

CASES / VONNISSE

VERKEER DIE SOEPEL MAATSTAF VIR JURIDIESE KOUSALITEIT IN GEVAAR?

**mCubed International (Pty) Ltd v Singer NNO
2009 4 SA 471 (HHA)**

1 Inleiding

Hierdie bydrae beoordeel die Hoogste Hof van Appèl se vertolking en toepassing in *mCubed* van die soepel maatstaf vir juridiese kousaliteit teen die agtergrond van die wyse waarop die houe hierdie maatstaf en ander juridiese kousaliteitskriteria, veral sedert *S v Mokgethi* (1990 1 SA 32 (A)) hanteer het.

2 Die soepel maatstaf vir juridiese kousaliteit: Agtergrond

Soos bekend, kom juridiese kousaliteit (“legal causation”, “remoteness of damage”) ter sprake wanneer bepaal moet word vir welke van die skadelike gevolge wat feitlik deur ’n dader se onregmatige, skuldige handeling veroorsaak is, hy aanspreeklik gestel moet word (sien vir ’n algemene oorsig Neethling en Potgieter *Neethling-Potgieter-Visser Deliktereg* (2010) 198ev). Sedert appèlregter Van Heerden se rigtinggewende uitspraak in *Mokgethi* bestaan daar redelike eenstemmigheid by die houe dat juridiese kousaliteit aan die hand van ’n soepel maatstaf vasgestel moet word en nie deur middel van ’n enkele juridiese kousaliteitskriterium wat op alle gevalle van toepassing is nie. Volgens die soepel maatstaf word gevra of daar ’n genoegsaam noue verband tussen die dader se handeling en die gevolg bestaan dat die gevolg die dader met inagneming van beleidsoorwegings op grond van redelikheid, billikheid en regverdigheid toegereken kan word (*S v Mokgethi supra* 40-41; sien oa ook *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 700-701; *Smit v Abrahams* 1994 4 SA 1 (A) 18; *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A) 765; *Clinton-Parker and Dawkins v Administrator, Transvaal* 1996 2 SA 37 (W) 55; *Vigario v Afrox Ltd* 1996 3 SA 450 (W) 464; *Gibson v Berkowitz* 1996 4 SA 1029 (W) 1039; vgl Neethling en Potgieter “Juridiese Kousaliteit Bereik Volle Wasdom” 1995 *THRHR* 344; en “Emosionele Skok, Juridiese Kousaliteit en Bydraende Nalatigheid” 1997 *THRHR* 548). Grondwetlike imperatiewe speel ook ’n rol by die toepassing van hierdie benadering (*Van der Spuy v Minister of Correctional Services* 2004 2 SA 463 (SOK) 475-476; vgl

Knobel “Nalatigheid, Juridiese Kousaliteit en die Ontsnapping van Aangehoudenenes” 2005 *THRHR* 493ev; en Neethling en Potgieter “Section 49 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977, Private Defence and Putative Private Defence” 2004 *TSAR* 764ev).

3 Die verhouding tussen die soepel maatstaf en die tradisionele kousaliteitskriteria - regspraak

In die verlede, veral voor *Mokgethi*, is verskillende kriteria soos “direct consequences”, redelike voorsienbaarheid, die aan- of afwesigheid van ’n *novus actus interveniens*, genoegsame veroorsaking en begrensing ooreenkomstig skuld of onregmatigheid aan die hand gedoen om te bepaal of sekere gevolge aan die dader toegereken moet word of nie (sien in die algemeen Neethling en Potgieter *Neethling-Potgieter-Visser Deliktereg* 201ev en die gesag daar aangehaal). Die vraag is watter rol, indien enige, volgens die regspraak hierdie (tradisionele) toetse sedert die invoering van die soepel benadering by juridiese kousaliteit te speel het, en wat die verhouding, indien enige, tussen die soepel maatstaf en die tradisionele kriteria is. Om hierdie vraag te beantwoord, moet enkele beslissings kortliks ondersoek word.

