SAAKNR: 10/98

In die saak tussen :

JOHANNES PETRUS JACOBUS STOFFBERG	**Eerste Appellant** (Eerste Respondent)
PHILLIPUS JACOBUS VILJOEN	**Tweede Appellant** (Tweede Respondent)
DIE WAAIHOEK BESPROEIINGSRAAD	**Derde Appellant** (Derde Respondent)
DIE JAN DU TOITSRIVIER BESPROEIINGSRAAD	**Vierde Appellant** (Vierde Respondent)
DAARDIE LEDE VAN DIE APPLIKANT GELYS OP AANHANGSEL HAK 6	**Vyfde Appellant** (Sesde Respondent)
DAARDIE LEDE VAN DIE APPLIKANT GELYS OP AANHANGSEL HAK 7	**Sesde Appellant** (Sewende Respondent)
DIE OORBLYWENDE GEREGISTREERDE EIENAARS VAN ONDERVERDELINGS VAN DIE OORSPRONKLIKE UITGIFTE EENDRAGHT NR 250	**Sewende Appellant** (Tiende Respondent)
DIE OORBLYWENDE GEREGISTREERDE EIENAARS VAN ONDERVERDELINGS VAN DIE OORSPRONKLIKE UITGIFTE WYZERSDRIFT NR 386	**Agste Appellant** (Elfde Respondent)

- en -

ALL STONES BK	**Eerste Respondent** (Eerste Applikant)
MICHAEL JOHN ALLSOP N.O.	**Tweede Respondent** (Tweede Applikant)
JULIANNE GREINAGH ALLSOP N.O.	**Derde Respondent** (Derde Applikant)
ANDREW LLEWELLYN ROBINSON N.O.	**Vierde Respondent** (Vierde Applikant)
MERVYN GOLDEN N.O.	**Vyfde Respondent**

(Vyfde Applikant)

SEWESORG BK **Sesde Respondent**
(Sesde Applikant)

HELENA JOHANNA NAUDè **Sewende Respondent**
(Sewende Applikant)

DIRK JACOBUS STRAUSS PRETORIUS **Agste Respondent**
(Agste Applikant)

DIE OLIFANTSBERG BESPROEIINGSRAAD **Negende Respondent**
(Negende Applikant)

SAAKNR: 495/97

In die saak tussen:

ALL STONES BK **Eerste Appellant**
(Eerste Applikant)

MICHAEL JOHN ALLSOP N.O. **Tweede Appellant**
(Tweede Applikant)

JULIANNE GREINAGH ROBINSON N.O.(Voorheen Allsop) **Derde Appellant**
(Derde Applikant)

ANDREW LLEWELLYN ROBINSON N.O. **Vierde Appellant**
(Vierde Applikant)

MERVYN GOLDEN N.O. **Vyfde Appellant**
(Vyfde Applikant)

SEWESORG BK **Sesde Appellant**
(Sesde Applikant)

HELENA JOHANNA NAUDE **Sewende Appellant**
(Sewende Applikant)

DIRK JACOBUS STRAUSS PRETORIUS **Agtste Appellant**
(Agtste Applikant)

en

DIE WAAIHOEK BESPROEIINGSRAAD **Eerste Respondent**
(Eerste Respondent)

JAN DU TOITRIVIER BESPROEIINGSRAAD **Tweede Respondent**
(Tweede Respondent)

G W VAN ZYL **Derde Respondent**

Coram: Vivier, Grosskopf, Harms, Plewman ARR en Melunsky Wnd AR.

Verhoor: 15 Februarie 2000

Gelewer: 16 Maart 2000

Regte op gebruik van die water van ’n openbare stroom.

U I T S P R A A K

VIVIER AR:

Die appèlle in hierdie twee sake is saam aangehoor omdat beide sake wesenlik oor dieselfde geskil gaan.

’n Openbare stroom, die Jan du Toitsrivier (“die rivier”), ontspring in die bergklowe aan die suidelike hange van die Hexrivierberge en vloei ongeveer in ’n suidelike rigting tot waar dit by die Breërivier in die distrik van Worcester aansluit. Waar die rivier uit die berge vloei, word dit hoofsaaklik gevoed deur die water uit twee klowe wat vandag bekend is as die Jan du Toitskloof en die Waaihoekkloof. Die Jan du Toitskloof is oos van die Waaihoekkloof geleë. Voordat die rivier by die Breërivier aansluit, kronkel dit vervolgens oor vier oorspronklike uitgifte naamlik De Breede Rivier nr 295 (“De Breede Rivier”), ook bekend as Olifantsberg, wat

hoofsaaklik oos van die rivier geleë is, Eendracht nr 250 ("Eendracht") wat hoofsaaklik aan die weste- kant van die rivier geleë is, die Jan du Toitsrivier-lokasie wat weerskante van die rivier geleë is en laastens oor Wyzersdrift nr 386 ("Wyzersdrift") wat ook weerskante van die rivier geleë is. Die individuele partye is almal eienaars van onderverdelings van een of ander van die vier oorspronklike uitgifte en wesenlik dieselfde partye was onderskeidelik applikante en respondente in die twee Howe *a quo*. Ek sal deurgaans na die partye verwys soos hulle was in die Howe *a quo*. Die eerste tot die agste applikante in beide sake is eienaars van onderverdelings van Olifantsberg en is almal lede van die Olifantsberg Besproeiingraad. Die individuele respondente is almal eienaars van onderverdelings van Eendracht of Jan du Toitsrivier-lokasie of Wyzersdrift en is almal lede van die Waaihoek Besproeiingsraad (vir eienaars van onderverdelings van Eendracht) of die Jan du Toitsrivier Besproeiingsraad (vir eienaars van

