

EIENAARSKAP VAN TRUSTBATES

Navorsingsverslag ter gedeeltelike voldoening
aan die vereistes vir die LLM graad in Boedelreg
vir die Noordwes Universiteit Potchefstroom Kampus

JC PIETERS

21542104

Module: LLMS 873

Studieleier:
Medestudieleier
November 2010

Dr JP Coetzee
Mnr Henk Kloppers

Inhoudsopgawe

Lys van afkortings	1
Opsomming	2
1 Inleiding	3
2 Regsaard en Regspersoonlikheid van 'n Trust	5
3 Samestelling van 'n Trust	7
3.1 Oprigter	7
3.2 Trustees	8
3.3 Begunstigdes	9
4 Definisie en kenmerke van 'n Trust	10
5 Geldigheidsvereistes vir die totstandkoming van 'n Trust	13
5.1 Essensiale vir die voortbestaan van die trust	16
6 Afstanddoening van beheer	18
6.1 Administrasie van aparte boedels	23
7 Huwelike en vennootskappe	25
7.1 Huwelik buite gemeenskap van goedere	26
7.2 Huwelik buite gemeenskap van goedere met die toepassing van die aanwasbedeling	29
7.3 Huwelik binne gemeenskap van goedere	31
7.4 Vennootskappe	32
8 Verbreking van gemeenregtelike grondbeginsels	35
8.1 Gesamentlike optrede van trustees en optrede ter goeder trou	35
9 Die Objektiewe Forensiese Benadering	39
10 Effek van nie-nakoming van trustbeginsels op trustbates	40
11 Gevolgtrekking	42
Bibliografie	45

Lys van afkortings

A	Artikel
AARP	Algemene Aanvaarde Rekenkundige Praktyk
IAS	International Accounting Standards
SALJ	South African Law Journal
STELL LR	Stellenbosch Law Review
TSAR	Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg
UNISA	Universiteit van Suid-Afrika

Summary

This research investigates the protection of trust assets in terms of section 12 of the *Trust Property Control Act* 57 of 1988 and the discretion of the courts to 'disobey' the Act with regard to their decisions in divorce matters and specifically whether trust assets must be included in the husband's estate for purposes of a redistribution order in terms of section 7 of the *Divorce Act* 70 of 1979.

The norm is to create a trust and transfer certain assets into the trust in order to protect those assets against claims from potential creditors. Trusts are also established for the advantages it offers parties from a tax and estate duty perspective.

The aim of this investigation is to emphasise the basic principles for the creation of a valid trust as well as the compliance with the statutory duties and procedures during the administration of the trust and the consequences if not adhering to these principles.

The consequences of not adhering to the trust principles vary and depend on the facts of each case. The key cases in this research with regard to redistributions orders is *Badenhorst v Badenhorst* 2006 2 SA 255 (HHA) and *Jordaan v Jordaan* 2001 3 SA 288 (K). The assets in an *inter vivos* trust are protected, but if the trustees do not relinquish control of the assets, the trust can be declared the *alter ego* of such a trustee and leave the trust assets open to attack from creditors. The key case for not adhering to the trust principles with regard to the administration and complying with the statutory duties and procedures is the case of *Land and Agricultural Development Bank of SA v Parker* 2004 4 All SA 261 (HHA).

The purpose of this research is to determine when, which factual circumstances are taken into consideration and to what extent the courts authority stretches, in determining whether a Trustee acquires an ownership right to trust assets without qualifying as a trust beneficiary

1 Inleiding

Voor 2001¹ het die howe min aandag aan die vraag of trustbates regtens deel kan vorm van 'n trustee se persoonlike boedel gegee.² Die vraag wanneer en onder welke omstandighede trustbates wel deel van 'n trustee se persoonlike boedel kan of behoort te vorm, het sedert 2001³ gereeld in die Suid-Afrikaanse howe onder die soeklig gekom.⁴

Alhoewel die *Wet op die Beheer van Trustgoed*⁵ die vraagstuk rakende eienaarskap van trustbates uiteensit, het die kwessie rondom eienaarskap van trustbates nie net in die howe onder die soeklig gekom nie, maar is daar wyd in die literatuur daaroor geskryf.

