

IN DIE HOOGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(ORANJE VRYSTAATSE PROVINSIALE AFDELING)

Appèl Nr. : 019/2004

In die appèl tussen:-

ARTER MÜLLER

Appellant

en

VRYSTAAT PROVINSIALE REGERING

Eerste Respondent

JOTA KONSTRUKSIE BK

Tweede Respondent

CORAM: HANCKE R, WRIGHT R & FISCHER WND R

AANGEHOOR OP: 5 MEI 2008

GELEWER OP: 15 MEI 2008

WRIGHT, R:

- [1] Die toneel waar die gebeure wat in hierdie appèl ter sake is, afspeel, is die Universitas Hospitaal in Bloemfontein. Die parkeerterrein van die hospitaal is aan die suidekant van die hospitaal geleë, en vanaf die parkeerarea tot by die ingang van die gebou is daar 'n koepelvormige betondak wat die toegangsroete vanaf die parkeerterrein tot by die hoofingang bedek. (Die situasie word beskryf soos dit geheers het ten

tyde van die voorval.) Die betonblad loop van suid tot noord en dit rus op betonpilare wat etlike meter diep in die grond op voetstukke van beton gegiet was.

- [2] Die eerste respondent is die Vrystaatse Provinsiale Regering (waarna gerieflikheidshalwe as die “eiser” verwys sal word) en eiser is die eienaar van die hospitaal, asook van die twee geboue wat aan die ooste- en westekant van die ingang gebou is. Beide hierdie geboue het ‘n kelderverdieping gehad, en is daar ‘n voertuig in- en uitgang beplan om hierdie twee kelderverdiepings te verbind, welke voertuiguitgange dan ondergronds ‘n tunnel sou vorm wat onderdeur die koepelvormige betondak sou loop. Die verbindingsroete sou dus van oos na wes onder die bestaande ingang van die hospitaal deurloop.

- [3] Die koepelvormige betondak is na skatting ongeveer 50 meter lank en rus op ‘n aantal kolomme, waarvan vier van hierdie betonkolomme tans ter sprake is. Die twee kolomme wat binne die tunnel geleë was, sal na verwys word as die

noordelike kolomme en die twee ander kolomme sal beskryf word as die suidelike kolomme. (‘n Kaart gemerk Bewysstuk “C2” in Volume 23 van die oorkonde dui aan die ligging van die suidelike kolomme, gemerk “A” en “D”, in verhouding tot die tunnel en die noordelike kolomme, gemerk “B” en “C”).)

[4] Die appellant in hierdie saak is Arter Müller, ‘n ingenieursfirma (voortaan genoem die eerste verweerder), wat in die appèl deur mnr. Arter verteenwoordig was, en was hierdie firma aangestel om die ingenieurswerk te verrig ten aansien van hierdie projek. Deel van die projek was ‘n massa-uitgrawingsplan wat deur appellant opgestel is vir doeleindes vir die konstruksie van voormelde tunnel. Ten tyde van hierdie massa-uitgrawing het die twee suidelike kolomme waarna hierbo verwys is, geswig en die noordelike kolomme ook omgetrek voordat die betonkoepel inmekaargestort het.

[5] Die tweede respondent is Jota Konstruksie BK (voortaan genoem die tweede verweerder) wat aangestel is as

boukontrakteur vir die projek. Die bouwerk het die twee geboue aan die ooste- en westekant van die ingang behels, asook die tunnel wat die kelderverdiepings van die oos- en wesvlerk moes verbind. Dit is gemene saak dat daar instruksies vir die ondersteuning van die massa-uitgraving deur eerste verweerder vir die twee noordelike kolomme verskaf is en dat tekeninge ten opsigte daarvan opgestel is (maar nie ten opsigte van die twee suidelike kolomme nie).

[6] Op of omtrent 28 April 1997 ten tyde van die uitgrawingswerke waarin die tunnel sou gebou word, het die twee suidelike kolomme geswig en, soos vermeld, die dakstuk van die hoofingang laat inmekaarstort. Die koste van die herstel van die dakstruktuur beloop R395 109,24.

[7] Die eiser het beide die huidige appellant as eerste verweerder en die tweede verweerder in die Hooggeregshof aangespreek vir hierdie skade. Die Hof *a quo* het vonnis verleen teen eerste verweerder, en ook gelas dat die vordering teen tweede verweerder van die hand gewys word,

en voorts gelas dat eerste verweerder beide die koste van eiser en tweede verweerder moet betaal. Daar is aanvanklik verlof geëis namens eerste verweerder om teen die uitspraak van die Hof *a quo* te appelleer, maar is dit geweier. Nadat 'n petisie gerig is, het die Hoogste Hof van Appèl verlof gegee dat daar teen die uitspraak van die Hof *a quo* geappelleer mag word, en gelas dat die koste van die aansoek om verlof tot appèl koste in die appèl sou wees.

- [8] Toe die appèl vir die eerste keer ter rolle geplaas is op 12 Desember 2005 is die kwessie van 'n moontlike kruisappèl geopper, en die eiser wou eers hierdie aspek oorweeg. Die appèl is uitgestel op die basis dat koste sou ontstaan, en toe dit weer geplaas is op 13 November 2006 was die aansoek om verlof met betrekking tot die kruisappèl nog nie afgehandel nie, en is die appèl weer uitgestel totdat dit uiteindelik op 5 Mei 2008 aangehoor is. Daar is gelas dat die eiser die koste van die tweede verweerder ten opsigte van die tweede uitstel sou betaal, maar het die koste van die eerste verweerder oorgestaan. Daar is daarna op 30 Julie

2007 verlot toegestaan vir die voortsetting van die teenappèl. Daar sal weer na hierdie aspekte verwys word by die bepaling van die gepaste kostebevele.

- [9] Na die plaasvind van die voorval vermeld in par. [4] hiervan, was daar 'n terreinvergadering en dit is ook kort na die ineenstorting dat 'n sekere dr. H.J. Marx deur tweede verweerder versoek is om ondersoek in te stel na die oorsaak van die ineenstorting, maar is gemelde Marx se rekening blykbaar later deur eerste verweerder betaal. Reeds op 7 Mei 1997 is 'n konsepverslag van dr. Marx beskikbaar gestel aan eerste en tweede verweerders vir hul kommentaar. Daarin het dr. Marx, wat later as deskundige getuie vir eiser getuig het, die volgende vermeld:

“We reckon that the civil engineer and the contractor are jointly accountable. On the one the contractor misjudged the stability of the highly fissured mudrock underneath the column foundations. According to the project specifications, ‘Risiko van intuimeling van uitgrawings p9’, the contractor is solely responsible for the risks related instability of excavations.

On the other hand the civil engineer's design and construction drawings imply that the excavation for the tunnel is to be done without addressing the undermining problem that is inevitable at columns A and D. Underpinning was specified at columns B and C, but no instructions were given to stabilise the foundations that collapsed."

(Kolomme A en D is die suidelike kolomme.)

[10] Op die 12de Mei 1997 het eerste verweerder aan dr. Marx geskryf dat sy konsepverslag in verband met die swigting van die betondakstruktuur oor die hoofingang van die hospitaal sonder voorbehoud aanvaar word. Reeds voor dit het die eerste verweerder aan sy versekeraars die volgende geskryf met betrekking tot die verslag van dr. Marx:

"We are in agreement with his findings as to the reasons for the collapse. However our comments on the section about accountability are as follows:-

1. In the last sentence of the last paragraph under the heading Accountability, a lack of communication between the Contractor and Engineer is mentioned. We are in agreement with this statement but we were never informed by the Contractor when he was to commence his bulk excavations for the tunnelling.

2. In terms of our appointment, full time supervision is not required. However site inspections are executed by ourselves whenever the Contractor informs us that an inspection is required, or whenever an inspection is warranted by progress with the Contract.

3. In this instance, prior to the completion of the excavations we did not have an opportunity to inspect the foundations to the two front columns where the undermining occurred, as we were not informed about the excavation work to the tunnelling.”

[11] Die enigste mededeling aan die kant van tweede verweerder wat as ‘n reaksie tot hierdie verslag beskou kan word, is ‘n skrywe gerig op 8 Mei 1997 aan dr. Marx, en wat wel soos volg lui:

“1. The waterpipe adjacent to column A was only installed plus-minus a week before the problem started. This tap was infact on the other side of column D in the walkway. Due to the excavations in the walkway & tunnel, it was moved to the side as indicated at column C. It was positioned adjacent to the stormwater catch pit. We are of the opinion that this had nothing to do with the problem. The wet surface at the bottom of the excavations is due to

seepage water from the excavations itself, as can clearly be seen in the stripfooting at column B.

