Aantekening: Die deliktuele klas- of groepaksie in Suid-Afrika

Johann Neethling

Johann Neethling, Departement Privaatreg, Universiteit van die Vrystaat

Abstract

The delictual class or group action in South Africa

This note deals with the function and requirements of the class action, specifically in the field of the law of delict. In this regard the only and therefore most important case on this topic, *Nkala v Harmony Gold Mining Company Ltd* 2016 5 SA 240 (GJ), will naturally receive particular attention. A class action may be instituted only after certification by a court. For purposes of certification the court must be convinced that the action will serve justice, and here the following factors, which are not absolute requirements and also do not constitute a *numerus clausus,* may be considered: an identifiable class, an actionable (delictual) cause of action, common factual and legal issues, the class action as the most appropriate procedural mechanism, and the suitability of the class representative. The delictual cause of action can be based on the common law or the Bill of Rights. In *Nkala* there was no doubt concerning the delictual basis of the class action, as damages could be claimed with the *actio legis Aquiliae* and compensation with the action for pain and suffering. The recognition of the delictual class action in the present circumstances, and especially the development of the common law concerning the transmissibility (heritability) of the action for pain and suffering before *litis contestatio* had been reached, can be supported because it is in conformity with the legal convictions of the community, reflects the spirit, purport and objects of the Bill of Rights, and because justice will be served by it.

However, one is hesitant to support the court's decision that the common law should be developed to provide for the active and passive transmissibility of the action for pain and suffering before *litis contestatio*, in general and in all cases. The approach of Windell J in her dissenting minority judgment can be approved that the development of the common law is according to the facts *in casu* justified only with regard to class actions. Therefore, excluding class actions, the *status quo* should be retained with regard to all other cases actionable under the action for pain and suffering. The possible far-reaching implications of the common law with

regard to transmissibility by the majority of the court have not been adequately investigated. It is accordingly submitted that an investigation should be conducted by the South African Law Reform Commission as to the merit or otherwise of the majority judgment in *Nkala*, and recommendations are made in this regard.

Keywords: action for pain and suffering; Bill of Rights; certification; class action; delict; heritability; *litis contestatio*; *Nkala* decision; requirements; transmissibility

Trefwoorde: aksie weens pyn en lyding; delik; Handves van Regte; klasaksie; *litis contestatio*; *Nkala*-beslissing; oordraagbaarheid; oorerflikheid; sertifisering; vereistes

1. Inleiding

Die oogmerk of doel van hierdie bydrae is om perspektief te gee op die sogenaamde klasaksie (wat in ons reg nog grootliks in sy kinderskoene is) om aan te dui wat die funksie en vereistes daarvoor spesifiek op die gebied van die deliktereg is, en om terselfdertyd die enigste en daarom belangrikste beslissing op hierdie gebied, te wete *Nkala v Harmony Gold Mining Company Ltd* 2016 5 SA 240 (GJ), onder die loep te neem.

In ons reg het die klasaksie sy oorsprong in artikel 38(c) van die Handves van Regte in die Grondwet. Dié artikel bepaal soos volg:

> Iemand in hierdie artikel genoem, het die reg om ’n bevoegde hof te nader en aan te voer dat daar op ’n reg in die Handves van Regte inbreuk gemaak is of dat so ’n inbreukmaking dreig, en die hof kan gepaste regshulp verleen, met inbegrip van ’n verklaring van regte. Die persone wat ’n hof kan nader, is – (c) iemand wat as ’n lid van, of in die belang van, ’n groep of klas persone optree.

Die artikel maak dit duidelik dat daar op ’n reg in die Handves inbreuk gemaak moet word of dat dit dreigend is. Dit sou beteken, wat die deliktereg betref, dat byvoorbeeld die onregmatige, skuldige veroorsaking van dieselfde suiwer ekonomiese verlies aan ’n groep persone, wat nie met die aantasting van ’n fundamentele reg te make het nie, nie ’n klasaksie kan fundeer nie (vgl. Neethling en Potgieter 2015:22 vn. 170, 312 e.v.). In *Children’s Resource Centre Trust v Pioneer Food (Pty) Ltd* 2013 2 SA 213 (HHA) par. 21 het die hof egter die basis van klasaksies verbreed en beslis dat die aksies ook ingestel mag word vir gemeenregtelike eise en nie net vir eise gegrond op die Handves van Regte nie (sien ook Hurter 2013:114−6).

Appèlregter Wallis verklaar:

> In my judgment it would be irrational for the court to sanction a class action in cases where a constitutional right is invoked, but to deny it in equally appropriate circumstances, merely because of the claimants’ inability to point to the infringement of a right protected under the Bill of Rights. The procedural requirements that will be determined in relation to the one type of case can equally easily be applied in the other. Class actions are a particularly appropriate way in which to vindicate some types of constitutional rights, but they are equally useful in the context of mass personal injury cases or consumer litigation.

