

Vonnisbespreking: Deliktuele aanspreeklikheid weens 'n late: onregmatigheid en nalatigheid

Za v Smith 2015 4 SA 574 (HHA)

Johann Neethling en Johan Potgieter

Johann Neethling, Departement Privaatreg, Universiteit van die Vrystaat
Johan Potgieter, Departement Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika

Abstract

Delictual liability for an omission: wrongfulness and negligence

In contrast with *South African Hang and Paragliding Association v Bewick* 2015 3 SA 449 (SCA), in which Brand JA seemed willing to reconcile the traditional *boni mores* test with the controversial new test for wrongfulness as the reasonableness to hold the defendant liable, in the *Za* case he almost exclusively applied the new test.

It is unfortunate that the judge set the traditional test aside, as the reconciliatory approach has increasingly come to the fore in recent decisions of the constitutional court where the new test has not been applied exclusively and at the expense of the traditional test, but the *boni mores* legal-duty approach and the new test are utilised under the same umbrella, as it were, to determine wrongfulness.

Because Brand JA advocated the new test for wrongfulness so strongly, his handling of the distinction between the traditional test for wrongfulness and that for negligence, suggesting that the two tests could cause confusion, is subject to criticism. If the essential functions of these two delictual elements are kept in mind, namely, in the case of wrongfulness of and omission, whether there was a legal duty on the actor to prevent harm by positive conduct, and if so, in the case of negligence, whether the reasonable person would have foreseen damage and taken steps to prevent it, there can be no question of confusion.

Brand JA, following in the footsteps of the established approach to the wrongfulness of an omission, strangely enough, took into consideration the following two factors in order to determine whether wrongfulness was present: the fact that the defendants had control over a dangerous object and that they had knowledge of or foresaw that their omission could cause damage.

Lastly, the court's treatment of negligence (the reasonable person test) and factual causation (the *conditio sine qua non* approach) can be supported.

Keywords: *boni mores*; causation; *conditio sine qua non*; control over a dangerous object; delict; knowledge and foreseeability; legal duty; loss of support; negligence; new test

for wrongfulness; omission; policy considerations; reasonableness; reasonable person; traditional test for wrongfulness; wrongfulness

Trefwoorde: Beheer oor gevaarlike voorwerp; beleidsoorwegings; *boni mores*; *conditio sine qua non*; delik; kennis en voorsienbaarheid; kousaliteit; late; nalatigheid; nuwe toets vir onregmatigheid; onregmatigheid; redelike persoon; redelikheid; regsplig; tradisionele toets vir onregmatigheid; verlies van onderhoud

1. Inleiding

Deliktuele aanspreeklikheid weens 'n late het in meerdere onlangse beslissings van die hoogste hof van appèl en die konstitusionele hof ter sprake gekom: *Minister of Justice and Constitutional Development v X* 2015 1 SA 25 (HHA) (sien Neethling en Potgieter 2015a:856 e.v.); *South African Hang and Paragliding Association v Bewick* 2015 3 SA 449 (HHA) (sien Neethling 2015:810 e.v.); *Oppelt v Department of Health, Western Cape* 2016 1 SA 325 (KH). Onregmatigheid en nalatigheid, en die onderskeid tussen dié twee delikselemente, was telkens die kernkwessies waarop gefokus moes word. Dit was ook die geval in die *Za*-saak. Die oogmerk met hierdie bespreking is om hierdie kwessies onder die loop te neem, moontlike verwarring uit die weg te ruim en duidelikheid oor die toekomstige toepassing van die twee delikselemente te probeer bring.

2. Feite

Die eiseres (*Za*) stel 'n eis weens verlies van onderhoud weens die dood van haar man (*P*) in teen die eienaar van 'n plaas (*Smith*) en 'n maatskappy wat 'n privaatnatuurreserveaat op die plaas bedryf het (die verweerders). Sy beweer dat die verweerders se late haar man se dood veroorsaak het. Die maatskappy het lede van die publiek toegelaat om sekere geriewe op die plaas, onder andere 'n viertrekvoertuigroete, teen vergoeding te benut. Op die gewraakte wintersdag het *P* die toegangsgeld betaal en sy viertrekvoertuig tot by die eindpunt van die roete, die kruin van die berg, bestuur, waar daar 'n parkeerterrein was. Daar het *P* uitgeklim en oor die sneeubedekte grond gestap om in die nabygeleë kloof af te kyk. Naby die rand van die kloof het *P* op ys geglip wat deur die sneeu bedek was, oor die rand gegly en hom dood geval.

