

Regspraak

AQUILIESE AANSPREEKLIKHEID VIR SUIWER EKONOMIESE VERLIES – DIE HOOGSTE HOF VAN APPÈL DRAAI BRIEK AAN

Country Cloud Trading CC v MEC, Department of Infrastructure Development 2014 2 SA 214 (HHA)

1 Inleiding

Daar bestaan nouliks twyfel daaroor dat die moderne Suid-Afrikaanse deliktereg tans in 'n smeltkroes verkeer. Die onlangse verlede getuig byvoorbeeld van die aanwending van die reëls (sommiges sou beweer “leerstuk”) van middellike aanspreeklikheid om werkgewers, soos die staat, aanspreeklik te hou vir die onregmatige daade van hul werknemers onder omstandighede wat skaars 'n dekade of twee gelede ondenkbaar sou wees (sien by *Carmichele v Minister of Safety and Security (Centre for Applied Legal Studies Intervening)* 2001 4 SA 938 (KH); *K v Minister of Safety and Security* 2005 6 SA 419 (KH); en *F v Minister of Safety and Security* 2012 1 SA 536 (KH)), asook van die herbesinning deur ons howe oor sekere grondbeginsels van ons deliktereg, soos die fundamentele uitgangspunt dat skade rus waar dit val en die betekenis van bepaalde delikselemente soos onregmatigheid (sien by *Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v Advertising Standards Authority SA* 2006 1 SA 461 (HHA)), die afbakening van die grense tussen elemente soos onregmatigheid en die skuldvorm nalatigheid ten einde byvoorbeeld te bepaal of 'n handeling in noodtoestand die onregmatigheids- of nalatigheidselement kanselleer (sien by *Crown Chickens (Pty) Ltd t/a Rocklands Poultry v Rieck* 2007 2 SA 118 (HHA)) en selfs die vraag of onregmatigheidsbewussyn 'n komponent is van *animus iniuriandi* vir doeleindes van die lasterreg (sien by *Le Roux v Dey* 2010 4 SA 210 (HHA)).

Hierdie enkele voorbeelde sou 'n mens sonder meer tot 'n hele katalogus kon uitbrei, waarvan 'n bespreking etlike dik volumes met gemak sou vul. Voorop in hierdie katalogus sou 'n mens die uitbreiding kon vermeld van die toepassingsveld van die deliktuele vordering weens die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies. Die sprong wat hoofregter Rumpff 35 jaar gelede in die baanbrekende uitspraak *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* (1979 3 SA 824 (A)) gewaag het om 'n deliktuele vordering weens nalatige wanvoorstelling (as *species* van die *genus* vordering weens suiwer ekonomiese verlies) as 't ware by die hare in die Suid-Afrikaanse reg by te sleep, het inderdaad 'n ontwikkelingstydperk vir die vordering weens suiwer ekonomiese verlies ingelui wat waarskynlik in die uitspraak van appèlregter Harms in die *Telematrix*-saak 'n hoogtepunt bereik het. Na daardie uitspraak sou weinig daaraan kon twyfel dat die *actio legis Aquiliae* vir alle praktiese doeleindes hier te lande sy sogenaamde “logiese eindontwikkeling” bereik het, waarmee bedoel word dat “dié aksie ingestel kan word in alle gevalle waar skade op 'n onregmatige en skuldige wyse veroorsaak is” (Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1989) 227; sien verder Van der Merwe *Die Beskerming van Vorderingsregte uit Kontrak teen Aantasting deur Derdes* (1959) 127 ev.) (Die feit dat die eis in die *Telematrix*-saak misluk het, beïnvloed geensins hierdie afleiding nie.) Dit wek dan ook geen verbasing dat moderne Suid-Afrikaanse deliktereghandboeke afsonderlike rubrieke of hoofstukke

aan “suiwer ekonomiese verlies” of “pure economic loss” wy nie (sien bv Neethling en Potgieter *Neethling-Potgieter-Visser Deliktereg* (2010) hfst 9.4; Loubser, Midgley ea *The Law of Delict in South Africa* (2012) hfst 16).

In ’n onlangse artikel het appèlregter Brand na die *Trust Bank*-saak verwys as die uitspraak “which started it all”, omdat die Suid-Afrikaanse deliktereg Aquiliese aanspreeklikheid tot op daardie stadium hoofsaaklik beperk het tot optrede wat fisiese skade of besering veroorsaak het en as ’n reël nie ’n vordering weens nadeel wat deur ’n late veroorsaak is, wou toelaat nie, welke beperkings deur ’n vrees vir oewerlose aanspreeklikheid gemotiveer is (Brand “The contribution of Louis Harms in the sphere of Aquilian liability for pure economic loss” 2013 *THRHR* 57 60). Brand wys daarop dat hoofregter Rumpff die onregmatigheidselement as ’n veiligheidsklep, ofte wel beheermeganisme ingespan het ten einde juis daarteen te waak dat sy dappere sprong om aanspreeklikheid sonder fisiese nadeel te erken die Suid-Afrikaanse deliktereg in ’n moeras van onsekerheid sou dompel. Vir hierdie soort geval sou onregmatigheid juis bestaan in die verbreking van ’n regsplig wat op die verweerder gerus het om die eiser nie te benadeel nie (welke meganisme dieselfde hoofregter in die vroeëre uitspraak *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 596F-597E ten opsigte van ’n late aangewend het). Dit verskil radikaal van die geval waar daar fisiese benadeling plaasgevind het wat altyd ’n *prima facie* bevinding van onregmatigheid sal regverdig (Brand 61). Dit is oorbekend dat die kriterium wat in die *Ewels*-saak neergelê is vir bepaling van die bestaan en verbreking van die regsplig dié van die “regsoortuiging van die gemeenskap”, ofte wel die *boni mores*, is – ’n toetssteen wat sedertdien male sonder tal in ons regspraak aangewend is en nog steeds aanwending vind. Brand spekuleer vervolgens soos volg oor die rede waarom hoofregter Rumpff nie in die *Ewels*- of die *Trust Bank*-saak die knoop deurgehak het en tot die slotsom geraak het dat die bestaan van die regsplig in wese op oorwegings van openbare en regsbeleid berus nie, asook oor die uiteindelijke effek van daardie uitsprake:

“Perhaps it was motivated by the fear that an express reference to vague notions of policy would fuel the criticism of those who believed that *Ewels* introduced uncertainty in the law of delict by ‘substituting judicial discretion for principle’. But whatever the reason, there could be no doubt that Rumpff CJ had realised that the imposition of legal liability for pure economic loss, by declaring the harm causing conduct ‘wrongful’, ultimately depended on considerations of public and legal policy” (61-62; sy verwysing in aanhalingstekens is na *Amicus Curiae* “The actionable omission – another view of the *Ewels*’s case” 1976 *SALJ* 85 87).