3.1 *Mokgethi: locus classicus van die soepel maatstaf*

In *Mokgethi* gee Van Heerden AR (40-41) te kenne dat die tradisionele toetse in die verlede ingevoer is omdat daar geglo is dat ’n algemene maatstaf, waarvolgens eenvoudig gevra word of daar ’n genoegsame noue verband tussen die dader se handeling en die gevolg bestaan, te vaag is. Vandaar die soeke na meer eksakte begrenskriteria. Alhoewel ’n elastiese maatstaf volgens die hof nadele het, hou dit ook voordele in, terwyl die (oënskynlik) meer konkrete kriteria nie noodwendig presieser is as ’n oorheersende soepel maatstaf waarvolgens aan die hand van beleidsoorwegings beoordeel word of daar ’n genoegsaam noue verband tussen handeling en gevolg bestaan nie. Hierdie kriteria kan wel ’n onderskikte rol speel by die toepassing van die oorheersende soepel maatstaf. Die hof stel dit soos volg (40-41):

“Ek betwyfel dan ook of ’n regstelsel sonder ’n oorheersende elastiese maatstaf vir die bepaling van juridiese oorsaaklikheid kan klaarkom. Soos blyk uit die passasies wat hierbo ... aangehaal is, kom beleidsoorwegings ter sprake en moet daarteen gewaak word dat ’n dader se aanspreeklikheid nie die grense van redelikheid, billikheid en regverdigheid oorskry nie ... Wat die onderskeie kriteria [vir juridiese kousaliteit] betref, kom dit my ook nie voor dat hulle veel meer eksak is as ’n maatstaf (die soepele maatstaf) waarvolgens aan die hand van beleidsoorwegings beoordeel word of ’n genoegsame noue verband tussen handeling en gevolg bestaan nie. [Die kriteria waarna die hof (40) verwys, is die afwesigheid van ’n *novus actus interveniens*, ‘proximate cause’, ‘direct cause’, voorsienbaarheid en adekwate veroorsaking.] Daarmee gee ek nie te kenne nie dat een of selfs meer van die kriteria nie by die toepassing van die soepele maatstaf op ’n bepaalde soort feitekompleks subsidiêr nuttig aangewend kan word nie; maar slegs dat geen van die kriteria by alle soorte feitekomplekse, en vir die doeleindes van die koppeling van enige vorm van regsanspreeklikheid as ’n meer konkrete afgrenskings-maatstaf gebruik kan word nie.”

3.2 *International Shipping Co: Appèlhof bevestig die soepel benadering*

Van Heerden AR se formulering van die juridiese kousaliteitstoets in *Mokgethi* word met klaarblyklike goedkeuring deur Corbett HR in *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* (*supra* 701) aangehaal en toegepas. In laasgenoemde saak neem die hof (702-704) sewe uiteenlopende faktore in aanmerking by sy bevinding dat oorsaak en gevolg in die betrokke omstandighede te ver van mekaar verwyderd was en juridiese kousaliteit dus ontbreek het: die tydsfaktor, 'n besluit om 'n ondersteunings-program te verskaf, die feit dat skuld toegelaat is om toe te neem, die veranderde verhouding tussen die partye, bedrog deur een van die partye, die feit dat nie op sekere finansiële state gesteun is nie, en die voorsienbaarheid van die ondersteuningsprogram. 'n Enkele faktor soos die tydsverloop tussen handeling en gevolg is volgens die hof nie op sigself deurslaggewend nie, maar moet by oorweging van die oorkoepelende prentjie in ag geneem word. Die hof kom dan tot die slotsom dat, inaggenome al die faktore, die verhouding tussen die verweerder se nalatigheid en die ingetrede skade nie naby genoeg was nie en dat die skade derhalwe "too remote" was om aanspreeklikheid te vestig. Dit is insiggewend dat net een van die sewe faktore wat die hof oorweeg het, naamlik voorsienbaarheid, op die oog af direk met die tradisionele maatstawwe verband hou; die klem val op die oorkoepelende maatstaf en faktore wat by die toepassing daarvan relevant is.

