

VRYSTAATSE HOË HOF, BLOEMFONTEIN
REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA

Saak nommer. : 4840/2005

In die saak tussen:

HESTER JOHANNA CATHARINA
DU PLESSIS N.O.

1st Applikant

ROELOF DAVEL DU PLESSIS N.O.

(in hul hoedanigheid van kurators in die
insolvente boedel van NOITE DIA TRUST)

2de Applikant

en

PONTY HAUPT ACKER

1ste Respondent

en

Verskeie ander respondente waarvan die name
verskyn op bylae “A” tot die applikante se
funderende eedsverklaring

UITSPRAAK:

HANCKE, R

AANGEHOOR OP:

24 JUNIE 2010

GELEWER OP:

1 JULIE 2010

- [1] Die applikante in hierdie aansoek, synde die kurator in die insolvente boedel van Noite Dia Trust (“die Trust”), het aanvanklik aansoek gedoen om ‘n verklarende bevel dat die Trust gedurende sy totale bestaan insolvent was en dat alle ooreenkomste aangegaan tussen die Trust en die

respondente, ingevolge waarvan geld oorbetaal is, onwettig en nietig is weens oortreding van artikel 11 van die Bankwet no 94 van 1990, alternatiewelik die Wet op Verbruikersake (Onbillike Sakepraktyke) Wet nr 71 van 1988.

- [2] In dieselfde kennisgewing van mosie word versoek dat gelas word dat alle betalings wat as wins en rente aan respondente gemaak was, 'n vervreemding sonder teenwaarde was op 'n stadium toe die Trust se laste die bates oorskry het en dat respondente gelas word om die bedrae wat hulle as wins en/of rente ontvang het, soos uiteengesit in 'n bylae tot die kennisgewing van mosie, terug te betaal.
- [3] Verskeie tussentydse aansoeke het toe gevolg, waarvan die een op 18 Februarie 2010 van belang is, toe Molemela, R die applikante se aansoek om wysiging van die kennisgewing van mosie en haar aansoek om toelating van verdere getuienis in die huidige aansoek toegestaan het. Daarna, op 26 Maart 2010 het die applikante haar aanvullende funderende eedsverklaring geliasseer, waarop

respondente geantwoord het op 8 April 2010 en waarna applikante se repliserende eedsverklaring geliasseer is op 23 April 2010.

[4] In die gewysigde kennisgewing van mosie vra die applikante tans vir 'n bevel dat:

1. die beleggingskema deur die Trust bedryf as 'n skadelike sakepraktyk verklaar word; en
2. verklaar word dat die Trust die bepalinge van die Bankwet betree het en gevolglik
3. alle ooreenkomste wat vir beleggingdoeleindes met die Trust gesluit is *ab initio* nietig is en
4. sekere geskilpunte tussen die applikant en respondente ingevolge hofreël 6(5)(g) vir die aanhoor van mondelinge getuienis verwys word.

[5] Gevolglik sal gehandel word met elkeen van die besware/verwere wat tans deur die respondente geopper is.

BETEKENING

- [6] Op 10 November 2005 het Wright, R gelas dat die betekening van die onderhawige aansoek by wyse van vervangde betekening kan geskied deur een publikasie in Volksblad, een in Rapport en een in Sunday Times. Gemelde bevel is toegestaan skynbaar op 'n onbestrede basis sonder dat dit deur enige party opponeer is. Finansiële oorweging, asook gerief, het hier 'n rol gespeel: dit blyk uit die stukke dat daar 320 beleggers is en dat afskrifte van elke aansoek sowat R18 800,00 sou beloop dit wil sê 'n totale bedrag van meer as R6 miljoen.
- [7] Volgens die eedsverklaring van respondent Milton, wat 'n praktiserende prokureur is, het sy met talle beleggers in aanraking gekom as gevolg waarvan 71 beleggers 'n kennisgewing van verdediging liasseer het. In die funderende eedsverklaring blyk dit dat daar uiteindelik 78 respondente is wat wel opponeer het. Alhoewel daar meriete is in Mnr Danzfuss se argument wat die effektiwiteit van die betekening bevraagteken¹ blyk dit dat daar tog substansiële reaksie was aan die kant van die beleggers en is dit na my mening nie 'n gepaste geval om nou in te

¹ Ex Party Optimal Property Solutions CC 2003 (2) SA 136 (K) te 140 para [10], 141 para [12], 142 para [15]; Ex Party Glenrand (Pty) Ltd 1983 (3) SA 203 (W) te 206 H – 207 A.

meng, of om kritiek uit te spreek, ten opsigte van die bevel wat verleen is wat vervangende betekening gemagtig het nie.

ONTOELAATBARE GETUIENIS

[8] Namens die respondente is betoog dat die applikante se totale saak gebasseer is op ontoelaatbare getuienis.

Eerstens omdat beide die eerste funderende en tweede aanvullende funderende beëdigde verklarings gebaseer is op hoorsêgetuienis; tweedens, dat die opinie van beide die applikante en Me York se forensiese verslag insgelyks op hoorsêgetuienis gebasseer is en dus ontoelaatbaar is.

