoordig. In so 'n geval blyk dit wel moontlik om van groepsgeledingvoering gebruik te kan maak. As die konsepwet in finale vorm die ideologiese eiser verwerp, lyk dit nie moontlik nie aangesien dit dan vereis word dat die applikant een van die benadeelde maatskappye moet wees. Of dit egter aangewese is, is egter debateerbaar.

'n Moontlike oplossing vir die probleem is die oorweging van die geskikte prosedure-vereiste. Die hof behoort by die oorweging daarvan in 'n aansoek vir sertifisering te beslis dat daar ander geskikte prosedures (soos die van artikel 266) is. Hierdie is egter 'n vereenvoudigde oplossing wat in werklikheid nie 'n antwoord op die probleem bied nie. Gevolglik is dit noodsaaklik dat alvorens met die konsepwet voortgegaan word, ook

⁴⁴¹ Laasgenoemde konsepwet is in die vorige hoofstuk bespreek.

hieraan aandag gegee word. Die Regskommissie se antwoord deur die probleem eers op die agtergrond te skuif help ook nie om nader aan 'n oplossing te kom nie.⁴⁴²

2.5 Gevolgtrekking

In konklusie is groepsgedingvoering alleen beskikbaar waar dit handel oor die persoonlike regte van aandeelhouders. In laasgenoemde geval moet die hof egter oorweging aan die mees geskikte prosedure gee. Die hof kan dus alleen 'n aksie in so 'n geval as 'n groepsgeding sertifiseer indien dit die mees geskikte wyse van litigasie is. Kortom moet groepsgedingvoering dus 'n beter prosedure as die afgeleide aksie vir die beslegting van die geskil daarstel. In die geval van die gemeenregtelike afgeleide aksie blyk dit nie moeilik te wees nie. Die persoon wat die aksie instel kan alleen ter staving op die talle onsekerhede betreffende die gebruik daarvan wys.⁴⁴³

Die laaste vraag wat ten slotte aandag verdien, is na die moontlike verandering en aanpassing van die konsepwet rakende groepsgedinge om daarby ook ander aksies in te sluit. Hier bestaan twee moontlikhede: die eerste (ook die maklikste) is die van dié Suid-Afrikaanse Regskommissie: "The act should only deal with class actions and public interest actions and not with organisational or derivative actions."⁴⁴⁴ Die tweede is die uitbring van die 'draak' vanuit sy skuilplek om of hom te tem en te gebruik of om hom van die gras af te maak.⁴⁴⁵ Die 'tem' van groepsgedinge in die Suid-Afrikaanse reg bestaan uit die omskrywing daarvan op so wyse dat dit die effektiewe gebruik daarvan in die geheel van die Suid-Afrikaanse reg waarborg.

3. Binnekennistransaksies

3.1 Inleiding

Die bekamping van binnekennishandel by wyse van siviele regulering in die Suid-Afrikaanse reg is nie 'n nuwe gedagte nie. Die Vaste Advieskomitee oor

⁴⁴² Republiek van Suid-Afrika 1998: 81-83.

⁴⁴³ Groepsgedinge bied dus in 'n beperkte opsig 'n moontlike verdere wapen ten gunste van aandeelhouders wat hulself 'n onbenydenswaardige posisie bevind. Die Van Wyk de Vries Kommissie merk tereg op dat daar nie iets soos 'n enkele towerformule is wat aan alle behoeftes ter beskerming van aandeelhouders en beleggers voldoen nie. Hierdie taak kan alleen vervul word deur 'n verskeidenheid van maatreëls (Van Wyk de Vries 1970: 63). Groepsgedinge bied alleen 'n verdere moontlikheid.

⁴⁴⁴ Republiek van Suid-Afrika 1998: 83.

⁴⁴⁵ Hierna word weer in die slot hoofstuk teruggekeer.

Maatskappyereg het reeds in 1988 'n versoek gerig vir die gebruik van groepsgedinge ('klas aksies') ter bekamping van binnekennishandel. Te same hiermee was ook 'n versoek vir 'n liggaam om toesig te hou oor Sekuriteiteregulering. Laasgenoemde versoek is gevolg deur die instel van die Paneel oor Sekuriteiteregulering. Geen voorsiening is egter gemaak vir enige vorm van siviele regulering hetsy 'n groepsgeding of 'n ander afgeleide aksie nie.

Groepsgedingvoering was grootliks aan die Suid-Afrikaanse reg onbekend. Die prosesregtelike remedie het eers met die inwerkingtreding van die Grondwet (200 van 1993) formeel deel van die Suid-Afrikaanse reg geword. Voorts het die opstellers van die Grondwet dit goedgevind om die werking daarvan tot regte verskans in die Grondwet te beperk. 'n Persoon wat dus van die prosedure gebruik wil maak moes 'n skending van een van die regte verskans in die Grondwet bewys.

Reeds voor die inwerkingtreding van die Grondwet (200 van 1993), het 'n voormalige Minister van Justisie, op grond van verskeie verdoë, die Suid-Afrikaanse Regskommissie in 1992 versoek om ondersoek in te stel na die moontlike erkenning van groepsgedinge in die Suid-Afrikaanse reg. Die eerste verslag is in die vorm van 'n werkstuk⁴⁴⁶ vir kommentaar gedurende die loop van 1995, gepubliseer. Laasgenoemde verslag het ook voorgestelde prosedures geskep vir die gebruik van die aksie in die openbare belang. Een van die Instansies wat kommentaar op die werkstuk gelewer het, was die Paneel. Dié voorlegging illustreer die behoeftes vir siviele regulering voor die inwerkingtreding van die Wet op Binnekennistransaksies.

Gepaardgaande met die voorlegging van die Paneel het die Minister van Finansies die Kingkommissie gelas om ondersoek na moontlike gepaste wyses vir die regulering van binnekennisahandel in te stel. Die daaropvolgende verslag het tot die promulgasie van die Wet op Binnekennistransaksies aanleiding gegee. Hierdie Wet maak voorsiening vir die instel van 'n aksie vir die verhaal van skade gely as gevolg van binnekennishandel. Gesien in die lig van die voorafgaande historiese ontwikkeling van spesifiek die aksie daarin voorsien, ontstaan die vraag of dié aksie 'n voorbeeld van 'n statutêr gereguleerde groepsgeding is of nie. In die beantwoording hiervan word spesifiek

⁴⁴⁶ "Die erkenning van 'n groepsgeding in die Suid-Afrikaanse reg" Werkstuk 57 Projek 88. Sien ook De Vos 1996: 639, 641.

aandag aan die behoefte vir die gebruik van dié tipe van aksie in die ondernemingsreg gegee.

3.2 Historiese aanloop tot die Wet op Binnekennistransaksies

Die Vaste Advieskomitee oor Maatskappyereg het op 15 Junie 1989⁴⁴⁷ 'n verklaring te Bloemfontein uitgereik waarin ondermeer die instel van 'n orgaan om oornames en samesmeltings te reguleer asook die instel van groepsgedinge vir die verhaal van verliese gelyk as gevolg van binnekennishandel, bepleit is.⁴⁴⁸ Die eerste aanbeveling het vergestaltung gevind in die Maatskappywysigingswet van 1989.⁴⁴⁹ Hierdie Wet het die Paneel oor Sekuriteiteregulering ingestel, hul werksaamhede en bevoegdhede omskryf en handel in sekere sekuriteitetransaksies⁴⁵⁰ verbode verklaar. Die Wysigingswet het ook die strawwe gekoppel aan die oortreding van die verbodsbepaling omskryf.⁴⁵¹

Die pligte van die Paneel is verder in die Tweede Maatskappywysigingswet van 1990⁴⁵² asook die Maatskappywysigingswet van 1998⁴⁵³ omskryf. Geeneen van die

⁴⁴⁷ Hierdie aangeleentheid is reeds in 'n beleidsverklaring van 1985 aangeraak.

⁴⁴⁸ Cilliers *et al* 2000: par 2.18-2.24.

⁴⁴⁹ 78 van 1989.

⁴⁵⁰ Artikel 440F van die Wet op Maatskappye soos gewysig deur die Tweede Maatskappywysigingswet (69 van 1990) bepaal: "(1) Iemand wat in verband met die koop of verkoop van enige sekuriteit regstreeks of onregstreeks— (a) enige middel, skema of slenter aanwend om iemand te bedrieg; (b) enige onware verklaring oor 'n wesenlike feit doen of nalaat om 'n wesenlike feit te stel wat nodig is ten einde die verklaring wat gedoen is, in die lig van die omstandighede waaronder dit gedoen is, nie misleidend te maak nie; of (c) hom begeef in enige handeling, praktyk of wyse van besigheid wat bedrog of misleiding teenoor enigiemand inhou of kan inhou, is aan 'n misdryf skuldig. (2) Enige optrede vermeld in paragraaf (a), (b) of (c) van subartikel (1) sluit in— (a) 'n direkteur, voormalige direkteur of beampte of persoon verbonde aan 'n maatskappy met kennis van inligting wat, wanneer dit gepubliseer is, waarskynlik 'n uitwerking sal hê op die prys van sekuriteite van daardie maatskappy, handel drywende, behalwe vir die behoorlike verrigting van die werksaamhede betrokke by sy pos by daardie maatskappy, in sodanige sekuriteite voor die verstryking van 'n tydperk van minstens 24 uur nadat sodanige inligting vir die eerste keer op 'n effektebeurs of in 'n nuusblad of deur middel van die radio of televisie of op enige ander wyse in die openbaar aangekondig is; (b) enige ander persoon, nadat hy van enige persoon in paragraaf (a) vermeld sodanige inligting regstreeks of onregsteeks ontvang het, aldus handel drywende, op die grondslag van sodanige inligting, in sodanige sekuriteite, op 'n tydstip waarop sodanige persoon in paragraaf (a) vermeld nie ingevolge daardie subartikel aldus in sodanige sekuriteite mag handel dryf nie. (3) Iemand wat die bepaling van subartikel (1), of subartikel (2) soos deur subartikel (1) toegepas, oortree, is, behoudens enige verweer wat aan hom beskikbaar mag wees, aan enigiemand aanspreeklik vir enige verlies of skade deur hom opgedoen as gevolg van bedoelde oortreding. (4) Die bepaling van hierdie artikel is nie van toepassing op die verhandeling van ledebelange in beslote korporasies nie."

⁴⁵¹ Hoewel die afdeling van die hoofstuk hoofsaaklik op die sivielregtelike regulering van die binnekennis fokus is dit interessant om daarop te wys dat in die bykans 30 jaar van die bestaan van die verbodsbepaling geen suksesvolle vervolging plaas gevind het nie. Vir verdere bespreking sien Jooste 2000: 284-285.

