

Kasper v André Kemp Boerdery CC

2012 SA 20 (WKK)

Middellike aanspreeklikheid – nalatige veroorsaking van vermoënskade deur werknemer – gevolge van afwyking deur werknemer van werkgewersopdrag – toepassing van standaardtoets

1 Inleiding

Wat middellike aanspreeklikheid in die deliktereg betref, doem daar deesdae so gereeld soos klokslag gerapporteerde beslissings op. Die gordyn het so pas gesak oor die laaste toneel (mag mens van harte hoop) van die sage betreffende die middellike aanspreeklikheid van die staat vir opsetsdelikte wat polisiebeamptes in die loop van en selfs buite hul ampsverhouding pleeg (sien bv *F v Minister of Safety and Security* 2010 1 SA 606 (WKK); *Minister of Safety and Security v F* 2011 3 SA 487 (HHA); *F v Minister of Safety and Security* 2012 1 SA 536 (KH); sien Neethling en Potgieter *Litnet Akademies* Jaargang 9(2) <http://www.litnet.co.za/Article/deliktuule-staatsaanspreeklikheid-weens-polisieverkrating> (besoek 2012-09-09) vir die mees onlangse oorsig van akademiese literatuur in hierdie verband). In die pas vermelde “polisiegevalle” het die strydpunt deurentyd daarom gewentel of ’n polisiebeampte wat ’n onregmatige daad direk in stryd met sy ampspligte – en trouens opsetlik – gepleeg het, steeds by die begaan van die gewraakte daad in die loop van sy diens opgetree het vir doeleindes van beoordeling van sy werkgewer, die staat, se moontlike middellike aanspreeklikheid teenoor die delikslagoffer. Die onderhawige geval, waarin die moontlike middellike aanspreeklikheid van ’n werkgewer ingevolge ’n normale dienskontrak weens die optrede van sy werknemer die tema van die beslissing uitmaak, val vierkantig binne die rykwydte van die vermelde uitspraak – die enigste verskil is dat die werknemer in hierdie geval nalatig, en nie opsetlik nie, opgetree het. Dit maak die onderhawige geval in ’n mate eenvoudiger beregbaar as die pas vermelde polisiegevalle, waarin die aanwesigheid van opset aan die kant van die delikspleger-werknemer die aangeleentheid erg vertroebel het (vgl bv Loubser en Midgley *Deliktereg in Suid-Afrika* (2009) 393 oor die besondere problematiek van dusdanige gevalle) en waarin die element van staatsaanspreeklikheid ingevolge artikel 1 van die Wet op Staatsaanspreeklikheid 20 van 1957 op die koop toe te berde gebring is (wat ’n merkwaardige minderheidsuitspraak in die uitspraak van regter Froneman in die konstitusionele hof in die saak van *K v Minister of Safety and Security* 2005 6 SA 419 (CC) tot gevolg gehad het (sien 557H-575B van daardie uitspraak), waarin die tradisionele grondslag van staatsaanspreeklikheid selfs bevraagteken is).

Die algemene vereistes vir ’n werkgewer se middellike aanspreeklikheid op grond van ’n werknemer se onregmatige daad is reeds goed gevestig en sien soos volg daaruit: (a) Daar moet ten tyde van

delikspleging 'n diensverhouding tussen die delikspleger en sy of haar werkgewer bestaan; (b) die werknemer moet 'n onregmatige daad gepleeg het; en (c) die werknemer moet tydens pleging van die delik in die loop en binne die perke van die diensbetrekking opgetree het (Loubser en Midgley 383 ev; Neethling en Potgieter *Neethling-Potgieter-Visser Deliktereg* (2010) 387-392); Van der Walt en Midgley *Principles of Delict* (2005) 36-38). Dit blyk duidelik dat die toepassing van die laaste vereiste oor die laaste paar jaar die grootste oorsaak van probleme was. Soos aanstons aangetoon sal word, bied die onderhawige feitestel 'n goeie voorbeeld van 'n sogenaamde "afwykingsgeval" ("deviation case": sien bv regter Mogoeng se verwysing na hierdie tipe geval in die konstitusionele hof se uitspraak in die *F*-saak hierbo 547H ev). Die vraag wat in sodanige geval opduik, is of die afwyking aan die kant van die delikspleger-werknemer van sodanige aard was dat hy of sy hom of haar daardeur heeltemal losgemaak het van die betrokke diensverhouding. Indien die vraag ontkenkend beantwoord sou word, dui dit op die bestaan van die werkgewer se middellike aanspreeklikheid; daarenteen sal 'n bevestigende antwoord daartoe aanleiding gee dat die delikspleger sy of haar werkgewer nie aanspreeklik gestel het nie, eenvoudig omdat hy of sy dan nie in die loop van diens 'n onregmatige daad gepleeg het nie.