Dit behoeft geen betoog dat die blote stel van ’n kriterium soos “oorwegings van openbare beleid” in die laaste plek uiters vaag is en onsekerheid in die hand kan werk nie, aangesien verskillende regsprekers se standpunte oor die *inhoud* van sodanige oorwegings radikaal kan verskil. Dit is juis wat hierdie aspek betref dat die uitspraak van appèlregter Harms in die *Telematrix*-saak uiters relevant is. Daarin het hy kennelik gepoog om die onderhawige toepassing van die onregmatigheidstoets op vaster grondslag te vestig deur die toets soos volg te formuleer: “[C]onduct is wrongful if public policy considerations demand that in the circumstances the plaintiff has to be compensated for the loss caused by the negligent act or omission of the defendant” (468E). Hierdie formulering berus op ’n verkorte weergawe van hoofregter Rumpff se beroemde formulering van die algemene onregmatigheidstoets in die *Ewels*-saak (597A-B). Appèlregter Harms het hoofregter Rumpff se woorde “dat die late as onregmatig beskou behoort te word en ...” eenvoudig uitgelaat en daardeur die indruk gelaat dat die *Ewels*-saak in wese direkte gesag daarstel vir die onderhawige onregmatigheidstoets (net soos Fagan “Rethinking wrongfulness

in the law of delict” 2005 *SALJ* 90 107-109 na wie appèlregter Harms (468 n 15) onder andere op dié punt verwys het). Die formulering het appèlregter Harms die gramskap van veral Neethling en Potgieter op die hals gehaal (sien bv Neethling en Potgieter *Neethling-Potgieter-Visser Deliktereg* (2010) 83-88, “Wrongfulness in delict: a response to Brand JA” 2014 *THRHR* 116 117 ev). Dit is glad nie my voorname om hierdie ietwat “tere punt” van nuuts af oop te krap nie; die aard van hierdie bespreking leen hom gewoon nie daartoe nie.

Wat wel soos ’n paal bo water staan, is dat appèlregter Harms se formulering van die onregmatigheidstoets in die *Telematrix*-saak sedertdien in verskeie beslissings met goedkeuring aangehaal en toegepas is. Die afleiding sou dus hieruit gemaak kon word dat die uitspraak wel daarin geslaag het om die vae *boni mores*- of algemene redelikheidstoets vir onregmatigheid te verpak in ’n formule wat vir die praktyk meer vastigheid bied, ten spyte van enige geregverdigde teoretiese besware wat daar teen die swak fondament van die nuwe verpakking van die toets ingebring sou kon word. Dit is opmerklik hoe die getal gerapporteerde uitsprake oor suiwer ekonomiese verlies sedert die *Telematrix*-beslissing toegeneem het. In die *Suid-Afrikaanse Hofverslae* alleen is daar sedert die Februarie-uitgawe van 2006 (waarin die *Telematrix*-saak gerapporteer is) tot en met die saak wat tans bespreek word, onder die rubriek “pure economic loss” nie minder nie as 24 sake gerapporteer (een van die konstitusionele hof (*Steenkamp NO v Provincial Tender Board, Eastern Cape* 2007 3 SA 121 (KH)), twaalf van die hoogste hof van appèl (*Hirschowitz Flionis v Bartlett* 2006 3 SA 575 (HHA); *Trustees, Two Oceans Aquarium Trust v Kantey & Templer (Pty) Ltd* 2006 3 SA 138 (HHA); *Steenkamp NO v Provincial Tender Board, Eastern Cape* 2006 3 SA 151 (HHA); *Minister of Finance v Gore NO* 2007 1 SA 111 (HHA); *Holtzhausen v Absa Bank Ltd* 2008 5 SA 630 (HHA); *mCubed International (Pty) Ltd v Singer* 2009 4 SA 471 (HHA); *South African Post Office v De Lacy* 2009 5 SA 255 (HHA); *Fourway Haulage SA (Pty) Ltd v SA National Roads Agency Ltd* 2009 2 SA 150 (HHA); *Delphisure Group Insurance Brokers Cape (Pty) Ltd v Dippenaar* 2010 5 SA 499 (HHA); *AB Ventures Ltd v Siemens Ltd* 2011 4 SA 614 (HHA); *Cape Empowerment Trust Ltd v Fisher Hoffman Sithole* 2013 5 SA 183 (HHA); en, les bes, die *Country Cloud*-saak en elf van die provinsiale hooggeregshowe (*Standard Bank of South Africa Ltd v Supa Quick Auto Centre* 2006 4 SA 65 (N); *Thatcher v Katz* 2006 6 SA 407 (K); *Kantey & Templer (Pty) Ltd v Van Zyl NO* 2007 1 SA 610 (K); *Page v First National Bank Ltd* 2009 4 SA 484 (OK); *Gold Reef City Theme Park (Pty) Ltd v Electronic Media Network Ltd*; *Akani Egoli (Pty) Ltd v Electronic Media Network Ltd* 2011 3 SA 208 (GSJ); *AB Ventures Ltd v Siemens Ltd* 2011 1 SA 586 (GNP); *Nashua Mobile (Pty) Ltd v GC Pale CC t/a Invasive Plant Solutions* 2012 1 SA 615 (GSJ); *Stols v Garlicke & Bousfield Inc* 2012 4 SA 415 (KZP); *McCarthy Ltd t/a Budget Rent A Car v Sunset Beach Trading 300 CC t/a Harvey World Travel* 2012 6 SA 551 (GNP); *Living Hands (Pty) Ltd v Ditz* 2013 2 SA 368 (GSJ) en *Roestoff v Cliffe Dekker Hofmeyr Inc* 2013 1 SA 12 (GNP)).

Beslissings wat onder meer handel oor onregmatige mededinging, skending van ’n afhanklike se reg op onderhoud deur die veroorsaking van die dood van die broodwinner en die inbreukmaking op ’n kontraktuele verhouding, wat in wese ook oor suiwer ekonomiese verlies handel, is soms redaksioneel nie eens hierby ingesluit nie. Verder is dit insiggewend dat daar in nie minder nie as 28 uitsprake na die *Telematrix*-saak verwys is (drie maal deur die konstitusionele hof, sestien maal deur die hoogste hof van appèl en nege maal deur provinsiale howe; in veertien van hierdie sake is *dicta* uit *Telematrix* direk toegepas (“applications”); in die oorblywende veertien kom blote verwysings (“references”) voor. In etlike van hierdie gewysdes

het dit nie eens oor die kwessie van suiwer ekonomiese verlies gehandel nie, wat 'n aanduiding verskaf van die meer “universele” belang van die *Telematrix*-beslissing vir die Suid-Afrikaanse deliktereg. Dit sou nie oordrewe wees om te konstateer dat hierdie beslissing vandag sekerlik as een van die belangrikstes beskou kan word ooit in die loop van die historiese ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse regspraak op die gebied van die deliktereg die lig gesien het nie.

In die saak tans onder bespreking is die hof gekonfronteer met die vraag of Aquiliese aanspreeklikheid uitgebrei behoort te word om 'n deliktuele vordering toe te staan aan 'n derde wat benadeel is as gevolg van die feit dat 'n kontraksparty kontrakbreuk gepleeg het. Dit is blykbaar die eerste maal dat hierdie besondere *scenario* hom voor 'n Suid-Afrikaanse hof afgespeel het. Waar 'n mens normaalweg met kontrakspartye in die deliktereg te make het, ontstaan die vraag gewoonlik of hul kontraktuele vorderingsregte beskerming teen aantasting deur derdes geniet (waarvan daar 'n legio voorbeelde in die regspraak bestaan: vgl bv Neethling en Potgieter (2010) 323-326; Loubser, Midgley ea 234-237 en gesag daar aangehaal). In hierdie geval skets die hof die posisie asof presies die teenoorgestelde vraag hier te berde gebring is:

“For Country Cloud to succeed, we must extend delictual liability to a contracting party for damages [*sic*] suffered by a stranger to the contract resulting from the intentional repudiation of the contract by that contracting party. This, as counsel for Country Cloud rightly conceded, has never been done before” (225B).

