UNIVERSITEIT VAN PRETORIA
UNIVERSITY OF PRETORIA
YUNIBESITHI YA PRETORIA

ASL VAN WYK

23058197

LLM (Kontraktereg)

KTR 810

16 Junie 2008

© University of Pretoria

Uitsluitingsklousules: Die Huidige Status in die Suid-Afrikaanse Kontraktereg

Andries van Wyk
LLB
Akademiese Medewerker, Departement van Privaatreg, Universiteit van Pretoria

1 Inleiding

Uitsluitingsklousules word vandag bykans in elke standaard kontrak aangetref en die gebruik daarvan word as 'n reël en nie as 'n uitsondering aanvaar nie.[1] Die primêre funksie van uitsluitingsklousules is om regsaanspreeklikheid uit te sluit. Dit is 'n feit dat uitsluitingsklousules 'n omstrede konsep is en ook vir die volgende paar jaar gaan wees. Die invloed van die Grondwet op die afdwingbaarheid van kontrakte is ook kontroversieel, vir beide akademici en praktisyns. Die howe moet dus die Grondwet versigtig opweeg teen 'n party se vryheid om te kontrakteer en die openbare belang. In die skripsie word dit duidelik gemaak hoe ons howe uitsluitingsklousules benader, deur te verwys na verskillende reëls van uitleg en relevante gesag.

2 Wat is 'n Uitsluitingsklousule?

Uitsluitingsklousules poog om aanspreeklikheid of regsremedies wat andersins ingevolge die gemenereg sou bestaan het, te beperk, uit te sluit of aan te pas.[2] Dit omvat die uitsluiting van kontraktuele en deliktuele aanspreeklikheid wat ingevolge die reëlende reg sou bestaan.[3] In die *Afrox*-saak[4] is beslis dat ongelyke bedingingsmag 'n faktor is saam met ander faktore wat kan bepaal of 'n uitsluitingsklousule teen die openbare belang is. Carstens en Kok is van mening dat 'n party wat in 'n sterker bedingingsmag is, 'n onbehoorlike voordeel kan verkry indien die mag misbruik word.[5] 'n

---

1 *Afrox Healthcare v Strydom* 2002 6 SA 21 (SCA) par 9: "In standaard kontrakte het hierdie tipe klousules dan ook eerder die reël as die uitsondering geword"; Cohen and Costa Jan/Feb 2007 "Exemption Clauses" *The Professional Accountant* 4-9.

2 www.geocities.com/js_source/tab o4.hmtl besoek op 2007/07/15; sien ook Van der Merwe "Algemene Beginsels van die Kontraktereg" (2007) 297; Christie "The Law of Contract in South Africa" (2006) 184; Wille's "Principles of South-African Law" (2007) 811.

3 Sien par 4.1 en 4.6.

4 2002 6 SA 21 (SCA).

5 Carstens and Kok " An assessment of the use of disclaimers by South African hospitals in view of constitutional demands, foreign law and medico-legal considerations" 2003 *SAPL* 430 454. Sien 455 vir verdere kritiek; Christie 297.

Voordeel van uitsluitingsklousules is dat 'n groot aantal besighede vanweë die gebruik daarvan kan funksioneer.[6]

3 Die Regbank se Benadering tot Uitsluitingsklousules

3 1 Wilsooreenstemming

Wilsooreenstemming is 'n vereiste vir die afdwingbaarheid en geldigheid van uitsluitingsklousules in kontrakte.[7] In die afwesigheid van werklike wilsooreenstemming, moet die bewoording van die kontrak en die handelinge van die partye duidelik wees dat hulle gebonde gehou wil word.[8] Die geldigheid van 'n Klousule is aanvegbaar waar wilsooreenstemming op 'n onbehoorlike wyse verkry is.[9]

3 2 Die Buigsame Toepassing van die *Caveat Subscriptor*-reël

Die *caveat subscriptor*-reël bepaal dat 'n party wat 'n kontrak onderteken, wetende dat dit 'n regshandeling bevat, daaraan gebonde gehou moet word, omdat die indruk tot ware toestemming geskep is.[10]

---

6 Christie 185.

7 Van *Wyk v Otten* 1963 (1) SA 415 (O); *Allen v Sixteen Stirling Investments (Pty) Ltd* 1974 4 SA 164 waar A aansoek gedoen het om nietigverklaring van 'n kontrak vir die koop van 'n erf en nie vir 'n onderverdeling daarvan nie. Die hof gee A gelyk en bevind dat sy dwaling aangaande die erf wesenlik en redelik was en gevolglik sy wilsooreenstemming uitsluit; *Janowski v Fourie* 1978 3 SA 16 (O); *Du Toit v Atkinson's Motors Bpk* 1985 2 SA 893 (A) waar D 'n mondelinge kontrak met AM aangegaan het vir die koop van 'n motor. D het hierna 'n dokument op AM se versoek geteken, denkende dat dit slegs die mondelinge bepalings bevat. Die kontrak het 'n bykomende klousule bevat wat D verbied om AM aanspreeklik te hou vir enige wanvoorstelling aangaande die jaar van vervaardiging van die motor. AM het geen poging aangewend om die klousule onder D se aandag te bring nie. Die hof bevind gevolglik dat D nie gebonde is aan die klousule nie. D se dwaling is redelik en wesenlik wat geen wilsooreenstemming tot gevolg het nie; *D&H Piping Systems (Pty) Limited v Trans Hex Group Limited and another* 2006 3 SA 593. Die uitsluitingsklousule moet in die kontrak vervat word om regswerking te hê; Neels "Regsekerheid en die korrigerende werking van Redelikheid en Billikheid" 1999 *TSAR* "Die beginsels van regsekerheid en outonomie vereis dat die wilsooreenstemming wat die partye tot die kontrak bereik het of die redelike vertroue wat geskep is, as uitgangspunt moet dien" 700; Wille's 811; Van der Merwe 46 en 298.