Hiervolgens kan byvoorbeeld die aksie weens pyn en lyding (Neethling en Potgieter 2015:16−7; Loubser en Midgley 2017:515−8; Van der Walt en Midgley 2016:15−6) en die aksie vir strikte produkte-aanspreeklikheid ingevolge artikel 61 van die Consumer Protection Act 68 van 2008 (Neethling en Potgieter 2015:1410−1; Loubser en Midgley 2017:565−75) as klasaksie ingespan word.

Alvorens ’n klasaksie ingestel kan word, moet ’n aansoek om sertifisering van die aksie voor die hof gebring word. Dit geld ook waar die aksie oor die aantasting van ’n fundamentele reg handel (sien *Nkala* par. 38; vgl. *Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape v Ngxuza* 2001 4 SA 1184 (HHA); Hurter 2016:111). By die beoordeling of die klasaksie gesertifiseer kan word, word in *Pioneer Food* par. 26 aanvaar dat dit in belang van geregtigheid is dat aan die volgende vereistes, wat oorvleuel met die vereistes gestel in *Ngxuza* par. 16, voldoen moet word (sien ook Brickhill e.a. 2016:156; vgl. Neethling 2016:571):

i. Daar moet ’n klas bestaan wat met voldoende presiesheid gedefinieer kan word dat ’n bepaalde persoon se deelname aan die groep objektief vasgestel kan word deur sy of haar situasie in die lig van die definisie te ondersoek.
ii. Die eisoorsaak (sien hieroor Potgieter e.a. 2012:157 e.v.; Neethling en Potgieter 2015:242−3) moet gedingsvatbaar wees.
iii. Die geskilpunte, sowel regs- as feitelike kwessies, moet gemeen wees by alle lede van die klas sodat dit passend in een aksie tuisgebring kan word.
iv. Die regshulp wat aangevra of skadevergoeding wat geëis word, moet van dieselfde eisoorsaak vloei en bepaalbaar wees.
v. Indien die eis vir skadevergoeding is, moet daar ’n geskikte prosedure wees om die vergoeding aan lede van die klas toe te ken.
vi. Die voorgestelde verteenwoordiger van die klas moet nie ’n belangebotsing met die klas of enige lid daarvan hê nie en moet oor die nodige bekwaamheid beskik om die litigasie namens die klas te behartig.
vii. ’n Klasaksie moet die geskikste middel wees om die eise van die verskillende klaslede te hanteer.

Weens besorgdheid oor die moontlikheid dat hierdie vereistes verhef kon word “to the rigid level of prerequisites” wat, indien hulle streng toegepas sou word, tot ernstige ongeregtigheid sou kon lei, het die Konstitusionele Hof in *Mukaddam v Pioneer Foods (Pty) Ltd* 2013 5 SA 89 (KH) parr. 35−7 beslis dat hulle as niks anders as relevante faktore beskou moet word wat in ag geneem kan word ten einde te bepaal of ’n klasaksie geregistreer moet word al dan nie (vgl. Hurter 2016:111; Neethling en Potgieter 2016:745−6; Brickhill e.a. 2016:155). Daarom kan ’n hof ook ander faktore as dié wat in *Pioneer Food* vermeld word, in ag neem (Mostert 2016:1042). Waarskynlik as gevolg van hierdie beslissing het die hof in *Nkala* parr. 25, 30, 31, 32, 40 e.v. net vyf van die sewe vereistes wat die Hoogste Hof van Appèl in *Pioneer Food* hier bo gestel het, as faktore oorweeg ten einde tot ’n beslissing oor die registreerbaarheid van die betrokke klasaksie te kom. Hulle is naamlik ’n identifiseerbare klas, die bestaan van ’n eisoorsaak, die aanwesigheid van gemene feite- en regsgeskilpunte, die klasaksie as die geskikste middel om die geskille op te los, en die geskiktheid van die verteenwoordiger (sien Hurter 2016:111−2; Neethling en Potgieter 2016:746−7; Mostert 2016:1041−2). Die toepassing van hierdie faktore in *Nkala* sal hier onder (par. 2.2) in besonderhede behandel

word. Aangesien hierdie gewysde, sover bekend, die enigste en daarom belangrikste saak is wat oor die deliktuele klasaksie handel, sal dit vervolgens uiteraard meer aandag geniet. (Sien vir besprekings Scott 2017:27−38; Hurter 2016:110−4; Brickhill e.a. 2016:155−9; Mostert 2016:1038−45; Neethling en Potgieter 2016:744−52; Neethling e.a. 2019:130.)