Soos later aangetoon sal word (sien § 3.3 hierna), is 'n gans ander interpretasie van hierdie feitestel moontlik en was die regsvraag moontlik nie so oorspronklik as wat die hof dit geïnterpreteer het nie.

2 Feite en uitspraak

2.1 Feite en formulering van die vordering

Die verweerder verteenwoordig die Gautengse departement van infrastruktuurontwikkeling wat 'n boukontrak met 'n derde party (Ilima Projects (Pty) Ltd) gesluit het ingevolge waarvan laasvermelde bouwerk aan 'n hospitaal moes voltooi. Ten einde oor voldoende fondse vir die bouprojek te beskik, het Ilima 'n bedrag van R12 miljoen van die eiser (appellant) geleen. Ingevolge die leningsooreenkoms het die eiser in die gunstige posisie verkeer om 'n stewige wins van R8.5 miljoen te maak. Nadat die eiser die bedrag van R12 miljoen aan Ilima oorbetaal het, het die departement egter die boukontrak opgesê. Verskeie redes is deur die departement daarvoor aangevoer: eerstens is beweer dat die eiser voor sluiting van die kontrak 'n wesenlike wanvoorstelling gemaak het dat hy oor 'n geldige belastingvrystellingsertifikaat beskik wat deur die Suid-Afrikaanse Inkomstediens uitgereik is en 'n gunstige reputasie by die SAID geniet het, terwyl dit nie die werklike toedrag van sake sou wees nie; tweedens is beweer dat Ilima ook die wanindruk gewek het dat hy oor 'n geldige vlak 8-akkrediasie van die ontwikkelingsraad vir die konstruksiebedryf beskik, wat van alle waarheid ontbloot sou wees; en derdens is aangevoer dat die tender wat aan Ilima toegeken is in stryd was met die betrokke departementele aanskaffingsregulasies en -beleid, omdat die korrekte tenderprosedure onder andere nie nagevolg is nie en die beampte wat die boukontrak namens die departement met Ilima gesluit het gevolglik nie by magte was om dit te doen nie. Die uiteindelijke gevolg van die opsegging van die kontrak was dat die eiser insolvent geraak het. Indien die kontrak staande gebly het, sou 'n

bedrag van R21.5 miljoen Ilima onmiddellik toegeval het, wat daardie firma in staat sou stel om die eiser sy R8.5 miljoen wins te betaal, asook om die leningsbedrag van R12 miljoen wat hy aan Ilima voorgeskiet het, aan die eiser terug te betaal. Die eiser het derhalwe die bedrag van R20.5 miljoen van die verweerder (die departement) gevorder (216D-218E, 218H).

Die eiser het sy vordering in breë trekke soos volg geformuleer: (a) Die departement was hom 'n sogenaamde “duty of care” verskuldig om nie die boukontrak met Ilima op onregmatige wyse voor oorbetalings van die voormelde bedrag van R21 miljoen te kanselleer nie; en (b) die departement het opsetlik en in stryd met sy vermelde “duty of care” die boukontrak ongeregtig opgesê (218F-G).

2.2 Uitspraak in die verhoorhof

Appèlregter Brand som die uitspraak van regter Satchwell in die hof *a quo* (*Country Cloud Trading CC v MEC, Department of Infrastructure Development* (2012 4 All SA 555 (GSJ)) deeglik op (219C-220G). Hy wys daarop dat regter Satchwell in daardie hof slegs oor drie regsrae uitsluitel moes gee, te wete: (a) of toekenning van die tender (die boukontrak) aan Ilima geldig en regmatig (“valid and lawful”) was; (b) of die kontrak regmatig gekanselleer is op grond van die beweerd ongeldige belastingvrystellingsertifikaat van die SAID; en (c) of die departement deliktueel aanspreeklik gehou kon word weens die skade wat na bewering deur die eiser gely is as gevolg van die kansellasie van die kontrak deur die departement (appèlregter Brand verwys hier na “repudiation”, wat 'n vorm van kontrakbreuk is, terwyl dit duidelik blyk dat die hof *a quo* dit hier eerder gehad het oor “kansellasie” as kontrakremedie – die twee terme kan beslis nie as sinonieme aangewend word nie). Ofskoon appèlregter Brand se parafrasering dit nie pertinent so stel nie, is dit logies dat vraag (b) slegs aan die orde kom indien vraag (a) positief beantwoord word, en dat vraag (c) eers beslis kan word indien vraag (b) ontkenkend beantwoord is. Hierdie bespiegeling is egter, wat die beslissing van die hof *a quo* betref, akademies van aard in die lig van regter Satchwell se bevinding dat toekenning van die tender aan Ilima inderdaad ongeldig én onregmatig was en sy vraag (a) dus ontkenkend beantwoord het. Die effek hiervan was dat die verhoorhof dit onnodig gevind het om hoegenaamd op die laaste twee vrae in te gaan. Dit het uiteraard die doodsklok vir die eiser se vordering gelui, waarvoor regter Satchwell die volgende lakonieke opmerking gemaak het: “The impact on Country Cloud is harsh. But as discussed in *Municipal Manager: Quakeni (supra)* such harshness cannot validate the unlawful administrative act” (par 63).

Hierdie bevinding verklaar dan ook meteen waarom die kopnota van die uitspraak van die verhoorhof in die *All South African Law Reports* geen aanduiding van “pure economic loss” bevat nie – dié kwessie het inderdaad nooit in daardie uitspraak ter sprake gekom nie.

2.3 Uitspraak in die hoogste hof van appèl

Om redes wat nie vir hierdie bespreking van belang is nie (sien 219H-221A) kom appèlregter Brand tot die gevolgtrekking dat die verhoorhof fouteer het deur te bevind dat die tender onregmatig toegeken is en die kontrak tussen die departement en Ilima ongeldig en onregmatig was. Dit beteken noodwendig dat die hoogste hof van appèl moes oorgaan tot beoordeling van vraag (b) (sien die parafrase hierbo onder § 2.2 en my uitleg daarvan), te wete of die kontrak regmatig gekanselleer is. Om redes wat hiervoor irrelevant is, beslis appèlregter Brand dat hierdie vraag

ontkennend beantwoord moet word, te wete dat daar geen goeie rede bestaan het om die kontrak te kanselleer nie (221B-D).

Die res van die uitspraak (221E-227E) word gewy aan die beoordeling van die verweerder (respondent) se verweer, wat wesentlik op die negatiewe beantwoording van vraag (c) in bovermelde parafrase neerkom, naamlik dat deliktuele aanspreeklikheid nie opgedoen kan word nie omdat die eiser nie daarin kon slaag om die noodsaaklike delikselement van onregmatigheid ten opsigte van die departement se optrede te bewys nie. Nadat die hof indringend op hierdie aangeleentheid ingegaan het, word die volgende beslissing gelever:

“It follows that in my view there is no room for the imposition of delictual liability on the department for the loss claimed by Country Cloud. In the result I agree with the court a quo’s finding – albeit for reasons that are quite different – that Country Cloud’s claim could not succeed” (227E).

