Faktore en beleidsoorwegings by die bepaling van ’n kontraksparty se regsplig teenoor ’n derde party: ’n kritiese bespreking van Viv’s Tippers (Pty) Ltd v Pha Phama Staff Services (Pty) Ltd t/a Pha Phama Security 2010 4 SA 455 (HHA)

Bernard Wessels

Bernard Wessels: Departement Privaatreg, Universiteit Stellenbosch

Opsomming

In die onderhawige saak het die eiser ingevolge ’n huurkontrak sy motorvoertuig aan ’n konstruksiemaatskappy verhuur. Die konstruksiemaatskappy het op sy beurt ’n sekuriteitsmaatskappy aangestel om die konstruksieperseel te beveilig. Nadat die eiser se voertuig van die perseel gesteel is, stel hy ’n deliktuele skadevergoedingseis teen die sekuriteitsmaatskappy in. Die hoogste hof van appèl klassifiseer die diefstal van die eiser se motorvoertuig as suiwer ekonomiese verlies. Aangesien die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies nie as *prima facie* onregmatig beskou word nie, moes die hof bepaal of die sekuriteitsmaatskappy volgens die regsopvattings van die gemeenskap ’n regsplig opgelê kan word, en indien wel, of die nienakoming van sodanige plig onredelik was. Die beantwoording van hierdie vrae het onder andere vereis dat die hof allerlei relevante beleidsoorwegings en faktore moes ondersoek ten einde te bepaal of die verweerder se optrede as onregmatig beskou kan word. Binne hierdie konteks moes die hof ook die verdere vraag ontleed: Wat is die impak van die uitsluitingsklousule in die sekuriteitskontrak op die oplegging van ’n regsplig teenoor ’n niekontrakterende derde party?

Daar word aangevoer dat die hof nie die nodige aandag aan die volgende faktore en beleidsoorwegings verleen het nie: (a) die beheer wat die sekuriteitsmaatskappy oor die perseel asook die gesteelde voertuig uitgeoefen het; (b) die redelike voorsienbaarheid van die ekonomiese verlies wat volgens die hoogste hof van appèl se eie vroeëre bevindinge wél relevant is by die onregmatigheidsondersoek en wat grotendeels die hof se vrees vir onbeperkte aanspreeklikheid kon besweer; (c) die praktiese stappe wat die sekuriteitsmaatskappy kon gedoen het om die intrede van die verlies te vermy; (d) die omvang van die risiko van intrede van die verlies; en (e) die skep van ’n redelike verwagting by die voertuigeienaar dat sy belange beskerm sou word – iets wat die sekuriteitsmaatskappy ook redelikerwys kon voorsien het. Daar word verder aangevoer dat die hof oordrewe klem plaas op die eiser se onvermoë om sigself behoorlik te beskerm teen die intrede van enige skade aan sy voertuie en dat die erkenning van die skadevergoedingseis nie in hierdie geval sou lei tot onbeperkte aanspreeklikheid nie.

Laastens word aangevoer dat sekuriteitskontrak wel ’n belangrike faktor is wat in ag geneem moet word by die bepaling van ’n regsplig. Daar word egter voorgehou dat die implikasie van die uitspraak, naamlik dat ’n uitsluitingsklousule kan funksioneer as ’n beding ten laste van ’n niekontrakterende derde party wat onafhanklik van die kontraktuele verhouding tussen die perseel-okkupeerder en sekuriteitsmaatskappy staan, nie wenslik is nie. Alhoewel die bepalings van ’n kontrak ’n bepalende faktor by die onregmatigheidsvraagstuk is, volg dit nie dat sodanige kontrak ook bindend is ten opsigte van niekontrakterende derde partye nie. In die laaste paragraaf word gekyk na die benaderings wat in ander jurisdiksies oor hierdie netelige kwessie gevolg word.

Trefwoorde: beheer oor gevaarlike toestand; deliktereg; faktore en beleidsoorwegings; kontraktuele uitsluitingsklousule; niekontrakterende derde partye; onregmatigheid; praktiese maatreëls; privaatreg; redelike voorsienbaarheid; redelike verwagting; suiwer ekonomiese verlies

Abstract

Factors and policy considerations for determining a contractual party’s legal duty towards a third party: a critical discussion of *Viv’s Tippers (Pty) Ltd v Pha Phama Staff Services (Pty) Ltd t/a Pha Phama Security* 2010 4 SA 455 (SCA)

In the present case the plaintiff concluded a lease agreement with one Lone Rock, a construction company, in terms of which it leased several of its trucks to Lone Rock. Subsequent to the conclusion of the lease agreement, and on the insistence of the plaintiff, Lone Rock entered into a security services agreement with the defendant, a security services company, according to which the defendant was obliged to provide security services at Lone Rock’s construction site. The security services agreement included an exclusion clause in terms of which the defendant could not be held liable for any harm or loss arising from the provision of the security services. Following the theft of one of its trucks from the premises the plaintiff instituted a delictual claim for damages against the defendant. The court of first instance denied the plaintiff a remedy and, on appeal, the supreme court of appeal dismissed the plaintiff’s claim, holding that the exclusion clause in the security services agreement operated effectively as against the non-contracting plaintiff. Furthermore, the court held that the theft of the plaintiff’s truck constituted pure economic loss, which, since its causation is not considered to be *prima facie* wrongful, required the plaintiff to prove that the defendant had a legal duty to the plaintiff to prevent the pure economic loss. The court held that the plaintiff could not prove the existence of such legal duty and that, accordingly, it could not be said that the defendant’s conduct was wrongful for the purposes of the law of delict.

In this article the decision of the supreme court of appeal is analysed along the following grounds: Was the court correct in classifying the loss as purely economic? If the harm suffered was indeed purely economic, did the court come to the right conclusion when it decided that no legal duty to prevent such harm was owed by the defendant to the plaintiff? Was the court correct in holding that the contractual exclusion clause operated against non-contracting parties?

First, it is argued that the court's classification of the theft as purely economic loss is incorrect. This argument has since also been recognised in a subsequent judgement of the supreme court of appeal, *Freddy Hirsch Group (Pty) Ltd v Chickenland (Pty) Ltd*.

Secondly, it is contended that the court came to the wrong conclusion with respect to wrongfulness. This argument is based on a thorough application of the standard test for wrongfulness in the South African law of delict, the so-called *boni mores* test. According to this test, a court confronted with the causation of pure economic loss should launch an inquiry into the following question: Taking into account the legal convictions of the community, was the causation of the harm unreasonable in the specific circumstances? In order to find unreasonableness, the court must further enquire as to whether there was a legal duty on the plaintiff to prevent the harm. To answer these questions there are a series of factors and policy considerations, which have crystallised in a number of previous cases, which the court may take into account. However, *in casu*, the court failed to take cognisance of the following relevant factors and policy considerations: (a) the defendant was in control of the plaintiff's trucks; (b) the plaintiff also had control over the construction site, which was situated in a crime-stricken area; (c) considering the nature of the defendant's services, as well as the specific facts of the case (not least the manner in which the theft occurred, i.e. by two unknown men who, completely unannounced, showed up at the construction site on a Sunday during a long weekend and gained access by providing the security guard with a forged letter of authorisation and took the vehicle out for a "test drive" after apparently providing maintenance repairs to the vehicles) the harm was reasonably foreseeable; (d) the plaintiff could easily have taken reasonable steps to prevent the harm from occurring; and (e) the reasonable expectation that was created on the part of the plaintiff that the defendant had taken sufficient measures to secure its vehicles and the reliance placed on the defendant as a result hereof. Furthermore, it is submitted that the court's insistence on the plaintiff's lack of contractual and/or insurance protection was exaggerated and, also, that the court suffered from a hyperbolic fear of unlimited liability in the present case: the plaintiff's loss as a particular victim of an unascertained class was foreseeable and, it could be said, the plaintiff's lease agreements with Lone Rock operated as a limiting factor in this regard.

Lastly, regard is had to the role the court assigned to the exclusion clause. In accordance with the court's own submission, and based on precedent, it is trite that a delictual legal duty owing to third parties may arise from a contractual agreement. The defendant's security services agreement in this way also forms a basis for a delictual legal duty owing to the plaintiff, specifically taking into consideration the nature of the services the defendant undertook to perform. Accordingly, the court was correct in deciding that the terms of the security agreement were relevant in determining wrongfulness. In this regard, it is submitted, the court is in line with *Longueira v Securitas of South Africa (Pty) Ltd*, one of only two earlier security guard cases (both of which held the defendant liable despite the existence of a contractual exclusion clause). In line with the general rule of contract law it is further submitted that contractual clauses apply only *inter partes*. Although the terms of the contract may be a factor in determining wrongfulness, it is argued that the defendant's security services agreement cannot operate to discharge it from a legal duty to persons who are strangers to those contracts.

In the final paragraph, regard is had to some of the approaches to the same legal dilemma which have been developed in foreign jurisdictions, notably England and the Netherlands.

Key words: contractual exclusion clause; control over dangerous situation; factors and policy considerations; law of delict; legal duty; non-contracting third parties; practical steps; private law; pure economic loss; reasonable expectation; reasonable foreseeability; wrongfulness

1. Tersaaklike feite, regsvrae en bevinding van die hoogste hof van appèl

Die feite in *Viv's Tippers (Pty) Ltd v Pha Phama Staff Services (Pty) Ltd t/a Pha Phama Security*[1] kan soos volg opgesom word. 'n Voertuigeienaar, Viv's Tippers (Edms.) Bpk. (hierna die "eiser"), het 'n huurkontrak gesluit met 'n konstruksiemaatskappy ingevolge waarvan die eiser 'n hele aantal van sy vragmotors aan dié maatskappy verhuur het.[2] Laasgenoemde het dié konstruksieperseel geokkupeer en bestuur.[3] 'n Bepaling van die huurkontrak het die konstruksiemaatskappy verplig om toe te sien dat die perseel behoorlik beveilig word.[4] Gevolglik het die konstruksiemaatskappy 'n kontrak gesluit met Pha Phama Staff Services (Edms.) Bpk., 'n sekuriteitsmaatskappy (hierna die "verweerder"), welke kontrak bepaal het dat laasgenoemde sekuriteitsdienste aan die konstruksiemaatskappy sou verskaf.[5] Ingevolge die sekuriteitskontrak het die partye verder ooreengekom dat die konstruksiemaatskappy nie die verweerder aanspreeklik sou kon hou vir enige skade of verlies voortspruitend uit die lewering van sekuriteitsdienste nie; voorts sou die konstruksiemaatskappy die verweerder skadeloos stel met betrekking tot enige eise vir skade of verlies wat kon voortvloei uit die verskaffing van die sekuriteitsdienste (hierna die "uitsluitingsklousule").[6]

Op 'n Sondag, tydens 'n langnaweek, het twee onbekende mans een van die vragmotors gesteel deur op 'n bedrieglike wyse aan een van die verweerder se sekuriteitswagte voor te hou dat hulle motorwerktuigkundiges was wat gemagtig was om die vragmotor te inspekteer en dit daarna te toetsbestuur.[7] Op sterkte van 'n vervalste magtigingsbrief het die sekuriteitswag aan diens die mans toegang tot die perseel verleen en toegelaat dat hulle die vragmotor vir die verlangde "toetsrit" van die perseel verwyder. Ongelukkig is dié twee mans en die vragmotor daarna nooit weer gewaar nie en die eiser stel gevolglik 'n deliktuele skadevergoedingseis teen die verweerder in.[8] Die verweerder ontken enige aanspreeklikheid, eerstens op grond daarvan dat hy geen regsplig teenoor die eiser gehad het en gevolglik nie onregmatig opgetree het nie, en tweedens dat sy optrede ook nie nalatig was nie.[9]

Die vernaamste vrae waarmee die hoogste hof van appèl (hierna die "hof") in *Viv's Tippers* gekonfronteer word, is kortliks die volgende: Het 'n voertuigeienaar 'n deliktuele skadevergoedingseis indien sy voertuig gesteel word van 'n perseel wat beveilig word deur 'n sekuriteitsmaatskappy aangestel deur die perseel-okkupeerder? Kan sodanige sekuriteitsmaatskappy – ten spyte van 'n uitsluitingsklousule in die sekuriteitskontrak met die perseel-okkupeerder – wel 'n regsplig opgelê word om ekonomiese skade teenoor derde partye in die voertuigeienaar se posisie te verhoed?

