

Vonnisbespreking: Aanspreeklikheid weens 'n late: Versoening tussen die tradisionele en nuwe toets vir deliktuele onregmatigheid, of nie?

South African Hang and Paragliding Association v Bewick
2015 3 SA 449 (HHA)

Johann Neethling

Johann Neethling, Departement Privaatreg, Universiteit van die Vrystaat

Abstract

Liability for an omission: Reconciliation between the traditional and new test for delictual wrongfulness, or not?

In contradistinction to previous judgments of Brand JA, in this case he was willing to reconcile the traditional *boni mores* test for wrongfulness with the new test for wrongfulness as the reasonableness of holding the defendant liable. Both tests place the emphasis on considerations of policy which, closely examined, would ultimately produce the same result. But this does not mean that the objections against the new test would also disappear; especially the statement that the reasonableness of the defendant's conduct has nothing to do with wrongfulness, cannot be justified.

The policy considerations or factors which were considered *in casu* to determine whether the respondents' (SSs') omission was wrongful, that is, whether there was a legal duty on SS to prevent the appellant's (B's) injuries when she was flying tandem paragliding for reward, were the following: On the positive side there was a statutory duty to act which made SS accountable – notwithstanding that compliance with this duty would not have prevented the accident in which B was injured. On the negative side it would have been very difficult for SS to take adequate steps to prevent tandem paragliding for reward; there was a danger of boundless liability; and the plaintiff was not vulnerable to the risk of damage, since she could reasonably have prevented damage by other means. Since our courts follow a conservative approach to the extension of Aquilian liability and there were not sufficient positive policy considerations to justify liability, the conclusion that the omission was not wrongful deserves support. Then the basic premise of our law is that damage lies where it falls (*res perit domino*).

The court's *obiter* remarks on factual and legal causation can also be supported. The former was absent because even if B flew without reward it would not have prevented the accident, and the latter because the "wrongful" omission would not have increased the risk of an accident.

Keywords: accountability; *boni mores*; boundless liability; causation; conservative approach; factors; grounds of justification; legal duty; neighbour law; omission; policy considerations; reasonableness of conduct; reasonableness of holding defendant liable; *res perit domino*; statutory duty; tandem-paragliding; tests for wrongfulness; vulnerability to risk of damage; wrongfulness

Trefwoorde: beleidsoorwegings; *boni mores*; burereg; faktore; konserwatiewe benadering; kousaliteit; kwesbaarheid vir risiko van skade; late; oewerlose aanspreeklikheid; onregmatigheid; redelikheid van gedrag; redelikheid om verweerder aanspreeklik te stel; regsplig; regverdigingsgronde; *res perit domino*; statutêre plig; tandem-skermseweef; toetse vir onregmatigheid; verantwoordingspligtigheid

1. Inleiding

Tradisioneel word onregmatigheid by aanspreeklikheid weens 'n late vasgestel met verwysing na die vraag of daar volgens die *boni mores*- of redelikhedsmaatstaf 'n regsplig op die verweerder gerus het om benadeling te voorkom, met ander woorde of daar redelikerwys (of volgens die *boni mores*) van die verweerder verwag kon gewees het om positief op te tree. In *Van Eeden v Minister of Safety and Security* 2003 1 SA 389 (HHA) 395 (sien bv. ook *Lee v Minister for Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 167; *Harrington v Transnet Ltd t/a Metrorail* 2010 2 SA 479 (HHA) 485; *Minister of Safety and Security v Hamilton* 2004 2 SA 216 (HHA) 229; *Minister of Safety and Security v Rudman* 2005 2 SA 16 (HHA) 36; *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597; sien verder Neethling en Potgieter 2015a:65; Loubser en Midgley (reds.) 2012:219–20; Van der Walt en Midgley 2005:84) stel waarnemende adjunkpresident Vivier dit duidelik soos volg:

The appropriate test for determining wrongfulness [of an omission] has been settled in a long line of decisions of this Court. An omission is wrongful if the defendant is under a legal duty to act positively to prevent the harm suffered by the plaintiff. The test is one of reasonableness. A defendant is under a legal duty to act positively to prevent harm to the plaintiff if it is reasonable to expect of the defendant to have taken positive measures to prevent the harm.

Hierdie toets is onlangs weer bevestig in *Minister of Justice and Constitutional Development v X* 2015 1 SA 25 (HHA) par. 13 (sien Neethling en Potgieter 2015b:856–7) waar waarnemende appèlregter Fourie verklaar:

In a claim such as the instant, where the conduct complained of manifests itself in an omission, the negligent conduct will be wrongful only if the defendant is under a legal duty to act positively to prevent the harm suffered by the plaintiff. The omission will

be regarded as wrongful when the legal convictions of the community impose a legal duty, as opposed to a mere moral duty, to avoid harm to others through positive action.