3 Kritiese evaluering

3.1 Inleiding

Die belangrikste gedeelte van die onderhawige uitspraak is daardie gedeelte waarin die hof moes uitmaak of die departement se “kansellasië” (in wese repudiësië) van die boukontrak met Ilima terselfdertyd ’n onregmatige handeling *vis-à-vis* die eiser-appellant (Country Cloud) daargestel het. Die strekking van hierdie uitspraak is in die lig van appèlregter Brand se vroeër vermelde huldigingsartikel (sien § 1 hierbo) te verwagte. Die gedeelte van die *ratio decidendi* waarin daar ter inleiding op die historiese ontwikkeling van die vordering weens die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies gefokus word, beslaan vier lang paragrawe (par 17-20; 221E-223D). Vervolgens pas appèlregter Brand die neergelegde algemene riglyne en beginsels op die onderhawige feitestel toe (par 21-26; 223E-225F). Daarna oorweeg hy voorsienbaarheid as ’n verdere beleidsoorweging (par 27; 225D-G), om ten einde laaste sy uitspraak af te sluit met ’n beoordeling van twee oorwegings wat by grensevalle op die bepaling van onregmatigheid betrekking sou kon hê, te wete sogenaamde “indeterminacy” en “non-vulnerability” wat as meer praktiese maatstawwe bestempel kan word (par 28-31). Hierdie temas word afsonderlik onder die loep geneem.

3.2 Die ontwikkeling van die deliktuele vordering weens veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies

Appèlregter Brand verklaar ter aanvang dat die verweerder-respondent (die departement) se verweer slegs begryp kan word indien daar deeglik met die evolusie van ons reg met betrekking tot deliktuele aanspreeklikheid vir suiwer ekonomiese verlies rekening gehou word (221F). Met verwysing na hoofregter Rumpff se baanbrekende uitspraak in die *Trust Bank*-saak waarin die vereistes van aantasting van fisiese en/of liggaamlike belange as grondslag vir enige deliksvordering laat vaar is ten einde ’n vordering op grond van nalatige wanvoorstelling (dws suiwer ekonomiese verlies) te erken, beklemtoon appèlregter Brand die vrees wat hoofregter Rumpff waarskynlik sou gekoester het dat sy uitbreiding van die Aquiliese vordering die moontlikheid vir oewerlose aanspreeklikheid geskep het (221G). Wat laasgenoemde moontlikheid betref, druk hy die juris se dilemma in hierdie verband treffend uit:

“Experience tells us that economic effects are not subject to the laws of physics. They can be much more widely spread. ... Or, as this court said in *Fourway Haulage SA (Pty) Ltd v SA National Roads Agency Ltd* ... para 17, when we abolished the absolute exclusion of liability for pure economic loss, we abandoned the bright line of limitation. That gave rise to the question: where is the next bright line to be drawn?” (221G-H).

Die regter se beroep op die *Fourway Haulage*-saak is ’n beroep op één van sy eie uitsprake, wat dit nie van mindere belang maak nie in die lig van die feit dat hy bloot namens ’n bank van vyf regters, wat dit met mekaar in alle opsigte eens was, met die skryf van die uitspraak belas was. In hierdie opsig verskil ’n regter se posisie net oënskynlik van byvoorbeeld die van ’n akademikus wat sy of haar vroeëre skrywe(s) as gesag vir ’n stelling aanhaal. In beide gevalle is die metodiek om voor die hand liggende redes bedenklik tensy in daardie vroeëre uitspraak of skrywe alle potensiële argumente téén die standpunt ingeneem dermate ontsenu is dat daar geen ruimte vir twyfel bestaan dat die standpunt wel juis was nie. Dan sou dit oorbodig wees om die hele kaboedel nogeens te herhaal net om spasie op te maak. In alle ander gevalle is behoorlike motivering gevraagd – ook waar na ’n vorige uitspraak van die hof as gesag verwys word, want ’n blinde verlaat op *stare decisis* is nie insiggewend nie. Ofskoon appèlregter Brand dit nie weer hier ophaal nie, het hy in die *Fourway Haulage*-beslissing (158I-J; sien ook Brand 2013 *THRHR* 63) ’n bruikbare woordeskat aangewend om die onderhawige regsontwikkeling te skets: vir hom was hoofregter Rumpff se besluit om in die *Trust Bank*-saak die knoop ten opsigte van aanspreeklikheid vir suiwer ekonomiese verlies deur te hak die “first-tier policy decision”; die “second-tier policy decision” sou dan dié een wees oor *wanneer* aanspreeklikheid bevind moet word – en dit gaan noodwendig met ’n mate van onsekerheid gepaard. Laasgenoemde is dan uiteraard die gevolg van die prysgawe van die sogenaamde “bright line of limitation” waarna daar in die vorige aanhaling verwys is.

In die volgende paragraaf (par 18) sal diegene wat bekend is met die inhoud van appèlregter Brand se vermeldde artikel in die huldigingsbundel bekende leesstof teëkom: groot dele van hierdie paragraaf stem woordeliks ooreen met die inhoud van daardie artikel (sien veral die tweede paragraaf op 61 van die artikel). In die lig van verskeie ander sake waarin appèlregter Brand toonaangewende uitsprake oor suiwer ekonomiese verlies gelewer het (sien hieroor § 1 hierbo), behoort mens geen beswaar hierteen te opper nie; myns insiens sou dit nie vergesog wees om te konstateer dat regter Harms, wat reeds afgetree het, se mantel deur sy jongere ampsbroer oorgeneem is in die sfeer van kundigheid oor hierdie gedeelte van die reg nie. Nadat appèlregter Brand (met ’n beroep op *Santam Insurance Co Ltd v Vorster* 1973 4 SA 764 (A), die *Telematrix*-saak par 13 en *Roux v Hattingh* 2012 6 SA 428 (HHA) par 32) die punt beklemtoon het dat die veroorsaking van fisiese, of liggaamlike nadeel *prima facie* onregmatig is en dat die bewyslas dus normaalweg op die verweerder rus om sodanige nadeel te regverdig, herhaal hy woordeliks dele van sy vroeëre artikel (61 en 62):

“But in the case of pure economic loss, wrongfulness performs the function of a safety valve, a control measure, a long stop which enables the court to curb liability where despite the presence of all other elements of the Aquilian action, right-minded people will regard the imposition of liability as untenable. Decisions building upon *Trust Bank* demonstrate the clear recognition by different members of this court that wrongfulness in the context of delictual liability for pure economic loss is ultimately dependent on an evaluation based on considerations of legal and public policy. The enquiry is thus: do these policy considerations require that harm-causing conduct should be

declared wrongful and consequently render the defendant liable for the loss, or do they require that harm should remain where it fell, ie with the plaintiff?" (222A-C – eie kursivering).

