

LL

Saak No 623/1989IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKAAPPÈLAFDELING

Insake die appèl van:

JACOBUS JOHANNES CHRISTOFFEL
JANSEN VAN VUUREN

Eerste Appellant

SYBRAND STRAUSS VAN WYK

Tweede Appellant

DANIEL FRANCOIS HUGO

Derde Appellant

teen

CHARL JOHANNES VAN DER MERWE

Eerste Respondent

DIE MINISTER VAN WATERWESE

Tweede Respondent

W D ENRIGHT

Derde Respondent

CORAM:

VAN HEERDEN, E M GROSSKOPF, VIVIER,

EKSTEEN ARR et VAN COLLER WARVERHOORDATUM:

9 SEPTEMBER 1991

LEWERINGSDATUM:

23 SEPTEMBER 1991

UITSPRAAK

VAN HEERDEN AR:

Die Doringrivier, 'n openbare stroom, vloei deur die Aspoort Staatswaterbeheergebied ("die gebied") in die distrik van Calvinia. Plase van die eerste respondent en van die appellante is geleë binne die gebied asook in die Elandskaroo-Besproeiingsdistrik ("die distrik"). Die Raad van die distrik - die Elandskaroo-Besproeiingsraad ("die Raad") - is ingevolge 'n Goewermentskennisgewing met die pligte en bevoegdhede uiteengesit in art 89 van die Waterwet 54 van 1956 ("die Wet") beklee. Slegs een van die eerste respondent se plase ("Elandsvlei") is in hierdie appèl ter sake. Dit is geleë stroomop van vier plase waarvan die appellante gesamentlike eienaars is. Al vyf plase het oewerregte op die Doringrivier ("die rivier").

Kragtens gedelegeerde bevoegdheid het die derde respondent op 11 Maart 1988 'n permit ingevolge art 62(2H)(a) van die Wet aan die eerste respondent uitgereik. Daarvolgens is hy gemagtig om op Elandsvlei 'n opgaardam in die bedding van die rivier te bou. Die

dam moes aan sekere vereistes met betrekking tot onder andere opgaarvolume, volvoorraadhoogte en die lengte van die damwal voldoen. Die permit is uitgereik onderhewig aan sogenoemde algemene en spesiale voorwaardes. Twee van hierdie voorwaardes was i) dat die toestemming van die Raad tot die bou van die dam verkry moes word, en ii) dat alvorens "enige werke vir die onttrekking van water uit die dam of uit die openbare stroom [Doringrivier] geïnstalleer mag word, sal die nodige permit daarvoor eers by Dept. Waterwese verkry moet word".

Gedurende 1988 het die eerste respondent kennis gegee - blykbaar aan die Raad - dat hy vroeg in die nuwe jaar n aanvang met die bou van bogenoemde dam wou neem. Dit het gelei tot die aanhangigmaking van n aansoek in die Kaapse Provinsiale Afdeling teen die respondente in hierdie appèl. Die applikante was die huidige appellante asook die Raad. Die kennisgewing van mosie was gerig op die uiteindelijke verkryging van

bevele waarvolgens verklaar sou word dat die permit ongeldig was, en die eerste respondent verbied sou word om die voorgestelde opgaardam op Elandsvlei te bou.

Die aansoek het heelwat wederverarings gehad maar dit is onnodig om daarby stil te staan. Kort voordat die aansoek as 'n bestrede een op 8 Augustus 1989 verhoor sou word, het die applikante 'n verdere aansoek ("die tussenaansoek") geloods. Daarin is gevra vir verlof om 'n omvangryke, aanvullende funderende verklaring in te dien, asook om verwysing van die hoofaansoek vir die aanhoor van mondelinge getuienis aangaande 'n tiental beweerde feitlike geskille.

Op die genoemde datum is namens die tweede en derde respondente aangevoer dat die hof nie jurisdiksie gehad het om die aangevraagde regshulp toe te staan nie. Hierdie betoog is gehandhaaf op die grondslag dat ingevolge art 40 van die Wet die hoofaansoek na 'n Waterhof gerig moes gewees het. Gevolglik is die hoofaansoek - en daarom ook die tussenaansoek - met

koste afgewys. Later is egter aan die applikante verlof verleen om na hierdie hof te appelleer. Slegs die huidige appellante het die verlof benut.

