

# Vonnisbespreking: Bemoeiing met 'n uitsluitende kontraktuele verhouding getroef deur vrye mededinging

Johann Neethling en Johan Potgieter

---

Johann Neethling, Departement Privaatreg, Universiteit van die Vrystaat  
Johan Potgieter, Departement Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika<sup>1</sup>

---

## *Abstract*

### **Interference with an exclusive contractual relationship trumped by free competition**

In this contribution four recently reported *Masstores* decisions are discussed: *Pick n Pay Retailers (Pty) Ltd v Liberty Group Ltd* 2015 4 SA 241 (GP); *Masstores (Pty) Ltd v Pick n Pay Retailers (Pty) Ltd* 2016 2 SA 586 (SCA); *Shoprite Checkers (Pty) Ltd v Masstores (Pty) Ltd* [2016] 3 All SA 926 (ECG); and *Masstores (Pty) Ltd v Pick n Pay Retailers (Pty) Ltd* 2017 1 SA 613 (CC). In all these cases it was alleged that Masstores committed a delict by interfering with the exclusive contractual relationship between a supermarket (Pick n Pay or Shoprite Checkers) and the owner or lessor of a shopping centre in terms of which the supermarket had the exclusive right to sell groceries in the shopping centre. In the first three cases an interdict was granted against Masstores to prohibit it from trading as a general food store in its Game store in the centre. In the last case the Constitutional Court came to the opposite conclusion. The aim of this discussion is to examine these four decisions in order to obtain clarity about the relevant legal principles and their application. The outcome is as follows:

In the first instance, in the courts below it was held that interference with said contractual relationship by a third party which resulted in a contracting party not obtaining the performance to which it was entitled, was wrongful. However, the Constitutional Court decided that such exclusive agreements are not protected against third-party interference in our law because it restricts free competition. But this does not mean that in other cases where such exclusive clauses do not exist, the interference by a third party preventing a contracting party from realising its performance may not be regarded as actionable, especially where the interference took place in an unreasonable manner, for example where malice or abuse of rights are present.

Secondly, the courts below accepted mistakenly that intent is a requirement for an actionable interference with a contractual relationship with regard to both an interdict and the Aquilian action. The Constitutional Court correctly held (by implication) that fault (including intent) is not a requirement for an interdict. As regards intent as a form of fault for the Aquilian action in these cases, there are fortunately already indications that the Supreme Court of Appeal is willing to accept negligence as a sufficient form of fault.

Thirdly, the traditional test for wrongfulness, namely the *boni mores* or reasonableness criterion, was consistently applied in the cases under discussion. This also applies to the Constitutional Court, where Froneman J was nevertheless prepared to use a special concretisation of the *boni mores* test, namely the competition principle. This first recognition of the competition principle in our law by our highest court is a milestone in the development of unlawful competition as an independent delictual cause of action.

Both *Shoprite* (ECG) and the Constitutional Court referred to the new test for wrongfulness – the reasonableness of holding the actor liable – alongside the traditional *boni mores* test. Such references may indicate an attempt to reconcile the two tests. However, the Constitutional Court remarked that the fact that the wrongfulness enquiry ultimately involves questions as to the reasonableness of imposing liability does not necessarily assist in determining when it is reasonable to do so. As a matter of fact, for Froneman J the reasonableness of holding a person liable is determined with reference to the *boni mores* criterion, as concretised in the competition principle. In light of this, it could be asked whether it has any value at all to involve the new test in the wrongfulness enquiry. It happens all too often that courts simply apply the *boni mores* test whilst paying mere lip-service to the new test.

Fourthly, the Constitutional Court emphasised that although wrongfulness and fault are two independent delictual requirements, the degree or intensity of fault or fault-related factors such as malice or the knowledge that damage may be caused, can play a part in the wrongfulness inquiry. Intent in its technical sense can, however, not be involved here.

The outcome of the series of *Masstores* decisions is that the Constitutional Court carefully investigated aspects of the interference with a contractual relationship as delictual cause of action and made it clear that exclusive agreements between a supermarket and the owner or lessor of a shopping centre will not be protected against competitors. These exclusive agreements are thus trumped by free competition, which is regarded as the “lifeblood of commerce” (*Taylor & Horne (Pty) Ltd v Dentall (Pty) Ltd* 1991 1 SA 412 (A) 421–2) and is thus desirable in both a social and economic sense. Accordingly free competition is rightly emphasised by the courts as an important public policy consideration in order to ascertain the lawfulness or otherwise of competition (Neethling 2008:1–2).

**Keywords:** abuse of right; Aquilian action; *boni mores*; competition; competition principle; delict; deprivation of interest; *dolus eventualis*; exclusive contractual clauses; fault; fault-related elements; free competition; goodwill; inducement; intent; interdict; interference with contractual relationship; knowledge; legal convictions of the community; legal duty; malice; motive; negligence; performance competition; policy considerations; reasonableness criterion; reasonableness of liability; subjective right; unlawful competition; usurpation of rights; wrongfulness

**Trefwoorde:** aanstigting; Aquiliese aksie; beleidsoorwegings; bemoeiing met kontraktuele verhouding; *boni mores*; delik; *dolus eventualis*; interdik; mededinging; mededingingsprinsiep; misbruik van reg; motief; nalatigheid; onregmatigheid; onregmatige mededinging; ontneming van belang; opset; prestasiemededinging; redelikheid van aanspreeklikheid; redelikhedmaatstaf; regsoortuigings van die gemeenskap; regsplig; skuld; skuldverwante elemente; subjektiewe reg; toe-eiening van regte; uitsluitende kontraksbedinge; vrye mededinging; werfkrag; wete

## 1. Inleiding

Gedurende die afgelope drie jaar was daar minstens vier gerapporteerde sake waarin beweer is dat Masstores 'n delik gepleeg het deur bemoeiing met die uitsluitende ooreenkoms tussen 'n voedselkleinhandelaar (Pick n Pay of Shoprite Checkers) en die eienaar of verhuurder van 'n winkelsentrum ingevolge waarvan die voedselhandelaar die eksklusiewe reg gehad het om voedsel in die sentrum te verkoop (*Pick n Pay Retailers (Pty) Ltd v Liberty Group Ltd* 2015 4 SA 241 (GP); *Masstores (Pty) Ltd v Pick n Pay Retailers (Pty) Ltd* 2016 2 SA 586 (HHA); *Shoprite Checkers (Pty) Ltd v Masstores (Pty) Ltd* [2016] 3 All SA 926 (OKG); en *Masstores (Pty) Ltd v Pick n Pay Retailers (Pty) Ltd* 2017 1 SA 613 (KH)). In die eerste drie sake is 'n interdik teen Masstores toegestaan om hom te verbied om as 'n algemene voedselsupermark in sy Game-winkel in die sentrum handel te dryf. In die laaste saak het die Konstitusionele Hof egter tot die teenoorgestelde slotsom gekom. Die oogmerk met hierdie bespreking is om vermelde vier beslissings onder die loep te neem ten einde duidelikheid oor die tersaaklike regsbeginnels en die toepassing daarvan te kry. Ons bespreek die sake *seriatim*.

