GEBEURLIKHEDE EN DIE BEWYSLAS IN DIE DELIKTUELE SKADEVERGOEDINSREG

ISSN 1727-3781

2007 VOLUME 10 No 1

GEBEURLIKHEDE EN DIE BEWYSLAS IN DIE DELIKTUELE SKADEVERGOEDINSREG

L Steynberg*

1 Inleiding

Gebeurlikhede[1] in die deliktuele skadevergoedingsreg[2] kan omskryf word as onsekere[3] omstandighede[4] van positiewe of negatiewe aard wat, onafhanklik van die verweerder se optrede[5] en indien dit sou realiseer,[6] waarskynlik[7] ‘n persoon se gesondheid, inkomste, verdienvermoë, lewenskwaliteit, lewensverwagting of onderhoudsafhanklikheid in die toekoms kan beïnvloed of in die verlede kon beïnvloed het en wat gevolglik op billike en realistiese wyse in ag geneem moet word ter vermindering[8] of vermeerdering[9] van die skadevergoedingsbedrag waarop die eiser geregtig is.[10]

Die kernsaak by hierdie omskrywing is die element van onsekerheid. Indien ‘n omstandigheid van die lewe nie as onseker geïdentifiseer kan word nie, kan dit

* Mede-Professor: Departement Privaatreg. Universiteit van Suid-Afrika.

1 In Engels word algemeen na gebeurlikhede as 'contingencies' verwys.

2 Hiermee word nie te kenne gegee dat gebeurlikhede nie ook in kontraktuele verband (of in ander verbande) relevant kan wees nie.

3 'Onseker' dui daarop dat iets nie met ‘n oorwig van waarskynlikheid bewys kan word nie.

4 Hiemstra en Gonin *Drietalige Regswoordeboek* 31 vertaal 'contingency' met 'gebeurlikheid' of 'onsekere omstandigheid'.

5 Indien ‘n kousale verband tussen die verweerder se optrede en die gebeurlikheid met ‘n oorwig van waarskynlikheid aangetoon kan word, sal die verweerder vir die volle uitwerking daarvan op die skade aanspreeklik gehou word.

6 Kyk Steynberg *Gebeurlikhede* 138-140 vir die vasstelling van die hipotetiese kousale verband.

7 Kyk Steynberg *Gebeurlikhede* 67-73 vir ‘n bespreking van die waarskynlikheidsleer aan die hand waarvan die invloed van gebeurlikhede gemeet kan word.

8 Die bedrag skadevergoeding word verlaag vanweë die relevansie van ‘n negatiewe gebeurlikheid, bv die waarskynlikheid dat die broodwinner of eiser vir ‘n periode iewers in die toekoms werkloos sou gewees het.

9 Die bedrag skadevergoeding word verhoog vanweë die relevansie van ‘n positiewe gebeurlikheid, bv die waarskynlikheid dat die broodwinner of eiser ‘n salarisverhoging of bevordering sou ontvang het.

10 Hierdie omskrywing van gebeurlikhede is gebaseer op die oorspronklike omskrywing deur die outeur aangebied in ‘n vorige publikasie (kyk Steynberg 2005 *THRHR* 638-645) en nou aangepas om vir nuwe insigte voorsiening te maak. Kyk ook Steynberg *Gebeurlikhede* 23-24 vir ‘n vermelding van die eienskappe waarop hierdie omskrywing geskoei is.

regstegnies nie as ‘n gebeurlikheid beskryf word nie. Met 'omstandigheid van die lewe' word bedoel enige gebeurtenis, toestand, siekte of ongeluk wat moontlik die eiser se lewe op relevante wyse kan beïnvloed. Indien die getuienis met ‘n oorwig van waarskynlikheid[11] toon dat ‘n bepaalde gebeurtenis[12] gaan plaasvind of sou plaasgevind het, behoort die uitwerking daarvan op die eiser se skade[13] nie as ‘n gebeurlikheid in ag geneem te word nie, maar aan die hand van die normale beginsels by die vasstelling van die omvang van die skade verreken te word.[14] Dit is dus belangrik om te bepaal wanneer ‘n gebeurtenis as 'onseker' aangemerk kan word.

2 Die element van 'onsekerheid'

Die vraag of ‘n gebeurtenis seker of onseker is, word uiteraard bepaal deur die waarskynlikheidsgraad dat die gebeurtenis in die toekoms gaan intree of in die verlede sou ingetree het as dit nie vir die skadestigtende gebeurtenis was nie. Somtyds is die onsekerheid geleë nie in die vraag óf die hipotetiese gebeurtenis[15] gaan plaasvind of sou plaasgevind het nie, maar wannéér dit gaan plaasvind of sou plaasgevind het. Die waarskynlikheidsgraad van ‘n gebeurtenis se intrede hou met die bewyslas ten opsigte van skade verband. Volgens die algemene reël in die bewysreg rus die onus om te bewys op die eiser,[16] en in siviele aangeleenthede word die bewyslas met ‘n oorwig van waarskynlikheid gekwyt.[17] Toegepas op hierdie situasie, beteken dit dat die eiser met ‘n oorwig van waarskynlikheid, met ander woorde met ‘n waarskynlik-

11 Dit is die standaard bewyslas in siviele sake. Kyk Steynberg *Gebeurlikhede* 28-51 vir ‘n volledige bespreking oor die bewyslas en gebeurlikhede.

12 Die begrip 'gebeurtenis' word hier gebruik as sinoniem vir 'omstandigheid van die lewe' en dus as versamelbegrip vir gebeurtenis, toestand, siekte of ongeluk. 'Gebeurtenis' moet nie met die regstegniese begrip 'gebeurlikheid' verwar word nie.

13 Wat die elemente van ‘n delik betref, is dit veral die skade-element wat direk deur gebeurlikhede geraak word. Daar kan egter ook moontlik ‘n verband tussen gebeurlikhede en die kousaliteitselement gevind word – kyk meer hieroor in Steynberg *Gebeurlikhede* 134-138.

14 Die normale beginsels by die vasstelling van skade sluit die sommeskadeleer, positiewe en negatiewe interesse, mitigasieplig, verdiskontering by toekomstige skade, ens in.

15 Met ‘n 'hipotetiese gebeurtenis' word bedoel ‘n onsekere omstandigheid van die lewe wat hipoteties in ‘n situasie ingedink moet word ten einde die moontlike verloop van omstandighede te kan visualiseer.

16 Kyk par 5 hieronder.

17 Kyk par 6 hieronder.

heid van meer as 50 persent, moet bewys wanneer die hipotetiese gebeurtenis as gevolg van die skadestigtende gebeurtenis gaan plaasvind, of sou plaasgevind het as dit nie vir die skadestigtende gebeurtenis was nie.[18] Verder sal die eiser ook met 'n oorwig van waarskynlikheid moet bewys watter invloed die intrede van hierdie hipotetiese gebeurtenis op die omvang van sy of haar skade het.

Somtyds is dit egter onseker presies watter invloed die skadestigtende gebeurtenis en ander hipotetiese gebeurtenisse op die omvang van die skade gehad het of in die toekoms gaan hê. Die onsekerheid kan daarin geleë wees dat, alhoewel die eiser met 'n oorwig van waarskynlikheid bewys het dat die skade (reeds gelede of toekomstig) inderdaad deur die verweerder veroorsaak is, die eiser nie die hof[19] kon oortuig dat geen ander hipotetiese gebeurtenis hierdie skade (of 'n gedeelte daarvan) iewers in die toekoms ook sou veroorsaak het,[20] of moontlik iewers in die verlede reeds veroorsaak het nie.[21] Die onsekerheid kan verder daarin geleë wees dat alhoewel die eiser met 'n oorwig van waarskynlikheid bewys het dat skade deur die verweerder veroorsaak is, die volle omvang van daardie skade, veral wat toekomstige skade betref, nie met dieselfde mate van waarskynlikheid bewys kan word nie.[22] Vanweë hierdie onsekerhede word die algemene reël ten opsigte van die maatstaf van bewys by die inagneming van gebeurlikhede aangepas.[23]

---

18 Kyk die ongerapporteerde uitspraak in *Popela Community v Goedgelegen Tropical Fruits* [2006] HHA 124 (RSA) vir 'n moontlike ander perspektief in hierdie verband.

19 In hierdie artikel word in die reël slegs verwys na situasies waar die skadestigtende gebeurtenis op 'n hofgeding uitloop. Dit is egter so dat skadevergoedingsgeskille meestal nie in die hof beland nie, maar dat die partye 'n skikking oor die bedrag skadevergoeding bereik. Die beginsels met betrekking tot gebeurlikhede wat in die hof aangewend word (soos in hierdie artikel uiteengesit), kan egter goedskiks op skikkingsonderhandelinge toegepas word.

20 Dit sal bv die geval wees waar die hof by 'n eis vir verlies aan verdienvermoë die moontlikheid in ag neem dat die eiser in elk geval iewers in die toekoms 'n verlies aan inkomste sou ly vanweë besnoeiing of staking, siekte of besering, ens.

21 Dit sal bv die geval wees waar die eiser 'n degeneratiewe rug- of nektoestand gehad het voor die skadestigtende gebeurtenis plaasgevind het en hierdie gebeurtenis, volgens die hof, die reeds bestaande besering of toestand slegs vererger het of 'n potensiële operasie slegs verhaas het.

22 Dit sal bv die geval wees waar 'n mediese spesialis verklaar dat daar slegs 'n 20% kans is dat die eiser, vanweë die skadestigende gebeurtenis, in die volgende tien jaar 'n nek-operasie sal moet ondergaan.

23 In par 7 hieronder word volledig hierop ingegaan.

In die bestudering van die praktiese hantering van gebeurlikhede in Suid-Afrika het dit duidelik geblyk dat 'n regsvergelykende studie waardevol kan wees en is besluit om ook die regsposisies ten opsigte van die hantering van gebeurlikhede in Engeland, Kanada en Australië na te vors. Die volgende aspekte is in besonder nagevors: Die rol wat die bewysreg en bewyslasteorieë in die algemeen, en die onus om te bewys en maatstaf van bewys in die besonder, by die hantering van gebeurlikhede vervul.

3 Die bewysreg en gebeurlikhede

Die bewysreg vervul in die algemeen 'n belangrike funksie by die vasstelling van gebeurlikhede en gebeurlikheidsaanpassings. Volgens Ligertwood[24] het die bewysreg ten doel om 'n gepaste milieu te skep waarbinne die feite wat tot die dispuut aanleiding gegee het, vasgestel kan word.[25] Feite is in die algemeen deurslaggewend in die bewysreg en dit blyk ook vir die hantering van gebeurlikhede die geval te wees. Ligertwood[26] is verder van mening dat die howe geen unieke wyse aanwend om feite vas te stel nie, maar dat hulle bloot die gewone beginsels van redenasie, soos die res van die gemeenskap, aanwend. In die redenasieproses maak die howe van afleidings en gevolgtrekkings gebruik; gegewe die hof se direkte kennis van sekere inligting en getuienis, kan die bestaan of plaasvind van wesenlike feite daaruit afgelei word.[27] Hierdie proses vind egter nooit met sekerheid plaas nie,[28] maar slegs met verskillende grade van waarskynlikheid.[29] Robertson en Vignaux[30] sluit

24 Ligertwood *Australian Evidence* 5.
25 Kyk Eggleston *Evidence, Proof and Probability* 58-78.
26 Ligertwood *Australian Evidence* 7.
27 Die hof kan geregtelik kennis neem van algemeen bekende feite – kyk Schmidt en Rademeyer *Bewysreg* 188.
28 Ligertwood *Australian Evidence* 6: "Definite knowledge of the world, including the past events most often alleged as material facts, is unattainable. An all-knowing God may know the world and all that is and was in it, but we mere mortals, in our ignorance, can only strive for that knowledge in a rational and orderly way."
29 Kyk Steynberg *Gebeurlikhede* 65-67.
30 Robertson en Vignaux 1993 *OJLS* 457.

hierby aan deur te verklaar dat die howe die feite moet 'vind' en dat daar van hulle vereis word 'to reason under uncertainty'.[31]

In die bewysreg word deurlopend na waarskynlikhede verwys omdat in ‘n wêreld van onsekerhede geleef word en daar slegs afgelei kan word dat dinge waarskynlik bestaan en dat gebeurtenisse waarskynlik plaasgevind het (of gaan plaasvind);[32] niemand kan ooit van alles seker wees nie.[33] Die vasstelling van waarskynlikhede geskied nie slegs ten opsigte van toekomstige gebeurtenisse – wat in wese onseker is – nie, maar kan ook plaasvind by onsekerhede ten opsigte van gebeurtenisse in sowel die verlede as die teenswoordige. Volgens Eggleston[34] word onbekende feite van die verlede dieselfde hanteer as toekomstige feite wanneer waarskynlikhede bereken moet word, en dit illustreer die belangrikheid van die veronderstellings waarop die vasstelling van waarskynlikhede berus. Wanneer waarskynlikhede egter aangewend word om die bedrag skadevergoeding vas te stel, onderskei die howe duidelik tussen waarskynlikhede ten opsigte van feite in die verlede en waarskynlikhede ten opsigte van wat moontlik in die toekoms kan gebeur.[35]

---

31 Kyk ook Eggleston *Evidence, Proof and Probability* 25: “[E]stimates of probability need only be made when we are in a state of uncertainty. Once we are certain that an event has happened, we need not ask whether at any given prior stage we would have considered it probable or improbable; the fact that we know it to have happened is enough.”