⁴⁵² Wet 69 van 1990.

wysigingswette het egter vir die instel van groepsgedinge of 'n ander vorm van afgeleide aksie vir die regulering van binnekennishandel voorsiening gemaak nie. Tog, soos duidelik hieronder blyk, het die Paneel in hul voorlegging aan die Suid-Afrikaanse Regkommissie na vore getree as beyweraar van 'n aksie soortgelyk aan aksie in openbare belang vir die doeltreffende regulering van die posisie. Hierdie voorlegging vereis nadere bespreking.

3.3 Die voorlegging van die Paneel

Die Paneel oor Sekuriteiteregulering het 'n voorlegging aan die Suid-Afrikaanse Regskommissie in reaksie op die werkstuk oor groepsgedinge⁴⁵⁴ gemaak. Hierdie voorlegging illustreer treffend die behoeftes van die Paneel voor die aanvaarding van die Wet op Binnekennistransaksies en bied 'n gerieflike plato vir die verdere toeligtig van die aksie daarin geskep. 'n Ander belangrike verwickeling gedurende die tyd om van kennis te neem is die aanstelling van die Kingkommissie en daaropvolgende verslae. Die voorlegging van die Paneel fokus hoofsaaklik op die moontlike gebruik van die sivielerereg vir die effektiewe regulering van binnekennishandel. Die Paneel beywer hulle veral sterk vir die skep of aanpassing van 'n afgeleide aksie analoog aan artikel 266 van die Maatskappywet.

(a) 'n Aksie analoog aan artikel 266

Die Paneel identifiseer twee probleme betreffende die skep van so 'n aksie. Die eerste die verdeling van 'n bedrag deur die hof toegeken. Hierdie probleem kan aldus die Paneel effektief aangespreek word deur die insluiting van 'n eis-prosedure soortgelyk aan die van insolvente boedels⁴⁵⁵ of gelikwideerde maatskappye.⁴⁵⁶

⁴⁵³ 35 van 1998.

⁴⁵⁴ "Die erkenning van 'n groepsgeding in die Suid-Afrikaanse reg" Werkstuk 57, Projek 88 van 1995.

⁴⁵⁵ Artikel 40 van die Insolvensiewet (24 van 1936) vereis dat die Meester na die ontvangs van 'n bevel vir finale boedel sekwestrasie die eerste byeenkoms van skuldeisers moet belê. Kennis van die vergadering geskied by wyse van afkondiging in die Staatskoerant. Die byeenkoms het ten doel om skuldeisers die geleentheid te bied om 'n kurator te kies en hulle vorderings teen die boedel te bewys. Die publikasie van dié kennisgewing moet binne tien dae voor die vergadering geskeduleer, gepubliseer word en ook die tyd en plek van die vergadering vervat. Na afloop van die byeenkoms moet die Meester 'n tweede byeenkoms vir die bewys van vorderings teen die boedel reël. Die kurator moet hierdie byeenkoms in die Staatskoerant en in een of meer nuusblaaie afkondig. Artikel 44 bepaal voorts 'n gelikwideerde vordering te eniger tyd voor die finale verdeling, maar nie later as drie maande vanaf die einde van die tweede byeenkoms van skuldeisers, kan indien. Ten einde te slaag met 'n eis, moet voorts aan die vereistes vir die bewys van vordering, soos in die Wet omskryf, voldoen. Laasgenoemde sluit enige dokumente in wat die eis staaf asook 'n beëdigde

Die tweede is die finansiering en gepaardgaande risiko verbonde aan die tipe van litigasie. Hier word twee moontlike oplossings aan die hand gedoen. Die eerste is die gebruik van 'n gebeurlikheidsgeldooreenkoms⁴⁵⁷ of die gebruik van regshulp. Die tweede oplossing voorgestel, is die veroordeling van die binnekenner tot drie maal die verlies vermy of die wins gemaak. Hierdie bepaling, soos hieronder gesien word, is vervat in artikel 6(3) van die Wet op Binnekennistransaksies.⁴⁵⁸

(b) Die voorgestelde aksie en die werkstuk

Die vraag wat natuurlik hierna ontstaan is hoe die voorgestelde aksie by dié vervat in die werkstuk naamlik 'n groepsgeeding en die aksie in openbare belang, inpas. Die Paneel beantwoord self die vraag as volg:

"[T]he proposed derivative action does not quite fit comfortably within the proposed definition of a class action or a public interest action."⁴⁵⁹

Die aksie kan volgens die die Paneel wel onder die hoof 'sosiale aksie litigasie' gekategoriseer word. Hieronder verstaan die Suid-Afrikaanse Regskommissie litigasie namens 'n persoon wat as gevolg van 'onkunde of armoede' nie in staat is om die hof te nader nie. Die hof verkry in so geval die bevoegdheid om aan 'n *bona fide* persoon die bevoegdheid te verleen om namens sodanige persoon te litigeer. 'Sosiale aksie litigasie' word deur die Kommissie onder die hoof 'houding tot die aksie (litigasie) in die openbare belang in ander lande' geplaas en het ten doel om 'reg onder die gemeenskap

⁴⁵⁶ verklaring in 'n vorm wat ooreenkom met Formulier C of D in die Eerste Bylae tot die Wet. Artikel 366 van die Maatskappywet bepaal dat in die geval van die likwidasië van 'n maatskappy eise teen die maatskappy op 'n vergadering van skuldeisers bewys, moet in ooreenstemming met die bepalings met betrekking tot die bewys van eise teen 'n insolvente boedel kragtens die Insolvensiewet geskied. Voorts kan die Meester op aansoek van die likwidateur, 'n tydperk of tydperke bepaal waarin skuldeisers van die maatskappy hulle eise moet bewys of anders van die voordeel van 'n distribusie kragtens 'n rekening by die Meester ingedien voordat daardie eise bewys is, uitgesluit word.

⁴⁵⁷ Hoewel die Wet op Gebeurlikheidsgeld ten tyde van dié voorlegging nog nie gepromulgeer was nie, het die konsepwet voorsiening gemaak vir die veroorloping van sodanige ooreenkoms (sien artikel 10 in die verband). Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het ook kort na die voorlegging 'n werkstuk oor dié onderwerp gepubliseer (*Report on speculative and contingency fees*; Projek 93; Werkstuk 63; 15 April 1993). Die dokument is gevolg deur die verslag gepubliseer in November 1996 (*Speculative and contingency fees*; Projek 93). Hierdie verslag is gevolg deur die Wet op Gebeurlikheidsgelde (66 van 1997).

⁴⁵⁸ Paneel oor Sekuriteiteregulering 1996: 3.

⁴⁵⁹ Paneel oor Sekuriteiteregulering 1996: 3.

toeganklik te maak.⁴⁶⁰ Aan die hand hiervan kom die Paneel tot die slotsom dat 'n gewysigde vorm van die aksie in die openbare belang moontlik gebruik kan word om aan hulle behoeftes te voldoen.⁴⁶¹

Voordat verder gegaan kan word, is dit nodig om litigasie in openbare belang te definieer. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie definieer dit as "n aksie deur 'n verteenwoordiger in die belang van die publiek in die algemeen, of in belang van 'n deel van die publiek, maar nie noodwendig in daardie verteenwoordiger se eie belang nie."⁴⁶² Die vraag wat hier beantwoord moet word, is of dié definisie wyd genoeg is om aan die behoeftes deur die Paneel gestel, te voldoen. In die beantwoording van die vraag is dit eerstens nodig om te kyk na die belang wat gedien word en tweedens of die bekamping van binnekennishandel binne sodanige raamwerk tuisgebring kan word.

(A) Belang

Litigasie in die openbare belang het ten doel om die belange van die publiek in die algemeen of 'n bepaalde gedeelte daarvan af te dwing of te beskerm.⁴⁶³

(B) Bekamping binne die raamwerk

Ten opsigte van die tweede vraag moet gekyk word wat die belang by binnekennishandel is. Binnekennishandel vind plaas waar 'n persoon die voordeel van kennis ten opsigte van sensitiewe konfidensiële inligting,⁴⁶⁴ nie bekend aan die algemene publiek nie, tot eie voordeel gebruik. Die probleem daarmee is dat alle

⁴⁶⁰ Die voorbeeld hier gebruik is dié van Indië. Vir verder bespreking sien Republiek van Suid-Afrika 1995: 9-10.

⁴⁶¹ "It is submitted that a modified public interest action would be more suitable to deal with the problem of insider trading than a class action." Paneel oor Sekuriteiteregulering 1996: 3. Sien ook Republiek van Suid-Afrika 1998: 81: "The Panel accepts that the proposed derivative action does not quite fit comfortably within the proposed definitions of a class action or a public interest action." Republiek van Suid-Afrika 1995: 73; Republiek van Suid-Afrika 1998: 88 en ook 21.

⁴⁶² Die prosedure vir die instel van die aksie is dat die applikant wat die aksie instel, dit as 'n aksie in die openbare belang moet omskryf en homself/haarself as verteenwoordiger van die aksie voorstel. Hierna moet die hof bepaal of die aksie by wyse van 'n aksie in die openbare belang voortgesit kan word en 'n verteenwoordiger aanwys. Waar die aksie voortgaan as 'n aksie in die openbare belang word geen spesiale prosedures soos by die van groepsgedinge vereis nie en gaan litigasie daarna gewoon voort. Republiek van Suid-Afrika 1998: 21, 24-26; Republiek van Suid-Afrika 1995: 14.

⁴⁶⁴ Binnekennis word artikel 1 van die Wet op Binnekennistransaksies omskryf as 'inligting wat spesifiek of bepaald is en nie openbaar gemaak is nie en wat – (a) verkry of te wete gekom is deur 'n binnekenner; en (b) indien dit openbaar gemaak sou word, waarskynlik 'n wesentlike effek op die prys of waarde van enige finansiële instrument sou hê.'

beleggers in beginsel oor gelyke toegang tot inligting moet beskik om vertrouwe in die mark te verseker. Die misbruik van dié tipe van kennis verleen 'n onbillike voordeel aan die persoon wat daarmee handel en benadeel dus ander wat nie daarvoor beskik nie.⁴⁶⁵ Die bekamping van binnekennishandel behoort dus gemaklik tuis gebring te word onder die vaandel van openbare belang.