Ten einde die vraag of die betrokke delik binne of buite werksverband gepleeg is, te beantwoord, pas ons howe deurlopend die sogenaamde "standaardtoets" toe (sien Neethling en Potgieter *Deliktereg* 389; Loubser en Midgley 390). Die algemeen aanvaarde fundamentele formulering van hierdie toets in die uitspraak van *Minister of Police v Rabie* 1986 1 SA 117 (A) 134D-F kom daarop neer dat 'n werkgewer slegs aanspreeklikheid vir die delik van 'n werknemer kan ontkom indien die werknemer die *subjektiewe* bedoeling gehad het om uitsluitlik sy of haar eie belange na te streef en die gewraakte delik in *objektiewe* sin hoegenaamd geen verband met sy of haar werksverpligtinge vertoon nie. Wat die tweede oftewel objektiewe been van hierdie toets betref, formuleer regter Jansen dit op 'n wyse wat meer daarop toegespits is om aan te dui wanneer middellike aanspreeklikheid wel sal volg:

On the other hand, if there is a sufficiently close link between the servant's acts for his own interests and purposes and the business of his master, the master may yet be liable. This is an objective test.

Daar sal vervolgens besin word in hoe 'n mate die uitspraak van regter Gamble die tradisionele benadering rakende die toepassing van die standaardtoets volg.

2 Feite en Uitspraak

Nadat die verweerder (V) 'n groot hoeveelheid struik en ander onkruid op 'n stuk grond wat hy vir saaidoeleindes wou benut, met 'n landbouimplement laat losskoffel het, is dit net daar gelaat om uit te droog, nadat dit in netjiese hope gepak is. Daarna moes een van sy plaaswerkers (P) dit op 'n sleepwa laai en in 'n donga gaan gooi. Hierdeur wou V twee vlieë met een slag doodslaan: van die los plantreste ontslae raak en

gronderosie teenwerk. Die dag waarop P die droë plantmateriaal na die donga wou laat aanry, was hy nie self op sy plaas teenwoordig nie. Nietenstaande V se opdrag aan P oor die plek waar en die wyse waarop hy die vuilgoed moes weggooi, het P besluit om die weg van minste weerstand te volg. Ongeag die feit dat dit 'n uiters droë jaar in die omgewing (die Langkloof) was, daar 'n wind van ongeveer 30 km/h gewaai het en die dagtemperatuur in die omgewing van 35° was (later sou blyk dat die Suid-Afrikaanse Weerdiens vir daardie dag 'n "rooi kode"-brandgevaarwaarskuwing vir die gebied uitgereik het), het P die eerste netjies gepakte hopen struikafval aan die brand gestee. Die feitelik onmiddellike katastrofiese gevolg was dat die hoop takke binne 'n ommesientjie in 'n geweldige konflagrasie opgevlam het en soos blits – met die geluid van 'n rammelende vragmotor (23G) – na nabygeleë plase versprei het, waar daar uiteindelik groot skade aangerig is. Drie dae later het die brand weer opgevlam en daar is verdere skade veroorsaak.

In die rondgaande hof op George het regter Saldanha bevind dat P se gewraakte handeling nalatig was (23H) en na 'n oorsig van relevante regspraak tot die volgende beslissing gekom (aangehaal deur regter Gamble 29D-E):

The burning of plant material on a farm in such circumstances when viewed objectively cannot be regarded as a deviation of his employment to such an extent and degree (albeit to ease his own burden) that his employer is not to be held responsible for such actions. I am of the view that [P's] actions in setting the plant material alight was clearly carried out within the cause (sic) and scope of his employment with the defendant.

Die hof het dus, wat die meriete van die eiser se vordering betref, ten gunste van die eiser beslis, dog aan die verweerder verlot tot appèl toegestaan (22D-E). In appèl onderskryf die volle hof, by monde van regter Gamble (met wie regters Erasmus en Ndita saamstem), hierdie bevinding deur te beslis dat mens in die onderhawige geval te doen het met 'n "improper mode" of the discharge of one's contract of employment" (29H), wat die geval dus kenmerk as een waar P die delik in die uitvoering van sy werksverpligtinge gepleeg het. Derhalwe misluk die verweerder se appèl. Enkele bykomende regspunte wat vir die huidige bespreking van mindere belang is, word ook ten gunste van die eiser (respondent) beslis.

3 Kritiese Evaluering

3 1 Inleiding

Die enigste kwessies waarin toepassing van deliksbeginsels uitdruklik aan die orde gekom het, sien soos volg daaruit: (a) Die vraag of P die brand nalatig gestig het; en (b) of P in die loop van sy diens opgetree het toe hy die aanvanklike brand gestig het. Die hof se afhandeling van die vrae: (c) of die verweerder aanspreeklikheid erken het; (d) of daar 'n behoorlike sessie van vordering aan die eiser plaasgevind het; (e) of daar 'n kousale verband tussen die volle brandskade waarvoor die eiser vordering ingestel het en die aanvanklike brandstigtingshandeling van P bestaan het; (f) of die vermoede van nalatigheid wat in artikel 34 van

die Nasionale Wet op Veld- en Bosbrande 101 van 1998 geskep word enigsins toepaslik is; en (g) of die verhoorhof se kondonering van die eiser se laat amendement van sy besonderhede van eis geregverdig was (22F-J, 33J ev) is vir doeleindes van hierdie bespreking irrelevant.

