

Die uitsluiting van middellike aanspreeklikheid van werkgewers in vrywaringsklousules

Karin Calitz

Karin Calitz, Departement Handelsreg, Universiteit Stellenbosch

Opsomming

In hierdie artikel word aan die hand gedoen dat vrywaringsklousules wat middellike aanspreeklikheid van 'n werkgewer uitsluit, in sekere omstandighede as teen die openbare beleid gesien kan word. Sedert 1999 het buitelandse en Suid-Afrikaanse hofe beslis dat die beleidsoorwegings van veral afskrikking van die werkgewer en 'n billike remedie vir die slagoffer onderliggend is aan die oplegging van middellike aanspreeklikheid. In die geval van opsetlike onregmatige gedrag van werknemers kan werkgewers ook aanspreeklik wees indien daar 'n voldoende noue verband tussen die onregmatige handeling en die pligte van die werknemer was. Wanneer middellike aanspreeklikheid in 'n vrywaringsklousule uitgesluit word, is die vraag of beginsels van openbare beleid wat in die deliktereg aanwending vind, ook die reëls van die kontraktereg wat bepaal wanneer 'n vrywaringsklousule gehandhaaf behoort te word, kan informeer. 'n Ontleding van uitsprake van die Konstitusionele Hof toon dat openbare beleid wat by die kontraktereg berus op billikheid, geregtigheid en redelikheid, 'n noue ooreenkoms toon met konsepte onderliggend aan openbare beleid in die deliktereg. In die lig hiervan is dit aangewese dat hofe gemeenregtelike kontraktuele beginsels met betrekking tot handhawing van vrywaringsklousules in die lig van die Grondwet ontwikkel om beleidsoorwegings onderliggend aan middellike aanspreeklikheid in te sluit. Die verhoogde risiko wat 'n werkgewer in 'n gemeenskap skep met die bedryf van 'n onderneming behoort by die ontwikkeling van sodanige reëls in ag geneem te word. Daar word verder aan die hand gedoen dat hofe gevolg moet gee aan die gemeenregtelike reël dat vrywaringsklousules eng geïnterpreteer moet word. Wyd bewoorde klousules wat middellike aanspreeklikheid vir opsetlike gedrag slegs by implikasie uitsluit, behoort ook met omsigtigheid hanteer te word deur die ware bedoeling van partye by kontraksluiting vas te stel eerder as om 'n streng *pacta sunt servanda*-benadering te volg.

Trefwoorde: afskrikking; beleidsoorwegings; *boni mores*; diensverhouding; middellike aanspreeklikheid; noueverbandtoets; opsetlike onregmatige gedrag; remedie vir slagoffers; vrywaringsklousules; Wet of Verbruikersbeskerming

Abstract

The exclusion of vicarious liability of employers in exemption clauses

May employers exclude their vicarious liability for their employees' unlawful conduct by way of exemption clauses? The established common-law rules applicable to the enforcement of exemption clauses provide that these clauses must be narrowly interpreted: in the case of *justus error*, the exemption clause will not be enforced; if there is ambiguity, the clause must be interpreted against the *proferens* and finally a clause that is against public policy will not be enforced. This article argues that in light of the development of the doctrine of vicarious liability, excluding vicarious liability in an exemption clause should in certain circumstances be regarded as against public policy.

The common-law doctrine of vicarious liability of employers was developed and extended in a watershed judgment of the Supreme Court of Canada in *Bazley v Curry*. In this case, the court extended the vicarious liability of employers by moving away from the requirement that unlawful conduct of employees must be within the scope of their employment. The court instead adopted the sufficiently close connection test which requires a close connection between the unlawful act and the duties of the employee. Employers could in terms of this test be held liable for intentional unlawful conduct by an employee which was not possible under the scope of the employment test. The risk (created by the employer by entrusting certain duties to the employee) that the unlawful conduct could take place, was held to be an important factor in establishing whether there was a sufficiently close connection to establish vicarious liability. The court acknowledged that the doctrine of vicarious liability is anchored in public policy; furthermore that the two most important public policy considerations were seen as a fair remedy for the victim and as a deterrent for employers in that employers would, to avoid possible liability, take measures to ensure that an unlawful act would not take place. The South African Constitutional Court in *K v Minister of Safety and Security* developed the doctrine of vicarious liability in light of constitutional principles and held the Minister of Police liable in terms of the close connection test for the intentional unlawful conduct of police officers.

It is submitted that given the important policy considerations of fair compensation for victims and deterrence of employers underlying the doctrine of vicarious liability, it could in certain circumstances be against the public interest and thus the *boni mores* to enforce an exemption clause that excludes vicarious liability. To establish whether this argument is valid, this article briefly discusses two Constitutional Court decisions that dealt with the enforcement of contractual clauses in which the parties argued that upholding these clauses would be against the *boni mores*. In *Barkhuizen v Napier* the court elucidated that the *boni mores* is the general sense of justice of the community, which recognises the need to do simple justice between contracting parties. This concept encompasses fairness, justice and reasonableness. In *Beadica 231 CC v Trustees for the time being of the Oregon Trust*, the Constitutional Court held that although *pacta sunt servanda* is not "a relic of the past", parties can indicate the specific instances why a specific contract is contrary to the *boni mores*. If the court then finds that the contract is so unfair, unreasonable or unjust that it is contrary to public policy, it will be held to be unenforceable. I agree with Davis J in *Mort NO v Henry Shields Chiat*. He argued that the concepts underlying *boni mores* in the law of delict are similar to the principles of good faith in the law of contract and can inform the concepts of fairness, justice and reasonableness underlying public policy in the law of contract.

Most past judgments dealing with exemption clauses excluding vicarious liability, notably *Goodman Brothers (Pty) Ltd v Rennies Group Ltd*, *Afrox Health Care v Strydom* and *First National Bank of SA Ltd v Rosenblum (Rosenblum)*, leaned towards a strict *pacta sunt servanda* approach. Some judgments, *inter alia Rosenblum*, further held that broadly phrased, all-inclusive and non-specific exemption clauses could also include intentional unlawful conduct by employees, although not specifically mentioned in the exemption clause. These judgments did not give effect to the common-law principle that exemption clauses should be narrowly interpreted. However, in *Hotels, Inns & Resorts v Underwriters at Lloyds (Hotels)* the court held that the parties' intention should be taken into account when interpreting an exemption clause and that it is untenable to hold that parties intended to conclude an exemption clause excluding liability for acts that goes to "the root of the contract".

The question of whether a broadly formulated exemption clause should be enforced in the case of theft of goods by an employee of a company to whom goods were entrusted, came to the fore in *Fujitsu Services Core (Pty) Limited v Schenker South Africa (Pty) Limited (Fujitsu)*. The exemption clause excluded damages resulting from a negligent act of "whatsoever nature" and "howsoever arising" by Schenker and its employees unless the claim arose at a time when the goods were in the actual custody of Schenker and under its actual control. The court firstly established whether Schenker was vicariously liable by applying the close connection test and held that the risk that Schenker created by giving authority to their employee forged a close connection to hold Schenker vicariously liable.

The next question was whether the exemption clause excluded Schenker's liability. The court affirmed that exemption clauses should be interpreted narrowly and further followed *Hotels* in that there cannot be reliance on an exemption clause where the contract was not being executed, except when it was the explicit intention of the parties. The court emphasised that the intention of parties should always be established, not only where there is ambiguity. The court found that the goods were not under the control of Schenker when it was stolen and for that reason the exemption clause did not cover the theftuous conduct of the employee. It is suggested that the approach in *Fujitsu*, in which the court narrowly interpreted the exemption clause and took the intention of the parties into account, is the correct approach.

The Consumer Protection Act 68 of 2008 (CPA) is relevant in this context since it protects consumers by limiting their suppliers' reliance on exemption clauses in certain circumstances. Importantly section 51(1)(c)(i) provides that suppliers or their employees may not be exempted from gross negligence or on conditions that are unfair, unreasonable or unjust. Section 49 provides that contracts that limit the risk of suppliers where the risk is unexpected must be brought to the attention of the consumer. This section does not afford broad protection, since as soon as the risk is pointed out to the consumer, the supplier is exempted. However, consumers can then still argue that the exemption clause is unfair, unreasonable or unjust in terms of section 52(3). Certain clauses excluding the risk of the supplier are further contained in a so-called grey list in the regulations to the act in that there is a presumption that such clauses are not fair and reasonable in terms of section 44(1). The list includes an exemption for injury or death of a person and clauses exempting an employer for the vicarious liability of its employee. The presumption can of course be rebutted by the supplier. Section 113 under the heading "vicarious liability" provides that if an employee is liable in terms of the CPA for conduct in the course of the employee's employment, the employee will be jointly and severally liable with their employer. This section only pertains to conduct that relates to the

CPA. The CPA thus provides only limited protection to consumers against the exclusion of vicarious liability in exemption clauses.

It is recommended that courts should, in dealing with exemption clauses excluding vicarious liability, adhere to the common-law rule that exemption clauses should be narrowly interpreted; apply the *contra proferentem* rule in broadly phrased exemption clauses; and establish the intention of parties especially where non-performance goes to the root of the contract. Further, exemption clauses not specifically excluding intentional conduct should not be interpreted to cover intentional conduct and even where intentional conduct is explicitly included in exemption clauses, courts should not automatically give effect to such clauses, but should consider whether it is against public policy to enforce such a clause. Ultimately courts should in light of the importance of policy considerations underlying vicarious liability, develop the rules of the common law of contract in terms of section 39(2) of the Constitution. These policy considerations should inform the law of contract regarding rules for the enforcement of exemption clauses which exclude vicarious liability.

Keywords: *boni mores*; close connection test; Consumer Protection Act; deterrence; employment relationship; exemption clauses; intentional unlawful conduct; policy considerations; remedy for victims; unlawful conduct; vicarious liability

1. Inleiding

Kan werkgewers hul middellike aanspreeklikheid vir die onregmatige gedrag van hul werknemers kontraktueel uitsluit? Die ontwikkeling van middellike aanspreeklikheid van werkgewers gedurende die afgelope twee dekades (wat wyer aanspreeklikheid as in die verlede meegebring het) het vroe laat ontstaan of sodanige aanspreeklikheid deur middel van vrywaringsklousules uitgesluit kan word. Die rol van beleidsoorwegings by die ontwikkeling van middellike aanspreeklikheid en die moontlike impak daarvan op die geldigheid van vrywaringsklousules wat middellike aanspreeklikheid uitsluit, word in hierdie artikel onder die loep geneem. Wyd bewoorde vrywaringsklousules wat nie spesifiek aanspreeklikheid vir die opsetlike gedrag van werknemers uitsluit nie, maar deur die houe geïnterpreteer is om dit wel te doen, word ook teen die agtergrond van die ontwikkeling en die rasionaal vir middellike aanspreeklikheid ontleed. Antwoorde op vroe wat deur hierdie kwessies geopper word, kan moontlik by die kruispunt tussen die kontrakte- en deliktereg gevind word. Die onlangse saak, *Fujitsu Services Core (Pty) Limited v Schenker South Africa (Pty) Limited (Fujitsu)*,¹ wat afwyk van vorige beslissings, bring hierdie kwessies na vore.

Die ontwikkeling van die toets vir middellike aanspreeklikheid gedurende die afgelope dekades word kortliks in die tweede afdeling bespreek, terwyl die derde afdeling die huidige posisie met betrekking tot vrywaringsklousules in die Suid-Afrikaanse reg ontleed. Aangesien houe dieselfde beginsels op vrywaringsklousules as op ander kontraktuele bedinge toepas om te bepaal of dit gehandhaaf sal word, oorweeg die vierde afdeling die omstandighede waarin kontraktuele bedinge op grond van die openbare beleid deur houe as ongeldig beskou word. Die vyfde afdeling oorweeg die impak van die openbare beleid op vrywaringsklousules wat middellike aanspreeklikheid uitsluit en fokus op gronde waarop die houe hierdie tipe klousules óf gehandhaaf, óf ongeldig verklaar het. *Fujitsu*, in welke saak die hof moes beslis of 'n wyd bewoorde vrywaringsklousule middellike aanspreeklikheid vir opsetlike gedrag uitsluit,

word in afdeling ses bespreek. In afdeling sewe word die impak van die Wet op Verbruikersbeskerming 68 van 2008 op vrywaringsklousules en middellike aanspreeklikheid bespreek, gevolg deur aanbevelings en die gevolgtrekking in afdeling agt.

