**DIE HOOGSTE HOF VAN APPÉL**
**VAN SUID-AFRIKA**

**Rapporteerbaar**
**Saaknr: 306/07**

In die saak tussen:

**PIETER ROSSOUW CILLIE**
**Appellant**

**en**

**MATTHEUS LOURENS GELDENHUYS**
**Respondent**

Coram: HARMS Wnde AP, STREICHER, CAMERON, PONNAN en CACHALIA ARR
Verhoor: 06 MEI 2008
Gelewer: 22 MEI 2008

Opsomming: Verjaring – verkrygende varjaring van landelike serwitute – die verskil tussen positiewe en negatiewe serwitute – die omvang van serwitute en die eienaar van die dienende eiendom se bevoegdheid om die serwituut te affekteer – die kennisleer is nie op saaklike regte van toepassing nie.

Summary: Prescription – acquisitive prescription of praedial servitudes – difference between positive and negative servitudes – scope of servitudes and servient owner's power to impinge on the servitude – doctrine of notice does not apply to real rights.

Neutral Citation: *Cillie v Geldenhuys* (306/07) [2008] ZASCA 54 (22 May 2008)

---

# U I T S P R A A K

---

HARMS Wnde AP/

HARMS Wnde AP:

INLEIDING

[1] Hierdie appèl handel ten eerste met die verkryging van grondserwitute deur middel van verjaring. Twee serwitute is ter sprake: die eerste kan met die Romeinsregtelike *servitus aquaehaustus* (waterhaling uit 'n fontein) vergelyk word terwyl die tweede 'n serwituut van waterleiding vanaf die fontein (*servitus aquaeductus*) na die heersende eiendom is. (CG van der Merwe *Sakereg* 2 uitgawe 492 (hierna 'Van der Merwe' genoem).) 'n Ander aspek van die saak is die toepassing van die kennisleer op serwituutregte wat deur verjaring geskep is maar nie geregistreer is nie. Die slotvraag het betrekking op die omvang van die eerste serwituut en die beperking wat dit op die eienaar van die dienende perseel plaas om water wat ondergronds na die fontein syfer vir eie doeleindes te onttrek.

[2] Die saak het by wyse van 'n aansoek in die Kaapse Hooggeregshof begin. Die huidige respondent, Geldenhuys, het in sy hoedanigheid as eienaar van die beweerde heersende eiendom (die plaas Matjiesrivier) aansoek gedoen om die registrasie van die twee serwitute oor die plaas Uitkomst, die eiendom van die appellant (Cillie), beide geleë in die Ceres-distrik in Wes-Kaap provinsie. Hy het ook om 'n interdik wat Cillie verbied om water wat na die fontein sypel deur middel van 'n boorgat te onttrek, gevra. Geldenhuys se aansoek was suksesvol maar die verhoorregter, Louw R, het die nodige verlof tot appèl na hierdie hof toegestaan.

[3] Alvorens ek die aangevraagde regshulp in besonderhede uiteensit, is dit nodig om kortliks met die tersaaklike feite te handel. Vir huidige doeleindes is die detail, soos in die uitspraak benede vervat, nie ter sake nie. Matjiesrivier grens aan Uitkomst maar is laerliggend. 'n Fontein (die Matjiesrivierfontein) is op 'n afgeleë deel van Uitkomst, sowat 250 meter van die grens van Matjiesrivier, geleë. Die water van die fontein vloei sinds menseheugenis as gevolg van gravitasie vanaf Uitkomst na Matjiesrivier. Weens die ligging van die fontein kon die water nie nuttig op Uitkomst aangewend word nie; daarenteen was die fontein van groot belang vir Matjiesrivier waar dit nie

alleen drinkwater maar ook besproeiingswater verskaf het.

[4] Die fonteinwater is privaatwater soos deur die herroepe Waterwet 54 van 1956 bedoel. Dit het kragtens art 5 beteken dat die water aan die eienaar van Uitkomst toegekom het onderhewig daaraan dat die eienaar van Matjiesrivier geregtig was op ‘n redelike aandeel van die water uit die fontein aangesien dit vir ‘n tydperk van meer as dertig jaar in ‘n bekende en bepaalde kanaal soontoe gevloei het en aldaar nuttig aangewend is. Sulke gevestigde regte word deur die huidige Nasionale Waterwet 36 van 1998 erken. Die afvloei en ontvangs en gebruik van die water deur Matjiesrivier kon egter nie op sigself serwituutregte skep nie omdat Matjiesrivier verplig was om die water te ontvang en omdat die nie-gebruik van die fontein deur Uitkomst nie die regte van Uitkomst op die fontein geaffekteer het nie (*Ellis v Laubscher* 1956 (4) SA 692 (A) 704B-C).