8 *Stretton v Union Steamship Co Ltd* (1881) 1 EDC 330; *George v Fairmead (Pty) Ltd* 1958 2 SA 465 (A); *Durban's Water Wonderland (Pty) Ltd v Botha and another* 1999 1 SA 982 (SCA); Wille's 812.

9 Van der Merwe 102 waar wilsooreenstemming verkry is by wyse van wanvoorstelling, onbehoorlike beïnvloeding en dwang.

10 *Burger v Central South African Railways* 1903 TS 578 'n party wat versuim om 'n kontrak te lees word aan die gewone betekenis en uitwerking van die kontrak wat hy geteken het gebonde gehou; *George v Fairmead* waar die hof bevind het dat die hotelgas nie in 'n redelike dwaling verkeer het nie, aangesien hy geweet het dat hy besig was om 'n kontraktuele dokument te onderteken en nogtans versuim het om dit te lees. Hy is gevolglik deur die kontrak gebind; *Brink v Humphries & Jewel (Pty) Ltd* 2005 2 SA 419 SA (SCA) 421H-422A: "In this way the law gives effect to the sound principle that a person signing a document, is taken to be bound by the ordinary meaning and effect of the words which appear over his/her signature, while, at the same time, protecting such a person if he/she is under a justifiable misapprehension, caused by the other party who requires such signature, as to the effect of the document"; *Hartley v Pyramid Freight (Pty) Ltd t/a Sun Couriers* 2007 2 SA 599 (SCA) waar 'n man sy vrou 'n kontrak wat hy self nie gelees het nie namens hom laat teken het, wetende dat dit sekere bepalings sal bevat. Hy kon nie aanspreeklikheid vryspring op gronde dat hy geen kennis gedra het van die inhoud daarvan nie. Die hof het bevind dat sy dwaling nie redelik was nie en die *caveat subscriptor*-reël is streng toegepas. Hy is gevolglik kontraktueel gebonde gehou; *Dole South Africa (Pty) Ltd v Pieter Beukes (Pty) Ltd* 2007 4 SA 577 (C) 'n Persoon wat gebondenheid aan 'n kontrak wil

vervolg op volgende bladsy

3 2 1 Die Regsplig om Aandag op Onverwagse Uitsluitingsklousules te Vestig

In die algemeen het 'n kontraksparty geen regsplig om die ander party van die inhoud van die voorgenome kontrak in te lig nie.[11] 'n Party het tóg 'n regsplig om 'n onverwagse uitsluitingsklousule onder die aandag van die ander kontraksparty te bring.[12] 'n Uitsluitingsklousule is onverwags as dit in stryd is met die wese van die kontrak.[13] Waar daar nie voldoen word aan 'n regsplig nie pas die howe die *caveat subscriptor*-reël buigsaam toe.[14] Dit het tot gevolg dat 'n uitsluitingsklousule ongeldig en onafdwingbaar is.[15] Omdat die *caveat subscriptor*-reël buigsaam toegepas word kan daar by geleentheid bewys word dat 'n party onder 'n redelike dwaling verkeer het by ondertekening.[16]

3 3 Die Openbare Belang en die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Kontrakte wat vrylik en in alle erns deur bevoegde partye aangegaan is moet afgedwing word, omdat dit in die openbare belang is.[17] Toestemmende partye kan van enige kontraktuele regte afstand doen.[18]

---

vryspring, moet die hof oortuig dat die woorde van die kontrak misleidend was by ondertekening. Die hof bevind dat die bewyslas nie gekwyt is nie. Die *caveat subscriptor*-reël is streng toegepas en die party gebonde gehou aan die kontrak; Naude en Lubbe "Exemption clauses- A Rethink Occasioned by Afrox Healthcare v Strydom" 2005 *SALJ* 454; *Mercurius Motors v Lopez* 2008 3 SA 572 (SCA) par 20: "The court took into account the general principle in our law that, when a person signs a contractual document, he or she agrees to be bound by the contents of the document- otherwise referred to as the *caveat subscriptor* rule";Christie 175; Van der Merwe 50.

11 *Afrox Healthcare v Strydom* par 35: "Die respondent gee toe dat as 'n algemene beginsel daar geen regsplig op 'n kontraksparty rus om sy teenparty van die voorgenome ooreenkoms in te lig nie".