[9] Wat hoorsêgetuienis in die algemeen betref, is dit van belang om te let op die bepalings van artikel 3 van die Wysigingswet op die Bewysreg, Wet nr 45 van 1988 wat soos volg lui:

“(1) Behoudens die bepalings van enige ander Wet word hoorsêgetuienis nie by strafregtelike of siviele verrigtinge as getuienis toegelaat nie, tensy, -

- (a) elke partye teen wie die getuienis aangevoer staan te word tot die toelating daarvan as getuienis by die verrigtinge toestem;
 - (b) die persoon van wie se geloofwaardigheid die getuienis van daardie getuienis afhang self by daardie verrigtinge getuienis aflê; of
 - (c) die hof, met inagneming van -
 - (i) die aard van die verrigtinge;
 - (ii) die aard van die getuienis;
 - (iii) die doel waarvoor die getuienis aangebied word;
 - (iv) die getuieniswaarde van die getuienis;
 - (v) die rede waarom die getuienis nie afgelê word deur die persoon van wie se geloofwaardigheid die getuienis waarde van daardie getuienis afhang nie;
 - (vi) enige benadeling wat die toelating van daardie getuienis vir 'n party mag inhou; en
 - (vii) enige faktor wat na die hof se oordeel in aanmerking geneem behoort te word;
- van oordeel is dat daardie getuienis in die belang van geregtigheid toegelaat behoort te word.

HOORSÊ

[10] Hoorsê word in artikel 3(4) van gemelde Wet gedefinieer as
getuienis (hetsy mondeling of skriftelik)

“waarvan die getuieniswaarde afhang van die geloofwaardigheid van iemand anders as die persoon wat daardie getuienis aflê.”

[11] Dit is duidelik dat die eertydse gemeenregtelike toelaatbaarheidsvereistes ten aansien van hoorsêgetuienis “aansienlik soepeler gemaak” is deur die aanname van artikel 3(1) van gemelde Wet.²

[12] Artikel 3(1)(c) van gemelde Wet beklee ‘n hof met ‘n diskresie om hoorsêgetuienis toe te laat indien dit van oordeel is dat dit in belang van geregtigheid toegelaat behoort te word. Hierdie diskresie moet judisieel uitgeoefen word.³

[13] Dit blyk uit die aansoek dat die applikante en die forensiese ondersoekspan hulle gevolgtrekkings gebasseer het onder andere op grond van die volgende bronne:

1. Die finansiële state van die Trust;
2. Brondokumente wat in die Trust beskikbaar was, insluitende kontrakte en ander dokumente wat gebruik

² Schmidt, “Bewysreg”, 4de Uitgawe, bl 475 en verder.

³ Metedad v National Employers General Insurance Company Limited 1992 (1) SA 494 (W) te 498l – J.

is in die loop van die besigheid van die Trust, wat ook berekking het op die neem van beleggings en die terugbetaling van geld aan beleggers;

3. Eise wat deur beleggers by die Meester ingedien is om teen die insolvente boedel bewys te word.
4. Onderhoude met onder andere die trustees Heckroodt en Greeff sowel as met die kurators en die advokaat wat die insolvensie – ondervraging gehou het.
5. Die bywoon van die insolvensie – ondervraging asook die bestudering van hierdie getuienis.⁴

[14] Dit is egter van belang om daarop te let dat die forensiese ondersoekspan uiteraard ook op kontemporêre dokumentasie gesteun het welke dokumentasie geskep is deur die eertydse trustees van die Trust wat voldoende betroubaarheidswaarborges daarstel.⁵ Verder was hierdie dokumentasie ter insae beskikbaar vir die respondente en hul regsverteenwoordigers.

⁴ Lornadawn Investments (Pty) Ltd v Minister van Landbou 1977 (3) SA 618 (T) te 626 E – F.

⁵ Staat v Mpofu 1993 (2) SASV 109 (N) te 116i: “If the evidence sought to be led carries the hallmark of truthfulness and reliability then its reception is doubtless justified.” Sien ook S v Ramavhale 1996 (1) SASV 639(A); Hewan v Kourie NO 1993 (3) SA 233 (T) te 238.

[15] Daar is gewigtige oorwegings waarom die hoorsêgetuienis in die huidige saak toegelaat behoort te word in die belang van geregtigheid.⁶

[16] 'n Belangrike faktor wat in ag geneem moet word is dat die applikant noodwendigerwys daarop aangewese was om, weens die aard van haar verpligtinge en die beperkinge waarmee sy in die huidige saak gekonfronteer word, te moet steun op die kontemporêre notas en dokumentasie wat deur die trustees van die Trust geskep en bewaar is.⁷ Anders gestel, 'n kurator het gewoonweg nie 'n keuse om by die ondersoek van die Trust se sake na sekwestrasie, hoofsaaklik op sogenaamde "hoorsêgetuienis" te steun nie.

[17] Wat die getuieniswaarde van die getuienis betref, (artikel 3(1)(c)(v) van gemelde Wet) bevat dit sekere betroubaarheidswaarborges in die sin dat die applikante en die forensiese ondersoekspan steun op dokumentêre getuienis deur die trustees van die Trust gegenereer, met 'n kontemporêre karakter en is dit ook met ander dokumentêre getuienis vergelyk en geverifieer.

⁶ Metedad v National Employers General Insurance Company Limited *supra* te 498i.

⁷ Artikel 3(1)(c)(vii) van Wet 45 van 1988.

[18] Verder is dit prakties onmoontlik om elke feit vermeld in die forensiese verslae en die applikant se bewerings in haar funderende verklarings anders te bewys as deur te steun op dokumente wat deur die Trust se trustees daargestel is. Dit blyk ook dat alle dokumente waarop die applikant steun ter insae aan die respondente aangebied, en deur hulle prokureur gekopiëer is.

[19] Die doel van gemelde Wet is:

“To allow the admission of hearsay evidence in circumstances that justice dictates its reception.”⁸

Anders gestel, is die doel van hierdie wetgewing:

“... to permit hearsay evidence in certain circumstances where the application of rigid and somewhat archaic principles might frustrate the interest of justice. The exclusion of the hearsay statement of an otherwise reliable person whose testimony cannot be obtained might be a far greater injustice than any uncertainty which may result from its admission ...

⁸ Navsa, A.R. in *Makhatini v Road Accident Fund* 2002 (1) SA 511 (HHA) te 521 I – J.