Hierteenoor staan die nuwe toets vir deliktuele onregmatigheid, wat behels dat onregmatigheid basies te make het met die redelikheid om die verweerder aanspreeklik te stel (sien Neethling en Potgieter 2015a:83–9). Die toets word *obiter* soos volg deur waarnemende regter Brand in *Le Roux v Dey* 2011 3 SA 274 (KH) 315 geformuleer:

In the more recent past our courts have come to recognise, however, that in the context of the law of delict: (a) the criterion of wrongfulness ultimately depends on a judicial determination of whether – assuming all the other elements of delictual liability to be present – it would be reasonable to impose liability on a defendant for the damage flowing from specific conduct; and (b) that the judicial determination of that reasonableness would in turn depend on considerations of public and legal policy in accordance with constitutional norms. Incidentally, to avoid confusion it should be borne in mind that, what is meant by reasonableness in the context of wrongfulness has nothing to do with the reasonableness of the defendant's conduct, but it concerns the reasonableness of imposing liability on the defendant for the harm resulting from that conduct.

Die regter herhaal sy formulering verbatim in feitlik elke delikteregezaak waarin hy die uitspraak lewer (sien *Country Cloud Trading CC v MEC, Department of Infrastructure Development* 2014 2 SA 214 (HHA) 223; *Cape Empowerment Trust Limited v Fisher Hoffman Sithole* 2013 5 SA 183 (HHA) 193; *Roux v Hattingh* 2012 6 SA 428 (HHA) 439; *RH v DE* 2014 6 SA 436 (HHA) par. 18; sien nou ook *Oppelt v Head: Health, Department of Health Provincial Administration: Western Cape* [2015] ZACC 33 parr. 51 vn. 34, 97 vn. 60). Niteenstaande herhaling moet weer eens gewys word op die omstredenheid en bygevolg onaanvaarbaarheid nie alleen van die beskrywing van die toets vir onregmatigheid as die redelikheid om die dader aanspreeklik te stel nie, maar ook van die beskouing dat onregmatigheid niks met die redelikheid van die dader se optrede te make het nie (sien Neethling en Potgieter 2015a:84–9; sien ook Neethling 2015a:190–1; Neethling en Potgieter 2015b:857–8; hier onder par. 3.1).

Vervolgens word appèlregter Brand se beslissing in *Bewick* onder die loep geneem, veral in die lig daarvan dat die indruk geskep word dat hy, in teenstelling met van sy vorige beskouings, poog om aan te dui dat die tradisionele en nuwe benadering tot onregmatigheid versoenbaar is.

2. Feite

Die eiseres (B) van Engeland het in Kaapstad saam met haar verloofde gekuier en wou 'n tandem-skermsweef (*paragliding*) (met 'n tuig wat geen raam het nie en dus baie ooreenkomste met 'n valskerm het, en waar die passasier voor en effens laer as die loods geposisioneer word) oor Kaapstad se Waterfront onderneem. Sy het reeds voorheen in

Turkye ervaring daarvan opgedoen. Een van haar vriende het toe reëlings getref vir 'n tandem-skermseweef teen vergoeding. Anders as wat B verwag het, is sy en haar groep na Hermanus geneem, waar sy saam met 'n baie ervare skermseweefloods (L) gepaar is.

B en L het hul vlug begin van die wegspringplek op 'n heuwel buite Hermanus. Net na hulle weggetrek het, het die skermseweeftuig se vlerk ineengestort, wat die beheerbaarheid daarvan geaffekteer en dit hoogte laat verloor het. L het die sweeftuig terug na die berg gedraai in 'n poging om dit in die lug te hou. Van die posisie waar sy gesit het, het B gedink dat sy die slag van die komende botsing kon demp deur haar voete uit te strek. Sy het haar egter misreken met die spoed waarteen hulle gesweef het en het albei haar bene en ruggraat gebreek. Sy moes baie maande in die hospitaal deurbring, eers in Kaapstad en later in Engeland, maar die uiteinde was dat sy verlam in 'n rolstoel was.

Aanvanklik het B aksie teen ses verweerders ingestel, maar later volstaan met eise vir skadevergoeding teen die South African Hang and Paragliding Association (SAHPA) en die South African Civil Aviation Authority (SACAA), onder wie se beheer en kontrole skermseweef in Suid-Afrika is. Die hof *a quo* het die geskilpunte oor die meriete van dié oor die bepaling van die skade en skadevergoeding geskei en net gefokus op die meriete, dit wil sê, die verweerders (hierna SS) se aanspreeklikheid in beginsel. Regter Gamble bevind dat SS gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik is vir welke skade B later kan aantoon. Teen hierdie beslissing appelleer SS na die hoogste hof van appèl.

3. Beslissing

3.1 Onregmatigheidstoetse vir 'n late

Volgens appèlregter Brand (par. 4) is B se eis breedweg daarop gebaseer dat tandem-skermseweef teen vergoeding onwettig is en dat SS daarvan bewus was; dat hulle 'n regsplig gehad het om redelike stappe te doen om dit te beëindig en te voorkom, maar nalatig versuim het om op te tree; en dat die vlug waartydens B beseer is, nie sou plaasgevind het as hulle wel sodanige stappe gedoen het nie. Die regter vervolg (parr. 5–6):

The respondent's case is therefore based on an omission or failure to do something as opposed to positive culpable conduct. That brings about a different approach to the delictual element of wrongfulness. As has by now become well established, negligent conduct manifesting itself in the form of a positive act which causes physical injury raises a presumption of wrongfulness. By contrast, in relation to liability for omission and pure economic loss, wrongfulness is not presumed and depends on the existence of a legal duty. The imposition of this legal duty is a matter for judicial determination according to criteria of public and legal policy consistent with constitutional norms ...