12 *Fourie v Hansen* 2001 2 SA 823 (W) waar Blieden R bevind dat 'n onverwagse uitsluitingsklousule wat nie gelees is deur 'n kontraksparty nie, moet onder sy aandag gebring word. Indien dit nie gedoen word nie is die klousule onafdwingbaar en vind die *caveat subscriptor*-reël nie toepassing nie; *Constantia Insurance Co Ltd v Compusource (Pty) Ltd* 2005 4 SA 345 (SCA) par 23; *Hartley v Pyramid Freight* par 9; Naude en Lubbe 2005 *SALJ* 454.

13 In *Spindrifter (Pty) Ltd v Lester Donovan (Pty) Ltd* 1986 1 SA 303 (A) het die hof bevind dat indien die wesenlike bepalings onverwags op die agtersy van die kontrak vervat is, en dit nie onder die aandag van die appellant gebring is nie, sal die *caveat subscriptor*- reël nie op hom toepassing vind nie; *Afrox Healthcare v Strydom* par 35: "Die rede waarom daar volgens die respondent 'n regsplig op Buitendag gerus het, is omdat hy (die respondent) nie so bepaling in die ooreenkoms met 'n hospitaal verwag het nie. Die hof bevind dat die klousule objektief gesproke, nie onverwags was in die omstandighede nie"; *Mercurius Motors v Lopez* par 33: "An exemption clause such as that contained in clause 5 of the conditions of the contract, that undermines the very essence of the contract of deposit, should be clearly and pertinently brought to the attention of a customer who signs a standard instruction form, and not by way of an inconspicuous and barely legible clause that refers to the conditions on the reverse side of this page in question"; Van der Merwe 51.

14 *Diner's Club SA (Pty) Ltd v Livingstone and* Another 1995 4 SA 493 (W) 496 is beslis dat daar 'n regsplig op die eiser was om die eerste verweerder in te lig dat by die ondertekening van die kontrak, die bepalings vervat daarin persoonlike aanspreeklikheid tot sy gevolg sal hê. Die eiser het versuim om daaraan te voldoen en gevolglik is die eerste verweerder nie gebonde gehou nie; *Fourie v Hansen*; *Constantia Insurance v Compusource* par 23; *Mercurius Motors v Lopez;* Naude en Lubbe 2005 *SALJ* 454 455.

15 *Ibid*.

16 *Du Toit v Atkinson's Motors*; *Spindrifter v Lester Donovan*; *Home Fires Transvaal CC v Van Wyk* 2002 2 SA 375 (W). Indien die keersy van 'n kontrak wat op die bepalings ag slaan, nie ook gefaks word vir ondertekening nie, sal dit onredelik wees om die handtekening wat op die voorkant van die kontrak aangebring is as 'n erkenning van die bepalings te aanvaar; *Cape Group Construction (Pty) Ltd v Government of the United Kingdom* 2003 5 SA 180 (SCA); Naude en Lubbe 2005 *SALJ* 454 459.

17 *SA Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Bpk v Shifren en andere* 1964 4 SA 760 (A) 767A: "Die elementêre en grondliggende algemene beginsel dat kontrakte wat vrylik en in alle erns deur bevoegde partye aangegaan is, in die openbare belang afgedwing word"; *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) v Ellis* 1984 4 SA 874 (A) op 893I-894A beslis ".. dat dit in die openbare belang is dat persone hulle moet hou aan ooreenkomste wat hulle aangegaan het"; *De Beer v Keyser* 2002 1 SA 827 (SCA); *Brisley v Drotsky* 2002 4 SA 1 (SCA) par 9; *Afrox Healthcare v Strydom* par 23.

Die laasgenoemde reël word gekwalifiseer deurdat die reg nie gevolg gee aan kontrakte en uitsluitingsklousules wat in stryd met die openbare belang is nie.[19] Die howe moet egter versigtig en met sekerheid handel wanneer dit vasgestel word.[20]

Sedert die inwerkingtreding van die Grondwet[21] word die afdwingbaarheid van kontrakte daardeur geaffekteer.[22] 'n Kontrak wat op grondwetlike regte inbreuk maak, sal in die algemeen onafdwingbaar wees.[23] Indien die Grondwet aanvaar word as 'n betroubare vergestalting van die openbare beleid, is Christie van oordeel dat 'n hof geen probleme sal ondervind om 'n kontrak wat op die Handves van Regte inbreuk maak te vernietig nie.[24]

---

18 *Morrison v Anglo Deep Gold Mines Ltd* 1905 TS 775: "Now it is a general principle that a man contracting without duress, without fraud, and understanding what he does, may freely waive any of his rights. There are certain exceptions to that rule, and certainly the law will not recognise any arrangement which is contrary to public policy"; *Brisley v Drotsky* par 88: "…that they limit contractual freedom, but do so by prior design and agreement of the parties themselves, in the exercise of their contractual freedom, and in order to enhance certainty in their future dealings and to minimise disputes between them"; Kontrakteervryheid bepaal dat 'n party van sy regte afstand kan doen. Vir 'n bespreking oor kontrakteervryheid sien Carstens and Pearmain "Foundational principles of South African Medical Law" (2007) 322-328; "Freedom of contract and freedom to contract have been identified as principles that are fundamental to the law of contract in South Africa"; *Barkhuizen v Napier* 2007 5 SA 323 (CC) par 70; *Sewpersadh and Another v Dookie* 2008 2 SA 526 (D) par 23; Van der Merwe 151.