Die hooftema van die onderhawige hofbeslissing is beslis die onderwerp wat in (b) te berde gebring word. Alle ander aangeleenthede is van mindere belang in 'n bespreking van hierdie aard, óf vanweë die kursoriese wyse waarop die hof daarmee omgegaan het, óf omrede sodanige kwessies nie die materiële deliktereg in die besonder raak nie.

3 2 Die Nalatigheidsvraag

Die feitestel bied 'n pragtige voorbeeld, veral vir onderrigdoeleindes, vir toepassing van die voorsienbaarheidsbeen van die geïkte tweeledige *diligens paterfamilias*-toets vir nalatigheid ingevolge die klassieke formulering daarvan in die *locus classicus* van *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430E-F, waar appèlregter Holmes bepaal het dat “*culpa arises*” indien 'n redelike persoon in die skoene van die onregmatige dader die veroorsaakte nadeel redelikerwys sou voorsien het en, indien wel, redelike stappe sou doen om die nadeel te voorkom – welke voorkomende stappe die dader versuim het om te doen.

Die Holmes-formulering van die nalatigheidstoets word allerweë as gesaghebbend aanvaar en is sedert 1966 waarskynlik al in honderde uitsprake letterlik aangehaal, verduidelik en toegepas, ofskoon daar al soms suggesties vir die wysiging daarvan was (sien bv *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1077E-F; *Sea Harvest Corporation (Pty) Ltd v Duncan Dock Cold Storage (Pty) Ltd* 2000 1 SA 827 (HHA) 839I-J; Scott “The definition of negligence revisited: Three recent judgments of the Supreme Court of Appeal” 2000 *De Jure* 358), asook blatante foutiewe weergawes daarvan voorkom (waarvan die mees resente te vinde is in *Butise v City of Johannesburg* 2011 6 SA 196 (GSJ) 199F-G waar regter Mokgoatheng verward geraak het tussen die dader en die *diligens paterfamilias* deur te vra of die *diligens paterfamilias* (in plaas van die dader) versuim het om die redelike stappe te doen wat die *diligens paterfamilias* sou gedoen het).

Daar word aan die hand gedoen dat die redelike persoon in P se skoene die brand wat ontstaan het beslis as 'n redelike moontlikheid sou voorsien het (voldoening aan die “voorsienbaarheidsbeen” van die nalatigheidstoets) en beslis ook stappe sou gedoen het om dit te voorkom – eenvoudig deur nie die vuur aan te steek, soos P in die omstandighede gedoen het nie (voldoening aan die voorkombaarheidsbeen van die toets). Die feit dat die toepassing van die geïkte nalatigheidstoets in die onderhawige geval so eenvoudig is, verklaar waarskynlik waarom regter Gamble dit nie *eo nomine* toegepas het nie. Hy het dit hoogs waarskynlik in sy onderbewussyn gedoen en – wat meer is – dalk ook die skim van *res ipsa loquitur* in sy gedagtes rondgedra toe hy tot die volgende eenvoudige feitlike gevolgtrekking aangaande nalatigheid gekom het:

To start a fire in such circumstances was inadvisable, to say the least. To do so without any fire-fighting equipment or personnel at hand was grossly negligent, if not reckless.

3 3 Middellike Aanspreeklikheid

Die hof maak ten eerste daarvan gewag dat V nóg self teenwoordig was toe die brand op sy plaas begin het, nóg enige opdrag gegee het dat die droë plantafval verbrand moet word (24B). Die beklemtoning van hierdie feite is onteenseglik om aan te dui dat dit hier nie om V se moontlike persoonlike deliktuele aanspreeklikheid gaan nie, dog om sy middellike aanspreeklikheid. Ofskoon die tweede deel van hierdie stelling by die eerste oogopslag daarop mag dui dat middellike aanspreeklikheid ook nie 'n opsie is nie – juis omdat P direk teenstrydig met sy werkgewer se duidelike opdragte opgetree het – stel regter Gamble dit sonder meer duidelik dat die fundamentele vraag daarin geleë is of P tydens sy gewraakte optrede in die loop van sy diens opgetree het (24C). Die res van sy uitspraak onder hierdie hoof wy hy aan 'n chronologiese oorsig en evaluasie van bepaalde Suid-Afrikaanse regspraak oor hierdie besondere aangeleentheid. Die impak van die relevante beslissings word vervolgens onder die loep geneem.

