

**DIE AKSIE VAN AFHANKLIKES:
DIE HOOGSTE HOF VAN APPÈL GEE 'N
TELEURSTELLEDE TERUGWAARTSE STAP**

**Brooks v Minister of Safety and Security
2009 2 SA 94 (HHA)**

In 'n reeks beslissings voor *Brooks v Minister of Safety and Security* (2009 2 SA 94 (HHA)) het die Hoogste Hof van Appèl 'n groot mate van regsekerheid gebring oor die grondslag van en vereistes vir die aksie van afhanklikes. Hiervolgens is die belangrikste vereistes die volgende (sien *Santam Bpk v Henery* 1999 3 SA 421 (HHA) 430; *Amod v Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund (Commission for Gender Equality Intervening)* 1999 4 SA 1319 (HHA) 1326; *Du Plessis v Road Accident Fund* 2004 1 SA 359 (HHA) 370; sien ook *Brooks v The Minister of Safety and Security* [2007] 4 All SA 1389 (K) 1398-1399; en *Metiso v Padongelukkefonds* 2001 3 SA 1142 (T) 1148-1149). Eerstens moet die broodwinner, terwyl hy geleef het, 'n (*inter partes* regtens afdwingbare) onderhoudspilig teenoor die afhanklike gehad het. Die bestaan van 'n onderhoudspilig is onderworpe aan die kwalifikasies dat die afhanklike sorgbehoewend is en die broodwinner in staat is om in die onderhoud te voorsien (sien bv *Constantia Versekeringsmaatskappy Bpk v Victor* 1986 1 SA 601 (A) 612-613; *Fosi v Road Accident Fund* 2008 3 SA 560 (K) 561-562; en *Pike v Minister of Defence* 1996 3 SA 127 (Ck) 133). Tweedens moet die afhanklike 'n (teenoor derdes regtens beskermingswaardige) *reg op* (sodanige) *onderhoud* gehad het. Die bestaan van 'n beskermingswaardige *reg op* onderhoud moet aan die hand van die *boni mores*-onregmatigheidsmaatstaf bepaal word. In *Amod v Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund (Commission for Gender Equality Intervening)* (*supra* 1326) stel Mahomed HR dit met verwysing na *Santam Bpk v Henery* (*supra* 430) soos volg:

“(a) The claimant for loss of support resulting from the unlawful killing of the deceased must establish that the deceased had a duty to support the dependant. (b) It had to be a legally enforceable duty. (c) The right of the dependant to such support had to be worthy of protection by the law. (d) The preceding element had to be determined by the criterion of *boni mores*.”

Volgens die tradisionele benadering (sien bv *Evins v Shield Insurance Co Ltd* 1980 2 SA 814 (A) 837-839; *Legal Insurance Co Ltd v Botes* 1963 1 SA 608 (A) 614; *Jameson's Minors v Central South African Railways* 1908 TS 575 583-584; en sien ook Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (2006) 271) is die aksie van afhanklikes nie gebaseer op 'n delik wat teenoor die afhanklike self gepleeg word nie, maar op 'n onregmatige daad teenoor die broodwinner. Die afhanklike moet dus bewys dat die broodwinner se dood op onregmatige en skuldige wyse veroorsaak is (“a wrongful act of the