In 'n eenparige beslissing verwerp die hof die eiser se appèl en word die beslissing van die hof van eerste instansie gehandhaaf, naamlik dat, gesien teen die agtergrond van die

uitsluitingsklousule in sy sekuriteitskontrak met die perseel-okkupeerder, die verweerder geen regsplig teenoor die eiser gehad het nie; dat die verweerder nie onregmatig opgetree het nie en dat die eiser derhalwe geen deliktuele skadevergoedingseis het nie.

Is hierdie beslissing egter korrek? Is die hof se klassifisering van die diefstal as suiwer ekonomiese verlies wenslik? Is daar enige relevante faktore en beleidsoorwegings wat die hof in die onderhawige geval oor die hoof gesien het in die vasstelling van of daar ’n regsplig op die verweerder gerus het? En het die hof gefouteer in sy bevinding aangaande die rol wat ’n uitsluitingsklousule speel in die oplegging van ’n regsplig teenoor niekontrakterende derde partye?

Die beantwoording van hierdie vrae dien as fokuspunt vir die onderstaande kritiese ontleding van die hof se beslissing in *Viv’s Tippers*.

2. Onregmatigheid

2.1 Inleidend

Dit is geykte reg dat die howe wat onregmatigheid betref ’n onderskeid maak tussen die veroorsaking van liggaamlike beserings en saakskade aan die een kant en suiwer ekonomiese verlies aan die ander kant.[10] Hierdie onderskeid is gebaseer op die premis dat die skuldige (opsetlike of nalatige) veroorsaking van saakskade of liggaamlike beserings as *prima facie* onregmatig beskou word.[11] In teenstelling hiermee is die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies nie *prima facie* onregmatig nie: die onregmatigheid al dan nie is afhanklik van die bestaan van ’n regsplig om sodanige verlies te voorkom.[12] Op ’n analoë wyse[13] word skade wat weens ’n late veroorsaak is, ook nie as *prima facie* onregmatig beskou nie en moet daar eweneens ondersoek word of daar ’n regsplig op die verweerder gerus het om die skade te verhoed.[14]

In die twee sekuriteitsake wat *Viv’s Tippers* voorafgegaan het en gebaseer is op soortgelyke feite,[15] *Compass Motors Industries (Pty) Ltd v Callguard (Pty) Ltd*,[16] en *Longueira v Securitas of South Africa (Pty) Ltd*,[17] is beslis dat die onderskeie verweerders versuim het om op te tree en het die sake grootliks gehandel oor die onderskeie verweerders se aanspreeklikheid weens ’n late eerder as hul aanspreeklikheid vir die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies.

Die vraag na wat die howe se benadering behoort te wees ten opsigte van aanspreeklikheid vir suiwer ekonomiese verlies is vatbaar vir bespreking in die meeste jurisdiksies wat sodanige skadepos erken.[18] Die toepassing van die onderliggende beginsels in hierdie betreklik jong en relatief onontwikkelde area van die deliktereg is ook reeds beskryf as onduidelik en ietwat omstrede, plaaslik[19] asook in buitelandse jurisdiksies.[20] Die beantwoording van die vraag in die Suid-Afrikaanse deliktereg vereis van die howe om vas te stel of daar in die bepaalde omstandighede van die saak ’n regsplig op die verweerder berus

het om suiwer ekonomiese verlies te voorkom.[21] Die maatstaf wat by die beoordeling van hierdie vraag gebruik word, is die algemene redelikheidskriterium, oftewel die *boni mores*-onregmatigheidskriterium, ingevolge waarvan daar bepaal word of die gemeenskap die verweerder se gedrag as deliktueel afkeurenswaardig beskou.[22] Daar word gevra: Is dit redelik om die eiser vir die verlies te vergoed en vir die verweerder om die verlies te dra?[23] Die oplegging van aanspreeklikheid binne hierdie konteks behoort egter nie ’n funksie te wees van die eiesoortige regsopvattinge van ’n bepaalde regter nie,[24] aangesien dít aanleiding sou gee tot verdere onsekerheid op hierdie gebied.[25]

Uit regspraak[26] en akademiese kommentaar[27] blyk dit dat die volgende faktore en beleidsoorwegings relevant is by die toepassing van die *boni mores*-onregmatigheidskriterium: (a) die kennis of redelike voorsienbaarheid aan die kant van die verweerder dat die eiser suiwer ekonomiese verlies sou ly; (b) praktiese stappe tot die beskikking van die verweerder om die suiwer ekonomiese verlies te vermy; (c) professionele kennis, vaardigheid en bekwaamheid aan die kant van die verweerder; (d) die omvang van die risiko van intrede van suiwer ekonomiese verlies; (e) wetgewing wat die bepaalde optrede deur die verweerder bekragtig of afkeur; (f) die bestaan van ’n spesiale verhouding tussen die eiser en die verweerder, welke verhouding ’n besondere mate van vertroue by die eiser kan inboesem dat sy belange beskerm word; (g) die howe se besorgdheid om die oplegging van aanspreeklikheid vir ’n onbepaalde bedrag vir ’n onbepaalde tyd aan ’n onbepaalde klas te vermy; (h) die moontlikheid dat die oplegging van aanspreeklikheid ’n onnodige en verswarende las sal plaas op die verweerder en sy ekonomiese deelname aan die handelsverkeer; en (i) die howe se vrees dat die oplegging van aanspreeklikheid kan lei tot ’n veelvuldigheid van eise, welke situasie ongewenste sosio-ekonomiese gevolge kan meebring.

Die vraag in die onderhawige geval is dus: Wat is die relevante faktore en beleidsoorwegings met betrekking tot die spesifieke geval? En: Is daar genoegsame faktore en beleidsoorwegings wat die oplegging van ’n regsplig op die verweerder regverdig?

Dit is binne hierdie kontekstuele raamwerk dat die selfs ingewikkelder vraag dan beantwoord moet word: Wat behoort die rol te wees van ’n uitsluitingsklousule in die oplegging van ’n regsplig op ’n kontraksparty om suiwer ekonomiese verlies aan ’n derde party te verhoed?

2.2 Diefstal as suiwer ekonomiese verlies

Voor die relevante faktore en beleidsoorwegings in die onderhawige geval onder bespreking kan kom, is dit nodig om kortliks te verwys na die hof se klassifisering van die diefstal as suiwer ekonomiese verlies, iets wat reeds onderwerp is aan kritiek vanuit beide die akademie[28] en die praktyk.[29] Dié kritiek op die klassifikasie fokus grootliks daarop dat (a) diefstal nie sinvol pas binne die oënskynlik gevestigde beskrywing van suiwer ekonomiese verlies deur appèlregter Harms in *Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v Advertising Standards Authority*[30] nie,[31] en (b) dat daar geen konseptuele verskil is tussen die verdwyning van ’n vragmotor deur middel van diefstal en die “verdwyning” daarvan weens ’n verwoestende brand nie, welke verdwyning as saakskade beskou word.[32] In aansluiting hierby kan ’n mens byvoeg dat diefstal ook nie tuishoort in die tematiese kategorieë van

suiwer ekonomiese verlies wat tot in hierdie stadium deur die howe erken word nie.[33] In ag genome dat die howe klaarblyklik huiwerig is om sonder meer deliktuele aanspreeklikheid vir suiwer ekonomiese verlies op te lê, wil ’n mens dus vra: Moet die klassifisering van diefstal as suiwer ekonomiese verlies beskou word as ’n wyse waarop die hof dit vir sigself wou vergemaklik om die oplegging van ’n regsplig en aanspreeklikheid op die tersaaklike feite te weier?

Desnieteenstaande is dit verblydend dat die hoogste hof van appèl by monde van appèlregter Ponnan in die onlangse saak van *Freddy Hirsch Group (Pty) Ltd v Chickenland (Pty) Ltd*[34] hierdie aspek van die beslissing in *Viv’s Tippers* verwerp het: “[Pure economic loss] does not, I daresay, encompass within its scope the loss, through theft, of a tangible asset such as a motor vehicle as held in *Viv’s Tippers*.”[35] Hierdie uitspraak ondermyn een van die hoekstene van die uiteindelike beslissing in *Viv’s Tippers*. Daar is egter ook ander aspekte van die hof se *ratio* in *Viv’s Tippers* wat kritiese ontleding verg – veral met die oog op toekomstige sake waarin aanspreeklikheid vir suiwer ekonomiese verlies binne ’n kontraktuele matriks ter sprake kan kom.

3. Relevante faktore en beleidsoorwegings by regsplig in sekuriteitsake

3.1 Inleidend

Ten spyte daarvan dat daar verskeie faktore en beleidsoorwegings bestaan wat reeds in vergelykbare situasies[36] in die regspraak uitgekristalliseer het en wat in die onderhawige geval met vrug ingespan sou kon word in die vasstelling van ’n regsplig, is dit opvallend dat die hof in die onderhawige geval oënskynlik die beslissing op slegs twee belangrike beleidsoorwegings baseer:[37] die primêre oorweging is die noodsaak om gevolg te gee aan die sekuriteitskontrak,[38] terwyl die hof verder kommer uitspreek dat die oplegging van ’n regsplig tot onbeperkte aanspreeklikheid sal lei.[39] In hierdie onderafdeling word ondersoek ingestel na die vraag of daar nie addisionele relevante faktore en beleidsoorwegings bestaan wat die hof ook kon – en moes – oorweeg het nie. En sou die inagneming daarvan die hof tot ’n ander gevolgtrekking gelei het?

3.2 Beheer en redelike voorsienbaarheid

Die eiser het die volgende redes aangevoer as aanduidend van ’n regsplig op die verweerder:[40] (a) die verweerder het beheer uitgeoefen oor sowel die vragmotor as die perseel viadie sekuriteitswag aan diens; (b) die sekuriteitswag kon sonder veel moeite die perseelvoorman gekontak het om die geldigheid al dan nie van só ’n besoek en toetsrit te verifieer; en (c) die hoë misdaadfrekwensie in die area waarin die perseel geleë was, het bygedra tot die redelike voorsienbaarheid van die intrede van die verlies. Die hof verwerp egter hierdie redes en beslis dat, aangesien hulle eerder dui op die voorsienbaarheid en voorkombaarheid van die verlies, hulle slegs in oorweging geneem moet word by die beoordeling van nalatigheid.[41]

In teenstelling met die uitspraak in *Viv's Tippers* is dit opvallend dat daar in *Compass Motors* veral klem geplaas word op die beheer wat deur die sekuriteitsmaatskappy uitgeoefen word met betrekking tot sowel die perseel as die voertuie op die perseel.[42] In *Longueira* word daar beslis dat, ten spyte van die feit dat die sekuriteitsmaatskappy in daardie saak minder beheer oor die perseel uitgeoefen het as die sekuriteitsmaatskappy in *Compass Motors*, dit steeds 'n relevante oorweging is wat in ag geneem moet word as aanduidend van 'n regsplig.[43] In regspraak wat handel oor die aanspreeklikheid weens 'n late in analoë kontekste,[44] word daar ook op oortuigende manier aangetoon datbeheer oor 'n derde party se eiendom aanduidend is van 'n regsplig teenoor laasgenoemde.[45]

Terwyl 'n mens met appèlregter Lewis sou kon saamstem dat die redes wat die eiser aangevoer het, op die redelike voorsienbaarheid van verlies wys, kan daar nie sonder meer saamgestem word met die argument dat redelike voorsienbaarheid nie 'n relevante faktor by die beoordeling van die onregmatigheid van die verweerder se optrede is nie. Beskou byvoorbeeld die diktum van appèlregter Harms in *Telematrix*:[46] "But the fact that an action is negligent does not make it wrongful, *although foreseeability of damage may be a factor in establishing whether or not a particular act was wrongful.*"[47]

In 'n vroeëre uitspraak in *Premier, Western Cape v Faircape Property Developers (Pty) Ltd* beslis appèlregter Lewis self:[48]