2. The item risk of collapse is a measurable item according to the standard system for work to be done in earthworks. This item does not cover for work to be done against or underneath concrete structures. This must be dealt with under the item of underpinning or lateral support, which can only be measured according to the standard system, if designed.”

[12] Op die 15de Mei 1997 het eerste verweerder aan die eiser se argitek, wat in beheer was van die projek, geskryf en die situasie uiteengesit met betrekking tot die ineenstorting van die suidelike kolomme, asook die stappe wat geneem is om versagting te verminder en te voorkom dat die struktuur heeltemal meegee. Volgens tweede verweerder was die versekeraars se assessor op die toneel, en het hulle versoek dat ‘n onafhanklike ingenieur aangestel word om die ondersoek te doen, en dat dr. Marx om gemelde rede sy verslag beskikbaar gestel het. Laastens word in die brief van eerste verweerder die volgende vermeld:

“Hierdie versakking van die betonstruktuur en die vervanging volgens voorskrifte van die Opdraggewer, hou geen finansiële implikasies vir die Opdraggewer in nie.”

- [13] Ten tyde van die verhoor het dr. Marx as getuie vir eiser getuig en ten spyte van ellelange kruisverhoor volhard met sy standpunt soos dit aanvanklik uiteengesit is in sy verslag. Namens eerste verweerder het voormelde Arter getuig, asook 'n deskundige dr. H A Kirsten. Kirsten se bevinding was in kort dat die ondersteuning van die suidelike kolomme tydelike werk was wat die boukontrakteur, en derhalwe tweede verweerder, se verantwoordelikheid was, en dat eerste verweerder nie daarvoor aanspreeklik gehou kan word nie. Namens tweede verweerder het twee persone verbonde aan die beslote korporasie getuig, en wel albei as deskundiges. Hulle was onderskeidelik mnr. Butler en mnr. Van der Merwe, en die strekking van hulle getuienis was dat tweede verweerder nie aanspreeklik is vir die skade nie.

- [14] Die tersaaklike kontrakte wat van toepassing is op die projek

is ook as bewysstukke ingedien. Dit was gemene saak dat beide verweerders te alle tye in die uitvoering van hulle pligte alle handelings wat vereis word en nodig was, met redelike sorg, ywer, flyt, bekwaamheid en kennis sou uitvoer, sodat geen skade of verlies uit die bouwerk sou spruit nie. Ten aansien van tweede verweerder is ook beweer in die besonderhede van vordering dat tweede verweerder die risiko van intuimeling van uitgrawings aanvaar het, en dat hy verantwoordelik was om die nodige stutwerk aan te bring.

DIE HOF A QUO SE BENADERING

[15] In die Hof *a quo* se uitspraak is die geskiedenis van die projek uiteengesit, en het die Hof verwys na sekere relevante bepalings in die kontrakte, en daarna het die Hof 'n ontleding gedoen van veral die getuienis van Arter. In dié verband het hy veral klem gelê op sekere getuienis deur mnr. Marcel van der Merwe ten aansien van 'n gebeurtenis wat na bewering plaasgevind het op Donderdag 24 April 1997, d.w.s 'n paar dae voor die ineenstorting van die betondak die

daaropvolgende Maandag. Mnr. Van der Merwe se getuienis is volledig aangehaal in die uitspraak, en kom dit daarop neer dat die boukontrakteurs besig was met die uitgrawings, maar bewus daarvan was dat water die heeltid ingesyster het. Volgens Van der Merwe was hy ongemaklik daarmee, en het daar 'n vergadering plaasgevind op die terrein waartydens Arter teenwoordig was. Hulle het saam na die fondasie gekyk, en het hulle een van die werkers 'n pik laat neem om teen die klip onder die voetstuk te pik. Volgens Arter was die voetstuk solied, en was dit sy mening dat dit nie nodig was om dit verder te ondersteun nie.

- [16] Die Hof *a quo* het veral klem gelê op Arter se getuienis dat hy glad nie hierdie vergadering kan onthou nie, en dat toe hy bewus geword het van die ineenstorting van die betondak aan Van der Merwe sou gesê het:

“I am f d.”

Daarop het Arter in sy getuienis geantwoord:

“No, my lord, I am not, I am sorry I cannot comment on that. Look, I might have said ‘Oh my f’ but to say I am. I would never have committed myself or said that I am guilty straight away.”

Die geleerde Regter het die getuienis beklemtoon dat mnr. Arter nooit enige aandag hoegenaamd gewy het aan die suidelike kolomme nie, en die feit dat hy eintlik niks kan onthou ten aansien van die suidelike kolomme nie. Hy het ook na ander gebreke in Arter se getuienis verwys (waarna daar later in hierdie uitspraak verwys sal word) en tot die gevolgtrekking gekom dat Arter se getuienis nie aanvaar kan word nie, en dat Van der Merwe se getuienis ten opsigte van die vergadering op 24 April 1997 aanvaar moet word. Hy het derhalwe sy gevolgtrekking in ‘n groot mate gebaseer op sy geloofwaardigheidsbevinding teen Arter en die aanvaarding van Van der Merwe se getuienis.

- [17] Ten aansien van Marx se getuienis was hy egter van oordeel dat hy ‘n versigtige en objektiewe getuie was, en dat die “hof geen huiwering het om sy relaas as betroubaar te aanvaar

nie”.

- [18] Met betrekking tot die getuienis van Kirsten was hy van mening dat dit eintlik nie relevant was nie omdat die kontrak met tweede verweerder ‘n bouvoorsieningskontrak was, en nie ‘n ontwerpkontrak nie, en omdat die kontrakte wat inderdaad aangegaan is, nie onderskei het tussen tydelike en permanente werk nie. Ten aansien van hierdie onderskeid vermeld hy dat dit ‘n strooihalm is waarna Arter op ‘n laat stadium gegryp het. Hy het ook vermeld dat dit strydig was met sy getuienis:

“Dit strook in elk geval nie met sy getuienis, soos alreeds aangetoon, deur, onder meer, skriftelike orders vir klaarblyklike tydelike werke uit te reik nie. Wat meer is hy weerspreek homself ook hieromtrent – in die een asem was die suidelike kolomme (as tydelike werk) die tweede verweerder se verantwoordelikheid, maar terselfdertyd gee hy by herhaling toe dat hul posisie, hul moontlike ondersteuning, nooit deur hom oorweeg was nie.”

- [19] Die Hof het tot die gevolgtrekking gekom dat die intuïmeling

van die betondak deur die swigting van die suidelike kolomme veroorsaak is, en dat Arter besef en aanvaar het dat die betondak beskerm moes word, en dat beide stelle kolomme beskerm moes word omdat die dak ewe swaar op albei gerus het. Hy het voorts gemeld dat Arter ondersteuning vir die noordelike kolomme voorgeskryf het, maar dat dieselfde behandeling vir die suidelike kolomme nooit deur hom oorweeg is nie, en dat alhoewel hy bewus was van die feit dat die suidelike kolomme 'n bron van bekommernis vir tweede verweerder was, hy hulle tevrede gestel het deur te sê dat hulle wel met hulle uitgraving kon voortgaan.

- [20] Op grond daarvan is vonnis verleen teen eerste verweerder, en is die eis teen tweede verweerder afgewys met koste. en selfs gelas dat eerste verweerder die koste van die tweede verweerder betaal.

GELOOFWAARDIGHEIDSBEVINDINGS

- [21] Dit is van belang om eerstens te besluit of die Hof *a quo* korrek was met sy geloofwaardigheidsbevinding, en veral sy

bevinding ten opsigte van dit wat na bewering sou plaasgevind het op 24 April 1997. Om die waarskynlikhede ten aansien van hierdie voorval te beoordeel, moet daar gelet word op die omringende omstandighede, en veral op getuienis oor wat daar min of meer op dieselfde tyd plaasgevind het.

- [22] Die belangrikste vertrekpunt hier is juis die voormelde verslag van dr. Marx waarin hy bo en behalwe voormelde aanhaling uit sy verslag, ook die volgende gesê het:

“Due to unknown existing foundation depths the possibility of problems at columns A and D might not have been known during the design stage, but this became apparent as the excavation progressed. Lack of communication between the contractor and civil engineer, as a result of the long weekend on a public holiday, surely contributed to this incident.”

- [23] Dit spreek vanself dat indien die vergadering wat na bewering op 24 April 1997 sou plaasvind, inderdaad plaasgevind het, daar nie sprake kon wees van ‘n gebrek

aan kommunikasie nie, aangesien daar volgens dié weergawe kort voor die krisis, inderdaad mededelings was juis ten aansien van die aspek wat tot die ineenstorting van die betondak aanleiding gegee het.