In die literatuur word onderskeid getref tussen 'n trust in die breë sin en 'n trust in die eng sin.⁶ 'n Trust in die breë sin verwys na 'n trust waar die administrateurs 'n sekere amp beklee, maar nie die eienaar is van die trustbates nie. 'n Trust in die eng sin verwys na 'n trust waar die oprigter van die trust beheer van die trustbates aan 'n ander persoon oorhandig, wat die trustbates moet beheer tot die voordeel van sekere begunstigdes. 'n Trustee van 'n trust in die eng sin is die eienaar van die trustbates, maar nooit vir sy persoonlike voordeel nie, altyd vir 'n ander.⁷ In die Suid-Afrikaanse reg word 'n duidelike onderskeid tussen die eiendomsreg van die trustbates en die

¹ Daar was vroeëre uitsprake met betrekking tot trustbates in egskeidings, maar die kwessie het eers werklik na die uitspraak in die saak van *Jordaan v Jordaan* 2001 3 SA 288 (K) in 2001 (hierna genoem die *Jordaan*-beslissing), onder die soeklig gekom.

² Afgesien van waar 'n trustee ook 'n begunstigde van die trust is.

³ In die *Jordaan*-beslissing is die kwessie van eienaarskap van trustbates weer onder die vergrootglas geplaas.

⁴ Sien onder andere *Land and Agricultural Development Bank of SA v Parker* 2004 4 All SA 261 (HHA) (hierna genoem die *Parker*-beslissing); *Barnard v Steenkamp & Others* 2007 JOL 18929 (T); *Nieuwoudt NO v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk* 2004 3 SA 486 (HHA).

⁵ 57 van 1988 (hierna genoem die *Trustwet*).

⁶ Honoré T en Cameron E *Honoré's South African Law of Trusts* (Juta Kaapstad 1992) 2.

⁷ Hierdie standpunt word ondersteun deur onder andere Pace RP en Van der Westhuizen WM *Wills and Trusts* (LexisNexis Durban 2009) B5.4 23; Honoré en Cameron *Law of Trusts* 3. Olivier PA en Van den Berg GPJ *Praktiese Boedelbeplanning* (Juta Kaapstad 1991) 176.

bates in die trustee se persoonlike boedel getref.⁸ Die trustee administreer slegs die trustbates namens die trustbegunstigdes en hierdie bates vorm nie deel van sy persoonlike boedel nie.

Uit onlangse uitsprake van die howe wil dit voorkom of hierdie uitsprake oënskynlik lynreg teenoor die algemene regsposisie in Suid-Afrika staan. Die standpunte van die howe⁹ veroorsaak regsonsekerheid en blyk ook met die bepalings van artikel 12 van die *Trustwet* in stryd te wees.

Die doel van hierdie ondersoek is om te bepaal wanneer en na aanleiding van welke feitelike omstandighede, en tot watter mate howe die bevoegdheid het om te beslis dat 'n trustee in sy persoonlike hoedanigheid eiendomsreg ten aansien van trustbates verkry sonder dat hy¹⁰ as trustbegunstigde daarvoor kwalifiseer.

Dit mag selfs wees dat howe se siening op ander regsbeginsels gebaseer is, byvoorbeeld dat 'n spesifieke trust ongeldig is, of weens ander regsbeginsels wat nie uit die trustreg voorspruit nie, soos sekere bepalings in die *Wet op Egskeiding*.¹¹

Een van die onderliggende redes vir trustvorming is juis dat die trustee¹² die bates wat in die trust vestig, beheer en administreer tot voordeel van die trustbegunstigdes.¹³

⁸ A12 *Trustwet*.

⁹ Die verskillende standpunte van die howe word verder in die studiestuk meer volledig bespreek.

