

Misbruik as gevolg van die miskenning van die besigheidstrust as afsonderlike trustentiteit

Verhandeling voorgelê vir die nakoming van die vereistes vir die graad LLM
aan die Potchefstroomkampus van die Noordwes-Universiteit

A Vorster

10854045

Studieleier: Prof L Stander (NWU)

November 2011

BEDANKINGS

Ek wil graag die volgende persone bedank vir elkeen se bydrae tot die suksesvolle voltooiing van hierdie verhandeling:

- My studieleier, Prof Leonie Stander, vir haar bystand, ondersteuning, vriendskap en geduld. Haar leiding, insig in die vakgebied en gewilligheid op soms “onmoontlike” tye was vir my van onskatbare waarde.
 - My man Danie, vir al jou liefde, geduld, ondersteuning en dat jy die heeltyd in my bly glo het.
 - My seuns, Danie en Willie, vir julle geduld met die “boek” wat Mamma moes klaarmaak.
 - My skoonouers, Daan en Kittie Vorster, vir julle ondersteuning en gewilligheid om altyd te help.
 - My vriendin, Christine Bronkhorst, vir jou vriendelikheid en hulp met naslaanwerk en bronverwysings – die versoeke was soms tydrowend.
 - My familie en vriende, vir julle bemoediging en ondersteuning.
 - My kollegas, vir julle insiggewende navorsingsgesprekke.
 - Spesiale dank ook aan my ouers, Willie en Marietjie van Rensburg, wat altyd net ’n oproep vêr was. Julle liefde en ondersteuning beteken vir my so baie.
-

Abstract

Presently, the business trusts is not recognised as a separate trust entity. Consequently, trusts are exploited for business purposes and automatically enjoy the legal protection that goes with it. This dissertation brings to light how lack of attention to the business trust as a separate trust entity, results in serious abuse. It is within this context, and the fact that the courts are more frequently confronted with the results of trust misappropriation, that a serious problem has been identified within South African trust law. A number of judgments clearly indicate that the judiciary has become aware of the misappropriation but is, as yet, unable or without the necessary statutory support to take real action against such abuses. The conclusion is that the courts do recognise the need for legislation to interpret the business trust and provide content to obligations imposed on parties through it, thereby ensuring that a reduction in misappropriation of business trusts is optimised. The present situation within trust practice leads to the inevitable conclusion that clear action must be chosen to deal with the unavoidable abuse. The courts are, however, only able to make a successful contribution if the legislature authorises appropriate and effective remedies. Several suggestions are made regarding the current Law on Trusts that is at present inadequate and needs to be augmented.

Opsomming

Tans word die besigheidstrust nie as 'n afsonderlike trustentiteit erken nie. Gevolglik word 'n trust wat vir besigheidsdoeleindes aangewend word en outomaties gepaardgaande "trustregtelike" beskerming geniet, misbruik. Hierdie verhandeling bring aan die lig dat die miskenning van die besigheidstrust as afsonderlike trustentiteit aanleiding gee tot ernstige misbruike. Dit is dan binne hierdie konteks en die feit dat howe al meer deur die gevolge weens die misbruik van 'n trust gekonfronteer word dat 'n ernstige probleem in die Suid-Afrikaanse trustreg geïdentifiseer is. Dit is duidelik dat 'n hele aantal uitsprake daarop dui dat die regbank bewus geword het van die misbruike maar nog nie by magte is óf voldoende statutêre ondersteuning het om hierdie misbruike daadwerklik aan te spreek nie. Die afleiding word gemaak dat howe erken dat wetgewing daargestel behoort te word om die besigheidstrust te interpreteer en inhoud te gee aan die verpligtinge wat daardeur op die partye opgelê word, om optimale vermindering van die misbruik van die besigheidstrust te verseker. Die situasie soos dit tans in die trustpraktyk bestaan, maak die gevolgtrekking onvermydelik dat daar in 'n rigting beweeg moet word om die onafwendbare misbruike daadwerklik te hanteer. Howe kan egter net 'n suksesvolle bydrae lewer indien die wetgewer geskikte en effektiewe remedies toelaat. Sekere voorstelle word gemaak dat die *Trustwet* soos dit tans van toepassing is, nie voldoende is nie en verder uitgebrei behoort te word.

Trefwoorde: besigheidstrust, trust, trustee, misbruik, trustbegunstigdes,

(the) trust occupies a privileged position in our law, and is an instrument of worth. The lawyer today who specialises in estate planning has learnt how to use the institution of the law of succession to great effect, but somewhere a line has to be drawn in order to prevent the abuse of the concept of a trust (Carmen 1985 Businessman's Law 58).

Inhoudsopgawe

Lys van Afkortings	v
1 Inleiding en probleemstelling	1
2 Agtergrond, ontwikkeling en trustregbeginsels	3
2.1 Agtergrond.....	3
2.1.1 Engelsregtelike geskiedenis	4
2.1.2 Suid-Afrikaanse regspraak rakende die Engelse trustreg	5
2.2 Ontwikkeling van die trustreg	7
2.3 Regsaard van die trust.....	8
2.4 Geldigheidsvereistes vir die oprigting van 'n trust.....	13
2.4.1 Die bedoeling om 'n trust te skep	14
2.4.2 Duidelike omskrywing van trustbates en oordrag	14
2.4.3 Duidelike bepaling van trustbegunstigdes en trusteees.....	15
2.4.4 Regmatige en duidelik omskrewe trustdoel.....	16
2.5 Die "trust" en klassifikasies daarvan	17
2.5.1 Trust in die wye en trust in die eng sin.....	17
2.5.2 Trustbegrip.....	19
2.6 Gevolgtrekking.....	34
3 Erkennung van die besigheidstrust	37
3.1 Inleiding.....	37
3.2 Onderskeid tussen publieke en privaat trust	38
3.3 Keuse van besigheidstrust as ondernemingsvorm	40
3.3.1 Statutêre bepalings	40
3.3.2 Belastingimplikasies	42
3.3.3 Kontinuiteit.....	46
3.3.4 Beperkte aanspreeklikheid	47
3.3.5 Buigsaamheid en geheimhouding.....	51
3.3.6 Keuse van die besigheidstrust as ondernemingsvorm	52
3.4 Die besigheidstrust	53
3.4.1 Amerikaanse konsep as basis	53
3.4.2 Omskrywing en kenmerke	54
3.4.3 Die hoewe se interpretasie en "erkenning" van die besigheidstrust	60
3.5 Gevolgtrekking.....	64
4 Gepaardgaande gevolg van die misbruik van die besigheidstrust.....	67
4.1 Inleiding.....	67
4.2 Partye betrokke by die misbruik van 'n trust	69
4.2.1 Oprigter.....	69
4.2.2 Trustee	70

4.2.3	Trustbegunstigdes.....	73
4.3	Gepaardgaande gevolge indien 'n trust misbruik word	74
4.3.1	Die trust as skynentiteit, <i>alter ego</i> en ongeldigheid	75
4.3.2	Boedelbelastingimplikasies	83
4.3.3	Benadeling van ander partye.....	85
4.3.4	Persoonlike aanspreeklikheid.....	94
4.3.5	Ontheffing uit amp.....	101
4.3.6	"Piercing the corporate veil"/ ontsluitingsremedie.....	104
4.4	Gevolgtrekking.....	109
5	Gevolgtrekking.....	112
	BIBLIOGRAFIE.....	117

Lys van Afkortings

IALR	Inter-America Law Review
INSOL	International Insolvency Review
JBL	Juta's Business Law
JEPL	Journal for Estate Planning Law
JJS	Journal for Juridical Science
SAID	Suid-Afrikaanse Inkomstediens
SALJ	South African Law Journal
SA Merc LJ	South African Mercantile Law Journal
STELL LR	Stellenbosch Law Review
THRHR	Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg
TRW	Tydskrif vir Regswetenskap
TSAR	Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg
WP	Without Prejudice

1 Inleiding en probleemstelling

Die gewildheid van die trust as ondernemingsvorm is geleë in die buigbaarheid en aanwendingsmoontlikhede wat hierdie entiteit inhou. Gevolglik het die gebruik van die besigheidstrust vinnig toegeneem. Die uitgangspunt in hierdie studie is dat die besigheidstrust van die tradisionele trust onderskei kan word. Vir doeleindes van die navorsing word voorgehou dat die besigheidstrust se hoofdoel is om met die trustbates **handel te dryf** sodat wins gemaak kan word, anders as die tradisionele trust, waarvan die hoofdoel is om trustbates te bewaar en te beskerm, alhoewel boedelgroei tog ook beoog word. In die besigheidstrust is die handelsaktiwiteit primêr en word die beskermingselement met 'n winsgewende motief vervang. Tot op hede word die besigheidstrust as sulks egter nog nie as 'n afsonderlike trustentiteit erken nie.

Dit bring die vraag na vore of die misbruik van die besigheidstrust wat tans meer en meer voorkom, hanteer sal kan word en indien wel, hoe hierdie misbruik uitgeskakel kan word indien die besigheidstrust uitdruklik as 'n afsonderlike trustentiteit erken word.

Die navorsing om die gestelde vraag te kan beantwoord word gedoen aan die hand van 'n literatuurstudie en ter aanvang sal daar in hoofstuk 2 'n historiese oorsig oor die Suid-Afrikaanse trustreg gegee word met verdere verwysing na die ontwikkeling van die trustreg en regs aard van die trust. Daarna sal die essensiële vereistes vir die daarstelling van 'n geldige trust bespreek word, omdat die verkillende voorkomste en aanwendingsmoontlikhede van 'n trust hieruit voortvloei en wesenlik relevant is vir die voorgenome ondersoek.

In hoofstuk 3 sal die kwessie rondom die erkenning van die besigheidstrust hanteer word, waarna die onderskeid tussen die privaat besigheidstrust en publieke besigheidstrust kortliks bespreek sal word. Ter verduideliking van die relevansie van die navorsingsvraag word die keuse van die verskillende ondernemingsvorme kortliks bespreek, met inagneming van statutêre bepalings en faktore soos belastingimplikasies, kontinuïteit, beperkte aanspreeklikheid, buigzaamheid en geheimhouding. Laastens in hierdie hoofstuk word die omskrywing en die howe se

interpretasie van die besigheidstrust om te bepaal of die besigheidstrust as sulks erken word, alhoewel dit nog nie statutêr as afsonderlike trustentiteit erken is nie, ondersoek.

Hoofstuk 4 sal gewy word aan 'n bespreking rakende die misbruik van die besigheidstrust. Die aandag sal gevestig word op die betrokke partye van 'n trust weens die direkte verband tussen hul optredes en gepaardgaande misbruike. Die gevolge van die misbruik van die besigheidstrust kan eers uitgewys word indien die norm waaraan dit gemeet word, geïdentifiseer word. Ten slotte in hierdie hoofstuk word die gevolge bespreek aan die hand van spesifieke regspraak.

Daar sal gepoog word om 'n sinvolle en regverdige oplossing te vind vir die kwelpunte rondom die vraagstuk van die erkenning van die besigheidstrust as afsonderlike trustentiteit ten einde die misbruik en gepaardgaande gevolge in die Suid-Afrikaanse trustreg uit te skakel. Gesien in die lig van die onsekerheid oor die afsonderlike bestaan van die besigheidstrust, word aanvaar dat daar ruimte mag wees vir verskeie, ander haalbare en selfs uiteenlopende standpunte. Sou daar tot 'n gevolgtrekking gekom word dat die besigheidstrust inderdaad erken behoort te word, moet ondersoek word of die huidige *Trustwet*¹ voldoende voorsiening maak vir die regulering van so 'n afsonderlike trustentiteit.

Voorstelle en aanbevelings sal in hoofstuk 5 aangebied word waarteen die misbruike en optrede van betrokkenes gemeet kan word. Die werkswyse sal wees om hersiene voorstelle te ontwikkel en terselfdertyd die howe se uitsprake stukrag te gee. Juis daarom sal die fundamentele vraag nie onbepaald vermy kan word nie. Die situasie soos dit tans in die trustpraktyk bestaan, maak die gevolgtrekking onvermydelik dat daar in 'n rigting beweeg moet word om die onafwendbare misbruike van die besigheidstrust daadwerklik te hanteer.

1 *Wet op die Beheer oor Trustgoed* 57 van 1988 (hierna die *Trustwet*).

2 Agtergrond, ontwikkeling en trustregbeginsels

2.1 Agtergrond

Die Romeins-Hollandse reg² was die grondslag van die Suid-Afrikaanse regstelsel. Tot voor die inname deur die Britse Ryk in 1806 het daar in die Romeins-Hollandse Reg soos dit toe in Suid-Afrika toegepas en nagevolg is, geen trustkonsep bestaan nie.³ Aan die begin van die negentiende eeu is die Hollandse bewind finaal beëindig.⁴ Ondanks die ooreenkoms dat die Romeins-Hollandse reg steeds as geldende reg sou dien,⁵ het die Engelse reg die Suid-Afrikaanse reg in 'n groot mate beïnvloed. Die ingevoerde Engelsregtelike trustkonsep is deur die Britse setlaars ontwikkel en woorde soos “trusts” en “trustees” is in testamente, aktes, voorhuwelikse kontrakte en grondoordragte gebruik. Die Engelsregtelike⁶ beginsels is weens die gewildheid daarvan onvermydelik in die Suid-Afrikaanse (toe ontwikkelende) trustreg vermeng. Corbett⁷ verklaar:

This went on for about a century before the courts were called upon to decide authoritatively whether our law could and should give legal effect to a South African trust; and, if so, upon what basis.

Volgens Olivier⁸ was die trust nog altyd 'n trotse besitting van die Engelse regsbedeling. Hierdie ingevoerde trustbeginsels⁹ is onomwonde in die Kaap verwelkom en gebruik.

2 Sien *Mutual and Federal Insurance Co Ltd v Oudtshoorn Municipality* 1985 1 SA 419 (A); *Fourie v Potgietersrusse Stadsraad* 1987 2 SA 921 (A); *Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman* 1997 4 SA 302 (HHA); *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 491; *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ormelas* 1988 3 SA 580 (A) waaruit dit duidelik is dat die Romeins-Hollandse Reg in die Suid-Afrikaanse gemeenereg aanvaar word. Kopel *Guide to Business Law* 301; De Waal 1999 *STELL LR* 23; Van Reenen 1995 *SALJ* 276.

3 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(16).

4 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(16). Die Engelse invloed was só sterk dat Engels in 1822 as die amptelike taal in die Kaap ingestel is.

5 Volgens Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(16) is daar in 1806 ná die Engelse verowering met die vredesluiting ooreengekom dat die Romeins-Hollandse reg steeds as regstelsel sou geld. Sien ook Van Reenen 1995 *SALJ* 276-308.

6 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(10); Strydom *Trustbegunstigdes* 19-24.

7 Corbett 1993 *THRHR* 263; Kopel *Guide to Business Law* 302; Balden 2005 *TRW* 92-93; De Waal 2001 *STELL LR* 63-64.

8 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(16); Olivier 1997 *TSAR* 766; Hahlo 1961 *SALJ* 195-196.

Die doel van hierdie hoofstuk is vervolgens om te verduidelik wat 'n trust is en hoe dit geskep of opgerig word. Dit kan egter nie gedoen word sonder om baie kortliks na die Engelsregtelike geskiedenis van die trustbegrip te verwys nie.

2.1.1 Engelsregtelike geskiedenis

Die ontwikkeling van die Engelse trustreg was nie sonder struikelblokke nie.¹⁰ Net soos die Suid-Afrikaanse trustreg het dit fases van verandering ondergaan. Só is die Engelse trustgedagte weer deur die Middeleeuse Europese gebruike beïnvloed. Testamentêre opvolging was nie erken nie, omrede eiendom in die familie gevestig het en nie in 'n individu nie. Erfopvolging het 'n Bybelse grondslag gehad sonder menslike voorkeure.¹¹ Een van hierdie Europese gebruike was die "Treuhand"-beginsel wat op die Germaanse en Salies-Frankiese gebruike gegrond was. Hiervolgens word een persoon die eienaar van 'n ander persoon se goed, wat gehou moet word ingevolge die eersgenoemde se wil, ten behoeve van andere maar nie tot sy eie persoonlike voordeel nie.¹²

Feodale¹³ heffings gedurende die jaar 1066 het ondergeskiktes onderdruk. Die regte van minderes is glad nie erken nie. Om van die onderdrukkende feodale heffings ontslae te raak, is die "Use"¹⁴ as nuwe uitweg aangegryp. Die "Use" was gegrond op die bogemelde Middeleeuse "Treuhand"-beginsel. Hierdie beginsel het uiteindelik daarin geslaag om die grondslag waarop die feodale stelsel berus het, te laat misluk.

9 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 4; Honoré en Cameron *Trusts* 21; *Twentyman v Hewitt* 1833 1 Menz 156.

10 Oakly *Trust Law* 31.

11 Smith *The Authorization of Trustees* 9.

12 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(11)-1(12); De Waal 2001 *STELL LR* 82; Maitland *Trust and Corporation* 10; Strydom *Trustbegunstigdes* 23-24; Olivier 1997 *TSAR* 756.

13 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(12). 'n Reg op 'n stuk grond is aan 'n ondergeskikte toegesê. Dit was nie eiendomsreg nie, maar 'n reg met betrekking tot die grond waarvan die eiendomsreg (in die grond) in die koning of edelman gevestig het. Vir hierdie voordele wat ontvang is, moes die ondergeskikte weer op sy beurt sekere dienste lewer soos om bv as soldaat op te tree of heffings te betaal. Lg het as feodale heffings bekend gestaan.

14 *Stephenson v Barclays Bank Trust Co Ltd* 1975 1 All ER 625; *McPhail v Doulton* 1971 AC 424; Oakly *Trust Law* 47-62; Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(13). 'n Voorbeeld is as A (feoffor) iets aan B (feoffee) oordra "to the use of C". In wese is dit 'n herhaling van die saalmaninstelling van die vasteland. B is die eienaar van die regte of goed wat aan hom oorgedra is, nie tot eie voordeel nie, maar tot voordeel van C, wat bekend staan as die *cestui que use*.

Weens die uitbuiting van die "Use" en gepaardgaande ekonomiese verliese wat dit meegebring het, is daar ernstig probeer om die "Use"- beginsel te vernietig. Die instelling van die "Statute of Uses" het gepoog om die misbruik van die "Use" tot 'n einde te bring en "the Use was thus conserved in a somewhat altered state".¹⁵ Hierdie herstrukturering het die toets van die tyd deurstaan en die grondidee van die Engelse trustreg gevorm, naamlik om goed in eiendom te hou, nie vir eie voordeel nie, maar tot die voordeel van 'n ander.¹⁶

2.1.2 Suid-Afrikaanse regspraak rakende die Engelse trustreg

Al is die trustidee deel van die Engelse reg en die basis hierop gegrond, is Suid-Afrikaanse skrywers dit eens dat die essensie van die gemelde grondidee reeds in die Suid-Afrikaanse reg ingeburger was, nie lank na die oornamen deur Brittanje nie.¹⁷

Maar reeds vanaf 1833¹⁸ het die Engelsregtelike grondslae van die trust wat in die Suid-Afrikaanse reg gevestig het, tot vele regsrae aanleiding gegee. Howe is van vroeg af gekonfronteer met regsrae rondom die bestaanbaarheid en bruikbaarheid van die trustentiteit.¹⁹ Die samevoeging van verskillende regsgronde van die Romeins-Hollandse reg en Engelse regsinstelling het weliswaar probleme tot gevolg gehad. Hierdie probleme en regsrae is deur die Engelse eiendomsregtelike komponent van "dual ownership"²⁰ en die Romeinsregtelike begrip *dominium*

15 Du Toit *SA Trust Law* 17. "Statutes of Uses" is die wetgewing wat deur koning Hendrik VIII in 1535 ingevoer is in 'n poging om die aanwending van die "Use" (wat baie suksesvol was), te beëindig. Sien Olivier 1997 *TSAR* 766; Smith *The Authorization of Trustees* 16 vir verdere besprekings rakende die "Use" en "Statutes of Uses".

16 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 11(11)-11(15); De Waal 2001 *STELL LR* 64, 82; Maitland *Trust and Corporation* 10; Strydom *Trustbegustigdes* 23-23; Olivier 1997 *TSAR* 756; Smith *The Authorization of Trustees* 11 verklaar dat die "Use" die voorloper was van die hedendaagse erkende trustentiteit. Sien ook Smith *The Authorization of Trustees* 9-17 vir 'n volledige bespreking oor die geskiedenis en ontwikkeling van die trust-idee.

17 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(3). Sien verder die bespreking van Honoré en Cameron *Trusts* 21-24 rakende ander aspekte wat nie met die Engelse reg ooreenstem nie.

18 *Twentyman v Hewitt* 1833 1 Menz 156; Honoré en Cameron *Trusts* 21; Hahlo 1960 *IALR* 229; Olivier 1997 *TSAR* 766.

19 *Van der Plank v Otto* 1912 AD 353; *Sheriff v Greene* 1913 AD 240; *Creighton Trust v CIR* 1955 3 SA 498 (T); *Goldwater v Oltmann* 1930 71 ALR 871.

20 Sien Du Toit *SA Trust Law* 23 waar die skrywer die volgende sê: "The English conception of equitable ownership distinct from, but co-existing with, legal ownership is foreign to South African law." Sien verder Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 18(2)-19.

veroorzaak.²¹ Gemelde beginsels was nie regstegnies versoenbaar nie. Die argument was dat die Engelse trustreg nie deel van die Suid-Afrikaanse trustreg kon vorm nie. Nietemin het 'n Suid-Afrikaanse trustreg begin ontwikkel en hierdie unieke trustregontwikkeling is deur hoofregter Corbett²² tydens 'n seminaar in 1992 soos volg verduidelik:

And this process demonstrates, I venture to suggest, the genius of Roman-Dutch law: its capacity to sustain development in new directions, to branch out when necessary, to absorb concepts from elsewhere and generally to adapt to the needs of society. It demonstrates, too, the advantages of a legal system based upon a common law rooted in broad general principles, as compared with one whose common law has been created casuistically or has been subjected to the relative rigidity of a codification.

'n Kardinale vraag wat onmiddellik ontstaan het, was of die Engelse trustreg dan sonder meer in ons reg erken moes word? Smith²³ bevestig dat dit nodig was om 'n "appropriate legal niche" vir die Suid-Afrikaanse trustreg te vind.

*Estate Kemp v MacDonald's Trustee*²⁴ word as die toonaangewende gesag in die Suid-Afrikaanse trustreg gesien. Op appèl moes die hof uitspraak lewer oor die vraag of die Engelse trustreg as sodanig in die Suid-Afrikaanse reg erken behoort te word. By monde van hoofregters Innes en Solomon was die skrif aan die muur:

*The English law of trusts, forms, of course, no portion of our jurisprudence: nor as pointed out by the learned Judge-president in his able reasons have our Courts adopted it; but it does not follow that testamentary dispositions couched in the form of trust cannot be given full effect in terms of our own law.*²⁵

21 Volgens Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 17(19) gaan dit vir die Engelse regsgeleerde eerder om belange in 'n saak as oor wie presies die baas van die saak self is. Hulle wys daarop dat "ownership" in die Engelse reg nie sinomien is met die Suid-Afrikaanse begrip van eiendomsreg nie. Dit is ook in *Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A) deur regter Joubert gestel dat die Engelse trustreg nie deel van ons regstelsel uitmaak nie. Hy beslis wel dat die trustfiguur in ons reg geakkommodeer kan word. Sien ook die besprekings in para 2.4.3 en 2.4.2.1.

22 Corbett 1993 *THRHR* 264.

23 Smith *The Authorization of Trustees* 20 verklaar: "The crucial question which the trust poses to South African law, however, is, what is the juristic basis for the existence of the relationship between the trustee and the beneficiary? Not having the advantage of an equity jurisdiction, the South African courts must look elsewhere for the source." Sien in hierdie verband ook Kopel *Guide to Business Law* 15-16; Geach *Trusts* 11-12; De Waal 2000 *SALJ* 552-556; Corbett 1993 *THRHR* 262-263.

24 *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 491. Sien verdere verwysings in para 2.5.2.1 en 4.2.2. Sien ook *Greenberg v Estate Greenberg* 1955 3 SA 361 (A); Forsyth 1986 *SALJ* 513-520; Corbett 1993 *THRHR* 263-264; Hahlo 1961 *SALJ* 199; De Waal 2000 *SALJ* 555-556.

25 *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 499. Sien ook die bespreking van De Waal 2001 *STELL LR* 63-65; Corbett 1993 *THRHR* 263.

*But though we have adopted the terms trust and trustee, it does not by any means follow that we have also taken over the whole or any part of the English law on the subject.*²⁶

Die regters was dit eens. Die Engelse trustreg word nie as deel van die Suid-Afrikaanse trustreg aanvaar nie.²⁷ Die hof erken egter dat 'n trust wel op reeds bestaande regsbeginnels erkenning kan geniet.

*The underlying conception in these and other cases is that while the legal dominium of property is vested in the trustees, they have no beneficial interest in it but are bound to hold and apply it for the benefit of some person or persons or for the accomplishment of some special purpose. The idea is now so firmly rooted in our practice, that it would be quite impossible to eradicate it or to seek to abolish the use of the expression trustee, nor indeed is there anything in our law which is inconsistent with the conception.*²⁸

Die standpunt is dat die trustbegrip²⁹ en die praktiese bruikbaarheid daarvan nie deur die begrippe "dual ownership" en *dominium* geaffekteer word nie. Die Engelse trustreg³⁰ kan wel in die Suid-Afrikaanse trustreg geakkommodeer word.³¹

Só is die historiese ontwikkeling van die trust ook in 2005 deur appèlregter Cameron in *Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker*³² bevestig:

(that) the English law trust, and the trust-like institutions of the Roman and Roman-Dutch law, were designed essentially to protect the weak and to safeguard the interests of those who are absent or dead. This guiding principle provided the foundation for this Court in major decisions over the past century in which the trust form has been adapted in South African law: That the trustee is appointed and accepts office to exercise fiduciary responsibility over property on behalf of and in the interest of another.

2.2 Ontwikkeling van die trustreg

Soos hierbo reeds ten opsigte van die Engelse reg gemeld is, het die grondidee van die trustreg die toets van die tyd deurstaan. Hierdie konsep is ook mettertyd in die

26 *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 508. Verdere verwysings na hierdie saak in para 2.5.2.1 en 4.2.2.

27 Forsyth 1986 SALJ 513. De Waal 2001 STELL LR 63-64; Strydom *Trustbegunstigdes* 19-24; De Waal 2000 SALJ 556 bespreek die beslissing van *Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A) en wys op die hof se gewilligheid om die trust te akkommodeer. Hy beklemtoon dat die hof in so 'n mate ontwikkel het om 'n unieke Suid-Afrikaanse trustkonsep te bewerkstellig.

28 *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 507.

29 Sien Honoré en Cameron *Trusts* 24 vir 'n volledige bespreking van die Suid-Afrikaanse trustreg.

30 Cortbett 1993 THRHR 264; Hahlo 1960 IALR 229-230; Olivier 1997 TSAR 766; Theron *Besigheidstrust* 82 verduidelik dat die Engelse korporatiewe reg egter nie die ontstaansbron van die besigheidstrust is nie. Sy gee egter toe dat die idee om die trust vir besigheidsdoeleindes aan te wend, uit die Engelse reg afkomstig is.

31 Sien ook *Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 840 (A).

32 *Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker* 2005 2 SA 77 (HHA) 86 (hierna die *Parker*-beslissing). Sien verdere verwysings na die saak in para 3.4.2, 4.2.3-4.3.4 en 4.3.6.

Suid-Afrikaanse gemenereg erken. Probleme en vraagstukke rakende die akkommodasie van die “trustkonsep” in die Suid-Afrikaanse trustreg het aanleiding gegee tot ’n ondersoek deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie.³³ Aspekte wat oorweeg moes word, was onder andere ’n duideliker omskrywing van die trustbegrip, die verwoording van trustgoed en die neerlê van duideliker administratiewe reëlins. In Junie 1987 is ’n finale verslag deur die Regskommissie rakende die hersiening van die trustreg voorgelê. Die uiteinde van die bevindings was die inwerkingstelling van die *Wet op die Beheer oor Trustgoed*.³⁴ Vervolgens aan die orde is ’n bespreking van enkele van die beginsels wat deur hierdie wet hanteer, bevestig of daargestel is.

2.3 Regsaard³⁵ van die trust

Daar bestaan geen twyfel nie. Die presiese regsaard van die trust bly ’n omstrede kwessie in die Suid-Afrikaanse trustreg. Die vraag is steeds nie bevredigend beantwoord nie en die wrywing en spanning rakende die onsekerheid oor wie die regsubjek van ’n trust is, duur voort.³⁶ ’n In-diepte bespreking rakende die regsaard van die trust val egter buite die bestek van hierdie navorsing. Volledigheidshalwe word hier slegs ’n kort oorsig gegee.

Regsbevoegdheid is die vermoë om in die regsverkeer te kan deelneem, eie regte en verpligtinge te hê, in die posisie te wees om bates te verkry, ’n party tot ’n kontrak te wees, ’n eis te kan instel en om in die hof gedagvaar te kan word.³⁷

33 Smith 2007 *JJS* 164; Corbett 1993 *THRHR* 269 waar die skrywer die volgende sê: “Over the years these topics (uncertainty about the precise legal relationship between the trustee and the trust property, insolvency of the trustee, juristic personality of a trust, discretionary powers of a trustee and the powers of the Court to vary and administer trusts, about whether or not a trust constituted a juristic person etc) have to some extent been dealt with by judicial decision, but in the 1980’s a feeling arose that some of the above raised intractable problems and that the intervention of the legislature was needed.”

34 In a1 van die *Trustwet* word die terme “trust” en “trustgoed” gedefinieer; aa 2-27 handel oor die administratiewe reëlins. Sien ook die bespreking van Kopel *Guide to Business Law* 302; Strydom *Trustbegunstigdes* 24-27; Wunsh 1988 *De Rebus* 547-556; Strydom *Trustbegunstigdes* 24-27; Mostert 2002 *STELL LR* 152; Corbett 1993 *THRHR* 267; Smith 2007 *JJS* 164; Roos 1990 *THRHR* 84.

35 Kopel *Guide to Business Law* 302; Theron 1991 *De Jure* 322; Murray 1959 *SALJ* 371.

36 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2(31); Mostert 2002 *STELL LR* 155-157; Strydom *Trustbegunstigdes* 61-62.

37 *CIR v MacNeillie’s Estate* 1961 3 SA 833 (A); *Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A); *Kohlberg v Burnett* 1986 3 SA 12 (A); *CIR v Friedman* 1993 1 SA 353 (A). Kopel *Guide to Business Law* 4 verklaar dat regspersoonlikheid verwys na dié entiteite wat ingevolge die reg

Williams³⁸ beskryf 'n regspersoon soos volg:

The expression "legal person" (Latin: persona) means an entity capable of having legal rights and incurring legal obligations. Legal personality is not a phenomenon but a creature of law. In other words, the law determines what beings or objects are accorded legal personality.

Die kwessie rakende die erkenning van die trust as regspersoon is deur skrywers³⁹ en regspraak⁴⁰ deurtrap. Olivier⁴¹ verklaar dat die wetgewer nie bereid blyk te wees om die trust in al sy aanwendingsgebiede as " 'n persoon" te verklaar nie. Honoré⁴² is van mening dat die trust nie 'n regspersoon is nie, maar wel vir sekere doeleindes 'n afsonderlike regsfiguur *sui generis* is. Sonder regspersoonlikheid moet alle regshandelinge van die trust deur 'n gemagtigde trustee verrig word. Almal (behalwe Van Zyl⁴³) is dit eens dat 'n trust nie 'n regspersoon is nie.⁴⁴

draers van regte en verpligtinge mag wees. Sien Pienaar *Regsubjektiviteit en die Regspersoon* 70 rakende bepaalde vereistes waaraan voldoen moet word om as 'n gemeenregtelike regspersoon te kwalifiseer. Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 17; 2(40) en 3(18). Larkin 1989 SA Merc LJ 290.

38 Williams *Corporate and Partnership Law* 73.

39 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2(38)-2(40); Stander 2008 *INSOL* 166; Murray 1962 *SALJ* 37-42; McLennan 2006 SA Merc LJ 332; De Waal 1993 *THRHR* 8-10; Theron 1991 *De Jure* 320-324; Geach *Trusts* 14,71; Corbett 1993 *THRHR* 268; Mostert 2002 *STELL LR* 151-153.

40 Sien ook sake soos *Estate Smith v CIR* 1960 3 SA 375 (A); *CIR v Emary* 1961 2 SA 621 (A); *CIR v Friedman* 1993 1 SA 353 (A); *Magnum Financial Holding (Pty) Ltd v Summerly* 1984 1 SA 160 (W); *CIR v Dyefin Textiles (Pty) Ltd* 2002 4 SA 606 (N); *Mariola v Kaye-Eddie* 1995 2 SA 728 (W); *Rosner v Lydia Swanepoel Trust* 1998 2 SA 123 (W); *Desai-Chilwan v Ross* 2003 2 SA 644 (K). In *Estate Watkins-Pitchford v CIR* 1955 2 SA 437 (A) het dit geblyk dat alhoewel 'n trust nie regspersoonlikheid het nie, dit nietemin as 'n afsonderlike entiteit erken word. Dit is gevolglik by magte om 'n boedel te hê en verpligtinge aan te gaan wat tog in 'n mate sekere "regspersoonlikheid" verleen.

41 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2(40).

42 Honoré en Cameron *Trusts* 72. Sien ook Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 18 en Du Toit 2004 *TSAR* 149-161. De Waal 1993 *THRHR* 8 meen dat die grondslag vir die regspraak van die trust baie uiteenlopend is. Op 9-10 is sy verduideliking: "Uiteindelik sal die fundamentele vraag na die presiese regspraak van die trust egter ook om hierdie rede nie onbepaald vermy kan word nie. 'n Eerlike analise van die situasie soos dit tans daar uitsien, maak die gevolgtrekking onvermydelik dat 'n sekere stukrag in die rigting van die toekenning van regspersoonlikheid aan die trust waarneembaar is in wetgewing, die regspraak en die trustpraktyk."

43 Die regsteoretikus Van Zyl se standpunt is dat die trust deur sy bestuursliggaam (dienende en opvolgende trustees tesame met die staat) 'n regspersoon is. Sien Van Zyl 1989 *THRHR* 325-347. Sien ook Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2(32); Murray 1959 *SALJ* 371; Strydom *Trustbegunstigdes* 61-69.

44 Indien die trust as 'n regspersoon erken word, sal dit tot gevolg hê dat dit moeiliker geadministreer sal word, gelikwedeer sal moet word en uit 'n belastingoogpunt dalk minder aantreklik sal wees (De Waal 1993 *THRHR* 10). Sien ook Mostert 2002 *STELL LR* 151-153; Strydom *Trustbegunstigdes* 61-65.

Hierdie anomalie ten opsigte van die trust se regs aard word wyd erken en aanvaar en steeds geargumenteer.⁴⁵ Geach⁴⁶ se standpunt is dat 'n trust nie 'n regspersoon is nie:

A trust is not a person in law, other than for tax and certain specific purposes provided for by statute. In other words, for certain purposes a trust is recognised by legislation as a person, but for all other purposes a trust is merely a collection of assets and liabilities administered and controlled by at least one trustee.

Die regsaspekte waarmee die howe oor die aangeleentheid rondom regspersoonlikheid gekonfronteer is, het weliswaar ook op die belastingomgewing 'n uitwerking gehad. In die appèlhofbeslissing van *CIR v MacNeillie's Estate*⁴⁷ het die vraag na vore gekom of die trust as 'n regspersoon erken⁴⁸ kan word na aanleiding van betaalbare boedelbelasting deur 'n trust as 'n afsonderlike entiteit.⁴⁹ Die hof het beslis dat 'n trust nie as 'n persoon (regspersoon) erken kan word nie. Die trustees kan egter in hul amptelike hoedanigheid optree.

*(it) is trite law that the assets and liabilities in a trust vest in the trustee. Neither our authorities nor our courts have recognised it as such a persona or entity.*⁵⁰

In *Kohlberg v Burnett*⁵¹ moes die hof die vraag rakende regspersoonlikheid beantwoord onder die omstandighede van 'n bemaking aan 'n trust.⁵² Die argument was dat 'n trust nie 'n regspersoon is nie en geen voordele ingevolge 'n testament kon ontvang of oor eiendom kon beskik nie. Sou die bemaking in die testament as ongeldig verklaar word, sou dit intestate vererwing tot gevolg hê. Regter Rabie het die argument, dat geen voordele ontvang óf oor beskik kon word, verwerp. Hy het

45 Howe wys op die praktykgevalle waar die trust wel die eienskappe van 'n regspersoon toon. Sien bv *Ex parte Milton* 1959 3 SA 347 (SR); *Magnum Financial Holding (Pty) Ltd v Summerly* 1984 1 SA 160 (W); *Van der Westhuizen v Van Sandwyk* 1996 2 SA 490 (W). In *Harris v Rees* 2011 2 SA 294 (GS) verklaar die hof dat 'n trust nie 'n regspersoon is nie en dat die bates in die trustees in hul ampshoedanigheid vestig. Theron 1991 *De Jure* 324 bespreek die nadele wat gepaard gaan met die verlening van regspersoonlikheid. De Waal 1993 *THRHR* 10; Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 17-18(1);

46 Geach *Trusts* 71, 169; Elliott 2008 *WP* 55-56.

47 *CIR v MacNeillie's Estate* 1961 3 SA 833 (A).

48 Honoré en Cameron *Trusts* 67; Wunsch 1986 *SALJ* 574; Strydom *Trustbegunstigdes* 74-76; *CIR v Emary* 1961 2 SA 621 (A); *Malone Trust v SIR* 1977 2 SA 819 (A).

49 Sien ook *Estate Smith v CIR* 1960 3 SA 375 (A). In *CIR v Emary* 1961 2 SA 621 (A) is beslis dat 'n bestorwe boedel nie 'n persoon vir boedelbelastingdoeleindes is nie.

50 *CIR v MacNeillie's Estate* 1961 3 SA 833 (A) 840.

51 *Kohlberg v Burnett* 1986 3 SA 12 (A). Sien De Waal 1993 *THRHR* 7 vir 'n bespreking van hierdie saak.

52 *Kohlberg v Burnett* 1986 3 SA 12 (A) 6. Let op die hof se mening dat daar nog presiese uitsluitel oor die regs aard van 'n trust verkry moet word.

bevind dat 'n trust nie 'n regspersoon⁵³ is nie, maar dat die trustees van die trust steeds bevoeg is om in hul ampshoedanigheid oor eiendom te kan beskik.

*Although a trust as such cannot strictly be a beneficiary under a will, a bequest can be made to the trustee qua trustee for the benefit of an existing trust.*⁵⁴

Hieruit wil dit voorkom dat 'n ongekwalifiseerde ontkenning van 'n regspersoon nie suiwer korrek is nie. Hoewel die trust nie 'n regspersoon is nie, vestig die erflating in die trustees in hul ampshoedanigheid om dit te bestuur tot voordeel van die begunstigdes.

*CIR v Friedman*⁵⁵ was die deurslaggewende uitspraak rakende regspersoonlikheid van 'n trust onder belastingomstandighede. In hierdie saak het die hof bevind dat 'n trust ingevolge artikel 5 van die *Inkomstebelastingwet*⁵⁶ nie as 'n regspersoon geklassifiseer kan word nie.⁵⁷ Dit het tot gevolg dat 'n trust dan nie as 'n belastingpligtige kwalifiseer nie. Uit dié saak het dit geblyk dat dit geensins die wetgewer se bedoeling was om die trust vir belastingdoeleindes as sulks in te sluit nie.

Gegronde op die bogenoemde onsekerhede en negatiewe uitsprake rakende die trust as afsonderlike regsentiteit, het die Suid-Afrikaanse Inkomstediens⁵⁸ by wyse van die wysiging van die *Inkomstebelastingwet* onomwonde ook 'n trust as 'n belasbare entiteit of persoon⁵⁹ vir belastingdoeleindes ingesluit.⁶⁰

53 Sien Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2.

54 *Kohlberg v Burnett* 1986 3 SA 12 (A) 24.

55 *CIR v Friedman* 1993 1 SA 353 (A).n

56 58 van 1962 (hierna die *Inkomstebelastingwet*)

57 In *CIR v MacNeillie's Estate* 1961 2 SA 833 (A) moes ook bepaal word of 'n trust as 'n "persoon" vir sekere artikels van die *Boedelbelastingwet* 45 van 1955 (hierna die *Boedelbelastingwet*) gesien moes word. Sien ook *CIR v Emary* 1961 2 SA 621 (A); *Pieters Family Trust v Colyn* 2006 JOL 17570 (K) asook *Train v Msomi* 2008 JOL 21409 (LCC) waar die hof beslis dat 'n trust nie oor regspersoonlikheid beskik nie. Sien verder De Waal 1993 *THRHR* 6.

58 Hierna verwys as die SAID.

59 Kragtens a 1 van die *Inkomstebelastingwet* word 'n "trust" gedefinieer as: "enige trustfonds bestaande uit kontant of ander bates wat deur 'n persoon wat in 'n fidusiële hoedanigheid optree, geadministreer en beheer word, waar daardie persoon ingevolge 'n trustakte of ooreenkoms of ingevolge 'n testament van 'n oorlede persoon aangestel is." Sien ook Murray 1962 *SALJ* 37-42.

60 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2. 'n Entiteit is eers belasbaar as dit as 'n persoon erken word en dit seker is dat daardie persoon inkomste moes ontvang of laat toeval het. Vir meer volledige besprekings rakende die effek van inkomstebelasting op 'n trust, sien Rosenzweig 1981 *SALJ* 502-515; Van Der Merwe 2000 *SA Merc LJ* 319-329; Kevin 2004 *De Rebus* 36-39; Olivier 1998 *SALJ* 523-524; Davis 1986 *The Taxpayer* 63-70.

Die insluiting van 'n trust met regspersoonlike eienskappe is ook te vinde in besondere gevalle rakende oordragkoste,⁶¹ belasting op toegevoegde waarde⁶² en ook in sommige gevalle van sekwestrasie.⁶³ Dit blyk dat die oorwegende standpunt soos volg verwoord kan word:

*(that) in addition to not being a persona, a trust is not a separate legal entity, it is clear that in the developing law of trusts in South Africa, it is recognised that a trust has a legal existence, whether it be called "an entity", "an institution" or "an arrangement".*⁶⁴

Hierdie erkenning is egter nie so eenvoudig nie en Olivier⁶⁵ meen dat die trustregtelike beginsels wat oor eeue ontwikkel het, nie met die poging om regspersoonlikheid te vestig, skade moet ly nie.

Dit is my mening dat die kwessie rondom die regs aard⁶⁶ van 'n trust nog nie bevredigend uitgeklaar is nie.⁶⁷ Dit is gemene saak dat 'n trust nie 'n regspersoon is nie en die trustee is die draers van die regte en verpligtinge.⁶⁸ Daar word volstaan met die mening dat daar tog 'n mate van afsonderlikheid is in die wese van die trust op grond van die twee⁶⁹ afsonderlike boedels soos reeds genoem. Daar word vir hierdie navorsing dan volstaan by Honoré⁷⁰ se verduideliking dat die trust nie 'n

61 A1 van die *Hereregterwet* 40 van 1949 (hierna die *Hereregterwet*). Sien verder *Joubert v Van Rensburg* 2001 1 SA 753 (W); *Mkangeli v Joubert* 2002 4 SA 36 (HHA).

62 A1 van die *Wet op Belasting op Toegevoegde Waarde* 89 van 1991 (hierna die *BTW Wet*).

63 *Magnum Financial Holdings v Summerly* 1984 1 SA 160 (W); *Joubert v Van Rensburg* 2001 1 SA 753 (W). Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 18. Na verskeie beslissings is die *Registrasie van Akteswet* 47 van 1973 ook gewysig om voorsiening te maak in artikel 12 van die definisie van 'n persoon, wat ook 'n trust insluit.

64 *BOE Bank Ltd v Trustees, Knox Property Trust* 1999 1 All SA 425 (D).

65 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktijk* 3(19).

66 In *Van der Westhuizen v Van Sandwyk* 1996 2 SA 490 (W) is ook beslis dat 'n trust nie 'n regspersoon is nie en die bates vestig in die trustee in hul ampshoedanigheid. Sien Murray 1959 SALJ 371; Strydom *Trustbegunstigdes* 61-69. Sien Abrie ea *Estates* 61 wat ook die trust as 'n regspersoon erken.

67 Dit is ook die standpunt van Honoré en Cameron *Trusts* 10; Du Toit *SA Trust Law* 14; Stander 1999 TRW 146. Sien ook *CIR v Emary* 1961 2 SA 621 (A); *Cilliers v Kuhn* 1975 3 SA 881 (NK); *Magnum Financial Holdings v Summerly* 1984 1 SA 160 (W). Sien verder Theron 1991 *De Jure* 324 vir 'n bespreking van nadele wat met die verlening van regspersoonlikheid gepaard gaan.

68 *Van der Westhuizen v Van Sandwyk* 1996 2 SA 490 (W); *Rosner v Lydia Swanepoel Trust* 1998 2 SA 123 (W); *Cupido v King's Lodge Hotel* 1999 4 SA 257 (E); *Desai-Chilwan v Ross* 2003 2 SA 644 (K).

69 Of meer (afhangende van die aantal trusteees).

70 Honoré en Cameron *Trusts* 72; Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 18; Du Toit 2004 TSAR 149-161; De Waal 2001 *STELL LR* 65; Murray 1959 SALJ 371. Sien ook *Harris v Rees* 2011 2 SA 294 (GS); *Van der Westhuizen v Van Sandwyk* 1996 2 SA 490 (W).

regspersoon is nie, maar wel vir sekere doeleindes 'n afsonderlike regsfiguur *sui generis* is.

2.4 Geldigheidsvereistes vir die oprigting van 'n trust

Uit die voorafgaande bespreking is dit duidelik dat daar 'n verband is tussen die regs aard van 'n trust en die vereistes waaraan 'n trust moet voldoen. Dit is dan ook binne hierdie konteks dat daar gekyk gaan word na die geldigheidsvereistes wat betrekking het op die oprigting van 'n trust.

Volledigheidshalwe sal die essensiële vereistes⁷¹ vir die totstandkoming van 'n trust kortliks bespreek word, omdat daar telkens in hierdie navorsing na hierdie vereistes verwys sal word en dit derhalwe tog in 'n mate van belang is om te vermeld. Die vereiste elemente het uit die trustkonsep gekristalliseer. Verder word dit aan die hand van die oprigtingbepalings soos vervat in die *Trustwet*, die gemeenregtelike beginsels asook goeie besigheidspraktyk ondersteun. Dit is egter noodsaaklik dat 'n trust moet verseker dat die trustees onder 'n regsverpligting verkeer om die trustbates namens die begunstigdes te bestuur.⁷² 'n Trustakte⁷³ dien as handleiding vir duidelikheid rakende die begunstigdes, trustees⁷⁴ en om selfs spesifieke administratiewe bepalinge te beklemtoon. Die essensiële vereistes vir die daarstelling⁷⁵ van 'n geldige trust⁷⁶ is vervolgens aan die orde.

71 Sien Honoré en Cameron *Trusts* 12; Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2(15); Havenga ea *Kommersiële Reg* 358; Van der Linde 2007 *De Jure* 434; Olivier 1998 *SALJ* 526; Strydom *Trustbegunstigdes* 27-32.

72 Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 254; *Estate Price v Baker and Price* 1905 22 SC 321.