[5] Sake het gedurende die vyftigerjare van die vorige eeu ‘n belangrike wending geneem. Die destydse eienaar van Matjiesrivier het die fontein vir ongeveer ‘dakhoogte’ uitgegrawe, drie gate in die skaliebank met ‘n handboor geboor en ‘n pyp vanaf die fontein na Matjiesrivier aangelê. Die pyp se roete is ietwat korter as die natuurlike roete. Die pyp se aanvanklike deursnee is 150 mm en is ondergronds gelê. Na ongeveer 100 m lê dit bogronds, deels in ‘n erosiesloot wat dieper uitgegrawe is, en die deursnee verminder na 100 mm. Op hierdie wyse het Matjiesfontein aanspraak op al die water wat in die fontein ontspring, gemaak. Die eienaars van Uitkomst het deurgaans aanvaar dat die water aan Matjiesrivier toekom. Niks dui daarop dat Matjiesrivier met die goedgunstigheid van Uitkomst die fontein oopgemaak en die pyp aangelê het nie of dat daar ‘n ooreenkoms in dier voege tussen die betrokke eienaars was nie. Hierdie opgesomde feite het tot die verjaringsaansprake aanleiding gegee.

[6] Die vrede is versteur omdat Cillie gedurende 1998 in die normale loop van sy boerdery-bedrywighede ‘n boorgat op Uitkomst geboor het. Die gat is sowat 200 m ten suide van die fontein en 450 m vanaf die grensdraad. Wanneer water uit die boorgat onttrek word, het dit (afhangende van die tydperk en volume) die gevolg dat die fontein se water verminder of selfs by

tye opdroog. Hoewel Cillie bereid was om vir Geldenhuys water vir huishoudelike doeleindes te verskaf, was Geldenhuys nie tevrede nie en dit het direk aanleiding tot die aansoek gegee. Soos gemeld, het Geldenhuys ten eerste 'n verklarende bevel aangevra waarvolgens verklaar word dat Matjiesrivier geregtig is op (a) 'n serwituut ten opsigte van 'al die water' afkomstig uit die Matjiesfontein en (b) 'n serwituut van waterleiding vanuit die fontein oor Uitkomst. Geldenhuys het ook aanspraak op registrasie van die twee serwitute gemaak. Daarbenewens het hy 'n interdik aangevra wat Cillie verbied: (a) om op enige wyse met die vrye beskikbaarheid van die water in die fontein in te meng; (b) om water vanuit enige boorgat op Uitkomst te onttrek op 'n wyse wat die beskikbaarheid en die hoeveelheid water in die fontein verminder of andersins nadelig raak; en (c) om hom te verhinder om Uitkomst te betree om die pyplyn en sloot in stand te hou of skoon te maak.

[7] Die hof benede, wat die aangevraagde regshulp toegestaan het, het die geskilpunte soos volg gedefinieer: (a) Of Geldenhuys en sy voorgangers in titel deur verjaring die reg verwerf het op die gebruik van al die water uit die fontein, die afvoer van die water in 'n pyplyn of sloot oor Uitkomst en die skoonmaak van die fontein en die sloot. (b) Indien 'n serwituut wel gevestig het (i) of Cillie gebonde is deur die tot nog toe ongeregistreerde serwituut, dit wil sê, of Cillie die plaas Uitkomst aangekoop en verkry het met of sonder kennis van die bestaan van die serwituut en (ii) of Geldenhuys vir Cillie mag verhoed om ondergrondse water op Uitkomst te onttrek sodat die water wat die fontein oplewer, hetsy verminder of die fontein laat opdroog.