Die eerste gewysde wat aan die beurt kom, is *Mkize v Martens* 1914 AD 382, die eerste beslissing van die destyds nuutgestigte appèlafdeling van die hooggeregshof waarin daar uitdruklik aandag geskenk is aan 'n geval waar 'n werknemer brandskade veroorsaak het sonder dat die werkgewer 'n uitdruklike opdrag gegee het dat daar 'n vuur aangesteeek moet word (sien oa Wicke *Respondeat Superior – Haftung für Verrichtungsgehilfen in römischen, römisch-holländischen, englischen und südafrikanischen Recht* (2000) 334). *In casu* het twee jong seuns wat die verweerder tydens sy transportryery bygestaan het, nie streng volgens instruksies opgetree nie. Hul werkgewer het hulle opdrag gegee om alleen met sy wa verder te trek, dan later uit te span en vir hom te wag terwyl hy op eie houtjie na verlore vee gaan soek het. Omdat hy nie dadelik nadat hulle uitgespan het, teruggekeer het nie, het hulle uit eie beweging besluit om solank hul middagete op 'n vuurtjie voor te berei. Ongelukkig was hulle onagsaam en het die vuur versprei en skade aan omliggende eiendom aangerig. Die eienaar van een van die omliggende plase was op grondslag van die werkgewer-verweerder se middellike aanspreeklikheid aanvanklik in die landdroshof suksesvol met sy skadevergoedingsvordering vir £34 12s, om daarna 'n appèl na sowel die volle provinsiale regbank as die destydse appèlafdeling van die hooggeregshof af te weer. In die hof van hoogste beroep het nie minder nie as vier swaargewigte (te wete hoofregter De Villiers, appèlregters Innes en Solomon, asook waarnemende appèlregter De Villiers) die hele gemeenregtelike posisie rakende die twispunt in besonderhede uitgepluis en uiteindelik beslis dat:

in cooking their meal in the prevailing circumstances, the employees were 'engaged about their master's affairs and were acting in the course of their employment'

(393; *Kasper*-saak 241; sien ook WE Scott *Middellike Aanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* (1983) 177-180 ev wat veel kritiek teen besondere aspekte van die beslissing uitspreek, maar hom tog met die uiteindelijke uitspraak versoen).

Vervolgens verwys regter Gamble (25A-B) bloot na 'n enkele aanhaling van appèlregter Wessels in *Estate van der Byl v Swanepoel* 1927 AD 141 147 waarin die volgende kwytgeraak word (my beklemtoning):

[T]his court in applying the general principle that a master is liable for the torts of his servant acting within the scope of his employment has taken the extended view of the master's liability to third parties than the narrower one which would confine his liability strictly to acts done within the instructions or necessarily incidental thereto.

Ofskoon regter Gamble die feite van die saak nie vermeld nie, vertoon hulle 'n besondere gelykenis met die feite in die saak onder bespreking en word hulle derhalwe bondig weergegee: Die appellant, V, die eienaar van 'n vloot taxi's, het 'n vergunning gehad om in Gordonsbaai bedrywig te wees, dog nie in die Strand nie. Hy het sy taxibestuurders uitdruklik verbied om passasiers binne die gebied van die Strand te vervoer. G, een van V se bestuurders, het in stryd met hierdie verbod wel 'n passasier vervoer en nalatig met die perdekar van S gebots. S het in die landdroshof met 'n skadevergoedingseis geslaag en V se appèlle in sowel die Kaapse hooggeregshof as in die appèlhof het misluk. Appèlregter Kotzé se gevolgtrekking (154) rakende die appellant se betoog dat G, deur verontagsaming van sy uitdruklike bevel, nie in die loop van sy diens opgetree het toe hy die gewraakte handeling gepleeg het nie, verteenwoordig 'n mooi toepassing van die algemene stelling van appèlregter Wessels wat hierbo aangehaal is:

The private instruction to the driver of the car to confine his driving of the car to the route between the two points mentioned ... forms no essential part of the main duty of the driver. It is a mere modus or manner in which he is to carry out that duty. When the driver of the car disobeyed the instruction, he was still engaged on his master's business, for he was clearly not acting for some purpose or business of his own outside the scope of his duty.

Dit blyk duidelik dat hierdie uitspraak die riglyne wat in *Mkize v Martens* neergelê is, navolg.

Vervolgens beroep die hof hom (25B-F) op die welbekende beslissing van *Feldman (Pty) Ltd v Mall* 1945 AD 733 en verklaar dat daardie beslissing:

gave rise to the so-called 'deviation principle' in which the employee who disobeyed an employer's instructions could still attract vicarious liability for the employer

(25C; sien ook die verwysing deur regter Mogoeng na hierdie saak as "a pivotal common-law authority" rakende sogenaamde "afwykingsgevalle" ("deviation cases") in *F v Minister of Safety and Security* 548A).

Wat hierdie soort geval onderskei van dié wat in die voorafgaande gewysdes ter sprake was, is dat dit hier daarom gaan dat die werknemer sy diensverpligtinge in die wind slaan juis met die doel om sy of haar eie