19 *Ibid; Magna Alloys and Research v Ellis*; *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 1 SA 1 (A); *Botha and another v Financecredit (Pty) Ltd* 1989 3 SA 773 (A); *Afrox Healthcare v Strydom* par 9 " 'n Kontrakbepaling wat dermate onbillik is dat dit met die openbare belang, in stryd is, is regtens onafdwingbaar"; *The Johannesburg Country Club v Stott* 2004 5 SA 511 (SCA) par 12 is die moontlikheid geopper dat waar 'n party gevrywaar word teen aanspreeklikheid by die nalatige veroorsaking van dood teen die openbare belang kan wees. Sien ook *Barkhuizen v Napier* par 28: "Ordinarily Constitutional challenges to contractual terms will give rise to the question of whether the disputed provision is contrary to public policy. Public policy represents the legal convictions of the community; it represents those values that are held most dear by the society"; Kerr "The Principles of the Law of Contract" (2002) 175; Wille's 812; Van der Merwe 192.

20 *Sasfin v Beukes* 15: "The power to declare contracts contrary to public policy should, however, be exercised sparingly and only in the clearest of cases…"; *Afrox Healthcare v Strydom* par 10: "Die vraag is telkens of die handhawing van die betrokke uitsluitingsklousules of ander kontraksbedinge, hetsy weens uiterste onbillikheid, hetsy weens ander beleidsoorwegings, met die belange van die gemeenskap strydig sal wees".

21 Grondwet van die Republiek van Suid Afrika, 1996.

22 A 39(2) van die Grondwet van die Republiek, 1996: "By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemenereg of gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte bevorder"; *Carmichele v Minister of Safety and Security and another* 2001 4 SA 938 (CC) par 56: "Under s 39(2) of the Constitution concepts such as policy decisions and value judgements reflecting the wishes … and the perceptions of the people and society notions of what justice demands might well have to be replaced, or supplemented and enriched by the appropriate norms of the objective value system embodied in the Constitution". *Brisley v Drotsky* par 88: "In addition, the Constitution requires the courts, when developing the common law of contract, to promote, the spirit, purport and objects of the Bill of Rights"; *Afrox Healthcare v Strydom* par 16; *Barkhuizen v Napier* par 25; Christie 347; Van der Merwe 12.

23 Christie gebruik die woord "algemeen" omdat die Grondwet nie die howe verplig om kontrakte te vernietig wat inbreuk maak op menseregte soos vervat in die handves nie; *Brisley v Drotsky* par 93: "What is evident is that neither the Constitution nor its value system it embodies give the courts a general jurisdiction to invalidate contracts on the basis of imprecise notions of good faith"; *Barkhuizen v Napier* par 29.

24 *Carmichele v Minister of Safety and Security* par 33; *Brisley v Drotsky* par 91: "Public policy ... nullifies agreements offensive in themselves- a doctrine of considerable antiquity. In its modern guise, public policy is now rooted in our constitution and the fundamental values it enshrines"; *Barkhuizen v Napier* par 29: "Thus a term in a contract that is inimical to the values enshrined in our Constitution is contrary to public policy and is therefore, unenforceable". Sien ook par 30: "In my view the proper approach to the constitutional challenges to contractual terms is to determine whether the term challenged is contrary to public policy as evidenced by the constitutional values, in particular, those

vervolg op volgende bladsy

3 4 Die Interpretasie van Uitsluitingsklousules

In die algemeen is dit die partye se bedoeling dat die regte en verpligtinge van die kontrak gemeenregtelik gereguleer word.[25] Uitsluitingsklousules moet deel van die kontrak vorm om afdwingbaar te wees.[26] Indien die bewoording van 'n klousule duidelik aanspreeklikheid uitsluit, moet daaraan gevolg gegee word.[27] Die duidelike betekenis van woorde moet nie gestrem word om dubbelsinnigheid te skep nie.[28] Dit is vandag algemene praktyk dat uitsluitingsklousules beperkend uitgelê word; die reël geld ook waar klousules vaag en onduidelik is.[29] Waar die klousule wyd opgestel is moet die kontrak in sy geheel gelees word.[30] In dié gevalle sal die *contra proferentem*-reël toepassing vind, wat gevolglik meebring dat die uitsluitingsklousule teen die opsteller uitgelê sal

---

found in the bill of rights. This approach leaves space for the doctrine of *pacta sunt servanda* to operate, but at the same time allows courts to decline to enforce contractual terms that are in conflict with the constitutional values even though the parties may have consented to them". Die KH bevestig dat howe die bevoegdheid het om kontrakte wat strydig is met Grondwetlike waardes nietig te verklaar. Sien Christie 345.

25 Volgens Cornelius "Principles of the Interpretation of Contracts in South-Africa" (2002) 129-133 is daar 'n vermoede dat partye nie die bedoeling het om nie die gemenereg te wysig nie; *First National Bank of SA Ltd v Rosenblum and another* 2001 4 SA 189 (SCA) par 6: "In matters of contract the parties are taken to have intended their legal rights and obligations to be governed by the common law unless the have plainly and unambiguously indicated the contrary"; *Cape Group Construction v Government of the United Kingdom* par 15.

