IN THE HIGH COURT OF SOUTH AFRICA
(WESTERN CAPE HIGH COURT)

REPORTABLE
Case No: 4092/11

In the matter between:

D & K KONSTRUKSIE BK — **Applicant**

and

ELIAS LOURENS KAMFER DE VILLIERS N.O. — **1st Respondent**
ALIDA DE VILLIERS N.O. — **2nd Respondent**
MARTHA MAGDALENA PRINSLOO N.O.
obo ABSA TRUST BEPERK — **3rd Respondent**

Coram :	**A. SCHIPPERS, AJ**
Judgment by :	**A. SCHIPPERS, AJ**
For the Applicant :	**Adv J W Olivier SC**
Instructed by :	Millers Attorneys Beacon House 123 Meade Street GEORGE P O Box 35, GEORGE, 6530 Tel: (044) 8741140 Fax: (044) 8740353 (Ref: FS/is/D4781/WD2131) c/o MILLERS Attorneys 25th Floor, Absa Bank Building 2 Riebeeck Street, Cape Town Tel: (021) 4216999
For the Respondents :	**Adv E Bruwer**
Instructed by :	J C Van Der Berg Attorneys 100 York Street, York Mall, 1st Floor, Room 103 GEORGE, 6530 Tel: (044) 8730818 Fax: (044) 8734444 (Ref: J C VAN DER BERG/ack/JD0117) c/o WERKSMANS Attorneys 18th Floor, 1 Thibault Plain CAPE TOWN
Date(s) of Hearing :	**2 AUGUST 2011**
Judgment delivered on :	**15 AUGUST 2011**

[RAPPORTEERBAAR]

IN DIE HOË HOF VAN SUID-AFRIKA

(WES-KAAP HOË HOF KAAPSTAD)

Saaknommer: 4092/11

In die saak tussen:

D & K KONSTRUKSIE BK	Applikant
en	
ELIAS LOURENS KAMFER DE VILLERS N.O.	EersteRespondent
ALIDA DE VILLIERS N.O.	Tweede Respondent
MARTHA MAGDALENA PRINSLOO N.O. namens **ABSA TRUST BEPERK**	Derde Respondent

(In hulle hoedanigheid as trustees van die De Villiers Trust Nr 16712/04)

UITSPRAAK: 15 AUGUSTUS 2011

Schippers WnR:

[1] Hierdie is 'n aansoek om afdwinging van 'n arbitrasie-ooreenkoms na aanleiding van 'n skriftelike boukontrak aangegaan tussen die applikant en die De Villiers Trust (*"die Trust"*) op 29 September 2006. Daarvolgens het die partye ooreengekom dat die applikant 'n woonhuis op erf 628 Meelogie Rylaan, Glentana (*"die erf"*) vir die kontrakprys van R1 899 786 vir die Trust sal bou, onderhewig aan die terme en

voorwaardes uiteengesit in die boukontrak. In terme van die boukontrak, enige dispuut of verskil tussen die applikant en die Trust wat uit die ooreenkoms ontstaan, sal na arbitrasie verwys word. Die kern van die applikant se saak is dat die partye ooreengekom het om 'n geskil ten opsigte van ekstra bouwerk na arbitrasie voor Mnr. R. H. Hiemstra SC (*"die arbiter"*) te verwys, welke arbitrasie op 9 November 2009 sou begin.

[2] Die respondente, in hulle hoedanigheid as trustees van die Trust, bestry die aansoek. In wese voer die Trust aan dat die applikant nie op die arbitrasieklousule in die boukontrak kan steun om die dispuut aangaande die ekstra bouwerk af te dwing nie; en dat indien sodanige dispuut wel deur die arbitrasieklousule gedek word, moes die applikant die arbiter genader het vir aanwysings.

[3] Dit is geykte reg dat die onus om te bewys dat 'n dispuut binne die omtrek van 'n arbitrasie klousule val, berus op die party wat vra dat die dispuut na arbitrasie verwys word. Ten einde hierdie vraag te beantwoord, moet die aard en omvang van die dispuut oorweeg word en daarna beslis word of dit deur die arbitrasie klousule gedek word. [1]

[4] Die basiese feite aangaande die applikant se eis vir die verwysing van die dispuut na arbitrasie kan kortliks opgesom word. In 'n skrywe gedateer 10 September 2007 het die applikant 'n bedrag van R98 335.49 van die Trust geëis vir verskeie veranderinge en ekstra bouwerk, veroorsaak deur 'n hoogte verskil tussen die planne (wat deur die

---

1 *Stanhope v Combined Holdings & Industries Ltd* 1950 (3) SA 52 (E) op 56A; *Goodwin Stable Trust v Duohex (Pty) Ltd and Another* 1998 (4) SA 606 (C) op 615D-E.