32 Kyk Robertson en Vignaux 1993 *OJLS* 458, 468-469 vir ‘n bespreking van die kritiek dat dinge nie waarskynlik kan gebeur nie; in die werklikheid het dinge óf gebeur, óf dit het nie gebeur nie.

33 Ligertwood *Australian Evidence* 14. Cohen *Probable and Provable* 345-356 is van mening dat hierdie uitgangspunt kenmerkend van ‘n skepties-filosofiese uitkyk op die lewe is: “If the sceptical philosophers of science are right, matters of fact can never be proved beyond reasonable doubt. But an inductivist analysis of probability and certainty allows such proof to be possible wherever the analysis applies ... In fact the sceptical fashion, in modern philosophy of science, has flourished on ignorance about the true structure of inductive reasoning. The generalized method or relevant variables, the empirical character of support-assessments, the systematic analogy of structure between inductive reliability and logical truth, the existence of a concept of inductive probability that grades the weight of evidence – all these features of inductive reasoning have gone largely unnoticed or unacknowledged. Once their importance is recognized it becomes clear how we can, at least in principle, have inferential knowledge about the past, the unobserved present, and the future.”

34 Eggleston *Evidence* 25-26.

35 Kyk par 7 hieronder.

Terwyl regters, volgens Ligertwood,[36] blykbaar versigtig is om die proses van gevolgtrekkings en getuienis te analiseer,[37] het filosowe lank gelede reeds aan die hand van bewyslasteorieë met hierdie analise begin.[38] Hierdie teorieë poog om te verklaar waarom gesê kan word dat 'n spesifieke stuk getuienis waarskynlik 'n spesifieke gevolgtrekking of afleiding regverdig.

4 Bewyslasteorieë en die bewys van gebeurlikhede

Daar bestaan verskeie bewyslasteorieë wat deur die bewysreg en die howe aangewend kan word.[39] Veral twee teorieë oor waarskynlikhede verdien bespreking, naamlik die 'Pascalian'-model[40] waarin 'n suiwer wiskundige benadering[41] gevolg word, teenoor die 'Baconian'-model[42] waarin 'n induktiewe benadering gevolg word.[43] Eggleston[44] illustreer aan die hand van twee

---

36 Ligertwood *Australian Evidence* 14.

37 Kyk Eggleston *Evidence, Proof and Probability* 1: "Ever since the earliest law reports were published, the legal system has been concerned with probabilities, though not all lawyers have recognized the importance of a theoretical study of probabilities in the administration of justice."

38 Kyk Kadane en Schum *Probabilistic Analysis* 116: "The concept of probability presents a paradox: It has a very long past but a very short history. Cave dwellers in paleolithic times seem to have used rudimentary dice either in games of chance or to foretell the uncertain future. Human interest in games of chance certainly did not diminish in later ages; such interest is evident in nearly every human culture that has emerged since the earliest times. What is paradoxical is that the actual calculation of chances did not begin until around AD 1600; an abstract mathematical system or theory of probability came even later in 1933 in the work of the Russian mathematician AN Kolmogorov."

39 Eggleston 1991 *ALJ* 131; Eggleston *Evidence, Proof and Probability* 8-9.

40 Vernoem na Blaise Pascal (1623-1662) wat die eerste analise van waarskynlikhede betrokke by dobbel ontwikkel het. Robertson en Vignaux 1993 *OJLS* 457 verwys hierna as 'conventional probability' en Eggleston *Evidence, Proof and Probability* 8-9 as 'classical probability'.

41 Ligertwood *Australian Evidence* 15-20 verdeel die wiskundige model in drie verdere benaderings, nl die klassieke of *a priori*-benadering, die statistiese of frekwensiebenadering en die subjektiewe benadering. Vir die standpunt van die Engelse regspraak oor die wiskundige benadering, kyk *Davies v Taylor* [1974] QB 207 (HL) 219F-H: "Beneath the legal concept of probability lies the mathematical theory of probability. Only occasionally does this break surface – apart from the concept of proof on a balance of probabilities, which can be restated as the burden of showing odds of at least 51 to 49 that such-and-such has taken place or will do so ... Perhaps forensic science experts could use the mathematical theory more frequently – for example, in combining items of circumstantial evidence ... the respective odds do not combine simply by addition".

42 Vernoem na Francis Bacon (1561-1626). Kyk Schum 1979 *Michigan LR* 458.

43 Volgens Cohen *Probable and Provable* 127 en 145 ev behels die induktiewe benadering oa die vind van waarskynlikhede deur van logiese denkprosesse en wiskundige metodes gebruik te maak.

44 Eggleston 1991 *ALJ* 130-131. Kyk ook Eggleston *Evidence, Proof and Probability* 34-44.

voorbeelde binne die bewysreg dat die toepassing van dié twee modelle verskillende perspektiewe en resultate oplewer. Beide hierdie voorbeelde kan direk op gebeurlikhede van toepassing gemaak word.

Eggleston se eerste voorbeeld hou verband met die siviele bewyslas van 'n oorwig van waarskynlikheid. Die siviele standaard van bewys vereis dat die eiser moet bewys dat dit waarskynliker is dat die gebeurtenis plaasgevind het of gaan plaasvind as wat dit onwaarskynlik is, met ander woorde 'n waarskynlikheid van meer as 50 persent (of 0.5, soos dit gewoonlik uitgedruk word), word vereis. Indien die waarskynlikheid vir die plaasvind van 'n gebeurtenis 80 persent (of 0.8) is, dan is die waarskynlikheid dat dit nie sal plaasvind nie binne 'n suiwer wiskundige model ('Pascalian'-model) 0.2, aangesien die waarskynlikhede in hierdie model altyd tot 1.0 moet optel. Toegepas op 'n siviele saak, sou dit beteken dat indien die eiser slegs met 0.4 waarskynlikheid kan bewys dat 'n gebeurtenis plaasgevind het of gaan plaasvind, die eiser nie aan die bewyslas voldoen het nie aangesien die waarskynlikheid dat die gebeurtenis nie plaasgevind het of gaan plaasvind nie, 0.6 is. Aan die ander kant hoef waarskynlikhede in die 'Baconian'-model nie tot 1.0 op te tel nie. Volgens hierdie model is dit vir die eiser moontlik om te slaag selfs waar 'n waarskynlikheid van minder as die 'meer waarskynlik as onwaarskynlik' bewys is. Dit sal die geval wees indien die verweerder in sy poging om aan te toon dat die gebeurtenis nie plaasgevind het of gaan plaasvind nie, nie daarin kon slaag om die waarskynlikheidsgraad wat die eiser reeds bewys het, te ewenaar nie.[45] Om laasgenoemde model op die siviele bewysreg van toepassing te maak, sou beteken dat die bewyslas nie net op die een party kan rus nie, maar dat beide partye aan die aangewese bewyslas moet voldoen.

Die tweede voorbeeld hou verband met gevalle waar meerdere gebeurtenisse, wat mekaar beïnvloed, deur 'n party bewys moet word. Binne die konteks van

---

45 Cohen *Probable and Provable* 255 verduidelik die toepassing van hierdie benadering soos volg: "[P]roof on the preponderance of evidence does not *need* to be proof at a particularly high level of inductive probability. If the defendant's case is rather weakly evidenced, the plaintiff's case need not reach a high level of inductive probability in order to prevail."

gebeurlikheidsaanpassings gebeur dit dikwels dat die eiser moet aantoon wat die waarskynlikheid is dat meerdere hipotetiese gebeurtenisse in die toekoms gaan plaasvind. In ‘n 'Pascalian'-model word die waarskynlikheid dat twee gebeurtenisse plaasgevind het of gaan plaasvind, bewys deur die waarskynlikheidsgraad dat die eerste gebeurtenis plaasgevind het of gaan plaasvind, te vermenigvuldig met die waarskynlikheidsgraad dat die tweede gebeurtenis plaasgevind het of gaan plaasvind, met die veronderstelling dat die eerste gebeurtenis wel plaasgevind het. Waar die twee gebeurtenisse onafhanklik is van mekaar, moet die twee waarskynlikheidsgrade met mekaar vermenigvuldig word.[46] Binne hierdie model sou dit dus beteken dat indien die individuele waarskynlikhede dat die twee gebeurtenisse plaasgevind het of gaan plaasvind, elk 0.7 is, die waarskynlikheid dat beide sal plaasvind of plaasgevind het, 0.49 sal wees en gevolglik sal die eiser in so geval nie slaag om dit te bewys nie.[47] In ‘n 'Baconian'-model is die waarskynlikheid dat twee gebeurtenisse plaasgevind het of gaan plaasvind, gelyk aan die minste van die twee individuele waarskynlikhede aangetoon.[48] Dit sou dus beteken dat in gevalle waar die eiser kan aantoon dat die plaasvind van die individuele gebeurtenisse elk meer waarskynlik as onwaarskynlik is, daar binne hierdie model aanvaar sal word dat die plaasvind van beide gebeurtenisse ook meer waarskynlik as onwaarskynlik is, en gevolglik sal die eiser in die bewyslas slaag.

Uit hierdie twee voorbeelde is dit duidelik dat die resultate wat verkry word, verskil afhangende daarvan of die 'Pascalian'-model of die 'Baconian'-model gevolg word. Behoort een van die twee modelle bo die ander een deur die howe nagevolg te word? Volgens Cohen[49] gaan dit in siviele litigasie meer oor

---

46 Kyk *R v Jenkins; Ex parte Morrison* (1949) 80 CLR 626 644: “With any chain of circumstantial evidence the chances of error in the conclusion arise first from the chances of error in each fact or consideration forming the steps and second from the chance of error in reasoning to the conclusion from the whole of those facts and considerations. It is therefore wrong to take each fact or consideration separately, to assess the possibilities of error in finding it is established and then if you think it should be found afterwards to treat it as a certainty and pass to the next fact or consideration and so on to the conclusion. The possibilities of error at all points must be combined and assessed together.”

47 Kyk Ligertwood *Australian Evidence* 29.

48 Kyk Ligertwood *Australian Evidence* 35.

49 Cohen *Probable and Provable* 36. Kyk ook Zeffertt *et al Law of Evidence* 36.

die sterkte van die saak as oor die meriete.[50] Hy reken dat die 'Pascalian'-benadering, wat ‘n vaste hoeveelheid 'case weight' aan die eiser en die verweerder toeken, nie reflekteer wat ‘n regsisteem in gedagte het nie.[51] Hy kom tot die gevolgtrekking dat die wiskundige model binne die regsisteem nie gepas is nie[52] en stel ‘n meer induktiewe benadering voor.[53] Cohen[54] voorsien egter situasies waar die wiskundige model wel ‘n rol sou kon speel. Eggleston,[55] aan die ander kant, is van mening dat dié twee modelle versoenbaar is. Volgens Ligertwood[56] is die probleem nie watter een van die modelle normatief bo die ander een verkies moet word nie, maar eerder in watter omstandighede dit meer gepas sal wees om eerder die een as die ander aan te wend.