2. *Nkala v Harmony Gold Mining Company Ltd* 2016 5 SA 240 (GJ)

2.1 Feite

In *Nkala* het die applikante aansoek gedoen om die sertifisering van ’n enkele klasaksie teen ’n aantal mynmaatskappye namens huidige en gewese ondergrondse mynwerkers wat silikose (’n longsiekte veroorsaak deur silikastof) of pulmonale tuberkulose (TB of tering) opgedoen het, asook ten behoewe van die afhanklikes van mynwerkers wat dood is aan hierdie siektes wat hulle opgedoen het terwyl hulle werknemers was in die goudmyne wat sedert 1995 aan die mynmaatskappye behoort het. Die omvangrykheid en grootte van die eise was ongehoord in Suid-Afrika en die hof wys daarop dat die klasaksie, indien dit sou voortgaan, nuwe en komplekse feite- en regskwessies sou meebring (parr. 5−6; vgl. Scott 2017:27−8; Brickhill e.a. 2016:157). Daar word geskat dat tussen 17 000 en 500 000 mynwerkers as klaslede kon kwalifiseer, wat dit die grootste klasaksie in Suid-Afrika se geskiedenis sou maak (Mostert 2016:1039).

Adjunk-regter-president Mojapelo en regter Vally J (par. 35) verklaar dat ’n klasaksie kan voortgaan slegs indien dit deur ’n hof gesertifiseer word as die geskikste wyse om die dispuut tussen die gewaande lede van die klas en die verweerders op te los. Sertifisering is noodsaaklik om die hof tevrede te stel dat die klasaksie aan sekere voorwaardes voldoen wat die belading van die verweerders en die hof regverdig; asook om die vermeende lede van die klas te bind aan ’n beslissing wat al die dispute tussen die partye, of sommige daarvan, finaal opklaar (par. 36). Sertifisering is dus ’n voorvereiste vir die instel van ’n klasaksie (Scott 2017:28). Hierbenewens beslis die hof dat enige skikking na sertifisering van die klasaksie ondergeskik is aan die hof se goedkeuring sodat die hof kan verseker dat dit billik, redelik en voldoende is om die belange van die klas te beskerm (par. 39).

2.2 Sertifisering

Vervolgens pas die hof (parr. 40 e.v.) die sogenaamde vereistes of faktore toe waarna hier bo (par. 1) verwys is, en dui aan dat die mynwerkers primêr aansoek doen om die sertifisering van ’n enkele klasaksie wat twee aparte en onderskeie klasse omvat, naamlik ’n silikoseklas en ’n TB-klas (parr. 40, 41).

(a) Wat die eerste faktor betref, bevind die hof (parr. 42 e.v., 56) dat die klasse objektief identifiseerbaar is deur die volgende vier eenvoudige vrae aan enige mynwerker te stel: “Do you have TB or silicosis? Did you work for one or more of the mining companies? Did you work for one or more of the mining companies for two years? Did you work for the mining companies during the period set out in the notices?” (Sien ook Hurter 2016:112.)

(b) Die tweede faktor vereis die bestaan van ’n gedingsvatbare eisoorsaak. Hier bevind die hof dat dit wel die geval is, aangesien daar van ’n delikseis sprake is (Hurter 2016:26). Die gewone

elemente van ’n delik, te wete die handeling, onregmatigheid, skuld, oorsaaklikheid en nadeel, moet bewys word ten opsigte van elke vermeende lid van ’n klas (sien parr. 57−60; sien oor die delikselemente Neethling en Potgieter 2015:4; Loubser en Midgley 2017:7−8; Van der Walt en Mdgley: 2016:2−3; *Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v Advertising Standards Authority SA* 2006 1 SA 461 (HHA) 468; *MTO Forestry (Pty) Ltd v Swart NO* 2017 5 SA 76 (SCA) 82). As enige van die elemente ontbreek, is daar nie sprake van ’n delik en bygevolg geen aanspreeklikheid nie. Dit sou dus net redelik wees om die respondente aanspreeklik te stel as al die elemente van ’n delik aanwesig is (sien Ahmed 2019:257 e.v.)

Scott (2017:28) laat hom soos volg oor die deliktuele grondslag van die klasaksie uit:

> Na bewering het die respondente oor baie jare versuim om behoorlike voorsorgmaatreëls te tref om hul werkers teen silikastof te beskerm. ’n Mens kan jou goed voorstel dat die mynmaatskappye se langdurige versuim aanleiding sou kon gee tot vorderinge vir vermoënsnadeel (byvoorbeeld verlies van inkomste, mediese uitgawes, vervoerkoste en dies meer), asook vir skending van die fisies-psigiese integriteit (deur die veroorsaking van pyn en lyding, verlies aan lewensgenietinge, verkorte lewensverwagting ensovoorts).

(Sien in die algemeen oor hierdie vorme van skade of nadeel Potgieter e.a. 2012:452 e.v., 504 e.v.)

Broodryk (2017:821 e.v.) wys daarop dat in die geval van ’n klasaksie gebaseer op persoonlike beserings, elke slagoffer sy of haar skadevergoeding sal moet bewys, en dat dit die verrigtinge oneindig kan vertraag en die howe oorbelas. Gevolglik moet alternatiewe, vernuwende, praktiese en tydbesparende prosedures benut word om elke klaslid se vergoeding spoedig te kan vasstel. Die howe moet hieraan aandag gee (sien Broodryk (*ibid*.) vir voorstelle in hierdie verband).

