

RAPPORTEERBARE UITSPRAAK
IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(WES-KAAPSE AFDELING, KAAPSTAD)

SAAKNR: 17282/2014

In die saak tussen:

LEMOENSHOEK PLASE (EDMS) BPK

Applikant

And

DIE DEPARTEMENT VAN WATERWESE

Eerste Respondent

RICHARD FAIRFAX BUTT

Tweede Respondent

FREEK WILLEMSE

Derde Respondent

UITSPRAAK GELEWER OP 21 MEI 2015

BLIGNAULT R:

Inleiding

[1] Hierdie uitspraak handel met twee afsonderlike aansoeke wat saam aangehoor is. Die eerste is 'n hersieningsaansoek wat ten doel het dat sekere lasgewings wat deur eerste respondent uitgereik is, tersyde gestel word. Die tweede aansoek is gerig op interim regshulp hangende die vestiging deur applikant van 'n serwituut van opdamming en waterleiding op eiendom van tweede respondent. Daar is 'n mate van oorvleueling van die feitelike geskilpunte en die regsrae in die twee aansoeke.

[2] Applikant is Lemoenshoek Plase (Edms) Bpk, 'n maatskappy wat hierin deur mnr Jan Philippus Crafford, verteenwoordig word. Hy is die enigste direkteur van applikant sedert sy vader, mnr mnr Jan Philippus Albertus, in 2013 oorlede is. Eerste respondent is die Departement van Water en Sanitasie ('die Departement') wat vroeër bekend gestaan het as die Departement van Waterwese en Bosbou. Die Departement bestry nie die interim serwituu aansoek nie. Tweede respondent is mnr Richard Fairfax Butt, 'n afgetrede sakeman wat woonagtig is te Glencoeweg 24, Oranjezicht, Kaapstad. Hy bestry nie die hersieningsaansoek nie. Derde respondent is mnr Freek Willemse 'n boer wat indirek geraak word deur die regshulp wat in die aansoeke aangevra word. Hy bestry egter nie een van die aansoeke nie.

Die topografiese agtergrond

[3] Die geskille tussen die partye in beide aansoeke het betrekking op die gebruik van water wat in die Lemoenshoekrivier (ook die Huisrivier genoem) vloei. Die rivier ontspring aan die noordekant van die Langeberge in die distrik van Barrydale en vloei dan noordwaarts tot waar dit by die Doringrivier aansluit. Die Doringrivier vloei nagenoeg vanaf 'n westelike in 'n oostelike rigting.

[4] Applikant is die eienaar van die plaas genaamd Lemoenshoek. Dit bestaan uit 22 grondstukke wat elkeen as 'n aparte eiendom in applikant se naam geregistreer is. Applikant besit en boer op die eiendomme as 'n eenheid. Applikant het die plaas op 4 Mei 2001 van die kurator van die insolvente boedel van ene A D S Fullard gekoop. Oordrag op applikant se naam het op 24 Julie 2002 geskied. Die Lemoenshoekrivier loop deur of langs sommige van applikant se grondstukke.

[5] Tweede respondent is die eienaar van die eiendom beskryf as Gedeelte 38 (’n gedeelte van Gedeelte 31) van die Plaas Lemoenshoek nr 24 Groot 5,3055 hektaar. Hy het dit op 6 Oktober 2005 van ene me Hofmeyer en haar dogter gekoop en dit is op 6 Desember 2005 in sy naam geregistreer. Die Lemoenshoekrivier vloei deur sy eiendom.

[6] Ongeveer twee kilometer stroomop van die suidelike grens van applikant se plaas is daar ’n keerwal wat water vanuit die rivier keer vir doeleindes van die verdeling daarvan tussen die laerliggende oewereienaars. Dit bestaan al vir baie jare. Die water wat so uitgekeer word het eers in ’n beurtsloot stroomaf gevloei wat later deur ’n pypleiding vervang is.

[7] Daar is ’n dam, genoem die Lemoenshoekdam, wat net noord van die suidelike grens van applikant se plaas in die bedding van die Lemoenshoekrivier deur een van sy voorgangers in titel gebou is. Dit is geleë op een van applikant se grondstukke, naamlik Gedeelte 37 van die Plaas Lemoenshoekrivier nr 24. Daar is ’n tweede dam, genoem die Tierkloofdam, wat op ’n ander gedeelte van applikant se plaas, naamlik Gedeelte 2 van die Plaas Lemoenshoek nr 24, geleë is. Dit is groter as die Lemoenshoekdam.

[8] Die geskilpunte tussen applikant en tweede respondent het hoofsaaklik betrekking op ’n verdeelstruktuur wat ongeveer een kilometer stroomaf van die Lemoenshoekdam in die rivier op tweede respondent se grond geleë is (‘die verdeelstruktuur’). Water word deur applikant in ’n grondsloot vanaf die verdeelstruktuur na die Tierkloofdam op sy plaas gelei. Volgens mnr Crafford word

water van tyd tot tyd deur applikant vanuit die Lemoenshoekdam losgelaat om in die bedding van die rivier af te vloei totdat by die verdeelstruktuur in sy voor uitgekeer word.

[9] Die presiese aard en dimensies van die van die verdeelstruktuur is in geskil. Dit is boonop ongeveer twee jaar gelede deur stormwater beskadig. Dit het bestaan uit 'n kort muur van beton, ongeveer 2,5 meter lank, wat dwars oor die bedding gestrek het. Hierdie muur het 'n opening gehad waardeur water stroomaf kon vloei. Reghoekig met die kort muur was daar 'n langer muur, ongeveer 25 meter lank, aan die oostekant van die rivier met 'n opening waardeur water in 'n grondvoor oor applikant se grond na die Tierkloofdam gelei kon word.

Die hersieningsaansoek

[10] Applikant vra 'n bevel aan in die hersieningsaansoek dat die Departement se lasgewings, soos vervat in paragrawe 2 en 4 van hul skrywe, gedateer 25 Augustus 2014, wat uitgereik is ingevolge artikel 53(1)(a) van die Nasionale Waterwet 36 van 1998, hersien en tersyde gestel word.

[11] Die lasgewings is vervat in die Departement se brief gedateer 25 Augustus 2014. In die brief word applikant in terme van artikel 53(1) van die Nasionale Waterwet aangemaan '*to undertake the following measures and comply with the following requirements in connection with such measures*'. Vier lasgewings word dan soos volg beskryf:

- ‘2.1 Cease to discharge water from the Lemoenshoek Dam situated on the Huis River on Farm 24 Portion 37 for conveyance to the Tierkloof Dam situated on the Eerste River on Farm 25 Portion 2 and/or any other property by using Huis (Lemoenshoek) River or by any means within (2) two calendar days;*
- 2.2 The maximum permitted annual abstraction from the Huis River and/or the Lemoenshoek Dam will be limited to 116 000m³ to be used to sustain irrigation of existing lawful and validated crops as per SAPWAT within the envelope period 1 October 1997 to 1 October 1999 on Farm 24 Portion 37 only.*
- 2.3 Cease to take water from the Huis River (Lemoenshoek) via an impendence (sic) and diversion waterworks on Farm 24 Portion 38 and/or Farm 25 Portion 2, to the Tierkloof Dam within (2) two days.*

... ..

- 4. You are moreover directed to apply for a licence to take and store water from either the Huis- and Eerste- and Doringrivers collectively for application and use on all properties as listed per the Section 33 declaration issued on 15 April 2002 by the Department. This directive is in accordance to paragraph 4 of the latter mentioned declaration.’*

[12] Dit is nie in geskil dat die uitreiking van die lasgewings ’n administratiewe handeling van die Departement was soos bedoel in artikel 1 van die *‘Promotion of Administrative Act 3 of 2000 (PAJA)’* nie. (Hierdie wet is nie in Afrikaans gepromulgeer nie.) Applikant steun op verskeie van die hersieningsgronde wat in sub-artikel 6(2) van PAJA uiteengesit word.

[13] Voordat ek applikant se hersieningsgronde bespreek is dit nuttig om twee opmerkings van 'n algemene aard te maak. Dit blyk uit die bepalings van artikel 53(1) van die Nasionale Waterwet dat 'n statutêre oortreding (*'contravention'*) 'n voorvereiste is vir die uitreiking van 'n lasgewing ingevolge daardie artikel. Die lasgewing kan dus nie self 'n oortreding skep wat nie reeds bestaan nie. Dit is tweedens opmerklik dat die statutêre bepalings wat na bewering deur applikant oortree is, nie in die betrokke brief omskryf is nie. Die vaagheid van 'n administratiewe handeling is 'n erkende hersieningsgrond in die administratiefreg. Sien Hoexter *Administrative Law in South Africa* second edition 332-333.

Die statutêre raamwerk

[14] Die gebruik van water word tans beheers deur die Nasionale Waterwet 36 van 1998 ('die Nasionale Waterwet'). Dit het op 1 Oktober 1998 in werking getree en die Waterwet 24 van 1956 ('die 1956 Waterwet') herroep. Die Nasionale Waterwet het egter sekere bestaande gebruiksregte ingevolge die bepalings van die 1956 Waterwet, behou. Hierdie bepalings word gevind in Deel 3 van Hoofstuk 4 van die Nasionale Waterwet. Die inleiding tot hierdie deel lees soos volg:

'Bestaande wettige watergebruike

Hierdie Deel veroorloof die voortsetting, onder sekere omstandighede, van 'n bestaande wettige watergebruik wat ontleen word aan 'n wet wat deur hierdie Wet herroep word. 'n Bestaande wettige watergebruik, tesame met voorwaardes wat daaraan geheg is, word erken, maar kan slegs voortgesit word in soverre dit nie deur hierdie Wet beperk, verbied of beëindig word nie. Geen lisensie word vereis om 'n bestaande wettige watergebruik voort te sit nie, totdat 'n verantwoordelike gesag van 'n persoon, wat op so 'n wettige

gebruiksreg aanspraak maak, vereis om om 'n lisensie aansoek te doen. Indien 'n lisensie uitgereik word, word dit die bron van magtiging vir die watergebruik. Indien 'n lisensie nie verleen word nie, is die gebruik nie meer toelaatbaar nie.'

