

Regspraak

ROOFTOGTE: IN MEER AS EEN OPSIG 'N WINKELIER SE NAGMERRIE

Govender v Salgados Fruiterers t/a Lyndhurst Fruit Basket 2009 1 SA 500 (W)

1 Inleiding

Ofskoon die oop sluise van litigasie in die sfeer van vorderings weens die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies nog nie 'n onbeheerbare stroom eisers op ons reeds oorlaaide howe losgelaat het nie, word daar deesdae opvallend meer sake oor hierdie gebied van die deliktereg gerapporteer as enkele jare gelede. Alhoewel daar nog nie met stelligheid gekonstateer kan word dat iedere geval van veroorsaking van vermoënsnadeel op 'n onregmatige en skuldige wyse die dader aanspreeklik sal stel teenoor die benadeelde nie (wat die sogenaamde “logiese eindontwikkeling” van die *actio legis Aquiliae* sal uitmaak: vgl bv Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1989) 7 227), het ons reg al ver gevorder in hierdie verband, soos blyk uit resente gevalle waar die aanspreeklikheid van 'n verweerder wat nie in eerste instansie die eiser se nadeel veroorsaak het nie, bevestig is onder omstandighede waarin bevind is dat die verweerder op skuldige (nalatige) wyse versuim het om 'n regsplig teenoor die eiser na te kom wat tot gevolg gehad het dat 'n ander op direkte wyse vir die eiser vermoëns- en/of persoonlikheidsnadeel veroorsaak het (sien bv *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* 2002 6 SA 431 (HHA) waar die staat aanspreeklik gehou is vir die nadeel wat 'n eiser gely het as gevolg van 'n skietwond toegedien deur 'n persoon ten aansien waarvan die staat nalatig versuim het om sy vuurwapenlisensie terug te trek toe daar genoegsame bewyse bestaan het dat daardie persoon nie meer bevoeg was om sodanige wapen te besit nie).

Dat die howe egter nie ongebreidelde uitbreiding van aanspreeklikheid onder die beginsels van die *actio legis Aquiliae* sal toestaan nie, blyk duidelik uit *dicta* soos dié van waarnemende appèlregter Grosskopf in *Lillicrap, Wassenaar and Partners v Pilkington Brothers (Pty) Ltd* (1985 1 SA 475 (A) 504G-H):

“[T]he approach of English law seems to be different from ours ... English law adopts a liberal approach to the extension of a duty of care ... South African law approaches the matter in a more cautious way ... and does not extend the scope of the Aquilian action to new situations unless there are positive policy considerations which favour such an extension.”

(Sien verder *Trustees, Two Oceans Aquarium Trust v Kantley and Templer (Pty) Ltd* 2006 3 SA 138 (HHA) 147F-I.)

In die uitspraak wat tans onder die loep geneem word, het die eiser op heel oorspronklike wyse gepoog om die nadeel wat hy as gevolg van 'n skoot uit 'n gewapende rower se vuurwapen opgedoen het van die eienaar van die handelonderneming wat die slagoffer van die rooftog was, te verhaal. Die feitestel bied 'n uitnemende voorbeeld van hoe die omvangsbreedte van die Aquiliese aksie gerek sou kon word om vir 'n nuwe geval van skadeveroorsteking voorsiening te maak. Soos aanstons egter sal blyk, het die inherent konserwatiewer benadering van ons howe (in teenstelling met die Engelsregtelike benadering ten aansien van die vordering op grond van die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies, soos uit die pasvermelde aanhaling

blyk) 'n stokkie gesteek voor enige suksesvolle vordering deur die eiser in hierdie verband.

2 *Feite en uitspraak*

Die eiser, 'n gereelde klant van die verweerders (Salgado's Fruiterers, 'n vrugte en groente handelonderneming, die eerste verweerder en Salgado in sy persoonlike hoedanigheid, die tweede verweerder) het teen laat namiddag op 5 Oktober 2001 by die onderneming opgedaag om 'n paar aankope te doen. Die eiser, 'n sekuriteits-beampte, was in sy uniform geklee en het ook 'n vuurwapen in 'n pistoolsak gedra. 'n Groterige, burgerlike toeritsbaadjie het sy uniform verberg en hy was nie onmiddellik as 'n veiligheidswag herkenbaar nie.