(c) Derdens word die aanwesigheid van gemene feite- en regsgeskilpunte by lede van die klasse as faktor oorweeg. Die hof beslis dat dit wel die geval is en dat dit gevolglik in belang van geregtigheid sou wees om hulle onder een klasaksie te betrek (parr. 61−99; Brickhill e.a. 2016:158; Mostert 2016:1042). In die besonder was daar sprake van die verbreking van gemeenregtelike, statutêre en grondwetlike verpligtinge (daargestel deur die reg teen onbillike diskriminasie, die reg op menswaardigheid, die reg op liggaamlike integriteit, en die reg op ’n gesonde omgewing: artt. 9, 10, 12 en 24 van die Handves van Regte) deur die mynmaatskappye teenoor een en elk van die mynwerkers (par. 58; Mostert 2016:1040) wat ook met skuld (ten minste in die vorm van nalatigheid) aan die kant van die respondente gepaard gegaan het (parr. 70, 72; vgl. Scott 2017:28; Hurter 2016:112−3). Alhoewel dit, wat feitelike kousaliteit betref, volgens die hof (par. 76) moeilik sou wees om die tradisionele *conditio sine qua non*- of “but for” -toets *in casu* toe te pas, sal die soepele toepassing van hierdie toets, in navolging van die Konstitusionele Hof in *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 162, die applikante in staat stel om hierdie delikselement te bewys (sien hieroor Neethling en Potgieter 2015:193−4; Loubser en Midgley 2017:108−9; Van der Walt en Midgley 2016:280−1). Met betrekking tot die eise van die afhanklikes beslis die hof (par. 74) dat hulle dieselfde vyf elemente van die delik as die mynwerkers moet bewys, gegrond op dieselfde getuienis as wat die mynwerkers sou voorlê (Scott 2017:28). Dit geld natuurlik net vir sover die afhanklikes (erfgename) aanspraak maak op die eis vir nievermoënskade wat die mynwerkers sou kon eis indien hulle nie gesterf het nie. Wat die normale aksie van afhanklikes vir verlies van onderhoud weens die dood van ’n broodwinner betref (sien Neethling en Potgieter 2015:298 e.v.; Loubser en Midgley 2017:65−9), gaan dit oor ’n eis weens suiwer ekonomiese verlies (sien Neethling en Potgieter 2015:313 vn. 150; *Santam Bpk v Henery* 1999 3 SA 421 (HHA) 430)

en dan moet uiteraard aan die vereistes vir ’n onderhoudeis voldoen word (sien Neethling en Potgieter 2015:299; vgl. Scott 2017:33).

(d) Die hof (parr. 101−8) het geen twyfel nie dat die klasaksie die enigste realistiese opsie is waardeur die meeste van die mynwerkers hul eise teen die respondente sou kon voer. Dit is vir hulle die enigste wyse om hul konstitusionele reg op toegang tot die howe uit te oefen. Die hof (parr. 109−15) bevind gevolglik dat die klasaksie die geskikste middel sou wees om vele van die dispute wat by enige mynwerker kon opduik, te hanteer (sien ook Brickhill e.a. 2016:158). Hurter (2016:113) bevraagteken egter die hof se benadering:

> It is submitted that despite the court’s view in this regard (para 111), appropriateness or preferability of the class action as mechanism should in fact be determined in comparison to other available forms of litigation. It is traditionally determined in relation to *other procedures,* such as joinder or consolidation, etcetera. This query in essence requires a court to consider *all* reasonable means to resolve the claims, not only the possibility of individual action.

Broodryk (2019:6 e.v.) wys ook op appèlregter Wallis in *Pioneer Food* par. 29 se stelling dat wanneer ’n klas gedefinieer word, dit nie nodig is om al die lede van die klas te identifiseer nie. Indien dit wel moontlik is, ontstaan die vraag of die klasaksie dan noodsaaklik is, omdat voeging van die partye (“joinder”) ingevolge die hofreëls toelaatbaar sou wees. Die klasaksieverrigtinge kan in sodanige omstandighede dus nie die gepaste prosessuele wyse wees om aan te wend nie. Die probleem is egter dat waar die klas ’n groot aantal persone omvat, voeging omslagtig en grootliks ondoenlik kan wees, en dit kan die oogmerk van die klasaksie om toegang tot regspleging te verseker, grootliks ondermyn (sien Broodryk (*ibid*.) oor die toets en faktore wat die howe kan oorweeg ten einde te besluit of die klasaksie dan wel voeging die gepaste meganisme is in die bepaalde omstandighede sal wees).

(e) Laastens beslis die hof dat die oorlewende mynwerkers geskik is om as klasverteenwoordigers aangestel te word (parr. 126−42); dat daar geen twyfel bestaan oor die bekwaamheid en professionalisme van hul regsverteenwoordigers nie (parr. 143−6); en dat die mynmaatskappye se besware teen die fooi-ooreenkomste aangaande die regsverteenwoordigers van alle meriete ontbloot is (par. 166).