## 2. *Pick n Pay v Liberty Group* (GP)

In hierdie saak het Liberty (die eerste respondent) en die tweede respondent 'n gedeelte van sy Liberty Midlands Mall (Pietermaritzburg) winkelsentrum aan Pick n Pay, 'n supermarkkettinggroep (die applikant) verhuur. Kragtens die huurkontrak sou Liberty nie 'n ander supermark of voedselwinkel toelaat om in die sentrum handel te dryf nie ('n uitsluitingsooreenkoms). Pick n Pay voer aan dat Masstores (die vierde respondent), deur Game FoodCo, wat beoog het om voedsel in die bestaande Game-winkel te verkoop, in die sentrum toe te laat, van Game 'n supermark sou maak. Dit sou in stryd wees met die uitsluitende ooreenkoms en onregmatige bemoeiing deur Masstores met Pick n Pay se kontraktuele verhouding met Liberty daarstel. Dienooreenkomstig doen Pick n Pay aansoek om 'n tydelike interdik teen Masstores wat sodanige bemoeiing met die uitsluitende ooreenkoms verbied – 'n deliktuele skuldoorsaak – en die ander respondente (wat verbreking van die huurkontrak daarstel – 'n kontraktuele remedie). Vir ons doeleindes is slegs die deliktuele skuldoorsaak relevant.

Die applikant moet volgens regter Fourie die volgende vereistes vir 'n tussentydse interdik aantoon: 'n *prima facie* reg (alhoewel vatbaar vir 'n mate van twyfel); 'n deeglik gegronde verwagting van onherstelbare skade indien die interimregshulp nie toegestaan word nie en die uiteindelijke regshulp tog verleen word; dat die oorwig van gerief ten gunste van die verlening van 'n interim-interdik is; en dat die applikant geen ander bevredigende remedie het nie (par.

6; sien ook *LF Boshoff Investments (Pty) Ltd v Cape Town Municipality* 1969 2 SA 256 (K) 267; Neethling en Potgieter 2015:276 vn. 333). Hierna sit die hof die betrokke skuldoorsaak soos volg uiteen (par. 12):

Interference with a contractual relationship is present where a third party's conduct is such that a contracting party does not obtain the performance to which he is entitled *ex contractu*, or where a contracting party's contractual obligations are increased (Neethling, Potgieter & Visser *The Law of Delict* 6 ed (LexisNexis 2010) at 306 [sien nou Neethling en Potgieter 2015:330). The learned authors also point out (at 307 fn 263 [sien nou Neethling en Potgieter 2015:330 vn. 270]) that an inducement and a breach of contract are not prerequisites for a successful action for the unlawful and intentional interference by a third party in another party's contractual relationship. I shall therefore accept, for purposes of this application, that unlawfulness, intentional interference and harm are requisites for this delict (par. 12).

Regter Fourie beslis dat deur 'n FoodCo in hierdie omstandighede in te bring, ten minste 'n poging uitmaak om onregmatig en opsetlik met die kontraktuele verhouding tussen Pick n Pay en die tweede respondent in te meng. Bemoeiing van hierdie aard, indien dit toegelaat word om voort te duur, sal waarskynlik die uitwerking hê dat Pick n Pay nie die prestasie sal verkry waarop hy *ex contractu* geregtig is nie, naamlik om die voordeel van die reg op uitsluiting van mededingers te geniet. Volgens die regter sal dit voldoende wees om nadeel vir doeleindes van hierdie besondere delik daar te stel. Hy kom dus tot die gevolgtrekking dat Pick n Pay 'n *prima facie* reg vir doeleindes van 'n interim-interdik aangetoon het (par. 16). Die hof bevind ook, wat die ander vereistes vir 'n tussentydse interdik betref, dat Pick n Pay onherstelbare skade sou ly en dat daar geen ander geskikte remedie in die omstandighede beskikbaar is nie (par. 17). In die lig van hierdie bevindinge word die tydelike interdik toegestaan (parr. 21–2).

### 3. *Masstores v Pick n Pay* (HHA)

Hierdie saak is 'n appèl na die Hoogste Hof van Appèl teen die Noord-Gautengse Hooggeregshofbeslissing in *Pick n Pay Retailers (Pty) Ltd v Masstores (Pty) Ltd* 2014-09-26 saaknr. 46501/14 (GP) waarin 'n finale interdik teen Masstores verleen is om hom te verbied om 'n algemene voedselsupermark in sy Game-winkel in 'n winkelsentrum te bedryf. Appèlregter Majiedt verklaar dat dit gevestigde reg is dat 'n deliktuele aksie beskikbaar is in gevalle waar 'n buitestander 'n persoon bewustelik van sy regte ingeolge sy kontrak met 'n ander ontnem. Die buitestander se gedrag het tot gevolg dat die kontraksparty nie die prestasie waarop hy geregtig is ingeolge die kontrak verkry nie of dat die kontraksparty se verpligtinge ingeolge die kontrak verswaar word. In eersgenoemde geval het 'n mens te doen met die inbreukmaking op 'n persoonlike reg (par. 8); sien ook *Minister for Safety and Security v Scott* [2014] 3 All SA (HHA) par. 28; Neethling en Potgieter 2015:323; Neethling 2008:245; Loubser en Midgley (reds.) 2012:234–7). Die hof bevind dat, op die getuienis, Game inderdaad as 'n supermark bedryf is en derhalwe in mededinging met Pick n Pay in stryd met sy huurverpligtinge met die verhuurder, Hyprop, opgetree het (par. 18).

In antwoord op die vraag of Masstores deur sy optrede onregmatig met (die uitsluitingsklousule in) Pick n Pay se kontrak met Hyprop opgetree het, verklaar regter

Majiedt (par. 19) dat daar drie vereistes is waaraan 'n suksesvolle eis gegrond op die onregmatige inbreukmaking op 'n kontraktuele verhouding moet voldoen: 'n onregmatige handeling; wat inbreukmaking op die kontraktuele verhouding daarstel; en wat met een of ander vorm van opset (*dolus*) uitgevoer word. Wat die onregmatige handeling betref, bevind die hof dat Masstores se handeldrywing in mededinging met Pick n Pay strydig met sy kontraktuele uitsluiting, nadat hy bewus gemaak is van Pick n Pay se reg op uitsluiting, onregmatig was (par. 20).