3.3 *Skosana en Daniëls: Voorlopers tot die soepel maatstaf*

Aanknopingspunte vir die soepel beleidsmaatstaf wat in *Mokgethi* geformuleer is, word reeds in twee vroeëre appèlhofbeslissings gevind waarna die hof in *Mokgethi* verwys: *Minister of Police v Skosana* (1977 1 SA 31 (A)) en *S v Daniëls* (1983 3 SA 275 (A)). Soos dikwels aangehaal, formuleer Corbett HR in *Minister of Police v Skosana* (*supra* 34) die juridiese kousaliteitsvraag in die deliktereg as "whether the negligent act or omission is linked to the harm sufficiently closely or directly for legal liability to ensue or whether, as it is said, the harm is too remote. This is basically a juridical problem, in which considerations of legal policy may play a part." En in *S v Daniëls* (*supra* 331) wys Jansen AR daarop dat 'n dader nie aanspreeklik gehou kan word vir alle gevolge wat feitelik uit sy handeling gespruit het nie omdat sy aanspreeklikheid dan te wyd sou strek en die grense van redelikheid, billikheid en regverdigheid sal oorskry. Volgens die regter verg beleidsoorwegings dat daar iewers 'n grens gestel moet word.

Terwyl Jansen AR in *S v Daniëls* (*supra* 331-332) na verskeie juridiese kousaliteitstoetse verwys wat in die straf- en deliktereg ter sprake kom (oa "proximate cause", begrensing aan die hand van skuld, of skuld en wederregtelikheid, adekwate veroorsaking, en die aanwesigheid van 'n *novus actus interveniens*), is die afleiding geregverdig dat dit volgens hom twyfelagtig is of enigeen van hulle (hy verwys in hierdie verband spesifiek na die bestaan van 'n *novus actus interveniens*) 'n absolute maatstaf is wat in alle gevalle sonder verwysing ook na beleidsoorwegings toegepas sou kon word. Jansen AR gebruik oënskynlik meerdere van die maatstawwe waarna

hy verwys het – veral die vraag of 'n *novus actus interveniens* aanwesig was – as (subsidiêre) hulpmiddels om juridiese kousaliteit te bepaal, maar dit is duidelik dat beleidsoorwegings – in wese die oorheersende soepel maatstaf wat uiteindelik duideliker deur Van Heerden AR in *Mokgethi* geformuleer en hierbo aangehaal is – die deurslag gee. Kort gestel, was die feite dat A die vluggende oorledene neergevel het deur drie skote in sy rigting te vuur. 'n Rukkie later neem B die vuurwapen en skiet die oorledene in die kop. Die liggaam het drie skietwonde gehad, twee in die rug en een in die kop. Die onmiddellike oorsaak van dood was breinbeserings weens die kopskoot, maar die oorledene sou van die twee rugwonde beswyk het as hy nie binne 'n halfuur mediese behandeling ontvang het nie. Volgens Jansen AR was die optrede van A 'n feitelike oorsaak (*causa sine qua non*) van die oorledene se dood: as A nie die vuurwapen uitgehaal en die oorledene in die rug geskiet en neergevel het nie, sou B nie die oorledene in die kop geskiet het nie. Toe hy skiet, het A die opset gehad om te dood en die dood het ingetree. 'n Dwaling omtrent die kousale verloop kon hom nie baat nie. Die skote deur A was dodelik en sou in ieder geval tot die dood gelei het; daar was geen redelike moontlikheid van tydigte hulp nie en die kopskoot deur B het net die dood verhaas. Na die mening van Jansen AR het volgens menslike ervaring die skote deur A die algemene neiging gehad om in die normale loop van sake die dood deur 'n skietwond teweeg te bring (hier gebruik die regter die formulering van die sogenaamde adekwate veroorsakingstoets; en vgl Neethling en Potgieter *Neethling-Potgieter-Visser Deliktereg* 204-206). Terwyl die skote dus moontlik as adekwaat ten opsigte van die dood beskou kon word, bly volgens die regter die eintlike vraag of 'n kopskoot deur die B as 'n *novus actus interveniens* (wat die juridiese kousale verband tussen A se optrede en die oorledene se dood verbreek) beskou moet word. Die hof beslis dat daar in die betrokke omstandighede geen beleidsoorwegings bestaan het om A van aanspreeklikheid te onthef vir die oorledene se dood wat ooreenkomstig sy opset ingetree het nie, maar dat dit regverdig en gewens sou wees om hom aanspreeklik te hou en aan moord skuldig te bevind.