26 *D&H Piping Systems v Trans Hex Group* par 39: "… the goods sold was not excluded by the provisions of the respondents general terms and conditions, because they did not form part of the contracts between the parties; and the respondent cannot now contend for a tacit exclusion of such liability"; *Hartley v Pyramid Freight* par 10: "It follows that the exclusionary clause were part of the contract between the parties, thus enforceable".

27 *Government of the Republic of South Africa v Fibre Spinners & Weavers* 805 beslis "…that there is no justification for so restricting the plain meaning of the words of the exemption clause as contended for…"; *Goodman Brothers (Pty) Ltd v Rennies Group Ltd* 1997 4 SA 91 (W) 94 beslis "...that the word *whatsoever*, which qualified *no liability*, and the phrase *any loss* had to be given their literal meanings"; *Durban's Water Wonderland v Botha* 989: "If the language of the disclaimer or exemption clause is such that it exempts the *proferens* from liability in express and unambiguous terms, effect must be given to that meaning"; *First National Bank of SA v Rosenblum* par 7: "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"; *Van der Westhuizen v Arnold* 2002 6 SA 453 (SCA) par 21: "In interpreting a contract a court must determine the intention of the parties as reflected by the terms of the contract"; *Allianz Insurance Ltd v RHI Refractories Africa (Pty) Ltd* 2008 3 SA 425 (SCA) par 11, waar die hof dit weereens beklemtoon dat daar aan woorde hul eenvoudige en gewone betekenis gegee word.

28 *Walker v Redhouse* 2007 3 SA 514 (SCA) par 19 " …In my view, this interpretation strains the wording of the indemnity. It requires words to be read in which limit the causes of the liability. There is nothing to suggest that, that was the intention of either of the parties".

29 *Essa v Divaris* 1947 1 SA 753 (A); *Afrox Healthcare Bpk v Strydom* par 9: "Wat uitsluitings- of vrywaringsklousules soos klousule 2.2 betref is die algemene benadering in ons reg dat sodanige klousules, ofskoon geldig en afdwingbaar, hulle beperkend uitgelê word"; *Van der Westhuizen v Arnold* par 37: "In particular that courts endeavour to confine exemption clauses within reasonable bounds … by interpreting them narrowly"; *Walker v Redhouse* par 13: "While conceding that indemnity clauses should be construed restrictively, Walker contends that the provision in question is couched in unambiguous language and has a wide import"; sien ook *Drifter Adventure Tours CC v Hircock* 2007 2 SA 83 (SCA) par 9: "It is also so that indemnity provisions, in general, should be construed restrictively". Sien ook Visser "Drifters Adventure Tours CC v Hircock [2006] SCA 130 (RSA)" 2007 *De Jure* 188: "The court also accepts that indemnity provisions in general should construed restrictively – thus not limiting this approach merely to vague or unclear provisions"; *Allianz Insurance v RHI Refractories Africa* par 7: "An exemption clause is restrictively interpreted against the insurer, because it purports to limit what would otherwise be a clear obligation to indemnify"; Christie 299: "Restrictive interpretation has been applied to exemption clauses that are phrased in general terms and do not only exclude specific grounds of liability".

word.[31] Indien uitsluitingsklousules in algemene terme omskryf word en nie spesifieke gronde van aanspreeklikheid uitsluit nie sal dit ook beperkend uitgelê word.[32] Howe kan hier ook van omringende omstandighede gebruik maak.[33]

4 Alledaagse Problematiek met Uitsluitingsklousules

Dit is vasgestel dat 'n persoon wat met sy regte bekend is daarvan afstand kan doen, indien daar geen dwang of bedrog aanwesig is nie.[34] Die uitsondering is dat howe nie gevolg sal gee aan uitsluitingsklousules wat teen die openbare belang is nie.[35] Hierna word hedendaagse kwessies met betrekking tot uitsluitingsklousules bespreek.

4 1 Nalatigheid

Indien 'n uitsluitingsklousule vir nalatigheid nie teen die openbare belang is nie, moet die howe dit toelaat.[36] Die bewoording moet duidelik en ondubbelsinnig wees indien die partye aanspreeklikheid vir nalatigheid wil uitsluit.[37] 'n Klousule wat 'n party teen die aanspreeklikheid van sy eie nalatigheid

---

30 *Drifter Adventure Tours CC v Hircock* par 10: "It is couched in wide terms but must be read in the context of the contract as a whole, including its reverse side"; Visser 2007 *De Jure* 188 190.

31 *Cairns (Pty) Ltd v Playdon &Co Ltd* 1948 3 SA 99 (A) 121: "Grotius is quoted as giving the reason why there is a rule that works against the *proferens*- for he has himself to blame for not speaking more plainly". Sien ook *Durban's Water Wonderland v Botha* 989: "If there is ambiguity, language must be construed against the *proferens*…"; *Government of the Republic of South Africa v Fibre Spinners & Weavers* 804: "…if doubt arises at this point, it must be resolved against the *proferens*…"; *Van der Westhuizen v Arnold* par 20: "It is important to bear in mind, however, that the guides to interpretation, such as *contra proferentem*, should be resorted to only where the application of the general principles of interpretation fails to yield a clear meaning" en par 38 "It is also suggested fairly regularly that exemption clauses should be construed *contra proferentem*- against the person for whose benefit the exemption is included." Sien ook *Johannesburg Country Club v Stott* par 5; *Consol Ltd t/a Consol glass v Twee Jonge Gezellen (Pty) Ltd* 2005 6 SA 1 (SCA) par 14; *Drifter Adventure Tours CC v Hircock* par 13: "In case of doubt, an exemption clause reasonably capable of bearing more than one meaning is given the interpretation least favourable to the *proferens*"; *Walker v Redhouse* par 13; *Allianz Insurance v RHI Refractories Africa* par 12.

