

Vonnisbespreking: Swembaddens, visdamme, ander waterpoele en kinderslagoffers – deliktuele aanspreeklikheid *CA v GS* [2016] 4 All SA 386 (WKK) *BS v MS* 2015 6 SA 356 (GP)

Johann Neethling en Johan Potgieter

Johann Neethling, Departement Privaatreg, Universiteit van die Vrystaat
Johan Potgieter, Departement Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika¹

Abstract

Swimming pools, fishponds, other water pools and child victims – delictual liability

In this discussion the decisions in *CA* and *BS*, pertaining to the injury to children as a result of near-drowning, are analysed. It is clear that it is expected of the owner or occupier of premises on which a dangerous situation such as the presence of a swimming pool or fishpond exists, to inform visiting parents of small children of the danger, unless the parents acquire such knowledge by other means. If the danger is conspicuous, obvious and easy to avoid, it will be sufficient to release the occupier of his duty. Where the owner or occupier fails to bring the danger to the attention of the parents and a child is injured as a result of the dangerous situation, the owner or occupier may in principle be sued delictually.

Nevertheless, the primary responsibility for the safety of children rests with their parents. It is their duty to ensure that their children do not wander around on premises where dangers lurk, even if for a very short period, as happened in both *CA* and *BS*. It would be socially unacceptable if a parent could shift the responsibility of looking after her child on to the occupier of the property, especially where the parent knows about the danger. However, where the occupier or owner (or anyone else) (expressly or tacitly) accepted the responsibility to supervise the child, the parents may be released from their duty of care.

In our law it is clear that where parents, as a result of carelessness or even indifference (gross negligence), fail to supervise their children as a result of which the children are exposed to near-drowning (and serious injury such as permanent brain damage), the injured children, because of the close relationship between parents and children, will probably have no action against their parents. Actions between parents and children should, on ethical grounds, be

viewed with circumspection. As far as is known, a child has never succeeded in our law with a delictual claim against his or her parent. Be that as it may, where the child's damage was caused by the negligence of the parents as well as that of the owner or occupier, they should be regarded as joint wrongdoers against the child and the normal rules regarding joint wrongdoers should apply to them.

Conversely, the parents or the child, assisted by the parents, can succeed with a delictual claim against the owner or occupier of a dangerous premises who, through negligence, caused harm to the child – naturally if all the delictual requirements have been met. As to the claim of the parents for the damage they suffered, the child and the occupier will be regarded as joint wrongdoers if the child was *culpa capax* at the relevant time, and contributed to the damage through his or her own negligence. Furthermore, the contributory negligence of the parents, as well as that of a child who is *culpa capax*, may play a role in reducing the damages that the owner or occupier has to pay.

Keywords: apportionment of damages; *boni mores*; children; contributory negligence; dangerous property; delict; drowning; factual causation; fishpond; joint wrongdoers; legal duty; near-drowning; negligence; occupier; parents; property owner; police; reasonable person; supervision; swimming pool; wrongfulness

Trefwoorde: amper-verdrinking; bewoner; *boni mores*; bydraende nalatigheid; delik; eienaar; feitelike kousaliteit; gevaarlike eiendom; kinders; mededaders; nalatigheid; onregmatigheid; ouers; polisie; redelike persoon; regsplig; toesig; swembad; verdeling van skadevergoeding; verdrinking; visdam

1. Inleiding

Daar het die afgelope jaar of twee minstens twee gerapporteerde beslissings verskyn oor jong kinders wat die slagoffers was van die reële gevaar wat swembaddens en visdamme inhou. Dit is egter nie naastenby 'n aanduiding van die amper endemiese voorkoms van gevalle van ernstige beserings (en selfs sterfgevälle) van kinderslagoffers in swembaddens en ander waterpoele nie. Trouens, volgens mediaberigte is verdrinking naas motorongelukke die grootste oorsaak van kindersterftes in Suid-Afrika. In hierdie bespreking fokus ons op die deliktuele aanspreeklikheid wat uit hierdie tragiese gevalle kan voortspruit, en hier val die soeklig veral op die beslissings in *CA* en *BS* (sien ook oor lg. Neethling 2016a:798 e.v.; Neethling en Potgieter 2017).

As vertrekpunt is die volgende *dictum* van regter Kollapen in *BS* (parr. 1–2) op beide beslissings van toepassing:

In *Wilford v Little* [144 Cal App 2d 477 (1956)] ... the simple but profound observation was made that “an infant is afraid of nothing and in danger of everything when left to his own devices” ... This accurate characterisation of children has continued to provide challenges to legal systems across the world in how children are to be best protected against their own curiosity and vulnerability when they simply act as children.

Dit is die oogmerk van hierdie bydrae om die vermelde twee uitsprake te ontleed en die betrokke regsbeginsels duidelik uiteen te sit.