Die regter bespreek voorts die onregmatigheidselement in meer besonderhede en verklaar (par. 21):

In the context of delictual liability wrongfulness is determined by legal and public policy considerations. Wrongfulness is determined by ascertaining whether there has been a breach of a legal duty. Conversely, it involves a determination of whether a subjective right has been infringed. This entails a determination of the objective reasonableness of the conduct of the person who acted in light of the prejudice caused to another. Objective reasonableness is determined by the general legal convictions of society, which is a value judgment.

Volgens appèlregter Majiedt het die onderhawige saak te make met die vraag of die opsetlike ontneming van 'n voordeel wat 'n kontraksparty andersins uit 'n prestasie ingevolge 'n kontrak sou gekry het, 'n aksiegrond uitmaak – 'n vraag wat volgens die regter onlangs in *Country Cloud Trading CC v MEC, Department of Infrastructure Development* 2014 2 SA 214 (HHA) bevestigend beantwoord is. Die regter verklaar dat Masstores se bewering dat dit 'n vereiste vir onregmatigheid is dat Pick n Pay moet bewys dat Masstores die bemoeiing aangestig (*induced*) het, nie opgaan nie (sien ook *Lanco Engineering CC v Aris Box Manufacturers (Pty) Ltd* 1993 4 SA 378 (D) 381–2). Alhoewel die hof in *Country Cloud Trading CC v MEC, Department of Infrastructure Development* 2015 1 SA 1 (KH) parr. 31–2 te kenne gee dat die aanstigtingsgevalle argumentshalwe *prima facie* onregmatig is, beperk die hof geensins die onderhawige skuldoorsaak tot hierdie gevalle nie, maar verklaar uitdruklik dat gevalle waar 'n “right is usurped” of daar “deprivation of a benefit” was, (*prima facie*) onregmatig is.

Teen hierdie agtergrond wys regter Majiedt daarop dat daar twee soorte deliktuele aksies in bemoeiingsake is, naamlik dié waar aanstigting voorkom en ander waar daar 'n verbreking van 'n regsplig of die inbreukmaking op 'n subjektiewe reg is. Die onderhawige saak hoort tot laasgenoemde kategorie. Hier is dit duidelik dat Masstores bewus was van Pick n Pay se reg op eksklusiwiteit, maar desnieteenstaande voortgegaan het om as supermark handel te dryf, strydig met die uitsluitingsbeding wat in sy huurkontrak vervat was en met verontagsaming van die eis om sy handeldryf as supermark te staak. Sodoende het Masstores onregmatig opgetree deur Pick n Pay te verhinder om die prestasie te verkry waarop hy ingevolge sy uitsluitingsbeding geregtig was. Die hof stem saam met die verhoorhof dat “the community’s legal convictions would not countenance such conduct” en dat onregmatigheid derhalwe vasstaan (par. 22).

Vervolgens oorweeg die hof opset en verklaar met verwysing na *Country Cloud* (KH) par. 36 dat *dolus eventualis* voldoende sal wees, wat beteken dat die subjektiewe voorsien dat bemoeiing skade sou veroorsaak, gekoppel met versoening met die voorsiene gevolge, voldoende is om so 'n eis te rugsteun. Aangesien Masstores ongetwyfeld ingelig is en daarom

geweet het dat sy bemoeiing met die kontraktuele verhouding onregmatig was, het hy duidelik met direkte opset, of ten minste met *dolus eventualis*, opgetree. Die vereistes vir die deliktuele remedie is derhalwe deur Pick n Pay bewys en die Hoogste Hof van Appèl bekragtig die beslissing van die verhoorhof dat 'n finale interdik toegestaan moet word. Masstores se appèl word dus van die hand gewys (parr. 23, 25).

#### 4. *Shoprite v Masstores* (OKG)

Hierdie saak volg in die voetspoor van die beslissing van die Hoogste Hof van Appèl in die *Masstores*-saak (sien par. 3 hier bo) asook dié van die Konstitusionele Hof in *Country Cloud* (sien Neethling en Potgieter 2017 vir 'n bespreking). Regter Lowe pas die volgende beginsels wat in appèlregter Majiedt se uitspraak uiteengesit is, noukeurig toe: Die Aquiliese aksie is beskikbaar vir die opsetlike bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding deur 'n derde party (parr. 1, 21). Aanstigting tot kontrakbreuk is nie 'n vereiste vir hierdie aksie nie; onregmatigheid kan ook bepaal word deur die vasstelling of daar 'n verbreking van 'n regsplig of inbreukmaking op 'n subjektiewe reg was. Dit behels volgens regter Lowe (par. 26) “a determination of the objective reasonableness of the conduct of the person who acted in light of the prejudice he caused to another. Objective reasonableness is determined by the central legal convictions of society, which is a value judgment.” *Dolus eventualis* is voldoende wat opset betref (par. 27). Die drie vereistes wat vir die huidige aksie gestel word, naamlik 'n onregmatige handeling; wat bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding daarstel; en wat opsetlik gepleeg word, word ook bevestig (parr. 33, 46).

Wat onregmatigheid in groter besonderheid betref, verwys regter Lowe (parr. 30 e.v.) na die Konstitusionele Hof se uitspraak in *Country Cloud* waar hierdie hof die volgende stelling in *Loureiro v Invula Quality Protection (Pty) Ltd* 2014 3 SA 394 (KH) par. 21 met goedkeuring aanhaal en waarin verklaar word dat die onregmatigheidsondersoek fokus op

the [harm-causing] conduct and goes to whether the policy and legal convictions of the community, constitutionally understood, regard it as acceptable. It is based on the duty not to cause harm – indeed to respect rights – and questions the reasonableness of imposing liability.

