

Vonnisbespreking: Grondwetlike aspekte van die registrasie van huisbouers en die billikheid van private arbitrasiebeslissings

Cool Ideas 1186 CC v Hubbard 2014 8 BCLR 869 (KH)

Ignatius Rautenbach

Ignatius Rautenbach, Fakulteit Regsgeleerdheid,
Universiteit van Johannesburg

Abstract

Constitutional aspects of the registration of home builders and the fairness of arbitration awards

In *Cool Ideas 1186 CC v Hubbard* 2014 8 BCLR 869 (CC) the constitutional court considered the constitutionality of section 10(1)(b) of the Housing Consumers Protection Measures Act 95 of 1998 which provides that no person shall receive any consideration in terms of any agreement with a housing consumer in respect of the sale or construction of a home unless that person is a registered home builder. The court interpreted this provision to mean that no consideration is due if a home builder does not register before the building contract is concluded and the commencement of the building operations. According to section 21 of the act it constitutes a crime not to register. The court held that although this provision factually amounts to a deprivation of property for the purposes of the right to property in section 25 of the Constitution, the deprivation is not arbitrary – the limitation serves an important public purpose, namely the protection of housing consumers.

This was also the second judgment of the constitutional court, in which the court expressed itself on constitutional aspects of private arbitration. The first was *Lufuno Mphaphuli and Associates (Pty) Ltd v Andrews* 2009 6 BCLR 527 (CC), 2009 4 SA 529 (CC). In the latter case the court held that the right to access to the courts and to fair and public trials by independent courts and tribunals applies indirectly to private arbitration. However, the court did not express itself on the implications of this indirect application (because the matter was not argued before it), except to say that clauses in arbitration contracts that provide for unfair procedure would probably be *contra bonos mores*. The court generally held that constitutional values preclude a court from interfering unnecessarily with private arbitration awards. Although the court did not articulate clearly which constitutional values were involved, the

opinions expressed in the *Cool Ideas* case state that these values concern the personal autonomy and freedom of choice of the parties to a private arbitration agreement. The *Cool Ideas* case did not concern procedural matters in arbitration proceedings, but the question whether a court is obliged to make an arbitration award an order of the court when the arbiter in making that order has ignored the provisions of section 10(1)(b) of the Housing Consumers Protection Act. The court held that an arbitrator may not for the purposes of what she or he considers to be a fair outcome, disregard statutory rules which provide for criminal sanctions when certain provisions are not complied with. It also held that in this regard the principle of legality as an aspect of the rule of law, which is a foundational principle of the Republic in terms of section 1 of the Constitution, is accorded greater weight than the personal autonomy protected by right to contractual freedom of the parties to a private arbitration agreement. This must now be added to the list of considerations which courts must take into account in respect of an application to make an arbitral award an order of the court in terms of section 31 of the Arbitration Act 42 of 1965.

Although arbitration has become a popular method for alternative dispute resolution in cases where specialist non-legal knowledge, and in certain cases specialist legal knowledge, is required to consider an issue, arbitration is not limited to these circumstances. It is often also used to circumvent litigation in the state courts in systems with serious curial systemic problems. The need for trials to be fair also exists in respect of alternative dispute resolution schemes and the guarantees in section 34 of the Constitution provide for this need. To the extent that private arbitration could be considered as a solution to solve systemic problems in court systems it is important to note that the consensual nature of private arbitration should not be allowed to dilute the constitutional protection provided by section 34.

Keywords: arbitration; constitutional values; contracts; fairness; housing consumers; personal freedom; proportionality; right to access to courts and fair and public trials; right to property; right to contractual freedom.

Trefwoorde: arbitrasie; behuisingsverbruikers; billikheid; grondwetlike waardes; kontrakte; persoonlike vryheid; proporsionaliteit; reg op eiendom; reg op kontrakteervryheid; reg op toegang tot die howe en billike en openbare verhore.

1. Inleiding

In 'n klassieke Engelse kinderrympe uit die 19de eeu het mev. Hubbard na die kas gegaan om 'n been vir haar hond te soek, maar die kas was leeg en die hond kry toe niks.¹ Baie jare later het 'n Suid-Afrikaanse mev. Hubbard se besoek aan die hoogste howe in die land meer opgelewer. Nadat 'n arbiter en 'n plaaslike afdeling van die hooggeregshof beslis het dat sy 'n uitstaande bedrag van die boukoste van haar nuwe huis aan die boukontraakteur moet

betaal, het die hoogste hof van appèl en konstitusionele hof beslis dat sy dit nie hoef te doen nie.²

Cool Ideas 1186 CC v Hubbard was die tweede beslissing van die konstitusionele hof waarin die invloed van die Grondwet op private arbitrasie ter sprake gekom het. Die hof het ook die grondwetlikheid van artikel 10(1)(b) van die Wet op Beskermingsmaatreëls vir Behuisingsverbruikers 95 van 1998 oorweeg.

Die eerste saak waarin grondwetlike aspekte van private arbitrasie behandel is, was in *Lufuno Mphaphuli and Associates (Pty) Ltd v Andrews* (2009 6 BCLR 527 (KH), 2009 4 SA 529 (KH) (vir 'n bespreking van die saak, sien Ramsden 2009:16–8; Rautenbach 2010:185–201). Die hof het in hierdie saak die hersiening van 'n arbitrasietoekenning ingevolge artikel 33(1) van die Wet op Arbitrasie 42 van 1965 oorweeg, omdat daar tydens die arbitrasie na bewering growwe prosedure-onreëlmatighede plaasgevind het. Die aansoek het in die Gauteng plaaslike afdeling, Johannesburg, die hoogste hof van appèl en die konstitusionele hof misluk, omdat die applikant nie die gronde vir sy aansoek onder enige van die gronde genoem in artikel 33(1) van die Wet op Arbitrasie 42 van 1965 kon tuisbring nie. (Die gronde ingevolge hierdie artikel vir die tersydestelling deur 'n hof van 'n arbitrasietoekenning is wangedrag, growwe onreëlmatigheid in die arbitrasieverrigtinge, die oorskryding van bevoegdhede deur die arbiter en onbehoorlikheid in die verkryging van die toekenning.) Alhoewel die uitspraak in die *Lufuno Mphaphuli*-saak nie deur die toepassing van grondwetlike bepalinge beïnvloed is nie, het die konstitusionele hof besluit om algemene riglyne oor die verband tussen die Grondwet en private arbitrasie te formuleer.