(i) Sertifisering

Die eerste wysiging voorgestel is om te voorsiening vir *ex parte* sertifisering. Die sertifisering van litigasie as 'n groepsgeeding, is sekerlik dié belangrikste aspek van groepsgeedingvoering. Geen litigasie kan as 'n groepsgeeding ingestel of verdedig word voordat 'n bevoegde hof dit nie eers gesertifiseer het as 'n groepsgeeding nie.⁴⁶⁶ Sertifisering het ten doel om die teenparty te beskerm teen 'n ongegronde en/of kwelsugtige eise met die uitsluitlike doel om die respondent tot skikking te dwing. Gevolglik word dan ook vereis dat die aansoek so spoedig moontlik voor 'n bevoegde hof vir sertifisering gebring word. In navolging hiervan vereis die konsepwet rakende groepsgeedinge en die aksie in openbare belang soos voorgestel deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie ook sertifisering.⁴⁶⁷

Die argument teen gewone sertifisering by binnekennishandel in terme van die konsepwet is om die oortreder te verhoed 'to stifle the legislation before it commenced.' Die Paneel argumenteer verder dat dit onbillik sou wees indien die verweerder kennis dra van die presiese aard van litigasie sonder dat daar ook blootlegging aan sy kant geskied. Die aansoek moet ook konfidensieel hanteer word en "should remain

⁴⁶⁵ King 1997: 1, 5; King (2) 1997: 1; Jaffe 1997: 2; Van Zyl 1992: 79-80, 95. Sien ook Jooste 2000: 286 waar hy verwys na twee beslissings. Die eerste is *SEC v Texas Gulf Sulphur Co* 401 F 2d 833 (1968): 851-852.) waar die hof verklaar: "... all investors should have equal access to the rewards of participation in securities transactions ... all members of the investing public should be subject to identical risks." Die tweede beslissing is die van *Attorney-General's Reference (No 1 of 1988)* ([1989] 1 AC 971 (CA & HL): 980; [1989] All ER 321 (CA): 325E): "... the obvious and understandable concern ... about the damage to public confidence which insider dealing is likely to cause and the clear intention to prevent so far as possible what amounts to cheating when those with inside knowledge use that knowledge to make a profit in their dealing with others."

⁴⁶⁶ Artikel 6(1) van die konsepwet; Republiek van Suid-Afrika 1998: 91-92; Republiek van Suid-Afrika 1995: v.

⁴⁶⁷ Republiek van Suid-Afrika 1998: vi, vii; 38-40, 91; De Vos 1996: 645.

confidential not open to examination by anybody except perhaps by the defendant a comparatively short period prior to the trial.”⁴⁶⁸

Betreffende die aksie in openbare belang vereis die Konsepwet, soos vervat in die werkstuk, alleen dat die persoon wat die aksie instel dit as 'n aksie in openbare belang identifiseer en hom of enige ander geskikte persoon as verteenwoordiger van diegene ten behoeve van wie die regshulp aangevra word, nomineer. Waar die hof 'tevrede' is dat die aksie soos aangevra voort kan gaan, moet die hof 'n geskikte verteenwoordiger aanstel.⁴⁶⁹ Die Konsepwet vereis dus alleen dat die hof hom 'tevrede' moet stel en geen lang en uitgerekte sertifiseringsproses met gepaardgaande vereistes nie. Laasgenoemde word verder deur die volgende stelling in die verslag benadruk:

*“Unlike the class action plaintiff, the public interest plaintiff does not purport to represent any particular individual. He or she acts as a spokesman for a public at large or a segment of it. Neither problems of notice or res judicata, so troublesome to class action, plague public interest litigation.”*⁴⁷⁰

Die enigste probleem wat moontlik mag ontstaan is dat die uitspraak nie *res judicata* is nie en dit kan dus benadelend teenoor die verweerder werk. Hierdie probleem word ondervang in die konsepwet wat vervat is in die verslag, en wat aan die hof die bevoegdheid verleen om te kan beslis of die aangeleentheid *res judicata* is of nie.⁴⁷¹

By groepsgedingvoering aan die anderkant vereis die konsepwet sertifisering as voorvereiste vir die gebruik van die prosedure. Die doel van sertifisering is om die verweerder in staat te stel om hom te verweer teen ongegronde litigasie onder die vaandel van 'n groepsgeding, wat *ex parte* sertifisering onmoontlik maak.⁴⁷² Die versoek

⁴⁶⁸ Paneel oor Sekuriteiregulering 1996: 5.

⁴⁶⁹ Artikel 2(2) van die Konsepwet bepaal: “Die persoon wat die aksie in die openbare belang instel moet die aksie as sodanig identifiseer en moet óf homself óf haarself of enige ander geskikte verteenwoordiger as verteenwoordiger van diegene ten behoeve van wie die regshulp aangevra word, nomineer.” Lees hiermee te saam artikel 2(3) van die konsepwet vervat in die werkstuk: “Indien die hof tevrede is dat die aksie by wyse van 'n aksie in die openbare belang moet voort gaan, moet die hof 'n persoon wat na die mening van die hof geskik is om die openbare belang in die betrokke aangeleentheid te verteenwoordig as die verteenwoordiger aanstel.”

⁴⁷⁰ Republiek van Suid-Afrika 1998: 24.

⁴⁷¹ Artikel 2(3) van die konsepwet in die verslag. Republiek van Suid-Afrika 1998: 88.

⁴⁷² Republiek van Suid-Afrika 1998: vi, vii; 38-40, 91; De Vos 1996: 645.

vir vrystelling onderstreep dus die Paneel se gevolgtrekking dat die aksie voorgestel nie gerieflik onder 'n groepsgeleding tuisgebring kan word nie.

(ii) Vrystelling van kennis

Die volgende wysiging voorgestel, is die vrystelling van die Paneel van kennisgewing aan lede van die groep.⁴⁷³ Naas sertifisering vereis die konsepwet ook die gee van kennis aan die groep. Sodanige kennisgewing het 'n tweeledige doel. Eerstens kommunikeer dit die bestaan van litigasie aan die lede van die groep en bied sodoende 'n geleentheid aan individuele lede om hulle van die bestaan van litigasie uit te sluit. Sodoende word tweedens verseker dat die vereistes betreffende prosedurele geregtigheid nagekom en die konstitusionaliteit van litigasie dus gewaarborg word.⁴⁷⁴ Die konsepwet maak voorts voorsiening vir 'n hof om in die geval van groepsgeledingvoering geen kennis te gelas nie.⁴⁷⁵ Indien die Paneel eerder gebruik sou wou maak van die aksie in die openbare belang is die gee van kennis ook nie 'n vereiste nie.⁴⁷⁶ As alleen na die vereiste gekyk word, sou die Paneel dus van of 'n groepsgeleding of aksie in openbare belang gebruik kan maak.

(iii) Hersiening van die bevoegdhede van die Paneel

Die Paneel beywer hulle voorts vir die hersiening hulle van magte en bevoegdhede. Sodoende word gehoop om die Paneel te rat om litigasie namens benadeeldes in te kan stel. Die Paneel verklaar dat die ideaal eerder die skrapping van dié toe-geldende hoofstuk XV van die Maatskappywet tesame met promulgasie van 'n aparte Wet is as die aanpassing van die konsepwet om aan die behoeftes te voldoen. Sodanige Wet behoort die bevoegdhede en magte van die Paneel te omskryf.⁴⁷⁷ Laasgenoemde versoek het gerealiseer in die vorm van die Wet op Binnekennistransaksies waarin voorsiening gemaak is vir 'n aksie soos deur die Paneel voorgestaan.

⁴⁷³ Paneel oor Sekuriteiteregulering 1996: 5.

⁴⁷⁴ Republiek van Suid-Afrika 1998: vii; Republiek van Suid-Afrika 1995: v, 42. Sien ook *McQuoid-Mason et al* 1997: 323-324.

⁴⁷⁵ Artikel 5(3)(b) van die konsepwet in die werkstuk. Sien ook Republiek van Suid-Afrika 1995: 77.

⁴⁷⁶ Artikel 2 van die Konsepwet in die werkstuk. Sien ook Republiek van Suid-Afrika 1995: 74.

⁴⁷⁷ Paneel oor Sekuriteiteregulering 1996: 6.

(iv) Koste

Die voorlaaste wysiging handel oor die aanspreek van die vrese van die Paneel rakende koste. Aldus die Paneel, is die voorgestelde Openbare Belang- en Groepsgedingefonds asook 'n gebeurlikheidgeldooreenkoms soos deur die Regskommissie voorgestaan, ideaal om die probleem te oorbrug.⁴⁷⁸ Die konsepwet soos vervat in die werkstuk het die skepping van so 'n fonds in die vooruitsig gestel. Dié fonds sou gefinansier word deur gelde deur die parlement bewillig, bydraes voortspruitend uit suksesvolle groepslitigasie, inkomstes deur beleggings deur die fonds gemaak, gelde deur die publiek geskenk of voorgeskiet en ander gelde wettig aan die fonds oorbetaal.⁴⁷⁹ Hoewel hierdie voorstel 'n redelike mate van steun geniet het, beveel die Kommissie aan dat die gelde beskikbaar vir Regshulp eerder geoptimaliseer word onder die vaandel van die Suid-Afrikaanse Regshulpraad. Gevolglik word die voorstel in die finale verslag laat vaar.⁴⁸⁰

In die tussentyd het die Wet op Gebeurlikheidsgelde inwerking getree en is dit as alternatief aan die Paneel beskikbaar. Artikel 2 van dié Wet bepaal dat 'n regspraktisyn met sy of haar kliënt 'n gebeurlikheidgeldooreenkoms kan sluit waar hy of sy van oordeel is dat daar redelike vooruitsigte bestaan dat sy of haar kliënt suksesvol kan wees. Die Wet omskryf nie die begrip kliënt nie. Gevolglik behoort die begrip in die wydste sin moontlik geïnterpreteer te word en behoort die tipe van ooreenkoms ook tot beskikking van die Paneel of Raad op Finansiële dienste beskikbaar te wees.

(v) Kostebevele

Laastens word geargumenteer dat die Paneel vrystelling van enige bevel vir koste moet geniet. Die *ratio* hiervoor is dat die litigasie nie vir eie voordeel ingestel is nie 'but only to assist and protect the uneducated and unsophisticated people referred to in the Working Paper.'⁴⁸¹ Hierdie vrees is indirek in die verslag aangespreek deur die invoeging van artikel 4(2). Dié genoemde artikel bepaal dat in die geval van die aksie in openbare

⁴⁷⁸ "The contingency fee principal should not be limited to class actions but should also include public interest and the derivative actions." Paneel oor Sekuriteiteregulering 1996:7, sien ook 6.

⁴⁷⁹ Republiek van Suid-Afrika 1995: 78.

⁴⁸⁰ Transvaal Provinsiale Afdeling 1995: 1, 8; Republiek van Suid-Afrika 1998: 75; Van Zyl 1992: 313.