By die verhoor van die appèl was dit tereg gemene saak dat indien die hof a quo nie bevoeg was om die hoofaansoek te besleg nie, die appèl nie kon slaag nie. Daardie aansoek het in eerste instansie berus op die aangevoerde ongeldigheid van die permit, in hoofsaak omdat, volgens die applikante, die permit nietig was vanweë 'n verbod teen die bou van die dam wat voortvloei uit die bepalings van art 9(2)(a) en (b) van die Wet. In die alternatief is aangevoer dat die uitreiking van die permit nie binne die bevoegdhede van die Minister van Waterwese geval het nie, en dat dit in stryd was met bestaande regte. Die applikante het egter ook aangevoer dat nie aan 'n voorwaarde van die permit voldoen is nie omdat die vierde applikant (die Raad) se toestemming tot die bou van die dam nooit verkry is nie, en dat die opgaarkapasiteit van die

voorgestelde dam die vergunde kapasiteit sou oorskrei. Indien die hof a quo jurisdiksie gehad en slegs op een van laasgenoemde twee gronde in die applikante se guns sou beslis het, sou dit natuurlik nie die aangevraagde verklarende bevel kon verleen nie, maar wel 'n verbod op die bou van die voorgestelde dam kon plaas. So 'n verbod was dan ook die werklike mikpunt van die applikante - die verkryging van 'n verklarende bevel op grond van die nietigheid van die permit sou maar 'n stap wees wat tot daardie mikpunt sou lei.

Die tersaaklike bepalings van art 40 van die Wet lui soos volg:

"n Waterhof is bevoeg -

- (a) om bevele uit te vaardig en toekennings te doen ... op -
 - (i) aansoeke in verband met geskille rakende die gebruik, uitkeer of aanwending van openbare water....
- (g) om ondersoek te doen na enige aansoek om die verwydering of verandering van enige dam, studam of ander obstruksie in die loop van 'n openbare stroom en in verband daarmee bevele uit te vaardig

en toekennings te doen"

Art 43 bepaal dat, in die afwesigheid van toestemming, geen ander hof as 'n waterhof in eerste instansie regsbevoegdheid het nie tot die verhoor van 'n geskil of eis wat uit of in verband met 'n aangeleentheid vermeld in art 40 ontstaan.

Met 'n beroep op die uitspraak van hierdie hof in Van Rensburg en Andere v Taute en Andere 1975 (1) SA 279 (A), het die hof a quo bevind dat slegs 'n waterhof jurisdiksie gehad het om die hoofaanzoek te verhoor en die aangevraagde bevele te verleen. Hoewel nie uitdruklik aldus vermeld nie, was die hof klaarblyklik van mening dat art 40(a)(i) van toepassing was; m a w, dat die hoofaanzoek betrekking gehad het op 'n geskil, of geskille, rakende die gebruik, uitkeer of aanwending van openbare water.

Die appellante se advokaat het aangevoer dat die hof a quo misgetas het omdat 'n geskil aangaande waterwerke, soos 'n dam, in of verband met 'n openbare

stroom, nie sonder meer 'n geskil betreffende die gebruik, uitkeer of aanwending van openbare water is nie. Die tweede lid van die betoog is ongetwyfeld juis. In De Wet v Deetlefs 1928 AD 286, een van die gewysdes waarop die advokaat gesteun het, was grond van die eiser onderhewig aan 'n geregistreerde serwituut ten gunste van grond van die verweerders. Daarvolgens kon die verweerder openbare water oor die eiser se grond lei. Die eiser se aksiegrond was dat hy skade berokken is toe die verweerder die bestaande pypleiding en voor op eersgenoemde se grond herlê en hernu het. Die vraag het ontstaan of die Kaapse Provinsiale Afdeling, waarin die aksie ingestel was, jurisdiksie gehad het om die vordering vir skadevergoeding te bereg. Die destydse regsposisie was naamlik dat ingevolge art 34 van Wet 8 van 1912 slegs 'n waterhof bevoeg was om 'n "dispute or claim as to water rights" te verhoor. Hierdie hof het bevind dat "regte op, of op die gebruik van water" die normale betekenis van waterregte is, en dat daar

volgens die bewerings in die uiteensetting van die vordering geen geskil oor sodanige regte was nie, en bepaaldelik geen geskil oor die wyse waarop die serwituutreg uitgeoefen kon word nie. (In Goosen v Kruger and Another 1955 (4) SA 271 (E); en Wassung v Simmons 1980 (4) SA 753 (N), is tot analoë bevindinge geraak.) Gevolglik is beslis dat die Kaapse Provinsiale Afdeling wel jurisdiksie gehad het.