2. Feite en pleitstukke

In *CA* is 'n twee-en-'n-halfjarige dogtertjie (*CA1*) ontdek waar sy in die swembad op die perseel van die verweerders (*GS* en *LS*) gedryf het. Haar ouers, *CA* en *MA*, in sowel hul persoonlike as verteenwoordigende hoedanighede, stel 'n deliktuele eis vir skadevergoeding van amper R63 miljoen teen die verweerders in vir die beserings wat *CA1* na bewering as gevolg van die ongeluk opgedoen het. Die eisers beweer dat die verweerders nalatig was omdat hulle versuim het om redelike stappe te doen ten einde te verseker dat die swembad behoorlik omhein of andersins beveilig was, of om te verseker dat die swembad se hek toe of voldoende beveilig was, of om voorsienbare skade aan persone op hulle eiendom, veral klein kinders, te voorkom terwyl hulle sodanige benadeling deur die uitoefening van behoorlike sorg kon voorkom het (parr. 1–4). Die verweerders ontken dat hulle nalatig was en voer aan dat *CA1* se beserings deur die uitsluitlike nalatigheid van *MA*, die kind se moeder (die tweede eiser) veroorsaak is omdat sy *CA1* na die verweerders se perseel gebring het wel wetende dat daar 'n swembad en onbeskermdde visdam is waarin *CA1* kon val; dat sy versuim het om *CA1* onder haar sorg en beheer te hou en toegelaat het dat sy sonder toesig op haar eie op die eiendom rond dwaal sonder om seker te maak dat dit veilig was (parr. 5–6). As alternatief pleit die verweerders dat indien bevind word dat hulle nalatig was, *MA*, in haar hoedanigheid as moeder en natuurlike voog van *CA1*, nalatig was op die gronde soos aangevoer, en dat die nalatigheid kousaal tot *CA1* se beserings bygedra het (par. 8). Indien wel, moet die eisers se eise verminder word in ooreenstemming met die bepalings van artikel 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 in die mate waarin dit regverdig en billik is met verwysing na *MA* se skuld met betrekking tot die skade (parr. 7–8). Om op te som: waarnemende regter Donen word versoek om te bepaal of *GS*, of *LS*, of beide, teenoor die eisers aanspreeklik is vir hul nalatigheid, en of die verhaalbare skadevergoeding verminder moet word in ooreenstemming met die persentasie van *MA* se bydraende nalatigheid (par. 14).

In *BS* het die eiser, sy vrou en hul twee dogters, die een (*B*) 'n minderjarige wat pas begin loop het, 'n sosiale besoek by hul familie (die verweerders) by hul huis afgelê. Die doel van die besoek was om biltong en droëwors op te hang en om die wild te pak en te verdeel wat die eiser en eerste verweerder die vorige dag geskiet het. Terwyl die vier volwassenes vir doeleindes hiervan in die motorhuis was, het *B* af en toe by die motorhuis in- en uitgegaan. 'n Rukkie later het die eiser se gade en die tweede verweerder die motorhuis verlaat en ooreengekom om toesig oor *B* te hou. Nadat die biltong en droëwors opgehang is, het die eiser en die eerste verweerder die motorhuis verlaat en hul gades aangetref waar hulle vlakby die visdam gesit het. Die eiser het die huis binnegegaan om sy hande te was en weer uitgegaan. Terwyl hy buite was, het hy iemand hoor skree en toe hy die huis binnestorm, was sy vrou besig om *B* uit die visdam te lig. *B* het nie 'n pols gehad of asemgehaal nie, met die gevolg dat die eiser onmiddellik begin het om kardiopulmonêre resussitasie (*KPR*) toe te pas en daarmee voort te gaan totdat hulle die hospitaal bereik en mediese personeel oorgeneem het. Hulle het daarin geslaag om *B* by te bring, maar sy het massiewe, permanente breinskade opgedoen. As gevolg daarvan kan *B* nie loop, praat of na haarself omsien nie en vereis sy volgehoue toesig en sorg.

Die eiser stel in sy hoedanigheid as vader en voog van B 'n eis om skadevergoeding teen die verweerders in. Hy steun op nalatigheid aan die kant van die verweerders, individueel en gesamentlik, in een of meer van die volgende opsigte: hul versuim om die visdam voldoende te beveilig; hul versuim om met die nodige sorg op te tree; hul versuim om die ongeluk te voorkom toe dit voorkom kon of moes gewees het; daar was geen of onvoldoende waarskuwing aan gaste oor die visdam; 'n gevaarlike situasie is op hul eiendom geskep of daar is toegelaat dat dit voortduur; daar was nie behoorlike toesig oor die minderjarige nie; gaste is nie behoorlik vergesel in die omgewing van die visdam nie; en die visdam was onwettig (parr. 13–4). Aan die ander kant beweer die verweerders dat B se ma kort voor die insident uitdruklik onderneem het om B te versorg en toesig oor haar te hou. Hulle pleit voorts dat B se ouers albei ten tye van die ongeluk teenwoordig was en dat hulle versuim om behoorlike toesig oor B uit te oefen die alleenoorsaak van die ongeluk was (parr. 15–6). Volgens regter Kollapen (par. 25) was die regsaspekte wat aandag moes geniet, of die verweerders 'n regsplig teenoor B gehad het om in die algemeen toesig oor haar te hou en spesifiek met betrekking tot die moontlike gevaar wat die visdam ingehou het; en tweedens, indien die antwoord hierop bevestigend is, of die waarskuwing aan die eiser en sy vrou oor die gevaar van die visdam redelik (voldoende) was, dan wel of meer as 'n waarskuwing van die verweerders vereis is.