⁴⁸¹ Paneel oor Sekuriteiteregulering 1996: 6.

belang en groepsgedingvoering die hof alleen in uitsonderlike omstandighede 'n kostebevel kan gee.⁴⁸²

(vi) Gevolgtrekking

Die Paneel kom tot die gevolgtrekking dat die wysigings voorgestel 'n aansienlike aantal wysigings aan die konsepwet noodsaak. Gevolglik beywer die Paneel hulle eerder vir 'n aparte wet waarin voorsiening gemaak word 'n aksie wat aan die gestelde behoeftes voldoen.⁴⁸³

3.4 Die Kingkommissie

Die Minister van Finansies het op 4 September 1995 ondersoek gelas na die toepaslikheid van die geskiktheid van huidige wetgewing om probleme betreffende binnekennishandel doeltreffend die hoof te bied. Regter King is getaak om die ondersoek te lei.⁴⁸⁴ Vir doeleindes van die bespreking word alleen op die siviele kant van die verslae en daaropvolgende Wet gefokus. Ten einde die bespreking in die nodige perspektief te plaas word ook op ander relevante bepalings van dié Wet gelet.

3.4.1 Probleem ten aansien van siviele litigasie

Artikel 440F(4)(a) van die Maatskappywet bepaal dat enige persoon wat die verbod op binnekennishandel oortree vir enige skade of verlies as gevolg daarvan, aanspreeklik is. Suksesvolle siviele litigasie berus gevolglik op die gewone vereistes vir kontrakbreuk of delik tesame met die bewys van die oortreding van die verbod.⁴⁸⁵ Artikel 440F(4)(b)⁴⁸⁶ versag dié bewyslas deur voorsiening te maak vir strikte aanspreeklikheid waar artikel 1

⁴⁸² Republiek van Suid-Afrika 1998: 90, 98.

⁴⁸³ Paneel oor Sekuriteiteregulering 1996: 6, 7.

⁴⁸⁴ King 1997: 1-3; King (2) 1997: 1; Stassen 1: 1; Paneel oor Sekuriteiteregulering 1996: 2. Sien ook Jooste 2000: 285.

⁴⁸⁵ Die eiser moes voorts ook bewys dat die skade die gevolg van die beweerde binnekennistransaksies was. Hierdie bewyslas is aansienlik moeiliker om te kwyt veral in daardie gevalle waar die transaksie op 'n onpersoonlike mark plaasgevind het. Die aangeleentheid word verder aansienlik bemoeilik deurdat enige getuienis deur die eiser gelei, maklik weerlê kon word deur aan te toon dat die besluit nie gegrond was op binnekennis nie, maar eerder finansiële oorwegings. Sien ook Van Zyl 1992: 214-216.

⁴⁸⁶ Artikel 440F4(b) lees: "In die geval van die doen van sake in 'n sekuriteit op 'n effektebeurs of 'n finansiële mark soos omskryf in artikel 1 van die Wet op die Beheer van Finansiële Makrte, 1989 (Wet 55 van 1989), is dit nie vir die eiser nodig om in 'n aksie beoog in paragraaf (a) opset of nalatigheid teenoor hom te bewys nie."

van die Wet op Beheer van Finansiële Markte oortree is. Die bepaling het egter nie die gewenste gevolg gehad nie.⁴⁸⁷

3.4.2 Oplossing

Ten einde die probleem aan te spreek, het die Kingkommissie hulle veral laat lei deur die posisie in die Verenigde State van Amerika. Daar word binnekennishandel aangespreek deur die gebruik van 'n afgeleide aksie. Die suksesse van die aksie daar word veral, aldus die Kommissie, geïllustreer deur die meer as 450 vervolgings in minder as twintig jaar. Hierdie suksesse word toegeskryf aan die sivilregtelike afgeleide aksie gekoppel aan 'n mindere bewyslas om te kwyf.⁴⁸⁸ Gevolglik het die Kommissie aanbeveel dat die Wet op Binnekennistransaksies⁴⁸⁹ op die model in die Verenigde State sowel as Engeland⁴⁹⁰ geskoei word.

3.5 Die Wet op Binnekennistransaksies

Vir doeleindes van die bespreking onder dié hoof, word alleen gekonsentreer op die aksie geskep in die Wet as moontlike voorbeeld van 'n statutêr omskrewende groepsgeeding of aksie in die openbare belang.

3.5.1 Verbodsbepaling en omskrywing van relevante konsepte

Die Wet verbied die gebruik van binnekennis in die handel van aandele⁴⁹¹ of finansiële instrumente.⁴⁹² Binnekennis word omskryf as enige inligting hetsy spesifiek of presies

⁴⁸⁷ King 1997: 7, 20; King (2) 1997: 7, 11, 13-14; Jaffe 1997: 4; Van Zyl 1992: 214; Nel 1997: 17; Van Wyk de Vries 1970: 87-88. Sien ook Wang 2000: 1 waar hy verklaar: "Previously, not one person had been found guilty of insider trading in the 112-year history of the JSE, despite apparently glaring examples of the action." Sien ook Jooste 2000: 285.

⁴⁸⁸ Hierdie bewyslas is op 'n oorwig van waarskynlikheid en gevolglik laer as dié vereis in 'n strafsak naamlik bo redelike twyfel.

⁴⁸⁹ Die Wet op Binnekennistransaksies is op 20 November 1998 gepromulgeer en het op die 17 Januarie 1999 inwerking getree.

⁴⁹⁰ "In the United States of America on the other hand the Securities and Exchange Commission has achieved considerable success with combating insider trading through the imposition of civil sanctions. These issues contributed to the decision ... that the proposed legislation should contain both a criminal and civil sanction for insider trading." King 1997: 23-24. Sien ook 22; Stassen (1): 44. Sien ook Jooste 2000: 285.

⁴⁹¹ „aandele” ook effekte, skuldbriewe (uitgegee deur 'n maatskappy met 'n aandeelkapitaal), notas, effekte-eenhede wat in die plek van aandele uitgegee is, opsies op effekte, op aandele of op sodanige skuldbriewe, notas of eenhede, asook regte daarop, en opsies op indekse van informasie soos uitgereik deur 'n aandeelbeurs oor pryse van enige van bogenoemde instrumente, asook enige ander instrumente wat deur die Registrateur by kennisgewing in die Staatskoerant as aandele verklaar is, maar uitgesonderd— (i) aandele in 'n private maatskappy; of (ii) effekte of aandele in 'n openbare maatskappy wat nie verkry of oorgedra kan word nie sonder die toestemming of goedkeuring van die direkteure of verteenwoordigers van die maatskappy, behalwe

wat nie openbaar gemaak is nie en wat by die openbaarmaking daarvan tot gevolg kan hê dat dit die prys van die sekuriteit of finansiële instrument wesenlik kan beïnvloed. Die inligting moes voorts onder die aandag van 'n binnekenner⁴⁹³ gekom het.

3.5.2 Die afgeleide aksie

Die Wet stel enige binnekenner aanspreeklik teen die Raad op Finansiële dienste⁴⁹⁴ tensy sodanige persoon oor 'n verweer⁴⁹⁵ beskik. Die Wet stel voorts ook individue wat

sodanige toestemming of goedkeuring wat by, kragtens of uit hoofde van 'n wet vereis word, of opsies of regte op sodanige effekte of aandele; of (iii) bankaksepte, verhandelbare depositosertifikate uitgereik deur 'n bank wat kragtens die Bankwet, 1990 (Wet No. 94 van 1990), geregistreer is of deur 'n onderlinge bank wat kragtens die Wet op Onderlinge Banke, 1993 (Wet No. 124 van 1993), geregistreer is, of enige ander soortgelyke korttermyninstrumente deur die Registrateur by kennisgewing in die Staatskoerant aangewys, of opsies of regte op sodanige aksepte, sertifikate of instrumente.” (Artikel 1 van die Wet op die Beheer van Aandelebeurse 1 van 1985) of enige ander sekuriteite of ander instrumente met soortgelyke kenmerke en waarin gehandel word op 'n gereguleerde mark (Sien artikel 1 van die Wet op Binnekennistransaksies). Sien ook King 1997: 10, 44.

⁴⁹² „finansiële instrument”— (a) 'n termynkontrak; (b) 'n opsiekontrak; (c) 'n leningseffek; of (d) enige ander instrument wat deur die Registrateur by kennisgewing in die Staatskoerant tot finansiële instrument verklaar is (Wet op die Beheer van Finansiële Markte 55 van 1989); of enige ander instrument of reg met soortgelyke eienskappe waarin gehandel word op 'n gereguleerde mark (Sien artikel 1 van die Wet op Binnekennistransaksies). Sien ook King 1997: 10, 44.

⁴⁹³ Artikel 1 omskryf 'n binnekenner as “n individu wat oor binnekennis beskik— (a) as synde- (I) 'n direkteur, werknemer of aandeelhouer van 'n uitreiker van aandele of finansiële instrumente waarop die binnekennis betrekking het; of (ii) iemand wat toegang het tot sodanige inligting uit hoofde van sy of haar diens, amp of profesie; of (b) waar sodanige individu weet dat die regstreekse of onregstreekse bron van die inligting 'n persoon beoog in paragraaf (a) is...’ Jooste 2000: 288 verklaar dat persone genoem in die (a) gedeelte van die definisie primêre binnekenners is. Die in die (b) gedeelte is sekondêre binnekenners. Sien ook Jooste 2000: 290.

⁴⁹⁴ Hierbo is reeds gewys op die voorlegging van die Paneel oor Sekuriteiteregulering dat die Paneel die verantwoordelike instansie moet wees om sodanige aksie in te stel. Sodanige moontlikheid asook die skepping van 'n nuwe statutêre raad of die Raad op Finansiële dienste het voor die King Kommissie gediën. Die skepping van 'n nuwe raad is verwerp op grond daarvan dat dit net 'n verdere verdeling van kragte en vermoëns is. Na oorweging van verskeie voorleggings, het die King Kommissie besluit op die Raad op Finansiële dienste. Vir verdere bespreking sien King (2) 1997: 22-26; King 1997: 32-43; Jaffe 1997: 1-17. Sien ook aanhef tot die Wet; artikels 6 en 11(2)(b).