- [24] Dit moet voorts daarop gewys word dat dr. Marx se verslag in die vorm van 'n konsep aan beide Arter en die boukontrakteurs voorgelê is met 'n spesifieke versoek dat daar geleentheid gebied word aan hierdie partye om feite, foute of meningsverskille uit te wys. Die volgende is ook vermeld in hierdie skrywe:

“Ons sal hierdie kommentaar van u beoordeel en op die een of ander wyse inkorporeer of aanheg om sodoende te verseker dat 'n gebalanseerde verslag aan die kliënt gelewer word.”

Ten spyte van hierdie uitdruklike versoek was daar geen antwoord van die boukontrakteurs wat enigsins verwys na 'n gebrek aan kommunikasie, of verwys na die beweerde vergadering van die 24ste April 1997 nie. Soos reeds daarop gewys, het Arter “sonder voorbehoud”, d.w.s met sterk bewoording, die verslag aanvaar.

- [25] Die gelyktydige opskrifstelling wat deur dr. Marx verskaf is, verskaf opjektiewe bewys van 'n wesenlike aard dat Arter inderdaad nie bewus was van die uitgraving langs die suidelike kolomme voor die ineenstorting daarvan nie, en dit is direk teenstrydig met die getuienis van die tweede verweerder.
- [26] Daar moet veral in gedagte gehou word dat Van der Merwe getuig het dat hy hierdie voorval op die 24ste April 1997, (toe Arter meegedeel het dat dit nie nodig is om die suidelike kolomme te ondersteun nie) aan Marx genoem het. Desnieteenstaande sê Marx in sy verslag dat daar 'n gebrek aan kommunikasie was (wat haas onversoenbaar is met die vermelding van hierdie insident), en tog doen Van der Merwe niks om Marx daarop te wys dat sy verslag in dié verband verkeerd is nie. Veral van belang is die kruisverhoor van Van der Merwe, deur mnr. Van der Merwe, die eerste verweerder se advokaat, met betrekking tot hierdie hele aspek. Dit het veral betrekking op die vraag waarom die

getuie Van der Merwe dit nie nodig geag het om hierdie belangrike inligting volgens sy weergawe op skrif te plaas nie. Dit gaan ook oor die kwessie van of dit enigsins vermeld is aan enige ander persoon ten tyde van die voorval, of kort daarna. Hier word byvoorbeeld verwys na gesprekke met 'n mnr. Ferrett en 'n mnr. Herbert wat betrokke was by die versekeringspolisse van die verweerders. Van der Merwe getuig dat hy nie kon onthou of hy dit aan Ferrett gesê het nie. Wat Herbert betref, het hy dit blykbaar wel aan hom vermeld. Dit is egter duidelik dat in 'n verslag van Herbert, d.w.s. tweede verweerder se eie versekeraar of assessor, gedateer 14 Mei 1997 (ongeveer twee weke na die ineenstorting), daar geen melding gemaak word van die tweede verweerder ten aansien van hierdie vergadering nie. Herbert se verslag sê tot die teendeel inderdaad "no instructions were given for the underpinning of the two Southern columns and after excavations it was the two Southern columns that subsided which caused the damages". Later sê hy in sy skrywe:

“It is however our opinion that an engineer must have foreseen the fact that the southern columns might collapse and should have suggested underpinning at these two columns as well.”

Hierdie gedeeltes van sy verslag is haas onbestaanbaar met 'n weergawe dat daar wel instruksies was om dit nie te ondersteun nie.

[27] 'n Verdere oorweging is dat dit blyk uit die Herbert-verslag dat die skrywer van die verslag gekonsulteer het met Els, een van tweede verweerder se werknemers. Volgens Van der Merwe se weergawe was Els teenwoordig tydens die vergadering op 24 April 1997, en blyk dit derhalwe duidelik dat Els ook nie enige melding gemaak het van enige positiewe instruksie om nie te ondersteun nie.

[28] Die appellant se advokaat stel die onwaarskynlikheid in dié verband soos volg in die aanvullende hoofpunte van betoog:

“2.3 It is improbable in the extreme that Els would not have referred to Arter’s positive instruction, had it indeed been issued, when he was consulted by Herbert in order to

prepare the report. Even more significant is the fact that Herbert also consulted with Mr Butler of the second respondent, prior to the finalisation of the report. Yet, the report reflects the opposite of what is presently alleged by Butler and Van der Merwe on behalf of the second respondent.”

[29] Ten opsigte van ‘n skrywe van voormelde Ferrett gedateer 8 Mei 1997 word die volgende vermeld in die aanvullende hoofde van betoogspunte:

“In addition, the contemporaneous letter dated 8 May 1997, addressed by Arter to Mr P Ferrett (the representative of the appellant’s insurer), confirms in general terms Arter’s version that a lack of communication between the contractor and the engineer caused the collapse. This contemporaneous version is once again destructive of the version later presented at the hearing on behalf of the second respondent that Arter actually issued a positive instruction to proceed with the excavation of the external columns without any precautions. Although the letter is worded in general terms, it is significant that according to the evidence at the hearing, the letter was forwarded to Ferrett by Arter after discussions between Arter, Ferrett and Van der Merwe of the second respondent. It is again improbable in the extreme that Arter would

have presented a fabricated version to his own insurer immediately after the collapse and following discussions between Ferrett and Van der Merwe.”

[30] Ook word daar geen melding gemaak van sodanige instruksie in twee verdere briewe wat geskryf is deur Maritz Botha en Genote gedateer 27 November 1997 en 15 Januarie 1998 onderskeidelik. Weereens is die inhoud van die korrespondensie nie versoenbaar met die weergawe waarop daar gesteun word deur die tweede respondent nie.

[31] Dit is ook duidelik dat die Hof *a quo* glad nie in aanmerking geneem het dat die tweede verweerder in sy aanvanklike stellings vermeld het dat die getuienis met betrekking tot die 24 April ontmoeting gestaaf sou word deur twee ander getuies wat op daardie stadium in diens was van tweede verweerder nie, en wel ‘n sekere mnr. Els en ‘n mnr. Smith. Hierdie getuies is egter nie deur tweede verweerder as getuies geroep nie, en is daar ook geen verduideliking verskaf waarom dit gedoen is nie.

[32] Dit moet ook in gedagte gehou word dat die tweede verweerder se weergawe ten opsigte van hierdie insident vir die eerste keer ooit meer as halfpad tydens die verhoor, ongeveer vier jaar na die plaasvind van die voorval, aangebied is.

[33] Die weergawe van tweede verweerder ten opsigte van hierdie vergadering is dan ook glad nie vermeld in die tweede verweerder se pleit nie, of word daar nêrens gestel dat die eerste verweerder dit onnodig geag het dat enige veiligheidsmaatreëls getref behoort te word ten aansien van die suidelike kolomme nie.

[34] Van nog meer belang is die situasie soos uiteengesit in die antwoord op 'n versoek om besonderhede in terme van Reël 37(4). Die tweede verweerder is daarin gevra of eerste verweerder enige skriftelike of mondelinge instruksies verskaf het aan tweede verweerder met betrekking tot die kolomme. In sy antwoord het tweede verweerder slegs verwys na sekere geskrewe instruksies wat inderdaad deur

tweede verweerder blootgelê is. Geen melding is gemaak van mnr. Arter se beweerde spesifieke mondelinge instruksies met betrekking tot die suidelike kolomme soos daarna beweer ten tyde van die verhoor baie jare na die insident plaasgevind het nie.

- [35] In 'n groot mate het die Hof *a quo* ten aansien van die aanvaarding van hierdie getuienis gesteun op Arter se bewering dat hy nie die insident kon onthou nie. Dit moet egter onthou word dat hy ook vermeld het dat hy dit wel sou onthou het as dit plaasgevind het so kort voor die ineenstorting. Mnr. Arter se geheueverlies in dié verband (as dit so genoem kan word) is miskien meer verstaanbaar indien in ag geneem word dat hierdie weergawe nooit ter sprake was in enige gelyktydige korrespondensie of daaropvolgende korrespondensie nie, en nooit ter sprake gekom het op enige terreinvergadering na die ineenstorting nie, dit nooit vermeld is in die tweede verweerder se verweerskrif nie, en teenstrydig is met die nadere besonderhede wat deur tweede verweerder verskaf is, en dit

die eerste keer onder mnr. Arter se aandag gebring is ten tyde van die aanhoor van die saak baie jare daarna.