On occasion the same principles had been formulated somewhat differently, namely that wrongfulness depends on whether or not it would be reasonable, having regard to considerations of public and legal policy, to impose delictual liability on the defendant for the

loss resulting from the specific omission. No objection can be raised against this formulation, as long as it is borne in mind that reasonableness in the context of wrongfulness has nothing to do with the reasonableness of the defendant's conduct, which is an element of negligence, but concerns the reasonableness of imposing liability on the defendant for the harm resulting from his or her omission ...

Uit hierdie diktum kom dit voor of die tradisionele toets vir die onregmatigheid van 'n late vir regter Brand versoenbaar is met 'n nuwe toets vir deliktuele onregmatigheid, wat 'n radikale ommekeer van sy benadering tot die tradisionele toets daarstel. Trouens, soos reeds uitgewys (sien Neethling 2015a:190–1), maak appèlregter Brand in *Country Cloud Trading CC v MEC, Department of Infrastructure Development* 2014 2 SA 214 (HHA) 222 ten onregte korte mette met die belangrikste onregmatigheidskriteria wat die afgelope vyf dekades in ons reg ontwikkel het. Hy trek naamlik 'n streep deur die *boni mores* – regsopvoerings van die gemeenskap – en algemene redelikeheidsmaatstaf wat volgens hom verwarring in die hand werk, terwyl talle howe, asook die meeste gesaghebbende skrywers oor die deliktereg, klaarblyklik nie regter Brand se afwysing daarvan deel nie, en inderdaad geen probleem met die toepassing daarvan het nie (sien Neethling en Potgieter 2015a:39 vn. 22) Hy vervolg dat die regsplig-begrip ook dikwels verwar word met die Engelsregtelike “duty of care”, wat vermy moet word, omdat laasgenoemde beide onregmatigheid en nalatigheid omvat en daarom tot verwarring tussen dié twee delikselemente in ons reg kan lei (soos herhaaldelik deur die HHA uitgewys is: sien bv. *McIntosh v Premier, KwaZulu-Natal* 2008 6 SA 1 (HHA) 8–9; *Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v Advertising Standards Authority* SA2006 1 SA 461 (HHA) 468; *Hawekwa Youth Camp v Byrne* 2010 6 SA 83 (HHA) 90; sien ook Neethling en Potgieter 2015a:163–5). Nieteenstaande moontlike verwarring wat uiteraard vermy moet word, is die regspligbenadering by aanspreeklikheid weens 'n late (sien ook die aanhaling uit die X-saak hier bo, par. 1) en suiwer ekonomiese verlies (sien Neethling en Potgieter 2015a:57 e.v., 312 e.v.; Loubser en Midgley (reds.) 2012:147 e.v., 219 e.v., 228 e.v.) so ingeburger in ons positiewe reg dat die howe en skrywers nie geredelik daarvan afstand sal of behoort te doen nie. Wat die regspligbenadering by suiwer ekonomiese verlies betref, stel die hoogste hof van appèl dit by monde van appèlregter Theron in *Minister for Safety and Security v Scott* [2014] 3 All SA 306 (HHA) par. 32 onomwonde soos volg:

Neethling *et al* rightly state that the courts have held that the wrongfulness of an act causing pure economic loss almost always lies in the breach of a legal duty. The authors note that there is no general duty to prevent pure economic loss. As to whether, in a particular case, there was a legal duty to avoid pure economic loss, the yardstick is the general criterion of reasonableness or *boni mores*. This involves the exercise of a value judgment which embraces relevant facts and considerations of policy. In essence, this amounts to judicial control over the scope of delictual liability.

Desnieteenstaande was appèlregter Brand in *Country Cloud* (222–3) oortuig dat al die verwarring uit die weg geruim sal word deur sy eie formulering van die onregmatigheidstoets waarna hierbo (par. 1) verwys is. Soos egter blyk uit die diktum hier bo, vind hy die tradisionele toets, snaaks genoeg, klaarblyklik nou heel aanvaarbaar en die nuwe toets net as 'n ander formulering van die tradisionele toets. Hierdie versoenende benadering kan ook gevind word in *RH v DE*20146 SA 436 (HHA) par. 18, waar regter Brand verklaar dat

die *boni mores* of regsdoortuigings van die gemeenskap, wat uitdrukking aan oorwegings van regs- en openbare beleid gee, van besondere betekenis vir die bepaling van deliktuele onregmatigheid in ons reg is, en dat hierdie beginsel neerslag in die formulering van die nuwe onregmatigheidstoets vind (sien ook Neethling 2015b:401). Nou is dit inderdaad so dat die nuwe formulering die klem plaas op beleidsoorwegings wat al lank reeds gevestigde reg by aanspreeklikheid weens 'n late en suiwer ekonomiese verlies is, en trouens ook die grondslag van die *boni mores*- of redelikheidstoets uitmaak. In *RH v DE2015 5 SA 83 (KH)* parr. 17–9 stel regter Madlanga dit soos volg:

On the yardstick for wrongfulness, the Afrikaans language – in its characteristic expressive manner – refers to the *algemene regsgevoel van die gemeenskap* the rough translation of which would be “the community’s general sense of justice”. This is a concept that has also been referred to as “the *boni mores* of society” or “the legal convictions of the community”. All are about public policy.