belange te bevorder (sien by WE Scott 147 ev). Weereens word die feite van hierdie saak nie deur regter Gamble aan die orde gestel nie. Dit verskil in 'n belangrike opsig van die feite van die saak onder bespreking, waarin die werknemer nie ongehoorsaam was ten einde sy eie persoonlike belange te dien nie, dog uitsluitlik om sy werkgewer se belange te dien (weliswaar op 'n wyse wat vir die werknemer moeite moes bespaar), maar gesien teen die breë agtergrond van die ontwikkeling van middellike aanspreeklikheid in ons reg, sal 'n bondige weergawe daarvan nie onvanpas wees nie: B, F se werknemer, het in opdrag van F met F se afleweringvoertuig pakkies gaan aflewer. Na afhandeling van sy taak moes hy die voertuig dadelik terugbesorg. Ongehoorsaam aan hierdie opdrag het B egter besluit om van sy roete af te wyk en vriende te besoek, waar hy na 'n heerlike gefuif smoordronk terugbestuur het en in 'n ongeluk betrokke geraak het, waarin 'n broodwinner deur sy nalatige optrede gedood is. Volgens die meerderheidsuitspraak het B, nie eens tydens hierdie “frolic of his own” (welke bekende terminologie van die Engelse beslissing in *Joel v Morrison* (1834) 6 C & P 501 503 afkomstig is – sien hoofregter Watermeyer se bespreking 744 ev) sy werkgewer se belange geheel en al in die steek gelaat nie, aangesien hy deurentyd die beheer van sy werkgewer se voertuig namens hom behou het. Toepassing van die sogenaamde “Salmond-toets”, (destyds geformuleer in die Engelse handbook *Salmond on Torts* (9de uitg) par 37 – sien 743 van hoofregter Watermeyer se uitspraak) waarop die hof hom onder andere ook uitdruklik beroep het, het in hierdie beslissing 'n belangrike rol gespeel. (Dit lui soos volg: “A master ... is liable even for the acts which he has not authorised provided they are so connected with which he has authorised that they may rightly be regarded as modes – though improper modes – of doing them. ... On the other hand, if the unauthorised and unlawful act of the servant is not so connected with the authorised act as to be a mode of doing it but is an independent act, the master is not responsible.) B het derhalwe nooit opgehou het om in die loop van sy diens op te tree nie – ofskoon sy optrede ver tekort geskiet het van wat mens van 'n normale, pligsgetroue werknemer sou verwag – wat verklaar waarom F middellik aanspreeklik gehou is vir die dood van die broodwinner. Regter Gamble bedien hom (25C-E) van 'n *dictum* van hoofregter Watermeyer (736), wat minder konsentreer op die “frolic of his own”, as op die ongehoorsame wyse waarop die werknemer opgetree het – waardeur die *Feldman*-beslissing meer op die onderhawige tipe geval van toepassing gemaak word. Die volgende sin dra hierdie gedagte voldoende uit (25D):

Provided the servant is doing his master's work or pursuing his master's ends he is acting within the scope of his employment even if he disobeys his master's instructions as to the manner of doing the work or as to the 'means' – by which the end is to be attained.

Nadat regter Gamble hierdie *dictum* van hoofregter Watermeyer uit die *Feldman*-saak aangehaal het – waarin daar oudergewoonte na die werkgewer as “master” en die werknemer as “servant” verwys word – merk hy terloops op (25F) dat die:

rather paternalistic language used by the courts in the earlier cases is no doubt somewhat jarring in the ears of contemporary employment law practitioners.

Dat mens in hierdie opsig egter nie te fyngvoelig (oormatig polities korrek) moet wees nie, en verder ook geensins onder die hopelose wanindruk moet verkeer dat ons apartheidsverlede enigins vir dié geëgte terminologie blameer moet word nie, blyk daaruit dat die heel jongste uitgawe van die hoogaangeskrewe Engelse standaardhandboek van Rogers, te wete die agtiende uitgawe van *Winfield and Jolowicz on Tort* (2010) (948 ev), steeds afwisselend na “employer”, “master”, “employee” en “servant” verwys.

Die hof verwys daarna (25G-26E) na die saak van *South African Railways and Harbours v Marais* 1950 4 SA 610 (A) as voorbeeld van ’n uitspraak waarin die kern van die problematiek rakende afwykingsgevalle grondig verduidelik word. In daardie geval het die eggenote van broodwinner M die spoorweë middellik aangespreek op grond daarvan dat ’n masjiniër wat ’n trein laat ontspoor het, daardeur M se dood op nalatige wyse veroorsaak het. Die ietwat bisarre feite het soos volg daar uitgesien: M, ’n treinpassasier, is deur die masjiniër genooi om by hom in die lokomotief aan te sluit, waar dié twee saam met die stoker toe begin brandewyn drink het. Die feit dat die trein later ontspoor het, was direk aan die masjiniër se nalatige optrede te wyte. Volgens die eiseres het die masjiniër te alle tye in die loop van sy diens opgetree, ongeag die feit dat die spoorwegadministrasie in amptelike kennisgewings aan alle spoorwegpersoneel ’n streng verbod geplaas het op die vervoer van passasiers in ’n lokomotief (tensy skriftelike toestemming vooraf daarvoor verkry is – wat nie *in casu* die geval was nie). Ofskoon die afhanklike in die verhoorhof geslaag het, is die spoorweë se appèl gehandhaaf, omdat hoofregter Watermeyer soos volg ’n kunsmatig enge interpretasie aan die begrip “in die loop van diens” toegedig het (619, my beklemtoning):

The work entrusted to the driver was to drive the engine and he had to do it in such a manner as not to injure anyone by negligence in driving it. It was not the work of the administration to transport passengers on the engine and if the driver chose to do so he was acting outside the scope of his employment. It cannot be said that transporting a passenger on the engine was a negligent manner of driving the engine: it had nothing to do with engine driving.