Na die bespreking van die feite en die uitspraak in die *Cool Ideas*-saak (sien par. 2 hier onder), word kortliks gekyk na die hof se interpretasie van artikel 10(1)(b) van die Wet op Beskermingsmaatreëls vir Behuisingsverbruikers (par. 3), die hof se ondersoek of die bepaling met die reg op eiendom in artikel 25(1) van die Grondwet bots (par. 4) en daarna na hoe die hof se uitspraak die riglyne oor die toepassing van die Grondwet op private arbitrasie in *Lufuno Mphaphuli* beïnvloed het (par. 5).

2. Feite

Voor die sluiting van die boukontrak was Cool Ideas nie geregistreer as huisbouer soos vereis deur artikel 10(1)(b) van die Wet op Beskermingsmaatreëls vir Behuisingsverbruikers nie. Velvori Construction, wat namens Cool Ideas die bouprojek uitgevoer het, was wel geregistreer (*Cool Ideas* parr. 5–6). Die boukoste was R2 695 600, maar mev. Hubbard was nie tevrede met die bouwerk nie. Sy het nie net geweier om die laaste betaling te doen nie, maar het ook R1,2 miljoen van Cool Ideas geëis om brouwerk reg te maak.

'n Arbitrer is ingevolge 'n arbitrasiebepaling in die boukontrak³ aangestel om die geskil oor haar eis te besleg (*Cool Ideas* par. 7). Cool Ideas het 'n teeneis vir ongeveer R550 000 ingestel vir die bedrag wat mev. Hubbard hulle nog geskuld het (*Cool Ideas* par. 8). Die arbitrer het mev. Hubbard se eis van die hand gewys en Cool Ideas het met die teeneis geslaag (*Cool Ideas* par. 10). Mev. Hubbard het geweier om te betaal en Cool Ideas het 'n aansoek ingevolge artikel 31 van die Wet op Arbitrasie 42 van 1965 aan die Gauteng provinsiale afdeling van die hooggeregshof, Pretoria gerig om die arbitrasiebevel 'n bevel van die hof te maak. Voordat hierdie aansoek gerig is, het Cool Ideas gou as huisbouer geregistreer (*Cool Ideas* par. 18.) Mev. Hubbard het beweer dat die hof nie so 'n bevel kon maak nie, aangesien Cool Ideas dan direk in stryd met die bepalings van Wet 95 van 1998 vergoeding sou ontvang (*Cool Ideas* par. 10). Cool Ideas het in Pretoria geslaag met die aansoek, maar die beslissing is in appèl deur die hoogste hof van appèl ter syde gestel en Cool Ideas het teen hierdie beslissing na die konstitusionele hof geappelleer.

3. Artikel 10(1)(b) van die Wet op Beskermingsmaatreëls vir Behuisingsverbruikers

Die eerste stap om vas te stel of 'n regsreël met die Grondwet bots, is om te bepaal wat die reël beteken. Hierdie betekenis word gebruik om vas te stel of die maatreël 'n reg in die handves van regte feitelik beperk, en indien wel, wat die aard en omvang van die beperking is.

Artikel 10(1)(b) van die wet bepaal dat niemand enige vergoeding mag ontvang (“receive any consideration”) ten opsigte van die verkoop of oprigting van 'n huis tensy daardie persoon 'n geregistreerde huisbouer is nie.

Die meerderheid van die hof beslis dat artikel 10(1)(b) van die wet beteken dat 'n bouer voor die aanvang van die bouwerk geregistreer moet wees en dat geen voorsiening gemaak word vir registrasie na die aanvang van die bouwerk nie. Die hof baseer hierdie vertolking op die duidelike taal van die bepaling, die duidelike oogmerk van die wet om behuisingsverbruikers te beskerm, op die ander bepalings van die wet, waaronder artikel 21, wat 'n misdad skeep indien registrasie nie plaasvind nie, en artikel 14A wat laat registrasie toelaat in die geval van die registrasie van spesifieke bouprojekte, maar nie in die geval van die registrasie van bouers nie (*Cool Ideas* parr. 34–38). Die gevolgtrekking van die meerderheid was dus dat “[t]he plain import of section 10(1)(b) is that regardless of how much work has been done by the unregistered home builder, no consideration is payable by the housing consumer.” In 'n minderheidsuitspraak beslis vier regters dat die artikel redelikerwys vertolk kon word om te beteken dat registrasie ook na die sluiting van die kontrak mag plaasvind en na die aanvang van die bouery mag plaasvind tot in die stadium dat die “ontvangs van enige vergoeding” ter sprake kom (*Cool Ideas* parr. 149–166). Indien die minderheid se uitleg

gevolg sou word, sou die arbiter se beslissing bekragtig kon word, want Cool Ideas het wel as bouer geregistreer voor die instel van die teeneis.

4. Die reg op eiendom

Die hof het eerstens oorweeg of artikel 10(1)(b) van die wet in stryd was met die verbod op die arbitrêre ontneming van eiendom in artikel 25(1) van die Grondwet. Artikel 25(1) bepaal dat niemand eiendom ontnem mag word nie, behalwe ingevolge 'n geldende regsvoorskrif, en dat geen regsvoorskrif arbitrêre ontneming van eiendom mag veroorloof nie.

Die hof herhaal sy gevolgtrekking in 'n vorige uitspraak in *National Credit Regulator v Opperman* 2013 2 SA 1 (KH), 2013 2 BCLR 170 (KH) par. 63 dat 'n vorderingsreg eiendom uitmaak vir doeleindes van die reg op eiendom. Verder bevind die hof dat die uitwerking van artikel 10(1)(b) inderdaad op 'n ontneming van eiendom neerkom (*Cool Ideas* par. 39). Om te bepaal of die ontneming arbitrêr is, gebruik die hof, soos in die verlede (binne die raamwerk van die hof se uiteensetting van “arbitrêr” in *FNB of SA t/a Wesbank v CIR*; *FNB of SA t/a Wesbank v Minister of Finance v Minister of Finance* 2002 4 SA 768 (KH), 2002 7 BCLR 702 (KH) par.100), elemente van proporsionaliteit wat in artikel 36(1) van die Grondwet genoem word. In die *FNB*-saak (par. 65) het die hof verkeerdelik beweer dat die toets vir “arbitrêr” nie op 'n proporsionaliteitstoets neerkom nie, maar in teenstelling hiermee huiwer die hof in die *Cool Ideas*-saak nie om na die toets vir “arbitrêr” te verwys as 'n proporsionaliteitstoets nie (*Cool Ideas* parr. 44–45). Die elemente van die toets vir “arbitrêr” word soos volg deur die hof opgesom: “In essence they entail an analysis of the means employed and the ends sought to be achieved as well as a consideration of the nature of the property and the extent of the deprivation” (*Cool Ideas* par. 41). Die hof sal hieraan aandag moet gee, want so gestel is die toets nie volledig nie. Meer volledig gestel, kom die toets vir proporsionaliteit ten opsigte van alle regte, insluitende die reg op eiendom, daarop neer dat daar 'n sekere groep faktore is wat gesamentlik swaarder moet weeg as 'n ander stel faktore. Die groep faktore wat swaarder moet weeg, is die belangrikheid van die doel van die beperking, die uitwerking op die doel indien die beperking nie gestel word nie (anders gestel, die mate waarin die beperking die doel kan bevorder), en die empiriese sekerheid waarmee die voorgaande bepaal kan word. Die groep faktore wat gesamentlik ligter as voorgaande moet weeg, sluit in die belangrikheid van die reg, die aard en omvang van die beperking en die empiriese sekerheid waarmee voorgaande bepaal kan word.⁴