Die eiser het soos volg getuig: Toe hy die winkel met sy aankope – 'n doos vol produkte wat hy met albei hande moes vashou – wou verlaat, het 'n rower 'n oorgehaalde rewolwer teen sy bors gedruk en hom in die winkel teruggedwing. Terug in die winkel, waar slegs Salgado agter die toonbank en kasregister teenwoordig was, het die booswig sy vuurwapen op Salgado gerig en uitgeroep: “This is an armed robbery ... [m]ake it quick” (502A-D). Toe daar geen reaksie van Salgado se kant af was nie, het die rower weer sy wapen op die eiser gerig en hom ongeveer vier of vyf meter na die agterkant van die lokaal laat beweeg. Direk daarna is die winkeleienaar weer beveel om die kasregister leeg te maak, maar hy het op eg Stoïsynse wyse doodstil bly sit, sonder om gehoor te gee aan die rower se eise. Die gefrustreerde, agressiewe rower het toe met sy vuurwapen op die toonbank begin slaan en luidkeels gegil: “Make it fast, I need the money” (502E). Toe Salgado nog steeds geen oog knip nie, het die rampokker sy rewolwer op die eiser gerig en hom met twee goedgeplaaste skote in die nek en mond getref. Sy eie flou poging om sy vuurwapen te gebruik was nutteloos en hy het ongeveer onmiddellik sy bewussyn verloor (502F-G).

Die eiser het skadevergoeding van die verweerders geëis weens die liggaamlike beserings wat hy as gevolg van die skietvoorval opgedoen het. Die essensie van die eiser se argument het daarin bestaan dat indien Salgado, wat in beheer van die kasregister was, flink sou gereageer het na aanleiding van die rower se aandrang op die geld, laasvermelde hom nie sou geskiet het nie. Verder het hy aangevoer dat 'n redelike persoon in Salgado se skoene, gekonfronteer deur sodanige gevaarlike en delikate situasie, ten einde sy klante te beskerm nie sou versuim het om die geld aan die booswig te oorhandig nie (505I). Dit is derhalwe duidelik dat die eiser se argument was dat Salgado se onregmatige, nalatige late sy beserings medeveroorsaak het.

Volgens die getuienis van die tweede verweerder, wat hemelsbreed verskil het van dié van die eiser, was een van sy werknemers, ene Ndhlovu, by die kasregister aan diens, terwyl hy self in sy kantoortjie werksaam was. Nadat twee skote afgegaan het, het hy sy kantoor verlaat en die gewonde eiser op die vloer aangetref (503J-504B). Namens en in ooreenstemming met die weergawe van die tweede verweerder het Ndhlovu verder soos volg getuig: Terwyl hy agter die kasregister gestaan het, het 'n rower wat in die winkel was skielik uitgeroep: “This is an armed robbery, everyone must lie down on the floor” (504F). Op daardie tydstip was daar, benewens enkele ander werknemers en die eiser, nog twee of drie klante in die winkel. Direk daarna het die rower 'n skoot in die vloer afgetrek en na Ndhlovu beweeg met die bevel: “Don't move from the till” (504I). Daarop het die boef aan die eiser begin stamp en stoot omdat hy geweier het om te gaan platlê. Die eiser het toe gegryp na 'n pistool wat in 'n pistoolsak om sy lyf was en die gevolg daarvan was dat die

rower hom tweemaal geskiet het. Daarna het die booswig sy pistool gegryp en die hasepad gekies. Hierdie getuienis is in wese bevestig deur 'n ander werknemer van die onderneming, ene Nkosi (505A-E).

Op grond van redes wat nie vir hierdie bespreking van belang is nie, het die hof die weergawe van die verweerders en hul getuies aanvaar, wat soos volg weergegee kan word: (i) Die tweede verweerder was ten tyde van die gewraakte voorval in sy kantoor; (ii) sy werknemer, Ndhlovu, was in beheer van en teenwoordig by die kasregister op die winkeltoonbank; en (iii) die eiser is geskiet terwyl hy gepoog het om sy pistool uit die pistoolsak te trek (507H). Die gevolg hiervan was dat die hof die eiser se vordering met koste van die hand gewys het (gesien die feit dat aanvaarding van die getuienis namens die verweerders die eiser se weergawe van die gebeurde *ipso facto* van nul en gener waarde gemaak het (506J)) deur te bevind dat hy nóg nalatigheid, nóg feitelike kousaliteit, nóg onregmatigheid (in daardie volgorde) met betrekking tot die tweede verweerder se optrede kon bewys (508B-F).

3 *Evaluering*

3.1 *Inleiding*

Wat opval in regter Mathopo se uitspraak is dat dit hoofsaaklik gewy is (501J-508B: meer as ses van die ietwat minder as agt bladsye wat die uitspraak beslaan) aan 'n ontleding van en bevinding ten aansien van die getuienis wat gelewer is namens die eiser en die verweerders. Die relevante *ratio decidendi* is in essensie slegs twee paragrawe lank (508C-F). In die proses van oorweging van die getuienis verwys die regter dan uitvoerig na die eiser se weergawe van gebeure (sien bv 505G-506F) en laat hom dan uit oor die meriete van aspekte daarvan, asook van die regsargumente wat namens die eiser aangevoer is, terwyl sy konklusie uiteindelik is dat daardie weergawe verwerp moet word ten gunste van dié van die verweerders, soos hierbo (onder § 2) aangetoon is. Na my oordeel is hierdie werkswyse problematies, want dit dien hoegenaamd geen doel nie, gesien die feit dat die eiser se weergawe *in toto* verwerp is. Indien elke gerapporteerde uitspraak telkens aansienlike spasie sou moes afstaan aan die bespreking van 'n hipotetiese toedrag van sake, sou ons hofverslae beslis in volume gegroei het tot 'n punt van onhanteerbaarheid.