onderverdelings van Jan du Toitsrivier-lokasie en Wyzersdrift). Die gemelde drie besproeiingsrade is partye in die gedingvoering, die Olifantsberg Besproeiingsraad as 'n applikant in W 1/95 en die ander twee as respondente in beide sake.

Dit is gemene saak dat al die partye water uit die rivier onttrek by wyse van lang gevestigde verdeelsluise en kanale. Die applikante onttrek water by 'n keerwal ("die boonste keerwal") met 'n verdeelplaat wat bereken is om een-derde van die stroom na die ooste vir hul gebruik uit te keer. Die respondente onttrek hul water ongeveer 300 meter stroomaf by 'n verdeelstruktuur ("die onderste keerwal") wat die stroom daar in twee verdeel, ongeveer een helfte vir gebruik deur die lede van die Waaihoek Besproeiingsraad en die res vir gebruik deur lede van die Jan du Toitsrivier Besproeiingsraad.

Die geskil tussen die partye gaan oor die water wat vanuit die

Waaihoekkloof in die rivier invloei. Die applikante se saak is dat hulle geregtig is op een-derde van daardie water terwyl die respondente se houding is dat die appellante geen reg op die water van die Waaihoekkloof het nie. Op 3 Maart 1995 het die applikante 'n aansoek in die Kaapse Waterhof geloods (saak nr W 1/95, hierna die "hoofsaak" genoem) vir 'n verklarende bevel dat hulle, saam met ander geregistreerde eienaars van onderverdelings van De Breede Rivier, geregtig is op een-derde van die water wat in die Waaihoekkloof vloei, alternatiewelik dat hulle 'n voorkeurreg het op die gebruik van die normale stroom in die Waaihoekkloof teenoor sommige respondente, en in die verdere alternatief, dat hulle op 'n redelike deel van die normale stroming van die Waaihoekkloof geregtig is. Laasgenoemde alternatiewe bede is by die verhoor laat vaar. Daar is verder gevra dat sommige van die respondente gelas word om die werke wat hulle in die loop van die Waaihoekkloof

aangebring het, te verwyder en ongedaan te maak. Die aansoek is deur die respondente bestry. Voor die begin van die verhoor het die applikante 'n tweede aansoek in die Kaapse Waterhof geloods (saak nr W 1/96, hierna die "spoliasie-aansoek" genoem) vir 'n bevel wat sommige respondente gelas om die werke wat hulle in die Waaihoekkloof aangebring het, te verwyder ten einde die applikante se beweerde vreedsame en ongestoorde besit en gebruik van die water van die Waaihoekkloof te herstel. Die spoliasie-aansoek is deur **Kuhn R** met koste afgewys op grond daarvan dat die Waterhof nie jurisdiksie het om so 'n aansoek te bereg nie. Die verhoor van die hoofsaak het daarna begin en aan die einde daarvan het **Blignault R** die hoofeis met koste gehandhaaf en 'n verklarende bevel uitgereik teen daardie respondente wat eienaars van onderverdelings van Eendracht en Wyzersdrift is dat die applikante, saam met ander geregistreerde eienaars van onderverdelings van De Breede Rivier, geregtig is op een-derde van die

water van die Waaihoekkloof.

In die hoofsaak appèlleer die respondente na hierdie Hof teen die uitspraak en bevele van **Blignault R** en in die spoliasie-aansoek appèlleer die applikante teen die afwysing van daardie aansoek. Soos reeds genoem, verwys ek deurgaans na die partye soos hulle was in die Howe *a quo*. Ek behandel vervolgens eers die appèl in die hoofsaak.

Die Hof *a quo* het bevind dat die applikante op een-derde van die water van die Waaihoekkloof geregtig is uit hoofde van sy uitleg van die bepalings van ’n skikkingsooreenkoms wat in 1822 in ’n geskil oor waterregte tussen die destydse besitters van Eendracht en Wyzersdrift, aan die een kant, en die besitter van De Breede Rivier, aan die ander kant, aangegaan en op 13 Mei 1822 deur die Raad van die Adjunk-Landdros en Heemrade van die distrik van Worcester (“die Raad”) bekragtig is. Die bepalings van die skikkingsakte is nooit teen die titelaktes van die betrokke

eiendomme geregistreer nie, maar die Hof *a quo* het bevind dat die verrigtinge voor die Raad van 13 Mei 1822 die effek van ’n uitspraak van ’n bevoegde hof gehad het en bindend is op eienaars van die betrokke eiendomme en hul regsopvolgers. In die lig van hierdie bevinding het die Verhoorhof dit nie nodig geag om met enige van die ander eisoorsake waarop die applikante gesteun het, te handel nie.