3 4 Smit: Beklemtoning van die oorheersende aard van die soepel maatstaf

In *Smit v Abrahams* (*supra*), wat weer ná *Mokgethi* beslis is, eis die eiser onder meer huurgeld van die verweerder. Die eiser was deur die verweerder se optrede genoodsaak om drie maande lank 'n bakkie te huur omdat hy nie geld gehad het om 'n ander bakkie te koop nie. Om te bepaal of hierdie skade aan die verweerder toegereken moes word, plaas Botha AR ook klem op die oorheersende werking van die soepel maatstaf. Volgens die regter (16-17) moet daar oorweeg word of daar, met die toepassing van die soepel maatstaf, 'n genoegsame noue verband bestaan tussen die verweerder se onregmatige optrede en die eiser se skade. Die hof beslis dat die verweerder se handeling die eiser se verleentheid veroorsaak het. Die eiser se optrede in reaksie daarop was in alle opsigte redelik. Dit sou onbillik en onregverdig teenoor die eiser wees om sy tekort aan geld en gevolglike onvermoë om 'n bakkie te koop, as 'n beletsel te beskou om sy uitgawe aan huur van die verweerder te verhaal. Die drie maande waartydens die eiser

sy sakeonderneming met 'n gehuurde bakkie aan die gang gehou het, was nie onredelik lank teenoor die verweerder nie. Dit is nie onbillik of onregverdig om die verweerder verantwoordelik te hou vir die onkoste wat die eiser oor daardie tydperk aangegaan het om sy inkomste te behou nie. Volgens die hof behoort, as 'n kwessie van beleid, hierdie skade van die eiser die verweerder toegereken te word.

Botha AR spreek hom uit (15) teen die toepassing van enige "beginsels" (soos dat die eiser noodwendig moet misluk as sy finansiële onvermoëndheid tot sy skade bygedra het) of kousaliteitsmaatstawwe (soos redelike voorsienbaarheid) op 'n wyse wat afbreuk doen aan die soepel maatstaf. Volgens hom, in 'n stelsel waar juridiese kousaliteit bepaal word deur te vra of daar 'n genoegsame noue verband tussen handeling en gevolg bestaan, en dié vraag beantwoord moet word aan die hand van beleidsoorwegings en die grense van redelikheid, billikheid en regverdigheid, is daar geen ruimte vir die aanwending van 'n beginsel waarvolgens aanspreeklikheid uitgesluit word as die eiser se skade deur sy eie onvermoëndheid (mede-) veroorsaak is nie. Botha AR stel dit uitdruklik dat die onvermoëndheid van die eiser as 'n mede-oorsaak van die skade maar net een van die feite is wat tesame met al die ander feite van 'n besondere saak oorweeg moet word by die toepassing van die "oorheersende elastiese maatstaf" waarvolgens bepaal word of die betrokke skade die verweerder toegereken behoort te word of nie.

Die hof (17) beklemtoon die ondergeskikte rol van redelike voorsienbaarheid as juridiese kousaliteitsmaatstaf by die aanwending van die oorheersende soepel maatstaf en stem in die lig van *Mokgethi* en *International Shipping Co* nie saam met die verhoorhof dat die redelike voorsienbaarheid van skade die enkele deurslaggewende maatstaf is om aanspreeklikheid te bepaal nie. Redelike voorsienbaarheid kan wel as 'n ondergeskikte toets gebruik word by die toepassing van die soepel maatstaf, maar kan dit nie verdring nie. Alhoewel die Botha AR breedweg met die verhoorhof saamstem dat die eiser se skade redelik voorsienbaar was, glo hy terselfdertyd dat redelike voorsienbaarheid nie regtig van nut is om die eintlike probleme op te los wat in verband met juridiese kousaliteit in 'n geval soos die huidige kan ontstaan nie. Hy stel dit duidelik (19) dat redelike voorsienbaarheid nie as enkele juridiese kousaliteitsmaatstaf kan deug nie en dat daar in 'n geval soos die onderhawige ingevolge die soepel maatstaf steeds juridiese kousaliteit aanwesig was selfs al sou bevind kon word dat die betrokke skade nie redelik voorsienbaar was nie. Volgens hom is die voorsienbaarheidstoets 'n oneksakte maatstaf en kan geleerde mense verskil oor die uitslag van die toepassing daarvan op bepaalde feite. Selfs al sou daar gemeen word dat die sameloop van omstandighede wat tot die eiser se skade gelei het, veral met verwysing na sy onvermoë om selfs 'n deposito op 'n ander bakkie te betaal, so uitsonderlik was dat dit nie redelikerwys voorsienbaar was nie, lei die aanwending van die oorheersende buigsame maatstaf volgens die hof steeds tot die gevolgtrekking dat die eiser se skade die verweerder toegereken behoort te word.

