

IN DIE HOË HOF VAN SUID-AFRIKA
VRYSTAAT AFDELING, BLOEMFONTEIN

Aansoeknommer: 2792/2015

In die saak tussen:

CORNELIA MARIA DU TOIT

Applikant

en

WILLEM MALAN DU TOIT

1st Respondent

(in sy hoedanigheid as trustee van
YT Rat Yt Trust IT216/95
Id [.....])

L D P BLOEM

2de Respondent

(in sy hoedanigheid as trustee van
genoemde trust
Id [.....])

C F DU TOIT

3de Respondent

(in sy hoedanigheid as trustee van
genoemde trust
Id [.....])

A C BOTHA

4de Respondent

(in sy hoedanigheid as trustee van
genoemde trust
Id [.....])

UITSPRAAK DEUR:

DAFFUE, R

AANGEHOOR OP:

5 NOVEMBER 2015

I INLEIDING

- [1] Die *dramatis personae* in hierdie aansoek is 'n man en vrou wat voorheen met mekaar in gemeenskap van goed getroud was en nou in 'n regstryd met mekaar gewikkel is met betrekking tot verskeie aspekte, onder andere die geldigheid van 'n trust wat jare gelede opgerig is, die man en sy mede-trustees se bevoegdheid om as trustees van die trust op te tree en die geldigheid al dan nie van 'n skikkingsooreenkoms wat destyds tydens die egskeiding aangegaan is.

II DIE PARTYE

- [2] Applikante is Cornelia Maria du Toit, 'n 65-jarige dame wat tans woonagtig is te Danabaai naby Mosselbaai in die Wes-Kaap. Sy studeer tans vir haar meestersgraad en is Trustreg onder andere een van haar vakke. Sy het haarself verteenwoordig met die opstel van die aansoekstukke en het ook die aansoek voor my geargumenteer.
- [3] Die eerste respondent is Willem Malan du Toit, 'n 66-jarige manspersoon en boer van die distrik Luckhoff in die Vrystaat wat hierin gesitêr is in sy amptelike hoedanigheid as trustee van die Yt Rat Yt Trust (hierinlater na verwys as "die trust").
- [4] Die tweede, derde en vierde respondente is die ander trustees van die trust, te wete Mnre Bloem, Du Toit en Botha,

wat afgesien van die liassering van bevestigende beëdigde verklarings geen aktiewe rol in die litigasie gespeel het nie. Al vier die trustees is in hulle verteenwoordigende en nie in hulle persoonlike hoedanighede nie, gesiteer. Die eerste respondent het wel kennis gegee om in sy persoonlike hoedanigheid toe te tree ingevolge reël 12 van die Eenvormige Hoë Hofreëls. Applikante het geen beswaar daarteen gehad nie en ek het reeds tydens die aanhoor van argumente hierdie aansoek toegestaan. Mnr Jacobs van die prokureursfirma Symington & De Kok in Bloemfontein het te alle relevante tye namens respondente opgetree en ook namens eerste respondent tydens die egskeidingsgeding waarna hierinlater verwys sal word. Adv D J van der Walt SC het namens respondente verskyn in die aansoek voor my.

III DIE AANGEVRAAGDE REGSHULP

- [5] Tipies van iemand wat nie bedrewe is in die regspraktyk nie is die kennisgewing van mosie, om dit sagkens te stel, 'n toonbeeld van hoe so 'n dokument nie moet lyk nie.
- [6] Dit sal geen doel dien om die regshulp wat skynbaar gevorder word in die kennisgewing van mosie hierin te herhaal nie maar ek sal my bes doen om dit wat applikante van die hof verlang op te som.
- [7] In wese het applikante in haar betoogshoofde die kern van haar ongelukkigheid saamgevat in vier sogenaamde

kernaspekte en kan dit as 'n opsomming van die regshulp wat sy vorder gesien word. Hierdie kernaspekte is die volgende en dit sal later in aparte paragrawe oorweeg word:

- 7.1 Applikante betwis die geldigheid van die oprigting van die trust;
- 7.2 Volgens applikante is die trust eerste respondent se *alter ego*;
- 7.3 Applikante doen aanspraak daarop dat die trustees nie hulle vertrouensverhouding teenoor die trust-begunstigdes nagekom het of nakom nie;
- 7.4 Applikante betwis die geldigheid en grondwetlikheid van die skikking waarop ooreengekom is tydens die egskedding en die dienoreenkomstige toedeling van gelde aan haar deur die trustees.

IV BEOORDELING VAN FEITE-DISPUTE IN BESTREDE AANSOEKE

- [8] In aansoekprosedure stel die beëdigde verklarings beide die pleitstukke en die getuienis daar en die partye se weergawes moet duidelik daaruit blyk. Sien **Minister of Land Affairs and Agriculture v D & F Wevell Trust** 2008 (2) SA 184 (SCA) te 200D. 'n Applikant moet sy/haar saak uitmaak in die funderende verklaring en kan nie daarop staatmaak om eers in repliek of selfs in betoogshoofde 'n saak uit te maak nie. 'n Applikant moet dus staan of val by sy/haar funderende verklaring. Sien **Director of Hospital Services v Mistry** 1979 (1) SA 626 (AD) te 635H – 636D.