Hieruit blyk dat die toepassing van die twee toetse waarskynlik dieselfde resultaat sal lewer, maar dit beteken nie, anders as wat appèlregter Brand in die diktum hier bo te kenne gee, dat die besware teen die formulering van die nuwe toets ook verdwyn nie (sien weer Neethling en Potgieter 2015a:84–9). Dit geld veral sy beklemtoning dat die redelikheid van die verweerder se gedrag niks met onregmatigheid te make het nie. Sodanige beskouing is duidelik in botsing met groot gedeeltes van ons deliktereg en sal tot verwarring lei indien dit konsekwent toegepas word (sien Neethling en Potgieter 2015a:88–9). In die besonder sal dit baie van die beginsels van die tradisionele regverdigingsgronde ondermyn waar die redelikheid of andersins van die verweerder se gedrag feitlik altyd 'n belangrike rol speel om te bepaal of hy binne die grense van 'n regverdigingsgrond opgetree het, en dus om onregmatigheid vas te stel. In byvoorbeeld *Crown Chickens (Pty) Ltd t/a Rocklands Poultry v Rieck* 2007 2 SA 118 (HHA) 122–3 verduidelik appèlregter Nugent dat die onregmatigheid van 'n handeling in noodtoestand 'n ondersoek vereis na of “a reasonable person in the position in which [the actor] found himself would have acted in the same way”. Dieselfde geld die toepassing van die beginsels van die burereg, waar die redelikheid van gedrag in feitlik elke saak aangewend word om onregmatigheid te bepaal (sien Neethling en Potgieter 2015a:128 e.v.; Van der Walt en Midgley 2005:123–5). 'n Sprekende onlangse voorbeeld kan gevind word in *Oosthuizen v Van Heerden t/a Bush Africa Safaris* 2014 6 SA 423 (GP), waar dit oor die afbakening van die regte van twee buureienaars van grond gegaan het – die een se wildebeeste het na bewering die ander se beeste met “snotsiekte” besmet. Die volgende diktum van waarnemende regter Keightley (par. 43) is besonder verhelderend:

As far as the element of wrongfulness is concerned, it is trite that not every infringement of a right will be regarded as being legally reprehensible. The *boni mores* – or legal convictions of the community – are used as a test to determine whether a particular infringement is wrongful or unlawful. This is essentially an objective test, based on the criterion of reasonableness. The question is essentially whether, in all of the particular circumstances of the case, a defendant has infringed a plaintiff’s interests in an unreasonable manner. This requires a balancing of interests between the plaintiff and the defendant in light of all the relevant circumstances of the case.

3.2 Faktore bepalend vir onregmatigheidsbeoordeling

Ten einde te bepaal of 'n late onregmatig is, moet die “totaal van omstandighede van 'n bepaalde geval” (*Ewels* 597) in aanmerking geneem word. Gevolglik moet alle faktore of beleidsoorwegings – dit kom voor of die howe die terme *factors* en *considerations of policy* wisselbaar as sinonieme gebruik (sien bv. *Delphisure Group Insurance Brokers Cape (Pty) Ltd v Dippenaar* 2010 5 SA 499 (HHA) 508; sien ook Neethling en Potgieter 2015a:61 vn. 152; Neethling en Potgieter 2011:693) – wat kan dui op 'n regsplig om positief te handel, oorweeg word. Met verloop van tyd het bepaalde faktore in hierdie verband na vore gekom, maar hulle vorm geensins 'n geslote getal nie (sien hieroor Neethling en Potgieter 2015a:60 e.v.; Loubser en Midgley 2012:220–3). In die nagrondwetlike era moet elke faktor in die lig van die “gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte” toegepas word (sien bv. *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* 2002 6 SA 431 (HHA) 444; *Van Eeden* 396).

In *Bewick* (par. 7) word aangevoer dat SS se regsplig op twee oorwegings of faktore berus, te wete dat alhoewel tandem-skermsewef op sigself nie onwettig is nie, sodanige vlugte teen vergoeding wel onwettig is, en dat SS dienooreenkomstig 'n statutêre plig gehad het om hierdie onwettige aktiwiteit te voorkom of te beëindig. Wat die eerste oorweging betref, is appèlregter Brand (parr. 8 e.v., 20) se algehele indruk na 'n omvattende ondersoek dat tandem-skermsewef teen vergoeding wel gewettig is, maar omdat daar desnieteenstaande die moontlikheid bestaan dat dit tydens die ongeluk nie die geval is nie, baseer hy sy verdere beredenering op hierdie moontlikheid.