'n Verdere opvallende kenmerk van die uitspraak is die lukrake wyse waarop met die elementologie van die deliktereg omgegaan word. Die akademikus en praktisyn wat geskool is in die idioom van die sistematiese benadering tot die vasstelling van die feit of 'n onregmatige daad in die eerste plek gepleeg is, sal dit beslis nie beskou as 'n toonbeeld hiervan nie. Dit is oorbekend dat hierdie benadering inhou dat daar logieserwyse eers na 'n gedraging aan die kant van die verweerder gesoek sal word wat kousaal verbonde is met die eiser se skade, gevolg deur 'n evaluasie van die aan- of afwesigheid van onregmatigheid wat uiteindelik, indien daar 'n bevinding gemaak sou word dat daar wel sprake is van onregmatige optrede, sal uitloop op 'n ondersoek na die vraag of die dader deur 'n skuldverwyte (hetsy opset, of nalatigheid) getref word (vgl bv Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (2006) 4 25 33 117; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1989) 111). Soos aanstons aangetoon sal word, is daar geen sweem van hierdie kerngesonde sistematiese benadering te bespeur nie en steek die spook van die Engelsregtelike “duty of care” ook kop uit. Bespeur ons hier dalk maar slegs een ontkieming van die saadjies wat ons hoogste hof van appèl die afgelope tyd toenemend saai ten aansien van die volgorde waarin die delikselemente onder die loep geneem behoort te word, asook met betrekking tot die aanwending van die gewraakte “duty

of care"-leerstuk – veral in die konteks van vordering weens die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies? (Vir die mees resente bydraes tot die debat wat sedert die artikel van Fagan ("Rethinking wrongfulness in the law of delict" 2005 *SALJ* 90) en die uitspraak van ar Harms in *Telematrix Pty Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v Advertising Standards Authority* 2006 1 SA 461 (HHA) woed, sien Neethling en Potgieter "Onregmatigheid as die redelikheid om 'n verweerder aanspreeklik te stel – 'n nuwe variasie van die toets vir onregmatigheid" 2009 *THRHR* 455; Scott "Owerheidsaanspreeklikheid vir skade veroorsaak deur slaggate in openbare paaië" 2009 *TSAR* 392.)

3.2 Bevinding ten aansien van die aan- of afwesigheid van die delikselemente

Die bondige *ratio decidendi* ten aansien van die regspraak (sien my opmerking onder § 3.1 hierbo) lui soos volg:

"I cannot find that the defendants were negligent in the circumstances. On this ground alone the plaintiff's action falls to be dismissed. Another reason why the plaintiff cannot succeed is his misplaced reliance on the alleged breach of the duty of care. In my view, the plaintiff failed to establish that the failure to comply with the armed robber's demand, either by Life Ndhlovu or, on his [n] die eiser se] version, by Mr Salgado, was causally connected to the subsequent shooting. What really caused the shooting was the plaintiff's refusal to lie down, when some of the staff and customers did so, and also his attempt to pull out the firearm. I say this for this reason, that the plaintiff in his own evidence testified that the robber was not interested in him, but the money.

In my view to extend the duty of care in such circumstances would make life in this country unbearable and cast too wide a duty on shop owners and occupiers. A majority of banks and shops have experienced a spate of unprecedented armed robberies, and to expect them to comply with unlawful demands of armed robbers will be casting the duty too wide and is impractical. See, in this regard, *Tsogo Sun Holdings (Pty) Ltd v Qing-He-Shan* 2006 6 SA 536 (SCA)" (508C-F).