In hierdie Hof is namens die respondente betoog, soos in die Hof *a quo*, dat die Raad in die destydse dispuut nie as ’n geregshof gehandel het nie, maar bloot in ’n administratiewe hoedanigheid as bemiddelaar om ’n skikking tussen strydende partye te bewerkstellig. Daar kan dus, volgens die betoog, geen sprake wees van ’n uitspraak van ’n bevoegde hof nie. Die betoog was nie dat die Raad nie bevoeg was om in ’n gepaste geval ’n bindende bevel *in rem* met betrekking tot waterregte te maak wat *res judicata* is wat betref die eienaars van die betrokke eiendomme en hul

opvolgers in titel nie. (Vgl *Du Toit v Malherbe* 2 Menzies 299 op 308.)

Uit die notule van die verrigtinge voor die Raad van 13 Mei 1822 blyk dit dat die Raad voorheen, op 5 Maart 1821, op versoek van die besitters van Wyzersdrift en Eendracht, 'n geregtelike kommissie aangestel het om 'n inspeksie van die betrokke eiendomme te doen. Die kommissie het alle waterlope, fonteine ens op die betrokke eiendomme besigtig en aan die Raad verslag gedoen by sy sitting van 13 Mei 1882. Volgens sy verslag het die kommissie na sy ondersoek die volgende "vaste regulatie" neergelê ten opsigte van die gebruik van water waartoe die partye onherroeplik toegestem het :

> "1. Dat een derde gedeelte van 't waters komende uit de Leeuwekloof ten zyde van de plaats van de wed. Jan Abraham de Plessie genaamd de Oliphantsberg aan laatsgemelde plaats zal blijven toegekend, welke uitleiding sal moeten

geschieden door middel eener goede gemetselde sluis.

2. Dat verder al het afvliettende water uit de Leeuwekloof tusschen de beide gezamentlijke impetraten Gabriel Hugo, bezitter van de plaats Eendracht en David de Plessie & C^{o}.bezitters van de plaats Wyzerdrift zal worden verdeeld en wel in dezer voegen dat de plaats de Wyzerdrift van twee duimen meerder waters als de plaats Eendracht van Gabriel Hugo zal fourneren om redenen gezegde plaats Wyzersdrift ruim een quartiers uurs verder van de verdelingspunt is liggende.

3. Hebbende eindelyk so wel de beide impetranten en geimpetreerde aangenomen ieder een derde der gevallene kosten in dezen te zullen dragen."

Die Raad het by sy sitting van 13 Mei 1882 bogemelde reëling bekragtig en die partye, wat teenwoordig was, beveel om dit streng na te

kom.

Uit die notule wil dit voorkom dat hierdie nie ’n geval is waar die Raad bloot ’n administratiewe handeling verrig het deur ’n skikkingsooreenkoms in sy rekords te laat aanteken nie. Vir redes wat later sal blyk, is dit egter nie nodig om te beslis of die Raad as ’n geregshof gehandel het nie. Ek sal aanvaar, sonder om te beslis, dat die Raad wel as sodanig gehandel het en dat sy bekragtiging van die kommissie se reëling ’n uitspraak van ’n bevoegde hof was.

Gedurende die argument in hierdie Hof is ’n verdere probleem deur die Hof geopper naamlik of die destydse partye voor die Raad hoegenaamd enige regte vir latere eienaars van die betrokke eiendomme kon verkry het. Dit was gemene saak dat die destydse partye slegs huurders of pagters was en dat eiendomsverkryging van die betrokke eiendomme eers heelwat later plaasgevind het. Dit is dus te betwyfel of die destydse partye tot die

skikking enige regte vir latere eienaars kon verkry het. In hierdie verband moet egter dadelik genoem word dat beide die applikante se boonste keerwal wat een-derde van die water na Olifantsberg uitkeer, sowel as die gelykop-verdeling van die water tussen die eienaars van Eendracht en Wyzersdrift by die onderste keerwal, waarskynlik hul oorsprong het in die 1822-skikking. Die teendeel is nie voor ons betoog nie.

Vir doeleindes van hierdie uitspraak sal ek aanvaar, sonder om te beslis, dat die destydse partye voor die Raad wel regte vir latere eienaars van die betrokke eiendomme kon verkry het.

Die vraag is dan of die applikante op ’n behoorlike uitleg van die 1822-skikking geregtig is op ’n gedeelte van die water van die Waaihoekkloof. Kort gestel is die vraag of die verwysing na “waters komende uit de Leeuwekloof” ook ’n verwysing na die water van die Waaihoekkloof was.

Soos ek reeds daarop gewys het, het die Raad se geregtelike komitee "alle waterlopen" ondersoek, wat daarop dui dat meer as een waterloop deur die destydse partye benut was. Al die partye het sekerlik geweet van die twee klowe wat vandag bekend is as die Jan du Toitskloof en die Waaihoekkloof. Dit sou dus verbasend wees indien die partye met die woorde "waters komende uit de Leeuwekloof" bedoel het om na meer as een kloof te verwys.