- [9] Feite-dispute moet oorweeg word aan die hand van die welbekende **Plascon-Evans Paints** *dicta* wat redelik onlangs herbevestig en in meer diepte oorweeg is in **Wightman t/a JW Construction v Headfour (Pty) Ltd and Another** 2008 (3) SA 371 (SCA). Ek haal aan uit paras [12] and [13]:

“[12] Recognising that the truth almost always lies beyond mere linguistic determination the courts have said that an applicant who seeks final relief on motion, must in the event of conflict, accept the version set up by his opponent unless the latter’s allegations are, in the opinion of the court, not such as to raise a real, genuine or bona fide dispute of fact or are so far-fetched or clearly untenable that the court is justified in rejecting them merely on the papers: *Plascon-Evans Paints Ltd v Van Riebeeck Paints (Pty) Ltd* 1984 (3) SA 623 (A) at 634E-635C. See also the analysis by Davis J in *Ripoll-Dausa v Middleton NO* 2005 (3) SA 141 (C) at 151A-153C with which I respectfully agree. (I do not overlook that a reference to evidence in circumstances discussed in the authorities may be appropriate.)

[13] A real, genuine and bona fide dispute of fact can exist only where the court is satisfied that the party who purports to raise the dispute has in his affidavit seriously and unambiguously addressed the fact said to be disputed. There will of course be instances where a bare denial meets the requirement because there is no other way open to the disputing party and nothing more can therefore be expected of him. But even that may not be sufficient if the fact averred lies purely within the knowledge of the averring party and no basis is laid for disputing the veracity or accuracy of the averment. When the facts averred are such that the disputing party must necessarily possess knowledge of them and be able to

provide an answer (or countervailing evidence) if they be not true or accurate but, instead of doing so, rests his case on a bare or ambiguous denial the court will generally have difficulty in finding that the test is satisfied. I say 'generally' because factual averments seldom stand apart from a broader matrix of circumstances all of which needs to be borne in mind when arriving at a decision. A litigant may not necessarily recognise or understand the nuances of a bare or general denial as against a real attempt to grapple with all relevant factual allegations made by the other party. But when he signs the answering affidavit, he commits himself to its contents, inadequate as they may be, and will only in exceptional circumstances be permitted to disavow them. There is thus a serious duty imposed upon a legal adviser who settles an answering affidavit to ascertain and engage with facts which his client disputes and to reflect such disputes fully and accurately in the answering affidavit. If that does not happen it should come as no surprise that the court takes a robust view of the matter."

- [10] Ek is tevrede dat die feite-geskille hanteer moet word op die basis dat respondente se weergawe aanvaar behoort te word. Daar is geen rede om te bevind dat respondente se weergawe op die stukke as vals en/of as vergesog verwerp kan word nie. Respondente het ook volledig geantwoord op alle relevante bewerings van applikante. Ek sal dus in beoordeling van die argumente die aansoek oorweeg aan die hand van respondente se weergawe tesame met daardie weergawe van applikante wat onbetwis is.

V WAN- OF NIE-VOEGING

- [11] Respondente voer aan dat die Meester van die Hoë Hof as 'n party gevoeg moes word welke applikante versuim het om te doen. Verder word aangevoer dat tweede, derde en vierde respondente slegs in hulle verteenwoordigende hoedanighede as trustees gevoeg is en dat dit op wanvoeging neerkom deurdat trustees nie uit hul poste onthef kan word indien hulle nie in hulle persoonlike hoedanighede gesiteer is nie. Daar is beslis meriete in hierdie benadering. As gevolg van die bevinding waartoe ek uiteindelik kom is dit onnodig om hierdie punte in *limine* te beoordeel.

VI **DIE ONBETWISTE FEITE**

- [12] Die volgende feite is onbetwis:

- 12.1 Applikante as inkomste-begunstigde van die trust het 'n belang by die aangeleentheid en bygevolg het sy *locus standi*;
- 12.2 Die eerste tot vierde respondente is die behoorlik aangestelde trustees van die trust, terwyl applikante en haar suster tot en met die egskeiding waarna verwys sal word, saam met eerste respondent mede-trustees was;
- 12.3 Applikante en eerste respondent is op 24 Maart 1973 in gemeenskap van goed getroud. Hierdie huwelik is op 27 Augustus 2002 deur hierdie hof ontbind en is 'n skikkingsakte wat aangegaan is tussen die partye by die bevel van egskeiding

ingelyf en is dit dus verhef tot die status van 'n hofbevel. Applikante was die eiseres in die egskeidingsgeding wat aanvanklik bestrede was, maar uiteindelik geskik is. Sy is voortdurend verteenwoordig deur 'n senior en ervare egskeidingsprokureur en 'n senior/junior advokaat. Die skikkingsakte is deur die partye onderteken op 21 Augustus 2002 en die eiseres se getuienis is eers aangehoor op 27 Augustus 2002 op welke datum die egskeidingsbevel op onbestrede basis verleen is.

- 12.4 Sowat tien jaar na huweliksluiting het die partye die plaas Joostenberg in die Luckhoff distrik van applikante se vader aangekoop teen 'n koopprys van R240 000,00 op die grondslag dat 'n korting van R80 000,00 toegestaan word, synde vanweë die feit dat haar vader vier dogters gehad het en die een kwart wat applikante uiteindelik sou toekom, in berekening gebring is.
- 12.5 Hierna het eerste respondent die plaas Leeurivier van sy vader geërf en het die partye hulle boerdery voortgesit op beide hierdie plase.
- 12.6 Gedurende 1988 het die twee eggenote twee plase, teweete De Kroon en St Elmo, beide geleë in die Luckhoff distrik, aangekoop. De Kroon is later in 'n besproeiingsplaas omskep.
- 12.7 Op 24 November 1994 is die trust opgerig met eerste respondent as die oprigter en applikante,

eerste respondent en applikante se suster as eerste trustees.