2. Die ontwikkeling van middellike aanspreeklikheid

Middellike aanspreeklikheid is skuldlose aanspreeklikheid en daar bestaan verskeie teorieë vir die regverdiging van hierdie leerstuk wat indruis teen die wyd aanvaarde reël dat daar in die algemeen geen aanspreeklikheid sonder skuld sal wees nie.² Ingevolge die gemenerereg kon werkgewers tot onlangs slegs middellik aanspreeklik gehou word vir skade wat deur die onregmatige daad van hul werknemers veroorsaak is, indien sodanige handeling binne die bestek en loop van die werknemers se diensbetrekking plaasgevind het.³ Die redes vir oplegging van middellike aanspreeklikheid behels onder andere dat werkgewers van werknemers se dienste gebruik maak om hul besigheid te bedryf;⁴ dat dit 'n billike remedie vir die slagoffer verseker; dat die werkgewer afgeskrik sal word deur die oplegging van sodanige aanspreeklikheid en dan stappe sal doen om te voorkom dat so 'n handeling weer plaasvind; die groter finansiële vermoë van die werkgewer as dié van die werknemer wat die onregmatige daad gepleeg het (vir doeleindes van vergoeding vir die slagoffer);⁵ die vermoë van die werkgewer om die risiko te versprei deur pryse van produkte te verhoog en versekering uit te neem;⁶ en die risiko wat die werkgewer in die gemeenskap plaas deur sy besigheid te bedryf.⁷

Die toepassing van die reël waar skade deur blote nalatige optrede van werknemers veroorsaak is, is minder gekompliseerd. Nietemin het houe vroeër, in sake waar werknemers van hul pligte afgewyk het (die sogenaamde “deviation cases”, veral dié waar hulle in hul eie belang opgetree het), dit meestal as buite die loop en bestek van hierdie werknemers se diensbetrekking gesien. In sulke gevalle is middellike aanspreeklikheid nie opgelê nie.⁸

In 'n waterskeidingsaak is die noueverband- (of “close connection”) toets deur die Hoogste Hof van Kanada (HHK) in *Bazley v Curry (Bazley)*⁹ ontwikkel om werkgewers aanspreeklik te hou in gevalle waar daar 'n noue verband tussen die opsetlike onregmatige handeling van hul werknemer en die onderneming was. In hierdie saak het die hof afgewyk van die sogenaamde Salmond-reël wat bepaal dat werkgewers slegs aanspreeklik gehou kan word vir die onregmatige en ongemagtigde daad van hul werknemers indien die daad 'n ongeoorloofde wyse was om die werknemer se take uit te voer.¹⁰ Die *Bazley*-saak het egter die standpunt ingeneem dat daar nie in hierdie semantiek vasgeval behoort te word nie, maar dat houe die besluit of die werkgewer aanspreeklik gehou moet word, eerder as 'n beleidsbesluit behoort te hanteer met betrekking tot welke party die skade behoort te dra – die onskuldige slagoffer of die onskuldige werkgewer.¹¹ Veral twee van die beleidsoorwegings wat hier bo genoem is, is deur die hof beklemtoon, naamlik billike vergoeding vir die slagoffer vir skade wat gely is, en die afskrikking (“deterrence”) van werkgewers wat daarop gemik is om werkgewers hul besighede só te laat bestuur dat daar die minimum risiko bestaan dat werknemers onregmatig sal optree.¹² Die hof beklemtoon verder dat die oplegging van middellike aanspreeklikheid ook billik teenoor die werkgewer moet wees: “Where vicarious liability is not closely and materially related to a risk introduced or enhanced by the employer, it serves no deterrent purpose and relegates the employer to the status of an involuntary insurer.”¹³

Die volgende faktore is in *Bazley* as deurslaggewend beskou om te besluit of daar 'n voldoende noue verband tussen die werknemer se pligte en die handeling wat die oplegging van middellike aanspreeklikheid billik sou maak, bestaan:

- die weerloosheid van die slagoffer;
- die mate waartoe die werkgewer 'n gesagsposisie aan die oortreder toegeken het wat mag oor die slagoffer verleen het;
- die mate waartoe wrywing in die onderneming tot die wandade kon gelei het; en
- die mate waartoe die werkgewer se onderneming by die wandade kon baat.¹⁴

Die hof bevind dat daar in *Bazley* 'n risiko geskep is deur die pligte van die huisvader wat kinders moet bad en in die bed moet sit en dat die dae tydens die uitvoering van hierdie pligte plaasgevind het. Daar was dus 'n voldoende noue verband tussen die dae van die werknemer en sy pligte (die besigheid van die werkgewer) om die werkgewer aanspreeklik te hou.¹⁵

Die kriteria in *Bazley* is ook gevolg in *Jacobi v Griffiths (Jacobi)*¹⁶ maar met 'n ander uitkoms. In hierdie geval word beslis dat daar nie 'n voldoende noue verband tussen die dae en pligte van 'n organiseerder van aktiwiteite vir 'n jeugklub was wat kinders buitens klubure en by sy huis seksueel aangerand het nie. Die rol van die werknemer het nie ingehou dat daar fisieke intimiteit tussen hom en die kinders aangemoedig is of outoriteit aan hom toegesê is soos aan die huisvader in *Bazley* nie.¹⁷

Die Kanadese beslissings het weerklank gevind in ander gemenerereg-jurisdiksies, onder andere in die Verenigde Koninkryk en Australië asook in Suid-Afrika, en het die ontwikkeling van middellike aanspreeklikheid in hierdie lande in wisselende mate beïnvloed. In die Verenigde Koninkryk het die House of Lords die ontwikkeling in *Lister v Hesley Hall (Lister)*¹⁸ gevolg waarin die feite 'n merkwaardige ooreenkoms met *Bazley* getoon het. *Bazley* en *Lister* het wel gehandel oor seksuele teistering van kinders, maar die beginsels vir die oplegging van middellike aanspreeklikheid wat in hierdie sake neergelê is, is ook in 'n kommersiële konteks, naamlik in *Dubai Aluminium v Salaam*,¹⁹ gevolg.

In Suid-Afrika is die noueverbandtoets, gekoppel aan die ondernemingsrisiko wat deur die werkgewer geskep is, vir die eerste keer in *Grobler v Naspers (Grobler)*²⁰ gevolg. In dié saak is 'n sekretaresse deur haar bestuurder seksueel geteister. Die hof het die werkgewer middellik aanspreeklik gehou vir die opsetlike gedrag van die bestuurder. Alhoewel die werkgewer in appèl nie middellik aanspreeklik gehou is nie maar wel op grond van nalatigheid (*Media 24 v Grobler*),²¹ is die beslissing wat in *Grobler* op middellike aanspreeklikheid gebaseer is, nie omvergewerp nie.

Die Konstitusionele Hof het in *K v Minister of Safety and Security (K)*²² in die geval van die verkragting van 'n vrou deur polisieledes (wat aan diens was) die gemeenregtelike reëls vir middellike aanspreeklikheid ontwikkel deur die noueverbandtoets in *Bazley* en *Lister* teen die agtergrond van grondwetlike waardes te volg:

If one looks at the principle of vicarious liability through the prism of section 39(2) of the Constitution, one realises that characterising the application of the common-law principles of vicarious liability as a matter of fact untrammelled by any considerations of law or normative principle cannot be correct. ... Given the clear policy basis of the

rule as well as the fact that it is a rule developed and applied by the courts themselves, such an approach cannot be sustained under our new constitutional order.²³

Die Konstitusionele Hof het voortgebou op die toets wat in *Rabie v Minister of Police (Rabie)*²⁴ toegepas is. In daardie saak het die Appèlhof die Minister van Polisie aanspreeklik gehou vir die opsetlike onregmatige arrestasie van 'n persoon deur 'n polisiebeampte wat nie aan diens was nie. Die hof bevind dat daar 'n voldoende noue verband tussen die werknemer se handelinge in sy eie belang en die besigheid van sy werkgever was.²⁵ In *Rabie* is met goedkeuring verwys na 'n vroeëre Suid-Afrikaanse saak, naamlik *Feldman (Pty) Ltd v Mall (Feldman)*²⁶ wat die basis vir middellike aanspreeklikheid van 'n werkgever gesien het as die risiko van skade vir ander indien die werknemer nalatig, onbekwaam of onbetroubaar is:

[A] master who does his work by the hand of a servant creates a risk of harm to others if the servant should prove to be negligent or inefficient or untrustworthy; that, because he has created this risk for his own ends he is under a duty to ensure that no one is injured by the servant's improper conduct or negligence in carrying on his work and that the mere giving by him of directions or orders to his servant is not a sufficient performance of that duty. It follows that if the servant's acts in doing his master's work or his activities incidental to or connected with it are carried out in a negligent or improper manner so as to cause harm to a third party the master is responsible for that harm.²⁷

Die Konstitusionele Hof in *K* het egter nie die ondernemingsrisiko, soos gevolg is in *Bazley, Jacobi*, sekere uitsprake van regters in *Lister*, asook in *Feldman* en *Grobler*, in ag geneem by die toets of daar 'n noue verband is nie. Die grondwetlike pligte van die polisie en grondwetlike regte van die slagoffer en die vertroue wat die polisiemag by die publiek kweek om hul werk te kan doen, is onder andere in ag geneem by die vraag of daar 'n noue verband is.²⁸ Dit wil voorkom of die vertroue in polisieledes wat by die publiek aangemoedig is en as faktor in die oplegging van middellike aanspreeklikheid in ag geneem is, tog verwant is aan die beginsel van ondernemingsrisiko.

Die ontwikkeling van middellike aanspreeklikheid in *K* is onder andere gevolg in *F v Minister of Safety and Security (F)*²⁹ en *Booyesen v Minister of Safety and Security (Booyesen)*.³⁰ Hierdie sake het handel oor middellike aanspreeklikheid van die minister vir opsetlike dade van polisieledes waardeur dood of besering veroorsaak is. Die grondwetlike regte van die slagoffers en die grondwetlike pligte van die polisiebeamptes, asook die vertroue van die slagoffers in die polisiebeamptes, was deurslaggewend vir die beslissing of die minister aanspreeklik gehou moet word of nie. In *Booyesen* was dit duidelik dat die vertrouensfaktor by die bepaling van middellike aanspreeklikheid vir opsetlike onregmatige gedrag aanleiding gegee het tot geforseerde toepassings. Daar word aan die hand gedoen dat ondernemingsrisiko 'n suiwerder basis vir die oplegging van middellike aanspreeklikheid bied.

In teenstelling met die sogenaamde "polisiesake" hier bo, is ondernemingsrisiko in *E v Ikwezi Municipality (E)*³¹ beklemtoon as 'n faktor om te bepaal of die werkgever middellik aanspreeklik gehou behoort te word. In dié saak is 'n werknemer van 'n munisipaliteit seksueel geteister deur 'n mede-werknemer wat in 'n gesagsposisie teenoor haar gestaan het. Die hof bevind dat die werkgever 'n risiko daargestel het deur die teisteraar in 'n gesagsposisie oor die slagoffer aan te stel. Die oplegging van middellike aanspreeklikheid sal volgens die hof (wat in dié opsig

met goedkeuring na *Bazley* verwys) die werkgewer aanspoor om maatreëls teen sulke gedrag te tref.³²

Die beginsel van ondernemingsrisiko het ook 'n prominente rol gespeel in *Stallion Security (Pty) Limited v Van Staden (Stallion)*.³³ Hier het die hof 'n sekuriteitsmaatskappy middellik aanspreeklik gehou vir die finansiële skade van die eggenote van 'n persoon wat deur 'n veiligheidswag werksaam by Stallion vermoor is. Die veiligheidswag was hoof van sekuriteit en het onbeperkte toegang gehad tot die hele gebou wat hy moes beveilig en was, wat sy toegang betref, aan geen toesig onderworpe nie. Die bevoegdheid wat aan hom gegee is, het hom in staat gestel om die kantoor van die oorledene binne te gaan en hom ongesiens na buite te dwing om te gaan geld trek. Hy het hom daarna vermoor by 'n plek weg van die kantoorblok. Ten spyte van die feit dat die sekuriteitswag met siekteverlof was en dus nie aan diens was nie en die misdaad buite die kantoorblok wat hy moes beveilig, gepleeg is, het die hof bevind dat daar 'n voldoende noue verband met sy pligte was om sy werkgewer middellik aanspreeklik te hou. Die hof bevind dat Stallion 'n risiko geskep het deur onbeperkte toegang aan die werknemer te verleen en dat dit die nodige noue verband met die besigheid geskep het.³⁴ Stallion was volgens die hof kontraktueel verplig om die grondwetlike regte van Bidvest se werknemers met betrekking tot hul persoonlike veiligheid te beskerm.³⁵

Die hof wys daarop dat risiko as 'n faktor wat kan dui op 'n voldoende noue verband tussen die handeling van werknemers en hul pligte om middellike aanspreeklikheid aan die werkgewer op te lê, verder deur Suid-Afrikaanse howe ontwikkel behoort te word.³⁶ Na aanleiding van *Stallion* argumenteer Neethling oortuigend dat ondernemingsrisiko die gepaste basis vir middellike aanspreeklikheid is, veral by opsetlike onregmatige gedrag waar die werknemer met gesag of vertroue bekleed is.³⁷ Ondernemingsrisiko as maatstaf vir die bepaling van middellike aanspreeklikheid is ook toegepas in *Fujitsu*³⁸ waar middellike aanspreeklikheid deur 'n vrywaringsklousule uitgesluit is. In die volgende afdeling word vrywaringsklousules in die Suid-Afrikaanse reg bespreek.

3. Vrywaringsklousules in die Suid-Afrikaanse reg

Vrywaringsklousules of uitsluitingsklousules (“exemption clauses”) is kontraktuele bedinge waardeur die normale gemeenregtelike kontraktuele en deliktuele gevolge wat vir partye uit 'n spesifieke kontrak sou voortvloei, gewysig word.³⁹ Dié soort bedinge kom dikwels voor in standaardkontrakte wat eensydig opgestel word.⁴⁰ Die swakker party het gewoonlik die keuse om die vrywaringsklousule te aanvaar of nie die kontrak te sluit nie. In so 'n geval is vryheid van kontraktering slegs teoreties.⁴¹ Dit blyk duidelik uit die minderheidsuitspraak van regter Sachs rakende standaardkontrakte in *Barkhuizen v Napier (Barkhuizen)*.⁴² Die party wat die handhawing van die vrywaringsklousule teenstaan, steun gewoonlik op deliktuele in plaas van kontraktuele aanspreeklikheid van die ander party, aangesien by 'n deliktuele eis (anders as by 'n eis wat op die kontrak gebaseer is) die bewyslas op die persoon val wat die vrywaringsklousule in stand wil hou.⁴³

Uit die aard van die saak lei die handhawing van 'n vrywaringsklousule tot nadelige gevolge vir die party wat nou nie meer op die normale gemeenregtelike remedies geregtig is nie. So 'n party kan op verskillende gronde (wat hier onder bespreek word) steun om te argumenteer dat howe nie die vrywaringsklousule behoort te handhaaf nie.