There is no principle to be extracted from the Act that it is to be applied only sparingly. On the contrary, the court is bound to apply it when so required by the interests of justice.”⁹

[20] Ten opsigte van die insolvensie-ondervraging wat in ag geneem is deur die betrokke deskundiges, is dit ook van belang om daarop te let dat sodanige getuienis nie sondermeer ontoelaatbaar is nie, maar moet dit in sy volle totaliteit oorweeg word, met betrekking tot die vraag watter gewig daaraan geheg moet word. ‘n Hof is nie verplig om gelyke waardes aan elke deel van die verklaring wat gemaak is te gee nie. Die oortuigingskrag van elke gedeelte daarvan, gemeet aan geloofwaardigheid, moet teenoor mekaar opgeweeg word en moet aan die gedeelte wat die verklaarder begunstig soveel gewig geheg word as wat die hof oordeel dit verdien.¹⁰

[21] Dit volg dus dat die deskundiges se menings in hierdie aansoek, al sou dit in sekere gevalle daarop neerkom dat hulle op sogenaamde hoorsêgetuienis gesteun het, wel toelaatbaar is.

⁹ Van Schalkwyk R in **Metedad v National Employers General Insurance Company Limited** *supra* te 498I - 499G.

¹⁰ Hattingh, R in **Du Plessis NO v Oosthuizen en Andere**, 1995 (3) SA 604 (O) te 620c – e.

[22] Wat hulle deskundigheid betref: die applikante, het uitgebreide ondervinding in die bereddering van insolvente boedels van individue, trusts, beslote korporasies en maatskappye. Die forensiese onderzoeker Me York is sedert 2001 voltyds betrokke by forensiese ondersoeke en – oudit van verskeie privaat instansies en ondersoeke na Staatsdepartemente. Sy beskik ook oor voldoende akademiese kwalifikasies en lidmaatskap van professionele liggame, om as ‘n deskundige te kwalifiseer.¹¹

[23] Wat hulle opinies betref, mag hulle dit lug, maar is dit in die finale instansie vir die Hof om te besluit of die deskundige se opinie korrek is, al dan nie.¹² Om die redes hierinlater na verwys, het ek nie rede om hulle gevolgtrekking, naamlik dat die Trust ‘n onwettige skema was, in twyfel te trek nie.

REPLISERENDE VERKLARING

[24] Ten opsigte van die applikante se repliserende eedsverklaring, het die respondente aangevoer dat die

¹¹ Schmidt, a.w. p. 465.

¹² Reckitt & Colman SA (Pty) Ltd v S C Johnson & Sons SA (Pty) Ltd 1993 (2) SA 307 (A) te 315 D – F.

applikante nie geregtig was om sy saak aan te vul met bewys van ondersteunende feite in die repliserende verklaring nie en dat die applikante nie geregtig was om vir die eerste keer in repliek 'n saak uit te maak nie.¹³

[25] Mnr Danzfuss het in hierdie verband gesteun op die uitspraak van **Schutz, A.R.** in **MINISTER OF ENVIRONMENTAL AFFAIRS AND TOURISM AND OTHERS v PHAMBILI FISHERIES (PTY) LTD; MINISTER OF ENVIRONMENTAL AFFAIRS AND TOURISM AND OTHERS v BATO STAR FISHING (PTY) LTD** 2003 (6) SA 407 (HHA), waar hy in par [80] die volgende verklaar:

“But in practice it is very often by far the longest - and the most valueless. It was so in these reviews. The respondents, who were the applicants below, filed replying affidavits of inordinate length. Being forced to wade through their almost endless repetition when the pleading of the case is all but over brings about irritation, not persuasion. It is time that the Courts declare war on unnecessarily prolix replying affidavits and upon those who inflate them.”

¹³

POSEIDON SHIPS AGENCIES (PTY) LTD v AFRICAN COALING AND EXPORTING CO (DURBAN) (PTY) LTD AND ANOTHER 1980 (1) SA 313 (D) te 316 A.

[26] In **VAN ZYL AND OTHERS v GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA AND OTHERS** 2008 (3)

SA 294 (HHA) verwys Harms, WAP met goedkeuring na laasgenoemde beslissing en verwys hy na die toepassing van 'n sanksie van deurhaling van die repliserende eedsverklaring as 'n geheel of om 'n bestraffende kostebevel te maak. Teenoor paragraaf [46] verklaar hy egter die volgende:

“[46]... I shall nevertheless have regard to the reply to the extent that it contains relevant and admissible material that impacts on the merits of the case.”

[27] In die Van Zyl-saak het die repliserende eedsverklaring 550 bladsye beloop tesame met aanhangsels van 1700 bladsye, 'n totaal van 2250. In die huidige saak beloop die repliserende eedsverklaring 75 bladsye terwyl die aanhangsels 1167 beloop 'n totaal dus van 1851. Die dokumentasie was vooraf aan die respondente beskikbaar gestel, terwyl 'n groot persentasie van die aanhangsels bankstate en derglike dokumente is wat nie werklik die saak verder voer nie.

[28] Daar blyk egter 'n ontwikkeling te wees om in hierdie verband meer toeskietlik te wees in die afwesigheid van nadeel en as geregtigheid dit vereis.¹⁴ Dit is egter belangrik om elke saak volgens sy eie meriete te beoordeel.

[29] Na my mening is dit gepas in die huidige omstandighede om nie die repliserende eedsverklaring te skrap nie, maar om ag te slaan op die gedeeltes wat tersaaklike en toelaatbare materiaal bevat wat 'n impak het op die meriete van die aangeleentheid.¹⁵

IS DAAR 'N FEITE-DISPUUT DIE STUKKE EN INDIEN WEL WAS DIT VOORSIENBAAR

[30] Mnr Danzfuss het namens die respondente aangevoer dat blykens die notule van die insolvensie ondervraging wat 20 bundels getuienis bevat, daar ernstige feite dispute tussen die partye bestaan en dat die aansoek om hierdie rede alleen van die hand gewys moet word met koste.