In *Country Cloud* (KH) parr. 22, 23 verklaar die hof voorts dat, anders as by positiewe handelinge wat nadeel aan 'n persoon of eiendom veroorsaak, die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies nie *prima facie* onregmatig is nie maar *prima facie* regmatig. Ten einde onregmatigheid te bevind, moet dit positief bevestig word. Dit het nog net in beperkte gevalle, soos die opsetlike bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding, voorgekom. Maar ook hier is die gevalle waar die handeling *prima facie* onregmatig sal wees, beperk. Dit het eerstens betrekking op 'n situasie waar 'n derde party 'n kontraksparty sonder regverdiging aanstig om sy kontrak met die ander kontraktant te verbreek (sien bv. *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd* 1981 2 SA 173 (T) 202; sien ook Neethling en Potgieter 2015:330; par. 30). Tweedens het dit ook voorgekom in sake waar die huurder van grond wat nog nie in besit daarvan gestel is nie, die Aquiliese aksie vir skadevergoeding kan instel teen 'n derde party wat die grond onregmatig beset (sien bv. *Dantex Investment Holdings (Pty) Ltd v Brenner* 1989 1 SA 390 (A); vgl. ook *Lanco Engineering CC v Aris Box Manufacturers* 1993 4 SA 378 (D)) (par. 31; sien ook Neethling

en Potgieter 2015:330 vn. 270; Loubser en Midgley (reds.) 2012:235–6). Hierdie tweede geval het volgens regter Lowe in die *Shoprite*-saak voorgekom aangesien *Shoprite* ontnem is van 'n voordeel wat hy andersins sou gehad het omdat Masstores eersgenoemde se subjektiewe reg ingepalm het deur die uitsluitende reg van Shoprite vir homself toe te eien (par. 50, 52, 53; vgl. *Country Cloud* (KH) par. 31). Volgens die hof sal die regsoortuigings van die gemeenskap nie sodanige gedrag duld nie en Masstores se gedrag word dus as *prima facie* onregmatig gebrandmerk (par. 54). Aangesien Shoprite al die vereistes vir 'n interim-interdik bewys het, word die aansoek toegestaan met 'n sterk vooruitsig op sukses in 'n aansoek om finale regshulp.

## 5. Kommentaar

Alvorens die beslissing van die Konstitusionele Hof in *Masstores v Pick n Pay* bespreek word, lewer ons die volgende kommentaar op die voorafgaande drie sake.

Eerstens is dit duidelik dat die volgende gevalle van opsetlike bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding deur die hof as gedingsvatbaar beskou word (sien Neethling en Potgieter 2015:330–1): die opsetlike aanstigting deur 'n derde wat tot gevolg het dat een van die kontrakspartye kontrakbreuk pleeg (sien bv. *Country Cloud* (CC) en *Shoprite*); waar die derde party so optree dat 'n kontraksparty nie die prestasie verkry waarop hy *ex contractu* geregtig is nie, maar sonder dat kontrakbreuk plaasvind of dat die gewraakte optrede op aanstigting neerkom (sien bv. *Country Cloud* (HHA) en *Masstores* (HHA)). In hierdie verband is die oënskynlik kasuïstiese (Engelsregtelike) benadering van die Konstitusionele Hof in *Country Cloud* se poging om die eiser se eis binne hierdie twee erkende kategorieë in te pas, kommerwekkend. Die gevestigde generaliserende benadering van ons deliktereg waar algemene beginsels van deliktuele aanspreeklikheid toepassing vind, moes verkieslik ook in hierdie saak gevolg gewees het (sien Neethling en Potgieter 2015:4–5, 332–4). Dit blyk duidelik uit ander gevalle van bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding wat ook al in ons reg erkenning geniet, naamlik waar daar wel van 'n aanstigtingshandeling sprake is, maar die aanstigting tot die regmatige beëindiging van die kontrak lei en nie tot kontrakbreuk nie (bv. *Atlas* en *Lanco*); en waar 'n derde party so optree dat 'n kontraksparty se kontraktuele verpligtinge verswaar word (bv. waar iemand se regtens-erkende kontraktuele onderhoudspilig verswaar word: vgl. Loubser en Midgley (reds.) 2012:234; Neethling en Potgieter 2015:302–3; in *AB Ventures Ltd v Siemens Ltd* 2011 4 SA 614 (HHA) 618–9 het die hof ook te make gehad met die nalatige bemoeiing deur die verweerder met 'n kontraktuele verhouding tussen die eiser en 'n derde party as gevolg waarvan die eiser se kontraktuele verpligtinge teenoor die derde party verswaar is (sien Neethling en Potgieter 2012:114–5).

Tweedens is dit gevestigde reg dat skuld, hetsy in die vorm van opset of nalatigheid, nie 'n vereiste vir die interdik is nie; onregmatigheid is voldoende. Aangesien die interdik daarop gerig is om te verhinder dat onregmatig gehandel word en nie om gedane onregmatigheid te vergeld nie, het dit slegs 'n voorkomingsfunksie (en geen vergoedingsfunksie nie) en is daar dus geen rede waarom skuld aan die kant van die dader 'n vereiste vir die verlening van 'n interdik sou wees nie. Skuld word dan ook tereg nie in die gemenerereg of veelal in die regspraak in hierdie verband as vereiste gestel nie (sien bv. *Hawker v Life Offices Association of South Africa* 1987 3 SA 777 (K) 780; *Aruba Construction (Pty) Ltd v Aruba Holdings*

(Pty) Ltd 2003 2 SA 135 (K) 175; Van der Walt en Midgley 2005:213; Neethling 2008:85; Neethling en Potgieter 2015:275). Dit was dus verkeerd om in die beslissings onder bespreking *dolus*, selfs in die vorm van *dolus eventualis*, as 'n voorwaarde vir die toestaan van 'n interdik te stel.

Derdens, alhoewel opset feitlik altyd as 'n vereiste vir 'n ageerbare bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding as 'n deliksaksie gestel word (*Union Government v Ocean Accident and Guarantee Corporation Ltd* 1956 1 SA 577 (A); sien Neethling en Potgieter 2015:331–3; Loubser en Midgley (reds.) 2012:235–7), is daar aanduidings dat nalatigheid nou as voldoende skuldvorm aanvaar word (*Minister for Safety and Security v Scott* [2014] 3 All SA 306 (HHA) parr. 31–2, 36; Neethling en Potgieter 2014:762–71; in *Dantex* 395 was die hof nog huiwerig om hom hieroor uit te spreek). In *Scott* was appèlregter Theron (par. 31), in navolging van die voorstel van Neethling en Potgieter (sien *Law of Delict*, 6de uitgawe, 2010:308–9; vgl. Neethling en Potgieter 2015:333), gewillig om ondersoek in te stel na die gedingsvatbaarheid van beweerde nalatige bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding. Die outeurs verklaar naamlik dat die benadering in *Union Government* te beperkend is en tot nalatige bemoeiing uitgebrei behoort te word:

In our opinion, however, any negligent conduct by a third party which causes the infringement of a contractual personal right or the increase of a contractual obligation ought, in principle, to found the Aquilian action. The fear of unlimited liability may be allayed by the correct application of all the elements of a delict.

Nieteenstaande appèlregter Theron se positiewe ingesteldheid teenoor die aangeleentheid, vind appèlregter Majiedt dit in *Masstores* (HHA) (par. 19 vn. 17) onnodig om tot die debat toe te tree. Miskien was hy onbewus van die *Scott*-saak, aangesien hy nie daarna verwys nie – dalk omdat hy die verouderde 5de 2006-uitgawe van Neethling, Potgieter en Visser *The Law of Delict* gebruik het en nie die huidige 7de 2015-uitgawe van die boek waarin *Scott* bespreek word nie ((Neethling en Potgieter 2015:323–7). Dit is jammer dat dit voorkom of die Hoogste van Appèl nie altyd oor die jongste uitgawe van 'n beskikbare handboek beskik of dit gebruik nie.