Eerstens kan *justus error* deur 'n party opgewerp word om te toon dat daar nie wilsooreenstemming was nie, veral indien 'n beding onverwags in 'n kontrak van 'n sekere aard is en dit nie onder die party se aandag gebring is nie.⁴⁴ Die klaer in *Afrox Healthcare Bpk v Strydom (Afrox)*⁴⁵ het in die hof beweer dat hy nie die kontrak gelees het nie en nie 'n klousule ver wag het waarin die hospitaal hulself vrywaar teen aanspreeklikheid vir nalatigheid van personeel wat juis mediese sorg moet verskaf nie. Die hof bevind egter dat die vrywaringsklousule nie onverwags was in hierdie tipe kontrak soos Strydom beweer het nie, en dat die hospitaal geen plig gehad het om die klousule onder sy aandag te bring nie.⁴⁶ Indien 'n persoon 'n kontrak onderteken het, geld die *caveat subscriptor*-reël; dus – al beweer die persoon dat sy dit nie gelees het nie – sal sy daaraan gebonde wees tensy die hof bevind dat daar *justus error* was.

Naudé en Lubbe⁴⁷ stem nie saam dat die spesifieke vrywaringsklousule in *Afrox* nie onverwags in 'n kontrak met 'n hospitaal is nie en voer aan dat dit aan die pasiënt uitgewys moes word. Die skrywers se standpunt is in ooreenstemming met die uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl in *Mercurius Motors v Lopez SA (Mercurius)*.⁴⁸ In dié saak is 'n motor gesteel wat vir herstel by Mercurius gelaat is. Mercurius beweer dat hulle weens 'n vrywaringsklousule nie aanspreeklik is nie. Die hof waarsku dat “[a]n exemption clause ... that undermines the very essence of the contract of deposit, should be clearly and pertinently brought to the attention of a customer”.⁴⁹ Die Wet op Verbruikersbeskerming wat in werking getree het nadat hierdie sake beslis is, bevestig die gemeenregtelike reël deur in artikel 49 te bepaal dat 'n vrywaringsklousule wat onverwags in 'n sekere tipe kontrak is, onder die verbruiker se aandag gebring moet word.

Tweedens is dit 'n gevestigde gemeenregtelike reël dat 'n vrywaringsklousule beperkend uitgelê moet word.⁵⁰ In *Hotels* het die hof 'n beperkende uitleg gevolg wat behels het dat die bewoording van die kontrak in die lig van die omstandighede geïnterpreteer is om die bedoeling van partye vas te stel.⁵¹ In hierdie geval bevind die hof, omdat die kontrak spesifiek gesluit is om brande en skade aan hotelle in die groep te voorkom, dat die vrywaringsklousule nie sonder meer geïnterpreteer kan word om aanspreeklikheid vir opsetlike brandstigting deur die verskaffer van sekuriteitsdienste uit te sluit nie. Daar moet aanduidings wees dat dit die bedoeling van die partye was.

'n Beperkende uitleg is ook gevolg in *Drifter's Adventure Tours v Hircock (Drifters)*⁵² waar die klaer beseer is in 'n motorongeluk terwyl die voertuig deur 'n werknemer van Drifters bestuur is. Die hof het nie die wye algemene uitsluiting van aanspreeklikheid aanvaar nie. Aanspreeklikheid vir beserings en skade is volgens die vrywaringsklousule uitgesluit weens die spesifieke omstandighede in derdewêreldlande, maar die botsing waarin die eiser beseer is, was op 'n teerpad en die hof beslis dat die besering dus nie opgedoen is in omstandighede wat op derdewêreldlande betrekking het nie.⁵³ Die beperkende uitleg wat die hof gevolg het, is te verwelkom.

Derdens moet howe, indien daar dubbelsinnigheid is, die klousule teen die *proferens* uitleê, veral waar die vrywaringsklousule wyd bewoord is.⁵⁴ In *Pall SA (Pty) Limited v Group 4 Falck Security Services (Pty) Limited (Pall)*⁵⁵ vertolk die hof egter die wyd bewoorde vrywaringsklousule om ook opsetlike onregmatige gedrag van werknemers by die vrywaring in te sluit, al is dit nie spesifiek genoem nie. In *Durban's Water Wonderland (Pty) Ltd v Botha (Wonderland)*⁵⁶ het die hof die standpunt ingeneem dat indien die bewoording van die vrywaringsklousule duidelik is en daar geen dubbelsinnigheid is nie, sal die hof daaraan gevolg

gee en sal die *contra proferentem*-reël nie toegepas word nie.⁵⁷ Hierdie siening word in *Fujitsu* gekritiseer.⁵⁸

Vierdens kan 'n party wie se regte in die vrywaringsklousule beperk word, aanvoer dat die spesifieke beding teen die openbare beleid is.⁵⁹ Die maatstaf vir die bepaling van wanneer 'n beding teen die openbare beleid sal wees, word vervolgens in afdeling vier in meer detail bespreek.

4. Bedinge teen die openbare beleid

Kontraktante wie se gemeenregtelike remedies deur 'n vrywaringsklousule wat hulle aangegaan het, beperk is, sal dikwels van mening wees dat die handhawing van die klousule onbillikheid tot gevolg het. Dit is egter duidelik dat howe nie bloot sal bevind dat omdat so 'n party ontbering ("hardship") ondervind, kontrakte (insluitend vrywaringsklousules) teen die openbare beleid en dus onafdwingbaar sal wees nie. In *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes (Sasfin)*⁶⁰ het die hof die volgende waarskuwing gerig: "One must be careful not to conclude that a contract is contrary to public policy merely because its terms (or some of them) offend one's individual sense of propriety and fairness." Ter staving van die standpunt haal die hof die woorde van Lord Atkin⁶¹ aan: "[T]he doctrine should only be invoked in clear cases in which the harm to the public is substantially incontestable, and does not depend upon the idiosyncratic inferences of a few judicial minds."⁶²

In *Sasfin* het die hof 'n kontrak wat die effek gehad het dat Beukes alle boekskulde aan Sasfin moet sedgeer, as teen die openbare belang en daarom teen die openbare beleid verklaar, aangesien Beukes van al sy en sy familie se inkomste en ondersteuningsbronne ontnem kon word:

He would, to that extent, virtually be relegated to the position of a slave, working for the benefit of Sasfin ... [A]n agreement having this effect is clearly unconscionable and incompatible with the public interest, and therefore contrary to public policy.⁶³

Wat die inhoud van openbare belang en openbare beleid buite die spesifieke feite van die saak is, word egter nie verder in *Sasfin* ondersoek nie.

'n Party wat veronreg voel, sou moontlik wou steun op gebrek aan goeie trou om te argumenteer dat 'n klousule nie gehandhaaf behoort te word nie. Oor die verband tussen die begrippe goeie sedes en goeie trou merk regter Davis in *Mort NO v Henry Shields Chiat (Mort)*⁶⁴ as volg op:

Like the concept of *boni mores* in our law of delict, the concept of good faith is shaped by the legal convictions of the community ... Parties to a contract must adhere to a minimum threshold of mutual respect in which the 'unreasonable and one-sided promotion of one's own interest at the expense of the other infringes the principle of good faith to such a degree as to outweigh the public interest in the sanctity of contracts.' ... In accordance with its constitutional mandate the courts of our constitutional community can employ the concept of *boni mores* to infuse our law of contract with this concept of *bona fides*. [Verwysings weggelaat.]⁶⁵

Hierdie siening dat die *boni mores* (regsoortuiging van die gemeenskap), wat die maatstaf vir onregmatigheid by delikte is, aangewend kan word om *bona fides* (goeie trou) in die kontrakreg te ontwikkel ten einde grondwetlike waardes te weerspieël, is nie deur die meerderheid in die Hoogste Hof van Appèl in *Brisley v Drotzky (Brisley)*⁶⁶ aanvaar nie. Appèlregter Harmse vir die meerderheid maak korte metten met die argument van regter Davis en beklemtoon dat daar 'n groot verskil is tussen die reëls van die deliktereg waar partye nie vooraf hul verhouding reël nie en die kontrakreg waar dit wel die geval is. Hy waarsku verder dat goeie trou nie op sy eie toegepas kan word om te bepaal of 'n kontrak tersyde gestel moet word nie, aangesien die beginsel van *pacta sunt servanda* verontagsaam sal word en indien regters hul eie diskresie oor die inhoud van goeie trou gebruik, sal dit tot regsonsekerheid lei.⁶⁷ Waarnemende appèlregter Cameron (wat in 'n afsonderlike uitspraak met die meerderheidsbeslissing saamstem) gee sterker steun aan die konsep van openbare beleid om vryheid van kontrak in die lig van die Grondwet te begrens.⁶⁸

In *Afrox* noem die hof omstandighede waarin 'n vrywaringsklousule (uitsluitingsklousule) teen die openbare belang geag sal word:

Die maatstaf wat aangewend word met betrekking tot uitsluitingsklousules verskil egter nie van dié wat geld vir ander kontraksbepalinge wat, na bewering, weens oorwegings van openbare belang ongeldig is nie. Die vraag is telkens of die handhawing van die betrokke uitsluitingsklousule of ander kontraksbepaling, hetsy weens uiterste onbillikheid, hetsy weens ander beleidsoorwegings, met die belange van die gemeenskap strydig sal wees.⁶⁹

Die hof erken dat 'n ongelyke bedingingsposisie wel 'n faktor is wat in ag geneem kan word om te bepaal of 'n kontrak teen die openbare belang is. In hierdie saak het die hof egter beslis dat die pasiënt wat 'n vrywaringsklousule geteken het waarin die hospitaal hulself vrywaar van aanspreeklikheid vir nalatigheid, nie in 'n ongelyke bedingingsposisie was nie. Uit bogenoemde aanhaling blyk duidelik dat *Afrox*⁷⁰ wel ruimte laat dat bedingingsposisie teen die openbare belang is nie gehandhaaf word nie, maar dat 'n streng benadering wat *pacta sunt servanda* vooropstel, steeds gevolg is.⁷¹

Die rol van die Grondwet in die bepaling van wanneer 'n kontrak teen die openbare beleid sal wees, is breedvoerig deur die Konstitusionele Hof in *Barkhuizen*⁷² onder oë geneem. In die saak is bevind dat die openbare beleid berus op beginsels van billikheid, geregtigheid en redelikheid wat in die Grondwet gekodifiseer is en verder dat die openbare beleid vereis dat partye gehou sal word aan kontrakte wat hulle vrywillig aangegaan het. So 'n benadering bevestig volgens die hof die grondwetlike waardes van vryheid en menswaardigheid wat onderliggend is aan die bevoegdheid van individue om self hul sake (selfs tot hul eie nadeel) te reël,⁷³ maar dat 'n bedingingsposisie wat volgens die bewoording daarvan of by uitvoering daarvan indruis teen die openbare beleid nie deur houe gehandhaaf sal word nie.⁷⁴

Volgens die Konstitusionele Hof behels openbare beleid die volgende:

Public policy imports the notions of fairness, justice and reasonableness. Public policy would preclude the enforcement of a contractual term if its enforcement would be unjust or unfair. Public policy, it should be recalled “is the general sense of justice of the community, the *boni mores*, manifested in public opinion.” ... As has been observed, while public policy endorses the freedom of contract, it nevertheless recognises the

need to do simple justice between the contracting parties. To hold that a court would be powerless in these circumstances would be to suggest that the hands of justice can be tied; in my view, the hands of justice can never be tied under our constitutional order.⁷⁵

Met die verwysing na die openbare beleid as die regsgevoel van die gemeenskap (*boni mores*) wat berus op billikheid, geregtigheid en redelikheid wat aangewend moet word om vas te stel of 'n kontraktuele beding gehandhaaf moet word, kom regter Ngcobo baie na daaraan om die stelling van regter Davis in *Mort* te onderskryf, naamlik dat die *boni mores* openbare beleid by die beginsels van goeie trou in die kontraktereg kan informeer.

In 'n minderheidsuitspraak in *Barkhuizen* haal regter Sachs wel regter Davis se *obiter dictum* in *Mort* met goedkeuring aan. Hy kritiseer die oorheersende rol wat deur howe aan *pacta sunt servanda* toegeken word⁷⁶ en wys daarop dat daar in die afgelope dekades 'n groter rol toegesê is aan die vasstelling van ware konsensus tussen partye. Die klemverskuiwing is volgens hom teweeggebring deur die groter belang van die staat en die gemeenskap in die regulering van privaat reëlins tussen partye. Die implikasie is dat kontrakte nie meer net vir die betrokke partye van belang is nie, maar dat die publiek belang het by die gevolge van reëlins tussen partye omdat dit hulle kan raak.⁷⁷

Hierdie siening van regter Sachs is belangrik vir die argument in hierdie artikel dat gemeenskapsoortuigings (*boni mores*) wat by die oplegging van middellike aanspreeklikheid van toepassing is (veral vergoeding van die slagoffer en afskrikking van die werkgewer) die belange van die gemeenskap raak en daarom in aanmerking geneem moet word by die besluit of 'n kontrak afgedwing moet word of nie.