3. Beslissings

3.1 Onregmatigheid

Onregmatigheid by aanspreeklikheid weens 'n late, wat in beide die onderhawige sake ter sprake kom, word tradisioneel vasgestel met verwysing na die vraag of daar volgens die *boni mores*- of redelikhedmaatstaf '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 of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 167; Neethling en Potgieter 2015:58–9, 60 e.v.; Loubser en Midgley (reds.) 2012:219–20; Van der Walt en Midgley 2005:84).

Anders as in *BS*, het die vraag of die verweerders onregmatig opgetree het, in *CA* nie in soveel woorde aandag geniet nie. Waarnemende regter Donen verwys amper in die verbygaan daarna dat die verweerders in beheer van die eiendom, en dus van die (gevaarlike) swembadarea was, dat die oop swembadhek uitdruklik onder LS se aandag gebring is (wete of kennis van die gevaar gehad het), en dat sy 'n regsplig gehad het om iets omtrent die gevaar te doen, maar versuim het om dit te doen. Daar is bevind dat GS ook GS 'n plig gehad het om die hek te beveilig: hy was die eienaar en persoon in beheer van die swembad, hy was betrokke by die gereelde onderhoud en herstel van die huis, insluitend die beveiliging van die swembadhek, en ook hy was bewus van die risiko wat die swembad ingehou het (par. 69).

In *BS* gee regter Kollapen spesifiek aandag aan die onregmatigheidsvraag en verskaf in hierdie verband 'n uiteensetting van die *boni mores*-maatstaf (parr. 26–7). Hy verwys na *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 596–7, die *locus classicus* in ons reg vir aanspreeklikheid weens 'n late waar die hof bevind het dat onregmatigheid aanwesig is in omstandighede waar die regsdoelwit van die gemeenskap 'n regsplig vereis om ander

teen nadeel te beskerm. Hy verklaar in die algemeen ook dat “[t]hese legal convictions of the community are firmly established as the criterion for wrongfulness in all cases of delict”. Indien die *boni mores*-toets op die feite in die onderhawige omstandighede toegepas word, is dit volgens regter Kollapen (par. 33) duidelik dat die gemeenskap redelikerwys van die verweerder sou verwag het om B teen moontlike skade by die visdam te beskerm. Hy verduidelik dit soos volg (par. 34):

Community and family members invite people to their homes for social functions on a regular basis and, even though a legal duty exists created by society’s reasonable expectancy that neither they nor their children will be exposed to harm or injury upon visiting the property of another upon invitation, it cannot be said that society would reasonably expect a property owner to go beyond reasonable means in order to make his or her property safe, as this would place an unfair duty on property owners and would also serve to discourage social interaction.

Gevolglik besluit die hof (par. 35) dat daar ’n regsplig op die verweerders was om stappe te doen om B teen benadeling by die visdam te beskerm. Hierdie plig is ook in ooreenstemming met artikel 28(2) van die Grondwet wat vereis dat ’n kind se beste belang deurslaggewend belangrik is by elke aangeleentheid wat die kind raak.