defendant causing the death of the breadwinner” – sien *Evins v Shield Insurance Co Ltd supra* 839). Soos by herhaling reeds deur die oorwig van skrywers beklemtoon is, is hierdie standpunt onaanvaarbaar (sien Boezaart “Finding the Perfect Balance: The Challenge for Contemporary Private Law” in Boezaart en De Kock (reds) *Vita Perit, Labor non Moritur – Liber Memorabilis: PJ Visser* (2008) 147-150; en Neethling “Action of Dependents: Basis and Wrongfulness Vis-à-vis Third Parties” 2009 *THRHR* 297 en die skrywers waarna daar verwys word). Dogmaties is die kernbeswaar dat dit onlogies is om ’n aksie vir skadevergoeding te baseer op ’n delik gepleeg teen, en daarom die veroorsaking van skade aan, ’n ander persoon – amper in die vorm van ’n delik *per consequentias* (Neethling, Potgieter en Visser 271) of, soos Boberg (*The Law of Delict: Vol I Aquilian Liability* (1984) 728) dit stel, “the jurisprudential monstrosity of an action based upon a wrong to someone else”. Die teoreties-korrekte standpunt is dat die afhanklike se eis gebaseer is op die onregmatige skuldige veroorsaking van nadeel aan homself, ’n standpunt wat uitdruklik deur die verhoorhof in *Brooks* (K) (1394-1400) en by implikasie deur die Wet op Verdeling van Skadevergoeding (34 van 1956, a 2(1)(B): sien *Brooks* (K) (1399 vn 33); Neethling, Potgieter en Visser 271 vn 32) en die Hoogste Hof van Appèl (sien *Santam Bpk v Henery* (*supra* 430), *Amod v Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund (Commission for Gender Equality Intervening)* (*supra* 1326) en *Du Plessis v Road Accident Fund* (*supra* 370) wat vra na die beskermingswaardigheid van die afhanklike se reg op onderhoud teenoor derdes: sien ook *Brooks* (K) 1398-1399) onderskryf word.

Ongelukkig het die Hoogste Hof van Appèl in *Brooks* (HHA 97-98) nie net die vereistes vir die aksie van afhanklikes geïgnoreer wat duidelik in *Henery*, *Amod* en *Du Plessis* gestel is nie, maar ook in ’n teleurstellende terugwaartse stap die onaanvaarbare tradisionele grondslag vir die aksie bekragtig. *Brooks* se feite spruit voort uit dieselfde gebeure wat aanleiding tot *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* (2006 6 SA 431 (HHA)) gegee het (sien hieroor Neethling “Die Hoogste Hof van Appèl Bevestig die Uitdyende Verantwoordelikheid van die Staat om die Reg op die Fisies-psigiese Integriteit in die Lig van die Grondwet te Beskerm” 2003 *TSAR* 783ev). ’n Vader het weens moord in die tronk beland en kon nie meer sy seun onderhou nie. Laasgenoemde stel ’n eis weens verlies van onderhoud teen die polisie in op grond daarvan dat hulle ’n regsplig gehad het om op die pa se vuurwapen beslag te lê en omdat hulle versuim om dit te doen dit tot gevolg gehad het dat die pa die moord gepleeg het en gevangenisstraf opgelê is. In die verhoorhof word die eksepsie wat teen die eis geopper word, deur Erasmus R gehandhaaf. Die hof beslis dat as gevolg van regspolitieke oorwegings die aksie van afhanklikes nie na die huidige situasie uitgebrei moet word nie, hoofsaaklik omdat die broodwinner dit deur sy eie opsetlike gedrag onmoontlik gemaak het om sy afhanklike te onderhou (sien vir besprekings van die saak Boezaart 145ev; Neethling 2009 *THRHR* 299ev).

In appèl wys Ponnar AR (96H) uit dat die eksepsie die vraag na onregmatigheid betrek wat by suiwer ekonomiese verlies volgens hom afhanklik is van die bestaan van ’n “legal duty not to act negligently”. Op sy