[15] Deel 3 van Hoofstuk 4 van die Nasionale Waterwet omvat drie artikels, naamlik nrs 32, 33 en 34. Hulle lees soos volg:

'32 Omskrywing van bestaande wettige watergebruik

(1) *'n Bestaande wettige watergebruik beteken 'n watergebruik-*

- (a) *wat plaasgevind het te eniger tyd gedurende 'n tydperk van twee jaar onmiddellik voor die datum van inwerkingtreding van hierdie Wet en wat-*
 - (i) *gemagtig is by of kragtens enige wet wat van krag was onmiddellik voor die datum van inwerkingtreding van hierdie Wet;*
 - (ii) *'n stroomvloeiverminderingsbedrywigheid beoog in artikel 36 (1) is; of*
 - (iii) *'n beheerde bedrywigheid beoog in artikel 37 (1) is; of*
- (b) *wat kragtens artikel 33 as 'n bestaande wettige watergebruik verklaar is.*

(2) *In die geval van-*

- (a) *'n stroomvloeiverminderingsbedrywigheid wat kragtens artikel 36 (1) verklaar is; of*
- (b) *'n beheerde bedrywigheid wat kragtens artikel 38 verklaar is, beteken bestaande wettige watergebruik 'n watergebruik wat plaasgevind het te eniger tyd gedurende 'n tydperk van twee jaar onmiddellik voor die datum van die verklaring.*

33 Verklaring van watergebruik as bestaande wettige watergebruik

- (1) 'n Persoon kan by 'n verantwoordelike gesag aansoek doen om 'n watergebruik wat nie 'n watergebruik is soos beoog in artikel 32 (1) (a) nie, as 'n bestaande wettige watergebruik te verklaar.
- (2) 'n Verantwoordelike gesag kan, uit eie beweging, 'n watergebruik wat nie 'n watergebruik is soos beoog in artikel 32 (1) (a) nie, as 'n bestaande wettige watergebruik verklaar.
- (3) 'n Verantwoordelike gesag kan slegs 'n verklaring kragtens subartikels (1) en (2) doen, indien hy oortuig is dat die watergebruik-
 - (a) wettig plaasgevind het meer as twee jaar voor die datum van inwerkingtreding van hierdie Wet en om 'n goeie rede gestaak is; of
 - (b) nog nie op enige tydstip voor die datum van inwerkingtreding van hierdie Wet, plaasgevind het nie, maar-
 - (i) wettig sou gewees het indien dit aldus plaasgevind het; en
 - (ii) dat stappe tot inwerkingstelling van die gebruik, voor die datum van inwerkingtreding van hierdie Wet, te goeder trou gedoen is.
- (4) Artikel 41 is van toepassing op 'n aansoek ingevolge hierdie artikel asof die aansoek ingevolge daardie artikel gedoen is.

34 Magtiging om bestaande wettige watergebruik voort te sit

- (1) 'n Persoon, of daardie persoon se regsopvolger, kan 'n bestaande wettige watergebruik voortsit, behoudens-
 - (a) enige bestaande voorwaardes of verpligtinge wat aan daardie gebruik geheg is;
 - (b) die watergebruik se vervanging deur 'n lisensie ingevolge hierdie Wet; of
 - (c) enige ander beperking of verbod deur of kragtens hierdie Wet.'

Die begrippe ‘normale stroming’ en ‘surpluswater in die 1956 Waterwet

[16] Die bepalings van artikel 9(1) van die 1956 Waterwet (wat handel met normale stroming) en artikel 10 (wat handel met surpluswater) is relevant. Die begrip ‘normale stroming’ word soos volg omskryf:

‘ die hoeveelheid openbare water wat werklik en sigbaar in daardie openbare stroom vloei en wat deur regstreekse besproeiing uit daardie stroom, hetsy deur middel van vore of andersins, maar sonder opgaring, vir die besproeiing van oewergrond aan bedoelde stroom nuttig aangewend kan word.’

Artikel 9(1) van die 1956 Waterwet, insover relevant, lees soos volg:

‘9 Gebruik van normale stroming van openbare stroom

(1) *Behoudens die bepalings van hierdie Wet, en enige bestaande reg, is elke oewereienaar geregtig op redelike gebruik van so 'n deel as wat hy wettiglik van iemand anders mag verkry het en van sy deel (soos ingevolge artikel twee-en-vyftig bepaal) van die normale stroming van 'n openbare stroom met betrekking waartoe sy grond oewergrond is, vir gebruik vir landbou- en stedelike doeleindes op daardie grond: Met dien verstande dat*

... ..

(e) *behoudens die bepalings van hierdie Wet, en enige bestaande reg, die eienaars van oewergrond aan 'n takstroom van 'n openbare stroom 'n voorkeurreg het op die gebruik van soveel van die normale stroming van daardie takstroom as wat hulle vir een of ander voormelde doel nodig mag hê, teenoor enige ander eienaar se reg om die normale stroming van daardie takstroom vir sodanige doeleindes te gebruik op grond wat oewergrond daaraan is bloot uit hoofde daarvan dat dit oewergrond is aan die hoofstroom waarin daardie takstroom vloei.’*

[17] Die begrip *surpluswater* word soos volg omskryf in artikel 1 van die 1956 Waterwet :

‘ander openbare water as die normale stroming (as daar is) wat in daardie stroom vloei of daarin aangetref word’.

Artikel 10(1) van die 1956 Waterwet handel met surpluswater. Dit lees soos volg:

‘10 Gebruik van surpluswater van 'n openbare stroom

- (1) *Behoudens die bepalinge van hierdie Wet, en enige bestaande reg, is elke oewereienaar geregtig op die gebruik van soveel van die surpluswater van 'n openbare stroom waaraan sy grond oewergrond is as wat hy vir huishoudelike doeleindes, as suiping vir sy vee, en vir landbou- en stedelike doeleindes voordelig kan gebruik, en kan hy bedoelde surpluswater vir daardie doeleindes opdam en opgaar.*
- (2) *'n Oewereienaar in subartikel (1) bedoel, is nie verplig om sy gebruik van enige gedeelte van bedoelde surpluswater waarop hy ingevolge daardie subartikel geregtig is, ten gunste van 'n laer oewereienaar vir daardie eienaar se huishoudelike gebruik of as suiping vir sy vee of vir landbou- of stedelike doeleindes in te kort nie, indien so 'n laer eienaar nie uit hoofde van ooreenkoms op die gebruik van daardie water vir sodanige doeleindes geregtig is nie.’*

[18] Soos blyk uit die Departement se brief van 25 Augustus 2014 is die lasgewings wat in die hersieningsaansoek aangeval word, uitgereik ingevolge artikel 53(1)(a) van die Nasionale Waterwet. Artikel 53 lees soos volg:

‘53 Regstelling van oortredings

- (1) *'n Verantwoordelike gesag kan, by skriftelike kennisgewing aan 'n persoon wat-*
 - (a) *enige bepaling van hierdie Hoofstuk;*

- (b) 'n vereiste gestel of 'n lasgewing gegee deur die verantwoordelike gesag kragtens hierdie Hoofstuk; of
- (c) 'n voorwaarde wat van toepassing is op enige magtiging om water te gebruik,

oortree, daardie persoon of die eienaar van die eiendom ten opsigte waarvan die oortreding plaasvind, gelas om enige stappe te doen wat in die kennisgewing vermeld word om die oortreding reg te stel, binne die tydperk (wat nie minder as twee werksdae is nie) wat in die kennisgewing vermeld word of enige ander langer tydperk deur die verantwoordelike gesag toegelaat.

- (2) *Indien die stappe nie gedoen word binne die tydperk in die kennisgewing vermeld, of enige langer toegelate tydperk nie, kan die verantwoordelike gesag-*
 - (a) *enige werk verrig en enige ander stappe doen wat hy nodig ag om die oortreding reg te stel en kan hy sy redelike koste verhaal op die persoon op wie die kennisgewing beteken is; of*
 - (b) *by 'n bevoegde hof om gepaste regshulp aansoek doen.'*

Applikant se aanval op die geldigheid van die lasgewings

[19] Applikant se aanval op die geldigheid van die lasgewings kan soos volg saamgevat word. Die water wat dit uit die Lemoenshoekrivier onttrek is surpluswater waarop dit 'n gebruiksreg gehad het in terme van die bepalings van artikel 10 van die 1956 Waterwet. Hierdie gebruiksreg is steeds geldig aangesien dit ingevolge die bepalings van die Nasionale Waterwet behou word. Dit is applikant se saak dat dit geregtig is om surpluswater vanuit die Lemoenshoekrivier na die Tierkloofdam af te voer en vandaar te benut op al die grondstukke waar dit tans aangewend word. Applikant betoog verder dat dit nie die bepalings van artikel 9B(1) van die 1956 Waterwet oortree nie en dat dit ook nie tans verplig is om aansoek te doen om 'n lisensie nie.

Die Departement se redes

[20] Die Departement se antwoordende eedsverklaring is deur sy Hoofdirekteur: Regsdienste, mnr Puseletso Loselo, afgelê. Hy het die geldigheid van die lasgewings verdedig. Die Departement se vernaamste standpunte is in paras 28, 29 en 30 van sy antwoordende eedsverklaring saamgevat:

[28] The Department however contends that the uncontrolled and free inter-basis transfer of water from surplus water storage in the Lemoenskloof Dam to the Tierkloof Dam, and moreover the use thereof on eight (8) other properties not riparian to the rivers and on which these dams were constructed in the absence of formal authorisation thereto and in accordance with Section 9B(1)(a) of the 1956 Act, constitutes a claim of “existing lawful use” and/or “entitlement”.

[29] Furthermore, in terms of Section 9(B)(1)(a) of the 1956 Act: No water “... [will be capable of being abstracted or diverted from a public stream, in or by means of that water work, or that water work and any other water works on the piece of land concerned or any of the subdivision concerned, except under the authority of a permit issued by he Minister” (emphasis added). Nowhere in the Applicant’s papers does he contend that his predecessor had applied for such permit to abstract the said surplus water from the Huis River for purposes of inter-basin transfer from the Lemoenshoek Dam to the Tierkloof Dam, for use on the 8 other properties not riparian to the Huis River.”