32 *Ibid.*

33 *Van der Westhuizen v Arnold* par 21: "Where there is some uncertainty as to the meaning, or an ambiguity such that different meanings are possible on the literal wording of the contract, a court may have regard to surrounding circumstances"; *D&H Piping Systems v Trans Hex Group* par 37; *Coopers & Lybrand v Bryant* 1995 3 SA 761 (A); *Walker v Redhouse* par 15.

34 *Morrison v Anglo Deep Gold Mines* 775; *Brisley v Drotsky*; Christie 185.

35 *Morrison v Anglo Deep Gold Mines* 775 "There are certain exceptions to that rule, and certainly the law will not recognise any agreement which is contrary to public policy". Sien ook n 22.

36 *Supra* n 20 en 22.

37 *First National Bank v Rosenblum* par 6: "Thus even where an exclusionary clause is couched in language sufficiently wide to be capable of excluding liability for a negligent failure to fulfil a contractual obligation or for a negligent act or omission, it will not be regarded so if there is another realistic and not fanciful basis of potential liability to which the clause could apply and so have a field of meaningful application." Sien ook *Drifter Adventure Tours CC v Hircock* par 10: "Despite the fact that the latter part of the indemnity clause, read on its own, is wide enough to exclude liability for negligence ('any liability whatsoever')".

vrywaar is toelaatbaar.[38] Die posisie waar aanspreeklikheid vir nalatige doodsveroorsaking uitgesluit word is tans onseker.[39] Daar is egter melding gemaak dat dit teen die openbare belang kan wees.[40]

4 2 Growwe Nalatigheid

Alhoewel daar onsekerheid was is bevind dat 'n klousule wat aanspreeklikheid vir growwe nalatigheid uitsluit nie teen die openbare belang is nie.[41] 'n Party kan onder sekere omstandighede aanspreeklikheid opdoen vir growwe nalatigheid.[42] Ander gesag meen dat klousules wat voorsiening maak vir growwe nalatigheid uitgelê sal word om growwe nalatigheid uit te sluit.[43] Na my mening is daar meer duidelikheid nodig in die verband.

4 3 Bedrog en Opsetlike Gedrag

Uitsluitingsklousules wat poog om bedrog uit te sluit is teen die openbare belang en dus nietig.[44] Ander opsetlike gedrag wat lei tot bedrog of diefstal kan ook nie deur 'n party uitgesluit word nie.[45]

---

38 *Central SAR v Adlington & Co* 1906 TS 964; *Essa v Divaris*; *SAR & H v Lyle Shipping Co Ltd* 1958 3 SA 416 (A) die Appèlhof dit as gevestigde reg aanvaar; Christie 186.

39 *Johannesburg Country Club v Stott* par 12: "A final consideration is the radical nature of the exclusion of liability for damages for negligently causing the death of another. Whether it can be done effectively may in the light of the conclusion reached be left open"; Christie 298.

40 *Johannesburg Country Club v Stott* par 12: "It is arguable that to permit such exclusion would be against public policy because it runs counter to the high value the common law and, now, the Constitution place on the sanctity of life"; Christie 298.

41 *Government of the Republic of South Africa v Fibre Spinners & Weavers* 807: "In my opinion there is no justification for so restricting the plain meaning of the words of the exemption clause, nor is there any reason, founded on public policy, why it should be held that, in so far as the clause refers to loss or damage caused by defendant's gross negligence, it is not enforceable". Sien ook *First National Bank v Rosenblum* par 26: "Nothing in clause 2 suggests than only *culpa levis* is to enjoy immunity but not *culpa lata*. Indeed, in the case of *Fibre Spinners and weavers* (*supra*) a clause which made no mention of negligence at all was held to cover both negligence and gross negligence. (Here negligence is expressly mentioned in clause 2)"; Carstens and Kok 2003 *SAPL 430* ; Van der Merwe 298.

42 *Goodman Brothers v Rennies Group* 96: "The cumulative effect of the clauses just quoted is that the respondent can be liable (in limited and defined circumstances) only for gross negligence"; *Afrox Healthcare v Strydom* par 33; *First National Bank v Rosenblum* par 25. Sien ook Carstens and Kok 2003 *SAPL* 430.

43 *Afrox Healthcare v Strydom* par 13: "Die vraag of die kontraktuele uitsluiting van 'n hospitaal se aanspreeklikheid vir skade wat deur growwe nalatigheid van sy verpleegpersoneel veroorsaak is, met die openbare belang in stryd sal wees, kom dus nie in hierdie saak ter sprake nie. Selfs die aanvaarding dat dit wel die geval is, sou dit nie outomaties die ongeldigheid van klousule 2.2(wat growwe nalatigheid uitsluit) meebring nie. Waarskynlik sou die bepalings van die klousule in die geval eerder by wyse van uitleg beperk word om growwe nalatigheid uit te sluit". Sien ook Carstens and Kok 2003 *SAPL* 454 vir n bespreking oor growwe nalatigheid.