Watter een van hierdie twee modelle word deur die Suid-Afrikaanse positiewe reg gevolg? Volgens Zeffertt[57] is daar eerstens by die Suid-Afrikaanse howe nie ‘n bewustheid van hierdie probleem of ‘n duidelike keuse tussen die 'Pascalian'- en die 'Baconian'-model nie. Tweedens is daar spore van beide benaderings te bespeur in wat die howe sê en doen, somtyds selfs in hulle hantering van dieselfde onderwerp. Volgens Zeffertt word in die Suid-Afrikaanse uitsprake wat oor die bewyslas in siviele sake handel meestal ‘n

---

50 Kyk Kadane en Schum *Probabilistic Analysis* 151: “Professor L. Jonathan Cohen has developed a system for probabilistic reasoning in which the concept of the *weight of evidence* is tied directly to the *completeness of evidential coverage* (eg, 1977, 1989). The more evidence we have on relevant matters, the greater is the weight of this evidence. But it would be quite wrong to suppose that in this system we simply count up the number of items of evidence we have considered in order to determine its inferential weight. In many situations we use evidence not to provide incremental support for hypotheses but to eliminate them”; Schum 1979 *Michigan LR* 449.

51 Kyk Schum 1979 *Michigan LR* 474-476.

52 Kyk Cohen *Probable and Provable* 118: “When I argue that the mathematicist analysis does not fit judicial proof in Anglo-American courts, I am contending only that it does not fit the assessment of judicial proof according to existing legal standards and procedures. I am not denying that it might fit one or both of two other types of assessment.”

53 Cohen *Probable and Provable* 49-120, 245-281.

54 Cohen *Probable and Provable* 56: “Undoubtedly mathematical probabilities do sometimes have a role to play in judicial trials of fact.” Kyk ook Eggleston 1991 *ALJ* 131-132 se kommentaar op Cohen se stelling.

55 Eggleston 1991 *ALJ* 131. Sien ook Eggleston *Evidence, Proof and Probability* 44.

56 Ligertwood *Australian Evidence* 37.

57 Zeffertt *et al Law of Evidence* 37.

sterk 'Pascalian'-benadering aangehang, in navolging van die uitspraak van regter Denning in *Miller v Minister of Pensions*:[58]

> If the evidence is such that the tribunal can say "we think it more probable than not", the burden is discharged, but if the probabilities are equal it is not.

Aan die ander kant is daar uitsprake, veral in die strafreg, waar afleidings gemaak word omrede dit die 'most natural and plausible inference' blyk te wees. Sodanige benadering kan daartoe lei dat 'n afweging van waarskynlikhede gemaak word en dat 'n party wen indien sy of haar saak meer waarskynlik is as die saak van die teenparty, maar terselfdertyd dat eersgenoemde party se saak nie noodwendig meer waarskynlik as onwaarskynlik is nie. Volgens Zeffertt[59] is daar dus gevalle waar (onbewustelik) 'n sterk 'Baconian' kleur gegee word aan 'n toets wat in 'Pascalian' taal geskets is. Hierdie situasie kan daartoe aanleiding gee dat dit in sekere omstandighede onmoontlik sal wees om te voorspel watter een van die twee benaderings die deurslag sal gee.

Watter een van hierdie twee modelle behoort deur die howe by die beoordeling van gebeurlikhede gevolg te word? Gebeurlikhede is veral relevant by onsekere toekomstige skade en volgens die standaard siviele maatstaf van bewys moet die eiser met 'n oorwig van waarskynlikheid aantoon wat die omvang van sy of haar skade is. Vanweë die toepassing van die 'once-and-for-all'-reël en die eisoorsaakbenadering van ons reg, word die eiser egter gedwing om voor die skuld verjaar nie net vir reeds gelede skade – wat gewoonlik maklik bewysbaar is – te eis nie, maar ook vir alle toekomstige skade wat in meeste gevalle in 'n groot mate in onsekerheid gehul sal wees. Die eiser behoort tegemoetgekom te word waar die toekomstige skade onseker is, omrede dit in die eerste plek nie die eiser se keuse is om reeds nou vir toekomstige skade te eis nie. Die 'Pascalian'-model belas die eiser verseker met 'n swaarder bewyslas as die 'Baconian'-model, en daarom word voorgestel

58 *Miller v Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372 (KB) 374.
59 Zeffert *et al Law of Evidence* 38.

dat by onsekere toekomstige skade die 'Baconian'-model eerder aangewend behoort te word.[60] Dit sou onder andere die volgende kon behels:

(a) Volgens die 'Baconian'-model moet die eiser slegs aantoon dat toekomstige skade ‘n waarskynlikheid is, selfs al is die waarskynlikheid minder as 0.51. Die omvang van die gebeurlikheidsaanpassing sal bepaal word deur die mate waarin die verweerder die waarskynlikhede wat die eiser aangetoon het, kan weerlê.

(b) Volgens die 'Baconian'-model berus dit by beide die eiser en die verweerder om getuienis aan te voer ten opsigte van die relevansie van gebeurlikhede met betrekking tot die toekomstige skade. Indien die verweerder kies om nie van die geleentheid gebruik te maak nie, sou die hof die eiser kon tegemoet kom en die volle eis toestaan, solank die eiser aangetoon het dat die onsekere toekomstige skade ‘n waarskynlikheid is, selfs al is dit ‘n waarskynlikheid van minder as 0.51. Omrede gebeurlikheidsaanpassings binne die hof se diskresie val, sou die hof egter steeds *mero motu* in sodanige geval ‘n gebeurlikheids-aanpassing kan maak.

(c) Waar die waarskynlikheid van toekomstige skade afhanklik is van meerdere hipotetiese gebeurtenisse, moet die waarskynlikheid van die intrede van elk van die hipotetiese gebeurtenisse deur die eiser aangetoon word. Volgens die 'Baconian'-model sal die hof sy gebeurlikheidsaanpassing baseer op die laagste waarskynlikheidsgraad van al die hipotetiese gebeurtenisse, en nie (soos in die 'Pascalian'-model) die waarskynlikheid van die intrede van al die hipotetiese gebeurtenisse met mekaar vermenigvuldig nie.

Zeffertt[61] kom tot die volgende gevolgtrekking wat in besonder ook ten opsigte van gebeurlikheidsaanpassings waar blyk te wees:

---

60 Kyk ook Zeffertt *et al Law of Evidence* 42: “It is probable that no single system ... can adequately account for all the inferential and related evidentiary tasks imposed by a sophisticated legal system ... [T]here must be *some* room in the field of evidence and inferential reasoning for intuitive, inductive, Baconian reasoning, the task we face is in identifying which areas of that system lend themselves to such an approach and which areas should, instead, be given a Pascalian, or even some *other* treatment.”

61 Zeffertt *et al Law of Evidence* 39.

> An election, in short, must be made between these two school of thoughts.[62] It is unlikely that either of the approaches is universal, which means that different problems will have to be solved in different ways, here with a little Bacon, and there with a touch of Pascal. It is crucial, however, that the courts understand that such an election is unavoidable and that they appreciate the theoretical nature and practical consequences of that election in general and in each case. To that end they will need to know more about the extent to which mathematical principles may appropriately be invoked in a forensic context and to be able to understand and evaluate the relationship between these principles and the conventional rules of evidence.

5 Onus om gebeurlikhede te bewys

Dit is geykte reg dat die bewyslas op die eiser rus om die omvang van sy skade te bewys, asook die bedrag skadevergoeding wat hy daarvoor behoort te ontvang.[63] Indien dit uit die feite blyk dat 'n aanpassing ten opsigte van die bedrag skadevergoeding gemaak moet word, rus die bewyslas ten opsigte van die aanpassing egter nie noodwendig ook op die eiser nie.

Die *locus classicus* in die Suid-Afrikaanse reg oor die fundamentele beginsels wat die onus van bewys reël, is *Pillay v Krishna*.[64] Die Appèlafdeling het in hierdie saak na drie belangrike beginsels of reëls verwys. Die eerste beginsel is

---

62 Kyk verder Zeffertt *et al Law of Evidence* 43: "It is our view, therefore, that our courts should tread warily, alive to the complexity and relative newness of many of these ideas, and yet be mindful of their practical and theoretical importance. Difficult as it may be for lawyers to make choices predicated upon areas of learning alien to the legal experience, it would seem that such choices are inevitable. Even if it is felt that choices made on an incomplete or inadequate grasp of these ideas is undesirable, such a choice must, we believe, be preferable to the only alternative, which would be making those choices without engaging those ideas at all – either in ignorance of their existence or out of a timid or obdurate refusal to venture into the unfamiliar."

63 Kyk *Erasmus v Davis* 1969 2 SA 1 (A) 9E: "The *onus* rests on plaintiff of proving, not only that he has suffered damage, but also the *quantum* thereof"; *Krugell v Shield Versekeringsmaatskappy* 1982 4 SA 95 (T) 99F: "Die eiser wat wil slaag moet nie alleen bewys dat sy verdienvermoë aangetas is nie, maar die skade ook kwantifiseer"; *Hendricks v President Insurance* 1993 3 SA 158 (K) 165A: "The duty however, remains squarely on the plaintiff to adduce all the evidence reasonably available to him before he can request the Court to come to his assistance by estimating a fair and reasonable *quantum*"; *Ngubane v South African Transport Services* 1991 1 SA 756 (A) 784F-G; *Janeke v Ras* 1965 4 SA 583 (T) 588D-F; Zeffertt *et al Law of Evidence* 45; Visser en Potgieter *Skadevergoedingsreg* 448; Reece 1996 *MLR* 204.

64 *Pillay v Krishna* 1946 AD 946. Kyk Dlamini 2003 *Stell LR* 77; Paizes 1999 *SALJ* 543-546.

dat indien een persoon iets van 'n ander in 'n geregshof eis, daardie persoon die hof moet oortuig dat hy daarop geregtig is.[65] Die tweede beginsel is dat indien die persoon teen wie die eis ingestel is nie tevrede is nie en 'n spesiale verweer opper, hy as die eiser ten opsigte van daardie verweer beskou word en dat hy derhalwe die hof moet oortuig dat hy daarop geregtig is om met die verweer te slaag.[66] Die derde beginsel is die bekende reël dat wie beweer moet bewys, en nie wie ontken nie.[67]

'n Belangrike uitspraak van die Kanadese Court of Appeal ten opsigte van die bewyslas by gebeurlikhede is *Lamb v Brandt*:[68]

> In the absence of evidence establishing the existence of reliable figures, the fact that no evidence of that kind was adduced is not a reason for ignoring the contingency. It is reasonable to resolve the uncertainty against the defendant.[69]

In *Dominish v Astill*[70] bevestig appèlregter Samuels van die Supreme Court van Australië dat die bewyslas op die verweerder rus om die vermindering in die bedrag skadevergoeding aan te toon.[71] Die gebeurlikheid hier ter sprake was die moontlike hertroue van die afhanklike weduwee. Net so bevind die Australiese Federal Court of Appeal in *Hall v Tarlinton*[72] dat dit verkeerd is om