73 Geach *Trusts* 37. Hy omskryf 'n trustakte as 'n skriftelike ooreenkoms of testamentêre geskrif of 'n hofbevel waarvolgens 'n trust tot stand kom. Op 39 wys hy daarop dat "an intention to create a trust must therefore be present because a trust imposes a burden on the trust property, and freedom from burdens is presumed." Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2; Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 36(5); Honoré en Cameron *Trusts* 137; Havenga ea *Kommersiële Reg* 460. Sien ook *Estate Price v Baker and Price* 1905 22 SC 321; *Crookes v Watson* 1956 1 SA 277 (A).

74 A 7 van die *Trustwet*.

75 Daar is wel faktore wat nie as vereistes vir die oprigting van 'n geldige trust beskou word nie, bv statutêre toesighouding wat nie 'n vereiste is nie. Sien Honoré en Cameron *Trusts* 176; *In re Estate Grayson* 1937 AD 96.

76 Sonder die geldigheidsvereistes kom geen trust tot stand nie. Sien Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 2(12). Die vereiste vir 'n wettige trustdoel is vanselfsprekend (*Administrators, Estate Richards v Nichol* 1996 4 SA 253 (K); *Peterson v Claassen* 2006 5 SA 191 (K); *Nel v Metquity* 2007 3 SA 23 (HHA); Van der Linde 2007 *De Jure* 434).

2.4.1 Die bedoeling⁷⁷ om 'n trust te skep

Die oprigter⁷⁸ se bedoeling moet duidelik in die trustakte verwoord word. Slegs die blote verwysing⁷⁹ na die woorde “trust” en “trustee” kan wel 'n aanduiding wees van die bedoeling om 'n trust tot stand te bring. Dit is egter nie afdoende bewys nie. Die bedoeling⁸⁰ moet op 'n regsgeldige wyse verwoord word en 'n bindende verpligting skep. Honoré⁸¹ meet die oprigting van 'n trust aan die verpligtinge wat die administrasie van trustbates meebring.

The obligation here envisaged is either (i) the obligation resting on the trustee to administer the property for the trust object, or (ii) the obligation resting on the founder or on another to take the necessary steps to ensure that the property is administered by a trustee... Either obligation will suffice for the existence of a valid trust.... in the absence of a juristic act that imposes an obligation of the appropriate sort no trust is created and the purported disposition has no legal effect.

Daar kan dus gesê word dat die bedoeling om 'n trust op te rig of te skep getoets of gemeet word aan die verpligtinge wat met die oprigting geskep word. Die **verpligtinge** is die aanduidende faktor van die bedoeling van die oprigter.

2.4.2 Duidelike omskrywing van trustbates en oordrag

“Trustgoed” of “goed”⁸² word in artikel 1 van die *Trustwet* gedefinieer as:

77 Sien *Jarvis v Hawkin* 1959 2 SA 594 (FC); *Estate Price v Baker and Price* 1905 22 SC 321; *Estate Smith v Estate Gourlay* 1935 CPD 161; *Fattorini v Johannesburg Board of Executors and Trust Co Ltd* 1948 4 All SA 344 W. Havenga ea *Kommersiële Reg* 458 verduidelik dat die bedoeling om 'n trust op te rig baie duidelik in die trustakte verwoord moet word, omrede daar in die Suid-Afrikaanse reg 'n vermoede teen die oplê van beswarings op eiendom bestaan.

78 Die oprigter kan meer as een persoon wees. Uit 'n praktiese oogpunt word dit egter aanbeveel dat 'n oprigter nie ook die enigste trustee moet wees nie, om die eenvoudige rede dat sou die oprigter te sterwe kom, die trust sonder 'n trustee gelaat word. Die oprigter kan ook mede-trustee en/of mede-begunstigde van die trust wees, maar die oprigter kan nie die enigste trustee en enigste begunstigde wees nie. Die oprigter kan vir homself die reg uithou om verdere trustees aan te stel (*Creighton Trust v CIR* 1955 3 SA 498 (T); Honoré en Cameron *Trusts* 19; Davis 1986 *The Taxpayer* 65-65). Die oprigter kan dus mede-trustee en mede-begunstigde wees óf (myns insiens) enigste trustee en mede-begunstigde.

79 Sien die *Goodricke*-beslissing; *Pezzutto v Dreyer* 1992 3 SA 379 (A); *Deedat v The Master* 1995 2 SA 377 (A); *Hilda Holt Will Trust v CIR* 1992 4 SA 661 (A). Sien ook Honoré en Cameron *Trusts* 120-127; Geach *Trusts* 39; Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 36(4)-36(5).

80 Geach *Trusts* 39; Davis 1986 *The Taxpayer* 67.

81 Honoré en Cameron *Trusts* 138.

82 In verdere besprekings sal daar na “trustbates” in plaas van “trustgoed” verwys word. Sien Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 36(6).

Roerende goed of onroerende goed, en ook enige voorwaardelike reg op goed, wat deur 'n trustee ooreenkomstig die voorskrifte van 'n trustdokument geadministreer of oor beskik moet word.

Daar is 'n verpligting dat die trustgoed redelik duidelik vasgestel moet word ten einde 'n geldige trust tot stand te bring.⁸³ Verder is die oordrag van trustbates 'n voorvereiste vir die totstandkoming van 'n geldige trust. Aangewysde trustbates moet dus deur die oprigter **aangewys** word en dan moet daar 'n **oordrag** van goed⁸⁴ of 'n verpligting tot oordrag van goed wees ten einde beheer van die trustbates af te staan.⁸⁵

2.4.3 Duidelike bepaling van trustbegunstigdes en trustees⁸⁶

Die aanwysing van een of meer trustees⁸⁷ is wesenlik. Die trustee moet beheer neem oor die aangewysde trustbates⁸⁸ wat geadministreer moet word ten behoeve van die trustbegunstigdes.

Trustbegunstigdes word deur die oprigter aangewys om uit die trustfondse bevoordeel te word.⁸⁹ Bepaalde of bepaalbare begunstigdes kan aangewys word as

83 Van der Linde 2007 *De Jure* 434; Strydom *Trustbegunstigdes* 35-37; Olivier 1998 *SALJ* 526; Du Toit 2007 *STELL LR* 470.

84 Daarom my standpunt dat die oprigter ook die enigste trustee kán wees (alhoewel nie aan te beveel nie), omdat daar 'n oordrag van goed is en hy die goed nou in 'n ander hoedanigheid hou.

85 Sien verder *Conze v Masterbond Participation Trust Managers (Pty) Ltd* 1996 3 SA 786 (K); *Deedat v The Master* 1995 2 SA 377 (A); *Peterson v Claassen* 2006 5 SA 191 (K); Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 36(5). Op 36(6) verklaar die skrywers die volgende: "In the absence of a juristic act (no) trust is created and the purported disposition has no legal effect". Geach *Trusts* 42; Havenga ea *Kommersiële Reg* 460; Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2(15).

86 Sien ook *Ex parte Executors Estate Kemp* 1940 WLD 26; *Batt v Widow Batt* 1935 2 Menz 430; *Harter v Epstein* 1953 1 SA 287 (A); Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 265-266.

87 A 1 van die *Trustwet* omskryf 'n "trustee" as iemand (met inbegrip van die oprigter van 'n trust) wat as trustee optree uit hoofde van 'n magtiging kragtens a 6 en ook iemand wie se aanstelling as trustee by die inwerkingstreding van hierdie Wet reeds van krag is.

88 Sien *Boyce v Bloem* 1960 3 SA 855 (T). Tov die kwessie van beheer, sien die bespreking van die *Parker*-beslissing in die hoofstukke wat volg.

89 Geen trust kan bestaan sonder begunstigdes nie. Bepaalde regte word aan die begunstigdes verleen, afhangend van die tipe begunstigdes, hetsy diskresionêr of vestigend. Die begunstigdes is ook geregtig op toegang tot inligting rakende die bestuur en administrasie van trustbates. Sien verder *Doyle v Board of Executors* 1999 2 SA 805 (K); *Hofer v Kevitt* 1996 2 SA 402 (K); *Gross v Pentz* 1996 4 SA 617 (A); Geach *Trusts* 176; Strydom *Trustbegunstigdes* 55-60; Coetzee 2007 *De Rebus* 1-9; Olivier 1998 *SALJ* 526; Du Toit 2007 *STELL LR* 470.

inkomstebegunstigdes⁹⁰ of kapitaalebegunstigdes⁹¹ of as beide. Soms kan ook van 'n trustee verwag word om begunstigdes aan te wys. Dit is 'n vereiste dat die voordele toegewys moet word aan bepaalde of bepaalbare begunstigdes of vir 'n goed omskrewe onpersoonlike doel.⁹² Die bevoegdheid van 'n trustee om begunstigdes aan te wys, is bespreek in *Braunn v Blann and Botha*.⁹³ In hierdie saak is aangevoer dat die testament ongeldig is omdat 'n té wye diskresie aan die trustee toevertrou is en dit neergekom het op delegasie van testeervryheid. Die hof het bevind dat die testament wel geldig is aangesien die trustees van die boedel vir doeleindes van die trust wel die begunstigdes kon bepaal. Die vereistes vir die oprigting van 'n geldige trust is in hierdie saak wel nagekom. Die gevolgtrekking is dat solank as wat daar 'n aangewysde en duidelike groep persone is en die bedoeling vir die verdeling of vererwing duidelik is, kan daar 'n wye diskresie aan trustees gegee word.

2.4.4 Regmatige⁹⁴ en duidelik omskrewe trustdoel

*A trust without an indication of the object to be served by the restrictions imposed on the trust property constitutes a nudum praeceptum and is consequently ineffectual.*⁹⁵

Die trustdoel word in die trustakte verwoord. Die rede waarom 'n trust dan in 'n bepaalde geval aangewend moet word, moet duidelik uit die trustakte blyk. Trustees moet gedurende hul amp deur hierdie bepaling gelei word. Sonder 'n duidelik omskrewe doel of oogmerk is die trust ongeldig.⁹⁶ Die hoofoogmerk is gewoonlik om

90 Inkomste wat uit die trustbates gegenereer word soos bv rente, dividende en huurinkomste val die inkomstebegunstigdes toe. Sien ook Strydom *Trustbegunstigdes* 55-57.

91 Die kapitaalebegunstigde word bevoordeel uit die trustbates of die kapitaal, gewoonlik by die beëindiging van die trust. Strydom *Trustbegunstigdes* 59-60.

92 *Administrators, Estate Richards v Nichol* 1996 4 SA 253 (K); *CIR v Sive's Estate* 1955 1 SA 249 (A); *Ex parte Henderson* 1971 4 SA 549 (D). Sien ook Forsyth 1986 SALJ 515-516; De Waal 2000 SALJ 556; Du Toit 2001 TSAR 123.

93 *Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A).

94 Honoré en Cameron *Trusts* 113; Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 36(9); Geach *Trusts* 42; Kevin 2004 *De Rebus* 39. Die skrywers meen dat dit vereistes is maar as vanselfsprekend aanvaar word. (Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 36(9); *In re Estate Gryson* 1937 AD 96; *Ex parte Executors Estate Gluckman* 1946 WLD 182). Havenga ea *Kommersiële Reg* 462 verklaar: "Die trustoogmerk of -doel mag nie teen 'n besondere regsreël, die goeie sedes of die openbare beleid indruis nie." In *Peterson v Claassen* 2006 5 SA 191 (K) op 192 word beslis: "that a trust is void if it were created for an unlawful purpose". Sien ook Van der Linde 2007 *De Jure* 434 (met spesifieke verwysing na die *Peterson*-saak).

95 Du Toit *SA Trust Law* 31.

96 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 36(7). Die blote feit dat die doel van die trust is om die begunstigdes teen die eise van skuldeisers te beskerm, maak dit nie sonder meer onregmatig nie (Stander 1999 *TRW* 158). Vir 'n omvattende bespreking sien ook Honoré en Cameron *Trusts* 151-171.

trustbates aan te wend tot voordeel van 'n bepaalde persoon of bepaalbare persone of klasse van persone en soms ook vir 'n onpersoonlike doel.⁹⁷

2.5 Die “trust” en klassifikasies daarvan

Uit gemelde agtergrond is dit duidelik dat die trust as 'n “instelling” erken en gebruik word. Die fondasie is dus reeds gelê. Al wat kortkom is insig en kennis van hóé die trustbegrip aanleiding kan gee tot die moontlike klassifikasies van trusts. Op die oog af lyk dit eenvoudig, maar die verskillende voorkomste en aanwendingsmoontlikhede wat hiermee gepaard gaan, moet met omsigtigheid benader word.

2.5.1 Trust in die wye en trust in die eng sin

In die bespreking van trusts word daar ook na die verkillende begrippe, naamlik trust in die wye sin en 'n trust in die eng sin verwys. Du Toit⁹⁸ verduidelik hierdie begrippe soos volg:

“Trust” in the wide sense is a somewhat generic term which refers to any legal arrangement in terms of which a functionary controls and administers property on behalf of another or in pursuance of an impersonal object

“Trust” in the narrow sense refers to the trust as a legal institution (regsfiguur).

Honoré⁹⁹ onderskei hierdie begrippe soos volg:

A trust in the narrow sense creates a fiduciary obligation and is a specific instance of the genus ‘trust’ in the wide sense. Its special feature is that the trustee or administrator does not act in a private capacity, but holds an office.

Skrywers is geneig om lesers te verwar as hulle die twee begrippe onderskei as totaal verskillend, terwyl die oordrag van beheer oor eiendom in beide gevalle ter sprake is.¹⁰⁰

97 Bestudeer Havenga ea *Kommersiële Reg* 461-462 vir 'n volledige bespreking rondom persoonlike en onpersoonlike doelstellings. Sien ook Geach *Trusts* 42-44; Hyland 2006 *JEPL* 20-21; Van der Linde 2007 *De Jure* 434; *Peterson v Claassen* 2006 5 SA 191 (K); *Liebenberg v MGK Bedryfsmaatskappy (Pty) Ltd* 2003 2 SA 224 (HHA).

98 Du Toit *SA Trust Law* 2. Sien verder Roos 1990 *THRHR* 85; Strydom *Trustbegunstigdes* 87-96.

99 Honoré en Cameron *Trusts* 4.

100 Du Toit *SA Trust Law* 2; Honoré en Cameron *Trusts* 3-4; Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(4)-1(7); Olivier 1997 *TSAR* 768-769; Strydom *Trustbegunstigdes* 97.

Olivier¹⁰¹ is van mening dat die woord “trust” nie altyd regstegnies dui op die oprigting van ’n trust nie. Die begrippe word soos volg verduidelik: Eerstens is daar die geval waar die oprigter eienaarskap én beheer van bates aan die trustee oordra om bestuur te word ten behoeve van die begunstigdes. Die trustee is slegs die eienaar van die bates sonder enige persoonlike belang daarin. Tweedens is daar die voorbeeld van die “bewindtrust”.¹⁰² In hierdie geval dra die oprigter slegs die beheer van bates oor aan die trustees. Die eienaarskap van bates word oorgedra aan die begunstigdes. Die derde tipe¹⁰³ ontstaan wanneer ’n persoon toevertrou word met die belange van andere in die hoedanigheid as voog, verteenwoordiger, kurator van ’n insolvente boedel of as eksekuteur van ’n bestorwe boedel.¹⁰⁴ Hierdie persone word omskryf as “agents with fiduciary duties and they are often office holders or bearers”.

Dit is duidelik dat die trustbegrip inhou dat ’n persoon goedere namens ’n ander hou en administreer. In beide die trust in die wye sin en die trust in die eng sin word goedere namens ’n ander gehou en gadministreer. Daar word op Olivier se verduideliking gesteun dat die deurslaggewende onderskeid daarin geleë is om vas te stel of eienaarskap van bates in die begin met die oprigting van die trust oorgedra word, al dan nie. In die eerste twee gevalle hierbo genoem word eienaarskap van bates in die begin, met die oprigting van die trust, oorgedra aan óf die trustee óf die begunstigde. In beide gevalle tree die trustee in ’n bepaalde regshoedanigheid op.¹⁰⁵ Dit word geag die trust in die eng sin te wees.¹⁰⁶ In die derde geval hierbo genoem tree die persoon op as voog, verteenwoordiger, kurator van ’n insolvente boedel of as eksekuteur van ’n bestorwe boedel. In die begin, met die oprigting van die trust, is

101 Olivier 1997 *TSAR* 771; Roos 1990 *THRHR* 85.

102 Die “bewindtrust” word later in die hoofstuk in detail bespreek.

103 Du Toit *SA Trust Law* 2; Theron 1991 *De Jure* 325.

104 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 6 sluit in legatarisse of erfgename, sielsieke pasiënte of skuldeisers van die insolvente boedel.

105 Du Toit *SA Trust Law* 2-3. Die trustee in hierdie ampshoedanigheid bring mee dat hy/sy onderworpe is aan die beheer van die Meester van die Hooggeregshof. Skrywers huldig verskillende opinies (Honoré en Cameron *Trusts* 2-3, Abrie ea *Boedels* 85).

106 Skrywers is dit eens dat slegs die trust in die eng sin onder die bepalings van a1 van die *Trustwet* tuisgebring word (Du Toit *SA Trust Law* 2; Honoré en Cameron *Trusts* 2-3; Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(4)-1(7) en 1(4) vn 10). Sien ook *Conze v Masterbond Participation Trust Managers (Pty) Ltd* 1996 3 SA 786 (K) waar die hof die geleentheid gehad het om ’n mening te lig oor die onderskeid tussen die trust in die eng en wye sin. Die hof verklaar dat die trust in die eng sin geag deel van die trust in die wye sin te wees.

daar géén oordrag van eiendom aan die minderjarige, sielsieke pasiënt, kurator van die insolvent of erfgenaam of legatarisse nie, omrede die bates reeds in hulle vestig. Hierdie word geag die trust in die wye sin uit te beeld.¹⁰⁷

2.5.2 Trustbegrip

Met die verloop van tyd het die aanwendingsmoontlikhede van die trustentiteit uitgebrei. Die trustbegrip is ook hierdeur geraak en het aanleiding gegee tot verskillende benamings en klassifikasies van die trust. Skrywers se omskrywings van die trustbegrip sal vervolgens gegee word. Dit word **weer beklemtoon** dat hierdie kort oorsig tog nodig is omdat die onderhawige navorsingsvraag aspekte van die grondbeginsels en begrippe in gedrang bring. Gegronde op die bruikbaarheid van die trust het verskillende benamings ontwikkel en is die klassifikasie¹⁰⁸ gegrond op die verskeie konstruksies¹⁰⁹ daarvan moontlik gemaak. Gevolglik is trusts geklassifiseer as privaattrusts, familietrusts, liefdadigheidstrust, besigheidstrust, eiendomstrust en bewindstrust.

Du Toit¹¹⁰ identifiseer twee punte vir die klassifikasie van die trust, naamlik: (i) die basis van oorsprong¹¹¹ en (ii) die doel van die trust.¹¹²

Geach¹¹³ verduidelik dat die gebruik van die aanwendingsmoontlikhede van trusts vir die kategorisering daarvan te simplisties is.

Trusts can be categorised in a number of different ways, based on different criteria... It is often too simplistic simply to refer to a trust because different categories of trusts have different legal, tax and other consequences as far as the trust itself is concerned, or as far as trustees or beneficiaries are concerned.

107 In hierdie navorsing sal die begrip "trust" 'n trust in die eng sin bedoel, tensy duidelik anders aangedui word.

108 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5(3) bespreek ook die oorsese klassifikasies van trusts wat op die hoofdoelstellings van die trusts gegrond is, naamlik "express trusts", "discretionary trusts", "savings bank trusts", "support trusts", "blended trusts", "protective trusts", "business trusts" en "charitable trusts".

109 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(3) verduidelik dat die konstruksie van die trust aanleiding gee tot die spesifieke benaming van die trust. Sien ook Olivier 1997 *TSAR* 769; Van der Merwe 2008 *WP* 36; Elliott 2008 *WP* 55.

110 Du Toit *SA Trust Law* 163.

111 Die basis van oorsprong van die trust kan by wyse van 'n testament of *inter vivos* wees.

112 Die doel van die trust vir byvoorbeeld liefdadigheid of vir besigheidsdoeleindes.

113 Geach *Trusts* 17.

Abrie¹¹⁴ gee bloot die volgende indelings van trusts naamlik: die eiendoms- en bewindtrust, 'n *mortis causa* (testamentêre trust) of 'n *inter vivos* trust, 'n privaat trust, 'n trust met 'n onpersoonlike doel en 'n besigheidstrust. Hoewel hy nie die grondslag vir die klassifikasie verduidelik nie, is dit duidelik dat dit tog op die aanwending van die trust gebaseer is.

Van der Westhuizen¹¹⁵ gebruik weer uitdruklik spesifieke doelwitte vir die klassifisering van die verskillende trusts. Dit is gegrond op die eienaarskap van bates, die datum van inwerkingtreding van die trust,¹¹⁶ 'n besigheidstrust en die betrokkenheid van die publiek.¹¹⁷

Honoré¹¹⁸ verduidelik dat nuwe aanwendingsmoontlikhede van trusts onafwendbaar is.

Despite the great variety of purposes for which trusts are employed and will be employed in future, we take the view that the legal problems arising in connection with trusts are largely the same regardless of the type of trust involved. From a sociological point of view it would be desirable to describe the law of trusts functionally, under such headings as family trusts, charitable trusts, trusts for unformed companies, business trusts, and so on.

Skrywers is geneig om die leser te verwar met elk se “unieke” klassifikasies van trusts. Om 'n trust slégs te klassifiseer op grond van die vertrouensverhouding, basis van oorsprong, doelwit of gebruik van die trust is onvoldoende.

Dit is my mening dat Olivier¹¹⁹ se klassifikasie akkuraat en aanvaarbaar is. Dit is eerstens die wyse waarop die trust **ontstaan**, tweedens die **diskresie** wat deur die trustee uitgeoefen kan word, derdens die **vestiging van regte** op trustgoed in óf die trustee óf die begunstigdes en laastens die **doel** waarvoor die trust deur die oprigter opgerig word. Dit omvat inderdaad ook al die ander skrywers se gronde vir klassifikasies, maar is verkieslik omdat dit duidelik en volledig is in die sin dat geen

114 Abrie ea *Boedels* 88.

115 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 7-8.

116 Soos bv 'n trust *inter vivos* of testamentêre trust (*mortis causa*).

117 Soos bv 'n privaat of publieke besigheidstrust.

118 Honoré en Cameron *Trusts* 14-17 vir verskillende voorbeelde van die aanwendingsmoontlikhede van trusts. Sien ook De Waal 1993 *THRHR* 8.

119 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(3); Geach *Trusts* 18.

vorm van 'n trust deur hiërdie klassifikasie uitgesluit word nie. Vervolgens sal daar verder op Olivier se klassifikasies uitgebrei word.

'n Verduideliking van die klassifikasies is nodig omdat die uiteindelijke vraag in hierdie navorsing gebaseer is op die hoofdoelstelling van die trust as ondernemingsvorm. 'n Deeglike verstaan van die basiese beginsels hiervan is derhalwe noodsaaklik.

2.5.2.1 Ontstaansbron

Die ontstaansbron¹²⁰ van 'n trust verwys na die wyse waarop 'n trust opgerig word. Dit kan as 'n trust *mortis causa* (testamentêr) óf *inter vivos* trust, ook bekend as 'n lewende trust, opgerig word.¹²¹ In beide gevalle word die trust gedurende die lewe van 'n persoon opgerig, met dié onderskeid dat dit in verskillende omstandighede uitvoerbaar word.¹²² Ten opsigte van die trustadministrasie bestaan daar geen verskil tussen hierdie trusttipes nie. Die onderskeid tussen die testamentêre trust en die *inter vivos* trust is geleë in die ontstaansbronne en die tydstop van totstandkoming.¹²³ Wat die testamentêre trust aanbetref, word dit gedurende die lewe van die testateur by wyse van 'n testament opgerig.¹²⁴ Die trust tree eers in werking ná die afsterwe van die testateur. Die *inter vivos*¹²⁵ trust tree in werking by wyse van 'n ooreenkoms tussen die oprigter en die trustees gedurende die lewe van die oprigter.

120 *Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A); *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 491. Vir 'n omvattende bespreking rakende die verskille tussen hierdie tipes trusts sien Geach *Trusts* 18,26-27; Havenga ea *Kommersiële Reg* 458-460; Strydom *Trustbegunstigdes* 105; Hyland 2006 *JEPL* 2.

121 Vervolgens sal die begrippe "testamentêre trust" en "inter vivos" trust gebruik word. Sien ook Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 263-264; Kernick 2008 *De Rebus* 49; Stander 1999 *TRW* 146.

122 Sien die bespreking van Du Toit *SA Trust Law* 167-176 vir die spesifieke aanwendingsmoontlikhede van die testamentêre trust en *inter vivos* trust.

123 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5; De Waal 1993 *THRHR* 3.

124 Dit is 'n eensydige regshandeling soos uiteengesit in 'n testament.

125 Hierdie trust word ook goed aangewend in boedelbeplanningsaangeleenthede. Dit is onder andere 'n middel vir vaspenning van die bestaande boedelwaarde om sodoende boedelbelasting te minimaliseer. Verdere bategroei vind dan binne die trust plaas en die inkomste wat hieruit verdien word, is dan uitgesluit van die boedeleienaar se boedel. Sien ook Wunsh *Trusts in Practice* 82; Kernick 2008 *De Rebus* 49.

Die erkenning van beide die testamentêre en *inter vivos* trust is ook in regspraak bekragtig. Die **testamentêre trust** is reeds in 1915 in *Estate Kemp v MacDonald's Trustee*¹²⁶ bespreek. In hierdie saak het die interpretasie van die bemakings uit die testament deur wyle Joshua Williams Kemp tot groot verwarring gelei. Vir die eerste keer is die howe gekonfronteer met direkte bemakings aan persone, die trustees “upon the trusts and for the purposes declared concerning the same”.¹²⁷ Hierdie bewoording het die interpretasie van die testament bemoeilik. Tog was die grondslag en doel van die trust duidelik in die testament verwoord.¹²⁸ Die trustees moes slegs die bates administreer. Die uiteinde was dat die trust ten spyte van die Engelsregtelike agtergrond op eie regsbeginsels erkenning kon geniet.

Volgens die hof moes daar 'n middeweg gevind word om die Engelsregtelike beginsel van gesamentlike eiendomsreg deur die trustees en begunstigdes in lyn te bring met die bestaande Romeins-Hollandse reg.¹²⁹ Hahlo¹³⁰ verduidelik dat weens 'n gebrek aan fundamentele trustregtelike beginsels, die moontlikhede aan die howe oorgelaat is. Die uiteinde was “constitute trusts in terms of doctrines of Roman-Dutch law”.¹³¹

Die gelykstelling met 'n *fideicommissum*¹³² was volgens die hof die enigste uitweg. Appèlregter Innes se verduideliking vir die gebruik van hierdie konsep was die volgende:

*The general presumption, where a testamentary disposition is expressed in the form of a fideicommissum, is that the testator intended to postpone any vesting in the fideicommissary heirs until the happening of a specified condition. Pending that event, the dominium is in the fiduciary, and a mere spes in the remainder man.*¹³³

126 *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 491 en verdere besprekings in para 2.1.2 en 4.2.2; Hahlo 1961 SALJ 202; Van der Merwe 2008 WP 36.

127 *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 491 op 507.

128 *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 491 op 499 word bevestig dat: “Not only is the sole administration given to the parties, but the bequest carries with it, the legal ownership.”

129 Sien par 2.1.2 hierbo.

130 Hahlo 1960 IALR 233,

131 Hahlo 1960 IALR 233; De Waal 2001 STELL LR 82.

132 *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 491. Die fiduciarius (trustee) het besit van eiendom, waarop sy regte op hierdie eiendom met sy afsterwe op in bepaalde toekomstige tydstop beëindig word. Dan gaan die eiendom oor na die *fideicommissarius* (die begunstigde). Sien ook die verduidelikings van hierdie begippe deur Hahlo 1960 IALR 230-233; De Waal 2000 SALJ 555-556; De Waal 2001 STELL LR 76-77.

133 *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 491 op 500.

Na 1915 kon die daarstelling van die testamentêre trust nie meer bevraagteken word nie.¹³⁴ Die testamentêre trust is as 'n regsfiguur *sui generis* erken.¹³⁵

Finally, in its strictly technical sense the (testamentary) trust is a legal institution sui generis – an independent institution governed by its own peculiar legal rules and principles.

Hierdie stelling verdien instemming en die belangrikheid van *Estate Kemp v MacDonald's Trustee*¹³⁶ lê in die kritiek¹³⁷ rakende die gelykstelling van 'n testamentêre trust met die verskyningsvorm van 'n *fideicommissum*. Die rede vir hierdie gelykstelling moet egter nie misgekyk word nie.

In *Estate Watkins-Pitchford v Commissioner v CIR*¹³⁸ is die volgende opmerking gemaak:

Argument was addressed to us on the basis that the trustees were the fiduciaries. Our Courts have adopted this habit of speech (ie calling trustees without beneficial interest fiduciaries) first with hesitation and then with greater assurance. With great respect, I think that proposition requires reconsideration. The legal position of such an 'administrative peg' has nothing in common with that of a fiduciary.

Ten einde laas is die gelykstelling van 'n testamentêre trust met die verskyningsvorm van 'n *fideicommissum* finaal verwerp.¹³⁹

Die gebruik van die testamentêre trust is beslissend en deurslaggewend binne die Suid-Afrikaanse reg gevestig in die reeds gemelde appèlhofbeslissing *Braun v Blann*

134 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(20) bespreek wel die punt van kritiek teen die benadering om 'n trust met 'n *fideicommissum* gelyk te stel soos beslis in *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 491. Daar word gewys op die belangrikheid dat hierdie saak desnieteenstaande die grondslag was vir die erkenning van die testamentêre trust.

135 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 18. Honoré en Cameron *Trusts* 56 waar die skrywers se standpunt is dat die *fideicommissum* en die trust verwyder van mekaar is in so 'n mate dat elk 'n stel regsreëls het. Sien ook *Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A); *Estate Watkins-Pitchford v CIR* 1955 2 SA 437 (A).

136 *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 491 met verdere verwysings in para 2.1.2 en 4.2.2. Sien Forsyth 1986 SALJ 515-520; Cortbett 1993 THRHR 263.

137 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 18(1); Honoré en Cameron *Trusts* 61 verduidelik die probleem deurdat dit aanleiding gee tot verwarrende terminologie wat die beginsels nie korrek weergee nie. Du Toit SA *Trust Law* 163-167 verduidelik die voordele en nadele van die *fideicommissum*. Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(20) bespreek die *fideicommissum purum*. Sien verder *Estate Marincowitz v Marincowitz* 1914 CPD 958; Corbett 1993 THRHR 263-264; Hahlo 1960 IALR 233-237.

138 *Estate Watkins-Pitchford v CIR* 1955 2 SA 437 (A). Sien ook *Greenberg v Estate Greenberg* 1955 3 SA 361 (A); *Ex parte Kaminsky* 1917 TPD 338.

139 Honoré en Cameron *Trusts* 56. Sien Du Toit SA *Trust Law* 167-169; De Waal 2001 STELL LR 82; Forsyth 1986 SALJ 515; Hahlo 1960 IALR 229-232 (*Smit v Du Toit* 1981 3 SA 1249 (A); *Penny v Penny's Estate* 1937 EDL 392).

and Botha.¹⁴⁰ Dit is in hierdie saak waar appèlregter Joubert¹⁴¹ gesaghebbend aangevoer het dat appèlregter Innes se gelykstelling in *Estate Kemp v MacDonald's Trustee*¹⁴² van 'n trust met 'n *fideicommissum* en 'n trustee as *fiduciarus* nie korrek is nie.

*It is submitted that any attempt to identify the trust with the fideicommissum can only lead to confusion. The two institutions as they exist at the present day are quite distinct, and complementary rather than either identical or conflicting....(The) attempt made in South Africa to subsume trusts under the law of fideicommissum and to equate the division between the concurrent interests of trustee and beneficiary with that between the successive interest of instituted heir and substituted heir, is therefore inadmissible.*¹⁴³

Net soos wat die testamentêre trust onder regspraak moes deurloop, só was dit ook die geval met die erkenning van die **inter vivos trust** in die Suid-Afrikaanse trustreg.¹⁴⁴ In *CIR v Estate Crewe*¹⁴⁵ is beslis dat 'n *inter vivos* trust tot stand kom by wyse van 'n kontrak tussen die oprigter en die trustee ten behoeve van 'n begunstigde. Dit is 'n beding ten behoeve van 'n derde of te wel die *stipulatio alteri*. By die beding ten behoeve van 'n derde verwerf die derde geen regte nie, tensy hy die voordele wat vir hom beding is, aanvaar. Net so moet die begunstigde van 'n trust ook eers die regte aanvaar voordat hy enige regte verwerf.¹⁴⁶

Die erkenning van die gelykstelling van 'n *inter vivos* trust met die vorm *stipulatio alteri* is ook in *Crookes v Watson*¹⁴⁷ gehandhaaf. In hierdie saak is die wysiging van 'n trustakte na ongeveer 20 jaar betwis. 'n Wysiging sou aansienlike finansiële

140 *Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A). Sien ook verdere verwysings na *Penny v Penny's Estate* 1937 EDL 392; *Hilda Holt Will Trust v CIR* 1992 4 SA 661 (A). Honoré en Cameron *Trusts* 59; Olivier 1997 TSAR 767; De Waal 1993 THRHR 2; Du Toit 2001 TSAR 123-128; Forsyth 1986 SALJ 513; Smith 2007 JJS 171.

141 *Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A); Geach *Trusts* 28; Corbett 1993 THRHR 264; Du Toit 2001 TSAR 123.

142 *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 491; Forsyth 1986 SALJ 516-520.

143 *Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A) 865-866.

144 Die gelykstelling van 'n *inter vivos* trust met 'n beding ten behoeve van 'n derde word sterk deur skrywers gekritiseer (Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(21); Abrie ea *Boedels* 91; Swanepoel 1957 THRHR 106; Smith 2007 JJS 171; Kernick 2008 *De Rebus* 49-50; Coetzee 2007 *De Rebus* 1).

145 *CIR v Estate Crewe* 1943 AD 656. Sien *CIR v Smollan's Estate* 1955 3 SA 266 (A); Hahlo 1960 IALR 237; Corbett 1993 THRHR 266.

146 Daar word ook verwys na *Crookes v Watson* 1956 1 SA 277 (A) en *Hofer v Kevitt* 1998 1 SA 382 (HHA). In hierdie twee beslissings word 'n trust *inter vivos* in wese as 'n kontrak beskou en meer spesifiek 'n beding ten behoeve van 'n derde. Forsyth 1986 SALJ 514.

147 *Crookes v Watson* 1956 1 SA 277 (A). Sien Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 33 en 36(4); Hahlo 1960 IALR 239; Corbett 1993 THRHR 264-265; Hahlo 1961 SALJ 202-204; Forsyth 1986 SALJ 514; Olivier 1997 TSAR 766.

implikasies vir die begunstigdes meebring. Die vraag wat beantwoord moes word, is met ander woorde of 'n *inter vivos* trust, wat met 'n beding ten behoeve van 'n derde gelykgestel word, gewysig kon word. Die hof het die wysiging van die trustakte toegestaan. Die gelykstelling van die *stipulatio alteri* met die *inter vivos* trust, waardeur die oprigter en die trustees by magte is om die trustakte (kontrak) te wysig, is bekragtig.¹⁴⁸

Weer eens was regslui ontevrede en is die gelykstelling van 'n *inter vivos* trust met die vorm *stipulatio alteri* sterk gekritiseer.¹⁴⁹ Verskeie argumente word voorgelê: Eerstens is daar in die meeste gevalle geen *consensus* tussen die oprigter en die trustee nie, omrede die oprigter in die meeste gevalle alleen die inhoud van die kontrak (trustakte) bepaal. Tweedens het die toepassing van hierdie beginsel in die konteks van 'n *inter vivos* trust tot gevolg dat die rol van 'n trustee "wegval". Dit is nie korrek nie, aangesien 'n trustee juis 'n party tot 'n *inter vivos* trust is.¹⁵⁰

Inaggenome kritiek en onsekerheid rakende die gelykstelling van 'n *inter vivos* trust en die *stipulatio alteri*, sal hierdie gelykstelling tot ná verdere wysiging en wetgewing as geldende reg beskou word.¹⁵¹

*(the) trust deed itself is obviously in the form of a contract, but the concept of an inter vivos trust also needed explaining in terms of our common law, as much as the testamentary trust needed explaining.*¹⁵²

Net soos die vraag rondom die geldigheid van die bemaking aan 'n testamentêre trust, is die geldigheid van die bemaking aan 'n *inter vivos* trust ook 'n hoogs kontroversiële onderwerp. In *Kohlberg v Burnett*¹⁵³ is die geldigheid van 'n bemaking

148 Sien ook *Hofer v Kevitt* 1996 2 SA 402 (K); Hahlo 1960 IALR 237; Du Toit 2001 TSAR 126; Kernick 2008 *De Rebus* 50; Corbett 1993 THRHR 264.

149 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2(30); *Hofer v Kevitt* 1996 2 SA 402 (K); Hahlo 1960 IALR 238 verklaar dat: "(the) trust *inter vivos* as a contract for the benefit of a third party has come under heavy fire. It has been said that it is not very apparent why trusts created by act *inter vivos* should have been treated as different juristically from testamentary trusts, and that it is fundamentally unsound to construe such a trust as a *stipulation alteri*."

150 *Crookes v Watson* 1956 1 SA 277 (A); Hahlo 1960 IALR 239.

151 *Doyle v Board of Executors* 1999 2 SA 805 (K); *Hofer v Kevitt* 1996 2 SA 402 (K); Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 18; Du Toit *SA Trust Law* 22, 21 (vn 102); Smith *The Authorization of Trustees* 35-37; Joffe 2007 *De Rebus* 25.

152 Kernick 2008 *De Rebus* 50.

153 *Kohlberg v Burnett* 1986 3 SA 12 (A). Sien ook Corbett 1993 THRHR 268; De Waal 1993 THRHR 7; Kernick 2008 *De Rebus* 49-50.

aan 'n *inter vivos* trust aangespreek. Kohlberg het in klousule 3 van sy testament die restant van sy boedel aan twee trusts, "Kohlberg Kohlberg Trust" en "Kohlberg Moony Trust" bemaak.

Die appellant het aansoek gedoen vir 'n bevel dat die relevante bepaling vir die bemakings aan die trusts in die testament ongeldig is. Die redes wat voorgehou is vir die ongeldigheid van die bepaling, was soos volg: Eerstens is dit foutief om die terme en voorwaardes van die trust aan die hand van die bemaking te verwoord. In die tweede plek, omrede die trust afsonderlik as *inter vivos* trust geregistreer is en die terme en voorwaardes nie in die testament uiteengesit is nie, vorm dit nie deel van die testament nie. Gevolglik voldoen dit dan nie aan die vereistes van die *Wet op Testamente*¹⁵⁴ nie. Die blote aanvaarding van die terme en voorwaardes van die trusts dui op "incorporating by reference". Sodoende is die bemakings aan die trust van geen krag en gevolglik is daar ook geen regsgevolge nie. Die derde rede wat aangespreek word, is dat 'n trust nie as 'n regspersoon erken word nie en geen bemaking aan die trust aanvaar kan word nie.

In die hof *a quo* is die teenaansoek van die appellant dat die bepaling in die testament ongeldig is, van die hand gewys. Op appèl is daar beslis dat die bepaling in klousule 3 van die testament wel geldig is. Appèlregter Rabie¹⁵⁵ is van mening dat daar geen sosiale of juridiese gronde bestaan om 'n *inter vivos* trust as erfgenaam van 'n bemaking te diskwalifiseer nie.

Indeed, the contrary is true as:

- (i) *by reason of its very nature a trust is an admirable device for securing a charitable or benevolent object;*
- (ii) *the exclusion of a trust from a benefit would conflict with the principle of freedom of testation so firmly entrenched in our law;*
- (iii) *there is nothing immoral or wrongful in that testator's intention and desire to transfer its assets to the trust created by him;*
- (iv) *there are no practical difficulties of administration in the way of allowing the trusts to benefit and there can be no difference to the practical administration of the trusts had the trust deed themselves been specifically incorporated into the will of the testator;*
- (v) *in the event of the appellant's contentions being upheld, the will of the deceased will fail for purely technical reasons which fly in the face of the tendency to uphold rather than set aside a will.*

154 7 van 1953 (hierna die *Wet op Testamente*).

155 *Kohlberg v Burnett* 1986 3 SA 12 (A) 22.

Die uitvoerbaarheid van die testament word regverdig. Die belangrikheid van die beslissing is dat bevind word dat só 'n bemaking aan 'n trust in werklikheid 'n bemaking aan die trustees van die trust is.¹⁵⁶ Ongeag die feit dat die trust nie as 'n regspersoon erken word nie, is so 'n stipulasie aanvaarbaar.

Dit is dus gevestigde reg dat beide die testamentêre trust en *inter vivos* trust erken word as eiesoortige regsinstellings, *sui generis*.¹⁵⁷ Dit dien prakties gesproke dieselfde doel, naamlik om trustbates onder die beheer van die trustees te plaas en dit tot voordeel van die begunstigdes te bestuur en te administreer.¹⁵⁸

2.5.2.2 Diskresie van trustees

'n Diskresie is die bevoegdheid wat ingevolge die trustdokument aan 'n trustee verleen word om voordele uit die trust aan bepaalde begunstigdes toe te wys. Die bepaalde groep of klas persone waaruit die trustee bevoorreedes mag aanwys, moet egter duidelik in die trustdokument omskryf word.¹⁵⁹ Daar word onderskei tussen 'n diskresionêre en 'n nie-diskresionêre trust.¹⁶⁰

Olivier¹⁶¹ omskryf die begrip "diskresionêre trust" soos volg:

Die begrip "diskresionêre trust" word gewoonlik gebruik om aan te dui dat die trustee ingevolge die trustakte die bevoegdheid het om in sy absolute (of onbelemmerde) diskresie inkomste- en/of kapitaalebegunstigdes van die trust uit 'n bepaalbare of bepaalde groep aan te wys, óf die toedeling van kapitaal en/of inkomste aan die begunstigdes ter keuse te maak of te weerhou óf 'n kombinasie van die twee.

156 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2. In *Kohlberg v Burnett* 1986 3 SA 12 (A) is appèlregter Rabie tog van mening dat die aard van die trustboedel verdere aandag vereis sou die situasie hom voordo. Die skrywer vestig die aandag daarop dat hierdie bemaking "aan die trustees van die trust" dui op die eiendomstrust soos omskryf in die *Trustwet* a 1(a) wat hierna in die hoofstuk verder bespreek sal word.

157 In *Badenhorst v Badenhorst* 2006 2 SA 255 (HHA) verwys appèlregter Combrinck na *Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A) en met aanvaarding en identifisering van die *inter vivos* trust as 'n regsfiguur *sui generis*. Sien ook *Mariola v Kaye-Eddie* 1995 2 SA 728 (W).

158 *Wunsh Trusts in Practice* 63; Strydom *Trustbegunstigdes* 109-125.

159 *Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A); *CIR v Estate Sive's Estate* 1955 1 SA 249 (A); *Estate Smith v Estate Gourlay* 1935 CPD 161; *Geach Trusts* 10-21; Strydom *Trustbegunstigdes* 105.

160 Hierdie onderskeid geld vir die testamentêre sowel as die *inter vivos* trust. Sien *Liebenberg v MGK Bedryfsmaatskappy (Pty) Ltd* 2003 2 SA 224 (HHA).

161 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5. Sien ook Strydom *Trustbegunstigdes* 106-108.

Tydens die oprigting van die trust word die bedoeling van die oprigter verwoord dat die trustbegunstigdes tot tyd en wyl die diskresie uitgeoefen word, oor geen gevestigde reg¹⁶² op die aanvanklike trustbates mag beskik nie. Die trust is dus opgerig met die bedoeling om nie gevestigde regte op inkomste of kapitaal te gee nie.¹⁶³ Die diskresie¹⁶⁴ rakende die omvang en wyse van uitkering van kapitaal en inkomste word aan die diskresie van die trustees oorgelaat. Tot tyd en wyl die trustee sy diskresie uitoefen, het die begunstigde slegs 'n "hoop" of spes dat hy wel in die toekoms 'n voordeel kan ontvang.¹⁶⁵

In teenstelling met die diskresionêre trust is die nie-diskresionêre trust.¹⁶⁶ Stander¹⁶⁷ se definisie is:

'n Nie-diskresionêre trust kom voor waar die doel van die trust is om spesifieke en uitdruklik beskrewe individue te bevoordeel deur aan hulle gevestigde regte te gee.

'n Trustee beskik nie oor die bevoegdheid om 'n diskresie uit te oefen rakende die regte wat aan begunstigdes toegeken behoort te word nie. Met die oprigting van die nie-diskresionêre trust is die oprigter se bedoeling ook duidelik verwoord en die begunstigdes se onderskeie voordele word vooraf finaal in die trustdokument gestipuleer. Hier beskik die begunstigdes oor gevestigde regte op trustbates. Die trustees het geen diskresie rakende die omvang en wyse van uitkering van kapitaal en inkomste nie, omrede dit reeds vasgestel is.¹⁶⁸

162 Let wel dat 'n oprigter weliswaar tog gevestigde regte in die trust aan 'n begunstigde kan laat toekom. Dit is dan nie meer 'n diskresionêre trust nie, maar 'n vestigingstrust. Soos later beklemtoon sal word, is dit egter nie 'n baie sinvolle werkswyse nie.

163 Stander 1999 *TRW* 150.

164 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5. Du Toit *SA Trust Law* 178-179. Uit 'n praktiese oogpunt hou die diskresionêre trust ook verskeie voordele in, veral in die geval van boedel- en finansiële beplanning; *CIR v Lazarus' Estate* 1958 1 SA 311 (A); Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 252. Diskresie staan bekend as 'n beskikkings- of bemakingsbevoegdheid (Strydom *Trustbegunstigdes* 106).

165 Die aandag word daarop gevestig dat 'n diskresionêre begunstigde wel 'n reg teen die trustees het om die trust in ooreenstemming met die trustakte te administreer.

166 Geach *Trusts* 29-20; Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 28-33.

167 Stander 1999 *TRW* 150.

168 Geach *Trusts* 63. Sien verder Strydom *Trustbegunstigdes* 109. Sy siening is dat die trustee hier met sekere diskresionêre magte beklee kan word solank dit nie tot gevolg het dat die vestiging van trustvoordele uitgestel word nie.

2.5.2.3 Regte op trustbates

Ingevolge die *Trustwet* word daar vir twee kategorieë trusts voorsiening gemaak aan die hand van die vestiging van regte op trustbates.¹⁶⁹ Artikel 1 lees soos volg:

“trust” die reëling waardeur een persoon se goed uit hoofde van ’n trustdokument aan iemand anders, die **trustee**, in die **geheel of gedeeltelik in eiendom oorgemaak** of nagelaat word om ooreenkomstig die voorskrifte van die trustdokument geadministreer te word of oor beskik te word tot voordeel van die persoon of klas van persone in die trustdokument aangewys of ter bereiking van die doel in die trustdokument omskryf;¹⁷⁰

(a) Eiendomstrust

Die eerste trustvorm is die sogenaamde *ownership trust* of “eiendomstrust”.¹⁷¹ Alhoewel die term “eiendomstrust” nie in die *Trustwet* aangetref word nie, word dit wel deur skrywers as regs wetenskaplik korrek aanvaar om van ’n eiendomstrust te praat. Indien die trustgoed uit stoflike sake bestaan is dit ’n gerieflike begrip wat beklemtoon dat die trustee die reghebbende is en nie slegs die beheerder van die trustgoed nie. In praktyk word hierdie trustkonstruksie die meeste gebruik. Die **trustee is in ’n amptelike hoedanigheid eienaar van die trustbates** ten behoeve van ’n ander.¹⁷² Hy verkry daarbenewens die bevoegdheid om die trustbates te beheer en te bestuur.¹⁷³

Om enige onduidelikheid uit die weg te ruim, word daarop gewys dat die eiendomstrust by wyse van ’n testament óf *inter vivos* trust tot stand kom. Dit kan ook as ’n diskresionêre of ’n nie-diskresionêre trust deur die oprigter vasgestel wees. Die regte van ’n begunstigde rakende enige trustbates sal afhang van die trustbepalings en die uitoefening van die trustees se diskresie soos reeds genoem.¹⁷⁴

169 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5; Jones 2008 *Personal Finance* 1.