Die doel van die beperking wat ingevolge artikel 36(1)(b) van die Grondwet in ag geneem moet word, is volgens die hof om behuisingsverbruikers te beskerm en dit is 'n noodsaaklike en wettige doel (parr. 34, 43). Die aard en omvang van die beperking (art. 36(1)(c)) is ingrypend; dit is nie slegs gedeeltelik en tydelik nie, maar “[i]t deprives the unregistered home builder ...

of its right to payment” (par. 42). Oor die verhouding tussen die beperking en die doel van die beperking (art. 36(1)(d)) verklaar die hof dat die ingryping so ernstig is dat daar ’n dringende doel (*compelling purpose*) daarvoor moet bestaan (par. 42) en dat die doel om die behuisingsverbruikers te beskerm, aan hierdie vereiste voldoen (par. 43). Daar bestaan volgens die hof ’n rasonale verband tussen hierdie doel en die beperking (par. 42), en vir doeleindes van die bepaling van die verhouding en die doel bevind die hof ook dat beskerming van behuisingsverbruikers ernstig aan bande gelê sou word indien die registrasie van huisbouers nie vereis word nie. Die hof verklaar (par. 44):

Moreover, it is a simple process of registration which is required. There is nothing overly complicated or onerous. ... It would suffice to reiterate [the important consequences of registration] by demonstrating the invidious position a housing consumer who has unwittingly contracted with an unregistered home builder would find herself in. There would be no safeguards under section 13, which places certain important obligations on the home builder and which also provides evidentiary aid to the housing consumer by way of the deeming provisions in section 13(2)(a). Most importantly, the housing consumer would have no recourse to the NHBRC Fund and no claim for restitution against the unregistered home builder. The deprivation effected by section 10(1)(b) is aimed at a limited target, namely those home builders who fail to register.

Die konstitusionele hof plaas in hierdie aanhaling klem op die nadeel wat spruit uit die moeite om te registreer en uit die verbod om nie met die bouery te mag aangaan nie (sien ook *Cool Ideas* par. 45), en nie soseer op die drastiese beperking van die eiendomsreg nie, soos gestel in die minderheidsuitspraak (par. 167), “that a homebuilder, despite its skill and good faith, is deprived of any claim for payment, no matter how enormous its outlay, in perpetuity”. Die doel met die drastiese ingryping (en die moontlike strafregtelike vervolging ingevolge art. 21) is duidelik, naamlik om bouers so die skrik op die lyf te jaag dat hulle die moeite doen om te registreer sodat hulle kliënte die volle beskerming wat die wet verleen, kan geniet. Die hof het egter versuim om aandag te gee aan een van die verdere elemente van die proporsionaliteitsvereiste wat genoem word in artikel 36(1)(e) van die Grondwet, naamlik dat alternatiewe, minder ingrypende maniere om hierdie doel min of meer net so effektief te bereik, oorweeg moet word (sien oor die verwysing na “min of meer net so effektief”, *S v Manamela* 2000 5 BFCL 491 (KH), 2000 3 SA 1 (KH) par. 96; *De Reuck v Director of Public Prosecutions* (WLD) 2003 12 BCLR 1333 (KH), 2004 1 SA 406 (KH) parr. 68–69, 82). Hierdie element is nie belangriker as die ander elemente nie, maar moet ingevolge die eerste gedeelte van artikel 36(1) saam met die ander oorweeg word. ’n Persoon of instansie wat regte beperk om ’n wettige doel te bereik, het wel ’n diskresie om te kies tussen verskillende maniere om die doel te bereik, maar die omvang van die diskresie hang onder andere af van die aard en omvang van die beperking. Indien die beperking nie ingrypend is nie en ’n

ligte rasonale verbandtoets daarop toegepas word, is die diskresie ten opsigte van alternatiewe baie wyd. Namate die ingryping ernstiger word, word die diskresie meer beperk. In hierdie geval was daar eenstemmigheid dat die beperking van die reg op eiendom ingevolge die meerderheid se uitleg van artikel 10(1)(b) van die wet baie ernstig was. Die hof moes nagegaan het of die doel ook op minder drastiese maniere bereik kon word, byvoorbeeld deur die strawwe vir die misdaad in artikel 21 te verhoog of om onbillikhede uit te skakel deur vir laat registrasie in verdienstelike gevalle voorsiening te maak.⁵ In *Cool Ideas* het die hof dit nie gedoen nie.

In 'n afsonderlike afdeling van die uitspraak (en dus nie as deel van die oorweging van grondwetlikheid van die ontneming van eiendom nie) bevind die hof dat selfs in soverre die ongeregisteerde bouer ingevolge artikel 10(1)(b) nie vergoeding mag ontvang nie, dit uit die oogmerke met die wet en sekere ander bepalings afgelei kan word dat die geldigheid van die onderliggende boukontrak nie deur die nieregistrasie beïnvloed is nie (*Cool Ideas* parr. 46–52).⁶ In 'n afsonderlike, instemmende uitspraak was regter Jafta van mening dat die kontrak in sy geheel (insluitende die arbitrasie-afpraak) ongeldig is (*Cool Ideas* parr. 91–118). Behalwe om daarop te wys dat die “mate” waarin nieregistrasie die geldigheid van die onderliggende kontrak raak, ook 'n aspek is wat die aard en omvang van die beperking van die reg op eiendom van die bouer kan beïnvloed, word hierdie aspek van die uitsprake nie in hierdie bespreking ontleed nie.