VERKRYGENDE VERJARING (vraag (a))

[8] Ek begin met die eerste vraag, naamlik die verjaringsaspek. Aangesien die verjaringstermyn gedurende die 1950s begin loop het toe die fontein oopgegrawe en die pyp gelê is, word die saak deur sowel die herroepe Verjaringswet 18 van 1943 as die bestaande Verjaringswet 68 van 1969 beheers. Volgens art 6 van die 1969-wet verkry iemand 'n serwituut deur verjaring indien hy 'openlik en asof hy daarop geregtig is' die betrokke serwituutregte en -bevoegdhede vir 'n ononderbroke termyn van dertig jaar uitoefen. Die 1943-wet het anders gelui. Die serwituutsregte moes *nec vi,*

*nec clam, nec precario* uitgeoefen gewees het. Daarby het die 'adverse user'-vereiste gekom. Vir doeleindes van hierdie saak is die verskille nie tersake nie aangesien beide wette in wese vereis dat die uitoefening van die serwituutregte moes geskied het asof die eienaar van die heersende eiendom die reghebbende was, met ander woorde, 'n kwasi-besit in die sin van *possessio civilis*. (*Albert Falls Power Co (Pty) Ltd v Goge* 1960 (2) SA 46 (N)). (Vir die rede vir die veranderde woordgebruik, sien JC de Wet *Opuscula Miscellanea* (1979) 85-86; 98-99.) Dit sluit in dat die uitoefening nie met die herroepbare toestemming van Uitkomst geskied het nie,'n aspek waarop die weerleggingslas waarskynlik op Cillie gerus het maar wat in die lig van die aangehaalde getuienis nie ontstaan nie. (Vir die betekenis van *nec precario* waar 'n fontein ter sprake was, sien *Malan v Nabygelegen Estates* 1946 AD 562 en verder *Bisschop v Stafford* 1974 (3) SA 1 (A) 9D-H.)

[9] Serwitute word tradisioneel tussen positiewe en negatiewe serwitute verdeel. Die verskil tussen die twee is die volgende: In die geval van 'n positiewe serwituut is die serwituuthouer bevoeg om 'n bepaalde handeling op die dienende erf te verrig terwyl die negatiewe serwituut aan die serwituuthouer die bevoegdheid verleen om die verrigting van 'n bepaalde handeling op die dienende erf te verbied. (MJ de Waal *Die Vereistes vir die Vestiging van Grondserwitute in die Suid-Afrikaanse Reg* (ongepubliseerde LLD-proefskrif ingedien by die Universiteit van Stellenbosch (1989)) 13; DJ Cusine & RRM Paisley *Servitudes and Rights of Way* (1998) 34.) Bekende voorbeelde van negatiewe serwitute is *altius non tollendi* (om nie hoër te bou nie) en *luminibus non officiendi* (om nie lig af te sny nie), normaalweg huisdiensbaarhede (stedelike serwitute). (Voet 8.6.11; *Margate Estates Ltd v Urtel (Pty) Ltd* 1965 (1) SA 279 (N) 284H; Van der Merwe 498-499.) Die belang van die verskil in die verjaringskonteks is daarin geleë dat dit onseker is of verkrygende verjaring van negatiewe serwitute prakties moontlik is. Ten minste word een of ander verbodshandeling aan die kant van die verkryger en iets meer as blote berusting by die eienaar van die 'dienende' perseel vir die duur van die verjaringsperiode vereis (*Ellis v Laubscher* veral op 704D-709H). Hoewel Louw R bevind het dat die eerste serwituut 'n negatiewe en die tweede 'n positiewe serwituut is, het hy bevind dat beide deur verjaring gevestig is. Die appellant ondersteun die bevinding oor die aard van die

serwitute maar betoog dat die eerste nie deur verjaring gevestig is nie omdat die nodige verbodshandeling nie deur Matjiesrivier verrig is nie.