¹⁰ Vir doeleindes van hierdie ondersoek word na die manlike vorm verwys, maar dit kan ook die vroulike insluit.

¹¹ A7 van die *Wet op Egskeiding* 70 van 1979. (Hierna genoem die *Egskeidingswet*)

¹² Vir doeleindes van hierdie ondersoek word na die trustee in die enkelvoud verwys.

¹³ Coetzee J "n Kritiese ondersoek na die aard en inhoud van trustbegunstigdes se regte volgens die Suid-Afrikaanse reg." LLD proefskrif UNISA 2006 5; Oosthuizen MJ (red) *Suid-Afrikaanse Handelsreg*, 3de uitgawe Volume II (Lex Patria, Kaapstad 1988), 591.

Die trust word deesdae al hoe meer in Suid-Afrika aangewend, spesifiek in die kommersiële verkeer. Die trustvorm word gebruik vir batebeskerming en kan 'n skild vorm teen die begunstigde se krediteure en ander eisers.¹⁴ Dit is dus belangrik dat huidige en voornemende oprigters en trustees hulle vergewis van die slaggate¹⁵ waarin hulle kan beland indien die trust nie volgens die bepalinge van die *Trustwet* opgerig en bestuur word nie.

Alvorens dieper gedelf kan word na die moontlike redes en omstandighede waaronder die howe sulke oënskynlike foutiewe ingrypings in die *Trustwet* sal toelaat, is dit van belang om eers te bepaal wat die regs aard en regspersoonlikheid van die trustfiguur is, asook die aard en omvang van die trustfiguur en welke algemene regsreëls daarop van toepassing is.

2 Regs aard en regspersoonlikheid van 'n trust

Volgens die Suid-Afrikaanse trustreg word hoofsaaklik twee tipes trusts erken, naamlik die trust *inter vivos* en die *mortis causa* trust.¹⁶ Die trust *inter vivos* word op die kontraktereg gebaseer,¹⁷ aangesien dié tipe trust volgens ooreenkoms tussen die oprigter en die trustee opgerig word.¹⁸ Sekere aspekte van die kontraktereg soos wilsooreenstemming, bedoeling tussen die

¹⁴ Geach WD en J Yeats *Trusts Law and Practice* (Juta Durban 2007) 53.

¹⁵ Een van die slaggate is die gebruik van 'standaard klousules' in die trustakte, wat te make het met die mate van beheer wat die oprigter/trustee behou oor die trustbates wat aan die trust oorgedra word. Hierdie slaggate word later in paragraaf 7 bespreek. Sien ook Van der Westhuizen W "The right tool makes all the difference" (Butterworths Durban 2002) 32 – 34.

¹⁶ Olivier PA *Trustreg en Praktyk* (De Jager – HAUM Uitgewers Pretoria 1989) 26; Oosthuizen *Suid-Afrikaanse Handelsreg* 591.

¹⁷ Die uitspraak van *Crooks v Watson and Others* 1956 1 SA 277 (A) geld vandag nog as gesag dat die trust *inter vivos* soortgelyk is aan die *stipulatio alteri*.

¹⁸ Joffe "Sham" Trusts" 2007 *De Rebus* 25; Honoré en Cameron *Law of Trusts* 26; Olivier *Trustreg* 26. In terme van die beslissinge in *Crooks NO and Another v Watson and Others* 1956 1 SA 277 (A) en *Hofer and Others v Kevin NO and Others* 1988 1 SA 382 (HHA) word 'n trust *inter vivos* beskou as 'n kontrak en meer spesifiek 'n beding ten behoeve van 'n derde. Die regter se beslissing in die saak dui eerder daarop dat 'n trust as kontrak spesifiek 'n *stipulatio alteri*, 'n kontrak vir die voordeel van 'n derde is. Volgens Coetzee "Die Regte van Trustbegunstigdes – 'n Nuwe wind wat waai? 2007 *De Rebus* 29 moet die *Hofer* beslissing nie as gesag dat 'n trust slegs van kontraktuele aard is, gesien word nie. Sien ook in die verband Oosthuizen *Suid-Afrikaanse Handelsreg* 601.