By die uitleg van die 1822-skikking het die Verhoorhof dit as van deurslaggewende belang beskou om te bepaal waar die aansluitingspunt van die Waaihoekkloof met die rivier was op die stadium toe die destydse eienaar van Olifantsberg die boonste keerwal opgerig het. Volgens die Verhoorhof sou dit "bykans onomstootlike bewys" van die applikante se saak wees indien die boonste keerwal stroomaf van die Waaihoekkloof se aansluiting opgerig is, terwyl die afleiding onvermydelik sou wees dat hulle

geen regte op die water van die Waaihoekkloof het indien die boonste keerwal stroomop daarvan gebou is nie. Soos ek reeds aangedui het, is die grootste gedeelte van die getuienis by die verhoor dan ook aan die roete van die Waaihoekkloof oor die jare gewy. Hierdie getuienis het hoofsaaklik bestaan uit ou kaarte, diagramme en foto's, kontemporêre verslae en notules wat oor die jare opgestel is, lekegetuienis van waarnemings oor die jare en deskundige getuienis gebaseer op persoonlike waarnemings en afleiding uit die kaarte, diagramme en foto's.

By 'n oorweging van hierdie getuienis is dit gerieflik om te begin by die bevinding van die Hof *a quo* dat die loop van die Waaihoekkloof gedurende die tydperk 1927 tot ongeveer 1965 by 'n punt stroomaf van die boonste keerwal by die rivier aangesluit het. Vir hierdie bevinding het die Verhoorhof hoofsaaklik gesteun op die getuienis van mnr W J van der Merwe, 'n geologiese ingenieur wat namens die respondente getuig het,

dokumentêre getuienis uit die lêers van die Departement van Waterwese, ’n rowwe sketsplan wat mnr Danie Hugo in 1965 opgestel het, ’n prokureursbrief gedateer 5 Junie 1965 en ’n memorandum gedateer 16 Februarie 1971 wat die sekretaris van die Olifantsberg Besproeiingsraad aan die Minister van Waterwese gestuur het.

Van der Merwe, wat die Verhoorhof as ’n kundige en betroubare getuie beïndruk het, het met verwysing na ’n aantal lugfoto’s wat in die tydperk 1942 tot 1987 geneem is, getuig dat voordat die Waaihoekkloof vanaf die westekant by die rivier aansluit, dit ’n stelsel van multi-kanale vorm waar dit oor ’n breë vloedvlakte in talle verskillende lope of kanale in ’n verspreide of gevlegde patroon vloei. Die vloedvlakte is hoër op tot 200 meter breed terwyl dit in die omgewing van die onderste keerwal tot 600 meter breed is. Volgens Van der Merwe toon die 1942-lugfoto ’n oorheersende of dominante vloeikanaal heel aan die westekant van die

vloedvlakte vanaf 'n punt hoog op in die kloof tot waar dit ongeveer 100 meter bokant die onderste keerwal by die rivier aansluit. Die 1949-lugfoto toon dieselfde dominante vloeikanaal. Volgens Van der Merwe het daar tussen 1949 en 1967 'n natuurlike obstruksie hoër op in die Waaihoekkloof ontstaan wat die roete van die dominante vloeikanaal vanaf daardie punt verander het sodat dit in 'n suid-oostelike rigting begin vloei het en stroomop van die boonste keerwal by die rivier aangesluit het. Die punt waar die koersafwyking aanvanklik plaasgevind het, is in die omgewing waar die kanaal tans nog verdeel.

Van der Merwe het getuig dat morfologiese data van die rivier daarop dui dat die dominante vloeikanaal van die Waaihoekkloof van oudsher af die westelike kanaal was wat net bokant die onderste keerwal by die rivier aansluit. Oor die jare sou die Waaihoekkloof die meeste van die tyd langs hierdie westelike kanaal gevloei het. Die huidige oostelike kanaal wat

bokant die boonste keerwal aansluit, is bloot tydelik van aard en die Waaihoekkloof sal met verloop van tyd weer terugkeer na die westelike kanaal.

Van der Merwe se getuienis oor wat histories die dominante stelsel van die Waaihoekkloof is, was wesenlik onversoenbaar met dié van prof Rooseboom, ’n waterboukundige ingenieur wat namens die applikante getuig het. Laasgenoemde se getuienis dat die westelike roete nie die natuurlike roete van die Waaihoekkloof is nie, word glad nie na verwys in die uitspraak van die Verhoorhof nie en is klaarblyklik nie deur die Verhoorhof aanvaar nie. Dit is nie nodig om meer daaromtrent te sê nie as dat dit onoortuigend is en ook strydig is met al die ander getuienis, wat deur die Verhoorhof aanvaar is, dat die Waaihoekkloof in die tydperk van 1927 tot 1965 die roete gevolg het soos deur Van der Merwe getuig.