Louw⁷⁸ deel regter Sachs se siening met betrekking tot die oordrewe beklemtoning van *pacta sunt servanda* en merk tereg as volg op:

[T]he explanation for this elevated status of certainty in the law of contract is the courts' inapt over-emphasis on the intention of the parties and the protection of their expectations in terms of *pacta sunt servanda*, while failing to sufficiently realise the legal convictions of the community in determining the parameters within which those expectations *should* be protected by law.⁷⁹

Die Konstitusionele Hof het in 2020 in *Beadica 231 CC v Trustees for the time being of the Oregon Trust (Beadica)*⁸⁰ uitspraak gegee oor die gewaande teenstrydigheid in die beslissings van dié hof en die Hoogste Hof van Appèl met betrekking tot die wisselwerking tussen *pacta sunt servanda* en die openbare beleid. Die Konstitusionele Hof beklemtoon dat *pacta sunt servanda* geensins 'n uitgediende regsreël is nie omdat dit die grondslag vorm vir regsekerheid en ekonomiese aktiwiteite,⁸¹ maar dat die reël nie bo ander grondwetlike waardes verhewe is nie.⁸² Met verwysing na *Sasfin* verklaar die hof dat uitsprake dat kontrakte net in uitsonderlike omstandighede nie afgedwing sal word nie, nie as 'n skild gebruik behoort te word vir kontrakte wat die doelstellings van die Grondwet verydel nie, maar dat 'n party wat aanvoer dat 'n kontraktuele beding strydig met die openbare beleid is, moet aantoon waarom dit in die spesifieke omstandighede die geval is. Goeie trou, billikheid en redelikheid is nie vrystaande waardes wat 'n hof as maatstaf kan gebruik om nie 'n kontrak te handhaaf nie: "It is only where a contractual term, or its enforcement, is so unfair, unreasonable or unjust that it is contrary to public policy that a court may refuse to enforce it."⁸³ Hier onder sal geargumenteer word dat riglyne wat die Wet op Verbruikersbeskerming in artikel 48 neerlê om te bepaal of 'n klousule

onbillik, onredelik en onregverdig is, ook deur howe aangewend kan word om te bepaal of bedinge teen die *boni mores* is waar die wet nie van toepassing is nie.

In 'n minderheidsuitspraak in *Beadica* is regter Froneman van mening dat idees van billikheid, geregtigheid, gelykheid en redelikheid nie van die openbare beleid geskei kan word nie. Openbare beleid behels “[t]he necessity to do simple justice between individuals. Public policy is informed by the concept of *ubuntu*”.⁸⁴ Die regter is van mening dat die ongelykheid in die bedingingsmag van die partye (konsessiehouers en konsessiegewer in hierdie geval) en die disproporsionele nadeel wat die konsessiehouers in die spesifieke saak ly, die gevolg het dat handhawing van die kontrak teen die openbare beleid is.⁸⁵ Hy is verder van mening dat die meerderheidsbeslissing in *Beadica* (wat inhou dat goeie trou nie 'n onafhanklike grond vir ongeldigverklaring van 'n kontrak is nie) die vordering om die openbare beleid met grondwetlike waardes te informeer, 'n tree teruggeneem het. Hy wys daarop dat *Barkhuizen* die deur in dié verband oopgehou het.

Die beginsel van goeie trou as vrystaande grond vir beoordeling daarvan of 'n kontrak in stand gehou behoort te word, soos bepleit deur Louw en Barnard-Naudé,⁸⁶ asook deur regters Davis in *Mort*, Froneman in *Beadica* en Sachs in *Barkhuizen*, is dus nie in *Beadica* aanvaar as 'n onafhanklike grond vir tersydestelling van 'n kontrak nie. In die lig van die beslissing in *Beadica* sal persone wat 'n vrywaringsklousule ontken, moet aantoon waarom die vrywaringsklousule in die spesifieke omstandighede teen die openbare beleid sal wees.

Faktore wat moontlik kan aantoon dat 'n vrywaringsklousule teen die openbare beleid is, is 'n ongelyke bedingingsposisie (selfs in die geval van twee korporatiewe kontraktante, soos uitgelig in die minderheidsuitsprake van regter Sachs in *Barkhuizen* en regter Froneman in *Beadica*), en in geval van uiterste onbillikheid⁸⁷ teenoor die kontraktant wie se remedies uitgesluit word. Daar word verder aan die hand gedoen dat die uitsluiting van middellike aanspreeklikheid van werkgewers in die lig van die beleidsoorwegings van billike vergoeding vir die slagoffer en afskrikking van die werkgewer tot gevolg kan hê dat die handhawing van die klousule teen die openbare beleid kan wees. Soos regter Sachs in *Barkhuizen* aangetoon het, het die gemeenskap en staat toenemend 'n belang by die gevolge van privaat reëlings tussen partye.⁸⁸

5. Openbare beleid en vrywaringsklousules wat middellike aanspreeklikheid uitsluit

In hierdie afdeling bespreek ek 'n paar hofbeslissings waar die uitsluiting van middellike aanspreeklikheid in vrywaringsklousules ter sake was. Die fokus is op gevalle waar daar opsetlike onregmatige gedrag aan die kant van die werknemer was, alhoewel skade veroorsaak deur die nalatige gedrag van werknemers ook vermeld word.

Die vraag of persoonlike aanspreeklikheid vir opsetlike onregmatige gedrag in 'n vrywaringsklousule uitgesluit kan word, het in *Wells v South African Alumentite Co (Wells)*⁸⁹ voorgekom. In dié saak het die hof beslis dat 'n vrywaringsklousule wat 'n kontraksparty teen sy eie bedrieglike optrede vrywaar, op grond van die openbare beleid nie gehandhaaf sal word nie. Stoop merk tereg op dat die uitspraak die implikasie het dat dit ook teen die openbare beleid is vir 'n party om aanspreeklikheid vir opsetlike kontrakbreuk of ander opsetlike gedrag deur die party self in 'n vrywaringsklousule uit te sluit.⁹⁰

Na aanleiding van bogenoemde ontstaan die vraag of 'n vrywaringsklousule wat 'n werkgewer teen opsetlike onregmatige gedrag van 'n werknemer vrywaar ook teen die openbare beleid sal wees. Daar is sake waar die stelling gemaak is dat so 'n klousule nie teen die openbare beleid is nie, behalwe waar die werkgewer self voordeel uit die gedrag van die werknemer trek.⁹¹

Die benadering in *Government of the Republic of South Africa v Fibre Spinners & Weavers (Pty) Ltd (Fibre Spinners)*⁹² was dat opsetlike onregmatige gedrag van werknemers wat graansakke gesteel het wat in Spinners se bewaring gehou is, nie kon lei tot aanspreeklikheid vir Spinners nie. Die kontrak het 'n wyd bewoorde vrywaringsklousule bevat wat bepaal het dat indien Spinners versekering sou uitneem, hulle gevrywaar sal wees van enige verantwoordelikheid vir verlies of skade "*howsoever arising*". Die hof aanvaar nie die argument dat hierdie vrywaringsklousule geen beskerming bied teen nalatigheid, growwe nalatigheid of kontrakbreuk omdat hierdie handeling nie spesifiek genoem word nie. Die hof se siening is duidelik dat die werkgewer ook nie vir opsetlike gedrag van werknemers aanspreeklik gehou kan word nie. Die saak is weliswaar beslis voor die uitbreiding van middellike aanspreeklikheid van werkgewers om in sommige omstandighede ook opsetlike onregmatige gedrag in te sluit. Die hof bevind dat daar geen dubbelsinnigheid in die bewoording van die wyd geformuleerde vrywaringsklousule is nie en dat dit dus nie nodig is om die *contra proferentem*-reël toe te pas nie.⁹³

In *Goodman Brothers (Pty) Ltd v Rennies Group Ltd (Goodman)*⁹⁴ beslis die hof eweneens dat Rennies nie aanspreeklik is vir diefstal (gepleeg deur hul eie werknemers) van die goedere van Goodman wat in Rennies se bewaring was nie, aangesien Rennies se aanspreeklikheid deur die omvattende bewoording van 'n vrywaringsklousule uitgesluit is, alhoewel nie uitdruklik nie. Die vrywaringsklousule lui dat Rennies nie aanspreeklikheid vir waardevolle items aanvaar tensy vooraf skriftelike reëlings getref is nie.⁹⁵ Die wyd bewoorde uitsluitingsklousule in hierdie saak lui as volg:

The company shall be under no liability whatsoever whether on the grounds of breach of contract or negligence or otherwise, in respect of any type of loss or damage, howsoever arising, and whether in respect of or in connection with any goods or any instructions, business, advice, information, services or otherwise unless it is proved that the loss or damage was caused by the gross negligence of the company.⁹⁶

Rennies vrywaar hulself dus spesifiek teen nalatigheid (behalwe ingeval Goodman spesiale reëlings sou tref), maar nie teen growwe nalatigheid nie. Die vraag voor die hof was of die bewoording van die uitsluiting geïnterpreteer kon word om ook opsetlike onregmatige gedrag van Rennies se werknemers (wat juis die goedere moes bewaar) uit te sluit. Die hof bevind dat daar geen rede is waarom dit nie gedoen kan word nie en stem nie saam met die argument van Christie⁹⁷ dat die aangewese wyse vir werkgewers om hulself te beskerm teen oneerlikheid van werknemers is om self versekering uit te neem en nie om die risiko op kliënte te laai nie.⁹⁸

Die hof interpreteer die vrywaringsklousule letterlik en bevind dat die frase "no liability whatsoever" presies beteken wat dit sê. Die hof is dus nie van mening dat daar dubbelsinnigheid of vaagheid is nie, selfs in die lig daarvan dat die wye bewoording nie die spesifieke risiko, naamlik opsetlike onregmatige gedrag in die vorm van diefstal deur werknemers, uitsluit nie. Die hof bevind verder dat die argument dat hier fundamentele kontrakbreuk was en dat die klousule om daardie rede teen die openbare beleid is, voorheen deel van die Engelse reg gevorm het, maar dat dit nie deel uitmaak van die Suid-Afrikaanse reg nie.⁹⁹ Oor die vraag of

die beperking van hierdie risiko teen die openbare beleid is, verklaar waarnemende regter-president Flemming dat “public policy does not require that such re-arrangement of risk should fall away because the theftuous frolic of the thief happens in a setting of employment but with no reasons for recrimination against and no causation in the role of the employer”.¹⁰⁰

Dit is duidelik dat die verwysing na “frolic of the thief” dateer uit die tydperk voor die uitbreiding van middellike aanspreeklikheid van werkgewers om, waar ’n voldoende noue verband tussen die opsetlike onregmatige gedrag van werknemers en die besigheid bestaan, die werkgewer middellik aanspreeklik te hou.

Dit is betekenisvol dat regter Flemming wel die moontlikheid ooplaat dat die openbare beleid met verloop van tyd kan verander aangesien die implikasies van opsetlike gedrag nog nie volledig geargumenteer is nie. Steun op hierdie tipe vrywaringsklousule sou volgens die hof moontlik in die toekoms gesien kon word as teen die openbare beleid:

Because public policy can alter in the course of time, because it is not possible to foresee and to cope with all possible variations of fact and because intentional conduct and the like has not been the subject of full argument or of authoritative decision, I prefer not to deal with anything more than an application of present public policy to the facts of this case. ... What will public policy be in a decade hence? As guidelines become recognisable from a succession of future cases, it may well prove to be the true answer that ... unenforceability arises from the reliance on a defence in circumstances wherein it is the reliance which is opprobrious to public policy.¹⁰¹

Moontlik is die punt tans, 24 jaar na hierdie uitspraak, bereik dat vrywaring teen middellike aanspreeklikheid vir opsetlike gedrag in die lig van die ontwikkeling van middellike aanspreeklikheid as onvanpas en teen die openbare beleid beskou kan word. In *Goodman* het Rennie nie die voordeel van die opsetlike gedrag (diefstal) geniet nie en is hulle om daardie rede nie aanspreeklik gehou nie.

Goodman is gevolg in *FNB v Rosenblum First National Bank of SA Ltd v Rosenblum (FNB)*¹⁰². Die hof het in die saak ook ’n vrywaringsklousule ten gunste van die werkgewer gehandhaaf by diefstal van ’n kluis (“safety deposit box”) van ’n kliënt deur werknemers van FNB. Die kluis moes volgens ooreenkoms deur die bank in veilige bewaring gehou word. Die vrywaringsklousule lui as volg:

The Bank hereby notifies all its customers that while it will exercise every reasonable care, it is not liable for any loss or damage caused to any article lodged with it for safe custody whether by theft, rain, flow of storm water, wind, hail, lightning, fire, explosion, action of the elements or as a result of any cause whatsoever, including war or riot damage, and whether the loss or damage is due to the Bank’s negligence or not.

Diefstal deur die bank se eie werknemers word nie spesifiek in die vrywaringsklousule ingesluit nie. Die hof gee toe dat dit moontlik teen die openbare beleid kan wees as die werkgewer self teen opsetlike gedrag gevrywaar word. Maar in hierdie geval “[t]he liability is only vicarious and the bank itself (as represented by its controlling or directing minds) has not committed theft or otherwise been guilty of wilful misconduct”. Om daardie rede en omdat die bank nie voordeel uit die diefstal deur hul werknemers put nie, is die vrywaringsklousule volgens die hof nie teen die openbare beleid nie en word die vrywaringsklousule gehandhaaf.¹⁰³

Alhoewel die hof in *FNB* erkenning gee dat die Grondwet en gemenerereg in aanmerking geneem moet word by interpretasie van die vrywaringsklousule,¹⁰⁴ handhaaf die hof 'n formalistiese benadering, naamlik dat die bewoording van die klousule die deurslag gee. Ironies genoeg sluit die bewoording nie opsetlike gedrag by die vrywaring in nie. Die hof regverdig die interpretasie dat dit wel ingesluit is as volg:

It is perhaps necessary to emphasise that the task is one of interpretation of the particular clause and that caveats regarding the approach to the task are only points of departure. In the end the answer must be found in the language of the clause read in the context of the agreement as a whole in its commercial setting and against the background of the common law and, now, with due regard to any possible constitutional implication.¹⁰⁵

Die wye vrywaringsklousule word dus deur die hof geïnterpreteer om ook aanspreeklikheid vir opsetlike gedrag van werknemers uit te sluit. Die beginsels van beperkende uitleg by vrywaringsklousules, middellike aanspreeklikheid vir opsetlike gedrag van werknemers, die *contra proferentem*-reël wat toepaslik is by dubbelsinnige kontrakte en 'n waarskynlik ongelyke bedingingsposisie van die individuele kliënt teenoor die kommersiële bank (wat die effek sou hê dat handhawing van die kontrak teen die openbare beleid sou wees) is nie in die beslissing in ag geneem nie. Soortgelyke sake kan ingevolge die Wet op Verbruikersbeskerming wat na die beslissing in die saak in werking getree het moontlik anders beslis word omdat kontraktante soos die Rosenblums as verbruikers ingevolge die wet beskerm sal word.