Trust voorsien is) en werklike grondvlakke ten opsigte van 'n woonstel wat op die erf gebou is. Die Trust ontken egter dat daar enige dispuut hieromtrent ontstaan het, en voer aan dat die partye reeds oor die ekstras ooreengekom het en dat die boukontrak afgehandel moes word waarna die applikant se versoek om betaling aandag sou geniet. Voorts beweer die Trust dat die applikant aangedui het dat hy nie op die boukontrak vir betaling van hierdie eis en ook nie op 'n mondelingse ooreenkoms gesteun het nie, en dat dit 'n versoek is om vergoeding vir "onvoorsiene en nie-ooreengekome uitgawes".

[5] Die applikant se konsep besonderhede van eis wat sy saak en die geskilpunte op arbitrasie uiteensit, is aangeheg tot 'n brief gedateer 5 Oktober 2009 deur die applikant se prokureurs versend aan die Trust se prokureurs. In kort is die applikant se saak dat vanaf 12 Desember 2006, van tyd-tot-tyd mondelings tussen die applikant en die Trust ooreengekom is dat sekere wysigings ten opsigte van die bouwerk op die perseel verrig moes word; dat sodanige wysigings wel uitgevoer is; en dat die applikant geregtig is op betaling daarvan in die bedrag van R247 410.07. Die Trust se antwoord hierop is dat dit nooit enige mondelingse ooreenkoms met die applikant gesluit het wat betref ekstra bouwerk nie; verder dat die bou van 'n oprit vanaf die huis na die straat deur die applikant, 'n aparte ooreenkoms was waarvoor die applikant reeds betaal is.

[6] Klousule 13 van die kontrak lees onder andere as volg, "Any dispute or difference between the Contractor and the Employer arising out of this Agreement shall be referred to Arbitration"; en alvorens bouwerk begin, dat die arbiter vooraf deur die partye ooreengekom moet word. Volgens die skedule tot die boukontrak het die

partye ooreengekom dat die Meester Bouvereniging, George, as arbiter aangestel word, sonder dat hulle 'n spesifieke arbiter benoem het.

[7] Die woorde, "any dispute or difference" in klousule 13 is 'n aanduiding dat die partye beoog het om 'n arbitrasie-ooreenkoms op te stel in die breedste moontlike terme ten einde toekomstige geskille op te los.[2] Insgelyks beperk die woorde, "arising out of" in 'n arbitrasie-ooreenkoms nie noodwendig 'n eis streng tot een gebaseer op die ooreenkoms nie. Mustill & Boyd[3] stel dit as volg:

> *"These words have been given a wide meaning. It has been said that they cover every dispute except a dispute as to whether there was ever a contract at all. If the parties to a contract make provision in it as to their rights should certain events occur in the course of the contract, and a dispute arises between them as to their rights following the occurrence of those events, then that dispute as to their rights arises out of the contract. The words embrace issues of frustration and non-disclosure, construction, the existence of a custom, disputes as to any state of circumstances which, if proved, would be relevant on any issue as to the true meaning and effect of the contract, a dispute as to whether the contract has been varied or replaced by a fresh contract and a claim for damages for breach of the arbitration agreement itself."*[4]

[8] Die vraag is dus eerstens, of die eis vir ekstra bouwerk wat deur die applikant verrig is, uit die kontrak voortspruit. By 'n toepassing van bogenoemde beginsels is ek van mening dat hierdie vraag positief beantwoord moet word, en dít op die Trust se eie weergawe.

2 Sutton & Gill *Russell on arbitration* (22ste uitgawe 2003) bl 59 para 2-073; bl. 61 para 2-078.
3 Commercial Arbitration (2de uitgawe 1989).
4 Mustill & Boyd *op cit* n 3 bl. 120, voetnotas uitgelaat.