Daar kan met stelligheid verklaar word dat dit in die lig van die heel nuutste gesag hoogs onwaarskynlik is dat daar tans tot sodanige beslissing geraak sal word, nieteenstaande die feit dat die hoogste hof van appèl dit minder as tien jaar gelede nog in *Bezuidenhout NO v Eskom* 2003 3 SA 83 (HHA) met goedkeuring toegepas het (sien waarnemende appèlregter Heher se uitgebreide kritiese verwysing na kritiek teen die *Marais*-saak: 88J-89C). Roederer en Grant (2003 *Annual Survey* 297 341) moet gelyk gegee word waar hulle die benadering wat die hof in hierdie geval gevolg het, soos volg verklaar, te wete dat:

it is not enough to show that the delict arose within the scope of his employment but that the duty breached was one that arose within the scope of the employment.

Daar word aan die hand gedoen dat die relatief karige aandag wat regter Gamble in die onderhawige geval aan die *Bezuidenhout*-saak verleen (26F-G, bloot ter opheldering van een aspek van die *Marais*-saak) ondersteuning bied aan die uitgangspunt aan die begin van hierdie paragraaf.

Ewe skielik vermeld die hof (26H) dat gevalle waar 'n werkgewer 'n uitdruklike verbod op sekere handeling van sy werknemers geplaas het, 'n bron van talle probleme is, aangesien sodanige verbod nie noodwendig beteken dat daar geen middellike werkgewers-aanspreeklikheid sal wees indien 'n werknemer in stryd daarmee sou optree en nadeel aanrig nie. Dit val vreemd op dat hierdie stelling gemaak word juis nadat die *Marais*-saak, wat *per se* oor werknemersoptrede in stryd met 'n duidelike, skriftelike verbod gehandel het, bespreek is. Hierdie stelling vorm egter eerder die aanloop tot 'n evaluering (26I-28A) van 'n meer onlangse saak, *Mogamat v Centre Guards CC* [2004] 1 All SA 221 (C), waarin regter Griesel 'n uitspraak gelewer het wat die billikheidsgevoel bevredig. Die feite van hierdie saak was soos volg: 'n Veiligheidswag in diens van die verweerder, wat in 'n winkelsentrum aan diens was, het op nalatige wyse vir M, 'n lid van die publiek, met 'n vuurwapen verwond. Teen M se vordering op grondslag van middellike aanspreeklikheid het die verweerder aangevoer dat die wag nie in die loop van sy diens opgetree het nie, aangesien sy dienskontrak hom uitdruklik verbied het om 'n vuurwapen te dra. Nadat regter Griesel hom op die *Feldman*-saak, asook die uitspraak in *Minister of Police v Rabie* (sien afdeling 1 hierbo, waar die klassieke formulering van die standaardtoets wat in hierdie uitspraak geformuleer is, weergegee word) beroep het, het hy, voordat hy ten gunste van die eiser beslis het, die volgende onderskeid getref, wat na my mening 'n blote verklaring verskaf indien mens kop of stert sou wou uitmaak van die talle sake (waarvan maar enkele in die onderhawige uitspraak te berde gebring word) waarin die howe geworstel het met die sphere of en toepassing van die "in die loop van diens"-vereiste (227, aangehaal deur regter Gamble 27G-H):

The standard question remains: was the employer engaged in the affairs of the employer at the time the delict was committed? ... In answering this question in the context of forbidden acts, an important distinction is drawn between a prohibition which limits the sphere of employment, on the one hand, and one which only deals with conduct within the sphere of employment, on the other. The general rule is that an employee who disregards a prohibition which limits the sphere of his employment is not acting in the course of his employment, but an employee who disregards a prohibition which only deals with his conduct within the sphere of his employment is not acting outside the course of his employment.

Hieruit sou mens eenvoudig kon aflei dat sake soos dié van *Marais* en *Bezuidenhout* ressorteer onder die eerste groep waarvan hier gewag gemaak word, terwyl *Mkize*, *Feldman*, *Rabie* en *Mogamat* – asook die

beslissing onder bespreking (sien 29F-G) – verteenwoordigend van die tweede groep is. Die vraag wat egter nie duidelik aangespreek word nie, is hoe daar presies vasgestel moet word onder watter van die twee groepe 'n bepaalde verbod val. Na my mening bestaan daar ongelukkig geen eenvoudige formule nie en is regter Griesel se klassifiserings-oefening weinig meer as die skepping van 'n struktuur wat slegs vir 'n *ex post facto*-evaluering aangewend kan word. As sodanig baat slegs die akademiese ondersoeker; die regspraktisyn wat sy kliënt met die oog op moontlike toekomstige regstappe van raad moet bedien, gaan nie werklik prakties daarby baat vind nie.