Die hof (parr. 223−4) kom tot die volgende slotsom oor die sertifisering van die klasaksie:

> The only way justice can prevail in the cases of the individual mineworkers or their dependants is if they are afforded an opportunity to pursue their claims by at least having significant parts of it determined through a class action. Further, in our judgment it is in the interests of the mining companies that the many common issues, as well as the common evidence referred to above, be dealt with in a class-action proceeding. As for the practical arrangements, we hold that these can be fully and finally determined by the trial court after pleadings have closed and all the factual and legal issues have crystallised or been identified. It is not within the power of this court to prescribe to that court how it should structure its hearings.

Die klasaksie stel die mynwerkers dus in staat om toegang tot die howe te verkry in hul soeke na geregtigheid teen ’n kragtige opponent soos die Suid-Afrikaanse mynbedryf (Mostert 2016:1044; vgl. nietemin Scott 2017:37 wat meen dat die klasaksie die mynmaatskappye

onmeetbare skade kan berokken). Soos die hof (par. 34) egter tereg uitwys, is die klasaksie nie net tot voordeel van die klaslede (eisers) as ’n sterk gedingsvoerende entiteit nie, maar ook tot voordeel van die gewoonlik kapitaalkragtige verweerders, omdat dit hulle beskerm teen ’n “multiplicity of actions” wat deur elke individuele eiser gevoer kan word. Volgens Hurter (2016:114) vergemaklik die klasaksieprosedure dus die moontlikheid om ’n balans tussen die eisers en die verweerders te handhaaf.

2.3 Oordraagbaarheid van eise weens nievermoënskade

Vervolgens vestig die hof die aandag op die oordraagbaarheid van die eise vir vergoeding van algemene skade, dit wil sê, volgens die hof (parr. 185–6) vergoeding vir nievermoënskade wat, *inter alia*, pyn en lyding en verlies van lewensgenietinge insluit, en wat in ons deliktereg met die aksie weens pyn en lyding verhaal word (Neethling en Potgieter 2015:16−7). (Let daarop dat verskeie betekenisse aan die term *algemene skade* geheg word wat tot verwarring en onsekerheid aanleiding gee. Daarom word aan die hand gedoen dat die beskrywing *algemene skade* laat vaar word. Die term is boonop so niksseggend dat dit verbasend is dat dit as bruikbaar beskou word (sien Neethling en Potgieter 2015:237; Scott 2017:29−30).) Die mynwerkers het versoek dat die hof enige eis vir sodanige vergoeding wat ’n mynwerker teen enige van die mynmaatskappye instel, of graag wil instel, oordraagbaar moet wees na sy boedel indien hy voor die sluiting van die pleitstukke (*litis contestatio)* te sterwe sou kom (parr. 176 e.v.). Sodanige versoek sou egter strydig wees met die bestaande, gevestigde regsposisie dat die aksie weens pyn en lyding slegs na *litis contestatio* sowel aktief as passief oorerflik is (sien Neethling e.a. 2019:129; Van der Walt en Midgley 2016:77–8; Neethling en Potgieter 2015:273; *Hoffa v SA Mutual Fire and General Insurance Co Ltd* 1965 2 SA 944 (K) 950, 955). Kom die eiser of die verweerder dus voor *litis contestatio* te sterwe, verval die eis (sien Scott 2017:30−4 vir ’n uiteensetting van die gemeenregtelike posisie rakende die oorerflikheid van die aksie weens pyn en lyding).

Volgens die hof is daar egter baie goeie redes waarom die gemenereg ontwikkel moet word. In eerste instansie het die gemeenregtelike reël van *litis contestatio* nie tred gehou met prosessuele vereistes nie. In Romeins-Hollandse reg, waar die reël sy oorsprong het, was die prosedure vir die bereiking van *litis contestatio* eenvoudig. Deesdae neem dit egter veel langer en kan dit ’n uitgerekte proses wees. Daar kan nooit met absolute sekerheid in enige saak gesê word dat *litis contestatio* op ’n bepaalde tydstip bereik is nie. Gevolglik is daar ’n groter waarskynlikheid dat ’n eiser kan sterf voordat die pleitstukke gesluit is (parr. 184−90). Die hof kom tot die slotsom dat die gemenereg gefaal het om oor die eeue met prosessuele ontwikkelinge tred te hou (par. 191; sien ook Mostert 2016:1043). Volgens die mynwerkers is dit juis dié gebrek aan ontwikkeling wat die potensiaal het om vir hulle en hul erfgename enorme onregtigheid te veroorsaak. Hulle beweer ook dat die gemenereg op verskeie bepalings van die Handves van Regte inbreuk maak; en om verdere ongeregtigheid te voorkom, versoek hulle dat die gemenereg so ontwikkel moet word dat hulle toegelaat word om enige eis vir nievermoënskade wat opgeloop het tot op die datum van die sertifiseringsaansoek, oor te dra na die boedel van enige mynwerker wat ná hierdie datum sterf, al is *litis contestatio* nog nie bereik nie (par. 192).