⁴⁹⁵ 'n Verweer word gedefinieer as 'n verweer omskryf in die Wet self of enige ander toepaslike wet. Die verweere waarvoor spesifiek in die Wet voorsiening gemaak word, word in artikel 4 omskryf. Die artikel lui soos volg: “n Individu is nie skuldig nie aan enige misdryf beoog in artikel 2(1) indien sodanige individu op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys dat hy of sy— (a) gehandel het op spesifieke opdragte van 'n kliënt, behalwe waar die binnekennis aan hom of haar deur daardie kliënt geopenbaar is; (b) selfs sonder die binnekennis op dieselfde wyse sou opgetree het; (c) gehandel het namens 'n openbare sektorliggaam ter bereiking van monetêre beleid, beleid ten opsigte van wisselkoerse, die bestuur van openbare skuld of buitelandse wisselkoersreserwes; of (d) opgetree het ter bereiking van die voltooiing of implementering van 'n geaffekteerde transaksie soos omskryf in artikel 440A van die Maatskappywet, 1973 (Wet No. 61 van 1973).” Voorts bepaal artikel 4(2): “n Individu is nie skuldig aan die misdryf in artikel 2(2) uiteengesit nie, indien sodanige individu op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys dat hy of sy— (a) op redelike gronde geglo het dat geen persoon sake in die aandele of finansiële instrumente sou gedoen het as gevolg van sy of haar openbaarmaking nie; of (b) die binnekennis openbaar gemaak het by die behoorlike uitoefening van die werkzaamheid van sy of haar diens, amp of profesie en terselfdertyd openbaar

oor binnekennis beskik en die inligting aan ander oordra; of enige ander persoon aanmoedig om dit te gebruik; of namens 'n ander daarvan gebruik maak en nie oor 'n verweer beskik met persone hierbo genoem, gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik teenoor die Raad.⁴⁹⁶ In die geval van suksesvolle litigasie is die persone hierbo omskryf aanspreeklik vir die totale bedrag van verliese vermy of die bedrag verryk. Buiten die aanspreeklikheid kan persone ook veroordeel word tot drie maal die bedrag van verryking of verarming vermy tesame met rente en koste vir die geding.⁴⁹⁷

Laastens maak die Wet voorsiening vir die verhaal van gedingskoste.⁴⁹⁸ Hierdie koste word bereken op prokureur/kliënt skaal en behoort dus 'n groot gedeelte van die koste deur die Raad aangegaan, te verhaal. Die bedrag wat gevolglik verhaal word kan, buiten aftrekkings onder benadeeldes verdeel word.⁴⁹⁹

3.5.3 Verdeling van die bedrag verhaal

Die bedrag verhaal moet deur die Raad in 'n spesiale trustrekening betaal word. Die Raad is geregtig om alle redelike onkoste aangegaan van die bedrag te verhaal. Die Wet veroorloof die Raad ook om 'n addisionele tien persent van die globale bedrag verhaal.⁵⁰⁰ Die restant van die bedrag moet deur die eisbeampte onder persone wat deur die gebruik van binnekennis in die besondere transaksie benadeel is, verdeel word. Die eisbeampte kan alleen eise van diegene betaal wat tot 'redelike bevrediging' aan hom bewys dat benadeeldes binne een week voor die bekendmaking van die binnekennis-inligting in dieselfde sekuriteite of finansiële instrumente as die binnekenner gehandel het of waar hulle op dieselfde dag in dieselfde sekuriteite of finansiële instrument handel gedryf het.⁵⁰¹

gemaak het dat die inligting binnekennis was." Artikel 4(3) bepaal voorts dat die verweere in artikel 4(1) omskryf nie bedoel is om die enigste verweere tot beskikking van 'n persoon is wat tereg staan ten aansien van enige verrigtinge beoog in die Wet nie. Sien ook King 1997: 31; King (2) 1997: 12-13.

⁴⁹⁶ Artikel 6(1), (2), (3) en (4) van die Wet op Binnekennistransaksies. Sien ook Jooste 2000: 298-299.

⁴⁹⁷ Die bedrag word bereken met inagneming van die prys waarteen die betrokke aandeel of sekuriteit verhandel het voor die inligting openbaar gemaak is en die prys daarvan nadat die inligting bekend geword het. Sien Artikel 6(4)(a) van die Wet op Binnekennistransaksies; Jooste 2000: 300; Van Deventer(1) datum onbekend: 1.

⁴⁹⁸ Artikel 6(4)(g) van die Wet op Binnekennistransaksies.

⁴⁹⁹ Van Deventer(1) datum onbekend: 1.

⁵⁰⁰ Waar koste aan die Raad toegeken word, moet die totale som daarvan van die 10% afgetrek word. Sien artikel 6(5) van die Wet op Binnekennistransaksies. Sien ook Jooste 2000: 301.

⁵⁰¹ Enige bostaande eis sal uit betaal word met die inagneming van die verskil tussen die prys wat die eiser daarvoor betaal het en die verlies gely ooreenkomstige die bepalinge van die hof of die

Die Kingkommissie het aanbeveel dat die proses spoedig, goedkoop en so maklik moontlik moet wees. Gevolglik is aanbeveel dat die proses sonder enige verdere tussenkoms van die hof moet geskied.⁵⁰² Hierbo is reeds ook verwys na die voorlegging van die Paneel. Die Paneel het aan die hand gedoen dat die proses soortgelyk aan die by likwidasie van maatskappye en insolvente boedels hanteer word. Laasgenoemde twee prosedures maak duidelike voorsiening vir tydsraamwerke waarbinne eise hanteer word en waaraan die prosedure hierbo beskryf, ontbreek. Ten einde die aangeleentheid so spoedig moontlik te hanteer behoort dit tydsaaangedrewe (dit wil sê gekoppel aan tydsraamwerke) te wees.

3.5.4 Binnekennis en verjaring

Anders as die konsepwet wat geen bepaling betreffende verjaring bevat nie, bepaal die Wet op Binnekennistransaksies dat enige bedrag binne drie jaar van eerste distribusie onopgeeëis, die fonds toeval.⁵⁰³ Die Wet self maak nie voorsiening vir kennisgewing nie maar verleen die bevoegdheid aan die Raad om reëls hieroor, asook prosedures vir die indien en bewys van eise, die administrasie en distribusie van betalings uit te vaardig.⁵⁰⁴ Indien gekyk word na die bestaande posisie behoort 'n eis drie jaar nadat die skuld aan die eiser bekend geword, te verjaar.⁵⁰⁵ Hierdie bepaling kan tot gevolg hê dat die Raad gelde vir 'n aansienlik tyd in trust moet hou. Ten einde die probleem aan te spreek behoort die reëls gevolglik voorsiening te maak vir die gee van kennis in die Staatskoerant en enige ander toepaslike media berig. Eise nie binne drie jaar van die datum ontvang nie, verjaar. Die aangeleentheid word egter bemoeilik deurdat finansiële

ekwivalent *pro rata* tot die balans nadat die bedrae soos hierbo genoem afgetrek is, ooreenstemmend al die eise ingevolge die artikel bewys wat ookal die minste is tussen die twee. Die eisbeampte beskik egter oor 'n diskresie om die eis op redelike gronde te verminder of geen eis uit te betaal nie. Sien artikel 6(6) en (7) van die Wet op Binnekennistransaksies; King 1997: 30. Sien ook Jooste 2000: 301.

⁵⁰² "It was also agreed that the procedures for compensation ... should be inexpensive, expeditious and simple, without the necessity for further Court intervention." King 1997: 31.

⁵⁰³ Artikel 6(5)(c) van die Wet op Binnekennistransaksies. Sien ook Jooste 2000: 301.

⁵⁰⁴ Sien artikel 11(g)(iii) asook van die Wet op Binnekennistransaksies. Sien ook artikel 6(10) van dié Wet.

⁵⁰⁵ Artikel 12(3) van die Verjaringswet (68 van 1969) bepaal: "'n Skuld word nie geag opeisbaar te wees voordat die skuldeiser van die identiteit van die skuldenaar en van die feite waaruit die skuld ontstaan, kennis dra nie: Met dien verstande dat 'n skuldeiser geag word sodanige kennis te dra indien hy dit deur die beoefening van redelike sorg kon bekom het."

markte wat onpersoonlik van aard is en benadeeldes gevolglik nie noodwendig eers van die benadeling bewus is nie.⁵⁰⁶

3.5.5 Gemeenregtelike eise

Artikel 6(8), gelees met artikel 10, maak voorsiening vir 'n individu om in eie naam enige gemeenregtelike reg in verband met skade wat hy gely het, af te dwing. Enige sodanige bedrag verhaal, word in berekening gebring waar ook van die fonds geeis word.⁵⁰⁷

3.5.6 Suksesse

'n Bespreking van die aksie is nie volledig sonder verwysing na die suksesse daarvan nie. Aldus die amptelike webwerf van die Raad op Finansiële dienste is daar binne die eerste jaar 2.2 miljoen Rand in skikkings verhaal.⁵⁰⁸ In 'n persverklaring 26 September 2000 som die Raad hulle suksesse as volg op:

*"95 cases have been registered for investigation since the inception of the Insider Trading Act in January 1999, 69 investigations have been completed, and settlement has been reached in nine cases. A total amount of R4 823 791 has been received since these settlements."*⁵⁰⁹

3.6 Gevolgtrekking

Hoewel die aksie geskep in die Wet op Binnekennistransaksies ooreenstemmende kenmerke met dié van 'n groepsgeeding vertoon, verskil dit ook daarvan. So byvoorbeeld word sertifisering by 'n groepsgeeding vereis terwyl dit nie die geval is by die aksie nie. Voorts gaan die sertifisering van die aksie gepaard met die oorweging van gepaste

⁵⁰⁶ Van Zyl 1992: 218.

⁵⁰⁷ King 1997: 31; King (2) 1997: 14-15. Sien ook Van Deventer(1) datum onbekend: 2: "The statutory civil action taken by the FSB has no influence on the public's right to sue for common law damages."

⁵⁰⁸ "In the first year under the new law, the market has won [sic] settlement totalling almost 2.2 million rand (\$320,000), and more important, it says, it has sounded a new opening bell in the financial capital of Africa." Cauvin datum onbekend: 1.

⁵⁰⁹ Hierdie verklaring kan gevind word op die webwerf van die Raad op: [Http://www.fsb.co.za](http://www.fsb.co.za). Die suksesse sluit in 'n skikking van R 800 000,00 teen Mnr S Rogers, voormalige direkteur van Beige Holdings (Persverklaring: 8 Desember 1999). 'n Verder voorbeeld van 'n skikking is die teen Mnr RD Sackstein in die geval van I-Fusion. Mnr Sackstein het met die Raad ooreengekom om die bedrag van R 1 085 649 te betaal. Die verklaring uitgereik op 23 Desember 1999 vervat egter die volgende uitdruklike bepaling: "The settlement is on the basis that Mr Sackstein is not admitting guilt or liability and is without prejudice." Op die selfde dag word ook berig van 'n skikking met Mnr J Livinstone vir die bedrag van R 41 700. So ook is 'n skikking aangegaan met Kalahari Goldridge Mining Company Limited (R33 616) en Idion Technology Holdings Limited (R209 076)

kennisgewing. Die gee van kennis in die geval van binnekennis kom eers ter sprake by die distrubusie van gelde verhaal.

Ooreenstemmend met die van 'n groepsgeding veroorloof die Wet op Binnekennishandel die Raad om benadeeldes se eise namens hulle af te dwing. In 'n sekere sin word hier dus ook van verteenwoordiging gebruik gemaak. Gelde word voorts onder die benadeeldes verdeel.