Za baseer haar eis op die verweerders se versuim om onder meer die volgende stappe te doen om die ongeluk te vermy: (i) om besoekers in te lig oor die gevaar om op die sneeubedekte ys te glij en oor die rand van die kloof te gly; (ii) om die parkeerterrein laer te skuif sodat besoekers 'n entjie oor die sneeu moet loop om oor die kloof uit te kyk ten einde hulle van die oppervlak te vergewis; (iii) om die parkeerterrein te omhein en 'n opening te laat waardeur die besoekers moet beweeg en waar waarskuwingskennisgewings teen die gevaar geplaas moes word; en (iv) om die grens tussen die veilige en onveilige areas met pale te merk.

Za se eis misluk in die verhoorhof en sy wend haar met sukses tot die hoogste hof van appèl. Na 'n uiteensetting van die feitelike agtergrond van die saak, oorweeg appèlregter Brand die verskillende delikselemente.

3. Onregmatigheid

Wat onregmatigheid betref, verlaat die verweerders hulle op die stelling dat “owners and others in control of property are under a duty to warn and protect those who visit the property against hidden dangers of which the latter are unaware, but not against dangers which are clear and apparent” (581H – 582A). Regter Brand (582D-I) stem egter nie saam met die stelling nie. Volgens hom het die begrip “clear and apparent danger” niks met onregmatigheid te make nie, maar verwys na nalatigheid. Dit bring ’n moontlike verwarring tussen hierdie twee selfstandige delikselemente na vore. Aangesien hierdie saak handel oor die onregmatigheid van ’n late wat suiwer ekonomiese verlies veroorsaak het, maak die hof in ’n groot mate staat op die beslissing van regter Khampepe in the konstitusionele hof in *Country Cloud Trading CC v MEC, Department of Infrastructure Development* 2015 1 SA 1 (KH)parr. 20–1. Hier word verwys na 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). Regter Brand (583H–584A) haal dan sy formulering van dié toets in *Le Roux v Dey* 2011 3 SA 274 (KH) 315 aan (sien bv. ook *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; *Oppelt* 355 vn. 60) wat volgens hom waarsku teen die verwarring tussen onregmatigheid en nalatigheid en soos volg lui:

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.

Soos al herhaaldelik aangetoon is, moet opnuut gewys word op die omstredenheid en bygevolg onaanvaarbaarheid nie net 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 Knobel 2015:229 e.v.; Ahmed 2015:52–5).

Anders as by die nuwe toets vir onregmatigheid word onregmatigheid tradisioneel by aanspreeklikheid weens ’n late vasgestel met verwysing na die vraag of daar volgens die *boni mores*- of redelikeidsmaatstaf ’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 (sien bv. *Van Eeden v Minister of Safety and Security* 2003 1 SA 389 (HHA) 395; *Lee v Minister for Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 167; Neethling en Potgieter 2015a:58–9, 60 e.v.; Loubser en Midgley (reds.) 2012:219–20; Van der Walt en Midgley 2005:84). In die X-saak 28 (sien Neethling en Potgieter 2015b:856–7) stel die appèlhof dit soos volg:

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.

In *Bewick* kom dit egter voor of regter Brand (452–3) die tradisionele toets vir die onregmatigheid van 'n late met die nuwe toets probeer versoen aangesien hy verklaar dat die nuwe toets net die beginsels wat die tradisionele toets onderlê, op 'n ietwat ander wyse formuleer. Hy verklaar (*ibid*):

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.