[8.1] Eerstens, is dit nooit deur die Trust betwis dat die applikant verplig was om ekstra bouwerk te doen as gevolg van 'n hoogteverskil tussen die planne deur die Trust verskaf en werklike grondvlakke nie. Die feit dat die Trust die applikant ingelig het dat die argitek nie beskikbaar sou wees in 'n toesighoudende hoedanigheid nie, of dat die Trust bereid was om nuwe planne te laat optrek indien die planne foutief was, is irrelevant. Dit is ook nie betwis dat die applikant verplig was, na samesprekings met die ingenieurs, om verskeie mure te verander na keurmure nie. Myns insiens is dit noodgedwonge 'n afwyking van die oorspronklike bouplanne waarvolgens die huis opgerig moes word. Dit kan kwalik beweer word dat hierdie ekstra bouwerk nie uit die boukontrak voortspruit nie.

[8.2] Tweedens, is die bou van die oprit vanaf die huis na die straat niks anders as 'n wysiging van die boukontrak nie. Mnr. E. L. K. De Villiers, die Trust se hoof deponent, sê self dat tydens 'n besoek in Mei 2007 by die bouwerk, was hy ontsteld om te sien hoe laag die motorhuise se ingang onder die straatvlak in weklikheid was. Na oorweging en op advies van die ingenieur, is 'n vergadering in Junie 2007 belê waar die Trust, die applikant, die argitek asook die ingenieur teenwoordig was. Hier is daar besluit om 'n oprit na die straatvlak te bou om hierdie probleem op te los. Die applikant het die Trust van 'n kwotasie voorsien om die oprit te bou wat aanvaar is. Die kwotasie op sigself bevestig die wysiging tot die boukontrak, waar dit sê dat indien die kwotasie aanvaar word, daar 'n besparing van R15 500 sal wees op die oorspronklike tender bedrag aangesien daar voorsiening gemaak was vir plaveisel. Dit volg dat die betoog namens die Trust dat daar tot die ekstra

bouwerk ingestem is in twee afsonderlike kollaterale ooreenkomste waarvoor daar reeds betaal is, ongegrond is.

[9] Die tweede vraag is of daar 'n dispuut of verskil tussen die partye is wat verwysing na arbitrasie sou regverdig.

[10] 'n Arbitrasie klousule word tydens die sluiting by 'n kontrak ingelyf omdat die partye, as 'n saak van kommersiële gerieflikheid, aanvaar dat dit wenslik is om arbitrasie te gebruik as 'n metode om geskille wat tydens hulle besigheidsverhouding mag ontstaan, te beslis. Die uitleg van sodanige klousule moet dus deur sy onderliggende kommersiële doel beïnvloed word.[5] Die doel van 'n arbitrasie klousule is onder andere as volg in Fiona Trust[6] verduidelik:

> *"As to this, I think there can be no doubt. The parties have entered into a relationship, an agreement or what is alleged to be an agreement or what appears on its face to be an agreement, which may give rise to disputes. They want those disputes decided by a tribunal which they have chosen, commonly on the grounds of such matters as its neutrality, expertise and privacy, the availability of legal services at the seat of the arbitration and the unobtrusive efficiency of its supervisory law. Particularly in the case of international contracts, they want a quick and efficient adjudciation and do not want to take the risks of delay and, in too many cases, partiality, in proceedings before a national jurisdiction."*[7]

[11] In hierdie saak het die partye ooreengekom dat enige dispuut of verskil wat uit die boukontrak ontstaan, na arbitrasie verwys sou word. Daar is duidelik 'n geskil

---

5 *Aveng (Africa) Ltd (formerly Grinaker-LTA Ltd) t/a Grinaker-LTA Building East v Midros Investments (Pty) Ltd* 2011 (3) SA 631 (KZD) para 14.

6 *Fiona Trust & Holding Corporation and Others v Privalov and Others* [2007] UKHL 40 ([2007] 4 All ER 951 (HL)).