Alhoewel De Wet gesag bied vir die standpunt dat 'n geskil betreffende 'n waterwerk nie in sigself 'n geskil oor waterregte daarstel nie, volg dit natuurlik glad nie dat die twee soorte geskille nie ineengevleg kan wees nie. Neem byvoorbeeld die geval waarin die partye dit in geskil stel of A by wyse van 'n voor- of pypleiding regmatiglik openbare water onttrek uit 'n stroom waaraan sy grond grens. Indien die grondslag van die geskil is of A geregtig is om water uit die stroom te onttrek, is daar vanselfsprekend 'n geskil oor waterregte, ongeag of die ander party slegs 'n bevel

aanvra dat A die voor of pypleiding moet verwyder.

Sedert De Wet besleg is, het die regsposisie in elk geval ingrypend verander deurdat art 40 van die Wet die jurisdiksie van 'n waterhof omvattend uitgebrei het. Daarom het hierdie hof in Du Toit v Ackerman 1962 (2) SA 581 (A) 589 gesê:

"Art 40 verleen wye bevoegdhede aan waterhowe. Die bedoeling is klaarblyklik om, behoudens uitdruklike uitsonderings en beperkings, watersake voor waterhowe te laat dien."

Steyn HR het net hierna te kenne gegee dat die bepalings van art 40(c) in die lig van daardie algemene bedoeling van die wetgewer uitgelê moes word. Vanselfsprekend geld dieselfde vir die ander bepalings van art 40.

Soos blyk uit wat reeds gesê is, gee art 40(a), gelees met art 43, aan 'n waterhof uitsluitlike jurisdiksie om onder andere bevele uit te vaardig in 'n aansoek in verband met geskille rakende die gebruik, uitkeer of aanwending van openbare water. Soos ook

reeds aangetoon, was die applikant se aansoek gerig op die verkryging van 'n verbod op die bou van die voorgestelde dam. Bloot bykomstig daartoe, of as voorloper daarvan, is ook gevra vir 'n bevel waarvolgens die permit ongeldig was. Uit die oogpunt van die applikante en die huidige eerste respondent sou die praktiese funksie van die verlening van so 'n bevel gewees het dat laasgenoemde nie geregtig was om 'n dam in die rivier te bou nie - altans nie op Elandsvlei nie. Insoverre art 62(2) van die Wet tans ter sake is, bepaal dit naamlik dat niemand in 'n Staatswaterbeheergebied (soos die Aspoort gebied) 'n waterwerk vir onder andere die opdamming van water in 'n openbare stroom mag bou nie anders as kragtens 'n magtiging (permit) uitgereik ingevolge art 62(2H)(a).

Die wesentlike geskil tussen die partye het dus behels of die eerste respondent geregtig was om 'n dam in die rivier te bou. Die feit - as dit een is - dat die permit ongeldig was, sou slegs as rede vir die

aangevraagde verbod dien. Die appellante se advokaat moes dan ook toegee dat indien 'n waterhof bevoeg was om daardie geskil te bereg, dit ook jurisdiksie sou gehad het indien die eerste strydvraag was of daar hoegenaamd 'n permit uitgereik was.

Anders as wat namens die appellante betoog is, het bedoelde geskil na my mening wel deeglik verband gehou met die aanwending van openbare water. Die bou van 'n dam gaan normaalweg gepaard met die primêre oogmerk om water daarin op te gaar. En die opgaar van water is klaarblyklik 'n wyse van aanwending daarvan. Immers, die stroom wat verby sou gevloei het, of 'n gedeelte daarvan, word as damwater aangewend. Dit is trouens moeilik om te dink aan 'n aanwending van water - anders as deur opgaring - wat nie reeds onder die meer spesifieke "gebruik" en "uitkeer" van water ressorteer nie.

Beskou 'n mens die posisie uit die oogpunt van die appellante, is die konklusie ook dat die geskille

tussen die partye ten nouste verbonde was met die gebruik, uitkeer of aanwending van openbare water. Die appellante se belang by verkryging van die aangevraagde bevele was daarin geleë dat hul waterregte nadelig getref sou of kon word deur die bou van die dam. Dit sou die geval gewees het indien die eerste respondent nie genoegsame water uit die dam sou laat vloei ten einde die eienaars van laerliggende grondstukke in staat te stel om hul oewerregte na behore uit te oefen nie. Die applikante het hulle dan ook daaroor bekla dat die permit in effek die eerste respondent gemagtig het om self

- "- oor die aard en omvang van die sogenaamde 'normaalgloei' te besluit
- die skeidslyn te trek tussen NORMALE STROMING aan die een kant en SURPLUSWATER aan die ander kant, maak nie saak hoe arbitrêr of willekeurig dit ookal gedoen word nie
- oor die metingsmeganismes of prosedure te besluit hoedat die 'deurlating' van die water bewerkstellig mag word."