170 Eie beklemtoning.

171 Daar word daarop gewys dat die *Trustwet* a 1(a) nie die term “eiendomstrust” spesifiek definieer nie.

172 A 12 van die *Trustwet*; Stander 1999 *TRW* 146-147.

173 Geach *Trusts* 19; Strydom *Trustbegunstigdes* 133-136.

174 Die begunstigdes het slegs ’n vorderingsreg teen die trustee op instandhouding van die trust en geen subjektiewe reg soos ’n saaklike reg tov die trustbates nie (Stander 1999 *TRW* 147).

Artikel 1 bepaal verder:

“trust” die reëling waardeur een persoon se goed uit hoofde van ’n trustdokument-
aan die bevoordeeldes in die trustdokument aangewys in eiendom oorgemaak of
nagelaat word, welke goed ingevolge die trustdokument onder die beheer gestel word van
iemand anders, die trustee, om ooreenkomstig die voorskrifte van die trustdokument
geadministreer te word of oor beskik te word tot voordeel van die persoon of klas van
persone in die trustdokument aangewys of ter bereiking van die doel in die trustdokument
omskryf, maar nie ook die geval waar iemand die goed van ’n ander moet administreer as
eksekuteur...., nie.¹⁷⁵

(b) Bewindtrust

Die tweede vorm van ’n trust is die bewindtrust.¹⁷⁶ Anders as in die geval van ’n
eiendomstrust is die **trustees nié die eienaars van die trustbates nie**. Die trustees
beheer en bestuur slegs die trustbates. Die begunstigdes is die eienaars van die
trustboedel met gevestigde regte in die betrokke bates.¹⁷⁷ Bevoordeling geskied
vanaf die oomblik wat die inkomste en kapitaal die trust toeval.¹⁷⁸ Die vestiging van
regte het tot gevolg dat elke begunstigde verseker is van wat die trust aan elk
verskuldig is aan die hand van bates, inkomste of enige ander voordele.

Gevestigde regte word deur Van der Merwe¹⁷⁹ omskryf:

A vested right indicates that its beneficiary is the holder of a complete real or personal right. A complete right is one that has all the parts necessary to allow for its full operation and for all consequences flowing from it. A right will not be complete when it is subject to a suspensive condition.¹⁸⁰ However, ownership of the benefit, and the transmissibility and immediate enjoyment of the right are not requirements for its vesting.

175 Eie beklemtoning. Sien ook Geach *Trusts* 19-20; Stander 1999 *TRW* 147.

176 Daar word daarop gewys dat die *Trustwet* a 1(b) nie die woord “bewindtrust” spesifiek definieer nie. Sien ook Abrie ea *Boedels* 89; Elliott 2007 *WP* 55; Roos 1990 *THRHR* 85; Coetzee 2007 *De Rebus* 1; Olivier 1997 *TSAR* 771; Stander 1999 *TRW* 151-152; Du Toit 2011 *TSAR* 540-546.

177 Du Toit *SA Trust Law* 4. Sien ook *Schaumberg v Stark* 1956 4 SA 462 (A).

178 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 18-19. Geach *Trusts* 18-23; Honoré en Cameron *Trusts* 16-17. Die begunstigdes kan hierdie gevestigde reg op die trustees afdwing (Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5). Sien *SIR v Rosen* 1971 1 SA 172 (A).

179 Van der Merwe 2000 *SA Merc LJ* 319-329. Sien verder *Schaumberg v Stark* 1956 4 SA 462 (A); *Conze v Masterbond Participation Trust Managers (Pty) Ltd* 1996 3 SA 786 (K); Olivier 1997 *TSAR* 771.

180 Hierdie standpunt maak maw nie voorsiening vir die moontlikheid dat iemand ’n gevestigde voorwaardelike reg kan verkry nie.

Stander¹⁸¹ verduidelik hierdie regte soos volg:

'n Gevestigde reg is derhalwe iets anders as 'n voorwaardelike (contingent) reg of 'n spes. Vestiging hang nie van werklike besit, genot of betaling af nie want hierdie kan teruggehou word vir ander persone, byvoorbeeld inkomstebegunstigdes wie se voordeel van vruggebruik aard is.

Dit is verstaanbaar dat die aanwending van die bewindtrust met groot omsigtigheid gedoen word. Uit regspraak en praktyksonderfinding is dit duidelik dat die vestiging van bates in begunstigdes drastiese gevolge inhou rakende belasbaarheid, vererwing, die blootstelling van trustbates aan krediteure, beslaglegging van trustbegunstigdes se regte op trustbates of trustinkomste en ander onvoorsiende omstandighede.¹⁸²

2.5.2.4 Doel¹⁸³ waarvoor die trust opgerig word

Die laaste klassifikasie is die doel waarvoor die trust deur die oprigter opgerig word. In die praktyk word daar verskillende name aan trusts toegeken wat in werklikheid die hoofdoelstelling van die oprigter verwoord.¹⁸⁴ Die trust voldoen steeds aan al die voorgaande kenmerke en ontstaan steeds by wyse van 'n testament of kontrak (*inter vivos*) en as 'n diskresionêre of nie-diskresionêre trust. Die trustees het volle fidusiêre verpligtinge en daar is steeds begunstigdes met gevestigde regte in trustbates al dan nie. Die groot verskil is egter die doel waarvoor die trust opgerig word. Daarom is dit na my mening 'n geregverdigde en verantwoordbare skeidingsmaatstaf. Hierdie doelstellings en daarom benamings sluit onder andere in:

181 Stander 1999 *TRW* 149. Sien Du Toit 2007 *STELL LR* 476-477; *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 491; *Beira v Beira* 1990 3 SA 802 (W); *Welch's Estate v CIR* 2005 4 SA 173 (HHA).

182 *Wunsh Trusts in Practice* 80; *Geach Trusts* 19; Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 4(11); Van der Merwe 2000 *SA Merc LJ* 319-323.

183 Doel sal ook verwys na hoofdoelstelling.

184 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5. Sien Hahlo 1960 *IALR* 242 se klassifikasies van trusts. Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trust* 11-12; Coetzee 2007 *De Rebus* 2. Stander 1999 *TRW* 161-164 bespreek ook ander tipes buitelandse trusts soos sg "protective trust" of "spendthrift trusts". Dit is 'n tipe diskresionêre trust wat die begunstigde se belang teen sy eie spandabeligheid of persoonlike sekwestrasie beskerm.

(a) Familietrust¹⁸⁵

As voorbeeld kan die volgende geval voorgehou word. Gestel 'n wynplaas is al vir geslagte lank in 'n trust. Die familie is die begunstigdes van die trust en die bedoeling en hoofdoelstelling is om hierdeur die trustbates veilig te hou en vir die volgende geslagte te beskerm. In die meeste gevalle sal die oupa en 'n seun of dogter as trustees van die trust optree en sal dit in die vorm van 'n diskresionêre trust bestuur word.¹⁸⁶ Hierdie trust funksioneer dus grootliks binne 'n familiekring. Dit is 'n trust wat in die meeste gevalle gebruik word met bepaalde of bepaalbare begunstigdes. Die doel met so 'n trust is spesifiek om familiebates te beskerm en voordele aan die inkomste- en kapitaalebegunstigdes te laat toekom.

(b) Liefdadigheidstrust¹⁸⁷

So 'n trust is nie soseer op bevoorreedes nie, maar op 'n spesifieke doel gerig en het 'n liefdadigheid- of ander onpersoonlike oogmerk.¹⁸⁸ Dit kan by wyse van 'n testamentêre trust of *inter vivos* trust tot stand kom. Om as 'n liefdadigheidstrust te kwalifiseer moet daar 'n duidelike element van publieke bevoordeling teenwoordig wees.¹⁸⁹ 'n Testatrise kan byvoorbeeld 'n spesifieke bedrag geld aan 'n organisasie soos die DBV¹⁹⁰ bemaak. Van der Westhuizen¹⁹¹ verduidelik dit soos volg:

In the end result there are persons who benefit, but the object for which such a trust is created relates to the general public or a defined section of the community with a view to charity.

185 Sher 2005 JBL 78 waar die skrywer se mening is dat 'n familietrust is gewoonlik: "those designed to serve the interest and protect the property of a group of family members, usually identified in the trust deed by name, descent, or degree of kinship to the founder." Sien ook Strydom *Trustbegunstigdes* 127.

186 Verkieslik sal dit nie 'n bewindtrust wees nie, aangesien die begunstigdes dan gevestigde regte op trustbates verkry. Sien verder Mudimeli 2005 *Codicillus* 87, 89.

187 Hierdie bevoordeling is reeds in die Romeinse reg erken. *Ex parte Henderson* 1971 4 SA 549 (D) op 553–554 waar bevind word: "that there must be an element of public benefit in a bequest for charitable purposes, although not necessarily for the community at large".

188 Sien ook Strydom *Trustbegunstigdes* 129.

189 In *Ex parte Henderson* 1971 4 SA 549 (D) word die begrip public benefit verduidelik. Sien ook *Hilda Holt Will Trust v CIR* 1992 4 SA 661 (A); *Standard Bank of South Africa Ltd v Betts Brown* 1958 3 SA 713 (N).

190 DBV (Dierebeskermingsvereniging).

191 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 87.

(c) Buitelandse trust

In hierdie geval word daar ook na 'n "off-shore" trust verwys.¹⁹² Dit word gewoonlik in die buiteland aangewend en die bedoeling en hoofdoelstelling is om "belastingvriendelike voordele" daarmee te bekom. Dit het met ander woorde spesifieke belastingimplikasies waarvan die oprigters en trustees deeglik bewus moet wees.

(d) Besigheidstrust

In hierdie tipe trust word fondse saamgevoeg om deur die trustees van die trust geadministreer te word tot voordeel van die begunstigdes.

Die bedoeling is om besigheidsaktiwiteite te bedryf en die spesifieke oogmerk is winsbejag.¹⁹³ Gevolglik gee hierdie "benamings", gegrond op die oprigter se bedoeling, aanleiding tot die indeling van trusts in verskillende kategorieë. Dit moet egter nie uit oog verloor word nie dat 'n trust steeds een entiteit bly met die enigste verskil die doel waarvoor die trust opgerig word vir die spesifieke behoefte van die trustoprigter.

Dit is teen hierdie agtergrond dat die vraag ontstaan of dit nie tyd geword het om die besigheidstrust as 'n afsonderlike klassifikasie van die trust te erken nie. Uit besprekings wat hierna volg, sal dit duidelik word dat daar genoeg gronde is om hierdie moontlike erkenning te ondersteun.

Vir doeleindes van hierdie navorsing kan daar met Olivier¹⁹⁴ saamgestem word dat die besigheidsomgewing drasties toegeneem het. Dit is tyd om aan te pas.

One of the characteristics of trusts is that they are extremely flexible. Trust rules may be adopted to suits specific needs. Owing to their inherent advantages, trusts rules have been adopted to function within a business environment.

192 Roper 1998 *Insurance* 16-19; Hansen 2008 *Tax Breaks* 2-3.

193 In die hoofstukke wat volg, met die verdere bespreking van die besigheidstrust hierna, sal die doelstelling van die besigheidstrust om wins te maak tot voordeel van die begunstigdes in meer detail bespreek word. Sien verder Olivier 1998 *SALJ* 519-526; Strydom *Trustbegunstigdes* 129; Wunsh 1986 *SALJ* 561; Theron 1991 *TSAR* 268.

194 Olivier 1998 *SALJ* 519.

2.6 Gevolgtrekking

Uitsprake deur ons howe is 'n klinkklare bewys dat die Suid-Afrikaanse trustreg steeds in 'n proses van ontwikkeling is. Die toepaslike beginsels is nie net in 'n enkele wet vervat nie. Die gemenereg en regspraak speel 'n deurslaggewende rol in die verstaan en toepassing van hierdie unieke regsinstrument.

Uit regspraak is dit duidelik dat die Engelsregtelike trustkonsep reeds in 1915 (en met 'n hele proses verder) in die Suid-Afrikaanse trustreg geakkommodeer is. Forsyth¹⁹⁵ som dit kortliks op:

A few points about the South African law of trusts are sufficiently clear to be beyond controversy. It is clear that while various terms, such as 'trustee', may have been borrowed from English law, the South African law of trusts is home grown and has no English-law roots. In particular, the English division between the legal ownership of the trust property (which vested in the trustee) and the equitable ownership (which vested in the cestui que trust of beneficiary) forms no part of South African law.

'n Oprigter stig 'n trust vir 'n bepaalde doel waardeur trustbates beheer en administreer moet word tot voordeel van trustbegunstigdes, met die onderskeid dat trustbates die eiendom word van die trustees of die eiendom word van die begunstigdes.¹⁹⁶ By gebrek aan enige van die nodige geldigheidsvereistes kom geen trust tot stand nie. Sodra 'n geldige trust tot stand kom, hou dit weer bepaalde gevolge in. Davis¹⁹⁷ verduidelik dat die *Trustwet* bepaalde verpligtinge van trustees en bepalings rakende begunstigdes reguleer. Die gemenereg en die trustakte is verantwoordelik vir die verwoording van die magte en regte van trustees en begunstigdes.

Die meerderheid skrywers en regspraak is dit eens dat 'n trust nie 'n regspersoon is nie.¹⁹⁸ Uit 'n boedelbeplanningsoogpunt hou dit egter sekere voordele in, veral ten

195 Forsyth 1986 SALJ 513. Sien ook Hahlo 1960 IALR 233 waar hy soos volg verduidelik: "In the absence of fundamental legislation, the problem of the trust in South African law had to be answered by the courts. Three solutions were possible. They could refuse to recognize the trust, as being part of our law. They could take over the English law of trusts. Or they could construct trusts in terms of doctrines of the Roman-Dutch law. They adopted the last-mentioned approach as the correct solution for our law."

196 Verwysing na reeds bespreekte "eiendomstrust" of "bewindtrust".

197 Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 253.

198 Indien die trust as 'n regspersoon erken word, sal dit tot gevolg hê dat dit moeiliker geadministreer sal word, gelikwider sal moet word en uit 'n belastingoogpunt dalk minder

opsigte van persoonlike aanspreeklikheid.¹⁹⁹ In praktyk is daar weliswaar duidelike bestaanbare kenmerke en funksies soortgelyk aan dié van 'n regspersoon waarsonder die trust nie kan funksioneer om dit die voordele te gee waarop dit roem of waarvoor dit bekend is nie. Dit is my mening dat daar nou volstaan moet word by die punt: 'n trust is 'n entiteit *sui generis*. Dit kan nooit werklik in die een of ander kategorie geplaas word nie. Dit is hoe die trust in die Suid-Afrikaanse reg ontwikkel, aangepas en gegroei het totdat dit is wat dit tans is – 'n unieke Suid-Afrikaanse entiteit.

Hierdie hoofstuk was daarop gerig om aan te dui dat die enigste effektiewe klassifikasiemeganisme van 'n trust die volgende is: in die eerste plek kan 'n trust die vorm aanneem as testamentêr of *inter vivos* (die ontstaansbron is die onderskeidende kenmerk). Tweedens kan diskresionêre bevoegdhede in die trustakte aan die trustees toegesê word, al dan nie (die diskresie van die trustee is die onderskeidende kenmerk) en derdens is daar die klassifikasie as eiendomstrust of bewindstrust (die regte op die trustbates is die onderskeidende kenmerk). Myns insiens is die laaste onderskeidende kenmerk die **doel** waarvoor die trust opgerig word.²⁰⁰

*The central conclusion is this: South African trusts are not 'so-called' trusts. They are proper trusts. And they are proper trusts because they contain the core elements that are not only essential for their functioning as trusts, but also distinguish them from other legal institutions.*²⁰¹

Vervolgens sal die hoofdoelstelling van 'n trust, met spesifieke verwysing na die besigheidstrust as ondernemingsvorm en die erkenning daarvan aangespreek word. Die doel van hierdie navorsing is om uit te vind óf 'n besigheidstrust (wat steeds deur sommige skrywers en akademici beweer word nie bestaan nie) met verloop van tyd 'n erkende trustentiteit geword het. As bevind sou word dat dit wel die geval is, sal aangevoer word dat die besigheidstrust in wetgewing, die praktyk en in regspraak erken behoort te word.

aantreklike sal wees (De Waal 1993 *THRHR* 10). Sien ook Mostert 2002 *STELL LR* 151-153; Strydom *Trustbegunstigdes* 61-65.

199 'n Volledige bespreking rakende die voordele bo 'n ander ondernemingsvorm word in die volgende hoofstuk gegee.

200 Sien *CIR v Emary* 1961 2 SA 621 (A); *Estate Smith v CIR* 1960 3 SA 375 (A).

201 De Waal 2000 *SALJ* 569.

Soos duidelik sal blyk uit die volgende hoofstuk, is die hoofdoel waarvoor die trust opgerig word 'n belangrike oorweging wat in ag geneem word vir die keuse van 'n ondernemingsvorm. Ten einde inhoud te gee aan die navorsingsvraag is dit noodsaaklik om vervolgens vas te stel of die besigheidstrust as 'n afsonderlike trustentiteit erken behoort te word.

3 Erkenning van die besigheidstrust

3.1 Inleiding

Die grondbeginsel om goedere namens 'n ander te hou en dit te administreer tot voordeel van 'n begunstigde of groep begunstigdes,²⁰² is in die praktyk²⁰³ verwelkom. Uit die voorafgaande hoofstuk is dit duidelik gestel: die trust is 'n instelling *sui generis* en die onderskeidende kenmerk is onder andere die doel waarvoor die trust opgerig word.²⁰⁴

Hierdie hoofstuk het ten doel om die teoretiese onderbou van die trustreg en oorwegende faktore vir die keuse van 'n ondernemingsvorm te ontleed en te verduidelik. Dit sal gedoen word aan die hand van 'n kort verduideliking van die onderskeid tussen die publieke trust en privaat trust. Daarna sal die keuse van 'n ondernemingsvorm in oënskou geneem word met verwysing na 'n eenmansaak, vennootskap, beslote korporasie, maatskappy en trust. Na oorweging van verskeie redes sal daar 'n gevolgtrekking gemaak word waarom die besigheidstrust (in die vorm van 'n trust) as 'n gunstige ondernemingsvorm aangewend kan word nadat statutêre bepalinge, belastingimplikasies, kontinuïteit, beperkte aanspreeklikheid en buigsaamheid ondersoek is.

Die besigheidstrust word nie in die *Trustwet* gedefinieer nie. Juis daarom is 'n mens uitgelewer aan die verskillende interpretasies van skrywers en regspraak. Met die uiteindelijke besigheidsdoelstelling as vertrekpunt, naamlik om besigheidsaktiwiteite te bedryf en winste te genereer, is die verdere doel van hierdie hoofstuk om aan te dui dat die trust spesifiek vir besigheidsdoeleindes aangewend en in praktyk reeds erken word.²⁰⁵ Daar sal ondersoek ingestel word of daar duidelike bewyse in die

202 Kopel *Guide to Business Law* 303.

203 Die gebruik van 'n trust vir besigheidsdoeleindes het 'n alternatief geword bo ander ondernemingsvorme (Honoré en Cameron *Trusts* 15-16). Sien ook Olivier 1998 *SALJ* 519.

204 Sien par 2.6

205 Sien Davis 1986 *The Taxpayer* 70 se bespreking van die nadelige kommentaar vir die gebruik van die besigheidstrust omrede die gebruik van die beslote korporasie as ondernemingsvorm bemark is.

regspraak en praktyk is dat die besigheidstrust as 'n eiesoortige trust bestaan. Daar sal spesifiek gekyk word of die besigheidstrust nie 'n gewone eiendomstrust of familietrust is nie, gesien in die lig dat fondse saamgevoeg word met 'n spesifieke doel om 'n besigheid te bedryf.

Van der Westhuizen²⁰⁶ se standpunt is:

The historical development of the trust in general and of the business trust specifically, as well as its growth in popularity in South Africa, has caused trustees and practitioners alike to consider the obvious eventuality, namely, of also utilising the trust as a trading entity.

'n Volledige verduideliking van hierdie konsep is noodsaaklik om die erkenning van die besigheidstrust as afsonderlike trustentiteit te bevestig.

3.2 Onderskeid tussen publieke en privaat trust

Volledigheidshalwe is dit nodig om, wanneer die trust vir besigheidsdoeleindes²⁰⁷ ontleed en bespreek word, ook te verwys na die publieke trust²⁰⁸ en die privaat trust, as die twee indelings van die besigheidstrust.²⁰⁹

Die publieke besigheidstrust²¹⁰ word gelykgestel aan 'n publieke of openbare maatskappy. Die *Maatskappywet*²¹¹ omskryf 'n openbare maatskappy as:

'n maatskappy met 'n winsoogmerk wat nie 'n maatskappy in staatsbesit, 'n privaatmaatskappy of 'n maatskappy met persoonlike aanspreeklikheid is nie;

206 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 5. Davis 1986 *The Taxpayer* 70 wys verder daarop dat die besigheidstrust 'n gunstige entiteit is. Hy spreek die hoop uit dat 'n ondernemer die keuse sal hê om 'n ondernemingsvorm te kies wat aan die individu se behoeftes sal voldoen en dat dit nie deur ongunstige wetgewing oorweldig sal word nie.

207 Olivier se standpunt is dat die plooibaarheid van die trust dit juis nuttig maak vir sakebedrywighede (Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5 (21). Sien verder Theron 1990 SALJ 675 en Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 264.

208 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 8; Theron 1991 TSAR 268; Davis 1986 *The Taxpayer* 64.

209 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 8; Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5 (17); Theron 1991 TSAR 268.

210 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 8. Daar word egter nie saamgestem met die onderskeid wat gemaak word tussen die verskillende besigheidstrusts by name 'n algemene handeldrywende *inter vivos* besigheidstrust, die familie besigheidstrust, die private besigheidstrust en die openbare besigheidstrust nie. Hieronder later meer.

211 71 van 2008 (hierna die *Maatskappywet*) a1.

Wetgewing reguleer die publieke besigheidstrust.²¹² Op uitnodiging kan die publiek 'n belang in trusteiendom verkry deur 'n bydrae in geldwaarde of vaste eiendom tot die trustbates te lewer. In ruil vir die bydrae word 'n oordraagbare aandelesertifikaat op die effektebeurs verhandel. Dié tipe trust word opgerig om sekuriteite te hou in die vorm van effekte, aandele en vaste eiendom. 'n Spesifieke fonds word deur die maatskappy en trustees beheer.²¹³ Die publiek se betrokkenheid bring mee dat daar nie sprake is van bepaalde of bepaalbare begunstigdes nie.

Slegs 'n bespreking van die **privaat besigheidstrust** is vir hierdie navorsing relevant. Van der Westhuizen²¹⁴ omskryf die privaat besigheidstrust as 'n trust in die eng sin²¹⁵ wat gebruik word met die duidelike bedoeling wat deur die oprigter neergelê word, naamlik om wins te maak.

Die privaat besigheidstrust is gebaseer op die eiendomstrustbeginsel (soos reeds vroeër bespreek).²¹⁶ Anders as in die geval van die publieke besigheidstrusts is die insette van die publiek nie in hierdie geval ter sprake nie. Hiér is 'n kleiner groep individue betrokke wat 'n besigheid deur middel van 'n trust bedryf. Die trustees is die eienaars van die trustgoed en dit word bestuur tot voordeel van die bepaalde of bepaalbare begunstigdes.²¹⁷ Die privaat besigheidstrust soos dit tans erken en bedryf word, is 'n trust gebaseer op die **spesifieke doel** om wins te maak²¹⁸ deur middel van besigheidsaktiwiteite.

212 Of sogenaamde effektetrusts. Sien Honoré en Cameron *Trusts* 618-636. Dié soort trust is aanvanklik deur die *Wet op Beheer van Effektetrusts* 54 van 1981 gereguleer. Dié Wet het egter plek gemaak vir die *Wet op Beheer van Kollektiewe Beleggingskema's* 45 van 2002. Sien ook Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5 (12).

213 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5 (12); Honoré en Cameron *Trusts* 21. Daar is tans baie bestuursmaatskappye wat trustfondse bestuur as trustmaatskappye en gedefinieer word as "finansiële instellings". Hierdie finansiële instellings word gereguleer deur die *Wet op Finansiële Instellings (Beskerming van Fondse)* 28 van 2001.

214 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 8-11.

215 Sien ook par 2.5.1.

216 Sien ook die verduideliking in par 2.5.2.3.

217 Sien die bespreking van begunstigdes in par 2.4.3.

218 Sien my omskrywing van die besigheidstrust hieronder in par 3.4.2.

3.3 Keuse van besigheidstrust²¹⁹ as ondernemingsvorm

Verskeie ondernemingsvorme word tans in die Suid-Afrikaanse handelsreg erken. 'n Onderneming kan bestuur word as 'n eenmansaak,²²⁰ maatskappy,²²¹ beslote korporasie,²²² 'n vennootskap²²³ of 'n trust. Ten einde 'n keuse te maak, moet bepaalde aspekte oorweeg word. Met tyd het die trust, met spesifieke verwysing na die besigheidstrust, as 'n meer bruikbare, makliker en goedkoper alternatief ontwikkel.²²⁴ Die belangrikste verskil tussen 'n trust en die maatskappy en beslote korporasie, is dat 'n trust soos die vennootskap en eenmansaak nie oor afsonderlike regspersoonlikheid beskik nie.²²⁵

Hierna word slegs 'n paar aspekte kortliks oorweeg ter verduideliking waarom 'n trust (besigheidstrust) ook 'n geskikte en meer voordeliger ondernemingsvorm sal wees.²²⁶ Derhalwe sal die begrip "trust" in hierdie bespreking spesifiek na die **besigheidstrust** verwys.

3.3.1 Statutêre bepalings

'n Trust is, net soos 'n vennootskap,²²⁷ nie onderworpe aan die streng statutêre bepalings soos maatskappye²²⁸ en beslote korporasies²²⁹ nie. 'n Trust word deur die

219 Die besigheidstrust in hierdie navorsing verwys spesifiek na 'n trust as 'n handeldrywende entiteit met 'n spesifieke winsoogmerk en is nie die gewone eiendoms- of familietrust wat net as sekondêre oogmerk 'n finansiële groei of 'n winsoogmerk nastreef nie.

220 Botha ea *Financial Planning* 935-937.

221 Botha ea *Financial Planning* 953-958; Henning 2010 *Acta Juridica* 456-479; Cassim 2010 *SA Merc LJ* 157-175.

222 Botha ea *Financial Planning* 942-953. Let wel: geen nuwe beslote korporasie kan meer agv implementering van nuwe maatskappywetgewing (wat hierna bespreek sal word) geregistreer word nie.

223 Botha ea *Financial Planning* 938-941.

224 Sien Honoré en Cameron *Trusts* 15 vir nog voorbeelde waarvoor 'n trust gebruik kan word. Wunsh 1986 *SALJ* 568-570. 'n Vennootskap is ook 'n eenvoudiger en goedkoper ondernemingsvorm. Dit hou die nadeel in van persoonlike aanspreeklikheid en gesamentlike aanspreeklikheid vir vennootskapskulde. 'n Volledige bespreking van die voor- en nadele van 'n vennootskap word later in die hoofstuk gedoen. Uit 'n boedelbeplanningsoogpunt bied 'n *inter vivos* trust baie voordele (Kloppers 2006 *TSAR* 414-415); Corbett 1993 *THRHR* 269-270.

225 Havenga ea *Kommersiële Reg* 475. Sien vorige bespreking in hoofstuk 2.

226 Kopel *Guide to Business Law* 285; Strydom *Trustbegunstigdes* 130.

227 'n Vennootskap word nie gereguleer deur 'n spesifieke vennootskapswet nie. Geen formaliteite is nodig vir die aangaan van 'n vennootskapsooreenkoms nie. Dit kom tot stand uit hoofde van 'n vennootskapsooreenkoms en is nie onderworpe aan registrasie by die Registrateur van

*Trustwet*²³⁰ gereuleer wat aansienlik minder statutêre voorskrifte vervat waaraan voldoen moet word. Hierdie beperkte statutêre bepalings is merkbaar met verwysing na minimum registrasievereistes soos uiteengesit in artikel 4 van die *Trustwet*. Daar is geen spesifieke verslagdoeningsvereistes wat nagekom moet word nie en daar is geen verpligting vir kapitaalinstandhouding nie.²³¹ Uit hoofde van artikel 16 van die *Trustwet* is daar minimum openbaarmakingsvereistes²³² en geen verpligting vir die lewering van jaarliks geouditeerde finansiële state nie.²³³ Verder bevat die *Trustwet* geen statutêre beperkings rakende die optrede en amp as trustee²³⁴ en

Maatskappye of Beslote Korporasies of by die Meester van die Hooggeregshof nie (Benade ea *Ondernemingsreg* 5; Botha ea *Financial Planning* 938-940; Wunsh 1986 SALJ 570-571; Kopel *Guide to Business Law* 286-293).

- 228 Soos gereuleer deur die *Maatskappywet*. Sien ook www.thedti.gov.za; Cassim 2010 SA *Merc LJ* 157-175; Botha ea *Financial Planning* 953-958 vir 'n oorsig van die *Maatskappywet* en die King- verslag. Die vorige *Maatskappywet* 61 van 1973 sal verder na verwys word as die 1973 *Maatskappywet*. Sien verder *Shirley v Swanepoel In Re: Swanepoel v Grand Valley Estates (Pty) Ltd* 2005 JOL 15709 (T); *Nel v Metequity Ltd* 2007 3 SA 34 (HHA); *Hughes v Ridley* 2010 1 SA 381 (N). 'n Belangrike vernuwing op die gebied van die handelsreg was die *Maatskappywet*. Dit bring verandering in die huidige opsig aan met die mees fundamentele aspek in die buigsamheid van nuwe wetgewing, nuwe begrippe en die ontwikkeling van bestaande beginsels en die gemenerereg. Gevolglik vervang hierdie wet alle bestaande wette mbt die maatskappyereg.
- 229 Soos gereuleer deur die *Wet op Beslote Korporasies* 69 van 1984 (hierna verwys as die *Wet op Beslote Korporasies*). Sien ook Botha ea *Financial Planning* 942.
- 230 Bestudeer Wunsh 1986 SALJ 561 vir 'n bespreking rakende die voordele van 'n besigheidstrust bo dié van 'n maatskappy en 'n beslote korporasie. Die enigste riglyne wat gevolg moet word is dié wat uitdruklik in die trustakte neergelê word. Verder is daar geen statutêre beperkings rakende die aanstellings van trustees, besluitnemingsprosesse, wysigingshandelinge, of die naam waaronder die besigheidstrust bedryf hoef te word nie.
- 231 Kapitaalinstandhouding is die wyse waarop skuldeisers beskerming het teen die misbruik van die beperkte aanspreeklikheid van direkteure en aandeelhouers. Ingevolge die 1973 *Maatskappywet* was daar 'n beperking om aan aandeelhouers hul oorspronklike fondse terug te gee. Die *Maatskappywet* het weggedoen met die kapitaalinstandhoudingsbegrip. Dit word nou vervang deur die solvensie-en-likiditeitstoets. Sien Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 60 waar hierdie skrywers die vereistes van 'n geldige uitkering soos bepaal in a 46 van die *Maatskappywet* verduidelik.
- 232 A 4 van die *Trustwet* handel oor die indiening van trustdokumente. Afgesien van die oorspronklike trustdokumente en relevante wysigings word geen ander dokumente vir openbaarmaking vereis nie.
- 233 Die Meester kan egter die voorlegging van geouditeerde state vereis en daar moet ook uitvoering gegee word aan die bepalings van die trustakte indien die voorlegging van state vereis word.
- 234 'n Trustakte kan sekere beperkings op die amp as trustee belê. Ingevolge a 20 van die *Trustwet* kan die Meester ook 'n trustee uit sy amp in sekere omstandighede onthef. Sien die bepalings soos vervat in die *Maatskappywet* ten opsigte van die standarde van direkteure se gedrag (a 76), direkteure se persoonlike finansiële belange (a 75), die aanspreeklikheid van direkteure (a 77) en skadeloosstelling en direkteursversekering (a 78). Sien Honoré en Cameron *Trusts* 92 wat die kwalifikasies, besluitneming en wysigingsbevoegdheid van trustees bespreek. Benade ea *Ondernemingsreg* 385. Regspersone en natuurlike persone mag partye tot die trust wees. Sien ook verder *Nel v Metequity Ltd* 2007 3 SA 34 (HHA).

geen beperking op die ledetal soos in die geval van 'n beslote korporasie²³⁵ en 'n vennootskap²³⁶ nie.

Dit is weliswaar so dat beperkte statutêre vereistes bydra tot tydsbesparing en minder administratiewe vereistes wat 'n oorwegende faktor is in die keuse van 'n trust as ondernemingsvorm.

3.3.2 Belastingimplikasies

*Commissioner for SARS [2003] Pravin Gordhan was quoted as saying "that taxpayers and SARS have a love-hate relationship towards trusts: taxpayers love them and SARS hates them". Several amendments in recent years have bolstered this view, especially so far as SARS is concerned. SARS seems to take the view that, where there is a trust, there is a tax-avoidance scheme. It is therefore true that, from the tax perspective, the cost of using a trust is now higher than it ever has been.*²³⁷

Soos reeds genoem is 'n entiteit belasbaar as dit as 'n "persoon" kwalifiseer en inkomste deur sodanige persoon "ontvang" word.²³⁸ Die deurslaggewende saak rakende hierdie kwessie was *CIR v Friedman*²³⁹ waarin appèlregter McCreath beslis het dat 'n trust nie 'n "persoon" was soos bedoel in die *Inkomstebelastingwet*²⁴⁰ nie.

Die SAID het ingegryp. Ná die wysiging van die *Inkomstebelastingwet* word 'n trust nou ook as 'n "persoon" vir belastingdoeleindes gedefinieer.²⁴¹ Die huidige

235 Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 237 bespreek die getal lede asook die 2005-wetswysiging waarin 'n trustee of 'n trust 'n lid van 'n beslote korporasie kan wees. Wunsh 1986 SALJ 572-573.

236 'n Vennootskap is beperk tot 20 natuurlike persone. Sien Geach *Trusts* 161-179 en 297.

237 Deneys Reitz 2003 <http://www.saica.co.za>; Davis 1986 *The Taxpayer* 69-70.

238 Sien *CIR v MacNeillie's Estate* 1961 3 SA 833 (A); *CIR v Emary* 1961 2 SA 621 (A); *Kohlberg v Burnett* 1986 3 SA 12 (A); *Magnum Financial Holdings (Pty) Ltd v Summerly* 1984 1 SA 160 (W); *CIR v Woulidge* 2002 1 SA 68 (HHA); *Brodie v SIR* 1974 4 SA 704 (A).

239 *CIR v Friedman* 1993 1 SA 353 (A). Sien ook die latere beslissing in *CIR v Dyefin Textiles (Pty) Ltd* 2002 4 SA 606 (N) en die hof se redenasie soos bespreek in Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2(39) en die toestaan van lenings wat wel as 'n dividend beskou moet word; De Waal 1993 *THRHR* 6.

240 Sien De Waal 1993 *THRHR* 5-6; Murray 1962 SALJ 37; Geach *Trusts* 210-211; Vogelmann 2007 *WP* 18-19.

241 A 1 van die *Inkomstebelastingwet* definieer 'n persoon as: "ook 'n insolvente boedel, die boedel van 'n oorlede persoon, 'n trust en enige portefeulje van 'n kollektiewe beleggingskema in effekte". *Malone Trust v SIR* 1977 2 SA 819 (A); Geach *Trusts* 233-234; Botha ea *Financial Planning* 941; Rosenzweig 1981 SALJ 502-515; Van der Merwe 2000 SA *Merc LJ* 325-329; Olivier 1998 SALJ 520; Strydom *Trustbegunstigdes* 74-77.

belastingkoers²⁴² op trusts is 40%. Dit is aansienlik hoër as die belastingkoers van 28% wat deur maatskappye en beslote korporasies betaalbaar is.²⁴³ Dit is egter so dat negatiewe belastinggevolge met voldoende beplanning optimaal benut kan word, sodat dit steeds meer voordelig is om 'n trust as ondernemingvorm óf boedelbeplanningsinstrument²⁴⁴ te gebruik. Geen inkomstebelasting word gehef op winste wat as voordele aan begunstigdes uitgekeer word nie en elke begunstigde word individueel op sy inkomste belas.

Inkomstebelasting is 'n hoogs gespesialiseerde vakgebied en die leser word daarop gewys dat volledige besprekings en beplanningsvoorstelle buite die bestek van hierdie navorsing val. Dit bring mee dat jaarlikse belastingwysigings en interpretasie van wetgewing met groot omsigtigheid hanteer moet word. Du Toit²⁴⁵ is van mening dat die negatiewe publisiteit en onsekerheid rakende belastingimplikasies die gebruik hiervan afskrik.

'n Verdere belastingaspek is hereregte.²⁴⁶ Hierdie tipe belasting is betaalbaar op eiendom wat deur 'n belastingpligtige verkry is. Die koers van toepassing op die oordrag aan individue word bereken op jaarlikse vasgestelde glyskale wat aansienlik minder is as die vasgestelde koers van 8% by die oordrag van eiendom aan 'n trust. Die voordeel wat egter verkry kan word, is die vrystelling vir die oordrag van 'n trusteeiendom deur 'n trustee aan 'n begunstigde ingevolge artikel 9(4)(b) van die *Wet op Hereregte*.²⁴⁷

242 In hierdie navorsing word die nuutste belastingkale gebruik vir die finansiële jaar wat op 28 Februarie 2012 eindig. 'n Besigheidstrust word teen dieselfde koers as 'n trust belas (40%). Sien ook Du Toit 2000 *Finance Week* 38-39; Balden 2005 *TRW* 115.

243 'n Maatskappy en 'n beslote korporasie word as 'n aparte entiteit belas teen die toepaslike belastingkoers. Sien *CIR v Mendes* 2001 2 All SA 316; Botha ea *Financial Planning* 953.

244 'n Volledige bespreking van die belastingvoordele uit 'n boedelbeplanningsoogpunt val buite die bestek van hierdie navorsing. Vir 'n volledige verduideliking sien Geach *Trusts* 56- 58; Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 70-88; Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 7(9)-7(11).

245 Du Toit 2000 *Finance Week* 38 stel dit duidelik: "It is clear that the knives are out for business trusts". Sien ook Benade ea *Ondernemingsreg* 336; Botha ea *Financial Planning* 804-813; Olivier 1997 *TSAR* 767; Davis 1986 *The Taxpayer* 63-70; Kevin 2004 *De Rebus* 36; *CIR v People's Stores (Walvis Bay) (Pty) Ltd* 1990 1 SA 353 (A).

246 Dit word gehef in terme van die *Hereregtewet*, waarin a 3(1) bepaal dat hereregte betaalbaar is binne ses maande vanaf die datum van verkryging deur die persoon wat die eiendom verkry het of in wie se guns of ten voordele van wie van 'n belang in of beperking op die gebruik van of beskikking oor eiendom, afstand gedoen is. Sien *Pretorius v CIR* 1984 2 SA 619 (T).

247 Ingevolge a 9(4)(b) van die *Hereregtewet* sal die oordrag van die vaste bates nie aan die betaling van hereregte onderworpe wees in die geval waar 'n begunstigde 'n familielid van die oprigter is

Skenkingsbelasting²⁴⁸ word ook in terme van die *Inkomstebelastingwet* gehef. 'n Skenking²⁴⁹ word omskryf as enige gratis oormaking van eiendom of enige gratis afstanddoening van 'n reg. Skenkingsbelasting word tans gehef teen 20%, met 'n jaarlikse vrystelling van R100 000.²⁵⁰ Deur gebruik te maak van die jaarlikse vrystelling kan die boedeleienaar se boedel jaarliks met R100 000 verklein word, wat weer oor 'n tydperk 'n vermindering in boedelbelasting meebring.

Die effek van kapitaalwinsbelasting²⁵¹ moet ook nie onderskat word nie. Kapitaalwinsbelasting word gehef uit hoofde van die agste bylae in die *Inkomstebelastingwet*. Hierdie belasting word geaktiveer sodra daar 'n vervreemding van 'n bate is in die vorm van die verkoop of skenking van 'n kapitale bate.²⁵²

Weens die gespesialiseerde aard van kapitaalwinsbelasting, is 'n in diepte bespreking hieroor nie deel van hierdie navorsing nie.

Boedelbelasting²⁵³ is seker dié belasting wat deur 'n boedeleienaar/ ondernemer/ oprigter/trustee vermy wil word. Dit is die belasting wat verskuldig is deur die

en geen vergoeding vir die bates betaal is nie. Sien ook die bespreking van Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 7(55) vir omstandighede wat wel hereregte implikasies meebring. Hier word spesifiek na die *Goodricke*-beslissing verwys.

248 Hierdie belasting is ingestel vanaf 1 Maart 1955 ingevolge aa 54–62 van die *Inkomstebelastingwet*. Sien ook Kevin 2004 *De Rebus* 36; Olivier 1998 *SALJ* 523-524; *CIR v Estate Hulett* 1990 2 SA 786 (A). 'n Volledige bespreking van skenkingsbelasting val buite die bestek van hierdie navorsing.

249 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 94-98; Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 7(44); Geach *Trusts* 29. Die jaarlikse vrystelling van skenkingsbelasting kan optimaal benut word deur die vasgestelde bedrag (tans R100 000), jaarliks aan die boedeleienaar se trust te skenk. Gevolglik verminder die boedeleienaar se boedel jaarliks met hierdie bedrag.

250 Koers soos in die nuutste belastingskale (jaareinde 28 Februarie 2012) voorsien. *CIR v Marx* 2006 4 SA 195 (K); *CIR v Woulidge* 2002 1 SA 68 (HHA); Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 88-90; Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 7(43)-7(52); Williams 2010 *Synopsis* 4.

251 Kapitaalwinsbelasting het op 1 Oktober 2001 in werking getree. Sien Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 109-113. Botha ea *Financial Planning* 813-820; Reed 2006 *Insurance* 26; Vogelmann 2007 *WP* 18-19; Stephan 2004 *Insurance* 8-11; Williams 2002 *Acta Juridica* 136-160.

252 Sien Botha ea *Financial Planning* 813-814 vir 'n bespreking van die vervreemding van 'n kapitale bate.

253 'n Volledige bespreking rakende die effek van boedelbelasting val buite die bestek van hierdie navorsing. Sien *CIR v Woulidge* 2002 1 SA 68 (HHA); *CIR v MacNeillie's Estate* 1961 3 SA 833 (A); *CIR v Jacobson's Estate* 1961 3 SA 841 (A); *CIR v Sive's Estate* 1955 1 SA 249 (A); Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 7(52)-7(55); Murray 1962 *SALJ* 37-42. Sien die bespreking in par 4.3.2 hierna.

oorledene se boedel ingevolge die *Boedelbelastingwet*, tans teen 20%. 'n Oplossing om boedelbelasting te minimaliseer is om te verseker dat bates nie deel van die oorledene se boedel is ten tye van sy afsterwe nie. Ten einde effektief te wees, moet gepoog word om die boedeleienaar se boedel tot 'n maksimum van R3,5 miljoen²⁵⁴ te beperk en ook te verseker dat geen trustbates as deel van die oorledene se persoonlike bates geag sal word nie.²⁵⁵ Uit 'n boedeladministrasie-oogpunt, is die voordeel van die besigheidstrust dat dit met minder administrasie belas word.²⁵⁶ Die voorstel is dat bates wat in waarde toeneem apart van 'n boedeleienaar se persoonlike boedel gehou moet word. Om dit te verseker, moet 'n bate dan eerder in 'n trust bestuur word. Sou hierdie bate dan in waarde toeneem, soos wat dikwels die geval is, vind hierdie waardevermeerdering in die hande van die trust plaas en nie in die persoonlike boedel van die persoon nie.²⁵⁷

Derhalwe word daar met Honoré²⁵⁸ saamgestem dat die ondernemer tóg in 'n mate deur belastingoorwegings en die keuse van 'n ondernemingsvorm beïnvloed word.

Whether the popularity of business trusts continues will depend on their relative tax position and the degree of publicity and state regulation attaching to them.

Weens die plooibaarheid van die trust is dit wel moontlik om 'n trust optimaal te struktureer om die beste belastingvoordele te bewerkstellig. Uit 'n belastingoogpunt is daar egter geen merkwaardige voordeel vir 'n besigheidstrust nie, omdat 'n besigheidstrust nie in die *Inkomstebelastingwet* gedefinieer word nie. Dit val steeds onder die vaandel van die trustomskrywing ingevolge die *Inkomstebelastingwet*. Gevolglik word presies dieselfde belastingkoers van 40% toegepas. Dieselfde skenkingsbelastingvoordeel van R100 000 per jaar blyk ook van toepassing te wees en dieselfde oorwegings word vir boedelbelasting in ag geneem, ongeag of 'n besigheidstrust gebruik word. Daar is dus geen unieke belastingvoordele vir 'n besigheidstrust, anders as dié van 'n gewone trust nie.

254 Boedelbelasting word teen in vaste koers belas van 20% en die statutêre primêre korting, tans R3,5 miljoen (vir die huidige finansiële boekjaar einde 28 Februarie 2012) word toegestaan.

255 Sien die bespreking hierna ingevolge a 3(3)(d) van die *Boedelbelastingwet*.

256 Theron *Besigheidstrust* 112.

257 Daar is verskillende boedelbelastingimplikasies vir die verskillende partye tot 'n trust (Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 92-94).

258 Honoré en Cameron *Trusts* 92; *SIR v Rosen* 1971 1 SA 172 (A); *CIR v Emary* 1961 2 SA 621 (AD); Rosenzweig 1981 SALJ 502-515; Theron 1991 TSAR 273; Van der Merwe 2000 SA Merc LJ 319-329; Kopel *Guide to Business Law* 304.

3.3.3 Kontinuiteit

Kontinuiteit in 'n vennootskap is 'n belangrike faktor in die keuse van 'n ondernemingsvorm. 'n Vennootskap word beëindig en in geheel ontbind indien enige van die vennote sou uittree of enige verandering in lidmaatskap sou plaasvind. Hierdie verandering kan intree by die toetrede van 'n nuwe vennoot en die dood of uittrede van 'n bestaande vennoot.²⁵⁹

'n Maatskappy en beslote korporasie staan afsonderlik van die direkteure, aandeelhouders en lede. Hierdie afsonderlike bestaan verseker ewigdurende voortbestaan ongeag 'n wisseling in enige van genoemde persone.

Uit 'n besigheidsoogpunt is die kontinuiteit²⁶⁰ in die besigheid baie belangrik. Daar is geen beperking op die voortbestaan van 'n trust nie en die kontinuiteit word hoofsaaklik in die trustakte belê. Anders as in die geval van 'n vennootskap en die opskorting van kontinuiteit by die dood of sekwestrasie van 'n vennoot se boedel, het die wisseling van trustees en begunstigdes geen invloed op die voortbestaan van 'n trust nie.²⁶¹ 'n Trust ontbind by die vernietiging van die trustbates, waar die doelstelling van die trust bereik is of die termyn van die trust verstryk.²⁶²

259 Benade ea *Ondernemingsreg* 47-48; Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 219-220 en 231-232; Geach *Trusts* 161-179, 297; Kopel *Guide to Business Law* 304; Botha ea *Financial Planning* 938-939; *Berco Sameday Express v McNeil* 1996 4 All SA 100 (W); *Monhaupt v Minister of Finance* 1918 39 NPD 47; *Bester v Van Niekerk* 1960 2 SA 779 (A); *Joubert v Tarry and Co* 1915 TPD 277; *Purdon v Muller* 1961 2 SA 211 (A); *Carr v Hinson* 1966 3 SA 303 (W); *Hughes v Ridley* 2010 1 SA 381 (N); Theron 1990 SALJ 676

260 Kontinuiteit beteken die onbeperkte voortbestaan. 'n Trust is egter steeds gebonde aan die bepalings soos in die trustakte uiteengesit. Sien Botha ea *Financial Planning* 951; Geach *Trusts* 297 vir 'n bespreking van 'n verdere voordeel dat onroerende eiendom nie herregistreer hoef te word nie.