7 *Fiona Trust* n 6 para 6.

aangaande die ekstra bouwerk ten opsigte van die woonstel as gevolg van die hoogte verskil tussen planne en werklike grondvlakke; en die oprit vanaf die huis na die straat, wat uit die boukontrak voortspruit. Die applikant voer aan dat dit geregtig is op betaling vir hierdie ekstra bouwerk. Die Trust beweer dat dit reeds daarvoor vergoed is. Daar is ooglopend 'n dispuut wat na arbitrasie verwys moet word. Verder, soos reeds aangedui, selfs die vraag aangaande die bedoeling van klousule 13 en meer spesifiek die kwessie of die ekstra bouwerk deur die arbitrasie klousule gedek word al dan nie, sou verwysing na arbitrasie regverdig. Op hierdie gronde alleenlik, is die applikant geregtig op die aangevraagde regshulp.

[12] Bowendien, soos uit die briewewisseling tussen die partye se prokureurs blyk, het die Trust reeds skriftelik ingestem tot arbitrasie, die aanstelling van die arbiter asook die aanvangsdatum van die arbitrasie as 9 November 2009.

[13] Op 21 Oktober 2008 het die applikant se prokureurs 'n brief aan die Trust se prokureurs gerig waarin hulle die mening uitspreek dat die dispuut (aangaande die ekstra bouwerk) nie soseer handel oor die bouwerk as sulks nie, maar dat dit 'n kontraktuele dispuut is; en versoek hulle dat Mnr. Hiemstra, 'n senior advokaat met grondige kennis van kontraktereg, aangestel word om as arbiter op te tree. Die Trust se prokureurs het op 24 Oktober 2008 geantwoord. Hulle meld dat hul kliënt *"saamstem dat daar regsvrae beantwoord sal moet word uit hoofde van die interpretasie van die ooreenkoms"*, en dat daar *"ook nog dispute is wat betref die proffesionele, vakkundige en bedrewe wyse waarop die bouwerk gedoen was, en sal daar hoogs waarskynlik per se ook hiermee gehandel moet word."*. Gevolglik stel die Trust se prokureurs voor dat hulle 'n behoorlike arbitrasie-ooreenkoms voorberei,

meld hulle tevredenheid met die arbiter en sê dat hulle by die kliënt sou vasstel wat sy houding is wat betref die aanstel van die arbiter.

[14] In 'n brief op 13 November 2008 versoek die applikant se prokureurs of daar intussen instruksies vanaf die Trust bekom is aangaande die aanstelling van die arbiter sodat die arbitrasie-ooreenkoms voorberei kon word en datums vir die voortsetting van die arbitrasie vasgestel kon word. Die respondent se prokureurs het hierdie brief op 14 November 2008 beantwoord. Hulle stel voor dat die aanstelling van die arbiter en die bepalings van datums eers geskied nadat die applikant 'n antwoord verskaf met betrekking tot die Trust se bewerings van die onvakkundinge en onbedrewe wyse waarop die bouwerk gedoen is. Die prokureurs meld ook dat hulle van oordeel is dat hul kliënt se saak sterk leun op gebrekkige vakmanskap en die skade wat daaruit voortvloei en sal al hierdie aspekte gelyktydig voor die arbiter mee gehandel moet word. Voorts huldig die prokureurs die mening dat dit prematuur is om 'n arbiter aan te stel, datums te bekom en die aksie voort te sit; alternatiewelik stel hulle voor dat die applikant die saak voortsit deur sy saakstelling te liasseer en dat daar by ooreenkoms 'n arbitrasie-ooreenkoms voorberei word, dat die Trust daarop antwoord en dat die arbiter dan aangestel kan word om die arbitrasie aan te hoor.

[15] Tussen 18 November 2008 en 16 Januarie 2009 is verskeie verdere briewe tussen die partye se prokureurs gewissel met betrekking tot die beweerde defekte en probleme ten opsigte van die bouwerk, sonder dat enige vordering gemaak is om die geskille op te los. By wyse van 'n brief gedateer 16 Januarie 2009, versoek die applikant se prokureurs die Trust se instemming dat die arbiter aangestel word en meld hulle dat 'n konsep arbitrasie-ooreenkoms binnekort voorsien sou word. Die respondente se

prokureurs antwoord op 20 Januarie 2009 en sê dat hulle reeds in vorige skrywes rondom die arbiter en die aspekte daaraan verbonde, geantwoord het en volstaan hulle daarby.