¹⁴ "The modern tendency, however, seems to be to permit greater flexibility, at least in the absence of prejudice. The Law of South Africa (Second Edition Vol 3 Part 1 par 139 en gesag na verwys, behalwe dat Strauss-saak se korrekte verwysing [1998] 4 All SA 614 (K) is.

¹⁵ Van Zyl – saak (*supra*) te par [46].

[31] Dit is geykte reg dat applikante slegs geregtig is op regshulp

“....if the facts as stated by the respondent together with the admitted facts in the applicant’s affidavit justifies such an order ... Where it is clear that facts, though not formally admitted cannot be denied, they must be regarded as admitted.”¹⁶

[32] Selfs al sou daar ‘n feite dispuut ontstaan is die vraag steeds

of die applikante geregtig is op regsverligting inaggenome die feite wat nie in geskil is omdat die inherente geloofwaardigheid van die feite bewerings in die waarskynlikhede van die saak. In **PLASCON-EVANS PAINTS v VAN RIEBEECK PAINTS** 1984 (3) SA 623 (A) verklaar Corbett, AR op 634 H – 635 C onder andere die volgende verklaar:

“It is correct that, where in proceedings on notice of motion disputes of fact have arisen on the affidavits, a final order, whether it be an interdict or some other form of relief, may be granted if those facts averred in the applicant's affidavits which have been admitted by the respondent, together with the facts alleged by the respondent, justify such an order.

¹⁶ Stellenbosch Farmers' Winery Ltd v Stellenvale Winery (Pty) Ltd 1957 (4) SA 234 (K) te 235E – G.

The power of the Court to give such final relief on the papers before it is, however, not confined to such a situation. In certain instances the denial by respondent of a fact alleged by the applicant may not be such as to raise a real, genuine or bona fide dispute of fact ... and the Court is satisfied as to the inherent credibility of the applicant's factual averment, it may proceed on the basis of the correctness thereof and include this fact among those upon which it determines whether the applicant is entitled to the final relief which he seeks...”

- [33] Dit is belangrik om te bepaal of daar ‘n werklike (“real or genuine”) dispuut bestaan.

“For my purpose it is enough to say that in motion proceedings, as a general rule, decisions of fact cannot properly be founded on a consideration of the probabilities, unless the Court is satisfied that there is no real and genuine dispute on the facts in question, or that the one party's allegations are so far-fetched or clearly untenable as to warrant their rejection merely on the papers, or that viva voce evidence would not disturb the balance of probabilities appearing from the affidavits. This rule, which is trite, applies to instances of disputes of fact (see eg *Sewmungal and Another NNO v Regent Cinema* 1977 (1) SA 814 (N) at 818G

- 821G and the authorities discussed there) and also in cases where an applicant seeks to obtain final relief on the basis of the undisputed facts together with the facts contained in the respondent's affidavits ...”¹⁷

[34] ‘n Hof moet ook nie huiwer om so beslissing te maak al sou dit in die omstandighede moeilik wees om so te doen nie.

“It is necessary to make robust, commonsense approach to a dispute on motion as otherwise the effective functioning of the Court can be hamstrung and circumvented by the most simple and blatant stratagem. The Court must not hesitate to decide an issue of fact on affidavit merely because it may be difficult to do so. Justice can be defeated or seriously repeated and delayed by an over fastidious approach to a dispute raised in affidavits.”¹⁸

[35] Die uiteindelijke vraag is of die applikante, inaggenome die voorgaande oorwegings, voldoende objektiewe feite aangevoer het wat die afleiding regverdig dat alle ooreenkomste wat vir beleggingsdoeleindes met die Trust gesluit is *ab initio* nietig is hetsy as gevolg van die feit dat

¹⁷ Administrator, Transvaal & Other v Theletsane & Other 1991 (2) SA 192 (A) te 196 G – 197C.

¹⁸ Soffiantini v Mould 1956 (4) SA 150 (OK) te 154G - H.

die beleggingskema wat deur die Trust bedryf is 'n skadelike of onbillike sakepraktyk is of strydig met die Bankwet opgetree het. Die *bewyslas* in hierdie verband is op 'n oorwig van waarskynlikhede, en waar daar gesteun word op omstandigheidsgetuienis die vraag of dit die mees voor-die-handliggende afleiding in die omstandighede regverdig.¹⁹

DIE AARD EN OMVANG VAN DIE AKTIWITEITE VAN NOITE DIA TRUST

[36] Daar is vier skemas of fases van aktiwiteite van die Trust en/of sy trustees van belang: Eerstens 'n aanvanklike belegging namens die beleggers in die vorm van toonderwissels ("Bearer Bonds") deur middel van PLJ Finansiële Dienste. Vanaf Augustus 1989 tot Maart 1999 is ses toonderwissels (heeltemal wettiglik) aangekoop. In die tussentyd is die Trust opgerig en wel gedurende Februarie 1999. Gedurende Augustus 1999 is PLJ Finansiële Dienste opdrag gegee om alle toonderwissels te verkoop

¹⁹

In *AA Onderlinge Assuransie-Assosiasie Bpk v De Beer* 1982 (2) SA 603 (A) verklaar Viljoen A.R. die volgende op 614H: "Dit is, na my oordeel, nie nodig dat 'n eiser wat hom op omstandigheidsgetuienis in 'n siviele saak beroep, moet bewys dat die afleiding wat hy die Hof vra om te maak die enigste redelike afleiding moet wees nie. Hy sal die bewyslas wat op hom rus kwyf indien hy die Hof kan oortuig dat die afleiding wat hy voorstaan die mees voor-die-hand-liggende en aanvaarbare afleiding is van 'n aantal moontlike afleidings." Vergelyk ook **GOVAN v SKIDMORE** 1952 (1) SA 732 (N) te 734 C – D.

en die fondse in die rekening van 'n prokureursfirma Van Staden & De Beer of in die Trust te deponeer. Beleggers is meegedeel dat die belegging in toonderwissels tot 'n einde gekom het en dat die volgende beleggingsgeleentheid nou beskikbaar is.