Verdere verskille blyk gering te wees. Die vraag kan gevolglik met reg gevra word of die nuut geskepte afgeleide aksie nie maar ook 'n vorm van 'n groepsgeding is nie. Die beantwoording hiervan lê opgesluit in die rede vir die verskille. Hierbo is reeds daarop gewys dat litigasie in die geval van binnekennishandel uiters kompleks van aard is. Voorts is benadeelde persone dikwels nie eers bewus van die benadeling nie en beskik hulle is baie gevalle nie oor die kennis of die middele om litigasie van die aard in te stel nie. Gevolglik was dit nodig om 'n aksie wat hierdie probleme effektief aanspreek en oorbrug te skep. Dit op sy beurt dui op 'n behoefte in die ondernemingsreg aan die tipe van litigasie.

4. Verbruikers- en Beleggersbeskerming

Die twee onderafdelings hierbo bespreek, is voorbeelde van prosesse soortgelyk aan die van groepsgedinge reeds in die Suid-Afrikaanse reg bekend. Onder die hoof word aandag gegee aan twee ander gebiede van die Suid-Afrikaanse ondernemingsreg waar groepsgedingvoering ook 'n moontlike invloed kan uitoefen, naamlik verbruikers- en beleggersbeskerming. Voordat met die bespreking begin word, is dit nodig om kortliks tussen *verbruikers-* en *beleggersbeskerming* te onderskei. Eersgenoemde is die *beskerming* van die verbruikers in die verkryging van goedere terwyl dit by laasgenoemde gaan oor die beskerming van sy *belegging*.⁵¹⁰ Vir doeleindes van die bespreking word alleen op groepsgedingvoering as 'n verdere hulpmiddel in sodanige beskerming gekonsentreer.

⁵¹⁰ (Persverklaring: 26 oktober 1999).
Van Zyl 1992: 4.

4.1 Verbruikersbeskerming

Hierbo is reeds daarop gewys dat die konsepwet sowel die ideologiese as nominale eiser veroorloof.⁵¹¹ Dit beteken dus dat sowel 'n persoon of 'n organisasie litigasie namens 'n groep verbruikers wat op dieselfde wyse benadeel is, kan begin. Gevolglik kan organisasies wat die beskerming van verbruikers ten doel het, litigasie namens 'n benadeelde groep instel. Hier, veral waar die groep ongeletterd is, kan die ideologiese eiser 'n deurslaggewende rol speel.

Voorts oorbrug groepsgedinge ook die probleem betreffende eise wat nie lewensvatbaar is vir litigasie nie. Hier, hoewel 'n voorbeeld van beleggersbeskerming, bied die beslissing in die Verenigde State van *Eisen v Carlisle & Jacquilin*⁵¹² 'n treffende voorbeeld. In die saak was die eis van die verteenwoordiger van die groep vir 215 dollar, 'n eis opsigself nie vir litigasie lewensvatbaar nie. As egter na die geheel van eise gekyk word, het die groep se eis 63 miljoen dollar beloop. So kan die skending van individuele verbruikers se regte enkele rande beloop terwyl die gesamentlik eis etlike miljoene rande beloop.

Een moontlike probleem met die effektiewe gebruik van die groepsgedinge onder die hoof is die finansiering daarvan. Die enigste moontlikheid tans voorsien, is die gebruik van 'n gebeurlikheidsgeldooreenkoms. Hierna is reeds in die vorige hoofstuk verwys.⁵¹³ Die gevolgtrekking daar was dat finansiering deur die die betrokke prokureur of advokaat moet geskied. Voorts is dit steeds 'n ope vraag of prokureurs en advokate wel bereid sou wees om die risiko gepaardgaande aan 'n gebeurlikheidsgeldooreenkoms te dra.

Nieteenstaande blyk groepsgedingvoering tog 'n handige toevoeging tot die arsenaal van verbruikersbeskerming te wees.⁵¹⁴ Bestaande wetgewing kan dus met groot vrug aangepas word om ook vir die remedie voorsiening te maak.⁵¹⁵

⁵¹¹ Sien bespreking onder 4.3.1.3(d) (hoofstuk 4) hierbo.

⁵¹² 417 US 156 (1974). Sien ook 3.2.2.3 (hoofstuk 3) hierbo.

⁵¹³ Sien 4.3.3.4 (hoofstuk 4) en in die besonder (d) hierbo.

⁵¹⁴ "For consumer groups the benefit of class actions lies in the mass determination of numerous claims that otherwise would not have been adjudicated upon at all, especially in cases where the individual damage is so large to justify the expense of litigation. Class actions can also eliminate most of the impediments in consumer litigation especially in terms of time, costs and the fear most consumers have of the courts or of litigating against large corporations. It would be said that class action litigation provides a far greater amount of security to the individual consumer and the united force of a class action presents a much greater threat to a manipulative corporation than any

4.2 Beleggersbeskerming

Die tweede aspek van die onderafdeling van die hoofstuk handel oor die gebruik van groepsgedingvoering as wapen in die hande van beleggersbeskerming. Hierdie behoefte is reeds deur Regter Nel, wat die ondersoek na beleggersbeskerming in Suid-Afrika lei, geïdentifiseer. Die werksaamhede van die Kommissie spruit voort uit die bekende Masterbond sage. Die Kommissie laat hom soos volg uit betreffende die gebruik van groepsgedinge ten opsigte van beleggersbeskerming:

*"Had a class action been available to them there is little doubt that actions with more than a fair chance would have been instituted by them against all the directors and auditors of all the Masterbond companies ..."*⁵¹⁶

Van Zyl⁵¹⁷, van die Raad op Finansiële Dienste, spreek hom sterk ten gunste van die gebruik van groepsgedinge binne die kader van beleggersbeskerming, uit:

"Dit kan 'n effektiewe middel wees waardeur groeps- of kollektiewe belange beskerm word teen die vergrype van beleggersondernemings wat in 'n veel sterker posisie as die belegger staan wanneer dit by welvaart en kundigheid kom."

individual action. Class and public interest actions present defendants to such actions with a far greater threat, in terms of adverse publicity as well as the magnitude of potential liability, than any separate action could pose." Financial Service Board 1996: 1; Republiek van Suid-Afrika 1998: 15; De Vos 1996: 644. Sien ook De Vos 1989: 373-379.

⁵¹⁵ Aan die hand van die Wet op Binnekennistransaksies (hierbo bespreek) en die voorgestelde wetsontwerp op Finansiële Adviseurs kan die Wet op Verbruikersake (Onbillike sakepraktyke) 71 van 1988 ook herskryf word om vir sodanige prosedure voorsiening te maak. Ander wetgewing in provinsies gepromulgeer sluit die volgende in: *Consumers Affairs Act (Unfair Business Practices)* (7 van 1996) (Gauteng); *Northern Cape Consumer Affairs (Unfair Business Practices) Act* (7 van 1996); *Consumer Affairs (Unfair Business Practices) Act* (Eastern Cape) (5 van 1998). Nie een van die Wette maak egter voorsiening vir die gebruik van groepsgedinge of 'n ander soortgelyke remedie nie.

⁵¹⁶ Nel 1997: 114. Twee verslae het reeds uit die werksaamhede van die Kommissie gevolg: die eerste is gepubliseer in 1997 getiteld: *"The first report of the commission of inquiry into the affairs of the Masterbond group and investor protection in South Africa"*; die tweede daaropvolgende verslag is in 1998 gepubliseer: *"The role of the auditor elimination of the expectation gap and appointment of auditors by all significant interest groups."*

⁵¹⁷ Van Zyl 1992: 312.

Van Zyl het ook 'n belangrike rol gespeel in die opstel van die Wetsontwerp op Finansiële Adviseurs. Hierdie Wetsontwerp het ten doel om finansiële adviseurs-bedryf te reguleer.

4.3 Die Wetsontwerp of Finansiële Adviseurs

4.3.1 'n Aksie analoog aan Binnekennishandel

Wat interessant is, is dat die Wetsontwerp, soortgelyk aan die Wet op Binnekennistransaksies voorsiening maak vir 'n afgeleide aksie om skade namens benadeeldes te verhaal.⁵¹⁸

4.3.2 Aansoek tot die hof

Hierdie aksie word voorafgegaan deur 'n aansoek van die Registrateur van Finansiële Adviseurs.⁵¹⁹ Die aansoek het ten doel om finansiële adviseurs, hulle verteenwoordigers of enige ander persoon te verbied om handeling soos deur artikel 34 omskryf, aan te gaan. Die volgende kategorieë van handeling word deur die artikel omskryf: die oortreding van bepalings soos in dié Wetsontwerp omskryf; die aanstelling van persone daardeur uitgesluit om as finansiële adviseurs op te treë; en versuim om gehoor te gee aan kennisgewings, direkteiewe of versoeke deur die registrateur kragtens die bepalings van dié Wetsontwerp uitgevaardig.⁵²⁰

4.3.3 Regshulp aangevra

Die bevel van die hof word verleen in die vorm van 'n interdik wat die betrokke persoon verbied om met die betrokke handeling voort te gaan. Die hof kan ook enige ander gepaste bevel gee om die betrokke situasie te remedieer.⁵²¹

4.3.4 Versuim

Waar 'n persoon versuim om te voldoen aan die bevel van die hof, kan die registrateur die hof nader om die persoon te veroordeel tot 'n bedrag skadevergoeding. Hierdie

⁵¹⁸ Hierdie aksie is onder punt 3 van dié hoofstuk bespreek.

⁵¹⁹ Hierdie amp word deur artikel 2 van die Wetsontwerp geskep.

⁵²⁰ Sien artikel 34(1) van die Wetsontwerp.

⁵²¹ Artikel 34 van die Wetsontwerp op Finansiële Adviseurs.

bedrag word deur die hof bepaal met inagneming van die skade veroorsaak deurdat die persoon versuim het om aan die bevel gehoor te gee.⁵²²

Die hof kan voorts ook 'n boete vir strafdoeleindes oplê. Hierdie bedrag word deur die hof bepaal maar mag nie drie maal die bedrag deur die persoon winsgemaak is, oorskry nie. Die Wetsontwerp maak verder voorsiening vir rente en gedingskoste op 'n skaal soos deur die hof bepaal.⁵²³

4.3.5 Bedrag verhaal

Die bedrag verhaal, moet deur registrateur in 'n spesiale trustrekening betaal word. Die Wetsontwerp veroorloof die registrateur om alle uitgawes redelikerwys in die verrigtinge aangegaan, van dié gelde te verhaal. Die registrateur kan ook 'n bedrag aftrek vir kostes aangegaan in die verdeling van die bedrag onder belanghebbende partye.⁵²⁴ Anders as die Wet op Binnekennistransaksies, maak dié Wetsontwerp nie voorsiening vir 'n tien persent administratiewefooi nie.⁵²⁵

4.3.6 Balans

Die balans na sodanige aftrekking word verdeel onder die belanghebbende partye. Artikel 34(5) van die Wetsontwerp omskryf die persone wat benadeel is deur die optrede van die persoon teen wie die bevel soos hierbo omskryf, gekry is⁵²⁶ en tot redelike tevredenheid van die registrateur sodanige benadeling bewys.⁵²⁷

4.3.7 Gevolgtrekking

Die aksie in die Wetsontwerp op Finansiële Adviseurs is soortgelyk aan dié van die Wet op Binnekennistransaksies. Hierdie aksie is reeds onder paragraaf drie hierbo bespreek. Die insluiting van die tipe aksies beklemtoon 'n duidelike behoefte daaraan. Die

⁵²² Artikel 34(2) van die Wetsontwerp op Finansiële Adviseurs.