Ingevolge die heersende ortodokse doktrine (die sogenaamde "standard approach" waarvan Fagan in sy vermelde omstrede artikel gewag maak) val dit beslis vreemd op om, soos regter Mathopo hier doen, met die intrapslag die skuldelement onder die loop te neem en die verweerder dan vry te laat uitgaan enkel en alleen weens 'n bevinding dat daar geen sprake van nalatigheid aan sy kant is nie. Nalatigheid, as delikselement, hou in dat dit eers moet vasstaan dat die verweerder onregmatig opgetree het en aangesien onregmatigheid weer, op sy beurt, in essensie vereis dat die verweerder se optrede 'n skadelike gevolg vir die eiser moes veroorsaak het, is dit eenvoudig nie *logies* moontlik om nalatigheid ter aanvang as die relevante delikselement wat oorweeg moet word, te isoleer nie. Natuurlik sal hierdie kritiek alleen water hou indien nalatigheid sy normale, doktrinêre betekenis dra, waarna soms in Engels as "causal" of "causative negligence" verwys word (sien *Transnet Ltd v Witter* 2009 1 All SA 164 (HHA) 168j; vgl in die algemeen Neethling, Potgieter en Visser 117 149; Van der Walt en Midgley *Principles of Delict* (2005) 155; Knobel "Die volgorde waarin die delikselemente onregmatigheid en skuld bepaal moet word" 2008 *THRHR* 1 8). Die wyse waarop regter Mathopo die begrip "negligence" aanwend, toon ooreenkoms met die gebruik wat die afgelope tyd in die hoogste hof van appèl posgevat het (en selfs hoogmode geword het in uitsprake wat oor die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies weens 'n late handel) om die begrip "nalatigheid" in 'n losse, nie-tegniese sin aan te wend "om eerder die *prima facie* onredelikheid uit te druk van die verweerder se optrede in 'n bepaalde geval wat sig vir beoordeling voordoën" (Scott 399; sien ook Scott "Railroad operator's failure to protect passenger against attack on train not negligent" 2009 *THRHR*

156 161). Dit is myns insiens onvermydelik dat hierdie neiging wat al hoe meer in die geleedere van ons appèlregters begin posvat, neerslag gaan vind in die uitsprake van die provinsiale howe – die onderhawige saak is ’n klinkklare bewys daarvan. Dit is uiters jammer dat die krake in gesonde regsteorie, wat hier te lande oor vele dekades moeitewol ontwikkel en uitgebou is, met rasse skrede groter word. Dit gaan vir dosente in die deliktereg binnekort waarskynlik ’n onbegonne taak wees om ’n eenvoudige, logiese grondslag in ons regspraak uit te stippel aan die hand waarvan komplekse (en selfs eenvoudige) probleme ontrafel kan word. Dit is nie vergesog nie om te verklaar dat die neiging wat onder andere in hierdie uitspraak gereflekteer word, uiteindelik die doodsklok sal lui vir ’n egte generaliserende benadering tot die problematiek van die deliktereg. Moontlik is reïne kasuïstiek tog maar uiteindelik ons voorland!

Die hof konstateer vervolgens dat die gebrek aan nalatigheid aan die verweerder se kant opsigselfstaande die eiser se vordering in die wiele ry. Wesentlik skort daar niks met sodanige stelling nie; trouens dit is in ooreenstemming met die welbekende beginsel dat indien “enige een (of meerdere) van hierdie elemente [ontbreek], is daar van ’n onregmatige daad, en bygevolg van aanspreeklikheid, nie sprake nie” (Neethling, Potgieter en Visser 4). Laasvermelde skrywers se toevoeging van die woorde “(of meerdere)” direk na “enige een” in die pasvermelde aanhaling is duidelik *ex abundanti cautela*, want die toepassing van eenvoudige logika bepaal dat as daar maar een van die geïkte delikselemente ontbreek, daar van die bestaan van ’n delik geen sprake kan wees nie. In my kritiek op een aspek van die uitspraak van appèlregter Harms in *Tsogo Sun Holdings (Pty) Ltd v Qing-He-Shan* (Scott “Casino operator not liable for delictual act committed by one patron against another” 2007 *THRHR* 501 505 506) het ek reeds daarop gewys dat indien die hof tot die slotsom geraak het dat één van die delikselemente aan die kant van die verweerder ontbreek, die spreekwoordelike koeël deur die kerk is – daar kan dan hoëgenaamd geen sprake van deliktuele aanspreeklikheid wees nie. Vir die hof om vervolgens ’n verdere ondersoek te loods na die aan- of afwesigheid van sommige van of al die oorblywende delikselemente is niks minder nie as tydverspilling. Dit is duidelik dat die hof se benadering in die *Tsogo Sun Holdings*-saak regter Mathopo se werkswyse beïnvloed het (sien sy verwysing, aan die einde van bovermelde aanhaling, na daardie uitspraak).

Sou ’n mens (argumentsonthaltwe) nou maar gelate aanvaar dat ander delikselemente onder die soeklig gaan kom, is die verwagting sterk dat die fokus op die handelingselement sal wees. Die enigste gedraging wat hier aan die orde sou kon kom, is dié van die winkelassistent Ndhlovu, wat in beheer van die kasregister was. Dit is immers hy wat deur die rower bedreig is en wat fisies in staat was om aan laasgenoemde se aandrag op oorhandiging van die inhoud van die geldlaai te voldoen. Daardie gedraging kan in konteks van die gebeure nie anders nie as ’n late (*omissio*) bestempel word en die vraag wat kardinaal is in enige geval waar hierdie verskyningsvorm van menslike gedraging sig voordoën, is of mens met ’n sogenaamde “blote late” te doen het, wat vir die reg irrelevant is, dan wel met ’n late wat die grondslag lê vir ’n delikseis (die sg “actionable wrong”). Hierdie vraagstuk lê vierkantig op die terrein van ons ondersoek na onregmatigheid en, soos oorbekend, soek ’n mens die onregmatigheid van ’n late in die versuim om ’n regsplig na te kom (Neethling, Potgieter en Visser 54 ev; Van der Walt en Midgley 84 ev; veral *Van Eeden v Minister of Safety and Security* 2003 1 SA 389 (HHA) 3951). Dit is dan ook oënskynlik wat regter Mathopo doen wanneer hy vervolgens die eiser afskiet weens laasgenoemde se mislukte steun op die verweerder se “alleged breach of the duty of care”. Dit word betreur dat die regter hierdie formule uit die terminologie rakende