[10] Die hof benede se bevinding dat die eerste serwituut 'n negatiewe serwituut is, is daarop gebaseer dat die serwituut vir Geldenhuys geregtig maak om Cillie te verbied om 'n bepaalde eiendomsbevoegdheid (om die water van die fontein te gebruik) wat Uitkomst toekom, uit te oefen. Steun vir hierdie standpunt is in 'n passasie in die uitspraak van Fagan AR in *Ellis v Laubscher* gevind. Ek stem nie met die uitleg van die uitspraak saam nie. Die onvermoë van Cillie om die water uit die fontein as gevolg van verjaring te gebruik, is 'n gevolg van 'n serwituut wat aan Geldenhuys die volle aanspraak op die fontein se water gee; dit is met ander woorde die teenkant van Geldenhuys se serwituutreg; en dit definieer nie die reg nie. Hierdie onderskeid, so glo ek, is deur Steyn HR in *Hollmann v Estate Latre* 1970 (3) SA 638 (A) op 646A-647D uitgestip. Soos reeds gemeld, het Matjiesrivier se eienaars in 'n daadwerklike sin die water by die fontein gaan haal deur middel van oopgrawing van die fontein en die aanleg van die pyp. Hoewel die waterhaal deur Matjiesrivier verskil van die tradisionele *servitus aquaehaustus*, is dit nie nodig om die serwituut te etiketteer omdat 'the number of praedial servitudes is now regarded as being practically unlimited [and there] is no strict *numerus clausus* of servitutal rights' (*Lorentz v Melle* 1978 (3) SA 1044 (T) 1051A). Die bevoegdheid wat deur Matjiesrivier uitgeoefen is, is om al die water wat die fontein bereik te neem en by wyse van die pyplyn en sloot na Matjiesrivier af te lei. Op hierdie wyse het Matjiesrivier meer gedoen as bloot om die afvloei te ontvang (iets wat, soos gemeld, geen regsgevolge ingehou het nie) en ook meer as om slegs sy redelike deel volgens art 5 van die 1956 Waterwet te neem. Inderdaad het Matjiesrivier al die regte wat aan die fontein as gevolg van die eiendomsreg in Uitkomst kleef, toegeëien en uitgeoefen. Dit is dus nie 'n geval van waar Uitkomst verbied is om iets te doen nie want Uitkomst het nooit gepoog om die fontein te gebruik nie. Dis eerder 'n geval dat Uitkomst iets verduur het: 'If the servitude consists in not doing (*in non faciendo*), it is said to be negative (*servitus negativa*); if it consists in forbearance (*in patiendo*), it is said to be affirmative (*servitus affirmativa*), and means permission to do acts that would otherwise be unlawful' (WA Hunter *Roman Law* 2 ed (1885) 421).

[11] Die gedeelte uit *Ellis v Laubscher* waarop die verhoorhof staatgemaak het, vorm deel van die opsomming van die getuienis. Daar het Fagan AR aangeteken dat daar geen getuienis was dat die aanspraakmaker ‘ooit water op [die teenparty se] grond gaan haal het of van [die] grond afgekeer het nie’ (op 704C-D). Hieruit het die verhoorhof die afleiding gemaak dat as iemand water op ‘n ander se grond gaan haal of afkeer, daardie persoon deur sodanige optrede ‘n negatiewe serwituut vestig. Aangesien ‘n negatiewe serwituut veronderstel dat die eienaar van die heersende eiendom niks op die dienende eiendom doen nie en dat die eienaar van die dienende eiendom passief moet wees ten aansien van die uitoefening van ‘n bepaalde eiendomsbevoegdheid (soos om nie op sy eiendom hoër as ‘n bepaalde hoogte te bou nie), kan hierdie uitleg van die uitspraak nie korrek wees nie. Hoewel die uitspraak ietwat moeilik lees, is ek van oordeel dat as mens die uitspraak in sy geheel beskou, veral met verwysing na die voorbehoud wat Fagan AR gestel het nl of dit ‘hoegenaamd moontlik is’ dat ‘n negatiewe serwituut deur verjaring geskep kan word, is die betrokke uitleg nie korrek nie (op 709F). (Inderdaad, as na die geskiedenis van verkrygende verjaring by negatiewe serwitute gekyk word, is daar veel te sê vir die gedagte dat dit ‘a theoretical rather than a practical possibility’ is: JE Scholtens ‘The Acquisition of Negative Servitudes by Prescription’ (1957) 74 *SALJ* 135 op 138). Myns insiens wou hy aandui dat as daardie feite teenwoordig was dit nie nodig was om met negatiewe serwitute te handel nie omdat die serwituut dan ‘n positiewe een sou wees, hetsy van waterhaling of waterleiding. Stawing hiervoor is die feit dat hy die betoog oor negatiewe serwitute daarna aanhaal en behandel en te kenne gee dat gemeenregtelik ‘n daad van aanspraak wat ‘n wetlik effektiewe beperking op die teenkant se gebruik van sy grond plaas nodig is om ‘n negatiewe serwituut te skep (op 707C-D). Dit is ook hoe Van der Merwe (op 533) die uitspraak verstaan asook *NBS (Cape Town) (Pty) Ltd v Citymark Investments (Pty) Ltd* 1986 (2) SA 290 (C) waar gestel word dat die eienaar van die dienende erf moes gepoog het om sy bevoegdhede uit te oefen en dat hy daartoe verhinder is gedurende die verjaringstydperk alvorens ‘n negatiewe serwituut kan vestig.