Vierdens bevestig die Hoogste Hof van Appèl in *Masstores* (asook die Hooggeregshof in *Pick n Pay* (GP)) die tradisionele benadering tot onregmatigheid sonder enige verwysing na die nuwe toets soos dit in *Le Roux v Dey* 2011 3 SA 274 (KH) geformuleer is (sien Neethling en Potgieter 2013:808–10) en primêr te make het met die vraag of dit redelik is om die verweerder aanspreeklik te stel. Volgens *Masstores* (HHA) word onregmatigheid naamlik bepaal deur ondersoek in te stel of daar 'n verbreking van 'n regsplig of 'n skending van 'n subjektiewe reg was (sien vir 'n bespreking van hierdie twee benaderings tot onregmatigheid Neethling en Potgieter 2015:49, 53 e.v., 57 e.v.). Deur onregmatigheid op hierdie wyse te beskryf, verwerp die hof by implikasie ook waarnemende regter Brand se onhoudbare stelling in *Le Roux* dat redelikheid in die konteks van onregmatigheid niks te doen het met die redelikheid van die verweerder se gedrag nie (sien hieroor Neethling en Potgieter 2015:84, 88–9). Hierbenewens maak die nuwe toets volgens woordlui in elk geval hoegenaamd nie voorsiening vir die bepaling van onregmatigheid by die interdik nie. Die nuwe toets gaan naamlik om die redelikheid daarvan om die dader aanspreeklik te stel vir vergoeding waar skuld, gewoonlik nalatigheid, veronderstel word. Hiervoor is net remedies soos die Aquiliese aksie, die *actio iniuriarum* en die aksie weens pyn en lyding geskik. Soos reeds gestel, het die interdik net 'n voorkomingsfunksie en nie 'n vergoedingsfunksie nie en daarom word skuld



nie as vereiste daarvoor gestel nie. Hieruit blyk dat die onregmatigheidsbeoordeling deur middel van die nuwe onregmatigheidstoets glad nie die onregmatigheidsvraag by die interdik kan hanteer nie. Om hierdie rede pas die howe konsekwent die *boni mores* of redelikheidskriterium toe ten einde onregmatigheid vir doeleindes van die interdik te bepaal (sien o.a. die sake wat hier bo bespreek word; Neethling en Potgieter 2015:86–7).

In *Shoprite* (OKG) versoen regter Lowe oënskynlik die nuwe toets vir onregmatigheid en die tradisionele toets van die regsdoelwit van die gemeenskap. Hierdie versoenende benadering tot die twee toetse het sterk na vore getree in *South African Hang and Paragliding Association v Bewick* 2015 3 SA 449 (HHA) parr. 5–6 (sien Neethling 2015:810 e.v.) en is ook meermale in die Konstitusionele Hof vermeld (sien bv. *Loureiro* 410; *Country Cloud* (KH) par. 21; *H v Fetal Assessment Centre* 2015 2 SA 193 (KH) 216; *Oppelt v Department of Health, Western Cape* 2016 1 SA 325 (KH) 343–4). Die versoening word vergemaklik omdat albei toetse die klem primêr op dieselfde beleidsoorwegings plaas (sien *Bewick* parr.5–6) en daarom waarskynlik dieselfde resultaat sal lewer. Dit beteken egter nie dat die besware teen die nuwe toets ook verdwyn nie. Daarom word aan die hand gedoen dat die howe, ten einde onregmatigheid te bepaal – en aangenome dat al die ander elemente vir deliktuele aanspreeklikheid teenwoordig is – in eerste instansie met verwysing na die *boni mores*, deur ’n afweging van die botsende belange van die partye, ’n waardeoordeel moet vel wat alle relevante beleidsoorwegings of faktore omvat. Sodoende kan vasgestel word of daar by suiwer ekonomiese verlies wat by bemoeiing met ’n kontraktuele verhouding ter sprake kom (sien Neethling en Potgieter 2015:333), ’n regsplig was om nadeel te voorkom. Indien hierdie oorwegings dit regverdig, moet die hof bevind dat daar wel ’n regsplig aanwesig was en dat die skadeveroorsoekende verbreking daarvan onregmatig is. Mits alle ander delikselemente voorts ook bewys word, sal dit redelik wees om die verweerder aanspreeklik te stel.

Hierdie benadering stem ooreen met die volgende verklaring in *Country Cloud* (HHA) 222:

Decisions ... demonstrate the clear recognition by different members of this court that wrongfulness in the context of delictual liability for pure economic loss is ultimately dependent on an evaluation based on considerations of legal and public policy. The inquiry is thus: do these policy considerations require that harm causing conduct should be declared wrongful *and consequently* render the defendant liable for the loss, or do they require that harm should remain where it fell, ie with the plaintiff? (Ons kursivering; 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.)

So gesien, is die gevolgtrekking dat dit redelik is om die verweerder aanspreeklik te hou, die gevolg van die besluit dat ’n delik gepleeg is en nie die gevolg van die toepassing van die toets vir onregmatigheid nie (Neethling en Potgieter 2015:85).

Hoe ook al, in *Shoprite* (OKG) kom dit voor of regter Lowe uiteindelik slegs die tradisionele onregmatigheidstoets toepas deur te bevind dat die regsdoelwit van die gemeenskap nie die gedrag van Masstores sal duld nie (par. 55). Hierdie benadering, waardeur in effek hoogstens lippediens aan die nuwe toets bewys word, kom dikwels in die uitsprake van ons howe voor (Neethling en Potgieter 2015:87–9).

In die vyfde plek neem die Hoogste van Appèl in *Masstores* tereg in ag dat Masstores bewus gemaak is en dus geweet het dat hy strydig met Pick n Pay se uitsluitende ooreenkoms handel. Die dader se wete dat sy gedrag skade vir die slagoffer kan veroorsaak, is 'n baie belangrike en soms deurslaggewende beleidsoorweging of faktor ten einde te bepaal of die dader 'n regsplig gehad het om suiwer ekonomiese verlies te voorkom (sien bv. *BOE Bank Ltd v Ries* 2002 2 SA 39 (HHA) 49; sien verder Neethling en Potgieter 2015:309, 326–7; vgl. ook *ibid.* 68 m.b.t. die regsplig by 'n late).