die Engelse “tort of negligence” aanwend, ten spyte van herhaaldelike resente waarskuwings van die hoogste hof van appèl teen sodanige gebruik (sien veral ar Scott in *McIntosh v Premier, KwaZulu-Natal* 2008 6 SA 1 (HHA); vgl ook die *dicta* van ar Harms in die *Telematrix*-saak 468C en ar Brand in die *Trustees, Two Oceans Aquarium Trust*-saak 144F).

Waar 'n mens nou tereg sou kon verwag dat die hof vervolgens na die aanwesigheid van 'n positiewe dadigheidspilg aan die kant van die werknemer, Ndhlovu, sou soek, sowel as oorweging sou skenk aan die vraag of daar 'n verbreking van sodanige pilg was (indien bevind sou word dat dit inderdaad onder die omstandighede ontstaan het), kontinueer die regter sy uitspraak deur bloot te konstateer dat die eiser nie daarin kon slaag om te bewys dat daar 'n (feitelike) kousale verband bestaan het tussen Ndhlovu se versuim om aan die rower se eise te voldoen en die verwonding van die eiser nie. Regter Mathopo beslis vervolgens dat die ware oorsaak van die eiser se beserings sy eie versuim was om te gaan platlê, soos deur die rower beveel is, sowel as sy poging om van sy vuurwapen gebruik te maak. Op sy minste sou 'n mens nou kon konkludeer dat die finale beslissing ten gunste van die verweerder gevel is – die regter het immers 'n “dubbele bevestiging” van nie-aanspreeklikheid aan die verweerdere se kant bewerkstellig deur 'n gebrek aan feitelike kousaliteit by sy oorspronklike bevinding van afwesigheid van nalatigheid te voeg. Weliswaar val die konteks waarin laasgenoemde bevinding aangaande die kousaliteitselement gemaak is, vreemd op, want dit doem as 't ware as 'n “tussenspel” op nadat die kwessie van onregmatigheid aanvanklik slegs vermeld word, om dan gewoon hervat te word nadat die beslissing insake die afwesigheid van kousaliteit gevel is.

In die lig van my opmerking hierbo oor die kwalike metodiek wat na aanleiding van die voorbeeld van die *Tsogo Sun Holdings*-uitspraak gevolg word, is verdere kommentaar oor die futiliteit van enige bevinding ten aansien van die kousaliteitsaspek onnodig. Ten beste kan verklaar word dat die hof se bevindings ten aansien daarvan *obiter dicta* uitmaak, net soos die daaropvolgende gedeelte waarin die hof die eerste logiese vraag ten aansien van die bestaan van 'n regsplig negatief beantwoord om dan in effek te bevind dat die onregmatigheidselement ook ontbreek.

Daar moet ongelukkig tot die slotsom gekom word dat die toepassing van die eenvoudige elementologiese benadering tot die vasstelling van die bestaan al dan nie van 'n onregmatige daad en, bygevolg, van die aanwesigheid van deliktuele aanspreeklikheid nie in hierdie bondige uitspraak vergestalt word nie. Dit verskaf beslis nie 'n voorbeeld van 'n suiwere uiteensetting nie.

3.3 Feitelike grondslag van die uitspraak

Ongelukkig weerspieël hierdie uitspraak ook nie 'n logiese benadering tot die toepassing van die reg ten aansien van die bewese feite nie. Soos hierbo aangedui is (in § 2), verskil die eiser se weergawe van die feite hemelsbreed van dié van die verweerdere: volgens eersgenoemde het die winkeleienaar, Salgado, die kasregister beman en is hy in soveel woorde deur die rower beveel om dadelik die kontant in die kasregister te oorhandig. Hierdie weergawe word deur die hof verwerp. Die verweerdere se relaas van gebeure wat as die ware weergawe van die relevante feite aanvaar word, plaas Salgado nie eens op die toneel nie. Dit is egter oorvloedig duidelik dat die verwerpte weergawe van die eiser tog deeglik in die agterkop van regter Mathopo bly maal het. So staan hy onnodig ruimte daaraan af: “The main crux of his [n] die eiser se] submission is that, had the second defendant, who was manning the till, complied promptly with the robber’s demand for money, the robber would not have shot the plaintiff ...” (505I). Vervolgens sit hy die situasie ooreenkomstig