Terwyl regter Kollapen die aard van die regsplig van huisbewoners uiteensit in gevalle van normale sosiale omgang, is dit insiggewend om kortliks te let op *Minister of Safety and Security v Rudman* 2005 2 SA 16 (HHA) waarin appèlregter Van Heerden in ’n minderheidsuitspraak beslis het dat daar geen regsplig op die polisie rus om mense van verdrinking te red of om KPR toe te pas op amper-verdrinkte slagoffers nie (par. 63). Hier het ’n seuntjie in ’n swembad geval nadat sy stiefbroer, sonder om die kind se oppasser daarvan te verwittig, die veiligheidsnet van die swembad afgehaal en die skuifdeur wat die woonkamer met die swembad verbind, asook die konsertinaveiligheidshek voor die skuifdeur, oopgemaak het. Die polisie se hulp is ingeroep en toe ’n polisiebeampte (B) by die huis aankom, was ’n jong man (K), wat op die kind in die swembad afgekom het, besig om hom deur middel van KPR te probeer bybring. B het K versoek om eenkant toe te staan, die kind self ondersoek en hom dood verklaar. Kort daarna het ’n paramedikus op die toneel aangekom, onmiddellik met KPR voortgegaan en daarin geslaag om hom by te bring. Later is vasgestel dat die kind onomkeerbare, ernstige breinskade opgedoen het. Appèlregter Van Heerden ondersoek die vraag of daar ’n regsplig op ’n polisiebeampte in die posisie van B rus om mense van verdrinking te red of KPR op amper-verdrinkte slagoffers toe te pas. Die regter ontken dat sodanige plig bestaan, omdat daar oortuigende openbare oorwegings is wat daarteen spreek. Die primêre funksies en doeleindes van die polisie diens is om misdaad te voorkom, op te spoor en te ondersoek en die erkenning van bedoelde regsplig kan die potensiaal hê om die doeltreffende funksionering van die polisie te ontwrig en die voorsiening van substansiële bykomende opleiding en hulpbronne verg. Alhoewel die morele oortuigings van die gemeenskap kan verlang dat daar so ’n regsplig behoort te bestaan, sal die regsplig van die gemeenskap nie vereis dat B se versuim om noodbehandeling toe te pas, as onregmatig beoordeel moet word nie (par. 63). Hierdie bevinding is vatbaar vir kritiek (sien Neethling 2006:369 e.v.). Daar bestaan geen twyfel nie dat in die huidige menseregtebedeling, waar dit oor die beskerming van die fisies-psigiese integriteit gaan, die verwagtinge van die gemeenskap oor dienslewering deur die polisie sterker is as voor die era van die nuwe Grondwet. Hierdie beskouing word ook onderstreep deur die feit dat daar waarskynlik geen akademiese kommentator is wat in beginsel teen die oplegging van

bedoelde regsplig gekant sou wees nie (vgl. Neethling en Potgieter 1996:333 e.v.; Scott 1995:158; Burchell 1995:211 e.v.; Neethling en Potgieter 2015:77 vn. 262).

3.2 Nalatigheid

In CA beslis waarnemende regter Donen, na versigtige oorweging van die getuienis (parr. 15–64) en toepassing van die klassieke redelike voorsien-en-voorkombaarheidstoets vir nalatigheid soos geformuleer in *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (AD) 430 (parr. 65–6), dat 'n redelike persoon in die posisie van die verweerders sou voorsien het dat die versuim om die swembad se hek te beveilig, redelik moontlik ernstige besering aan 'n twee-en-'n-halfjarige kind kon veroorsaak. Hy verwys (par. 67) in hierdie verband onder meer na die vier faktore vermeld in *Ngubane v South African Transport Services* 1991 1 SA 756 (A) 776 (sien ook Van der Walt en Midgley 2005:179; Loubser en Midgley (reds.) 2012:125–6; Neethling en Potgieter 2015:157–60) en laat hom soos volg uit:

The four basic considerations which influence the reaction of the reasonable person in a situation posing a reasonable risk of harm to others are: (a) the degree or extent of the risk posed by the actor's conduct; (b) the gravity of the possible consequences if the risk of harm materialises; (c) the utility of the actor's conduct; (d) the burden of eliminating the risk of harm ... Consideration of the risk and gravity of consequences, and the ease with which the risk could have been eliminated, would prompt a reasonable person in the position of GS and LS to take steps to prevent such occurrence by securing the pool gate in a closed position (as GS did after the accident) with an effective mechanism.

Regter Donen bevind dan dat die verweerders beduidend nalatig was (par. 71). Hulle het as gesamentlike mededaders opgetree en is gesamentlik en afsonderlik vir dieselfde skade aanspreeklik (par. 72; sien ook Neethling en Potgieter 2015:285–6).

In die BS-saak is ook aandag gegee aan die kwessie of die verweerders in die uitvoering van hul regsplig nalatig opgetree het. In hierdie verband was die vraag of die waarskuwing wat aan die eiser en sy vrou gegee is oor die gevare verbonde aan die visdam, tesame met die feit dat die ouers geweet het van die gevaar (wat hulle erken het), voldoende was dat die verweerders kon verwag het die kind se ouers oor haar toesig sou hou, en indien wel, of daar dan ten volle aan die regsplig voldoen is wat die verweerders teenoor B gehad het (parr. 35, 46). In hierdie verband haal regter Kollapen (par. 47) die volgende *dictum* uit *Cakata v Provincial Insurance Company Ltd* 1963 2 SA 607 (D) 611–2 aan:

The fact that an adult is in charge of a child may, however, in certain cases exempt the defendant from a duty of care which would otherwise exist towards the child – the defendant being entitled to assume that the child will be duly protected by his adult, his adult guardian, and therefore is not in danger. In other words, the guardianship of an adult can never excuse the negligence of the defendant towards the child, but it may disprove the existence of any such negligence.