⁵²³ Artikel 34(2) van die Wetsontwerp op Finansiële Adviseurs.

⁵²⁴ Artikel 34(2) van die Wetsontwerp op Finansiële Adviseurs.

⁵²⁵ Artikel 6(5)(a) van die Wet op Binnekennistransaksies.

⁵²⁶ Sien 4.3.2 hierbo.

⁵²⁷ Artikel 34(5) van die Wetsontwerp op Finansiële Adviseurs.

voorgestelde Wetsontwerp op Groepsgedinge is gevolglik 'n stap in die regte rigting. Die vraag is egter hoe die tipe van aksies daarby gaan inskakel.⁵²⁸

4.4 Gevolgtrekking

Die beoogde konsepwet op Aksies in Openbare Belang en Groepsgedinge kan 'n effektiewe bemagtigende wapen vir verbruikers en beleggers skep. Die waarde van die tipe van aksie word beklemtoon deur die Wet op Binnekennishandel en die Wetsontwerp op Finansiële Adviseurs wat reeds vir sodanige vorm van aksies voorsiening maak. Die toestaan van die ideologiese eiser kan voorts ook tot voordeel van persone strek wat nie oor die kennis of vermoë beskik om self hulle regte af te dwing nie. Een van die probleme wat egter aandag moet geniet, is die finansiering daarvan. Hier kan die wetgewer 'n leidende rol speel deur ook verbruikersorganisasies magte soortgelyk aan die Raad op Finansiële dienste te verleen om in die naam van verbruikers te ageer.

5. Slot

Uit die bespreking hierbo is dit duidelik dat groepsgedingvoering gemeenskaplik kenmerke het met ander bestaande aksies in die Suid-Afrikaanse ondernemingsreg. Voorts het die bespreking ook 'n patroon van insluiting van soortgelyke aksies in bestaande wetgewing geïllustreer. Die konsepwet op Aksies in die Openbare Belang en Groepsgeding blyk dus 'n stap in die regte rigting te wees. 'n Aspek wat egter aandag behoort te geniet, is die integrasie en akkommodering van die aksie binne die bestaande raamwerk van die ondernemingsreg. Hier het die Suid-Afrikaanse Regskommissie 'n gulde geleentheid laat verby gaan deur die probleem, wat ook deur die Paneel vir Sekuriteiteregulering geïdentifiseer is, nie aan te spreek nie.⁵²⁹ Hierdie leemte kan moontlik aangevul word in die bespreking van die konsepwet na die publikasie daarvan. Die proses moet voorts so gestruktureer word om die doeltreffende gebruik van die aksie binne die kader van die ondernemingsreg te verseker. Laastens is die bespreking hierbo

⁵²⁸ Die Wetsontwerp se toekoms blyk voorts ook nie seker te wees nie. Trevor Patrick van die *Life Underwriter's Association of South Africa (LUASA)* omskryf dit as 'n 'atomic bomb to blow up the anthill' en wys daarop dat soortgelyke wetgewing in die Verenigde Koningryk van Brittanje tot gevolg gehad het dat 350 000 persone hulle werk verloor het. Patrick gaan voort en wys daarop dat gedurende 1999 die Ombudsman vir Langtermyn-Versekering 351 klagtes ontvang het en dat alleen 166 hiervan water gehou het. Ander punte van kritiek is dat die wetsontwerp nie aan die vereiste vir prosedurele billikheid voldoen nie en dat die betrokke artikels daarvan nie na behore gedefinieer is nie. Vir verdere bespreking sien die *Saturday Star* van 3 Junie 2000 en die *Business Day* van 29 September 2000.

⁵²⁹ Sien Republiek van Suid-Afrika 1998: 81-83.

verteenwoordigend van enkele temas in die ondernemingsreg. Weens die aard en omvang van die verhandeling word daarmee volstaan.

HOOFSTUK 6

SLOT

In hierdie studie is histories sowel as regsvergelykend te werk gegaan om ondersoek te doen na die moontlike veroorlowing van die algemene gebruik van groepsgedingvoering in die Suid-Afrikaanse reg. Aandag is spesifiek gegee aan die moontlike invloed van die prosedure op die gebied van die ondernemingsreg.

Histories is aangetoon dat groepsgedingvoering herleibaar is na die absolute-voegingsreël. Hierdie reël is in Engeland met die reël rakende verteenwoordigende-litigasie vervang. Die absolute-voegingsreël het ook in die Verenigde State van Amerika inslag gevind. Die reël daar het egter histories heeltemal anders as in Engeland ontwikkel. Hierdie unieke ontwikkelingsgang het die basis vir moderne groepsgedingvoering daargestel.

Daarenteen, het die absolute-voegingsreël in Engeland self, asook Ontario nooit dieselfde hoogtes as dié van die Verenigde State bereik nie. Hierdie reël se ontwikkeling is verder ook ernstig gekniehalter deur 'n beperkende uitleg wat howe daar aan die reël self gegee het.

Pogings om verteenwoordigende-litigasie aan groepsgedingvoering gelyk te stel, was dan ook nooit suksesvol nie. Gevolglik het die wetgewer in Ontario groepsgedingvoering by wyse van wetgewing veroorloof. Hierdie stuk wetgewing was op die ondervinding in die Verenigde State geskoei.

Wat die Suid-Afrikaanse reg betref, was verteenwoordigende litigasie alleen in beperkte vorm bekend. Hierdie posisie het ingrypend verander met die oorskakeling na 'n nuwe konstitusionele bedeling deurdat die tussentydse en finale Grondwet spesifiek vir konstitusionele groepsgedingvoering voorsiening maak. Die probleem is egter dat die prosedure nie in gewone litigasie beskikbaar is nie.

Buiten hierdie dubbele standaard betreffende litigasie, bestaan daar tans ook geen raamwerk waarbinne die nuut veroorloofde prosedure aanwending kan vind nie. Ten einde die probleem aan te spreek, het die Suid-Afrikaanse Regskommissie gepoog om 'n raamwerk vir die gebruik daarvan daar te stel. Hierdie voorstelle is grootliks op die

Ontariese voorbeeld gebaseer en sal indien aanvaar, ook 'n prosedurele raamwerk vir konstitusionele groepsgedinge daarstel.

Die Ontariese voorbeeld, tesame met die ondervinding in Verenigde State stel 'n ryke regsvergelijkende ervaring daar vir enige navorsing rakende groepsgedinge. Die aansluiting van die Suid-Afrikaanse Regskommissie met Ontario blyk dus korrek te wees. Tog stel die Kommissie 'n aansienlik eenvoudiger konsepwet voor.

Voorts bied die Kommissie aan howe die geleentheid om dié prosedure verder by wyse van die daarstel van 'n hofreël te reël. Die probleem is dat die kompleksiteit van groepsgedingvoering reeds in die konsepwet verreken moes gewees het. Gevolglik moet die proses van die daarstel van 'n finale Wet rakende groepsgedingvoering indringend aandag gee aan aspekte soos die gee van kennis, omskrywing van sertifiseringsbevele en die reël van verjaring en verdeling van skadevergoeding. Die afhandeling van die proses is voorts ook belangrik om die onsekerheid waarin die prosedure vir konstitusionele groepsgedinge tans gehul is, aan te spreek.

Die laaste aspek wat aandag moet geniet, is die inpassing van die prosedure binne die raamwerk van die Suid-Afrikaanse reg. Die Kommissie het in die verband 'n voorleging ontvang maar verkies om nie dié aspek aan te spreek nie. Hierdie benadering, saam met die gebrek aan vordering op dié gebied, het die skep van soortgelyke prosedures in ander wette tot gevolg. Ten einde dit te onderstreep is enkele aspekte in die ondernemingsreg uitgelig. Hierdie is egter maar een van die velde van die Suid-Afrikaanse reg en die probleem kan hom gevolglik ook op ander gebiede van ons reg manifesteer. Die gevolglike inskakeling van groepsgedingvoering by ander bestaande vorme van verteenwoordigende- of afgeleide-litigasie moet dus in die toekoms indringend aandag geniet.

BIBLIOGRAFIE

1. BOEKE

BAKER JH

1979. *An introduction to English legal history*. 2nd edition London: Butterworths.

BILL OF RIGHTS COMPENDIUM

1996. *Bill of rights compendium*. Durban: Butterworths.

CILLIERS HS et al,

1982. *Maatskappyereg*. Durban: Butterworths.

CILLIERS HS et al

2000. *Korporatiewe reg*. 3de Uitgawe. Durban: Butterworths.

DAVIS D; CHEADLE H; HAYSOM N

1997. *Fundamental rights in the constitution*. Kaapstad: Juta & Co.

DE VOS W LE R

1992. *Groepsgeledingvoering in Suid-Afrika*. Johannesburg: Randse Afrikaanse Universiteit.

DE WET JC & YEATS

1978. *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg (vierde uitgawe)*. Durban: Butterworths.

DICKERSON TA

1998. *Class actions: The law of 50 States*. New York: Law Journal Seminar-Press.

EIZENGA MA et al

1999. *Class actions law and practice*. Toronto en Vancouver: Butterworths.

ERASMUS HJ et al

1997. *Superior court practice*. Kaapstad: Juta.

HAHLO HR

1984. *South African company law through the cases*. Kaapstad: Juta en Kie, Bpk.

HENNING JJ en DELPORT

1984. *The South African law of partnership*. Durban: Butterworths.

HIEMSTRA VG en GONIN HL

1986. *Drietalige regswoordeboek*. Kaapstad: Juta en Kie, Bpk.

HOFFMANN LH en ZEFFERTT DT

1988. *The South African law of evidence*. Durban: Butterworths.

JACOB JIH (ED) et al

1991. *The Supreme court practice*. London: Sweet & Maxwell.

KRIEGLER J

1993. *Hiemstra: Suid-Afrikaanse strafproses*. Vyfde Uitgawe. Durban: Butterworths.

McQUOID-MASON D et al

1997. *Consumer law in South Africa*. Kenwyn: Juta & Co Ltd.