partye en duidelike terme is ook hier ter sprake. Hierteenoor is die testamentêre trust of trust *mortis causa* 'n regsfiguur *sui generis*¹⁹ wat by wyse van testament opgerig word en eers na die oprigter se dood tot stand kom. Hierdie tipe trust word beheer deur die reëls van erfreg.²⁰ In hierdie geval, net soos in die geval van die trustee in 'n trust *inter vivos*, verkry die trustee geen genots- of beskikkingsbevoegdhede nie.²¹ Alhoewel verskillende reëls vir die oprigting van die *mortis causa* en trust *inter vivos* toegepas word, is Coetzee²² van mening dat slegs een stel reëls vir die voortsetting van hierdie twee tipes trusts moet geld. Vir doeleindes van hierdie ondersoek word daar slegs gekonsentreer op die trust *inter vivos* en die algemene regsreëls wat daarop van toepassing is.²³

In die Suid-Afrikaanse reg word die trust *inter vivos* nie as 'n regspersoon erken nie.²⁴ Hierdie stelling word bevestig in die saak van *Commissioner for Inland Revenue v Mac Neillie's Estate*.²⁵ Omdat 'n trust nie in die Suid-Afrikaanse reg as 'n regspersoon erken word nie, moes heelwat wetgewing²⁶

¹⁹ *Braun v Blann and Botha NNO and Another* 1984 2 SA 850 (A).

²⁰ Daar is die eerste keer in die saak van *Estate Kemp v McDonald's Trustee* 1915 (A) 491 beslis oor die testamentêre trust. In hierdie saak het die hof die testamentêre trust gelykgestel aan 'n *fideicommissum* terwyl die hof in die saak van *Wood v Petrie and Others* 1923 (A) 423 beslis het dat sekere van die bemakings in die oorledene se testament nie 'n *fideicommissum* daargestel het nie en die manlike erfgename geregtig was om hulle erfenisse op te eis. Die hof het finaal in die saak van *Braun v Blann & Botha* 1984 2 SA 850 (A) beslis dat 'n trust nie 'n *fideicommissum* is nie, maar 'n regsverskynsel is wat as *sui generis* of eiesoortig beskou kan word. Sien ook Coetzee 'n *Kritiese ondersoek* 122-124.

²¹ Oosthuizen *Suid-Afrikaanse Handelsreg* 591; Olivier en Van den Berg *Praktiese Boedelbeplanning* 180.

²² Coetzee 'n *Kritiese ondersoek* 125 – 126.

²³ In hierdie ondersoek word klem gelê op artikel 12 van die *Trustwet* wat beskerming aan trustbates van die *inter vivos* trust verleen, en daarom word nie verder aan die trust *mortis causa* (wat beheer word deur die reëls van die erfreg) aandag verleen nie.

²⁴ Joubert WA, Faris JA (reds) *The Law of South Africa* Vol 31 (Butterworths Durban 2001) 298; Geach WD en J Yeats *Trusts Law and Practice* 14; Du Toit F *South African Trust Law* (LexisNexis Durban 2007) 9.

²⁵ *Commissioner for Inland Revenue v Mac Neillie's Estate* 1961 2 SA 833 (A).

²⁶ Die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962 is na die uitspraak in die saak van *CIR v Friedman* 1993 1 SA 353 (A) gewysig om voorsiening te maak, dat vir doeleindes van die Wet, die omskrywing van "persoon" ook 'n trust insluit. Na die uitspraak in die saak van *Mkangeli v Joubert* 2002 4 SA 36 (HHA) is artikel 102 van die *Wet op Hereregte* 47 van 1937 gewysig deur die definisie van 'n "persoon" te wysig om nou ook 'n trust in te sluit. In die definisie van 'n persoon in die *Maatskappywet* 71 van 2008 (welke wet eers middel 2011 in werking tree) word die trust ook nou ingesluit waar verwys word na 'n 'juristic person'. So ook word 'n

aangepas word om voorsiening te maak vir 'n trust om as "persoon" erken te word.