Wat die oorweging betref dat SS 'n statutêre plig gehad het om tandem-skermsewef teen vergoeding te voorkom of te beëindig, voer regter Brand (par. 23) ten aanvang korrek aan dat die verbreking van 'n statutêre plig nie *per se* deliktueel onregmatig is nie. Volgens *Olitzki Property Holdings v State Tender Board* 2001 3 SA 1247 (HHA) 1257 moet 'n soepel benadering gevolg word. Daar moet steeds gevra word of dit billik en redelik is om die eiser, in die lig van die nienakoming van 'n regsbeplaging, 'n skadevergoedingseis te laat toekom of nie. Die optrede is onregmatig, nie weens die verbreking van die statutêre regsplig *per se* nie, maar omdat dit in die omstandighede redelik is om die eiser te vergoed vir die inbreukmaking op sy reg. Redelikheid word met verwysing na die regsopvatting van die gemeenskap en regsbeleid bepaal. Volgens woordlui word die nuwe onregmatigheidstoets hier toegepas, maar 'n mens sou volgens die tradisionele toets net sowel kon aanvoer dat daar volgens die *boni mores* (beleidsoorwegings) 'n regsplig op die dader moet gerus het om benadeling te voorkom (vgl. Neethling en Potgieter 2015a:69).

In die verhoorhof word bevind dat SS wel onregmatig gehandel het. Wat swaar teen hulle geweeg het, was die norm van verantwoordingspligtigheid waaraan hulle nie voldoen het nie (sien *Van Duivenboden* 446; *Bewick* par. 24). Regter Brand (par. 25) toon egter tereg aan dat hierdie norm nie deurslaggewend is nie, maar net een van die faktore is wat by onregmatigheid 'n rol kan speel (vgl. ook Neethling 2003:789–90). Hy (par. 26) laat hierop volg: “I think what lies at the heart of my difficulty, is that, in the preponderance of cases, payment of a reward would have nothing to do with the occurrence of the harm causing accident.” Alhoewel dit niks met onregmatigheid te make het nie, kan deliktuele

aanspreeklikheid uiteraard volg net as daar 'n kousale verband tussen die nienakoming van die statutêre voorskrif en die intrede van die skade bestaan.

Die volgende voorbeeld, wat analoog in *Bewick* toegepas kan word, kan ter illustrasie dien (sien Neethling 2008:253 vn. 82): Kragtens wetgewing mag geskoolde arbeid in 'n klerefabriek net deur burgers van die land verrig word. Fabrikant A laat egter al die geskoolde arbeid in sy fabriek deur goedkoper buitelandse arbeid verrig. Sy produksiekoste is gevolglik veel laer as dié van sy mededinger, fabrikant B. Gevolglik is A in staat om klere teen 'n veel laer verkoopprijs as B op die mark te bring. Staan dit vas dat A slegs deur die statutêre oortreding in staat gestel word om goedkoper klere as B op die mark te bring en werk hy aldus op die werfkrag van B in, handel hy ongetwyfeld onregmatig teenoor B. Tussen A se oortreding van die statutêre voorskrif en B se verlies is daar 'n kousale verband. Die saak is vanselfsprekend anders as A aan sy buitelandse werknemers die vasgestelde lone vir burgers betaal, maar sy klere steeds goedkoper verkoop. Hy oortree dan steeds die bepaling, maar daar is nie 'n kousale verband tussen A se oortreding en die verlies wat B ly as gevolg van A se goedkoper ware nie. B se verlies word met ander woorde nie veroorsaak deur A se oortreding van die betrokke wetgewing nie.

Toegepas op die situasie in *Bewick* sal daar dus aangetoon moet word dat die feit dat vergoeding betaal is, die ongeluk veroorsaak het, en dit kom buite die kwessie voor. Gevolglik sou dit volgens regter Brand (par. 27) onredelik gewees het om SS aanspreeklik te stel. Nog 'n rede waarom dit die geval sou wees, is dat dit vir SS uiters moeilik sou gewees het om voldoende stappe te doen om tandem-skermweef teen vergoeding te voorkom (*Bewick* parr. 28–9).

Afgesien hiervan verwys die hof ook nog na vier verdere oorwegings waarom daar nie 'n regsplig op SS was om B se skade te voorkom nie. Eerstens (par. 30) volg ons howe 'n konserwatiewe benadering tot die uitbreiding van Aquiliese aanspreeklikheid en sal ingevolge *Lillicrap, Wassenaar and Partners v Pilkington Brothers (SA) (Pty) Ltd* 1985 1 SA 475 (A) 500, 503–4 (sien bv. ook *Telematrix* 468; *AB Ventures Ltd v Siemens Ltd* 2011 4 SA 614 (HHA) 620–2; Neethling en Potgieter 2015a:12) sodanige uitbreiding toestaan net indien beleidsoorwegings dit regverdig: “South African law approaches the matter in a more cautious way ... and does not extend the scope of the Aquilian action to new situations unless there are positive policy considerations which favour such an extension.” In *Bewick* het sodanige oorwegings klaarblyklik ontbreek.