Hierdie versoenende benadering blyk ook uit *Oppelt* (343–4; sien ook *H v Fetal Assessment Centre* 2015 2 SA 193 (KH) 216; *Loureiro v Invula Quality Protection (Pty) Ltd* 2014 3 SA 394 (KH) 410) waar die hof die *boni mores*, die regsplig om benadeling te voorkom en die redelikheid om die verweerder aanspreeklik te stel, as 'n potpourri vir die vasstelling van onregmatigheid aanbied (ons kursivering):

The next enquiry is whether the “negligent omission is unlawful only if it occurs in circumstances that the law regards as sufficient to give rise to a *legal duty to avoid negligently causing harm*”. In *Loureiro*, Van der Westhuizen J explained that the wrongfulness enquiry is based on *the duty not to cause harm*, and that in the case of negligent omissions, the focus is on the *reasonableness of imposing liability*. An enquiry into wrongfulness is determined by weighing competing norms and interests. The criterion of wrongfulness ultimately depends on a judicial determination of whether, assuming all the other elements of delictual liability are present, it would be *reasonable to impose liability on a defendant* for the damages flowing from specific conduct. Whether conduct is wrongful is tested against *the legal convictions of the community* which are, “by necessity underpinned and informed by the norms and values of our society, embodied in the Constitution”.

Nou is dit weliswaar so dat die nuwe toets die klem op beleidsoorwegings plaas wat al lank reeds gevestigde reg by aanspreeklikheid weens 'n late is en trouens ook die grondslag van die geïkete *boni mores*- of redelikheidstoets uitmaak (sien bv. *RH v DE* 2015 5 SA 83 (KH) 101). Hieruit blyk dat die toepassing van die twee toetse waarskynlik dieselfde resultaat sal lewer, maar dit beteken nie dat die besware teen die formulering van die nuwe toets ook verdwyn nie (sien Neethling 2015:814–5). Daar word aan die hand gedoen dat 'n die hof in eerste instansie, met verwysing na die *boni mores*, 'n waardeoordeel moet vel wat alle relevante beleidsoorwegings omvat. Indien hierdie oorwegings dit regverdig, moet die hof bevind dat die late onregmatig is en die dader aanspreeklik stel mits natuurlik alle ander delikselemente ook aanwesig is (sien *Country Cloud* (HHA) 222; sien ook *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597; *Local Transitional Council of Delmas v Boshoff* 2005 5 SA 514 (HHA) 522; Neethling en Potgieter 2015a:85–6). Die gevolgtrekking dat die verweerder aanspreeklik is, is dus die gevolg van die besluit dat 'n delik gepleeg is en nie die toets vir onregmatigheid nie (sien Neethling en Potgieter 2015a:85; Neethling en Potgieter 2014:118).

Ongelukkig sit appèlregter Brand in die *Za*-saak(582H–584A) nie sy versoenende benadering tussen die tradisionele en nuwe toets vir onregmatigheid voort nie, maar beperk hom in 'n groot mate tot die nuwe toets, met uitsluiting van die tradisionele *boni mores*-, regspligbenadering. By sy bevinding dat dit redelik sal wees om die verweerders aanspreeklik te stel (d.w.s. dat hulle onregmatig gehandel het), beroep hy hom (585E–H), verbasend genoeg, op die *locus classicus* van die tradisionele benadering tot aanspreeklikheid weens 'n late, *Ewels* (597; sien ook Neethling en Potgieter 2015a:61–2), waar die uitgangspunt is dat "die totaal van omstandighede van 'n bepaalde geval" by die toepassing van die *boni mores*-maatstaf in aanmerking geneem moet word ten einde vas te stel of daar 'n regsplig aanwesig was om positief op te tree om skade te voorkom. Gevolglik moet alle faktore oorweeg word wat volgens die gemeenskapsopvatting op sodanige regsplig kan dui. Dit blyk dat veral twee faktore volgens regter Brand in die *Za*-saak 'n rol gespeel het. Die eerste is dat die verweerders beheer oor 'n gevaarlike voorwerp gehad het. Hy verklaar (585H; sien ook Neethling en Potgieter 2015a:65–8): "Having regard to this stereotype of those in control of dangerous property, as well as other considerations of policy finding application on the facts of this case, I am satisfied that the element of wrongfulness had been established by the appellant." Die tweede faktor gaan oor die kennis en voorsien van moontlike skade: waar 'n verweerder kennis gedra of voorsien het dat sy late skade kan veroorsaak, is dit aanduidend van die onredelikheid en gevolglik onregmatigheid van sy gedrag (sien bv. *Minister of Forestry v Quathlamba* 1973 3 SA 69 (A) 81, 83; *Minister of Water Affairs v Durr* [2007] 1 All SA 337 (HHA) parr. 18–9; *Van der Merwe Burger v Munisipaliteit van Warrenton* 1987 1 SA 899 (NK) 901–2, 908; sien verder Neethling en Potgieter 2015a:68–9). Regter Brand verklaar (586B):

[T]he second respondent, with the knowledge and consent of the first respondent, as owner of the property, allowed members of the public, for a fee, to make use of a four-wheel-drive route, designed to lead directly to the area which proved to be extremely dangerous.