Hierna onderstreep die regters die fundamentele eienskappe van ons Romeins-Hollandse regstelsel as ’n dinamiese, vloeibare en immer veranderende sisteem ten einde tred te hou met die groeiende ingewikkeldhede van die moderne samelewing. Dit is om te verseker dat praktyke wat met tydsverloop verouderd geraak het en ongeregtigheid teweegbring, nie langer gedoog moet word nie. In hierdie verband het ons howe nie hul verantwoordelikheid ontduik

om die gemenereg te ontwikkel nie, en dit is gedoen deur kennis te neem van die steeds veranderende regsoortuigings van die gemeenskap, 'n konsep wat nou so diep in ons reg ingewortel is dat dit alle gebiede van die reg deurdring (parr. 193−8). (Hierdie benadering is onlangs ook onderstreep deur die Hoogste Hof van Appèl en die Konstitusionele Hof in *RH v DE* 2014 6 SA 436 (HHA) parr.16−8 en *DE v RH* 2015 5 SA 83 (KH) parr. 17−9 waar dit onomwonde gestel is dat die howe die gemenereg kan en moet verander ten einde die veranderende sosiale, morele en ekonomiese struktuur van die samelewing te weerspieël. Die HHA par. 17 verklaar: "[W]e cannot perpetuate legal rules that have lost their social substratum." In hierdie verband is die *boni mores* of regsoortuiging van die gemeenskap, wat uitdrukking gee aan oorwegings van regs- en publieke beleid, van besondere betekenis, veral op die gebied van die deliktereg, waar dit as basiese toets vir onregmatigheid dien (sien Neethling en Potgieter 2015:38 e.v.; sien ook *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH)167).) In *Nkala* wys die hof daarop dat wetgewing in Engeland, die VSA en Australië aantoon dat waar die reg die oordraagbaarheid van eise vir nievermoënskade pre-*litis contestatio* verbied het, dit nie die regsopvattings van die moderne gemeenskap weerspieël nie (parr. 205−9; sien nietemin Scott 2017:35−6 en Windell R par. 236 se kritiek op die hof se regsvergelykende oorsig). Die hof (par. 199) wys vervolgens (met verwysing na art. 8(3) en 39(2) van die Grondwet) op die grondwetlike imperatief wat op die howe rus om die gemenereg te ontwikkel ten einde die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte te bevorder (sien ook Mostert 2016:1044). In *Carmichele v Minister of Safety and Security (Centre for Applied Legal Studies Intervening)* 2001 4 SA (KH) 938, 953 e.v. stel die Konstitusionele Hof dit onomwonde dat waar die gemenereg afwyk van die gees, strekking en oogmerke van die handves, daar 'n algemene verpligting op die howe rus om die gemenereg te ontwikkel ten einde die afwyking te verwyder (par. 199; sien ook Neethling en Potgieter 2015:17−8).

Die mynwerkers voer aan dat die huidige gemenereg inbreuk maak op hul grondwetlike regte op gelykheid, menswaardigheid, lewe, sekerheid van die persoon (liggaamlike integriteit) en toegang tot die howe (sien ook hier bo par. 2.2 (c)). Hulle is van mening dat deur te weier om hul eise vir nievermoënskade na hul bestorwe boedels oor te dra, hul reg op liggaamlike integriteit aangetas word (art. 12 van die Grondwet). Hierdie reg word gevindiseer as hulle vergoeding in die vorm van nievermoënskade van die mynmaatskappye ontvang. Die voordeel wat hulle sodoende ontvang, word dan deur hul erfgename gedeel. Om hulle die geleentheid te ontsê om die vergoeding aan hul boedels oor te dra, ontken effektief hul reg op fisieke integriteit. In die mate waarin dit wel die geval is, wyk die gemenereg van die Grondwet af. Die feit dat hul fisieke integriteit spesifiek aangetas is, behoort nie hul reg op vergoeding *post mortem* te verhinder nie (vgl. egter Scott 2017:34−5 wat daarop wys dat die hof erfgename en afhanklikes verwar). Volgens die hof (parr. 200−2; sien ook Mostert 2016:1044) is hierdie argument besonder kragtig. 'n Sterk saak kan ook daarvoor uitgemaak word dat die gemenereg inbreuk maak op artikel 9 van die Grondwet, omdat dit arbitrêr tussen oorlewendes pre-*litis contestatio* en oorlewendes post-*litis contestatio* onderskei (Mostert 2016:1043−4; sien egter Scott 2017:33, 35 vir kritiek).

Die hof (par. 204) stel dit so:

> This distinction is discriminatory. It is a discrimination that is unfair, as well as irrational, and it is made all the more poignant when it is to a considerable extent a consequence of the legal process over which they have little control: they have minimal influence over when the stage of litis contestatio is reached. In the meantime, given the fatal character of their illnesses, some of them would have, as many mineworkers

> already have, succumbed to their illnesses. In the circumstances the legal process would have failed them by cementing the discrimination between them and their fellow claimants who were fortunate enough to have survived until the stage of litis contestatio was reached.