POLLOCK F en MAITLAND FW

1968. *The history of English law*. Cambridge: University Press.

RAUTENBACH IM

1994. *General provisions of the South African Bill of Rights*. Durban: Butterworths.

SCHMIDT CWH

1989. *Bewysreg*. Durban: Butterworths.

SCHMITTHOFF CM et al

1976. *Palmer's company law*. London: Stevens & Sons.

SNYMAN JL en MORKEL DW

1988. *Strafprosesreg*. Kaapstad: Juta en Kie, Bpk.

STORY J

1838. *Commentaries on equity pleadings and the incidents thereto, according to the practice of the courts of equity of England and America*. London: A Maxwell, Bell Yard.

YEAZELL SC

1987. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press.

2. ARTIKELS

BLACKMAN MS

1976. "Majority rule and the new statutory derivative action" *Tydskrif vir Hedendaags Romeins-Hollandse Reg* (1): 27-39.

BUSH LS

1986. "My brother's keeper – Some observations on Federal Rule 23 and mass tort actions in the United States." *Civil Justice Quarterly* (5): 109-122.

DE VOS W LE R

1989. "'n Groepsgeeding ('class action') as middel ter beskerming van verbruikersbelange." *De Rebus Mei*: 373-379.

DE VOS W LE R

1996. "Reflections on the introduction of a class action in South Africa." *Journal of South African Law* (4): 639-657.

ERASMUS HJ

1982. "Hervorming van ons burgerlike prosesreg." *Tydskrif vir Hedendaags Romeins-Hollandse Reg* 45(1): 1-22.

GLENN HP

1984. "Class actions in Ontario and Quebec" *The Canadian Bar Review* 62(3): 247-277.

HARGOVAN A

1996. "Under judicial and legislative attack: The rule in *Foss v Harbottle*." *The South African Law Journal* 113 (IV): 631-651.

HURTER E

1996. "The draft legislation concerning public interest actions and class actions: the answer to all class ills?" *The Comparative and International Law Journal of South Africa*: XXX (3): 305-324.

JOOSTE R

2000. "The regulation of insider trading in South Africa – another attempt." *The South African Law Journal* 117 (2): 284-305.

LOOTS C

1994. "Standing to enforce fundamental rights." *South African Journal of Human Rights* 10(1): 49-59.

LOOTS C

1997. "The impact of the constitution on environmental law." *South Africa Journal of Environmental Rights* (4): 57-68.

OOSTHUIZEN MJ

1985. "Die statutêre afgeleide aksie: groter beskerming vir minderhede?" *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg*, (3): 322-331.

POOLE J en ROBERTS P

1999. "Shareholder remedies – Corporate wrongs and the derivative action." *The Journal of Business Law*, Maart: 99-125.

SCHREINER OC

1979. "The shareholder's derivative action – a comparative study of procedures" *The South African Law Journal* 96(II): 203-246.

UFF K

1986. "Class, representative and shareholders' derivative actions in English law." *Civil Justice Quarterly*: 50-65.

VAN DER VYFER JA

1978. "Actio popularis and the problem of standing in Roman, Roman-Dutch, South African and American Law." *Acta Juridica*: 191-206.

VAN ZYL FH

1998. "Class actions to the rescue of consumers of financial services." *Financial Services Board and Bulletin*: Tweede Kwartaal: 6-7.

3. PROEFSKRIFTE

DE VOS W LE R

1984. *Verteenwoordigende groepsbelange in die siviele prosesreg*. LL.M Verhandeling. Johannesburg: Randse Afrikaanse Universiteit.

HURTER E

1996. *Aspekte van statutêre minderheidsberskering in die Suid-Afrikaanse reg*. LL.D proefskrif. Pretoria: Universiteit van Suid-Afrika.

NAUDÉ SJ

1969. *Die regsposisie van die maatskappydirekteur met besondere verwysing na die interne maatskappyverband*. LL.D proefskrif. Pretoria: Universiteit van Suid-Afrika.

VAN ZYL FH

1992. *Aspekte van beleggersbeskerming in die Suid-Afrikaanse reg*. 18 Medsor: Univesiteit van die Oranje-Vrystaat gebaseer op 'n proefskrif wat vir die graad Doctor Legum aan die Universiteit van Suid-Afrika voltooi is.

4. STAATSPUBLIKASIES

JAFFE CA

1997. *A minority report on insider trading*.

STASSEN JC (1)

Insider trading minority report.

KING ME (2)

1997. *Final report by the King task group into insider trading legislation*.

KING ME

1997. *Report on insider traiding*.

MINISTRY OF THE ATTORNEY GENERAL

1982. *Report on class actions*. Ontario Law Reform Commission. Toronto: Ministry of the Attorney General.

NEL HC

1997. *The first report of the commission of inquiry into the affairs of the Masterbond group and investor protection in South Africa*. Commission of Inquiry into the Affairs of the Materbond group and investor protection in South Africa Vol I: Kaapstad.

NEL HC

1998. *The role of the auditor elimination of the expectation gap and appointment of auditors by all significant interest groups*. Consultation paper of the Nel Commission of Inquiry into investor protection and empowerment: Kaapstad.

REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA

1991. *Groeps- en menseregte. Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie*. Projek 58. Interimverslag. Pretoria: Staatsdrukker.

REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA

1995. *Die erkenning van 'n klasaksie in die Suid-Afrikaanse reg*. Werkstuk 57, Projek 88. Pretoria: Staatsdrukker.

REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA

1995. *Groeps- en menseregte. Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie*. Projek 58. Finaleverslag. Pretoria: Staatsdrukker.

REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA

1998. *The recognition of class actions and public interest actions in South African law*. Projek 88. Pretoria: Staatsdrukker.

VAN WYK DE VRIES J

1970. *Kommissie van ondersoek na die Maatskappywet – Hoofverslag*. Pretoria: Staatsdrukker.

5. ELEKTRONIESE BRONNE

ANNONIEM1

Class action law. <http://www.lawlead.com/texas/business/chapters/b14.html>.

BLACKMAN MS

1996. *The Law of South Africa.* Joubert (ed), Vol 4 Part 2 ('Companies'), Kaapstad: Juta: Elektroniese produkte.

CABRASER EJ

1998. *Life after Amchen: The class struggle continues.* http://www.lchb.com/ejc_amch.htm. Ook gepubliseer in Loyola of Los Angeles Law Review. Vol 31, No 2 Januarie 1998.

CAUVIN HE

Datum onbekend. *Building investor confidence: South Africa buttressing its insider trading rules.* <http://www.fsb.co.za>

NIXON, HARGRAVE, DEVANS AND DOYLE LLP

1997. *US Supreme court limits use of class action rule to settle mass tort litigation.* <http://www.nhdd.com/hot/wh17.htm>.

UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA

1995. *A uniform class actions statute.* <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/95pro/e95ohtm>

VAN DEVENTER G(1)

Datum onbekend. *Out of pocket insider trading.* <http://www.fsb.co.za>

WANG M

2000. *Article appearance in the Dow Jones.* <http://www.fsb.co.za>

6. REFERATE EN ANDER BRONNE

ANGLO AMERICAN CORPORATION OF SOUTH AFRICA LIMITED

1995. "The recognition of a class action in South African law – Working paper 57 – project 88." *Kommentaar gelewer op die werkstuk van die Suid-Afrikaanse Regskommissie (Werkstuk 57 / Projek 88).*

COSAB

1996. "The recognition of a class action in South African law." *Kommentaar gelewer op die werkstuk van die Suid-Afrikaanse Regskommissie (Werkstuk 57 / Projek 88).*

FINANCIAL SERVICE BOARD

1996. "Comment on working paper 57: The recognition of a class action in South African law (Project 88)." *Kommentaar gelewer op die werkstuk van die Suid-Afrikaanse Regskommissie (Werkstuk 57 / Projek 88).*

HOFMEYR

1995: "Comments on the draft Bill contained in working paper 57 of the South African Law Commission: The recognition of a class action in South African law (Project 88)." *Kommentaar gelewer op die werkstuk van die Suid-Afrikaanse Regskommissie (Werkstuk 57 / Projek 88).*

PANEEL OOR SEKURITEITREGULERING

1996. "Class actions and the need for contingency fees." *Kommentaar gelewer op die werkstuk van die Suid-Afrikaanse Regskommissie (Werkstuk 57 / Projek 88).*

SOCIETY OF ADVOCATES OF NATAL

1995. "Working paper 57 – Recognition of a class action in SA law." *Kommentaar gelewer op die werkstuk van die Suid-Afrikaanse Regskommissie (Werkstuk 57 / Projek 88).*

TRANSVAAL PROVINSIALE AFDELING

1995. "Projek 38: Groepsgedinge: Werkstuk 57." *Kommentaar gelewer op die werkstuk van die Suid-Afrikaanse Regskommissie (Werkstuk 57 / Projek 88).*

VAN DUNNÉ JM

2000. "Class actions: A continental view (of the American Cathedral)." *Referaat gelewer by die International Bar Association Conference te Amsterdam.*

VERENIGING VAN ADVOKATE (OVS AFDELING)

1995. "Kommentaar insake SA Regskommissie werkstuk 57: Die erkenning van 'n groepsgeding in die SA reg." *Kommentaar gelewer op die werkstuk van die Suid-Afrikaanse Regskommissie (Werkstuk 57 / Projek 88).*

ZIMBABWE LAW DEVELOPMENT COMMISSION

1995. "Class actions." Kommentaar gelewer op die werkstuk van die Suid-Afrikaanse Regskommissie (Werkstuk 57 / Projek 88)

OPSOMMING / SUMMARY

Hierdie verhandeling ondersoek die moontlike instel van groepsgeledingvoering in die Suid-Afrikaanse reg. Hierdie instelling sal, indien aanvaar, by wyse van die promulgasie van wetgewing deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie voorgestel, geskied. Die voorstel is die uitvloei van oproepe deur verskeie persone en instansies en die aanvaarding van die konstitusionele groepsgeleding. Die navorsing deur die Kommissie onderneem word aan die hand van 'n historiese en regsvergelende basis beoordeel. Ten slotte word die moontlike invloed van die prosedure op enkele gebiede van die ondernemingsreg ondersoek.

The research in this dissertation undertaken investigates the possibility of introducing class actions into the legal framework of South Africa. The acceptance thereof, will be promulgated by the enactment of legislation proposed by the South African Law Commission. The proposals are the result of the research undertaken by various persons and bodies indicating the need thereof and the acceptance of a constitutional class action. The acceptance of the proposals of the Law Commission is discussed and explained as the background of the historical and comparative perspective set out in the dissertation. In conclusion the dissertation investigates the possible effect of the procedure on specific fields of entrepreneurial law.

D.O.V.S. BIBLIOTEK