12.8 Die plase De Kroon en St Elmo is in 1995 aan die trust verkoop en getransporeer. Die koopprys van R229 680,00 is deur applikante en eerste respondent aan die trust voorgeskiet.

12.9 Ingevolge die skikkingsakte in die egskeidingsgeding is onder andere kontant, 'n voertuig, meublement, die plaas Joostenberg en 'n vakansiehuis te Danabaai aan applikante as haar uitsluitlike eiendom toegeken. Verdermeer het die trustees van die trust wat applikante en haar suster ingesluit het, skriftelik toegestem tot 'n bepaling in die skikkingsakte ingevolge waarvan die trustees die bedrag van R5 830,00 per maand aan applikante sal betaal as inkomstebegunstigde tot en met haar dood, hertroue of samewoning met 'n ander man. Eerste respondent het hom ook as borg en medehoofskuldenaar hiertoe verbind. Die bedrag is nie onderhewing aan enige toekomstige eskalاسie nie.

12.10 Die bedrag van R5 830,00 is gereeld aan applikante oorbetal en is dit skynbaar steeds nog die geval. Eers gedurende 2006 het applikante begin om die geldigheid en/of grondwetlikheid van hierdie betrokke bepaling in die skikkingsakte te bevraagteken. Etlike skrywes is gerig aan verskeie entiteite en

persone en is daar selfs klagtes gelê by die Prokureursorde, die Openbare Rekenmeesters- en Ouditeursraad, die Direkteur van Openbare Vervolging en die Meester van die Hoë Hof. Tot op hede is geeneen van applikante se klagtes na haar oordeel suksesvol en/of bevredigend hanteer en/of afgehandel nie.

12.11 Die inkomstebegunstigdes van die trust is applikante, eerste respondent, die kapitaalebegunstigdes en hulle bloed- en aanverwante, sowel as enige trust opgerig ingevolge paragraaf 13 van die trustakte. Die kapitaalebegunstigdes is die kinders van applikante en eerste respondent en hulle wettige afstammelinge sowel as enige trust wat ten gunste van enige begunstigde of groep van begunstigdes geskep word kragtens die bevoegdheid aan die trustees verleen ingevolge voormelde paragraaf 13.

12.12 Die trust is 'n diskresionêre trust wat onder andere die bevoegdheid aan eerste respondent verleen om testamentêr te besluit welke formule gebruik moet word vir die verdeling van die trustgoed tussen die kapitaalebegunstigdes by beëindiging van die trust. 'n Inkomstebegunstigde het ook nie 'n aanspraak op die inkomste van die trust totdat 'n toekenning aan hom/haar gemaak is nie.

- 12.13 Die eerste respondent wat te alle tye die boerdery van die destydse gemeenskaplike boedel hanteer het en ook later die boerdery namens die trust beheer en bestuur het, het wel jaarliks toekennings ontvang soos blyk uit finansiële state wat voor die hof gedien het. Die bedrae wat aldus toegeken is, is kragtens die getuienis van 'n deskundige, Mr Olivier, nie vergesog nie en in lyn met waarop 'n boer in soortgelyke omstandighede geregtig sou wees.
- 12.14 Die trustbates het geweldig toegeneem oor die afgelope aantal jare. Nie alleen is die besproeiingskapasiteit van die plaas De Kroon vergroot nie maar het plaaseiendom oor die algemeen skerp in waarde gestyg.
- 12.15 Die partye het twee meerderjarige kinders, 'n seun en 'n dogter wat bygevolg inkomste- sowel as kapitaalebegunstigdes is. Hulle is nie as partye tot hierdie aansoek gevoeg en het ook geen verklarings afgelê nie.
- 12.16 Eerste respondent het 'n verdere trust gestig, te wete die Malan Du Toit Trust. Dit is duidelik dat dit nooit die bedoeling was om hierdie trust op te rig ooreenkomstig die bepalings van paragraaf 13 van die trustakte van die Yt Rat Yt Trust nie. Dit is 'n suiwer beleggingstrust wat onder andere belê in kuseiendom.
- 12.17 Daar was tegniese oortredings van die trustakte en/of die Wet op Beheer van Trustgoed, 57 van

1988 ("die Trustwet"). Aanvanklik is geen formele vergaderings deur die trustees gehou en is skriftelike notules bygevolg ook nie gehou nie. Dit is later reggestel. Verdermeer was eerste respondent teenwoordig tydens vergaderings wanneer toekennings aan hom gemaak is deur die trustees. 'n Onderneming is gegee dat dit nie weer sal gebeur nie. Die finansiële state is ook nie ge-oudit nie, maar dis in elk geval geen statutêre verpligting nie. Dit is duidelik dat die ouditeursfirma PriceWaterHouseCoopers deurentyd betrokke was sedert die oprigting van die trust tot en met datum en dat hierdie firma verantwoordelik was en is vir die verwerking van finansiële state en die inhandiging van BTW- en inkomstebelastingopgawes.