Die geskille tussen die partye het dus ook geslaan op die effek wat die bou van die dam sou kon hê op die appellante se gebruiksreg van openbare water. Trouens neem 'n mens in ag dat die hof a quo geroepe sou wees om o a art 9(2)(b) van die Wet te vertolk en om te beslis of 'n inlystingbepaling kragtens art 62(2)(a) van die Wet geldig was, is die slotsom onvermydelik dat die geskille tussen die partye op hul onderskeie waterregte, en meer bepaald hul onderskeie regte tot die gebruik en aanwending van openbare water, geslaan het.

Dit dien ook daarop gewys te word dat ingevolge art 40(g), gelees met art 43, 'n waterhof uitsluitlike jurisdiksie het om 'n bevel te verleen tot verwydering van 'n dam in die loop van 'n openbare stroom. Indien die respondent dus die voorgestelde dam klaar gebou het, sou die appellante hulle slegs na 'n waterhof kon wend vir die verkryging van 'n bevel tot verwydering daarvan - ongeag of hulle aangevoer het dat

die dam uit hoofde van 'n ongeldige permit gebou is, of dat geen permit verkry was nie. Indien die dam egter slegs ten dele voltooid was, sou die appellante - as hulle dit reg het - 'n waterhof moes nader om 'n bevel dat die konstruksie verwyder moes word, maar die Kaapse Provinsiale Afdeling om 'n bevel wat voltooiing van die dam sou verbied. So 'n absurditeit kon die wetgewer net nie beoog het nie.

Namens die appellante is egter 'n beroep gedoen op die beslising van die waterhof in Van Staden v Minister of Water Affairs, Vos, Decisions of the Water Courts of South Africa 1947-1969, p 242. In daardie saak is onder andere aansoek gedoen om hersiening van 'n beslissing van die Minister van Waterwese ingevolge art 62 van die Wet. Die waterhof het bevind dat dit nie juridiksie gehad het om bedoelde aansoek te bereg nie. Nadat daarop gewys is dat 'n waterhof nie inherente regsbevoegdheid tot hersiening van die uitoefening van 'n diskresie het nie, het die

betrokke hof soos volg voortgegaan (op pp 245-6):

"Where such proceedings [hersieningsprosedure] are brought the dispute between the parties is a dispute as to whether there are grounds justifying the interference of the Court under its inherent powers of review, that is the second species of review explained in Johannesburg Consolidated Investment Co. v Town Council of Johannesburg, 1903 T.S. 111. The decision of the Respondent in regard to the allocation of water is analogous to the decision of a licensing body. Where there is no statutory right of review or appeal the aggrieved person may bring the decision into review, but the subject-matter of the decision is only incidental to the inquiry whether the body making the decision has acted with due regard to the scope of its powers and has arrived at its decision honestly and fairly. This is the nature of the inquiry which the Court is asked to undertake in the present application in regard to the respondent's decision under section 62(2). In my opinion the Water Court has no power to undertake such an inquiry."

In die onderhawige geval is daar natuurlik geen sprake van 'n hersieningsaansoek nie. Soos reeds meermale aangetoon, is die kerngeskil tussen die partye of die eerste respondent geregtig is om 'n dam in die rivier te bou. Slegs insidenteel daartoe ontstaan die

vraag - ten opsigte van sommige van die gronde geopper deur die applikante in die hof a quo - of die permit geldiglik uitgereik is. Indien die betoog onder oorweging gegrond was, sou bedoelde hof dus bevoeg gewees het om die bou van die dam te verbied indien die permit ongeldig was, maar nie indien, soos ook beweer deur die applikante, nie aan die voorwaardes daarvan voldoen is nie - weer eens 'n absurde resultaat.