[30] As regards the abstraction of water, First Respondent contends that, at best for the Applicant, and bearing in mind the limitation of records kept to proof storage, abstraction and use, the declaration of the uses under Section 33 of the 1998 Act on 15 April 2002 (“JAN1”) and/or that took place prior, the abstraction and diversion of water to irrigate 200ha of land constitutes an existing lawful water use as contemplated by Section 32 of the Act, has always been: “... onderworpe aan alle bepalings in voorskrifte van Artikels 9 en 10”.’

[21] Mnr Losielo het verder beweer dat artikel 9C van die 1956 Waterwet met effek vanaf 25 Julie 1986 sekere veiligheidsveistes met betrekking tot opgaardamme ingevoer het. Die Lemoenshoekdam se kapasiteit is daarna van 88 000 kubieke meter tot 176 000 kubieke meter verhoog sonder die vereiste goedkeuring van die Departement. Soortgelyke veranderings is tussen 1991 en 1992 aan die Tierkloofdam aangebring, ook sonder die vereiste goedkeuring van die Departement.

[22] In 'n aanvullende eedsverklaring het mnr Bosielo egter die volgende gesê:

'I confirm that the Department admits that the building of the Lemoenshoek and Tiekloof dams are in accordance with Sections 9B and 9C and the storage of water therein as an existing lawful water use, however, I contend that the uncontrolled inter-basin transfer of water from storage in the Lemoenshoek Dam to the Tierkloof Dam and use thereof on eight (8) other properties not riparian to the rivers on which these dams are constructed without obtain a formal authorisation thereto are in accordance to Section B(1)(a) of the Water Act and thus deny that it constitutes a claim of "existing lawful use" and/or "entitlement".'

[23] Mnr Losielo het betoog dat die Departement geregtig is om in besit geplaas te word van rekords wat die aard en omvang van applikant se besproeibare grond en die beskikbare waterbronne vir die beproeiing daarvan, aantoon. Dit is ook nodig dat applikant 'n berekende skatting maak van die hoeveelheid water in kubieke meter per hektaar wat nodig is om 'n jaarlikse oes suksesvol te besproei. Die uitreiking van 'n lisensie sal die Departement in staat stel om behoorlike beheer uit te oefen oor applikant se wateronttrekking ten einde te verseker dat dit op 'n ordelike en regverdige wyse geskied.

[24] In sy antwoordende eedsverklaring het mnr Losielo aangevoer dat applikant nie sonder die goedkeuring van die Minister die beoogde herstelwerk aan die verdeelstruktuur mag aanbring nie. Volgens hom het applikant die verdeelstruktuur na 1970 onwettig opgerig en bedryf aangesien dit nie oor 'n permit kragtens artikel 9B(1) van die 1956 Waterwet beskik het nie.

[25] Mnr Losielo het voorts betoog dat die Departement geregtig is om te vereis dat 'n persoon wat water gebruik, aansoek moet doen om 'n lisensie. Hy het aangevoer dat die doel die lasgewings in terme van artikel 53(1)(a) van die Nasionale Waterwet onder meer is om applikant te verbied om water op die agt grondstukke te gebruik wat nie oewergrond aan die Lemoenshoekrivier is nie.

[26] Die Departement se redes is in sy advokaat se betoog verder ontwikkel. By ontleding daarvan blyk dit dat die Departement nie betwis dat applikant ingevolge die 1956 Waterwet oor die reg beskik het om surpluswater vanuit die Lemoenshoekrivier te gebruik en dat hierdie reg in beginsel steeds bestaan nie. Die Departement betwis egter die geldigheid van sekere aspekte van applikant se huidige gebruik van water uit die Lemoenshoekrivier. Na my oordeel kan hierdie gebruike puntsgewys saamgevat word. Die eerste is die afvoer van water vanaf die opvanggebied van die Lemoenshoekrivier na die opvanggebied van die Tierkloofdam. Die tweede is die gebruik van sodanige water op agt grondstukke wat nie deel uitmaak van oewereiendom aan die Lemoenshoekrivier is nie. Die derde is dat applikant water afvoer van die Lemoenskloofdam na die Tierkloofdam sonder 'n permit van die Minister ingevolge artikel 9B(1) van die 1956 Waterwet. Die vierde is applikant se gebruik van die water sonder 'n lisensie soos bedoel in artikel 40 van die Nasionale Waterwet. Ek bespreek vervolgens elk van hierdie gewraakte gebruike.

Die afvoer van water vanuit die Lemoenshoekrivier na die Tierkloofdam

[27] Die Departement se beswaar is dat hierdie gebruik van die water deur applikant neerkom op 'n ontoelaatbare '*inter-basin transfer*' daarvan. Die Departement het egter nie die betekenis van hierdie begrip omskryf nie en ook nie die gronde vir die beswaar nie. Die begrip dui moontlik op die oordrag van water vanuit een rivier se opvanggebied na dié van 'n ander rivier maar die Departement het geen wetsbepaling of gemeenregtelike beginsel aangevoer ter staving van die standpunt dat hierdie gebruik onwettig sou wees nie.

[28] Prof J C de Wet, daarenteen, het die posisie duidelik gestel in 'n artikel met die opskrif *Waterreg in Opuscula Miscellanea* (1979) bl 45:

'Alhoewel daar vroeër soms gepraat is van grond in die opvanggebied van die rivier, is grond nog steeds oewergond ook al val die hele stuk grond nie in die opvanggebied van die rivier nie. Waar 'n plaas dus van die rivier af strek oor die waterskeiding tussen daardie rivier en 'n ander rivier, is die grond anderkant die waterskeiding nog steeds oewergond aan eersgenoemde rivier (sien Ex parte Coetzer 1 Watermeyer's Reports 107; Ex parte Kruger 1 Watermeyer's Reports 120).' [Let daarop dat die Kruger verslag op bl 129 verskyn en nie 120 nie]

[29] In die omstandighede is ek van mening dat die Departement se beswaar teen applikant se '*inter-basin transfer*' van die water wat vanuit die Lemoenshoekrivier afkomstig is, nie geldig is nie. Dit kan dus nie as 'n regverdiging vir die lasgewings dien nie.

Die gebruik van water vanuit die Lemoenshoekrivier op grond wat nie oewereiendom daartoe is nie.

[30] In die getuienis is daar in hierdie verband na agt stukke grond verwys. Hul beskrywing en presiese ligging is egter nie heetemat duidelik nie. Dit is nie in geskil nie dat die begrip oewereiendom in die huidige konteks bepaal moet word met verwysing na die eerste uitgifte waarvan die betrokke grondstuk deel vorm. Daar is 'n kaart wat deur 'n landmeter opgestel is wat as getuienis ingedien is waarop onder meer die grense van twee oorspronklike uitgifte Lemoenshoek nr 24 en Lemoenshoek nr 25 aangetoon word. Die kaart toon ook die ligging van sommige van applikant se grondstukke, tweede respondent se eiendom, die verdeelstruktuur, die Lemoenshoek- en Doringriviere en die twee damme. Dit blyk onder meer hieruit dat die oorspronklike uitgifte Lemoenshoek nr 25 oewereiendom aan die Lemoenshoekrivier is en dat die Tierkloofdam op dieselfde uitgifte geleë is. Lemoenshoek nr 25 is ook oewereiendom aan die Doringrivier maar oor 'n gebied wat geleë is bokant die punt waar die Lemoenshoekrivier by die Doringrivier aansluit. Die Departement se standpunt is dat daar agt grondstukke is wat nie deel uitmaak van die uitgifte Lemoenshoek nr 25 nie maar van eiendom wat wes daarvan geleë is.

[31] Applikant steun op drie alternatiewe gronde vir die stelling dat sy gebruik van die water vanuit die Lemoenshoekrivier via die Tierkloofdam op die agt grondstukke, nie strydig is met die bepalings van die Nasionale Waterwet nie. In die eerste plek maak applikant staat op 'n verklaring wat op 15 April 2002 kragtens artikel 33 van die Nasionale Waterwet uitgereik is aan sy voorganger in titel. Dit lees soos volg:

‘GOEDKEURING ART 33

AANSOEK OM 'N WATERGEBRUIK VIR DIE BESPROEIING VAN 200 HEKTAAR UIT DIE DORING RIVIER INGEVOLGE DIE BEPALINGS VAN ARTIKEL 33 VAN DIE NASIONALE WATERWET, 1998 (WET 36 VAN 1998) AS 'N BESTAANDE WETTIGE WATERGEBUIK TE VERKLAAR: VERSKEIE EIENDOMME: AFDELING SWELLENDAM: LEMOENSHOEK PLASE (PTY) LTD

1. *U aansoek gedateer 12 November 2001 het betrekking.*
2. *Goedkeuring word hiermee aan u soos volg verleen:*
 - 2.1 *Kragtens artikel 33 van die nasionale Waterwet, 1998 word die watergebruik vir die besproeiing van 200 ha op die voormelde eiendomme as 'n Bestaande Wettige Watergebruike verklaar onderworpe aan alle bepalings en voorskrifte van artikels 9 en 10 van die herroepde Waterwet, 1956 (Wet 54 van 1956), sowel as alle bepalings en voorskrifte van alle tersaaklike Goewermements-kennisgewings gepubliseer kragtens voormelde Wet. (Lys van eiendomme, groottes eng gewasse aangeheg as aanhangsel A).*
3. *Kragtens Hoofstuk 5 van die Nasionale Waterwet, 1998 kan 'n heffing vir die onttrekking en gebruik van die water gehef word.*
4. *U kan voortgaan met die onttrekking en gebruik van die goedgekeurde Watergebruik totdat kennis gegee word om aansoek te doen om 'n verpligte lisensie vir sodanige goedgekeurde gebruik van water.*