DIE KENNISLEER (vraag (b)(i))

[12] My gevolgtrekking is dus dat die waterhaal-serwituut waarop Geldenhuys aanspraak maak ‘n positiewe serwituut is. Dit is die einde van die betoog oor verjaring omdat die feite hierbo uiteengesit, bewys dat die positiewe serwitute deur middel van verkrygende verjaring gevestig is. Hierdie bevinding lei tot die tweede vraag, naamlik die toepassing van die kennisleer op die feite van die saak. Hierdie aspek het ontstaan omdat Cillie die plaas Uitkomst eers gedurende 1998 aangekoop het. Hy het naamlik beweer dat hy nie aan enige ongeregistreerde serwitute gebonde was nie omdat hy nie kennis van hulle bestaan gehad het nie. Die verhoorhof het egter op die stukke bevind dat sy getuienis onwaar is en het die verweer op daardie grondslag verwerp. Ek het ernstige twyfel oor die juistheid van die feitebevinding maar omdat die verweer geen regsbasis het nie, is dit nie nodig om die feite verder te oorweeg nie.

[13] Die advokate (en die verhoorhof) het van die standpunt uitgegaan dat die kennisleer van toepassing is op saaklike regte en nie slegs op persoonlike regte nie. Die aanname is nie korrek nie. Registrasie van ‘n serwituut is ‘n afgeleide wyse van verkryging van ‘n saaklike reg. Omdat die *causa* van so ‘n regsverkryging normaalweg ‘n ooreenkoms is, geld dit nie teenoor derdes alvorens die saaklike reg deur registrasie gevestig is nie. Die uitsondering op die reël is waar ‘n persoon met kennis van die ongeregistreerde reg oordrag van die dienende erf verkry (*Grant v Stonestreet* 1968 (4) SA 1 (A) 20A-B). Die verkryging van ‘n serwituut deur middel van verjaring is gans anders. Dis ‘n oorspronklike wyse van regsverkryging. Sodra die verjaringstermyn sy verloop geneem het, vestig ‘n saaklike reg in die eienaar van die heersende erf. Volgens art 6 van die 1969 Verjaringswet ‘verkry’ (‘acquire’) ‘n persoon ’n serwituut deur verjaring net soos iemand deur verjaring ‘eienaar’ word van ‘n saak (art 1: ‘a person shall by prescription become the owner’). Hierdie saaklike reg se bestaan is nie van registrasie afhanklik nie. Saaklike regte geld teenoor die wêreld, met of sonder kennis van hulle bestaan, met of sonder registrasie. Daarom ook is ‘n gevestigde serwituut wat per abuis uit ‘n titelakte weggelaat is teenoor ‘n ‘onskuldige’ koper bindend (*Cape Explosive Works Ltd v Denel (Pty) Ltd* 2001 (3) SA 569 (SCA) [16]). Soos prof JE Scholtens (1957 *Annual Survey of SA Law* 113-114) dit gestel het:

> 'For instance, in the case of acquisition of ownership by prescription the owner may assert his right of ownership against the world although any actual or constructive notification of his right to the world is lacking. Our system of deeds registration is a so-called negative system. This means that in those cases of transfer of ownership envisaged in the *Deeds Registries Act* ownership will only pass by registration in the Deeds Office. Our system does not imply, however, that the registered owner is of necessity the owner as is the case under so-called positive systems of registration of titles. In our system a right is real, not because the whole world has knowledge, either actual or constructive, of its existence, but because of the nature of a real right, as being, according to the statement commonly used, available against the world. As the law aims to give publicity to their existence the Deeds Registry gives everybody the opportunity to verify the existence of real rights in immovable property in so far as these rights have to be registered in the Deeds Registry.'

Die teenoorgestelde siening van prof P van Warmelo ('Die Reg Betreffende Serwitute in Suid-Afrika' 1960 *Acta Juridica* 106 op 114) is ongemotiveerd en onoortuigend.