---

65 *Digesta* 22.3.21 soos aangehaal in *Pillay v Krishna* 1946 AD 946 951.
66 *Digesta* 44.1.1 soos aangehaal in *Pillay v Krishna* 1946 AD 946 952.
67 *Pillay v Krishna* 1946 AD 946 952.
68 *Lamb v Brandt* (1984) 56 BCLR 74 (CA) 85.
69 Kyk *Lefebvre v Dowdall and McLean* (1965) 46 DLR (2d) 426 (Ont HC) 431: "A consideration of these principles leads to the conclusion that the law does not presume any financial advantage to the widow on remarriage nor is there any presumption that the children will receive any future advantages. The burden is on the defendants to satisfy the Court in every case"; *Lan v Wu* (1978) 7 CCLT 314 (BC SC) 332: "No evidence was led by the defendants to illustrate the plaintiff's job was in jeopardy ... that his health was bad and he might die soon or that the cost of a prosthesis was likely to go down in future"; *Sharp-Barker and Barker v Fehr* (1983) 39 BCLR 19 (SC) 37: "The burden of showing mitigation and its extent lies on the defendant, and the earning power, stability and health of the second husband ... would have distinct bearing on the issue of damage".
70 *Dominish v Astill* [1979] 2 NSWLR 368 (SC) 380.
71 Kyk ook *Curwen v James* [1963] 2 All ER 619 (CA).
72 *Hall v Tarlinton* (1978) 19 ALR 501 (FC) 506: "This argument seemed to assume both that the onus is on the plaintiff to establish, on the balance of probabilities, that there are any favourable contingencies to offset the assumed unfavourable contingencies, and secondly, that a plaintiff also has the onus of establishing the monetary value of such contingencies, in the same manner in which he has the onus of establishing the financial rewards which he would have reaped had he been able to enter upon an occupation from which the

aan te neem dat die bewyslas ten opsigte van gunstige gebeurlikhede, wat die aanvaarde negatiewe gebeurlikhede moontlik kan kanselleer, op die eiser rus. Verbandhoudend hiermee beslis die Australiese High Court in *Purkess v Crittenden*[73] dat die bewyslas op die verweerder rus om aan te toon dat 'n voorafgaande besering 'n invloed op die skade het.[74]

Reinecke[75] bespreek die bewyslas in gevalle waar voordele moontlik toegereken moet word. Volgens hom moet oorwegings van regverdigheid en billikheid bepaal of die voordeel toegereken moet word en behoort die bewyslas om dit aan te toon op die verweerder te rus. Na analogie van gebeurlikheids-aanpassings sou dit dus beteken dat indien die bedrag skadevergoeding vanweë die aanpassing verlaag word, soos die geval sal wees met voordeel-toerekening, die bewyslas op die verweerder behoort te rus.[76]

Volgens Fleming[77] word die reëls aangaande die onus om te bewys vasgestel ooreenkomstig oorwegings aangaande beleid, regverdigheid en waarskynlik-heid.[78] In aansluiting hierby stel Stein[79] voor dat die beginsel van gelykheid en billikheid ('principle of equality') moet bepaal waar die onus om te bewys

---

accident has precluded him. In our opinion, this contention of counsel was incorrect in both respects."

73 *Purkess v Crittenden* [1965] 114 CLR 164 (HC) 168: "[W]here a plaintiff has, by direct or circumstantial evidence, made out a prima facie case that incapacity has resulted from the defendant's negligence, the onus of adducing evidence that his incapacity is wholly or partly the result of some pre-existing condition or that incapacity, either total or partial, would, in any event, have resulted from a pre-existing condition, rests upon the defendant." Sien ook *Watts v Rake* (1960) 108 CLR 158 (HC) 164: "[I]t is for the defendant to prove that before the accident the plaintiff was in a condition that, without the accident, would have led to his post-accident state of health".

74 Kyk ook *Nilon v Bezzina* [1988] 2 Qd R 420 (FC) 429; *Pastras v Commonwealth of Australia* [1967] VR 161 (FC) 164.

75 Reinecke 1988 *De Jure* 229.

76 Kyk *De Sales v Ingrilli* [2002] 212 CLR 338 (HC) 378: "[T]he defendant has the onus of establishing the benefits that may be obtained from future financial support. If the evidence suggests that the surviving spouse may not receive the same level of support from an existing or future relationship, it is the defendant who must bear the consequences."

77 Flemming *Law of Torts* 313: "Allocation of the burden of proof is a function of substantive law, not evidence, and determined by considerations of policy, fairness and probability. The role of legal policy is by no means exhausted in prescribing the various elements that go to make up the cause of action; it also has a large voice in allocating these elements to one or the other litigant. ... Fairness, in turn, might suggest that if evidence relating to a particular element is apt to be within the control of one party, his should also be the burden of proving it. Finally, the factor of probability promotes a minimum of inaccurate results."

78 Kyk in die algemeen Dlamini 2003 *Stell LR* 68-88; Zeffertt *et al Law of Evidence* 50.

79 Stein 1996 *CJLJ* 338.

geplaas word. Gelykheid en billikheid kan gehandhaaf word indien die eiser en die verweerder slegs blootgestel word aan die risiko van verlies ten opsigte van die bewerings deur hulle self gemaak. Stein gaan verder en pas hierdie beginsel toe op die bepaling van bewysregtelike vereistes vir die maak van waarskynlikheidsuitsprake. Hy verklaar dat waarskynlikheidsuitsprake slegs ten opsigte van die bestaande getuienis gemaak moet word. Feite wat nie bewys kan word nie, behoort dus in beginsel nie ten gunste van of ten koste van enigeen van die partye gebruik te word nie. Toegepas op gebeurlikhede, sou dit dus beteken dat daar geen onus om te bewys ten opsigte van gebeurlikhede behoort te geld nie aangesien gebeurlikhede nie op bewysbare feite berus nie en waarskynlikheidsuitsprake die grondslag of basis van gebeurlikheidsaanpas-sings vorm.

Ter ondersteuning van hierdie uitgangspunt kan King[80] se siening oor die onus om te bewys, vermeld word. Hy beweer dat indien gebruik gemaak word van die metode om die verlies van ‘n kans[81] (minder as 50 persent) in aanmerking te neem, dit minder belangrik sal wees op wie die bewyslas rus, aangesien die eiser steeds met ‘n gedeelte van sy of haar eis sal slaag selfs al kon die eiser nie met ‘n oorwig van waarskynlikheid skade bewys nie.

Zeffertt[82] voer ‘n lang argument oor die nadele van die reël in die siviele reg dat die bewyslas op die eiser rus om elke element van die remedie te bewys.[83] Zeffertt verwys in sy argumente nie uitdruklik na gebeurlikhede nie, maar wel na situasies in die siviele reg waar daar onsekerheid ontstaan, aangesien die eiser nie aan die bewyslas ten opsigte van al die elemente van die delik kan voldoen nie. Vir doeleindes van hierdie studie word aanvaar dat die eiser die aanwesigheid van al die elemente van die delik kon bewys, maar nie die volle omvang van die skade met ‘n oorwig van waarskynlikheid kon bewys nie, of dat alhoewel die volle omvang wel bewys is, die eiser nie daarin kon slaag om met ‘n oorwig van waarskynlikheid aan te toon dat geen ander gebeurtenis (of

80 King 1981 *Yale LJ* 1393.
81 Kyk Steynberg *Gebeurlikhede* 53-58.
82 Zeffert *Law of Evidence* 85-89.
83 Kyk egter Paizes 1999 *SALJ* 576-580, 584.

gebeurlikheid) nie ook die skade in die toekoms sou kon veroorsaak het nie.[84] Vir soortgelyke situasies bied Zeffertt[85] die volgende oplossing aan:

> It is as if the momentum generated by the proof furnished by the plaintiff or the admissions made by the defendant effect a shift in our perspective of what it is proper for the law to do. The plaintiff, having gone a significant way toward proving his or her case, must now be favoured when it comes to resolving who wins when what is left of his or her case reaches a deadlock. ... [S]ince we will, *ex hypothesi*, make an equal number of wrong decisions irrespective of who we decide should bear the onus, there seems to be a certain sense of appropriateness, fairness and symmetry in requiring the defendant to prove self-defence [of dan gebeurlikhede] ... [This argument] rests on a recognition of the fact that the forces at work in determining the incidence of the onus are significantly weaker in the civil context than they are in criminal cases, that the uniform approach that systematically favours one party over another – while it may be necessary for criminal cases – is neither necessary nor appropriate in civil matters, and that the best we can do in civil cases is to "split" the burden in a way that reduces the advantage enjoyed by the defendant.

Na aanleiding van Stein, King en Zeffertt se argumente word voorgestel dat by die inagneming van gebeurlikhede die begrippe 'onus om te bewys' en 'bewyslas' verkieslik vermy moet word. Soos bekend, rus daar 'n openbaar-makingsplig op die eiser om die volle en beste getuienis tot sy of haar kennis en beskikking aan die hof voor te lê, ook wat getuienis aangaande negatiewe gebeurlikhede betref.[86] Indien die eiser 'n *prima facie* saak ten opsigte van die

---

84 Kyk *Watts v Rake* (1960) 108 CLR 158 (HC) 160: "If the disabilities of the plaintiff can be disentangled and one or more traced to causes in which the injury he sustained through the accident played no part, it is the defendant who should be required to do the disentangling and to exclude the operation of the accident as a contributory cause". Sien ook *Sayers v Perrin* (1966) Qd R 89 (FC) 94-95.

85 Zeffertt *Law of Evidence* 87.

86 Kyk *Hendricks v President Insurance* 1993 3 SA 158 (K) 165A-E: "The duty however, remains squarely on the plaintiff to adduce all the evidence reasonably available to him before he can request the Court to come to his assistance by estimating a fair and reasonable *quantum* ... [I]f the Court were obliged to make an estimate in circumstances where further evidence was available, it may *ex post facto* appear that the Court had done an injustice to one of the parties. Also, if the withholding of evidence is permitted, even once, it may result in a party deliberately withholding evidence in the belief or in the hope that the Court's calculation may be more favourable than if all the evidence were led. The already difficult task of assessing damages would be increased"; *Modern Engineering Works v Jacobs* 1949 3 SA 191 (T) 193: "[I]t is the duty of the Court to assess damages in the best way possible on such evidence as is available, the present is a case where it lay within the power of the respondent to prove his damages quite clearly. That has certainly

skade of die relevansie van ‘n positiewe gebeurlikheid uitgemaak het, berus dit op die verweerder om getuienis aan te bied wat hierdie *prima facie* saak sal weerlê.[87] Dieselfde beginsel sal geld in omstandighede waar die verweerder ‘n *prima facie* saak aan die hand van getuienis (met die nodige hulp wat die algemene openbaarmakingsplig aan die kant van die eiser kan bied) ten opsigte van negatiewe gebeurlikhede aan die hof voorgelê het. In sodanige geval sal dit by die eiser berus om getuienis aan te bied wat die invloed van die negatiewe gebeurlikhede sal kanselleer. Hierdie plig om getuienis met betrekking tot gebeurlikhede aan te bied en wat onder sekere omstandighede gelyktydig op sowel die eiser as die verweerder kan rus, kan nie as ‘n bewyslas of selfs as ‘n weerleggingslas in die geykte sin beskryf word nie. Die bestaande terminologie in die bewysreg kan eenvoudig nie die bewys van gebeurlikhede korrek en gepas beskryf nie. Daarom is dit verkieslik om hierdie situasie te verduidelik sonder om die bekende bewysregterme te gebruik.

Met hierdie gevolgtrekking in gedagte, kan die bewys van gebeurlikhede soos volg uitgedruk word: Indien die gebeurlikheid ‘n verhoging in die bedrag skadevergoeding teweeg sal bring, berus dit by die eiser om getuienis ter ondersteuning van sodanige gebeurlikheid aan die hof voor te lê. Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar die grondslag van die eis ‘n verlies aan toekomstige inkomste, hetsy van die eiser of die broodwinner, uitmaak. In sulke gevalle word die werklike inkomste wat die eiser of broodwinner op die datum van delik verdien het as basis vir die berekening gebruik en moet die waarskynlikheid van enige potensiële verhogings of bevorderings in die toekoms deur die eiser aan die hand van getuienis aangetoon word voordat dit deel van die berekeninge sal uitmaak. Aan die ander kant, indien die gebeurlikheid ‘n verlaging in die bedrag skadevergoeding teweeg sal bring, kan

---

not been done”; Stein 1996 *CJLJ* 340; Schmidt en Rademeyer *Bewysreg* 28, 103: “Die versuim deur ‘n litigant om getuienis voor te lê omtrent ‘n feit wat uitsluitlik of in besonder binne sy kennis val, sal dus gewoonlik tot gevolg hê dat sy teenstander se prima facie bewys in afdoende bewys omskep word; of dat die ongunstigste afleiding uit die feite teen kom gemaak word”. Sien ook Paizes 1999 *SALJ* 580-582; *Pillay v Krishna* 1946 AD 946 956; *Mabaso v Felix* 1981 3 SA 865 (A) 873D-E; *Eskom v First National Bank of Southern Africa* 1995 2 SA 386 (A) 392D-E: “As a matter of fairness and sound judicial policy it seems reasonable that, where one party has the means of establishing a particular fact and his opponent not, the onus should rather be on the former than on the latter.”