AANHANGSEL A

	EIENDOM	GROOTTE	BESPROEIING
1.	Restant Ged 1 van die plaas Doornriviers Valley No 30	808,7586 ha	Alles weiveld (Geen besproeiing)
2.	Gedeelte 1 van die plaas Doornriviers Outspan No 31	65,2459 ha	Slegs weiveld (Geen besproeiing)
3.	Gedeelte 1 van die plaas Stryd No 33	64,3284 ha	5 ha Pere 4 ha Perskes
4.	Restant van die plaas Stryd No 33	56,8309 ha	Alles pere
5.	Gedeelte 1 (Goedvertrouw) van die Plaas No 32	2,8995 ha	Alles pere
6.	Gedeelte 6 van die plaas Lemoenshoek No 25	76,1906 ha	Weiveld (Geen besproeiing)
7.	Restant van die plaas Lemoenshoek No 25	358,7173 ha	Weiveld (Geen besproeiing)

8.	Gedeelte 2 van die plaas Lemoenshoek No 25	283,0639 ha	Weiveld (Geen besproeiing)
9.	Gedeelte 37 (ged van Ged 1) van die plaas Lemoenshoek No 24	48,3834 ha	20 ha boorde en lusern
10.	Restant van Gedeelte 31 (Henning Nes Krans (ged van Ged 8) van die plaas Lemoenshoek No 24	351,8683 ha	Slegs weiveld (Geen besproeiing)
11.	Gedeelte 2 van die plaas Lemoenshoek No 14	312,5070 ha	1 ha lusern 9 ha perskes
12.	Gedeelte 2 van die plaas Lemoenshoek No 14	412,7807 ha	25 ha lusern Res weiveld
13.	Gedeelte 4 van die plaas Lemoenshoek No 14	3,3647 ha	Slegs weiveld
14.	Restant van die Plaas No 581	280,974 ha	Slegs weiveld
15.	Gedeelte 3 van die plaas Lemoenshoek No 14	212,1899 ha	10 ha perskes 20 ha lusern
16.	Gedeelte 7 van die plaas Lemoenshoek No 24	23,6275 ha	Alles lusern
17.	Gedeelte 18 van die plaas Lemoenshoek No 24	2,9236 ha	Alles lusern
18.	Restant van Gedeelte 20 van die plaas Lemoenshoek No 24	31,3259 ha	Alles lusern
19.	Gedeelte 22 (ge van Ged 10) van die plaas Lemoenshoek No 24	15,7359 ha	Alles lusern
20.	Plaas No 643	98,8861 ha	8 ha pere 5 ha lusern
21.	Gedeelte 77 van die plaas Bellair No 13	40,3298 ha	Woonhuis en weiveld (Geen besproeiing)
22.	Plaas No 644	282,6103 ha	10 ha perskes 50 ha lusern

[32] Dit is gemeensaak dat die betrokke agt grondstukke deel vorm van die 22 eiendomme wat in die verklaring vermeld word. Dit is applikant se betoog dat die artikel 33 verklaring regsrag verleen het aan sy gebruik van die water vanuit die Lemoenshoekrivier op die agt grondstukke daarin vermeld en dat daardie gebruiksreg steeds bestaan.

[33] Ek stem nie saam met hierdie betoog nie. Die inhoud van die artikel 33 verklaring moet gelees word in die konteks van die aansoek wat applikant se voorganger in titel op 12 November 2001 aan die Departement gerig het. Uit die

opskrif tot die aansoek en die Departement se goedkeuringsbrief blyk dit dat aansoek gedoen is vir 'n verklaring dat die besproeiing van 200 hektaar grond met water vanuit die Doringrivier opvanggebied as 'n bestaande wettige gebruik verklaar word. Gedeeltes van die gebied stroomop in die Doringrivier behoort ook aan applikant maar is nie deel van die uitgifte Lemoenshoek nr 25 nie. Bo en behalwe die aansoek is daar is dokumentasie voor die hof geplaas deur die Departement ingevolge Hofreël 53. Ek vind dit nie nodig om in besonderhede met die inhoud van hierdie dokumente te handel nie. Ek kan volstaan deur te sê dat die aansoek en die goedkeuring daarvan hoofsaaklik gehandel het met water wat vanuit die Doringrivier aangewend is op eiendom wat nie deel van die uitgifte Lemoenshoek nr 25 is nie.

[34] Ek is derhalwe van mening dat die Departement se verklaring van 15 April 2002 ingevolge artikel 33 van die Nasionale Waterwet nie bots met die lasgewings wat die onderwerp van die huidige aansoek vorm nie.

[35] Applikant se advokaat het in die tweede plek staatgemaak op die algemene beginsel dat 'n hoofstroom ook geag word oewereiendom aan 'n takstroom van daardie hoofstroom te wees. Die toepassing van hierdie beginsel in die onderhawige geval, so is betoog, beteken dat die agt stukke grond wat oewereiendom aan die Doringrivier as hoofstroom is, ook oewereiendom aan die Lemoenshoekrivier as 'n takrivier van die Doringrivier is.

[36] Ek stem nie saam met hierdie betoog nie. Dit maak nie sin nie en word nie gestaaf deur die gesag waarop applikant se advokaat steun nie. Dit is 'n basiese beginsel van die waterreg dat die gebruiksreg op water aan oewereiendom kleef, di

eiendom wat grens aan die rivier waarin die betrokke water vloei. Dit is so dat daar 'n algemene reël is dat oewereiendom aan 'n hoofstroom ook oewereiendom aan 'n takrivier is. Na my mening is die ratio vir hierdie reël egter dat oewereiendom wat stroomaf van die punt waar die twee riviere bymekaar aansluit, 'n reg het om in die gebruik van die water te deel omdat dit die water vanuit die takrivier insluit. Oewereiendom wat in die hoofrivier stroomop van die aansluitingspunt van die twee riviere geleë is, grens egter glad nie aan die water wat vanuit die takrivier in die hoofrivier invloei nie.

[37] Applikant se advokaat het in hierdie verband gesteun op drie uitsprake. Die eerste is *Brouwer and Others v De Witt and Others* (1908) 25 SC 801. Die beginsel word soos volg opgesom in die kopnota: '*A riparian owner below the junction of a tributary to the main stream is riparian also to the tributary.*' [My onderstreping]

[38] Die advokaat vir applikant het tweedens verwys na *Smartt Syndicate Ltd v Certain Riparian Owners* 1921 CPD 548. Die blyk egter uit daardie uitspraak dat die hof te doen gehad het met '*riparian owners on the main stream below the point of junction of the tributary and the main stream*'. [My onderstreping]

[39] In die derde plek het die advokaat gesteun op die volgende passassie in *Le Roux en 'n Ander v Le Roux* 1967(1) SA 446 (A) te 461:

'Onthou sal word dat Welgevonden as oewergrond aan die Olifantsrivier onderkant die aansluiting met die Kamanassierivier, wel regtens oewergrond aan die Kamanassierivier is, en 'n toekenning van 'n deel van die normale stroming van die Kamanassierivier aan die eenaars van Welgevonden sou dus nie met die wetsbepalings met betrekking tot water in stryd gewees het nie. (Sien arts. 10 (4) en 12 van Wet 8 van 1912, en Smartt Syndicate Ltd v

Certain Riparian Owners, 1912 CPD 548 en art. 9 (1) (e) van Wet 54 van 1956). [My onderstropping]

[40] Dit blyk dus uit hierdie passassies dat die ligging van die betrokke oewergrond aan die hoofrivier in elke geval stroomaf was van sy aansluiting met die takrivier (die Kamanassierivier). Nie een van hierdie beslissings is dus gesag vir die stelling dat oewereiendom aan 'n hoofrivier wat bokant die aansluitingspunt met 'n takrivier geleë is, terselfertyd oewereiendom aan die takrivier is nie.

[41] Die argument van applikant se advokaat sal boonop die absurde gevolg hê dat oewereiendom naby die oorsprong van 'n hoofrivier ook geag word oewereiendom te wees aan al die takriviere wat by die hoofrivier aansluit tot by die see. Ek is derhalwe van mening dat applikant se tweede argument ook nie slaag nie.

[42] In die derde plek is namens applikant op die uitleg van artikel 10 van die 1956 Waterwet (hierbo aangehaal) gesteun. Volgens die normale en duidelike betekenis van die woorde wat die wetgewer gebruik het, so is betoog, plaas hierdie artikel geen verbod op die gebruik van surpluswater op grond wat nie oewereiendom is aan die rivier waaruit die water onttrek word nie. Die enigste relevante beperking in artikel 10 is dat die oewereienaar die surpluswater voordelig moet gebruik.

[43] Die bepalings van artikel 10 van die 1956 Waterwet verskil in hierdie opsig wesenlik van die vergelykbare bewoording van artikel 9(1) van die 1956 Waterwet wat met normale stroming handel. Ek haal die relevante gedeelte daarvan weer aan:

‘... .. elke oewereienaar [is] geregtig op redelike gebruik van sy deel van die normale stroming van 'n openbare stroom met betrekking waartoe sy grond oewergrond is, vir gebruik vir landbou- en stedelike doeleindes op daardie grond sonder opgaring, vir die besproeiing van oewergrond aan bedoelde stroom nuttig aangewend kan word.’ [My onderstreping]

[44] Daar kan moontlik aan die hand gedoen word dat artikel 10 van die 1956 Waterwet 'n stilswyende bepaling bevat tot die effek dat die betrokke surpluswater gebruik moet word op die oewereiendom uit hoofde waarvan eienaar op die surpluswater geregtig is. Die vereistes vir die implikasie van 'n statutêre bepaling is egter streng. In *Masetlha v President of the Republic of South Africa and Another* 2008 (1) SA 566 (CC) para 192 het die Konstitusionele Hof die volgende formulering daarvan bevestig:

"words cannot be read into a statute by implication unless the implication is a necessary one in the sense that without it effect cannot be given to the statute as it stands". In addition, such implication must be necessary in order to realise the ostensible legislative intention or to make the [legislation] workable. . ."