44 *Wells v SA Alumenite Co* 1927 AD 69 72: "On grounds of public policy the law will not recognise an undertaking by which one of the contracting parties binds himself to condone and submit to the fraudulent conduct to the other. The courts will not lend themselves to the enforcement of such a stipulation; for to do so would be to protect and encourage fraud"; *Brisley v Drotsky* par 90: "And where a contracting party, strong or weak, seeks to invoke the writing-only requirement in deceit or to attain fraud, the courts will not permit it to do so".

45 *Goodman Brothers v Rennies Group* 98: "The dictum should, furthermore, not be confined to fraudulent conduct narrowly defined: the same public policy considerations mentioned by Innes CJ at 72, namely *the courts will not lend themselves to the enforcement of such a stipulation; for to do so would be to protect and encourage fraud,* apply equally to any deliberate dishonest conduct (such as theft) by a contracting party"; *Hughes v SA Fumigation Co (Pty) Ltd* 1961 4 SA 799 (C) 805.

4 4 Bedrog en Diefstal deur Werknemers of Agente

'n Werkgewer wat bevoordeel word waar sy agent of werknemer 'n wanvoorstelling maak, kan nie aanspreeklikheid vir hul bedrog uitsluit nie.[46] Die posisie verskil egter waar diefstal deur die agent of werknemer gepleeg is en dit geen voordeel vir die werkgewer inhou nie.[47] In die laasgenoemde geval sal die werkgewer effektiewelik aanspreeklikheid vir diefstal kan uitsluit.[48]

4 5 Kontrakbreuk

Dit is nie teen die substantiewe reg of openbare belang vir partye om aanspreeklikheid vir kontrakbreuk uit te sluit nie.[49] Daar word aanvaar dat dit nie die partye se bedoeling is om kontrakbreuk te pleeg nie.[50]

4 6 Kaartjieskontrakte

Waar menigte persone gebruik maak van openbare sport, vervoer en vermaak is dit onmoontlik dat elke individu 'n uitsluitingsklousule teken.[51] Kaartjieskontrakte beoog die uitsluiting van aanspreeklikheid in die gevalle.[52] Die kaartjieskontrak-beginsel vind toepassing waar daar 'n vertroue geskep is dat die bepalings van 'n kennisgewing deel van die kontak vorm.[53] Indien daar 'n vermoede is dat 'n kennisgewing sekere bepalings bevat en die party lees dit nie, sal hy gebonde wees daaraan.[54] Waar 'n party geen kennis dra van die bepalings nie moet die *proferens* dit onder sy aandag bring.[55]

---

46 *Government of the Republic of South Africa v Fibre Spinners & Weavers; Goodman Brothers v Rennies Group* 99: "To allow the principle to take advantage of fraudulent misrepresentations by relying on a clause excluding liability for misrepresentations by the servant or agent, would encourage fraud"; *First National Bank v Rosenblum* par 22 ; Christie 185.

47 *Government of the Republic of South Africa v Fibre Spinners & Weavers*; *Goodman Brothers v Rennies Group* 99: "Like the fraud, the theft by the servant is not a theft by the employer but for the benefit of the employee"; *First National Bank v Rosenblum* par 22: "It may well be that public po-licy will not countenance a situation in which an employer will derive a benefit from such conduct but where, as here, the bank does not seek to benefit, nor has it benefited, from the theft committed by its employees, the position is different"; Christie 185.

48 *Beinashowitz & Sons (Pty) Lta v Night Watch Patrol (Pty) Ltd* 1958 3 SA 61 (W) 62; *Goodman Brothers v Rennies Group* 99: "To allow the employer to rely on a clause excluding liability in the case of a theft by an employee would not encourage theft. There is no greater risk of a theft being committed because the employer has stipulated for an exemption clause than there would be if he had not done so"; *First National Bank v Rosenblum* par 22; Christie 185.

49 *Micor Shipping (Pty) Ltd v Treger Golf & Sports (Pty) Ltd* 1977 2 SA 709 (W); *Government of the Republic of South Africa v Fibre Spinners & Weavers* 325; *Elgin Brown & Hamer (Pty) Ltd v Industrial Machinery Suppliers (Pty) Ltd* 1993 3 SA 424 (A); *Goodman Brothers v Rennies Group 91*.

50 *Ibid*.

51 *Stretton v Union Steam Ship Co Ltd* (1881) 1 EDC 315; *Central SAR v Mclaren* 1903 TS; *Central South African railways v James* 1908 TS 221; *King's Car Hire (Pty) Ltd v Wakeling* 1970 4 SA 640; *Durban's Water Wonderland (Pty) Ltd v Botha* 982; *Cape Group Construction t/a Forbes Waterproofing v Government of the United Kingdom*; Christie 182.