Indien die openbare beleid nie in ag geneem word by 'n beslissing dat 'n werkgewer nie aanspreeklik gehou word vir 'n handeling van sy/haar werknemer nie, kan dit teen die openbare belang wees. Daar sal moontlik nie aansporing wees om skade te voorkom nie, omdat die werkgewer versekering kan uitneem en pryse verhoog wat tot nadeel van die gemeenskap sal wees. In die geval van opsetlike onregmatige gedrag is dit verder moontlik dat indien die gedrag 'n misdadard daarstel, dit nie met die nodige erns deur die werkgewer bekamp sal word as die werkgewer nie aanspreeklik gehou word nie, met ernstige gevolge vir die gemeenskap.

Alhoewel daar geen klinkklare verband is nie, ontstaan die vraag tog of die feit dat FNB nie in 2001 aanspreeklik gehou is vir die diefstal van hul kliënt se kluiskey nie, moontlik verband hou met latere diefstal van kluiskeys van kliënte waarby FNB se werknemers oënskynlik betrokke was. In 2017 was daar 60 kliënte wat R121 miljoen van FNB geëis het vir skadevergoeding vir kluiskeys wat vermoedelik met medewerking van FNB-werknemers by drie takke gesteel is. FNB beweer weereens dat hulle op grond van 'n vrywaringsklousule nie aanspreeklik is nie. Regsvertegenwoordigers van die kliënte van FNB wat skade gely het, voer aan dat FNB weens artikel 51 van die Wet op Verbruikersbeskerming (wat aanspreeklikheid vir growwe nalatigheid uitsluit en hier onder bespreek word) nie hul aanspreeklikheid mag uitsluit nie.¹⁰⁶ Daar is nog nie uitsluitel in die saak gegee nie.¹⁰⁷

In teenstelling met die beslissings in *Goodman* en *FNB* het die hof in *Hotels, Inns & Resorts v Underwriters at Lloyds (Hotels)*¹⁰⁸ nie die vrywaringsklousule waar skade deur die opsetlike handeling van 'n werknemer veroorsaak is, gehandhaaf nie. Die hotelgroep het 'n kontrak met 'n sekuriteitsmaatskappy gesluit met die spesifieke doel om brande en brandskade te voorkom. Die vrywaringsklousule in die kontrak het gelui dat die sekuriteitsmaatskappy “shall not be liable for loss or damage sustained from whatsoever cause”.¹⁰⁹ Die hof beslis in die lig daarvan dat die sekuriteitsmaatskappy uitsluitlik aangestel is om brande en skade te minimaliseer (“the sole function of the security services and security personnel provided by the company (FEND)

is to minimise the loss or damage by fire”,¹¹⁰ en aangesien juis een van hul sekuriteitswagte ’n vuur in die hotel begin het, raak dit die kerndoel van die kontrak (“goes to the root of the contract”).¹¹¹ Die hof bevind dat die argument dat dit die bedoeling van die partye was dat die sekuriteitsmaatskappy gevrywaar word teen skadevergoeding vir fundamentele kontrakbreuk soos om brand te stig, onhoudbaar is.¹¹² In soverre die sekuriteitsmaatskappy gevrywaar is teen aanspreeklikheid vir skadevergoeding “from whatsoever cause”, bevind die hof dat dit nie die bedoeling van die partye kon wees om vrywaring te verleen teen gedrag wat direk indruis teen die rede waarvoor die kontrak gesluit is nie, dat dit ’n bespotting van die kontrak sou maak en dat die sekuriteitsfirma dus kontrakbreuk gepleeg het.¹¹³

Die hof in *Hotels* benadruk dat die reël is dat vrywaringsklousules beperkend uitgelê moet word¹¹⁴ en haal die volgende paragraaf uit Christie aan, te wete dat “the law cannot stand aside and allow such traps to operate unchecked, and the Courts have protected the public from the worst abuses of exemption clauses by setting limits to the exemptions they will permit ...”¹¹⁵

Hierdie siening blyk egter nie in een lyn te wees met vroeëre sake wat geen beperking geplaas het op vrywaring teen fundamentele kontrakbreuk nie. In *Elgin Brown & Hamer (Pty) Ltd v Industrial Machinery Suppliers (Pty)Ltd*¹¹⁶ beskou regter Hoexter hierdie as ’n argaïese reël wat uit die Engelse reg kom en selfs daar nie meer gehandhaaf word nie.¹¹⁷ Dus, in teenstelling met die standpunt van Naudé en Lubbe,¹¹⁸ het die hofe beslis dat indien ’n vrywaringsklousule aanspreeklikheid vir fundamentele breuk uitsluit, die klousule wel gehandhaaf mag word indien dit duidelik genoeg bewoord is. Daar word aan die hand gedoen dat indien ’n vrywaringsklousule aanspreeklikheid uitsluit vir ’n handeling wat direk indruis teen die kerndoel van die kontrak, die hofe die klousule beperkend behoort te interpreteer, vas te stel of dit die ware bedoeling van partye was om aanspreeklikheid uit te sluit en ook in ag te neem of die handhawing van die klousule teen die openbare beleid is.

Die uitspraak in *Hotels* is nie in *Pall*¹¹⁹ gevolg nie. Diewe het met behulp van een van die werknemers van die sekuriteitsmaatskappy wat Pall se gebou moes beveilig, goedere by Pall gesteel en ook die maatskappy se eiendom beskadig. Die sekuriteitsmaatskappy steun op die vrywaringsklousule wat as volg lui:

- 8.1 The sole function of the Services provided by the CONTRACTOR through the Security Personnel is to reduce the risk of loss or damage by theft, burglary, vandalism or arson.
- 8.2 The CONTRACTOR gives no warranty or guarantee that its Security Personnel will be able to reduce or prevent the loss and/or damage referred to in clause 8.1 above.
- 8.3 The CONTRACTOR shall not be liable to the CLIENT or any third party for any loss or damage of whatsoever nature and howsoever caused, whether direct or consequential, save where such loss or damage is proved to be as a result of gross negligence on the part of the CONTRACTOR or any of its Security Personnel acting within the course and scope of their employment with the CONTRACTOR. In such event the CONTRACTOR’S liability shall be restricted to three times the monthly contract price (as set out in clause 19 below or any amendment thereto) for any one event or series of events arising from one occurrence.

Pall SA het aangevoer dat Falck middellik aanspreeklik is vir die opsetlike gedrag van hul werknemer en dat indien dit nie so is nie, dit sal lei tot “absurdity, repugnance or inconsistency with the contract as a whole”.¹²⁰ Vir hierdie standpunt steun hulle op *Hotels*.¹²¹

Die hof in *Pall* verklaar: “The golden rule of interpretation is to give the language of the document its grammatical and ordinary meaning unless this would lead to some absurdity or some repugnance or inconsistency with the rest of the instrument.” Die hof beklemtoon dit as volg:

[I]t is also important to bear in mind that there is no general rule that exemption clauses should be construed differently from other provisions in a contract but that where an exclusion clause limits or ousts common law rights the court should consider with great care the meaning of the clause, especially if it is very general in its application.

Die hof bevind dat daar geen dubbelsinnigheid in die bewoording is nie en dat die vrywaringsklousule alle deliktuele aanspreeklikheid (dus ook middellike aanspreeklikheid) uitsluit. Die hof kritiseer die *ratio* van die uitspraak in *Hotels* op grond daarvan dat die hof in daardie saak nie gebly het by die bewoording van die vrywaringsklousule nie. Die hof bevind verder dat die bewoording van die klousule baie duidelik slegs vir aanspreeklikheid vir growwe nalatigheid voorsiening maak en nie vir aanspreeklikheid vir opsetlike gedrag van ’n werknemer nie. Alhoewel die hof in *Pall* dus beklemtoon dat die uitsluitingsklousule beperkend en in die konteks van die kontrak as ’n geheel uitgelê moet word, is dit duidelik dat die hof die spesifieke bewoording van die vrywaringsklousule as die belangrikste faktor by uitleg ag. Desnieteenstaande word die wyd bewoorde klousule nie as dubbelsinnig beskou nie, selfs al sluit dit nie spesifiek aanspreeklikheid vir opsetlike onregmatige gedrag uit nie. Die hof sou op die minste hier kon vra na die bedoeling van die partye en probeer vasstel of daar werklik wilsooreenstemming was deur die *contra proferentem*-reël toe te pas.

’n Verdere uitvloeisel van die bostaande streng *pacta sunt servanda*-benadering van die hof is dat die belange van die kontraktant in wie se guns die vrywaringsklousule gesluit is, prioriteit geniet:

The respondent was not prepared to agree that its security personnel would be able to reduce or prevent the loss or damage referred to in clause 8.1 – it pertinently refused to give a warranty or guarantee to that effect. This can only be due to a concern about the security personnel – their possible incompetence and/or dishonesty and/or unreliability. The respondent must therefore protect itself against liability for damages caused by breach of contract and negligent and intentional delictual acts which could far exceed in value what the respondent receives for providing the service. Clearly that is why the parties agreed that the respondent’s liability for loss or damage caused by gross negligence would be limited to three times the monthly contract price.¹²²

Die vraag is of ’n onderneming ’n sekuriteitsdiens moet aanbied as hulle soveel wantroue in hul eie personeel het. Die sekuriteitsmaatskappy se onderneming om veiligheidsdienste te verskaf, is dus (op die manier waarop die hof dit interpreteer) ’n leë dop wat inhou dat hulle glad nie aanspreeklik sal wees selfs waar werknemers direk teen die doel van die kontrak optree nie. Die hof noem dat die sekuriteitsmaatskappy hulself moet beskerm teen nalatige en opsetlike gedrag van hul werknemers. Is die wyse om dit te doen deur ’n vrywaringskontrak? Die beleidsoorwegings onderliggend aan die oplegging van middellike aanspreeklikheid word

duidelik in die wiele gery met die handhawing van die vrywaringsklousule. Hierdie uitspraak hou geen aansporing in vir werkgewers wat betref aanstelling, opleiding en toesig oor werknemers om onregmatige handeling en misdadige optrede te bekamp nie, en sou heel moontlik om dié rede gesien kon word as teen die openbare beleid. Die handhawing van die vrywaringsklousule kan ook gesien word as sou dit lei tot uiterste onbillikheid teenoor die een party soos in *Afrox* uitgewys en daarom weens beleidsoorwegings met die belange van die gemeenskap strydig is.¹²³

Daar word aan die hand gedoen dat die benadering in *Hotels* die korrekte is, naamlik dat waar gedrag van werknemers direk in stryd met die kerndoel van die kontrak is en waar sulke aanspreeklikheid nie eksplisiet uitgesluit is nie, hoewe die bedoeling van partye behoort te ondersoek. Verkieslik behoort 'n benadering egter gevolg te word waar die uitsluiting van middellike aanspreeklikheid in gevalle van opsetlike onregmatige gedrag as teen die openbare beleid beskou word waar daar 'n noue verband tussen die onregmatige handeling en die spesifieke pligte van die werknemer is. Risikoskepping deur die werkgewer soos uiteengesit in *Stallion* en *Fujitsu* is 'n belangrike faktor wat kan aandui of daar wel so 'n noue verband bestaan.

In *Afrox* waar dit gegaan het oor vrywaring teen nalatigheid is daar belangrike beginsels met betrekking tot vrywaringsklousules neergelê. Soos hier bo genoem, het 'n pasiënt fisiese en finansiële skade gely weens die nalatigheid van 'n werknemer by 'n privaat hospitaal. Die hof bevestig die beginsel dat vrywaringsklousules beperkend uitgelê moet word¹²⁴ en dat klousules wat strydig met die openbare belang is nie gehandhaaf sal word nie. Daar word verder beklemtoon dat die toets vir strydigheid met die openbare belang by vrywaringsklousules dieselfde is as vir enige ander klousule in 'n kontrak. Die vrywaringsklousule in *Afrox* lui as volg:

Ek onthef die hospitaal en/of sy werknemers en/of agente van alle aanspreeklikheid en ek vrywaar hulle hiermee teen enige eis wat ingestel word deur enige persoon (insluitende 'n afhanklike van die pasiënt) weens skade of verlies van watter aard ook al (insluitende gevolgskaade of spesiale skade van enige aard) wat direk of indirek spruit uit enige besering (insluitende noodlottige besering) opgedoen deur of skade berokken aan die Pasiënt of enige siekte (insluitende terminale siekte) opgedoen deur die Pasiënt wat ook al die oorsaak/oorsake is, net met die uitsluiting van opsetlike versuim deur die hospitaal, werknemers of agente.