[45] Na my oordeel voldoen hierdie stilswyende bepaling beslis nie aan hierdie vereistes nie. Daar is boonop 'n gevestigde uitlegreël dat die uitdruklike verandering van die woorde wat die wetgewer gebruik, 'n *prima facie* aanduiding is van 'n verandering van sy bedoeling. Sien Steyn *Uitleg van Wette* vyfde uitgawe bl 155; *Port Elizabeth Municipal Council v Port Elizabeth Electric Company Co Ltd* 1947 (2) SA 1269 (A) te 1279:

‘These changes which were made in the language of clause 22 of the new agreement must have some significance. In the construction of statutes a

deliberate change of expression is prima facie taken to import a change of intention.'

[46] Hierdie uitleg van artikel 10(1) van die 1956 Waterwet word verder gesteun deur die kommentaar van Hubert Thompson *Water Law* (2006) op bl 86:

'A riparian owner was entitled to use as much of the surplus water of a public stream to which his or her land was riparian as the person could beneficially use for domestic purposes, for the watering of his or her stock and for agricultural and urban purposes. The owner was not compelled to share the water with other owners, except if a downstream owner was entitled to the water in terms of an agreement. An upstream owner could therefore use surplus water in preference to downstream owners.'

The Act did not specify that surplus water had to be used only on riparian properties. Therefore, it seems that a riparian owner could use surplus water also on non-riparian properties that belonged to him or her.'

[47] Prof J C de Wet het 'n artikel geskryf in 1973 Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg bl 28 wat die aanbevelings bevat het wat hy gelewer het met betrekking tot die 1956 Waterwet toe dit nog in 'n ontwerpstadium was. Dit is insiggewend om te let op sy kommentaar, op bl 49, ten opsigte van die kwessie van die aanwending van normale stroming en surpluswater: Hy het die volgende gesê:

'Soos reeds hierbo by die bespreking van regte ten aansien van normale stroom opgemerk, is daar sekere beginsels wat toepaslik is op die aanwending van normale stroom én surpluswater, bv die beginsels genoem in art 51 (3), (4) en (5). Tot sekere hoogte word party van die stellings al gedek deur die bewoording van die verleningsartikels, maar dit kan tog goed wees om, ex abundanti cautela, 'n paar beginsels op die voorgrond te stel. Behalwe die beginsels in art 51 genoem, moet ook die beginsel dat openbare water net op oewergrond aangewend mag word, sterker beklemtoon word.'

Hierdie beginsels moet in 'n selfstandige artikel onmiddellik na artikels 9 en 10 ingevoeg word. In aansluiting by art 52 (3), (4) en (5) van die Ontwerp, en by wat so pas gesê is, stel ek dus voor:

“Art 11 Ondanks artikels 9 en 10 mag niemand –

(a) openbare water aanwend op grond wat nie oewergrond is ten opsigte van die rivier waaruit die water kom nie;... “ behalwe kragtens 'n vergunning verleen in terme van art 11 (2);”

[48] Die wetgewer het nie Prof de Wet se aanbeveling in hierdie verband gevolg nie. Sien De Wet *Opuscula Miscellanea* supra bl 6 . Hierdie feite bied addisionele staving vir die argument namens applikant dat 1956 Waterwet nie die gebruik van surpluswater op grond wat nie oewereigendom is, verbied het nie.

[49] Ek is derhalwe van mening dat appellant se gebruik om surpluswater wat vanuit die Lemoenshoekrivier onttrek word op grond wat nie oewereigendom aan daardie rivier is nie, nie as sodanig onwettig is nie.

Die toepassing van artikel 9B(1) van die 1956 Waterwet

[50] Applikant en die Departement verskil wat betref die korrekte uitleg van die bepalings van artikel 9B(1)(a) van die 1956 Waterwet. Dit lees volg:

‘9B Beheer oor opdam of uitneem van openbare water bo 'n sekere hoeveelheid

(1) (a) *Ondanks andersluidende bepalings van hierdie Wet of 'n ander wet maar behoudens die bepalings van 'n kennisgewing kragtens subartikel (1C) mag niemand op een of meer stukke grond wat op die datum van inwerkingtreding van die Waterwysigingswet, 1975, as 'n afsonderlike stuk of afsonderlike*

stukke grond in die registrasiekantoor van aktes geregistreer is, of waar sodanige stuk grond na die genoemde datum onderverdeel is of word, op een of meer van daardie onderverdelings of op enige van daardie onderverdelings en enige ander stuk grond, 'n waterwerk oprig, verander of vergroot nie indien daar in of deur middel van daardie waterwerk, of daardie waterwerk en enige ander waterwerk of waterwerke op die betrokke stuk grond of enige van die betrokke onderverdelings, meer as 250 000 kubieke meter openbare water opgedam of opgegaar kan word of na voltooiing van die oprigting, verandering of vergroting sal kan word, of meer as 110 liter water per sekonde uit 'n openbare stroom geneem of gekeer kan word, of na bedoelde voltooiing geneem of gekeer sal kan word, behalwe op gesag van 'n permit deur die Minister uitgereik, en op die voorwaardes in daardie permit uiteengesit, wat voorwaardes met betrekking tot die bedryf van enige van die betrokke waterwerke kan insluit.'

[51] Dit is gemeensaak dat applikant nie oor 'n permit beskik soos bedoel in artikel 9B(1) nie. Volgens die Departement se uitleg van hierdie artikel is applikant, sonder 'n permit wat deur die Minister uitgereik is, glad nie geregtig om (i) water in die Lemoenskloofdam op te gaar nie; (ii) water vanaf die Lemoenskloofdam na die Tierkloofdam te lei nie of (iii) water uit die Lemoenskloofrivier te onttrek deur middel van die verdeelstruktuur op tweede respondent se grond nie. Die Departement se betoog ter stawing van hierdie uitleg is vir my egter nie duidelik nie.

[52] Namens applikant is betoog dat artikel 9B(1) van die 1956 Waterwet nie die gebruik van sy waterwerke affekteer het nie. Die handelinge waarvoor 'n permit benodig word is net die oprigting, verandering of vergroting van 'n waterwerk en slegs indien daar aan die een of die ander van twee kwantitatiewe voorvereistes

voldoen is, naamlik (i) meer as 250 000 kubieke meter openbare water daarin opgegaar kan word; of (ii) meer as 110 liter water per sekonde uit 'n openbare stroom by wyse daarvan geneem of gekeer kan word. Hierdie uitleg is bevestig in *Hexvallei Besproeiingsraad en 'n Ander v Geldenhuys NO en Andere* 2009 (1) SA 547 (SCA) para [13]:

[13] Die verwysing in Kennisgewing 290 na art 9B help nie die appellante nie. Hoewel die artikel met die beheer oor die opdam en uitneem van openbare water bo 'n sekere hoeveelheid handel, is die artikel se verbod bloot op die oprigting, verandering of vergroting van 'n waterwerk gerig. Met ander woorde, die opdam van meer water as wat deur die vervalde permit veroorloof is, word nie verbied nie; wat verbied word, is werke wat die bestaande kapasiteit bo die voorgeskrewe norm vergroot. Nogtans, weens die bepaling van Kennisgewing 283, wat ingevolge art 9B(1C)(a) van die Wet afgekondig is (waarkragtens die limiete in art 9B(1)(a) drasties verlaag is), mag die betrokke boere nie water in nuwe werke stoor wat hierdie voorgeskrewe limiet oorskry nie. Dit beteken dat as daar damme op 'n plaas is wat ten tye van die afkondiging van die staatswaterbeheergebied reeds bestaan het en wat meer water kon berg as wat deur die herroepe permitte gemagtig was, sou 'n boer tans geregtig wees om daardie damme se kapasiteit ten volle te benut binne die perke deur art 10 opgelê.'

[53] Artikel 9B(1) van die 1956 Waterwet is deur Wet 36 van 1971 met werking vanaf 19 Mei 1971 in die 1956 Waterwet ingevoeg. Dit is gewysig ingevolge artikel 2 van Wet 43 van 1975 wat met effek vanaf 28 Mei 1975 in werking getree het. Die artikel is derhalwe nie van toepassing op waterwerke wat voor 19 Mei 1971 opgerig, verander of vergroot is nie. In die onderhawige geval het mnr Crafford aangevoer dat die kapasiteit van die Lemoenshoekdam op een stadium 200 000 kubieke meter was maar dat dit later na 176 000 kubieke meter verlaag is. Dit is kennelik minder

as die perk in artikel 9B(1) gestel. Die Tierkloofdam was in of voor 1970 opgerig. Die verdeelstruktuur op tweede respondent se grond was teen 1970 reeds in plek en word dus ook nie geraak deur die perke wat in die gewysigde artikel 9B(1) vervat is nie. Hierdie bewerings is nie wesenlik deur die respondente weerspreek nie.

[54] Ek stem gevolglik saam met die betoog namens applikant. Die bepalings van artikel 9B(1) van die 1956 Waterwet dien nie as 'n regverdiging vir die lasgewings wat deur die Departement uitgereik is nie.

Die lisensievereiste

[55] Die Departement se vierde lasgewing is daarop baseer dat applikant nie oor 'n lisensie beskik soos vereis in artikel 22 (1) van die Nasionale Waterwet nie. Hierdie artikel lees soos volg:

'22 Toelaatbare watergebruik

(1) *Iemand kan slegs water gebruik-*

(a) *sonder 'n lisensie-*

(i) *indien daardie watergebruik kragtens Bylae 1 toelaatbaar is;*

(ii) *indien daardie watergebruik toelaatbaar is as 'n voortsetting van 'n bestaande wettige gebruik; of*

(iii) *indien daardie watergebruik ingevolge 'n algemene magtiging wat kragtens artikel 39 uitgereik is, toelaatbaar is;*

(b) *indien die watergebruik deur 'n lisensie kragtens hierdie Wet gemagtig is; of*

(c) *indien die verantwoordelike gesag met 'n lisensievereiste kragtens subartikel (3) weggedoen het.'*

[56] Die relevante bepalings van die Nasionale Waterwet kom in Deel 7 en Deel 8 van Hoofstuk 4 voor. Deel 7 handel met individuele aansoeke om lisensies en Deel 8 met verpligte aansoeke om lisensies. Deel 8 is kennelik nie van toepassing in die onderhawige geval nie. 'n Verpligte aansoek om 'n lisensie moet voorafgegaan word deur bepaalde stappe wat die Departement moet neem en daar is geen getuienis dat daaraan voldoen is nie.