87 Kyk Zeffertt *et al Law of Evidence* 121.

dit sekerlik nie die eiser se taak wees om aan te toon dat daardie gebeurlikheid nie sal intree nie. Dit sal regverdiger wees om van die verweerder te verwag om die waarskynlikheid van hierdie gebeurlikhede aan die hand van getuienis aan te toon, aangesien dit die verweerder is wat 'n belang daarby het dat die bedrag skadevergoeding verlaag moet word.[88] Indien geen aanvaarbare getuienis oor gebeurlikheidsaanpassings deur die eiser of die verweerder gelei is nie, kan die hof *mero motu* daarvan kennis neem.[89]

Ten spyte van wat in die vorige paragraaf gesê is oor die verweerder se verantwoordelikheid by die bewys van negatiewe gebeurlikhede, loop die eiser 'n groot risiko indien eenvoudig aanvaar word dat daar geen plig op die eiser rus om enige getuienis aan te voer oor moontlike gebeurlikhede wat die skadevergoeding kan verlaag nie. Die risiko is daarin geleë dat die hof, by gebrek aan direkte getuienis aangaande negatiewe gebeurlikhede, afleidings daaraangaande kan maak (en selfs geregtelik kennis kan neem daarvan) sonder dat die eiser die geleentheid het om sodanige afleidings te weerlê.[90] Dit sal die eiser se saak dus beter dien indien die eiser, in die lig van sy of haar algemene openbaarmakingsplig, getuienis aan die hof voorhou ten opsigte van alle moontlike gebeurlikhede, insluitend gebeurlikhede wat die skadevergoeding kan verlaag. Al die relevante gebeurlikhede wat uit die eiser se getuienis na vore kom, moet dan in die aktuariële berekeninge (indien daarvan gebruik gemaak word) vergestalt word.

6 Maatstaf van bewys by gebeurlikhede

Eggleston[91] is van mening dat ten spyte daarvan dat eeue verloop het sedert regters begin het om feite vas te stel, daar steeds baie onsekerheid heers oor

88 Kyk *Everson v Allianz Insurance* 1989 2 SA 173 (K) 177C: "[P]laintiff had here to prove that he would earn less than he would have done uninjured and what the monetary amount of that loss would be. If he succeeded in establishing that, then the defendant had to prove that by switching to being a cabinet-maker plaintiff would sustain a smaller loss."

89 Kyk *Lebona v President Versekeringsmaatskappy* 1991 3 SA 395 (W).

90 Koch *Reduced Utility* 35 n 207; *Arendse v Maher* 1936 TPD 162 165; *Sandler v Wholesale Coal Suppliers* 1941 AD 194 198; *Roxa v Mtshayi* 1975 3 SA 761 (A) 769-770.

91 Eggleston *Evidence* 129.

wat presies die maatstaf van bewys in siviele aangeleenthede behels.[92] Een van die redes vir die onsekerheid is die verskillende uitdrukkings waarmee die maatstaf van bewys beskryf word. In Suid-Afrika is die maatstaf ‘n 'oorwig van waarskynlikheid'[93] en in Kanada,[94] Engeland[95] en Australië[96] word die maatstaf as ‘n 'balance of probabilities' beskryf. Volgens Eggleston kan ‘n ewewig van waarskynlikhede ('balance of probabilities') sekerlik nie letterlik beteken dat ten gunste van die persoon met die bewyslas bevind word indien die getuienis of waarskynlikhede as gebalanseerd of in ewewig beskou word nie.[97] Om verwarring te voorkom, behoort die uitdrukkings 'preponderance of probabilities' of 'preponderance of evidence' (of in Afrikaans, oorwig van waarskynlikheid) verkies te word bo die uitdrukking 'balance of probabilities'.

Die maatstaf van bewys met ‘n oorwig van waarskynlikheid geld nie net ten aansien van die bewys van skade nie, maar ook vir die bedrag vergoeding wat daarvoor geëis word.[98] In *Commercial Union Assurance v Stanley*[99] beslis appèlregter Wessels dat die eiseres met ‘n oorwig van waarskynlikheid moet bewys dat sy haar verdienvermoë tot en met 2007 sou aangewend het as dit

---

92 Kyk Schmidt en Rademeyer *Bewysreg* 77-82.

93 Schmidt en Rademeyer *Bewysreg* 77; Visser en Potgieter *Skadevergoedingsreg* 493.

94 Delisle en Stuart *Evidence Principles* 34 beskryf die maatstaf van bewys in Kanada as bewys met 'a preponderance of evidence' of 'proof on the balance of probability'.

95 Kyk *Davies v Taylor* [1974] QB 207 (HL) 213A; Ogus *The Law of Damages* (1973 Butterworths Londen) 80; Barrie *Compensation for Personal Injuries* (2002 Oxford University Press New York) 34.

96 Eggleston *Evidence, Proof and Probability* 129.

97 Kyk egter die wyse waarop die howe dit verwoord – *Govan v Skidmore* 1952 1 SA 732 (N) 734C-D: “[I]n finding facts or making inferences in a civil case, it seems to me that one may ... by balancing probabilities select a conclusion which seems to be the more natural, or plausible, conclusion from amongst several conceivable ones, even though that conclusion be not the only reasonable one.” Kyk ook *International Tobacco v United Tobacco (1)* 1955 2 SA 1 (W) 14; *Ocean Accident & Guarantee Corporation v Koch* 1963 4 SA 147 (A) 159; *Motor Vehicle Assurance Fund v Dubuzane* 1984 1 SA 700 (A) 707; *Santam v Potgieter* 1997 3 SA 415 (O).

98 Visser en Potgieter *Skadevergoedingsreg* 493 en n 50; Gauntlett 8; Buchanan 1960 *SALJ* 187; Coote 1988 *ALJ* 770; McGregor *On Damages* 1335; *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1987] 1 AC 750 (HL) 760: “Having identified and proved loss, the loss then has to be valued. Identification and valuation are distinct and separate processes but ... it is for the plaintiff to prove both the identified loss and its value and to do so in each case on the balance of probabilities”; *Hendricks v President Insurance* 1993 3 SA 158 (K) 163E-F: “I appreciate that in assessing damages in this type of case it is invariably impossible to have resort to precise arithmetical calculations. That notwithstanding, both the fact that damages have been suffered and, if so, the *quantum* of such damages must be proved by the plaintiff who, in order to do so, must establish that after allowing for the costs saved he is still out of pocket”.

99 *Commercial Union Assurance v Stanley* 1973 1 SA 699 (A) 704A.

nie vir die ongeluk was nie. Net so bevind regter Henochsberg in *Gillbanks v Sigournay*[100] dat die eiser met 'n oorwig van waarskynlikheid moet bewys wat die omvang van sy toekomstige inkomste sou gewees het as dit nie vir die beserings was nie. In *Goodall v President Insurance*[101] beslis regter Margo dat die eiser (met 'n oorwig van waarskynlikheid) bewys het dat hy bevordering sou ontvang het as dit nie vir sy beserings was nie en sy volle eis vir reeds gelede verlies aan inkomste word onveranderd toegestaan. In *Brandon v SANTAM Insurance*[102] bevind regter Becker dat dit 'a matter of probability' is dat die noodsaak vir 'n operasie binne ongeveer sewe jaar gaan intree en staan vergoeding vir die operasie toe sonder enige aanpassing vir gebeurlikhede.

Ten spyte van hierdie uitsprake en duidelike gesag word daar in die positiewe reg somtyds 'n ligter maatstaf van bewys vereis om die omvang van sekere tipes skade te bewys. Uit die uitspraak van regter Selikowitz in *Hendricks v President Insurance*[103] blyk die motivering vir hierdie uitsonderings duidelik:

> The principle applicable to the assessment of damages has as its *ratio* the policy that the wrongdoer should not escape liability merely because the damage(s)[104] he caused cannot be quantified readily or accurately.[105] The underlying premise upon which the principle rests

---

100 *Gillbanks v Sigournay* 1959 2 SA 11 (N) 13F: "The determination of the sum to be awarded by way of damages and the other issues mentioned depends upon the nature and extent of plaintiff's injuries, his earnings prior to the accident, and an assessment on a balance of probabilities as to what his future is likely to be and as to what his possible future earnings might have been had he not met with the accident."

101 *Goodall v President Insurance* 1978 1 SA 389 (W) 391B-C.

102 *Brandon v SANTAM Insurance* 1962 WLD 415 418.

103 *Hendricks v President Insurance* 1993 3 SA 158 (K) 165E-F.

104 Selikowitz r maak deurlopend in sy uitspraak van die term 'damages' gebruik wanneer hy na sowel skadevergoeding as skade verwys. Hierdie gebruik kan verwarrend wees en dit is derhalwe beter om die korrekte onderskeid tussen hierdie begrippe te maak, deur vir skade die term 'damage' en vir skadevergoeding die term 'damages' te gebruik.

105 Kyk Ogus *Law of Damages* 83-84; *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786 (CA) 792: "[T]he fact that damages cannot be assessed with certainty does not relieve the wrongdoer of the necessity of paying damages"; *Klopper v Maloko* 1930 TPD 860 865: "Now it has been laid down that where damage has been suffered which can be measured in money, the mere fact that precise assessment is impracticable is not a justification for refusing to give the plaintiff any damage at all"; *Esso Standard SA v Katz* 1981 1 SA 964 (A) 969H-970A: "It has long been accepted that in some types of cases damages are difficult to estimate and the fact that they cannot be assessed with certainty or precision will not relieve the wrongdoer of the necessity of paying damages for his breach of duty"; *Lazarus v Rand Steam Laundries (1946)* 1952 3 SA 49 (T) 50H-51A; *Hendricks v President Insurance* 1993 3 SA 158 (K) 163H-J.

> is that the victim has, in fact, suffered damage(s) and that the wrongdoer is liable to pay compensation or a *solatium*.

Coote[106] bied as regverdiging vir hierdie uitsondering op die gewone siviele maatstaf van bewys (meer spesifiek in die geval van vermoënskade) die 'once-and-for-all'-reël wat vereis dat slegs eenmaal geëis kan word vir alle skade wat op een eisoorsaak gebaseer is. Hy vermeld ses voorwaardes waaraan voldoen moet word voordat hierdie uitsondering op ‘n eisgrond van toepassing gemaak kan word:[107] (a) Die kans dat skade sal intree moet meer as net spekulatief wees; (b) die kans moet nie net statisties bestaan nie, maar moet ook op die eiser persoonlik van toepassing gemaak kan word; (c) indien die realisering van die kans afhanklik is van een of ander optrede aan die kant van die eiser, moet die eiser met ‘n oorwig van waarskynlikheid kan aantoon dat hy of sy daardie stappe sou gedoen het; (d) indien die bestaan van die kans afhanklik is van ‘n keuse wat die verweerder moet uitoefen, word aanvaar dat die verweerder daardie keuse wettig en *bona fide* tot sy of haar voordeel sal uitoefen; (e) die kans moet ‘n meetbare ekonomiese waarde hê; en (f) die bestaan van die kans moet met ‘n oorwig van waarskynlikheid bewys word.

In aansluiting hierby verwys Boberg[108] na die onderskeid tussen die bewyslas wat op die eiser rus om sy skade te bewys (met ‘n oorwig van waarskynlikheid) en die bewyslas om die omvang van sy skade te bewys:[109]

> The element of patrimonial loss, like the other elements of Aquilian liability, must be proved by the plaintiff on a balance of probabilities. This requirement relates to the *fact* of damage; its quantum, particularly where it is prospective, may depend on various

106 Coote 1988 *ALJ* 766.
107 *Ibid* 768.
108 Boberg *The Law of Delict: Vol 1 Aquilian Liability* (1984 Juta Kaapstad) 477-478.
109 Kyk ook *Green v Chenoweth* [1998] 2 Qd R 572 (CA) 575: “The distinction between proof of liability and proof of loss, which is critical in the present case, may have difficulties. In most areas of the law there is no liability without proof of loss. This principle requires that the value of the expected loss or financial advantage be determined as a *certainty* and then this certain value reduced by a percentage reflecting the chance that the contingent event may not have arisen at all. The determination of a suitable percentage by which to discount for the risk will often be a somewhat unscientific estimate based upon the expectations of a reasonable man. A greater degree of objectivity is achieved when mortality or other statistical tables are used.”