> The foreseeability of harm to the plaintiff is also "a relevant consideration in the determination of lawfulness" … *One of the enquiries, then, for determining whether the Minister was under a legal duty to prevent harm to Faircape is whether the Minister should have foreseen that his conduct "might endanger or prejudice others in regard to their legally protected interests"? A similar question is inevitably repeated when one is determining the issue of negligence.* In the context of determining wrongfulness, the question relates only to whether there should be a legal duty imposed on the Minister not to infringe a legal interest of an applicant. And it is but one of several enquiries that must be pursued in order to determine whether, as a matter of legal policy, an official or member of government should be visited with liability for damages.[49]

Die redelike voorsienbaarheid van skade is dus 'n faktor wat saam met 'n verskeidenheid ander oorwegings in ag geneem word tydens die onregmatigheidsondersoek, terwyl dit in die nalatigheidsondersoek slegs een van twee kernfaktore is wat oorweeg moet word.[50] Dit is veral 'n belangrike faktor wanneer howe gekonfronteer word met die vraag na aanspreeklikheid vir suiwer ekonomiese verlies.[51] Ook in verskeie *common law*-jurisdiksies funksioneer hierdie "Atkiniaanse beginsel"[52] as 'n basis op grond waarvan aanspreeklikheid opgelê kan word al dan nie: "A common explanation of the economic loss rule relates to the element of foreseeability of the harm."[53]

Met betrekking tot die kontinentale jurisdiksies is redelike voorsienbaarheid van skade eweneens 'n faktor wat daartoe bydra om die sogenaamde vrees vir onbeperkte aanspreeklikheid te besweer.[54] Met betrekking tot die Nederlandse reg word byvoorbeeld genoem:[55]

> According to the Dutch law of torts there is no general principle which states that pure economic loss is not recoverable; nor, for that matter, a principle saying that it is recoverable. However, some issues emerging in the English or German systems as application of the general notion that pure economic loss should not be compensated, arise in Dutch law as well ... The wide scope of this rule means that any act (or omission) that leads to any kind of damage can, in principle, be unlawful under Dutch law. The only requirement is, in the words of the *Hoge Raad* ... that the defendant should have acted in a different way to that which he did in order not to injure the interests of others. According to the *Hoge* Raad this implies that the defendant knew or should have known that this state of affairs existed: a (weak) kind of "foreseeability" is therefore required.

Daar word aangevoer dat hierdie faktor, indien behoorlik in ag geneem, ook 'n besonder verreikende uitwerking sou kon hê op die hof se beslissing, veral vir sover dit spesifiek sou bydra tot die beswering van die howe se oënskynlike vrees vir onbeperkte aanspreeklikheid.[56]

Uiteindelik is dit tog so dat die verweerder redelikerwys kon voorsien dat sy optrede kon lei tot die benadeling van die eiser se belange. Die besluit van die sekuriteitswag om wildvreemde persone van wie hy geen vooraf kennis gedra het nie, op 'n Sondag oor 'n langnaweek toe te laat om nie net die perseel te besoek nie, maar dié persone boonop op grond van 'n twyfelagtige vervalste magtigingsbrief toe te laat om die vragmotor te neem vir 'n "toetsrit" buite die grense van die perseel wat geleë is in 'n area met 'n hoë misdaadsyfer, was belaai met risiko.

Hierbenewens het die verweerder per slot van rekening 'n klousule onderteken waarvolgens hy juis teen aanspreeklikheid gevrywaar word – spesifiek teenoor sy kontraksparty, maar weens die wye trefwydte daarvan by implikasie ook teenoor derde partye: "The Client hereby indemnifies the Contractor against any claims from loss or damage or any other claim which may arise out of the provision of the Contractor's services in terms of this agreement."[57] Hieruit blyk duidelik dat die sekuriteitskontrak by implikasie deliktuele skadevergoedingseise teen die verweerder deur derde partye in die posisie van die eiser erken. Dit versterk die argument dat die verlies deur beide kontrakspartye redelikerwys voorsien kon word.

Daarom word aangevoer dat, in die onderhawige saak, soos in *Compass Motors* en *Longueira*, die beheer wat die verweerder oor die konstruksieperseel asook die eiser se vragmotors uitgeoefen het, tesame met die redelike voorsienbaarheid van skade, wel relevante faktore was vir die vasstelling vir 'n regsplig en dat die hoogste hof van appèl dit verkeerdelik as irrelevant oor die hoof gesien het.[58]

3.3 Praktiese stappe deur verweerder

Dit is gevestigde reg dat die howe tydens die beantwoording van die onregmatigheidsvraag aandag behoort te verleen aan die stappe wat gedoen kon word deur die verweerder om die ekonomiese verlies te voorkom.[59] In die onderhawige saak kon die sekuriteitswag die perseelvoorman gekontak het om die besoek aan die konstruksieperseel en die toetsrit te verifieer. Daar is minimale onkoste verbonde aan 'n telefoonoproep en die waarskynlikheid

dat die skade steeds sou materialiseer indien die verweerder hierdie stap sou gedoen het, is besonder laag.[60]

3.4 Redelike verwagting

'n Verdere beleidsoorweging wat veral in *Compass Motors* 'n wesenlike impak op die oplegging van 'n regsplig gehad het, was die redelike verwagting wat by die voertuigeienaar geskep is dat sy belange beskerm sal word:[61]

> Should such persons [d.i. voertuigeienaars in die posisie van die eiser] be aware of the presence of a security system on the premises, they may be lulled into a false sense of security in deciding to leave their property on such premises. They are in fact relying on the presence of the security guards and they may justifiably entertain the expectation that reasonable steps will be taken to protect their property.

In hierdie verband moet onthou word dat die voertuigeienaar in *Compass Motors* nie in 'n kontraktuele verhouding gestaan het met die betrokke perseel-okkupeerder nie. Hierteenoor het die eiser in *Viv's Tippers* wel 'n ooreenkoms met die perseel-okkupeerder gesluit, welke ooreenkoms spesifiek op die aandrang van die eiser 'n bepaling bevat het dat die perseel beveilig moet word.[62] In so 'n situasie is dit juis méér waarskynlik dat die eiser sou verwag het dat die verweerder as die aangestelde sekuriteitsfirma sy belange sou beskerm.[63]

Die teoretiese grondslag wat die oplegging van aanspreeklikheid in *Compass Motors* blyk te onderlê, is die vertrouensteorie,[64] soos wat dit neerslag vind in artikel 324A(c) van die Amerikaanse *Restatement of the Law: Torts 2nd ed*:

> One who undertakes, gratuitously or for consideration, to render services to another which he should recognize as necessary for the protection of a third person or his things, is subject to liability to the third person for physical harm resulting from his failure to exercise reasonable care to protect his undertaking, if ... (c) the harm is suffered because of reliance of the other or the third person upon the undertaking.

Alhoewel dié artikel uit die *Restatement* spesifiek handel oor die veroorsaking van fisiese eerder as suiwer ekonomiese verlies, word dit aangevoer dat die redelike vertroue wat deur 'n voertuigeienaar gestel word in die behoorlike uitvoering van 'n sekuriteitsmaatskappy se sekuriteitsdienste, en die gevolglike verwagting wat sodanige aanstelling by 'n voertuigeienaar skep dat sy belange voldoende beskerm word, ook 'n relevante oorweging is wat die hof in die onderhawige saak in aanmerking kon neem. Dit is boonop betekenisvol dat die Amerikaanse Regsinstituut se huidige konsepdokument oor aanspreeklikheid weens suiwer ekonomiese verlies dieselfde steun vir die bogenoemde vertrouensteorie bevat:[65] "[A] duty of care can arise when two parties do not have a contract but one undertakes to speak or act for the benefit of the other: the defendant's purpose is to provide a basis for reliance by the plaintiff, and the plaintiff does justifiably rely."

Sommige Amerikaanse kommentators het reeds aangevoer dat 'n sekuriteitsmaatskappy se regsplig om positief voorkomend op te tree breër strek as net teenoor die persoon wat met die sekuriteitsmaatskappy gekontrakteer het: die sekuriteitsmaatskappy is, oënskynlik op sterkte

van die vertrouensteorie, 'n regsplig verskuldig teenoor alle persone wat redelikerwys kon verwag het dat hul belange deur die sekuriteitsmaatskappy beskerm sou word.[66] Die verweerder se kontraktuele onderneming teenoor die konstruksiemaatskappy in *Viv's Tippers*,[67] welke onderneming spruit uit bepalings waarsonder die eiser nie bereid sou wees om sy vragmotors aan die perseel-okkupeerder te verhuur nie, kan dus as die tipe onderneming beskou word waarna die *Restatement* verwys.

Met betrekking tot die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies in die Engelse reg skryf Hogg: "Liability in delict towards a third party for causing pure economic loss may be imposed if there has been some contact between the parties such as to found a sufficiently close relationship."[68] Daar word aangevoer dat die tipe verhouding tussen die eiser en die verweerder, wat op aandrang van die eiser aangestel word, van so 'n aard is dat dit 'n genoegsaam noue vertrouensverhouding geskep het.

Indien 'n mens verder die aard van die verweerder se dienste in ag neem, is dit boonop moeilik om in te sien hoe die verweerder onbewus kon wees van die vertroue wat deur derde partye in die behoorlike uitvoering van sy dienste gestel sou word. Die redelike sekuriteitswag sal tog verwag dat daar ander voertuie sou wees wat onder sy beheer geplaas word en wat nie aan die persoon behoort wat met hom gekontrakteer het nie, veral op 'n konstruksieperseel waar gedurig goedere van buite die perseel na binne gebring moet word.

'n Laaste opmerking oor die rol van vertroue in hierdie tipe sekuriteitsake is die volgende: daar kan nie saamgestem word met regter Van Zyl se bereidheid om skynbaar op grond van bogenoemde vertrouensteorie aanspreeklikheid op te lê selfs in gevalle waar 'n voertuigeienaar nie eens bewus was van die sekuriteitsmaatskappy se aanstelling of teenwoordigheid nie.[69] So 'n siening is nie op een lyn met artikel 324A(c) van die *Restatement* nie,[70] en dit is ook moontlik dat so 'n situasie wel aanleiding sou kon gee tot 'n "multiplicity of actions"[71] wat "socially calamitous"[72] kan wees. Indien aanspreeklikheid sonder meer in sulke gevalle ook opgelê word, sou dit kon gebeur dat die sekuriteitsmaatskappye blootgestel word aan aanspreeklikheid vir 'n onbepaalde bedrag, vir 'n onbepaalde tyd en aan 'n onbepaalde klas.[73] Dit druis in teen 'n beleidsoorweging waaraan howe groot waarde heg en sou die oplegging van enige regsplig in die geval van aanspreeklikheid vir suiwer ekonomiese verlies ernstig kon belemmer.

3.5 Praktiese maatreëls deur eiser

'n Beleidsoorweging wat, alhoewel dit nie op uitvoerige wyse deur appèlregter Lewis uiteengesit word nie, maar tog moontlik kan dikteer teen die oplegging van 'n regsplig in tipiese drieparty-situasies waarin suiwer ekonomiese verlies deur die eiser gely word, is die praktiese maatreëls wat deur 'n eiser getref kan word om verlies te verhoed of te beperk.[74] Anders gestel: Watter rol speel die eiser se onvermoë of vermoë om sigself teen skade te beskerm in die oplegging van 'n regsplig op die verweerder?[75]

Terwyl dit wel so is dat praktiese maatreëls ter beperking van verlies 'n sterk oorweging is waarop howe in Suid-Afrika,[76] asook in ander jurisdiksies,[77] ag slaan in die huidige

omstandighede, verloor ’n oormatige beklemtoning van hierdie oorweging tred met die primêre funksie van die deliktereg,[78] naamlik dat ’n eiser se regserkende belange beskerm behoort te word indien ’n verweerder op ’n skuldige, onregmatige wyse daarop inbreuk gemaak het. Hierdie argument word ook in ander jurisdiksies geëggo:[79] “John Fleming has rightly criticised the crude alternative means of protection argument as reflecting the primacy of private ordering, expressing the ideology of the free-marketeers of the ‘80’s.”