261 Theron 1991 TSAR 278. Geach *Trusts* 217-218. Sou 'n begunstigde te sterwe kom, kan 'n ander begunstigde onmiddellik sy/haar plek as begunstigde inneem en daar hoef geensins gewag te word vir die afhandeling van 'n boedel nie, omdat trustbates nie deel van 'n boedel is nie.

262 Benade ea *Ondernemingsreg* 381. *CIR v MacNeillie's Estate* 1961 3 SA 833 (A); *CIR v Emary* 1961 2 SA 621 (A); *Malone Trust v SIR* 1977 2 SA 819 (A). Bestudeer Wunsh 1986 SALJ 570-571 vir 'n vergelyking van 'n trust en 'n vennootskap. Sien verder Theron 1991 TSAR 276 se verduideliking rondom die ewigdurende voortbestaan van 'n trust.

3.3.4 Beperkte aanspreeklikheid

'n Verdere belangrike faktor wat in aanmerking geneem moet word ten einde die keuse te maak vir 'n geskikte ondernemingsvorm, is die effek van persoonlike aanspreeklikheid. Die vraag is in werklikheid wie dra die risiko in hierdie onderneming? Ondanks die feit dat 'n onderneming 'n afsonderlike entiteit kan wees en afsonderlik van sy lede en direkteure bestaan, kan die ampsdraers tog in sekere omstandighede persoonlik aanspreeklik gehou word. Beperkte aanspreeklikheid²⁶³ is een van die belangrikste oorwegings by die keuse van 'n ondernemingsvorm en word, ten einde die betrokke beginsel sinvol te verduidelik, vervolgens kortliks bespreek. Die doel is bloot om te bepaal welke ondernemingsvorm in hierdie opsig vir 'n persoon meer tot voordeel sal wees.

Ingevolge die *Wet op Beslote Korporasies* kan lede persoonlik aanspreeklik gehou word in die volgende omstandighede: indien daar versuim word om die korrekte naam of registrasienommer van die beslote korporasie te gebruik.²⁶⁴ Persoonlike aanspreeklikheid volg ook by die versuim om ingevolge artikel 22 die letters BK ná die naam te gebruik²⁶⁵ of by die versuim om die ooreengekome bydrae te lewer.²⁶⁶ Aanspreeklikheid kan ook opgedoen word indien 'n beslote korporasie gederegistreer word terwyl daar steeds uitstaande skuld is²⁶⁷ of lenings verstrekk word sonder die instemming van al die lede.²⁶⁸ Daar bestaan selfs die moontlikheid dat lede in sekere gevalle gesamentlik aanspreeklik gehou kan word vir skulde in gevalle van roekelose

263 'n Volledige bespreking van die beperkte aanspreeklikheid van vennote, direkteure en lede van maatskappye en beslote korporasies val buite die bestek van hierdie navorsing. Die beperkte aanspreeklikheid van trustees sal in die volgende hoofstuk in par 4.3.4 in detail bespreek word. Sien Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 255-258 en 270. Hierdie aangeleentheid word ook verder bespreek in Benade ea *Ondernemingsreg* 4; Du Toit 2007 *STELL LR* 469-472; De Waal 2000 *THRHR* 478; Smith 2007 *JJS* 165; Balden 2005 *TRW* 95; Van der Merwe 2008 *WP* 36; Davis 1986 *The Taxpayer* 68; Roos 1990 *THRHR* 88; De Waal 1999 *STELL LR* 24-27; Sher 2005 *JBL* 77-78; Wunsh 1986 *SALJ* 569.

264 A 23 van die *Wet op Beslote Korporasies*. *Bouwer v Andrews* 1988 4 SA 337 (E); *Hanekom v Builders Market Klerksdorp (Pty) Ltd* 2006 1 SA 423 (T); Botha ea *Financial Planning* 947; *Kopel Guide to Business Law* 297-299.

265 A 64 van die *Wet op Beslote Korporasies*; Botha ea *Financial Planning* 947-948.

266 Aa 24; 63 van die *Wet op Beslote Korporasies*; Botha ea *Financial Planning* 947-948.

267 A 26 van die *Wet op Beslote Korporasies*; *Boland Bank Ltd v Mouton* 1997 4 All SA 67 (K); Botha ea *Financial Planning* 947.

268 Aa 52, 55 van die *Wet op Beslote Korporasies*; *J & K Timbers (Pty) Ltd t/a TEGS Timbers v G L & S Furniture Enterprises CC* 2005 3 SA 223 (N).

en bedrieglike²⁶⁹ optredes. Indien 'n lid nie sy vertrouensplig nakom nie, kan hy ook persoonlik aanspreeklik gehou word vir die verlies wat deur sy optrede veroorsaak is.²⁷⁰

Soos in die *Wet op Beslote Korporasies* is daar ook nie in die 1973 *Maatskappywet* duidelike verpligtinge deur die wetgewer aan die direksie opgedra nie.²⁷¹ Aanspreeklikheid was dus moeilik bepaalbaar. Gevolglik is direkteure se regte en verpligtinge in 'n kontrak, bepalinge in die akte van oprigting asook die gemeenereg saamgevat. Die gemeenregtelike verpligtinge staan vas. Daar rus 'n vertrouensverpligting op 'n persoon in sy amp as direkteur. Hy moet deurentyd ter goede trou en tot voordeel van die maatskappy optree. Nie-nakoming van sy vertrouensverpligting kan aanleiding gee tot persoonlike aanspreeklikheid.²⁷² Die tweede gemeenregtelike verpligting is die plig tot sorg en vaardigheid in die uitvoering van sy amp en bevoegdheid as direkteur.²⁷³ Nie-nakoming van hierdie verpligting kan gevolglik aanleiding gee tot aanspreeklikheid vir skadevergoeding.²⁷⁴

Die *Maatskappywet* gee 'n duideliker uiteensetting rakende die pligte en aanspreeklikheid vir korporatiewe bestuur. Aanspreeklikheid word in die Wet bespreek onder afdelings van (i) standarde van direkteure se gedrag; (ii) direkteure se persoonlike finansiële belange; (iii) persoonlike aanspreeklikheid en (iv)

269 A 64 van die *Wet op Beslote Korporasies*; *Powertech Industries Ltd v Mayberry* 1996 2 SA 742 (W); *TJ Jonck BK h/a Bothaville Vleismark v Du Plessis* 1998 1 SA 971 (O).

270 Aa 63,42(3), 43 en 50 van die *Wet op Beslote Korporasies*. *Geaney v Portion 117 Kalkheuwel Properties CC* 1998 1 SA 622 (T); *Moosa v Mavjee Bhawan (Pty) Ltd* 1967 3 SA 131 (T).

271 Benade ea *Ondernemingsreg* 129-134; Du Plessis 2010 *Acta Juridica* 263-270.

272 Benade ea *Ondernemingsreg* 134. Die vertrouensposisie kan verbreek word deur botsende belange, oorskryding van bevoegdheidsbeperkings, die versuim om 'n onbelemmerde diskresie te handhaaf en die versuim om magte as direkteur aan te wend vir die doel waarvoor dit verleen is (*Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD 168; *Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd* 1981 2 SA 173 (T); *Sibex Construction (SA) (Pty) Ltd v Injectaseal CC* 1988 2 SA 54 (T); *Phillips v Fieldstone Africa (Pty) Ltd* 2004 1 All SA 150 (HHA); *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen* 1980 4 SA 156 (W)). Sien ook *Swanepoel v Grand Valley Estates (Pty) Ltd* 2005 JOL 15709 (T) waar regter Mojapelo bevestig dat 'n trust nie op dieselfde basis as 'n maatskappy hanteer kan word nie.

273 'n Direkteur is verplig om *bona fide* en tot voordeel van die maatskappy op te tree.

274 Benade ea *Ondernemingsreg* 135; *Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen* 1980 4 SA 156 (W); *McLuckie v Sullivan* 2011 1 SA 365 (GS); *S v Gardener* 2011 4 SA 79 (HHA).

skadeloosstelling en direkteursversekering.²⁷⁵ In die lig van hierdie gewysdes is dit duidelik dat die beskerming van krediteure en belangegroepe besondere aandag geniet.²⁷⁶ Ten einde inhoud te gee aan die uitgebreide doelwitte van die Wet, word meer klem gelê op korporatiewe beheer, meer deursigtigheid,²⁷⁷ spesifieke verslagdoeningsvereistes²⁷⁸ en kontrole van optredes van direkteure en bestuur.²⁷⁹

Bepalings soos hierdie is noodsaaklik om te verseker dat die reg effektief geïmplementeer word om 'n deursigtige en deelnemende korporatiewe entiteit te verseker.

Die voordeel van beperkte aanspreeklikheid is egter nie 'n vennoot beskore nie. Twee situasies van aanspreeklikheid word in die vennootskapstruktuur onderskei. Tydens die bestaan van die vennootskap is die vennote gesamentlik vir vennootskapskulde aanspreeklik. In *Muller v Pienaar*²⁸⁰ is beslis dat indien die vennootskap in versuim is en nie sy verpligtinge kan nakom nie, kan die krediteur nie 'n enkele vennoot vir die skuld aanspreek nie. Daar kan slegs 'n aksie teen al die vennote gesamentlik ingestel word. In *Geldenhuis v East and West Investments (Pty) Ltd*²⁸¹ is ook beslis dat die verhuurder daarop geregtig was om albei vennote te dagvaar vir die volle bedrag van die skuld.

By die ontbinding van 'n vennootskap verander die regsposisie in so 'n mate dat die vennote dan individueel gedagvaar kan word.²⁸² In *Lee v Maraisdrif (Edms) Bpk*²⁸³

275 Aa 76, 75, 77 en 78 van die *Maatskappywet*. Sien ook *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPD 92; *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD 168; *Gheri v Tiber Developments (Pty) Ltd* 2007 4 SA 536 (HHA); *Du Plessis v Phelps* 1995 4 SA 165 (K).

276 A 22 van die *Maatskappywet*. 'n Maatskappy kan ook van regspersoonlikheid ontnem word by ongemagtigde optredes (aan die hand van die voorkoming van insolvente en roekelose handeling van bestuur). Sien ook par 4.3.6 hierna.

277 A 20 van die *Maatskappywet*.

278 Aa 24-31 van die *Maatskappywet*.

279 Aa 57-78 van die *Maatskappywet*.

280 *Muller v Pienaar* 1968 3 SA 195 (A).

281 *Geldenhuis v East and West Investments (Pty) Ltd* 2005 2 SA 74 (HHA).

282 Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 228-229; Benade ea *Ondernemingsreg* 43; Botha ea *Financial Planning* 938-940. Waar 'n enkele vennoot by die ontbinding van 'n vennootskap aanspreeklik gehou word vir meer as sy proporsionele gedeelte kan hy later die verskil van die ander vennote verhaal. Sien ook *Monhaupt v Minister of Finance* 1918 39 NPD 47; *Purdon v Muller* 1961 2 SA 211 (A); *Berezniak v Van Nieuwenhuizen* 1948 1 SA 1057 (T).

283 *Lee v Maraisdrif (Edms) Bpk* 1976 2 SA 536 (A); Theron 1991 TSAR 277.

word beslis dat die krediteur die reg verkry om, wanneer die vennootskap ontbind, enige van die vennote individueel vir die geheel van die skulde aanspreeklik te hou.

Uit bogenoemde is dit duidelik dat beperkte aanspreeklikheid 'n deurslaggewende rol speel in die keuse van 'n ondernemingsvorm. In 'n trust is die voordeel van beperkte aanspreeklikheid daarin geleë dat die betrokke trustees se persoonlike²⁸⁴ boedels (anders as in die geval van 'n vennootskap) nie vir enige besigheidskulde aanspreeklik gehou kan word nie. Die skuldeiser kan slegs die trustboedel aanspreeklik hou vir uitstaande skuld omdat 'n trustee slegs in 'n amptelike hoedanigheid optree.²⁸⁵

Hierdie hernude fokus deur die *Maatskappywet* en die *Wet op Beslote Korporasies* op die statutêre vereistes rakende persoonlike aanspreeklikheid, sowel as 'n vennoot in sy persoonlike hoedanigheid, dra by tot die voorkeurkeuse van 'n besigheidstrust as ondernemingsvorm. 'n Tekortkoming wat duidelik uit die voorafgaande bespreking blyk, is die feit dat die *Trustwet* tans geen bepalinge rakende beperkte aanspreeklikheid ten opsigte van 'n trustee bevat nie.²⁸⁶ Gevolglik is die bewyslas in praktyk vir krediteure en ander benadeelde partye dan soveel moeiliker vasstelbaar.

284 Wunsh 1992 *Trusts in Practice* 62 waar die skrywer die volgende sê: "The Law Commission recommended statutory provisions, and it was of the view that the law of trusts should not be codified. It recommended a material provision (which probably confirmed the common law position) that the trust assets do not vest in the personal estate of the trustee and a far-reaching provision as regards that the invalidity of an exoneration of trustees from liability for breach of duty." Wunsh 1986 *SALJ* 571 word voordele van 'n vennootskap bo die van 'n trust bespreek. In Theron 1991 *TSAR* 274 word verduidelik dat die beperkte aanspreeklikheid op 'n indirekte manier vir die trustees en begunstigdes verkry word sonder dat daar enige voorskrifte nagmaak moet word.

285 *Ehrlich v Rand Cold Storage & Supplies Co Ltd* 1911 TPD 170; *Estate Kemp v McDonald's Trustee* 1915 AD 491. Theron *Besigheidstrust* 113 wys weer daarop dat 'n trustee slegs in 'n amptelike hoedanigheid vir trustskulde aanspreeklik is. Dit het tot gevolg dat begunstigdes ook nie vir trustskulde aangespreek kan word nie omrede die trustees die eienaars van die bates is.

286 Sien De Waal 1993 *THRHR* 6-7. Hy beklemtoon die feit dat beperkte aanspreeklikheid nie absoluut is nie. Trustees kan wel persoonlike aanspreeklikheid opdoen indien hulle nie in 'n verteenwoordigende hoedanigheid opgetree het nie en dit gevolglik tot trustbreuk aanleiding gee. Sien verder *Ex parte Milton* 1959 3 SA 347 (SR); *Ehrlich v Rand Cold Storage & Supplies Co Ltd* 1911 TPD 170; *Vermaak's Executor v Vermaak's Heirs* 1909 TS 679; Murray 1962 *SALJ* 39; Theron 1991 *TSAR* 280 en Theron 1991 *De Jure* 324-328.

3.3.5 Buigsaamheid en geheimhouding

Laastens kan daarop gewys word dat die buigsaamheidsvoordeel kan bydra tot die oorweging vir 'n ondernemingsvorm.²⁸⁷ 'n Vennootskapsooreenkoms word deur die vennote opgestel sonder spesifieke voorskrifte en die formaliteite word onderling tussen die vennote ooreengekom. 'n Samewerkingsooreenkoms is 'n ooreenkoms wat deur die lede van 'n beslote korporasie opgestel word.²⁸⁸ Hierdie ooreenkoms reël alle aangeleenthede wat ingevolge die *Wet op Beslote Korporasies* vereis word, die verpligtinge van lede asook die interne verhoudinge tussen die lede onderling. Ingevolge artikel 44 van die *Wet op Beslote Korporasies* moet 'n samewerkingsooreenkoms by die geregistreerde kantoor van die beslote korporasie gehou word waar enige lid dit mag inspekteer. Wat geheimhouding aanbetref, is geen persoon wat nie 'n lid is nie, geregtig om 'n samewerkingsooreenkoms te inspekteer nie.²⁸⁹

In teenstelling met die 1973 *Maatskappywet* was een van die oogmerke van die nuwe *Maatskappywet* die beginsels van buigsaamheid en eenvoud. Die inkorporasie van 'n maatskappy behels die indiening van 'n kennisgewing van inkorporasie²⁹⁰ tesame met 'n Akte van Oprigting. Buigsaamheid word moontlik gemaak aan die hand van die Akte van Oprigting ten opsigte van die verhouding tussen 'n maatskappy en sy belanghebbendes²⁹¹ en openbaarmaking²⁹² aan die publiek en alle belanghebbendes.

Buigsaamheid ingevolge 'n trust word teweeggebring deurdat die oprigter die bepalings van die trustakte volgens sy wil dokumenteer en nie aan spesifieke

287 Theron 1991 *TSAR* 277.

288 A 44 van die *Wet op Beslote Korporasies*; Botha ea *Financial Planning* 944-945.

289 A 45 van die *Wet op Beslote Korporasies*. Behalwe uit hoofde van 'n Wet, is slegs lede geregtig op inspeksie van die samewerkingsooreenkoms. Die samewerkingsooreenkoms word ook nie by ander statutêre instellings ingedien nie. Sien ook Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 246-247.

290 A1 en 13(1) *Maatskappywet*. Cassim 2010 *SA Merc LJ* 165-168.

291 Ingevolge die 1973 *Maatskappywet* moes alle maatskappye 'n Akte van oprigting en Statute by die Registrateur van Maatskappy indien. Sien Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 1-17. Sien ook Ncube 2010 *Acta Juridica* 43-72. Tans vereis die *Maatskappywet* dat die voorwaardes van die maatskappy se Akte van Oprigting aan die bepalings van die Wet moet voldoen. Enige bepalings wat nie deur die Wet gedek word nie, kan verder in die Akte van Oprigting ingesluit word. Sien ook *Ben-Tovim v Ben-Tovim* 2001 3 SA 1074 (K).

292 Sien Schmidt 2010 *JJS* 28-48.

voorskrifte gebonde is nie. Die voordeel van minder openbaarmakingsvereistes het tot gevolg dat trustaktiwiteite en dokumente nie pertinent en kategoriees aan die publiek beskikbaar gestel word nie.²⁹³ Dit impliseer onomwonde dat 'n besigheidstrust dieselfde voordele ervaar.

3.3.6 Keuse van die besigheidstrust as ondernemingsvorm

Ten spyte van sommige tekortkominge soos hierbo uitgewys is, blyk 'n besigheidstrust steeds 'n geskikte ondernemingsvorm te wees. Dit bied die voordele van die maatskappy en beslote korporasie en die beskerming van 'n trust. Dit is steeds onderworpe aan die bepalings van die *Trustwet* maar hoef nie aan ingewikkelde statutêre vereistes te voldoen nie. Dit verskaf 'n buigsame besigheidsentiteit met min komplekse formaliteite en ook 'n mate van kontinuïteit. Die voordeel is dat trustbegunstigdes (en trustees) die nodige beskerming wat 'n trust bied, optimaal kan benut deur nie blootgestel te wees aan sakerisiko's nie en die voordeel het van beperkte aanspreeklikheid. Trustees wat roekeloos optree en nie die nodige mate van sorg en vaardigheid aan die dag lê nie, kan egter persoonlike aanspreeklikheid opdoen.²⁹⁴

Vir die doeleindes van hierdie studie kan tot die gevolgtrekking gekom word dat 'n besigheidstrust as 'n werkbare ondernemingsvorm erken kan word met die spesifieke doel om winsgewende besigheidsaktiwiteite te bedryf.

293 Aa 4, 18 van die *Trustwet*.

294 *Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd* 1989 3 SA 71 (T). In *Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPD 92 is 'n gemeenregtelike aksie teen die direkteure van 'n maatskappy toegelaat. Die direkteure het bates namens die maatskappy gekoop terwyl hulle deeglik bewus was van die feit dat die maatskappy nie die verpligtinge ingevolge die kontrak sou kon nakom nie. Theron 1991 *De Jure* 327 maak die opmerking dat sou hierdie beginsels op trusts toegepas word en trustees goedere namens 'n trust koop en daarmee die vertroue wek dat daar voldoende trustfondse is om die verpligtinge na te kom, wat nie die geval is nie, behoort die trustees ook persoonlik aanspreeklik gehou te word. Die voorstel is dat 'n soortgelyke artikel as 64 van die *Wet op Beslote Korporasies* bygewerk moet word. Sien ook Botha ea *Financial Planning* 958.

3.4 Die besigheidstrust

Die voorafgaande bespreking maak dit duidelik dat 'n besigheidstrust wel as 'n ondernemingsvorm gebruik kan word. Die keuse van 'n besigheidstrust as afsonderlike trustentiteit sal vervolgens bespreek word met verwysing na die basiese grondslag, skrywers se omskrywings en definisies van hierdie begrip en ten einde laas, howe se interpretasie oor die erkenning van die besigheidstrust.

Die fondasie as geskikte ondernemingsvorm is reeds gelê. Al wat kortkom is 'n duidelike definisie van die besigheidstrust en 'n uiteindelijke erkenning as afsonderlike trustentiteit. Dit is slegs met kennis van die verskillende interpretasies van die "besigheidstrustbegrip" dat vasgestel kan word hoe die besigheidstrust gedefinieer moet word.

Alvorens ondersoek ingestel kan word na die feitelike erkenning van die besigheidstrust in die Suid-Afrikaanse praktyk, moet daar ter wille van volledigheid verwys word na die verband tussen die Amerikaanse Massachusetts-trust en die Suid-Afrikaanse trust vir besigheidsdoeleindes. Die rede daarvoor word in die volgende paragraaf verduidelik.

3.4.1 Amerikaanse konsep²⁹⁵ as basis

In die Suid-Afrikaanse reg het die gewildheid van die trust vir besigheidsdoeleindes toegeneem. Die gebruik van hierdie ondernemingsvorm het egter bygedra tot spesifieke handelsgebruike.²⁹⁶ Die begrip, 'n trust vir besigheidsdoeleindes, was egter baie onduidelik. Onvoldoende Suid-Afrikaanse bronne en regspraak het die aanwending van buitelandse bronne en regspraktyke genoodsaak. Die vernaamste invloed op die Suid-Afrikaanse trustreg was die beginsel van die Amerikaanse

295 Theron *Besigheidstrust* 82 se standpunt is dat dit nie suiwer is om van die Amerikaanse reg as sodanig te praat nie, aangesien daar geen uniforme stelsel in elke staat is nie.

296 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 5 beskryf die gebruike soos volg: "The concept of "trade usage" in this sense refers to the commercial practice of utilising the ordinary or private trust as a trading enterprise, as well as to the applying of a foreign concept of such as the Massachusetts Business Trust." Sien ook Theron 1991 *SALJ* 280.

Massachusetts-trust.²⁹⁷ Hiervolgens was die besigheidstrust gebaseer op 'n besigheidskorporasie en het dit terselfdertyd baie min beperkings gebied. Die Suid-Afrikaanse trust vir besigheidsdoeleindes het egter met verloop van tyd unieke regsbeginsels ontwikkel. Alhoewel dit in 'n mate van die genoemde Amerikaanse konsep²⁹⁸ verskil, word die invloed van buitelandse beginsels wel erken.²⁹⁹

Volgens laasgenoemde beginsels word kapitaal as saamgevoegde fondse deur begunstigdes aan die trust voorsien. 'n Aandeesertifikaat word uitgereik wat dan dien as bewys vir die *pro-rata* belang in die onderneming. Die begunstigdes het dus 'n direkte belang in die onderneming. Hierdie besigheidskonstruksie toon duidelike vennootskapseienskappe.

In die hedendaagse Suid-Afrikaanse trustgebruike word fondse ook saamgevoeg, met dié onderskeid dat die uitreiking van aandeesertifikate nie 'n vereiste is nie. Regspraak maan ook teen die gelykstelling aan 'n vennootskap, sou die eienskappe as sulks teenwoordig wees met die gepaardgaande gevolge soos reeds in die voorafgaande verduidelik.

Vervolgens word die gebruik en erkenning van die besigheidstrust bespreek.

3.4.2 Omskrywing en kenmerke³⁰⁰

Dit is inderdaad so dat daar geen duidelike definisie in die *Trustwet*³⁰¹ bestaan vir die term "besigheidstrust" nie. Daar word ook geen onderskeid tussen die eiendomstrust, bewindtrust en die besigheidstrust gemaak nie. Hierdie onduidelikhede het bygedra tot verskillende interpretasies van hierdie begrip "besigheidstrust".

297 *Goldwater v Oltman* 1930 71 ALR 871. Davis 1986 *The Taxpayer* 63; Theron *Besigheidstrust* 83.

298 Olivier *Trustreg en Praktyk* 5 (18) – 5 (21). Hulle meen dat die besigheidstrust nog deur 'n waas omring word en nog nie deur voldoende navorsing en literatuur in Suid-Afrika gegrond is nie. Gevolglik word daar nog steeds op die Amerikaanse bronne gesteun. Sien ook Theron 1991 SALJ 280; Theron 1990 SALJ 679-680.

299 Sien Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 6; Wunsh 1986 SALJ 563-564; Kopel *Guide to Business Law* 299-305.

300 Die leser word daarop gewys dat direkte aanhalings van skrywers gebruik is om die verskillende definisies rakende die besigheidstrust te beklemtoon.

301 Die enigste definisie vir die trustbegrip word gevind in a1 van die *Trustwet*.

Reeds vanaf die 1980's is vraagstukke geopper oor die bestaanbaarheid en die omskrywing van die besigheidstrust as sodanig.³⁰² Die probleem was om die besigheidstrust van die tradisionele trust te onderskei en die Margo-kommissie se voorstel was dat die trust in die volgende omstandighede as 'n besigheidstrust beskou word:³⁰³

(a) waar die belange van 'n begunstigde oordraagbaar is; of (b) waar die begunstigde en trustee hulle verbintenis reël deur vrywillige, konsensuele en kontraktuele middele, met die uitsluiting van die blote aanvaarding van 'n voordeel wat tussen die trustoprigter en trustee beding is.³⁰⁴

Vervolgens sal skrywers se **spesifieke definisies** aangehaal word om die standpunt te staaf dat 'n besigheidstrust wel erkenning geniet.

Davis³⁰⁵ se verduideliking is dat sommige trustaktes aan trustees uitvoerige bevoegdhede gee om besigheid te bedryf. Daarmee saam word ook aan die begunstigdes die reg gegee om hulle belange in die trust aan 'n derde party te verkoop:

(besigheidstrust) word opgerig deur entrepreneurs wie se voorneme dit is om fondse tot 'n besigheid by te dra, en om die trust as 'n middel te gebruik om die bedryf van die besigheid voort te sit. Die regte van bevoorreedes is van so 'n aard dat dit aan ander bevoorreedes oorgedra kan word by die betaling van 'n bedrag geld. Met ander woorde, 'n bevoordeelde van 'n besigheidstrust het gewoonlik die reg om sy of haar belange in die trust te verkoop.

Die saamgevoegde fondse vir besigheidsbedrywighede is deurslaggewend maar daar is geen verwysing na die doel van die besigheid nie.

302 Davis 1986 *The Taxpayer* 64-65.

303 Verslag van die "Kommissie van Ondersoek na die Republiek van Suid-Afrika se Belastingstruktuur" gedruk en beskikbaar by die Staatsdrukker RP 34/1987. Die belangrikheid vir 'n definisie van die besigheidstrust was hoofsaaklik vir belastingdoeleindes, maar weens die aanwending van 'n trust vir besigheidsdoeleindes is die noodsaaklikheid vir 'n definisie bekragtig (Wunsch 1986 SALJ 561-562; Van der Linde 2007 *De Jure* 429-431; Davis 1986 *The Taxpayer* 63-64 waarin hy verduidelik dat: "A sensible solution has to be found").

304 Sien Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5(35) (vn 154-155) onder andere die aanbevelings van die Regskommissie in 1984 en die Margo-kommissie (verslag RP34/1986); Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5(36) (vn 159) Katz-kommissie. Theron 1991 SALJ 278. Sy is van mening dat die Kommissie nie daarin slaag om die besigheidstrust van die tradisionele trust te onderskei nie.

305 Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 264. Hulle verwys ook na ander soorte trusts soos statutêre trusts, hofbeveltrusts, mondelinge trusts en buitelandse trusts.

Du Toit³⁰⁶ definieer 'n besigheidstrust soos volg:

A business trust can therefore be defined as a joint business venture undertaken by more than one person, the principal object of which is to generate a profit. In order to attain this goal, the participants contribute to the capital of the trust, which contributions can consist of either money or other property. The trust capital is placed under the control of the trust's trustees who administer the property to the advantage of the various contributors as trust beneficiaries. The beneficiaries then share in the proceeds of trust administration in accordance with their respective contributions to the trust's capital.

Die bedryf van 'n besigheid met die hoofdoel om 'n wins te maak is hier ter sprake. Interessant genoeg maak Du Toit geen melding van die regte van bevoorreedes (soos in die definisie van Davis) nie.

Geach³⁰⁷ meen dat 'n besigheidstrust as 'n maatskappy of beslote korporasie gestruktureer word. Trustees besit die meeste magte en bevoegdhede soos direkteure van 'n maatskappy of lede van 'n beslote korporasie met die spesifieke reg om 'n belang in die trust te kan verkoop. Die persoon se belang in die trust word bevestig aan die hand van 'n uitgereikte aandelesertifikaat. Hierop verskyn alle inligting rakende die regte van begunstigdes en die verwysingsnommer van die trust asook ander relevante inligting.

Hierdie laaste stelling is 'n duidelike aanduiding van 'n ander "tipe" trust as die tradisionele trust wat vir boedelbeplanningsdoeleindes gebruik word. Hier is 'n duidelike besigheidsaktiwiteit en bedryfselement waar meer as een persoon goedere namens 'n ander realiseer en 'n aandelesertifikaat uitgereik word om 'n belang te bekragtig.

Henning³⁰⁸ se standpunt is:

The private trading trust describes a fairly small, closely knit group of individuals carrying on business (whether this be by way of investment or more active trading) through the medium of a trading trust.

Dit blyk dat hier 'n aanduiding is van 'n groepering van mense wat 'n trust gebruik vir besigheidsdoeleindes. Dit is egter onduidelik oor wat met beleggings- en aktiewe

306 Du Toit SA *Trust Law* 179 en 182-183. Sien ook die bespreking in Kopel *Guide to Business Law* 299-305.

307 Geach *Trusts* 23, 295; *Malone Trust v SIR* 1977 2 SA 819 (A).

308 Henning *Aspekte van Bedryfstrusts* 135.

bestuur bedoel word en hoe dit uit die kader van 'n gewone familietrust omskrywing geïnterpreteer word. Hier is ook geen melding van 'n winsmotief nie.

Wunsh³⁰⁹ se definisie is:

A trust will be regarded as a business trust if it is used for carrying on a business for profit, including the owning and letting of property, as distinguished from one designed to protect and conserve assets.

Anders as Henning se standpunt is hier geen aanduiding van die samewerking van persone nie en word hier weer eens geen melding gemaak van enige vorm van bewys van 'n belang in hierdie trust nie. Hierdie definisie dui duidelik aan dat 'n besigheid bedryf word met 'n winsmotief.

Volgens Van der Westhuizen³¹⁰ kan 'n besigheidstrust omskryf word as enige trust wat primêr aangewend word vir winsgewende besigheidsdoeleindes. Die bedoeling om 'n winsmotief te hê is volgens hom nie so maklik bepaalbaar nie.

To determine whether a trust "is conducting a business for profit" is not that easy. The objectives with the trust, or the intention of the founder when creating the trust, or the intention with which the trustees administer the trust, which these words actually indicate, has a subjective content which can only be inferred from the cognisable surrounding circumstances such as the trust deed, the way in which it was created, the nature of the relationship between the founder, trustees and beneficiaries as well as the trustees inter se, the rights of beneficiaries, the transferability of these rights and the extent to which it has vested or not in the beneficiaries, the manner in which the assets were put in trust, the nature of the assets in trust as well as the nature of the transactions by the trustees with these assets, the degree of repetition of activity with the assets in trust, to mention but a few.

Die basiese stelling word ondersteun, maar dat die omringende omstandighede en bedoeling deurslaggewend is, behoort nie die erkenning van die besigheidstrust in gedrang te bring nie.

Balden³¹¹ tref 'n onderskeid tussen 'n passiewe trust (waar trustbates slegs bewaar word en daar nie winsgewend daarmee gehandel word nie) en aktiewe trust (waar daar winsgewend met die trustbates gehandel word). Die klem word gelê op die versekering dat die waarde van die trustbates moet vermeerder om sodoende die

309 Wunsh 1986 SALJ 561.

310 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 8.

311 Balden 2005 TRW 94-95; De Mink 2004 *De Rebus* 19.

bes moontlike opbrengs te verseker. Dit blyk dat die bedoeling die vermeerdering van trustbates is wat bereik word deur die belegging van die trustbates. Volgens my is hierdie doelwit teenwoordig by enige en elke soort trust en het die omskrywing geen unieke kenmerke wat dit in die kader van 'n ware besigheidstrust plaas nie.

Olivier,³¹² wat die besigheidstrust erken, steun ook die bestaan van 'n gewone handelstransaksie waarvolgens die begunstigdes kapitaal voorsien en aandele³¹³ ontvang ter bevestiging van hierdie bydraes. Hy omskryf die kenmerke van 'n besigheidstrust soos volg: Daar moet :

- (i) 'n gesamentlike sakeprojek deur meerdere partye bestuur word;
- (ii) 'n doelstelling vir winsbejag wees;
- (iii) bydraes deur elke party gemaak word in die vorm van vaste eiendom, geld of ander goedere;
- (iv) kapitaalbydraes aan trustees oorgedra word om ten behoeve van die bydraers as begunstigdes gehou en geadministreer te word;
- (v) 'n sertifikaat aan elke begunstigde uitgereik word om elkeen se *pro rata* belang te bevestig en waarvolgens elkeen in die winste en kapitaal van die trust kan deel as die trust beëindig sou word.

Dit blyk by implikasie dat daar dan altyd meer as een persoon betrokke is by 'n besigheidstrust met die primêre doel om wins te maak. Daar word egter nie saamgestem met die stelling dat die uitreiking van 'n aandelesertifikaat 'n definitiewe vereiste is nie.³¹⁴

Honoré³¹⁵ verduidelik 'n besigheidstrust as 'n trust met die hoofdoelstelling as:

A business trust is a trust with the main object of which is to carry on a business enterprise with a view to making a profit and distributing it among the beneficiaries.

312 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5(19).

313 Gegronde op elke persoon se *pro rata* belang kan 'n persoon dan in die winste en in die kapitaal van die trust deel as die trust beëindig sou word. Die uitreiking van 'n aandelesertifikaat toon die duidelike kenmerk van die Amerikaans-gebaseerde besigheidstrust soos reeds hierbo bespreek.

314 Sien par 3.4.1. Dit is duidelik dat Olivier die besigheidstrust aan die Amerikaanse besigheidstrust gelykstel.

315 Honoré en Cameron *Trusts* 91.

Die aanwending van 'n trust vir winsgewende besigheidsdoeleindes tot elkeen se voordeel is ook in bogenoemde definisie bekragtig.

Theron³¹⁶ omskryf die besigheidstrust as 'n trust wat vir besigheidsdoeleindes aangewend word met die doel om wins te genereer. Hierdie vereenvoudigde definisie word definitief gesteun.

Daar kan tot die gevolgtrekking gekom word dat enige trust, hetsy familietrust, liefdadigheidstrust of gewone eiendomstrust finansiële groei beoog en in daardie sin 'n "wins" wil maak. My vereiste om 'n trust as 'n besigheidstrust te omskryf, is gebaseer op saamgevoegde fondse,³¹⁷ met die hoofdoelstelling dat 'n winsgewende besigheid of besigheidsaktiwiteite bedryf moet word. Hierdie hoofdoelstelling moet baie duidelik in die trustakte saamgevat word en duidelik verwoord dat die trustbates aangewend kan word vir besigheidsdoeleindes en ander verwante besigheidsaktiwiteite.³¹⁸

Daar word aanvaar dat dit foutief is om die uitreiking van 'n aandelesertifikaat te vereis ten einde 'n belang te bekragtig.³¹⁹ Daar word ook weggedoen met die vereiste dat 'n belang oordraagbaar is. Sommige skrywers se vereiste dat fondse bestuur moet word tot elke begunstigde se voordeel word in elke geval van 'n trustee in sy ampshoedanigheid verwag.

Weer eens het die besigheidstrust ook tot regsrae aanleiding gegee en howe moes die bestaanbaarheid van die besigheidstrust evalueer. Vervolgens sal die

316 Theron 1991 SALJ 279. Die befondsing kan onder andere gemaak word by wyse van kontantbydraes, eiendom of lenings. Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 8(1); Honoré en Cameron *Trusts* 91. In Du Toit *SA Trust Law* 182-183 verduidelik die skrywer die verskillende tipes trusts as "types of business trusts: unit trusts, property trusts other than those which fall under the Unit Trust Control Act, Voting trusts, trusts for combating the effect of section 38 of the Companies Act, debenture trusts, and also utilised for holding mineral rights, to conduct general trading, to facilitate the conversion of property into share block schemes and towards the realisation of property."

317 Dit is gewoonlik saamgevoegde fondse van verskeie individue, maar dit sluit nie die moontlikheid uit dat 'n individu 'n besigheidstrust kan bedryf nie.

318 Daar word klem gelê op Van der Westhuizen se eng omskrywing en inkorting gegrond op omringende omstandighede waarmee nie saamgestem word nie.

319 Sien par 2.5.2.3 vir 'n bespreking van die bewindtrust en gevestigde regte van begunstigdes.

bestaanbaarheid en erkenning van die besigheidstrust aan die hand van spesifieke regspraak aangehaal word.

3.4.3 Die howe se interpretasie en “erkenning” van die besigheidstrust

Ten einde 'n bydrae te lewer tot die erkenning van die besigheidstrust, word vereis dat die howe se interpretasie ook in ag geneem moet word. Tot op hede het geen Suid-Afrikaanse hof al pertinent beslis dat die besigheidstrust as afsonderlike trustentiteit deel van ons reg is nie. Howe het nog slegs by implikasie erkenning aan die besigheidstrust verleen. Daar word spesifiek melding gemaak dat **spesifieke aanhalings** uit hofsake noodsaaklik is om die verwysing na die besigheidstrust te beklemtoon ten einde die stelling wat gemaak word te regverdig en by te dra tot beantwoording van die navorsingsvraag.

Die beginsel rakende die bedoeling van die begunstigdes om saamgevoegde fondse in 'n trust aan te wend vir besigheidsdoeleindes, is duidelik in die *Goodricke*-beslissing³²⁰ erken. 'n Trust is geregistreer met die bedoeling om 'n gesamentlike beleggingsfonds vir hulle as begunstigdes te genereer, waartoe elkeen 'n bydrae tot die trustfonds gelewer het.

*Four persons, with the intention of creating a common investment fund, had entered into a deed of trust, in terms whereof each undertook to contribute a specified contribution and pay it into the trust.*³²¹

Uit die feite van die saak kon dit aangevoer word dat 'n vennootskap tot stand gekom het, maar regter Muller het die trust geldig verklaar³²² omrede elke trustee eintlik in beheer is van die goed ten behoeve van die ander begunstigdes.

In *Malone Trust v SIR*³²³ is die realisasietrust³²⁴ (as besigheidstrust) aangespreek. 'n Trust is opgerig met die spesifieke bedoeling vir verdere ontwikkeling van

320 Sien ook die bespreking in par 4.3.1.

321 *Goodricke*-beslissing 404.

322 In die *Goodricke*-beslissing 408-410 het die hof bevestig dat daar 'n oordrag van fondse was en die partye gesamentlik die trustfondse bestuur het. Sien ook Wunsh 1986 SALJ 565-566. (Dit voldoen dus aan die vereiste van saamgevoegde fondse vir 'n winsgewinde besigheid).

323 *Malone Trust v SIR* 1977 2 SA 819 (A). Sien in hierdie verband ook *Berea West Estates (Pty) Ltd v SIR* 1976 2 SA 614 (A).

324 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 7(14); Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 264.

onroerende eiendom en die uiteindelijke verkoop daarvan. Die trustees is alle magte verleen om hierdie doelstelling te bewerkstellig. Die hof merk op dat:

*the deceased went further than the original scheme of merely realizing the property to the best advantage; he subsequently established the trust, according to whose objects it was entitled to deal in properties; the property in question was transferred to it in terms of the deed to enable it to develop and lay out the township and sell its property for profit, in doing so, it (the trust) **carried on the business of selling properties.***³²⁵

Die geldigheid van 'n belegging in 'n besigheidstrust is in *CIR v Pretorius*³²⁶ bevestig. 'n Woonstelblok is deur 'n trust gekoop wat in deeltiteleenhede omskep is. Die begunstigdes (voormalig huurders) was verplig om vir hierdie reg in die trust te betaal by wyse van 'n *pro rata* gedeelte van die koopprys. Die hoofdoelstelling van die trust was om die begunstigdes winsgewend te bevoordeel.

*The trust purchased the block of flats from the owner thereof and **the tenants became beneficiaries** under the trust and, once a sectional title register had been opened, the individual flats would then be allocated and transferred to each of the tenants.*³²⁷

Die mening was dat die eenhede nie aan die begunstigdes in hul hoedanigheid as begunstigdes oorgedra is nie, maar ingevolge 'n aparte koopkontrak tussen die trustees en die begunstigdes. Uiteindelik het die Appèlhof die geldigheid van die trust wel erken maar die uitspraak van die hof *a quo* is op ander gronde omvergewerp.

In *Magnum Financial Holdings v Summerly*³²⁸ was die regspraak of trustbates aan besighedsrisiko's en krediteure blootgestel kon word en of die begunstigdes onder finansiële risiko geplaas word in die geval waar 'n trust besigheid bedryf.

325 *Malone Trust v SIR* 3 All SA 227 (eie beklemtoning). In hierdie saak was daar ook sprake van 'n spesifieke doel om 'n besigheid te bedryf.

326 *CIR v Pretorius* 1986 1 SA 238 (A); Olivier 1997 TSAR 771. Sien ook die verdere bespreking later in par 4.3.1.

327 *CIR v Pretorius* 1986 1 SA 238 (A) 238 (eie beklemtoning). Saamgevoegde fondse is spesifiek gebruik om wins te genereer.

328 In *Magnum Financial Holdings (Pty) Ltd v Summerly* 1984 1 SA 160 (W) was dit ook oor die vraag of 'n trust ingevolge die bepalings van die insolvensiewet gesekwestreer kon word. Dit word beslis dat die trust vir insolvensiedoeleindes as 'n skuldenaar in die gewone sin van die woord beskou word. Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2(36); *Ex parte Milton* 1959 3 SA 347 (SR), maar die insolvensie-aangeleentheid val buite die bestek van hierdie navorsing.

Die hof het beslis dat:

*(the) trust was enabled to possess an estate and incur liabilities. The court therefore concluded that a trust can be a debtor in the usual sense of the word and was accordingly susceptible to sequestration. What this case means is that a trust can be used for trading purposes, and that creditors can look to a trust's assets for settlement of their claims and not to the donor, trustees or beneficiaries.*³²⁹

In *Cupido v King's Lodge Hotel*³³⁰ is beslis dat daar geen rede is hoekom 'n trust wat vir besigheidsdoeleindes gebruik word, nie onder die spesifieke naam gespesifiseer kon word nie.³³¹ Regter Horn³³² moes oor die volgende beslis:

*At the hearing of the matter I was advised that I would be required to decide the following question: in as much as the business of the defendant trading as Kings Lodge Hotel was at all material times owned and conducted by a trust..... in view thereof that the **business was owned and conducted by a trust.***

*Badenhorst v Badenhorst*³³³ is belangrik om die voorvereistes vir die afsonderlike beheer en bestuur van in trust te bevestig.³³⁴ In hierdie saak verklaar die hof:

*The present case is a classic instance of the one party, the respondent in this case, having full control of the assets of the trust and using the **trust as a vehicle for his business activities.***³³⁵

Die appèlbeslissing in *Nieuwoudt v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk*³³⁶ het gehandel oor die JJ Boerdery Trust wat vir besigheidsdoeleindes gebruik was.

*This case raises a troubling aspect **about business trusts.** Trustees have to act jointly unless the trust deed provides otherwise and trust deeds seldom do. The principle works well in the traditional trust setting where trustees hold property on behalf of beneficiaries.*³³⁷

329 *Magnum Financial Holdings (Pty) Ltd v Summerly* 1984 1 SA 160 (W) 163. Hier was 'n trust wat spesifiek vir handelsdryf gebruik is.

330 *Cupido v King's Lodge Hotel* 1999 4 SA 257 (E).

331 *Pace en Van der Westhuizen Wills and Trusts* 61.

332 *Cupido v King's Lodge Hotel* 1999 4 SA 257 (E) 260 (eie beklemtoning). Dit is duidelik dat die trust spesifiek vir besigheidsdoeleindes gebruik is met die doel om 'n wins te maak.

333 *Badenhorst v Badenhorst* 2006 2 SA 255 (HHA). Let daarop dat hierdie saak net gehandel het met die magte van die hof om 'n herverdelingsbevel kragtens artikel 7(3) van die *Wet op Egskeiding* te kon gee.

334 Mnr Badenhorst se vader was die oprigter van die trust. Hyself en sy broer was die trustees en sy kinders was die kapitaalbegunstigdes. Mev Badenhorst was net 'n diskresionêre inkomstebegunstigde. In die hof *a quo* is beslis dat die trustbates nie deel van mnr Badenhorst se boedel gevorm het nie.

335 *Badenhorst v Badenhorst* 2006 2 SA 255 (HHA) 261 (eie beklemtoning) (Daar word spesifiek melding gemaak dat die trust vir besigheidsdoeleindes aangewend is).

336 *Nieuwoudt v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk* 2004 3 SA 486 (HHA). Op 492 maak die hof spesifieke melding van 'n besigheidstrust. Let ook op die verwysing in par 4.3.3.

In die *Parker*-beslissing word ook verwys na die gebruik van 'n familietrust vir besigheidsdoeleindes. Appèlregter Cameron beklemtoon die gebruik van die trusts as ondernemingsvorm.

*And that in turn brings to the fore yet again questions about the use and abuse of the trust form in **business dealings**.*³³⁸

In *Thorpe v Trittenwein*³³⁹ is die gesamentlike optrede van trustees weer eens beklemtoon.³⁴⁰ Trittenwein het aangevoer dat Thorpe die koopkontrak onderteken het sonder die ander twee trustees se skriftelike toestemming.³⁴¹ Gevolglik word die koopkontrak ongeldig verklaar. Appèlregter Scott maak die belangrik opmerking om die erkenning van die besigheidstrust te beklemtoon:

*But the trust is **typical of the modern business** or family trust in which there is a blurring of the separation between ownership and enjoyment, a separation which is the very core of the idea of a trust. Those who choose to conduct business through the medium of trusts of this nature do so no doubt to gain some advantage, whether it be in estate planning or otherwise.*³⁴²

In *Nedbank Ltd v Thorpe*³⁴³ moes die hof uitspraak lewer ten opsigte van die realisering van trustbates om benadeelde skuldeisers dienooreenkomstig te akkommodeer.³⁴⁴

337 *Nieuwoudt v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk* 2004 3 SA 486 (HHA) 494 (eie beklemtoning) (In hierdie trust was daar ook spesifieke besigheid bedryf met die bedoeling om 'n uiteindelijke wins te maak. Die hof verwys ook na die spesifieke term "business trusts").

338 *Parker*-beslissing 81 (eie beklemtoning) (Die hof maak duidelik melding dat die trust vir besigheidsdoeleindes aangewend is). Let ook op die besprekings van die saak in para 2.1.2, 4.2.3-4.3.4 en 4.3.6.