Die ander getuienis oor laasgenoemde tydperk wat deur die

Verhoorhof aanvaar is, is kortliks die volgende: Gedurende Februarie tot Maart 1927 het mnr E G H Barry sekere vloeimetings vir die Departement van Waterwese in die Waaihoekkloof en in die rivier geneem en in die sketse wat by sy destydse verslae aangeheg is, het hy duidelik aangetoon dat die Waaihoekkloof bokant die onderste en onderkant die boonste keerwalle by die rivier aansluit. Jare later het Barry in ’n verdere verslag, gedateer 17 April 1951, na verdere ondersoeke, herhaal dat die Waaihoekkloof tussen die twee keerwalle by die rivier aansluit. Barry se waarneming van die aansluitingspunt word bevestig in die verslae van sy kollegas Taylor (12 en 15 Maart 1927) en Shannon (9 Februarie 1928) en in ’n kaart wat in 1939 deur die Departement van Waterwese opgestel is vir doeleindes van die stigting van die Olifantsberg Besproeiingsraad. Hierdie kaart toon duidelik dat die Waaihoekkloof onderkant die boonste keerwal by die rivier aansluit. Die Olifantsberg-boere het die kaart oorweeg en verskillende wysigings

aangebring maar het nie die aansluitingspunt verander nie. Gedurende ongeveer 1955 het mnr H H Ross, die assistent-ingenieur van die Departement van Waterwese wat belas was met die Olifantsberg-boere se sloot, na 'n ondersoek en samesprekings met die boere, 'n verslag opgestel waarin hy uitdruklik meld dat die Olifantsberg-boere hul een-derde deel van die water aankeer "stroomop van waar die Waaihoek tak aansluit". Hierdie verslag is tydens 'n vergadering van die Olifantsberg-boere bespreek, soos blyk uit 'n notule van 28 September 1955. Op 20 Oktober 1955 het Ross weereens die toneel besoek, soos blyk uit sy verslag van 29 Oktober 1955. Daar is geen aanduiding dat hy sy vorige stelling oor die aansluitingspunt verander het nie.

Die eerste gedokumenteerde verwysing na 'n aansluiting van die Waaihoekkloof bokant die boonste keerwal, is te vind in 'n brief van prokureurs Whitehorn, Wilson & Kotzé gedateer 6 Junie l965 wat in opdrag

van sekere boere van Eendracht en Wyzersdrift geskryf is. Die brief lees onder andere soos volg:

> "Ondersoek het aan die lig gebring dat die water afkomstig uit die Waaihoekkloof van rigting verander het en in werklikheid nie meer direk oor die erkende verdeelsluis gaan nie maar aansluit naby die water afkomstig uit die Jan du Toitskloof bokant die verdeelsluis in laasgenoemde kloof."

Hierdie brief is bespreek op 'n vergadering van die Waaihoek Besproeiingsraad op 17 Junie 1965 waarop 'n aantal verteenwoordigers van die Olifantsberg-boere teenwoordig was. Daar is geen aanduiding dat hulle die feitebewerings in die brief betwis het nie. By die vergadering is besluit dat die vorige loop herstel sou word sodat die Waaihoekkloof weer onderkant die boonste keerwal by die rivier sou aansluit. Hierby aansluitende is 'n sketsplan voor die Verhoorhof geplaas wat wyle mnr

Danie Hugo van Eendracht gedurende dieselfde jaar opgestel het. Dit toon dat die Waaihoekkloof net bokant die onderste keerwal by die rivier aansluit en toon verder ’n sogenaamde deurbraak vanaf die Waaihoekkloof na ’n punt bokant die boonste keerwal.

Dit blyk uit die finansiële rekords van die Waaihoek- en Jan du Toitsrivier besproeiingsrade dat werke na hierdie datum gereeld gedoen is om die Waaihoekkloof se loop weer na die roete wat dit gehad het voor 1965 te laat terugkeer.

Op 16 Februarie 1971 het die sekretaris van die Olifantsberg Besproeiingsraad ’n memorandum aan die Minister van Waterwese gestuur ter ondersteuning van sekere vertoë. Onder die hoof "Beskikbare water en waterwerke" word die volgende gesê -

> "Die Jan du Toitsrivier word hoofsaaklik deur twee klowe gevoed naamlik die Waaihoek- en die Jan du

> Toitsklowe. Olifantsberg is alleenlik geregtig op ’n derde deel van die water afkomstig uit die Jan du Toitskloof. Die ander twee-derde water en die water afkomstig uit die Waaihoekkloof word verdeel tussen die Jan du Toits-besproeiingsraad en die Waaihoek-besproeiingsraad se lede.”

Hier word dus uitdruklik verklaar dat die Olifantsberg-boere nie geregtig is om in die water uit die Waaihoekkloof te deel nie.

Al hierdie getuienis dui na my mening onteenseglik daarop dat die Waaihoekkloof tussen minstens 1927 tot 1965 onderkant die boonste keerwal by die rivier aangesluit het, soos die Verhoorhof ook tereg bevind het.

Gedurende die tydperk daarna tot 1994 het die respondente voortgegaan om, wanneer nodig, werke in die Waaihoekkloof te doen ten einde te sorg dat die water van die Waaihoekkloof onderkant die boonste

keerwal in die rivier vloei. Vir minstens 67 jaar dus het die respondente alleen die water van die Waaihoekkloof benut en het die eienaars van Olifantsberg nie in die water gedeel of daarop aanspraak gemaak nie.