VII DIE DISPUTE

- [13] Respondente ontken dat applikante geregtig is op enige van die regshulp waarop sy aanspraak maak. Volgens die respondente is die geskilpunt rondom die regsgeldigheid van die trust *res iudicata* in dermate dat die skikkingsakte tussen applikante en eerste respondente gesluit is op die grondslag dat die trust regsgeldig is. Verdermeer het die trustees toegestem tot die verpligtinge van die trust teenoor die applikante welke voordele sy aanvaar en vir etlike jare betalings daarkragtens ontvang het sonder enige beswaar.

Die bepalings van die skikkingsakte is dan ook by die egskeidingsbevel ingelyf.

- [14] Daar is aldus respondente ook geen meriete in die argument dat die trust ongeldig is omdat slegs eerste respondent as oprigter van die trust opgetree het en nie beide applikante en eerste respondent nie. In hierdie verband handel dit met die R100 skenking wat die oprigter aan die trust gemaak het.
- [15] Insoverre dit die regsgeldigheid van die skikkingsakte betref is dit eerste respondent se saak dat applikante verteenwoordig is deur senior regsverteenwoordigers en dat sy nie nou op grond van *iustus error* of enige ander grondslag daarop kan aanspraak maak dat die skikkingsakte nietig is en/of dat dit onbillik, teen die openbare belang en ongrondwetlik is nie.
- [16] Dit word deur respondente ontken dat hulle hul skuldig gemaak het aan enige optrede wat tot hul ontslag kan lei. Dit is duidelik dat respondente steun op die getuienis van Mnr Gert Nel, 'n senior en gerespekteerde ouditeur wat voorheen in diens was van PriceWaterHouseCoopers sowel as Mnr Olivier, 'n ervare landbou-ekonoom van beroep. Die trustees, en dan meer spesifiek eerste respondent as die *de facto* boer, het aldus respondente 'n geweldige bydrae gelewer ter uitbouing van die trustbates tot die voordeel van die begunstigdes en meer spesifiek die kapitaalbegunstigdes, synde die partye se twee meerderjarige kinders en enige moontlike kleinkinders.

VIII IS DIE YT RAT YT TRUST OP GELDIGE WYSE OPPERIG?

- [17] Meer volledig is die vraag wat applikante in hierdie verband rig die volgende:

“Was die oprigting van die trust geldig volgens wetgewing, die gemenereg en die openbare mening en word die trustdoel volgens die inhoud en bepalinge daarvan verwesenlik?”

- [18] Applikante lê klem op die definisie van “trust” in artikel 1 van die Trustwet. Dit is moeilik om haar argumente te verstaan, maar meen sy skynbaar enersyds dat sy en eerste respondente die gesamentlike oprigters van die trust moes wees omdat hulle in gemeenskap van goed getroud was, en andersyds dat ‘n oprigter nie ook ‘n trustee van dieselfde trust kan wees nie. Daar is net geen meriete in enige van die bewerings deur haar nie en word dit verwerp. Niks het eerste respondent verhoed om ‘n R100.00 skenking aan die trust te maak uit gemeenskaplike boedelfondse nie en in elk geval was die applikante terdeë bewus hiervan uit hoofde van haar aanstelling as trustee en moet aanvaar word dat sy haar instemming daarmee betuig het.

- [19] Die trustakte *in casu* is ‘n standaard trustakte en blyk dit ook duidelik uit die getuienis van Mnr Nel, ‘n deskundige op die gebied. Voorts maak applikante daarop aanspraak dat die hof die bevoegdheid het om die trustbepalinge te wysig en steun sy op artikel 13 van die Trustwet. Hierdie artikel kan

geensins op die onderhawige feite van toepassing gemaak word nie. Daar is net eenvoudig geen sprake dat die trustakte 'n bepaling bevat wat gevolge meebring wat die oprigter van die trust, eerste respondent in hierdie geval, na die hof se oordeel nie beoog of voorsien het en/of wat die oprigter se oogmerk belemmer of die belange van die bevoorreedes benadeel of in stryd met openbare belang is nie. Applikante is en bly 'n trustbegunstigde en die partye se twee meerderjarige kinders is en bly inkomste- en kapitaalebegunstigdes.

- [20] Ek hoef nie op hierdie stadium te beslis of die wysiging van die trustakte (indien dit wel plaasgevind het) om voorsiening te maak vir betaling van 'n bepaalde som geld op 'n maandelikse basis aan applikante regsgeldig aangegaan is in die lig daarvan dat die trustbegunstigdes moontlik nie tot sodanige wysiging toegestem het nie. Ek verwys in die verband na **Potgieter and Another v Potgieter NO and Others** 2012 (1) SA 623 (SCA) te paras [18] en [29] waarin bevind is dat 'n wysiging van 'n trustakte sonder toestemming van die begunstigdes nietig is. Hierdie aspek is nie volledig in getuienis aangespreek en ook nie voor my geargumenteer nie. Applikant steun ook nie pertinent hierop vir die aangevraagde regshulp nie.

- [21] Ek het geen getuienis voor my wat daarop dui dat hier sprake is van 'n misbruik van die trust as regsfiguur nie en die waarskuwing gerig deur Cameron AR soos hy toe was, in **Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker** 2005 (2) SA 77 (SCA) te para [37] is *in casu* nie van

toepassing is nie. Die trust kan seersekerlik nie as 'n bedrogspul getipeer word nie. Daar bestaan net eenvoudig geen rede om die regsgeldigheid van die trust te bevraagteken nie

IX IS DAAR ALTER EGO BEHEER VAN DIE TRUST EN SKIKKINGSAKTE?