52 *Ibid.*

53 *Durban's Water Wonderland v Botha* 991: "The principles applicable to so-called ticket cases apply mutatis mutandis to cases such as the present where reliance is placed on display of a notice containing terms relating to a contract". Sien ook *Cape Group Construction t/a Forbes Waterproofing v Government of the United Kingdom* par 17.

54 *Stretton v Union Steam Ship Co Ltd* (1881) 1 EDC 315; *Central SAR v Mclaren* ; *Durban's Water Wonderland v Botha* 991: "Had she seen one of the notices, realised that it contained conditions relating to the use of the amenities but not

vervolg op volgende bladsy

4 7 Bewyslas (*Onus*)

Indien daar op grond van delik ge-eis word, moet die eiser of die appellant op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys dat die uitsluitingsklousule afdwingbaar is.[56] Waar op die kontrak gesteun word verskil die posisie en moet die eiser bewys dat die uitsluitingsklousules nie deel van die kontrak vorm nie.[57] By korttermynversekeringspolisse rus die *onus* op die versekerde om te bewys dat sy eisgrond binne die raamwerk van die primêre risiko val.[58]

5 Die Nasionale Kredietwet en die "Consumer Protection Bill"

Wat die uitsluiting van aanspreeklikheid in die Nasionale Kredietwet[59] betref, word daar gefokus op sekere bepalings. Uitsluitingsklousules van die aard is onregmatig en geen effek sal daaraan gegee word nie. Artikel 90(2)(g)(i) bepaal dat dit onregmatig is om 'n kredietverskaffer te vrywaar vir aanspreeklikheid vir enige handeling of late. Daar word ook in artikel 90(2)(g)(ii) bepaal dat 'n kredietverskaffer ook nie gevrywaar kan word vir aanspreeklikheid waar 'n waarborg stilswyend in die kontrak geïmpliseer is nie.

Indien die "Consumer Protection Bill" deur die parlament goedgekeur word sal die volgende bepalings relevant wees by die gebruik van uitsluitingsklousules in verbruikersooreenkomste. In artikel 49(1)(a) word bepaal dat 'n verbruikersooreenkoms wat poog om enige aanspreeklik te beperk of uit te sluit, moet onder die aandag van die verbruiker gebring word. Volgens artikel 49(3)(a) moet die bepalings in duidelike en eenvoudige taal uiteengesit word. Die aard en effek van 'n bepaling moet

---

bothered to read it, there would similarly have been actual consensus on the basis that she would have agreed to be bound by those terms".

55 *Central SAR v Mclaren*; *King's Car Hire v Wakeling* ; *Durban's Water Wonderland v Botha*1992: "In substance they were all intended to convey the same thing, *viz* an objective test based on the reasonableness of the steps taken by the proferens to bring the terms in question to the attention of the customer and patron".

56 *Durban's Water Wonderland v Botha* 991: "The appellant relied on a contract in terms of which liability for negligence was excluded. It accordingly bore the onus of establishing the terms of the contract"; *Afrox Healthcare v Strydom* par 6: "Die hof a quo het van die vertrekpunt uitgegaan dat die onus op die appellant gerus het om aan te toon dat die bepalings van klousule 2.2 teenoor die respondent afdwingbaar is. Hierdie is egter juis gesag vir die teenoorgestelde". sien ook *Drifter Adventure Tours CC v Hircock* par 9: "It is common cause that the appellant bears the *onus* of
establishing, on a balance of probabilities, that the indemnity clause is enforceable against the respondent".

57 *Stocks & Stocks (Pty) Ltd v TJ Daly &Sons (Pty) Ltd* 1979 3 SA 754; *Afrox Healthcare v Strydom* par 6: "Die hof a quo het van die vertrekpunt uitgegaan dat die *onus* op die appellant gerus het om aan te toon dat die bepalings van klousule 2.2 teenoor die respondent afdwingbaar is. Hierdie is egter juis gesag vir die teenoorgestelde". Sien ook *Mercurius Motors v Lopez* par 19: "In the case of the dispute as to the existence of such a clause as part of the contract of deposit, it will be for the plaintiff depositor to prove that the clause was not a term of the contract".

58 *Allianz Insurance Ltd v RHI Refractories Africa* par 7: "…whilst the ordinary rule is that the insured must prove itself to fall within the primary risk insured against by the policy".

59 wet 34 van 2005.

aan die verbruiker verduidelik word.[60] Indien daar nie aan die voorskrifte voldoen word nie, sal die bepalings nietig wees.

6 Gevolgtrekking

Dit is duidelik dat die hantering van uitsluitingsklousules kompleks en veelsydig van aard is. Wilsooreenstemming bly die hoeksteen vir die geldigheid en afdwingbaarheid van alle kontrakte. Indien die Grondwet aanvaar word as 'n betroubare vergestalting van die openbare beleid, sal uitsluitingsklousules wat vrylik deur die partye onderteken is, onafdwingbaar wees waar dit op die Handves van Regte inbreuk maak. 'n Party wat uitsluitingsklousules wil afdwing moet die korrekte bewoording gebruik en dit behoorlik onder die aandag van die ander party bring. Hopelik sal die die "Consumer Protection Bill" binnekort deel van ons reg wees, dan sal die posisie rondom onverwagse uitsluitingsklousules in verbruikerskontrakte duideliker wees.

[60] A 49(3)(b).