Ten einde die samestelling van die trust te bespreek, is dit noodsaaklik om kennis van die partye tot die trust te dra, asook die verskillende magte en pligte wat op elk van hierdie partye rus. Daar word later in die ondersoek ook gekyk na die posisie van die trustbates indien die partye tot die trust, en in die besonder die trustee, die magte wat aan hom toegeken is in die trustakte oorskry. Daar sal ook verder aandag gegee word aan die gevolge van optredes van die trustee indien die trustee nie sy gemeenregtelike en statutêre pligte met betrekking tot die administrasie van die trust nakom nie.

3 Samestelling van 'n trust

Uit die omskrywings van 'n trust, soos later meer volledig bespreek word, blyk dit dat die trust *inter vivos* volgens 'n basiese skriftelike trustakte opgerig word deurdat die oprigter in terme van die skriftelike trustakte 'n bate aan die trustee van die trust in eiendomsreg oormak of onderneem om dit te doen.²⁷ Hierdie bate word dan deur die trustee ten behoeve van die trustbegunstigdes geadministreer.²⁸ Dit is daarom van belang om kortliks met die oprigting van 'n trust en die partye betrokke by 'n trust te handel, soos voorgeskryf in die *Trustwet*. Die partye betrokke by 'n geldige trust is:

3.1 Oprigter

In die geval van 'n trust *inter vivos*, is die oprigter die persoon wat die ooreenkoms met die trustees tot die voordeel van die trustbegunstigdes

persoon omskryf in artikel 1 van die *Wet op Belasting op Toegevoegde Waarde* 89 van 1991 en kan 'n trust geregistreer word as 'n ondernemer.

²⁷ *Crookes v Watson and Others* 1956 1 SA 277 (A) 284 B – D; Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* B6.1. Oosthuizen *Suid-Afrikaanse Handelsreg* 591.

²⁸ A1 van die *Trustwet*; Geach en Yeats *Trust Law and Practice* 61.

aangaan.²⁹ Dit is die persoon wat die trust vir een of ander doel wil gebruik en hy inisieer ook die oprigting van die trust.³⁰ Die oprigter kan enige persoon wees wat bevoeg is om 'n kontrak aan te gaan of, in die geval van 'n testamentêre trust,³¹ 'n persoon wat bevoeg is om 'n testament op te stel.³²

Vir doeleindes van hierdie ondersoek is dit van belang om daarop te let dat die oprigter van 'n trust dus handelingsbevoeg moet wees, die bedoeling moet hê om 'n trust op te rig en bates in eiendomsreg aan die trustees moet oordra of onderneem om dit oor te dra.³³

3.2 Trustees

Artikel 1 van die *Trustwet* verwys na 'n trustee as enige persoon, insluitend die stigter van die trust, welke persoon in terme van die bepalinge van die *Trustwet* aangestel is.³⁴

Die trustee se taak is om die trustbates ten behoeve van die begunstigdes te administreer. Sodra die trust tot stand kom, ontstaan daar 'n vertrouensverhouding tussen die trustee en die begunstigdes met betrekking tot die trustbates. Hierdie besondere verhouding tussen die trustee en die begunstigdes word 'n fidusiêre verhouding genoem.³⁵ Hierdie verhouding beteken dat die trustee moet toesien dat die trustbepalinge ooreenkomstig die

²⁹ Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* B6.1; Du Toit *F South African Trust Law* 4.

³⁰ Geach en Yeats *Trust Law and Practice* 52.

³¹ Die testateur moet self die testament opstel en mag nie die bevoegdheid om erfgename aan te wys aan iemand oordra nie. Die testateur moet dus oor testateur bevoegdheid beskik soos bepaal in artikel 4 van die *Wet op Testamente* 7 van 1953.

³² Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* B6.1, Olivier *Trustreg* 23 -25, Joubert en Faris *Law of South-Africa* 306 – 307, Honoré en Cameron *Law of Trusts* 4-7.