Die hof beslis dat hierdie vrywaringsklousule wat die pasiënt by opname geteken het, die hospitaal teen nalatigheid vrywaar, dat die vrywaringsklousule wyd genoeg is om selfs growwe nalatigheid in te sluit en dat so 'n bepaling nie *contra bonos mores* sou wees nie. Die hof beklemtoon dat die openbare belang vereis dat kontrakte nagekom moet word ingevolge die beginsel van *pacta sunt servanda*, maar gee wel erkenning daaraan dat die gemenerereg in die lig van artikel 39(2) van die Grondwet ontwikkel moet word om grondwetlike waardes te weerspieël.¹²⁵ Die hof aanvaar egter nie die argument dat vrywaring teen nalatigheid tot nalatige en onprofessionele gedrag sal lei nie,¹²⁶ aangesien die hospitaal se reputasie onder nalatigheid van die personeel sal ly en verder dat mediese personeel aan die reëls van hul professionele liggaam gebonde is.¹²⁷

Naudé en Lubbe wys daarop dat die beginsel *pacta sunt servanda* deur die hof in *Afrox* tot 'n konstitusionele waarde verhef word. Die skrywers toon verder aan dat die kontrak wat 'n

pasiënt met 'n hospitaal sluit nie bloot 'n kommersiële transaksie is nie,¹²⁸ en daarom behoort daar ander beginsels in sulke tipe transaksies te geld.

Christie¹²⁹ maak die volgende opmerking: “It seems inevitable that the Constitutional Court will one day be asked to consider the decision in *Afrox* that it is not contrary to public policy for a private hospital to exempt itself from liability for negligence.”¹³⁰

In die volgende afdeling word *Fujitsu* bespreek wat die kollig laat val op die toets vir middellike aanspreeklikheid by opsetlike onregmatige handeling en ook die interpretasie van 'n vrywaringsklousule waarin so 'n handeling nie spesifiek uitgesluit is nie.

6. *Fujitsu v Schenker*

Fujitsu het Schenker gekontrakteer om die logistiek rondom die invoer van 'n besending rekenaars en rekenaartoerusting te reël, asook om die rekenaars by die lughawe af te haal, te vervoer en aan Fujitsu te besorg. Die nodige dokumente is deur Schenker aan hul motorbestuurder, Lerama, wat gereeld sulke take verrig het, verskaf. Hy was weens sy werk by Schenker 'n ou bekende by die vragafdeling van die SAL. Al het hy die betrokke dag 'n voertuig bestuur wat nie enige Schenker kentekens getoon het nie, het hy met die nodige dokumente in sy besit sonder moeite die vrag rekenaars gelaai en by die kontrolepunt uitgery om nooit weer gesien te word nie.¹³¹ Fujitsu eis skadevergoeding van Schenker, gebaseer op middellike aanspreeklikheid vir die opsetlike onregmatige daad van Schenker se werknemer. Schenker beweer egter dat hul aanspreeklikheid uitgesluit word deur 'n vrywaringsklousule in die kontrak met Fujitsu wat as volg lui:

[Schenker] shall not be liable for any claim of whatsoever nature (whether in contract or in delict) and whether for damages or otherwise, howsoever arising, ... including any negligent act or omission or statement by [Schenker] or its servants, unless the claim arises from a grossly negligent act or omission on the part of Schenker or its servants and such claim arises at a time when the goods were in the actual custody of Schenker and under its actual control.¹³²

Die hof bepaal eerstens of Schenker middellik aanspreeklik is en tweedens of sodanige aanspreeklikheid deur die vrywaringsklousule uitgesluit is.

Die hof bevind dat Schenker wel middellik aanspreeklik is in die lig van die ontwikkeling van die leerstuk in die Suid-Afrikaanse reg wat ten gevolg het dat in sogenaamde afwykingsgevalle (“deviation cases”) daar wel aanspreeklikheid kan wees as daar 'n noue verband tussen die handeling en die besigheid van die werknemer is.¹³³ In hierdie geval het daar volgens die hof wel so 'n noue verband bestaan, wat onder andere teweeggebring is deur die ondernemingsrisiko wat deur Schenker daargestel is. Die hof verwys met goedkeuring na die uitspraak in *Stallion*, waar die vergroting van die risiko deur die werkgewer as 'n belangrike faktor beskou is in die bepaling daarvan of die werkgewer middellik aanspreeklik is of nie.¹³⁴ Die oënskynlike regmatigheid wat aan Lerama se handeling verleen is, het die risiko vergroot dat die diefstal sou plaasvind. Die hof bevind dat die risiko in so 'n mate vergroot is dat daar 'n voldoende noue verband bestaan tussen die handeling van Lerama en die take wat aan hom opgedra is en dat sy werkgewer aanspreeklik gehou kan word.¹³⁵ Die hof wys daarop dat, aangesien

middellike aanspreeklikheid ontwikkel het om ook opsetlike gedrag in die sogenaamde afwykingsgevalle in te sluit, hofsake waarin aanspreeklikheid vir opsetlike gedrag ter sake was (by name *Goodman*) wat voor hierdie ontwikkeling beslis is, nie van toepassing is nie.¹³⁶

Wat betref die tweede been van die ontleding wat gaan oor die geldigheid van die vrywaringsklousule, beklemtoon die hof dat dit 'n aanvaarde beginsel is dat vrywaringsklousules beperkend uitgelê moet word. Die hof verwys na die uitspraak in *Hotels* waar bevind is dat dit nie die bedoeling van partye kon wees dat 'n vrywaringsklousule aanspreeklikheid van 'n handeling van 'n werknemer wat lynreg bots met die kerndoel van die kontrak in stand moes hou nie.¹³⁷ Die hof merk as volg op: "Therefore, as a general rule a defendant should not be allowed to rely on an exemption clause in the circumstance where the contract was not being executed, unless the clear intention of the parties was to such effect."¹³⁸

Wat betref die vraag of deliktuele aanspreeklikheid uitgesluit is, wys die hof daarop dat die beginpunt die bewoording van die vrywaringsklousule is, maar dat die Hoogste Hof van Appèl in verskeie sake deur die jare klem gelê het daarop dat die ware bedoeling van partye met 'n kontraktuele beding vasgestel moet word, soos weer onlangs in *Novartis SA (Pty) Ltd v Maphil Trading (Pty) Ltd* bevestig is.¹³⁹

Na aanleiding van die beslissings in *Bothma-Botha Transport (Edms) Bpk v S Bothma & Seun Transport (Edms) Bpk*¹⁴⁰ en *North East Finance (Pty) Ltd v Standard Bank of South Africa Ltd*¹⁴¹ maak die hof in *Novartis* die volgende stelling: "A court must examine all the facts – the context – in order to determine what the parties intended. And it must do that whether or not the words of the contract are ambiguous or lack clarity. Words without context mean nothing."¹⁴² Hierdie *dictum* van die Hoogste Hof van Appèl is in teenstelling met die vroeëre uitspraak van dieselfde hof in *Wonderland* dat die bedoeling van partye slegs ondersoek moet word waar daar dubbelsinnigheid is.¹⁴³

'n Argument kan dus uitgemaak word dat die beslissings in *Goodman*, *FNB* en *Pall* waar die bewoording verhef is tot die belangrikste maatstaf by vasstelling van die betekenis van vrywaringsklousules, nie in lyn met latere uitsprake van hierdie hof is nie. Waar vrywaring teen aanspreeklikheid vir 'n sekere handeling nie eksplisiet uitgesluit is nie, maar oënskynlik in 'n wye allesomvattende klousule, behoort howe in die lig van bogenoemde regspraak die konteks van die klousule asook eksterne faktore in ag te neem om die ware bedoeling van die partye vas te stel.

In *Fujitsu* word opgemerk dat daar nie getuienis voor die hof is van faktore waarvolgens die bedoeling van die partye vasgestel kan word nie. Dit laat dus net die bewoording van die klousule waaruit die bedoeling vasgestel kan word. In hierdie geval is aanspreeklikheid van Schenker vir opsetlike onregmatige gedrag nie spesifiek deur die wyd bewoorde vrywaringsklousule uitgesluit nie. Dit dui volgens die hof daarop dat dit nie die bedoeling van die partye kon wees dat aanspreeklikheid vir opsetlike onregmatige gedrag uitgesluit sou wees nie, anders sou hulle dit eksplisiet in die vrywaringsklousule genoem het.¹⁴⁴ *Fujitsu* volg dus nie die uitsprake in *FNB*, *Goodman* en *Pall* nie maar wel die beslissing in *Hotels*. Die saak bring 'n verandering mee in die lyn van beslissings waar howe 'n *pacta sunt servanda*-benadering gevolg het, maar tog vrywaring vir opsetlike onregmatige handeling in 'n wyd bewoorde klousule ingelees het sonder om die bedoeling van partye in ag te neem.

Die uitspraak in *Fujitsu* op hierdie punt is te verwelkom, maar die stelling dat partye opsetlike onregmatige gedrag van 'n werknemer kontraktueel mag uitsluit deur dit bloot eksplisiet te noem, moet met omsigtigheid benader word. Uitsluiting van opsetlike onregmatige gedrag van die kontraktant self kan in sommige omstandighede teen die openbare beleid wees weens die ontwikkeling van middellike aanspreeklikheid om ook opsetlike onregmatige gedrag van 'n werknemer in te sluit. Daar kan geargumenteer word dat wanneer sekere faktore aanwesig is, die handhawing van die vrywaringsklousule teen die openbare beleid sou kon wees. Hierdie faktore word hier onder in die aanbevelings en slot bespreek.

Aangesien die Wet op Verbruikersbeskerming beperkinge plaas op aanspreeklikheid wat in sekere omstandighede in vrywaringsklousules uitgesluit kan word en ook artikels bevat met betrekking tot die uitsluiting van middellike aanspreeklikheid, word die relevante artikels van die wet kortliks hier onder bespreek.

7. Wet op Verbruikersbeskerming 68 van 2008

Die doel van die wet is om verbruikers teen onbillike kontrakbedinge te beskerm. Die definisie van 'n verbruiker is 'n persoon aan wie spesifieke goedere of dienste in die gewone loop van die verskaffer se besigheid bemark is, of ten opsigte waarvan 'n persoon 'n ooreenkoms aangegaan het, of 'n persoon wat 'n gebruiker is van sekere goedere of dienste, onafhanklik daarvan of die persoon 'n ooreenkoms met die verskaffer aangegaan het. 'n Konsessiehouer (*franchisee*) kan in sekere omstandighede ook as 'n verbruiker kwalifiseer. 'n Verskaffer word gedefinieer as enige persoon wat goedere of dienste bemark.¹⁴⁵

Die wet is nie van toepassing op verbruikers wat regspersone (ook vennootskappe en trusts) is met bates of 'n omset van bo die drempelbedrag wat van tyd tot tyd deur die minister ingevolge artikel 6 vasgestel word nie (tans R2 miljoen).¹⁴⁶

Wat betref vrywaringsklousules bepaal artikel 48(1)(c) dat verskaffers nie by verskaffing van goedere of dienste mag vereis dat 'n verbruiker afstand doen van enige regte, of dat die verskaffer vrygestel word van enige aanspreeklikheid op voorwaardes wat onbillik, onredelik of onregverdig (“unfair, unreasonable or unjust”) is nie. Artikel 48(2) gee voorbeelde van bedinge wat as onbillik, onredelik of onregverdig beskou word. Dit sluit in bedinge wat oormatig eensydig is tot voordeel van die verskaffer en bedinge wat in so 'n mate tot nadeel van die verbruiker is dat dit “inequitable” is.¹⁴⁷ Aangesien die betekenis van “inequitable” nie omskryf word nie, doen Mapangavanhu aan die hand dat howe die begrip doelmatig uitlê om voldoende beskerming aan verbruikers te bied.¹⁴⁸

Artikel 49 vereis dat bepalings in 'n kontrak wat die risiko van 'n verskaffer beperk en 'n risiko vir 'n verbruiker inhou, op 'n duidelike wyse onder die verbruiker se aandag gebring moet word. In gevalle waar die risiko van 'n onverwagse aard is, of 'n klousule wat nie verwag sou word deur 'n normaal-waaksame verbruiker (“an ordinarily alert consumer”) nie, of die risiko van ernstige besering of dood inhou, moet die verskaffer die aard, moontlike gevolge en risiko onder die aandag van die verbruiker bring.¹⁴⁹ Sulke klousules moet op 'n duidelik sigbare plek aangebring word en moet in eenvoudige taal (“plain language”) geskryf wees.¹⁵⁰ Die verbruiker moet bewus gemaak word van die klousule voordat die ooreenkoms aangegaan word en daar moet genoeg tyd gelaat word vir die verbruiker om vertrouwd te raak met die inhoud. Die

verbruiker moet instemming met die klousules toon deur die ooreenkoms te teken of te parafeer.¹⁵¹

In 'n beslissing waar die hof artikel 49 van die wet moes interpreteer, naamlik *Van Wyk t/a Skydive Mossel Bay v UPS SCS South Africa (Pty) Ltd (Van Wyk)*,¹⁵² het die vrywaringsklousule gelui dat die verskaffer nie aanspreeklik is vir enige skade deur 'n derde wat deur die verskaffer gekontrakteer word om die kontrak uit te voer nie, selfs al betaal die verskaffer vir die derde se dienste.¹⁵³ Die hof beslis dat omdat die vrywaringsklousule nie aan die verbruiker uitgewys is nie, dit onafdwingbaar is selfs al het die verbruiker die ooreenkoms onderteken. Al was die verbruiker 'n bestuurder van 'n onderneming wat volgens die verskaffer kundig moes gewees het aangaande sulke klousules, het die hof nogtans beslis dat die klousule onafdwingbaar ingevolge die wet is, aangesien sodanige klousule selfs vir 'n ervare persoon onverwags kon wees.¹⁵⁴ Die hof wys daarop dat die wet tempering meebring in die ongenaakbaarheid van die formalistiese toepassing van die *caveat subscriptor*-reël soos in *Afrox* toegepas.