beurt verg die bepaling van die regsplig 'n regterlike waardeoordeel waarby kriteria van publieke of regsbeleid in ooreenstemming met grondwetlike norme in ag geneem moet word. Volgens die hof is die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies nie *prima facie* onregmatig nie en gee dit nie aanleiding tot aanspreeklikheid vir skadevergoeding nie tensy openbare beleidsoorwegings vereis dat die verweerder die eiser vir die skade wat gely is moet vergoed (97A-C). In hierdie stadium moet daarop gewys word dat die hof, wat die onregmatigheidsvraag insake suiwer ekonomiese verlies betref, eerstens nalatigheid daarby betrek en tweedens onregmatigheid met verwysing na die “nuwe” variasie van die onregmatigheidstoets formuleer wat betreklik onlangs in die Hoogste Hof van Appèl beslag gekry het. Albei hierdie toepassings is, soos reeds aangedui, vatbaar vir kritiek. Deur nalatigheid by die bepaling van die regsplig te betrek, word die onderskeid tussen onregmatigheid en nalatigheid ten onregte verdoesel (sien Neethling en Potgieter “Die Regsoortuiging van die Gemeenskap as Selfstandige Onregmatigheidskriterium” 2006 *TSAR* 609 611ev; en Neethling en Potgieter “Wrongfulness and Negligence in the Law of Delict: A Babylonian Confusion?” 2007 *THRHR* 123-124). Boonop gaan die nuwe variasie mank aan die volgende gebreke: eerstens is die toets gebaseer op 'n wanvoorstelling van die onregmatigheidstoets met betrekking tot 'n late wat in *Minister van Polisie v Ewels* (1975 3 SA 590 (A)) geformuleer is; tweedens is aanspreeklikheid vir skadeveroorsoeking nie net van die aanwesigheid van onregmatigheid afhanklik nie, maar van die bestaan van al die delikselemente; derdens kan die toets nie gebruik word om onregmatigheid by die interdik vas te stel nie; en laastens is die toets vaag en gaan dit mank aan konkrete riglyne om die toepassing daarvan moontlik te maak – daarom is die Hoogste Hof van Appèl, nieteenstaande lippediens aan die toets, genoop om telkens weer op onder andere regspligverbreking as geykte toets vir onregmatigheid terug te val (sien Neethling en Potgieter “Onregmatigheid as die Redelikheid om 'n Verweerder Aanspreeklik te Stel – 'n Nuwe Variasie van die Toets vir Onregmatigheid” 2009 *THRHR* 455ev).

In die lig van die feit dat die onregmatigheidstoets by die aksie van afhanklikes in drie belangrike appèlhofbeslissings (*Henery*, *Amod* en *Du Plessis*, sien hierbo) bepaal is aan die hand daarvan of die afhanklike 'n (teenoor derdes regtens beskermingswaardige) reg op onderhoud gehad het, welke beskermingswaardigheid aan die hand van die *boni mores*-onregmatigheidsmaatstaf bepaal word, vind die outeurs hiervan dit vreemd en onaanvaarbaar dat Ponnan AR in *Brooks* hierdie beslissings eenvoudig ignoreer ten gunste van die bedenkbare nuwe variasie van die onregmatigheidstoets. Daar kan gevra word of die Hoogste Hof van Appèl die bevoegdheid het om sy vorige beslissings sonder motivering te verontagsaam en sodoende te veroorsaak dat regsonsekerheid gedy oor welke toets die bepaling van onregmatigheid by die aksie van afhanklikes moet beheers. Regspraktisyns en laerhowe word nou voor die moeilike keuse gestel om te besluit of die benadering van Ponnan AR in *Brooks*, dan wel die benadering in *Henery*, *Amod* en *Du Plessis* (wat ook in die verhoorhof in *Brooks* gevolg is, maar waarvan die Hoogste Hof van Appèl klaarblyklik geen notisie geneem het nie) moet volg. Na die outeurs se mening is laas-

genoemde benadering te verkies omdat die vraag of die afhanklike se belang in *Brooks* beskermingswaardig was, daarvan afgehang het of daar volgens die *boni mores*-maatstaf, wat regspolitieke oorwegings inluit, 'n regsplig op die polisie gerus het om verlies van onderhoud vir die afhanklike te voorkom – dus 'n toepassing van die tradisionele regspligbenadering by onregmatigheid.