[37] By die volgende fase is 'n rekening by Nedbank, Montana-tak geopen alwaar elke belegging 'n looptyd van 12 maande gehad het tussen die tydperk Oktober 2000 tot November 2000. Gedurende Julie 2000 het die Suid-Afrikaanse Reserwebank egter instruksies gegee dat die rekeninge wat deur middel van Van Staden en De Beer geopen is, geblokkeer word ingevolge Valuta beheerregulasies. Later egter is die fondse vrygestel ten gunste van die betrokke rekeninghouer. Beleggers is in kennis gestel dat die Nedbank transaksie suksesvol afgeloop het.

[38] Daarna het die volgende en derde beleggingsgeleentheid ontstaan. Die verskil tussen die vorige en die laaste skema was dat geen Suid-Afrikaanse komponent ten opsigte van die beleggingsgeleentheid bestaan het nie, en dat geen

wettige beleggingsinstrument gebruik was om enige internasionale belegging te verkry nie. Hierdie fase het nie gerealiseer in enige beleggingsopbrengs nie. Alle beleggers is egter in kennis gestel dat die program “baie suksesvol” was. Vierdens, die finale beleggingstransaksie naamlik die sogenaamde “Grande Finale” waar fondse in goud belê sou word, wat toe nooit gebeur het nie.

- [39] Dit is van belang om daarop te let dat gedurende die tydperk Januarie 1999 tot Augustus 1999 R4 766 100,00 gedeponeer is in die Trust se bankrekening waarvan R4 325017,10 aan beleggers, besigheidshedsuitgawes en ander entiteite betaal is. Gedurende dieselfde tydperk is meer as R8miljoen in trustee Heckroodt se geldmarkrekening en die Trust se rekening gedeponeer waarvan ongeveer R2,5 belê is in toonderwissels, R2,6 miljoen (48%) aan beleggers, en ongeveer R1miljoen aan kommissie betaal is. ‘n Opbrengswaarde (“returnvalue”) van 300% is belowe. Gebasseer op die 109 beleggings-ooreenkomste wat uitgereik is vanaf Januarie tot Augustus 1998 het die Trust alreeds op daardie stadium ‘n geprojekteerde opbrengswaarde (“projected returnvalue”)

van meer as R13miljoen gehad. Indien die las van byna R5miljoen vanaf Desember 1998 bygevoeg word, kom hierdie geprojekteerde bedrag te staan op meer as R18miljoen. Die enigste verdienste van die Trust was gebasseer op die 6 toonderwissels wat na vier jaar net meer as R10 miljoen sou oplewer. Reeds op daardie stadium was die Trust dus vir alle finansiële oorwegings en praktiese doeleindes insolvent gewees.

[40] Ten opsigte van die derde fase gedurende September 1999 tot Oktober 2000 is meer as R11miljoen ontvang as nuwe beleggingsfondse. Hieruit is die volgende uitbetalings onder andere gemaak:

- R187 159,81 aan 111 beleggers synde hulle verdienste;
- R2 503 764,60 aan Heckroodt, Greeff en James, trustees van die Trust;
- R1 050 000,00 is oorgedra na die European Trade and Services and JMC;
- R958 439,00 oorgeplaas na Bezuidenhout, Milton and Earle 'n prokureursfirma in Bloemfontein;

- Dit blyk dat beleggers – onder andere SJS van Zyl en andere – ‘n opbrengs van 300% belowe is. Wanneer die ooreenkomste en dokumentasie ontleed word blyk dit dat ‘n opbrengs van 200% betaalbaar was nadat kommissie afgetrek is.

Dit blyk dus dat op grond van die beleggingsooreenkomste vir die tydperk September 1999 tot Oktober 2000 die geprojekteerde opbrengswaarde meer as R127miljoen beloop het. Indien die geprojekteerde opbrengswaarde bymekaar getel word beloop dit R145 673 360,46 (R4 984 906.95 plus R13 530 986,07 plus R127 157 467,44).

[41] Volgens die forensiese ondersoek is daar geen getuienis gevind dat enige opbrengs gegenereer is deur middel van die sogenaamde “High Yield Investment Program” of dat enige gelde gedeponeer was in die betrokke geldmark rekening, PLJ Finansiële Dienste rekening of enige van die betrokke Absa bankrekenings nie.

- [42] Die konklusie waartoe gekom word blyk dat nóg die Trust óf sy assosiate die vermoë of fasiliteite gehad het om die beleggingsooreenkomste voormeld te honoreer nie.
- [43] Ten opsigte van die tydperk November 2000 tot Junie 2001 word 'n soortgelyk verskynsel waargeneem:
'n Totaal van meer as R9,9 miljoen is ontvang, terwyl byna R13 miljoen se uitbetalings gemaak is insluitende meer as R4 miljoen aan 36 geïdentifiseerde beleggers.
- [44] Daar was ook op 'n stadium 'n projek bekend as “Stigting Koningskinders” waar 'n minimum opbrengs van 100% op 'n siklus van 15 maande, dit wil sê 80% per jaar belowe was wat uiteindelik niks opgelewer het nie.
- [45] Uit die dokumentasie aangeheg is daar 'n verwysing na die betaling van kommissie ten bedrae van \$2,6 biljoen asook 'n onderneming om \$80 miljoen (op 11/3/03) plus \$11 miljoen (4/10/02) aan Heckroodt te betaal! Hierdie astronomiese bedrae versterk die futiliteit en absurditeit van die besigheid wat hierdie ter sprake was.