Indien daar wel effek aan hierdie oorweging gegee word, kan dit beteken dat ’n derde party wie se regserkende belange geskend is, sonder ’n remedie gelaat word. Dit blyk ’n implikasie van die uitspraak in die onderhawige saak te wees dat ’n voertuigeienaar in ’n sekuriteitsaak soos *Viv’s Tippers* met ’n deliktuele skadevergoedingseis kan slaag slegs indien daardie voertuigeienaar in ’n swak bedingingsposisie was en nie in staat was om sigself te beskerm nie.[80] Gestel sodanige voertuigeienaar het nie met die perseel-okkupeerder gekontrakteer nie, en dat hy gevolglik geensins betrokke was by die kontraktuele matriks nie. Sou die hof dan meer geneë wees om ’n regsplig op ’n sekuriteitsmaatskappy te plaas en ’n deliktuele remedie aan die voertuigeienaar toe te ken? Weens die hof se vrees vir onbeperkte aanspreeklikheid[81] blyk dit egter dat die hof ’n afkeer het ook van die toestaan van ’n delikseis aan sodanige derde partye wat juis nie hulself kon beskerm nie.[82] So ’n posisie is nie lewensvatbaar vir derde partye wie se regserkende belange benadeel word nie. Met inagneming hiervan wil ’n mens dus met Hogg saamstem:[83] “But to restrict the class of persons who may claim pure economic loss purely on the basis that they failed to seek contractual protection against loss is arguably an undue restriction upon the right to claim reparation for injury caused.”

3.6 Vrees vir onbeperkte aanspreeklikheid

’n Verdere onderliggende oorweging op grond waarvan die hoogste hof van appèl voorrang verleen aan die uitsluitingsklousule is die klaarblyklik onafwendbare gevolgtrekking dat ’n alternatiewe beskouing sonder meer sal lei tot die onbekostigbaarheid van sekuriteitsdienste.[84] Die rede hiervoor is oënskynlik dat ’n benadering teen die effektiewe funksionering van so ’n uitsluitingsklousule die sekuriteitsmaatskappy aan onbeperkte aanspreeklikheid sou blootstel:[85]

> Pha Phama argued that there is no evidence that it was informed it was responsible to third parties whose vehicles were parked on the site. Had Pha Phama known that it was required to take on additional responsibilities it may have contracted with Lone Rock on different terms – at a higher cost, at least. Why should Pha Phama, where it has regulated its liability to Lone Rock, be exposed to the problem of indeterminate claims to unknown plaintiffs? The argument is based on the very reason for circumspection in respect of claims for economic loss: unlimited liability to unknown plaintiffs.

Onbeperkte aanspreeklikheid is ongetwyfeld ’n belangrike beleidsoorweging wanneer die aanspreeklikheid vir suiwer ekonomiese verlies in ’n kontraktuele konteks ter sprake kom:[86] “The first policy consideration is to avoid imposing liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class.”[87] Die onderliggende verklaring hiervoor is dat howe nie net oor die saak tussen die twee gedingspartye moet beslis nie, maar ook moet

oorweeg wat die impak op die breër gemeenskap sal wees.[88] Hierdie proses behels 'n opweeg van verskillende belange voordat die hof kan beslis of gemeenskapsbelange teen die oplegging van aanspreeklikheid dikteer.[89]

Is die vrees vir onbeperkte aanspreeklikheid in *Viv's Tippers* egter gegrond? Kan die eiser werklik vergelyk word met die derde partye waarna die hof verwys: "One has only to imagine a motor garage where many expensive vehicles are parked and where there is no contractual privity between the security company or the owner of the premises"?[90]

In *Viv's Tippers* het die sekuriteitsmaatskappy wel met die perseel-okkupeerder gekontrakteer, wat op sy beurt 'n kontrak met die eiser gesluit het. Ingevolge die kontrak sou laasgenoemde se voertuie vir 'n lang periode op die perseel moet staan, en die perseel was boonop geleë in 'n area met 'n hoë misdaadsfrekwensie. Dit is kwalik dieselfde situasie as die een waarna die hof verwys ter regverdiging van sy vrees vir onbeperkte aanspreeklikheid. In *Viv's Tippers* het die huurkontrak by die eiser die redelike verwagting en vertroue geskep dat sy regserkende belange beskerm sou word. Daar word aangevoer dat hierdie kontraktuele verhouding juis 'n rol kan speel ter kontrole van die grense van aanspreeklikheid, op 'n soortgelyke wyse as waarop dit 'n beherende rol in tweeparty-gevalle speel:[91] "Furthermore ... there is no harm, in fact there is decided merit, in seeing the existence of a contract between the parties as one of the powerful factors pointing towards determinate delictual liability."

Die kontraktuele verhouding skep enersyds 'n redelike verwagting dat die eiser se regserkende belange beskerm sal word, en dui andersyds ook op die redelike voorsienbaarheid van die intrede van die verlies – eerstens weens die aard van die dienste wat die verweerder verskaf, en tweedens weens die trefwydte van klousule 5. Daarmee saam het die verweerder ook beheer oor die gesteelde vragmotor uitgeoefen en was die intrede van die verlies betreklik maklik om te voorkom. Teen hierdie agtergrond blyk dit dus dat 'n mens hier te make het met ekonomiese verlies wat deur 'n spesifieke slagoffer gely is en wat redelikerwys voorsienbaar was, terwyl die motorhandelaar-gevalle waarna die hof verwys, eerder voorkom as verlies wat moontlik deur 'n onbeperkte klas slagoffers gely kan word. In hierdie verband moet daar gelet word op 'n belangrike onderskeid wat regter Booysen in *Coronation Brick (Pty) Ltd v Strachan Construction Co (Pty) Ltd* maak,[92] en wat later ook deur appèlregter Brand in *Fourway Haulagev SA National Roads Agency Ltd* beklemtoon word:[93]

> It seems to me that there is a difference in principle between a situation in which loss is foreseeable in the sense that it will be suffered by all members of an unascertained class of potential victims, and a situation in which loss to a particular victim of an unascertained class is foreseen … In this matter the extent of foreseeable loss was substantial and the degree of risk that would be suffered high. On the facts known to me I would regard the value to society of defendant's activities as no higher than that of plaintiff's. Although I have very little to go on it would seem to me reasonably possible that there were reasonably practicable measures available to defendant and its driver to avert any loss occurring to plaintiff and Corocrete at little cost to defendant.

Dit is buitendien belangrik om ook te onthou dat nie alle gevalle van suiwer ekonomiese verlies tot onbeperkte aanspreeklikheid sal lei nie en nie alle gevalle van saakskade beperk sal wees nie: die saakskade wat gely kan word weens die uitbreek van byvoorbeeld bek-en-klouseer sou moontlik ook as "onbeperk" beskryf kon word,[94] terwyl die suiwer ekonomiese verlies weens die sluiting van 'n tolpad na 'n motorongeluk gesien kan word as "beperk".[95] Waar howe moet beslis of 'n regsplig op 'n verweerder gelê moet word in gevalle van suiwer ekonomiese verlies, en of die verweerder in sulke gevalle aanspreeklik gehou behoort te word, is dit wys om ag te slaan op die volgende:[96] "[R]ecovery should not be denied because in *other* situations indirect economic losses may be too wide and open-ended."

In kombinasie met 'n algehele vrees vir onbeperkte aanspreeklikheid is daar dikwels 'n bewustheid daarvan dat die oplegging van aanspreeklikheid 'n onbehoorlike las op die verweerder sal plaas, welke las hom sal beswaar in die uitvoering van sy daaglikse handelsaktiwiteite.[97] Die oplegging van 'n regsplig en moontlike aanspreeklikheid teenoor die eiser in die onderhawige geval sal egter nie 'n bykomende las op die verweerder plaas nie: die verweerder moes immers reeds, ingevolge die sekuriteitskontrak en weens die aard van die sekuriteitsdienste wat dit verskaf het, sodanige plig verrig.

Verder kan in gedagte gehou word dat, met die oog daarop om die grense van aanspreeklikheid binne perke te hou, die hof ook ander deliktuele elemente kan aanwend as begrensingsmaatstawwe. Die appèlhof het immers reeds in *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk*[98] beslis dat die vrees vir sogenaamde oewerlose aanspreeklikheid besweer kan word indien die hof in elke geval voor hom die beginsels van die deliktereg toepas en nie alleen bepaal of daar onregmatigheid was nie, maar ook skuld.[99]

Ook in *Longueira* word die punt gemaak dat daar van die gewone deliktereg-beginsels gebruik gemaak kan word om die aanspreeklikheid te beperk: "Defendant's liability is contained by the usual elements limiting delictual liability, i.e. foreseeability and causation."[100]

Laastens, soos reeds elders uitgewys is,[101] is dit belangrik om daarop te let dat daar sedert die beslissing in *Compass Motors* slegs twee ander sekuriteitsake was; daar kan derhalwe nie werklik geargumenteer word dat die beslissing in *Compass Motors* gelei het tot 'n vloedgolf van onbeperkte litigasie nie.

3.7 Uitsluitingsklousule

Die spesifieke impak wat 'n uitsluitingsklousule op die moontlike deliktuele aanspreeklikheid van 'n kontraksparty teenoor derde partye het, is allermins 'n voor die hand liggende kwessie, en een waaroor ander jurisdiksies ook nie volkome uitsluitsel gee nie.[102]

3.7.1 Relevansie van die sekuriteitskontrak in Viv's Tippers

In sy uitspraak in *Compass Motors* beskou regter Van Zyl die uitsluitingsklousule in die vasstelling van die sekuriteitsmaatskappy se regsplig as relevant,[103] en plaas 'n regsplig op

die sekuriteitsmaatskappy ten spyte van die teenwoordigheid van so ’n klousule in die kontrak tussen die sekuriteitsmaatskappy en die perseel-okkupeerder:[104]

> In the event I am satisfied that the defendant did owe the plaintiff a legal duty at the relevant time ... The contractual restriction or limitation of liability is, in my view, totally irrelevant for purposes of establishing the delictual liability of one or both contracting parties in respect of a third person who suffers injury arising from an act or omission pursuant to the contract in question. The community’s sense of justice, equity and reasonableness will undoubtedly be offended by strictures placed on delictual liability towards third persons, simply because the contract limits the contractual liability of the parties *inter se*.

In teenstelling hiermee funksioneer die teenwoordigheid van ’n uitsluitingsklousule in *Viv’s Tippers* juis as die vernaamste struikelblok in die oplegging van ’n regsplig:[105]

> How can the contractual arrangement between the owner of the premises and the security provider be irrelevant to the question whether a duty should be imposed on the security provider to third parties whose property is stolen? ... The terms of that contract must, in my view, play a role in assessing what the convictions of the community would be in relation to affording a claim for compensation to a non-contracting party.

Die onrusbarende effek van die hof se uitspraak is met die eerste oogopslag dat ’n kontraktuele verhouding tussen twee kontrakspartye ook die regte van ’n derde party, wat totaal onafhanklik van die ooreenkoms tussen die kontrakspartye staan, op ’n negatiewe wyse kan beïnvloed. Is so ’n beding ten laste van ’n derde party egter juridies gesproke enigsins wenslik of verklaarbaar? Kontrakte is wederkerige verbintenisse en die doel daarvan is om uiting te gee aan die vrywillig-aanvaarde bedoeling van die kontrakspartye.[106] ’n Vername verskil tussen die kontraktereg en die deliktereg is juis die feit dat kontraktuele verbintenisse ontstaan uit en gebaseer is op die uitoefening van die kontrakspartye se vrye wil, terwyl die deliktereg verpligtinge *ex lege* oplê indien een persoon op ’n onregmatige en skuldige wyse skade aan ’n ander se regserkende belange veroorsaak.[107] Die doel van die deliktereg is juis om te vergoed vir die skade wat deur slagoffers gely word waar daar op hierdie regserkende belange inbreuk gemaak word.[108] Dit is te betwyfel of dit raadsaam is om sodanige beskermingsfunksie te ondermyn deur verbintenisse wat vrywillig deur kontrakspartye aangegaan is, ook op derde partye van toepassing te maak.[109]

Kontraktuele gebondenheid – die idee dat ’n kontrak slegs vir die kontrakspartye kontraktuele regte en verpligtinge skep en nie vir derde partye nie – vorm ’n hoeksteen van ons kontraktereg.[110] Die effek wat hierdie grondreël op uitsluitingsklousules ten aansien van derde partye het, word op helder wyse deur Boberg opgesom:[111] “A contractual exclusion of liability affects only the contracting parties and cannot prejudice the rights of third parties who were not privy thereto.”