Ten spyte van sy voorgaande bevindings het die Verhoorhof bevind dat op ’n behoorlike uitleg van die 1822-skikking die destydse besitter van Olifantsberg wel water uit die Waaihoekkloof ontvang het. Die Verhoorhof het dus by implikasie ook bevind dat die Waaihoekkloof destyds bokant die boonste keerwal by die rivier aangesluit het. Vir hierdie bevinding het die Verhoorhof gesteun op ’n aantal ou kaarte, die verrigtinge in die saak van *Jordaan & Others v Winkelmann & Others and the Colonial Government* (1879) 9 Buchanan 79 sowel as op sekere getuienis wat in 1878 voor ’n gekose komitee van die Kaapse Parlement gelewer is.

Die ou kaarte waarop die Verhoorhof steun is die kaarte van die oorspronklike uitgifte van die betrokke plase, waarop die rivier rofweg

aangetoon word. Die landmeters wat by die verhoor getuig het, was dit egter eens dat hierdie kaarte nie betroubaar is ten opsigte van gegewens soos die ligging van waterlope wat nie opgemeet is nie maar bloot met die hand ingevul is. Die Verhoorhof sê self in sy uitspraak dat daar twyfel bestaan of die kaarte die ligging van die klowe en waterlope akkuraat aantoon maar dat dit minstens twyfel skep of die uitkeerwerke van Olifantsberg altyd geleë was waar dit tans geleë is. Die kaart van die uitgifte De Breede Rivier, gedateer 1836, waarna die Verhoorhof verwys, toon Olifantsberg se watervoor baie laer as wat tans die geval is. Dit wys, na my mening, bloot die onakkuraatheid van die kaart. Die Verhoorhof se afleiding dat die uitkeerwerk intussen stroomop geskuif het, is blote bespiegeling. Daar is geen getuienis hoegenaamd van ’n verskuiwing van die boonste keerwal na 1836 nie.

Wat die *Jordaan*-saak betref, steun die Verhoorhof op die feit dat die

aansoekdoeners in daardie saak die Leeuwkloof as die bron van die rivier beskryf het, sowel as op data wat in die ingenieur Gamble se verslag bevat was. Die saak het niks te doen gehad met die aansluitingspunt van die Waaikloof nie, maar met die gebruik van water verder stroomaf by die Jan du Toitsrivier-lokasie en Wyzersdrift. Dit het gegaan oor 'n interdik en skadevergoeding wat die eienaars en besitters van Wyzersdrift teen besitters van die Jan du Toitsrivier-lokasie gevra het op grond van laasgenoemde se beweerde onregmatige gebruik van die water van die rivier. Die vraag was of die Wyzersdrift-boere op grond van verjaring op die water in die rivier geregtig was. Die boere van Eendracht en Olifantsberg was nie partye tot die geding nie. Na my mening neem die feit dat die Leeuwkloof in daardie saak deur die eisers as die bron van die rivier beskryf is, welke verwysing klaarblyklik sy oorsprong in die 1822-skikking het, die huidige geskilspunt geensins verder nie, veral aangesien dit gemene saak is dat twee verskillende

klowe die hoofbronne van die rivier is. Selfs in die *Jordaan*-saak meld die ingenieur Gamble se verslag dat die rivier afkomstig is uit "two streams which come down two distinct kloofs". Gamble se vloeimetings regverdig, na my mening, nie die Verhoorhof se afleiding dat Olifantsberg destyds water uit beide klowe ontvang het nie. Gamble was slegs twee dae op die toneel en dit is onseker waar sy meetpunte was of hoe akkuraat dit was. Na my mening is die *Jordaan*-saak van geen nut by die uitleg van die 1822-skikking nie.

Laastens het die Hof *a quo* steun vir sy uitleg in die verrigtinge voor die 1878 gekose komitee van die Parlement gevind. Die komitee het ondersoek ingestel na die kwessie van die vestiging van Duitse immigrante op onder meer die Jan du Toitskloof-lokasie wat kroongrond was. Die Hof *a quo* verwys in sy uitspraak na twee passasies in die getuienis voor die gekose komitee waarin onderskeie eienaars van Wyzersdrift en Olifantsberg

eenvoudig sê dat hulle geregtig is op water uit die rivier, sonder om te meld op watter gedeelte of waarvandaan die water kom. Ek kan nie met die Verhoorhof saamstem dat hierdie getuienis enigsins daarop dui dat die 1822-skikking ook die water van die Waaihoekkloof aan De Breede Rivier toegeken het nie.

Na my mening is daar gevolglik geen steun te vind in die gemelde uitgiftekaarte, die *Jordaan*-saak of die getuienis voor die 1878 gekose komitee vir die Verhoorhof se uitleg van die 1822-skikking nie.

In die lig van die getuienis oor die loop van die Waaihoekkloof in die tydperk vanaf 1927 tot 1965 waarna ek hierbo verwys het, sowel as Van der Merwe se getuienis oor die histories natuurlike loop van die Waaihoekkloof, is die waarskynlikhede dat die Waaihoekkloof ook in 1822 onderkant die boonste keerwal by die rivier aangesluit het. Daar is geen getuienis wat op die teendeel dui nie.