Adjunk-regter-president Mojapelo DJP en regter Vally J kom tot die slotsom dat die gemeenregtelike reël ernstige ongeregtigheid kan veroorsaak wat onversoenbaar met die regsoortuigings van die gemeenskap is en nie die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte weerspieël nie. Daarom is daar 'n plig op die hof om hierdie gebrek reg te stel, veral ook omdat weduwees en dogters benadeel kan word indien die nievermoënsregtelike vergoeding nie oorgedra word aan die boedels van die mynwerkers wat gesterf het voordat *litis contestatio* bereik is nie. Die gemenereg moet dus dienooreenkomstig gewysig word. Hierdie ontwikkeling moet ook geskied waar 'n verweerder of potensiële verweerder oorlede is voordat *litis contestatio* bereik is, aangesien dieselfde beginsels op hulle van toepassing is (parr. 211−6).

In haar afwykende uitspraak is regter Windell (parr. 231 e.v.) egter van mening dat hierdie ontwikkeling van die gemenereg tot klasaksies beperk moet word. Die *status quo* moet dus behoue bly met betrekking tot alle ander gevalle wat ingevolge die aksie weens pyn en lyding gedingsvatbaar is. Die meerderheid van die hof het egter nie saamgestem nie (parr. 217−9), en beslis (par. 220) dat die gemenereg soos volg ontwikkel moet word:

1. A plaintiff who had commenced suing for general damages, but who has died, whether arising from harm caused by a wrongful act or omission of a person or otherwise, and whose claim has yet to reach the stage of litis contestatio, and who would but for his/her death be entitled to maintain the action and recover the general damages in respect thereof, will be entitled to continue with such action notwithstanding his/her death; and
2. the person who would have been liable for the general damages if the death of a plaintiff had not ensued remains liable for the said general damages, notwithstanding the death of the plaintiff so harmed.
3. Such action shall be for the benefit of the estate of the person whose death had been so caused.
4. A defendant who dies while an action against him has commenced for general damages arising from harm caused by his wrongful act or omission, and whose case has yet to reach the stage of litis contestatio, remains liable for the said general damages, notwithstanding his death, and the estate of the defendant shall continue to bear the liability, despite the death of the defendant.

Kort gestel: 'n Eiser wat die aksie weens pyn en lyding vir nievermoënsregtelike vergoeding ingestel het, maar te sterwe kom voordat *litis contestatio* bereik is, is daarop geregtig om met die aksie voort te gaan en vergoeding te verhaal as hy of sy daarmee sou voortgegaan het indien hy of sy nie gesterf het nie, welke vergoeding in die bestorwe boedel val. In sodanige geval bly die verweerder (of sy boedel) aanspreeklik, selfs al sou hy te sterwe kom voordat *litis contestatio* bereik is.

In laaste instansie, wat die oordraagbaarheidskwessie betref, behandel die hof die vraag op watter tydstip van die huidige litigasie die eis van die mynwerkers vir nievermoënskade aan hul boedels oorgedra moet word. Die regters beslis (par. 222) dat hul eise inderdaad 'n aanvang

neem vanaf die datum waarop die sertifikasie-aansoek geloods is – 'n ander beslissing sou onregverdig wees en onbillike resultate oplewer (par. 222).

3. Gevolgtrekking en kommentaar

Die *Nkala*-beslissing bevestig dat 'n klasaksie op grond van delik ingestel kan word na sertifisering van die aksie deur 'n hof. Vir doeleindes van sertifisering moet die hof oortuig wees dat die aksie in belang van geregtigheid is, en hier kan die volgende faktore, wat nie absolute vereistes is en ook nie 'n *numerus clausus* daarstel nie, oorweeg word: 'n identifiseerbare klas, 'n gedingsvatbare (deliktuele) eisoorsaak, gemene feite- en regsgeskilpunte, die klasaksie as geskikste prosessuele middel, en die geskiktheid van die klasverteenwoordiger. Die deliktuele eisoorsaak kan grondwetlik (Handves van Regte) of gemeenregtelik fundeer word. *In casu* was daar geen twyfel oor die deliktuele grondslag van die klasaksie nie aangesien skadevergoeding met die *actio legis Aquiliae* en kompensasie met die aksie wees pyn en lyding verhaal sou kon word. Die erkenning van die deliktuele klasaksie in die huidige omstandighede, en veral die ontwikkeling van die gemenereg wat betref die oordraagbaarheid (oorerflikheid) van die aksie weens pyn en lyding sonder dat *litis contestatio* bereik is, verdien instemming, omdat dit in ooreenstemming met die regsoortuiging van die gemeenskap is, die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte weerspieël, en geregtigheid daardeur sou geskied (sien Neethling en Potgieter 2016:751−2). Mostert (2016:1044) verklaar ook:

> The class action certified in *Nkala* … presents a first opportunity for mining companies to be tried for their part in the effects of historic and current exploitative labour practices. It creates a possibility of holding mining companies financially liable for the exploitative labour practices under the apartheid regime, and could become a significant redistributive measure.