339 *Thorpe v Trittenwein* 2007 2 SA 172 (HHA). Sien ook par 4.3.3.

340 *Thorpe v Trittenwein* 2007 2 SA 172 (HHA). Op 178 is die hof van mening dat: "(the) reference in the section to agents must be understood as including a trustee who may in a sense be said to sign as a principal (ie as the trust), but whose power to bind the trust is nonetheless dependent upon the authority of the co-trustees." (eie beklemtoning)

341 Ingevolge a 2(1) die *Wet op Vervreemding van Grond* 68 van 1981 (hierna die *Wet op Vervreemding van Grond*)

342 *Thorpe v Trittenwein* 2007 2 SA 172 (HHA) 178-179. (Die hof verwys ook spesifiek na die gebruik van 'n trust vir besigheidsdoeleindes).

343 *Nedbank Ltd v Thorpe* 2008 JDR 1237 (N). Daar word ook verwys na par 4.3.3.

344 *Nedbank Ltd v Thorpe* 2008 JDR 1237 (N). Die feite was as volg: Thorpe het die trust verteenwoordig as borg en mede-skuldenaar en was aanspreeklik gehou vir die verskuldigde bedrag van R6 093 748,50. Die trust is volgens hom daargestel "so as to ensure an independent source of income outside my estate to guard against the possibility that a financial disaster may befall me, as is common cause happened. That was a perfectly lawful and prudent thing to do and it was initiated more than 20 years ago when the Trust was formed."

*(the) strong suspicion that the respondent is simply conducting his personal **business through the trust** and that the trust is simply the vehicle to do so. The impression is created that the remaining trustees, while notionally independent persons, may simply be doing the bidding... in my view, there is a real prospect of showing that the trust is a mirage used by the respondent for his own commercial ends.*

*It is further alleged that the use of the Banavie **Trust** as a vehicle for the respondent's **business activities** constitutes an abuse of the institution of a trust and is simply a mechanism to shield his personal assets from creditors. According to the applicant the Banavie Trust is "the alter ego" of the respondent.³⁴⁵*

In *Van der Merwe v Hydraberg Hydraulics CC; Van der Merwe v Bosman*³⁴⁶ is die struktuur van die trust en die wyse van die bestuur van die trust sterk gekritiseer. Regter Binns-Ward verwys pertinent na die trust: "the Hydraberg Property Trust bears the unwholesome hallmarks of the **newer type of business trust**".

In *Harris v Rees*³⁴⁷ verwys regter Horn na die Aljebami Trust, 'n familietrust, wat vir besigheidsdoeleindes gebruik word. Hy verwys ook spesifiek na die tipiese "besigheidstrusts" waarna in vorige regspraak³⁴⁸ verwys is.

Hierdie uiteensetting (met spesifieke aanhalings uit regspraak) wys baie duidelik dat die hof weliswaar die besigheidstrust as 'n eiesoortige trustentiteit erken en as sodanig staaf dit die uitgangspunt in hierdie ondersoek dat die besigheidstrust inderdaad 'n eiesoortige trustentiteit is.

3.5 Gevolgtrekking

Uit die voorafgaande bespreking het dit na vore gekom dat die erkenning van die besigheidstrust as afsonderlike trustentiteit 'n vraagstuk is wat aandag behoort te geniet.

³⁴⁵ *Nedbank Ltd v Thorpe* 2008 JDR 1237 (N) (eie beklemtoning) (Hierdie is ook 'n duidelike bevestiging dat die trust vir besigheidsdoeleindes gebruik is).

³⁴⁶ *Van der Merwe v Hydraberg Hydraulics CC; Van der Merwe v Bosman* 2010 5 SA 555 (WCC) (hierna die *Hydraberg*-beslissing) (Die hof verwys na die besigheidstrust as 'n nuwer soort trust en gee dus hiermee indirek erkenning aan hierdie "tipe" trustkonstruksie).

³⁴⁷ In *Harris v Rees* 2011 2 SA 294 (GS) is die hof se uitgangspunt dat daar 'n beleggingsinkomste moes wees, andersins sou die trust geen doel gehad het nie. Hierdie saak word in die volgende hoofstuk volledig bespreek met spesifieke verwysing na para 4.3.1-4.3.4 en 4.3.6.

³⁴⁸ Sien oa *Nieuwoudt v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk* 2004 3 SA 486 (HHA); *Parker*-beslissing.

'n Trust word geskep deur 'n kontrak ('n *inter vivos*- trust) of deur 'n testament ('n testamentêre trust). In praktyk word die *inter vivos*- trust vir besigheidsdoeleindes gebruik omdat die trust reeds geregistreer is, die trustees in die magtigingsbrief aangewys is en begunstigdes met sekerheid aangewys is.³⁴⁹ Gevolglik word die begunstigdes se regte en belange vasgelê en sodoende word die beheer en beskerming hiervan bewerkstellig. Die enigste onderskeid wat behoort gemaak te word, is tussen die publieke en privaat besigheidstrust. Wat die privaat besigheidstrust betref, soos reeds vroeër na verwys, geld dieselfde vereistes as vir die totstandkoming van die tradisionele trust.

Dit is my oordeel dat die besigheidstrust 'n eiesoortige, selfstandige vorm van die tradisionele trust is. Dit toon presies dieselfde kenmerkende eienskappe van kontinuïteit, beperkte aanspreeklikheid, die nakoming van basiese trustbeginsels asook die voldoening aan die essensiële trustvereistes.³⁵⁰ Dit word net onderskei deur die bedoeling om 'n trust te skep, genoegsame woorde om met redelike sekerheid die trustbates en trustbegunstigdes vas te stel, en die feit dat die trustees onafhanklik van die beheer van óf die oprigters óf die begunstigdes moet optree, en dat die trustdoel of oogmerk regmatig moet wees.

Dit is duidelik dat daar met verloop van tyd klinkklare bewys in regspraak sowel as die standpunte van skrywers is dat die aanwending van die trust vir besigheidsdoeleindes as 'n afsonderlike trustentiteit erken word. Die kwessie is dat die *Trustwet* nog nie vir hierdie erkenning voorsiening maak nie. Gevolglik sal die wetgewer daadwerklike stappe moet neem om 'n definitiewe omskrywing van die besigheidstrust te ontwikkel en erkenning aan hierdie trustvorm moet verleen.

349 In sommige gevalle toon hierdie konsep ook die kenmerkende eienskappe van die bewindtrust. Die begunstigdes is die eienaars van die trustbates met gevestigde regte. Hierdie gevestigde regte verseker elke begunstigde se *pro rata* gedeelte van die gesamentlike trustfonds.

350 Theron 1991 *TSAR* 277-282 ; Wunsh 1986 *SALJ* 570-573; Honoré en Cameron *Trusts* 117.

Derhalwe word met Van der Westhuizen saamgestem dat ongeag of hierdie besigheidsgebruike van trusts al erkenning geniet, "they are long-established, reasonable, certain and have been uniformly observed over a long period of time."³⁵¹

Weens die bruikbaarheid van die trust en die feit dat dit nog nie statutêr as afsonderlike trustentiteit erken word nie,³⁵² gee dit aanleiding tot die misbruik van die trust as ondememingsvorm. Met spesifieke verwysing na regspraak sal 'n chronologiese analise gemaak word van die knelpunte rakende die gevolge wat ontstaan weens die misbruik van die besigheidstrust.

351 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 6. In *Golden Cape Fruits (Pty) Ltd v Fotoplate (Pty) Ltd* 1973 2 SA 642 (K) word ook bevestig dat "a trade usage must be clear, convincing and consistent."

352 Ek meen dat statutêre erkenning die misbruik van die besigheidstrust kan hokslaan. Sien die bespreking in hfst 5 wat volg.

4 Gepaardgaande gevolge van die misbruik³⁵³ van die besigheidstrust

4.1 Inleiding

Die voorafgaande bespreking dui myns insiens daarop dat die besigheidstrust (sonder statutêre grondslag) as afsonderlike trustentiteit erken behoort te word. Soos reeds bespreek, is 'n trust in die meerderheid van gevalle 'n gunstiger alternatief bó 'n maatskappy, vennootskap of beslote korporasie.³⁵⁴ Weens die steeds groeiende aanwendingsmoontlikhede³⁵⁵ van spesifiek die besigheidstrust en omrede dit nie as 'n afsonderlike entiteit erken word nie, is daar na my mening 'n duidelike verband met die drastiese misbruik van hierdie gewilde ondernemingsvorm. In die lig hiervan kan geargumenteer word dat die beskerming wat die trustentiteit dan bied, misbruik word omrede die besigheidstrust nie statutêr as 'n afsonderlike trustentiteit erken word nie.

Dit is juis dié trustsamestelling wat die speelveld word vir die misbruik daarvan.³⁵⁶ Die trust word gekaap vir die oprigter/trustee se eie gewin en besigheidsaktiwiteite.³⁵⁷ Hierdie optredes het bepaalde gevolge meegebring waarmee howe gekonfronteer is.

*This change has come principally because certain types of business trusts have developed in which functional separation between control and enjoyment is entirely lacking. This is particularly so in the case of family trusts – those designed to secure the interests and protect the property of a group of family members, usually identified in the trust deed by name or by descent or by degree of kinship to the founder.*³⁵⁸

353 Aandag word daarop gevestig dat die begrip “wanaanwending” oorweeg is. In die lig van die howe se gebruik van woorde soos “misuse”; “mere cover” en “abuse”, blyk dit egter meer gepas te wees om die woord “misbruik” te gebruik om trefkrag aan die navorsing te gee.

354 'n Eenmansaak word nie as ondernemingsvorm bespreek nie. Sien verder Geach *Trusts* 52-53 vir ander moontlikhede vir die oprigting van 'n trust. Sien verder *Cupido v King's Lodge Hotel* 1999 4 SA 257 (E). Sien die bespreking in par 3.3.

355 Honoré en Cameron *Trusts* 15 verduidelik dat: “within the sphere of private-law relationships, however, new uses for the trust are constantly being devised. The founder may want to prevent the dissipation of property after death or to support a political, religious or social cause in a way which calls for continuous management rather than a single disposition.”

356 Havenga ea *Kommersiële Reg* 358; Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 270.

357 Sien die soortgelyke feite soos in die *Parker*-beslissing; *Hydraberg*-beslissing. Sien Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5(36); Deney's Reitz 2006 <http://www.saica.co.za>.

358 *Parker*-beslissing 88.

*(some) observations are needed about the abuse of the trust from this case yet again brings to light.*³⁵⁹

Regspraak toon duidelik dat die trust wat in die praktyk vir besigheidsdoeleindes gebruik word, gereeld misbruik word. Te dikwels doen oprigters nie afstand van beheer oor trustbates nie. Trustees tree op sonder die nodige magtigingsbriewe en kom nie hul fidusiêre pligte teenoor begunstigdes na nie en bedryf die trust vir hul eie gewin. Trusts word met voorbedagte rade as rookskerm vir persoonlike bates, besigheid of winste gebruik. Oprigters of selfs begunstigdes meng in met die bestuur van trustees. Daar is nie 'n duidelike onderskeid tussen die beheer en gebruik van trustbates nie. Die uiteinde is die benadeling van begunstigdes, trustees,³⁶⁰ krediteure sowel as oningeligte individue. Gevolglik word die howe en wetgewer genoodsaak om in te gryp. Stander³⁶¹ se standpunt is dat die moontlike implementering van streng wetgewing onafwendbaar is ten einde hierdie tendens³⁶² onder beheer te kry.

The courts took a clear stand with respect to the tendency nowadays to run the family business without any change in the circumstances surrounding it, in the form of a business trust. The antagonism the court showed towards such modis operandi is not unjustified. Although the trust, whichever form it is moulded in, is and stays a useful instrument for estate planning, the protection it offers is often exploited. This may expose the advantages of the trust figure to the risk of legislative restriction in order to protect the creditors. Such a situation could be undesirable.

Om sinvol voort te gaan is dit noodsaaklik om kortliks na die betrokke partye by 'n trust te verwys, met die fokus op die trust waar besigheidsaktiwiteite die uitdruklike oogmerk is.

*The harsh reality is that the requirements explained are often merely brushed aside by parties to many trusts which are currently in existence in South Africa, leading to abuse of the trust figure in order (in the majority of cases) to serve the founder (or another party to the trust's) selfish interests. This abuse of the trust form has been the subject of a number of recent decisions.*³⁶³

Die uitdaging is om die gevolge wat gepaard gaan met die misbruik van die besigheidstrust uit te lig. Die omvang van hierdie navorsing is egter beperk tot slegs

³⁵⁹ Parker-beslissing 88.

³⁶⁰ 'n Trustees kan uit sy amp onthef word en selfs persoonlik aanspreeklik gehou word vir sy optredes (Olivier 2001 SALJ 230).

³⁶¹ Stander 2008 INSOL 166.

³⁶² Die tendens is dat hedendaagse familietrusts op onbillike wyse vir besigheidsdoeleindes wanaangewend word.

³⁶³ Hyland 2006 JEPL 5 (eie beklemtoning).

'n paar punte wat bespreek word. Laasgenoemde sal in chronologiese volgorde³⁶⁴ bespreek word en sodoende sal die knelpunte rakende die **gevolge van die misbruik van 'n trust** deur betrokke trustpartye beklemtoon word.

4.2 Partye betrokke by die misbruik van 'n trust

4.2.1 Oprigter

'n Trust kom tot stand deur 'n handeling van die oprigter wat 'n gemanifesteerde bedoeling het om 'n trust te skep.³⁶⁵ Die oprigter³⁶⁶ moet op 'n regmatige wyse 'n trust stig met die spesifieke bedoeling dat bates onafhanklik tot voordeel van trustbegunstigdes bestuur word.³⁶⁷ Dit is 'n essensiële vereiste dat die oprigter die bates moet oordra asook die beheer van die trustbates aan die trustees moet afstaan ten einde onafhanklike besluite te kan neem.³⁶⁸ Daar moet 'n **duidelike**

364 Die moontlikheid is ook om 'n bespreking van hierdie aangeleentheid te doen volgens bepaalde aspekte van die trust wat in die regspraak aangeraak is. Skrywer is egter van oordeel dat 'n chronologiese analise die verdere voordeel het om aan te dui hoe die aanwending van die trust gaandeweg en met verloop van tyd elke aspek geraak of selfs beïnvloed het.

365 Strydom *Trustbegunstigdes* 38; Hyland 2006 *JEPL* 2. Sien ook par 2.4.1.

366 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2(3). Daar hoef nie net een oprigter te wees nie. In die geval van 'n besigheidstrust is daar soms meer as een oprigter. Dit is egter so dat in die meerderheid van gevalle waar die misbruik van die trust vir besigheidsdoeleindes ter sprake gekom het, die boedeleienaar die alleenoprigter was. As gevolg van die veranderbaarheid en bruikbaarheid van 'n trust is die oprigter in die gunstige posisie om die trustakte op te stel volgens sy behoeftes en belange. Sien ook Hyland 2006 *JEPL* 2; Pace en van der Westhuizen *Wills and Trusts* 19-20; Davis 1986 *The Taxpayer* 64. Geach *Trusts* 58 beklemtoon dat die handeling van die oprigter baie belangrik is en dat die oprigter moet verseker dat sy handeling regmatig is en werklik uitgevoer word.

367 Geach *Trusts* 58. In die geval van 'n trust *mortis causa* is die oprigter die testateur of testatrise. By 'n *inter vivos* trust is die oprigter 'n handelingsbevoegde persoon. Sien verder *Estate Price v Baker and Price* 1905 22 SC 321. Sien par 4.3.1 met verwysing na *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302.

368 Soos reeds in hfst 2 bespreek bepaal a1 van die *Trustwet* dat die eienaarskap van trustbates oorgedra word aan óf die trustees van die trust, die sogenaamde eiendomstrust óf aan die begunstigdes van die trust, die bewindtrust. In beide gevalle word die trustees in beheer van die trusteeiendom geplaas. (Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2(16)). Honoré en Cameron *Trusts* 6 verduidelik dat: "for a trust to exist the founder must either (i) have handed over control of the trust property by a legally valid mode of transfer such as delivery or (ii) have bound him- or herself (eg by contract) or some other person (eg the executor or virtue of a will) to hand it over or (iii) must be bound in some other way (eg by statute or judicial decree) to do so." In *Deedat v The Master* 1995 2 SA 377 (A) het die hof beslis dat die aard en omvang van die trustgoed deur enige "admissible means of interpretation" bepaal of vasgestel kan word. In Hyland 2006 *JEPL* 2 word die "bare" en "legal ownership" van trustees en die "beneficial ownership" wat in die begunstigdes vestig volledig bespreek. Sien verder Honoré en Cameron *Trusts* 11, 288.

skeiding wees tussen beheer en gebruik hiervan.³⁶⁹ Hyland³⁷⁰ verduidelik die skeidingselement soos volg:

There must therefore be a separation of ownership (or control) from the enjoyment of the trust benefits so derived.

Honoré³⁷¹ is van mening:

It is, however, essential that the founder should actually be divested or be bound to divest him – or herself of a part at least of the legal proprietary power over the trust property.

Moontlike optredes van die oprigter kan gevolglik bydra tot die misbruik van 'n trust. Voorbeelde hiervan is onder andere bepalings in 'n trustakte dat alle trusteebesluite eers deur die oprigter goedgekeur moet word, dat enige handeling met trustbates die oprigter se skriftelike toestemming vereis, dat hy as oprigter die reg voorbehou om gedurende sy leeftyd trustees te kan aanstel en afdank, dat hy eensydig die trustakte kan wysig,³⁷² dat hy inkomste en kapitaal aan homself kan toe-eien ongeag die voorgeskrewe vereiste dat die trustees hierdie toedelings moet goedkeur.³⁷³ Die spesifieke hofsake waarin die misbruik van die trust deur die trustoprigter ter sprake gekom het, word in paragraaf 4.3 hieronder bespreek.

4.2.2 Trustee

'n Trustee is die persoon³⁷⁴ wat verantwoordelik is vir die beheer en bestuur van die trustbates onder sy beheer.³⁷⁵ Hierdie persoon wat deur die oprigter gekies word,

369 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5(30); Van der Linde 2007 *De Jure* 434-435. Die mate van beheer wat vereis word, is steeds onseker en elke geval sal individueel en op eie meriete ondersoek moet word. In *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 491 is beslis dat alle beheer wat in hierdie hoedanigheid uitgeoefen word nie tot die trustee se eie voordeel mag wees nie, maar tot voordeel van al die begunstigdes. Sien ook par 2.4.2.

370 Hyland 2006 *JEPL* 4. Geach *Trusts* 39 meen dat diegene in beheer van die trust onafhanklik moet wees van dié wat uit die trust bevoordeel word. Hierdie standpunt maak egter nie voorsiening vir die geval waar die trustee ook 'n begunstigde kan wees nie. Die implikasie is dat die onafhanklike optrede van 'n trustee wat ook 'n begunstigde is, nie gewaarborg is nie. Sien verder Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5(30); *Investec Bank Ltd v Lefkowitz* 1997 3 SA 1 (A); *Goldwater v Oltmann* 1930 71 ALR 871.

371 Honoré en Cameron *Trusts* 6.

372 Du Toit *SA Trust Law* 5.

373 Soms kan 'n "letter of wishes" ook dui op 'n mate van beheer deur die oprigter. Die bedoeling met 'n "letter of wishes" is om aan die trustees 'n aanduiding te gee van die oprigter se verwagting rondom die administrasie van die trust. Hierdie skrywe behoort geensins deel van die trustakte te wees of as bindend beskou te word nie.

374 Ingevolge a 7 van die *Trustwet* is 'n dienende trustee noodsaaklik vir die administrasie van die trustbates. Sou daar nie 'n trustee benoem wees nie, kan die hof die omstandighede in ag neem

beklee 'n spesifieke ampshoedanigheid³⁷⁶ om só die voordele en beskerming van begunstigdes te verseker.³⁷⁷ Daar word van die trustee verwag om die trusteiendom³⁷⁸ tot voordeel van die begunstigdes te beheer en te bestuur.³⁷⁹ Reeds in *Estate Kemp v MacDonald's Trustee*³⁸⁰ is die trusteebegrip bevestig:

The English word 'trustee' means persons entrusted (as owners or otherwise) with the control of property with which they are bound to deal for the benefit of others.

De Waal brei verder uit op hierdie trusteebegrip.³⁸¹

The terms "trust" and "trustee" imply an obvious but very fundamental truth: the position of the trustee is one of trust.

Die trustee beklee 'n bepaalde ampsposisie waarvan sy optrede geheel onafhanklik van sy persoonlike omstandighede uitgevoer moet word.³⁸² Volledigheidshalwe en

-
- om wel 'n trustee te benoem om hierdie administrasie te behartig. Die gebrek aan 'n trustee sal nie die trust ongeldig maak nie. Honoré en Cameron *Trusts* 176; Geach *Trusts* 60-61; Du Toit 2007 *STELL LR* 469; *Ex parte Scott Brown* 1940 TPD 51; *Train v Msomi* 2008 JOL 21409 (LCC).
- 375 Uit hoofde van die *Trustwet* a1 word 'n trustee gedefinieer as iemand (met inbegrip van die oprigter van 'n trust) wat as trustee optree uit hoofde van 'n magtigingsbrief kragtens a 6 en ook iemand wie se aanstelling as trustee by die inwerkingtreding van hierdie Wet reeds van krag is. Daar sal nie 'n volledige bespreking gegee word oor die vorm van aanstelling, magtigingsbriewe, aantal trustees, ampsverlies, sekerheidstelling, ens, nie. Verdere aspekte word egter ook in die *Trustwet* gereguleer oa die posisie van die trustee, die mag om te kan optree, sekerheidstelling, aanstellingsvereiste, kundigheid en goeie trou, insolvensie, bedanking en ontheffing uit sy amp. 'n Volledige bespreking rakende sekerheidstelling deur 'n trustee kan gevind word in Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 3(44)-3(47); Stander 1999 *TRW* 152-154; Du Toit 2007 *STELL LR* 469-470; Smith 2011 *STELL LR* 314-318.
- 376 Die *Trustwet* reguleer die administratiewe magte van die trustee (Geach *Trusts* 10; De Waal 1993 *THRHR* 6; Du Toit 2007 *STELL LR* 469). Daar word ook verder na regspraak verwys in *Jowell v Bramwell-Jones* 2000 3 SA 274 (HHA); *Doyle v Board of Executors* 1999 2 SA 805 (K); *Mohamed v Ally* 1999 2 SA 42 (HHA).
- 377 De Waal 1999 *STELL LR* 31; Murray 1962 *SALJ* 39.
- 378 Goedere kan enige roerende, onroerende, liggaamlike of onliggaamlike sake asook enige vorderingsregte insluit. In *Conze v Masterbond Participation Trust Managers (Pty) Ltd* 1996 3 SA 786 (K) is bepaal dat 'n trust sonder duidelike omskrewe trusteiendom ongeldig is. Volledigheidshalwe word daar ook verwys na Corbett ea *The Law of Succession* 397.
- 379 Honoré en Cameron *Trusts* 84-85, 262. Balden 2005 *TRW* 93-94 verduidelik dat die trustees se verpligtinge by die administrasie van trustbates deur die gemenereg en die *Trustwet* bepaal word. Sien ook die Goodricke-beslissing; *Hoosen v Deedat* 1999 4 SA 423 (HHA); *Beningfield v Baxter* 1886 12 AC 167 PC; *McCulloch v Fernwood Estates Ltd* 1920 AD 204. Sien die verwysing in para 2.1.2, 2.5.2.1.
- 380 *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 491 499; sien ook die vorige verwysings in para 2.1.2, 2.5.2.1; *Zinn v Westminster Bank* 1936 AD 89; Van der Merwe 2008 *WP* 36. Honoré en Cameron *Trusts* 13; Du Toit 2007 *STELL LR* 476-477. Sien verder *Estate Kemp v MacDonald's Trustee* 1915 AD 498-499 waarin verduidelik word dat: "the direct bequest to persons who are not intended by the testator to have any enjoyment of the subject matter but are directed to possess and administer it on behalf of successive sets of beneficiaries". Sien ook *Kohlberg v Burnett* 1986 3 SA 12 (A) 18 rondom die vraag of die bates en laste in die trustee se persoonlike hoedanigheid of in sy ampshoedanigheid vestig.
- 381 De Waal 2000 *SALJ* 557. Sien verder par 2.3.

om die gronde van sekere beslissings te verstaan, word 'n paar aspekte rakende die trustee kortliks bespreek.

Ingevolge artikel 6(1) van die *Trustwet* word 'n trustee se aanstelling deur die uitgereikte magtigingsbrief deur die Meester van die Hooggeregshof bekragtig.³⁸³ Voor sodanige uitreiking kan 'n trustee nie namens die trust optree nie.³⁸⁴ Weens die regs aard van 'n trust tree 'n trustee in twee afsonderlike hoedanighede op naamlik 'n amptelike hoedanigheid én in sy persoonlike hoedanigheid.³⁸⁵ Die eiendomsreg van die trustgoed (wat deur die oprigter aan hom oorgedra is) is ampshalwe of *qua* trustee en verwyderd van sy persoonlike boedel.³⁸⁶

382 Die trustee se optrede moet tot voordeel van die trustbegunstigdes wees. (Honoré en Cameron *Trusts* 4, 11-14 verklaar die volgende: "a principle (taken) from English law, that trustees must not and cannot be allowed to benefit themselves in any manner by dealing with property the subject of their trust and that all such dealings if beneficial must accrue to the benefit of the *cestui que trust* (the beneficiary)." In *Estate Price v Baker and Price* 1905 22 SC 321 is beslis dat 'n trustee of die trustees onder 'n regsverpligting is om die bates namens ander te bestuur.

383 Dit bepaal dat 'n trustee deur die oprigter, trustees, begunstigdes, die Meester van die Hooggeregshof, ander persone, wetgewing of die hof benoem kan word. Teen betaling van die voorgeskrewe gelde word die trustakte by die Meester van die Hooggeregshof geregistreer, waarna die registrasie deur die uitreiking van die magtigingsbrief goedgekeur word (a 7 *Trustwet*; De Waal 2000 *THRHR* 473; Du Toit 2007 *STELL LR* 471; Geach *Trusts* 12; Smith 2007 *JJS* 164-165; Roos 1990 *THRHR* 87-88; Strydom *Trustbegunstigdes* 49-51 asook die bespreking in Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2(13), 3(5)-3(6) rondom die kwalifikasies as trustee). In Honoré en Cameron *Trusts* 181-213 word die kwalifikasies en diskwalifikasies van 'n trustee bespreek. Sien verder Smith 2011 *STELL LR* 314-329. Regspraak in hierdie verband is *Kropman v Nysschen* 1999 2 SA 567 (T); *Deedat v The Master* 1998 1 SA 544 (N); *Ex parte Scott Brown* 1940 TPD 51; *Coetzee v Universiteit Stellenbosch* 1959 2 SA 172 (K).

384 A 7(1) van die *Trustwet*; Honoré en Cameron *Trusts* 176; Smith 2007 *STELL LR* 53-54; Du Toit 2007 *STELL LR* 470. Sien ook *Train v Msomi* 2008 JOL 21409 (LCC) waar beslis moes word of 'n persoon die bevoegdheid gehad het om namens die trust te kon optree. Selfs in die afwesigheid van 'n trustee kan 'n trust steeds geldig wees omdat die *Trustwet* in a 7 bepaal dat die Meester dan 'n trustee moet aanstel.

385 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 2(4). Behalwe in die geval van dood of die beëindiging van die trust kan 'n trustee ingevolge a 20 (onthefing van trustee) en a 21 (bedanking deur trustee) van die *Trustwet* uit sy amp ontruim word. Geach *Trusts* 40. Trustgoed word normaalweg aan trustees in eiendomsreg oorgedra met die uitsondering in die geval van die bewindtrust, wat nie verder in detail bespreek sal word nie. Sien ook *Yarram Trading CC t/a Tijuana Spur v Absa Bank Ltd* 2007 2 SA 579 (HHA) 576; *Adam v Jhavary* 1926 AD 147; *Wood v Petrie* 1923 AD 420; *Lucas' Trustee v Ismail and Amod* 1905 TS 239; *Ehrlich v Rand Cold Storage and Supplies Co Ltd* 1911 TPD 170; *Vermaak's Executor v Vermaak's Heirs* 1909 TS 679; *Metequity Ltd v NWN Properties Ltd* 1998 2 SA 554 (T). Sien ook *Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A) 859 waar beslis is: "the trustee is the owner of the trust property for the purposes of administration of the trust *qua* trustee he has no beneficial interest."

386 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 3(18); Honoré en Cameron *Trusts* 11; Corbett ea *The Law of Succession* 405; Kopel *Guide to Business Law* 302; Joubert 1968 *THRHR* 125; Van der Spuy 2002 *THRHR* 688; Elliott 2008 *WP* 55. Sien verder Stander 1999 *TRW* 153-155 rakende die sekwestrasie van die trustee se boedel.

Ná die aanstelling as trustee het die trustee bepaalde bevoegdhede en verpligtinge. Coetzee³⁸⁷ wys daarop dat 'n trustee te alle tye magte en verpligtinge het selfs by ontstentenis van 'n volledige trustakte. Net soos die moontlike optredes van die oprigter en begunstigdes **dui sommige handeling van die trustee ook op die misbruik van 'n trust**, byvoorbeeld³⁸⁸ waar sy verantwoordelikhede as trustee nie nagekom word nie, waar hy as 'n trustee optree in teenstelling met die bewoording en bedoeling van die trustakte,³⁸⁹ wanneer 'n verpligting direk geïgnoreer word, in gevalle waar die trustees se vergoeding buitensporig hoog is, waar trustees deur die oprigter of selfs begunstigdes beïnvloed word en nie hul eie besluite kan neem nie en soms waar daar geen verhouding tussen trustees en begunstigdes is nie.

Die spesifieke hofsake waarin die misbruik van die trust deur die trustee ter sprake gekom het, word in paragraaf 4.3 hierna bespreek.

4.2.3 Trustbegunstigdes³⁹⁰

Soos in die vorige hoofstukke genoem, is een van die essensiële vereistes vir 'n trust dat die trustbegunstigdes duidelik in die trustakte aangewys moet word.³⁹¹ Die uiteinde is dat trustbates deur trustees bestuur moet word tot voordeel van trustbegunstigdes.³⁹² In sommige gevalle is 'n oprigter en 'n trustee ook 'n begunstigde met die gevolg dat bates en die optredes van 'n trustee deur "hom" tot sy "eie" voordeel beheer word. Dit beteken egter nie dat trustees nie met begunstigdes kan konsulteer nie. Die trustees moet egter ná die konsultasie onafhanklik³⁹³ en objektief hulle eie besluite neem op grond van wat in die beste belang van die begunstigdes sal wees. 'n Trustee kan ook 'n begunstigde wees,

387 Coetzee 2007 *De Rebus* 1-9. In so 'n geval verkry die trustee magte en verpligtinge *ex lege* uit hoofde van die feit dat die trustverhouding altyd aanleiding gee tot 'n unieke vertrouensverhouding. Sien Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(9) (sien vn 31). Sien ook Van der Merwe 2008 *WP* 36-38.

388 Sien in hierdie verband Du Toit 2007 *JBL* 91-92; Olivier 2001 *SALJ* 227.

389 Sien die bespreking in par 2.4.1.

390 Geach *Trusts* 165.

391 Sien par 2.4.3. Dit is ook 'n vereiste vir die daarstelling van 'n besigheidstrust.

392 Geach *Trusts* 61-63, 207. Begunstigdes word nie in die *Trustwet* gedefinieer nie, en die aard, hoeveelheid en regte van begunstigdes word bepaal aan die hand van die trustbepalings. Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 28-33; Gelbart 2010 *WP* 41-42.

393 *Parker*-beslissing 89.

maar kan dan nie ook die enigste begunstigde of enigste trustee wees nie. Hierdie beginsel is duidelik in die *Parker*-beslissing³⁹⁴ uitgewys.

While outsiders have an interest in self-protection, the primary responsibility for compliance with the formalities and for ensuring that contracts lie within the authority conferred by the trust lies with the trustees. Where they are also the beneficiaries, the debasement of trust function means all too often that this duty will be violated.

Diesulke optredes van die oprigter, trustees en begunstigdes het verder duidelik in besigheidstrusts begin deurskemer en die howe was genoodsaak om hierdie wanpraktyke sover moontlik in die kiem te smoor.³⁹⁵

Die spesifieke hofsake waarin die misbruik van die trust deur die begunstigdes ter sprake gekom het, word ook in paragraaf 4.3 verder bespreek.

4.3 Gepaardgaande gevolge indien 'n trust misbruik word

In paragraaf 4.1 hierbo is die stelling gemaak dat 'n besigheidstrust nog nie statutêr erken word nie (tans nog net deur skrywers en regspraak) en dat die beskerming en voordele wat die “trustkonstruksie” bied, gebruik word om besigheidsaktiwiteite tot partye se eie voordeel aan te wend. Die misbruik het **gepaardgaande gevolge** wat nog net deur regspraak aangespreek kon word. Daar is duidelik 'n sterk verband tussen die optrede van die betrokke partye en die gepaardgaande gevolge. Laasgenoemde kan nie genoeg beklemtoon word nie.

*It therefore, appears as if the lack of separation between control and enjoyment can have a variety of causes and can lead to an array of consequences depending on the facts and circumstances. Such a trust can be invalid, trustees can be held liable personally for breach of trust, or they can be held to the provisions of the trust document.*³⁹⁶

Sonder die skeidingselement van die beheer en gebruik van trustbates, is die trust slegs 'n instrument tot die oprigter of trustee se eie voordeel.³⁹⁷ Dit kan daartoe aanleiding gee dat die betrokke trust as 'n “**skynentiteit**”³⁹⁸ geklassifiseer word,

394 *Parker*-beslissing 89.

395 Sien 'n paar onlangse sake soos die *Parker*-beslissing; *Badenhorst v Badenhorst* 2006 2 SA 255 (HHA), *Nel v Metequity Ltd* 2007 3 SA 34 (HHA). Sien Honoré en Cameron *Trusts* 310; Hyland 2006 *JEPL* 6; Stander 2008 *INSOL* 166.

396 Van der Linde 2007 *De Jure* 432.

397 Hyland 2006 *JEPL* 4-5.

398 Joffe 2007 *De Rebus* 25; Ware en Roper *Offshore Insight* 60-63. Ook bekend as 'n “sham” trust.

ongeldig is en nie erken word nie. Eens “beskermende” bates word dan blootgestel aan skuldeisers en gades en selfs verdere persoonlike aanspreeklikheid.³⁹⁹ ’n Verdere nadelige gevolg is dat die bates nou geag word deel van die oprigter se persoonlike boedel te vorm.⁴⁰⁰

Die impak van hierdie misbruik het ook ’n negatiewe effek op belangegroepe soos ander individue, die publiek en krediteure. Elliott⁴⁰¹ beklemtoon die impak van ondeurdagte besluite en selfs bedrog wat deur trustees gepleeg word. Dit dra by tot groot finansiële verliese en dit is half ironies as ’n mens uit ’n Engelse definisie daarna kyk, naamlik dat jy ’n “trustee” kan “trust”.

Ten einde die navorsingsvraag te beantwoord, sal daar vervolgens spesifieke aanhalings gebruik word om die misbruike soos dit in die regspraak uiting gevind het uit te lig en dan die gepaardgaande gevolge (waarvan sommige partye nie eens bewus is nie) te beklemtoon.

4.3.1 Die trust as skynentiteit,⁴⁰² *alter ego* en ongeldigheid

Hierdie paragraaf het ten doel om die gepaardgaande gevolge wat aanleiding gee tot die moontlike verklaring van ’n trust as ’n skynentiteit of selfs moontlike ongeldigheid van ’n trust aan die hand van regspraak te verduidelik. Vervolgens sal daar gekyk word na die ware bedoeling van die partye, of persoonlike belange nagestreef is en of ’n trust as ’n *alter ego* gebruik is, al dan nie.

’n Trust word as ’n skynentiteit geklassifiseer indien daar te veel beheer deur die partye oor trustbates uitgeoefen word. Trustees funksioneer geensins onafhanklik

399 Geach *Trusts* 40.

400 Hierdie situasie moet ten alle tye vermy word. Sou hierdie bates weens die optredes geag deel van die oprigter se boedel te vorm, word die eens beplande “verkleinde” boedel nou onverwags “ver groot”. ’n Vrees vir enige oprigter of trustees is die moontlikheid om aanspreeklik gehou te word weens troubreuk omrede daar nie met die nodige sorg, kundigheid en vaardigheid wat van hulle verwag word, opgetree is nie.

401 Elliott 2007 *Accountant* 26.

402 Joffe 2007 *De Rebus* 25 bevestig dat die term “sham” ook in die Suid-Afrikaanse regsomgewing erken word. Vir hierdie doeleindes sal die woord skyn/skynentiteit verder gebruik word. Sien ook *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 (A); Larkin 1989 *SA Merc LJ* 284.

nie en is deurentyd aan die beheer deur die oprigter of begunstigdes onderworpe.⁴⁰³ Die uitdruklike bedoeling om 'n trust vir die regte redes te stig, is nie aanwesig nie en dit word bedryf as die persoon se *alter ego*. Gevolglik word die trust in wese geag asof dit nooit bestaan het nie.⁴⁰⁴ Kopel⁴⁰⁵ verduidelik hierdie stelling soos volg:

An area of concern is the sham trust. This occurs when the settlor or one of the trustees has too much control over trust assets and trust decisions. This results in the trustees acting as nominees. They do not act as independent trustees, and do not exercise independent judgement. Our courts have held that such a trust is a sham and have refused to recognize the trust, with the result that the trust assets are open to attack by creditors and spouses.

Uit bogenoemde is dit duidelik dat 'n trustee nie 'n agent⁴⁰⁶ of verteenwoordiger namens 'n ander persoon kan wees nie. Die magte as trustee kan tydelik aan 'n agent⁴⁰⁷ oorgedra word, maar die trustee bly steeds die verantwoordelike persoon.⁴⁰⁸ In *Hoosen v Deedat*⁴⁰⁹ moes die vraag beantwoord word of die pligte van 'n trustee aan 'n ander persoon gedelegeer kon word. Hoofregter Smallberger het bevind dat sou die identiteit en persoonlike karaktertrekke⁴¹⁰ van die trustees van

403 Sien Stander 2008 *INSOL* 172. Hyland 2006 *JEPL* 5 verduidelik die belangrikheid van die skeidingselement en dat die trustees te alle tye onpartydig moet optree in die beste belang van die trustbegunstigdes.

404 Sien ook *Kriel v Terblance* 2002 6 SA 132 (NK). In *Conze v Masterbond Participation Trust Managers (Pty) Ltd* 1996 3 SA 786 (K) was 'n aansoek gebring om 'n trustee (Masterbond) vir sy onredelike optrede verantwoordelik te hou. Van die skuldbriefhouers was ontevrede oor Masterbond se optrede. Intussen is ontdek dat die trustbates nie aan die trustee oorgedra is nie. Die vereiste vir oordrag is nie nagekom nie. Die gevolg was dat geen trust in werklikheid tot stand gekom het nie. Vervolgens kon Masterbond se optrede nie deur die *Trustwet* gereguleer word nie. Masterbond was derhalwe net 'n agent, nie 'n trustee nie en daar was geen verdere remedies vir die ander party beskikbaar nie.

405 Kopel *Guide to Business Law* 301.

406 Sien *McCulloch v Fernwood Estates Ltd* 1920 AD 204 vir die onderskeid tussen 'n trustee en 'n agent. Verder kan daar ook verwys word na *Ex Parte Elands Properties (Pty) Ltd* 1945 TPD 37; *Man Truck and Bus (SA) v Victor* 2001 2 SA 562 (NK); *Goodricke*-beslissing.

407 Van der Merwe 2008 *WP* 36 verduidelik dat anders as 'n agent moet 'n trustee 'n onafhanklike diskresie uitoefen. In *McCulloch v Fernwood Estates Ltd* 1920 AD 204 word dit verduidelik: "the term trustee implies that the person described is the *dominus* of the relative subject-matter, which the term agent does not imply".

408 'n Trustee kan sy magte deleger maar dit mag nie neerkom op 'n aanstelling van 'n ander om sodoende self van die verantwoordelikheid onthef te word nie. Hierdie delegasie moet duidelik aangeteken word. Verder kan verwys word na Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 3(27); Honoré en Cameron *Trusts* 326; *Hoppen v Shub* 1987 3 SA 201 (K).

409 *Hoosen v Deedat* 1999 4 SA 423 (HHA). Vir in verdere bespreking van hierdie saak sien Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 3(26).

410 Hierdie uitspraak gee erkenning aan die feit dat 'n trustee oor persoonlike kundigheid beskik wat in ag geneem moet word.

wesenlike belang wees in die bestuur van die trust, die trustee nie die bevoegdheid het om sy pligte aan 'n ander persoon te delegeer nie.⁴¹¹

Van der Westhuizen⁴¹² verduidelik die moontlikhede wanneer 'n trustee se magte wél gedelegeer kan word. Hy stel die voorwaarde dat die trustee homself nie van enige aanspreeklikheid wat met hierdie handeling wat aan hom toevertrou is, mag distansieer nie en dat hy te enige tyd die magte kan herroep.

'n Laaste aspek wat ook aandag moet geniet, is die ongeldigheid van 'n trust. Indien 'n trust nie aan die geldigheidsvereistes⁴¹³ voldoen nie, is dit ongeldig.⁴¹⁴ Gevolglik kom geen trust tot stand nie en die *Trustwet* is dan ook nie in hierdie omstandighede van toepassing nie. Die uiteinde is dat die trustbates dan blootgestel word aan krediteure en moontlike onafwendbare eise. Die trust word as 'n klug bestempel. Larkin⁴¹⁵ omskryf dit verder as “a mere cloak and a device and a mask”. Hy kom tot die duidelike gevolgtrekking dat transaksies wat nie kommersiële sin maak nie, “teen die grond geslaan” word.

In *Zandberg v Van Zyl*⁴¹⁶ is die **ware bedoeling van die oprigter** (om 'n trust te stig en die beheer oor trustbates af te staan) ondersoek.⁴¹⁷

*For the principle to be applicable a real intention, definitely ascertainable which differ from the simulated intention has to exist.*⁴¹⁸

Die gevolg is dat, sou dit blyk dat die ware bedoeling van die oprigter nie is om voldoende beheer van trustbates af te staan nie, die trust as 'n skynentiteit verklaar kan word en dan ongeldig is.

411 Geach *Trusts* 83-84 en Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 3(27) stem saam. Die oordrag van pligte aan 'n ander trustee kan egter uitdruklik in 'n bepaling in die trustakte vervat word. Die magte van 'n trustee word in die trustakte uiteengesit en 'n trustee verkry nie sy magte deur die opdrag van 'n prinsipaal nie.

412 Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 60; Du Toit 2001 *TSAR* 131.

413 Sien die volledige bespreking in hfst 2.

414 Sien *Nel v Metequity Ltd* 2007 3 SA 34 (HHA); *Administrators, Estate Richards v Nichol* 1996 4 SA 253 (K); Van der Linde 2007 *De Jure* 431-432; 434.

415 Larkin 1989 SA *Merc LJ* 284; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 (A).

416 *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302.

417 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 5(28). Die kontraktuele “substance over form”-beginsel bepaal dat daar nie effek gegee word aan die oënskynlike vorm van 'n ooreenkoms as dit nie die ware bedoeling van die partye is nie. Hierdie beginsel word weens relevansie ten opsigte van die spesifieke onderwerp nie in verdere detail bespreek nie. Olivier 1998 *SALJ* 521.

418 *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 309.

In die *Goodricke*-beslissing⁴¹⁹ het begunstigdes saamgevoegde fondse in 'n trust aangewend vir besigheidsdoeleindes. 'n Trust is geregistreer met die bedoeling om 'n gesamentlike beleggingsfonds vir hulle as begunstigdes te genereer, waartoe elkeen 'n bydrae gelewer het. Die vraag was of die bedoeling duidelik genoeg was om 'n trust tot stand te bring. Die hof het beslis dat die **partye se bedoeling duidelik** was en dat 'n trust gestig moes word vir verskillende begunstigdes.⁴²⁰

'n Belangrike punt wat in hierdie saak aangeraak is, is dat sou dit blyk dat die bedoeling nie duidelik was om 'n trust tot stand te bring nie, die trust as 'n "vennootskap" geag kon word. Die afleiding sou dan gemaak word dat die ware bedoeling eintlik was om 'n vennootskap te stig, alhoewel dit as 'n "besigheidstrust" verwoord is.⁴²¹ Gevolglik is die trust dan 'n skynentiteit om die negatiewe gevolge⁴²² van 'n vennootskap te vermy.

*In the case of business trust, all too often the real intention is to create a partnership-type structure, even though it is termed a trust. The existence of a partnership rather than a trust should be inferred, especially where beneficiaries are seen to have direct or indirect control over trustees or over trust assets.*⁴²³

419 Sien vorige verwysing in par 3.4.2. Sien ook Van der Linde 2007 *De Jure* 434-435; Olivier 1998 *SALJ* 522-523; Strydom *Trustbegunstigdes* 58-59.

420 Op 410 verklaar die hof: "I have concluded that here a transfer of funds has taken place to persons jointly obliged to hold the common funds as owners in trust. In agency the principal may control the action of his agent. Here an independent body of trustees exercised control". Dit is voldoende om daarop te wys dat hierdie saak tot baie vraagstukke aanleiding gegee het. Sien verder Wunsch 1986 *SALJ* rondom die kwessie dat die hof nie gevra is aangaande die effek van die beheer deur die begunstigdes nie. Wunsch meen dat dit bevestigte kan word of daar werklik onafhanklike trustees betrokke was. Honoré en Cameron *Trusts* 77 beskryf die saak as *a borderline case as far as the independence of trustees is concerned*. Sien Olivier 1998 *SALJ* 519-520; Hyland 2006 *JEPL* 17-19.

421 Geach *Trusts* 39. In *Joubert v Tarry and Co* 1915 TPD 277 is die vereistes vir 'n vennootskap neergelê. Eerstens moet elke party 'n bydrae tot die vennootskap maak. Tweedens moet die besigheid bedryf word tot voordeel van alle vennote. Derdens moet die hoofdoelstelling wees om 'n wins te genereer en laastens moet dit 'n geldige ooreenkoms wees. Vir nog 'n verwysing na die vereistes van 'n vennootskap, sien *Muller v Pienaar* 1968 3 SA 195 (A); *Pezzutto v Dreyer* 1992 3 SA 379 (A) op 379 waar die hof verklaar dat 'n vennootskap die bedryf van 'n besigheid is met die eienskappe dat elke vennoot 'n bydrae maak met die gesamentlike doel om wins te maak. *Hughes v Ridley* 2010 1 SA 381 (N).

422 Die eienskappe van 'n vennootskap is reeds in die vorige hfst 3 bespreek. Sien verder Olivier 2001 *SALJ* 228 se bespreking van die gevolge en die gelykstelling aan 'n vennootskap is dat die begunstigdes geag word vennote te wees. Geach *Trusts* 39; *Relier (Pty) Ltd v CIR* 1998 1 All SA 183 (A).

423 Geach *Trusts* 39; Honoré en Cameron *Trusts* 91; Henning *Aspekte van Bedryfstrusts* 142. In *Goldwater v Olthoff* 1930 71 ALR 871 op 879 is dit duidelik gestel: "If the trustees are subject to being removed by the shareholders (in this instance beneficiaries) and are dependent on them for election, it is apparent that the ultimate control of the organisation rests in the shareholders and the organisation is a partnership and not a true trust". (klem ingevoeg).