[16] In 'n brief gedateer 27 Januarie 2009 word die Trust se prokureurs ingelig dat die herstelwerk wat die applikant sou verrig het, uiteengesit is in die lys van items wat saam met die brief versend is (*"die 'snag list'"*) en enige oorblywende punte van dispuut sal op arbitrasie besleg word. 'n Konsep Akte van Verwysing na arbitrasie is ook met die brief versend en ter afsluiting meld die prokureurs dat hulle wag op onder andere die voorstelle op die arbitrasie-ooreenkoms. Dit dien beklemtoon te word dat klousule 5.1 van die Akte van Verwysing bepaal dat die dispuut wat na arbitrasie verwys word, sal blyk uit die pleitstukke wat namens die partye afgelewer sou word. Die respondente se prokureurs antwoord in 'n skrywe gedateer 19 Februarie 2009. Daarin word gemeld dat die Trust se instruksies is dat hy tevrede is met die Akte van Verwysing, behalwe dat die arbitrasie in George en nie in Kaapstad gehou moet word; dat die fooie van die arbiter geverifieër moet word en in klousule 3.2 van die Akte van Verwysing ingetik moet word; dat die Trust, sonder benadeling van sy regte, kennis neem van die *"snag list"*; en dat indien die applikant nie die *"snags"* sou voltooi nie; die prokureurs daarmee sou handel tydens die arbitrasie verrigtinge.

[17] Op 27 Maart 2009 het die arbiter sy aanstelling aanvaar en sy fooie aangedui. Dieselfde dag het Mnr. J. C. Van der Berg, die Trust se prokureur, teenoor die applikant se prokureur, Me. K. Van der Berg, telefonies bevestig dat die arbitrasie voortgesit sal word, dat hy self die stukke sou opstel en dat die applikant se advokaat met hom in verbinding kon tree om datums en die proses van die arbitrasie te reël.

Die applikant se advokaat is dienooreenkomstig per e-pos op 31 Maart 2009 hiervan verwittig. Per faks aan die applikant se advokaat gedateer 28 April 2009, het die Trust se prokureurs bevestig dat die arbiter die volle week van 9 November 2009 vir die arbitrasie beskikbaar was. Nou, indien daar geen dispuut tussen die partye was wat uit die boukontrak voortgespruit het nie, ontstaan die volgende vrae: Hoekom sou die respondente se prokureur 'n datum met die arbiter reël? Hoekom sou die arbiter hom beskikbaar maak vir 'n volle week? Hoekom sou die respondente se prokureur onderneem om self stukke op te stel vir 'n dispuut wat nie bestaan nie? Hoekom sou hy 'n advokaat breveteer vir 'n arbitrasie verskyning waar daar geen dispuut is nie? Hierdie eenvoudige vrae demonstreer dat die respondente se weergawe dat daar geen dispuut was nie, vergesog is.

[18] Die feit dat die arbitrasie met die arbiter gereël is om 9 November 2009 te begin, is later deur die Trust se prokureurs bevestig in 'n brief gedateer 3 Julie 2009, waarin hulle versoek dat die arbitrasie eers oorstaan hangende 'n briewewisseling tussen die partye. Die applikant se prokureurs stem egter nie hiermee saam nie en in 'n brief op 13 Julie 2009 sê hulle dat hulle instruksies is om met die arbitrasie op 9 November 2009 voort te gaan. Hulle versoek die respondente se prokureurs om toe te sien dat die Akte van Verwysing onderteken word. Die Trust se prokureurs antwoord op 3 Augustus 2009. Hulle meld dat die Trust nie die arbitrasie-ooreenkoms kan onderteken nie omdat die dokument onvolledig is, meer spesifiek, die bepalings ten opsigte van die arbiter se fooie; die besonderhede van eis; blootlegging; verhoor besonderhede; waar die arbitrasie sou plaasvind; en die datum wanneer getuienis en argument afgehandel sou word. Voorts word dit gemeld dat die inhoud van die brief van 13 Julie 2009 deur die applikant se prokureurs *"is in stryd met wat uitdruklik*

tussen die partye ooreengekom was"; en dat die prokureurs aflei dat die applikant hoegenaamd nie meer in enige skikking belangstel nie.