³³ Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* B8.2; Joubert en Faris *Law of South-Africa* 298 - 299; Honoré en Cameron *Law of Trusts* 4-5.

³⁴ Joubert en Faris *Law of South-Africa* 298 - 299. Dit is dus duidelik uit die bewoording dat daar geen beletsel op die oprigter is om ook 'n trustee te wees nie en daar word in sommige van die hofuitsprake ook verwys na die optrede van die oprigter.

³⁵ Du Toit FJ "The fiduciary office of trustee and the protection of contingent trust beneficiaries" 2007 *STELL LR* 469 – 470; Du Toit FJ "Beyond *Braun*: An Examination of some interesting issues from recent decisions on Trusts" 2001 *TSAR* 126.

inhoud van die trustakte uitgevoer word³⁶ deur die belange van die trustbegunstigdes altyd voorop te stel.³⁷

Alhoewel die trustee eienaar word van die trustbates, is dit 'n besondere tipe eiendomsreg wat statutêr gereël word.³⁸ Die trustee word wel eienaar van die trustbates, maar nie vir homself nie, wel tot voordeel van die trustbegunstigdes. Die trustee verkry dus 'n aparte tweede boedel wat volgens wetgewing³⁹ beperk is in omvang en aan die bepalings van die trustakte onderhewig is.

3.3 Begunstigdes

Aangesien 'n trust ten behoeve van 'n derde party opgerig word,⁴⁰ volg dit logies dat sodanige derde party in die trustakte aangewys moet word.

In die geval van bepaalde begunstigdes, word die begunstigdes by name aangewys. Bepaalbare begunstigdes verwys na daardie begunstigdes wat uit 'n groep omskrewe persone kom.⁴¹ Die vereiste is egter dat begunstigdes altyd bepaal of bepaalbaar moet wees om geldigheid aan die trust te verleen.⁴² 'n Regspersoon kan ook 'n trustbegunstigde wees en die begunstigdes hoef nie net natuurlike persone te wees nie.⁴³

³⁶ Die wense van die oprigter word ook in die trustakte vervat.

³⁷ Coetsee *Die Regte van Trustbegunstigdes* 2007 *De Rebus* 29; *Hofer and Others v Kevin NO and Others* 1988 1 SA 382 (HHA) 386D.

³⁸ Olivier *Trustreg* 77; Honoré en Cameron *Law of Trusts* 244.

³⁹ A12 van die *Trustwet*.

⁴⁰ Hierdie beginsel geld nie by liefdadigheidstrusts nie en daar word nie mee in die ondersoek gehandel nie. By liefdadigheidstrusts is die reëls anders aangesien begunstigdes nie bepaal of bepaalbaar hoef te wees nie. Olivier *Trustreg* 135-139; Honoré en Cameron *Law of Trusts* 130-135; Du Toit F *South African Trust Law* 190.

⁴¹ Olivier *Trustreg* 25.

⁴² *Re Sayer Macgregor and Another v Sayer and Another* 1956 3 ALL ER 600; *Re Baden's Deed Trusts Baden and Others v Smith and Others* 1969 1 ALL ER 1016.

⁴³ Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 33 B6.3, Joubert en Faris *The Law of South Africa* 310 – 311; Du Toit F *South African Trust Law* 113.

Om 'n geldige trust op te rig, moet daar aan sekere vereistes, soos omskryf in die *Trustwet*, voldoen word.⁴⁴ Indien hierdie minimum vereistes ontbreek, kom 'n trust nie tot stand nie of verval die trust in ongeldigheid met dramatiese gevolge.⁴⁵

Om die geldigheidsvereistes van die regsfiguur van 'n trust te omskryf, is dit noodsaaklik om eers te bepaal wat die omskrywing of definisie van 'n trust is.