In die lig van ons besware teen die nuwe formulering van die toets van onregmatigheid, is dit, soos aangedui, waarskynlik wenslik (en bloot makliker) om die geykte benadering met betrekking tot onregmatigheid by aanspreeklikheid weens 'n late toe te pas deur eenvoudig te vra of daar volgens die *boni mores*, in die lig van al die relevante faktore, 'n regsplig bestaan het om benadeling te vermy. Nieteenstaande lippediens wat aan die nuwe toets vir onregmatigheid bewys word, volg die hooggeregshowe en selfs die hoogste hof van appèl steeds feitlik deurgaans hierdie tradisionele benadering (sien Neethling en Potgieter 2015a:87–8). 'n Sprekende voorbeeld hiervan is die onlangse beslissing in *BS v MS* 2015 6 SA 356 (GP) 360–1 waar 'n kleuter permanente breinskade opgedoen het toe sy in 'n visdammetjie van familie se woonhuis geval het en die vraag was of die huiseienaar 'n regsplig gehad het om op te tree ten einde benadeling te vermy. Ten einde die vraag te beantwoord, pas die hof eenvoudig die *boni mores*-toets toe sonder om hoegenaamd van die nuwe toets kennis te neem.

4. Onregmatigheid en nalatigheid

Die onderskeid tussen onregmatigheid en nalatigheid word uitdruklik in die *Za*-saak ondersoek (584A–585D). Ons sien die onderskeid onder andere soos volg (sien Neethling en Potgieter 2015a:168–9): Alhoewel 'n mens by die beoordeling van sowel onregmatigheid as nalatigheid met 'n objektiewe redelikhedmaatstaf te make het, word hierdie maatstaf by elk verskillend toegepas. By onregmatigheid word die redelikheid van die dader se optrede beoordeel aan die hand van die regsopvattinge van die gemeenskap (*boni mores*) deur 'n

belange-afweging in die lig van toepaslike beleidsoorwegings; die vraag is met ander woorde of 'n regsverkende belang van die benadeelde op 'n onredelike wyse of *contra bonos mores* aangetas is. By nalatigheid, daarenteen, word die redelikheid van die dader se optrede beoordeel aan die hand van die redelike persoon met verwysing na die redelike voorsienbaarheid en voorkombaarheid van skade vasgestel (sien Sonnekus 2015:459 e.v. vir 'n interessante beskouing van die nalatigheidstoets). Hierbenewens word onregmatigheid diagnosties (*ex post facto*) beoordeel, terwyl die beoordeling van nalatigheid prognosties (*ex ante*) geskied. Kort gestel, onregmatigheid word beoordeel op grond van werklikhede, nalatigheid op grond van waarskynlikhede. Aansluitend hierby lê die onderskeid volgens Knobel (2015:229 e.v.) daarin dat by onregmatigheid die redelikheid van die dader se gedrag vergelykend meer objektief beoordeel word, terwyl dit by nalatigheid meer subjektief plaasvind.

Dit beteken nie dat die onderskeid tussen die twee elemente absoluut is nie, maar dat 'n mate van oorvleueling moontlik en aanvaarbaar is omdat sekere faktore, soos die voorsienbaarheid van skade, volgens die hoogste hof van appèl by beide elemente 'n rol kan speel (sien Neethling en Potgieter 2015a:168–9 vne. 222–3; sien ook Ahmed 2015:56–7; Knobel 2015:229 e.v.; vgl. egter die *Za*-saak 584G-H). Nietemin moet onregmatigheid en nalatigheid nie ineengeteleskopeer te word wanneer die redelikheid van die verweerder se gedrag ondersoek word nie, aangesien die onregmatigheidselement 'n middel van beheer inbring wat verlore kan gaan indien die toetse vir hierdie twee delikselemente ineengestrengel word (sien *Roux v Hattingh* 2012 6 SA 428 (HHA) 439–40; *Cape Town Municipality v Bakkerud* 2000 3 SA 1049 (HHA) 1054–5).