5. Grondwet en arbitrasie

5.1 Grondwet en arbitrasie volgens Lufuno Mphaphuli

In *Lufuno Mphaphuli* is die volgende riglyne vir die verhouding tussen die Grondwet en private arbitrasie geformuleer (hierdie opsomming volg die vroeëre uiteensetting in Rautenbach 2010:195-6; sien ook die opsomming in *Cool Ideas* par. 40):

(a) Die hof verklaar dat die reg op toegang tot die howe in artikel 34 nie direk van toepassing op private arbitrasie is nie (*Lufuno Mphaphuli* par. 200). Drie redes word vir hierdie standpunt aangevoer:

(i) Eerstens omdat die primêre oogmerk van artikel 34 volgens die hof is dat die staat howe moet instel (*Lufuno Mphaphuli* par. 200). Dit is egter 'n arbitrêre standpunt. Die plig om howe in te stel is slegs een van die oogmerke. Die ander ewe belangrike oogmerk is dat daar billike, openbare verhore moet wees wat deur onafhanklike howe en tribunale behartig moet word. Die toets of bepalings van die handves van regte op private verhoudings soos private arbitrasie toegepas kan word, is, volgens artikel 8(2) van die Grondwet, of dit prakties moontlik is om die bepalings te kan toepas met verwysing na die aard

van die reg en die aard van die pligte wat uit die reg spruit. Soos dit reeds voorheen gestel is, is die aard van die reg op billike en openbare verhoor in artikel 34 in soverre dit die optrede van voorsittende beamptes van houe en statutêre arbitrasieforums raak, prakties besonder “toepasbaar” op die optrede van private arbiters (Rautenbach 2010:201).

(ii) Tweedens omdat private arbiters volgens die hof nie onafhanklik hoef te wees nie (*Lufuno Mphaphuli* par. 205–207). In hierdie verband moet egter ’n onderskeid getref word tussen onafhanklikheid in die sin van geen verbintenis met een van die partye nie en onafhanklikheid in die sin van onbevooroordeeldheid (sien Butler en Finsen 1993:72–3). Die hof het die onderskeid nie getref nie.

(iii) Derdens omdat private arbitrasie volgens die hof nie in die openbaar plaasvind nie (*Lufuno Mphaphuli* par. 213). Daarmee het die hof uit die oog verloor dat die privaatheid van private arbitrasie nie ’n absolute beginsel is nie (Butler en Finsen 1993:21, 55; Ramsden 2009:123–4) en dat die reëlings oor sulke privaatheid nie onomstrede is nie (Holder 2008:19; Trollip 1991:11; Butler en Finsen 1993:21).

(b) Die hof verklaar dat artikel 34 indirek relevant mag wees vir die uitleg van wetgewing en die ontwikkeling van die gemenereg oor private arbitrasie, maar omdat die punt nie voor die hof beredeneer is nie, word geen finale uitspraak daarvoor gedoen nie (*Lufuno Mphaphuli* par. 215). Vir ’n uitspraak waarin die hof riglyne vir die toepassing van die handves wou stel, was dit ’n uiters terughoudende benadering wat moeilik begryp kan word, want die bepalings van die handves van regte is volgens artikel 8(1) van die Grondwet van toepassing op alle reg – nouliks iets wat spesiaal beredeneer hoef te word. Dieselfde is waar van artikel 39(2) van die Grondwet, wat bepaal dat by die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemenereg of gewoontereg, elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die handves van regte moet bevorder.

(c) Bepalings in arbitrasie-ooreenkomste kan volgens die hof in die lig van grondwetlike waardes ongeldig wees, maar omdat artikel 34 slegs indirek geld, word geen uitspraak gedoen oor die invloed van artikel 34 in hierdie verband nie (*Lufuno Mphaphuli* par. 220), behalwe om te sê dat bepalings wat voorsiening maak vir onbillike prosedures waarskynlik *contra bonos mores* sal wees (*Lufuno Mphaphuli* par. 221). Weer eens was dit ’n besonder terughoudende benadering, want die konstitusionele hof se invalshoek van keuse vir die “indirekte” gelding van die handves van regte in die privaatreg is juis dat grondwetlike waardes die privaatreg stelselmatige insypel via die algemene, onbepaalde privaatregtelike begrippe soos goeie sedes, openbare beleid of redelikheid (sien bv. *Afrox Healthcare Bpk v Strydom* 2002 6 SA 21 (HHA) par.12; *Barkhuizen v Napier* 2007 7 BCLR 691 (KH), 2007 5 SA 323 (KH) par. 65).

(d) Die hof stel dit as riglyn dat grondwetlike waardes vereis dat die gronde vir inmenging deur 'n hof met private arbitrasie in artikel 33(1) van die Wet op Arbitrasie beperkend vertolk moet word en die hof selfs op grond van so 'n beperkte uitleg nie ligtelik moet inmeng nie (*Lufuno Mphaphuli* par. 235). Die hof het nie na spesifieke grondwetlike waardes verwys nie, maar staatgemaak op regsvergelyking met die posisie in die Verenigde Koninkryk, die *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* van 1958 en die *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* van die Verenigde Volke se Kommissie vir Internasionale Handelsreg (sien oor lg. Christie 1994b:361–70; Ramsden 2009:17–22).

(e) Billike prosedure in arbitrasieverrigtinge mag nie gelykgestel word aan voorskrifte van die Eenvormige Hofreëls nie en billike inkwisitoriese prosedures mag gevolg word (*Lufuno Mphaphuli* par. 236).

Ten spyte daarvan dat die hof in *Lufuno Mphaphuli* sy konstitusionele jurisdiksie spesiaal uitgeoefen het (want die beslissing is gelewer en kon gelewer word sonder om grondwetlike bepalings toe te pas) om riglyne te stel vir die invloed van die Grondwet op private arbitrasie, is die riglyne aan die skraal kant, soos blyk uit die kwalifikasie wat telkens gestel is dat geen finale riglyn gestel word nie omdat 'n bepaalde punt nie voor die hof beredeneer is nie (sien punte (b) en (c) hier bo). Hierdie versigtigheid met die formulering van die riglyne het daarop neergekom dat die toepassing van die Grondwet op private arbitrasie volgens die hof geen verskil gemaak het aan die bestaande Suid-Afrikaanse hande-tuis-benadering wat die howe ten opsigte van private arbitrasie volg nie (sien oor die bestaande benadering Cowling 1994:308, 312, 315; Du Plessis 1981:27; en oor die spektrum van benaderings wat in die algemeen hieroor bestaan, Christie 1994a:186). In *Lufuno Mphaphuli* beklemtoon die hof dat die Grondwet so 'n benadering vereis (sien (d) hier bo en die slotopmerking in par. 6 hier onder).