Na my mening word enige moontlike twyfel oor die uitleg van die 1822-skikking uit die weg geruim deur die verdere getuienis waarna ek hieronder verwys. In hierdie Hof het die respondente aansoek gedoen dat die volgende verdere dokumente wat tersake is by die juiste uitleg van die 1822-skikking as getuienis toegelaat word, naamlik sekere "Land Board Reports" van 1821, 'n ou kaart van die plaas Olifantsberg wat opgestel is deur landmeter J A Tulleken in 1820 en 'n kaart wat deur landmeter G Greeff in 1898 opgestel is. Dit is slegs nodig om die aansoek ten opsigte van die "Land Board Reports" te oorweeg.

Ingevolge art 22 van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959 het hierdie Hof 'n wye bevoegdheid om verdere getuienis toe te laat, alhoewel die uitgangspunt altyd is dat verlof slegs in uitsonderlike gevalle verleen word. In *S v De Jager* 1965(2) SA 612(A) op 613 C-D is die basiese vereistes vir aansoeke van dié aard as volg gestel :

> "(a) There should be some reasonably sufficient explanation, based on allegations which may be true, why the evidence which it is sought to lead was not led at the trial.
>
> (b) There should be a *prima facie* likelihood of the truth of the evidence.
>
> (c) The evidence should be materially relevant to the outcome of the trial."

Sien ook : *Staatspresident en 'n Ander v Lefuo* 1990(2) SA 679(A) op 691C - 692 D en *Loomcraft Fabrics CC v Nedbank Ltd and Another* 1996(1) SA 812 (A) op 824H - 825D.

Dit blyk uit die huidige aansoek dat ten spyte van sorgvuldige ondersoeke en navorsing voor die verhore in die Howe *a quo* die verdere dokumente eers daarna opgespoor is na verdere ondersoeke in die argief in Kaapstad. Na my mening is die eerste vereiste wat hierbo in die *De Jager*-saak gestel is, bevredig.

Wat die tweede en derde vereistes betref, kan daar geen twyfel oor die egtheid van die dokumente, die betroubaarheid van die inligting daarop of die wesenlike relevansie daarvan wees nie. Die aansoek moet gevolglik toegestaan word.

Die dokument getitel "Reports upon Lands in the District of Tulbagh (now Worcester)" is aan die einde van Desember 1821 voltooi. Dit handel oor die plase De Breede Rivier en Eendracht na aanleiding van aansoeke deur die destydse besitters dat bykomende grond aan hulle toegeken word. Onder die opskrif "How the land is supplied with water during the different seasons", word die waterbronne van die betrokke leningsplase De Breede Rivier en Eendracht herhaaldelik aangedui as twee afsonderlike bronne naamlik "uit de Waaihoeksgebergte" en "uit de Leeuwehoek". In die geval van die weduwee du Plessis van De Breede Rivier word die waterbron van haar leningsplaas aangetoon as "uit de Leeuwehoek". In die aansoek

van die destydse besitter van Eendracht (Gabriel Hugo) vir verdere grond word sy waterbronne aangedui as “uit de Waaihoekgebergte en uit de Leeuwehoek”. “De Leeuwehoek” is klaarblyklik dieselfde kloof as die Leeuwekloof waarna in die 1822-skikking verwys word. Uit hierdie verslae is dit duidelik dat die destydse besitters van die betrokke plase self duidelik onderskei het tussen twee onafhanklike waterbronne, naamlik die Waaihoekkloof en die Leeuwekloof. Daar kan geen twyfel bestaan nie dat die Leeuwekloof die kloof is wat vandag bekend staan as die Jan du Toitskloof. Die weduwee du Plessis as besitter van De Breede Rivier en Gabriel Hugo as besitter van Eendracht was ook partye tot die geskil wat uitgeloop het op die l822-skikking. Die feit dat in hierdie skikking slegs water uit die Leeuwekloof aan haar toegeken is, is ’n duidelike aanduiding dat sy nie water uit die Waaihoekkloof ontvang het nie.

Ek is gevolglik van mening dat die 1822-skikking, op ’n behoorlike

uitleg daarvan, geen water uit die Waaihoekkloof aan die destydse besitter van De Breede Rivier toegeken het nie, en dat die Verhoorhof fouteer het deur die teendeel te bevind.

In die alternatief tot die skuldoorsake gebaseer op die 1822-skikking het die applikante die Verhoorhof versoek om 'n bevel te maak wat verklaar dat hulle, as oewereienaars aan die Waaihoekkloof, wat 'n takrivier van die Jan du Toitsrivier is, 'n voorkeurreg het op die gebruik van die normale stroming van die Waaihoekkloof teenoor daardie respondente wat eienaars van oewergrond aan die Waaihoekkloof is bloot omdat hulle eienaars van oewergrond aan die hoofstroom, die Jan du Toitsrivier, is. Ten tyde van die verhoor het art 9(1)(e) van die Waterwet 54 van 1956 ("die Waterwet") voorsiening gemaak vir 'n voorkeurreg, onder gepaste omstandighede, op die gebruik van die normale stroming van 'n takrivier deur 'n oewereienaar aan die takrivier teenoor 'n oewereienaar aan die hoofstroom. Die

aangevraagde verklarende bevel het niks meer gevra as wat die subartikel self bepaal nie. Die voorkeurreg kan nie in die abstrak toegepas word nie en sal eers ter sprake kom wanneer dit relevant is by ander regshulp wat aangevra word soos by 'n verdelingsgeding. Daar is geen feitebasis by die verhoor gelê vir die aangevraagde bevel nie en dit kon gevolglik nie toegestaan word nie.