Juis omdat die redelikheid van gedrag 'n rol kan speel met betrekking tot sowel onregmatigheid as nalatigheid, moet die twee delikselemente duidelik uitmekaar gehou word (sien Neethling en Potgieter 2015a:170–1; sien ook Knobel 2015:229 e.v.). Hierdie onderskeid tussen onregmatigheid en nalatigheid kan soos volg met betrekking tot aanspreeklikheid weens 'n late verduidelik word: 'n Late is onredelik en bygevolg onregmatig indien daar volgens die *boni mores* 'n regsplig op die dader gerus het om positief op te tree ten einde benadeling te voorkom en hy versuim het om die regsplig (volkome) na te kom. Indien die dader egter wel (onsuksesvol) gepoog het om die regsplig na te kom en sy poging met dié van die redelike persoon ooreenstem, gaan sy (onredelike) onregmatige handeling nie met (onredelike) nalatige optrede gepaard nie (skade was nie redelikerwys voorkombaar nie) en is hy nie aanspreeklik nie. Ter illustrasie kan die beslissing in *Quathlamba* geneem word. 'n Brand het sonder X se toedoen op sy grond ontstaan. Ten spyte van al sy stappe om die brand te blus, versprei dit na Y se grond en rig skade aan. Die hof beslis dat daar 'n regsplig op 'n eienaar van grond rus om beheer uit te oefen oor 'n brand wat op grond onder sy beheer voorkom. Omdat die brand skade vir Y veroorsaak het, het X nie sy regsplig volkome nagekom nie en moet sy handeling gevolglik as onregmatig (onredelik) beoordeel word. Die hof (88–9) bevind desnieteenstaande tereg dat X soos 'n redelike persoon gepoog het om die brand te stuit en daarom nie aanspreeklik is nie. Ten spyte dus van die feit dat X onregmatig gehandel het deur nie sy regsplig volkome na te kom nie, gaan hy vry uit omdat nalatigheid ontbreek.

In hierdie verband is dit belangrik om daarop te let dat verskeie beslissings die regsplig by onregmatigheid beskryf as “a legal duty not to act negligently” of soortgelyke formulerings (sien bv. *Trustees, Two Oceans Aquarium Trust v Kantey & Templer (Pty) Ltd* 2006 3 SA 138 (HHA) 144; *Mediterranean Shipping Co (Pty) Ltd v Tebe Trading (Pty) Ltd* [2007] 2 All SA 489 (HHA) 494). Hiermee word die indruk geskep dat die regsplig te make het met die vraag of die verweerder nalatig al dan nie opgetree het (Van der Walt en Midgley 2005:78–9), dit wil sê, of hy anders as die redelike persoon in die omstandighede opgetree het. Hierdie benadering kan lei tot die gebruik van die nalatigheidstoets om onregmatigheid te

bepaal en sodoende, soos uitgewys, die funksie van onregmatigheid as 'n middel van beheer verlore laat gaan. Boonop is hierdie formulering 'n weerspieëling van die klassieke Engelsregtelike “duty of care”-benadering “which straddles both elements of wrongfulness and negligence” (*Trustees, Two Oceans Aquarium Trust*¹⁴⁴) en wat uitdruklik deur die hoogste hof van appèl verwerp is (*Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v Advertising Standards Authority SA* 2006 1 SA 461 (HHA) 468; *Steenkamp NO v Provincial Tender Board, Eastern Cape* 2006 3 SA 151 (HHA) 159; sien ook Neethling en Potgieter 2015a:59–60, 164–5).

Van der Walt en Midgley (2005:78–9) se kritiek in hierdie verband verdien volle instemming:

Under the influence of the classic English doctrine of “duty to take care”, courts have customarily described the duty as a duty to take reasonable care or to conform to a certain standard of conduct. However, such an approach is not tenable in terms of a theoretical structure of delict which requires a distinction between the elements of wrongfulness and fault. The duty to take care, or to act reasonably, or not to act negligently, is a separate and independent duty, concerned with establishing whether or not the defendant was at fault, and which only arises after it had been established that the defendant was in breach of a legal duty not to harm the plaintiff ... It is therefore incorrect to express the legal duty in terms of a standard of care.