die eiser se weergawe met betrekking tot die nalatigheidsvraag uiteen (505J-506B) met verwysing na die gesag waarop die eiser gesteun het (nl *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 429 (A); *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A); *Carmichele v Minister of Safety and Security* 2001 1 SA 489 (HHA); *Minister of Safety and Security v Hamilton* 2004 2 SA 216 (HHA)). Wat hinder in die verwysingsmetodiek is dat daar geen aanduiding verskaf word van die toepaslike bladsy- of paragraafnummers, soos gebruiklik is nie, wat dit onseker maak welke deel van die uitspraak die regter as gesag vir sy stelling beskou het. In wat direk hierop volg blyk dit dat regter Mathopo hom nog steeds nie ontdaan het van sy *reservatio mentalis* ten aansien van die eiser se weergawe van die feite nie:

“Furthermore, he argued that the defendants had a legal duty to their customers, in particular the plaintiff, to advance and protect his interest and ensure his safety when frequenting the store, and the conduct of the second defendant, by refusing to comply with the robber’s demand for money, created a situation where the defendant should have foreseen that harm would come to the plaintiff” (506B).

Vervolgens behandel die regter hierdie grondslag van die eiser se vordering (te wete die onregmatigheid van die deur hom beweerde late aan die kant van die verweerder) en evalueer in die proses selfs die effek van *Rail Commuters Action Group v Transnet Ltd t/a Metrorail* (2005 2 SA 359 (KH)) waarop die eiser hom beroep het, deur te bevind dat daardie saak hom nie, *op sy eie weergawe*, steun nie (506C-F).

As laaste voorbeeld van die hof se wipplankryery tussen die reeds verwerpe feiteweergawe van die eiser en die aanvaarde weergawe van die verweerder kan na die volgende *dictum* verwys word: “In my view, the plaintiff failed to establish that the failure to comply with the armed robber’s demand, either by Life Ndhlovu or, *on his own version, by Mr Salgado*, was causally connected to the subsequent shooting” (508C – my kursivering).

Nêrens uit die verslag blyk dat die rower ooit geld direk, in soveel woorde, van die werknemer wat die kasregister beman het, geëis het nie. Daar kan *hoogstens* by implikasie aanvaar word dat daar ’n verwagting aan die kant van die booswig was dat die geld aan hom oorhandig moet word. Die getuienis wat deur die hof aanvaar is, maak slegs van twee handelinge van die rampokker melding, te wete sy uitroep dat almal in die winkel moet gaan platlê omdat dit ’n gewapende roof is, asook sy bevel aan die winkelassistent, Ndhlovu, om nie van die kasregister weg te beweeg nie (504F 504I-J). Alle opmerkings wat die regter dus maak op basis daarvan dat die rower daadwerklik geld van die winkelassistent sou geëis het, is dus onvanpas en, in wese, irrelevant vir doeleindes van sy finale beslissing omdat dit afkomstig is uit die reeds verwerpe weergawe van die feite (vgl 508E).

Indien die ware toedrag van sake voor oë gehou word, is dit duidelik dat die eiser se kans op sukses uit die staanspoor uiters skraal was. ’n Mens kan jou beswaarlik indink dat daar ’n regsplig op die personeel van enige besigheid sou kon rus om sonder versuim geldlaaie van kasregisters te begin oopruk by die eerste gewaarwording van die teenwoordigheid van ’n gewapende (of selfs ongewapende) rower op die perseel.

3.4 Enkele gedagtes rakende ’n hipotetiese situasie

Wat sou die situasie wees indien die hof in die onderhawige geval wél die eiser se weergawe aanvaar en dié van die verweerdere verwerp het? Sou die uiteinde presies dieselfde gewees het, of sou daar ’n wesentlike moontlikheid bestaan het dat die eiser dán kon slaag?

Soos hierbo (in § 1) aangedui is, is die benadering van die Suid-Afrikaanse reg

in hierdie sfeer konserwatief en kan daar waarskynlik met stelligheid aanvaar word dat ons howe erg huiwerig sal wees om die grense van Aquiliese aanspreeklikheid te geredelik uit te brei om voorsiening te maak vir 'n geval soos hierdie. Dit blyk trouens uit die onderhawige uitspraak self: regter Mathopo wys byvoorbeeld daarop (506D-E) dat ofskoon die konstitusionele hof reeds in die *Rail Commuters*-saak beslis het dat daar 'n regsplig op Metrorail rus om sy passasiers te beskerm teen aanvalle deur misdadigers, daardie hof *in casu* nie oorweeg het of 'n versuim aan die kant van Metrorail om stappe te doen om pendelaars te beskerm daardie spoorwegmaatskappy deliktueel aanspreeklik sou stel in gevalle waar die gewraakte versuim tot nadeel vir pendelaars aan die hand van misdadige aktiwiteite aanleiding gegee het nie (vgl ook *Shabalala v Metrorail* 2007 3 SA 167 (W) 169I). Wat die kans van 'n eiser soos Govender om te slaag des te onwaarskynliker maak, is die negatiewe uitsprake daaroor in die *Rail Commuters*- sowel as die *Shabalala*-geval dat 'n regsplig wat in die publieke sfeer ontstaan het (*Rail Commuters* 401D-402D) nie noodwendig die privaatreg beïnvloed nie: “[I]t was a public law obligation [nl die verpligting om beskerming aan spoorpendelaars te verskaf] and did not automatically give rise to a legal duty for the purpose of the law of delict” (*Shabalala v Metrorail* 2008 3 SA 142 (HHA) 145C).