> imponderables, some of which have a less than 50 per cent chance of materialising. They are not ignored on that account, but are properly represented by a contingency allowance of the same percentage as the chance of the event's occurring. Moreover, a plaintiff who has laid the best available evidence before the court should not be non-suited merely because his loss is difficult to quantify: the court must do the best it can with the materials to hand.[110]

Hieruit kan afgelei word dat Boberg vereis dat die eiser die beste beskikbare getuienis aan die hof moet voorhou[111] en indien die omvang van die skade steeds 'onbewysbaar' is,[112] die hof 'n gedeelte van die skade sal toeken, gelykstaande aan die persentasiekans dat die skade sal intree.[113]

---

110 *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786 (CA) 792: "[T]he fact that the damages cannot be assessed with certainty does not relieve the wrongdoer"; *Hersman v Shapiro* 1926 TPD 367 379: "Monetary damage having been suffered, it is necessary for the Court to assess the amount and make the best use it can of the evidence before it. There are cases where the assessment by the Court is very little more than an estimate; but even so, if it is certain that pecuniary damage has been suffered, the Court is bound to award damages. It is not so bound in the case where evidence is available to the plaintiff which he has not produced; in those circumstances the Court is justified in giving, and does give, absolution from the instance. But where the best evidence available has been produced, though it is not entirely of a conclusive character and does not permit of a mathematical calculation of the damages suffered, still, if it is best evidence available, the Court must use it and arrive at a conclusion based upon it"; *Klopper v Maloko* 1930 TPD 860 866: "But where the action is not brought to establish any right but merely for damages and the plaintiff can lead evidence to enable the Court to assess the amount of the actual loss and does not do so, I do not think an award of damages can be supported on the mere ground that the defendant's conduct was deliberate or high-handed"; *Esso Standard v Katz* 1981 1 SA 964 (A) 970D-E: "In the present case it might be said with some justification that the plaintiff should have sought the assistance of an accountant. He failed to do so, but it does not follow that he should be non-suited. Whether or not a plaintiff should be non-suited depends on whether he has adduced all the evidence reasonably available to him at the trial"; *Mkwanzi v Van der Merwe* 1970 1 SA 609 (A) 632.

111 Kyk *Chisholm v East Rand Proprietary Mines* 1909 TH 297 300 waarin Mason r dit stel dat 'n skadevergoedingseis onderhewig is aan gebeurlikhede in die mate wat "they can be estimated". Vgl *Turkstra v Richards* 1926 TPD 276 281.

112 Kyk *Nilon v Bezzina* [1988] 2 Qd R 420 (FC) 424: "The degree of precision with which damages are to be proved is proportionate to the proof reasonably available. It is not the rule that where some substantial damage has been caused, the wrongdoer is relieved of responsibility if the damages cannot be assessed with certainty."

113 Vgl *Burger v Union National South British Insurance* 1975 4 SA 72 (W) 74H-75A: "It has never, within the range of my knowledge and experience, been the approach of our Courts, when charged with the assessment of damages, to resolve by an application of the burden of proof such uncertainties as I have referred to. I am not dealing with a case in which the plaintiff could have called evidence to remove the uncertainty, but neglected to do so. I am referring to cases like *Turkstra Ltd. v. Richards*, 1926 T.P.D. 276, in which the plaintiff has laid before the Court such evidence as was available, but that evidence has necessarily failed to remove uncertainties with regard to matters bearing upon the *quantum* of damage. The Court, in such a case, does the best it can with the material available." Kyk Visser en Potgieter *Skadevergoedingsreg* 495-496; Ogus *Law of Damages* 83-84.

Geld hierdie uitsondering vir alle vorme van skade onder alle omstandighede? Visser en Potgieter[114] verklaar dat in die geval van toekomstige skade dit slegs vir die eiser nodig is om die moontlikheid van skade met 'n oorwig van waarskynlikheid te bewys, maar dat die inhoud of die volle omvang daarvan nie met 'n oorwig van waarskynlikheid bewys hoef te word nie.[115]

Eggleston[116] maak 'n duidelike onderskeid tussen die hantering van die maatstaf van bewys by feite oor die verlede en by die berekening van toekomstige skade.[117] In die geval van feite oor die verlede bevind die hof aan die hand van die getuienis of die eiser met 'n oorwig van waarskynlikheid daardie feite bewys het of nie.[118] In die geval van die berekening van toekomstige skade neem die hof 'n ander standpunt in. Indien daar onsekerheid bestaan of 'n spesifieke gebeurtenis in die toekoms gaan plaasvind, en die omvang van die eiser se skadevergoeding deur die plaasvind van daardie gebeurtenis beïnvloed sal word, maak die hof vir die mate van onsekerheid in die voorspelling voorsiening.[119] Byvoorbeeld, indien daar 'n 40 persent kans is dat die eiser in die

114 Visser en Potgieter *Skadevergoedingsreg* 130.

115 Kyk ook Buchanan 1960 *SALJ* 189.

116 Eggleston *Evidence* 210.

117 *Mallett v McMonagle* [1970] AC 166 (HL) 176: "The role of the court in making an assessment of damages which depends on a view as to what will be and what would have been is to be contrasted with its ordinary function in civil actions of determining what was. In determining what did happen in the past a court decides on the balance of probabilities. Anything that is more probable than not it treats as certain. But in assessing damages which depend on its view as to what will happen in the future or would have happened in the future if something had not happened in the past, the court must make an estimate as to what are the chances that a particular thing will or would have happened and reflect those chances, whether they are more or less than even, in the amount of damages which it awards." Kyk ook Barrie *Personal Injuries* 35-37; Coote 1988 *ALJ* 766-767; Hill 1991 *MLR* 511; Hodgson 1995 *ALJ* 743-744; Stauch 1997 *OJLS* 218-219; *Allied Maples Group v Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1602 (CA) 1610.

118 Kyk Koch 1989 *THRHR* 76.

119 Koch 1989 *THRHR* 76: "Evidence as to hypothetical events involves opinions, beliefs as to the *likely* course of events in the absence of any event having taken place"; *De Klerk v ABSA Bank* 2003 4 SA 314 (HHA) par [28]; *Minister van Veiligheid en Sekuriteit v Geldenhuys* 2004 1 SA 515 (HHA); *Allied Maples Group v Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1602 (CA) 1610: "Questions of *quantification* of the plaintiff's loss, however, may depend upon future uncertain events ... It is trite law that these questions *are not decided on a balance of probability but rather on the court's assessment*, often expressed in percentage terms, of the risk eventuating"; *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1987] 1 AC 750 (HL) 757: "So far as past happenings are concerned, the court does indeed approach the matter on the basis that if it is 50 per cent. or less likely to have happened, it did not happen and that if it is more than 50 per cent. likely, it did. In general it

toekoms 'n operasie gaan benodig, ken die hof die huidige waarde van 40 persent van die beraamde koste van die operasie aan die eiser toe.[120] Dit beteken dus dat ten opsigte van feite wat voor datum van verhoor plaasgevind het, insluitende die mediese toestand van die eiser, die gewone siviele maatstaf van bewys, naamlik met 'n oorwig van waarskynlikheid, aangewend sal word.[121]

Reece[122] onderskei tussen gevalle waar die bestaan van sekere feite vasstelbaar (*deterministic*) is en gevalle waar dit nooit vasgestel sal kan word nie (*indeterministic*).[123] Sy is van mening dat waar die hipotetiese feite van menslike besluitneming afhang, dit altyd onvasstelbaar sal wees. 'n Voorbeeld van so 'n geval is waar 'n vrou van haar man vervreem is en hy tydens vervreemding onregmatig en nalatig gedood word. Om te kan slaag met 'n eis vir verlies aan onderhoud, sou die vrou moes aantoon wat die kans is dat sy en haar man versoen sou geraak het as dit nie vir sy dood was nie.[124] 'n Verdere voorbeeld is waar 'n prokureur 'n eis laat verjaar en die kliënt-eiser moet aantoon wat die kans was dat sy met haar oorspronklike eis sou geslaag het.[125] In hierdie gevalle is die uitslag van menslike besluitneming afhanklik en is dit

---

is only in relation to future happenings, its view of which must inevitably be more or less speculative, that it translates likelihood into what might be described as partial or discounted findings of fact".

120 Kyk *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786 (CA); Buchanan 1960 *SALJ* 188-189.

121 Kyk *Davies v Taylor* [1974] QB 207 (HL) 212-213: "When the question is whether a certain thing is or is not true – whether a certain thing did or did not happen – then the court must decide one way or the other. There is no question of chance or probability. Either it did or it did not happen. But the standard of civil proof is a balance of probabilities. If the evidence shows a balance in favour of it having happened then it is proved that it did in fact happen"; *Mallett v McMonagle* [1970] AC 166 (HL) 176: "In determining what did happen in the past a court decides on the balance of probabilities. Anything that is more probable than not it treats as certain".

122 Reece 1996 *MLR* 192.

123 Reece 1996 *MLR* 194: "An event will here be treated as indeterministic if and only if it could not have been predicted at any point in the past, it cannot be predicted in the present even given unlimited time, resources and evidence, and we cannot imagine how it would become predictable in the future, even given the success of present research programmes. Such an event is indeterministic for all human purposes and so, although we cannot know that it is indeterministic, it is treated as such; it is not humanly possible to predict the event."

124 Kyk *Davies v Taylor* [1974] QB 207 (HL).

125 Kyk *Kitchen v Royal Air Force Association* [1958] 1 WLR 563 (CA); *Allied Maples Group v Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1602 (CA).

onvasstelbaar wat die uitkoms sou gewees het.[126] Hier kan dus met die verlies van 'n kans gewerk word en die ligter maatstaf van bewys sal toegepas word.[127]

Aan die ander kant verduidelik Reece[128] dat feite as vasstelbaar beskou kan word indien kennis aangaande die verlede die toekoms sou kon bepaal. 'n Voorbeeld is waar 'n hospitaal nalatig versuim om 'n pasiënt dadelik korrek te diagnoseer en verdere komplikasies intree. In 'n stadium in die verlede (tydens opname van die pasiënt) was dit vasstelbaar of verdere komplikasies sou ingetree het vanweë die oorspronklike besering. Nou tydens die verhoor is dit onseker wat die werklike oorsaak van die verdere komplikasies is: Is dit die oorspronklike besering, of is dit die hospitaal se nalatige versuim? Reece[129] beskou die onsekerheid wat tydens die verhoor bestaan as epistemologies en nie objektief van aard nie, en daarom is sy van mening dat die hipotetiese feite as vasstelbaar (*deterministic*) beskou moet word. In sulke gevalle moet die skade volgens haar met 'n oorwig van waarskynlikheid bewys word.[130]

Alhoewel in beginsel met hierdie onderskeid saamgestem kan word, kom dit onprakties voor aangesien dit moeilik is om die onderskeid deurlopend te maak.[131] Die onderskeid tussen maklik bewysbare reeds gelede en onsekere toekomstige skade om die toepassing van die ligter maatstaf van bewys te verduidelik, lyk meer aanvaarbaar en prakties aanwendbaar en word derhalwe eerder aanbeveel.

---

126 Kyk ook *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786 (CA) waar aan die eiseres skadevergoeding toegeken is vir 'n 25 persent kans dat sy 'n skoonheidskompetisie sou wen.
127 Reece 1996 *MLR* 194-198.
128 *Ibid* 194.
129 *Ibid* 195-196.
130 Kyk *Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1987] 1 AC 750 (HL); *Greg v Scott* [2002] All ER 418 (CA); Peel "'Loss of a chance' revisited: *Gregg v Scott*" 2003 *MLR* 623.
131 Kyk Reece 1996 *MLR* 194: "The problem is that the distinction between determinism and indeterminism is far more easily stated than recognised, and the testability of our hypothesis depends on being able to recognise it."