Botha AR (18) som die benadering van die appèlhof soos volg op:

"Die belangrikheid en die krag van die oorheersende maatstaf om vrae van juridiese kousaliteit op te los ... lê juis in die soepelheid daarvan. Dit is my

oortuiging dat enige poging om aan die buigzaamheid daarvan afbreuk te doen, weerstaan moet word. Vergelykings tussen die feite van die geval wat opgelos moet word en die feite van ander gevalle waarin daar alreeds 'n oplossing gevind is, of wat hipoteties kan ontstaan, kan vanselfsprekend nuttig en waardevol, en soms miskien selfs deurslaggewend, wees, maar 'n mens moet oppas om nie uit die vergelykingsproses vaste of algemeen geldende reëls of beginsels te probeer distilleer nie. Die argument dat die eiser se eis 'in beginsel' verwerp moet word [omdat die eiser se skade deur sy eie finansiële onvermoëndheid (mede-)veroorsoak is], is misplaas. Daar is net een 'beginsel': om te bepaal of die eiser se skade te ver verwyderd is van die verweerder se handeling om laasgenoemde dit toe te reken, moet oorwegings van beleid, redelikheid, billikheid en regverdigheid toegepas word op die besondere feite van hierdie saak."

3 5 *Ander beslissings wat die oorkoepelende aard van die soepel maatstaf beklemtoon*

Ook ander beslissings wat op *Mokgethi* gevolg het, beklemtoon die oorkoepelende aard van die soepel maatstaf en die subidiëre rol van ander sogenaamde juridiese kousaliteitsteorieë (sien in die algemeen Neethling en Potgieter *Neethling-Potgieter-Visser Deliktereg 201ev* en gesag daar aangehaal). In *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* (*supra* 765) verklaar Corbett HR met verwysing na *Mokgethi*, *International Shipping Co* en *Smit*: "As appears from these judgments, the test to be applied is a flexible one in which factors such as reasonable foreseeability, directness, the absence or presence of a *novus actus interveniens*, legal policy, reasonability, fairness and justice all play their part." Na 'n ondersoek van al die relevante faktore, insluitend redelike voorsienbaarheid, "and applying the flexible test referred to above", kom die hof (769) tot die gevolgtrekking dat juridiese kousaliteit aanwesig was. Navsa R se uitspraak in *Clinton-Parker and Dawkins v Administrator, Transvaal* (*supra* 55ev) maak dit duidelik dat die oorkoepelende toets vir juridiese kousaliteit voorrang geniet terwyl die tradisionele toets soos voorsienbaarheid, en ander relevante faktore, 'n ondergeskikte rol speel.

In *Gibson v Berkowitz* (*supra* 1039) verklaar Claasen R byvoorbeeld dat verskeie juridiese kousaliteitsteorieë in die verlede voorgehou is, waaronder "proximate cause", "direct cause", "foreseeability", "absence of a *novus actus interveniens*" en "sufficient causation", maar dat die kwessie nou in Suid-Afrika uitgemaak is deurdat die appèlhof 'n soepel maatstaf neergelê het ingevolge waarvan oorwegings van beleid, redelikheid, billikheid en regverdigheid op die feite van die saak toegepas word.

Die verweerder in *Gibson* betoog dat die juridiese kousale ketting deur 'n aantal tussentredende gebeure verbreek is. Die hof (1041ev) ondersoek die bewerings en pas dan die soepel benadering toe om tot die bevinding te geraak dat juridiese kousaliteit wel aanwesig was. Ook in hierdie saak speel die vraag na die bestaan van tussentredende oorsake 'n rol wat ondergeskik is aan die soepel maatstaf.