- [36] Mnr. Arter se weergawe is eintlik dat hy glad nie gedink het aan die suidelike pilare nie, en niks in dié verband gedoen het nie. Dit stem deurgaans ooreen met sy optrede onmiddellik na die ineenstorting, soos sy onmiddellike aanvaarding van Marx se gevolgtrekkings, sy versekering dat eiser nie enige finansiële verlies sou ly nie en sy mededelings in die korrespondensie na die ineenstorting. Ten tyde van sy getuienisaflegging is daar selfs aspekte van sy getuienis wat daarmee ooreenkom. Daar kan byvoorbeeld verwys word na sy getuienis dat sy uitvoerbaarheidstudie onder meer behels het dat geen skade aan omliggende eiendom van eiser sou plaasvind nie, en dat indien daar 'n moontlikheid sou bestaan, hy 'n plig gehad het om dit uit te wys. Voorts het hy selfs erken dat hy geen aandag aan die suidelike kolomme geskenk het nie omdat hy nie bewus was van die diepte van die fondament nie, en aanvaar het dat die pilare “were going to be going down to

the hard shale”, soos hy dit stel, ten spyte van die feit dat sy massa-uitgrawingsplan meer as 50% van die fondamente van die suidelike pilare sou blootstel (al het hy dit later ontken).

- [37] Mnr. Arter se optrede ten tyde van die voorval kort daarna, en selfs gedeeltelik in sy getuienis, is derhalwe teenstrydig met sy latere “ommekeer” tot die gevolgtrekking dat die ondersteuning van die suidelike kolomme slegs tydelik was en dit derhalwe die baba van die kontrakteur is (‘n sienswyse waarvan daar nie eers in die pleitstukke melding gemaak word nie). Dit is tog vanselfsprekend dat as hy hierdie sienswyse toegedaan was ten tyde van die voorval, hy nooit Marx se gevolgtrekkings sou erken het, en ten minste sou antwoord op Marx se versoek om kommentaar. Hy moes dan op ‘n latere tydstip van mening verander het, of tot die teendeel oorreed gewees het. Sy hele getuienis moet in die lig hiervan beoordeel word. Dit moet ook in gedagte gehou word dat as hy wou leuens vertel, hy maklik die bewerings van sy opdrag op die bovermelde vergadering kort voor die

ineenstorting kon ontken. Beoordeling van geloofwaardigheid van getuies is immers ten nouste ineengevleg met die oorweging van die waarskynlikhede.

Sien **NATIONAL EMPLOYERS GENERAL INSURANCE v JAGER** 1984 (4) 437 ECD 437 op 440 F.

- [38] Ons meen derhalwe dat daar tot die gevolgtrekking gekom kan word dat tweede verweerder se weergawe soos slegs geopper deur Van der Merwe (Butler was nie teenwoordig ten tyde van hierdie vergadering nie) teen alle waarskynlikhede indruis en op waarskynlikhede verwerp kan word. Ons meen gevolglik dat die Hof *a quo* fouteer het deur hierdie weergawe van Van der Merwe te aanvaar en op grond daarvan Arter se getuienis (hoewel dit in baie ander opsigte onbevredigend was) te verwerp en in 'n groot mate op grond daarvan tot die gevolgtrekking te kom oor wie aanspreeklik was vir die skade.

AANSPREEKLIKHEID VAN DIE EERSTE VERWEERDER

[39] Die aanspreeklikheid, al dan nie, van die eerste verweerder is in 'n groot mate afhanklik van die opweging van die getuienis van Marx teenoor dié van Kirsten, asook die getuienis van Butler en Van der Merwe. Die uitgangspunt is om te bepaal of daar 'n kontraktuele verpligting aan die kant van die ingenieur was om op enige wyse voorsiening te maak vir ondersteuning van die suidelike kolomme (om die bestaande strukture ongeskonde te hou), en moet veral klem gelê word op die uitgangspunt dat die vraag nie is of die werk wat gedoen is van permanente of tydelike aard is nie, maar of dit die ingenieur se verantwoordelikheid, of gedeeltelike verantwoordelikheid, was.

[40] Marx het bo en behalwe die opinies waarna reeds verwys is in sy verslag, in sy getuienis vermeld dat dit sy mening was dat die ingenieur versuim het om sy planne verder betyds aan te pas, of skriftelike wysigingsopdragte uit te reik ten aansien van die suidelike kolomme. Volgens hom het die ingenieur nagelaat om die risiko's wat die uitgrawings binne die invloedssfeer van die bestaande fondamente, en die

inbreukmaking daarvan op die stabiliteit van die grond binne die invloedssfeer van die bestaande fondamente, in ag te neem. Hy het ook nagelaat om die korrelasie tussen die massa-uitgrawingsplan se hoogtes en die hoogtes van kolomme A en D te bepaal. Voorts het die ingenieur nagelaat om moontlike risiko's behoorlik, of vroegtydig, met die kontrakteur uit te klaar, en die versuim, of gebrek aan kommunikasie met die kontrakteur te verhoed ten tyde van die begin van die massa-uitgrawings. Dit is duidelik dat die plan die massa-uitgrawings aantoon in die omgewing van die bestaande kolomvoetstukke, en is enige spesifieke instruksies ten opsigte daarvan afwesig.

[41] Dit is duidelik ten opsigte van die plan vir die massa-uitgrawings dat hierdie uitgrawings deur die suidelike kolomme gegaan het. Daar is op verskeie plekke deur Marx getuig dat die uitgrawingsplan inderdaad minstens sou strek tot in die middel van die suidelike kolomme.

[42] Dit is gemene saak dat die aanvanklike planne nie

voorsiening gemaak het vir ondersteuning nie, aangesien die dieptes van die kolomme nie bekend was nie, en daarom is daar in die planne vermeld dat daar later daaroor besin moes word. Marx getuig dan ook die volgende in sy getuienis:

“So in daardie opsig moet die ingenieur na die totale veiligheid en stabiliteit van dit wat hy wil bou en bloot goed wat reeds daar staan sou beïnvloed, raak sy verantwoordelik. Die oomblik as jy karring aan ‘n gebou wat iemand anders ontwerp het, dan raak jy aanspreeklik vir wat jy doen.”

[43] Dit is juis om hierdie rede dat Marx van mening is dat die suidelike kolomme deel is van die permanente werk, aangesien die kolomme en die betonstruktuur met dak reeds daar was, en nog steeds daar moes bly nadat die werk voltooi is. Hy sê onder meer die volgende:

“Ek meen dat daar bestaan, daar is ander strukture op die terrein wat in ag geneem moet word wanneer hierdie permanente werk ontwerp word. Of jy die tydelike werk nou gebruik om die permanente een daar te stel, die bestaande strukture moet in ag geneem word. Dit kan nie weg gewens

word nie Dit is deel van jou ontwerp parameters en moet dit moontlik maak om hierdie permanente werk van jou op 'n plek te kan plaas en as dit nie moontlik is nie, dan moet jy vir die argitek sê, dit is te riskant, ek skuif die sloot 'n meter na die ander kant toe of ons maak die sloot smaller of iets in daardie lyn.”

Hy beklemtoon later weer dat hierdie kolomme en die dak deel uitmaak van die permanente werk aangesien die kliënt dit nog steeds wil gebruik. Ten aansien van dr. Kirsten se getuienis soos vermeld in sy opsomming sê hy die volgende:

“Nee, ek stem nie saam met die stelling om te sê dat omdat die kolomme aan die suidekant, aan die buitekant nie direk op die nuwe struktuur gestaan het nie, dat dit geïgnoreer kan word en nie die ingenieur se verantwoordelikheid is om dit ook in ag te neem net soos hy hierdie wat nou direk in die pad in ag moet neem, die bestaande kolomme, wat gaan hy maak om daarby verby te kom om te sê dat hy dit nie hoef te gedoen het vir die kolomme wat net langsaan staan nie.”

[44] Voorts sê Marx dat daar ook op 'n stadium tydelike ondersteuning was vir die noordelike kolomme en dat die

ingenieur dit moes ontwerp en daaroor moes toesig hou.

[45] Dit is ook baie duidelik uit die getuienis as geheel dat daar baie ander tydelike werk was ten opsigte waarvan die ingenieur wel instruksies verskaf het en daaroor toesig uitgeoefen het.