Naudé¹⁵⁵ wys daarop dat artikel 49 'n tweesnydende swaard kan wees. Indien die vrywaringsklousule onder die verbruiker se aandag gebring is, kan dit afgedwing word al is dit onbillik. Dit is veral problematies by uitsluiting van verantwoordelikheid vir dood of besering waar die verbruiker se liggaamlike integriteit op die spel is.¹⁵⁶ In dié verband doen Mapangavanhu aan die hand dat artikel 51(1)(c) gewysig word om 'n verbod te plaas op uitsluiting van aanspreeklikheid vir persoonlike besering en dood.¹⁵⁷

Artikel 51(1)(c)(i) bepaal dat vrywaringsklousules wat growwe nalatigheid van die verskaffer of die verskaffer se werknemers uitsluit ongeldig sal wees. In *FNB* waar die diefstal van kluiskeys ter sprake was (sien hier bo), het die regsvertegenwoordiger van die benadeeldes geargumenteer dat FNB grof nalatig was en dus deur hierdie artikel verbied word om op 'n vrywaringsklousule te steun.

Naudé toon aan dat hierdie artikel die gevaar kan inhou dat vrywaring teen gewone nalatigheid as aanvaarbaar gesien word. Nalatigheid kan egter steeds onder die algemene verbod op onbillike, onredelike of onregverdigde kontrakte val.¹⁵⁸

'n Verskaffer kan verder nie uit aanspreeklikheid vir eie bedrog of oneerlikheid kontrakteer nie.¹⁵⁹ Ingevolge artikel 52(3) kan die hof 'n beding wat na die hof se mening gewetenloos, onbillik, onredelik en onregverdig is, ongeldig verklaar.

'n Sogenaamde “gryslys” van kontraktuele bedinge wat vermoed word onbillik en onredelik te wees, verskyn in regulasie 44 van die wet. Die feit dat dit net as vermoedelik onbillik beskou word, dui aan dat daar nie 'n verbod op so 'n klousule is nie en dat die verskaffer die vermoede kan weerlê. Die lys sluit klousules in wat bepalings bevat tot die effek dat die verskaffer nie aanspreeklik is vir dood of besering van die verbruiker nie (sien die standpunte van Naudé en Mapangavanhu hier bo); bedinge wat die verbruiker se regte en remedies beperk in geval van algehele of gedeeltelike versuim om verpligtinge ingevolge die kontrak na te kom; bedinge wat bepaal dat werkgewers nie middellik aanspreeklik vir die handeling van hul werknemers is nie (gelees met artikel 113 van die wet), asook die wysiging van die normale reëls met betrekking tot die verspreiding van risiko tot nadeel van die verbruiker. Die laaste sinsnede verwys uit die aard van die saak na vrywaringsklousules.

Met betrekking tot middellike aanspreeklikheid bepaal artikel 113 dat indien 'n werknemer aanspreeklik is vir enige handeling of versuim ingevolge die wet in die loop van die persoon se diens of aktiwiteite namens die werkgever, die werkgever en werknemer gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik sal wees, behalwe in die geval van strafregtelike aanspreeklikheid. Hierdie bepaling is net van toepassing op handeling wat die wet oortree en nie op nalatige of opsetlike gedrag buite die wet nie. Die bepaling het dus geen invloed op die beperking van middellike aanspreeklikheid wat nie met die wet verband hou nie.

Besighede met bates of 'n omset van minder as R2 miljoen per jaar word ook deur die wet beskerm, aangesien sodanige besighede ook as verbruikers gesien kan word. Hierdie lae bedrag het tot gevolg dat talle klein besighede van beskerming uitgesluit is. Individue is normaalweg die mees kwesbare persone en hulle word inderdaad deur die wet beskerm, maar klein besighede is dikwels in 'n ongelyke bedingingsposisie waar ooreenkomste met groot besighede gesluit word. Die Departement van Kleinsakeontwikkeling het in Maart 2019 nuwe definisies met betrekking tot die omset vir mikro-, klein en mediumondernemings bekend gemaak. Die bedrae verskil vir verskillende sektore, maar die laagste omset vir 'n mikroönderneming is R5 miljoen in gemeenskaps-, sosiale en persoonlike diens.¹⁶⁰ In die lig hiervan, behoort die drempelbedrag in die wet verhoog te word.

Vrywaringsklousules kan steeds teen verbruikers afgedwing word, solank die bepalings wat onverwags is onder hul aandag gebring word. Die situasie in *Afrox* kan dus herhaal word met 'n klein wysiging, die pasiënt moet slegs ingelig word dat hy nie skadevergoeding sal kan eis as hy sy ledemaat weens nalatigheid van 'n werknemer verloor nie. Dieselfde geld vir die feite in *FNB*. Die bank kan steeds die vrywaringsklousule in stand hou solank die party ingelig is met betrekking tot die vrywaringsklousule, alhoewel growwe nalatigheid nie uitgesluit mag word nie. In *Afrox* en *FNB* sou die benadeelde partye wel kon poog om 'n hof te oortuig dat die klousules ongeldig is omdat dit gewetenloos, onbillik, onredelik en onregverdig is. Die uitsluiting van gemeenregtelike remedies word verder vermoed onbillik te wees volgens die regulasies, soos hier bo uitgewys, maar die verskaffer sou dit kon weerlê. Die verbruiker sou moontlik kon aantoon dat die klousule so eensydig is dat die handhawing daarvan tot uiterste onbillikheid kon lei.¹⁶¹

Die wet bied dus wel verligting vir kontraktante wat in die verlede ernstig deur vrywaringsklousules benadeel is, maar dit is nie 'n kuur vir alle gevalle van ongelyke bedingingsposisies vir individue en ook kleiner besighede wat nie binne die definisie van verbruikers val nie. Selfs kontraktante wat nie binne die definisie van 'n verbruiker val nie en dus nie die beskerming van die wet geniet nie, sou wel kon argumenteer dat 'n bepaling gewetenloos, onbillik, onredelik en onregverdig is en daarom nie afdwingbaar is nie.

8. Aanbevelings en gevolgtrekking

Ingevolge die gemenerereg kan werkgevers hul middellike aanspreeklikheid deur middel van vrywaringsklousules uitsluit. 'n Benadeelde party kan egter die handhawing van so 'n klousule op verskeie gronde in die hof aanveg. In hierdie bydrae word aangevoer dat die gronde waarop howe in die verlede vrywaringsklousules wat middellike aanspreeklikheid uitsluit, gehandhaaf het, dikwels teen die openbare beleid is. Die belangrikste beleidsoorwegings waarop die oplegging van middellike aanspreeklikheid berus, naamlik billike vergoeding vir die slagoffer

en afskrikking van die werkgewer (om sodoende te verseker dat die werkgewer die nodige maatreëls in plek stel om 'n herhaling van die gedrag te verhoed), is nie in hierdie beslissings in ag geneem nie. Daar word aan die hand gedoen dat die *boni mores* wat die deliktereg informeer en middellike aanspreeklikheid van werkgewers ten grondslag lê, ook in ag geneem behoort te word by kontraktuele beginsels wat bepaal of hierdie tipe vrywaringsklousules gehandhaaf behoort te word.

In *Bazley*,¹⁶² *Stallion*¹⁶³ en *Fujitsu*¹⁶⁴ het die hofe daarop gewys dat 'n verhoogde risiko wat deur 'n werkgewer geskep word 'n belangrike faktor by die beslissing is of middellike aanspreeklikheid opgelê behoort te word. Waar aanspreeklikheid opgelê word in 'n geval waar die werkgewer die risiko verhoog het, word die beleidsoorweging van afskrikking gedien. Waar die werkgewer se onderneming nie bygedra het tot verhoogde risiko nie, sal oplegging van middellike aanspreeklikheid nie die beleidsoorweging van afskrikking dien nie, aangesien die werkgewer nie maatreëls sal kan tref om 'n herhaling van die onregmatige gedrag te verhoed nie. Die beleidsoorwegings by oplegging van middellike aanspreeklikheid is van soveel belang vir die gemeenskap (dat slagoffers billik vergoed word en dat misdaad en onregmatige dade voorkom word), dat vrywaringsklousules wat middellike aanspreeklikheid uitsluit nie ligtelik deur hofe afgedwing behoort te word nie. Die hofe behoort die gemenerereg in die lig van die Grondwet te ontwikkel om kriteria daar te stel vir die handhawing van vrywaringsklousules wat middellike aanspreeklikheid uitsluit. Die volgende verklaring van appèlregter Harms in *Van Jaarsveld v Bridges*¹⁶⁵ is van belang in hierdie konteks:

Courts have not only the right but also the duty to develop the common law, taking into account the interests of justice and at the same time to promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights. In this regard courts have regard to the prevailing mores and public policy considerations.¹⁶⁶

Daar word aan die hand gedoen dat hofe die volgende faktore by die besluit of 'n vrywaringsklousule gehandhaaf behoort te word, in ag moet neem aangesien dit sal bydra om gevolg te gee aan die beleidsoorwegings onderliggend aan die oplegging van middellike aanspreeklikheid:

- Daar behoort gehou te word by die gemeenregtelike reël dat vrywaringsklousules beperkend en teen die *proferens* uitgelê moet word, veral by wyd bewoorde klousules wat nie die spesifieke risiko beskryf nie.
- Die bedoeling van partye met die vrywaringsklousule behoort in alle gevalle vasgestel te word en nie net waar daar ooglopende dubbelsinnigheid is nie.¹⁶⁷
- Waar daar vrywaring teen die kerndoel (essensie) van die kontrak is, behoort die hof selfs met groter omsigtigheid te werk te gaan om vas te stel of dit werklik die bedoeling van die partye was om vrywaring te verleen.¹⁶⁸
- Indien daar 'n ongelyke bedingingsposisie by kontraksluiting was, behoort die klousule nie in stand gehou te word nie. Selfs in die geval van twee korporatiewe partye behoort die reg op gelykheid te geld.¹⁶⁹
- Om 'n ongelyke bedingingsposisie met groter besigheidsentiteite te vermy, behoort die drempelbedrag in die Wet op Verbruikersbeskerming van R2 miljoen vir beskerming van juridiese persone verhoog te word.
- Waar 'n werkgewer 'n verhoogde risiko geskep het en dit daartoe bygedra het dat onregmatige gedrag plaasgevind het,¹⁷⁰ sal oplegging van middellike aanspreeklikheid

die beleidsoorweging van afskrikking dien om werkgewers aan te spoor om maatreëls te neem om die onregmatige gedrag in die toekoms te verhoed.

- Waar die Wet op Verbruikersbeskerming bepaal dat sekere vrywaringsklousules (soos wat onverwags in 'n kontrak is) afgedwing kan word nadat dit aan die verbruiker uitgewys is, behoort howe steeds in ag te neem of die klousule onbillik, onredelik, onregverdig of gewetenloos is. Klousules sal aan hierdie omskrywing beantwoord indien dit oormatig eensydig en teenstrydig met die belange van 'n party is.¹⁷¹ Sodanige klousules kan deur die hof ingevolge artikel 52 van die wet ongeldig verklaar word. Ook in sake waar die wet nie toepaslik is nie, kan hierdie kriteria aangewend word om te bepaal of die handhawing van 'n klousule teen die openbare beleid sal wees.
- In die lig van die uitbreiding van middellike aanspreeklikheid van werkgewers om ook opsetlike onregmatige gedrag in te sluit, behoort wyd bewoorde vrywaringsklousules wat nie middellike aanspreeklikheid spesifiek uitsluit nie, nie geïnterpreteer te word om sodanige aanspreeklikheid uit te sluit nie.¹⁷²
- Waar aanspreeklikheid vir opsetlike onregmatige gedrag wel eksplisiet uitgesluit is, behoort howe nie outomaties daaraan gevolg te gee nie. Die openbare belang, gegrond in beleidsoorwegings onderliggend aan die oplegging van sodanige aanspreeklikheid, (dus die *boni mores*), behoort in aanmerking geneem te word in plaas daarvan om 'n formalistiese *pacta sunt servanda*-benadering te volg.

In *Goodman* het die hof wel toegegee dat die *boni mores* (hier in 'n kontraktuele konteks) met verloop van tyd kan verander. Daar kan geargumenteer word dat die *boni mores* met betrekking tot die oplegging van middellike aanspreeklikheid wel ontwikkel het om groter klem te lê op beleidsoorwegings onderliggend aan middellike aanspreeklikheid en ook om aanspreeklikheid vir opsetlike onregmatige handelinge aan werkgewers op te lê. Die vraag wat dan na vore kom, is of beleidsoorwegings wat geld vir die oplegging van middellike aanspreeklikheid (wat 'n deliktuele aangeleentheid is) die reëls van kontraktereg kan informeer of moet die twee streng geskei bly. Die *dictum* in *Barkhuizen* wat lui dat die openbare beleid soos in die Grondwet neergelê beginsels van billikheid, geregtigheid en regverdigheid inhou, is nie in *Beadica* weerspreek nie. Regter Ngcobo se *dictum* in *Barkhuizen* dat billikheid, geregtigheid en regverdigheid waardes is wat die *boni mores* informeer, saam met sy beklemtoning dat “justice must be done between man and man”, is kragtig en sny deur alle formalistiese argumente wat *pacta sunt servanda* vooropstel. Dit bied ruimte vir die argument dat beginsels waarop die openbare beleid gebaseer is met betrekking tot die grondslag vir middellike aanspreeklikheid ook aangewend kan word om te beslis of vrywaringsklousules wat middellike aanspreeklikheid uitsluit, gehandhaaf behoort te word.

Bibliografie

Atiyah, P.S. 1967. *Vicarious liability in the law of torts*. Londen: Butterworths.

Barnard-Naudé, A.J. 2008. Oh what a tangled web we weave ... Hegemony, freedom of contract, good faith and transformation – towards a politics of friendship in the politics of contract. *Constitutional Court Review*, 1(1):155–208.