In *Ncoyo v Commissioner of Police, Ciskei* (1998 1 SA 128 (Ck) 136ev) vereenselwig Skweyiya WnR hom (met verwysing na *Skosana*, *International Shipping Co*, *Mokgethi*, *Standard Chartered Bank of Canada* en *Napier*) klaarblyklik ook met 'n oorkoepelende soepel benadering tot juridiese kou-

saliteit. Volgens hom (137) is die vraag hier of die onregmatige handeling van die verweerder naby of direk genoeg aan die eiser se skade verbind is om aanspreeklikheid te vestig en of, aan die ander kant, die skade “too remote” is. Hierdie is basies ’n regsprobleem waarby beleidsoorwegings ’n rol kan speel om dit op te los. Die regter vervolg dat ongeag die toets wat vir juridiese kousaliteit aangewend word, daar ’n redelike verband moet bestaan tussen die bedreigde en ingetrede skade. Prakties gesproke moet daar een of ander beperking op regs aanspreeklikheid geplaas word omdat die gevolge van ’n handeling teoreties tot in ewigheid kan strek. Die taak is om daardie faktore te selekteer aan die hand waarvan aanspreeklikheid geregtig of afgewys kan word. Die hof (136-137) is van mening dat ’n mens ’n robuuste, billike, regverdige, praktiese en pragmatiese benadering tot juridiese kousaliteit moet volg en kom tot die slotsom dat “on the grounds of reasonableness, fairness, pragmatism and legal policy, based on the facts as outlined above, the only conclusion I can come to is that the defendants cannot be held liable for the alleged loss of earnings by the plaintiff”.

In *Neethling v Oosthuizen* (2009 5 SA 376 (WCC)) bevestig Moosa R (389) dat die vraag na juridiese kousaliteit ’n waarde-oordeel gebaseer op redelikheid, billikheid en regverdigheid behels, beskryf as die soepel kriterium en gemik op die begrensing van regs aanspreeklikheid. Die regter verwoord sy gevolgtrekking (met verwysing na *Smit v Abrahams supra* 17; en *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd supra* 768) soos volg: “Applying the flexible criterion, I am of the view that the wrongful conduct contributed directly or sufficiently closely to the harm or loss suffered by the plaintiffs and, applying the reasonable-foreseeability test, I am of the view that the wrongful conduct is not sufficiently remote to enable the defendant to escape liability for the loss suffered by the plaintiffs.” Hieruit blyk dit dat die hof die oorkoepelende toepaslikheid van die soepel benadering onderskryf en “direct consequences” en redelike voorsienbaarheid subsidiêr op die feite voorhande toepas om juridiese kousaliteit te bepaal.

Die onlangse *Minister of Safety and Security v WH* (2009 4 SA 213 (OK) 221) is ’n goeie voorbeeld van die toepassing van die soepel maatstaf sonder dat dit eers nodig was om in soveel woorde daarna te verwys. Jones R neem naamlik verskeie faktore in ag by sy bevinding dat die betrokke gevolg □ die verkragting van die eiseres na die polisie se versuim om dit te voorkom – nie “too remote” was nie: die redelike voorsienbaarheid van die gevolg; die feit dat die verkragting “proximately and directly” aan die versuim gekoppel was; die noue verbintenis wat tyd en plek betref tussen die polisie se versuim en die verkragting; die afwesigheid van ’n *novus actus interveniens*; en die (afwesigheid van die) beleidsoorweging dat aanspreeklikheid ’n ondraaglike las op die polisie sou plaas.

4 Die mCubed-beslissing

4.1 Agtergrond en uitspraak

Teen hierdie agtergrond word Brand AR se hantering van juridiese kousaliteit in *mCubed* kortliks oorweeg. Die saak behels twee delikseise deur ’n trust (die eiser) vir suiwer ekonomiese verlies wat voortvloei het uit

beweerde wanvoorstellings wat 'n finansiële-dienste-onderneming in 'n kontraktuele konteks gemaak en die eiser daartoe beweeg het om 'n beleggingskontrak te sluit en 'n aansienlike bedrag geld oor te plaas. Die beweerde wanvoorstellings was gevolglik dat die beleggingsstruktuur waarop ooreengekom is, wettig en in ooreenstemming met die buitelandse-valuta-vereistes van die reserwebank geïmplementeer kon word. Die eiser ly kapitaalverlies op sy belegging; vandaar die eis. (Vir doeleindes van hierdie bydrae word net met die hoofeis gehandel.)

Ten einde te kan seëvier moet die eiser volgens Brand AR (477ev), benewens die ander deliktsvereistes, kousaliteit bewys. Die hof (480) kom uiteindelik tot die gevolgtrekking dat die eis weens die afwesigheid van juridiese kousaliteit afgewys moet word selfs al sou die eiser daarin kon slaag om feitlike kousaliteit te bewys (waarmee hy volgens die hof in elk geval ook misluk het).