'n Verdere rede vir die waarskynlike afwysing van die tipe vordering onder bespreking blyk ook uit die hoogste hof van appèl se uitspraak in *Shabalala v Metrorail* waar appèlregter Scott die vraag aanraak of dit beleidsmatig in orde sou wees om die gedraging van 'n verweerder soos Metrorail (wat 'n mens argumentsonthalwe sou kon uitbrei na iemand in beheer van 'n winkel, supermark of ander sakeperseel) streng te beoordeel aan die hand van die voorsienbaarheidskriterium – welke kriterium beslis in die konteks van vasstelling van onregmatigheid 'n relevante faktor is (Neethling, Potgieter en Visser 38 145 149; sien verder Fagan 93) – en dan uiteindeelik kies vir 'n konserwatiewer opsie:

“When considering this question it is important to bear in mind that merely because the harm which was foreseeable did eventuate does not mean that the steps taken to avert it were necessarily unreasonable To hold otherwise would be to impose on the respondent a burden of providing an absolute guarantee against the consequence of criminal activity on trains. There clearly is no such burden . . .” (145F-G).

Die hof was daar van mening dat 'n té geredelike uitbreiding van die omvang van Metrorail se beskermingsplig teenoor pendelaars die effek sou hê om daardie maatskappy wesentlik die rol van 'n versekeraar te laat vervul. Vir die hof was sodanige uitkoms duidelik (“clearly”) beleidmatig onvanpas.

In die saak tans onder bespreking word 'n verdere rede vir 'n konserwatiewe benadering ten opsigte van 'n vordering weens die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies in dergelike omstandighede aangevoer, wat aansluit by die huidige hoë stand van misdaad in Suid-Afrika, te wete dat “to expect them [nl winkeleienaars en -okkupeerders] to comply with unlawful demands of armed robbers will be casting the net too wide and is impractical” (508E). As gesag word na die *Tsogo Sun Holdings*-saak verwys. Ofskoon regter Mathopo nie uitdruklik na die relevante gedeelte van hierdie uitspraak verwys nie, illustreer die volgende uiteensetting van appèlregter Harms in daardie uitspraak die relevante, aangewese benadering op glasheldere wyse en verdien dit derhalwe om hier woordeliks weergegee te word:

“As I understand the reasoning [van die eiser se regsverteenvoerder], every person who enters a facility open to the public must be fully searched for the possession of weapons if the facility has, in the past, been the subject of an armed robbery. If this were correct, life in this country would

become unbearable and the duty cast on owners and occupiers limitless. Many (if not the majority) of banks and petrol service stations, for instance, have been subjected to an armed robbery and many a local corner store too. Passengers have been shot on trains, buses and taxis. Must those in control all employ security guards *for the sake of clients* and is it to be expected that every client has to be bodily searched before being allowed to enter the premises or use public transport? I think not" (540D-E).

Indien daar in gedagte gehou word dat dit in die pasvermelde beslissing gegaan het oor die moontlike aanspreeklikheid van besighede wat reeds vantevore beroof is en dat die hoogste hof van appèl bevind het dat sodanige vroeëre rooftog(te) nie eens die pendulum kon swaai om 'n beskermingsplig jeens kliënte op die skouers van die tersake besighede te plaas nie, is die "local corner store" wat nog nooit 'n rooftog te beurt geval het nie *a fortiori* nie verplig om sy kliënte op enige wyse teen die gevolge van moontlike rooftogte te beskerm nie. ('n Mens kan waarskynlik aanvaar dat Salgados Fruiterers nooit vantevore die slagoffer van 'n gewapende rooftog was nie, anders sou daar beslis vermelding daarvan gewees het.) Hierdie onvermydelike afleiding uit die pasaangehaalde woorde van appèlregter Harms bevredig beslis die regsgevoel.