Vervolgens pas Ponnan AR, nieteenstaande logies-onaanvegbare dogmatiese standpunte van skrywers, gesaghebbende uitsprake van die appèlhof en wetgewing, in *Brooks* die tradisionele benadering van *Evins v Shield Insurance Co Ltd* (*supra* 837-839), *Legal Insurance Co Ltd v Botes* (*supra* 614) en *Jameson's Minors v Central South African Railways* (*supra* 583-584) toe waarvolgens die aksie van afhanklikes gegrond word op 'n delik wat teen die broodwinner gepleeg is. Op die voetspoor van *Evins v Shield Insurance Co Ltd* (*supra* 839) stel Ponnan AR (98E-F) die volgende vereistes vir die aksie van afhanklikes:

“The first ingredient of a plaintiff's cause of action for loss of support is a wrongful act by the defendant causing the death of the breadwinner. To satisfy that requirement a plaintiff is required to prove: (a) a wrongful act by the defendant; (b) the death of the deceased; and (c) a causal nexus between (a) and (b).”

Volgens die regter (98Fev) is dit onhoudbaar dat die aksie van afhanklikes uitgebrei word tot die geval in *Brooks* deur te bevind dat daar 'n regsplig op die polisie was om op te tree, en wel om die volgende oorwegings: In eerste instansie is die dood van die broodwinner 'n *facta probanda* vir die aksie van afhanklikes. Omdat die broodwinner *in casu* nie gesterf het nie, maar weens 'n geldige regsproses in die tronk beland het wat hom ongeskik gemaak het om sy afhanklike te versorg, is die aksie van afhanklikes die eiser nie beskore nie. Tweedens, aangesien die aksie van afhanklikes op gesag van *De Vaal v Messing* (1938 TPD 34) nie eers beskikbaar is waar die broodwinner slegs beseer is nie, kan die eiser des te meer nie aanspraak maak op 'n eis om onderhoud waar sy eie opsetlike optrede hom ongeskik gemaak het om sy afhanklikes te versorg nie. Derdens, is die hof van mening dat al sou die gedrag van die polisie as onregmatig beskou kon word, sodanige onregmatigheid slegs teenoor die broodwinner kan geld en nie teenoor die afhanklike nie. Die hof vervolg (99G-I):

“It follows that so long as a right of action exists in a breadwinner there cannot also be a right of action in his or her dependants for loss of maintenance ... for, when the injured breadwinner himself/herself has right to obtain compensation for the injury suffered, the necessary proof that the dependants – who look to their breadwinner for support and whose claim has not been extinguished – have suffered loss owing to that injury cannot also be forthcoming. Quite obviously, if both the dependant and the breadwinner were to be entitled to recover compensation, the person causing the injury would be liable to pay compensation twice over in respect of the same damage.”

Hierdie oorwegings is vatbaar vir kritiek. Eerstens is die hof se bevinding dat die afhanklikes van 'n persoon wat op onregmatige en skuldige wyse beseer is, nie verlies van onderhoud met die Aquiliese aksie kan verhaal nie, onaanvaarbaar. Prinsipieel is daar tog geen verskil tussen verlies van onderhoud weens die dood of besering van die broodwinner nie. In *Abbott v*

Bergman (1922 AD 53 56) verklaar De Villiers AR: "If he [die man] is allowed to recover the loss sustained by him through the death of his wife, he must also be allowed to recover [the loss] when the injuries are not fatal. For, in principle, no distinction can be drawn between the two cases". Nietemin bestaan daar positiefregtelik op hierdie gebied onsekerheid. Aan die een kant is daar beslissings wat wel die Aquiliese aksie verleen aan die afhanklikes van 'n onderhoudspligtige beseerde getroude vrou. So is in *Abbott* 'n man, getroud binne gemeenskap van goed, toegelaat om skadevergoeding te verhaal onder andere vir die "loss of his wife's services in running the boarding-house". Insgelyks het die hof in *Plotkin v Western Assurance Co Ltd* (1955 2 SA 385 (W) 394-395), waar die huwelik weer buite gemeenskap van goed was, die man se eis toegestaan in omstandighede waar sy vrou regtens verplig was om tot die gemeenskaplike huishouding by te dra. Ook in *Erdmann v Santam Insurance Co Ltd* (1985 3 SA 402 (K)) was die hof nie ongeneë om aan die man 'n aksie vir verlies van onderhoud weens die beserings van sy gade te verleen nie, maar kom nietemin tot die slotsom (409) dat die beseerde vrou in hierdie geval self vir die "loss of her housekeeping ability" behoort te eis.