*CIR v Pretorius*⁴²⁴ is ook 'n uitspraak waarin 'n transaksie van 'n trust as 'n "skyn" verklaar is. Die feite was soos volg: 'n Trust het 'n woonstelblok gekoop wat in deeltiteleenhede omskep is. Met die bydraes van die begunstigdes het hy/sy dan as 'n inkomste- en kapitaalebegunstigde gekwalifiseer. Die doel was dat die eenhede aan elke begunstigde oorgedra sal word. Die spesifieke oordrag van 'n eenheid aan 'n begunstigde is deur die SAID aangespreek. Hulle het aangevoer dat die oorspronklike trust nie 'n geldige trust was nie omrede dit nie die ware bedoeling was om 'n trust te skep nie. Volgens die SAID was die trust net gestig om die oordrag van die eenhede te vereenvoudig. Die oordrag van eenhede aan die begunstigdes van die trust was slegs 'n skyntransaksie om oordragskostes wat andersins betaalbaar sou wees, vry te spring. Pretorius was dus nie 'n begunstigde van 'n geldige trust nie, met die gevolg dat hy oordragskoste op die eenheid wat aan hom oorgedra is, moes betaal.⁴²⁵ Die uiteinde was dat dit **nie die ware bedoeling was** om 'n trust te skep nie en geen trust het derhalwe tot stand gekom nie. Die trustvorm is deur die betrokke partye misbruik. Die trust is ongeldig verklaar en die begunstigdes is dientengevolge belas.

*Jordaan v Jordaan*⁴²⁶ was 'n saak waar die **persoonlike belange**⁴²⁷ in 'n trust aangespreek is.⁴²⁸ Die partye was in 'n egskeidingsaak betrokke. Mnr. Jordaan was 'n vooraanstaande besigheidsman. Mev. Jordaan het 'n gedeelte van die trustbates geëis as deel van 'n herverdelingsbevel.⁴²⁹ Mnr. Jordaan se bates het oor die jare vermeerder en hy het 'n trust gebruik vir die klaarblyklike beskerming daarvan. Dit was egter baie duidelik "dat hy die trusts gebruik het om vir hom finansiële voordeel

424 *CIR v Pretorius* 1986 1 SA 238 (A). Sien verder Olivier 1997 *TSAR* 771; Honoré en Cameron *Trusts* 15, 90 en 137 vir 'n bespreking rondom die bedoeling wat met die oprigting van die trust gevolg sal word om te bepaal of dit as 'n vennootskap hanteer moet word al dan nie. Sien ook die bespreking in par 3.3.

425 In *Relier (Pty) Ltd v CIR* 1998 1 All SA 183 (A) is ook beslis is dat die ware bedoeling en omvang van 'n transaksie bo die verkose regsform oorweeg sal word. Sou 'n trust gestig word maar 'n ander ondernemingsvorm uitbeeld, sal die hof die werklike bedoeling waarvoor die trust gestig is, probeer vasstel. Sien verder *Brunette v Brunette* 2009 5 SA 82 (SE); Olivier 1998 *SALJ* 520-521; Davis 1986 *The Taxpayer* 68; Hyland 2006 *JEPL* 11-13.

426 *Jordaan v Jordaan* 2001 3 SA 288 (K).

427 Sien par 2.4.3.

428 Sien verder *Joubert v Van Rensburg* 2001 1 SA 753 (W); Van der Linde 2007 *De Jure* 432-434.

429 Mev Jordaan was 'n tuisteskepper - ma wat omgesien het na hul twee kinders, waarvan een 'n gestremde kind was.

in sy persoonlike hoedanigheid te hou”.⁴³⁰ Voorts het dit later aan die lig gekom dat daar kort ná die egskeiding ook verdere trusts gebruik was om bates van sy vrou te weerhou.

Nietemin het die hof beslis dat die trusts uitsluitlik gebruik was as mnr. Jordaans se *alter ego* om sy bates te verskans. Derhalwe was dit geregverdig om die bates van die trusts vir die herverdelingsooreenkoms in berekening te bring.⁴³¹ Regter Traverso⁴³² se uitspraak is duidelik en die verweerder se optrede word as kleinlik en oneerlik beskryf:

Die verweerder se eie getuienis dui daarop dat die trusts inderdaad die *alter ego* is van die verweerder, en deur hom as sulks beskou word. Hy beskou die trusts as 'n manier waarop hy vir homself 'n finansiële voordeel kan bewerkstellig.

Dit blyk met ander woorde dat die “beskerming” wat voorgegee is, eerder 'n verskansing of wegsteek van die bates beoog het (binne 'n trust as sy *alter ego* en uitsluitlik vir sy eie belang) en dat die trust bygevolg 'n skyn was.

Die uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl in *Badenhorst v Badenhorst*⁴³³ is belangrik om die voorvereistes vir die afsonderlike **beheer en bestuur** van 'n trust te bevestig.⁴³⁴ In hierdie saak verklaar die hof:

*(to) determine whether a party has such control it is necessary to first have regard to the terms of the trust deed, and secondly to consider the evidence of how the affairs of the trust were conducted during the marriage.*⁴³⁵

Die argument was dat die trust in werklikheid mnr. Badenhorst se *alter ego* was en sekere van sy optredes het dit ondersteun.⁴³⁶ Hy het eerstens die reg gehad om

430 *Jordaan v Jordaan* 2001 3 SA 288 (K) 289.

431 Sien Mostert 2002 *STELL LR* 151-161 vir 'n volledige bespreking van die saak asook die kritiek daarop. Ingevolge a7(5) van die *Wet op Egskeiding* 70 van 1970 (hierna die *Wet op Egskeiding*) moet die kapitaalwaarde van die trust in berekening gebring word om die persoonlike batewaarde vir doeleindes van 'n herverdelingsbevel te bepaal.

432 *Jordaan v Jordaan* 2001 3 SA 288 (K) 301.

433 *Badenhorst v Badenhorst* 2006 2 SA 255 (HHA). Let daarop dat hierdie saak net gehandel het met die magte van die hof om 'n herverdelingsbevel te kon gee kragtens a 7(3) van die *Wet op Egskeiding*. Sien ook *Katz v Katz* 1989 3 SA 1 (A) in sake die toepassing van a 7(3) van die *Wet op Egskeiding*.

434 Mnr Badenhorst se vader was die oprigter van die trust. Hyself en sy broer was die trustees en sy kinders was die kapitaalebegunstigdes. Mev Badenhorst was net 'n diskresionêre inkomstebegunstigde. In die hof *a quo* is beslis dat die trustbates nie deel gevorm het van mnr Badenhorst se boedel nie.

435 *Badenhorst v Badenhorst* 2006 2 SA 255 (HHA) 260-261.

medetrustees na sy eie oordeel aan te stel of van hul amp te onthef. Tweedens het hy die uitsluitlike diskresie gehad om met trustbates en trustinkomste te handel. Derdens was medetrustees selde in besluitneming of enige administrasie aangeleenthede geraadpleeg. Appèlregter Combrink het tot die beslissing gekom dat die waarde van die trustbates by die waarde van sy persoonlike boedel in berekening gebring moes word vir hierdie herverdelingsbevel.⁴³⁷

*He was, in short, in **full control of the trust**. Furthermore, he paid scant regard to the difference between trust assets and his own assets.*⁴³⁸

*It is evident that, but for the trust, ownership in all the assets would have vested in the respondent.*⁴³⁹

Dit was wéér 'n duidelike beklemtoning dat 'n trust vir die party se eie voordeel gebruik is en dit nooit die werklike bedoeling was om 'n trust afsonderlik van sy persoon te stig nie. Die uiteinde is dat die trust 'n skynentiteit is met die gevolg dat spesifieke bates nou weens sy optrede deel van sy persoonlike boedel geag word.

'n Meer onlangse uitspraak is *Harris v Rees*.⁴⁴⁰ Alhoewel die saak handel oor die *locus standi* van die respondent wat “deliberately absented himself from the jurisdiction of the court”,⁴⁴¹ is die saak in ander aspekte op hierdie navorsing van toepassing. Hier was direkte aantygings van bedrog en die betrokke trust was as die *alter ego* van die respondent beskou. Die feite was soos volg: Harris en Rees was sedert 1990 goeie vriende en besigheidsvriende.⁴⁴² Op hierdie vertrouensbasis het Harris, die AER Trust en die AEH Trust ongeveer R80 miljoen by Rees, waarby ook

436 Sien Van der Linde 2007 *De Jure* 432-433; Joffe 2007 *De Rebus* 26; Stander 2008 *INSOL* 170-171; Hyland 2006 *JEPL* 13-14.

437 Die eis was gegrond op artikel 7(3) van die *Wet op Egskeiding*. Dit behels dat die hof 'n bevel mag uitvaardig dat die bates van een eggenoot oorgedra word na die ander. Sien ook Van Schalkwyk 2008 *De Jure* 209-241. Sien op 214 die verduideliking dat die beslissing verwelkom word dat trustbates onder die vereistes wat die hof aantoon, vir herverdeling vatbaar is (hierdie aangeleentheid word ook in *Buttner v Buttner* 2006 3 SA 23 (HHA) bespreek).

438 *Badenhorst v Badenhorst* 2006 2 SA 255 (HHA) 261. Die hof verwys ook na die gevalle waar mnr Badenhorst die trustbates as sy eie bates opgegee het vir 'n aansoek op 'n verband en ander besigheidsverpligtinge (eie beklemtoning).

439 *Badenhorst v Badenhorst* 2006 2 SA 255 (HHA) 262. Sien verder Joffe 2007 *De Rebus* 26.

440 *Harris v Rees* 2011 2 SA 294 (GS). Sien ook die volledige bespreking van die saak verder in die hoofstuk.

441 *Harris v Rees* 2011 2 SA 294 (GS) 309.

442 Harris (appellant) en Rees (respondent)

ene Tannerbaum betrokke was, belê.⁴⁴³ Gedurende Junie 2009 is Tannerbaum se boedel voorlopig gesekwestreer⁴⁴⁴ en gevolglik het die hele beleggingskema platgeval. Rees het sonder meer die land verlaat en na Switserland verhuis en verskeie beleggers met miljoene rande se verliese gelaat.⁴⁴⁵ Rees is aanspreeklik gehou vir die verliese omrede hy by wyse van sy maatskappy en trusts direk by die bedrieglike skema betrokke was. Regter Horn stel ook duidelik dat :

*It is clear from the papers that the first respondent (Rees) spun a web of intrigue to convince people to invest with him in the Tannerbaum scheme.*⁴⁴⁶

Regter Horn beslis dat “he (Rees) was intimately involved with each and every investment”.⁴⁴⁷ Hy is verder daarvan oortuig dat Rees ’n direkte belang in hierdie skema gehad het en die Aljebami Trust gebruik het om homself te verryk ten koste van beleggers.

Uit die feite het dit na vore gekom dat Rees die oprigter van die Aljebami Trust was en hy en sy vrou die enigste trustees. Hy het volle beheer oor alle bates gehad. Die **trust was dus sy alter ego** waardeur hy inkomste verdien het deur bedrieglike beleggingskemas. Uiteindelik is die beslagleggingsbevel toegestaan.⁴⁴⁸

Dit is my mening dat indien hy sy verskyning in Suid-Afrika maak die trust boonop as ’n skynentiteit verklaar kan word en die bates van die trust as deel van sy persoonlike boedel geag kan word.

443 *Harris v Rees* 2011 2 SA 294 (GS). Die beleggings is in die trustrekening van Rees betaal. Hierdie gelde is in ’n sg Ponzi-skema inbetaal waarby Tannerbaum (’n ander party wat nooit ontmoet is nie) ook by betrokke was.

444 Tannerbaum woon tans in Australië en ’n lasbrief is uitgereik vir sy arresistasie.

445 Uit die feite blyk dit duidelik dat Rees die land verlaat het met die doel om nie terug te keer nie. Daar bestaan geen twyfel nie dat hy bewus was van die feit dat hy verantwoordelik gehou sou word vir die finansiële verliese.

446 *Harris v Rees* 2011 2 SA 294 (GS) 305 (eie beklemtoning).

447 *Harris v Rees* 2011 2 SA 294 (GS) 301.

448 Die hof was van mening dat Rees die jurisdiksie van die hof met opset ontwyk het. Dit was duidelik uit sy optrede toe hy die land sonder meer verlaat het, verskeie beleggers met groot verliese agtergelaat het en waar hy by wyse van verskeie maatskappye en trusts bedrieglike skemas bestuur het. Op 309 bevind die hof dat die applikante genoegsame bewyse gelewer het om die aansoek toe te staan.

4.3.2 Boedelbelastingimplikasies

Net soos in paragraaf 3.3.2 hierbo sal die inagneming van boedelbelasting ook 'n deurslaggewende rol speel. Dit sal verduidelik word met spesifieke verwysing na regspraak waarin duidelik aangedui sal word dat bates wat in trust gehou is vir beskerming teen boedelbelasting in spesifieke omstandighede teruggetel sal word in 'n boedeleienaar se persoonlike boedel, met die noodwendige boedelbelastingimplikasies.

Hierbo is reeds genoem word boedelbelasting ingevolge die *Boedelbelastingwet* gehef.⁴⁴⁹ Hierdie belasting word gehef op **alle bates van watter aard ook al** wat val binne die bepalinge van die *Boedelbelastingwet* se definisies van eiendom en eiendom wat **geag word eiendom te wees**.⁴⁵⁰

In die geval van 'n trust is die trustbates uitgesluit van die boedeleienaar se persoonlike boedel. Sou 'n oprigter of trustee egter te veel beheer oor trustbates uitoefen, asof dit hul eie bates is tot hul eie voordeel, is die moontlike gevolg van hierdie misbruik van die trustfiguur dat die trustbates as "geagte eiendom" deel van die persoon se boedel kan wees. Die waarde van bates in die boedel verhoog dus met die waarde van die trustbates wat ook dan in berekening gebring word. Trustbates waaroor die persoon onder normale omstandighede geen eiendomsreg het nie, kan weens hul optredes drastiese gevolge inhou.⁴⁵¹

In *Oliff v Oliff's Executors*⁴⁵² het die testateur al sy eiendom aan 'n besigheidstrust bemaak. Die vraag was of so 'n bemaking van al die eiendom die trust toeval, óf in berekening gebring moes word vir sy persoonlike boedelbelastingberekening.

449 Sien par 3.3.2.

450 Abrie ea *Boedels* 180-181. Ingevolge a 3(1) van die *Boedelbelastingwet* bestaan 'n persoon se boedel uit al die eiendomme van daardie persoon soos op datum van dood, asook alle eiendom wat geag word eiendom van daardie persoon te wees. Ingevolge a 3(2) sluit eiendom ook alle regte op goed in, hetsy roerend of onroerend, liggaamlik of onliggaamlik. 'n Volledige bespreking van boedelbelasting en die berekening daarvan val buite die bestek van hierdie navorsing. Wat wel van belang is, is a 3(3)(d), oor eiendom wat geag word eiendom van die oorledene te wees en omvat: "(eiendom) waaroor die oorledene onmiddellik voor sy dood bevoeg was om vir sy eie voordeel of vir die voordeel van sy boedel te beskik".

451 Geach *Trusts* 54.

452 *Oliff v Oliff's Executors* 1924 45 NPD 413.

Regter Tatham⁴⁵³ het soos volg beslis:

(that) the bequest of the brick business did not include any moneys due to such business and that the moneys in the bank and the book debts fell into the residue of Oliff's estate and not into the trust.

As gevolg van die **beheer** wat hy volgens die feite van die geval **oor alle bates** gehad het, moes die bates teruggetel word en is dit geag deel van sy boedel te wees. Sy persoonlike boedel is herbereken en boedelbelasting is op sy persoonlike boedel gehef.⁴⁵⁴

In *Creighton Trust v CIR*⁴⁵⁵ moes die hof weer eens bepaal of trustbates deel van die oprigter se persoonlike boedel sou vorm, met verwysing na die **bevoegdhede wat die oprigter vir homself uitgehou het**. Die oprigter van die Creighton Trust het duidelike bepalinge in die trustakte neergelê dat sekere besluite slêgs met sy toestemming goedgekeur kon word. Ingevolge klousule 4 het hy die reg voorbehou om te enige tyd regte van begunstigdes te weerhou, begunstigdes te kan vervang en soos hy goedgekeur, begunstigdes uit die trust te haal sonder om hulle met ander begunstigdes te vervang. Hierdie bevoegdhede het die oprigter stewig in beheer van die trustbates geplaas. Na sy afsterwe het die SAID die trustbates as deel van sy persoonlike boedel geag. Die motivering was geleë in die volgende optredes.⁴⁵⁶

The donor did not divest himself of the assets but constituted a trust under which the trustees primarily held the assets for his benefit and subject to his control .. [that] during his lifetime the donor had the power of unilateral revocation of the trust and therefore had for his own benefit the control and disposition of the property

Uit die saak het dit geblyk dat die oprigter nie voldoende beheer aan die trustees afgestaan het nie. Daar was duidelike bepalinge dat alle transaksies en besluite gedurende sy leeftyd onderhewig sal wees aan sy skriftelike toestemming. Die oprigter het ook die reg voorbehou om te enige tyd addisionele trustees aan te stel of bestaande trustees sonder meer af te dank.

453 *Oliff v Oliff's Executors* 1924 45 NPD 413.

454 In hierdie saak het "misbruik" voorgekom ten opsigte van hierdie besondere aspek van die trustfiguur en wetgewing het ingetree om die misbruik te elimineer aan die hand van a 3(3)(d) van die *Boedelbelastingwet*.

455 *Creighton Trust v CIR* 1955 3 SA 498 (T).

456 *Creighton Trust v CIR* 1955 3 SA 498 (T) 501-502.

Regter Hill⁴⁵⁷ het beslis dat die oprigter die bates deurentyd tot sy eie voordeel **beheer en gebruik** het. Die bates is geag deel van sy boedel te wees vir die berekening van boedelbelasting.⁴⁵⁸

Dit is duidelik dat oprigters en trustees uit 'n boedelbelastingoogpunt baie deeglik oor hul optredes in trustaangeleenthede moet besin. Indien dit sou blyk dat daar te veel beheer oor trusteiendom is, kan trusteiendom in 'n oogwink as “geagte eiendom” in die boedeleienaar se boedelbelastingberekening in berekening gebring word.

4.3.3 Benadeling van ander partye

Teen hierdie agtergrond is dit duidelik dat boedelbelastingimplikasies, verklaring as “skynentiteit” en die ongeldigverklaring van 'n trust direk lei tot die benadeling van ander partye en belanghebbendes. In die volgende paragraaf sal spesifieke sake ontleed word wat handel oor die benadeling van partye, hetsy direk of indirek.

'n Magtigingsbrief is noodsaaklik om die aanstelling van 'n trustee te bevestig. Verskeie uitsprake het beklemtoon dat nie-nakoming van hierdie vereiste drastiese gevolge vir derdes en veral oningeligte kontrakterende partye inhou. De Waal⁴⁵⁹ beklemtoon ook die gepaardgaande vereiste vir gesamentlike optrede deur trustees vir volhoubare trustadministrasie.⁴⁶⁰ Indien daar geen duidelike aanduiding in die trustakte is oor gesamentlike optrede nie, is gesamentlike optrede en eenparige besluite deur trustees outomaties 'n vereiste. Verder, indien daar minder trustees in

457 Sien ook die bespreking in Honoré en Cameron *Trusts* 472.

458 Vir verdere besprekings sien ook *Crookes v Watson* 1956 1 SA 277 (A) 293; *CIR v Estate Merensky* 1959 2 SA 600 (A) 615; Olivier 1997 TSAR 769-770.

459 De Waal 1999 STELL LR 24-27 en 30-34. In *Coetzee v Peet Smith Trust* 2003 5 SA 674 (T) is die effek van 'n meerderheidsbesluit en vereiste eenparige besluite van trustees aangespreek. Die applikant (ook 'n trustee) se dienskontrak is op grond van 'n meerderheidsbesluit van die oorblywende trustees beëindig. Die vraag was of 'n meerderheidsbesluit geldig is en of dit 'n eenparige stem moes wees. Regter van Dijkhorst het beslis dat indien 'n oprigter meerdere persone aanwys om trustees te wees, dit klaarblyklik sy bedoeling is dat hulle gesamentlik moet optree. Dit was duidelik dat die trustees, wat ook begunstigdes van die trust was, uit en uit tot hulle eie voordeel wou optree (die trust misbruik) met die afdanking van Coetzee wat as buite onpartydige trustee moes optree. Ten einde die afdanking te kon deurvoer, moes dit 'n eenparige besluit van alle trustees wees.

460 Honoré en Cameron *Trusts* 324; *Coetzee v Peet Smith Trust* 2003 5 SA 674 (T); *Lake v Caithness* 1997 1 SA 667 (E); *Joubert v Van Rensburg* 2001 1 SA 753 (WD); *Goolam Ally Family Trust v Textile, Curtaining and Trimming (Pty) Ltd* 1989 4 SA 985 (K); *Erwee v Erwee* 2006 1 All SA 626 (O); Stander 2008 INSOL 172.

amp as die gespesifiseerde getal is "then the trust suffers from an incapacity that precludes action on its behalf".⁴⁶¹

Die belangrikheid van die volgende sake vir hierdie navorsing is om die aandag te vestig op die nadeel wat die misbruik van 'n trust teweeg kan bring. In sommige gevalle is dit oningeligte trustees wat net eenvoudig nie bewus is van die impak van hul optredes nie. In ander gevalle is dit weer trustees wat hulle eenvoudig nie steur aan die statutêre vereistes nie en net eenvoudig voortgaan.⁴⁶² Weens die nie-nakoming van spesifieke statutêre vereistes (waarvan die trustees bewus moet wees) word derdes, krediteure en kontrakterende partye gevolglik benadeel.

In *Simplex (Pty) Ltd v Van der Merwe*⁴⁶³ was die regspraak of 'n handeling deur die trustee geldig sou wees voor die uitreiking van 'n magtigingsbrief. In hierdie saak was die trustee (Van der Merwe) nog nie aangestel nie maar 'n koopkontrak is intussen onderteken.⁴⁶⁴ Ten tye van die ondertekening van die kontrak was die eiser nie daarvan bewus dat die trustee nog nie aangestel was nie. Die hof het beslis dat indien 'n trustee nie oor 'n magtigingsbrief beskik nie, daardie persoon **nie magtiging gehad het om namens die trust op te tree nie**. Hierdie tekortkoming (handeling) kan volgens regter Goldblatt ook nie geratifiseer word nie.⁴⁶⁵ Gevolglik kon die koopkontrak nie afgedwing word nie en die ondertekening van die kontrak deur die trustees was ongeldig.⁴⁶⁶

461 *Parker*-beslissing par 11. Sien verder Hyland 2006 *JEPL* 8.

462 Uit hierdie navorsing het dit soms geblyk dat die optrede van trustees soms ook opsetlik was deur nie aan die spesifieke vereistes te voldoen nie.

463 *Simplex (Pty) Ltd v Van der Merwe* 1996 1 SA 111 (W) (hierna die *Simplex*-beslissing). Sien ook *Watt v Sea Plant Products Bpk* 1998 4 All SA 109 (K); *Ex Parte Elands Properties (Pty) Ltd* 1945 TPD 37.

464 Geach *Trusts* 12; De Waal 2000 *THRHR* 473; Du Toit 2001 *TSAR* 123-124. Daar is bevestiging dat die magtiging 'n absolute voorvereiste vir 'n trustee se handeling is.

465 Sien verder De Waal 2000 *THRHR* 473-474; Smith 2007 *STELL LR* 55-56.

466 Dit is nodig om ook na *Kropman v Nysschen* 1999 2 SA 567 (T) te verwys. In hierdie saak is die vereiste handeling ingevolge a 6(1) van die *Trustwet* oorweeg. Dit was 'n teenoorgestelde wending as in *Simplex*-beslissing. Die testateur het in sy testament 'n *mortis causa* trust tot stand gebring. Die verweerder was nog uitstaande skuld aan die testateur verskuldig. Hierdie skuld is deur die testateur aan die trust bemaak. Na die afhandeling van die boedel is die uitstaande skuld geëis, maar die verweerder het aangevoer dat die eiser nie by magte was om 'n eis in te stel nie. Die rede hiervoor was dat die nodige magtiging ingevolge a 6(1) van die *Trustwet* nie betyds bekom is nie. Die hof het beslis dat alhoewel die nie-nakoming van a 6(1) 'n handeling ongeldig maak, die hof steeds ingevolge sy diskresie handeling in sekere omstandighede terugwerkend kan bekragtig. Sien Du Toit SA *Trust Law* 62; Geach *Trusts* 77; Du Toit 2001 *TSAR* 124-125 vir verdere besprekings rondom hierdie aangeleentheid.

Die belangrikheid van 'n magtigingsbrief is ook deur Olivier⁴⁶⁷ aangespreek:

Die meer aanvaarde regsposisie blyk dus tans te wees dat artikel 6(1) nie net in belang van die trust, en dus die begunstigdes ingestel is nie, maar ook om as bewys aan derdes ter wille van hulle beskerming te dien. Om hierdie rede word enige sodanige handeling as nietig en onratifiseerbaar beskou.

Die **misbruik van 'n trust** vir besigheidsdoeleindes is in die appèlbeslissing van *Nieuwoudt v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk*⁴⁶⁸ bekragtig. Mnr. Nieuwoudt het alleen 'n kontrak onderteken vir die lewering van mielies. Ingevolge 'n reeds uitgereikte magtigingsbrief moes beide mnr. en mev. Nieuwoudt (as trustees van die trust) eenparig optree en besluite neem.⁴⁶⁹ Ten tye van die lewering van die mielies het hy aangevoer dat die kontrak ongeldig was omdat sy vrou (die ander trustee) nie haar toestemming tot die sluiting van hierdie kontrak verleen het nie. Geen mielies kon dus gelewer word sonder albei se toestemming nie. Die vraag was of gesamentlike optrede van die trustees 'n voorvereiste was. Die hof *a quo* het die argument gesteun dat geen bindende kontrak tot stand gekom het nie en die kontrak ongeldig was. Appèl is aangeteken teen die beslissing dat die kontrak ongeldig verklaar is weens die gebrek aan die gesamentlike optrede van die trustees.⁴⁷⁰ Die appèlhof moes bepaal of gesamentlike optrede deur beide mnr. en mev. Nieuwoudt 'n vereiste was. Die erkende beginsel is dat in die afwesigheid van 'n ander bepaling

467 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 3(8). Kyk voorts ook na die *Simplex*-beslissing; *Reichel v Wernich* 1962 2 SA 155 (T); *Van der Merwe v Van der Merwe* 2000 2 SA 519 (K); *Deedat v The Master* 1989 1 SA 544 (N); *Kriel v Terblanche* NO 2002 6 SA 132 (NK); *Metequity Ltd v NWN Properties Ltd* 1998 2 SA 554 (T); *Geach Trusts* 77; Smith 2007 *STELL LR* 56-57; Smith 2007 *JJS* 168-169.

468 *Nieuwoudt v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk* 2004 3 SA 486 (HHA). Die koopkontrak was gebaseer op die lewering van mielies deur die JJ Boerdery Trust. 'n Ooreenkoms is aangegaan vir die lewering van 900 ton mielies. Op die ooreengekome datum is geen mielies deur die trust gelewer nie.

469 *Nieuwoudt v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk* 2004 3 SA 486 (HHA). Op 493 verduidelik die hof: "The trust deed in this case is typical a newer type of trust where someone, probably for estate planning purposes or to escape the constraints imposed by corporate law, forms a trust while everything else remains as before."

470 *Nieuwoudt v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk* 2004 3 SA 486 (HHA) 492 ten opsigte van klousule 23.4 van die trustakte. Trustees kan een of meer van hulle magtig om alle dokumente vir amptelike doeleindes wat vir die administrasie van die trust en ter uitvoering van enige transaksie wat met die sake van die trust verband hou nodig is, namens die trustees teken. Die respondent se argument was dat daar geen sprake van twee trustees was tydens die sluiting van die ooreenkoms nie. Geen trustakte was voorgelê nie en hulle was onder die indruk dat alle interne sake van die trust goedgekeur was. Daarbenewens bevat die trustakte 'n spesifieke klousule waarin een of meer van die trustees gemagtig kon word om dokumente namens die trust te kon teken. (*Geach Trusts* 139; *Pace en Van der Westhuizen Wills and Trusts* 50). Die toepassing van die *Turquand*-reël is weer in hierdie saak aangerak, wat egter nie verder in meer besonderhede bespreek gaan word nie. Sien ook *Geach Trusts* 68-69; McLennan 2006 *SA Merc LJ* 330-331.

in die trustakte, móét trustees in hul amp as mede-eienaars van trustbates **gesamentlik optree** waar die trustboedel deur hulle optrede en handelinge gebind word.⁴⁷¹ By monde van hoofregter Harms is bevind dat weens die gebrek aan die gesamentlike optrede deur die trustees is die kontrak ongeldig en onafdwingbaar verklaar.

Deur nie gesamentlik op te tree nie, is die trust misbruik tot voordeel van die Nieuwoudt- egpaar. Hulle gebruik nou hul eie “wanoptrede” om uit ’n ongunstige kontrak te kom. Uiteindelik is die skuldeiser weer eens deur hierdie optrede te na gekom deurdat die verskuldige bedrag nie vereffen kon word nie.

In *Barkhuizen v Megaphase Trading 677 CC*⁴⁷² was die argument ook dat die trustees nie by magte was om die trust te verteenwoordig nie. Die bevoegdheid van ’n trustee om die trust in hierdie ooreenkoms te verteenwoordig sonder die skriftelike toestemming van die ander trustees is bevraagteken. Die trustees se argument was dat daar ten alle tye met die toestemming van die medetrustees opgetree is. Skriftelike magtiging was dan nie nodig om ’n geldige koop-ooreenkoms van onroerende goedere namens die trust te sluit nie. Regter Van Zyl se gevolgtrekking was dat daar aan spesifieke formaliteite voldoen moes word:⁴⁷³

Accordingly, and where no special formalities relative to conferring delegated authority upon a trustee as agent applies, such delegation may be informal. However, where the law prescribes formalities, these have to be complied with for the validity of the delegation.

In die Appèlhofbeslissing *Thorpe v Trittenwein*⁴⁷⁴ was die feite soos volg: Die afdwingbaarheid van ’n bepaalde koopkontrak moes vasgestel word. Die trustakte het bepaal dat daar drie trustees in amp moet wees. ’n Trustee kon nie namens die

471 Sien ook Geach *Trusts* 16 en 19 waar die beslissing bespreek word.

472 *Barkhuizen v Megaphase Trading 677 CC* 2005 JOL 15838 (D). In hierdie saak was daar ’n dispuut rondom nie-nakoming van ’n verveiste vir die lewering van verbandfinansiering. Die trustees van die Barkhuizen Trust het ’n dringende interdik aangevra om die respondent te verhoed om deeltiteleenhede, wat die onderwerp was van ’n verkoopsooreenkoms tussen die partye, te verkoop. Die respondent se verweer was dat bepaalde verpligtinge in die kontrak nie nagekom is nie. Tegniese punte rondom die interpretasie van die kontrak is uitgelê wat nie verder bespreek word nie.

473 *Barkhuizen v Megaphase Trading 677 CC* 2005 JOL 15838 (D) 20. Hy verwys ook spesifiek weer na die *Wet op Vervreemding van Grond* a 2(1) en op 22 beslis hy dat: “he did not have the necessary authority to do so in compliance with the requirements of section 2(1) of Act 68 of 1981, notwithstanding the fact that the provisions of the Trust deed in question are wide enough to permit the valid written delegation to him of such powers.”

474 *Thorpe v Trittenwein* 2007 2 SA 172 (HHA). Sien ook par 3.4.2.

ander trustees optree sonder hulle skriftelike toestemming nie.⁴⁷⁵ Thorpe het die ooreenkoms onderteken sonder die skriftelike magtiging van die ander twee trustees. Gevolglike was die ooreenkoms ongeldig. Die hof beslis “the agreement of sale is void *ab initio* and of no force and effect”.⁴⁷⁶

Dit is duidelik dat 'n enkele trustee se optrede nie 'n trust kan bind nie. Sou 'n trustee nie betrokke wees by die besluitnemingsproses nie, en nie toegestem het tot die sluiting van die kontrak nie, is dit 'n ongeldige kontrak, ongelukkig tot nadeel van onskuldige derde partye.⁴⁷⁷

In *Nedbank Ltd v Thorpe*⁴⁷⁸ moes die hof uitspraak lewer ten opsigte van die realisering van trustbates om benadeelde skuldeisers dienooreenkomstig te akkommodeer.⁴⁷⁹ Thorpe het die trust gebruik om besigheidsaktiwiteite te bedryf. Hy het die besit van enige persoonlike bates ontken. Uit die feite blyk dit toe dat hy verskillende ondernemings bestuur het, opgetree het as direkteur in maatskappye, daarbenewens (aansienlike) persoonlike bates besit het en verskeie aandeelhoudings gehad het. Sy optredes in besigheidsaangeleenthede het skuldeisers benadeel en 'n aansoek is gebring dat sy persoonlike boedel onder voorlopige sekwestrasie geplaas moes word.⁴⁸⁰ Regter Levinsohn het daarop gewys dat Thorpe oor jare trusts en ander ondernemingsvorme vir besigheidsdoeleindes gebruik het met gevolglike finansiële implikasies.

475 *Thorpe v Trittenwein* 2007 2 SA 172 (HHA) 177 bevestig dat daar geen skriftelike magtiging was dat Thorpe die ooreenkoms kon onderteken nie. Op 177 a 2(1) van die *Wet op Vervreemding van Grond* vereis die skriftelike toestemming van alle belanghebbendes by 'n transaksie rakende die vervreemding van grond.

476 *Thorpe v Trittenwein* 2007 2 SA 172 (HHA) 178. Sien ook Hyland 2006 *JEPL* 16 en op 17 wys die skrywer daarop dat: “although the outcome of the appeal was somewhat technical the facts *in casu* were indicative of the debasement of the separation requirement.”

477 *Thorpe v Trittenwein* 2007 2 SA 172 (HHA) op 178 waar die hof bevind dat: “in that event the other contracting party wishing to hold the trust bound would be obliged to prove the existence of that authority. The discharge of such a burden of proof would ordinarily be no easy matter.”

478 *Nedbank Ltd v Thorpe* 2008 JDR 1237 (N).

479 Die feite was as volg: Thorpe het die trust verteenwoordig as borg en mede-skuldenaar en was aanspreeklik gehou vir die verskuldige bedrag van R6 093 748,50. Sy argument was dat die trust al vir meer as 20 jaar gebruik is om sy belange te beskerm.

480 Daar is aangevoer dat daar rede bestaan om te glo dat daar genoegsame bates was wat in berekening gebring kon word, aangesien dit die trustee (die respondent) in sy persoonlike hoedanigheid toegeval het. Die bates van sy besigheid kon dus gerealiseer word tot voordeel van die skuldeisers.

*This circumstance by itself creates the strong suspicion that the respondent is simply conducting his personal business through the trust and that the trust is simply the vehicle to do so. The impression is created that the remaining trustees while notionally independent persons may simply be doing the respondent's bidding.*⁴⁸¹

Uit hierdie saak was dit duidelik die **trust deur die trustee misbruik is tot sy eie voordeel** en ander partye deur sy optredes te nagekom is met die gevolg dat sy boedel onder voorlopige sekwestrasie geplaas kon word.⁴⁸²

In die reeds verwysde *Parker*-beslissing⁴⁸³ was die appèl gebaseer op die feit dat die trust aanspreeklikheid wou vryspring vir die leningsbedrag (R16 miljoen) wat aangegaan is. Die gronde was dat die leningsooreenkoms ongeldig was omdat dit slegs deur twee trustees (mnr. Parker en mev. Parker) onderteken is, instelle van die vereiste drie trustees, ongeag voor of na die aanstelling van die derde trustee.⁴⁸⁴ Die bank se saak was dat twee trustees wat alleen optree wel die trust kon bind. Alhoewel daar 'n minimum van drie trustees vereis was, is daar in die akte voorsiening gemaak vir 'n meerderheidsbesluit wat gevolglik deur twee trustees geneem kon word. Hulle het klaar die meerderheid verteenwoordig en sou 'n kworum op 'n trustvergadering vorm.⁴⁸⁵ In reaksie hierop het die Parkers dit beklemtoon dat die trust geen handeling kon verrig sonder die voorgestelde sub-minimum trustees nie en aangesien die trustees mede-eienaars van trustbates is, moet hulle gesamentlik optree.

Ten einde het die appèlhof beslis dat dit 'n vereiste is dat die **minimum aantal trustees in amp** moet wees. Hier was nie die vereiste sub-minimum trustees nie en

481 *Nedbank Ltd v Thorpe* 2008 JDR 1237 (N) 11. Sien ook die hof se uiteensetting van die waarde van die bates van die trust en die maandelikse uitgawes wat aangegaan is.

482 Ten opsigte van die boedel van die respondent was die hof op 23 en 27 van mening dat daar wel voldoen is aan die "voordeel vir die skuldeisers-vereiste". 'n Volledige bespreking rakende die sekwestrasie van die individu val buite die bestek van hierdie navorsing.

483 Kyk verwysings para 2.1.2, 3.4.2, en 4.2.3-4.3.4. Die feite van die saak was soos volg: Die oprigter, mnr Parker, het in 1992 die Jacky Parker Trust gestig tot voordeel van die begunstigdes, hyself, mev Parker en hulle afstammelinge. Die trustees was mnr en mev Parker en ene mnr Senekal. Mnr Senekal het in 1996 bedank en vir twee jaar was daar geen opvolgtrustees aangestel nie. Weens die wanbetaling van R16 miljoen het die bank voortgegaan met 'n voorlopige sekwestrasiebevel teen die trust en die Parkers se boedels. In die hof *a quo* is die bevel toegestaan. Appèl is aangeteken. Sien die bespreking deur Hyland 2006 *JEPL* 5-6.

484 *Parker*-beslissing 82 waar daarop gewys word: "that the trust deed does not empower two trustees to transact business in the absence of the peremptory minimum of three trustees."

485 Sien ook die bespreking van Stander 2008 *INSOL* 167-168.

die trust kon nie gebind word nie.⁴⁸⁶ Verder, in die afwesigheid van die nodige magtiging deur alle trustees, moes alle **trustees gesamentlik optree**.⁴⁸⁷ Stander⁴⁸⁸ vereenselwig haar met die standpunt van die hof:

The Supreme Court of Appeal pointed out that the pretention to bind the trust estate during the two-trustee period was an act of usurpation that simply compounded the breach of trust they committed by failing to appoint a third trustee.

Die mees onlangse saak is die *Hydraberg*-beslissing.⁴⁸⁹ Beide Clarke en Bosman het hulself voorgehou as gemagtigde verteenwoordigers van onderskeidelik die beslote korporasie en die trust (as trustees).⁴⁹⁰ Met nadere ondersoek het dit geblyk dat die Clarke Bosman Trust foutiewelik op die kontrak aangedui is en glad nie bestaan het nie. Die korrekte party wat op die kontrak móés verskyn was die Hydraberg Eiendomstrust. Die verkopers wou dientengevolge nie met die transaksie voortgaan nie. Aansoek is deur die eisers gebring ten einde die kontrak reg te stel en die verkopers (verteenwoordig deur beide Clarke en Bosman) tot prestasie te dwing.⁴⁹¹ Clarke se argument was dat die regstelling geen effek op die transaksie sou hê nie. Die kontrak sou steeds ongeldig wees omdat die trustees nie skriftelike toestemming gehad het om op te tree in hierdie kontrak nie. Ironies genoeg was hyself en Bosman slegs twee van die voorgeskrewe drie trustees en gebruik hy natuurlik hierdie feit in sy guns.⁴⁹²

Wéér eens het die **trustees die trust misbruik** en skouers opgetrek omrede daar “ongelukkig” nie aan die nodige vereistes vir gesamentlike optrede voldoen is nie.

486 Sien voorts *Narot v 135 Smith Street Trust and Others* 2008 JOL 22433 (D) waarin die gesamentlike optrede van trustees weer eens beklemtoon is.

487 Sien Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 3(34); *Jowell v Bramwell-Jones* 2000 3 SA 274 (HHA); *Minister of Education v Syfrest Trust Ltd* 2006 4 SA 205 (K). Hyland 2006 *JEPL* 8 verduidelik: “It was held that the blatant disregard of the fundamental joint action principle once again compounded the breach of trust already committed by the original trustees.”

488 Stander 2008 *INSOL* 168.

489 Sien verwysings in para 3.4.2 en 4.3.4.

490 *Hydraberg*-beslissing 559-560. ’n Verkoopstransaksie is aangegaan tussen die verkopers, Hydraberg Hydraulics CC (wat bestaan het uit die besigheid) en die Clarke Bosman Trust (wat bestaan het uit die vaste eiendom) en die voorgenome koper. In hierdie saak was al die partye dit eens dat die besigheid en die vaste eiendom as ’n eenheid verkoop moes word.

491 Uit die feite was dit duidelik dat die eiendom as hul eie bates voorgehou is en die bestaan van ’n trust net gerieflikheidshalwe (wanneer dit hulle gepas het) voorgehou is.

492 *Hydraberg*-beslissing 561. Die derde trustee was ene mnr Slabbert wat nie deur Clarke of Bosman tydens hierdie transaksie ingelig of gekonsulteer is nie. Op 564 verklaar die hof egter dat “it was evident that Clarke and Bosman had thereafter kept Slabbert out of the loop by excluding him as a decision-maker in regard to the trust”.

In *Lupacchini v Minister of Safety and Security*⁴⁹³ is die vereiste magtiging ingevolge artikel 6(1) van die *Trustwet* weer onder oë geneem. Die Lupacchini Familie Trust het bepaal dat daar 'n minimum van twee trustees in amp moet wees. Een van die trustees het bedank. 'n Nuwe trustee (Conradie) is in haar plek aangestel. Sy was egter onder die indruk dat haar aanstelling alreeds deur die Meester goedgekeur is. Dit was egter nie die geval nie, aangesien haar aanstellingsdokumente nog nie deur die Meesterskantoor ontvang was nie. In die tussentyd is 'n aksie deur die trustees teen die staat ingestel gegrond op 'n insident waar die polisie eiendom ('n nagklub) van die trust beskadig het. Die vraag was of so 'n aksie ingestel kon word waar een of meer trustees nie oor die nodige magtiging beskik nie. Die aanstelling is wel in 'n latere stadium bekragtig. Gevolglik is die saak voor die hof *a quo* gebring om te beslis of “at the time the action was commenced rendered the proceedings a nullity”.⁴⁹⁴ Die hof *a quo* het beslis dat die aksie wat teen die staat ingestel is afgewys word, omrede die trustees nie oor die nodige magtiging beskik het nie.

Volgens appèlregter Nugent was dit die wetgewer se bedoeling dat enige handeling sonder die nodige magtiging ingevolge artikel 6(1) ongeldig is.⁴⁹⁵ Hy meen dat daar geen gronde gevind kon word dat regsaksies wat deur 'n ongemagtigde trustee ingestel word, geldig kan wees nie en aansoek op appèl is afgewys.⁴⁹⁶ Hy⁴⁹⁷ neem sterk standpunt in dat dit nie die wetgewer se bedoeling kon wees om derdes te benadeel deur hul aan onnodige litigasie bloot te stel weens die optredes van

493 *Lupacchini v Minister of Safety and Security* 2010 6 SA 457 (HHA).

494 *Lupacchini v Minister of Safety and Security* 2010 6 SA 457 (HHA) 460. Sien ook die belangrike bespreking van *Watt v Sea Plant Products Bpk* 1989 4 All SA 109 (K).

495 *Lupacchini v Minister of Safety and Security* 2010 6 SA 457 (HHA) op 465-468 bepaalde aspekte wat appèlregter Nugent in ag neem om tot sy beslissing te kom. Sien ook Wood-Bodley 2011 SALJ 239 se mening dat “this lack of capacity on the part of one trustee incapacitated the body of trustees because they are required to act jointly unless the trust deed provides otherwise. It follows that s 6(1) was not seen as introducing a statutory requirement for appointment of trustee, but was seen as regulating the capacity of a trustee once validly appointed.”

496 Smith 2011 *STELL LR* stel dit duidelik in sy kritiese bespreking van die saak dat die hof 'n beskermingsgeleentheid deur hul vingers laat glip het. Op 326 verduidelik hy “although the court on more than one occasion alluded to the fact that s 6(1) was at least partially enacted with a view to protecting the beneficiaries of a trust, the court failed to appreciate that adherence to the approach in *Simplex* implied that the public interest purpose was in fact the only one that would be considered.” Sien ook Wood-Bodley 2011 SALJ 239-245.

497 *Lupacchini v Minister of Safety and Security* 2010 6 SA 457 (HHA) 468.

ongemagtigde trustees en dan nie uit trustbates te vergoed (sou die trust verloor) nie.

*Harris v Rees*⁴⁹⁸ is 'n "moontlike nuwe benadering" dat howe verby die basiese formaliteite kyk wanneer die belange van 'n trust beskerm moet word. Die feite van die saak is reeds vroeër bespreek.⁴⁹⁹ Harris tree op in sy persoonlike hoedanigheid namens die Aljebami Trust. Die ingewikkelde verduideliking van die feite is nie hier van toepassing nie, maar dit kom daarop neer dat alhoewel Rees ook 'n trustee in die onderskeie AEH Trust en AER Trust was, hy sonder kennisgewing uit die trusts verwyder is en die ander trustees sonder enige kennisgewing (aan hom) aangestel is.⁵⁰⁰ Die hof neem die omringende omstandighede in ag wanneer die belange van die trust beskerm moet word.⁵⁰¹ Regter Horn is van mening dat hierdie ernstige aantygings van bedrog teen Rees 'n nadelige effek op die trust gehad het waaronder die meerderheid van die trustees daarop geregtig was en selfs verplig was om die nodige stappe te neem om die trusts te beskerm. Hy volstaan egter by die standpunt dat dit duidelik was dat vanaf die oomblik dat die meerderheidsbesluit geneem is om Rees as trustee uit sy amp te onthef, die nuwe trustees aangewys is en hul aanstellings as trustees aanvaar is. Nietemin verklaar die regter dat dit duidelik uit hierdie saak blyk dat 'n trustee in die belang van 'n trust kan optree, selfs waar die aanstelling van 'n trustee nog nie deur die Meesterskantoor bekragtig is nie.⁵⁰²

Daar kan tot die gevolgtrekking gekom word dat duidelike stappe noodsaaklik is om te verseker dat die reg effektief geïmplementeer word ten einde "oningeligte" en moontlik benadeelde partye en begunstigdes van 'n trust te beskerm. Dit sal interessant wees om soortgelyke uitsprake op te volg.

498 *Harris v Rees* 2011 2 SA 294 (GS). Sien vorige verwysings par 3.4.2, 4.3.4 en 4.3.6.

499 Sien par 4.3.1.

500 Op 296 meld die hof dat hy nie die nut van 'n kennisgewing kan insien nie, aangesien Rees teen daardie tyd die land verlaat het met die duidelike bedoeling om nie weer terug te keer na Suid-Afrika nie.

501 Let daarop dat dit net die belange van die trust is wat in hierdie omstandighede in ag geneem word en nie die belange van die onderskeie derdes nie.

502 *Harris v Rees* 2011 2 SA 294 (GS).

4.3.4 Persoonlike aanspreeklikheid

Soos duidelik sal blyk uit die volgende bespreking, is gepaardgaande persoonlike aanspreeklikheid 'n belangrike gevolg wat in hoë mate ag geneem word by die misbruik van 'n trust. Vervolgens sal daar gekyk word na die wyse hoe dit geïmplementeer word en die effek hiervan op die betrokke partye.

De Waal⁵⁰³ stel dit duidelik:

It follows that a failure to take part in the administration of the trust, resulting in ignorance regarding the affairs of the trust, cannot be an excuse in this context. Ignorance could be the basis of an inactive trustee's liability.