ONTTREKKING VAN WATER DEUR MIDDEL VAN DIE BOORGAT (vraag (b) (ii)

[14] Dit laat dan vir beregting die kerngeskil, nl of Cillie geregtig is om water uit die boorgat te onttrek wat die lewering van die fontein affekteer. Soos gemeld, kan aanvaar word dat die boorgat 'n invloed op die fontein het omdat die boorgat in die fontein se 'opvangsgebied' geleë is en water ondergronds na die fontein deursypel sonder om in 'n gedefinieerde kanaal te vloei. Die hof benede het bevind dat Cillie nie aldus mag optree nie omdat Geldenhuys 'n serwituutreg op al die water in die fontein deur verjaring gevestig het. Die basis van die beslissing, aldus die hof, is nie dat Matjiesrivier 'n serwituut deur verjaring gevestig het op die ondergrondse water nie maar omdat die verbod op onttrekking van die ondergrondse water 'n uitvloeisel is van die beginsel dat Cillie nie die uitoefening van die serwituut ongedaan mag maak nie. Louw R het homself aan twee ou Vrystaatse beslissings, te wete *Snijman v Boshoff* 1905 ORC 1 en *De Bruijn v Louw* 1905 ORC 11 gebonde geag. Hierdie beslissings is obiter met goedkeuring aangehaal in die Kaapse hof in *Smith v Smith* (die uitspraak is volledig in die appèlsaak *Smith v Smith* 1914 AD 257

aangehaal) en as bindend beskou (hoewel gekritiseer sonder dat dit ‘n verskil aan die uitslag gemaak het) in *Ohlsson’s Cape Breweries Ltd v Artesian Well-Boring Co Ltd* 1919 CPD 125. Nogtans het hierdie hof in *Union Government (Minister of Railways and Harbours) v Marais* 1920 AD 240 op 249 by monde van Innes HR te kenne gegee dat die betrokke uitsprake nie die hof in *Ohlsson’s* gebind het nie. Die geskiedenis van die Vrystaatse uitsprake is deeglik deur Selikowitz R nagegaan en met volledige aanhalings geïllustreer in *De Witt v Knierim* 1991 (2) SA 371 (C). (Hierdie uitspraak is op appèl deels gehandhaaf maar die betrokke punt is nie daar aangespreek nie: *De Witt v Knierim* 1994 (1) SA 350 (A).) Hy het tot die gevolgtrekking gekom dat hulle in die betrokke opsig nie korrek is nie. Aangesien dit nie nodig is om die wiel te herontwerp nie is ek van voorneme om myself tot algemene beginsels te wend ten einde die saak op te los sonder om die detail-oefening te herhaal.

[15] Dit is ‘n algemene reël dat ‘n serwituuthouer in beginsel voorkeur geniet bo die dienende eienaar ten opsigte van die *omskrewe* genots- en gebruiksbevoegdhede wat die betrokke serwituut verleen (Van der Merwe 464). Die eienaar van die dienende eiendom is daarenteen slegs bevoeg om sy saak te gebruik ‘insoverre hy nie daardeur die belange van die serwituuthouer aantas nie’ (Van der Merwe op 465). Dit beteken dat wat die dienende eienaar mag of nie mag doen nie van die strekwydte van die serwituut afhang. Gaan dit om bv ‘n konsensuele serwituut, is dit ‘n kwessie van uitleg; gaan dit om ‘n serwituut wat deur verjaring geskep is, hang dit van die presiese aard en omvang van die reg wat aldus verwerf is, af. In hierdie geval het die hof benede tereg bevind dat die reg wat verwerf is, die reg op al die water wat die fontein oplewer is en dat geen reg deur verjaring op die water alvorens dit die fontein bereik, verwerf is nie. Dit beteken volgens my insig dat Cillie se regte ten aansien van water wat nog nie die fontein bereik het nie, onaangeraak is en omdat Cillie nie inmeng met die onttrekking by die fontein nie, affekteer hy nie Geldenhuys se ‘omskrewe’ genots- en gebruiksbevoegdhede nie. Hierdie gevolgtrekking word versterk indien mens in ag neem dat ‘n grondeienaar geregtig is om sy ondergrondse water na goeddunke aan te wend en dat hy selfs daardeur sy buurman se water kan afsny tensy daar een of ander verbod (soos ‘n serwituut) op sodanige optrede rus.