Om nou terug te keer tot appèlregter Brand se behandeling van die onderskeid tussen onregmatigheid en nalatigheid in die *Za*-saak (584–5). Hy spring weg deur die omskrywing van die onregmatigheidsondersoek by 'n late in *Van Eeden* 395 onder verdenking te plaas as sou dit tot verwarring tussen onregmatigheid en nalatigheid kon lei. Ten onregte. Soos uitgewys (par. 3), word in *Van Eeden* heeltemal korrek verklaar dat die vraag na onregmatigheid by 'n late is of daar volgens die redelikhedsmaatstaf 'n regsplig op die verweerder gerus het om positief op te tree ten einde benadeling te vermy. Sodanige plig is aanwesig indien daar redelikerwys (of volgens die *boni mores*) van die verweerder verwag kon word om positiewe stappe te doen om die nadeel te voorkom. Hierna vergelyk regter Brand die *Van Eeden*-benadering met die formulering van die redelikepersoon-toets vir nalatigheid (redelike voorsien- en voorkombaarheid van skade) in *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430. Hy vervolg (584F–G):

It should be readily apparent that if the test for wrongfulness is whether it would be reasonable to have expected the defendant to take positive measures, while the test for negligence is whether the reasonable person would have taken such positive measures, confusion between the elements is almost inevitable. It would obviously be reasonable to expect of the defendant to do what a reasonable person would have done. The result is that conduct which is found to be negligent would inevitably also be wrongful and vice versa.

Hierdie vergelyking tussen die toetse vir onregmatigheid en nalatigheid is vatbaar vir kritiek. Regter Brand negeer deur sy waninterpretasie van die twee toetse klaarblyklik die wesensonderskeid wat tussen hulle bestaan. Sy stelling dat die *Van Eeden*-toets vir onregmatigheid feitlik onafwendbaar tot verwarring met die *Kruger v Coetzee*-nalatigheidstoets sal lei, hou geensins steek nie. In werklikheid skep hy self die verwarring deur te verklaar dat “obviously [it would] be reasonable to expect of the defendant to do what a reasonable person would have done”, omdat hy daardeur die toetse vir die twee elemente ineenstrengel ten einde sy eie aanvegbare gevolgtrekking te regverdig en sodoende die korrekte onderskeid tussen onregmatigheid en nalatigheid, soos hier bo uiteengesit, geweld aandoen. Nieteenstaande herhaling, moet beklemtoon word dat dit by onregmatigheid net gaan oor die regsplig om benadeling te voorkom en nie oor die stappe wat die redelike

persoon sou doen ter uitvoering van die regsplig nie. Laasgenoemde vraag – dit wil sê dié na nalatigheid – kom ter sprake slegs waar daar inderdaad 'n regsplig bestaan het om positief op te tree. So gesien, anders as wat regter Brand dit wil hê, word onregmatigheid en nalatigheid geensins verwarrend ineengevleg nie. Derhalwe was die *Van Eeden*-formulering nie “unfortunate” nie, omdat dit net oor die regsplig by onregmatigheid handel en glad nie die redelikepersoon-toets vir nalatigheid betrek nie. Dieselfde geld regter Brand se afwysing van die beslissing in *Administrateur van Transvaal v Van der Merwe* 1994 4 SA 347 (A) wat, anders as wat hy te kenne gee, suiwer oor die bepaling van die regsplig by onregmatigheid gehandel het en waarin nalatigheid glad nie eers ter sprake gekom het nie. Die hof in *Van der Merwe* verklaar naamlik (361):

Die onderliggende filosofie is dat 'n gevolg slegs onregmatig is indien in die lig van al die omstandighede redelikerwys van die verweerder verwag kan word om positief op te tree en die voorgestelde voorsorgmaatreëls, vir die versuim waarvan hy deur die eiser verwytd word, te tref. Ten einde vas te stel of 'n positiewe handeling of late sodanig is dat dit as onregmatig aangemerkt kan word, moet gevolglik onder andere die onderskeie belange van die partye, die verhouding waarin hulle tot mekaar staan en die maatskaplike gevolge van die oplegging van aanspreeklikheid in die betrokke soort gevalle, versigtig teen mekaar opgeweeg word. Faktore wat 'n belangrike rol speel in die opwegingsproses is, onder andere, die waarskynlike of moontlike omvang van nadeel vir andere; die graad van risiko van intrede van sodanige nadeel; die belange wat die verweerder en die gemeenskap of beide gehad het in die betrokke dadigheid of late; of daar redelik doenlik maatreëls vir die verweerder beskikbaar was om die nadeel te vermy; wat die kans was dat gemelde maatreëls suksesvol sou wees; en of die koste verbonde aan die neem van sodanige maatreëls redelikerwys proporsioneel sou wees tot die skade wat die eiser kon ly.