[46] Respondent Izak Bartholomeus Nel wat in persoon verskyn het, het te kenne gegee dat sy posisie verskil van die ander respondente. Hy verklaar dat hy nooit by Noite Dia Trust belê het nie maar deur middel van trustee Greeff. Hy het 'n bedrag van R280 000,00 belê wat na 'n jaar gegroei het na R540 000,00 wat weer op sy beurt meer as R1miljoen moes oplewer. Gemelde syfers stem tot 'n groot mate ooreen met die vervat in sy opponerende eedsverklaring. Die *modus operandi* in meneer Nel se geval stem egter in wese ooreen met die van die ander respondente en is daar na my mening nie 'n onderskeid te tref nie.

DIE ONWETTIGHEID VAN DIE NOITE DIA TRUST

[47] Dit is die applikante se saak dat die Trust die bedryf van 'n bank beoefen het soos bedoel in die verbod daarop in Artikel 11 van die Bankwet, Wet 94 van 1990.

[48] Artikel 11 van die gemelde Wet bepaal soos volg:

“(1) Behoudens die bepalings van Artikel 18(A) mag geen persoon die bedryf van 'n bank uitoefen nie tensy so 'n

persoon 'n publieke maatskappy is en ingevolge hierdie Wet as bank geregistreer is.

(2) Iemand wat 'n bepaling van subartikel (1) oortree is aan 'n misdryf skuldig.”

Geen een van die respondente voer aan dat die Trust geregtig was om die sake van 'n bank te bedryf of dat dit 'n publieke maatskappy is nie.

[49] Volgens die forensiese ondersoekspan blyk die volgende:

“From 1998 to 2004 Noite Dia Trust and its associates physically received moneys from members of the public. Money was received either by means of cash, cheque or bank transfer ...”

Soos hierbo aangetoon is etlike miljoene rand op hierdie wyse van die publiek ontvang.

[50] Daar was van verskeie vorme van beleggings-ooreenkomste gebruik gemaak gedurende die bestaan van die Trust. Ten spyte van 'n opsigtelike poging deur die trustees van die Trust om dit te distansieer van die neem van deposito's:

“The investor continued to interact with Noite Dia Trust and its associates with the understanding that the latter is responsible for the day to day management and investment of their funds. The above amendment represented a superficial semantic change to the agreements while the activities of the deposit taking practice continued unhindered – complying to the legislative framework of conducting the business of a bank.”

[51] Ten opsigte van die ooreenkomste lui die forensiese verslag soos volg:

“Its agreement also clearly indicated a programme date, which represented a start of the investment and a date of payment which indicated the end of the agreement and subsequent payment of the investment value plus interest and rates.”

[52] Die slotsom waartoe me York kom, is die volgende:

“The actions of Noite Dia Trust were at all relevant times, in conflict with the Banks Act in that Noite Dia Trust conducted the business of a bank whilst not being registered as a bank.”

Ek het geen rede om hierdie opinie van 'n deskundige, wat behoorlik gemotiveer en gestaaf word deur feite, te bevraagteken nie.

[53] In die lig van die feite van die saak is ek van mening dat die applikante, op 'n oorwig van waarskynlikhede, aangetoon het dat die betrokke Trust die bedryf van 'n bank beoefen het soos bedoel in die verbod daarop in artikel 11 van gemelde Bankwet. Hierdie slotsom beteken alreeds dat die applikante geregtig is op 'n bevel wat verklaar dat alle ooreenkomste wat vir beleggingsdoeleindes met die Trust gesluit is *ab initio* nietig is.

[54] Ek ag dit egter dienstig om ook te handel met die verdere vraag, sonder om in besonderhede daarop in te gaan, naamlik of die beleggingskema wat deur die Trust bedryf is 'n skadelike sakepraktyk is soos bedoel in die Wet op Verbruikersake (Onbillike Sakepraktyke), Wet 71 van 1988.

[55] Mnr Danzfuss het namens die respondente aangevoer dat die huidige saak verskil van die Krion-saak (**P J Fourie NNO and Others v C S Edeling NO and Others** [2005] (4)

ALL SA 393 (HAA)). In die sin dat beleggers direk in die Krion-skema belê het terwyl hier talle gevalle was waar daar gebruik is van 'n sogenaamde mandaattooreenkoms. Mnr Danzfuss het toegegee dat dit gemenesaak is dat daar onreëlmatighede in die beleggingskema bestaan het, dat geld wanaangewend was en dat daar selfs moontlik bedrog en diefstal ter sake was. Dit is ook gemenesaak dat die trustees, (of die meeste daarvan) alreeds skuldig bevind is aan verskeie oneerlikheidsmisdade in verband met die huidige Trust en tot langtermyn gevangenisstraf gevonniss is. Mnr Danzfuss se betoog is egter dat alhoewel die beleggingsooreenkomste onwettig was, is die beleggers se mandaattooreenkoms nie gekontamineer as gevolg van die feit dat die geld onwettig belê was nie. Verdermeer is ook gebruik gemaak van 'n groot aantal entiteite by wie hierdie beleggings gemaak was.