[16] Hierdie beginsels is in *Snijman v Boshoff* toegepas want die hof het dit duidelik gestel dat die vraag of die eienaar van die dienende erf die toevloei van die water na 'n fontein mag affekteer van die uitleg van die serwituut (in daardie geval 'n konsensuele serwituut) afhang en dat die saak 'has nothing to do with common law rights' (Sir Andries Maasdorp HR op 9). In *De Bruijn v Louw* het hy die basiese beginsel korrek gestel maar met verwysing na Johannes Voet ook verder gegaan (op 18):

> 'There is no doubt as to what the common law rights of the proprietors of adjoining properties are with respect to underground waters. There is no doubt that each proprietor is entitled to dig down upon subterranean waters moving in veins and percolations and undefined channels, even though by so doing he may divert the water from a neighbour's well; but the case is quite different where there is a servitude. Voet (8.3.6) clearly limits an owner's right in such a case where he says: "It is free to every one to open up upon his own ground subterranean veins, by which water flowing down rises on another's ground, because by so doing he makes use of his own property; so long as a servitude to the contrary has not been established." *No man therefore has a right to interfere with underground waters where a servitude has been established, if by so doing he prejudices the right of servitude*, and this rule was applied by this Court in the lately decided case of *Snijman v Boshoff* . . .. *The question in the present case therefore resolves itself into whether there was or was not a servitude*.' (My beklemtoning.)

[17] Die vraag is gevolglik of die hof Voet (wat op die Digesta gebaseer is) korrek verstaan het. CG Maasdorp AR het nie so gedink nie (*Marais* op 271):

> 'But I may say that it appears to me that too wide a construction was given in those cases [die Vrystaatse sake] to the effect of the servitude by the Court. Where a servitude is mentioned in this connection in the *Digest* (39.3.21), [In die gedrukte teks is die verwysing 9.3.21. Dis kennelik verkeerd.] it is said that:- "If water rises on my ground, which percolates from your ground (*venas habeat*) and you cut off these percolations, and in consequence the water ceases to come to me, you have done no wrong unless I have a servitude over the water." *The servitude here mentioned is one over the percolations themselves, and not over a spring supplied by such percolations.* A servitude is generally very strictly construed, and it seems to me that they were very liberally construed in the Free State cases.' [My beklemtoning.]

Hierdie nuanseverskil blyk ook uit Innes HR se uitspraak in dieselfde saak

waar hy dit duidelik maak dat die verbod om die watertoevoer na 'n fontein af te sny afhanklik is van die bestaan van 'n 'special servitude to prevent' die eienaar van die dienende eiendom (op 247) en ook uit Gane se vertaling van Voet 8.3.6 wat verskil van dié van Sir Andries Maasdorp in die aangehaalde gedeelte uit *De Bruijn v Louw.* Hierdie vertaling lui soos volg:

> 'Surely if it is free to everyone to cut off on his own farm underground veins of water by which water is carried down to another's land and bursts out there, because he thus employs a right of his own when no servitude to the contrary has been established, why should he not also in the same right prevent water flowing on the surface of his own soil from running down to farms below him?'

Voet praat dus van 'n fontein wat op die onderste (of heersende eiendom) en nie die boonste dienende eiendom geleë is nie en die serwituut ter sprake kan gevolglik slegs een 'over the percolations themselves' wees.

[18] Ek is derhalwe van oordeel dat die veralgemening wat in Sir Andries Maasdorp se beslissings voorkom nie geldig is nie. Ek, soos ander tevore (*Du Plessis Estates Ltd v SA Railways and Harbours* 1933 EDL 140*; De Witt v Knierim* 1991 (2) SA 371 (C); so ook CG Hall *Maasdorp's Institututes of SA Law: The Law of Property* (1976) 10e uitg 122 – die oorspronklike boeke is deur Sir Andries Maasdorp geskryf – CG Hall & AP Burger *Hall on Water Rights in SA* (1974) 4 uitg 102-103) verkies die benadering van De Villiers Wnde R (die latere Sir Etienne) in *Ohlsson's* (op 149):

> 'I come to the conclusion, therefore, if I am not bound by the Orange River Colony decisions, that the doctrine by which the owner of a servient tenement is debarred from reducing the flow of the spring by taking underground water not flowing in a known and defined channel under his own land, is confined to conventional servitudes [d w s, serwitute wat hulle oorsprong in 'n ooreenkoms het]; that in the case of conventional servitudes the application of the doctrine depends entirely upon the interpretation of the agreement constituting the servitude and upon the circumstances under which the owner of the servient tenement subsequently carries out the operations by which the spring is reduced; that the owner of the servient tenement will only be debarred from carrying out such operation, if it can be fairly held to be contrary to the contemplation of the original contracting parties that he should carry out these operations; and that in the case of a servitude where the only stipulation is that the one owner shall be entitled to the water rising out of his

> neighbour's spring, the Court would generally infer that it was in the contemplation of the parties that the neighbour should not sink wells and abstract underground water, if he beforehand knows, or beforehand has reasonable grounds to believe, that the effect of his operations will be to reduce the spring.'