Dit blyk hieruit dat die bewyslas om onregmatigheid aan te dui op die eiser rus en dat dit allermins 'n eenvoudige taak is om dit te kwyt. Die evalueringskriteria van oorwegings van openbare en regsbeleid is per definisie besonder vaag. Indien die gekursiveerde woorde na behore oorweeg word, kom 'n mens tot die verbasende slotsom dat dit ooreenstem met die weergawe van die onregmatigheidstoets wat deur Neethling en Potgieter voorgestaan word (sien § 1 hierbo) en in wese afwyk van die weergawe wat sedert die *Telematrix*-saak in die regspraak standaard geword het en waar daárdie woorde juis verswyg word. In die res van die uitspraak blyk egter dat hier beslis nie bewustelik van die “nuwe wending” in die onregmatigheidstoets afgewyk is nie en dat appèlregter Brand op hierdie stadium met die neerpen van sy uitspraak waarskynlik maar bloot die “korrekte” weergawe van die toets, soos dit destyds deur hoofregter Rumpff in die *Trust Bank*-saak geformuleer is, ter insae gehad het en benut het sonder om bewustelik 'n boodskap in die verband uit te stuur. Wat wel hier opvallend is, is dat die *Telematrix*-saak op hierdie uiters belangrike punt nie as gesag aangehaal word nie, dog dat die regter hom op veel ouer sake beroep, te wete *Indac Electronics (Pty) Ltd v Volkskas Bank Ltd* (1992 1 SA 783 (A) 797E-H) waarin appèlregter Vivier bepaal het dat die toets vir onregmatigheid wat in die verbreking van 'n regsplig geleë sou wees van die hof vereis “to exercise a value judgment embracing all relevant facts and involving considerations of policy”, asook *Knop v Johannesburg City Council* (1995 2 SA 1 (A) 26J-27D) waarin appèlregter Botha onder andere met goedkeuring na die Engelsregtelike “policy-based level” van die “duty of care”-konsep verwys het as rigsnoer vir ons howe in hul soeke na 'n werkbare formule om onregmatigheid in die konteks van die verbreking van 'n regsplig (bv in die geval van 'n late of suiwer ekonomiese verlies) te bepaal (sien verder Brand 2013 *THRHR* 62-63).

Appèlregter Brand skets in die volgende paragraaf (par 19) die verdere historiese verloop van die deliksaksie weens suiwer ekonomiese verlies. Die gedagtegang verraai ook hier dat die regter hom grootliks verlaat op wat hy destyds in sy huldigingsartikel kwytgeraak het (Brand 2013 *THRHR* 61-62). Nadat hy die aandag gevestig het op 'n algemene onwilligheid vanaf die kant van die regbank om ná die *Trust Bank*-beslissing te erken dat daar beleidsaspekte betrokke was by die beslissing of daar 'n verbreking van 'n regsplig en derhalwe onregmatige optrede was, omdat die vrees bestaan het dat daardie beslissing “would result in the substitution of judicial discretion for principle” (222E), wys hy daarop dat daardie baanbrekende beslissing “introduced the concept of a ‘legal duty’ as the yardstick to determine when policy considerations will require the imposition of delictual liability for pure economic loss” (222E-F). Anders as in die vorige paragraaf (soos hierbo vermoed is) getuig hierdie formulering van 'n navolging van die “nuwe” onregmatigheidstoets *à la* die *Telematrix*-saak. Die res van die paragraaf wy hy aan 'n skets van praktiese maatstawwe (“yardsticks”) wat die howe oor die jare aangewend het om die inhoud van die beleidsoorwegings te probeer bepaal. In hierdie opsig verwys hy na die maatstaf van die *boni mores*, ofte wel regsdoelmatigheid van die gemeenskap (ofskoon nie vermeld nie, is dit oorbekend dat hierdie uitdrukking sedert hoofregter Rumpff se uitspraak in die *Ewels*-saak aan die orde van die dag is), asook die sogenaamde “algemene redelikheidsmaatstaf” wat, luidens die hof, “poses the question whether or not it would be reasonable to impose liability on the defendant”, waaruit blyk dat die regter onherroeplik verbind is tot die “nuwe” onregmatigheidstoets van die *Telematrix*-saak, met 'n beroep op appèlregter Harms se uitspraak in *SM Goldstein &*

Co (Pty) Ltd v Cathkin Park Hotel (Pty) Ltd (2000 4 SA 1019 (HHA) par 7 – ofskoon die hof dit nie in die onderhawige uitspraak aanhaal nie): “The test involves a value judgment by applying in the light of all the circumstances the general criterion of reasonableness. The criterion is based upon considerations of morality and policy and the court’s perception of the legal convictions of the community.”

Hierdie verwysing (wat appèlregter Brand ook as gesag op hierdie punt in sy vermelde artikel (63-64) benut het), word egter sterk deur Neethling en Potgieter (2014 *THRHR* 120) bevraagteken. Volgens hulle bied daardie *dictum* hoegenaamd geen steun aan appèlregter Brand se standpunt nie. Dit gee bloot uitdrukking aan die gedagte dat die algemene redelikhedsmaatstaf of regsdoortuiging van die gemeenskap maatstawwe vir die bepaling van onregmatigheid is en verder ook geen steun bied vir die standpunt dat die redelikhedsmaatstaf betrekking het op die vraag of dit redelik sou wees om die verweerder aanspreeklik te hou nie. Dit het niks te doen met die redelikhed van die verweerder se gedrag nie. Na my mening is die kritiek van hierdie twee skrywers beslis geregverdig in die lig van die bewoording van die bovermelde aanhaling. Hulle verskaf talle voorbeelde uit die regspraak om hul standpunt te steun (120-123). Hoe dit ookal sy, daar word in oorweging gegee dat die “nuwe” standpunt rakende onregmatigheid onteenseglik by die regsprekers wat dit gesprek het stewig gevestig is en veld wen, nieteenstaande geregverdigde kritiek. Word ’n mens dalk hier met ’n moderne voorbeeld van die ou spreuk “*communis error facit ius*” gekonfronteer? Dit wil werklik so voorkom.

Appèlregter Brand sluit hierdie paragraaf af met ’n tydige waarskuwing teen die losse gebruik van die Engelsregtelike uitdrukking “duty of care” as ’n aanduiding van die regsplig waarom dit in gevalle van suiwer ekonomiese verlies gaan. In die Engelse reg word nie tussen onregmatigheid en nalatigheid onderskei nie en die hof verwys na die gevaar van verwarring wat aanwending van hierdie vreemde konsep vir ons reg inhou (met verwysing na sy eie uitspraak in die *Trustees, Two Oceans*-saak par 11, waarin daar nog verskeie verdere bronne aangehaal word, asook na *Local Transitional Council of Delmas v Boshoff* 2005 5 SA 514 (HHA) par 17-20 en die *Telematrix*-saak par 14). Die regter spreek sy misnoeë uit oor die feit dat hierdie bedenkbare gebruik ook in die pleitstukke waarmee hy in die onderhawige saak gekonfronteer is, kop uitgesteek het, “despite the frequent warnings against this confusion ... over the last 10 years ...” (222I; vir nóg ’n voorbeeld van sodanige wanaanwending van die Engelsregtelike “duty of care” terminologie, sien *eBotswana (Pty) Ltd v Sentech (Pty) Ltd* 2013 6 SA 327 (GSJ) 340 ev).

In die laaste paragraaf van sy oorsig oor die ontwikkelingsgang van hierdie tipe vordering kom appèlregter Brand uiteindelik tot die gevolgtrekking dat die verwarring wat deur die vermelde onregmatigheidsmaatstawwe teweeggebring is, die houe daartoe genoep het om openlik te erken dat onregmatigheid vir doeleindes van die deliktereg vasgestel moet word aan die hand van oorwegings van regs- en openbare beleid (222J-223A). Dit is insiggewend dat hy hom op die resente uitspraak van die konstitusionele hof in *Le Roux v Dey (Freedom of Expression Institute and Restorative Justice Centre as Amici Curiae)* (2011 3 SA 274 (KH) par 122) beroep, van welke uitspraak hy in sy hoedanigheid as ’n waarnemende regter van daardie hof die skrywer was. Die volgende uittreksel uit die lang aanhaling wat hy uit die *Dey*-saak verskaf, behoort dus glad nie die wenkbroue te laat lig nie:

“(a) [T]he criterion of wrongfulness ultimately depends on a judicial determination of whether – assuming all the other elements of delictual liability to be present – it would be reasonable to impose liability on a defendant for the damages [*sic*] flowing from the specific conduct; and (b) that the

judicial determination of that reasonableness would in turn depend on considerations of public and legal policy in accordance with constitutional norms” (223B-C).