[56] In hierdie verband het Mnr Danzfuss onder andere gesteun op die bewoording van die ooreenkoms wat soos volg lui:

“2.1 Die kapitaalbeleggers stel hiermee die beleggingsbedrag deur bemiddeling van die belegger

aan die makelaar beskikbaar om te belê, onderhewig aan die bepalings van voorwaardes vermeld in deel I van deel II van hierdie beleggingsaansoek ... Dit word geboekstaaf dat die belegger in hierdie aangeleentheid slegs optree as agent van die makelaar vir die werwing van fondse ten einde die makelaar in staat te stel om dit in finansiële instrumente te belê, en dat alle bedrae wat ingevolge hierdie ooreenkoms deur die kapitaalbelegger betaal word, direk aan die makelaar betaal word.”

[57] Ek stem egter saam met die betoog van Mnr De Bruin, namens die applikante, dat die vorm van die beleggingsooreenkoms nie moet seëvier oor die substansie van die sake wat objektief beskou, in die Trust bedryf is nie. Dit is duidelik dat die wese van die Trust se aktiwiteite nie was om gelde wat deur enige respondent aan die Trust oorhandig was as *agent* te belê nie, maar aangewend was om vroeëre beleggers se winste en/of beleggings aan hulle terug te betaal. Talle voorbeelde blyk uit die stukke waar betrokkenes opgetree het asof daar geen maandaatooreenkoms bestaan het nie. Verder is dit onbetwis dat die Trust op 'n vroeë stadium (gedurende 1999) Heckroodt se verpligtinge ten opsigte van die

geldmarkrekening oorgeneem het en dat die Trust substansiële betalings aan Heckroodt gemaak het, soos hierbo aangetoon. So-ook is die ander entiteite se verpligtinge deur die Trust opgeneem.

[58] Indien die feite in die huidige saak vergelyk word met die Krion-saak (**P J Fourie NNO and Others v C S Edeling NO and Others** – *supra*), blyk daar 'n treffende ooreenkoms te wees. Conradie, A.R. verklaar op 394 die volgende:

“The audacity of its perpetrators and credulity of its participants combined to produce a gargantuan fraud notoriously known as the Krion Pyramid Investment Scheme. It was operated from the beginning of 1998 and, as these schemes do, collapsed when inflow of funds could no longer sustain the outflow of extravagant returns to participants. ... In order to throw regulatory authorities of the trail it was at one time or another conducted by entities called MP Finance Consultants CC, Madicor 20 (Pty) Ltd, Martburt Financial Services Limited, MEB Koöperasie Beperk and Krion Financial Services Limited.”

[59] Ten opsigte van *vervreemding*, word in dieselfde saak teenoor paragraaf [18] die volgende verklaar:

“A disposition, it has been decided on more than one occasion is not made for value if the payment is illegal.

ESTATE DE JAGER v WHITTEKER AND ANOTHER 1944

AD 246 dealt with the payment of usurious interest.

‘No obligation of any sort,’ said Watermeyer CJ at 251 – 52, ‘to pay a higher rate of interest than that permitted by the Act can arise from a promise to pay a higher rate, and it therefore follows that such a promise is a mere nullity, and any payment of such a higher rate in pursuance of such promise is in effect a donation, or disposition not made for value, and is consequently liable to be said aside on a section 26 of the Insolvency Act.’ ”

[60] Dit volg dus dat insoverre die respondente poog om aan te toon dat hier sprake was van ‘n mandaatooreenkoms dit ‘n gesimuleerde kontrak was wat inderwaarheid ‘n onwettige beleggingsooreenkoms daargestel het.

[61] Mnr Danzfuss het gewys op die feit dat artikel 12(2) van die Wysigingswet op Skadelike Sakepraktyke, Wet 23 van

1999 bepaal dat die woorde “skadelike sakepraktyk” oral waar dit in die Wet mag voorkom, vervang word met die woorde “onbillike sakepraktyk”. Die Wet het ‘n aanvanklike definisie gehad van sowel “onbillike sakepraktyk” as “skadelike sakepraktyk”. Die definisie van “skadelike sakepraktyk” is geskrap deur artikel 1(k) van Wet 23 van 1999. Gevolglik, vanaf die datum van inwerkingtreding van artikel 23 van 1999, naamlik 14 Mei 1999 figureer ‘n “skadelike besigheidspraktyk” nie meer ingevolge die Wet nie. Die enigste wat tans nog deur die Wet erken word, is ‘n onbillike sakepraktyk. Nogtans het die Minister daarna, en wel op 9 Junie 1999, by wyse van ‘n proklamasie sekere “skadelike” besigheidspraktyke gedefinieer en verbied. Op daardie stadium het “skadelike besigheidspraktyke” in terme van die Wet glad nie meer bestaan nie.

- [62] Wat wel van belang is, is dat ‘n piramide bevorderingskema (“pyramid promotional scheme”) ingesluit is by die definisie van ‘n skadelike sakepraktyk en verbied is. ‘n Piramidebevorderingskema word definieer as

“... any plan or operation by which a participant gives consideration for the opportunity to receive compensation which is derived primarily from the persons introduction of other persons into a plan or operation rather than from the sale of products by the participant or other persons introduced into the plan or operation.”

[63] Die gebruik van die begrip “skadelike sakepraktyk” in plaas van die begrip “onbillike sakepraktyk” in die betrokke regulasies het nie enige betekenis nie. In die Wet word die woorde “hierdie Wet” omskryf asook enige kennisgewing daarkragtens gepubliseer of gegee en enige regulasie. Die definisie van “skadelike sakepraktyk” is vervang met die definisie van “onbillike sakepraktyk” deur Wet 23 van 1999, wat op 14 Mei 1999 in werking getree het.

[64] Artikel 12 van die Interpretasiewet, nr 33 van 1957 lui soos volg:

“(1) Wanneer ‘n Wet ‘n bepaling van ‘n vorige Wet herroep, en met of sonder wysiging herverorden, word verwysings in enige ander Wet na die bepalings aldus herroep, tensy

‘n ander bedoeling blyk, uitgelê as verwysings na die bepalings wat aldus herverorden is.”