Wat juridiese kousaliteit betref, verklaar Brand AR (481) met verwysing na sy uitspraak in *Fourway Haulage SA (Pty) Ltd v SA National Roads Agency Ltd* (2009 2 150 (HHA) 164-165) (sien vir 'n bespreking van hierdie saak Neethling "Suiwer Ekonomiese Verlies: Onregmatigheid en Juridiese Kousaliteit onder die Soeklig" 2010 *TSAR* 173-175) onder meer soos volg:

"The issue of legal causation or remoteness is determined by considerations of policy. It is a measure of control. It serves as a 'longstop' where right-minded people, including judges, will regard the imposition of liability in a particular case as untenable, despite the presence of all other elements of delictual liability ..."

Juridiese kousaliteit kom in *mCubed* (481-482) aan die orde omdat die eiser se skade nie soseer deur (onder andere) die gewraakte wanvoorstelling veroorsaak was nie, maar ingetree het omdat die Rand, in teenstelling met al die kundiges se voorspellings, teen die VSA Dollar versterk in plaas van verswak het tussen die tyd wat die belegging gemaak en betaling ontvang is. Nou ontken die eiser nie dat die versterking van die Rand die eintlike oorsaak van die skade was nie, maar betoog dat die versterking van die Rand nóg 'n onvoorsiene gevolg van die belegging was, nóg 'n *novus actus interveniens* wat die kousale ketting tussen die belegging en die skade verbreek het (met die gevolg dat juridiese kousaliteit as bewese geag moet word). Die hof gee die eiser gelyk dat 'n "strict application" van sowel die voorsienbaarheids- as die "direct consequences"-toets tot gevolg sou hê dat die juridiese kousaliteitsvraag ten gunste van die eiser uitgewys sou moes word, ondanks die feit dat sodanige resultaat as onhoudbaar beskou sou kon word. Die regter stel dit soos volg:

"The Trust [eiser] did not deny that the real cause of its loss was the strengthening of the Rand. Its first argument as to why legal causation had nonetheless been established was that, although the improvement of the Rand against the Dollar was unpredicted, it was not an unforeseeable consequence of the investment. This argument obviously refers to the so-called foreseeability test and on a strict application of that test it seems to be valid. Furthermore, so the Trust contended, on the application of the so-called direct-consequences test, the strengthening of the Rand was not some kind of *novus actus interveniens* that broke the causal chain between the investment and the loss. Again, I agree that if a *novus actus* is to be regarded as an abnormal or unexpected event in the light of human experience ..., the currency fluctuation which led to the loss can hardly be described in those

terms. Strict application of the direct-consequences test, so it seems, would therefore also lead to an answer of the remoteness issue in favour of the Trust, despite the fact that the result may be regarded as untenable.”

Brand AR (482) bevind dan ook, weer met verwysing na onder meer sy vertolking van die soepel maatstaf in *Fourway Haulage*, dat die skade in die onderhawige saak “too remote” was:

“But our courts have decided against a strict approach to the remoteness issue. Instead, it adopted what has been described as a ‘flexible’ or ‘supple’ test (see eg *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley supra* 701A-F; en *Smit v Abrahams supra* 15E-G). This was elaborated upon as follows in *Fourway Haulage ... para* 34:

‘What Van Heerden JA said in that case [ie *S v Mokgethi supra* 401-41D] is not that the “flexible” or “supple” test supersedes all other tests such as foreseeability, proximity or direct consequences, which were suggested and applied in the past, but merely that none of these tests can be used exclusively and dogmatically as a measure of limitation in all types of factual situations. Stated somewhat differently: the existing criteria of foreseeability, directness, et cetera, should not be applied dogmatically, but in a flexible manner so as to avoid a result which is so unfair or unjust that it is regarded as untenable.’ [In *Fourway Haulage* gaan die regter dan hier voort: ‘If the foreseeability test, for example, leads to a result which will be acceptable to most right-minded people, that is the end of the matter.’]

Strict application of both the foreseeability test and the direct-consequences test for remoteness in this case would therefore, in my view, lead to a result which is so unfair and unjust that it will be regarded as untenable. This is therefore a classic example of a situation where a flexible approach is indicated. And in adopting that approach I find the loss too remote.”