Vervolgens word oorweeg hoe die *Lufuno Mphaphuli*-riglyne die uitspraak in *Cool Ideas* beïnvloed het en in watter mate die riglyne verfyn of uitgebrei is.

5.2 Die *Lufuno Mphaphuli*-riglyne en die *Cool Ideas*-saak

In sowel die meerderheids- as die minderheidsuitspraak in *Cool Ideas* word hoofsaaklik klem gelê op die riglyn in *Lufuno Mphaphuli* dat grondwetlike waardes vereis dat 'n hof nie ligtelik mag inmeng met arbitrasietoekennings nie (sien (d) in par. 5.1(d) hier bo). Terwyl die grondwetlike waarde wat ter sprake is, nie duidelik blyk uit *Lufuno Mphaphuli* nie, word dit beter geïdentifiseer in die uitsprake in *Cool Ideas*, naamlik die persoonlike outonomie van die partye tot die arbitrasie-ooreenkoms (“party autonomy”, “personal choices” en “value choices”) (parr. 126, 142).

Die meerderheid van die hof se verwysing na die *Lufuno Mphaphuli*-saak vorm deel van die hof se antwoord op die vraag of 'n hof na aanleiding van 'n

aansoek ingevolge artikel 31 van die Arbitrasiewet om 'n arbitrasietoekenning 'n bevel van die hof te maak, 'n toekenning wat strydig is met 'n duidelike statutêre bepaling mag bekragtig (*Cool Ideas* par. 54). (Die hof het deurgaans beklemtoon dat dit in hierdie geval nie gaan oor 'n aansoek vir die hersiening van 'n arbitrasiebevel ingevolge artikel 33 nie, maar oor 'n aansoek vir bekragtiging ingevolge artikel 31.) Die hof se vertrekpunt is dat 'n hof se bekragtiging van so 'n aansoek strydig sou wees met die legaliteitsbeginsel, die *rule of law* en die openbare beleid (*Cool Ideas* par. 58); en verwys na die standpunt van Butler en Finsen (1993:263) wat so lui:

The court will not enforce an award where the required action is illegal or contrary to public policy, for example where a party is required to perform an act which is illegal in terms of labour legislation or contrary to public policy.⁷

Die konstitusionele hof beskou dit egter nie as 'n absolute reël nie; daar sou gevalle kon wees waarin daarvan afgewyk kon word, en om te besluit of so 'n geval voorhande is, “[t]he force of the prohibition must be weighed against the important goals of private arbitration that this Court has recognised” (*Cool Ideas* par. 57). En dit is in verband met die “important goals of arbitration” dat die hof (in vn. 50) verwys na *Lufuno Mphaphuli* par. 235, waar verklaar is dat grondwetlike waardes minimum inmenging met arbitrasietoekennings vereis. Alhoewel die hof nie verduidelik hoe die krag van statutêre verbodinge gemeet word nie, blyk dit uit die res van die uitspraak dat die skeep van 'n misdad om die nalewing van 'n statutêre verbod te bewerkstellig, besonder swaar weeg. Moontlik sou in hierdie verband ook 'n onderskeid getref kon word tussen statutêre “verbodinge” of reëlins oor prosedure aan die een kant, en statutêre reëlins oor substantiewe reg aan die ander kant. In soverre private arbitrasie oor regsgekkille nog altyd hoofsaaklik gesien is as 'n alternatiewe manier om sekere geskkille op 'n vinniger, doelmatiger manier deur kundiges op die bepaalde terrein te laat oorweeg as deur die gewone howe, gaan dit inderdaad by uitstek oor jurisdiksie en prosedure en nie oor probleme met die substantiewe reg waarvoor in arbitrasie-ooreenkomste oplossings in die vorm van tuisgemaakte, private, alternatiewe regsreëls geskep word nie.

Die konstitusionele hof oorweeg in *Cool Ideas* vervolgens inderdaad of die arbitrasietoekenning teen die openbare beleid was en beslis dat “[g]enerally speaking party autonomy in voluntary arbitrations will not trump the principle of legality where the enforcement of the arbitral award would constitute a criminal offence, as is the case here” (*Cool Ideas* parr. 58–59). Hierdie gevolgtrekking voeg iets by tot die *Lufuno Mphaphuli*-riglyne: die riglyn van minimum inmenging beteken nie dat howe arbitrasiebevele in bevel van die hof omskep indien die arbiters regsreëls wat misdade skeep, geïgnoreer het nie (*Cool Ideas* par. 60).

Soos hier bo aangedui, is in die minderheidsuitspraak bevind dat artikel 10(1)(b) van die wet so uitgelê kan word dat bouers enige tyd voordat hulle aanspraak maak op vergoeding, mag registreer. Op hierdie manier sou die arbitrasietoekenning in *Cool Ideas* nie met die wet gebots het nie. Die minderheid het egter ook verklaar dat selfs indien die meerderheid se uitleg van artikel 10(1)(b) gevolg word, en selfs in soverre die artikel nie ongrondwetlik is nie, omdat die reg op eiendom nie aangetas word nie (*Cool Ideas par.* 124), die arbiter se beslissing billik was en dat die hof die arbitrasietoekenning op grond van daardie billikheid kon bekragtig niesteenstaande die botsing met artikel 10(1)(b) (*Cool Ideas par.* 128). Die tema van die minderheidsuitspraak is billikheid en vir hierdie benadering word op verskillende stellings in *Lufuno Mphaphuli* gesteun. So word byvoorbeeld verklaar (*Cool Ideas parr.* 125, 144) dat dit in *Lufuno Mphaphuli parr.* 220–1) gestel is dat om te bepaal of 'n bepaling in 'n arbitrasie-ooreenkoms teen die openbare beleid is, die gees, strekking en oogmerke van die Grondwet belangrik is en dat arbitrasieprosedures billik moet wees. In *Cool Ideas* het dit egter nie gegaan oor bepalings van 'n arbitrasie-ooreenkoms of oor die arbitrasieprosedures nie, maar oor die inhoud van 'n arbitrasiebeslissing. Verder het die minderheid baie klem gelê op die *Lufuno Mphaphuli*-riglyn in verband met minimum inmenging (*Cool Ideas parr.* 125, 137, 140) en is spesiaal verwys na die vryheid van keuse wat deur die partye wat arbitrasie-ooreenkomste sluit, uitgeoefen word (parr. 126, 142; sien ook Banaszak and Żukowski 2011:27).