In ooreenstemming met hierdie aanbeveling bevind appèlregter Robertson in die Kanadese uitspraak *Kovats v Ogilvie*[132] dat die maatstaf van bewys by reeds gelede skade en toekomstige skade verskil:

> It is a fundamental rule that in civil cases questions of fact are to be decided on a balance of probabilities; this is a matter of proof. But it is not equally true that damages in respect of things which have not yet developed may only be awarded if it is probable that they will develop and may not be awarded if it is only possible that they will develop. One can decide on a balance of probabilities that something in the future is a possibility, and in appropriate circumstances that possibility can be taken into account in assessing damages; in such a case it is not essential, before damages can be assessed for the thing, to decide on a balance of probabilities that the thing in future is a probability.[133]

In *Janiak v Ippolito*[134] bevestig regter Wilson dat die siviele standaard van 'n oorwig van waarskynlikheid slegs van toepassing is op gebeure wat reeds plaasgevind het. In 'n meer onlangse uitspraak in *Graham v Rourke*[135] verwys appèlregter Doherty na die maatstaf van bewys by 'n eis vir toekomstige mediese versorging:

> A plaintiff who seeks compensation for future pecuniary loss need not prove on a balance of probabilities . . . that she will require future care because of the wrong done to her. If the plaintiff establishes a real and substantial risk[136] of future pecuniary loss, she is entitled to compensation . . . A plaintiff who establishes [such a risk] is not necessarily entitled to the full measure of that potential loss. Compensation for future loss is not an all-or-nothing proposition. Entitlement to compensation will depend in part on the degree of risk established. The greater the risk of loss, the greater will be the compensation.

Cooper-Stephenson[137] verwys na die maatstaf van bewys by toekomstige vermoënskade as bewys met 'n 'simple probability'.[138] Hy stel dit soos volg:[139]

---

132 *Kovats v Ogilvie* (1970) 17 DLR (3d) 343 (BC CA) 346.
133 Kyk ook *Wipfli v Britten* (1984) 13 DLR (4th) 169 (BC CA) 194.
134 *Janiak v Ippolito* [1985] 1 SCR 146.
135 *Graham v Rourke* (1990) 74 DLR (4th) 1 (Ont CA) 12-13.
136 In *Schrump v Koot* (1978) 82 DLR (3d) 553 (Ont CA) 556 is bevind dat daar 'n "reasonable chance of such loss" moet wees.
137 Cooper-Stephenson *Personal Injury Damages* 414.

> It is thus clear that the theory of simple probability functions not only to assess low-percentage risks but also to limit damages where the likelihood of loss is or was greater than even. The plaintiff recovers only proportionately according to the likelihood that the loss occurred.

Regter Brennan verduidelik in *Sellars v Adelaide Petroleum NL*[140] die posisie in die Australiese reg op hierdie punt soos volg:

> There is no reason why the balance of probabilities should not be the standard of proof required to establish both causation and the existence of a loss, though that standard is inappropriate to the assessment of the amount of a loss where the assessment is merely an evaluation of future possibilities. . . Although the issue of *a* loss caused by the defendant's conduct must be established on the balance of probabilities, hypotheses and possibilities the fulfilment of which cannot be proved, must be evaluated to determine the amount or value of the loss suffered. Proof on the balance of probabilities has no part to play in the evaluation of such hypotheses or possibilities: evaluation is a matter of informed estimation.[141]

---

138 Cooper-Stephenson *Personal Injury Damages* 73-82. Sien ook *Mallett v McMonagle* [1970] AC 166 (HL) 176: "[I]n assessing damages which depend upon its view as to what will happen in the future or would have happened in the future if something had not happened in the past, the court must make an estimate as to what are the chances that a particular thing will or would have happened and reflect those chances, whether they are more or less than even, in the amount of damages which it awards".

139 Cooper-Stephenson *Personal Injury Damages* 78.

140 *Sellars v Adelaide Petroleum NL* (1994) 179 CLR 332 (HC) 367-368. Kyk ook Luntz *Assessment of Damages* 97: "[O]nce it is proved that recoverable damage has been caused by the defendant's wrong, the valuation of the loss, in so far as it based on hypothetical facts, is calculated by reference to the chances that it would have occurred or will now occur, even if those chances are less than probable."

141 Vgl *Malec v JC Hutton* (1990) 169 CLR 638 (HC) 639: "The fact that the plaintiff did not work is a matter of history, and facts of that kind are ascertained for the purposes of civil litigation on the balance of probabilities: if the court attains the required degree of satisfaction as to the occurrence of an historical fact, that fact is accepted as having occurred. By contrast, earning capacity can be assessed only upon the hypothesis that the plaintiff had not been tortiously injured: what would he have been able to earn if he had not been tortiously injured? To answer that question, the court must speculate to some extent. As the hypothesis is false – for the plaintiff has been injured – the ascertainment of earning capacity involves an evaluation of possibilities, not establishing a fact as a matter of history. Hypothetical situations of the past are analogous to future possibilities: in one case the court must form an estimate of the likelihood that the hypothetical situation would have occurred, in the other the court must form an estimate of the likelihood that the possibility will occur. Both are to be distinguished from events which are alleged to have actually occurred in the past"; en 643: "[T]he court assess the degree of probability that an event would have occurred, or might occur, and adjusts its award of damages to reflect the degree of probability".

Net so word daar in die Engelse regspraak oor die maatstaf van bewys tussen reeds gelede skade en toekomstige skade onderskei. Lord Diplock stel dit soos volg in *Mallett v McMonagle*:[142]

> The role of the court in making an assessment of damages which depends upon its view as to what will be and what would have been is to be contrasted with its ordinary function in civil actions for determining what was. In determining what did happen in the past the court decides on the balance of probabilities. Anything that is more probable than not it treats as certain. But in assessing damages which depend upon its view as to what will happen in the future or what would have happened in the future if something had not happened in the past, the court must make an estimate as to what are the chances that the particular thing will or would have happened and reflect those chances, whether they are more or less than even, in the amount of damages which it awards.

Daar kan tereg gevra word waarom daar, wat die maatstaf van bewys betref, tussen reeds gelede skade en toekomstige skade onderskei moet word. In besonder kan gevra word waarom die eiser wat met ‘n 51 persent waarskynlikheid reeds gelede skade bewys, gewoonlik die volle bedrag skadevergoeding ontvang, terwyl die eiser wat toekomstige skade met dieselfde graad van waarskynlikheid bewys, slegs 51 persent van sy skade in die bedrag skadevergoeding ontvang.[143] Eggleston[144] is van mening dat daar nie ‘n duidelike logiese antwoord op hierdie vraag is nie. Hy reken egter dat die onderskeid ontwikkel het uit die metodes wat die howe aangewend het. In meeste siviele sake moes die howe besluit watter van die getuies die waarheid praat. Wanneer besluit is wie om te glo, was dit natuurlik om die feite wat daardie getuie voorgehou het as seker te beskou. Eggleston vermeld Coons[145] se bydrae waarin hy ‘n aantal gevalle uitgewys het waar die reg ‘n sisteem moes aanvaar waarin verliese gedeel word omdat dit onmoontlik was om geregtigheid te laat geskied op ‘n wenner-neem-alles-grondslag.[146] Dit is gevalle van 'rule indeterminacy' waar die howe nie ‘n reël kan vind wat geregtigheid teenoor

---

142 *Mallett v McMonagle* [1970] AC 166 (HL) 176.
143 Kyk *Malec v JC Hutton* (1990) 169 CLR 638 (HC) 643.
144 Eggleston *Evidence* 222-223.
145 Coons 1964 *Northwestern Univ LR* 750.
146 Bv verdeling van skadevergoeding by medewerkende skuld.

beide partye sal laat geskied nie. Eggleston beskou hierdie beginsel van verdeling van verliese as ‘n moontlike verduideliking vir die unieke wyse waarop onsekere toekomstige skade bereken word.[147]

‘n Verdere verklaring of verduideliking sou kon wees dat die howe op grond van billikheid ‘n bedrag toeken.[148] Die toekenning van ‘n bedrag skadevergoeding op hierdie grondslag kan soos volg verduidelik word: Indien toekomstige skade (of ‘n gedeelte daarvan) nie met ‘n oorwig van waarskynlikheid bewys kan word nie, behoort daardie gedeelte van die eis in beginsel nie te slaag nie. Aangesien die eiser egter reeds deur die werking van die 'once-and-for-all'-reël benadeel word, deurdat hy of sy die eis moet instel voor die volle omvang van die skade ingetree het of selfs bepaal kan word, het die howe ‘n diskresie om op grond van billikheid die eiser tegemoet te kom. Die wyse waarop die howe dit kan doen, is deur ‘n gebeurlikheidstoekenning[149] te maak. Koch[150] verklaar ook dat daar in die algemeen eenstemmigheid bestaan dat die tegniek van ‘n waardebepaling van ‘n kans[151] wesenlik is om billikheid te laat geskied teenoor eisers en verweerders by die vasstelling van skadevergoeding vir toekomstige skade.

In aansluiting hierby vermeld Reece[152] dat dit slegs redelik (en billik) is om aan die eiser die bewyslas op te dra indien die eiser slegs die risiko van onsekerheid in die getuienis moet dra, en nie ook die risiko van alle onsekerhede in die wêreld nie.[153] Volgens haar was die bewyslas en maatstaf

147 Koch *Reduced Utility* 76 verwys ook na die verband tussen die verdeling van skadevergoeding en die vermindering van aanspreeklikheid by onsekere toekomstige skade: “The similarity between an apportionment of damages and the technique of value of a chance is unmistakable. Both involve a scaling down of the liability for damages.”

148 *Burger v Union National South British Insurance Co* 1975 4 SA 72 (W) 75: “Even when it cannot be said to have been proved, on a preponderance of probability, that they will occur or arise, *justice* may require that what is called a contingency allowance be made for a possibility of that kind” (eie beklemtoning).

149 Kyk Steynberg *Gebeurlikhede* 163-181 vir ‘n verduideliking van die onderskeid tussen ‘n gebeurlikheidstoekenning en ‘n gebeurlikheidsaanpassing.

150 Koch 1989 *THRHR* 77.

151 Kyk Steynberg *Gebeurlikhede* 53-58.

152 Reece 1996 *MLR* 204-205.

153 Kyk ook *Archibald v Nesting* [1954] 1 DLR 347 361: “[T]he innocent person who has been gravely injured by the fault of another should not be called upon to bear all the risk of the uncertainties of the future”; *Kovats v Ogilvie* (1970) 17 DLR (3d) 343 (BC CA) 346.

van bewys nooit ontwerp of bedoel om in ‘n 'indeterministic' wêreld te geld nie.[154]

7 Samevatting

Uit die voorafgaande bespreking kan die volgende afleidings aangaande die bewyslas by gebeurlikhede gemaak word:

(a) die 'Baconian'-model word verkies as bewyslasteorie om die vasstelling van waarskynlikheidsgrade by die toepassing van gebeurlikhede te verklaar;

(b) die begrippe 'onus om te bewys' en 'bewyslas' moet verkieslik by die hantering van gebeurlikhede vermy word, aangesien hulle, volgens hul streng bewysregtelike betekenis, nie by die bewys van gebeurlikhede gepas is nie;

(c) daar rus ‘n openbaarmakingsplig op die eiser om die volle en beste getuienis tot sy of haar kennis en beskikking aan die hof voor te lê, ook wat getuienis aangaande negatiewe gebeurlikhede betref;

(d) indien die gebeurlikheidsaanpassing ‘n verhoging in die bedrag skadevergoeding teweeg sal bring, berus dit ten volle by die eiser om getuienis aangaande daardie gebeurlikheid aan die hof voor te lê;

(e) indien die gebeurlikheidsaanpassing ‘n verlaging in die bedrag skadevergoeding teweeg sal bring, berus dit in die eerste plek by die verweerder om getuienis daaraangaande aan die hof voor te lê, maar behoort die eiser in die lig van sy of haar algemene openbaarmakingsplig ook sodanige getuienis aan te bied;

(f) die hof is by magte om *mero motu* van gebeurlikhede kennis te neem waar geeneen van die partye aanvaarbare getuienis rakende ‘n gebeurlikheid aan die hof voorlê nie; en

154 *Burger v Union National South British Insurance* 1975 4 SA 72 (W) 74H: “It has never, within the range of my knowledge and experience, been the approach of our Courts, when charged with the assessment of damages, to resolve by an application of the burden of proof such uncertainties as I have referred to.”