Hierby sluit die beslissing in *De Vaal*, waarop Ponnan AR steun, aan. Die hof weier naamlik om 'n eis vir verlies van onderhoud deur 'n vrou en kinders weens die beserings van die man toe te staan. Volgens Greenberg R kan die afhanklike in hierdie omstandighede nie eis nie omdat die beseerde broodwinner self 'n aksie weens verlies van toekomstige verdienste, waaruit die afhanklikes dan onderhou kan word, moet instel. Hy argumenteer (38) dat "any claim by his [die beseerde se] dependants against the wrongdoer would be met by the simple answer that they have suffered no damage". Hierdie argument gaan egter nie altyd op nie. As die broodwinner byvoorbeeld 80% nalatig ten aansien van sy eie beserings was, beteken dit dat hy net 20% van sy verlies van toekomstige inkomste sal kan verhaal; en dié bedrag sal heel waarskynlik onvoldoende wees om die afhanklike soos voorheen te onderhou. So gesien, ly die afhanklike dus beslis verlies van onderhoud en behoort hy in beginsel hierdie verlies, wat sekerlik bepaalbaar is, te kan verhaal (sien Neethling, Potgieter en Visser 262-263 en 277; sien ook Visser "Delict" in Du Bois (red) *Wille's Principles of South African Law* (2007) 1154; en Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1986) 337-338). In die lig hiervan is daar, anders as wat Ponnan AR beweer, ook geen gevaar van dubbele vergoeding vir dieselfde skade nie aangesien die broodwinner slegs 20% van sy verlies van toekomstige verdienste kan verhaal, terwyl die balans die afhanklike as verlies van onderhoud toekom. (Hieronder word ingegaan op die kwessie dat die broodwinner en die ander party as mededaders vir die balans aanspreeklik kan wees.)

Voorts is die hof in *Brooks* (HHA) se argument dat die polisie se optrede net teenoor die broodwinner onregmatig kan wees en nie teenoor die afhanklike nie, sekerlik 'n uitvloeisel van die standpunt dat die aksie van afhanklikes op 'n delik teen die broodwinner gebaseer is. Soos aangetoon, is hierdie standpunt onaanvaarbaar en behoort die aksie die afhanklike in

beginsel toe te kom omdat sy of haar reg op onderhoud aangetas is en daarom onregmatig teenoor die afhanklike opgetree is.

Vervolgens wys Ponnan AR (99J-100D) daarop dat een van die redes waarom *De Vaal* geweier het om die aksie van afhanklikes tot 'n beseerde broodwinner uit te brei, was dat "such an extension would produce the anomaly that a person in *De Vaal's* position could, by his own contributory negligence, create in favour of his dependants a cause of action that would otherwise not exist in the absence of such negligence ... That anomaly would be exacerbated where – as here – there is intentional wrongdoing by the breadwinner, who by his own act has rendered himself capable of supporting his dependants". Hierdie argument gaan in die lig van die huidige regsposisie hoegenaamd nie op nie. Dit kan soos volg verduidelik word: Die beslissings waarna die hof verwys, het betrekking op die era voor die inwerkingtreding van die 1971-wysiging van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956. Voor hierdie wysiging het die gemeenregtelike sogenaamde laaste geleentheidsreël nog ten aansien van die aksie van afhanklikes gegeld (Neethling, Potgieter en Visser 152 en 159). Die Wet het egter 'n totale ommekeer van die gemeenregtelike posisie teweeggebring. Die laaste geleentheidsreël is afgeskaf en artikel 2(1B) bepaal tans soos volg:

"[I]ndien dit beweer word dat die eiser skade gely het as gevolg van die besering of dood van 'n ander persoon en dat sodanige besering of dood deels aan die skuld van die beseerde of oorlede persoon en deels aan die skuld van 'n ander persoon te wyte was, word sodanige beseerde persoon of die boedel van sodanige oorlede persoon, na gelang van die geval, en sodanige ander persoon, by die toepassing van hierdie artikel geag mededaders te wees."