(Sien egter Scott 2017:30 e.v. wat baie krities oor die *Nkala*-uitspraak is, o.a. omdat gemeenregtelike reëling wat oorerflikheid betref, anders as wat die hof beslis, volgens hom nie onbillik of diskriminerend is nie, en nie fundamentele regte skend nie, en die regvergelykende oorsig onbevredigend is.)

'n Mens is egter huiwerig om die hof se beslissing te ondersteun dat die gemenereg ontwikkel moet word om voorsiening te maak vir die aktiewe en passiewe oordraagbaarheid van die aksie weens pyn en lyding voor *litis contestatio*, in die algemeen en in alle gevalle. Die benadering van regter Windell in haar afwykende minderheidsuitspraak verdien instemming dat die ontwikkeling van die gemenereg volgens die feite *in casu* net met betrekking tot die klasaksieproses geregverdig is (parr. 234, 241; sien egter Scott 2017:34). Dus, uitgesonderd klasaksies, moet die *status quo* gehandhaaf word in alle gevalle wat ingevolge die aksie weens pyn and lyding gedingsvatbaar is. Die moontlike verrykende implikasies van die ontwikkeling van die gemenereg ten opsigte van oordraagbaarheid deur die meerderheidsbeslissing is nie voldoende ondersoek nie. Daarom word aan die hand gedoen dat die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie die meriete al dan nie van die meerderheidsbeslissing in *Nkala* moet bekyk en aanbevelings in hierdie verband moet maak (sien Neethling en Potgieter 2016:752). Scott (2017:37–8) is insgelyks van mening dat dit meer gepas vir die wetgewer, eerder as die howe, sou wees om die gemenereg so radikaal te verander. Hy vereenselwig hom met regter Windell (par. 237) se benadering dat "the power of the courts to develop the common

law must be exercised in an incremental fashion as required by the facts of each particular case". In *Carmichele* 962 (sien ook *Dendy v University of Witwatersrand* 2007 5 SA 382 (HHA) 389–90; Neethling en Potgieter 2015:18, veral vn. 134) waarsku die Konstitusionele Hof ook teen "overzealous judicial reform".

Bibliografie

Ahmed, R. 2019. The historical development of the concept "reasonableness" in the law of delict. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 82(2):257−66.

Botha, N. e.a. (reds.). 2013. *Annual Survey of South African Law.* Claremont: Juta.

─. 2016. *Annual Survey of South African Law.* Claremont: Juta.

Brickhill, J., M. Bishop, M. Finn en K. Moshikaro. 2016. Constitutional law. In Botha e.a. (reds.) 2016:137−215.

Broodryk, T. 2017. Individual issues and the class-action mechanism: Determining damages in single-accident mass personal injury class actions. *South African Law Journal,* 134(4):821−46.

─. 2019. The South African class action vs group action as an appropriate procedural device. *Stellenbosch Law Review*, 30(1):6−32.

Hurter, E. 2013. Civil and constitutional procedure and jurisdiction. In Botha e.a. (reds.) 2013:102−39.

─. 2016. Civil and constitutional procedure and jurisdiction. In Botha e.a. (reds.) 2016:102−29.

Loubser, M. en R. Midgley. 2017. *The law of delict in South Africa*. 3de uitgawe. Kaapstad: Oxford University Press.

Machnikowski, P. (red.). 2016. *European product liability – an analysis of the state of the art in the era of new technologies.* Antwerpen: Intersentia.

Mostert, H. 2016. Mining law. In Botha e.a. (reds.) 2016:1008−70.

Neethling J. 2016. South Africa. In Machnikowski (red.) 2016:549−73.

Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2015. *Neethling-Potgieter-Visser deliktereg.* 7de uitgawe. Durban: LexisNexis.

─. 2016. Law of delict. In Botha e.a. (reds.) 2016:720−86.

Neethling, J., J.M. Potgieter en A. Roos. 2019. *Neethling on personality rights.* Durban: LexisNexis.

Potgieter, J.M., L. Steynberg en T.B. Floyd. 2012. *Visser & Potgieter Skadevergoedingsreg.* 3de uitgawe. Claremont: Juta.

Schlemmer, E.C. en P.H. O'Brien (reds.). 2017. *Liber amicorum JC Sonnekus.* Claremont: Juta.

Scott, T.J. 2017. Enkele gedagtes oor die onsekerheid van gevestigde gemeenregtelike reëls: Resente voorbeelde van die hof in wetgewende rol. In Schlemmer en O'Brien (reds.) 2017:21−38.

Van der Walt, J.C. en J.R. Midgley. 2016. *Principles of delict.* 4de uitgawe. Durban: LexisNexis.