Laastens moet daarop gewys word dat bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding in die huidige konteks ook 'n vorm van onregmatige, indirekte inbreukmaking op die werfkrag van 'n mededinger uitmaak en daarom onregmatige mededinging daarstel (sien bv. *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Guano (Pty) Ltd* 1981 2 SA 173 (T) 202; *Genwest Batteries (Pty) Ltd v Van der Heyden* 1991 1 SA 727 (T); *Aetiology Today CC t/a Somerset Schools v VanAswegen* 1992 1 SA 807 (W) 820; *Woodlands Dairy (Pty) Ltd v Parmalat SA (Pty) Ltd* 2002 2 SA 268 (OK) 279; *Aruba Construction (Pty) Ltd v Aruba Holdings (Pty) Ltd* 2003 2 SA 155 (K) 175; sien verder Neethling 2008:245–9; Neethling en Potgieter 2015:340).

Dit bring 'n mens juis by die beslissing van die Konstitusionele Hof in *Masstores*.

## 6. *Masstores v Pick n Pay* (KH)

“I am not the first nor will I be the last to lament upon the difficulty of determining the dividing line between lawful and unlawful interference with the trade of another ...” (*Altas*-saak 186). So begin regter Froneman sy uitspraak in die Konstitusionele Hof. Volgens hom (par. 3) kom aanstigting tot kontrakbreuk, wat 'n erkende vorm van delik is, nie *in casu* ter sprake nie waar die kern van die dispuut – in die aansoek om 'n finale interdik – is of die bemoeiing deur Masstores met Pick n Pay se uitsluitende huurooreenkoms met Hyprop (eienaar van die winkelkompleks) deliktueel gedingsvatbaar is. Die vereistes vir die finale interdik is volgens die hof (par. 8) 'n duidelike reg (*a clear right*); werklike of redelikerwys te verwagte skade; en die afwesigheid van 'n toereikende alternatiewe remedie.

Masstores beweer dat die Hoogste Hof van Appèl die beslissing in *Country Cloud* (KH) verkeerd geïnterpreteer het. Hierteenoor voer Pick n Pay aan dat sy eis vierkant binne die tweede kategorie van bemoeiing val wat in *Country Cloud* (KH) erken word, en dat onregmatigheid daarom nie positief bewys hoef te word nie, maar dat dit vermoed kan word (anders gestel, dat die bemoeiing *prima facie* onregmatig is). Nietemin word voorts geargumenteer dat selfs sonder sodanige vermoede Masstores se optrede onregmatig is (sien par. 11).

Hierop verklaar regter Froneman (par. 12):

The issues that arise from this are:

- (a) Whether Pick n Pay's claim falls within the alleged recognition in *Country Cloud* of a second category of delictual interference with contractual relations (narrow delictual enquiry).

(b) If it does not, a further issue may arise, namely whether Masstores's conduct, whilst not falling into the established categories of the delict of unlawful interference with contractual relations, nevertheless was actionable on an extended or analogous application of the principles of the delict of unlawful competition (extended unlawful competition enquiry).

Wat eersgenoemde betref, is die hof krities oor drie stellings wat in *Masstores* (HHA) met betrekking tot die beslissing in *Country Cloud* (KH) gemaak is. Die eerste (parr. 16–8) is dat die Konstitusionele Hof se verwysing na *usurpation of rights* wat in *Lanco* voorgekom het, aan die voorbeelde van *deprivation of interests* gelykgestel kan word. Dit het volgens regter Froneman nie gebeur nie, aangesien *Country Cloud* (KH) glad nie die frase *deprivation of interest* gebruik nie. Hy vervolg: “Whatever the merits of a pure ‘deprivation’ case may be, this Court’s decision in *Country Cloud* cannot serve as authority that it is a case where wrongfulness does not need to be established positively but can be presumed.”

Die tweede stelling (parr. 20–1) is dat *Country Cloud* (KH) beslis het dat daar twee soorte deliktuele aksies in bemoeiingsake is, naamlik dié waar aanstigting voorkom en ander waar daar ’n verbreking van ’n regsplig of die inbreukmaking op ’n subjektiewe reg is. Hieruit kan volgens regter Froneman moontlik afgelei word dat by aanstigtingsgevalle sodanige pligsverbreking of regskenning nie deel van die onregmatigheidsvraag is nie, en dit sou ongelukkig en verkeerd wees. Bedoelde stelling is nie in *Country Cloud* (KH) gemaak nie. Dié hof verwys na aanstigtingsgevalle wat argumentshalwe *prima facie* onregmatig kan wees, maar verwys vroeër na die stelling in *Loureiro* (par. 21) dat die onregmatigheidsvraag “(is) based on the duty not to cause harm – indeed to respect rights – and questions the reasonableness of imposing liability”. Regter Froneman (par. 21) beklemtoon dat ons deliktereg op algemene beginsels van aanspreeklikheid geskoei is en nie op afsonderlike, selfstandige delikte (*torts*) nie. Dit geld ook die verskillende vorme van onregmatige mededinging waar die reg op die werfkrag te pas kom en aanstigtingsgevalle geen uitsondering is nie. Aanstigting sonder nadeel of die aantasting van die reg op werfkrag sal gewoonlik nie onregmatig wees nie.

Die derde stelling (parr. 22–3) is dat omdat *Country Cloud* (KH) *dolus eventualis* as ’n geskikte vorm van skuld in bemoeiingsake erken, die aanwesigheid daarvan voldoende sal wees om ’n gedingsvatbare delik aan die kant van Masstores daar te stel. Nietemin gaan die hof volgens regter Froneman in *Country Cloud* (KH) (parr. 39–40) verder en is, in die voetspoor van *Roux v Hattingh* 2012 6 SA 428 (HHA), van mening dat die intensiteit van skuld, soos waar die optrede opsetlik geskied of waar ander skuldverwante elemente (soos die motief om skade te veroorsaak, of die wete dat dit ernstige gevolge kan inhou) aanwesig is – maar nie nalatigheid nie (sien ook *Cape Empowerment Trust Limited v Fisher Hoffman Sithole* 2013 5 SA 183 (HHA) 191–3) – by die onregmatigheidsvraag relevant kan wees. Soos by herhaling reeds aangedui, kan dit ten ene male egter nie opset in regstegniese sin, wat onregmatigheidsbewussyn insluit, wees wat hier ter sprake kom nie (sien Neethling en Potgieter 2015:46–7; Neethling en Potgieter 2014:252–3). Weliswaar kan die feit dat ’n persoon sy wil gerig het op die veroorsaking van ’n nadelige gevolg (die ander been van opset naas onregmatigheidsbewussyn), net soos ’n kwaadwillige motief relevant wees by die bevinding dat hy onregmatig opgetree het, maar dan het ’n mens nie met opset in regstegniese sin te make nie (Neethling en Potgieter 2014:252). Dus, vir sover dit duidelik is dat opset as bepalende faktor vir onregmatigheid nie in sy regstegniese sin gebruik word nie, is sodanige gebruik aanvaarbaar.