[19] Die applikant se prokureurs antwoord per brief gedateer 13 Augustus 2009, waaraan 'n voltooide akte van verwysing aangeheg is. Hulle meld dat hulle oop is vir voorstelle om datums te wysig vir die lewering van dokumentasie, rakende die prosedure van die arbitrasie; en dat die uitstel van die arbitrasie na die eerste week in December 2009 oorweeg moet word ten einde alle partye die geleentheid te gee om behoorlik voor te berei. In die antwoord op hierdie brief deur die Trust se prokureurs op 24 Augustus 2009, word dit vir die eerste keer geopper dat ten opsigte van die *"snag list"*, die applikant nie sy kontraktuele verpligtinge kan opskort *"om 'n arbitrasie te probeer afdwing wat aspekte insluit wat nie in dispuut is nie"*. Dit nadat die Trust duidelik kennis geneem het van die datums en tye vir die gelyste herstelwerk volgens die *"snag list"* en die kennisgewing dat indien die applikant nie die *"snag list"* wil voltooi nie, daarmee ten volle gehandel sou word in die arbitrasie verrigtinge. Verder, ook vir die heel eerste keer, betwis die Trust se prokureurs die verwysing van die dispuut aangaande die ekstra bouwerk na arbitrasie, en word die applikant se prokureurs uitgenooi om hulle in te lig *"wat ... die dispuut is tussen die partye, wat uit die kontrak voortspruit"*. Dan word dit gesê dat *"slegs wanneer u ons dus so kan meedeel (wat u na arbitrasie wil verwys) kan ons oorweging gee aan 'n verwysingsakte"*.

[20] Daarop het die applikant se prokureurs in 'n brief gedateer 5 Oktober 2009, die Trust se prokureurs meegedeel dat daar reeds ooreengekom is dat die geskille voortspruitende uit die boukontrak na arbitrasie verwys word; dat die arbiter aangestel

is; dat die arbitrasie nie meer op 9 November 2009 kon voortgaan nie; en versoek hulle dat 'n rooster bepaal word om die arbitrasie tot finaliteit te bring. Daar is ook tot hierdie brief die applikant se konsep besonderhede van eis aangeheg, waaruit dit blyk wat die applikant se saak is en wat die geskilpunte is.

[21] Die Trust se prokureurs skryf aan die applikant se prokureurs op 7 Oktober 2009 en sê dat hulle instruksies sou neem en terug berig. Dit het nie gebeur nie en op 3 November 2009 stuur die applikant se prokureurs 'n faks aan die Trust se prokureurs waarin hulle meegedeel word dat daar op 9 November 2009 'n vergadering met die arbiter gereël is, waartydens die Akte van Verwysing gefinaliseer sou word en datums vir die voortsetting van die arbitrasie gereël sou word. Die Trust se prokureurs antwoord in 'n brief gedateer 5 November 2009 waarin hulle onder andere meld dat die dispuut gebaseer is op 'n mondelinge ooreenkoms; dat dit nie binne die kontrak val nie; dat die Trust nog steeds nie 'n antwoord ontvang het nie aangaande die herstelwerk soos uiteengesit in die *"snag list"*; en dat hulle dus nie die arbitrasie voorverhoor kon bywoon nie. In 'n faks deur die applikant se prokureurs versend op 1 Desember 2009, word die Trust se prokureurs ingelig dat hulle wel kennis dra van die applikant se saak en die geskilpunte; en dat die applikant nie van voorneme is om na die huis terug te keer om enige beweerde *"snags"* te herstel nie. Desnieteenstaande betoog Mnr. Bruwer, namens die respondente, dat die applikant nie sy onwilligheid verklaar het om die defekte volgens die *"snag list"* te herstel nie, en gevolglik is daar nie 'n dispuut soos beoog in die boukontrak nie. Dié betoog is ook ongegrond.

[22] In 'n brief gedateer 11 Desember 2009 aan die applikant se prokureurs, bevestig die Trust se prokureurs die applikant se weiering om onvakkundige en onbedrewe bouwerk soos uiteengesit in die *"snag list"* te herstel. In 'n latere brief op 17 Februarie 2010 meld die Trust se prokureurs dat sodanige weiering deur die applikant *"duidelik en ondubbelsinnig"* aangetoon het dat hy hom nie verder aan die boukontrak gebonde ag nie, en dat dit 'n repudiasie van die ooreenkoms daarstel. Voorts word dit gemeld dat die Trust sy regte voorbehou om die skade wat gely is van die applikant te verhaal, alternatiewelik, om die applikant vir 'n spesifieke nakoming van die ooreenkoms gebonde te hou.