Hierdie basiese beginsel vorm ook deel van die Engelse reg en die uitwerking daarvan op uitsluitingsklousules word as volg beskryf:[112] “At common law, the general rule is that the doctrine of privity of contract prevents the application of an exemption clause to third parties

... two persons cannot by contract impose the burden of an exemption clause on one who is not a party to that contract."

Dieselfde posisie word in die Nederlandse reg beskryf:[113] "As is usual in other legal systems, the general principle is that contracts only have effects between the contracting parties ... The ground for this general rule is obviously based in the freedom of contract: the freedom to bind oneself entails the freedom from being bound by someone else without one's consent." Alhoewel die vertrekpunt in die Nederlandse reg ooreenstem met die Suid-Afrikaanse reg, is dit duidelik dat 'n uitsluitingsklousule wel in uitsonderlike gevalle effektief teenoor niekontrakterende partye kan funksioneer. Dié posisie is as volg in 'n onlangse *Hoge Raad*-beslissing beskryf:[114]

> Gelding van contractsbepalingen ten opzichte van derden ... In doctrine en rechtspraak is een leerstuk tot ontwikkeling gekomen dat erop gericht is dat, onder omstandigheden, tegen derden een beroep kan worden gedaan op bepalingen in overeenkomsten tussen andere partijen - overeenkomsten waar de betreffende derde dus geen partij bij is; en (soms) omgekeerd ... Het gaat dan om een uitzondering op het uitgangspunt dat overeenkomsten alleen werking hebben tussen de partijen bij die overeenkomsten, en de rechten en verplichtingen van derden dus ongemoeid laten.

Daar word dus aangevoer dat die oplegging van 'n regsplig op 'n sekuriteitsmaatskappy nié geweier kan word bloot op grond van 'n uitsluitingsklousule waartoe 'n derde party nie ingestem het nie. Indien dít aanvaar word, is die vraag steeds: Het die klousule, en die kontrak waarvan dit 'n bepaling is, enigsins 'n rol te speel in die oplegging van 'n deliktuele regsplig op die kontraksparty wat dit onderteken het? Terwyl daar met die uiteindelike oplegging van 'n regsplig op die sekuriteitsmaatskappy in *Compass Motors* saamgestem kan word, word aan die hand gedoen dat die kontraktuele verhouding tussen die perseel-okkupeerder en die verweerder nie totaal geïgnoreer kan word nie. Daar is wel meriete daarin om die bepalings van die kontrak te ondersoek ten einde 'n idee te vorm oor die aard en omvang van die verweerder se regsplig.[115] Dit is dan ook die rigting wat die hof in *Longueira* inslaan wanneer dit op 'n sinvolle wyse beskryf wat die impak van 'n uitsluitingsklousule op die oplegging van 'n regsplig op 'n kontraksparty is:[116]

> [I]n deciding whether a duty exists one is constrained at the same time to determine the limits of that duty; in certain circumstances this may become very relevant and difficult to determine but not in casu. At the very least defendant was under a legal duty to plaintiff to minimise the risk of loss of his vehicle, which is what defendant had in terms of its agreement with Westcott undertaken to do - as conceded by defendant's witnesses this extended to include vehicles lawfully on the premises. *Having for present purposes accepted that the general nature and ambit of the duty was limited to fulfilling the contractual obligations it does not mean that plaintiff is, insofar as there may be limitations and/or exclusions in the contract, bound by an agreement to which he had never been a party. The agreement is a factor taken into account in deciding whether a legal duty exists but it does not establish the duty.*[117]

Uit die aangehaalde gedeelte is dit duidelik dat, anders as wat die hof in *Viv's Tippers* beweer,[118] daar in *Longueira* wel beslis is dat die kontrak tussen die perseel-okkupeerder en

die sekuriteitmaatskappy relevant is vir sover dit een van vele faktore is om in ag te neem by die vraag of ’n regsplig bestaan al dan nie. Die kontrak verskaf nie net aan die hof ’n aanduiding van die aard en omvang van die regsplig wat die kontrakspartye op vrywillige wyse op hulself geneem het nie, maar ook van die plig ten opsigte van derde partye waartoe die kontrak aanleiding gegee het. Sodanige effektiewe werking van ’n kontrak word in die onderhawige saak deur die hof bevestig,[119] terwyl dit ook meermale elders in die Suid-Afrikaanse reg erken is.[120]

In *Tsimatakopoulos v Hemingway, Isaacs & Coetzee CC*[121] het die hof byvoorbeeld bevind dat ’n ingenieursfirma deliktueel vir die nalatige ontwerp van ’n gebrekkige muur aanspreeklik was. Die ingenieurs is deur hulle kliënt gekontrakteer om ’n keermuur op die kliënt se eiendom te ontwerp, en het die muur op nalatige wyse nie sterk genoeg ontwerp nie, met die gevolg dat dit oorgeleun het. Die kliënt het die eiendom verkoop aan die eiser, wat koste moes aangaan om die muur weer stabiel te maak.[122] Alhoewel dit streng gesproke nie ’n geval van suiwer ekonomiese verlies was nie, het die hof sy beslissing gegrond op ’n soortgelyke *ratio* as by sake van suiwer ekonomiese verlies, naamlik dat ’n kontraksparty wel ’n regsplig teenoor niekontrakterende derde partye kan hê om skade te voorkom. Sodanige regsplig is “the outcome of a value judgment that the plaintiff’s interest is deemed worthy of legal protection against negligent interference by conduct of the kind alleged against the defendant.”[123]

In hierdie geval, soos in *Longueira*, en in ’n vergelykende mate ook *Tsimatakopoulos*, beslis is,[124] is die aard van die dienste wat in ’n sekuriteitskontrak uiteengesit word aanduidend daarvan dat die sekuriteitsmaatskappy ten minste ’n plig gehad het om die risiko van diefstal te verminder – ook ten opsigte van derde partye se voertuie wat regmatig op die perseel geparkeer was. Alhoewel die uitsluitingsklousule kan funksioneer as ’n tipe afbakening van die bestek van die betrokke dienste teenoor die kontraksparty, volg dit nie logieserwys hieruit dat die uitsluitingsklousule ook op derde partye van toepassing behoort te wees nie. Appèlregter Lewis verskaf ook nie ’n logiese verklaring daarvoor dat die inagneming van die kontraktuele pligte van die sekuriteitsmaatskappy in die vaslegging van ’n regsplig op laasgenoemde noodwendig dui op kontraktuele gebondenheid nie. Om die uitsluitingsklousule in die sekuriteitskontrak op die derde party van toepassing te maak, behels ’n ongeregverdigde oorvleueling van die onderliggende beginsels van die deliktereg en die kontraktereg.

Binne hierdie konteks is dit laastens nodig om ook kortliks te verwys na die volgende uittreksel in die onlangse uitspraak van appèlregter Ponnan in *Chartaprops 16 (Pty) Ltd & Advanced Cleaning Services CC v Silberman*:[125]

> Neither the terms of Advanced Cleaning’s engagement, nor the terms of its contract with Chartaprops, can operate to discharge it from a legal duty to persons who are strangers to those contracts. Nor can they directly determine what it must do to satisfy its duty to such persons. That duty is cast upon it by law, not because it made a contract, but because it entered upon the work. Nevertheless its contract with the

> building owner is not an irrelevant circumstance, for it determines the task entered upon.

Die hof beslis dat hierdie uitspraak wel gesag is vir die argument dat die kontraksbepalings tussen kontrakspartye relevant behoort te wees in die vasstelling van ’n deliktuele regsplig teenoor ’n derde party omdat dit die aard van die regsplig bepaal: “[T]he terms are not irrelevant, for they determine what the 'task entered upon' is.”[126] In hierdie geval, volgens appèlregter Lewis, het die kontraksbepalings bepaal dat die regsplig as volg beskryf kan word: “[T]he task entered upon by Pha Phama was to secure the site, but not to guarantee success.”[127] Desnieteenstaande het die verweerder ten minste ’n plig gehad het om die risiko van diefstal te verminder – ook ten opsigte van voertuie van derde partye wat op regmatige wyse op die perseel geparkeer was. Net omdat die kontrak ons egter help om te verstaan wat die aard van die sekuriteitsmaatskappy se plig teenoor derde partye was, beteken dit nie dat derde partye ook aan die uitsluitingsklousule in die kontrak gebonde is nie.

Daar word aan die hand gedoen dat, alhoewel die volgende uittreksel uit die Engelse saak *Marc Rich & Co AG v Bishop Rock Marine Co Ltd*[128] geensins direk van toepassing is in die Suid-Afrikaanse konteks nie, dit die bostaande posisie met betrekking tot die bepaling van ’n deliktuele regsplig teenoor ’n niekontrakterende derde party binne ’n kontraktuele konteks akkuraat verwoord:[129]

> I am unable to see why the existence of the contract of carriage should “militate against” a duty of care being owed by a third party in tort. The function of the law of tort is not limited to filling in gaps left by the law of contract, as this House has recently reaffirmed in *Henderson v Merrett Syndicates Ltd*. The House rejected an approach which treated the law of tort as supplementary to the law of contract, i.e. as providing for a tortious remedy only where there is no contract. On the contrary: the law of tort is the general law, out of which the parties may, if they can, contract.

Op soortgelyke wyse kan daar verwys word na die Nederlandse reg, waaruit dit duidelik blyk dat die kontraksbepalings van alle betrokke partye wel ’n relevante oorweging behoort te speel in die vasstelling van die vraag of die uitsluitingsklousule wel op derde partye toepassing behoort te vind.[130]

3.7.2 Verdere problematiese implikasies van die Viv’s Tippers-*uitspraak*

Die hof identifiseer probleme met die argument dat die uitsluitingsklousule nie effektief kan funksioneer ten opsigte van ’n niekontrakterende derde party nie.[131] Indien die klousule nie aanspreeklikheid teenoor derde partye kan uitsluit nie, sou dit beteken dat die niekontrakterende eiser in ’n beter posisie geplaas kan word as die kontrakterende perseel-okkupeerder, ’n gevolgtrekking wat die hof as ongewens beskou. Tweedens word daar gevra: Sou die afwesigheid van ’n uitsluitingsklousule in die kontrak en die daarmee gepaardgaande kontraktuele remedie vir die perseel-okkupeerder beteken dat die eiser ook ’n (deliktuele) remedie sal hê vir die nienakoming van die sekuriteitsmaatskappy se regsplig?

Met betrekking tot die eerste opmerking moet dit nie uit die oog verloor word nie dat die kontrakspartye se posisie ’n resultaat is van hul vrywillige onderhandelinge en dat die optrede van die sekuriteitsmaatskappy teenoor die perseel-okkupeerder gereguleer word deur die regte en verpligtinge wat in hul ooreenkoms uiteengesit word. Die deliktuele regsplig, daarenteen, word *ex lege* op die verweerder geplaas en word deur die beginsels van die deliktereg gereël. Indien die sekuriteitskontrak dus aanspreeklikheid van enige eise deur die perseel-okkupeerder teenoor die sekuriteitsmaatskappy uitsluit, terwyl die eiser geen sodanige uitsluitingsklousule onderteken het nie, is die eiser se posisie relatief tot die perseel-okkupeerder ’n funksie van die werkinge van die delikte- en die kontraktereg. Dit kan nie die taak van die howe wees om sodanige verskille uit te wis deur fundamentele beginsels van die kontrakte- en deliktereg te ondermyn nie. Die eerste opmerking blyk dus nie veel meer te wees nie as ’n retoriese vraag wat deur die hof geopper word sonder dat daar enigsins verder beredeneer word waarom so ’n gevolg noodwendig onaanvaarbaar sou wees.