(g) die onderskeid tussen maklik bewysbare reeds gelede en onsekere toekomstige skade bied ‘n aanvaarbare en prakties aanwendbare verduideliking vir die toepassing van die ligter maatstaf van bewys in gevalle waar onsekerhede, en derhalwe gebeurlikhede, ter sprake is.

Bibliografie

Barrie *Compensation* 34

Barrie P *Compensation for Personal Injuries* (Oxford University Press New York 2002)

Boberg *Law of Delict* 477-478

Boberg PQR *The Law of Delict: Vol 1 Aquilian Liability* (Juta Kaapstad 1984)

Buchanan1960 *SALJ* 187

Buchanan JL "Prospective damages in actions for damages for bodily injury" 1960 *SALJ* 187-192

Cohen *Probable and Provable* 345-356

Cohen JL *The Probable and the Provable* (Clarendon Press Oxford 1977)

Coons 1964 *Northwestern Univ LR* 750

Coons J "Approaches to court imposed compromise" 1964 *Northwestern Univ LR* 750

Cooper-Stephenson *Personal Injury Damages* 414

Cooper-Stephenson KD *Personal Injury Damages in Canada* 2^{e} uitg (Carswell Toronto 1996)

Coote 1988 *ALJ* 770

Coote B "Chance and the burden of proof in contract and tort" 1988 *Australian Law Journal* 770

Delisle en Stuart *Evidence Principles* 34

Delisle R en Stuart D *Evidence Principles and Problems* 6^{e} uitg (Carswell Toronto 2001)

Dlamini 2003 *Stell LR* 77

Dlamini "The burden of proof: its role and meaning" 2003 *Stell LR* 77

Eggleston 1991 *ALJ* 131

Eggleston R "The philosophy of proof" 1991 *Australian Law Journal* 131

Eggleston *Evidence, Proof and Probability* 58-78

Eggleston R *Evidence, Proof and Probability* 2e uitg (Weidenfeld & Nicolson Londen 1983)

Gauntlett *Corbett* 8

Gauntlett JJ *Corbett The Quantum of Damages in Personal and Fatal Injury Cases Vol 1 - General Principles* 4e uitg (Juta Kaapstad 1995)

Flemming *Law of Torts* 313

Flemming G *The Law of Torts* 8e uitg (Law Book Company Sydney 1992)

Hiemstra en Gonin *Drietalige Regswoordeboek* 31

Hiemstra VG en Gonin HL *Drietalige Regswoordeboek* 2e uitg (Juta Kaapstad 1986)

Hill 1991 *MLR* 511

Hill T "A lost chance for compensation in the tort of negligence by the House of Lords" 1991 *Modern Law Review* 511

Hodgson 1995 *ALJ* 743-744

Hodgson DH "The scales of justice: probability and proof in legal fact-finding" 1995 *Australian Law Journal* 731

Kadane en Schum *Probabilistic Analysis* 116

Kadane JB en Schum DA *A Probabilistic Analysis of the Sacco and Vanzetti Evidence* (Wiley New York 1996)

King 1981 *Yale LJ* 1393

King JH "Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences" 1981 *Yale Law Journal* 1393

Koch RJ *Reduced Utility of a Life Plan as Basis for the Assessment of Damages for Personal Injury and Death* (LL D thesis US 1993)

Koch 1989 *THRHR* 76

Koch RJ "Aquilian damages for personal injury and death" 1989 *THRHR* 76

Ligertwood *Australian Evidence* 5

Ligertwood A *Australian Evidence* 3[e] uitg (Butterworths Sydney 1998)

Luntz *Assessment of Damages* 97

Luntz H *Assessment of Damages for Personal Injury and Death* 4[e] uitg (Butterworths Sydney 2002)

McGregor *On Damages* 1335

McGregor H *McGregor on Damages* 16[e] uitg (Sweet & Maxwell Londen 1997) 1335

Ogus *Law of Damages* 80

Ogus AI *The Law of Damages* (Butterworths Londen 1973)

Paizes 1999 *SALJ* 543-546

Paizes AP "Chasing shadows: Exploring the meaning, function and incidence of the onus of proof in the South African law" 1999 *SALJ* 543-546

Peel 2003 *MLR* 623

Peel E "'Loss of a chance' revisited: *Gregg v Scott*" 2003 *MLR* 623

Reece 1996 *MLR* 192 204

Reece H "Losses of chances in the law" 1996 *Modern Law Review* 204

Reinecke 1988 *De Jure* 229

Reinecke MFB "Nabetragtinge oor die skadeleer en voordeeltoerekening" 1988 *De Jure* 229

Robertson en Vignaux 1993 *OJLS* 457

Robertson B en Vignaux GA "Probability – The logic of the law" 1993 *OJLS* 392-403

Schmidt en Rademeyer *Bewysreg* 188

Schmidt CWH en Rademeyer H *Bewysreg* 4e uitg (Butterworths Durban 2000)

Schum 1979 *Michigan LR* 458

Schum DA "A review of a case against Blaise Pascal and his heirs" 1979 *Michigan Law Review* 446-483

Stauch 1997 *OJLS* 218-219

Stauch M "Causation, risk, and loss of chance in medical negligence" 1997 *Oxford Journal of Legal Studies* 218-219

Stein 1996 *CJLJ* 338

Stein A "The refoundation of evidence law" 1996 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 279-342

Steynberg *Gebeurlikhede* 138-140

Steynberg L *Gebeurlikhede in die Deliktuele Skadevergoedingsreg* (LL D proefskrif UNISA 2006)

Steynberg 2005 *THRHR* 638-645

Steynberg L "Omvattende omskrywing van gebeurlikhede in die skadevergoedingsreg" 2005 *THRHR* 638-645

Visser en Potgieter *Skadevergoedingsreg* 448

Visser PJ en Potgieter JM bygestaan deur Steynberg L en Floyd TB *Skadevergoedingsreg* 2e uitg (Juta Kaapstad 2003)

Zeffertt *et al Law of Evidence* 36

Zeffertt DT, Paizes AP en Skeen A St Q *The South African Law of Evidence* (Butterworths Durban 2003)

Register van hofsake

Allied Maples Group Ltd v Simmons and Simmons [1995] 1 WLR 1602 (CA)

Archibald v Nesting [1954] 1 DLR 347

Arendse v Maher 1936 TPD 162

Brandon v SANTAM Insurance Co Ltd 1962 WLD 415

Burger v Union National South British Insurance Co 1975 4 SA 72 (W)

Chaplin v Hicks [1911] 2 KB 786 (CA)

Chisholm v East Rand Proprietary Mines Ltd 1909 TH 297

Commercial Union Assurance Co of SA Ltd v Stanley 1973 1 SA 699 (A)

Curwen v James [1963] 2 All ER 619 (CA)

Davies v Taylor [1974] QB 207 (HL)

De Klerk v ABSA Bank Ltd 2003 4 SA 314 (HHA)

De Sales v Ingrilli [2002] 212 CLR 338 (HC)

Dominish v Astill [1979] 2 NSWLR 368 (SC)

Erasmus v Davis 1969 2 SA 1 (A)

Eskom v First National Bank of Southern Africa 1995 2 SA 386 (A)

Esso Standard SA (Pty) Ltd v Katz 1981 1 SA 964 (A)

Everson v Allianz Insurance Ltd 1989 2 SA 173 (K)

Gillbanks v Sigournay 1959 2 SA 11 (N)

Goodall v President Insurance Co Ltd 1978 1 SA 389 (W)

Govan v Skidmore 1952 1 SA 732 (N)

Graham v Rourke (1990) 74 DLR (4^{th}) 1 (Ont CA) 12-13

Green v Chenoweth [1998] 2 Qd R 572 (CA)

Greg v Scott [2002] All ER 418 (CA)

Hall v Tarlinton (1978) 19 ALR 501 (FC)

Hendricks v President Insurance Co Ltd 1993 3 SA 158 (K)

Hersman v Shapiro & Co 1926 TPD 367

Hotson v East Berkshire Area Health Authority [1987] 1 AC 750 (HL)

International Tobacco Co (SA) Ltd v United Tobacco Co (South) Ltd (1) 1955 2 SA 1 (W)

Janeke v Ras 1965 4 SA 583 (T)

Janiak v Ippolito [1985] 1 SCR 146

Kitchen v Royal Air Force Association [1958] 1 WLR 563 (CA)

Klopper v Maloko 1930 TPD 860

Kovats v Ogilvie (1970) 17 DLR (3d) 343 (BC CA)

Krugell v Shield Versekeringsmaatskappy Bpk 1982 4 SA 95 (T)

Lamb v Brandt (1984) 56 BCLR 74 (CA)

Lan v Wu (1978) 7 CCLT 314 (BC SC)
Lazarus v Rand Steam Laundries (1946) (Pty) Ltd 1952 3 SA 49 (T)
Lebona v President Versekeringsmaatskappy Bpk 1991 3 SA 395 (W)
Lefebvre v Dowdall and McLean (1965) 46 DLR (2d) 426 (Ont HC)
Mabaso v Felix 1981 3 SA 865 (A)
Malec v JC Hutton Proprietary Limited (1990) 169 CLR 638 (HC)
Mallett v McMonagle [1970] AC 166 (HL)
Miller v Minister of Pensions [1947] 2 All ER 372 (KB)
Minister van Veiligheid en Sekuriteit v Geldenhuys 2004 1 SA 515 (HHA)
Mkwanzi v Van der Merwe 1970 1 SA 609 (A) 632
Modern Engineering Works v Jacobs 1949 3 SA 191 (T)
Motor Vehicle Assurance Fund v Dubuzane 1984 1 SA 700 (A)
Ngubane v South African Transport Services 1991 1 SA 756 (A)
Nilon v Bezzina [1988] 2 Qd R 420 (FC)
Ocean Accident & Guarantee Corporation Ltd v Koch 1963 4 SA 147 (A)
Pastras v Commonwealth of Australia [1967] VR 161 (FC)
Pillay v Krishna 1946 AD 946
Popela Community v Goedgelegen Tropical Fruits (Pty) Ltd [2006] HHA 124 (RSA)
Purkess v Crittenden [1965] 114 CLR 164 (HC)
R v Jenkins; Ex parte Morrison (1949) 80 CLR 626
Roxa v Mtshayi 1975 3 SA 761 (A)
Sandler v Wholesale Coal Suppliers 1941 AD 194
Santam Bpk v Potgieter 1997 3 SA 415 (O)
Sayers v Perrin (No 3) (1966) Qd R 89 (FC)
Schrump v Koot (1978) 82 DLR (3d) 553 (Ont CA) 556
Sellars v Adelaide Petroleum NL (1994) 179 CLR 332 (HC)
Sharp-Barker and Barker v Fehr (1983) 39 BCLR 19 (SC)
Turkstra Ltd v Richards 1926 TPD 276 281
Watts v Rake (1960) 108 CLR 158 (HC)
Wipfli v Britten (1984) 13 DLR (4th) 169 (BC CA) 194

Lys van afkortings

ALJ	*Australian Law Journal*

bv	byvoorbeeld
CJLJ	*Canadian Journal of Law and Jurisprudence*
ev	en verder
MLR	*Michigan Law Review*
nl	naamlik
oa	onder andere
OJLS	*Oxford Journal of Legal Studies*
par	paragraaf / paragrawe
SALJ	*South African Law Journal*
Stell LR	*Stellenbosch Law Review*
THRHR	*Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*
vgl	vergelyk
Yale LJ	*Yale Law Journal*