[23] In 'n skrywe gedateer 12 April 2010 deur die applikant se prokureurs aan die Trust se prokureurs, word die Trust op terme geplaas om teen 16 April 2010 skriftelik te bevestig dat alle geskille voortspruitend uit die boukontrak ooreenkomstig die konsep Akte van Verwysing, na arbitrasie verwys word, by onstentenis waarvan die applikant hierdie Hof sou nader. Die Trust se prokureurs het hierdie brief op 16 April 2010 beantwoord. Dieselfde houding is ingeneem dat die dispuut nie binne die terme en voorwaardes van die boukontrak val nie en word daar kennis gegee dat enige hof aansoek om daardie rede geopponeer sou word, wat wel gedoen is.

[24] Ter opsomming:

[24.1] Teen 28 April 2009 (toe die Trust se prokureurs bevestig het dat die arbiter vir die volle week van 9 November 2009 vir die arbitrasie verrigtinge beskikbaar was) was dit reeds deur die partye ooreengekom dat: (1) die applikant se aanspraak om betaling vir ekstra bouwerk na arbitrasie verwys

word, daar dit 'n regsvraag is wat beantwoord sou moet word uit hoofde van die interpretasie van die boukontrak; (2) die Akte van Verwysing aanvaar is en meer spesifiek dat die dispuut sou blyk uit die pleitstukke wat namens die partye afgelewer sou word; (3) Mnr. Hiemstra sou optree as arbiter; (4) die arbitrasie in George gehou sou word; en (5) die verrigtinge sou op 9 November 2009 begin.

[24.2] Op 24 Augustus 2009 word dit vir die heel eerste keer deur die Trust geopper (verkeerdelik) dat daar nie 'n dispuut is wat uit die kontrak voortspruit nie; en slegs wanneer die Trust se prokureurs ingelig word oor wat die dispuut is, sou dit na arbitrasie verwys word.

[24.3] Daar is hoegenaamd geen verduideliking vir die Trust se frontverandering nie, dít nadat sy prokureur self die datum vir die arbitrasie met die arbiter gereël het en onderneem het om self stukke aangaande die arbitrasie op te stel.

[24.4] Daar is onomwonde 'n geskil ten opsigte van die applikant se gebrekkige vakmanskap soos uiteengesit in die *"snag list"*. Die applikant het geweier om na die perseel terug te keer ten einde die *"snag list"* te voltooi. Die Trust beskou dit as kontrakbreuk. Ingevolge die boukontrak kan hierdie geskil slegs deur arbitrasie beslis word.

[25] Afgesien van klousule 13 van die boukontrak en gegewe die voormelde korrespondensie tussen die partye se prokureurs, is ek van mening dat die Trust wel

skriftelik tot abritrasie ingestem het. Die Wet op Arbitrasie 42 van 1965 omskryf 'n *"arbitrasie-ooreenkoms"* as, "*'n skriftelike ooreenkoms wat voorsiening maak vir die verwysing na arbitrasie van 'n bestaande geskil of 'n toekomstige geskil met betrekking tot 'n aangeleentheid in die ooreenkoms vermeld, hetsy 'n arbiter daarin genoem of aangewys word al dan nie.*" 'n Briewewisseling kan 'n skriftelike arbitrasie-ooreenkoms daarstel, mits die brief 'n aanbod om 'n saak na arbitrasie te verwys behels. Die aanbod moet egter onvoorwaardelik en ongekwalifiseerd wees.[8]

[26] Dit is onnodig om die inhoud van die briewe tussen die partye se prokureurs te herhaal wat gelei het tot 'n ooreenkoms om die applikant se eis vir betaling van die ekstra bouwerk na arbitrasie voor die arbiter op 9 November 2009, te verwys. Dit is voldoende om te sê dat die Trust die verwysing na arbitrasie aanvaar het. Ook om hierdie rede is die applikant geregtig op die regshulp wat dit vra.

[27] Die enigste oorblywende aspek is koste. Mnr. Olivier, wat namens die applikant verskyn het, betoog dat 'n kostebevel op 'n skaal soos tussen prokureur en kliënt in die omstandighede billik sou wees.