Twee van die basiese kenmerke van private arbitrasie, naamlik dat private arbitrasie op 'n bindende kontraktuele afspraak gebaseer word en dat dit oor geskilbeslegting gaan (Du Plessis 1980:380; Ramsden 2009:5), is die brug na die ontwikkeling van riglyne oor die toepassing van die handves van regte op private arbitrasie.

Die verwysings in die *Cool Ideas*-uitsprake na private outonomie en persoonlike keuses beklemtoon die feit dat private arbitrasie plaasvind na aanleiding van bindende afsprake wat persone en instellings maak ingevolge 'n grondwetlike reg op vrye kontraksluiting. Die vraag oor hoe die Grondwet private arbitrasie beïnvloed, gaan dus oor die algemene vraag na die invloed van die Grondwet op die kontraktereg (sien vir 'n meer uitvoerige verduideliking Rautenbach 2010:198–201). Ten opsigte van arbitrasie-ooreenkomste raak dit dus die grondwetlikheid van die statutêre en gemeenregtelike reëls rakende arbitrasie-ooreenkomste, omdat die handves van regte van toepassing is op alle reg, die grondwetlikheid van die bepalings van arbitrasie-ooreenkomste (sien oor die grondwetlikheid van bepalings in versekeringskontrakte, *Barkhuizen v Napier* hier bo) en die grondwetlikheid van die optrede van die arbiters en die partye wanneer aan die ooreenkoms gevolg gegee word (sien oor die optrede van die partye in 'n kontraktuele bank-kliënt-verhouding *Bredenkamp v Standard Bank of SA Ltd* 2010 9 BCLR 892 (HHA) parr. 47–8).

Die outonomie en persoonlike vryheid waarna in die *Cool Ideas*-saak verwys is, gaan dus oor die kontraktevryheid van die persone wat 'n arbitrasie-ooreenkoms sluit (sien *Napier v Barkhuizen* 2006 9 BCLR 1011 (HHA) parr. 14–16). Alhoewel daar, soos in byna alle ander nasionale en internasionale menseregte-instrumente, geen uitdruklike reg op kontraktevryheid in die Suid-Afrikaanse handves gewaarborg word nie, is kontraktevryheid 'n onontbeerlike instrument vir die uitoefening van die meeste ander grondwetlike regte (sien i.v.m. die VSA bv. *Siegan* 1980, hfst. 10, en i.v.m. Duitsland bv. *Ruffert* 2001:288–90). Kontraktevryheid word grondwetlik gewaarborg as deel van die regte en bevoegdhede van daardie regte, byvoorbeeld eiendomsreg, die reg op vrye beroepsbeoefening (*Affordable Medicines Trust v Minister of Health of the RSA* 2005 6 BCLR (KH), 2006 3 SA 247 (KH) par. 59; *Reddy v Siemens Telecommunications (Pty) Ltd* 2007 2 SA 486 (HHA) par. 15, maar ontken deur Bhana en Pieterse 2005:879), die reg op vrye assosiasie uit hoofde waarvan gesamentlike aksies in instellings soos maatskappye bedryf word, en die regte van werkgewers en werknemers. Die feit dat die reg op kontraksluiting 'n inherente aspek is van regte wat uitdruklik gewaarborg word, beteken nie dat dit 'n laer grondwetlike status as die ander regte het nie sodat dit sonder meer moet wyk sodra 'n ander reg wat uitdruklik gewaarborg word, op die toneel verskyn nie (sien oor die posisie in die Duitse reg *Ruffert* 2001:290–1). Dit behoort tot die wese van kontraksluiting dat die partye hulle daarin verbind om in die toekoms op 'n bepaalde manier op te tree of nie op te tree nie. In soverre hierdie optrede gedrag en belange uitmaak wat binne die beskermingsveld van grondwetlike regte val, het ons te doen met kontraktuele instemming tot die beperking van daardie regte. Hiervan is die beperking van die partye se grondwetlike regte op 'n billike verhoor in artikel 34 van die Grondwet in 'n arbitrasie-ooreenkoms 'n handboekvoorbeeld. Hierdie uitoefening van die reg op kontraktevryheid is, soos enige ander reg, nie absoluut nie en kan onderworpe aan die vereistes vir die beperking van regte in die Grondwet deur alle regsreëls oor arbitrasie beperk word.

Dit wil voorkom of die gedagte in die minderheidsuitspraak ten opsigte van billikheid in arbitrasie-ooreenkomste en arbitrasiebeslissings verder strek as wat binne die raamwerk wat hier gestel word, moontlik is. Ek wil onmiddellik beklemtoon dat daarmee geen kritiek uitgespreek word op die minderheid se aanvoeling dat die hoofuitspraak van die hof nie billik teenoor *Cool Ideas* was nie. Volgens die minderheid moet partye benewens oor arbitrasie as alternatiewe prosedurele geskilbeslegtingsmeganisme, kan ooreenkoms dat die gewone substantiewe reg in soverre dit moontlik nie voldoende vir billikheid voorsiening maak nie, nie op die beslissing van hulle geskille van toepassing is nie; arbiters, en houe wat die bekragtiging van arbiterbeslissings oorweeg, moet eweneens kan weier om die gewone reg toe te pas indien dit na hulle mening nie voldoende vir substantiewe billikheidvoorsiening maak nie.⁸ Die Grondwet as die hoogste reg in die land (art. 2) laat oorgenoeg ruimte om binne die raamwerk daarvan na oplossings vir onbillikhede in die geldende regsreëls en die toepassing daarvan te soek. 'n Beter benadering met die skryf