Regter Kollapen (parr. 38, 40, 50–2) aanvaar dat in die konteks van die besondere feite van hierdie saak daar nie van die verweerders verwag kon word om meer te doen as wat hulle reeds gedoen het nie. Die teenoorgestelde standpunt sou 'n groter sorgsaamheidsplig teenoor B op hulle geplaas het as wat van ouers verwag kon word. Gevolglik was die regter tevrede

dat die waarskuwing wat die verweerders aan die eiser en sy vrou gerig het met betrekking tot die gevaar wat die visdam vir B ingehou het, 'n redelike stap was in die uitvoering van die regsplig van die verweerders teenoor B. Die eis word derhalwe van die hand gewys.

3.3 Bydraende nalatigheid en mededaders

Die moontlike bydraende nalatigheid van MA het in die CA-saak ter sprake gekom. Die hof bevind dat 'n redelike persoon in haar posisie die moontlikheid sou voorsien het dat CA1, indien sy lank genoeg sonder toesig gelaat is om toegang tot die potensiële gevare, insluitend die swembad, op die eiendom te verkry, die swembad sou bereik en beserings sou opgedoen het. Gevolglik sou die redelike persoon ook teen dié moontlikheid gewaak het en daarom was MA bydraend nalatig (parr. 73–6).

Met betrekking tot die toepassing van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956, bevestig regter Donen dat die funksie van die hof is om die graad van MA se nalatigheid te bepaal met betrekking tot die skade wat veroorsaak is deur haar nalatigheid en dié van die verweerders. Hy vervolg (par. 81):

This must be done on the basis of comparison between the respective negligence of the several parties where there is more than one plaintiff or defendant. (See *Jones v Santam Bpk* 1965 (2) SA 542 (A) at 555C–D.) Where two or more defendants are liable, the proper approach to apportionment is first to reduce the extent of the recoverable damages in proportion with the plaintiff's negligence and then to apportion remaining damages between the defendants in accordance with their negligence. The entire process remains subject to considerations of justice and equity. (See *Harrington NO and another v Transnet Ltd t/a Metrorail and others* 2007 (2) SA 228 (C) at paragraphs 90 and 91 and the cases quoted and referred to there.)

Die hof bevind dat, aangesien geen skuld aan die kind toegeskryf kon word nie, CA en MA se eis in hul verteenwoordigende hoedanighede nie verminder staan te word nie. Hierdie standpunt is korrek, aangesien daar 'n onweerlegbare vermoede is dat kinders onder die ouderdom van sewe jaar ontoerekeningsvatbaar is (sien bv. *Weberv Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1983 1 SA 381 (A) 389; *Eskom Holdings Ltd v Hendricks* 2005 5 SA 503 (HHA) 511). Dit sluit nie alleen die aanspreeklikheid van 'n kind gebaseer op nalatigheid uit nie, maar ook dat die verweer van bydraende nalatigheid teen hom geopper mag word (sien *De Bruyn v Minister van Vervoer* 1960 3 SA 820 (O) 856–7; *Van Oudtshoorn v Northern Assurance Co Ltd* 1963 2 SA 642 (A) 647–9). Hierdie standpunt geld natuurlik nie ten aansien van kinders tussen die ouderdomme van sewe en 14 jaar nie. Hierdie kinders word weerlegbaar vermoed ontoerekeningsvatbaar te wees. Die teendeel kan derhalwe bewys word (sien bv. *Weber* 399; *Jones* 552–3; *Eskom Holdings* 511). In hierdie gevalle word met betrekking tot sowel nalatigheid as bydraende nalatigheid eers getoets of die kind ryp genoeg is om ten aansien van die betrokke situasie tussen reg en verkeerd te kan onderskei en sy optrede dienoreenkomstig te kan inrig. Sodoende kan beoordeel word of die kind as toerekeningsvatbaar geag kan word sodat “an old head [is not] placed on young shoulders”. Indien bevind word dat die kind wel *culpa capax* is, word die gewone redelikepersoonstoets vir nalatigheid op die kind toegepas (sien *Weber* 399–400; *Eskom Holdings* 511–2; Loubser en Midgley (reds.) 2012:135; Neethling en Potgieter 2015:146–8).

Die volgende voorbeeld kan ter toeligting dien: 'n Tienjarige is herhaaldelik deur sy ouers verbied om alleen, sonder toesig, in 'n gevaarlike gronddam op bure se plot te gaan swem. Desnieteenstaande doen hy dit tog, verdrink amper en doen ernstige breinskade op. Indien die ouers namens die kind 'n eis vir skadevergoeding teen die nalatige buureienaar van die dam instel, behoort die kind se bydraende nalatigheid, waar bevind word dat hy wel ten opsigte van die situasie toerekeningsvatbaar was, tot 'n vermindering van sy eis te lei. Hierbenewens kan die kind en die buureienaar ingevolge artikel 2(1B) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding as mededaders teenoor die ouers geag word indien hulle 'n eis om skadevergoeding instel. Die ouers kan in beginsel enige van die mededaders aanspreek en die een wat betaal het, het dan 'n regresreg teen die ander. In die praktyk sal die ouers waarskynlik eerder die buureienaar as hul kind aanspreek (Neethling en Potgieter 2015:291).