Hoogs verblydend uit 'n akademiese oogpunt, is dat regter Gamble hierdie aspek van sy uitspraak afsluit met die verklarende samevatting deur Neethling en Potgieter *Deliktereg* 390 (verbasingwekkend word daar uit die stokou vierde Engelse uitgawe uit 2002 aangehaal; gelukkig is die nuutste uitgawe op hierdie punt steeds identies) van die standaardtoets:

Die werkgever kan middellike aanspreeklikheid gevolglik slegs ontkom indien die werknemer nie alleen, subjektief gesien, uitsluitlik sy eie belange nagestreef het nie, maar ook, objektief beskou, hom geheel en al van sy dienskontraktuele verpligtinge losgemaak het.

Dit is veral vir studente van standaardhandboeke gerusstellend om in die regspraak bewys te vind dat hulle nie blote “*professorenreg*” uit hul handboeke leer nie, maar die ware Jakob wat deur die howe verkondig word.

Die laaste uitspraak waarna die hof verwys, is dié van die konstitusionele hof in die *K v Minister of Safety and Security* 2005 6 SA 419 (KH) (wat in die heel resente uitspraak van die konstitusionele hof uitvoerig heroorweeg en uiteindelik goedgekeur is; sien oa die nbronne waarna in afdeling 1 hierbo verwys word), waarin die werknemers se gewraakte opsetlike positiewe gedraginge hoegenaamd geen verband met hul werksverpligtinge vertoon het nie (polisiebeamptes op diens wat 'n vrou verkrag het), dog hul versuim om hul grondwetlike en ander verpligtinge as polisiebeamptes na te kom, grootliks daartoe bygedra het dat die staat middellik aanspreeklik gehou is. Vir “normale” werknemersgevalle, soos die onderhawige, lê die waarde van regter O'Regan se uitspraak in die konstitusionele hof juis in die verdiepende uitleg wat daar aan die *tweede been* van die standaardtoets (soos in *Rabie* geformuleer) gegee word. Regter Gamble haal uitvoerig in hierdie opsig uit daardie beslissing (28D-1) aan, waarvan die kern die volgende is:

This question [nl die ‘objective element’, oftewel tweede been van die standaardtoets] does not raise purely factual questions, but mixed questions of fact and law. The questions of law it raises relate to what is ‘sufficiently close’ to give rise to vicarious liability. It is in answering this question that a court should consider the need to give effect to the spirit, purport and objects of the Bill of Rights [par [32] van *K*].

...

[The objective element] requires a court when applying it to articulate its reasoning for its conclusions as to whether there is a sufficient connection between the wrongful conduct and the employment or not. Thus developed, by the explicit recognition of the normative content of the objective stage of the test, its application should not offend the Bill of Rights or be at odds with our constitutional order [par [44] van *K*].

Die hof bevind uitdruklik dat die uitspraak van die verhoorhof ten gunste van die eiser in ooreenstemming met die uiteensetting van die konstitusionele hof in die *K*-saak is (29F). Daar word in oorweging gegee dat dit streng gesproke nie eens nodig was om 'n beroep op die *K*-beslissing te doen nie en dat aanwending van die gezykte toets, soos in die *Rabie*-saak geformuleer, die knoop finaal ten gunste van die eiser (respondent) sou deurbak, aangesien die onderhawige saak nie gebuk gegaan het onder oorwegings van 'n grondwetlike aard nie. Andersyds is dit seker maar net realisties om te aanvaar dat die betrokke regsgebied van nou af oorheers sal word deur die *K*- en *F*-beslissing, waarin die hoogste hof in die land sy stem finaal oor hierdie aspek van middellike werkgewersaanspreeklikheid laat hoor het. Daar is al die afleiding gemaak dat die onlangse uitbreiding van middellike werkgewersaanspreeklikheid, bepaaldelik in die sfeer waar grondwetlike regte deur 'n werknemer aangetas is, die posisie van 'n werkgewer soos die Suid-Afrikaanse Polisie diens laat neig na dié van 'n versekeraar vir die delikte van werknemers (Scott 2011 *TSAR* 146-147). Mens kan verwag dat hierdie tendens in die toekoms nog tot veel debat aanleiding sal gee.

3 Slot

Hierdie feitestel bied 'n voorbeeld van 'n geval waar die onregmatige optrede van 'n werknemer nie 'n uitvloei is van die uitdruklike of stilswyende toestemming van die werkgewer om die gewraakte aktiwiteit te verrig nie. In sodanige geval behoort die werkgewer sonder meer middellik aanspreeklik te wees (WE Scott 136). Vir hierdie tipe geval is dit dus prakties wenslik om die een of ander formule daar te stel ter vasstelling van die feit of die werknemer die eiser se gelede nadeel in die loop van sy of haar diens veroorsaak het. Soos hierbo (afdeling 3 3) verduidelik, het regter Griesel in die *Mogamat*-beslissing vir die geval waar daar 'n verbodsbepaling van die werkgewer teen die gewraakte optrede bestaan, die tweeledige onderskeid getref tussen die geval waar die verbod die terrein van die werknemer se diens beperk, en dié waar dit bloot op die werknemer se optrede tydens die uitvoering van diensverpligtinge betrekking het. Soos aangedui is daar nie veel praktiese meriete in die onderskeid te vinde nie.