Een van die belangrikste gevolge van die misbruik van 'n trust is die moontlikheid van persoonlike aanspreeklikheid deur 'n trustee.⁵⁰⁴ Daar is reeds verduidelik dat ten opsigte van 'n trustee daar twee afsonderlike boedels is.⁵⁰⁵ Skuldeisers kan hul in beginsel slegs na trustgoed wend en nie na die persoonlike boedel van 'n trustee nie. Beperkte aanspreeklikheid is egter nie absoluut nie.⁵⁰⁶ Die fidusiêre verpligting van 'n trustee in die konteks van die trustreg is al meer en meer onder oë geneem. Die beginsel dat 'n trustee onafhanklik moet optree om onafhanklike oordeel in sy optrede te verseker,⁵⁰⁷ is uiters relevant.

In die saak van *Herschel v Mrupe*⁵⁰⁸ het appèlregter Van den Heever⁵⁰⁹ die optrede van 'n trustee soos volg voorgedra:

The concept of a bonus paterfamilias is not that of a timorous faintheart always in trepidation lest he or others suffer some injury; on the contrary, he ventures out into the world,

503 De Waal 1999 *STELL LR* 331.

504 De Waal 1993 *THRHR* 6. 'n Volledige bespreking van die fidusiêre verpligtinge van 'n trustee en 'n vergelyking met die fidusiêre verpligtinge wat soortgelyk is aan direkteure van 'n maatskappy val buite die bestek van hierdie navorsing. Hierdie verpligting word slegs volledigheidshalwe kortliks bespreek.

505 *Lupacchini v Minister of Safety and Security* 2010 6 SA 457 (HHA). Sien ook par 3.3.4.

506 Du Toit 2007 *STELL LR* 471; De Waal 1993 *THRHR* 6. 'n Trustee kan wel persoonlik aanspreeklik gehou word indien die trustee nie in 'n verteenwoordigende hoedanigheid opgetree het nie, trustbreuk gepleeg het of in ander gevalle.

507 In *Phillips v Fieldstone Africa (Pty) Ltd* 2004 1 All SA 150 (HHA) op 159 word gemeld dat die term fidusiêre verpligting geen unieke term is nie. Sien voorts *McCulloch v Fernwood Estates Ltd* 1920 AD 204. 'n Trustee moet maw nie deur 'n oprigter of begunstigdes beheer of gemanipuleer word nie. In Roos 1990 *THRHR* 86-88 word die bepalings bespreek waardeur die Meester kontrole oor die trustees uitoefen.

508 *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A).

509 *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) 490.

engages in affairs and takes reasonable chances. He takes reasonable precautions to protect his person and property and expects other to do likewise.

Dit is gevolglik noodsaaklik om na die definisies van skrywers te verwys. Coetzee⁵¹⁰ verduidelik dat daar in die Suid-Afrikaanse trustreg erkenning verleen word aan die algemene gedagte van 'n unieke vertrouensverhouding aan die hand van trustpraktyk waaraan die trustees altyd onderworpe sal wees. Dit kom wesenlik daarop neer dat die trustee die trustbates behoorlik in stand sal hou en die bepalings en doelstellings van die trustakte stiptelik sal nakom.⁵¹¹ Hierdie erkenning het ook uit hoofde van artikel 9 van die *Trustwet* statutêre beslag verkry en is in sorgsame, ywerige en kundige optrede saamgevat.⁵¹² Gevolglik word 'n hoër sorgsaamheidspelig en 'n verhouding van die hoogste vertroue teenoor ander partye van 'n trustee vereis as wanneer hy sy eie sake hanteer. Verder is enige trustbepalings wat die trustee vrywaar van aanspreeklikheid vir troubreuk indien hy versuim om die minimum standaard van sorg wat die *Trustwet* vereis uit te oefen, ongeldig.⁵¹³

'n Duidelike definisie vir 'n fidusiêre verpligting is steeds onduidelik:

*(the) concept of a fiduciary duty has proven to be something of a conundrum for South African courts and academic commentators alike.*⁵¹⁴

De Waal⁵¹⁵ is onomwonde van mening dat "the fiduciary position of the trustee should be stated as the first core element of the trust". Olivier⁵¹⁶ se standpunt is dat

510 Coetzee 2007 *De Rebus* 2.

511 *Levin v Gutkin, Fisher and Schneier* 1997 3 SA 267 (W).

512 A 9(1) van die *Trustwet* bepaal: "n Trustee moet by die nakoming van sy pligte en die uitoefening van sy bevoegdhede met die sorgsaamheid, ywer en kundigheid optree wat redelikerwys verwag kan word van 'n persoon wat die sake van 'n ander hanteer". Sien De Waal 1999 *STELL LR* 31; Coetzee 2007 *De Rebus* 3. Coetzee verduidelik verder dat die trustee van elke trust moet toesien dat die betrokke trustbepalings uitgevoer word ooreenkomstig die wense van die trustoprigter op so 'n wyse dat hy reg laat geskied aan sy vertrouensposisie as trustee. Hy gaan selfs so ver om te sê dat na die oprigting van die trust, selfs nie eers die oprigter die trustee van hierdie vertrouensposisie kan onthef nie, aangesien dit 'n verpligting is wat deur regswerking geskep is.

513 A 9(2) van die *Trustwet*. Sien *Hofer v Kevitt* 1996 2 SA 402 (K); *Doyle v Board of Executors* 1999 2 SA 805 (K); Roos 1990 *THRHR* 88; Strydom *Trustbegunstigdes* 43.

514 Du Toit 2007 *STELL LR* 472 op 471 verduidelik hy dat 'n trustee te alle tye onder 'n sorgsaamheidspelig verkeer.

515 De Waal 2000 *SALJ* 557. Die probleem is egter dat daar 'n wye verskeidenheid ander regsverhoudings is, anders as dié tussen trustee en begunstigde, soos eksekuteurs, kurators ens. Dit sal daarom verkeerd wees om te sê dat iemand wat 'n fidusiêre verpligting het outomaties 'n trustee is. Maar dit is korrek om te sê dat iemand wat 'n trustee is, in 'n fidusiêre posisie is.

516 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 8(39).

hierdie verpligting die basis het dat 'n trustee in alle omstandighede soos 'n *bonus et diligens paterfamilias* moet optree, met die klem op die regte van die begunstigdes wat hiermee gepaard gaan. Van der Merwe⁵¹⁷ meen dat 'n spesifieke definisie nie bestaan nie en die fidusiêre verpligting afhanklik is van die aard van die trustee se verantwoordelikhede.

Elliott⁵¹⁸ neem sterk standpunt in dat die *Trustwet* slegs 'n algemene verpligting tot sorg en vaardigheid verwoord en meen "but in its brevity gives virtually no content to that duty".

Du Toit⁵¹⁹ definieer die begrip soos volg:

A trustee is obliged to conduct the administration of a trust in the utmost good faith as a prudent trustee. The standard of care and prudence expected of a trustee in this regard is defined by the common law concept of a bonus et diligens paterfamilias.

Coetzee⁵²⁰ bevestig dat elke trustee altyd 'n fidusiêre verpligting teenoor alle begunstigdes het wat nagekom moet word.

Daar word, met inagneming van bogemelde standpunte, saamgestem dat die klem van hierdie verantwoordelikheid as "vaderfiguur" neerkom op die trustee se sorgsaamheidsplig.⁵²¹ Wat hiermee gepaard gaan is dat 'n trustee bewus moet wees van hierdie verantwoordelikheid.⁵²² Du Toit⁵²³ sit vier spesifieke pligte uiteen. Hy

517 Van der Merwe 2008 WP 36.

518 Elliott 2007 *Accountant* 26. Sien ook Du Toit 2007 *STELL LR* 471 wat bevestig dat 'n trustee se fidusiêre plig ontstaan uit die amp wat hy beklee en nie aan die hand van die trustakte nie. Sien verder *Hofer v Kevitt* 1996 2 SA 402 (K).

519 Du Toit SA *Trust Law* 70. Sien verder *Hofer v Kevitt* 1996 2 SA 402 (K); *Phillips v Fieldstone Africa (Pty) Ltd* 2004 1 All SA 150 (HHA). Du Toit 2007 *STELL LR* 472 verduidelik dat "the essential requirement for the establishment of a fiduciary duty is that one party must stand towards another in a position of confidence and good faith which he is obliged to protect."

520 Coetzee 2007 *De Rebus* 9. Al kom die trustee se optrede nie neer op kontrakbreuk nie, kan dit volgens die skrywer neerkom op troubreuk.

521 De Waal 2000 *SALJ* 557-559; Du Toit SA *Trust Law* 71; Du Toit 2007 *STELL LR* 473. Lg verduidelik verder dat hierdie verpligting ook oorweeg word aan die hand van die bestaan, aard en omvang van 'n fidusiêre verpligting. Sien ook Stander 2008 *INSOL* 168 wat dit duidelik stel dat "the duties imposed on trustees, and the standard of care expected of them, derive from this principle of the separation of control and enjoyment. Such separation serves to secure diligence on the part of the trustee. This separation also serves to provide continuity in management and to secure independent judgement." (*Sackville West v Nourse* 1925 AD 516; *Doyle v Board of Executors* 1999 2 SA 805 (K); *Hofer v Kevitt* 1998 1 SA 382 (HHA)).

522 Olivier 2001 *SALJ* 226. Let op die fidusiêre verpligting wat daar op trustees rus en weer eens na die verwysing van a 9 van die *Trustwet*. *Jowell v Bramwell-Jones and Others* 2000 3 SA 274

wys daarop dat hierdie verpligtinge nie staties is nie en onderworpe is aan veranderinge gebaseer op feite en die omstandigheid voor hande. Die pligte is eerstens sorgsaamheidsplig, tweedens onpartydigheid, derdens onafhanklikheid en laastens betroubaarheid.

Verder moet 'n trustee as eienaar van die trustbates die bates bestuur en in stand hou.⁵²⁴ 'n Belangrike plig van die trustee is om toe te sien dat die waarde van trusteiendom behoue bly en indien moontlik dat dit in waarde toeneem.⁵²⁵ Trustees se verantwoordelikhede word verder saamgevat deur die gemenereg⁵²⁶ en die *Trustwet*.⁵²⁷ Dit noodsaak 'n trustee om met die nodige sorgsaamheid, ywer en kundigheid op te tree.⁵²⁸ Balden⁵²⁹ definieer hierdie verpligting soos volg:

(HHA); *Bafokeng Tribe v Impala Platinum Ltd* 1999 3 SA 517 (BH); *Metquity Ltd v NWN Properties Ltd* 1998 2 SA 554 (T); *CIR v MacNeillie's Estate* 1961 3 SA 833 (A) 840; *Geach Trusts* 10-11; Gelbart 2010 WP 41-42; Du Toit 2007 STELL LR 472-473; Balden 2005 TRW 93-94; Stander 2008 INSOL 169.

523 Du Toit 2007 STELL LR 476. Sien ook *Sackville West v Nourse* 1925 AD 516; *Jowell v Bramwell-Jones* 2000 3 SA 274 (HHA); *Tijmstra v Blunt-MacKenzie* 2002 1 SA 459 (T); *Doyle v Board of Executors* 1999 2 SA 805 (K); *Bafokeng Tribe v Impala Platinum Ltd* 1999 3 SA 517 (BH); *Nel v Metequity Ltd* 2007 3 SA 34 (HHA); *Howard v Herrigel* 1991 2 SA 660 (A); *Gheri v Tiber Developments (Pty) Ltd* 2007 4 SA 536 (HHA).

524 *Geach Trusts* 71; Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(9), 3(18); *Kopel Guide to Business Law* 303; Du Toit 2007 STELL LR 477-478; a 17 *Trustwet*. Trusteiendom vestig in die trustee en 'n trust is nie 'n regspersoon nie. (*CIR v MacNeillie's Estate* 1961 3 SA 833 (A); *Braun v Blann & Botha* 1984 2 SA 850 (A); *Magnum Financial Holdings (Pty) Ltd v Summerly* 1984 1 SA 160 (W); *Rosner v Lydia Swanepoel Trust* 1998 2 SA 123 (W); *Doyle v Board of Executors* 1999 2 SA 805 (K); *Gross v Pentz* 1996 4 SA 617 (A)).

525 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 3(17). *Fakroodeen v Fakroodeen* 1972 1 SA 178 (D); *Kalshoven v Kalshoven* 1966 3 SA 466 (R); *Kempton Park/Tembisa Metropolitan Substructure v Kelder* 2000 2 SA 980 (HHA).

526 Verskeie verpligtinge en funksies vir trustees word ook deur die gemenereg voorgeskryf. Sien *Doyle v Doyle* 1999 2 SA 805 (K); *MacKenzie v Basha* 1950 1 SA 615 (N); *Jordaan v Jordaan* 2001 3 SA 288 (K); *Atkins v Atkins* 1963 2 SA 291 (W).

527 Sien ook Stander 2008 INSOL 169; Du Toit 2007 STELL LR 473.

528 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 1(9); *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD 168; *Hofer v Kevitt* 1998 1 SA 382 (HHA); *Doyle v Board of Executors* 1999 2 SA 805 (K); *Sackville-West v Nourse* 1925 AD 516; *Administrators, Estate Richards v Nichol* 1999 1 SA 551 (HHA). In *Ex parte Knight* 1946 CPD 800 op 814 het die hof die trustee se verpligting soos volg verwoord: "(it) is the trustees' duty to keep the assets of the estate properly invested in the best interests of all the beneficiaries, due regard being had, in the best interest of the beneficiaries to the production of fruits and the security of the corpus." In *Mia v Cachalia* 1934 AD 102 op 107 is bevind dat dit "sonder twyfel die plig van die administrateurs (was) om 'n juiste rekening van die bate aan hulle toe te vertrou, te hou en sodanige rekening aan respondent, desversoek, te lewer. Verder om aan hom op versoek die nodige informasie te verskaf omtrent die wyse waarop die toevertroude bates, of sy aandeel daarin, belê of andersins mee gehandel is, en waar die bate is en om aan hom volledige rekeninge daaromtrent te oorhandig".

529 Balden 2005 TRW 93.

By die nakoming van die trustee se verpligtinge is daar drie beginsels wat deurentyd van belang is, naamlik dat 'n onafhanklike en onbevooroordeelde trustee aan die trustakte, vir sover dit wettig is, gevolg moet gee met die nodige standaard van sorgsaamheid, ywer en kundigheid.

Die administrasie van trustbates word deur Honoré⁵³⁰ verduidelik. Eerstens moet die trustee uitvoering gee aan die trustakte en dit behoorlik interpreteer. Tweedens moet die trustee in die uitoefening van sy pligte met die sorg en vaardigheid optree wat redelikerwys van hom in hierdie bestuursposisie verwag word en derdens is die trustee verplig om 'n onafhanklike diskresie te kan handhaaf.⁵³¹

Corbett⁵³² beklemtoon die fidusiêre posisie van 'n trustee in dié opsig dat hy nie met sy eie bates handel nie, maar met dié van die trust.

Die belangrikheid van die skeidingselement⁵³³ en onafhanklike optrede van 'n trustee is ook relevant in die bespreking oor persoonlike aanspreeklikheid. Verskeie uitsprake in verband met persoonlike aanspreeklikheid het uitgekristalliseer in toonaangewende regspraak (hiermee word nie volledigheid voorgehou nie).

Daar is reeds na die feite van die *Parker*-beslissing⁵³⁴ verwys en trustoprigters, trustees en praktisyns moet attent gemaak word op die gevolge wat hul handelinge kan inhou. 'n Belangrike punt wat uitgewys moet word is dat ná die bedanking van die derde trustee, mnr. Senekal, daar **nie meer onafhanklike kontrole was nie**. Met die aanstelling deur die Parkers van hul seun, is volle beheer oor die administrasie van die trust aan die trustees en begunstigdes oorhandig. Die drie

530 Honoré en Cameron *Trusts* 262. De Waal 2000 *SALJ* 557-558 meen dat: "a fiduciary is someone who undertakes to act for or on behalf of another in some particular matter or matters. This undertaking obliges the fiduciary to act selflessly and with undivided loyalty in the interest of the other". Die fidusiêre verpligting is nie staties nie en veranderde omstandighede en feite moet ook in ag geneem word (Du Toit 2007 *STELL LR* 474-476).

531 Honoré en Cameron *Trusts* 264; Barry 1998 *People Dynamics* 54-55; De Waal 2000 *SALJ* 558; Du Toit 2007 *STELL LR* 474; *Estate Gouws v Registrar of Deeds* 1947 4 SA 403 (T); *Ries v Estate Ries* 1912 CPD 390; *Sells v Calder* 1930 NPD 199; *Ex parte Bellingan's Executors* 1936 CPD 515; *Hoppen v Shub* 1987 3 SA 201 (K).

532 Corbett *ea The Law of Succession* 405; *Levin v Gutkin, Fisher and Schneier* 1997 3 SA 267 (W); *Penz v Gross* 1996 2 SA 518 (K).

533 Sien Mudimeli 2005 *Codicillus* 86-90 vir 'n volledige bespreking van die saak en die verduideliking van die skeidingselement. Sien ook Hyland 2006 *JEPL* 6-7.

534 Sien vorige besprekings in para 2.1.2, 3.4.2, 4.2.3-4.3.3 en 4.3.6.

trustees⁵³⁵ in dieselfde hoedanigheid as begunstigdes, kon nie verder onafhanklike optredes waarborg nie omdat die beheer van die trust in beide trustees en begunstigdes berus het. Wye magte is aan hulself (spesifiek mnr. Parker) voorgehou en die trust is totaal tot hul eie voordeel benut.

*The core idea of the trust is the separation of ownership (or control) from enjoyment. Though a trustee can also be a beneficiary, the central notion is that the person entrusted with control exercises it on behalf of and in the interest of another. This is why a sole trustee cannot also be the sole beneficiary: such a situation would embody an identity of interests that is inimical to the trust idea, and no trust would come into existence.*⁵³⁶

Die belangrikheid dat 'n trustee onafhanklik moet optree is beklemtoon.⁵³⁷ Alhoewel daar nie van die hof verwag is om spesifiek uitspraak in hierdie verband te lewer nie, is dit duidelik dat hierdie optredes aanleiding kan gee tot die ongeldigverklaring van die trust, persoonlike aanspreeklikheid van die oprigter sowel as die trustees, selfs ontheffing uit amp as trustee en die verpligting dat 'n onafhanklike trustee aangestel moet word.⁵³⁸

Mudimeli⁵³⁹ beklemtoon 'n belangrike punt ingevolge die uitspraak:

The court stated that a successful defence – the sub minimum incapacity and the joint action requirement – does the Parkers no credit, since it is their own breaches of trust in running the family trust that led to the unenforceable transactions.

'n Volgende saak waar daar ook geen skeidingselement ter spake was nie, was in *Thorpe v Trittenwein*.⁵⁴⁰ Thorpe was die oprigter van die trust. Hy was ook 'n dominante trustee tesame met ander lede van sy familie én 'n begunstigde van dieselfde trust. Appèlregter Scott⁵⁴¹ waarsku:

But the trust is typical of the modern business or family trust in which there is a blurring of the separation between ownership and enjoyment, a separation which is the very core of the idea of a trust.

535 Mnr Parker, mev Parker en hul seun, wat na 'n tydperk van twee jaar in die plek van die vorige trustee, mnr Senekal, aangestel is.

536 *Parker*-beslissing 88. Sien ook Hyland 2006 *JEPL* 7.

537 Sien ook Coetzee 2007 *De Rebus* 2.

538 Kernick 2007 *De Rebus* 27 word tot die gevolgtrekking gekom dat: "Nevertheless one can understand the court's outrage at the action of the Parkers in being prepared to rely on their own default to escape the trust's liability to the lender".

539 Mudimeli 2005 *Codicillus* 90; Du Toit 2007 *STELL LR* 474.

540 *Thorpe v Trittenwein* 2007 2 SA 172 (HHA).

541 *Thorpe v Trittenwein* 2007 2 SA 172 (HHA) 178.

In die *Hydraberg*-beslissing,⁵⁴² alhoewel nie duidelik daaroor beslis is nie, is die persoonlike aanspreeklikheid wat 'n trustee kan opdoen ook onder oë geneem. Interessant is die skeptiese opmerking van die hof oor die derde "onafhanklike" trustee wat in elk geval deur Clarke en Bosman geïntimideer is. Hulle optredes was deurentyd tot hul eie voordeel.

*These are reflected not only in its structure, but also in the manner in which its affairs have demonstrably been conducted. Although the trust instrument makes provision for the mandatory appointment of a third so-called 'independent' trustee, that trustee hold office only at the pleasure of Clarke and Bosman, or should the latter have resigned or forfeited their office, at the pleasure of the substitute trustees appointed by their respective family-member beneficiaries. The independent trustee's position can in any event never prevail against that of Clarke and Bosman, who if they vote together will always constitute a majority.*⁵⁴³

Dit was 'n deale geleentheid vir die hof om 'n uitspraak rakende hierdie persoonlike aanspreeklikheid van 'n trustee te gee, maar die misnoeë word uitgespreek dat die hof in die laasgenoemde saak **nie by magte was om dit te doen nie**. Die voorskrifte rakende die verkoop van onroerende eiendom ingevolge die *Wet op Vervreemding van Grond* het voorrang geniet.⁵⁴⁴

'n Opmerking na aanleiding van die *Harris v Rees*⁵⁴⁵ uitspraak soos vroeër bespreek, is gepas. Dit blyk uit hierdie saak dat die respondent as **trustee weer eens na willekeur opgetree het** tot nadeel van ander partye wat miljoene rande se verliese gely het. Daar is weer eens nie teen die trustee opgetree nie en die maklike uitweg vir hierdie trustee was om na die buiteland te vlug. Ten tye van hierdie skema was die respondent, die oprigter van die trust, saam met sy vrou die enigste twee trustees en in volle beheer van die trustbates.

542 Die feite is reeds in par 4.3.3 vroeër in die hoofstuk bespreek.

543 *Hydraberg*-beslissing 568.

544 In die *Hydraberg*-beslissing op 572 verklaar die hof die volgende: "Unfortunately, however, the formalities applying in respect of contracts in respect of the alienation of land pose an insuperable obstacle to the course I would have wished to take...[the] application for an order compelling the transfer of the fixed property must fail. In the circumstances no point will be served in rectifying the ineffectual deed of contract. I nevertheless wish to record that, had it not been for the obstacle presented by the sale of land formalities, I should have upheld the application..." Sien ook *Van der Westhuizen v Van Sandwyk* 1996 2 SA 490 (W) waar beslis is dat aangesien 'n trust nie 'n regs persoon is nie en die bates in die trustees vestig, trustees verplig sal wees om gesamentlik op te tree. Sien ook *Man Truck and Bus (SA) v Victor* 2001 2 SA 562 (NK).

545 *Harris v Rees* 2011 2 SA 294 (GS). Sien para 3.4.2, 4.3.1, 4.3.3 en 4.3.6.

Uit die bogenoemde uitspraak is dit egter duidelik dat ons **howe intens bewus is van die misbruik van die trust** en dat die punt bereik is waar drastiese stappe geneem sal moet word om hierdie misbruike in die kiem te smoor.

Dit is baie duidelik dat alhoewel 'n trustee slegs aanspreeklik is met verwysing na die trustbates, ondeurdragte besigheidsaktiwiteite nadelige implikasies kan hê omdat 'n trustee uit sy amp onthef kan word of selfs persoonlik aanspreeklik gehou kan word.⁵⁴⁶ De Waal⁵⁴⁷ beklemtoon hierdie verpligting aan die hand van die stelling dat die verbreking van 'n fidusiêre verpligting teenoor die begunstigdes aanleiding gee tot trustbreuk en die uiteinde is "the trustee is personally liable to make good the loss".

4.3.5 Ontheffing uit amp⁵⁴⁸

'n Gevolg van die bespreekte misbruike is die ontheffing uit die amp as trustee. Dit is dus ook noodsaaklik om hierdie aspek te bespreek met spesifieke verwysing na regspraak om aan te dui dat trustees spesifieke verpligtinge moet nakom om 'n ontheffing vry te spring.

Uit 'n besigheidsoogpunt is dit die wens van die oprigter dat die aangestelde trustees hul pligte behoorlik sal nakom in die uitoefening van hul amp. Ontheffing uit 'n

546 Honoré en Cameron *Trusts* 310; De Waal 1999 *STELL LR* 32 bespreek die aanspreeklikheidstoets van 'n trustee. Daar word ook daarna verwys in *Adam v Dada* 1912 NPD 495; *Boyce v Bloem* 1960 3 SA 855 (T). Sou sy optrede op 'n delik neerkom, bestaan daar geen rede waarom die gewone deliktuele remedie nie vir 'n skuldeiser beskikbaar sal wees nie, mits al die elemente van 'n onregmatige daad bewys word. Wunsh 1986 *SALJ* 578-579 erken dat "where a trust is unable to meet its liabilities a creditor may, in appropriate circumstances, have a remedy against the trustees or against the beneficiaries who have received part of the trust funds".

547 De Waal 2000 *SALJ* 559

548 Sien Roos 1990 *THRHR* 91-92; Honoré en Cameron *Trusts* 234,204,315; De Waal 1999 *STELL LR* 21; Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 3(34); *Minister of Education v Syfrest Trust Ltd* 2006 4 SA 205 (K); *Colonial Banking and Trust Co Ltd v Estate Hughes* 1932 AD 1; *Harris v Fisher* 1960 4 SA 855 (A). Sien ook *Jowell v Bramwell-Jones* 2000 3 SA 274 (HHA). In hierdie saak moes daar uitsluitel gegee word oor 'n moontlike belangekonflik van 'n trustee wat terselfdertyd ook 'n begunstigde was. Op 282 verklaar die hof dat: "The appellant alleges that in advising and assisting Mrs Jowell to implement the scheme the defendants' conduct was wrongful and that they intentionally and deliberately, alternatively negligently, violated the rights of the capital beneficiaries." Die hof het tot die gevolgtrekking gekom dat daar geen botsende belange in haar optrede as trustee was nie, en die ander begunstigdes is geensins benadeel nie.

trusteesamp is nooit 'n oorweging nie.⁵⁴⁹ Tóg kan 'n trustee ingevolge die *Trustwet*⁵⁵⁰ wel uit sy amp onthef word en meer onlangs het regspraak ook hierdie aspek begin hanteer. Dit beklemtoon weer eens die belangrikheid van die trustee se optrede en die gevolge wat met nie-nakoming gepaard gaan.

Ná die beslissing in *Tijmstra v Blunt-Mackenzie*⁵⁵¹ is baie trustees opnuut bewus van die hof se bevoegdheid om trustees uit hul amp te ontslaan.⁵⁵² In hierdie saak was daar baie geskilpunte tussen die trustees.⁵⁵³ Een van die trustees, die ouma, het aansoek gedoen dat die ander trustees, haar seun en kleinkinders, uit hul amp onthef moes word. Sy het aangevoer dat die bates deur hulle wanbestuur is en sy nie in enige besluite geken is nie. Die seun en die kleinkinders het op hulle beurt weer 'n teenaansoek gebring dat sy eerder uit haar amp onthef moes word.⁵⁵⁴ Die beginsel uit hierdie saak te neem is dat die hof ál die trustees uit hul amp onthef het omrede **geen trustee sy/haar verpligtinge nagekom het nie en die trustbates weens hul nalatige optredes in gevaar gestel is.**⁵⁵⁵

*Stander v Schuwulst*⁵⁵⁶ het ook die fidusiêre verantwoordelikhede van trustees beklemtoon.⁵⁵⁷ Die gronde vir die ontheffing van 'n trustee was gebaseer op die volgende gegewens. Daar was geen vertrouensverhouding tussen die trustees en die begunstigdes nie. Twee trustees het vir meer as twee en 'n half jaar sonder magtigingsbriewe as trustees opgetree. Die voorskrifte vir trusteevergaderings is nie

549 Geach *Trusts* 96-98 vir 'n bespreking van die ontheffing uit die amp van trustee waaroor die Meester besluit.

550 Ingevolge a 20(1) van die *Trustwet* kan 'n trustee "te eniger tyd op aansoek van die Meester of iemand wat 'n belang by die trustgoed het deur die hof van sy amp onthef word indien die hof oortuig is dat sodanige ontheffing in die belang van die trust en sy bevoordeeldes sal wees".

551 *Tijmstra v Blunt-Mackenzie* 2002 1 SA 459 (T).

552 A 20(1) van die *Trustwet*; *Sackville-West v Nourse* 1925 AD 516; *Spiros v Spiros* 1932 WLD 207; Geach *Trusts* 96-97

553 Die familietrust, wat bestaan het uit 'n plaas en ander beleggings, is opgerig deur die ouma. Sy, haar seun en kleinkinders was die trustees van die trust. Daar was geen eenstemmigheid rakende besluitneming en bestuur van trustbates nie.

554 Die aansoek was daarop gegrond dat sy besig was om seniel te word en ook as trustee nie haar verpligting kon nakom nie. Sien ook Hyland 2006 *JEPL* 5.

555 Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 3(13)-3(14); Honoré en Cameron *Trusts* 233.

556 *Stander v Schuwulst* 2008 1 SA 81 (K).

557 Hierdie saak het gehandel oor die hoedanigheid waarin die trustees gedagvaar moes word en die kwessie rondom die toestaan van kostes. Sien die opmerking van die hof op 81-82.

nagekom nie,⁵⁵⁸ alle kapitaal is sover moontlik behou om hulself te bevoordeel⁵⁵⁹ en in sommige feite het dit geblyk dat die trusteevergoeding die bedrae oorskry het wat aan 'n enkele begunstigde uitbetaal is. Die trustinkomste het drasties afgeneem, ongeag die behoeftes is geen kapitaal aan begunstigdes uitbetaal nie, geen volledige verslagdoening⁵⁶⁰ is gedoen nie en begunstigdes is ook verder gedreig en ontmoedig om enige verdere stappe te neem. Die doelstelling van die trust is nie nagevolg nie met die gevolg dat die belange van die begunstigdes nie beskerm is nie.⁵⁶¹ Die moontlikheid kon ook hier bestaan dat 'n trustee persoonlik aanspreeklik gehou kon word vir enige verlies wat die trust kon ly weens hierdie nalatige optredes en benadeling van begunstigdes.

Die fidusiêre verpligting van 'n trustee soos dit tans verstaan word, word in *Harris v Rees*⁵⁶² bekragtig.

A trustee is in a position of trust; he acts in a fiduciary capacity in accordance with the trust deed. Consequently, a trustee could in fact be held to be negligent, should he fail timeously and diligently to act in the interest of the trust, so as to protect those interests against unlawful or unwarranted intrusion

Regter Horn beklemtoon die feit dat hoewe by magte is om 'n trustee uit sy amp te onthef, selfs sonder om die nodige kennisgewing aan hom/haar te gee.

*(on) the ground that his continuation in office would be prejudicial to the future welfare of the trust estate which he administers.*⁵⁶³

Die aansoek om ontheffing uit amp as trustee is ook op appèl geneem in *Ras v Van der Meulen*.⁵⁶⁴ Alhoewel hierdie saak spesifiek oor die toestaan van 'n appèl

558 Uit die dokumente het dit geblyk dat sommige dokumente teruggedateer was om hulself te bevoordeel.

559 Dat dit die bedoeling was om meer rente te verdien om hul trusteesvergoeding te verhoog. Die trusteesvergoeding was bereken op die kapitale waarde van die trust.

560 Die hof wys daarop dat die trustees geen inligting aan enige begunstigdes bekend gemaak het nie. Die trustees het "boelie-taktiek" gebruik om begunstigdes te ontmoedig om aan te dring op hul regte.

561 Op 86 verklaar die hof onomwonde dat: "indeed, by the standards adopted by the current trustees it is not certain that any distant descendants will ever have need of the assets of the trust. In these circumstances, the trustees' obduracy and closed-mindedness are improper. This is particularly so in view of the fact that the trust deed itself declares that the settlers established the trust 'out of the affection which they bear towards their children'".

562 *Harris v Rees* 2011 2 SA 294 (GS) 298. Sien ook die vorige bespreking in par 3.4.2.

563 *Harris v Rees* 2011 2 SA 294 (GS) 298. Op 299 is regter Horn van mening dat 'n trustee die verantwoordelikheid het om 'n roekelose trustee uit sy amp te onthef. Sien ook *Fey and Whiteford v Serfontein* 1993 2 SA 605 (A).

gehandel het, is die feite wel van belang vir hierdie navorsing. Van der Meulen (as moontlike kapitaalbegunstigde) het aansoek gedoen dat die trustees van die Bokfontein Trust uit hul amp verwyder moes word. Haar aansoek was gebaseer op die feit dat die trustees volgens haar nie die nodige sorg aan die dag gelê het in die uitvoering van hul pligte nie. Gevolglik is sy as begunstigde deur hul optredes benadeel. Sy het ook 'n ondersoek ingevolge artikel 16 van die *Trustwet* deur die Meesterskantoor versoek.⁵⁶⁵ Die trustees het aansoek gedoen vir appèl. Hulle het enige onregmatige optrede ontken en aangevoer dat Van der Meulen nie 'n begunstigde van die gemelde trust is nie. Derhalwe is sy nie geregtig om aansoek te doen vir enige ontheffing uit amp van enige trustees nie. Appèlregter Leach het bevind dat hierdie argument korrek is. Slegs 'n begunstigde kan 'n hof nader ten einde (nadat die nodige gronde bewys is) 'n trustee uit sy amp te onthef. Verlof tot appèl is toegestaan.

4.3.6 “Piercing the corporate veil”/ ontsluitingsremedie⁵⁶⁶

*And over the years it has come to be accepted that fraud, dishonesty or improper conduct could provide grounds for piercing the corporate veil.*⁵⁶⁷

Die doel van hierdie paragraaf is om vas te stel in welke mate die misbruik van die trust vir besigheidsdoeleindes kan bydra tot die ontsluiting van die werklike entiteit (in hierdie geval die besigheidstrust). Vervolgens sal gekyk word na die wyse waarop die skrywers hierdie ontsluitingsreg interpreteer en hoe dit in praktyk en ook die trustpraktyk toepassing vind.

“Piercing the corporate veil” of die “ontsluitingsremedie” is 'n gemeenregtelike beginsel wat van die maatskappyereg afkomstig is. Alhoewel 'n trust nie soos 'n maatskappy 'n regspersoon is nie, word hierdie beginsel wel uit 'n regsoogpunt in

⁵⁶⁴ *Ras v Van der Meulen* 2011 4 SA 17 (HHA).

⁵⁶⁵ Hierdie verslag moes dan ook op haar aandrang aan haar en die Hof voorsien word.

⁵⁶⁶ Sommige skrywers verwys ook na die “korporatiewe sluier”. Vir doeleindes van hierdie navorsing sal daar verder na die “ontsluitingsremedie” verwys word.

⁵⁶⁷ *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 4 SA 790 (A). Kan ook verwys word na “die toepassing van die leerstuk van ontsluiting van korporatiewe entiteite” op 804.

oorweging geneem in omstandighede waar die trustentiteit misbruik word.⁵⁶⁸ Die standpunte van verskeie skrywers word vervolgens uiteengesit.

Larkin⁵⁶⁹ verduidelik dat howe oor die bevoegdheid beskik om die bestaande regsbevoegdheid van 'n entiteit te ontnem. Hy verklaar bygevolg dat die hof by magte is om die bestaan van die afsonderlike regsbevoegdheid van 'n maatskappy te ontken.

Mudimeli⁵⁷⁰ se verduideliking is spesifiek op 'n trust van toepassing. Die doel van die ontsluitingsremedie is om die belange van krediteure te beskerm en hy wys daarop dat:

*(w)here trustees of a family trust (or business trust), including the founder, act in breach of the duties imposed by the trust deed, and purport on their sole authority to enter into contracts binding the trust, it may provide evidence that the trust form is a veil that in justice should be pierced in the interest of creditors.*⁵⁷¹

Die uiteinde is om transaksies te ontbloot wat nie daarin slaag om kommersiële sin te maak nie. “Bedrog”, “growwe misbruik”, “wanaanwending” en “onregmatigheid” is **duidelike terme vir die toepassing van hierdie beginsel.**⁵⁷²

Bhana⁵⁷³ is van mening dat die onafhanklike bestaan van die entiteit ontnem word, aangesien die werklike entiteit in werklikheid 'n klug is. Gevolglik is die betrokke partye dan ook in 'n persoonlike hoedanigheid blootgestel en hy beklemtoon dat “the separation between the corporation and its members does not exist”.

Van der Linde⁵⁷⁴ verduidelik dat dit in die hof se diskresie is of die transaksie ontbloot moet word, al dan nie. Hy meen myns insiens tereg dat die huidige

568 Sien *Lategan v Boyes* 1980 4 SA 191 (T); *Hydraberg*-beslissing; *Gore v Shell South Africa (Pty) Ltd* 2004 (2) SA 521 (K); *Nel v The Master (Absa Bank Ltd and Others Intervening)* 2005 (1) SA 276 (HHA); *Van Zyl v Turner* 1998 (2) SA 236 (K).

569 Larkin 1989 SA *Merc LJ* 277, 296-298. Sien ook Van der Linde 2010 TSAR 644-649 vir 'n bespreking van hierdie “ontsluitingsbesluit”.

570 Mudimeli 2005 *Codicillus* 90.

571 Eie beklemtoning.

572 Larkin 1989 SA *Merc LJ* 284, 287; Stander 2008 *INSOL* 169-170; Hyland 2006 *JEPL* 10.

573 Bhana 2010 *SALJ* 16-17.

574 Van der Linde 2007 *De Jure* 436-438. Sien ook die verdere bespreking op 437 in gevalle waar die hof nie bereid sal wees om die afsonderlike regspersoonlikheid te ontken nie. Hier word spesifiek na uitsprake verwys om die vraag “when the courts are willing to exercise this

regstelsel nog nie so gevorderd is om vas te stel wanneer die hof hierdie diskresie sal uitoefen nie.

Judicial discretion to disregard or negate a juristic person's separate personality is a generally accepted principle of law. The separate juristic personality of a company can be disregarded based on the common law "piercing the veil" doctrine.

Volgens Cassim⁵⁷⁵ is dit die geval waar die afsonderlike regsbestaan van die maatskappy geïgnoreer word en die lede, as eienaars van die bates, geag word die sake van die maatskappy in hul persoonlike hoedanigheid te behartig het.⁵⁷⁶ Die uiteinde is dat die hof die afsonderlike bestaan van die maatskappy ignoreer.

Hyland⁵⁷⁷ verwys na omstandighede waar die beginsel aangewend sal word dat die trust slegs as 'n rookskerm vir ander (bedekte) beweegredes gebruik word. Gevolglik sal die hof onder bepaalde omstandighede die individuele beskermde regsentiteitsluier van 'n maatskappy "lig" of "ontsluier" ten einde die maatskappy van hierdie regsbeskerming te onthef.

Ter bevestiging sal regspraak vervolgens spesifiek aangehaal word om die toepassing van die "ontsluieringsremedie" en die toepassing daarvan te verduidelik.

In 1920 is die beginsel reeds in *Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipal Council*⁵⁷⁸ toegepas. Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat 'n transaksie wel binne statutêre bepalings aangegaan is, maar dat die voorneme was om bepaalde bepalings vry te spring. Die eindgevolg is dat die hof "would strip off its form and disclose its real nature, and the law would operate".⁵⁷⁹

discretion" te staaf. *Lategan v Boyes* 1980 4 SA 191 (T); *Botha v Van Niekerk* 1983 3 SA 513 (W); *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 4 SA 790 (A).

575 Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 23.

576 Sien ook Stander 2008 *INSOL* 172 wat die gevolg van persoonlike aanspreeklikheid vir 'n trustee uit 'n sekwestrasie-oogpunt bespreek: "This view may have obvious and important implications in case of the sequestration for the trustee's estate. The implication is that the assets concerned may be used in satisfaction of the trustee's debts because in fact it belongs to the trustee. However, it may also be used in satisfaction of debts "to the repayment of which the trustees purported to bind the trust". Thus, if the trustee's estate is sequestrated, the assets may be used in satisfaction of the trustee's personal debts."

577 Hyland 2006 *JEPL* 10.

578 *Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530. Sien ook *Hülse-Reutter v Gödde* 2001 4 SA 1336 (HHA); *Peterson v Claassen* 2006 5 SA 191 (K).

579 *Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530 op 548.

*Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd*⁵⁸⁰ is 'n saak wat tot 'n groter mate op die maatskappyereg gefokus is. Dis is egter belangrik om die gemelde beginsel te verduidelik aan die hand van hoofregter Smalberger⁵⁸¹ se verduideliking van die ontsluitingsbegrip.

Thus if a company, otherwise legitimately established and operated, is misused in a particular instance to perpetrate a fraud, or for a dishonest or improper purpose, there is no reason in principle or logic why its separate personality cannot be disregarded in relation to the transaction in question (in order to fix the individual or individuals responsible with personal liability) while giving full effect to it in other respects. In other words, there is no reason why what amounts to a piercing of the veil pro hac vice should not be permitted.

Die hof se standpunt was duidelik dat 'n regsentiteit (in hierdie geval 'n maatskappy) nie sy regspersoonlikheid as beskerming mag misbruik nie. Indien dit wel die geval sou wees, sal hierdie beskerming onthef word.⁵⁸²

In *Nel v Metequity Ltd*⁵⁸³ het hoofregter Streicher beslis dat identiese belange aanvaarbaar is in die verwesenliking van die trustdoel. Identiese belange het nie noodwendig ongeldigheid van die trust tot gevolg nie. Die belangrike opmerking word gemaak dat die hof gewoonlik die ontsluitingsremedie sal toepas as daar

580 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 4 SA 790 (A). Hierdie saak het gehandel oor 'n besigheidsman, Lubner, wat verskeie maatskappye en trusts bestuur het. Onder andere is aangevoer dat hy hierdie onafhanklike entiteite "separate corporate identities" van hierdie ondernemingsvorme tot sy eie voordeel misbruik het. Sien ook *The Shipping Corporation of India Ltd v Evdomon Corporation* 1994 1 SA 550 (A); *Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530; *Botha v Van Niekerk* 1983 3 SA 513 (W); *Aron Salomon v A Salomon and Co Ltd* 1987 AC 22.

581 *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 4 SA 790 (A) 804 (eie beklemtoning).

582 Sien ook die bespreking van Van der Linde 2010 TSAR 644-649 rondom die aspek dat dit nie net gaan oor die verontagsaming van die dichotomie tussen die maatskappy en natuurlike persoon nie, maar ook die oplegging van aanspreeklikheid.

583 In *Nel v Metequity Ltd* 2007 3 SA 34 (HHA) kon moontlike gesamentlike belange in trustbates aanleiding gee tot die ongeldigheid van 'n trust en daar is versoek dat die korporatiewe sluier van die trust gelig word. Die trustees het 'n trust gestig vir die daarstelling van 'n rentedraende belegging wat verseker moes word deur 'n verband oor onroerende eiendom. In die hof *a quo* is beslis dat die trust sonder enige gesamentlike belange geldig is. Die appellante het teen die uitspraak geappelleer op grond van "an identity of interests between the trustees and the beneficiary". Hulle steun op die volgende: Eerstens was die doel van beide trustees dieselfde om inkomste vir die maatskappy te genereer en tweedens word geëis dat die sluier gelig moes word en die respondente as een hanteer moes word. Dus is die trust ongeldig. Sien ook Van der Linde 2007 *De Jure* 429-438; Hyland 2006 *JEPL* 14-16 vir volledige besprekings van hierdie saak. *Nel v Metequity Ltd* 2007 3 SA 34 (HHA); *Cullinan v Noord-Kaaplandse Aartappelkernmoerkwekers Koöperasie Bpk* 1972 1 SA 761 (A); *Karstein v Moribe* 1982 2 SA 282 (T); *Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd* 1995 4 SA 790 (A); *Hülse-Reutter v Gödde* 2001 4 SA 1336 (HHA).

elemente van bedrog, oneerlikheid of ander onbehoorlike gedrag is. Dit het dus ten doel om gewraakte optredes in die kiem te smoor.

In die trustreg is hierdie remedie ook in die *Parker*-beslissing⁵⁸⁴ verwoord, alhoewel dit nie daadwerklik deur die hof uitgevoer kon word nie.

Where trustees of a family trust ... act in breach of the duties imposed by the trust deed, and purport on their sole authority to enter into contracts binding the trust, that may provide evidence that the trust form is a veneer that in justice should be pierced in the interest of creditors.

Regter Horn se uitspraak in *Harris v Rees*⁵⁸⁵ is die mees onlangse gesag. Volgens die hof is die werklike vraag of howe 'n regsentiteit se regspersoonlikheid sal respekteer. Of die howe in sekere omstandighede die ontsluitingsremedie sal toepas, sal afhang van die feite van die saak, wie die persone in beheer van sake is en of daar sprake van bedrog was.

*There can therefore be no doubt that, in certain circumstances, a court will be permitted to go behind the structure of a company to 'pierce the corporate veil', where the separate corporate personality is found to **have been misused** by those who control it. Again, whether a court will take such a step will depend on the facts of each case.*⁵⁸⁶

Daar kan dus tot die gevolgtrekking gekom word dat hierdie remedie weliswaar beskikbaar is alhoewel dit nog nie in soveel gevalle op die trustreg toegepas is nie. Ten spyte hiervan was die hof weens die kompleksiteit nie by magte om dit te bevestig nie. Die voorafgaande uiteensetting behoort howe in staat stel om 'n meetbare maatstaf te voorsien waarteen optredes getoets sal kan word.

Volledigheidshalwe word daar verwys na artikel 164(3) van die *Maatskappywet*.⁵⁸⁷ Hiervolgens word bepaal dat die hof, wanneer dit bevind dat die regspersoonlikheid van die maatskappy onredelik misbruik is, kan verklaar dat die maatskappy met betrekking tot sekere aspekte geag word nie meer 'n regspersoon te wees nie.

Opsommenderwys is die konklusie dat sou die beskerming wat 'n trust bied deur 'n oprigter of trustee misbruik word, kan hierdie beskermingsentiteit (trust) "ontsluier"

584 *Parker*-beslissing 91. Sien verwysing in vorige para soos reeds aangedui.

585 *Harris v Rees* 2011 2 SA 294 (GS).

586 *Harris v Rees* 2011 2 SA 294 (GS) 307 (eie beklemtoning).

587 Soortgelyk hieraan is a 65 van die *Wet op Beslote Korporasies*. Sien ook Davis en Cassim (reds) *Maatskappye* 22; 236; *Airport Cold Storage (Pty) Ltd v Ebrahim* 2008 2 SA 303 (K).

word om die persoon (trustee) dan persoonlik aanspreeklik te hou. Die uiteinde is dat die trust ongeldig verklaar kan word. Die howe het tot dusver nog nie baie te sê gehad oor die “ontsluieringsremedie” ten opsigte van die Suid-Afrikaanse trustreg nie en die aanbeveling is dat so 'n ontsluiting statutêr bewerkstellig moet word.

4.4 Gevolgtrekking

Dit kan nie betwyfel word dat daar 'n duidelike verband is tussen die miskenning van die besigheidstrust as afsonderlike trustentiteit en die misbruik van die besigheidstrust. Dit is dan ook binne hierdie konteks dat 'n ernstige probleem in die Suid-Afrikaanse trustreg geïdentifiseer is wat dringend hanteer moet word.

Myns insiens word die trust as ondernemingsvorm gerieflikheidshalwe misbruik om onderskeie partye se eie belange te bevoordeel. Die submissie is vervolgens dat dit tyd is vir meer deursigtigheid en bewusmaking van die nadelige gevolge wat hierdie optredes vir derde partye inhou. Dit is duidelik dat spesifieke stappe daargestel sal moet word om gemelde nadelige gevolge as gevolg van die misbruik van 'n trust te neutraliseer. Howe word ál meer deur die gevolge weens die misbruik van 'n trust gekonfronteer. Riglyne behoort gestel te word wat die howe tot hulp kan wees om in sekere omstandighede wetlik gestelde vereistes te negeer of oor die hoof te sien indien dit nodig sou wees om onskuldige derde partye by te staan.