Appèlregter Brand (384H–385C) se vrees dat die vermelde (gewaande) verwarring tot negering van die onregmatigheidselement sal lei, is ook ongegrond, mits die verskil tussen onregmatigheid en nalatigheid, soos hier bo uiteengesit, voor oë gehou word. Dit sal ook verseker dat onregmatigheid immer sy beheerfunksie behou en nie deur die nalatigheidselement verswelg word nie.

Uit regter Brand se uitspraak (583H–584B, 585C–D) blyk duidelik dat hy daarvan oortuig is dat al die verwarring uit die weg geruim sal word deur sy eie formulering van die onregmatigheidstoets waarna hier bo verwys is, naamlik dat onregmatigheid geleë is in die redelikheid daarvan om die verweerder aanspreeklik te stel. Rigtinggewende delikteregbeslissings van die appèlhof wat die tradisionele benadering tot onregmatigheid by 'n late handhaaf, soos *Van Eeden* (wat dikwels steeds deur die hof aangehaal word; sien bv. *Swinburne v Newbee Investments (Pty) Ltd* 2010 5 SA 296 (KZD) 303; *Holm v Sonland Ontwikkeling (Mpumalanga) (Edms) Bpk* 2010 6 SA 342 (GNP) 347; sien ook Neethling en Potgieter 2011:689–90; Neethling en Potgieter 2015a:58 vn. 126 en die sake daar aangehaal) en *Van der Merwe* (sien ook *Faiga v Body Corporate of Dumbarton Oaks* 1997 2 SA 651 (W) 665–6; Neethling 1997:730–4; Neethling en Potgieter 2015a: 66), word sonder voldoende motivering eenvoudig van die tafel gevee. Hierdie tendens is betreurenswaardig. Johan Scott (2015:433) verwoord dit soos volg:

It is suggested that the new test for wrongfulness, seemingly firmly established after its conception in the *Telematrix* case in 2006, and which has grown into a general wrongfulness test for all human conduct (and not only for omissions and causing of pure economic loss), is running out of control and is now threatening the fabric of our law of delict which has been so carefully developed with the help of academics over many decades.

5. Nalatigheid

Met verwysing na die geekte toets in *Kruger v Coetzee* en 'n ondersoek na die spesifieke omstandighede van die saak, bevind appèlregter Brand dat die verweerders nalatig opgetree het. Omdat die gevaar nie ooglopend was nie, sou die redelike persoon stappe gedoen het om 'n persoon in die posisie van die oorledene te waarsku en te beskerm ten einde die gevaar af te weer, onder andere deur die stappe te doen waarop die eiseres haar eis baseer het (sien par. 2 hier bo; sien ook die aanbevelings van die eiseres se deskundige getuie, Tromp, wat deur die hof aanvaar word (588H)). Die hof bevind dat hierdie aanbevelings doeltreffend, bekostigbaar en volhoubaar sou gewees het (588E–I). Die verweerders was dus nalatig omdat die redelike persoon in hul posisie bedoelde voorkomende maatreëls sou getref het.

6. Kousaliteit

Die verhoorhof het die eiseres se eis verwerp, omdat sy nie kon aantoon dat die stappe wat Tromp aan die hand gedoen het, waarskynlik P se dood sou voorkom het nie – feitelike kousaliteit het dus ontbreek (sien die *Za*-saak 588I–589C). By die oorweging van hierdie beslissing met betrekking tot die toepassing van die *conditio sine qua non*- of "but for"-toets vir feitelike kousaliteit, formuleer appèlregter Brand die toets soos volg (589D–F; sien ook Neethling en Potgieter 2015a:195–8):

What it essentially lays down is the enquiry – in the case of an omission – as to whether, but for the defendant's wrongful and negligent failure to take reasonable steps, the plaintiff's loss would not have ensued. In this regard this court has said on more than one occasion that the application of the "but-for test" is not based on mathematics, pure science or philosophy. It is a matter of common sense, based on the practical way in which the minds of ordinary people work, against the background of everyday-life experiences. In applying this common sense, practical test, a plaintiff therefore has to establish that it is more likely than not that, but for the defendant's wrongful and negligent conduct, his or her harm would not have ensued. The plaintiff is not required to establish this causal link with certainty.