Tweedens (par. 31) is die basiese uitgangspunt in ons reg dat skade (nadeel) rus waar dit val, dit wil sê dat elkeen die skade wat hy gely het, self moet dra (*res perit domino*) (sien Neethling en Potgieter 2015a:3). Hierdie uitgangspunt beteken natuurlik nie dat skade altyd rus waar dit val nie. Daar bestaan sekere regserkende gronde waarom een persoon se skadelas na 'n ander kan verskuif sodat laasgenoemde verplig word om eersgenoemde se skade te dra of dit te vergoed. Een sodanige grond is juis die benadeling van 'n persoon deur middel van 'n delik of onregmatige daad. Slegs indien die dader se gedrag aan al die elemente van 'n delik voldoen, word die delikspleger regtens verplig om die benadeelde se skade goed te maak. Appèlregter Harms, na wie regter Brand (par. 31) verwys, verklaar ten onregte in *Telematrix* 568 dat hierdie beginsel “hardly appears in any local text on the

subject”, terwyl die teendeel waar is (sien Neethling en Potgieter 2015a:3 vn. 3 en die verwysings na handboeke aldaar).

Derdens (par. 32) kan die gevaar van oewerlose aanspreeklikheid die besluit of ’n late onregmatig is, beïnvloed. In die lig van die vele situasies waarin tandem-skermweef ’n gevaar inhou nie alleen vir deelnemers nie, maar ook vir die algemene publiek op die grond wanneer ’n ongeluk gebeur, skep dit vir regter Brand “great concern about indeterminate liability”. Anders as *in casu*, het hierdie beleidsoorweging tot dusver nog net by aanspreeklikheid weens suiwer ekonomiese verlies ter sprake gekom waar die situasie “one fraught with an overwhelming potential liability” is, soos waar die gewraakte optrede waarskynlik ’n “multiplicity of actions” wat “socially calamitous” kan wees, tot gevolg gaan hê (sien Neethling en Potgieter 2015a:318). In die lig hiervan verklaar appèlregter Brand in *Fourway Haulage SA (Pty) Ltd v SA National Roads Agency Ltd* 2009 2 SA 150 (HHA) 161 tereg “that liability will more readily be imposed for a single loss of a single identifiable plaintiff occurring but once and which is unlikely to bring in its train a multiplicity of actions” (sien ook *Freddy Hirsch Group (Pty) Ltd v Chickenland (Pty) Ltd* 2011 4 SA 276 (HHA) 295; *Delphisure* 508–9). In sodanige omstandighede word dan te kenne gegee dat die verweerder nie ’n regsplig gehad het om benadeling te vermy nie.

Indien ’n mens nou aanvaar dat “an overwhelming potential liability” genoegsame rede verskaf om die dader vry te laat uitgaan, behoort sodanige vryspraak te geskied slegs waar die dader inderdaad ’n te wye aanspreeklikheid sal oploop (waarmee bedoel word dat byvoorbeeld in die geval van ’n “multiplicity of actions” elkeen van die eise beslis sal slaag omdat die dader se optrede ten aansien van elk aan al die vereistes van die Aquiliese aksie voldoen. Wanneer dit die geval sal wees, sal van die omstandighede afhang. Waar byvoorbeeld slegs ’n enkele eis aan al die vereistes voldoen, terwyl daar ’n element van spekulاسie bestaan oor die identiteit van ander moontlike eisers (hulle behoort met ander woorde tot “an unascertained class of potential victims”), behoort die eerste eis nie weens beleidsoorwegings te faal nie.

Die vraag ontstaan ten slotte of die oorweging van “an overwhelming potential liability” werklik vir ’n sinvolle en rasonale toepassing deur die howe vatbaar is. Die antwoord hierop is negatief, en wel om die voor die hand liggende rede dat dit in die reël uiters moeilik – trouens onmoontlik – gaan wees om te besluit of die omvang van die dader se aanspreeklikheid inderdaad te wyd of “overwhelming” is. Dit is waarskynlik ook om hierdie rede dat die onderhawige beleidsoorweging tot en met *Bewick* nog nooit ’n rol by die vasstelling van aanspreeklikheid weens saakbeskadiging of persoonlike beserings gespeel het nie. Daarom behoort die toepassing daarvan ook op die terrein van suiwer ekonomiese verlies laat vaar te word (sien Neethling en Potgieter 2015a:318 vn.177).

Vierdens (par. 33) is daar die beleidsoorweging wat as die eiser se “vulnerability to risk” bekend staan. In *Cape Empowerment Trust Limited v Fisher Hoffman Sithole* 2013 5 SA 183 (HHA) 194–5 word beslis dat as die eiser redelikerwys skade deur ander maatreëls kon vermy het en hom sodoende nie kwesbaar vir die verlies gemaak het nie, maar dit nie gedoen het nie, dit ’n belangrike aanduiding sal wees dat die verweerder nie onregmatig opgetree het nie (sien ook *Country Cloud* 226–7; *Delphisure* 509; Neethling en Potgieter 2015a:319).