Regter Froneman (par. 24) vat die voorgaande bespreking soos volg saam:

So, in summary, this Court's judgment in *Country Cloud* is no authority for the proposition that the deprivation of contractual rights in delictual claims for interference with contractual relations is *prima facie* unlawful. Nor did it lay down that in inducement cases the wrongfulness enquiry need not be concerned with the duty not to cause harm or the infringement of rights. And it confirmed that the degree or intensity of fault may indeed play an important role in the wrongfulness enquiry in these kinds of claims.

In die lig van die feit dat hy die drie stellings wat *Masstores* (HHA) ten aansien van die beslissing in *Country Cloud* (KH) gemaak het, weerlê het, bevind regter Froneman (par. 25) dat *Masstores* se handeldryf as 'n algemene supermark *Pick n Pay* nie ontnem het van sy reg om voort te gaan om as 'n supermark in die winkelsentrum handel te dryf nie; dit kon *Pick n Pay* wel van 'n gedeelte van sy handelsbelang ontnem het, naamlik sy reg op eksklusiwiteit, maar *Masstores* het nie daardie eksklusiwiteit vir homself toegeëien (*usurped*) nie – “[i]t claims no entitlement to exclusivity”. Gevolglik het *Pick n Pay* nie onregmatigheid op grond van bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding deur *Masstores* bewys nie.

Die vraag is egter of *Masstores* hom nie aan 'n uitgebreide vorm van die delik van onregmatige mededinging skuldig gemaak het nie (par. 27–9)); en hier (par. 30) moet die algemene beginsels van Aquiliese aanspreeklikheid toegepas word, te wete of daar 'n onregmatige, skuldige handeling was wat skade (hier suiwer ekonomiese verlies) aan 'n ander veroorsaak het. Onregmatigheid word bepaal met verwysing na die skadelike gevolg en nie die handeling nie (vgl. Neethling en Potgieter 2015:36–7), en in gevalle van onregmatige mededinging word erken dat die verlies in die aantasting van die reg op die werfkrag of die regsplig om hierdie reg te respekteer, geleë is (par. 30). Alhoewel die algemene reg op die werfkrag in ons reg beskerming geniet, is dit nie hierdie reg wat *Pick n Pay* wil beskerm nie, maar sy uitsluitende reg om handel te dryf ingevolge sy huurooreenkoms met *Hyprop*. Regter Froneman vervolg (parr. 33, 36):

Our law does not usually recognise this kind of exclusive right as worthy of general protection. The reason lies in the fact that the underlying purpose of the law of unlawful competition is to protect free competition, not to undermine it by making it less free. Our courts have often acknowledged the need for protection of free competition as an important policy consideration when assessing the unlawfulness of competitive conduct by confirming the need for free and active competition or by taking into account that by prohibiting competition an unlimited monopoly will be bestowed upon the complainant ... As a general proposition then, there is no legal duty on third parties not to infringe contractually derived exclusive rights to trade. (Sien veral ook *Taylor & Horne (Pty) Ltd v Dentall (Pty) Ltd* 1991 1 SA 412 (A) 421–2, aangehaal in par. 34.)

Die vraag ontstaan nou of die omstandighede *in casu* 'n ander bevinding regverdig. Na 'n deeglike ondersoek kom regter Froneman (parr. 37–46) tot die slotsom dat analoë beredenering op grond van bestaande gesag nie 'n oortuigende saak vir die uitbreiding van die beskerming van *Pick n Pay* se uitsluitende reg uitmaak nie. Dit kan aanduidend daarvan wees dat die uitbreiding dan nie moet plaasvind nie, of miskien dat dit eerder in die algemene beginsels gesoek moet word (par. 47). Ten einde onregmatigheid vas te stel in gevalle wat nie

deur bestaande presedente gedek word nie, moet die *boni mores*- of redelikheidskriterium ingespan word. Hierdie toets is volgens hom (par. 48) onlangs verfyn deur die Hoogste Hof van Appèl met betrekking tot aangeleenthede waarby onregmatige mededinging nie betrokke was nie. Die verfyning lê uiteindelik waarskynlik in die erkenning dat die onregmatigheidsondersoek “questions the reasonableness of imposing liability”. Hierop laat regter Froneman – en dit is baie belangrik – volg: “Recognising that reality, however, does not necessarily assist in determining when it is reasonable to do so.”

Regter Froneman (par. 49) vervolg dat, omdat die *boni mores* of redelikheidskriterium op sigself egter dikwels te vaag is om ’n rasonele maatstaf vir die afbakening van die reg op die werfkrag by die onregmatigheidsondersoek te verskaf, Van Heerden en Neethling (2008:128–33) aanbeveel dat die mededingingsprinsiep vir hierdie doel ingespan moet word (129, en vn. 83):

The competition principle is therefore that the competitor who delivers the best or fairest (most reasonable) performance, must achieve victory, while the one rendering the weakest (worst) performance, must suffer defeat.

Victory over a rival may be obtained in two ways: either by offering the same performance at a lower price, or by bettering performance at the same price.

Regter Froneman (par. 50) wys ook daarop dat Van Heerden en Neethling (2008:132–3) erken dat hierdie beginsel behoorlik toegepas kan word net waar die aktiwiteite van die mededingers vergelykbaar is, of anders gestel, waar hulle op gelyke voet meeding (“the playing fields are even”). Waar dit die geval is, of in die skrywers se woorde, waar daar prestasie- (meriete-) mededinging is, sal mededingende optrede deur ’n mededinger in beginsel regmatig wees. Word die mededingingsprinsiep op die feite *in casu* toegepas, word dieselfde gevolgtrekking volgens die regter (par. 51) gemaak, naamlik dat daar as algemene stelling geen regsplig op derde partye rus om nie ’n kontraktueel uitsluitende reg om handel te dryf aan te tas nie. Die onderliggende rasionaal is dieselfde: ’n uitsluitende reg om handel te dryf, maak die mededingingsterrein ongelyk.

Die vraag ontstaan (par. 52) of daar nie desnieteenstaande elders ruimte vir ’n deliktuele eis bestaan nie. Volgens die regter is dit inderdaad moontlik. Die regverdiging vir so ’n eis sal dan nie lê in die direkte inwerking op Pick n Pay se kontraktueel uitsluitende reg om handel te dryf, of in die verbreking van ’n plig om dit te respekteer nie, maar moontlik in die onredelike wyse waarop Masstores sy eie regte gebruik of uitgeoefen het. Aanspreeklikheid in hierdie tipe omstandighede is al beskryf as gegrond in kwaadwillige motief (*malice*) of as misbruik van reg (*abuse of rights*) of waar die graad van opset en ander skuldverwante elemente soos motief hoogs relevant kan wees om onregmatigheid daar te stel. Dit is egter ’n aangeleentheid wat later aandag sal moet ontvang. (Vgl. oor misbruik van reg die onlangse beslissing van die Hoogste Hof van Appèl in *Koukoudis v Abrina 1772 (Pty) Ltd 2016 5 SA 352 (HHA)*.)