Om nou terug te keer na die CA-saak. In die mate waarin CA in sy persoonlike hoedanigheid skade kon gely het weens die verweerders en MA se nalatigheid, kan nie gesê word dat hy op enige wyse vir sy eie skade verantwoordelik was en dat sy vrou se nalatigheid teen hom gehou kan word nie. Die regter (par. 83) beroep hom in hierdie verband op *Union Government (Minister of Railways) v Lee* 1927 AD 202, waar die laastegeleentheidsreël nog gegeld het. Hierdie reël is deur artikel 2(1B) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding afgeskaf (sien Neethling en Potgieter 2015:180, 290). Desnietemin huldig die meeste beslissings lank reeds die standpunt dat verweerders (hier GS en LS) nie op vermindering van skadevergoeding ingevolge artikel 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding aanspraak kan maak nie, eenvoudig omdat die eiser (CA) geen “skuld met betrekking tot die skade” (soos die artikel vereis) het nie en die ander gade (MA) se medewerkende skuld hom nie toegerekend kan word nie (sien bv. *Van Schalkwyk v Fölscher* 1974 4 SA 967 (NK) 968–9; *Grové v Ellis* 1977 3 SA 388 (K) 389–90; *Labuschagne v Cloete* 1987 3 SA 638 (T) 645–7; sien ook Neethling en Potgieter 2015:288). Hoe ook al, wat gades wat binne gemeenskap van goed getroud is, betref, het die 1971-wysiging van die wet, vervat in artikel 2(1A), 'n verandering meegebring in die sin dat die verweerders en 'n gade ook nou as mededaders teenoor die ander gade beskou word (soos in die geval van gades wat buite gemeenskap van goed getroud is) (Neethling en Potgieter 2015:288–9). *In casu* kan GS, LS en MA dus as mededaders teenoor CA beskou word.

Sover dit MA se bydraende nalatigheid aangaan, beslis regter Donen dat haar nalatigheid minder weeg as die gemiddeld van die twee verweerders se blaamwaardigheid. Die hof beslis dat MA se optrede om CA1 vir twee tot drie minute alleen te laat, 30% afgewyk het van die norm van die *bonus paterfamilias*, terwyl die verweerders se versuim 60% daarvan afgewyk het. Gevolglik behoort MA en die verweerders se verantwoordelikheid vir die skade onderskeidelik op die grondslag van 1 tot 2, of een derde tot twee derdes, bereken te word (sien *Jones* 555; Neethling en Potgieter 2015:176–7). Die hof ag dit regverdig en billik om die skadevergoeding waarop MA geregtig is, met een derde te verminder in die lig van haar graad van skuld met betrekking tot die skade wat aan CA1 veroorsaak is (par. 83).

3.4 Feitelike kousaliteit

Regter Donen pas in CA die sogenaamde “common sense”-benadering tot feitelike kousaliteit toe soos geformuleer in *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) (sien ook Neethling en Potgieter 2015:193–4) en bevind dat sowel die verweerders as MA die gewraakte gevolg veroorsaak het (parr. 79–80).

4. Kommentaar

Ons stem saam met die uitkoms van beide beslissings, maar het die volgende kommentaar. In *CA* kon waarnemende regter Donen onregmatigheid as 'n selfstandige delikselement geïdentifiseer en dit duideliker van nalatigheid onderskei het. Wat onregmatigheid betref, is dit geïnteressante dat beheer oor 'n gevaarlike (of potensieel gevaarlike) voorwerp 'n faktor kan wees by die bepaling of daar, ooreenkomstig die *boni mores*, 'n regsplig op die persoon in beheer gerus het om te voorkom dat iemand in die betrokke situasie beseer word (sien bv. *Holm v Sonland Ontwikkeling (Mpumalanga) (Edms.) Bpk* 2010 6 SA 342 (GNP) 347–8; *Butise v City of Johannesburg* 2011 6 SA 196 (GSJ) 202; Neethling en Potgieter 2015:65–8). 'n Ander faktor wat op so 'n plig dui, is dat die verweerders bewus was van die moontlikheid van skade, of dit voorsien het, omdat hulle van die gevaarlike situasie geweet het (vgl. ook *Za v Smith* 2015 4 SA 574 (HHA) 586; Neethling en Potgieter 2015:68). Beide hierdie faktore het 'n belangrike rol in sowel die *CA*- as die *BS*-saak gespeel by die bevinding dat daar 'n regsplig op die verweerders gerus het om skade aan die kind te voorkom. In albei sake was hul optrede gevolglik onregmatig.