Indien ’n bevestigende opmerking ten opsigte van die tweede vraag sou beteken dat die hof suggereer dat derde partye se posisie altyd ’n soort spieëlbeeld behoort te wees van die kontrakterende perseel-okkupeerder se posisie, sal só ’n siening nie ondersteun kan word nie. Die beskouing dat ’n derde party oor ’n remedie kan beskik slegs indien die perseel-okkupeerder oor ’n remedie beskik, vertoon onbuigsaam, en daar word aangevoer dat só ’n ingesteldheid te rigied sou funksioneer. In die meeste van hierdie sekuriteit-gevalle analoog aan *Viv’s Tippers* sou die sekuriteitsmaatskappy tipies met die perseel-okkupeerder onderhandel het om aanspreeklikheid uit te sluit.[132] Dit sou beteken dat die voertuigeienaars dan in hierdie gevalle geen deliktuele skadevergoedingseis kan hê nie en dat die delikplegers uiteindelik sal vrygaan. So ’n situasie is nie op een lyn met die regsgevoel van die gemeenskap nie, en druis in teen die onderliggende waardes van regverdigheid, billikheid en redelikheid, welke waardes in die onregmatigheidsondersoek sentraal behoort te staan.[133]

Die hof meen dat die gemeenskap se regsoortuigings nie toelaat dat die sekuriteitskontrak tussen die verweerder en die perseel-okkupeerder ondermyn kan word deur die erkenning van ’n deliktuele skadevergoedingseis teen die verweerder nie.[134] Met inagneming van die bostaande punte van kritiek ten opsigte van die uitspraak, is dit egter bedenklik of so ’n mening werklik die regsgevoel van die gemeenskap weerspieël.

3.7.3 Benaderings ten aansien van die rol en impak van uitsluitingsklousules

Die vraag oor die rol en impak van uitsluitingsklousules in die oplegging van ’n regsplig op ’n kontraksparty teenoor derde partye is ook problematies in ander jurisdiksies.[135] In hierdie onderafdeling word kortliks ingegaan op alternatiewe wat elders voorgehou word as moontlike benaderings tot hierdie ingewikkelde kwessie. Die benaderings onder bespreking sou in die toekoms in soortgelyke sake gevolg kon word.

Hogg[136] verwys kortliks na die bestaande verskillende posisies wat in die Engelse reg ingeneem is ten opsigte van die rol van uitsluitingsklousules en die impak wat dit op ’n kontraksparty se aanspreeklikheid teenoor derde partye behoort te hê. In *Muirhead v Industrial Tank Specialties Ltd*[137] het die hof die vraag of ’n kontraksparty deliktuele

aanspreeklikheid kan vryspring deur op ’n uitsluitingsklousule staat te maak, *in abstracto* oorweeg en bevestigend geantwoord. Daarteenoor het die hof in *Twins Transport Ltd v Patrick & Brocklehurst*[138] beslis teen die effektiewe funksionering van ’n uitsluitingsklousule teenoor derde partye.[139]

Na aanleiding van ’n bondige ontleding van hierdie twee sake word die volgende werkswyse aan die hand gedoen om te peil wat die impak van die uitsluitingsklousule op derde partye is: Eerstens behoort vasgestel te word of die niekontrakterende eiser uitdruklik toestemming daartoe verleen het om kontraktueel gebonde te wees aan die uitsluitingsklousule.[140] Indien die voertuigeienaar nie sy uitdruklike toestemming verleen het nie, kan daar verder gevra word: Is laasgenoemde andersins deur die kontrakspartye ingelig dat die sekuriteitsmaatskappy geen plig teenoor hom het nie?[141] Indien daar bevestigend geantwoord kan word op enigeen van die voorgaande vrae, kan daar vanselfsprekend geen sprake van redelike vertroue wees nie. In so ’n geval sou die weiering van die oplegging van ’n regsplig geregverdig kon word deur die niekontrakterende party se vrywillige aanvaarding van risiko.[142]

Fleming[143] bespreek ’n analoë scenario, naamlik die rol wat beperkingsklousules kan speel binne die tipiese eienaar-hoofkontrakteur-subkontrakteur-konteks, waar ’n perseel-eienaar ’n boukontrak sluit met ’n hoofkontrakteur, wat op sy beurt weer ’n ooreenkoms aangaan met ’n subkontrakteur. Indien laasgenoemde in sy kontrak met die hoofkontrakteur aanspreeklikheid teenoor die hoofkontrakteur beperk tot ’n sekere bedrag, en die eienaar bewus is van sodanige klousule in die onderlinge kontrak tussen hoof- en subkontrakteur, kan sy kennisname daarvan op toestemming tot benadeling dui, en gevolglik die oplegging van ’n regsplig uitkanselleer:[144] “At any rate, if known to the owner, the latter’s acquiescence can be deemed an acceptance of the terms under which alone the subcontractor is prepared to enter into a relationship defining his or her duty with the owner.”

Die hof haal die volgende gedeelte aan uit ’n artikel van Hutchison en Van Heerden[145] ter stawing van die argument ten gunste van die effektiewe werking van ’n uitsluitingsklousule in die onderhawige drieparty-saak:

> Here there is no privity of contract between the plaintiff and the defendant, but each is linked by way of contracts to a middle party and there is a clear tripartite understanding of where the risk is to lie. ... In such a situation there is little danger of indeterminate liability ... Even though, ex hypothesi, the plaintiff here has no contractual remedy against the defendant, all the parties to the arrangement *knew exactly* where the respective risks lay. Therefore, each party, with *full knowledge* of his risk exposure, could reasonably have been expected to have protected himself by other means (for example, through contractual arrangements with other parties or by taking out appropriate insurance). This of course also brings the anti-circumvention argument strongly to the fore: to superimpose on the consensual arrangements a delictual duty of care would disturb the balance, by allowing a shifting of losses within the matrix contrary to the original understanding of the parties.[146]

Dit lyk of die hof hierdie artikel, en spesifiek die aangehaalde gedeelte, wil inspan ter stawing van die volgende argument: die kontrakspartye het gekies om hul verpligtinge na te kom teen ’n prys wat die toewysing van risiko in ag sou neem en dié toewysing sal ondermyn word indien die uitsluitingsklousule geen effek op derde partye sou hê nie.[147]

Sodanige argument word egter nie deur die bostaande aanhaling geregverdig nie. Die aanhaling is op een lyn met die redenasie van Hogg en Fleming: vir die eiser om te kon toestem tot die risiko-aanwysing binne die kontraktuele matriks, sou hy volle kennis moes dra van hoe die risiko’s geallokeer is. Die eiser sou dus werklike kennis moet dra van die feit dat die sekuriteitskontrak ’n omvattende uitsluitingsklousule ingesluit het. Indien hy wel oor sodanige kennis beskik het, sou die oplegging van ’n regsplig op die verweerder, en ’n moontlike skadevergoedingseis, tog kon lei tot ’n “shifting of the losses contrary to the original understanding of the parties”. Op die feite was daar egter geen sodanige kennis nie: die eiser het nie “full knowledge” gehad van alle tersaaklike risiko’s nie en daar was dus nie ’n “original understanding” tussen die eiser en die verweerder nie. Dit is tekenend dat hierdie argument ook reeds elders verwerp is: “[T]his policy does not seem strong enough to override the protectionist policy of the law of delict.”[148]

Na ’n kernagtige ontleding van die tersaaklike Nederlandse regspraak[149] vat Cahen die benadering oor hierdie netelige kwessie in die Nederlandse reg soos volg saam: die Hoge Raad sal ’n verweerder se beroep op “doorwerking” (dit wil sê die effektiewe funksionering van die uitsluitingsklousule teenoor niekontrakterende derde partye) toets aan die hand van sekere kriteria wat in vorige Hoge Raad-uitsprake ontwikkel is. Die uitgangspunt bly egter “dat exoneratieclousules alleen van kracht zijn tussen partijen en dat een derde slechts bij wege van uitzondering zo ’n beding in redelijkheid tegen zich moet laten gelden. De rechtvaardiging moet kunnen worden gevonden in de aard van het desbetreffende geval.”

Die belangrikste kriteria wat reeds ontwikkel is en wat in sommige gevalle wel “doorwerking” regverdig het, word vervolgens kortliks uiteengesit.

In die sogenaamde *Gegaste uien*-saak[150] het die eiser, Noordermeer, aan ’n landbouer, De Klerk, volledige toestemming verleen om hul uie te behandel sodat dit geskik is om verkoop te word. De Klerk het vervolgens aan die verweerder, Roteb, opdrag gegee om ’n hele aantal uie te behandel. Sommige van hierdie uie het aan die eiser behoort. Weens die nalatige en ondeskundige behandeling van die uie deur die verweerder moes dit egter vernietig word en derhalwe stel die eiser ’n deliktuele skadevergoedingseis teen die verweerder in. Die verweerder steun op ’n uitsluitingsklousule in sy kontrak met De Klerk om aanspreeklikheid teenoor die niekontrakterende derde partye uit te sluit. Cahen vat die Hoge Raad se benadering as volg saam:[151]

> Door op deze wijze aan De Klerk de vrije hand te laten [...] schiep [die eiser] een situatie waarin [die verweerder] erop mocht vertrouwen dat de getroffen aansprakelijkheidsregeling voor alle uie gold die De Klerk bij Roteb bracht. Maar waarom mag [die verweerder] dat nu precies? Omdat hij alle uien voor eigendom van De Klerk mocht houden, of ongeacht of hij dat deed? Dat wordt niet duidelijk. Wel

> duidelijk is dat er een zekere medeverantwoordelijkheid van [die eiser] bestaat voor deze overeenkomst van De Klerk met [die verweerder].

Die daaropvolgende *Securicor*-saak[152] bied ’n verdere voorbeeld van ’n uitsondering op die algemene reël téén “doorwerking”. Ingevolge sy kontrak met ’n plaaslike bank moes die verweerder, Securicor, daagliks geld vanaf die eiser, Makro, se perseel tot by die bank vervoer. Te wyte aan die nalatigheid van die verweerder verdwyn die geld op ’n bepaalde dag spoorloos en die eiser stel ’n deliktuele skadevergoedingseis teen die verweerder in. Die verweerder het alle aanspreeklikheid teenoor sy kontraksparty by wyse van ’n uitsluitingsbeding vrygespring en wil verder hierop steun as ’n verweer teen die deliktuele eis van die niekontrakterende eiser. Cahen regverdig die beslissing van die Hoge Raad om “doorwerking” toe te laat op grond van die besondere feite van die geval: in hierdie saak was die eiser nouliks betrokke by die opstel en uitvoer van die kontrak tussen die verweerder en die bank:[153]

> De medewerking van Makro was immers nodig bij de uitvoering van de overeenkomst. Zij moest op zijn minst genomen telkens het geld gereed houden voor Securicor, als deze zich van zijn taak wilde kwijten de gelden dagelijks op te halen. Er is dus in bescheiden mate sprake van een reguliere samewerking.

Cahen merk verder op dat (a) hierdie uitsluitingsklousule niks ongewoons bevat het nie;[154] (b) die eiser bewus was van die inhoud van die klousule;[155] en (c) daar ’n besondere verhouding tussen die eiser en die verweerder bestaan het[156] wat teweeg gebring is deur “de directe betrokkenheid van [die eiser] bij de uitvoering van de overeenkomst ... Bijzonder kan de relatie met name zijn vanwege de achterliggende betrekking tussen de derde en de wederpartij van de exonerant ...”[157]

Dus, soos elders, is die vertrekpunt in die Suid-Afrikaanse reg dat ’n kontraktuele uitsluitingsklousule nie effektief kan funksioneer teenoor niekontrakterende derde partye nie. Die kriteria wat in die Nederlandse regspraak uitkristalliseer ten gunste van die uitsonderlike gevalle van “doorwerking”, is nie in die onderhawige geval van toepassing nie. Eerstens is daar geen getuienis dat die eiser, soos in die *Gegaste uien*-saak, na afloop van die ondertekening van die huurkontrak aan die verweerder toestemming verleen het, of absolute vryheid toegeken het, om met die perseel-okkupeerder te onderhandel nie. Inteendeel, die eiser het daarop aangedring dat die verweerder aangestel word en sou die huurkontrak waarskynlik nie daarsonder onderteken het nie. Tweedens is daar ook nie deur die verweerder aangevoer dat die eiser se optrede by hom die vertroue geskep het dat die eiser ook gebonde sou wees tot die uitsluitingsklousule nie. Daar was ook geen argument uitgemaak dat die eiser nou met die verweerder en perseel-okkupeerder saamgewerk het in die opstel en uitvoering van die sekuriteitskontrak nie. En laastens, soos hier bo genoem, was daar geen getuienis dat die eiser inderdaad bewus was van die inhoud van die uitsluitingsklousule nie.