[46] Teenstrydig met Marx se opinie is die opinie van Kirsten waar hy die volgende sê waarom dit nie die ingenieur se plig was om voorsiening te maak vir die suidelike kolomme nie:

“In short, my view is that Mr Arter did the correct thing with regard to the internal columns, to interfere with them and I will explain in a moment. And he also did the correct thing in not interfering with the external columns and I will also explain that. If I may turn to my diagram marked H3, I have schematically illustrated the construction process, it is not a drawing that is to scale of the actual structure, but it illustrates the construction process and it is this very kind of sequence that i believe the contractor should have rendered to that detailed little plan like I have done here. It starts at the top left-hand corner again with what is required, that is the product. We can see the final product, a

tunnel beneath a canopy of which the right leg is intercepted by the slab over the tunnel. And in the middle, top middle diagram is the situation where we start, that is the canopy that we have and we now have to introduce the tunnel underneath that. How are we going to do that? The first thing that we do without showing the intervening stages is as shown in the top right-hand diagram where we excavate to the bottom of whatever level we need to go to begin the construction of the tunnel. And again as indicated in my other diagrams, I have indicated in red the temporary work that needs to be designed and implemented by the contractor in the top right-hand drawing as he goes down, he installs the support and the temporary works progressively as he goes down to make sure that it stays stable all the way down. Then the bottom left-hand diagram illustrates the state at which the tunnel is in fact introduced, constructed, but a short while before any connection is made between the internal column of the canopy and the roof slab of the tunnel, the two structures are still at that moment in time standing separately and do not interfere with each other and do not depend upon each other. The next thing that needs to be done is that the internal column of the canopy needs to be competently secured or fixed to the slab over the tunnel as is indicated by the blue shading in the middle bottom diagram. And at that stage are the works ready

for the removal firstly in sequence of the lower part of the internal column and then subsequently to that the remaining column of soil beneath the internal column and then one lands up with the situation in the middle of the page on the right-hand side where you have got the tunnel constructed successfully, you have got the internal column of the canopy overhead resting and being tied successfully to the slag of the tunnel, but you have not backfilled the hole, which happens in the bottom right-hand diagram where you now backfill the excavation to the level of the tunnel floor, inside the tunnel and on the side of the tunnel to the level of the canopy. And you can see at that stage, does the grey structure, the permanent structure again take over all the support work of the adjoining soil on both left and right-hand side and the function of the temporary support indicated in red is replaced by the competence of the grey structure. Now, the difference between the inside and the outside, the reason why the consulting engineer has to interfere with the internal columns is because they have a lasting effect on the permanent work. The internal column stands on the roof slab of the tunnel, whereas previously it did not, it had its own foundation. And to the extent that the internal column of the canopy stands on the roof slab, does it have a permanent or lasting effect or impact on the permanent work. And therefore and because the engineer

relies on that, on the work that will be done by the contractor, is he obliged to give a variation order, pay for it and accept the responsibility for it. Those are the two things that need to be satisfied, that it is a long-term effect and that he relies on the work that the contractor will do, he cannot get a freebie on the contractor and say well, I did not ask you to price for it, but now that you have done it, I am getting the benefit, he may not do that. And there is legal authority on this very issue. Now, if you were to then apply the same principle to the outside columns or the southern columns you find that is has, the outside columns do not have a lasting effect on the permanent works, it does not bear on it and the engineer did not intend to and in fact did not rely on the temporary work that the contractor should have installed to safeguard the external columns as far as the permanent work is concerned, in other words, he did not rely on whatever the contractor was going to install before it collapsed to keep it safe as a functioning component of work that he then would not have to carry on his permanent structure and this is a very clear distinction on which there is legal authority on why the internal one should have been interfered with by the consulting engineer as he did and why the external columns should not have been interfered with by, which he also correctly did. It was stated, I think yesterday, that it was the responsibility of the

consulting engineer to take care of the canopy and the moment you say that, as was argued, you then automatically make the consulting engineer responsible for both the internal and the external columns.”

[47] Veral ook van belang is die volgende woorde:

“The consulting engineer is only responsible for those aspects that have a lasting effect on the permanent works for which only he is responsible. And hard and callous as it may seem, the consulting engineer did not have a duty to protect the existing works.”

[48] Dr. Marx se argument tot die teendeel dat hy wel die bestaande geboue in ag moet neem, waar sy massa-uitgrawingsplan tot gevolg kan hê dat dit skade aan die bestaande geboue veroorsaak, is myns insiens, meer aanvaarbaar uit ‘n logiese en praktiese (“common sense”) siening van hierdie kernaspek van die verskil tussen die twee deskundiges.

[49] Indien daar gelet word op die getuienis van Arter, kan dit gesê word dat hy wel by tye standpunt inneem dat daar

onderskeid getref moet word tussen permanente en tydelike werke, en dat hy die suidelike kolomme as tydelike werke beskou het. Daar is egter veel wat teenstrydig is met hierdie sienswyse in sy getuienis self, en natuurlik ook in die voorafgaande dokumente wat min of meer gelyktydig by die voorval tot stand gekom het.

- [50] In die eerste plek moet onthou word dat hy geskryf het dat dr. Marx se verslag sonder voorbehoud aanvaar moet word. Kort voor hierdie skrywe het hy wel 'n skrywe aan sy versekeraars gerig met betrekking tot aanspreeklikheid, en vermeld dat hy nooit in kennis gestel is dat daar 'n aanvang geneem is met die massa-uitgrawings nie. Dit is egter insiggewend, en van groot belang, om daarop te let dat hy in hierdie skrywe, en ook in die ander twee skrywes, wat hier ter sake is en waarvan melding gemaak is, nooit op enige stadium vermeld het dat hy as ingenieur nie aanspreeklik is vir die skade omdat dit tydelike werk is nie. (Hy vermeld wel in sy skrywe van 29 April 1997 dat die suidelike kolomme “were not affected by the new tunnel”, maar is dit duidelik

dat hulle, alhoewel net buite die area, wel in die gebied van die massa-uitgrawings was.)

[51] Arter se antwoord tydens kruisverhoor ten aansien van hierdie aspekte en dit wat in vorige skrywes vermeld is, is onoortuigend en onbevredigend. Dit kan ook gesê word van sy skrywe dat die swigting van die kolomme geen finansiële implikasies vir sy kliënt sou hê nie. Volgens hom het hy dit net genoem omdat hy van mening was dat die eiser in die saak nie enige finansiële verlies sou ly nie. Aan die ander kant sê hy ten tyde van getuienisaflegging dat sy bedoeling was dat tweede verweerder vir die skade verantwoordelik was, maar dit sê hy sonder dat hy enige mandaat van tweede verweerder gehad het of hulle ooit gekonsulteer het in dié verband.

[52] Hy gee toe dat die uitgrawings baie versigtig gedoen moet word met spesiale aandag dat iets nie verkeerd gaan nie. Hy erken dat hy geen aandag geskenk het, of ooit gedink het aan die suidelike kolomme nie. Hy gee wel toe dat sy plan

nie alleen die noordelike kolomme nie, maar ook die suidelike kolomme sou beïnvloed en sou blootstel. Desnieteenstaande het hy niks gedoen om skade te beperk nie. Volgens hom is ondersteuning nodig vir die noordelike kolomme sowel as die suidelike kolomme.

[53] Hy het nooit in sy brief ter beantwoording van Marx se verslag (alhoewel daar spesifieke bevindings met betrekking tot aanspreeklikheid was) melding gemaak dat die suidelike kolomme tydelike werk is, of dat hy nie daarvoor verantwoordelik was nie. Tog erken hy dat as die werk ten opsigte van die suidelike kolomme en die uitgrawings onveilig sou gelyk het, hy die werk sou staak. Vir doeleindes daarvan sou hy dit, met ander woorde, nie as tydelike werk beskou het nie.

[54] Hy gee toe dat die drie redes wat hy in sy brief aan sy versekeraar geskryf het, nie water hou ten aansien van sy huidige argument dat hy nie vir die beveiliging van die suidelike kolomme aanspreeklik is nie, aangesien dit tydelike

werk is. Hy gee ook toe dat daar in die kontrak oor die algemeen geen onderskeid getref word tussen tydelike en permanente werk nie.

- [55] Hy gee toe dat die ondersteuning van die noordelike kolomme ook verwyder moes word, en dat indien die ondersteuning van die noordelike kolomme nie korrek gedoen was nie, die betondak kon ineenstort. Die volgende word gesê op bladsy 712 ten aansien van die suidelike kolomme:

“Am I right if I say that you must have foreseen and it must have been part of your construction design, realising that for this whole structure that the southern columns, they would require underpinnings at some or other stage. --- Yes my lord.

But you kept silent about it in your design. --- That is correct.”

Hy het ook besef dat sy werk met betrekking tot die suidelike kolomme, al was dit tydelik volgens hom, die permanente werk kon beïnvloed. Hy besef ook dat die feit dat hy spesifieke opdragte gegee het met betrekking tot die noordelike kolomme, die indruk kan skep dat ondersteuning

van die suidelike kolomme nie nodig is nie, en dat die boukontrakteurs so kon gedink het.