- [22] Applikante en haar suster was saam met eerste respondent die eerste mede-trustees van die trust. Die trust is bedryf vir etlike jare tydens die huwelik van die eggenote en het applikante en eerste respondent selfs toegesien dat twee plase wat die destydse gemeenskaplike boedel aangekoop het, verkoop en getranspoteer word aan die trustees van die trust. Sy het telkens finansiële state van die trust onderteken en is op 'n voortdurende basis op hoogte gehou met die finansies van die trust. Met die sluiting van die skikkingsakte tydens die egskeidingsgeding was sy ook heeltemal tevrede dat die trustees van die trust 'n skriftelike toestemming onderteken ter bevestiging van die trustees se verpligting om maandelikse betalings aan applikante te maak soos in die skikkingsakte ooreengekom. Tewens sy het etlike jare na die egskeiding afgehandel is 'n versoek gerig tot die trustees dat 'n bedrag van oor 'n miljoen rand aan haar beskikbaar gestel word ten einde 'n aftreewoning in Somerset-Wes aan te koop. Dit alles is onversoenbaar met haar aanspraak dat die trust nou ondersoek moet word met betrekking tot die vraag of dit slegs maar eerste respondent se *alter ego* is. Daar is ook geen rede waarom duisende Rande verkwis

moet word op forensiese ondersoeke in die lig van die getuienis op rekord nie. Myns insiens is die teendeel waar. Alhoewel eerste respondent aansienlike toekennings op 'n jaarlikse basis ontvang op grond van dienste wat hy lewer en die uitvoering van sy verpligtinge as boer is die betalings markverwant gegewe die omvang van die boerdery. Die gesonde boerdery-onderneming wat tot stand gekom het, grootliks as gevolg van eerste respondent se insette, is onteenseglik tot voordeel van die trustbegunstigdes en veral die kapitaalebegunstigdes wat tans die partye se meerderjarige kinders is.

- [23] Die applikante se bewering dat die Malan Du Toit Trust gestig is ten einde geld vanaf die trust op onregmatige wyse daarheen te kanaliseer en dat dit inderdaad gedoen is, is sonder enige substansie en kan nie water hou nie. Dit is in elk geval op oortuigende wyse betwis. Daar is geen rede om die weergawe van respondente te verwerp nie.

X HET DIE TRUSTEES DIE VERTROUENSVERHOUDING VAN HULLE AMP NAGEKOM SOWEL AS DIE PLIGTE OPGELÊ DEUR WETGEWING EN DIE GEMENEREG?

- [24] Dit is insiggewend dat verskeie personeellede by die kantoor van die Meester van die Hoë Hof reeds klagtes van applikante hanteer het met betrekking tot die bedrywighede van die trustees. Onder andere is Mnr Strauss gekonsulteer en uiteindelik is die aangeleentheid ook onder die persoonlike aandag van Mnr Du Plessis, die Meester,

gebring. Niks het daarvan gekom nie. Ek sou verwag dat indien daar enige substansie in die bewerings van applikante was, die Meester sou opgetree het ingevolge die magte aan hom toegeken kragtens onder andere artikel 20 van die Trustwet. Hy sou in bepaalde gevalle self die trustees van hul ampte kon onthef, alternatiewelik sou hy 'n aansoek na die Hof kon rig vir 'n bevel om hulle te onthef. Al applikante se aansprake wat onder die aandag van die Meester en ook hierdie hof gebring is, is na my oordeel behoorlik aangespreek deur respondente. Dit is ondenkbaar dat eerste respondent en sy mede-trustees met die feite tans tot my beskikking onthef moet word. So iets kan moontlik lei tot die aanstelling van wildvreemde trustees, alternatiewelik applikante en van haar vertrouelinge, wat tot die gevolg mag hê dat eerste respondent selfs van die plase afgesit en derdes aangestel word om die boerderybedrywighede te hanteer. Boerdery, veral in hierdie moeilike ekonomiese en klimaatsomstandighede, is nie kinderspeletjies nie en moet deur 'n kundige wat 'n persoonlike belang het bedryf word.

- [25] Die feite in **Kidbrooke Place Management Association v Walton NNO** 2015 (4) SA 112 (WCC) is geheel en al onderskeibaar van die feite *in casu*. In daardie geval is die trustee onthef van sy amp. Die twee trustees (die een het voor die aansoek om ontheffing bedank) het 'n maatskappy gestig en aandeelhouding in hulle persoonlike hoedanigheid toegeken. Hulle het voortgegaan en erwe van die trust op gunstige voorwaardes en ver benede markwaarde aan die maatskappy verkoop wat dit dan weer aan derde partye teen

groot winste verkoop het. Sodoende is winste vir hul persoonlike rekenings gemaak tot nadeel van die trust. Die hof het 'n maklike taak gehad om die oorblywende trustee van sy amp te onthef. Vergelyk die hof se benadering te paras [49] – [54] aan die hand van bekende uitsprake.

- [26] Ek is bewus daarvan dat selfs 'n onskuldige trustee wat hom in 'n situasie bevind waar sy belange direk bots met die van sy amp as trustee, deur 'n hof onthef mag word. Vergelyk Cameron *et al* **Honore's South African Law of Trusts** 5de uitg te para [223]. Hier is egter geen bewyse wat so 'n bevinding regverdig nie.