Daar word in oorweging gegee dat indien die regspraak wel van hierdie formule gebruik wil maak, dit in wese meer logies en inderdaad meer prakties sou wees indien (a) en (b) omgeruil word: dit is myns insiens eenvoudiger te beantwoord of iemand aanspreeklik behoort te wees, as om navraag te doen na wat openbare beleidsbeginsels verg – eersgenoemde behoort dus eerder bepalend van laasgenoemde te wees. Vroeër is opgemerk (sien § 1 hierbo) dat een van die voordele van die *Telematrix*-beslissing is dat dit die vaer vraag na wat beleid is in ’n meer praktiese vraag verpak het, naamlik “behoort die verweerder aanspreeklik te wees?” Gesien die inherente vaagheid wat egter aan albei hierdie vrae kleef, sou my voorstel moontlik as ’n futiele ordeningspoging beoordeel kon word in die lig van die ou waarheid: ses van die een en ’n halfdosyn van die ander. Bovermelde aanhaling bied verder ongelukkig bewys van die verkeerde gebruik van die term “damages” om die begrip “skade” te beskryf, welke gebruik dwarsdeur die uitspraak voorkom. Hierdie bedenklike verskynsel steek deesdae so dikwels in die hofverslae kop uit dat ’n mens onder die indruk sou kon kom dat “damages” vir sommige regters tot ’n sinoniem van “damage” ontwikkel het. Dat dit egter hoegenaamd nie die geval is nie, kan geredelik met ’n vlugtige verwysing na enige toonaangewende regswoordeboek gedoen word. Gormer (*A Dictionary of Legal Usage* (1995) sv “damage(s)”) stel dit glashelder: “[T]he word *damage*, meaning ‘Loss, injury, or deterioration’, is to be distinguished from its plural, - *damages* – which means a compensation in money for a loss or *damage*” (met ’n beroep op die Amerikaanse saak *American Stevedores Inc v Porello* 330 US 446 450 n 6; sien verder Martin (red) *Oxford Dictionary of Law* (2002) sv “damage” en “damages”; Garner *Black’s Law Dictionary* (2004) sv “damage” en “damages”; en Hiemstra en Gonin *Drietalige Regswoordeboek/Trilingual Legal Dictionary* (1992) sv “damage”, waaruit dit duidelik blyk dat hierdie verwarring in Afrikaans bykans onmoontlik is, aangesien “damage” die Engelse term vir “skade” en “damages” die term vir “skadevergoeding” is). ’n Mens kan maar net hoop dat ons regsprekers versigtiger sal wees wanneer hulle in die toekoms hierdie redelik eenvoudige terminologie aanwend. (’n Oorsig van resente regspraak toon dat dit nie slegs Afrikaanssprekende regters is wat hierdie fout begaan omdat hulle in ’n ander taal as hul moedertaal hul uitspraak verwoord nie, maar dat hul nie-Afrikaanssprekende ampsbroers en -susters in werklikheid die grootste sondaars in hierdie opsig is.)

3.3 Toepassing van die beginsels op die onderhawige feitestel

Duidelik het die eiser die formule soos deur die hof geskets, toegepas en aangevoer dat openbare beleidsoorwegings vereis dat die verweerder deliktueel aanspreeklik moet wees teenoor die eiser. Die hof se uiteensetting is egter in hierdie opsig nie heeltemal duidelik nie; kennelik het appèlregter Brand die eiser se toepaslike argumentshoof hier as uitgangspunt geneem en dit onmiddellik duideliker probeer stel:

“Buthelezi [die amptenaar wat namens die verweerder opgetree het] cancelled the completion contract without any legal justification and ... he did so with the intent – at least in the form of *dolus eventualis* – to repudiate the contract. Stated somewhat differently, in the language of *dolus eventualis*, Buthelezi subjectively foresaw the possibility that he had no legitimate grounds to cancel the contract, but reconciled himself to that possibility and nonetheless continued to do so, regardless of the consequences. That, so the argument went, distinguishes this case from the situation where

the degree of blameworthiness associated with the repudiation of a contract can be placed no higher than negligence” (223E-F).

Op sigwaarde maak hierdie uiteensetting geen sin nie: sedert die baanbrekende uitspraak in *Scoin Trading (Pty) Ltd v Bernstein* (2011 2 SA 118 (HHA) par 20) word skuld, hetsy in die vorm van opset of nalatigheid, beslis nie as ’n vereiste vir kontrakbreuk gestel nie (sien veral Cornelius “*Mora debitoris* and the principle of strict liability” 2012 *PER* 601-626). In ’n heel resente uitspraak word hierdie posisie deur die konstitusionele hof bevestig (*Loureiro v iMvula Quality Protection (Pty) Ltd* [2014] ZACC 4 par 42). ’n Mens moet dus noodwendig affei dat die verwysing na *dolus eventualis* nie bedoel is as kwalifikasie om die erkende kontrakbreuksvorm van repudiasie *inter partes* daar te stel nie, maar dat dit op die nadeel wat die eiser-appellant (Country Cloud) sou ly, betrekking het. Waarskynlik het die regter dit as so vanselfsprekend beskou dat hy dit nie in besonderhede uitgespel het nie. Op die feite beslis die hof dan ook dat die eiser hierdie vorm van opset aan die kant van die verweerder se werknemer bewys het. Indien die “tradisionele” akademiese standpunt gehuldig word dat onregmatige gedrag ’n voorvereiste vir die bestaan van enige vorm van skuld is (sien by Van der Merwe en Olivier 111; Neethling en Potgieter (2010) 123; Neethling, Potgieter en Scott *Casebook on the Law of Delict/Vonnisbundel oor die Deliktereg* (2013) 696-697), sal dit vreemd opval dat die hof sodanige beslissing kon maak. Vir diegene wat skuld heeltemal onafhanklik van onregmatigheid plaas (soos Loubser, Midgley ea wat by verklaar dat “[t]he nature of fault is in some cases relevant to wrongfulness” (157); vgl verder Boberg I *The Law of Delict – Aquilian Liability* (1984) 33), sal hierdie bevinding nie vreemd opval nie.