Van der Linde⁵⁸⁸ se opsomming rakende die gevolge deur die misbruik van 'n trust word ondersteun.

*It therefore appears as if the lack of separation between control and enjoyment can have a **variety of causes** and can lead to **an array of consequences** depending on the **facts and circumstances**. Such a trust can be **invalid**, trustees can be **held liable** personally for breach of trust, or they can be held to the provisions of the trust document.*

Die belangrikheid van die skeidingselement van die oprigter teenoor die trustbates kan nie genoeg beklemtoon word nie. Dit wil voorkom of howe toenemend meer gewillig is om die bestaan van 'n trust te ignoreer en as 'n skynentiteit te verklaar indien dit nie die ware bedoeling van die partye weerspieël nie. Om hierdie situasie te voorkom moet die oprigter homself van die bestuur en beheer van trustbates

588 Van der Linde 2007 *De Jure* 432.

verwyder of homself in so 'n posisie met betrekking tot die bestuur en beheer van die trust plaas dat hy die deurslaggewende seggenskap en besit tot eie voordeel sover moontlik vermy.⁵⁸⁹

Reeds in 1986 het *Wunsh*⁵⁹⁰ omstandighede uitgewys waaronder 'n trustee persoonlik aanspreeklik gehou kan word. Een van hierdie optredes is waar trustbates nadelig en sonder die nodige beplanning verdeel word en daar nie voldoende bates beskikbaar is om die verpligtinge na te kom nie.⁵⁹¹ Nóg 'n optrede is die effek van wanvoorstelling deur trustees en die nadelige gevolge wat dit vir onbetaalde krediteure en ander belanghebbendes inhou.⁵⁹² Nou reeds vyf en twintig jaar later is die optredes wat tot die misbruik van 'n besigheidstrust kan lei, uitgebrei juis omdat trustees trustbates tot hul uitsluitlike voordeel bestuur.⁵⁹³

Daar bestaan geen twyfel dat hierdie gevolge en die interpretasie van die howe groot en komplekse kwessies hanteer wat van wesenlike belang is in die konteks ter beantwoording van die navorsingsvraag. Die submitisie is dat 'n relatiewe struktuur by wyse van wetgewing 'n groot rol sal speel ter erkenning van die besigheidstrust en gepaardgaande riglyne om die misbruik daarvan teë te werk.

Uit hierdie hoofstuk blyk dit duidelik dat skrywers, die praktyk en 'n hele aantal uitsprake daarop dui dat die regbank bewus geword het van die gemelde misbruike en beginsels regtens deur Suid-Afrikaanse howe neergelê is. Dit word erken. Wetgewing behoort nou daargestel te word om die besigheidstrust te interpreteer en

589 Joffe 2007 *De Rebus* 25 verduidelik dat: "the courts validly have the power under South African law to declare the trust a sham."

590 *Wunsh* 1986 *SALJ* 575-580.

591 Dit kan ook verband hou met die vereiste van kapitaalinstandhouding wat nie op trusts van toepassing is nie, maar wel op beslote korporasies en maatskappye. Tog is 'n persoon ingevolge a 68 van die *Boedelwet* 66 van 1956 (hierna die *Boedelwet*) verplig om om te sien na die instandhouding van kapitaal. Indien 'n trustee 'n foutiewe verdeling van kapitaal van die trust aan 'n begunstigde gemaak het, is die posisie in die gemene reg nog nie duidelik nie.

592 *Sien Orkin Bros Ltd v Bell* 1921 TPD 92. Die hof het beslis: "that the directors were guilty of fraudulent misrepresentation and that they were personally liable, jointly and severally, to the seller for the purchase price".

593 *Parker*-beslissing 99; *Sher* 2005 *JBL* 77-78. Sien ook *Wunsh* 1986 *SALJ* 575-580; *Geach Trusts* 296; *Olivier* 2001 *SALJ* 299; *Olivier* 1998 *SALJ* 519-526; *Strydom Trustbegunstigdes* 59, *Theron* 1991 *TSAR* 285. Die aandag word weer daarop gevestig dat die blote feit dat die partye se bedoeling was om 'n trust te stig, nie die hof sal ontmoedig om dit in werklikheid as 'n vennootskap te ag nie.

inhoud te gee aan die verpligting wat daardeur op die partye opgelê word, om die ontsluitingsremedie ook op trusts van toepassing te maak asook die optimale vermindering van die misbruik van die besigheidstrust te verseker.

Dit is vervolgens gepas om voorstelle te maak vir daardie aspekte wat hierbo uitgelig is om die probleem sinvol en spoedig te hanteer.

5 Gevolgtrekking

Tans word die besigheidstrust nie as 'n afsonderlike trustentiteit erken nie. Die onderhawige ondersoek het egter getoon dat die miskenning van die besigheidstrust as afsonderlike trustentiteit aanleiding gee tot ernstige misbruike wat meer en meer voorkom. Derhalwe is enkele fasette van die misbruik van die besigheidstrust nader toegelig om die trustees en oningeligte individue, krediteure en trustbegunstigdes bewus te maak van die gevolge (waarvan weinig bewus is) wat dit inhou.

Om 'n antwoord op die navorsingsvraag⁵⁹⁴ te vind is daar as vertrekpunt in hoofstuk 2 ondersoek ingestel na die historiese onderbou van die Suid-Afrikaanse trustreg en bevestig dat die gemenerereg en regspraak 'n deurslaggewende rol speel in die toepassing van die Suid-Afrikaanse trustreg. Vir doeleindes van die ondersoek word die besigheidstrust gesien as 'n trust wat as sulks moet voldoen aan die gewone geldigheidsvereistes. Eerstens moet daar 'n duidelike bedoeling wees om 'n trust te stig. Tweedens moet die trustbates duidelik omskryf word en die beheer van trustbates moet afgestaan word. Derdens moet daar 'n duidelike aanwysing van trustbegunstigdes wees en laastens moet die hoofdoelstelling duidelik in die trustakte verwoord word. Die standpunt word ingeneem dat die besigheidstrust steeds 'n trust is ongeag die ontstaansbron, ongeag of dit testamentêr of *inter vivos* tot stand kom en ongeag of dit 'n diskresionêre of nie-diskresionêre trust is. Trustees het steeds volle fidusiêre verpligtinge en begunstigdes het steeds gevestigde regte (eiendomstrust) al dan nie (bewindtrust). Die enigste verskil is die hoofdoelstelling, naamlik om handels- of besigheidsaktiwiteite deur middel van 'n trust te bedryf met 'n spesifieke winsmotief. Verder word volstaan by die standpunt dat die trust nie met regspersoonlikheid bekleed is nie maar 'n entiteit *sui generis* is.

Inaggenome die ontwikkeling, geldigheidsvereistes en moontlike klassifikasies van trusts is die hoofdoelstelling van 'n trust in detail in hoofstuk 3 bespreek. Vervolgens is aangevoer dat die besigheidstrust 'n gunstiger alternatief bo ander ondernemingsvorme is, aangesien baie van die voordele van die maatskappy en

594 Sien hoofstuk 1 hierbo.

beslote korporasie benut kan word sonder die toepassing van streng wetgewing. 'n Verdere voordeel is dat die toepaslike reëls, beginsels en doelstellings van die spesifieke besigheidstrust grootliks bepaal word deur die inhoud van die trustakte en beperkte aanspreeklikheid in effek verkry word deurdat die trustees slegs vir trustskuld aanspreeklik is tot die mate wat trustbates beskikbaar is. Daar is bevind dat die mees aanvaarbare omskrywing van 'n besigheidstrust is om saamgevoegde fondse in trust te neem, met die hoofdoelstelling dat 'n winsgewende besigheid bedryf moet word. Dit is 'n voorvereiste dat bates aangewend kan word vir besigheidsdoeleindes en ander verwante handelsaktiwiteite.

Die gevolgtrekking in hierdie hoofstuk is dat daar duidelike bewyse is dat die besigheidstrust as 'n gunstige ondernemingsvorm in praktyk, deur skrywers sowel as regspraak bevestig is.

In hoofstuk 4 is daar nietemin daarop gewys dat 'n trust wat vir besigheidsdoeleindes aangewend word en outomaties gepaardgaande "trustregtelike" beskerming geniet, misbruik kan word. Daar is met spesifieke verwysing na regspraak gepoog om aan die hand van 'n chronologiese analise die knelpunte rakende die gevolge wat ontstaan weens die misbruik van die besigheidstrust aan die lig te bring. Individue, krediteure, trustbegunstigdes en selfs trustees is soms nie eens bewus van hierdie meegaande gevolge nie. Dit het aan die lig gekom dat daar 'n hele aantal uitsprake is met 'n toenemende komponent van misbruike wat daarop dui dat die regbank met tyd bewus geword het van hierdie wanpraktyke. Dit blyk dat howe nog nie by magte is om hierdie misbruike daadwerklik aan te spreek nie. Dit was duidelik te vinde in die *Parker*-beslissing waar die oortredende trustee nie persoonlik aanspreeklik gehou is vir sy bedrieglike optrede nie. 'n Soortgelyke saak is *Harris v Rees*.⁵⁹⁵ Onbewuste beleggers is deur die trustee bedrieg en die trustee bevind hom tans in die buiteland sonder enige aanspreeklikheid vir sy bedrieglike optredes. In sommige gevalle word kontrakterende partye te na gekom waar 'n kontrak ongeldig verklaar word omrede die trustees nie die statutêre vereistes ingevolge artikel 6(1) van die *Trustwet* nakom nie. Gevolglik word niemand tot die betaling van skadevergoeding

595 *Harris v Rees* 2011 2 SA 294 (GS).

verplig nie. Dit is duidelik te vinde in *Nieuwoudt v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk*⁵⁹⁶ waar die noodsaak vir die gesamentlike optredes van trustees bekragtig is. Die *Hydraberg*-beslissing was weer 'n geval waar die misbruik van 'n trust tot die trustees se eie voordeel en gevolglike benadeling van derdes beklemtoon is. Die onafhanklike trustee is in elk geval deur die meerderheidstem van die ander twee trustees uitgestem, wat die vraag laat oor wat die plek van die onafhanklike trustee werklik is.

In voorafgaande hoofstukke was dit duidelik dat die regbank probleme ervaar weens die feit dat daar nog geen statutêre ondersteuning is om hul taak te vergemaklik nie. In die *Parker*-beslissing spreek appèlregter Cameron die hoop uit dat die misbruik van die besigheidstrust aangespreek sal word en “wens” hy dat hierdie gewraakte optredes “in due course require legislative attention”.

Die submitisie is dat nuwe, afsonderlike wetgewing nie noodsaaklik is om hierdie probleem aan te spreek nie, maar dat die *Trustwet* soos dit tans van toepassing is, nie voldoende is nie. Daar is 'n duidelike leemte in die wetgewing vir die erkenning van die besigheidstrust as afsonderlike trustentiteit. Hierdie kwessie kan nie net aan die houe en die opinies en standpunte van akademici oorgelaat word nie. Rigiede en onbuigsame beleid wat nooit heroorweeg, hersien of aangepas word nie, sal slegs die situasie vererger.

Ten einde 'n oplossing te vind, is die voorstel met ander woorde dat addisionele bepalinge by die bestaande wetgewing gevoeg word. Die voorstel is nie 'n geheel nuwe *Trustwet* nie – slegs 'n uitbreiding by wyse van 'n afsonderlike hoofstuk vir die besigheidstrust.

Weens onvoldoende wetgewing en benadelende bepalinge wat deur die oprigter in 'n trustakte geformuleer word, is daar sekere aspekte wat prioriteit behoort te geniet. Dit is belangrik om daarop te wys dat die voorstelle vir die uitbreiding in die *Trustwet* slegs rigtinggewend is.

596 *Nieuwoudt v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk* 2004 3 SA 486 (HHA).

Die volgende voorstelle word aangebied:

- (1) Die besigheidstrust moet as afsonderlike entiteit erken en in die *Trustwet* gedefinieer word.
- (2) Die identifisering van trusts kan vergemaklik word deur spesifieke trustname met spesifieke trustnommers te registreer (soos by maatskappye).
- (3) Spesifieke administratiewe handelingte moet uiteengesit word om daardeur deursigtigheid en beskikbaarstelling van inligting te bewerkstellig.
- (4) Spesifieke jaarlikse finansiële verslagdoening moet vereis word (soos by maatskappye).
- (5) Sommige riglyne in die maatskappyereg moet in oorweging geneem word ook vir die optredes van trustees, soos die fokus op sorg, vaardigheid en kundigheid (wat van direkteure verwag word).
- (6) Spesifieke remedies/strafreglike bepalingte moet in plek gestel word vir die nalatige en ongemagtigde optredes van 'n trustee om roekelose handelingte in insolvente omstandighede te voorkom.
- (7) Spesifieke riglyne moet neergelê word vir wanneer 'n trustee persoonlike aanspreeklikheid sal opdoen.
- (8) Die “ontsluieringsremedie” ten opsigte van die Suid-Afrikaanse trustreg moet bewerkstellig word.

Die uiteinde is dat die wetgewer strukture moet skep ter beskerming van belangegroepete.

Die unieke Suid-Afrikaanse trustreg-geskiedenis en diversiteit bied 'n geskikte klimaat vir uitbreiding. My voorspelling is dat die howe al hoe meer met hierdie misbruike gekonfronteer gaan word. Die howe kan egter net 'n suksesvolle bydrae lewer indien die wetgewer geskikte en effektiewe remedies toestaan.

Myns insiens kan die realisering van hierdie voorstelle bydra tot beter interpretasie en sekerheid vir alle belanghebbendes. Die word beklemtoon dat hierdie voorstelle geensins die bedoeling het om die trust as “gunstige ondernemingsvorm” onredelik te beswaar nie, maar juis om 'n meetbare maatstaf aan die wetgewer te voorsien en voorstelle te ontwikkel ten einde die howe se taak te vereenvoudig en effektief te

maak. Myns insiens is dit nou die gulde geleentheid vir verdere ontwikkeling van die *Trustwet* by wyse van wetgewing om krediet te gee aan 'n ontwikkelende, bruikbare, effektiewe trustentiteit – die besigheidstrust.

*Ons insiens is die trust 'n wêreldburger en ons is dankbaar dat ons howe die insig geopenbaar het om dit nie te verwilder nie... dit is inherent sterk genoeg om uit eie krag te floreer.*⁵⁹⁷

⁵⁹⁷ Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk* 25.

BIBLIOGRAFIE

Literatuur

A

Abrie ea *Estates*

Abrie W ea *Estates: Planning and Administration* 4e uitg (ProPlus Uitgewers 2000)

Abrie ea *Boedels*

Abrie W ea *Bestorwe Boedels* 5de uitg (ProPlus Uitgewers 2003)

B

Balden 2005 *TRW*

Balden LE en Rautenbach C "Die sorgsaamheidspelig van trustees in die uitvoer van hulle beleggingsbevoegdhede: Kan ons by die Engelse trustreg leer?" 2005 *TRW* 30(1) 91-117

Barry 1998 *People Dynamics*

Barry D "Fiduciary obligations and trustee liability" 1998 *People Dynamics* 54-55

Benade ea *Ondememingsreg*

Benade ML ea *Ondememingsreg* 4de uitg (LexisNexis Durban 2008)

Bhana 2010 *SALJ*

Bhana D "Should the Doctrine of the 'Undisclosed Principle' or 'Piercing the Corporate Veil' Determine the Locus Standi of a Party to Sue in Terms of a Contract? The Conundrum of Botha v Biyose t/a Paragon Fisheries" 2010 *SALJ* 5-18

Botha ea *Financial Planning*

Botha M ea *The South African Financial Planning Handbook* (LexisNexis Durban 2011)

C

Cassim 2010 *SA Merc LJ*

Cassim FHI "The Companies Act 2008: An Overview of a Few of its Core Provisions"
2010 *SA Merc LJ* 157-175

Coetzee 2007 *De Rebus*

Coetzee J "Die regte van trustbegunstigdes: 'n Nuwe wind wat waai?" 2007 *De Rebus*
1-9

Corbett ea *The Law of Succession*

Corbett ea *The Law of Succession* 2e uitg (Juta Kaapstad 2001)

Corbett 1993 *THRHR*

Corbett MM "Trust Law in the 90's: Challenges and Change" 1993 *THRHR* 262-270

D

Davis 1986 *The Taxpayer*

Davis DM "Trading Trusts: Its Validity and Use in South Africa" 1986 *The Taxpayer*
63-70

Davis en Cassim (reds) *Maatskappye*

Davis D en Cassim F (reds) *Maatskappye en ander Besigheidstrukture* (Oxford Suid-Afrika 2009)

De Mink 2004 *De Rebus*

De Mink J "The stormy waters of trustee investments" 2004 *De Rebus* 18-22

De Waal 1993 *THRHR*

De Waal MJ "Anomalieë in die Suid-Afrikaanse trustreg" 1993 *THRHR* 1-10

De Waal 1999 *STELL LR*

De Waal MJ "The Liability of Co-Trustees for Breach of Trust" 1999 *STELL LR* 21-35

De Waal 2000 *THRHR*

De Waal MJ "Authorisation of Trustees in Terms of the Trust Property Control Act" 2000 *THRHR* 472-478

De Waal 2000 *SALJ*

De Waal MJ "The Core Elements of the Trust: Aspects of the English, Scottish and South African Trusts Compared" 2000 *SALJ* 548-571

De Waal 2001 *STELL LR*

De Waal MJ "In Search of a Model for the Introduction of the Trust Into a Civilian Context" 2001 *STELL LR* 63 – 85

Du Plessis 2010 *Acta Juridica*

Du Plessis JJ "A comparative analysis of directors' duty of care, skill and diligence in South Africa and in Australia" 2010 *Acta Juridica* 263-289

Du Toit *SA Trust Law*

Du Toit F *South African Trust Law Principles and Practice* (Butterworths 2002)

Du Toit 2000 *Finance Week*

Du Toit C "Knives out for business trusts" 2000 *Finance Week* December 38-39

Du Toit 2001 *TSAR*

Du Toit F "Beyond Braun: an Examination of Some Interesting Issues from Recent Decisions on Trusts" 2001 *TSAR* 123-133

Du Toit 2004 *TSAR*

Du Toit F "Die aanwending van die turquand-reël in die Suid-Afrikaanse trustreg" 2004 *TSAR* 149-161

Du Toit 2007 *JBL*

Du Toit F "Choose Your Trustee With Care" 2007 *JBL* 91-93

Du Toit 2007 *STELL LR*

Du Toit F "The Fiduciary Office of Trustee and the Protection of Contingent Trust Beneficiaries" 2007 *STELL LR* 469-482

Du Toit 2011 *TSAR*

Du Toit F "Reflections on the Bewind Trust in the Light of the Dutch Testamentary Bewind" 2011 *TSAR* 541-546

E

Elliott 2007 *Accountant*

Elliott A en Lindsay KH "Who will guard the trustees?" 2007 *Professional Accountant* 26-27

Elliott 2008 *WP*

Eliot A "Who guards the trustees?" 2008 *WP* 55-56

F

Forsyth 1986 *SALJ*

Forsyth C "Recent Cases" 1986 *SALJ* 513-522

G

Geach *Trusts*

Geach W en Yeats J *Trusts Law and Practice* (Juta Durban 2007)

Gelbart 2010 *WP*

Gelbart C en Louw K "The duty to account" 2010 *WP* 41-42

H

Hahlo 1960 *IALR*

Hahlo HR "The Trust in South African Law" 1960 *IALR* 229-242

Hahlo 1961 *SALJ*

Hahlo HR "The Trust in South African Law" 1961 *SALJ* 195-208

Hansen 2008 *Tax Breaks*

Hansen A "When is a trust nothing but a sham?" 2008 *Moneyweb's Tax Breaks* 2-3

Havenga ea *Kommersiële Reg*

Havenga P ea *Algemene Beginsels van Kommersiële Reg* 7e uitg (Juta Kaapstad 2010)

Henning 2010 *Acta Juridica*

Henning JJ "The impact of South African company law reform on close corporations: Selected issues and perspectives" 2010 *Acta Juridica* 456-479

Henning *Aspekte van Bedryfstrusts*

Henning JJ *Aspekte van Bedryfstrusts: 'n Seminaar aangebied deur die Departement Privaatreg van die Universiteit van Suid-Afrika* Trusts 12 Junie 1992 Pretoria 131-158

Honoré en Cameron *Trusts*

Honoré en Cameron *Honoré's South African Law of Trusts* 5e uitg (Juta Kaapstad 2002)

Hyland 2006 *JEPL*

Hyland SA en Smith BS "Abuse of the trust figure in South Africa: An analysis of a number of recent developments" 2006.1 *JEPL* 1-21

J

Joffe 2007 *De Rebus*

Joffe H "The future of trust law" 2007 *De Rebus* 25 – 26

Jones 2008 *Personal Finance*

Jones S "Forming a trust: Different types" 2008 *Moneyweb's Personal Finance* 1-2

Joubert 1968 *THRHR*

Joubert CP "Honoré se opvatting oor ons trustreg" 1968 *THRHR* 124-146

K

Kernick 2007 *De Rebus*

Kernick L "Declaration of Independence" 2007 *De Rebus* 27-29

Kernick 2008 *De Rebus*

Kernick L "Another look at the inter vivos trusts" 2008 *De Rebus* 49-51

Kevin 2004 *De Rebus*

Kevin B "Hiving off legal obligations to trustees" 2004 *De Rebus* 36-39

Kloppers 2006 *TSAR*

Kloppers H "Enkele Lesse vir Trustees Uit die Parker-beslissing" 2006 *TSAR* 414-423

Kopel *Guide to Business Law*

Kopel S *Guide to Business Law* 4e uitg (Oxford Suid-Afrika) 2009

L

Larkin 1989 *SA Merc LJ*

Larkin MP "Regarding judicial disregarding of the company's separate identity" 1989 *SA Merc LJ* 277-298

M

Maitland *Trust and Corporation*

Maitland F "*Trust and Corporation*" 1904 1-59

McLennan 2006 *SA Merc LJ*

McLennan JS "Contracting with Business Trusts" 2006 *SA Merc LJ* 329-335

Mostert 2002 *STELL LR*

Mostert H en Du Toit F "Joubert v Van Rensburgg and the Registration of Immovable Trust Property in the Name of the "Trustees from time to time": Rocking the Boat or Storm in a Teacup?" 2002 *STELL LR* 151-161

Mudimeli 2005 *Codicillus*

Mudimeli FE "Trust and Trustee: Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker and Others 2005 (2) SA 77 (SCA)" 2005 *Codicillus* 86-90.

Murray 1959 *SALJ*

Murray IB "Is a Trust or an Estate a Legal Person?" 1959 *SALJ* 371-372

Murray 1962 *SALJ*

Murray IB "Is a Trust or an Estate a Legal Persona?" 1962 *SALJ* 37-42

N

Ncube 2010 *Acta Juridica*

Ncube CB "Transparency and accountability under the new company law" 2010 *Acta Juridica* 43-72

O

Oakley *Trust Law*

Oakley AJ *Trends in Contemporary Trust Law* (Oxford Clarendon Press 1996)

Olivier 1997 *TSAR*

Olivier L "The law of trust: some reflections on recent decisions" 1997 *TSAR* 756-771

Olivier 1998 *SALJ*

Olivier L "Pitfalls in Creating an Investment Trust" 1998 *SALJ* 519-526

Olivier 2001 *SALJ*

Olivier L "Trusts: Traps and Pitfalls" 2001 *SALJ* 224-230

Olivier en Strydom *Trustreg en Praktyk*

Olivier PA, Strydom S en Van den Berg GPJ *Trustreg en Praktyk* 2e uitg (Butterworths Durban 2006)

P

Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts*

Pace RP en Van der Westhuizen WM *Wills and Trusts* 12e uitg (LexisNexis Durban 2008)

Pienaar *Regsubjektiviteit en die Regspersoon*

Pienaar GJ *Regsubjektiviteit en die Regspersoon* 1996 Departement Sentrale Publikasies PU vir CHO Potchefstroom

R

Reed 2006 *Insurance*

Reed T "Trusts, loan accounts and beneficiaries" 2006 21.4 *Insurance and Tax* 26-28

Roos 1990 *THRHR*

Roos A "Die Wet op die Beheer oor Trustgoed 57 van 1988" 1990 *THRHR* 84-92

Roper 1998 *Insurance*

Roper PEW "Getting to grips with offshore trusts" *Insurance and Tax* 16-19

Rosenzweig 1981 *SALJ*

Rosenzweig AM "Methods Employed to Discourage or Discount the Use of Inter Vivos Trusts for Income Tax and Estate Duty Avoidance: A Comparative Study" 1981 *SALJ* 502-515

S

Schmidt 2010 *JJS*

Schmidt R, Van Schalkwyk CJ ea "The Financial Reporting Standards Council and its role in terms of the Companies Act 61 of 1973 and the Companies Act 71 of 2008" 2010 *JJS* 28-48

Sher 2005 *JBL*

Sher H "A closer look at trust law" 2005 *JBL* 77-78

Smith *The Authorization of Trustees*

Smith BS *The Authorization of Trustees in the South African Law of Trusts* (LLM-Dissertation University of the Free State 2006)

Smith 2007 *JJS*

Smith BS en Van der Westhuizen WM "The need for legislative reform regarding the authorisation of trustees in the South African law of trusts" 2007 *JJS* 163-186

Smith 2007 *STELL LR*

Smith B "The "Dual Purpose" of Section 6(1) of the Trust Property Control Act: A Possible Solution to the Problems Caused by the Authorisation Requirement" 2007 *STELL LR* 53-74

Smith 2011 *STELL LR*

Smith B "Section 6(1) of the Trust Property Control Act 57 of 1988 revisited: Establishing its nature and re-emphasising the validity of the "dual purpose" theory" 2011 *STELL LR* 314-329

Stander 1999 *TRW*

Stander L "Hoe veilig is bates in 'n trust in geval van die sekwestrasie van die boedel van die betrokke partye?" 1999 *TRW* 145-170

Stander 2008 *INSOL*

Stander L "Piercing the Veneer of the Trust in the South African Trust Law: Liability of Trustees of a Business Trust for Fraudulent Trading" 2008 *INSOL* 165-176

Stephan 2004 *Insurance*

Stephan P "Capital gains tax and second-hand policies" 2004 *Insurance and Tax* 8-11

Strydom *Trustbegunstigdes*

Strydom S *Die aansprake van trustbegunstigdes in die Suid-Afrikaanse trustreg* (Proefskrif voorgelê vir die graad Doctor Legum aan die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys Potchefstroom 2000)

Swanepoel 1957 *THRHR*

Swanepoel HI "Oor die stigting, trust, fideicommissum en beding ten behoeve van 'n derde" 1957 *THRHR* 106-113

T

Theron 1990 *SALJ*

Theron L "Artikel 30 van die Maatskappywet 61 van 1973 en die Besigheidstrust" 1990 *SALJ* 673-680

Theron 1991 *TSAR*

Theron L "Die besigheidstrust" 1991 *TSAR* 268-288

Theron 1991 *De Jure*

Theron L "Enkele gedagtes oor die regsraad van 'n trust en die aanspreeklikheid van 'n trustee vir trustskulde" 1991 *De Jure* 319-328

Theron 1991 *SALJ*

Theron L "Regulering van die Besigheidstrust" 1991 *SALJ* 277-292

Theron 1991 *De Jure*

Theron L "Enkele gedagtes oor die regsraad van 'n trust en die aanspreeklikheid van 'n trustee vir trustskulde" 1991 *De Jure* 319-328

Theron *Besigheidstrust*

Theron L *Die Besigheidstrust* (LLM – Verhandeling Randse Afrikaanse Universiteit 1991)

V

Van der Linde 2007 *De Jure*

Van der Linde A en Lombard S "Nel v Metequity Ltd 2007 3 SA 34 (SCA)" 2007 *De Jure* 429-438.

Van der Linde 2010 *TSAR*

Van der Linde KE "Die Korporatiewe Sluier: Is Daar Lig Voor in die Wapad?" 2010 *TSAR* 644-649

Van der Merwe 2000 *SA Merc LJ*

Van der Merwe BA "The Meaning and Relevance of the Phrase 'Vested Right' in Income Tax Law" 2000 *SA Merc LJ* 319-329

Van der Merwe 2008 *WP*

Van der Merwe E "The Duty of Care" 2008 *WP* 36-38

Van der Spuy 2002 *THRHR*

Van der Spuy PDW en Van der Linde A "Registrasie van onroerende trustgoed in naam van 'trustees van tyd tot tyd' – Joubert v Van Rensburg 2001 1 SA 753 (W)" 2002 *THRHR* 485-493

Van Reenen 1995 *SALJ*

Van Reenen TP "The Relevance of the Roman (-Dutch) Law for Legal Integration in South Africa" 1995 *SALJ* 276-308

Van Schalkwyk 2008 *De Jure*

Van Schalkwyk LN "Badenhorst v Badenhorst 2005 2 SA 253 (K); 2006 2 SA 255 (HHA)" 2008 *De Jure* 209-214

Van Zyl 1989 *THRHR*

Van Zyl 1989 "Die subjek van 'n bestorwe boedel: die bestuursliggarn as regspersoon" 1989 *THRHR* 325-347

Vogelman 2007 *WP*

Vogelman G en Coetzee A "Trust benefits and tax exemptions " 2007 *WP* 18-19

W

Ware en Roper *Offshore Insight*

Ware J en Roper P *Offshore Insight* (Butterworths Durban 2001)

Williams *Corporate and Partnership Law*

Williams RC *Concise Corporate and Partnership Law* 2de uitg (Butterworths Durban 1997)

Williams 2002 *Acta Juridica*

Williams RC "The impact of capital gains tax on trusts and trust beneficiaries" 2002 *Acta Juridica* 136-160

Williams 2010 *Synopsis*

Williams RC "Trustees – proceed with caution" 2010 *Synopsis* 4-5

Wood-Bodley 2011 *SALJ*

Wood-Bodley MC "That 'Devilish Little Point' – The Impact of Section 6(1) of the Trust Property Control Act 57 of 1988 on the Capacity of Trustees to Contract, Sue, and be Sued: Lupacchini NO & Another v Minister of Safety and Security" 2011 *SALJ* 233-245

Wunsh 1986 *SALJ*

Wunsh B "Trading and Business Trusts" 1986 *SALJ* 561-582

Wunsh 1988 *De Rebus*

Wunsh B "The Trust Property Control Act" 1988 *De Rebus* 547-556

Wunsh 1992 *Trusts in Practice*

Wunsh B *Trusts in Practice*: 'n Seminaar aangebied deur die Departement Privaatreg van die Universiteit van Suid-Afrika Trusts 12 Junie 1992 Pretoria 61-121

Regspraak

A

Adam and Others v Dada and Others 1912 33 NPD 495

Adam v Jhavary and Another 1926 AD 147

Administrators, Estate Richards v Nichol and Another 1996 4 SA 253 (K)

Airport Cold Storage (Pty) Ltd v Ebrahim and Others 2008 2 SA 303 (K)

Aron Salomon v A Salomon and Co Ltd 1897 AC 22

Atkins and Others v Atkins and Another 1963 2 SA 291 (W)

Atlas Organic Fertilizers (Pty) Ltd v Pikkewyn Ghwano (Pty) Ltd and Others 1981 2 SA 173 (T)

B

Bafokeng Tribe v Impala Platinum Ltd and Others 1999 3 SA 517 (BH)

Badenhorst v Badenhorst 2006 2 SA 255 (HHA)

Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Omelas and Another 1988 3 SA 580 (A)

Barkhuizen NO and Others v Megaphase Trading 677 CC and Others 2005 JOL 15838 (D)

Batt v Widow Batt 1935 2 Menz 430

Beningfield v Baxter 1886 12 AC 167 PC

Beira v Beira 1990 3 SA 802 (W)

Ben-Tovim v Ben-Tovim and Others 2001 3 SA 1074 (K)

Berea West Estates (Pty) Ltd v SIR 1976 2 SA 614 (A)

Berezniak v Van Nieuwenhuizen 1948 1 SA 1057 (T)

Berco Sameday Express v McNeil and Others 1996 4 All SA 100 (W)

Bester v Van Niekerk 1960 2 SA 779 (A)

BOE Bank Ltd (Formerly NBS Boland Bank Ltd) v Trustees, Knox Property Trust 1999 1 All SA 425 (D)

Botha v Van Niekerk en 'n Ander 1983 3 SA 513 (W)

Bouwer v Andrews 1988 4 SA 337 (E)

Boyce NO v Bloem and Others 1960 3 SA 855 (T)

Braun v Blann and Botha NNO and Another 1984 2 SA 850 (A)

Brodie and Another v SIR 1974 4 SA 704 (A)

Brunette v Brunette and Another NO 2009 5 SA 82 (SE)

Buttner v Buttner 2006 3 SA 23 (HHA)

C

Cape Pacific Ltd v Lubner Controlling Investments (Pty) Ltd and Others 1995 4 SA 790 (A)
Carr v Hinson 1966 3 SA 303 (W)
Cilliers NO v Kuhn 1975 3 SA 881 (NK)
CIR v Estate Crewe and Another 1943 AD 656
CIR v Deyfin Textiles (Pty) Ltd 2002 4 SA 606 (N)
CIR v Emary NO 1961 2 SA 621 (A)
CIR v Estate Crewe and Another 1943 AD 656
CIR v Estate Hulett 1990 2 SA 786 (A)
CIR v Estate Merensky 1959 2 SA 600 (A)
CIR v Friedman and Others NNO 1993 1 SA 353 (A)
CIR v Jacobson's Estate 1961 3 SA 841 (A)
CIR v Lazarus' Estate and Another 1958 1 SA 311 (A)
CIR v MacNeillie's Estate 1961 3 SA 833 (A)
CIR v Marx NO 2006 4 SA 195 (K)
CIR v Mendes and Another 2001 2 All SA 316
CIR v People's Stores (Walvis Bay) (Pty) Ltd 1990 1 SA 353 (A)
CIR v Pretorius 1986 1 SA 238 (A)
CIR v Sive's Estate 1955 1 SA 249 (A)
CIR v Smollan's Estate 1955 3 SA 266 (A)
CIR v Woulidge 2002 1 SA 68 (HHA)
Coetzee v Peet Smith Trust en Andere 2003 5 SA 674 (T)
Coetzee NO v Universiteit Stellenbosch en Andere 1959 2 SA 172 (K)
Colonial Banking and Trust Co. Ltd., Appellant v Estate Hughes and Others 1932 AD 1
Conze v Masterbond Participation Trust Managers (Pty) Ltd and Others 1996 3 SA 786 (K)
Creighton Trust v CIR 1955 3 SA 498 (T)
Crookes NO and Another v Watson and Others 1956 1 SA 277 (A)
Cullinan v Noord-Kaaplandse Aartappelkernmoerkwekers Koöperasie Bpk 1972 1 SA 761 (A)
Cupido v King's Lodge Hotel 1999 4 SA 257 (E)

D

Dadoo Ltd and Others v Krugersdorp Municipal Council 1920 AD 530
Deedat and Others v The Master and Others 1995 2 SA 377 (A)
Deedat and Another v The Master and Others 1998 1 SA 544 (N)

Desai-Chilwan NO v Ross and Another 2003 2 SA 644 (K)

Doyle v Board of Executors 1999 2 SA 805 (K)

Doyle v Doyle 1999 2 SA 805 (K)

Du Plessis NO v Phelps 1995 4 SA 165 (K)

E

Eerste Nasionale Bank v Suidelike Afrika Bpk v Saayman NO 1997 4 SA 302 (HHA)

Ehrlich v Rand Cold Storage and Supplies Co Ltd. 1911 TPD 170

Erwee NO and Another v Erwee NO and Others 2006 1 All SA 626 (O)

Estate Gouws v Registrar of Deeds 1947 4 SA 403 (T)

Estate Kemp v MacDonald's Trustee 1915 AD 491

Estate Price v Baker and Price 1905 22 SC 321

Estate Smith v CIR 1960 3 SA 375 (A)

Estate Smith v Estate Gourlay and Another 1935 CPD 161

Estate Watkins-Pitchford and Others v CIR 1955 2 SA 437 (A)

Ex parte Bellingan's Executors 1936 CPD 515

Ex parte Elands Properties (Pty) Ltd 1945 TPD 37

Ex parte Executors Estate Kemp 1940 WLD 26

Ex parte Henderson 1971 4 SA 549 (D)

Ex parte Kaminsky 1917 TPD 338

Ex parte Knight and Others 1946 CPD 800

Ex parte Lebowa Development Corporation Ltd 1989 3 SA 71 (T)

Ex parte Milton NO 1959 3 SA 347 (SR)

Ex parte Scott-Brown NO 1940 TPD 51

F

Fakroodeen v Fakroodeen and Others 1972 1 SA 178 (D)

Fattorini v Johannesburg Board of Executors and Trust Co Ltd 1948 4 SA 806 (W)

Fey No and Whiteford NO v Serfontein and Another 1993 2 SA 605 (A)

Fisheries Development Corporation of SA Ltd v Jorgensen and Another; Fisheries Development Corporation of SA Ltd v AWJ Investments (Pty) Ltd and Others 1980 4 SA 156 (W)

Fourie NO en 'n Ander v Potgietersrusse Stadsraad 1987 2 SA 921 (A)

Friedman and Others NNO v CIR: In Re Phillip Frame Will Trust v CIR 1991 2 SA 340 (W)

First Rand Limited trading inter alia as First National Bank v Britz and Others 2011
ZAGPPHC 119 (ongepubliseerde saak gelewer 20 Julie 2011)

G

Geldenhuys v East and West Investments (Pty) Ltd 2005 2 SA 74 (HHA)
Ghersi and Others v Tiber Developments (Pty) Ltd and Others 2007 4 SA 536 (HHA)
Golden Cape Fruits (Pty) Ltd v Fotoplate (Pty) Ltd 1973 2 SA 642 (K)
Goldwater v Oltmann 1930 71 ALR 871
Goodricke and Son (Pty) Ltd v Registrar of Deeds, Natal 1974 1 SA 404 (N)
Goolam Ally Family Trust t/a Textile, Curtaining and Trimming v Textile, Curtaining and Trimming (Pty) Ltd 1989 4 SA 985 (K)
Greenberg and Others v Estate Greenberg 1955 3 SA 361 (A)
Gross and Others v Pentz 1996 4 SA 617 (A)

H

Harris v Fisher NO 1960 4 SA 855 (A)
Harris and Others v Rees and Others 2011 2 SA 294 (GS)
Harter v Epstein 1953 1 SA 287 (A)
Herschel v Mrupe 1954 3 SA 464 (A)
Hilda Holt Will Trust v CIR 1992 4 SA 661 (A)
Hofer and Others v Kevitt NO and Others 1996 2 SA 402 (K)
Hofer and Others v Kevitt NO and Others 1998 1 SA 382 (HHA)
Hoosen and Others NNO v Deedat and Others 1999 4 SA 423 (HHA)
Hoppen and Others v Shub and Others 1987 3 SA 201 (K)
Howard v Herrigel and Another NNO 1991 2 SA 660 (A)
Hughes v Ridley and Others 2010 1 SA 381 (N)
Hülse-Reutter and Others v Götde 2001 4 SA 1336 (HHA)

I

In Re Estate Grayson 1937 AD 96
Investec Bank Ltd and Another v Lefkowitz 1997 3 SA 1 (A)

J

J & K Timbers (Pty) Ltd t/a TEGS Timbers v G L and S Fumiture Enterprises CC 2005 3 SA 223 (N)

Jarvi, NO v Hawkin and Others 1959 2 SA 594 (FC)

Jordaan v Jordaan 2001 3 SA 288 (K)

Joubert v Tarry and Co 1915 TPD 277

Joubert v Van Rensburg 2001 1 SA 753 (W)

Jowell v Bramwell-Jones and Others 2000 3 SA 274 (HHA)

K

Kalshoven v Kalshoven and Another, NO 1966 3 SA 466 (R)

Karstein v Moribe and Others 1982 2 SA 282 (T)

Katz v Katz 1989 3 SA 1 (A)

Kempton Park/Tembisa Metropolitan Substructure v Kelder 2000 2 SA 980 (HHA)

Kohlberg v Burnett NO and Others 1986 3 SA 12 (A)

Kriel v Terblanche NO en Andere 2002 6 SA 132 (NK)

Kropman and Others NNO v Nysschen 1999 2 SA 567 (T)

L

Lake and Others NNO v Caithness 1997 1 SA 667 (E)

Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker And Others 2005 2 SA 77 (HHA)

Lategan and Another NNO v Boyes and Another 1980 4 SA 191 (T)

Lee v Maraisdrift (Edms) Bpk 1976 2 SA 536 (A)

Levin and Another v Gutkin, Fisher and Schneier NNO and Others 1997 3 SA 267 (W)

Liebenberg NO v MGK Bedryfsmaatskappy (Pty) Ltd 2003 2 SA 224 (HHA)

Lucas' Trustee v Ismail and Amod 1905 TS 239

Lupacchini NO and Another v Minister of Safety and Security 2010 6 SA 457 (HHA)

Lupacchini NO and Another v Minister of Safety and Security 2011 2 All SA 138 (HHA)

M

Mackenzie NO v Basha 1950 1 SA 615 (N)

Magnum Financial Holdings (Pty) Ltd (In Liquidation) v Summerly and Another NNO 1984 1 SA 160 (W)

Malone Trust v SIR 1977 2 SA 819 (A)
Man Truck and Bus (SA) Ltd v Victor en Andere 2001 2 SA 562 (NK)
Mariola and Others v Kaye-Eddie NO and Others 1995 2 SA 728 (W)
McCullogh v Fernwood Estates Ltd 1920 AD 204
McLuckie v Sullivan 2011 1 SA 365 (GS).
Metequity Ltd and Another v NWN Properties Ltd and Others 1998 2 SA 554 (T)
Mia v Cachalia 1934 AD 102
Minister of Education and Another v Syfrest Trust Ltd NO and Another 2006 4 SA 205 (K)
Mkangeli and Others v Joubert and Others 2002 (4) SA 36 (HHA)
Mohamed and Others NNO v Ally 1999 2 SA 42 (HHA)
Monhaupt v Minister of Finance 1918 39 NPD 47
Moluele and Others v Deschatelets, NO 1950 2 SA 670 (T)
Muller en 'n Ander v Pienaar 1968 3 SA 195 (A)
Mutual and Federal Insurance Co Ltd v Oudtshoorn Municipality 1985 1 SA 419 (A)

N

Nedbank Ltd v Thorpe 2008 JDR 1237 (N)
Nel and Others v Metequity Ltd and Another 2007 3 SA 34 (HHA)
Nieuwoudt and Another NNO v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk 2004 3 SA 486 (HHA)

O

Oliff v Oliff's Executors 1924 45 NPD 413
Orkin Bros Ltd v Bell and Others 1921 TPD 92

P

Penny v Penny's Estate 1937 EDL 392
Penz v Gross and Others 1996 2 SA 518 (K)
Peterson and Another NNO v Claassen and Others 2006 5 SA 191 (K)
Pezutto v Dreyer and Others 1992 3 SA 379 (A)
Pieters Family Trust v Colyn 2006 JOL 17570 (K)
Powertech Industries Ltd v Mayberry and Another 1996 2 SA 742 (W)
Pretorius v CIR 1984 2 SA 619 (T)
Pritchard's Trustee v Estate Pritchard 1912 CPD 87
Purdon v Muller 1961 2 SA 211 (A)

Phillips v Fieldstone Africa (Pty) Ltd and Another 2004 1 All SA 150 (HHA)

R

Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd 1921 AD 168

Ras and Others NNO v Van der Meulen and Another 2011 4 SA 17 (HHA)

Reichel v Wernich and Others 1962 2 SA 155 (T)

Relier (Pty) Ltd v CIR 1998 1 All SA 183 (A)

Ries v Estate Ries 1912 CPD 390

Rosner v Lydia Swanepoel Trust 1998 2 SA 123 (W)

S

S v Gardener and Another 2011 4 SA 79 (HHA)

Sackville West v Nourse 1925 AD 516

Sells v Calder and Another 1930 NPD 199

Sheriff v Greene and Another 1913 AD 240

Shirley v Swanepoel and Others In Re: Swanepoel NO and Others v Grand Valley Estates (Pty) Ltd and Another 2005 JOL 15709 (T)

Sibex Construction (SA) (Pty) Ltd and Another v Injectaseal CC and Others 1988 2 SA 54 (T)

Simplex (Pty) Ltd v Van der Merwe and Others NNO 1996 (1) SA 111 (W)

SIR v Rosen 1971 1 SA 172 (A)

Smit v Du Toit en Andere 1981 3 SA 1249 (A)

Stander and Others v Schuwulst and Others 2008 1 SA 81 (K)

Spiros v Spiros 1932 WLD 207

Standard Bank of South Africa Ltd NO v Betts Brown and Others 1958 3 SA 713 (N)

Stephenson (Inspector of Taxes) v Barclays Bank Trust Co Ltd 1975 1 All ER 625

Swanepoel v Grand Valley Estates (Pty) Ltd 2005 JOL 15709 (T)

T

The Shipping Corporation of India Ltd v Evdomon Corporation and Another 1994 (1) SA 550 (A)

Thorpe and Others v Trittenwein and Another 2007 2 SA 172 (HHA)

Tijmstra NO v Blunt-MacKenzie NO and Others 2002 1 SA 459 (T)

TJ Jonck BK h/a Bothaville Vleismark v Du Plessis NO en 'n Ander 1998 1 SA 971 (O)

Train v Msomi and Others 2008 JOL 21409 (LCC)
Twentyman and Another v Hewitt 1833 1 Menz 156

V

Van der Merwe NO and Others v Hydraberg Hydraulics CC and Others, Van der Merwe NO and Others v Bosman and Others 2010 5 SA 555 (WCC)
Van der Merwe v Van der Merwe 2000 2 SA 519 (K)
Van der Plank NO v Otto 1912 AD 353
Van der Westhuizen v Van Sandwyk 1996 2 SA 490 (W)
Vasco Dry Cleaners v Twycross 1979 1 SA 603 (A)
Vause v Rees 2010 ZAGPJHC 51 (ongepubliseerde saak gelewer 25 Junie 2010)
Vermaak's Executor v Vermaak's Heirs 1909 TS 679

W

Watt v Sea Plant Products Bpk 1989 4 All SA 109 (K)
Welchis Estate v CIR 2005 4 SA 173 (HHA)
Wood v Petrie and Others 1923 AD 420

Y

Yarram Trading CC t/a Tijuana Spur v Absa Bank Ltd 2007 2 SA 579 (HHA)

Z

Zandberg v Van Zyl 1910 AD 302
Zinn NO v Westminster Bank 1936 AD 89

Wetgewing

Boedelbelastingwet 45 van 1955

Boedelwet 66 van 1965

Hereregterwet 40 van 1949

Inkomstebelastingwet 58 van 1962

Maatskappywet 61 van 1973

Maatskappywet 71 van 2008

Registrasie van Aktes Wet 47 van 1973

Wet op Beheer van Effektetrusts 54 van 1981

Wet op Beheer van Kollektiewe Beleggingskema's 45 van 2002

Wet op Beslote Korporasies 69 van 1984

Wet op Belasting op Toegevoegde Waarde 89 van 1991

Wet op die Beheer oor Trustgoed 57 van 1988

Wet op Egskeiding 70 van 1979

Wet op Finansiële Instellings (Beskerming van Fondse) 28 van 2001

Wet op Testamente 7 van 1953

Wet op Vervreeming van Grond 68 van 1981

Internetbronne

www.thedti.gov.za

Deneys Reitz 2003 <http://www.saica.co.za>

Deneys Reitz 2003 Trusts: Don't write them off yet <http://www.saica.co.za> [datum van gebruik 24 Nov 2010]

Deneys Reitz 2006 <http://www.saica.co.za>

Deneys Reitz 2006 Pitfalls in the Administration of Trusts <http://www.saica.co.za> [datum van gebruik 2 Feb 2011]