[57] Die Departement maak dus staat op die bepalings van Deel 7, in besonder artikel 40. Dit lees soos volg:

'40 Aansoek om lisensie

- (1) *'n Persoon van wie vereis word of wat verlang om 'n lisensie te bekom om water te gebruik, moet by die betrokke verantwoordelike gesag om 'n lisensie aansoek doen.*
- (2) *Waar 'n persoon aansoek gedoen het om 'n magtiging om water te gebruik kragtens 'n ander Wet, en daardie aansoek by die inwerkingtreding van hierdie Wet nog nie afgehandel is nie, word die aansoek geag 'n aansoek om watergebruik kragtens hierdie Wet te wees.*
- (3) *'n Verantwoordelike gesag kan 'n redelike fooi hef vir die prosessering van 'n aansoek om 'n lisensie, waarvan in verdienstelike gevalle afstand gedoen kan word.*
- (4) *'n Verantwoordelike gesag kan weier om 'n aansoek om 'n lisensie vir die gebruik van water, waarop die aansoeker alreeds geregtig is by wyse van 'n bestaande wettige watergebruik of kragtens 'n algemene magtiging, te oorweeg.'*

[58] Dit is die Departement se betoog dat applikant ingevolge artikel 40(1) van die Nasionale Waterwet 'n persoon is van wie vereis is om 'n lisensie te bekom om water

te gebruik. Soos blyk uit lasgewing nr 4 (hierbo aangehaal) is dit die Departement se standpunt dat sodanige vereiste gestel was in paragraaf 4 van die artikel 33 verklaring wat op 15 April 2002 aan applikant se voorganger in titel uitgereik is. Volledigheidshalwe haal ek dit weer aan:

‘4. U kan voortgaan met die onttrekking en gebruik van die goedgekeurde Watergebruik totdat kennis gegee word om aansoek te doen om ’n verpligte lisensie vir sodanige goedgekeurde gebruik van water.’

[59] Ek stem nie saam met die Departement se uitleg nie. Dit is duidelik dat lasgewing nr 4 geen vereiste bevat nie. Dit verwys bloot na ’n toekomstige gebeurtenis wat die effek sal hê dat die goedgekeurde waterverbruik tot ’n einde sal kom. Die toekomstige gebeurtenis in die huidige geval is ’n kennisgewing om aansoek te doen om ’n verpligte lisensie. Dit het nog nie plaasgevind nie.

[60] Die Departement steun in die alternatief daarop dat sy herhaalde aanmanings aan applikant voor en in die huidige verrigtinge om aansoek te doen om ’n lisensie, neerkom op *vereis* soos bedoel in artikel 40(1) van die Nasionale Waterwet. Ek stem nie met hierdie uitleg saam nie. Na my mening dui die begrip *vereis* op statutêre vereistes wat die Nasionale Waterwet self stel. Dit dui nie op vereistes wat *ad hoc* deur enige amptenaar gestel kan word nie. Anders gestel, die persoon wat die aansoek om ’n lisensie vereis moet ’n statutêre bevoegdheid hê om dit te kan doen.

[61] My siening van die betekenis van *vereis* in artikel 40(1) word gestaaf deur die kommentaar van Hubert Thompson *op cit* 464:

'Matters applicable to all licences

A person intending to use water which is not permissible as a continuation of an existing lawful water use, in terms of a published general authorisation or under Schedule 1 to the NWA, requires a licence for that use. A licence is also needed if a person intends to extend the scope of its activities beyond the extent of the authorised water use or the person intends to carry on with an authorised water use, if the authorisation lapses, is withdrawn or is amended and the water use does not fall within the scope of the authorisation after the amendment.'

[62] Ek is derhalwe van mening dat die feit dat applikant nie om 'n lisensie aansoek gedoen het nie, nie 'n geldige grond vir die uitreiking van lasgewing nr 4 was nie.

[63] Ek is derhalwe van mening dat die uitreiking van die Departement se lasgewings die resultaat was van wesenlike gebreke in die Departement se besluitnemingsproses. Verkeerde regsbeginsele is toegepas, die besluitnemer het nie sy aandag bestee aan die saak nie, irrelevante oorwegings het die proses gekenmerk en die uitslag was uiters onredelik . Ek is dus van oordeel dat die uitreiking van die Departement se lasgewings tersyde gestel moet word.

Die interim serwituutaansoek

[64] Applikant vra die regshulp met die volgende strekking aan in die interim serwituutaansoek:

- (1) Dat applikant gemagtig word om, hangende die finale beregting van die hersieningsverrigtinge, alternatiewelik die hofaansoeke waarna in afdeling "A" hierbo verwys word:

- (a) die bestaande verdeelstruktuur wat geleë is op die eiendom van tweede respondent op applikant se eie koste te herstel en aan te pas ooreenkomstig die beskrywing en afmetinge daarvan en op die wyse soos in meer besonderhede uiteengesit word in paragrawe 4.1 en 4.2 van die konsep Notariële Akte van Serwituut wat by die Alternatiewe Ope Tender, aanhangsel “Jan 3” tot applikant se funderende eedsverklaring aangeheg is;
- (b) na voltooiing van die herstelwerk aan die verdeelstruktuur, die water, hetsy surpluswater, hetsy losgelate damwater vanuit die Lemoenshoekdam stroomop van die verdeelstruktuur, wat die verdeelstruktuur binnevloei na outomatiese verdeling daarvan deur die meganisme van die gesegde verdeelstruktuur met die bestaande grondsloot wat vanaf die verdeelstruktuur loop te neem na die applikant se eiendom, bekend as Gedeelte 2 (Lemoenshoek) van die Plaas Lemoenshoek Nr 25 in die Boland Distriksmunisipaliteit, Afdeling Swellendam (gehou kragtens akte van transport T61844/2002) en dit aldaar aan te wend soos verduidelik en omskryf in paragraaf 4.4 en onderworpe aan die voorwaardes vervat in paragraaf 4.3 van gesegde Aanhangsel “Jan 3”.

[65] Die ‘*hofaansoeke*’ waarna applikant in die inleidende gedeelte van bede (2) hierbo verwys, is in saaknrs 23702/2010 en 12863/2011 onderskeidelik deur applikant teen tweede respondent geloods. In saaknr 23702/2010 vra applikant ’n bevel aan in die volgende terme:

Wat gelas dat 'n serwituut van opdamming en waterleiding ten gunste van applikant se eiendom, beskryf as:

Gedeelte 2 (Lemoenshoek) van die plaas Lemoenshoek nr 25 in die Boland Distriksmunisipaliteit, Afdeling Swellendam

Groot : 283,0639 hektaar

Gehou kragtens Transportakte Nr T61844/2002

as heersende eiendom, toegeken word oor die eiendom van tweede respondent bekend as:

Gedeelte 38 ('n gedeelte van gedeelte 31) van die plaas Lemoenshoek nr 24, in die Afdeling van Swellendam, Provinsie Wes-Kaap

Groot : 5,3055 hektaar

Gehou kragtens Transportakte Nr T98934/2005

as dienende eiendom, ooreenkomstig die terme en voorwaardes vermeld in die konsep notariële serwituutakte en konsep diagram daartoe, hierby aangeheg as Aanhangsel "KM1". Aanhangsel 'KM' ,kan ek meld, is dieselfde as aanhangsel 'JAN 3' wat by applikant se kennisgewing van mosie in die serwituutaansoek nr 23702/2010 aangeheg is.

[66] In die tweede aansoek waarna applikant in bede (1) hierbo verwys het, vra applikant onder saaknr 12863/2011 'n tydelike interdik aan in die volgende terme:

Dat eerste en tweede respondente en/of hulle werknemers verbied word om hangende die beregting van saaknr 23702/2010 in hierdie hof, en wanneer

water in die Lemoenshoekrivier vloei, op enige wyse in te meng en/of hulle te bemoei met die bedryf van die water verdelingswerke geleë op Gedeelte 38 ('n Gedeelte van Gedeelte 31) van die Plaas Lemoenshoek Nr. 24 in die Afdeling van Swellendam, Provinsie Wes-Kaap;

[67] Die aansoekstukke in die serwituutaansoek en die interdikaansoek is reeds gesluit en beide aansoeke is verwys vir die aanhoor van mondelinge getuienis. Daar is egter nog geen verhoordatum bepaal vir die aanhoor daarvan nie.

[68] Applikant se huidige aansoek het die toekenning van 'n interim serwituut ten doel. Die inleiding tot die aangevraagde regshulp is egter nie heeltemal duidelik nie. Die interim regshulp is klaarblyklik bedoel om van toepassing te wees hangende die beregting van die serwituutaansoek self. Dit kan egter nie onvoorwaardelik afhang van die hersieningsaansoek se uitslag nie omdat laasgenoemde nie noodwendig finaliteit sal bring in die serwituutaansoek wat hangende is in saaknr 23702/2010 nie. Die tydelike interdik wat in saaknr 12863/2011 aangevra word is duidelik bedoel om ook te geld hangende die finale beregting van die serwituutaansoek.