Regter Brand verskil met die verhoorhof en kom tot die gevolgtrekking dat "but for" die verweerders se onregmatige en nalatige versuim om redelike stappe te doen, die oorledene nie sou gesterf het nie. Daar was dus wel 'n feitelike kousale verband tussen die verweerders se late en die oorledene se dood. Die appèl word gehandhaaf en die eiseres slaag met haar eis.

7. Samevatting

In teenstelling met die *Bewick*-saak, waarin appèlregter Brand bereid was om die tradisionele *boni mores*-toets te versoen met die nuwe toets vir onregmatigheid as die redelikheid om die verweerder aanspreeklik te stel, pas hy in die *Za*-saak feitlik uitsluitlik die nuwe toets toe. Dit is jammer dat die regter die tradisionele toets opsy skuif, aangesien die versoenende benadering al hoe meer na vore kom in onlangse beslissings van die konstitusionele hof, waar die nuwe toets nie uitsluitlik en ten koste van die tradisionele toets toegepas word nie, maar die *boni mores*-regspligbenadering en die nuwe toets as 't ware onder dieselfde sambreel benut word om onregmatigheid te bepaal.

Omdat regter Brand die nuwe toets vir onregmatigheid so sterk voorop stel, is sy hantering van die onderskeid tussen die tradisionele toets vir onregmatigheid en dié van nalatigheid, as sou dit tot verwarring aanleiding gee, vatbaar vir kritiek. Indien die wesensfunksies van hierdie twee delikselemente voor oë gehou word, naamlik by onregmatigheid of daar 'n regsplig op die dader was om deur positiewe optrede benadeling te voorkom, en indien wel, by nalatigheid of die redelike persoon nadeel sou voorsien en stappe sou gedoen het om die nadeel te voorkom, kan daar geen sprake van verwarring wees nie.

Regter Brand neem tereg, snaaks genoeg op die voetspoor van die geykte benadering tot die onregmatigheid van 'n late, die volgende faktore in ag ten einde te bepaal of onregmatigheid aanwesig is: dat die verweerders beheer oor 'n gevaarlike voorwerp gehad het en dat hulle kennis gedra of voorsien het dat hul late skade kan veroorsaak.

Ten slotte kan die hof se hantering van nalatigheid (die redelikepersoon-toets) en feitelike kousaliteit (die *conditio sine qua non*-benadering) ondersteun word.

Bibliografie

Ahmed, R. 2015. The influence of reasonableness on the elements of delictual liability. In Potgieter, Knobel en Jansen (reds.) 2015.

Knobel, J.C. 2015. Reasonableness, wrongfulness and fault. In Potgieter, Knobel en Jansen (reds.) 2015.

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

Neethling, J. 1997. Nogmaals “duty of care” – onregmatigheid en nalatigheid by aanspreeklikheid weens 'n late. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 60(4):730–4.

—. 2015. Aanspreeklikheid weens 'n late: Versoening tussen die tradisionele en nuwe toets vir deliktuele onregmatigheid, of nie? *LitNet Akademies*, 12(3):810–22.
http://www.litnet.co.za/wp-content/uploads/2015/12/LitNet_Akademies_12-3_JohannNeethling_810-822.pdf.

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.

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

—. 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.

Potgieter, J.M., J.C. Knobel en R.-M. Jansen (reds.). 2015. *Essays in honour of / Huldigingsbundel vir Johann Neethling*. Durban: LexisNexis.

Scott, J. 2015. Delictual liability for adultery – a healthy remedy's road to perdition. In Potgieter, Knobel en Jansen (reds.) 2015.

Sonnekus, J.C. 2015. Inhoudelike objektivering van die nalatigheidstoets by deliktuele vorderings – geen lukrake raaiwerk nie. In Potgieter, Knobel en Jansen (reds.) 2015.

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