Hiervolgens word die beseerde broodwinner of sy of haar boedel en die derde party wat die broodwinner se dood of besering medeveroorsaak het, as mededaders teen die afhanklikes beskou. Gevolglik behoort die afhanklike in beginsel, en dit moet beklemtoon word, ook in die geval van die besering van die broodwinner, 'n aksie te hê vir sover hy verlies van onderhoud kan bewys (sien Neethling, Potgieter en Visser 263 en 277; Burchell *Principles of Delict* (1993) 244; Van der Merwe en Olivier 340-341; en Van der Walt en Midgley *Principles of Delict* (2005) 246). Soos reeds uitgewys, bevestig hierdie statutêre bepaling ook dat die aksie van afhanklikes, minstens wat bedoelde mededaderskap betref, op 'n delik teen die afhanklike (en nie die broodwinner nie) gebaseer is. In die lig hiervan is die Hoogste Hof van Appèl se teruggryp na die anomalie wat deur *De Vaal* in 1938 uitgewys is, verkeerd en onvanpas.

Alhoewel die normale beginsels met betrekking tot mededaders – onder andere dat artikel 2(1) van die Wet van toepassing is ongeag of die mededaders opsetlik of nalatig opgetree het – ook met betrekking tot die aksie van afhanklikes geld, het mededaderskap na die outeurs se mening nie in *Brooks* ter sprake gekom nie. Onregmatigheid het naamlik aan die kant van die polisie ontbreek en hulle was dus nie, soos vir mededaderskap vereis word (a 2(1) van die Wet), aanspreeklik op grond van delik vir die onderhoudsverlies is nie. Volgens die *boni mores* was die afhanklike se reg

op onderhoud in die besondere omstandighede nie beskermingswaardig nie, weens die volgende beleidsoorwegings (sien *Brooks* (K) 1404-1405): Eerstens, sou die oplegging van 'n toesighoudende plig op die polisie om ook onderhoudsregte in die huidige omstandighede te beskerm, op 'n oorskryding van hulle primêre grondwetlike funksies neerkom. Tweedens, sal die erkenning van die aksie van afhanklikes *in casu* die deur oopmaak vir eise weens onderhoudsverlies deur afhanklikes wie se broodwinners hulle deur hul eie kriminele optrede ongeskik gemaak het om hulle afhanklikes te onderhou. Derdens, sou die verlening van die aksie die afhanklikes se eis uitbrei selfs na gevalle waar die broodwinner nie op 'n onregmatige, skuldige wyse gedood of beseer (vgl *Brooks* (HHA) 100H) is nie.

Alhoewel Ponnar AR dus gelyk gegee moet word dat dit “nothing short of preposterous” sou wees om die aksie van afhanklikes in die onderhawige geval te erken (100E-F) en die resultaat van sy uitspraak dat onregmatigheid in die omstandighede ontbreek dus instemming verdien, kan hoegenaamd nie met sy motivering, wat op onvanpaste steun op verouderde regspraak berus, saamgestem word nie. Hierteenoor verdien die dogmaties suiwer uitspraak van Erasmus R in *Brooks* (K), wat onder andere op gesaghebbende beslissings van die Hoogste Hof van Appèl gegrond is, volle steun (sien Boezaart 147ev; en Neethling 2009 *THRHR* 299-300). Die outeurs vertrou dat die Hoogste Hof van Appèl sy beslissing in *Brooks* in heroorweging sal neem.

J Neethling
en

JM Potgieter

Universiteit van Suid-Afrika (UNISA)