Die gronde van applikant se aanspraak om 'n serwituut te vestig

[69] Applikant se aanspraak om 'n serwituut van opdamming en waterleiding met betrekking tot die verdeelstruktuur te vestig is gegrond op artikels 127, 128, 129 en 130 van die Nasionale Waterwet. Hierdie artikels kom voor in Deel 2 van Hoofstuk 13 van die Nasionale Waterwet. Die inleiding tot Hoofstuk 13 lees soos volg:

"n Serwituut is 'n reg wat 'n persoon het oor eiendom wat aan 'n ander persoon behoort. Hierdie Deel veroorloof 'n persoon wat gemagtig is om water kragtens hierdie Wet te gebruik om 'n serwituut oor 'n ander persoon se grond te eis waar dit noodsaaklik is om daardie watergebruik effektief te maak. Dit

mag byvoorbeeld noodsaaklik wees om water oor 'n ander persoon se grond te lei, om dit van die hulpbron na die gemagtigde watergebruiker se grond te neem, en 'n serwituut sal noodsaaklik wees om dit te doen. 'n Serwituut kan nie geëis word tensy die eiser gemagtig is om water te gebruik nie, en indien die magtiging ingetrek is of andersins beëindig is, sal die serwituut verval. Serwiture word by ooreenkoms verkry tussen die gemagtigde watergebruiker en die betrokke grondeienaar óf ooreenkomstig die bestaande prosedure voorgeskryf in die Registrasie van Aktes Wet óf by wyse van 'n ooreenkoms wat 'n hofbevel gemaak word. Prosedure besonderhede aangaande die verkryging van serwiture en hul registrasie word nie in hierdie Deel uiteengesit nie, maar is vervat in Bylae 2.'

[70] Artikel 126 van die Nasionale Waterwet bevat sekere woordskrywings. Die volgende twee is relevant:

'In hierdie Hoofstuk beteken-

- (a) *"serwituut van opdamming" die reg om, by wyse van 'n waterwerk, die bedding of wal van 'n stroom of aangrensende grond wat aan 'n ander behoort, te okkupeer;*
- (b) *"serwituut van waterleiding" die reg om grond wat aan 'n ander behoort by wyse van 'n waterwerk vir onttrekking of leiding van water te okkupeer;'*

[71] Artikel 127 van die Nasionale Waterwet handel met die verkryging van serwiture. Dit lees soos volg:

'127 Verkryging van serwiture

- (1) *'n Persoon wat kragtens hierdie Wet gemagtig is om water te gebruik, kan-*
 - (a) *'n serwituut van-*

- (i) opdamming;
- (ii) waterleiding; of
- (iii) oorstroming,

eis; of

- (b) 'n wysiging van enige bestaande serwituut van opdamming, waterleiding of oorstroming verkry,

vir sover dit noodsaaklik is om aan daardie magtiging uitvoering te gee.

- (2) *Die serwituut wat kragtens subartikel (1) (a) geëis word, kan-*

- (a) *'n persoonlike serwituut ten gunste van die eiser wees; of*
- (b) *'n erfserwituut ten gunste van die eiser wees in die eiser se hoedanigheid as eienaar van grond waarop die eiser die water kan gebruik.*

- (3) *'n Serwituut kragtens hierdie Hoofstuk kan ook geëis word ten opsigte van 'n bestaande waterwerk.*

- (4) *Iemand wat van plan is om kragtens hierdie artikel 'n serwituut te eis, moet die prosedure volg wat in Bylae 2 uiteengesit word.*

[72] Artikel 128 van die Nasionale Waterwet handel met die regte en pligte van serwituuthouers en grondeienaars en artikel 129 met die prosedure vir die verkryging en wysiging van serwiture. Artikel 130 beskryf die bevoegdhede van die hof met betrekking tot 'n eis vir 'n serwituut: Dit lees soos volg:

'130 Bevoegdhede van Hoë Hof met betrekking tot eis vir serwituut

'By die aanhoor van 'n eis vir 'n serwituut of vir 'n wysiging aan 'n serwituut ingevolge hierdie Hoofstuk, kan 'n Hoë Hof-

- (a) *die eis toestaan met of sonder aanpassings, op die voorwaardes wat hy billik ag;*
- (b) *vergoeding toestaan of weier om vergoeding toe te staan;*

- (c) *bepaal of 'n proporsionele bedrag aan vergoeding betaal behoort te word aan die houer van 'n huurreg, verband, vruggebruik of soortgelyke reg oor eiendom, en beveel dat sodanige vergoeding betaal word; of*
- (d) *die eis van die hand wys.'*

[73] Tweede respondent bestry die interim serwituutaansoek. In sy antwoordende eedsverklaring het hy onder meer beweer dat die opening in die langmuur van die verdeelstruktuur in die verlede altyd met planke toegehou is behalwe wanneer applikant water vanaf die Lemoenshoekdam na die Tierkloofdam afgevoer het. Meeste van die tyd het water deur die struktuur en in die rivier af gevloei. Applikant het egter later die opening konstant oopgehou. Daarna was daar nie genoeg water oor vir laerliggende oewereienaars nie. Nadat die dwarsmuur van die struktuur in 2012 gedeeltelik weggespoel het, het die ekologie en die situasie van stroomaf boere baie verbeter want min water het toe deur die opening in die langmuur gevloei. Tweede respondent het gesê dat hy nie beswaar het teen die oprigting van een of ander struktuur nie mits dit wettig is en die ekologie van die omgewing en die watergebruik van stroomaf oewereienaars in ag neem. Hy het verwys na applikant se twee oop tenders. Die eerste, volgens hom, sou meer water in die rivier laat afloop as die serwituut waarvoor applikant tans aansoek doen. Die tweede oop tender sou egter minder gunstige wees vir hom en die laerliggende oewereienaars. Tweede respondent het sy eie oop tender aan applikant aangebied ten einde die gesille tussen hulle op te los.

[74] Tweede respondent het voorts betoog dat die vestiging van applikant se beoogde serwituut strydig sal wees met die bepalings van die Wet op Nasionale Omgewingsbestuur 107 van 1998 ('NEMA') of die *'Environmental Impact*

Assessment Regulations' wat ingevolge die bepalings van die National Environmental Management: Waste Act 59 of 2008 (hierdie Wet is nie in Afrikaans gepromulgeer nie) uitgevaardig is tensy applikant die nodige magtiging kry in terme van sodanige bepalings. Hy het verder daarop gewys dat eerste respondent tans besig is met die vasstelling van 'n reserwe in terme van artikel 16 van die Nasionale Waterwet. Indien dit gebeur mag dit verreikende implikasies vir applikant se waterregte inhou. Om daarde rede, so is betoog, sou dit voortydig wees vir die hof om hierdie stadium 'n bevel uit te reik soos deur applikant aangevra word.

[75] Die gronde waarop tweede respondent die interim serwituutaansoek bestry, kan na my mening in die volgende tien sub-paragrafe saamgevat word:

- (1) Die waterregte waaroor applikant na bewering kragtens die Nasionale Waterwet beskik, is geldig op 'n vertikale vlak tussen applikant en die Departement. Dit geld nie op 'n horisontale vlak tussen applikant en tweede respondent nie.
- (2) Die bepalings van die 1956 Waterwet insake serwitude is nie van toepassing nie omdat die beoogde dienende en heersende eiendomme ten tyde van die inwerkingtreding van die Nasionale Waterwet aan dieselfde persoon behoort het, naamlik Mnr Fullard. Ingevolge die gemenerereg kan een eiendom nie gelyktydig die heersende en die dienende eiendom met betrekking tot 'n serwituut wees nie.
- (3) Applikant se eedsverklarings bevat geen stelling dat dit oor 'n serwituut beskik of een kan vorder nie. Applikant erken inderdaad dat daar geen ooreenkoms tussen dit en tweede respondent bestaan nie. Applikant beweer bloot dat sy gebruik van die verdeelstruktuur 'n voortgesette

waterverbruik is wat geld ingevolge die beskermingsbepalings van die Nasionale Waterwet.

- (4) Applikant het reeds die twee aansoeke gebring waarna hierbo verwys is. Beide aansoeke word bestry deur tweede respondent en is verwys vir die aanhoor van mondelinge getuienis. Hierdie prosedure veroorsaak ongerief vir almal en dit vereis dat die hof deur die omvangryke stukke in beide addisionele aansoeke moet ploeg ten einde die huidige aansoek te bereg.
- (5) In terme van artikel 127(1) van die Nasionale Waterwet kan applikant slegs 'n serwituut eis *'vir sover dit noodsaaklik is om aan daardie magtiging uitvoering te gee.'* Applikant, so word betoog, het nie *prima facie* bewys gelewer van sodanige noodsaak nie.
- (6) Ingevolge artikel 127(1) van die Nasionale Waterwet kan 'n serwituut slegs gevorder word indien die aanspraakmaker gemagtig is om water te gebruik kragtens die Nasionale Waterwet. Applikant moet dus eers oor 'n lisensie beskik voordat dit 'n serwituut kan eis.
- (7) In terme van artikel 129(1)(a) van die Nasionale Waterwet kan applikant slegs 'n serwituut kry by wyse van 'n hofbevel waaroor applikant nie beskik nie.
- (8) Hierdie hof kan nie 'n serwituut toestaan in die lig van applikant en tweede respondent se botsende bewerings oor die aard van die beoogde struktuur nie. Beide partye het voorstelle voor die hof geplaas maar hulle bots steeds wesenlik.

- (9) Die vestiging van applikant se beoogde servituut sal strydig wees met die bepalings van NEMA en van die *'Environmental Impact Assessment Regulations'*.
- (10) Die Departement mag binnekort die vasstelling van 'n reserwe in terme van artikel 16 van die Nasionale Waterwet maak. Die servituutaanspraak sal dan van bloot akademiese belang word.

[76] Na my oordeel is tweede respondent se besware nie geldig nie. Ek lewer puntsgewyse kommentaar op die voorgaande tien sub-paragrafe waarin ek tweede respondent se verwerpe opgesom het:

(1) Ad sub-paragraaf 1

Die vestiging van die servituut waarvoor applikant aansoek doen moet klaarblyklik aan die bepalings van die Nasionale Waterwet voldoen. In daardie sin geld applikant se regte vertikaal. Die oogmerk van sy aanspraak is egter om, by wyse van 'n statutêre proses, 'n reg te bekom wat horisontaal teenoor tweede respondent sal geld.

(2) Ad sub-paragraaf 2

Die beoogde servituut sal nie sy regsrag kry op sterkte van die partye se onderliggende regte en verpligtinge soos dit bestaan het in 1998 toe die Nasionale Waterwet in werking getree het nie. Die feitelike posisie in 1998 en daarna mag indirek relevant wees wanneer die aard en dimensies van die beoogde struktuur oorweeg word. Die hof is egter nie gebonde om enige bestaande of historiese struktuur sonder meer te aanvaar nie.