[56] Hy erken dat hy ook opdragte gegee het ten opsigte van werk wat hyself as tydelik beskou het, en ongetwyfeld tydelike werk is, naamlik met betrekking tot 'n stormwateraansluiting, en ook in ander gevalle. Hy het selfs tydelike opdragte gegee vir laterale ondersteuning op sekere tye. Dit geld ten opsigte van die uitgrawings langs Loggermanstraat wat deur die tweede verweerder verrig moes word, en ongetwyfeld suiwer tydelike werk is. Hy gee ook toe dat hierdie opdrag in teenstelling is met sy weergawe soos wat dit tans uiteengesit word. Ook na die ineenstorting van die suidelike kolomme het hy opdragte gegee vir tydelike werk, naamlik vir die ondersteuning totdat die skade herstel kon word.

[57] Hy stem dus saam dat daar nie duidelikheid by die ingenieurs is oor wat presies tydelike en permanente werk is nie.

[58] Hy gee toe dat ondersteuning nodig was om die betondak te beskerm, en antwoord soos volg op 'n vraag van die Hof:

“COURT: In other words your concern if I now understand the question correctly your concern was to protect the canopy, not half the canopy not part of the canopy but the entire canopy. ---
Yes.

It is no use protecting the left or the eastern side of the canopy and leaving the western side to fall down. Then you do not protect the canopy as such. ---
Yes.”

[59] By die beoordeling van Arter se getuienis as geheel is dit duidelik dat sekere aspekte van sy getuienis onbevredigend is. Aan die een kant is dit duidelik dat hy aanvanklik nooit die mening gehuldig het dat hy nie verantwoordelik was vir die skade nie, omdat die werk tydelike werk is. Hy skryf dat die eiser geen skade sou ly nie, en sê niks aan Marx om sy mening te weerlê dat beide die kontrakteur en die ingenieur vir die skade verantwoordelik is nie, en dat daar 'n gebrek aan kommunikasie tussen hulle was nie. Sekere aspekte kan hy nie onthou nie, en is by tye baie vaag oor die onderskeid tussen tydelike en permanente werke. Aan die

ander kant herhaal hy ook van tyd tot tyd dat hy nie vir die suidelike kolomme verantwoordelik was nie, omdat dit tydelike werk is wat skynbaar 'n aspek moes wees wat tydens konsultasie met hom bespreek moes gewees het. Die algemene afleiding ten aansien van sy getuienis is dat hy wel gedink het dat hy verantwoordelik is vir die skade, of minstens gedeeltelik verantwoordelik was vir die skade, en ten minste nooit enige gebrek aan aanspreeklikheid toegeskryf het aan die feit dat die suidelike kolomme bloot tydelike werk was nie. Daar kan eerder afgelei word van sy getuienis dat indien daar op die detail vrae gelet word, hy saamstem dat die beveiliging van die suidelike kolomme noodsaaklik was omdat dit die bestaande werk kon beïnvloed.

- [60] Daar kan ook saamgestem word met mnr. Jordaan (namens tweede verweerder) se sienswyse soos uiteengesit word in sy hoofde:

“In ons submitisie wil dit voorkom asof die werk aan die noordelike

kolomme meer tydelik was as dié aan die suidelike kolomme. Die noordelike kolomme is ondersteut volgens voorskrif, tydelik so behou totdat die dak van die tunnel gegooi is, die boonste deel van die kolomme met die dak verbind is en toe is die onderste deel wat in die tunnel val verwyder. Die onderste deel is derhalwe duidelik slegs tydelik geondersteun. Die suidelike kolomme is uit die aard van die saak ook deur die projek en bouwerk geaffekteer, nie deurdat die uitgrawings en bouwerk die ondersteuning sou beïnvloed nie, maar wel deurdat dit die sydelingse steun sou affekteer. Waar die betrokke kolom voorheen in die grond gestaan het en van alle kante af deur die grond gesteun is, is die steun aan die eenkant verwyder tot teen die kolom en sou dit, na voltooiing van die bouwerk, gesteun word deur die muur van die tunnel en enige kompektering wat tussen die twee geplaas sou moes word. Die muur sou as basis dien vir die ondersteuning in die plek van die grond wat verwyder is. Ons sien dus geen verskil tussen die funksie van die dak van die tunnel om die noordelike kolom van onder af te ondersteun en die funksie van die muur van die tunnel om die suidelike kolom sydelings te ondersteun nie. Ons meen derhalwe dat die Verhoorhof korrek was om nie die gekunstelde onderskeid van **Kirsten** te aanvaar nie....”

[61] Die Hof *a quo* was dus heeltemal korrek om te bevind dat eerste verweerder vir die skade aanspreeklik was.

[62] Alhoewel daar met dr. Marx se sienswyse saamgestem word dat dit die eerste verweerder se plig was om ondersteuning voor te skryf vir die suidelike kolomme omdat dit die ander bestaande strukture op die perseel kan beïnvloed, kan terloops daarop gewys word dat eerste verweerder self verwys na gesag wat so 'n plig op die ingenieur plaas al is dit slegs ten opsigte van tydelike werk. Die eerste verweerder haal die volgende aan uit Abrahamson (3de Uitgawe 1979) **Engineering Law and the ICE Contracts** met betrekking tot tydelike strukture:

“The engineer undoubtedly has the duty to his client to ensure that the completed permanent works will not be adversely affected by stresses due to the contractor’s temporary works, and that duty he carries out in the first instance by a proper specification, by actually designing temporary works where it would not be satisfactory to leave the design to the contractor, and by exercising his powers of control, keeping in mind the dangers of

opening the way to claims (above). The engineer must also ensure that the temporary works are in fact built in accordance with his or the contractor's design, at least insofar as necessary to avoid detriment to the completed permanent works."

Dit dien geen doel om na die ander aangehaalde sake met betrekking tot die appèl te verwys nie, (waarop die eerste verweerder in sy hoofde steun), aangesien die feite verskil van die onderhawige geval en/of die tersaaklike kontrakte se bepalings van dié wat ter sake is in die saak, verskil.

AANSPREEKLIKHEID VAN DIE TWEDE VERWEERDER

[63] Reeds in sy eerste konsepverslag het dr. Marx ook aanspreeklikheid bevind aan die kant van die tweede verweerder, en vermeld dat 'n gebrek aan kommunikasie ook tot die ramp bygedra het.

[64] In die opsomming van sy deskundige getuienis vermeld Marx dat die kontrakteur nagelaat het om die klaarblyklike fout op die ingenieur se planne, naamlik dat die voorgeskrewe

massa-uitgraving die bestaande voetstuk ondergrawe, onder die ingenieur se aandag te bring, en voortgegaan het met uitgrawings in die gebied. Hy vermeld ook spesifiek dat die kontrakteur nagelaat het om volgens die ingenieur se nota op die massa-uitgrawingsplan op te tree. Die nota het bepaal dat voordat massa-uitgrawings vir die skakelgang gedoen kan word, daar eers toetsgate gegrou moet word om die diepte van die bestaande voetstukke te bepaal sodat die ingenieur die nodige ontwerp-aanpassings kan maak. of spesiale voorsorgmaatreëls kan tref. Die kontrakteur was deeglik bewus van die spesiale terrein-instruksies ten aansien van die ondersteuning van die noordelike kolom, maar het voortgegaan met massa-uitgrawings in die omgewing van die suidelike kolom op 'n publieke vakansiedag sonder om die ingenieur in kennis te stel en hom daaroor te raadpleeg.

- [65] In sy getuienis en tydens kruisondervraging, het Marx in talle opsigte hierop uitgebrei. Mnr. Claasen, namens die eiser, het etlike bladsye in sy hoofde van betoog hieraan gewy.

Ondermeer vermeld hy met verwysing na die bovermelde nota:

“8.26 Hy getuig dat die bouer nie blindweg moet aangaan nie. As hy nie die ander voetstukke oopgemaak het nie, dan het hy binne die nota opgetree. Hy voel egter steeds dat ‘n goeie bouer uit sy ervaring sou geweet het dat hier met vuur gespeel word en dat liever ‘n deskundige ‘n besluit oor hierdie aspek moet neem. Andersins gaan die bouer die verantwoordelikheid daarvoor dra. ‘n Persoon hoef nie ‘n ingenieur te wees om te weet as jy onder ‘n bestaande struktuur grond wegvat dat ‘n hoër sorgsaamheidsverpligting ontstaan. Selfs al is daar nie so uitdruklik ooreengekom nie, is dit normale praktyk dat groot versigtigheid aan die dag gelê moet word wanneer onder ‘n bestaande konstruksie deurgegaan wil word. Dit is meer kompleks en verg baie kundigheid. ‘n Persoon sal baie meer goed moet kyk of dit nie ‘n invloed kan hê op die nuwe struktuur, bestaande strukture sal hê nie. (Eie kursivering.)