Deur na te laat om onregmatigheid uitdruklik as 'n delikselement uit te lig, het regter Donen in *CA*, anders as regter Kollapen in *BS*, versuim om duidelik genoeg tussen onregmatigheid en nalatigheid te onderskei (par. 69). Hierdie onderskeid kan met verwysing na aanspreeklikheid vir 'n late geïllustreer word. By 'n late het onregmatigheid net te make met die regsplig om skade te voorkom (soos bepaal deur die *boni mores*) en nie met die stappe wat 'n redelike persoon sou gedoen het om die regsplig uit te oefen (soos regter Donen dit gesien het) nie. Laasgenoemde kwessie het duidelik met nalatigheid te make en kom net na vore wanneer die regsplig om positief op te tree, vasgestel is (sien Neethling en Potgieter 2015:172; Neethling 2016a:805). Wanneer 'n mens hierdie benadering op die *CA*-saak toepas, is dit duidelik dat daar 'n regsplig op die verweerders gerus het om die kind te beskerm en dat hulle hul regsplig verbreek het en dus onregmatig opgetree het toe die kind in die swembad beland het en beseer is. Bowendien, omdat hulle nagelaat het om behoorlike stappe te doen om die swembad se hek te beveilig, het hulle nie opgetree soos wat 'n redelike persoon in die omstandighede sou gedoen het nie en was hulle daarom ook nalatig. Toegepas op die *BS*-saak, is dit eweneens duidelik dat daar 'n regsplig op die verweerders gerus het om B te beskerm en dat hulle hul regsplig verbreek en dus onregmatig opgetree het toe B in die visdam beland het en ernstig beseer is. Omdat hulle egter die redelike stap gedoen het om B se ouers te waarsku en aangeneem het dat hulle (die ouers) toesig oor B sou hou, het hulle soos 'n redelike persoon in die omstandighede opgetree en daarom nie nalatig gehandel nie.

Betreffende bydraende nalatigheid en mededaders, is die kernprobleem hoe skadevergoeding tussen 'n bydraend nalatige eiser en mededaders verdeel moet word. Twee benaderings kan in ons reg bespeur word. Regter Donen verwys in *CA* net na die benadering in *Harrington* (251 e.v., 256) waarin die sogenaamde eenheidsbenadering (*unity approach*) gevolg is. Dit behels dat die eiser se bydraende nalatigheid gemeet moet word teen die gesamentlike blaamwaardigheid van die mededaders, beskou as 'n eenheid (“the totality of the tortious conduct of the wrongdoers”). Dit beteken egter nie dat hierdie beginsel altyd in ons reg toegepas word nie. In *Santam Insurance Co Ltd v Vorster* 1973 4 SA 764 (A) is beslis dat elke mededader se nalatigheid (blamwaardigheid) vir doeleindes van verdeling afsonderlik bepaal moet word. Hierdie benadering blyk ook uit die *Jones*-saak 555 waar appèlregter Williams verklaar:

It is on the basis of comparison between the respective degrees of negligence of the two parties (*or several parties if there be more than one claimant or defendant*) that the Court can determine in how far the fault or negligence of *each combined with the other* to bring about the damage in issue. (Ons kursivering)

Met die toepassing van die eenheidsbenadering in *Harrington* kan nie fout gevind word nie, aangesien die twee mededaders as 't ware ineengevleg was omdat die verweerders sowel middellik as direk vir dieselfde skade aanspreeklik was en daarom vir doeleindes van verdeling as 'n eenheid geag kon word. Eweneens was dit in die CA-saak waarskynlik nie nodig om die nalatighedsgraad van elkeen van die verweerders afsonderlik te bepaal nie en kon die eenheidsbenadering goedsikks toegepas word. Nietemin wonder 'n mens of die benadering in *Vorster*, waar elke mededader se nalatigheid afsonderlik bepaal is, nie in die algemeen tog 'n billiker resultaat sal oplewer as die ietwat meganiese eenheidsbenadering nie (sien Neethling en Potgieter 2015:180–1; Neethling en Potgieter 2008:354 e.v.). In *Harrington* 256 word dan ook verklaar dat “the entire process remains subject to considerations of justice and equity” en dat hierdie oorwegings toepaslik raak veral “when the number of the wrongdoers involved or the nature of the conduct in question, would, on a mechanistic application of the formula, give rise to inequitable results”.