van die minderheidsuitspraak sou moontlik kon wees om 'n sterker standpunt te stel oor die ongrondwetlikheid van die meerderheid se vertolking van artikel 10(1)(b) van die Wet op Beskermingsmaatreëls vir Behuisingsverbruikers op grond van die aantasting van eiendomsreg. In *National Credit Regulator v Opperman* is byvoorbeeld beslis dat 'n statutêre bepaling oor die verbeurdverklaring van 'n vorderingsreg omdat die onderliggende kredietooreenkoms onwettig was, ongrondwetlik was, omdat dit nie voorsiening gemaak het vir 'n diskresie om billikheidshalwe af te wyk van die bepaling nie – “[t]he failure to allow a discretion to distinguish between credit providers who intentionally exploit consumers and those who fail to register because of ignorance and lend money to a friend on an *ad hoc* basis, for example, is disproportional” (*Opperman* par. 76). In die *Cool Ideas*-uitsprake word gemeld dat Cool Ideas onseker was of hy as bouer moes registreer, omdat Velvori Construction die kontrak sou uitvoer, dat hy by die Nasionale Registrasieraad van Huisbouers navraag daarvoor gedoen het en geregistreer het toe hy meegedeel is dat dit nodig was (parr. 11, 145). Wanneer daar ongemak bestaan omdat billikheid en die outonomie van kontrakterende partye onvoldoende beslag kry in die bestaande kontrakreg en die substantiewe regsreëls oor arbitrasie, die bepalings van spesifieke arbitrasie-ooreenkomste, of die optrede van die partye en arbiters met die toepassing van die regsreëls en die ooreenkomste, behoort die eerste stap te wees om die Grondwet daarop toe te pas. Indien bevind word dat alles grondwetlik in orde is, of argumentshalwe toegegee word dat dit grondwetlik is, kan moeilik verder op die Grondwet gesteun word om die onbillikhede te beredder.

Die voordele van private arbitrasie as 'n vorm van geskilbeslegting spruit byna almal uit die mate waarin die partye ooreenkom dat afgewyk word van die gewone reëls van geskilbeslegting deur die howe – byvoorbeeld, die partye het ingevolge arbitrasie-ooreenkomste beheer oor die aanwysing van voorsittende beamptes; die proses is privaat en vertroulik; die proses is minder formeel en behoudens sekere statutêre en gemeenregtelike voorbehoude kan 'n hoër beroep op die howe beperk word (sien Cowling 1994:306; Du Plessis 1981:25–6; Klima 2011:152; Knigge 2012:201; Ramsden 2009:6; Schwab en Walter 2005:13–4; Werner 2009:116). Hierdie afwykings behels dikwels uitdruklike of (meestal) stilswyende instemming in die arbitrasie-ooreenkoms dat van die sivielprosesregtelike waarborge in artikel 34 prysgegee word. Hoewel daar oor die grondwetlikheid van arbitrasie as regsverskynsel blykbaar nêrens twyfel bestaan nie (sien Klima 2011:152), word grondwetlike regte deur arbitrasie-ooreenkomste beperk en die afspraak hieroor moet benewens aan alle gewone regsreëls oor kontraksluiting in beginsel ook voldoen aan die grondwetlike vereistes vir die beperking van regte. Omdat dit oor kontraktuele uitsluiting en beperking van die regte gaan, sal die toepassing van die reëls oor die beperking van regte ook aansluiting vind by die gemeenregtelike verbod op kontrakte teen die goeie sedes of openbare beleid. Die beperking van regte deur die uitoefening van die reg op kontrakteervryheid is dus die ruimte waarin riglyne vir die invloed van die

Grondwet op private arbitrasie ontwikkel moet word. Die konstitusionele hof hanteer hierdie ontwikkeling nog nie na wense nie.

6. Slot

Op 'n praktiese vlak het die *Lufuno Mphaphuli*- en die *Cool Ideas*-saak oor die toepassing van die Grondwet op private arbitrasie nie veel konkrete riglyne opgelewer nie. In *Lufuno Mphaphuli* is verklaar dat arbitrasie-ooreenkomste waarin ooreengekom word om onbillike prosedures te volg, waarskynlik *contra bonos mores* sal wees. In *Cool Ideas* het dit gegaan oor die inhoud van arbitrasietoekennings en die hof het beslis dat die verontagsaming deur 'n arbiter van 'n statutêre voorskrif wat 'n misdaad skep, nie toelaatbaar is bloot omdat die arbiter en die hof wat die arbiter se beslissing vir bekragtiging oorweeg, dink dit is billik om die statutêre voorskrif te verontagsaam nie. Hierdie grond moet nou gevoeg word by die lys van oorwegings wat die hof in ag neem vir besluite oor die bekragtiging van arbitrasietoekennings ingevolge artikel 31 van die Arbitrasiewet (sien Christie 1994c:562–3; Jacobs 1977:135–6). In hierdie verband weeg die legaliteitsbeginsel as aspek van die openbare beleid en van die *rule of law* as 'n grondwetlike waarde in artikel 1 van die Grondwet, swaarder as die reg op kontraksluiting van die partye en die bevoegdheid wat arbiters aan die ooreenkoms mag ontleen.

Alhoewel arbitrasie by uitstek 'n beproefde metode vir alternatiewe geskilbeslegting is in gevalle waarin gespesialiseerde nieregskennis en soms ook gespesialiseerde regs-kennis ter sprake is, word dit toenemend ook gebruik as alternatief om “gewone” verhore in stelsels met ernstige stelselgebreke te vermy (Schütze 2006:25). Die behoefte van litigante aan billike verhore in alternatiewe prosesse wat op kontraksluiting gebaseer word, is egter dieselfde as in konvensionele geskilbeslegting deur die hof, en aan daardie behoefte word voldoen in artikel 34 van die Grondwet. Namate private arbitrasie as alternatief vir 'n gebrekkige hofstelsel in siviele sake as “die oplossing” beskou word, word die belang daarvan al groter dat die konsensuele grondslag van private arbitrasie nie die grondwetlike beskerming ingevolge artikel 34 in surrogaatprosesse onnodig mag verdring nie. Nog minder aanvaarbaar sou wees dat private arbitrasie as geskilbeslegtingsmeganisme gebruik word om billikheidsprobleme met die substantiewe regsreëls te probeer oplos. Wetwysiging en die ontwikkeling van die gemenerereg en gewoontereg aan die hand van die Grondwet moet daarvoor gebruik word.