- Bradfield, G.B. en R.H. Christie. 2016. *Christie's law of contract in South Africa*. 7de uitgawe. Durban: LexisNexis.
- Broekman, T. 2018. Biggest bank robbery in South African history: 60 issue summons against FNB. 31 Oktober 2018. <https://www.broekmann.co.za/biggest-bank-robbery-in-sa-history-60-issue-summons-against-fnb> (25 Februarie 2021 geraadpleeg).
- Businessstech, 2018. FNB Safety deposit box heist victims are suing for R121 million. *Businessstech* 18 September 2018. <https://businessstech.co.za/news/banking/272193/fnb-safety-deposit-box-heist-victims-are-suing-for-r121-million> (15 Februarie 2021 geraadpleeg).
- Calitz, K. 2005. Vicarious liability of employers: reconsidering risk as the basis for liability. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 2:215–35.
- . 2007. The close connections test for vicarious liability. *Stellenbosch Regstydskrif*, 18(1):45–68.
- . 2019. Sexual harassment: Why do victims so often resign? *E v Ikwezi Municipality* 2016 37 ILJ 1799 (ECG). *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 22:1–23.
- Christie, R.H. 1996. *The law of contract in South Africa*. 3de uitgawe. Durban: Butterworths.
- Departement: Kleinsakeontwikkeling. 2019. <https://www.businessinsider.co.za/micro-small-and-medium-business-definition-update-by-sector-2019-3> (15 Februarie 2021 geraadpleeg).
- Fagan, A. 2009. The confusion of K. *South African Law Journal*, 126(1):156–***.
- Fleming, J.G. 1992. *The law of torts*. 8ste uitgawe. Sydney: Law Book Co.
- Giliker, P. 2013. *Vicarious liability in tort: A comparative perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kanamugire, J.C. en T.V. Chimuka. 2014. The current state of exemption clauses in the South African law of contract. *Mediterranean Journal of Social Sciences*, 5(9):64–75.
- Louw, A.M. 2013. Yet another call for a greater role for good faith in the South African law of contract: Can we banish the law of the jungle, while avoiding the elephant in the room? *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 16(5):44–120.
- Mapangavanhu, Y. 2014. Exemption clauses and the Consumer Protection Act: An assessment of *Naidoo v Birchwood Hotel* 2012 6 SA 170 (GSJ). *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 17(3):1166–94.
- Naudé, T. en Lubbe, G. 2005. Exemption clauses – A rethink occasioned by *Afrox Healthcare v Strydom*. *South African Law Journal*, 122(2):441–63.
- Naudé, T. 2009. The consumer's right to fair, reasonable and just terms under the new Consumer Protection Act in comparative perspective. *South African Law Journal*, 126(3):505–36.

Neethling, J. 2019. Risikoskepping en die middellike aanspreeklikheid van werkgewers: 'n belangrike ontwikkeling: *Stallion Security v Van Staden* (526/2018) [2019] ZASCA 127 (27 September 2019). *LitNet Akademies*, 16(3):820–9.

Scott, J. 2011. Middellike aanspreeklikheid van die staat vir misdadige polisie-optrede: Die heilsame ontwikkeling duur voort. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 1:135–47.

Stoop, P.N. 2008. The current status of the enforceability of contractual exemption clauses in contracts for the exclusion of liability in the South African law of contract. *South African Mercantile Law Journal*, 20(4):496–509.

Wagener, S. 2008. K v Minister of Safety and Security and the increasingly blurred line between personal and vicarious liability. *South African Law Journal*, 125(4):673–80.

Eindnotas

¹ (21830/2014) [2020] ZAGPJHC 111 (25 Maart 2020).

² Giliker (2013:18–9).

³ Calitz (2005:215).

⁴ Fleming (1992:367).

⁵ Atiyah (1967:27).

⁶ Giliker (2013:19).

⁷ *Feldman (Pty) Ltd v Mall* 1945 AD 733, 741.

⁸ *Mkhize v Martens* 1914 AD 382.

⁹ [1999] 2 SCR 534.

¹⁰ *Bazley* par. 11.

¹¹ *Bazley* par. 36.

¹² *Bazley* parr. 26–34.

¹³ *Bazley* par. 36.

¹⁴ *Bazley* par. 41.

¹⁵ *Bazley* par. 58.

¹⁶ [1999] SCR 590.

¹⁷ *Jacobi* parr. 82–3.

¹⁸ [2001] UKHL 22.

¹⁹ [2002] UKHL 48.

²⁰ 2004 4 SA 221 (K).

²¹ [2005] 3 All SA 297 (HHA). Sien Calitz (2005:215–35).

²² 2005 6 SA 419 (KH).

²³ *K* par. 22.

²⁴ [1986] 1 All SA 361 (A).

²⁵ Par. 8.

²⁶ 1945 AD 733.

²⁷ *Feldman* 741.

²⁸ *K* parr. 50–2. Sien ook oor die noueverbandtoets Calitz (2007:45–68). Sien Fagan (2009:156) en Wagener (2008:673–80) vir kritiek op die uitspraak in *K*, wat hulle beskou as die oplegging van onbeperkte aanspreeklikheid op die polisiemag. Scott (2011:135–47) is egter ten gunste van die ontwikkeling.

²⁹ 2012 1 SA 536 (KH).

³⁰ 2018 6 SA 1 (KH).

³¹ 2016 5 SA 114 (ECG).

³² *E* par. 79. Sien Calitz (2019:1–23).

³³ (2019) 40 ILJ 2695 (HHA).

³⁴ *Stallion* parr. 36–7.

³⁵ *Stallion* par. 37.

³⁶ *Stallion* par. 32.

³⁷ Neethling (2019:820).

³⁸ (21830/2014) [2020] ZAGPJHC 111 (25 Maart 2020).

³⁹ Stoop (2008:496–509, 496).

- ⁴⁰ Kanamugire en Chimuka (2014:164).
- ⁴¹ Mapangavanhu (2014:1167).
- ⁴² 2007 SACC 5 parr. 136 e.v.
- ⁴³ Stoop (2008:497); *Afrox Health Care v Strydom* [2002] 4 All SA 125 (HHA) par. 6; *Durban's Water Wonderland (Pty) Ltd v Botha* [1999] 1 All SA 411 (A) par. 15.
- ⁴⁴ *Wonderland* par. 18; *Mercurius Motors v Lopez* 2008 3 SA 572 (HHA) par. 33; *Afrox* par. 36.
- ⁴⁵ 2002 6 SA 21 (HHA).
- ⁴⁶ *Afrox* par. 36.
- ⁴⁷ Naudé en Lubbe (2005:122).
- ⁴⁸ 2008 3 SA 572 (HHA).
- ⁴⁹ *Mercurius* par. 33.
- ⁵⁰ *Afrox* par. 9; *Hotels, Inns & Resorts SA (Pty) Ltd v Underwriters at Lloyds* 1998 4 SA 466 (T) par. 29.
- ⁵¹ *Hotels* par. 29.
- ⁵² 2007 2 SA 83 (HHA).
- ⁵³ *Drifters* par. 9.
- ⁵⁴ *Pall SA (Pty) Ltd v Group 4 Falck Security Services (Pty) Ltd* (A233/07) [2010] ZAGPPHC 558 (10 Februarie 2010) par. 13.
- ⁵⁵ [2010] ZAGPPHC 558. Die saak sal hier onder in afdeling 5 wat handel oor vrywaringsklousules en middellike aanspreeklikheid verder bespreek word.
- ⁵⁶ [1999] 1 All SA 411 (A).
- ⁵⁷ *Wonderland* par. 10.
- ⁵⁸ Sien hier onder.
- ⁵⁹ *Magna Alloys and Research SA (Pty) Ltd v Ellis* 1984 4 SA 874 (A) 891G; *Afrox* par. 10.
- ⁶⁰ [1989] 1 All SA 347 (A).
- ⁶¹ *Fender v St John-Mildmay* (1938) AC 1, 12.
-

⁶² *Sasfin* par. 12.

⁶³ *Sasfin* parr. 28–9.

⁶⁴ 2001 1 SA 464 (K).

⁶⁵ Par. 140.

⁶⁶ 2002 4 SA 1 (HHA).

⁶⁷ *Brisley* par. 24.

⁶⁸ *Brisley*, afsonderlike uitspraak parr. 4–6.

⁶⁹ *Afrox* par. 10.

⁷⁰ Par. 32.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² 2007 5 SA 323 (KH).

⁷³ *Barkhuizen* parr. 56–7.

⁷⁴ *Barkhuizen* parr. 56–8.

⁷⁵ *Barkhuizen* par. 73.

⁷⁶ *Barkhuizen* par. 141.

⁷⁷ *Barkhuizen* par. 154.

⁷⁸ Louw (2013:81).

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ 2020 5 SA 247 (KH).

⁸¹ *Beadica* par. 84.

⁸² *Beadica* par. 87.

⁸³ *Beadica* par. 80.

⁸⁴ *Beadica* par. 148.

⁸⁵ *Beadica* par. 202.

⁸⁶ Barnard-Naudé (2008:155–208).

⁸⁷ *Afrox* par. 10.

⁸⁸ *Barkhuizen* 154.

⁸⁹ 1927 AD 69.

⁹⁰ *Stoop* (2008:502).

⁹¹ *First National Bank of SA Ltd v Rosenblum (FNB)* 2001 4 SA 189 (HHA) par. 22;
Goodman Brothers (Pty) Ltd v Rennies Group Ltd 1997 4 SA 91 (W) par. 99.

⁹² 1978 2 SA 794 (A).

⁹³ *Fibre Spinners* 806.

⁹⁴ 1997 4 SA 91 (W).

⁹⁵ *Goodman* par. 94.

⁹⁶ *Goodman* par. 96.

⁹⁷ *Bradfield en Christie* (2016:104).

⁹⁸ *Goodman* par. 102.

⁹⁹ *Goodman* parr. 103–4.

¹⁰⁰ *Goodman* par. 107.

¹⁰¹ *Goodman* parr. 107–8.

¹⁰² 2001 4 SA 189 (HHA).

¹⁰³ *FNB* par. 22.

¹⁰⁴ Parr. 6–7.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Broekman* (2018).

¹⁰⁷ *Businesstech* (2018).

¹⁰⁸ 1998 4 SA 466 (K).

¹⁰⁹ Par. 6.

¹¹⁰ *Hotels* par. 18.

¹¹¹ *Hotels* par. 25.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Hotels* par. 26.

¹¹⁴ *Hotels* par. 29.

¹¹⁵ Christie (1996:216).

¹¹⁶ 1993 3 SA 424 (A).

¹¹⁷ Parr. 16–7.

¹¹⁸ Naudé en Lubbe (2005:441).

¹¹⁹ (A233/07) [2010] ZAGPPHC 558 (10 Februarie 2010).

¹²⁰ Par. 5.

¹²¹ *Hotels* par. 30.

¹²² *Pall* par. 14.

¹²³ *Afrox* par. 10.

¹²⁴ Par. 9.

¹²⁵ Parr. 22–4.

¹²⁶ Parr. 20–1.

¹²⁷ *Afrox* par. 21.

¹²⁸ Naudé en Lubbe (2005:442).

¹²⁹ Bradfield en Christie (2016:104).

¹³⁰ Bradfield en Christie (2016:218).

¹³¹ *Fujitsu* parr. 11–6.

¹³² *Fujitsu* par. 8.

¹³³ *Fujitsu* par. 24.

¹³⁴ *Fujitsu* parr. 25–7.

¹³⁵ *Fujitsu* parr. 29–30.

- ¹³⁶ *Goodman* par. 47.
- ¹³⁷ *Fujitsu* par. 36.
- ¹³⁸ *Fujitsu* par. 37.
- ¹³⁹ 2016 1 SA 518 (HHA) par. 27.
- ¹⁴⁰ 2014 2 SA 494 (HHA) parr. 10–2.
- ¹⁴¹ 2013 5 SA 1 (HHA) parr. 24, 25.
- ¹⁴² *Novartis* par. 28.
- ¹⁴³ *Wonderland* par. 10.
- ¹⁴⁴ *Fujitsu* par. 46.
- ¹⁴⁵ Art. 1.
- ¹⁴⁶ Art. 5(2)(b).
- ¹⁴⁷ Art. 48(2)(b).
- ¹⁴⁸ Mapangavanhu (2014:1184).
- ¹⁴⁹ Art. 49(2).
- ¹⁵⁰ Art. 49(3) geles met art. 22.
- ¹⁵¹ Art. 49(2)(H).
- ¹⁵² [2020] 1 All SA 857 (WKK).
- ¹⁵³ *Van Wyk* par. 11.
- ¹⁵⁴ *Van Wyk* par. 92.
- ¹⁵⁵ Naudé (2009:505).
- ¹⁵⁶ Naudé (2009:510).
- ¹⁵⁷ Mapangavanhu (2014:1189).
- ¹⁵⁸ Naudé (2009:523–4).
- ¹⁵⁹ Art. 51(1)(a)(ii) en (iii).
- ¹⁶⁰ Departement: Kleinsakeontwikkeling (2019).
-

¹⁶¹ *Afrox* par. 10.

¹⁶² *Bazley* par. 38.

¹⁶³ *Stallion* par. 32.

¹⁶⁴ *Fujitsu* parr. 25–7.

¹⁶⁵ 2010 ZASCA 76.

¹⁶⁶ *Van Jaarsveld* par. 3.

¹⁶⁷ Sien *Novartis* hier bo.

¹⁶⁸ Sien *Hotels*, Lubbe en Naudé hier bo.

¹⁶⁹ Sien Froneman J in *Beadica*.

¹⁷⁰ Sien *Stallion* en *Fujitsu* hier bo.

¹⁷¹ Art. 48(2)(a)–(b) van die wet.

¹⁷² Sien die kritiek op *Goodman, Pall* en *FNS* hier bo.