Gevolgtlik slaag die appèl (par. 53). (Vir doeleindes van hierdie bespreking word nie ingegaan op regter Jafta (parr. 55 e.v.) se minderheidsuitspraak, waarin hy van mening is dat Pick n Pay se eis om ’n interdik op kontrak gebaseer is en waarmee regter Froneman tereg kortte mette maak nie (parr. 9–10).)

## 7. Samevatting en gevolgtrekking

Die belangrikste gevolgtrekkings uit die sake wat hier bo bespreek is, is die volgende:

In eerste instansie erken die hofe minstens vier gevalle van bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding wat gedingsvatbaar kan wees. In die sake onder bespreking het veral die aanstigingsgevalle en die gevalle waar 'n kontraksparty nie die prestasie verkry waarop hy *ex contractu* geregtig is nie, ter sprake gekom. In die hooggeregshofe en die Hoogste Hof van Appèl is aanvaar dat in laasgenoemde geval die bemoeiing deur 'n niekontraksparty met die uitsluitende ooreenkoms tussen 'n handelaar en die eienaar of verhuurder van 'n winkelsentrum onregmatig is. Die Konstitusionele Hof stem egter nie saam nie. Regter Froneman toon oortuigend aan dat sodanige uitsluitende ooreenkomste nie in ons reg as beskermenswaardig teen derdes beskou word nie, omdat dit vrye mededinging aan bande lê. Dit beteken egter nie dat in gevalle waar 'n uitsluitingsklousule nie bestaan nie, die bemoeiing deur 'n derde party wat 'n kontraksparty van sy prestasie ontnem, nie steeds as gedingsvatbaar beskou kan word nie. Dit kan veral gebeur waar die bemoeiing op 'n onredelike wyse geskied, soos waar kwaadwillige motief (*malice*) of misbruik van reg ter sprake is.

Tweedens aanvaar die hofe benede ten onregte dat opset 'n vereiste vir 'n gedingsvatbare bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding is, sowel wat die interdik as die Aquiliese aksie betref. Die Konstitusionele Hof neem tereg (by implikasie) aan dat skuld (inbegrepe opset) nie 'n vereiste vir die interdik is nie. Wat opset as skuldvorm vir die Aquiliese aksie in hierdie gevalle betref, is daar gelukkig reeds aanduidings dat die Hoogste Hof van Appèl gewillig is om nalatigheid as voldoende skuldvorm te aanvaar.

Derdens word die tradisionele toets vir onregmatigheid, naamlik die *boni mores*- of redelikheidskriterium, deurgaans in die sake onder bespreking toegepas. Dit geld ook die Konstitusionele Hof, waar regter Froneman nietemin bereid is om 'n besondere konkretisering van die *boni mores*-toets, naamlik die mededingingsprinsiep, aan te wend. Hierdie eerste erkenning van die mededingingsprinsiep deur ons hoogste hof stel 'n mylpaal daar in die ontwikkeling van onregmatige mededinging as selfstandige deliktuele skuldoorsaak.

In sowel *Shoprite* (OKG) as die Konstitusionele Hof word naas die tradisionele *boni mores*-toets, ook na die nuwe toets vir onregmatigheid – die redelikheid om die dader aanspreeklik te stel – verwys. Sodanige verwysings kan op 'n poging dui om die twee toetse te versoen. Die feit dat die onregmatigheidsondersoek uiteindelik ook te make het met die vraag na die redelikheid om die verweerder aanspreeklik te stel, help egter nie noodwendig om te bepaal wanneer dit redelik sal wees nie. Trouens, vir regter Froneman word die redelikheid om 'n persoon aanspreeklik te stel, bepaal met verwysing na die *boni mores*-maatstaf, soos gekonkretiseer in die mededingingsprinsiep. In die lig hiervan kan gevra word of dit dan enige nut het om die nuwe toets by die onregmatigheidsvraag te betrek. Dit gebeur maar alte dikwels dat die hofe eenvoudig die *boni mores*-toets toepas en bloot lippediens aan die nuwe toets bewys.

Vierdens beklemtoon die Konstitusionele Hof dat alhoewel onregmatigheid en skuld twee selfstandige deliksvereistes is, die graad of intensiteit van skuld of skuldverwante faktore

soos kwaadwillige motief of die wete dat nadeel veroorsaak kan word, 'n rol kan speel by die onregmatigheidsvraag. Opset in regstegniese sin kan egter nie hier ter sprake wees nie.

Die uiteinde van die reeks *Masstores*-beslissings is dat die Konstitusionele Hof aspekte van die bemoeiing met 'n kontraktuele verhouding as deliktuele eisorsaak grondig onder die loep geneem het en dit duidelik gemaak het dat uitsluitende (*exclusive*) ooreenkomste tussen 'n supermark en die eienaar of verhuurder van 'n winkelkompleks nie teen mededingers beskerm word nie. Hierdie uitsluitende ooreenkomste word dus getroef deur vrye mededinging, wat beskou word as die *lifeblood of commerce* (Taylor 421–2) en in sowel sosiale as ekonomiese sin wenslik is. Vrye mededinging word daarom tereg deur die houe beklemtoon as 'n belangrike openbarebeleidsoorweging ten einde die regmatigheid al dan nie van mededinging te bepaal (Neethling 2008:1–2).

## Bibliografie

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

Neethling, J. 2008. *Van Heerden-Neethling Unlawful competition*. 2de uitgawe. Durban: LexisNexis.

—. 2015. Aanspreeklikheid weens 'n late: Versoening tussen die tradisionele en nuwe toets vir deliktuele onregmatigheid, of nie? *LitNet Akademies*, 12(3):810–22.

Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2012. Borderline between the law of contract and the law of delict. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 75(1):107–16.

—. 2013. The law of delict. *2011 Annual Survey of South African Law*, ble. 747–847. Claremont: Juta.

—. 2014. Wrongfulness and delictual liability for rugby injuries: *Roux v Hattingh* (SCA). *South African Law Journal*, 131(2):244–53.

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

—. 2016. The law of delict. *2014 Annual Survey of South African Law*, ble. 762–71. Claremont: Juta.

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

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

## Eindnota

<sup>1</sup> Prof 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.