(3) Ad sub-paragraaf 3

Die antwoord op die derde beswaar is dat applikant juis nie op 'n bestaande of ooreengekome serwituut staatmaak nie. Dit maak gebruik van die toepaslike statutêre bepalings van die Nasionale Waterwet.

(4) Ad sub-paragraaf 4

Die huidige aansoek is gerig op interim regshulp. Die regs- en feitelike vereistes daarvoor verskil van die vereistes vir 'n finale bevel. Dit is so dat daar onnodige duplikasie in die stukke is van die feitelike bewerings en regsargumente in al drie aansoeke. Die ongerief en koste wat daardeur veroorsaak is, kan egter vergoed word by wyse van 'n gepaste kostebevel by die aanhoor van die serwituutaansoek self.

(5) Ad sub-paragraaf 5

Die antwoord op tweede respondent se vyfde beswaar is dat applikant na my mening wel bewys van '*noodsaak*' in 'n praktiese sin gelewer het. Mnr Crafford het herhaaldelik beweer dat sy boerdery inmekaar sal stort sonder die betrokke water en dit is nie wesenlik weerspreek nie.

(6) Ad sub-paragraaf 6

Ek het reeds hierbo met die kwessie van 'n lisensie gehandel en vind dit nie nodig om dit te herhaal nie.

(7) Ad sub-paragraaf 7

Daar is nie meriete in tweede respondent se sewende beswaar nie. Applikant se serwituutaansoek is juis daarop gemik om 'n hofbevel te kry ter vestiging van die serwituut in terme van artikel 130 van die Nasionale Waterwet.

(8) Ad sub-paragraaf 8

Die botsings tussen die feitelike getuienis aangaande die beoogde aard en vorm van die struktuur kan in die lig van die implikasies van hierdie hof se bevindings in die hersieningsaansoek waarskynlik by ooreenkoms of by wyse van 'n minimum addisionele getuienis opgelos word. Ek handel hieronder meer volledig met hierdie aspek van die saak.

(9) Ad sub-paragraaf 9

Applikant betwis die bewering dat die beoogde serwituut strydig sal wees met die bepalings van NEMA of die '*Environmental Impact Assessment Regulations*'. Dit is egter nie nodig om hierdie verskille op te los nie want hierdie hof se uitspraak handel net met applikant se regte ingevolge die Nasionale Waterwet. Dit gee nie voor om applikante se regte en verpligtinge met betrekking tot sodanige wette te bepaal nie en sal geen effek hê op die kwessie van die impak van die betrokke bepalings nie.

(10) Ad sub-paragraaf 10

Artikel 16 van die Nasionale Waterwet handel met die vasstelling deur die Minister van reserwes wat uit twee dele bestaan, naamlik basiese menslike behoeftes-reserwes en ekologiese reserwes. Dit is gemeensaak dat die Minister nog geen vasstelling met betrekking tot die betrokke gebied gemaak het nie. Hierdie hof kan die huidige aansoek net beslis in die lig van bestaande wetgewing en nie op sterkte van bespiegeling oor moontlike toekomstige wetgewing nie.

Die regshulp toegestaan te word

[77] Ek is derhawe van mening dat applikant geregtig is om 'n serwituut van opdamming en waterleiding met betrekking tot die verdeelstruktuur op tweede respondent se grond te vestig. Die vraag ontstaan egter presies welke regshulp wat hierdie hof behoort toe te staan. Dit is eerstens nodig om te beklemtoon dat die hof 'n wye diskresie het wanneer dit kom by die verlening van interim regshulp. Dit blyk uit die klassieke formulering van die vereistes daarvoor in *Eriksen Motors (Welkom) Ltd v Protea Motors, Warrenton and Another* 1973 (3) SA 685 (A) te 691C-G:

'The granting of an interim interdict pending an action is an extraordinary remedy within the discretion of the Court. Where the right which it is sought to protect is not clear, the Court's approach in the matter of an interim interdict was lucidly laid down by INNES, J.A., in Setlogelo v Setlogelo, 1914 AD 221 at p. 227. In general the requisites are -

- (a) *a right which, 'though prima facie established, is open to some doubt';*
- (b) *a well grounded apprehension of irreparable injury;*
- (c) *the absence of ordinary remedy.*

In exercising its discretion the Court weighs, inter alia, the prejudice to the applicant, if the interdict is withheld, against the prejudice to the respondent if it is granted. This is sometimes called the balance of convenience.

*The foregoing considerations are not individually decisive, but are interrelated; for example, the stronger the applicant's prospects of success the less his need to rely on prejudice to himself. Conversely, the more the element of 'some doubt', the greater the need for the other factors to favour him. The Court considers the affidavits as a whole, and the interrelation of the foregoing considerations, according to the facts and probabilities; see *Olympic Passenger Service (Pty.) Ltd. v Ramlagan*, 1957 (2) SA 382 (D) at p. 383D - G. Viewed in that light, the reference to a right which, 'though prima facie established, is open to some doubt' is apt, flexible and practical, and needs no further elaboration.'*

[78] Dit blyk ook dat 'n hof wat die finale serwituutbevel gee oor 'n wye diskresie beskik ingevolge artikel 130(a) van die Nasionale Waterwet. Die hof kan *'die eis toestaan met of sonder aanpassings, op die voorwaardes wat hy billik ag.'* Dit spreek vanself dat hierdie wye diskresie ook van toepassing is waar 'n interim serwituut toegeken word.

[79] Dit is uit die aard van die saak prakties onmoontlik om op die getuienis voor my al die relevante faktore te kwantifiseer. Die eedsverklarings in die aansoek bevat hewige en uitgebreide feitegeskille. Ek is dus verplig om 'n praktiese en robuuste benadering te volg. Applikant, aan die een kant, het daarin geslaag om sy regte met betrekking tot die serwituut te vestig. Die belange wat tweede respondent hierin verteenwoordig het, kan egter nie buite rekening gelaat word nie. Na my oordeel sal dit billik teenoor beide partye wees indien ek gelas dat die vorm en dimensies van die tydelike verdeelstruktuur sodanig moet wees dat dit applikant in staat sal stel om 'n hoeveelheid van twee derdes van die water af te voer, vergeleke

met die hoeveelheid water wat hy sou kon afvoer met die struktuur wat sy serwituutaansoek in die vooruitsig stel. Applikant sal verantwoordelik wees vir al die koste verbonde aan die oprigting van die interim verdeelstruktuur.

[80] Dit mag wees dat dit nie eenvoudig is om die twee derde/een derde riglyn prakties toe te pas nie. Ek voeg dus die volgende direktief by. Indien applikant en tweede respondent nie binne 'n tydperk van een maand vanaf die datum van hierdie uitspraak kan ooreenkom oor die vorm en dimensies van die interim struktuur nie, kan hulle hierdie hof nader met 'n bondige motivering van hul botsende voorstelle vir 'n gewysigde bevel.

Gedingskoste

[81] Dit laat die kwessie van gedingskoste. Applikant was suksesvol in die hersieningsaansoek en is in beginsel geregtig op sy koste. Dit was ook suksesvol in die interim serwituutaansoek maar die normale reël wanneer interim regshulp toegestaan word, is dat koste ontstaan vir beregting by die aanhoor van die hoofaansoek. Dit is dus nodig dat die geheel van applikant se koste in beide aansoeke verdeel moet word tussen die hersieningsaansoek en die interim serwituutaansoek. Dit is egter onmoontlik om die verdeling presies te bereken sodat 'n praktiese en robuuste benadering onvermydelik is. Sien *EMS Belting Co of SA (Pty) Ltd and Others v Lloyd and Another* 1983 (1) SA 641 (E) at 647GH:

'Finally there is the fractional basis, where it is difficult or impracticable to divide the issues or to allocate the costs on a time basis. The Court in such a case makes an assessment of the proportion of the total costs that should be awarded to the successful party. At very best this can only be an approximation. See the Gentiruco case supra at 673A. Such an order was

made, for example, in Rondalia Versekeringskorporasie van Suid-Afrika Bpk v Pretorius 1967 (2) SA 649 (A) at 658A - F.'

[82] Word die twee aansoeke op daardie basis vergelyk dan is ek van mening dat die hersieningsaansoek nie net finaal van aard is nie maar ook meer gewigtige feitelike en regsgekilpunte bevat as die interim serwituutaansoek. Dit sou na my mening in al die omstandighede regverdig wees indien die Departement aanspreeklik gehou word vir twee derdes van die geheel van applikant se koste in beide aansoeke. Die oorblywende een derde van die geheel van applikant se koste sal oorstaan vir beregting by die aanhoor van die serwituutaansoek.

Gevolgtrekking

[83] Ek verleen gevolglik die volgende bevel:

(1) In die hersieningsaansoek:

- (a) Die lasgewings wat vervat is in paragrawe 2.1, 2.2, 2.3 en 4 van eerste respondent (die Departement) se brief gedateer 25 Augustus 2014, word hersien en tersyde gestel.
- (b) Eerste respondent word gelas om twee derdes van applikant se koste in beide aansoeke te betaal.

(2) In die interim serwituutaansoek:

- (a) Hangende die finale beregting van applikant se serwituutaansoek in saaknr 23702/2010 word 'n bevel verleen in terme van bed 2(c) van applikant se kennisgewing van mosie in die huidige aansoek met dien verstande dat applikant nie meer as twee derdes van die water in die Lemoenshoekrivier deur middel van die verdeelstruktuur mag onttrek en wegvoer as wat

hy sou kon onttrek en wegvoer het indien sodanige regshulp ongekwalifiseerd verleen was nie.

- (b) Die regshulp in wat in sub-paragraaf (a) hierbo verleen word, is onderhewig aan die kwalifikasies wat in para [80] van hierdie uitspraak vervat is.
- (c) Een derde van applikant se koste in beide aansoeke staan oor vir beregting by die aanhoor van applikant se serwituutaansoek in saaknr 23702/2010.

A P BLIGNAULT