Ten slotte is aangevoer dat die respondente toegestem het dat die hof a quo die aansoek kon verhoor. Hierdie betoog berus op wat gebeur het kort na aanhangigmaking van die hoofaansoek op 23 Desember 1988. Kennis is op daardie datum gegee dat op 28 Desember aansoek gedoen sou word om 'n bevel nisi wat die respondente sou aansê om op 11 Januarie 1989 redes aan te voer waarom sekere bevels nie verleen sou word nie. Die aard van die aangevraagde bevels is reeds in die inleidende gedeelte van hierdie uitspraak vermeld. Ook sou gevra word vir 'n tussentydse bevel wat die

eerste respondent sou verbied om hangende die beslegting van die hoofaansoek n dam op Elandsvlei te bou. Op 28 Desember 1988 is toe n bevel verleen waarvolgens die hoofaansoek tot 18 Januarie 1989 uitgestel is en die eerste respondent "se onderneming om nie met die bouwerk van die dam te begin voor die finale uitslag van hierdie aansoek nie" by die bevel ingelyf is. Wat die tweede en derde respondente betref, is bloot geboekstaaf dat hulle nie die "interim bevel" bestry het nie en dat hulle die reg voorbehou het om "dit" by die keerdatum te doen.

Die applikante het nooit in hul beëdigde verklarings die argument geopper dat die "toestemming" wat die bevel van 28 Desember 1988 moes voorafgegaan het, n toestemming tot die jurisdiksie van die Kaapse Provinsiale Afdeling betreffende die hoofaansoek - soos beoog in art 43 van die Wet - daargestel het nie. Tydens die beredenering van die aansoek is egter wel aldus aangevoer. Hierdie betoog is deur die hof a quo

verwerp. Toe die applikante daarna aansoek gedoen het om verlof tot appèl, is uiteengesit op welke gronde die hof a quo sou "fouteer" het. Dié het nie ingesluit dat bedoelde verwerping verkeerd was nie. Alhoewel die hof daarna sonder opgawe van redes verlof tot appèl toegestaan het, kan aanvaar word dat verlof verleen is op die gronde - of sommige daarvan - uiteengesit in die aansoek. Dit is derhalwe te betwyfel of die appellante op appèl kon steun op die betoog onder bespreking.

Hoe dit ook al sy, kan ek nie insien nie hoe die toestemming tot verlening van die "interim bevel" onder omstandighede waarvan mens niks weet nie - behalwe dat die Kersgety geval het in die periode van 5 dae tussen 23 en 28 Desember 1988 - beskou kan word as 'n toestemming ingevolge art 43 van die Wet. Waarskynlik is dit verleen bloot om koste te bespaar en ten einde die respondente voldoende geleentheid te bied om hul posisies te oorweeg. In die gewysde waarop die advokaat vir die appellante gesteun het, nl De Wet and

Others v Worcester Municipality 1911 CPD 394, was 'n gans ander feitekompleks ter sprake, en die beslissing is net nie ter sake vir huidige doeleindes nie.

Ten slotte is enkele opmerkings aangewese.

Die partye moes groot koste aangaan om 'n finale beslissing oor die jurisdiksie van die Kaapse Provinsiale Afdeling - in teenstelling tot 'n waterhof - te verkry. Dit is nie die eerste keer dat so-iets gebeur het nie. In heelwat ander gevalle is onnodige koste opgeloop omdat dit geblyk het dat 'n aansoek, of geding, verkeerdelik in 'n afdeling van die Hooggeregshof of 'n waterhof aanhangig gemaak is. Die vraag ontstaan dus of die tyd nie aangebreek het om jurisdiksie in watersake uitsluitlik aan die Hooggeregshof toe te vertrou nie. Wat ook al die beweegredes vir die daarstelling van waterhowe was, kom dit nie voor asof hulle vandag nog geldig is nie. Desnoods kan egter voorsiening gemaak word dat wanneer 'n regter van 'n provinsiale of plaaslike afdeling 'n

watersaak verhoor, hy na goeddunke van gespesialiseerde assessore gebruik mag maak.

Nadat appèl aangeteken is, het die appellante 'n aansoek om kondonاسie van die buitetydse liassering van die kennisgewing van appèl ingedien. Dié aansoek is nie bestry nie en is toegestaan. Dit was egter gemene saak dat die appellante die koste verbonde aan die aansoek moet betaal.

Die appellante het ook 'n sogenaamde aanvullende beëdigde verklaring ingedien. Daarin was sekere aansoeke vervat. Die appellante het egter kort na indiening kennis gegee dat hulle dié terugtrek. Dit was weer eens gemene saak dat die appellante die koste meegebring deur die indiening van die verklaring moet betaal.

Die appèl word afgewys met koste, insluitende die koste van twee advokate. Die appellante word ook gelas om die koste meegebring deur hul aansoek om kondonاسie en deur die indiening van hul verklaring,

gedateer 13 Mei 1991, te petaal.

H J O VAN HEERDEN AR

E M GROSSKOPF AR

VIVIER AR

STEM SAAM

EKSTEEN AR

VAN COLLER WAR