4. Gevolgtrekking

In die lig veral van die onlangse uitspraak in *Freddy Hirsch* blyk dit dat die hoogste hof van appèl in die onderhawige geval gefouteer het deur diefstal te klassifiseer as suiwer ekonomiese verlies. Hierdie klassifisering het egter beteken dat die hof verplig was om allerlei faktore en beleidsoorwegings te ondersoek wat relevant kan wees in die bepaling van die vraag of die feitelike omstandighede die oplegging van ’n regsplig op die verweerder regverdig. Die hof het gefouteer deur sekere relevante faktore oor die hoof te sien, terwyl sekere beleidsoorwegings, veral die sogenaamde vrees vir onbeperkte aanspreeklikheid, oordrewe is.

Terwyl ’n mens in *Compass Motors* die verreikende standpunt vind dat die kontraksbepalings totaal irrelevant is in die vasstelling van ’n kontraksparty se aanspreeklikheid teenoor ’n derde party, vind ’n mens in *Viv’s Tippers* ’n ewe ingrypende stelling ingevolge waarvan derde partye gebonde gehou moet word aan kontraktuele bepalings wat onderhandel is tussen twee onafhanklike kontrakspartye. Daar word aan die hand gedoen dat die meer genuanseerde standpunt in *Longueira*, ingevolge waarvan die kontraksbepalings, insluitende die uitsluitingsklousule, gesien word as een van vele faktore wat in ag geneem behoort te word tydens die onregmatigheidsondersoek, en wat geëggo word in die *obiter* opmerking in die *Chartaprops*-uitspraak, meer stabiele grond is om op te beweeg op hierdie onsekere gebied van die deliktereg.[158]

Bibliografie

Balkin, R.P. en J.L.R. Davis. 2009. *The law of torts*. 4de uitgawe. Australië: LexisNexis.

Barendrecht, J. 1998. Pure economic loss in the Netherlands. *Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law*,115-35.

Beale, H.G. (red.). 2004. *Chitty on contracts*. 29ste uitgawe. Londen: Sweet & Maxwell.

Boberg, P.Q.R. 1985. The law of delict. *Annual Survey of South African Law*, 130–5.

Burchell, J.M. 1993. *Principles of delict*. Kaapstad: Juta.

Burrows, A. 1998. *Understanding the law of obligations*. Oxford: Hart.

Bussani, M. en V.V. Palmer. 2007. Pure economic loss: the ways to recovery. *Electronic Journal of Comparative Law*, 11(3):1-78.

Bussani, M. en V.V. Palmer (reds.). 2009. *Pure economic loss: new horizons in comparative law*. Londen en New York: Routledge-Cavendish.

Cahen, J.L.P. 2004. *Overeenkomst en derden*. Deventer: Kluwer.

Cane, P. 1997. *The anatomy of tort law*. Oxford: Hart.

Dari-Mattiacci, G. en H.B. Schäfer. 2007. The core of pure economic loss. *International Review of Law and Economics*, 27:8-28.

Farnsworth, W. (red.). 2011. American Law Institute: restatement of the law third torts: liability for economic harm (preliminary draft no. 1) (August 30, 2011).

Fleming, J.G. 1996. Tort in a contractual matrix. *Osgoode Hall Law Journal*, 33(4):662–78.

Furmston, M.P. (red.). 1986. *Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract*. 11de uitgawe. Londen: Butterworths.

Hartkamp, A.S. (red.). 2011. *Contract law in the Netherlands*. Verenigde Koninkryk: Kluwer.

Herbots, J.H. (red.). 1993. *Exoneratiebedingen*. Brugge: Keure.

Hogg, M. 2003. *Obligations*. Edinburgh: Avizandum.

Hutchison, D.B. (red.). 2010. *Kontraktereg in Suid-Afrika*. Kaapstad: Oxford.

Hutchison, D.B en B. van Heerden. 1997. The tort/contract divide seen from the South African perspective. *Acta Juridica*, 98–120.

Jackson, R. en J. Powell (reds.). 2011. *Professional liability*. 7de uitgawe. Londen: Sweet & Maxwell.

Loubser, M.M. 1997. Concurrence of contract and delict. *Stellenbosch Law Review*, 2:113–64.

Loubser, M.M. en R. Midgley (reds.). 2010. *Deliktereg in Suid-Afrika.* Kaapstad: Oxford.

Lubbe, G.F. en C.M. Murray. 1995. *Farlam and Hathaway contract: cases, materials and commentary*. 3de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Macdonald, E. 2006. *Exemption clauses and unfair terms*. West Sussex: Tottel Publishing.

McKerron, R.G. 1971. *The law of delict*. 7de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Neethling, J. 2011. Delictual liability of a security firm for the theft of a vehicle guarded by its employee. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 74(1):169–76.

Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2010. *Neethling-Potgieter-Visser deliktereg.* 6de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Schiller, J.D. en G.K. Harris. 1988. The legal liability of a private security guard company for the criminal acts of third parties: an overview. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 498:91–7.

Scott, T.J. en D.P. Visser (reds.). 2000. *Developing delict: Essays in honour of Robert Feenstra*. Lansdowne: Juta.

Stapleton, J. 2007. Benefits of comparative tort reasoning: lost in translation. (10 Julie 2012 geraadpleeg).

Swanton, J. 1989. The convergence of tort and contract. *Sydney Law Review*, 12:40–75.

Theodosiou, C. 2012. An end to delictual claims against security companies? (11 Julie 2012 geraadpleeg).

Van der Merwe, N.J. en P.J.J. Olivier. 1989. *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse r*eg. 6de uitgawe. Pretoria: Van der Walt.

Van der Merwe, S. en L.F. van Huyssteen (reds.). 2004. *Kontraktereg: algemene beginsels*. 2de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Van der Walt, J.C. en J.R. Midgley. 2005. *Principles of delict.* 3de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Van Dunné, J.M. 1998. General report on civil liability for pure economic loss. Referaat gelewer by 15de Internasionale Kongres vir Vergelykende Reg.

Visser, J. 1987. *De werking van contractuele bepalingen ten nadele van derden*. Londen: Kluwer.

Zimmermann, R. 1990. *Obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Kaapstad, Wetton en Johannesburg: Juta.

Eindnotas

[1] 2010 4 SA 455 (HHA).

[2] *Viv's Tippers* 457.

[3] Uit die uitspraak van Lewis AR blyk dit nie duidelik of die konstruksiemaatskappy ook die eienaar van die perseel was nie, maar daar word aangevoer dat eienaarskap van die perseel nie die gevolgtrekkings en argumente in hierdie artikel ondermyn nie. Sien ook *Compass Motors Industries (Pty) Ltd v Callguard (Pty) Ltd* 1990 2 SA 520 (W), in welke saak die sekuriteitsmaatskappy deur die okkupeerder van die perseel, en nie deur die eienaar nie, aangestel is om sekuriteitsdienste uit te voer, en waar die hof die sekuriteitsmaatskappy op soortgelyke feite wel aanspreeklik gehou het.

[4] *Viv's Tippers* 457.

[5] *Viv's Tippers* 457–8.

[6] *Viv's Tippers* 462.

[7] *Viv's Tippers* 458.

[8] *Ibid*.

[9] *Ibid*.

[10] *Fourway Haulage SA (Pty) Ltd v SA National Roads Agency Ltd* 2009 2 SA 150 (HHA) 156; Loubser en Midgley (2010:142 e.v.); Neethling en Potgieter (2010:305 e.v.); Van der Walt en Midgley (2005:93 e.v.). Sien ook *AB Ventures Ltd v Siemens Ltd* 2011 4 SA 614 (HHA) 616–9; *Freddy Hirsch Group (Pty) Ltd v Chickenland (Pty) Ltd* 2011 4 SA 276 (HHA) 293–5; *Delphisure Group Insurance Brokers Cape (Pty) Ltd v Dippenaar* 2010 5 SA 499 (HHA) 508–9; *Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking SA v Advertising Standards Authority* 2006 1 SA 461 (HHA) 468 e.v.

[11] *Ibid*.

[12] *Fourway Haulage* 156; *Telematrix* 468; *Trustees, Two Oceans Aquarium Trust v Kantey & Templer (Pty) Ltd* 2006 3 SA 138 (HHA) 144. Sien ook *AB Ventures* 616–9; *Freddy Hirsch* 293–5; *Delphisure* 508–9.

[13] Neethling (2011:170–1).

[14] Sien *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A); *Administrateur, Transvaal v Van der Merwe* 1994 4 SA 347 (A); *Cape Town Municipality v Bakkerud* 2000 3 SA 1049 (HHA); *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* 2002 6 SA 431 (HHA); *Van Eeden v Minister of Safety and Security* 2003 1 SA 389 (HHA); *Minister of Safety and Security v Rudman* 2005 2 SA 16 (HHA). Sien ook Loubser en Midgley (2010:223 e.v.); Neethling en Potgieter (2010:60 e.v.); McKerron (1971:14 e.v.); Van der Merwe en Olivier (1989:31 e.v.).

[15] In beide sake het die eiser, 'n voertuigeienaar, 'n deliktuele skadevergoedingseis ingestel teen die verweerder, 'n sekuriteitsmaatskappy, aangestel deur 'n perseel-okkupeerder en teenoor wie die sekuriteitsmaatskappy ook aanspreeklikheid uitgesluit het in die sekuriteitskontrak wat deur dié twee partye gesluit is. In beide sake het die hof bevind dat die sekuriteitsmaatskappy wel, ten spyte van die uitsluitingsklousule in die sekuriteitskontrak met die perseel-okkupeerder, 'n regsplig opgelê moes word. In *Compass Motors* het die hof egter bevind dat die sekuriteitsmaatskappy nie deliktueel aanspreeklik was nie, aangesien lg. nie nalatig opgetree het nie, terwyl die hof in *Longuiera* wel die sekuriteitsmaatskappy deliktueel aanspreeklik gehou het.

[16] 1990 2 SA 520 (W).

[17] 1998 4 SA 258 (W).

[18] Bussani en Palmer (2007:5 e.v.); Bussani en Palmer (2009:9); Dari-Mattiacci en Schäfer (2006:2). Sien ook Fleming (1996:662); Swanton (1989:50).

[19] *Fourway Haulage* 158–61.

[20] Bussani en Palmer (2009:237); Bussani en Palmer (2007:237); Barendrecht (1998:115 e.v.).

[21] 21 Neethling en Potgieter (2010:310 e.v.); Van der Walt en Midgley (2005:68).

[22] Neethling en Potgieter (2010:43, 310 e.v.); Van der Walt en Midgley (2005:68).

[23] Loubser en Midgley (2010:141).

[24] *Fourway Haulage* 158.

[25] *Ibid*.

[26] *AB Ventures* 616 e.v.; *Freddy Hirsch* 295–7; *Delphisure* 508–9; *Fourway Haulage* 156; *Telematrix* 468; *Trustees, Two Oceans* 144; *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA); *Coronation Brick (Pty) Ltd v Strachan Construction Co (Pty) Ltd* 1982 4 SA 371 (D); *Indac Electronics (Pty) Ltd v Volkskas Bank Ltd* 1992 1 SA (A) 799; *EG Electronics (Pty) Ltd v Franklin* 1979 2 SA 702 (OK) 706.

[27] Neethling en Potgieter (2010:309 e.v.); Van der Walt en Midgley (2005:94 e.v); Loubser en Midgley (2010:234 e.v); Scott en Visser (2000:129 e.v.).

[28] Neethling (2011:170 e.v.).

[29] Theodosiou (2012:2).

[30] 465: "'Pure economic loss' connotes loss that does not arise directly from damage to the plaintiff's person or property but rather in consequence of the negligent act itself, such as loss of profit, being put to extra expenses or the diminution in value of the property."

[31] Theodosiou (2012:2); Neethling (2011:170).

[32] Neethling (2011:170).

[33] Sien Scott en Visser (2000:100 e.v.), waar Burchell dié kategorieë breedweg beskryf as nalatige wanbewerings, gevalle waar die eiser nie eienaar is nie, maar bloot 'n eiendomsregtelike belang t.o.v. die beskadigde saak het, die sg."relational economic loss" en die defektiewe-struktuur-gevalle. Hierdie kategorieë pas ook in by die hantering van die begrip "suiwer ekonomiese verlies" in ander standaardwerke oor die Suid-Afrikaanse deliktereg. Sien verder ook die kategorieë waarvan die hof melding maak in *Fourway Haulage* 160.