Appèlregter Brand (par. 33) vervolg:

As we know in this case, [B] did indeed have another remedy: she could and did sue the pilot and his employer. It is true of course, that this remedy would only be available if the pilot was negligent. But if he was not, there seems to be good reason to revert to the default position in law of delict, namely, that everyone has to bear the loss that he or she suffers. Although one obviously has great sympathy for [B] in her plight that, in itself, cannot justify the extension of delictual liability where it would not be reasonable to do so. It follows that, in my view, the court *a quo* had erred in deciding the issue of wrongfulness in favour of the respondent.

In verband met die laaste beleidsoorweging moet nietemin gewaarsku word dat alhoewel “vulnerability to risk” sigself bewys het as ’n belangrike faktor om onregmatigheid veral in gevalle van suiwer ekonomiese verlies te bepaal, dit nie as dominant of deurslaggewend beskou moet word waar ander beleidsoorwegings positief op die bestaan van ’n regsplig en dus onregmatigheid dui nie (sien Neethling en Potgieter 2015c:635 e.v.).

3.3 Kousaliteit

Nieteenstaande die hof se bevinding dat onregmatigheid as ’n noodsaaklike vereiste vir deliktuele aanspreeklikheid afwesig is, maak regter Brand tog *obiter* opmerkings oor die hof *a quo* se bevinding oor kousaliteit waarmee hy verskil. Wat feitelike kousaliteit betref, is die algemene beskouing dat die *conditio sine qua non*- of *but for*-toets ook toegepas kan word waar bepaal moet word of ’n late, soos in *Bewick*, die gevolg veroorsaak het. Terwyl in die geval van positiewe optrede die gedrag van die verweerder weggedink word om vas te stel of die relevante gevolge nog sou ingetree het (sien Neethling en Potgieter 2015a:190–1; Loubser en Midgley 2012:71–2), is die benadering in die geval van ’n late, soos regter Brand (par. 34) uitwys, “the mental elimination of the wrongful conduct and the substitution of a hypothetical course of lawful conduct and the posing of the question as to whether upon such an hypothesis plaintiff’s loss would have ensued or not” (*International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 700; sien ook *Lee* 161–2). Toegepas op die feite, redeneer die hof benede soos volg: “Common sense tells one that had these two bodies [ie SS] taken the necessary steps to stop the activity, the opportunity for the Plaintiff’s ‘walk on the wild side’ [ie the tandem paragliding flight for reward] would simply not have arisen.”

Hierop antwoord appèlregter Brand tereg soos volg (par. 36):

The supposition, for present purposes, is that the appellants acted wrongfully by allowing tandem paragliding for reward. Allowing tandem paragliding without charge would be lawful. In applying the but-for test, one should therefore mentally replace the wrongful conduct with: allowing tandem paragliding for free. The question is therefore: had the respondent been conveyed for free, would the accident still have occurred? Since the answer is clearly “yes”, the conclusion is that factual causation had not been established. Of course, one can postulate a situation where payment of a reward could be the cause of the accident, for instance, because the pilot would otherwise not have undertaken the flight. But those are not the facts of this case.

Feitelike kousaliteit moet nietemin duidelik van onregmatigheid onderskei word. Daarom is die stelling in *Bentley* 700 hier bo dat “the mental elimination of the *wrongful* conduct and the substitution of a hypothetical course of *lawful* conduct” (my kursivering; sien ook *Minister of Finance v Gore* 2007 1 SA 111 (HHA) 125) vatbaar vir kritiek. Die vraag na kousaliteit is of die dader enigiets kon gedoen het om die gewraakte gevolg te voorkom (vgl. *Lee* 162), en nie of regmatige optrede – dit wil sê, waar die dader die regsplig volkome nagekom het – die gevolg sou voorkom het nie, want dan word onregmatigheid en feitelike kousaliteit verwar (sien Neethling en Potgieter 2015a:197 vn. 61).