4 *Gevolgtrekking*

Hierdie uitspraak kan, soos reeds opgemerk is (in § 3.1 hierbo), beslis nie voorgehou word as 'n toonbeeld van helder uiteensetting en toepassing van die heersende delikteregteorie nie. Na my mening was dit vir die hof onnodig om enigsins te bespiegel oor die bestaan al dan nie van 'n wye beskermingsplig van besighede *vis-à-vis* hul klante, indien die bewese feite gewoon as basis geneem sou gewees het en nadat die regter tot die gevolgtrekking geraak het dat daar geen sprake van nalatigheid aan die kant van die winkelassistent was nie. Soos vermeld negatiewer die afwesigheid van 'n enkele delikselement as reël enige moontlikheid van aanspreeklikheid aan die kant van 'n verweerder.

Gesien die teoretiese probleme om as 't ware *in vacuo*, soos in hierdie geval, 'n beslissing oor nalatigheid te gee (soos in § 3.2 hierbo verduidelik is), sou dit uiteraard veel eenvoudiger en logies meer verantwoordbaar gewees het indien regter Mathopo sou afgeskop het met sy bevinding dat daar geen feitelike kousale verband tussen die gedraging van Ndhlovu, die winkelassistent, en die eiser se nadeel bewys kon word nie, en daarmee *cadit queastio*. Hoe dit ook al sy, die feit dat die verweerder in hierdie geval suksesvol was, behoort 'n vertroostende uitwerking te hê op die gemoedere van winkeleienaars en -okkupeerders wat gebuk gaan onder die huidige misdaadvlakke en waarskynlik male sonder tal slaaplose nagte beleef. Andersyds moet 'n mens nie uit die oog verloor dat Salgado hier tog onderwerp is aan 'n uitmergelende regsproses voordat hy die saak in sy persoonlike hoedanigheid, asook as winkeleienaar wat middellik aanspreeklik is vir die gedraging van sy personeel, gewen het nie. Die feit dat die hof 'n kostebevel teen die onsuksesvolle eiser, Govender, toegeken het, maak waarskynlik nie ten volle op vir al die moeite, ongerief en koste wat die proses die eiser gekos het nie. Die blote feit dat die eiser hierdie aksie teen die verweerder ingestel en enduit gevoer het, moet vir laasgenoemde die spreekwoordelike nagmerrie gewees het, net soos die potensiaal van toekomstige eise van soortgelyke aard vir alle eienaars en okkupeerders van winkels en ander besighede van nou af aan 'n voortdurende bron van kommer gaan wees.

Indien die huidige stand van ons deliktereg voor oë gehou word, behoort dit vir die regsgeleerde duidelik te wees dat enige versuim van die betrokke handelonderne-

mings om aktiewe stappe te doen om hul klante teen besering of dood as gevolg van rooftogte te beskerm, normaalweg as 'n blote versuim sonder regsimplikasies beskou sal word. Natuurlik sou dit gevaarlik wees om die moontlikheid van 'n dergelike aanspreeklikheid van 'n winkeleienaar teenoor diegene wat sy perseel regmatig betree om daar sake te doen onder alle denkbare omstandighede uit te sluit. Daar moet voortdurend in gedagte gehou word dat 'n beslissing aangaande die bestaan en verbreking van enige regsplig vir doeleindes van vasstelling van die moontlike onregmatigheid van enige late 'n toepassing van die *boni mores*-kriterium behels, wat so kernagtig en helder uiteengesit is in *Minister van Polisie v Ewels* (597A-B). Of dit nou behels dat die beoordelaar moet beslis of daar op billikheidsgronde 'n regsplig op die verweerder gerus het om redelik op te tree ten einde nadeel vir die eiser te verhoed, of, soos deesdae deur die hoogste hof van appèl as variasie van die *boni mores*-toets verkondig word, dat 'n gedraging ('n late in die besonder) onregmatig is indien “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” (per ar Harms in *Telematrix* 468E) sal waarskynlik nie in die praktyk 'n noemenswaardige verskil maak nie (sien veral Neethling en Potgieter 2009 *THRHR* 455). Vir die leek op regsgebied wat bloot belangstel in die wel en wee van sy handelonderneming, sal 'n afleiding oor die aard van enige versuim om voorsorgmaatreels te tref ten einde klante teen roweraanvalle te beskerm egter allesbehalwe duidelik wees. Trouens, gesien die mate van onsekerheid wat daar tans selfs in die geleedere van regsgeleerdes bestaan oor die basiese onregmatigheidstoets in die geval van 'n late wat tot die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies aanleiding gee, sou dit nie vergesog wees nie om te beweer dat die onderhawige gebied vir 'n gewone handelaar-winkelier soos 'n ware doolhof en misterie daar uitsien – 'n voedsame bron vir die ergste nagmerrie! Dit sou miskien vir alle betrokkenes in die toekomst raadsaam wees om twee metaforiese slaapmiddels te neem ten einde 'n goeie “nagrus” te verseker, te wete die aanbring van 'n duidelike vrywaringskennisgewing by elke ingang tot die besigheidperseel, asook die uitneem van voldoende versekering teen gebeurlikhede van hierdie aard (die premiekoste waarvan deur middel van prysbelading van die handelsware eenvoudig op die klante afgewentel kan word).