[34] 294.

[35] *Ibid*.

[36] Sien *Compass Motors* en *Longueira*. Sien verder Loubser en Midgley (2010:225–7, 234–6); Neethling en Potgieter (2010:62–81); *AB Ventures* 616 e.v.; *Freddy Hirsch* 295–7; *Delphisure* 508–9; *Fourway Haulage* 156; *Telematrix* 468 e.v.; *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A); *Mukheiber* 1075-7; *Coronation Brick* 379 e.v.

[37] Sien ook Neethling (2011:172 e.v.)

[38] *Viv's Tippers* 464.

[39] *Viv's Tippers* 464, 466.

[40] *Viv's Tippers* 461.

[41] *Viv's Tippers* 461 e.v.

[42] *Compass Motors* 523, 525–7.

[43] *Longueira* 263.

[44] *Administrateur, Transvaal* 358 e.v.

[45] *Compass Motors* 526–7.

[46] *Telematrix* 468.

[47] Eie kursivering.

[48] *Premier, Western Cape* 32.

[49] Eie kursivering.

[50] Loubser en Midgley (2010:161); sien ook Burchell (1993:100).

[51] Loubser en Midgley (2010:161); Burchell (1993:100); Neethling en Potgieter (2010:310). Sien ook Harms AR se uitspraak in *SM Goldstein & Co (Pty) Ltd v Cathkin Park Hotel (Pty) Ltd* 2000 4 SA 1019 (HHA) 1025: "Because of the nature and the risk and the degree of foreseeability a *prima facie* case of the existence of a legal duty was established."

[52] Balkin en Davis (2009:411).

[53] Bussani en Palmer (2007:16 e.v.).

[54] Bussani en Palmer (2007:16-59).

[55] Barendrecht (1998:115-6).

[56] Scott en Visser (2000:117–8).

[57] *Viv's Tippers* 462.

[58] Sien ook Bussani en Palmer (2009:237); Loubser en Midgley (2010:234); Neethling en Potgieter (2010:310).

[59] Loubser en Midgley (2010:234); Neethling en Potgieter (2010:310); Van der Walt en Midgley (2005:95).

[60] Sien *Coronation Brick* 384, waar die hof in hierdie konteks veral fokus op die waarskynlikheid van sukses en die relevante onkostes van die moontlike stappe.

[61] *Compass Motors* 530.

[62] *Viv's Tippers* 457.

[63] Loubser en Midgley (2010:227); Neethling en Potgieter (2010:76).

[64] *Longueira* 262.

[65] Sien veral die kommentaar i.v.m. artt. 1 en 5 van die *Restatement of the law third: torts: liability for economic harm*.

[66] Schiller en Harris (1988:94).

[67] *Viv's Tippers* 462.

[68] Hogg (2003:110).

[69] *Compass Motors* 530.

[70] Sien ook die kritiek in *Longueira* 262: die skep van 'n redelike vertroue of verwagting dat jou belange beskerm word, is een van vele beleidsoorwegings wat in ag geneem behoort te word.

[71] *Greenfield Engineering Works (Pty) Ltd v NKR Construction (Pty) Ltd* 1978 4 SA 901 (N) 916–7.

[72] *Ibid.*

[73] *Fourway Haulage* 161. Sien ook die Amerikaanse saak *Ultramares v Touché* 74 N.E. 441 (NY 1931) waarin Cardozo R verwys na "liability for an indeterminate amount, for an indeterminate time, to an indeterminate class".

[74] Fleming (1995:670).

[75] Loubser en Midgley (2010:227).

[76] *Fourway Haulage* 162; *Holtzhausen v ABSA Bank Ltd* 2008 5 SA 630 (HHA) 635; *Indac Electronics* 799; *EG Electronics* 706.

[77] *Norsk Pacific Steamship Co v Canadian National Railway* 1992 1 SCR 1021; Fleming (1995:670 e.v.); Van Dunné (1998:8).

[78] Hogg (2003:126, 151).

[79]Van Dunné (1998:7-8).

[80] Sien ook Hogg (2003:126 e.v.).

[81] *Viv's Tippers* 466.

[82] *Ibid*.

[83] Hogg (2003:126).

[84] *Viv's Tippers* 466.

[85] *Ibid*.

[86] *AB Ventures* 616–20; *Freddy Hirsch* 295–6; *Delphisure* 508–9; *Fourway Haulage* 161; *Telematrix* 471; *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 701; *Mukheiber* 1079 e.v.; *Coronation Brick* 383–4; *Shell and BP Petroleum Refineries (Pty) Ltd v Osborne Panama SA* 1980 3 SA 1980 (A).

[87] *Perre v Apand Ltd* 1999 164 ALR 606; *AB Ventures* 616–20; *Freddy Hirsch* 295–6; *Delphisure* 508–9; *Fourway Haulage* 161.

[88] Loubser en Midgley (2010:144); Neethling en Potgieter (2010:39 e.v.). Sien ook *AB Ventures* 616–20; *Freddy Hirsch* 295–6; *Delphisure* 508–9; *Fourway Haulage* 161; *Telematrix* 468 e.v.; *International Shipping* 701; *Mukheiber* 1079 e.v.; *Coronation Brick* 383–4; Cane (1997:15–8, 91-5).

[89] *Ibid*.

[90] *Viv's Tippers* 466.

[91] Scott en Visser (2000:103, 125).

[92] 386.

[93] 161.

[94] Boberg (1985:133).

[95] *Fourway Haulage* 161.

[96] Boberg (1985:133).

[97] *Fourway Haulage* 161; *Holtzhausen* 635. Sien ook Bussani en Palmer (2007:19).

[98] 1979 3 SA 824 (A).

[99] *Administrateur, Natal* 833.

[100] 263. Sien ook Neethling (2011:175–6).

[101] Neethling (2011:175).

[102] Stapleton (2007:3): "For example, the Canadian case of London Drugs Ltd. v. Kuehne and Nagle International Ltd. highlighted the fact that no common law system has yet formulated a general approach to the question of where, when, and why a defendant to a tort claim can rely on a contractual term, such as an exclusion clause, in a contract which is not between the plaintiff and that defendant." Visser (1987:162): "Wanneer we de Nederlandse rechtsleer overzien, kunnen we bijna stellen, dat er zoveel zinnen als hoofden zijn." Sien ook Jackson en Powell (2002:59, 115); Hogg (2003:104–54).

[103] *Compass Motors* 529: vgl. "totally irrelevant".

[104] *Compass Motors* 529.

[105] *Viv's Tippers* 462.

[106] Van der Merwe e.a. (2003:17 e.v.); De Wet en Van Wyk (1992:5); Zimmermann (1990:4, 546 e.v.); Hogg (2003:36); Lubbe en Murray (1988:1).

[107] Lubbe en Murray (1988:1); Loubser (1997:113–6); Hutchison (2011:10–1); Neethling en Potgieter (2010:6 e.v.); Van der Walt en Midgley (2005:1-5); Van der Merwe en Olivier (1989:3-4). Sien ook m.b.t. die Engelse reg Burrows (1998:10–1).

[108] Van der Walt en Midgley (2005:33); Neethling en Potgieter (2010:1-6); Loubser en Midgley (2010:4-22); Van der Merwe en Olivier (1989:3-4).

[109] Sien Loubser en Midgley (2010:191–2); Loubser (1997:113–6). Sien ook Neethling en Potgieter (2010:6); McKerron (1970:2-3); Zimmermann (1990:10–1 e.v.).

[110] Hutchison (2011:22); Van der Merwe e.a. (2003:17 e.v.); De Wet en Van Wyk (1992:5).

[111] Boberg (1985:132).

[112] Beale (2004:816–7). Sien ook Furmston (1984:149–79); Lavelle (2007:7).

[113] Hartkamp (2011:109).

[114] HR, 26 November 2010, 09/00320, LJN BM9757.

Dit is aanvaarde reg dat die aanneming van kontraktuele verpligtinge ook kan aanleiding gee tot deliktuele aanspreeklikheid teenoor derde partye. Sien in hierdie verband *Viv's Tippers* 460; Loubser en Midgley (2010:193). Sien verder *Perlman v Zoutendyk* 1934 CPD 151; *EG Electric* 703 e.v.; *Tsimatakopoulos v Hemingway, Isaacs & Coetzee CC* 1993 4 SA 428 (K).

[116] 263.

[117] Eie kursivering.

[118] *Viv's Tippers* 461.

[119] *Viv's Tippers* 460.

[120] *Perlman* 151; *EG Electric* 702; *Tsimatakopoulos* 428; *Joubert v Impala Platinum Ltd* 1998 1 SA 463 (B).

[121] 431.

Loubser en Midgley (2010:282-3).

[123] *Tsimatakopoulos* 431.

[124] *Viv's Tippers* 462.

[125] 2009 1 SA 265 (HHA).

[126] *Viv's Tippers* 466.

[127] *Ibid*.

[128] 1995 3 All ER 307, HL.

[129] 315.

[130] Cahen (2004:19 e.v.) skryf 'n in 'n bondige samevatting oor die sg. *Securicor*-saak (HR 12 Januarie 1979, NJ 1979, 362 (ARB): "In het *Securicor*-arrest, waar de Hoge Raad naar verwijst, betrof het een overeenkomst die een vervoerder verplichtte regelmatig goederen bij een derde af te halen, die aan deze toebehoorden en door hem voor vervoer warden klaargezet. Wat de aard van de overeenkomst aangaat, hebben wij dus te maken met een contract waarin het belang van de derde is ondergebracht. Een dergelijke geaardheid behoeft overigens niet altijd rechstreeks uit de overeenkomst te blijken, maar kan ook soms worden opgemaakt uit het raamwerk waarbinnen de overeenkomst zich afspeelt." Sien ook Macdonald (2006:291): "The contract terms and the background in each case will need to be considered …"

[131] *Viv's Tippers* 461.

[132] In hierdie verband word daar gewys op die enigste drie gerapporteerde sekuriteitsake waarin die kontraktuele aanspreeklikheid van die verweerder in elke saak uitgesluit word. Sien spesifiek ook Lewis AR in *Viv's Tippers* 461.

[133] *Compass Motors* 529.

[134] *Viv's Tippers* 462.

[135] Sien Hogg (2003:148 e.v.); Fleming (1996:665 e.v.); Cahen (2004:9 e.v.); Visser (1987:141 e.v.); Herbots (1993:172).

[136] (2003:150 e.v.)

[137] 1986 1 QB CA 507.

[138] 1983 25 BLR QB 65.

[139] Hogg (2003:150).

[140] Hogg (2003:149).

[141] *Ibid.*

[142] Fleming (1996:665).

[143] Fleming (1996:664–5).

[144] Fleming (1996:665).

[145] (1997:114).

[146] Eie kursivering.

[147] Hogg (2003:150).

[148] *Ibid*.

[149] Sien in hierdie verband die volgende sake: HR 25 Maart 1966, NJ 1966, 279 (GJS) (die *Moffenkit*-saak); HR 7 Maart 1969, NJ 1969, 249 (GJS) (die *Gegasten uien*-saak); HR 12 Januarie 1979, NJ 1979, 362 (ARB) (die *Securicor*-saak); HR 20 Junie 1986, NJ 1987, 35 (G) (die *Citronas*-saak); HR 9 Junie 1989, NJ 1990, 40 (JLPC) (die *Gestolen hammen*-saak); asook die onlangse HR, 26 November 2010, 09/00320, LJN BM9757.

[150] HR 7 Maart 1969, NJ 1969, 249 (GJS)

[151] (2004:20).

[152] HR 12 Januarie 1979, NJ 1979, 362 (ARB)

[153] Cahen (2004:20).

[154] Cahen (2004:21).

[155] Cahen (2004:23).

[156] *Ibid*.

[157] *Ibid*.

[158] Uiteindelik kan daar met die volgende samevatting van Hogg (2003:150–1) saamgestem word: “Judicial opinion on the effect at common law of contractual disclaimers of delictual liability towards non-contracting parties is thus mixed. It is suggested that that strain of opinion which is against the effectiveness at common law of a contractual restriction or exclusion in relation to a delictual claim by a party who has not consented to, or who was unaware of, the restriction or exclusion is to be preferred. The alternative would undermine the protection which the law of delict is designed to provide to the public.”