XI IS DIE SKIKKINGSTOEDELING TE OPSIGTE VAN DIE TRUST GELDIG VOLGENS WETGEWING, DIE GEMENEREG EN DIE OPENBARE BELANG?

- [27] Die vierde en laaste kernaspek volgens applikante is die geldigheid al dan nie van die bedrag wat aan haar toegeken is tydens egskeiding.
- [28] In soverre applikante daarop aanspraak maak dat die hof die trustakte kan wysig om die werking van inflasie te neutraliseer en 'n verhoging te gelas van die bedrag wat aan haar betaalbaar is, te wete R5 830,00 per maand, slaan sy die bal uit die aard van die saak mis. Daar is op hierdie bedrag ooreengekom in die skikkingsakte wat 'n bevel van die hof gemaak is en kan die hof nie bloot die ooreenkoms van die partye ignoreer en 'n ander kontrak vir hulle skeep

nie. Nie een van die respondente, en eerste respondent in besonder, en ook nie sy regsverteenwoordigers, het enige voorstelling gemaak op grond waarvan applikante tot haar nadeel gehandel het en op sterkte waarvan sy *iustus error* as wapen kan gebruik om die gevolge van die skikkingsakte wat in 'n hofbevel beliggaam is, te omseil nie. Sy het voldoende tyd gehad om haar posisie te heroorweeg na ondertekening van die skikkingsakte, maar desnieteenstaande het sy eers 'n week later voor 'n senior regter, Malherbe RP, verskyn om getuienis onder eed af te lê op grond waarvan 'n egskeidingsbevel verleen is met inlywing van die skikkingsakte.

- [29] 'n Aspek wat oorweeg behoort te word is die vraag of die voorwaarde wat aan betaling van die maandelikse bedrag gekoppel is, die toets van billikheid, openbare belang en grondwetlikheid slaag en sal ek later hiermee handel.
- [30] Ek het reeds aangetoon dat 'n wysiging van die trustakte soos in die vooruitsig gestel in die skikkingsakte tussen die partye waarskynlik met nietigheid bekleed behoort te word in die lig van die **Potgieter** beslissing. Daar is egter geen aanduiding dat die wysiging van die trustakte in klousule 6.2 van die skikkingsakte in die vooruitsig gestel, wel by die Meester geregistreer is nie. Tewens die konsepdokument wat aangeheg is tot die skikkingsakte is nie deur al die trustees onderteken nie. Applikante wat tans 'n party tot die geding is, is inderwaarheid bevoordeel deur die aangaan van die skikkingsakte in die sin dat sy as een van 'n groep

inkomstebegunstigdes geregtig geword het op 'n bepaalde maandelikse bedrag sonder dat haar posisie as inkomstebegunstigde andersins in gevaar gestel is. Dit sou namens die ander inkomste- en kapitaalebegunstigdes geargumenteer kon word dat 'n wysiging van die trustakte soos beoog tot hulle nadeel is en dat die wysiging vanweë 'n gebrek aan toestemming nietig verklaar behoort te word. Die aspek is nie in getuienis hanteer of voor my beredeneer nie. Ek meen nie dat ek in die omstandighede en met die feite tans tot my beskikking in 'n posisie is om enige bevinding in hierdie verband te maak nie. In elk geval sal dit geen verskil maak aan die *de facto* posisie nie, dit wil sê die ooreenkoms wat tussen die partye bereik en 'n hofbevel tydens die egskeidingsgeding gemaak is.

- [31] Die Konstitusionele Hof het onlangs die kwessie van skikkingsaktes wat in hofbevele vervat word aangespreek. Vergelyk: **Eke v Parsons** [2016] JOL 34112 (CC) te paras [22] – [48] en veral para [41]. Die voordele van skikkingsaktes ter skikking van hofgedinge word wyd erken. Sodra 'n skikkingsakte 'n hofbevel gemaak is, moet dit net soos hofbevele geïnterpreteer word. 'n Skikkingsakte veroorsaak 'n verandering in die status van die betrokke partye se regte en verpligtinge. Die voormalige geskil tussen hulle word bygevolg *res iudicata*. Aplikante, verteenwoordig soos sy toe was deur senior regslui, kan nie nou na al die jare daarop aanspraak maak dat die hofbevel tersyde gestel of gewysig moet word nie.

XII IS DIE TRUST 'N VERLENGSTUK VAN DIE VOORMALIGE GEMEENSKAPLIKE BOEDEL

[32] Applikante steun in hierdie verband daarop dat sy en eerste respondent die mede-oprigters van die trust moes wees met gelyke voordele. Aan die hand van die sogenaamde Massachusetts Trust beginsel (wat eintlik maar 'n besigheidstrust is soos hier te lande daarna verwys) wat sy ontstaan in die Verenigde State van Amerika het, is dit haar oortuiging dat sy en eerste respondent gesamentlik die trustkapitaal verskaf het en dat hulle dus elkeen geregtig is op 50% van die trustboedel. Anders gestel en aldus geargumenteer is die trust eintlik 'n verlengstuk van die huwelik in gemeenskap van goedere. Sy versoek dan nou 'n verklarende bevel tot die effek dat sy en eerste respondent se 50% belang in die trustboedel erken behoort te word. Ons het nie hier met 'n besigheidstrust te doen waar die deelnemers die trustkapitaal voorsien om 'n besigheid deur middel van trustees te bedryf en terselfdertyd as begunstigdes aanspraak te maak op die inkomste wat gegeneer word nie. Die trust voorhande is uit en uit 'n diskresionêre familietrust wat opgerig is tot voordeel van die trustbegunstigdes en om bepaalde inkomstebelasting- en boedelbelastingvoordele te bekom. Daar is geen meriete in applikante se argument nie.