Appèlregter Brand (par. 37) is voorts van mening dat juridiese kousaliteit ook in *Bewick* afwesig was omdat die “onregmatige” late van SS geensins die risiko verhoog het van die ongeluk wat B se beserings veroorsaak het nie. Hy verklaar dat “[t]he issue of legal causation, or remoteness, is determined by considerations of policy. It is a measure of control. It serves as a ‘long stop’ where right-minded people, including judges, will regard the imposition of liability in a particular case as untenable, despite the presence of all other elements of delictual liability”. Soos reeds uitgewys (sien Neethling en Potgieter 2015a:86), kan hierdie formulering aanleiding gee tot ’n verwarring tussen onregmatigheid en juridiese kousaliteit, aangesien die formulering van die nuwe toets vir onregmatigheid (sien hier bo par. 1) in ’n groot mate ooreenstem met die formulering van die toets vir juridiese kousaliteit (“remoteness”) wat te make het met die vraag of dit redelik sou wees om ’n gevolg aan die verweerder toe te reken en hom daarvoor aanspreeklik te hou (Neethling en Potgieter 2015a:201 e.v.). Hierdie oorvleueling word by implikasie deur appèlregter Brand in *Cape Empowerment Trust* 197–8 erken waar hy verklaar dat sowel onregmatigheid as juridiese kousaliteit deur regs- en openbare beleidsoorwegings bepaal word, dat hulle dieselfde funksie vervul en dat die meeste van die oorwegings wat dien om ’n bevinding van onregmatigheid uit te sluit, ook ’n bevinding van juridiese kousaliteit elimineer. Hierbenewens blyk die oorvleueling uit die regter se gebruik van die term *right-minded people* met betrekking tot sowel onregmatigheid as juridiese kousaliteit (sien Neethling en Potgieter 2015a:39 vn. 22).

In finale instansie kan hierdie ongelukkige gevolg hoofsaaklik toegeskryf word aan die formulering en toepassing van die nuwe toets vir onregmatigheid wat, soos aangedui, die toets vir juridiese kousaliteit weerspieël. Dit kan uiteindelik die onaanvaarbare gevolg hê dat regsorsaaklikheid as ’n selfstandige element van ’n delik oorbodig word, en dit sal onafwendbaar tot ’n verskraling van hierdie regsgebied lei (sien ook Neethling en Potgieter 2014:118–9).

4. Samevatting

In teenstelling met vorige uitsprake van appèlregter Brand, is hy nou bereid om die tradisionele *boni mores*-toets vir onregmatigheid te versoen met die nuwe toets vir onregmatigheid as die redelikheid om die verweerder aanspreeklik te stel. Beide toetse plaas naamlik die klem op beleidsoorwegings wat, op die keper beskou, uiteindelik dieselfde resultaat sal lewer. Dit beteken egter nie dat die besware teen die formulering van die nuwe

toets ook verdwyn nie – veral die stelling dat die redelikheid van die verweerder se gedrag niks met onregmatigheid te make het nie, kan geensins geregverdig word nie.

Die beleidsoorwegings of faktore wat *in casu* oorweeg is ten einde te bepaal of daar 'n regsplig op SS gerus het om op te tree, is die volgende: Aan die positiewe kant was daar 'n statutêre plig om op te tree wat SS verantwoordingspligtig gemaak het – desnieteenstaande sou nakoming van hierdie plig nie die ongeluk voorkom het nie. Aan die negatiewe kant sou dit vir SS uiters moeilik gewees het om voldoende stappe te doen om tandem-skermseef teen vergoeding te voorkom het; daar was die gevaar van oewerlose aanspreeklikheid; en die eiser was nie kwesbaar vir skade nie, aangesien sy redelikerwys skade deur ander maatreëls kon vermy het. Aangesien ons howe 'n konserwatiewe benadering tot die uitbreiding van Aquiliese aanspreeklikheid volg en daar nie voldoende positiewe beleidsoorwegings was wat aanspreeklikheid rugsteun nie, verdien die slotsom dat die late nie onregmatig was nie, instemming. Dan geld die basiese uitgangspunt in ons reg dat skade rus waar dit val (*res perit domino*).

Die hof se *obiter* opmerkings oor feitelike en juridiese kousaliteit kan ook ondersteun word. Eersgenoemde het ontbreek omdat 'n vlug sonder vergoeding nie die ongeluk sou vermy het nie en laasgenoemde omdat die “onregmatige” late van SS geensins die risiko verhoog het van die ongeluk wat B se beserings veroorsaak het nie.

Bibliografie

Loubser, M. en R. Midgley (reds.). 2012. *The law of delict in South Africa*. 2de uitgawe. Kaapstad: Oxford University Press.

Neethling, J. 2003. Die hoogste hof van appèl bevestig die uitdyende verantwoordelikheid van die staat om die reg op die fisies-psigiese integriteit in die lig van die Grondwet te beskerm. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse reg*, 4:783–92.

—. 2008. *Van Heerden-Neethling unlawful competition*. 2de uitgawe. Durban: LexisNexis.

—. 2014. Wrongfulness in delict: A response to Brand JA. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 77(1):116–23.

—. 2015a. Delikseis deur derde party weens kontrakbreuk. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse reg*, 1:188–97.

—. 2015b. Owerspel as gedingsvatbare aksiegrond. *LitNet Akademies*, 12(2):397–415.

Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2011. Liability for an omission: Control over a dangerous object. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 74(4):689–94.

—. 2015a. *Neethling-Potgieter-Visser deliktereg*. 7de uitgawe. Durban: LexisNexis.

—. 2015b. Delictual liability for an omission and statutory authority as ground of justification. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse reg*, 4:856–63.

—. 2015c. “Vulnerability to risk” as a factor determining delictual liability for pure economic loss. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 78(4):635–44.

Van der Walt, J.C. en J.R. Midgley. 2005. *Principles of delict*. 3de uitgawe. Durban: LexisNexis.