8.38 Dr Marx getuig voorts dat die kontrakteur nagelaat het om volgens die ingenieur se nota op die massa uitgrawingsplan op te tree. Die nota het bepaal dat voordat massa uitgrawings vir die skakelgang gedoen word, moet daar eers toetsgate gegrawe word om die diepte van die bestaande

voetstukke te bepaal sodat die ingenieur die nodige ontwerpaaanpassings kan maak of spesiale voorsorg kan tref. Nêrens is daar enige iets in die korrespondensie dat daar 'n gesprekvoering tussen die ingenieur en die kontrakteur was dat uitvoering aan hierdie nota gegee is nie. Hierdie nota is op die massa uitgrawingsplan aangebring. Die nota sê dat die voetsukke oopgemaak moet word voordat die massa uitgrawing daar plaasvind. Selfs al was die nota net op die noordelike kolomme van toepassing gewees, moes die onduidelikheid tussen die kontrakteur en die ingenieur uitgeklaar word. As dit vir die kontrakteur onduidelik is, moes hy dit met die ingenieur bespreek want die ingenieur weet nie wat is vir die kontrakteur onduidelik nie en moes die onduidelikheid tussen die kontrakteur en die ingenieur uitgeklaar word.”

Dan sluit hy af:

“8.44 Ten slotte is dr Marx van oordeel dat die kontrakteur aanspreeklikheid opgedoen het deurdat hy geweet het op watter diepte die bestaande voetstukke van die suidelike kolomme fondeer was. Hy nie ag geslaan het op die buitengewone situasie, naamlik dat daar 'n uitgrawing of ondergrawing in die invloedssfeer van die bestaande voetstukke voorkom nie. Hy het die stabiliteit van die steun onder die voetstuk onderskat of hy het die situasie nie betyds aan die ingenieur gerapporteer en die ingenieur se besluit oor enige verdere handeling afgewag nie. Dit is weer die kommunikasie probleem waarna verwys is. Die kontrakteur is die eerste persoon wat die voetstukke kon sien wat oopgemaak is en 'n kundige bouer sou eers gestop het en advies verkry het.”

In die lig van die tweede verweerder se getuies se eie uiteensetting van hulle deskundigheid, kennis en ervaring

kan daar met hierdie gevolgtrekking saamgestem word.

- [66] Bogemelde gronde van aanspreeklikheid geld bo en behalwe die spesifieke gronde wat in die kontrak vermeld word, wat hier ter sprake is, en waarvan die belangrikste gedeeltes soos volg lui:

“RISIKO VAN INTUIMELING VAN UITGRAWINGS:

Waar dit so beskryf word, is die risiko van intuimeling van uitgrawings die totale vertikale wandoppervlaktes van die voltooide uitgrawings wat moontlik instand gehou moet word. Die metodes van instandhouding van hierdie wande word algeheel aan die Aannemer oorgelaat en is sy verantwoordelikheid en sy pryse moet dus voorsiening maak vir oop- of digte plank- en stutwerk, of ander metodes wat deur hom gebruik mag word om die wande instand te hou. Die oppervlakte wat aangegee word is die van die gehele oppervlakte van die wande en sal reggestel word slegs as hierdie oppervlaktes verander, of daar wel stutte gebruik word of nie.”

- [67] In dié verband kan ook verwys word na die volgende

klousule:

“Die formering vir die betonwerk moet suiwer haaks wees en goed verspar wees om stewig te bly, voor, tydens en na die giet van beton en moet tot die bevrediging van die Ingenieur wees, wie die reg behou om enige addisionele versparrings, ens., aan te vra sonder addisionele koste. Hierdie reg vrywaar geensins die Aannemer van die verantwoordelikheid in hierdie verband nie, en enige eise as gevolg van onbehoorlike formering ens., sal geheel en al die verantwoordelikheid van die Aannemer wees.”

- [68] Ten aansien van eersvermelde klousule het Kirsten as deskundige getuie getuienis gelewer dat wat plaasgevind het op die terrein, inderdaad gedek is deur die betrokke klousule. Hy sê die volgende in sy getuienis:

“Yes I would say so m’lord, because what happened on site is very much in principle what I have illustrated on H4. It was an ondergraving or an over excavation of a vertical phase below the footing and the soil underneath the footing when the vertical phase beneath the footing was exposed, moved in a unstable manner into the excavation that was made in front of it.”

[69] Bo en behalwe bostaande, en Kirsten se algemene sienswyse dat tweede verweerder vir die skade verantwoordelik was omdat dit tydelike werk is waaroor dit nie nodig is om 'n besluit te neem nie, het hy ook in sy getuienis vermeld dat tweede verweerder aanspreeklik is op grond van die inhoud van sekere latere klousules in die betrokke kontrak, onder meer die volgende bepaling:

“Die Kontrakteur is aanspreeklik vir en vrywaar hierby die Administrasie en Verteenwoordiger/Agent teen enige aanspreeklikheid, verlies, eis of geding ten gevolge van die verlies van of skade aan enige vaste of roerende of persoonlike eiendom of eiendom aangrensende aan die Terrein, hetsy dit behoort aan of onder die beheer is van die Administrasie of enige ander liggaam of persoon, wat ontstaan uit of in die loop van of omrede die uitvoering van die werke, tensy dit te wyde is aan enige handeling of versuim van die Verteenwoordiger/Agent of enige persoon vir wie se optrede die Administrasie regtens aanspreeklik is. Die Kontrakteur moet by ontvangs van 'n Skriftelike Order van die Verteenwoordiger/Agent sodanige verlies of skade op volmaakte en vakkundige wyse op eie koste laat goedmaak, en by gebreke daarvan is die Administrasie

geregtig om dit te laat goedmaak en die koste daarvan verbonde van die Kontrakteur te verhaal of sodanige koste van bedrae af te trek wat aan die Kontrakteur verskuldig is, soos in klousule 24 hiervan bepaal.”

Daar is geargumenteer, namens tweede verweerder, dat hierdie klousule slegs verwys na eiendom wat aangrensend is tot die betrokke terrein. Ek meen dat die tweede verweerder se argument ten opsigte van hierdie klousule argumenteerbaar is, maar dat dit wel natuurlik van toepassing kan wees indien die suidelike kolomme beskou kan word as aangrensende eiendom.

[70] Daar is voorts verwys na klousule 39 van dieselfde kontrak, waar die volgende vermeld word:

“Die bestaande gebou op die terrein sal in gebruik wees gedurende die uitvoering van hierdie kontrak en die kontrakteur moet toelaat vir die inagneming van die gerief en veiligheid van die bewoners.”

Asook:

“Die Kontrakteur moet alle voorsorgmaatreëls tref om aangrensende geboue, ens., teen skade te beskerm en sal enkel en alleen verantwoordelik gehou word vir enige skade aan persone of eiendom wat deur onvoldoende voorsorgmaatreëls veroorsaak word.”

(Dit is duidelik uit die klousule as geheel dat laasgenoemde gedeelte ook na bestaande geboue verwys.)

[71] Voorts word die volgende ook geargumenteer in die hoofde van argument van die eerste verweerder:

“95. It is accordingly apparent from the foregoing that the Bills of Quantities part of the contract with the second respondent, provided for several instances where the contractor could incorporate the expense pertaining to the prevention of damage during construction to existing structures and adjoining buildings. The approach as reflected in the contract documentation indicates conclusively that the contractor carried the risk in this regard and was given the opportunity to price for it in its tender submission.”

[72] Met betrekking tot mnr. Butler van die tweede verweerder se verweer met betrekking tot die hoeveelheidslyste, word die volgende gesê in eerste verweerder se hoofde van betoog:

“97. It also appears that the Honourable Court *a quo* accepted Mr Butler’s implausible explanation regarding the meaning of clause 8 of the Bills of Quantities. According to Mr Butler’s evidence this clause means that the engineer must provide all information necessary in order to build the works, including all information regarding temporary precautions during construction. It is respectfully contended that the Honourable Court *a quo* erred in not accepting the logical evidence of the appellant’s engineering expert, Dr Kirsten and the argument that this clause obviously refers to the geometrical layout of the works on the surface, which evidence is supported by the ordinary meaning of the words in question and the context of the clause as a whole.”