[33] Applikante het sterk gesteun op die uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl in **Badenhorst v Badenhorst** 2006 (2) SA 255 (SCA) vir haar aanspraak dat sy onregverdig

behandel is deur haar regsverteenwoordigers gedurende skikkingsonderhandelinge tydens die egskeidingsgeding en die uiteindelijke sluiting van die skikkingsakte. Die feite in **Badenhorst** is geheel en al onderskeibaar van die feite van toepassing op 'n huwelik in gemeenskap van goed. In die geval van **Badenhorst** het ons te doen gehad met 'n herverdeling van bates van partye in 'n huwelik buite gemeenskap van goedere in terme van artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding, 70 van 1979. Hierdie betrokke subartikel verleen 'n wye diskresie aan houe, maar is nie op huwelike in gemeenskap van goed van toepassing nie.

- [34] Dit sou myns insiens vir 'n hof onmoontlik gewees het om, selfs indien die egskeidingsgeding *in casu* op 'n bestrede basis voortgesit is, 'n bevel te maak met betrekking tot die trustbates soortgelyk aan die **Badenhorst** beslissing. 'n Hof het net eenvoudig nie 'n diskresie in die verdeling van 'n gemeenskaplike boedel van gades getroud in gemeenskap van goed om bates van 'n derde party in te sluit by die gemeenskaplike boedel nie. Hierdie beginsel is finaal uitgeklaar in **WK v KT** 2015 (3) SA 574 (SCA) paras [32] en [34] - [35].

XIII OPENBARE BELANGE EN DIE GRONDWET

- [35] Ek is bereid om die volgende passasie in **Geach & Yeats Trust Law and Practice**, 2007 uitg te p 46 wat soos volg lees as korrek te aanvaar:

“A trust deed cannot unnecessarily restrict a beneficiary, for example, by prohibiting a beneficiary from marrying or providing that a beneficiary will receive a benefit and at the same time restraining the beneficiary from marrying.”

Na my oordeel sal so 'n beperking indruis teen die openbare belang en die individuele regte vervat in ons Handves van Menseregte. Vergelyk ook **Minister of Education v Syfrets Trust Ltd NO** 2006 (4) SA 205 (C) en veral para [47].

- [36] Verskeie fundamentele regte kom in gedrang met die oplegging van so 'n bepaalde beperking. Dit is insiggewend dat eerste respondent reeds kort na die egskeiding in die huwelik getree het met 'n ander dame. Tog het hy dit hom ten doel gestel om te verseker dat applikante nooit trou of met 'n ander man saamleef, tensy sy afstand doen van haar maandelikse toelaag nie. Die partye het dit duidelik gestel dat die bedrag wat aan applikante toegeken is, nie onderhoud verteenwoordig nie. So 'n bepaling is uit die aard van die saak verdag want dit is die tipe beperking wat normaalweg op persone geplaas word wat aanspraak maak op onderhoud na egskeiding (vroue in die meerderheid gevalle). Die vrou ontvang onderhoud van die onderhoudspligtige gewese eggenoot op die basis dat indien iemand anders in die toekoms vir haar kan sorg (soos wanneer sy hertrou of saamleef), die onderhoudspligtige se verpligting sal verval sodat sy nie op verdere onderhoud kan aanspraak maak nie. In *casu* het die ooreenkoms met betrekking tot die betaling van die maandelikse toekenning volgens die *ipse dixit* van die partye niks met onderhoud en

dus eerste respondent se onderhoudsverpligting teenoor applikante te maak nie.

[37] Die retoriese vraag is derhalwe:

“Waarom was dit nodig om so ‘n beperking op applikante te plaas?”

Applikante is nie meer jonk nie en word sy nou verplig om haar te onderwerp aan so ‘n beperking. Sy het dus die keuse om eensaam en alleen die res van haar lewe tegemoet te gaan of om met ‘n ander man saam te leef of te hertrou en dan die reg op ontvangs van die bedrag van R5 830,00 per maand te verbeur. Op die oog af is dit ‘n onbillike beperking. Volgens applikante het ‘n verkragting van die reg plaasgevind en is die aangeleentheid hanteer volgens “the rule of man”. Sy het staatgemaak op die beslissing van die Konstitusionele Hof in **Barkhuizen v Napier** 2007 (5) SA 323 (CC) en die *dictum* te para [29] wat soos volg lees:

“Thus a term in a contract that is inimical to the values enshrined in our Constitution is contrary to public policy and is, therefore, unenforceable.”