Ten einde ’n regsbasis vir die beleidsoorweging van opset aan die kant van die amptenaar wat die kontrak verbreek het te lê, verwys appèlregter Brand (224D) na ’n uitspraak wat hy sewe jaar gelede saam met appèlregter Cameron geskryf het, waarin hulle bevind het dat daar geen algemene reël bestaan dat ’n verweerder se geestesingesteldheid niks met onregmatigheid te doen het nie: “Clear instances of the contrary are those cases where intent, as opposed to mere negligence, is itself an essential element of wrongfulness” (*Minister of Finance v Gore NO* 2007 1 SA 111 (HHA) par 86). Die opsetlike inbreukmaking op ’n bestaande kontraktele verhouding (soos in *Dantex Investment Holdings (Pty) Ltd v Brenner NNO* 1989 1 SA 390 (A)) en onregmatige mededinging (soos in *Geary & Son (Pty) Ltd v Gove* 1964 1 SA 434 (A)) word as voorbeelde hiervan voorgelê. Die hof gee die eiser uiteindelik gelyk dat sy argument dat die aard van die verweerder se skuld en die graad van die verwythbaarheid van sy optrede faktore is wat in aanmerking geneem kan word ten einde te beslis of die dader deliktueel aanspreeklik gehou behoort te word (dws volgens die “nuwe benadering”, onregmatig opgetree het) (224E en H).

Na aanleiding van sy beroep op die *Gore*-beslissing vind appèlregter Brand dit nuttig om die aard van die onderhawige situasie te kontrasteer met die “normale” gevalle van veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies waar derdes en kontrakspartye betrokke is (224J-225B). In die *Dantex*-saak wat as gesag aangehaal is, het dit soos in vele ander gevalle wat reeds voor ons howe gedien het, gehandel oor die opsetlike inbreukmaking op kontraktele vorderingsregte deur ’n derde waardeur ’n kontraksparty voordele wat hy ingevolge die kontrak van die teenparty sou ontvang, ingeboet het; in daardie saak is ’n huurder opsetlik verhinder om die huurperseel te betrek. Ons hofverslae bied ’n legio voorbeelde van hierdie tipe gevalle. (Dit is teleurstellend dat die hof hier onder andere na ’n verouderde uitgawe van Neethling en Potgieter se handboek verwys; in die nuutste uitgawe van hul

werk behandel hulle die onderwerp met talle verwysings na gesag op 306-309.) Op hierdie stadium onderskei die hof die onderhawige geval van die vermelde gevalle deur daarop te wys dat die “teenoorgestelde” in werklikheid hier voorhande is, in die sin dat dit hier gaan om ’n kontraksparty wat deur sy opsetlike optrede nadeel aan ’n derde veroorsaak. Daar word egter in oorweging gegee dat die huidige geval dalk meer in ooreenstemming is met die bestaande gevalle as wat die hof te kenne wil gee: daar het immers tussen die eiser-appellant en Ilima ’n *leningsooreenkoms* bestaan ingevolge waarvan die eiser prestasie in die vorm van ’n R8.5 miljoen wins sou ontvang. Dit gaan dus hier ook oor die opsetlike inbreukmaking (met *dolus eventualis* as opsetsverskyningsvorm) op ’n bestaande kontraktuele verhouding. Die hof oorweeg egter nie of dit enige verskil aan sy inkleding van dié opsetsvorm sou maak indien dit blyk dat die vermeende delikspleger hoegenaamd onbewus was van die bepaalde kontraktuele verhouding tussen sy medekontraktant en derdes waaronder Country Cloud nie, want in die moderne handelsverkeer moet sekerlik aanvaar word dat geld giraal beweeg en dat wat aan die een party as prestasievergoeding betaal word aan ’n ander deurgegee word ter vereffening van ’n ander nie verbandhoudende skuld. Die enigste verband tussen die verskillende regsfeite is dan die girale geldverkeer en dit is twyfelagtig of enige vergelykende regstelsel daaruit opset selfs by moontlikheidsbewussyn sal aflei vir doeleindes van ’n onafhanklike deliktuele vordering. Die oewers is eenvoudig té ver uitmekaar om dit as regtens relevant te tipeer.

Myns insiens is die uniekheid van hierdie feitestel eerder daarin geleë dat die inbreukhandeling tegelykertyd kontrakbreuk én ’n onregmatige daad kon daarstel: die repudiasie van die boukontrak deur die werknemer van die verweerder (Buthelezi) was ener syds kontrakbreuk *vis-à-vis* Ilima, en andersyds moontlik ’n delik teenoor die eiser (Country Cloud).

Die *res nova* wat hierdie feitestel verteenwoordig, is kennelik nie maklik te bereg nie en ten besluite stuit die hof (225C-D) teen ’n ernstige waarskuwing wat byna 30 jaar gelede uit eie geledere gerig is in *Lillicrap, Wassenaar and Partners v Pilkington Brothers (SA) (Pty) Ltd* (1985 1 SA 475 (A) 504F-G), waar die regsposisie hier te lande met dié in Engeland vergelyk is: “South African law approaches the matter in a more cautious way, as I have indicated, and does not extend the scope of the Aquilian action to new situations unless there are positive policy considerations which favour such an extension.” Kennelik is die hof op dié stadium nog nie daarvan oortuig dat daar in die onderhawige geval voldoende rede vir uitbreiding van Aquiliese aanspreeklikheid bestaan nie. Dit noop ’n oorweging van verdere moontlike beleidsoorwegings.

3.4 Voorsienbaarheid as beleidsoorweging

Die hof maak korte mette met die eiser se argument dat die feit dat die departement deur middel van sy werknemers werklik voorsien het dat die eiser benadeel sal word as gevolg van opsegging van die boukontrak met Ilima, ’n belangrike oorweging ten gunste van die oplegging van deliktuele aanspreeklikheid behoort te wees. Appèlregter Brand is kennelik nie beïndruk deur ’n uitspraak soos *Gouda Boerdery BK v Transnet* (2005 5 SA 490 (HHA) par 12) waarin appèlregter Scott die voorsienbaarheid van nadeel as faktor by bepaling van onregmatigheid in aanmerking geneem het nie. Hy voer twee redes hiervoor aan, te wete dat sodanige standpunt aanleiding tot verwarring tussen die delikselemente van nalatigheid en onregmatigheid sou kon gee, asook dat voorsienbaarheid ’n bestanddeel van sowel nalatigheid as juridiese kousaliteit daarstel (225E-F; sien ook Brand 2013 *THRHR* 64).

Wat die eerste rede betref, kan 'n mens begrip hê vir sy besorgdheid, maar dit doen nie afbreuk aan die feit dat voorsienbaarheid wel deeglik as 'n faktor by bepaling van onregmatigheid reeds wye erkenning ontvang het nie (sien bv Neethling en Potgieter (2010) 47). Wat sy tweede beswaar betref, het die regter beslis uit die oog verloor dat die eiser se argument kennelik daarop berus het dat die betrokke partye werklik of subjektief die skade van die eiser voorsien het; voorsienbaarheid by nalatigheid en juridiese kousaliteit het egter betrekking op objektiewe of redelike voorsienbaarheid (bv deur die redelike persoon). Die regter se stelling dat “[a] defendant will therefore not be held liable for harm which was not foreseeable” (met 'n beroep op sy uitspraak in die *Fourway Haulage*-saak par 28, 34 en 35) lewer daarvan bewys dat hy nie die werklike kennis van die verweerder se werknemers beoordeel het nie. Hoe dit ookal sy, dit blyk duidelik dat die hof die vooruitsig van voorsienbaarheid in enige van sy vorme as 'n moontlike beleidsoorweging by die bepaling van onregmatigheid as ongewens beskou. Sy oorweging van voorsienbaarheid dien vervolgens as springplank om by die laaste twee oorwegings van 'n meer praktiese aard stil te staan (sien § 3.5).