4 2 Bespreking

Brand AR se siening in *mCubed* is gevolglik dat die soepel toets nie ’n maatstaf is wat “bestaande toetse” soos voorsienbaarheid, “proximity” of “direct consequences” oorheers nie. Die toets hou volgens hom bloot in dat “die bestaande toetse” nie uitsluitlik en dogmaties op alle feitegevalle toegepas moet word nie, maar op ’n elastiese (“flexible”) wyse ten einde ’n resultaat te vermy wat so onbillik of onregverdig is dat dit as onhoudbaar aangemerkt moet word. Hierdie formulering is vatbaar vir kritiek. Die omskrywing en toepassing van die soepel maatstaf deur die appèlhof in *Mokgethi* en verskeie van die ander sake wat hierbo ontleed is, maak dit duidelik dat die soepel maatstaf by die vraag na juridiese kousaliteit inderdaad ’n oorheersende funksie vervul en die ruimte bied waarbinne oorwegings soos redelike voorsienbaarheid, “direct consequences”, die bestaan van ’n *novus actus interveniens* en verskeie ander faktore (vgl *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley supra* 701ev hierbo) ’n ondergeskikte of subsidiêre rol kan speel.

Dit is in elk geval nie duidelik hoe die hof in *mCubed* die redelike voorsienbaarheids- en “direct consequences”-kriterium op ’n “flexible” manier toegepas het nie. Die regter verduidelik nie hoe dit gedoen is nie en dit is trouens moeilik om te bedink wat die verskil tussen ’n “strict” en ’n “flexible” toepassing van byvoorbeeld die redelike voorsienbaarheidstoets is. Dit wil eerder voorkom of die hof, toe dit duidelik geword het dat voorsienbaarheid en “direct consequences” ’n onaanvaarbare resultaat sou oplewer,

juis op die soepel maatstaf teruggeval het om aanspreeklikheid uit te skakel. Deur te verklaar (482) dat die resultaat van die voorsienbaarheids- en “direct consequences”-toetse so “unfair and unjust” sou wees dat dit as onhoudbaar gereken moet word, het die hof in wese op grond van beleidsoorwegings beslis dat die skade nie aan die verweerder toegereken kon word nie; en dit is presies hoe die oorkoepelende soepel maatstaf funksioneer.

Die tradisionele maatstawwe speel lankal nie meer 'n deurslaggewende rol by jurididiese kousaliteit nie en kan op sigself tot onbillike en teenstrydige resultate aanleiding gee. Soos hierbo gesien, sou die redelike voorsienbaarheidstoets in *Smit* aanspreeklikheid uitgesluit het terwyl daar redelikerwys aanspreeklikheid moes gewees het (trouens, Botha AR (19) het die betrokke skade bloot op grond van beleid aan die verweerder toegereken al was die skade nie redelikerwys voorsienbaar nie), terwyl hierdie maatstaf in *mCubed* weer aanspreeklikheid sou vestig waar dit billikheidshalwe nie moes gebeur het nie. Die soepel maatstaf bied die ruimte waarbinne sowel tradisionele maatstawwe, soos voorsienbaarheid en direkte veroorsaking, as 'n verskeidenheid ander oorwegings, soos die feit dat die eiser 'n “finansiële eierskedelgeval” was (*Smit*, en sien weer die ander faktore wat in *International Shipping Co* en *Smit* in aanmerking geneem is), 'n rol kan speel by beantwoording van die juridiese kousaliteitsvraag op grond van redelikheid, billikheid en regverdigheid.

4 3 *Gevolgtrekking*

Brand AR se vertolking in *mCubed* (en *Fairway Haulage* – sien Neethling 2010 *TSAR* 174-175) van die wyse waarop die soepel en ander juridiese kousaliteitsmaatstawwe funksioneer, kan die indruk wek dat die siening van die oorheersende rol en buigzaamheid van die soepel benadering en die subsidiêre rol van die tradisionele kriteria in gevaar verkeer (sien ook Neethling en Potgieter *Neethling-Potgieter-Visser Deliktereg* 203 vn 106). Daar word vertrou dat die Hoogste Hof van Appèl die beproefde beskrywing en toepassing van die oorheersende soepel maatstaf en die ander (subsidiêre) juridiese kousaliteitskriteria, soos dit in *Mokgethi*, *International Shipping Co*, *Smit* en vele ander gesaghebbende gewysdes neergelê is, sal herbevestig.

JM Potgieter
Universiteit van Suid-Afrika (UNISA)