[38] Ek het ook reeds hierbo verwys na die beslissing van die Konstitusionele Hof in **Eke v Parsons**. ‘n Hof sal slegs in uitsonderlike gevalle - die mees duidelike gevalle - ‘n kontrak of ‘n bepaling daarin teen die openbare beleid en dus

onafdwingbaar verklaar. Vergelyk Bradfield & Christie **Christie's The Law of Contract of South Africa**, 6de uitg, p 358 en verder en **Juglal v Shoprite Checkers (Pty) Ltd** 2004 (5) SA 248 (SCA) te 258. Dit is ook gepas om na die volgende *dicta* van Brand AR in **Potgieter** *loc cit* te paras [32] – [34] te verwys:

“[32] I find the court a quo's approach fundamentally unsound. I do not believe the two propositions from which it departs are supported by the judgment of Ngcobo J in *Barkhuizen*. Nor does the first proposition reflect the principles of our law of contract as they stand. Reasonableness and fairness are not freestanding requirements for the exercise of a contractual right. That much was pertinently held in *Bredenkamp v Standard Bank of South Africa Ltd* 2010 (4) SA 468 (SCA) para 53. As to the role of these abstract values in our law of contract this court expressed itself as follows in *South African Forestry Co Ltd v York Timbers Ltd* 2005 (3) SA 323 (SCA) para 27:

‘[A]lthough abstract values such as good faith, reasonableness and fairness are fundamental to our law of contract, they do not constitute independent substantive rules that courts can employ to intervene in contractual relations. These abstract values perform creative, informative and controlling functions through established rules of the law of contract. They cannot be acted upon by the courts directly. Acceptance of the notion that judges can refuse to enforce a contractual provision merely because it offends their personal sense of fairness and equity will give rise to legal and commercial uncertainty.’

(See also eg *Brisley v Drotsky* [2002] ZASCA 35; 2002 (4) SA 1 (SCA) paras 21-24 and 93-95; *Maphango v Aengus Lifestyle Properties* 2011 (5) SA 19 (SCA) paras 22-25.)

[33] In *Barkhuizen*, Ngcobo J first explained (para 80) what he meant by the notion of 'good faith', namely that it encompasses the concepts of justice, reasonableness and fairness. He then proceeded to express the principles of our law, as formulated by this court, *inter alia* in *Brisley*, in the following terms (para 82):

'As the law currently stands good faith is not a self-standing rule, but an underlying value that is given expression through existing rules of law. In this instance good faith is given effect to by the existing common-law rule that contractual clauses that are impossible to comply with should not be enforced . . . Whether, under the Constitution, this limited role of good faith is appropriate and whether the maxim *lex non cogit ad impossibilia* alone is sufficient to give effect to the value of good faith are, fortunately, not questions that need be answered on the facts of this case and I refrain from doing so.'

[34] Unless and until the Constitutional Court holds otherwise, the law is therefore as stated by this court, for example, in the cases of *South African Forestry*, *Brisley*, *Bredenkamp*, and *Maphango* which do not support the first proposition relied upon by the court *a quo*. As to the second proposition, it follows, in my view, that the supposed principle of contract law perceived by the court *a quo* cannot be extended to other parts of the law. In addition, the reason why our law cannot endorse the notion that judges may decide cases on the basis of what they regard as reasonable and fair, is essentially that it will give rise to intolerable legal uncertainty. That much has been illustrated by past experience. Reasonable people, including judges, may often differ on what is equitable and fair. The outcome in any particular case will thus depend on the personal idiosyncrasies of the individual judge. Or, as Van den Heever JA put it in *Preller v Jordaan* 1956 (1) SA 483 (A) at 500, if judges are allowed to

decide cases on the basis of what they regard as reasonable and fair, the criterion will no longer be the law but the judge. (See also Brisley para 24; Bredenkamp para 38; P M Nienaber 'Regters en juriste' 2000 TSAR 190 at 193; J J F Hefer 'Billikheid in die kontraktereg volgens die Suid-Afrikaanse regskommissie' 2000 TSAR 143.)"

[39] Ek persoonlik is van oordeel dat die beperking wat op applikante geplaas is, uiters onbillik is. Hierdie is 'n tipiese voorbeeld waar die saak nie beslis moet word op grond van my persoonlike mening nie, maar aan die hand van die geyskte regsbeginssels.

[40] Ek neem ook in ag dat die skikkingsooreenkoms reeds so lank as 13 jaar gelede 'n bevel van die hof gemaak is en dat applikante vir 'n paar jaar heeltemal tevrede was daarmee. Sy het 'n eleksie uitgeoefen en kan nie nou omspring en aanspraak maak dat die skikkingsakte gewysig en/of tersyde gestel word nie. Applikante se aanspraak kan nie *in vacuo* oorweeg word nie. Daar is in elk geval waarskynlik baie ander faktore wat 'n rol gespeel het tydens die destydse skikkingsonderhandelinge en glad nie in hierdie aansoek te berde gebring is nie. Ek dink byvoorbeeld aan applikante se eie verdienvermoë om maar een voorbeeld te noem.

XIV GEVOLGTREKKING

[41] Bygevolg is ek van oordeel dat applikante nie 'n saak uitgemaak het vir enige van die regshulp wat sy versoek nie

en behoort die aansoek afgewys te word. Daar is geen rede waarom die gewone en gebruikelike kostebevel nie verleen behoort te word nie. Koste moet dus die uitspraak volg.

XV BEVEL

[42] Die applikante se aansoek word van die hand gewys met koste.

J. P. DAFFUE, J

Namens die applikante: In persoon

Namens die respondente: Adv. D. J. Van der Walt SC
In opdrag van:
Symington & De Kok
BLOEMFONTEIN