3.5 Twee finale beleidsoorwegings

Die eerste van hierdie oorwegings is dié van oewerlose aanspreeklikheid (“indeterminate liability”) (225H) wat reeds deur hoofregter Rumpff in die *Trust Bank*-saak as oorweging vermeld is. In die Engelse reg word daar soms hierna as die “floodgates of litigation”-beleidsoorweging verwys. Appèlregter Brand demonstreer die invloed van hierdie oorweging deur die stel van 'n paar eenvoudige vrae, wat waarskynlik vir sy doeleindes die doeltreffendste wyse van uitdrukking is:

“If delictual liability were to be imposed on the department for the loss suffered by Country Cloud, what about all the others who lent money to Ilima? And what about Ilima’s employees? And what about its subcontractors? And so the list of potential plaintiffs goes on and on” (225I).

Nadat die regter daarop gewys het dat die eiser se regsverteenwoordigers toegegee het dat 'n erkenning van hul kliënt se vordering moontlik tot verdere vorderings aanleiding kon gee, wend hy hom tot die *locus classicus* *Union Government v Ocean Accident and Guarantee Corporation Ltd* (1956 1 SA 577 (A) 585B-D) as gesag, waaruit hy uitvoerig aanhaal (226D-E) – 'n beslissing wat Van der Merwe reeds 56 jaar gelede fel in sy proefskrif gekritiseer het (177 ev). Daar het appèlregter Schreiner die vrees vir 'n “unmanageable situation” uitgespreek indien 'n aksie onder dergelike omstandighede verleen sou word. Daardie uitdrukking verteenwoordig ook maar net die etiket van “oewerlose aanspreeklikheid”, “indeterminate liability” en “floodgates”. Myns insiens is die vrees beslis geregverdig en moet appèlregter Brand se beslissing op hierdie punt verwelkom word.

Die finale oorweging wat volgens die hof baie swaar teen die eiser se vordering weeg, is ontleen aan die verweerder se sogenaamde “risiko-kwesbaarheid” (“vulnerability to risk”), 'n begrip uit die Australiese reg wat in ons reg opgeneem is in die *Trustees, Two Oceans*-saak (par 23-24) – 'n uitspraak van appèlregter Brand self, soos reeds hierbo aangetoon is – asook in 'n latere uitspraak van dieselfde regter, te wete die *Cape Empowerment*-saak (par 28-30). Risiko-kwesbaarheid wat in die Australiese beslissing *Perre v Apand (Pty) Ltd* duidelik uiteengesit word, beteken eenvoudig dat die eiser nie redelikerwys in staat was om die gelede nadeel te vermy nie, wat die Australiese regter tot die volgende gevolgtrekking laat kom het:

“The vulnerability of the plaintiff to harm from the defendant’s conduct is therefore ordinarily a prerequisite to imposing a duty. If the plaintiff has taken or could have taken steps to protect itself from the defendant’s conduct and was not induced by the defendant’s conduct from taking such steps, there is no reason why the law should step in and impose a duty on the defendant to protect the plaintiff from the risk of pure economic loss” ((1999) 198 CLR 180 (HCA) par 118).

Toepassing van hierdie leerstuk blyk om die volgende redes die finale doodskoot vir die eiser se vordering te wees: Eerstens kon die eiser die leningsbedrag van Ilima gevorder het, maar het sonder goeie rede versuim om dit te doen. In die alternatief kon die eiser ’n sessie van Ilima se vordering weens kontrakbreuk teen die departement verkry het, maar het insgelyks in gebreke gebly om dit te doen (227B). Die hof is onbeïndruk gelaat deur die eiser se verskoning dat hy sy vordering nie in die geheel sou kon goedmaak weens Ilima se insolvensie nie en verwerp die verskoning om drie redes: (i) Dit verduidelik nie waarom die eiser versuim het om ’n sessie te bekom van Ilima se vordering teen die verweerder nie, vir geval Ilima se likwidateurs nie sodanige vordering sou instel nie. (ii) Indien Ilima se likwidateurs wel daarin sou geslaag het om die verskuldigde bedrag weens kontrakbreuk van die verweerder te verhaal, bestaan daar geen rede om daaraan te twyfel dat hulle die leningsbedrag aan die eiser sou kon terugbetaal nie. (iii) Indien Ilima se likwidateurs wel daarin sou slaag om die verskuldigde bedrag weens kontrakbreuk van die verweerder te verhaal, maar tog nie in staat was om die leningsbedrag aan die eiser terug te betaal nie, sou die rede vir dié versuim logieserwys nie aan die verweerder se kontrakbreuk toegeskryf kon word nie, dog aan die feit van Ilima se insolvensie (227C-E). Daar word in oorweging gegee dat hierdie uiters konkrete en bruikbare oorwegings is waarmee daar gestalte gegee word aan die andersins vae beleidsoorwegings wat by die beoordeling van aanspreeklikheid en bygevolg die aanwesigheid van onregmatigheid toepassing vind.

4 *Gevolgtrekking*

Dit is glashelder dat appèlregter Brand se uitspraak die enigste billike en praktiese oplossing vir hierdie interessante feitestel lewer. Die bevinding dat die eiser nie op grondslag van openbare en regsbeleid in staat was om te bewys dat daar ’n regsplig op die verweerder gerus het om nadeel vir die eiser te vermy nie, kom in die laaste plek daarop neer dat die onregmatigheidselement van die beweerde delik nie deur Country Cloud bewys is nie. ’n Oorweging van enige van die ander delikselemente sou derhalwe geen doel dien nie.

Indien die verpakking van die onregmatigheidstoets wat appèlregter Harms in die *Telematrix*-saak die lig laat sien het, oppervlakkig toegepas sou word, sou ’n mens in hierdie geval moes vra: “Sou dit billik wees dat die departement aanspreeklik gehou word vir Country Cloud se skade, wat kousaal aan die departement se repudiasie van sy kontrak met Ilima gekoppel kan word?” Daar word in oorweging gegee dat die meerderheid regsgeleerdes met ’n gemiddelde kennis van die deliktereg onmiddellik ontkenend hierop sou antwoord. Die probleem hiermee is dat regsgevoel kennelik ’n beduidende rol in sodanige oordeel speel. Die waarde van hierdie uitspraak lê daarin dat daar vaste oorwegings in aanmerking geneem is ten einde ’n andersins vae beleidsbeslissing van ’n vaste grondslag te bedien.

In die lig van hierdie uitspraak, asook die aangehaalde regspraak waarna daar as gesag verwys is – wat insluit die twaalf beslissings van die hoogste hof van appèl oor suiwer ekonomiese verlies sedert die *Telematrix*-saak, waarvan daar vroeër (in § 1 hierbo) melding gemaak is – is dit noemenswaardig dat appèlregter

Brand die alleenouteur van vyf daarvan was. Daarbenewens was hy (saam met appèlregter Cameron) mede-outeur van een van die uitsprake. Appèlregter Nugent was verantwoordelik vir twee van daardie beslissings terwyl die oorblywende vier deur vier verskillende appèlregters elk geskryf is (te wete ar Harms, Howie, Cloete en Leach). Uit dié feit blyk dat appèlregter Brand onteenseglik in die hoogste hof van appèl tans die toon aangee wat hierdie spesialiteitsgebied van ons deliktereg betref. Dit bewys nie alleen sy beslissings as lid van daardie regbank nie, maar ook sy bydrae hieroor op akademiese gebied.

JOHAN SCOTT
Universiteit van Pretoria