Die geskiedenis van middellike aanspreeklikheidsgevalle in ons regspraak openbaar ook tot dusver geen algemeen aanvaarbare formule waarvolgens mens *ex ante* met 'n redelike mate van stelligheid sou kon vasstel of 'n werknemer-delikspleger in die loop van sy of haar diens opgetree het nie. Al wat gedoen kan word, is om algemene tendense uit te wys – soos wel in die *Mogamat*-saak, wat in die onderhawige geval met goedkeuring aangehaal is, gedoen is – ten einde *ex post facto* te verklaar waarom daar in 'n bepaalde geval middellike aanspreeklikheid is, terwyl

daar in 'n ander geval geen sodanige aanspreeklikheid bestaan nie. 'n Goeie voorbeeld van hierdie tipe oefening vind mens in WE Scott se handboek, waar daar byvoorbeeld soos volg gesistematiseer word: (a) Waar daar werkgewerstoesemming was (136); (b) waar sodanige toestemming ontbreek (136-140); (c) optrede van werknemer in eie belang met of sonder toestemming (140 ev), welke afdeling onderverdeel word in: (i) verbode handeling (141-144); (ii) "frolic and detour"-gevalle (144-160); (iii) die gebruik van 'n werkgewer se voertuig vir eie doeleindes (160-167); (iv) die gebruik van waskamers, ruskamers en ander geriewe (167-170); (v) die oplaai van passasiers (170-176); (vi) brandskade deur werknemers veroorsaak (176-186); (vii) reise na werk (186-190); (viii) reise vanaf werk (190-193); en, les bes, (ix) laster, belediging en aanranding deur werknemers. Veral die onderafdelings wat onder (c) vermeld word, laat dit duidelik blyk dat WE Scott se indeling nie werklik op 'n beginselgrondslag onderneem is nie, dog as 'n bruikbare uiteensetting vir die praktyk beplan is – gesien die kasuïstiese indelings vanaf veral (c)(iii) en verder.

Ofskoon daar na my oordeel geen onfeilbare towerformule bestaan waarvolgens werknemersoptredes as vallende in of buite die loop van diens tipeer kan word nie, word daar aan die hand gedoen dat die volgende breë skematiese indeling wel oorhoofs 'n *prima facie* aanduiding in hierdie opsig kan verskaf: (a) Waar die werknemer met uitdruklike of stilswyende werkgewerstoesemming optree (beslis optrede in loop van diens); (b) waar daar geen werkgewersinstruksie bestaan nie en die werknemer uitsluitlik ten doel het om sy of haar taak te verrig (normaalweg optrede in loop van diens); (c) waar die werknemer teen die instruksie van die werkgewer optree, maar steeds ten doel het om slegs sy of haar taak te verrig – soos in die onderhawige saak (normaalweg optrede in die loop van diens); (d) waar die werknemer subjektief sy of haar eie belange, sowel as die werkgewer se belange dien – 'n "frolic of his own" – gekombineer met uitoefening van ampspligte (normaalweg optrede in loop van diens); (e) waar die werknemer subjektief uitsluitlik sy of haar eie belange dien sonder dat sy of haar handeling met die besondere diensverhouding in verband gebring kan word (normaalweg optrede nie in loop van diens nie); (f) waar die werknemer subjektief uitsluitlik sy of haar eie belange dien, dog 'n verband wel met sy of haar diensbetrekking bestaan, hetsy die gewraakte optrede opsetlik, dan wel nalatig geskied het (normaalweg optrede in loop van diens). Indien hierdie kategorieë egter met 'n oop gemoed beoordeel word, blyk dit dat sorgvuldige oorweging en toepassing van die tweede stadium van die standaardtoets – soos verfynd in die beslissing van regter O'Regan in die uitspraak van die konstitusionele hof in die *K*-saak en waarna daar selfs nou as die sogenaamde "*K*-toets" verwys word (sien 550D ev van die uitspraak van die konstitusionele hof in die *F*-saak) – waarskynlik die enigste "sekere" metode is om gevalle van hierdie aard te bereg. Daar bestaan derhalwe geen eenvoudige kortpad nie.

Indien die feitestel in die onderhawige saak teen die agtergrond van ons uitgebreide regspraak en in die lig van die ontwikkelde standaardtoets beoordeel word, vind ek dit werklik merkwaardig dat hierdie geval uiteindelik tot by 'n uitspraak van 'n volle hoë hof gevorder het. Daar word ter oorweging voorgehou dat dit selfs in die lig van die “oorspronklike” standaardtoets van die pre-*K* tydperk uit die staanspoor klinkklaar was dat die appèl tot mislukking gedoem was.

Hierdie beslissing het egter besliste waarde vir die onderrigproses: delikteregstudente kan dit met vrug raadpleeg in samehang met hul handboeke, wat normaalweg nie so 'n omvattende oorsig van die regspraak bevat as wat hierin gebied word nie.

J SCOTT

Universiteit van Pretoria