In die finale alternatief het die applikante by die verhoor 'n bevel gevra teen sommige respondente wat hulle gelas om die werke wat hulle in die bedding van die Waaihoekkloof aangebring het, te verwyder en ongedaan te maak. Vir hierdie regshulp het die applikante gesteun op die bepalings van art 20(1)(a), art 20(9) en art 170(1)(b) van die Waterwet. Ingevolge eersgenoemde subartikel mag die loop van 'n openbare stroom nie verander word sonder 'n ministeriële permit nie. Art 20(9) verbied 'n reghebbende om die loop van 'n openbare stroom te herstel sonder 'n bevel

van die Waterhof. Art 170(1)(b) maak dit ’n misdryf om in te meng met die vloei van water in ’n waterwerk of met die vloei van ’n openbare stroom.

Na my mening was die applikante in die omstandighede van hierdie saak nie ingevolge enige van die genoemde subartikels op die aangevraagde interdik geregtig nie. Hierdie saak gaan oor die applikante se substantiewe regte op die gebruik van die water van die Waaihoekkloof en geeneen van die subartikels gee voor om sodanige regte aan die applikante te verleen nie. Die aangevraagde interdik was niks meer as ’n poging om waterregte op ’n indirekte wyse te verkry deur die veranderde loop van die Waaihoekkloof tot voordeel van die applikante te bestendig nie.

Volledigheidshalwe wys ek daarop dat die Waterwet sedertdien in sy geheel herroep is deur art 163 van die Nasionale Waterwet 36 van 1998 (“die Nasionale Waterwet”) wat, soos meeste van die ander artikels

daarvan, op 1 Oktober 1998 in werking getree het. Die Nasionale Waterwet het 'n einde gebring aan die bestaan van die Waterhof.

Vir die redes hierbo genoem, moet die appèl van die respondente in die hoofsaak gehandhaaf word.

Ek kom nou by die appèl van die applikante in die spoliasie-aansoek. Na aanhoor van argument is hierdie appèl van die hand gewys. Die redes volg.

Soos reeds gemeld was dit die applikante se saak in die Hof *a quo* dat sommige respondente sekere werke in die bedding van die Waaihoekkloof gedoen het wat verhoed het dat die water van die Waaihoekkloof bokant die boonste keerwal by die rivier aansluit en dat die applikante sodoende ontneem is van 'n gedeelte van die Waaihoekkloof se water. Die applikante het gevolglik om 'n bevel gevra wat die betrokke respondente gelas om die werke te verwyder ten einde hul vreedsame en

ongestoorde besit en gebruik van die water van die Waaihoekkloof te herstel. Die Hof *a quo* het die aansoek afgewys op grond daarvan dat die Waterhof nie jurisdiksie het om so ’n aansoek te bereg nie.

In die lig van die feit dat die hoofsaak intussen beslis is, kan die uitslag van die appèl in die spoliasie-aansoek geen praktiese uitwerking of gevolg hê nie. Die appèl in die spoliasie-aansoek is gevolglik ingevolge art 21A van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959, afgewys.

Dit laat die kwessie van koste van beide appèlle. In sake soos hierdie waar meerdere persone gemene saak maak en in dieselfde aksie gesamentlik as eisers optree is hul suksesvolle opponente gewoonlik geregtig op ’n bevel dat koste gesamentlik en afsonderlik betaal word. (*Yassen and Others v Yassen and Others* 1965(1) SA 438 (NPD) op 444 A-H en *Minister of Agriculture v Estate Randeree and Others* 1979(1) SA 145 (A) op 160 C-H). Na my mening is dit die bevel wat in die huidige saak gepas is,

beide wat die twee appèlle en die hoofsaak in die Hof *a quo* betref.

Die volgende bevel word gemaak.

1. Die appèl in die hoofsaak (saak nr W 1/95 en HHA 10/98) slaag met koste, met die uitsondering van die koste van die aansoek om verdere getuienis te lei. Die applikante (respondente in die appèl) word gelas om die koste gesamentlik en afsonderlik te betaal.

2. Die bevel van die Hof *a quo* in die hoofsaak word deurgehaal en met die volgende vervang -

> "Die applikante se eise word van die hand gewys met koste wat die koste van twee advokate asook die kwalifiserende koste van die deskundiges Van der Merwe en Le Brun insluit. Die applikante word gelas om die koste gesamentlik en afsonderlik te betaal."

3. Die appèl in die spoliasie-aansoek (saak nr W 1/96 en HHA 495/97)

word van die hand gewys met koste, wat deur die applikante (appellante) gesamentlik en afsonderlik betaal moet word.

W VIVIER AR.

GROSSKOPF AR)
HARMS AR)
PLEWMAN AR)
MELUNSKY Wnd AR) Stem saam.