[73] Dit is duidelik dat die Hof *a quo* ondermeer as gevolg van tweede verweerder se getuienis van wat plaasgevind het op

24 April 1997 tot die gevolgtrekking gekom het dat daar nie nalatigheid was aan die kant van tweede verweerder nie. Indien hierdie getuienis wegval en mnr. Arter se getuienis aanvaar word omdat hy nie in kennis gestel is van die massa-uitgrawings waarmee tweede verweerder besig was nie (wat meer waarskynlik lyk in die lig van al die omstandighede van hierdie saak), is dit duidelik dat daar wel nalatigheid was aan die kant van tweede verweerder om nie vir eerste verweerder in dié verband te ken nie. Dis is veral meer so omdat mnr. Van der Merwe van tweede verweerder uitdruklik getuig het dat hy ongemaklik gevoel het en bekommerd was oor die uitgrawings. Ten spyte daarvan word niks gedoen om te keer dat die ondergraving tot die ineenstorting van die kolomme lei nie.

[74] Dit is ook duidelik dat dit die sienswyse was van die bestekopnemer dat die kontrakteur verantwoordelik was, en die eiser gevrywaar het ten opsigte van enige skade wat ten tyde van die konstruksiewerk mag ontstaan. (Sien brief C P de Leeuw bl. 1409.) Aan die anderkant was dit die

sienswyse van die argitek, wat die projekteier was ten aansien van hierdie projek, dat beide stelde kolomme wat hier ter sprake is, afhanklik was van tydelike ondersteuning wat deur eerste verweerder onnodig geag is ten opsigte van die suidelike kolomme. (Sien brief op bl. 1411 van die rekord.)

- [75] Die tweede verweerder het derhalwe nie sy kontraktuele verpligtings, soos gepleit in par. 6.3 van die besonderhede van vordering, nagekom nie. Dr. Marx was slegs bereid om sy aanspreeklikheid te beperk indien Van der Merwe se weergawe met betrekking tot die inspeksie op 24 April 1997 aanvaar sou word (wat reeds hierbo verwerp is). Die bepalings van par. 12 van Afdeling 1 van die kontrak, soos uiteengesit in Volume 18 van die stukke, waarop mnr. Jordaan gesteun het, neem die saak ook nie verder nie.

OPSOMMING:

- [76] Die Hof is dus die mening toegedaan dat daar bewys is dat daar kontrakbreuk was aan die kant van beide eerste en

tweede verweerders, en dat elkeen van die verweerders *in solidum* aanspreeklik is teenoor eiser ten aansien van hierdie skade. Dit was dan ook die aanvanklike siening van dr. Marx toe hy sy aanvanklike konsepverslag opgestel het, en is dit sonder voorbehoud aanvaar deur eerste verweerder. Dit moet weereens beklemtoon word dat dr. Marx 'n objektiewe getuie is met praktiese ervaring, en dat hy ook bewus was van die sienings van kontrakteurs en ingenieurs ten opsigte van tydelike en permanente werk in die gebied waar hy werksaam was. Sy siening in dié verband is gestaaf nie alleen deur tweede verweerder se getuies nie, maar ook deur Arter van eerste verweerder. Sy getuienis wat maar 'n uitbreiding van sy verslag is, is dus gegrond op logika en wysheid, en is inderdaad nie weerlê deur die getuienis, behalwe in 'n mate deur dié van Kirsten, wie se getuienis meer van teoretiese (en moontlik selfs gekunstelde) aard is en wie se getuienis ten opsigte van die kritieke vraag wat hier ter sprake is, nie aanvaar kan word bo dié van Marx nie.

KOSTE

[77] In die lig van die bevindings wat hierbo gemaak is, is dit duidelik wat die bevel van die Hof *a quo* moes wees, en dat beide verweerders gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik moes wees vir die eiser se koste.

[78] Wat betref die koste van die appèl, is die aangeleentheid meer ingewikkeld. In hoofsaak het die eerste verweerder nie sukses behaal nie, want hy is steeds verantwoordelik vir 100% van die eiser se skade en koste (alhoewel tesame met die tweede verweerder). Dit is ook duidelik dat die eiser nie aanspreeklik kan wees vir enige party se koste van appèl nie, aangesien sy posisie as gevolg van die appèl eerder verbeter as verswak het. Myns insiens, is die enigste bevel wat gemaak kan word ten opsigte van die eiser se koste, 'n bevel wat beide verweerders gelas om die koste van die hoofappèl gesamentlik en afsonderlik te betaal. In dié verband moet ook in ag geneem word dat eerste verweerder se appèl vanaf die begin gerig was teen al die bevels van die Hof *a quo*.

[79] Wat die teenappèl betref, was dit suksesvol, en kan daar ook nie twyfel wees dat tweede verweerder hiervoor verantwoordelik is nie. Daar kan net vermeld word dat daar wat betref die teenappèl geen addisionele koste aangegaan is by die aanhoor van die appèl self nie (aangesien al die argumente in elk geval ook tersaaklik, en selfs noodsaaklik, was vir die hoofappèl). Die koste wat hier ter sprake is, is die koste van die kennisgewing van die teenappèl, asook die koste van die aansoek om verlof tot die teenappèl bo en behalwe die koste ten opsigte waarvoor daar reeds voorsiening gemaak is in die bevel van regters Cillié en Van Zyl op 30 Julie 2007. Daar is gelas dat koste tot die opposisie van die betrokke aansoek koste in die appèl is, en verwys dit klaarblyklik na die teenappèl. (Eerste verweerder was glad nie betrokke by die aansoek nie.)

[80] Dit moet egter in gedagte gehou word dat die Hof *a quo* se bevel ook 'n bevel ingesluit het dat eerste verweerder verantwoordelik was vir tweede verweerder se koste. Hierdie bevinding word nou tersyde gestel, en het die eerste

verweerder in dié mate sukses behaal teen tweede verweerder. Ons meen dat tweede verweerder derhalwe in dié verband 'n deel van die eerste verweerder se koste van appèl behoort te betaal, en wel in die mate soos hieronder uiteengesit.

[81] Wat beide uitstelle van die appèlle betref, was die wesenlike rede vir die uitstel eiser se begeerte om 'n teenappèl in te stel. (Beide eiser en tweede verweerder - die enigste tersaaklike partye – was dit eens dat 'n teenappèl noodsaaklik was. Dit is nie nodig vir hierdie Hof om te beslis of dit wel so is, of nie.) Bygevolg moet die eiser beide verweerders se koste van die uitstel op 12 Desember 2005 betaal, asook die koste van die appellant wat oorgestaan het ingevolge die bevel ten opsigte van die uitstel op 13 November 2006. Laasgenoemde uitstel was immers die gevolg van die feit dat die aansoek om verlof tot die teenappèl nog nie afgehandel was op daardie datum nie.

[82] Bygevolg word die volgende bevele gemaak:

1. Die appèl teen die Hof *a quo* se bevinding van

appellant se aanspreeklikheid misluk.

2. Dit word bevind dat die Hof *a quo* fouteer het deur te bevind dat die tweede respondent nie aanspreeklik was teenoor die eerste respondent (eiser) nie en dat appellant tweede verweerder se koste moet betaal.
3. Die bevel van die Hof *a quo* word in die geheel tersyde gestel en vervang met die volgende bevel teen eerste en tweede verweerder, gesamentlik en afsonderlik:
 - a) Betaling van die bedrag van R395 109,29.
 - b) Betaling van rente *a tempore morae* op voormelde bedrag teen 15% per jaar tot datum van betaling.
 - c) Koste van geding.
4. Die appellant en tweede respondent word gelas om gesamentlik en afsonderlik die eerste respondent se koste van die hoofappèl te betaal.

5. Die tweede respondent word gelas om die koste van eerste respondent ten opsigte van die teenappèl (in die mate soos hierbo aangedui) te betaal.
6. Die tweede respondent moet 25% van die getakseerde koste van die appellant met betrekking tot die appèl betaal.
7. Die eerste respondent moet die koste van beide die appellant en die tweede respondent betaal ten opsigte van die uitstel op 12 Desember 2005.
8. Die eerste respondent moet die koste van die appellant betaal ten opsigte van die uitstel op 13 November 2006.

G.F. WRIGHT, R

Ek stem saam.

S.P.B. HANCKE, R

Ek stem saam.

P.U. FISCHER, WND R

Namens appellant:

Adv. L.J. van der Merwe
In opdrag van:
Israel & Sackstein
BLOEMFONTEIN

Namens eerste respondent:

Adv. J.Y. Claasen
In opdrag van:
Staatsprokureur
BLOEMFONTEIN

Namens tweede respondent:

Adv. A.F. Jordaan SC
Bygestaan deur:
Adv. S.J. Reinders
In opdrag van:
Van Wyk & Preller
BLOEMFONTEIN

/sp