[28] Gewoonlik word koste op 'n skaal soos tussen party en party aan die suksesvolle party toegestaan.[9] 'n Hof is egter by magte om te beveel dat 'n onsuksesvolle litigant prokureur en kliënt koste betaal onder spesiale omstandighede. Die doel van sodanige bevel is om te verseker dat die suksesvolle party nie verlies ly nie; en word toegestaan waar die verrigtinge of opponering kwelsugtig is, alhoewel dit nie die bedoeling was

8 *Raphaely v Stephan* 1915 CPD 6 op 9.

9 Joubert *et al* (eds) The Law of South Africa (2de uitgawe 2005) Vol 3 Deel 2 bl. 227 para 320.

nie. Die opponering mag as kwelsugtig beskou word, daar die applikant onnodiglik aan moeite en onkostes blootgestel is.[10]

[29] Ek is van mening dat hierdie 'n geval is waar die applikant onnodiglik moeite en onkostes moes aangaan, en wel om die volgende redes.

[29.1] Daar is reeds teen 28 April 2009 ooreengekom om die kwessie van die ekstra bouwerk na arbitrasie te verwys, welke verrigtinge op 9 November 2009 sou begin. Daar is geen rede of verduideliking vir die Trust se omswaai in die brief van 24 Augustus 2009 waarin die applikant, vir die heel eerste keer, uitgenooi word om die dispuut wat uit die boukontrak voortspruit, te beskryf.

[29.2] Die Trust se prokureurs het reeds op 19 Februarie 2009 kennis gegee van hul kliënt se tevredenheid met die Akte van Verwysing en dat hulle die *"herstelwerk [van die applikant se gebrekkige vakmanskap] as 'n geheel tydens die arbitrasie verrigtinge deur middel van deskundige getuienis sal hanteer"*. Dít nadat die prokureurs in hulle brief van 14 November 2008 die applikant in kennis gestel het dat hul kliënt se saak sterk op gebrekkige vakmanskap leun en sou al daardie aspekte gelyktydig voor die arbiter gehandel word.

10 *In re Alluvial Creek Ltd* 1929 CPD 532 op 535; *Sentrachem Ltd v Prinsloo* 1997 (2) SA 1 (A) op 22B-C.

[29.3] Selfs vroeër op 24 Oktober 2008 het die Trust se prokureurs kennis gegee dat daar dispute is wat betref die vakkundige en bedrewe wyse waarop die bouwerk gedoen is wat in die arbitrasie mee gehandel sou moet word. Welwetende van hierdie mededelings en die feit dat die gebrekkige vakmanskap 'n dispuut daarstel wat na arbitrasie verwys sou moet word – wat die applikant se posisie sou onderskraag – is korrespondensie met besonderse vernuf te voorskyn gebring, waarin daar probeer is om ten alle koste nie die gebrekkige vakmanskap as 'n dispuut te beskryf nie. Dit was selfs betoog dat die applikant nie aangedui het dat hy nie die gebrekkige vakmanskap sou herstel nie en gevolglik was daar nie 'n dispuut daaromtrent nie. Dit bots lynreg met die briewe wat tussen die partye se prokureurs gewissel is.

[29.4] Voorts is die respondente se standpunte dat die eis vir ekstra bouwerk nie 'n dispuut is wat binne die terme en voorwaardes van die boukontrak val nie, of dat dit voortspruit uit kollaterale ooreenkomste, ongegrond. Hierdie standpunte is nooit in enige van die korrespondensie geopper nie en is die afleiding onafwendbaar dat dit 'n ongegronde nagedagte is.

[30] Die volgende bevel word uitgereik:

1. Dit word verklaar dat:

1.1 daar 'n geldige arbitrasie-ooreenkoms tussen die applikant en die Trust bestaan;

1.2 die dispute ten opsigte van ekstra bouwerk asook defektiewe bouwerk en skade ontstaande uit die boukontrak tussen die applikant en die Trust aangegaan op 29 September 2006, die onderwerp van arbitrasie is ingevolge die Akte van Verwysing (aanhangsel 20 tot die funderende eedsverklaring), en word sodanige dispute na arbitrasie verwys voor Mnr. R. C. Hiemstra SC, ooreenkomstig die bepalings van die Arbitrasiewet 42 van 1965.

2. Die Trust word gelas om die koste van die aansoek te betaal op 'n skaal soos tussen prokureur en kliënt, en ten aansien van die koste van 'n advokaat is dit beperk tot 'n junior advokaat.

Schippers

SCHIPPERS WnR