Bibliografie

- Alexy, R. 1986. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Banaszak, B. en L. Żukowski. 2011. Regulatory framework and characteristics of arbitration judicature in Poland. *Czech & Central European Yearbook of Arbitration*, I.2011:23–45.
- Bělohávek, A.J. en N. Rosehnalová. 2011. The relationship between constitutional values, human rights and arbitration – resolution of the Appeals Court of Veliko Tarnovo No. 162, Civilian Reg. No. 335/2008, of 23 June 2008 (F.R.EAD vs. A.i.EOOD). *Czech & Central European Yearbook of Arbitration*, I.2011:262–3.
- Bhana, D. en M. Pieterse. 2005. Towards a reconciliation of contract law and constitutional values: *Brisley* and *Afrox* revisited. *South African Law Journal*, 122(4):865–95.
- Butler, D. en E. Finsen. 1993. *Arbitration in South Africa – Law and practice*. Cape Town: Juta.
- Christie, R.H. 1994a. Arbitration: Party autonomy or crucial intervention: The historical background. *South African Law Journal*, 111(1):143–51.
- . 1994b. Arbitration: Party autonomy or crucial intervention II: International commercial arbitrations. *South African Law Journal*, 111(2):360–72.
- . 1994c. Arbitration: Party autonomy or crucial intervention III: Domestic arbitrations. *South African Law Journal*, 111(3):552–68.
- Cowling, M.G. 1994. Finality in Arbitration. *South African Law Journal*, 111(2):306–15.
- Du Plessis, P. 1981. Arbitration – new approach (conclusion). *De Jure*, 1981:25–38.
- Dupuy, P.M., F. Francioni en E.U. Petersmann (reds.). 2009. *Human rights in international investment law and arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Holder, D.M. 2008. *Vertraulichkeit im Schiedsverfahren nach deutschem Recht*. Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Jacobs, M. 1977. *The law of arbitration in South Africa*. Cape Town: Juta.

Klíma, K. 2011. Constitutional environment and the phenomenon of arbitration. *Czech & Central European Yearbook of Arbitration*, I.2011:147–60.

Knigge, M.W. 2012. *De procesovereenkomst – Over de vrijheid van partijen het civiele process vorm te geven*. Deventer: Kluwer.

Meijer, G.J. 2011. *Overeenkomst tot arbitrage*. Deventer: Kluwer.

Ramsden, P. 2009. *The law of arbitration – South African and international arbitration*. Cape Town: Juta.

Rautenbach, I.M. 2009. Constitution and contract – exploring “the possibility that certain rights may apply directly to contractual terms or the common law that underlies them”. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 4:613–37.

—. 2010. Private arbitrasie en die handves van regte. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 1:185–201.

Ruffert, M. 2001. *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Schütze, R.A. 2006. *Ausgewählte Probleme des deutschen und internationalen Schiedsverfahrensrechts*. Köln: Heymanns.

Schwab, K.H. en G. Walter. 2005. *Schiedsgerichtsbarkeit*. München: C.H. Beck.

Siegan, B.H. 1980. *Economic liberties and the Constitution*. Chicago: University of Chicago Press.

Trollip, A.T. 1991. *Alternative dispute resolution in a contemporary South African context*. Durban: Butterworths.

Werner, J. 2009. Limits of commercial investor-state arbitration: the need for appellate review. In Dupuy, Francioni en Petersmann (reds.) 2009.

Eindnotas

‡ Old Mother Hubbard
Went to the cupboard,
To give the poor dog a bone;
When she came there,
The cupboard was bare,
And so the poor dog had none.

http://en.wikipedia.org/wiki/Old_Mother_Hubbard (laas geraadpleeg 16 Junie 2014).

² Die tweede laaste vers van die Engelse rympie is meer van toepassing op die afloop van die Suid-Afrikaanse gebeure:

Die mevrou maak 'n knieknik,
Die hond maak 'n buiging;
Die mevrou sê: U dienaar;
Die hond sê: Woef-woef.

Eie vertaling van:

The Dame made a curtsy,
the dog made a bow;
The Dame said, Your servant;
The dog said, Bow-wow.

³ Die arbitrasiebepaling het o.a. gelui: “The arbitration will be held in terms of the Arbitration Act 42 of 1965. The arbitrator’s award shall be final and binding. There shall be no appeal against the arbitrator’s award.”

⁴ Hierdie beskrywing van proporsionaliteit is breedweg gebaseer op die gerekende proporsionaliteitsformule van Robert Alexy (1986) waarmee die faktore in art. 36(1) van die Suid-Afrikaans Grondwet in 'n groot mate oorvleuel).

⁵ Sien die *Opperman*-saak par. 76, en in die algemeen oor die verhouding tussen art. 36(1)(e) en die ander faktore wat in art. 36(1)(a) tot (d) genoem word, *S v Manamela* par. 36; *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope* 2002 3 BCLR 231 (KH), 2002 2 SA 794 (KH) par. 94; *Christian Education SA v Minister of Education* 2000 10 BCLR 1051 (KH), 2000 4 SA 757 (KH) par. 50; *Brink v Kitshoff NO* 1996 6 BCLR 752 (KH), 1996 4 SA 197 (KH) par. 49; *S v Williams* 1995 7 BCLR 861 (KH), 1995 3 SA 632 (KH) parr. 67, 75.

⁶ Gesag hiervoor kan ook in ander stelsels gevind word. Meijer (2011:831) verwys daarna dat “de arbitrageooreenkomst niet ongeldig word geacht op de enkele grond dat de hoofoverkomst nietig is.” Bělohávek en Rosehnalová (2011:263) verklaar: “The validity of an arbitration agreement as well as the conditions for its validity are examined independently from the validity of the main contract. An arbitration court must examine the validity of an arbitration agreement before deciding to discontinue proceedings due to a lack of jurisdiction.”

⁷ Sien ook Jacobs (1977:133) waar verwys word na die geldigheid (“validity”) van die arbitrasie-toekenning. Ramsden (2009:188) verklaar egter dat “[t]here

is no authority for the proposition that s 31(1) of the Arbitration Act confers a discretion on the court to refuse an application for enforcement if it finds the award to be wrong ... [i]t does not include a verification of the proper application of the norms of substantive or procedural law.” Die vraag of “wangedrag/misconduct” as ’n grond vir die hersiening van ’n arbitrasietoekenning ingevolge art. 33 regsdwaling deur die arbiter insluit (sien Cowling 1994:308-12; Ramsden 2009:201-2; Butler en Finsen 1993: 252), is waarskynlik nie hier relevant nie, omdat die hof in *Cool Ideas* ’n aansoek vir die bekragtiging ingevolge art. 31 oorweeg het.

⁸ Sien Butler en Finsen (1993:253–4) se bespreking van die voor- en nadele van bepalinge waarvolgens die arbiter as sg. *amiable compositeur* onbillike bepalinge in die arbitrasie-ooreenkoms kan aanpas en waarvoor uitdruklik in sommige ander stelsels voorsiening gemaak word.