[65] Na die inwerkingtreding van artikel 23 op 14 Mei 1999 was die een definisie deur ‘n ander definisie vervang. Kragtens die omskrywing van “Wet” in artikel 1 van die Interpretasiewet sluit dit ook regulasies in, want dit het die krag van Wet besonderlik na aanleiding van die omskrywing van Wet ook in die Wet op Verbruikerssake.

[66] Die woorde “skadelike sakepraktyk” waar dit dus in die betrokke regulasies voorkom moet gelees word as synde “onbillike sakepraktyk.” Dit is ook opmerklik dat die twee definisies net met een sinnetjie verskil en altwee duidelik in lyn is met die omskrywing van “sakepraktyk” as sodanig.

[67] Artikel 2 van die regulasies verklaar die onbillike sakepraktyk onwettig en bepaal dat geen persoon mag die skadelike sakepraktyk bedryf, beheer, bevorder of laat bedryf nie en word gelas om onmiddellik daarvan af te sien. Enige belegging in sodanige praktyk is dus onwettig. Applikante het na my mening op waarskynlikhede aangetoon dat die

aktiwiteite van die Noite Dia Trust wel binne hierdie kode val en is die betrokke beleggings ook om hierdie rede onwettig.

[68] In die lig van die voorgaande het die applikante 'n behoorlike saak uitgemaak vir die verlening van sekere van die aangevraagde regshulp. Wat koste betref is, is die partye dit eens dat koste koste in sekwestrasie moet wees, insluitende die koste wat oorgestaan het.

[69] In die kennisgewing van mosie word gevra vir regshulp ten opsigte van respondente wat nie hierdie aansoek geopponeer het nie en wel vir vonnis vir die bedrae vermeld in bylae A. Om twee redes is ek nie bereid om sodanige bevel te gee nie, eerstens omdat daar foute blyk te wees in bylae A en dat dit wenslik is om getuienis aan te bied om hierdie bedrae te kwantifiseer. Tweedens is daar tydens argument gewys op die moontlike oneffektiewiteit van vervangde betekening. Gevolglik is ek van mening dat daar verdere betekening moet geskied ten opsigte van respondente wat tans nie voor die Hof is nie. As is dit nie

volgens die Hofreëls kan geskied nie dan minstens by die betrokke respondent se laaste bekende woon- of werkplek.

[70] Bygevolg word die bevele verleen:

1. Dat die beleggingskema wat deur die Noite Dia Trust bedryf is as 'n skadelike/onbillike sakepraktyk verklaar word soos bedoel in die regulasies vervat in kennisgewing 1135 van 1999, gepubliseer in Staatskoerant, 20169, gedateer 9 Junie 1999 en uitgevaardig in terme van die Wet op Verbruikersake (onbillike sakepraktyk) nr. 71 van 1988.
2. Dat verklaar word dat die Noite Dia Trust die bepalinge van die Bankwet nr. 94 van 1990 oortree het.
3. Dat alle ooreenkomste tussen Noite Dia Trust en derdes wat vir beleggingsdoeleindes met gemelde Trust gesluit is *ab initio* nietig is; en
4. Dat die volgende geskilpunte tussen die applikante en die respondente ingevolge Hofreël 6(5)(g) vir die aanhoor van mondelinge getuienis verwys word, naamlik:

4.1 Of die respondent geld aan die Trust oorhandig of in 'n bankrekening inbetaal is om deur die Trust belê te word en dus 'n nietige ooreenkoms gesluit het soos bedoel in paragraaf 3 hierbo.

4.2 Indien wel, wat is die bedrag daarvan en op watter datum is dit inbetaal.

4.3 Is die bedrag in geheel of gedeeltelik deur die Trust aan betrokke respondent terugbetaal en indien wel op watter datum.

4.4 Het die betrokke respondent enige finansiële wins of voordeel in watter vorm ookal van die Trust ontvang.

4.5 Indien wel, die omvang van sodanige bedrag en die datum waarop dit geskied het.

5. Dit word gelas dat die volgende voorskrifte sal geld:

5.1 Die getuienis van die applikante en die respondente en enige getuies wat enige party as getuies wil roep moet in een gesamentlike verhoor aangehoor word.

5.2 Elke respondent moet aan die bepalings van Hofreël 35(1) voldoen laastens 8 weke voor die aanvang van die verhoor.

5.3 Samesprekings ingevolge die bepalings van Hofreël 37 moet gehou word laastens 5 weke voor die verhoor en die bepaling van die betrokke reël nagekom word.

6. Ten opsigte van respondente wat nie die aansoek geopponeer het nie, word gelas dat betekening ingevolge die Hofreëls, alternatiewelik by die respondent se laasbekende besigheids- of woonplek geskied van

6.1 hierdie hofbevel; en

6.2 die kennisgewing van ter rolle plasing wat die datum van die verhoor asook die bedrag wat applikante voornemens is om van die betrokke respondent te vorder, vermeld word.

[7] Ten opsigte van koste sal koste van al die partye koste in sekwestrasie wees, welke koste sal insluit die koste verbonde aan die gebruikmaking van twee advokate deur elk van die partye.

S. P. B. HANCKE, R

Namens die applikant: Adv. J. P. de Bruin SC

Bygestaan deur:

Adv. J. G. Gilliland

In opdrag van:

Symington & De Kok

BLOEMFONTEIN

Namens die respondente: Adv. F. W. A. Danzfuss

Bygestaan deur:

Adv. H. Murray

In opdrag van:

Schoeman Maree Ing.

BLOEMFONTEIN

Respondent in persoon: Izak Bartholomeus Nel

/em