(Sien ook die kontrakgerigte benadering by die uitleg van ‘n serwituut in *Van den Berg v Rand Water Board* 1945 AD 691 op 706-707.)

[19] Hierdie gevolgtrekking pas ook in by die uitspraak in *De Klerk v Niehaus* (1897) 14 SC 302. Die eienaars van die plaas Straatskerk het vir die verjaringstydperk gedurende die somermaande deur middel van ‘n voor al die water uit ‘n dam op die plaas Holle Sloot onttrek. Die eienaars van Holle Sloot het gedurende daardie periode die mening gehuldig dat die dam en die voor aan Straatskerk behoort. Die hof, waarvan CG Maasdorp een van die regters was, het bevind dat ‘n serwituut op al die water in die dam en voor gedurende die somermaande ten gunste van Straatskerk gevestig het. Die eisers het egter ‘n verdere aanspraak gemaak: hulle wou die eienaar van Holle Sloot verbied om besproeiingswater uit die rivier bokant die dam te onttrek omdat Holle Sloot gedurende die verjaringsperiode geen water vir besproeiingsdoeleindes aangewend het nie. Buchanan Wnde HR het soos volg verduidelik (op 310-311):

> ‘It is a clearly-settled principle of law that an upper proprietor does not, by mere non-user, lose his rights as a riparian proprietor. Plaintiff’s right to have a dam and furrow on defendant’s land is in the nature of a positive servitude; the further right which he claims of preventing the defendant from taking any water to which as a riparian proprietor he is entitled above the dam is in the nature of a negative servitude. *In the absence of actual grant or of contract, to establish such a negative servitude by prescription there must be adverse user, shown by some act done asserting the right, acquiesced in by the upper proprietor.*
>
> ...
>
> A servitude of a right to lead out all the water which collects at a lower point of a stream may be quite consistent with a right in the upper proprietor to exercise riparian ownership above such spot. The use of water lower down does not do away with the power to take water higher up the stream. The dam and furrow are necessary to the enjoyment of the positive servitude, but they are not necessarily an assertion of right to the negative servitude claimed.’

(Oor die trefwydte van die beklemtoonde sin sien *Ellis v Laubscher* 709A-E.)

GEVOLGTREKKING

[20] Hieruit volg dit dat die reg wat Matjiesrivier op al die water in die fontein gekry het, in die omstandighede van hierdie saak, nie behels dat Uitkomst sonder meer onbevoeg is om water wat na die fontein sypel, toe te eien nie. Serwitute moet mins beswarend uitgelê word en die regte van dienende eienaars so min as moontlik ingekort word. Die appèl moet gevolglik ten dele slaag: die reg op registrasie van die serwitute moet gehandhaaf word (para 1 en 2 van die hofbevel benede) maar die interdik (paragraaf 3) moet ter syde gestel word. Ook die kostebevel (paragraaf 4) moet ter syde gestel word omdat Geldenhuys se sukses ten aansien van die serwituut in 'n sin akademies is omdat daar nooit 'n poging was om hom van die regte soos bevind, te ontdoen nie. Gevolglik moet Geldenhuys die gedingskoste, ook in die hof benede, dra – telkens ook die koste van twee advokate.

[21] Die volgende bevel word uitgereik:

1. Die appèl slaag met koste, insluitend die koste van twee advokate.

2. Die bevel van die hof benede word gewysig met deurhaling van paragrawe 3 en 4 en invoeging van 'n nuwe paragraaf 3 wat soos volg lui: 'Die applikant moet die koste van die aansoek betaal, welke koste die koste verbonde aan die gebruik van twee advokate insluit.'

L T C HARMS
WAARNEMENDE ADJUNK-PRESIDENT

STEM SAAM:

STREICHER AR
CAMERON AR
PONNAN AR
CACHALIA AR