5. Slotsom

Uit die twee tragiese sake onder bespreking is dit duidelik dat daar van die eienaar of bewoner van 'n perseel waarop daar 'n gevaarlike toestand soos 'n swembad of visdam is, verwag word om die besoekende ouers van klein kinders van die gevaar in te lig, tensy die ouers op 'n ander wyse reeds daarvan kennis dra. Indien 'n gevaar ooglopend, voor die hand liggend en maklik is om te vermy, sal dit voldoende wees om die bewoner van sy plig vry te stel. Waar die eienaar of bewoner nalaat om die gevaar voldoende onder die aandag van die ouers te bring en 'n kind as gevolg van die gevaartoestand beseer word, kan die eienaar of bewoner in beginsel deliktueel aangespreek word.

Desnietemin rus die primêre verantwoordelikheid vir die veiligheid van kinders op hul ouers. Dit is hul plig om toe te sien dat hul kinders nie alleen rondwaal op persele waar gevare skuil nie, al is dit net vir 'n baie kort tydjie, soos in sowel *BS* as *CA* gebeur het. Dit sou sosiaal onaanvaarbaar wees as ouers die verantwoordelikheid om na hul kinders om te sien, op die bewoner van die eiendom kon afskuif, veral waar die ouers van die gevaar geweet het. Waar die bewoner of eienaar (of enigiemand anders) egter die verantwoordelikheid om na die kind om te sien (uitdruklik of stilswyend) aanvaar het, kan die ouers van hul sorgsaamheidsplig vrygestel word.

In ons reg is dit duidelik dat indien ouers weens onsoorgvuldigheid of selfs onverskilligheid (growwe nalatigheid) nie behoorlik na hul kinders omsien nie, waardeur die kinders aan amper-verdrinking (en ernstige beserings soos permanente breinskade) blootgestel word, die beseerde kinders, as gevolg van die noue verwantskap tussen ouers en kinders, waarskynlik geen deliksaksie teen hul ouers het nie. Aksies tussen ouers en kinders word om etiese redes met omsigtigheid bejeën. Sover bekend, het 'n kind nog nooit in ons reg met 'n deliktuele eis teen sy of haar ouer geslaag nie (sien Neethling en Potgieter 1992:483; Neethling 2016b:546–7). Hoe ook al, waar die kind se skade deur sowel die ouers as die eienaar of bewoner se

nalatigheid veroorsaak word, behoort hulle as mededaders teenoor die kind beskou te word en behoort die normale reëls met betrekking tot mededaders van toepassing te wees (vgl. Neethling en Potgieter 2015:291).

Hierteenoor kan die ouers of die kind, bygestaan deur sy of haar ouers, slaag met 'n delikseis teen die eienaar of bewoner van die gevaarlike perseel wat deur sy nalatigheid skade aan die kind veroorsaak het – vanselfsprekend mits aan alle deliktsvereistes voldoen is. Wat die ouers se eis betref vir skade wat hulle gely het, sal die kind en die eienaar as mededaders beskou word indien die kind toerekeningsvatbaar was en deur sy eie nalatigheid die skade saam met die nalatige eienaar of bewoner veroorsaak het. Hierbenewens kan die bydraende nalatigheid van die ouers, asook dié van 'n toerekeningsvatbare kind, 'n rol speel om die omvang van die skadevergoeding wat die eienaar of bewoner moet betaal, te verminder.

(Die voorgaande uiteensetting is ook in ooreenstemming met die benadering in verskeie Westerse regstelsels: sien Neethling 2016a:805–6.)

Bibliografie

Burchell, J.M. 1995. The role of the police: public protector or criminal investigator? *South African Law Journal*, 112(2):211–6.

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

Neethling, J. 2006. Afwysing van 'n regsplig op polisiebeamptes om die reg op die fisies-psigiese integriteit en sekerheid van die persoon buiteom misdaadsituasies te beskerm: die hoop beskaam. *Obiter*, 27(2):369–78.

—. 2016a. Delictual liability for an omission: the tragic fishpond incident. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 4:798–806.

—. 2016b. The Constitutional Court affirms the potential existence of an action for wrongful suffering as a result of disability (wrongful life) in South African law. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 79(4):533–50.

Neethling, J. en J.M. Potgieter. 1992. Aquiliese aksie van 'n kind vir mediese koste weens persoonlike beserings. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 55(3):480–4.

—. 1996. Regsplig van polisie om suiwer ekonomiese verlies te voorkom. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 59(2):333–9.

—. 2008. Mededaders en bydraende nalatigheid aan die kant van die eiser. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 2:354–8.

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

—. 2017. The law of delict. *2015 Annual Survey of South African Law*. Claremont: Juta.

Scott, T.J. 1995. Die regsplig by 'n late en die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies, *De Jure*, 27(1):158–64.

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

Eindnota

¹Prof JM Potgieter erken met dank die finansiële bystand van die *College Research and Innovation Committee (CRIC)* van die Regskollege van die Universiteit van Suid-Afrika om navorsing in Cambridge, Engeland te doen en stel die *CRIC* vry van enige verantwoordelikheid vir die menings en gevolgtrekkings in hierdie bydrae vervat.