4 Definisie en wesenskenmerke van 'n trust⁴⁶

Soos voorheen vermeld,⁴⁷ is 'n trust *inter vivos* 'n trust wat deur 'n kontrak tussen die oprigter en trustee ten behoeve van die begunstigdes tot stand kom.

Voor die inwerkingtreding van die *Trustwet*, het daar nie 'n algemeen geldende definisie van 'n trust in die Suid-Afrikaanse reg bestaan nie.⁴⁸ Die feit dat die trustkonsep nie in 'n enkele definisie saamgevat kon word nie, blyk duidelik uit die verskeidenheid van definisies van verskeie van die skrywers.⁴⁹ Volgens Honoré⁵⁰ is dit nie so eenvoudig om 'n definisie van 'n trust neer te pen nie, en skrywers het volgens hom soms nagelaat om te onderskei tussen die proses waardeur 'n trust *opgerig* word, die *bestaan* van 'n geldige trust en die *administrasie* van 'n trust.⁵¹

⁴⁴ In die besonder word verwys na A1 en A12.

⁴⁵ Coetzee *'n Kritiese ondersoek* 164.

⁴⁶ Die Engelse trustreg is in Suid-Afrika aangewend sedert die Kaap in 1806 'n Britse kolonie geword het en daar is ooreengekom dat die Romeins-Hollandse reg as deel van die vredesverdrag die geldende regstelsel aan die Kaap sou bly. Die terme *trust* en *trustee* is in die Suid-Afrikaanse trustreg opgeneem, maar nie in die Engelse trustreg nie. Olivier *Trustreg* 13-14.

⁴⁷ Sien vn 11.

⁴⁸ Olivier *Trustreg* 4.

⁴⁹ Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* B4.3; Honoré en Cameron *Law of trusts* 3; De Waal MJ "The core elements of the Trust: Aspects of the English Scottish and South African Trusts Compared" 2000 SALJ 549.

⁵⁰ Honoré en Cameron *Law of trusts* 1.

⁵¹ Honoré en Cameron *Law of trusts* 1.

In terme van artikel 1 van *die Trustwet* word 'n trust soos volg gedefinieer:

Die reëling waardeur een persoon se goed uit hoofde van 'n trustdokument –

- (a) 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, of
- (b) 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 trustdokumente 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, voog of kurator ingevolge die bepalinge van die *Boedelwet*, 1965 (Wet 66 van 1965) nie;

Honoré⁵² se definisie van 'n trust in die eng sin word as volg beskryf:

In the strict or narrow sense a trust exists when the creator of the trust, whom we will call the founder, has handed over or is bound to hand over to another the control of property which, or the proceeds of which, is to be administered or disposed of by the other (the trustee or administrator) for the benefit of some person other than the trustee as beneficiary, or for some impersonal object.

Die trust word deur Olivier⁵³ beskryf as:

'n Regsverskynsel waar 'n tussenpersoon, die trustee, in ooreenstemming met die uitgesproke wense van 'n ander persoon, die oprigter of skenker genoem, goed as eienaar hou, nie vir die trustee se eie persoonlike voordeel nie, maar ten behoeve van bepaalde of bepaalbare persone of vir 'n onpersoonlike doel. So 'n trust word 'n trust in die eng sin genoem.

'n Soortgelyke definisie word ook deur Oosthuizen⁵⁴ aangehaal, naamlik:

'n Trust kan omskryf word as 'n regsfiguur waarvolgens 'n persoon, die oprigter genoem, sekere van sy bates afsonder in die hande van 'n ander persoon, die trustee genoem, om onderhewig aan die opdragte en aanwysings van die oprigter, die afgesonderde bates namens en ten behoeve van ander persone, die begunstigdes genoem, vir 'n bepaalde doel (uitgesluit die oprigter se eie voordeel) te hou en te administreer.

⁵² Honoré en Cameron *Law of Trusts* 3.

⁵³ Olivier *Trustreg* 4.

⁵⁴ Oosthuizen *Suid-Afrikaanse Handelsreg* 589.

Uit die bovermelde is dit dus duidelik dat die trust in die eng sin op twee bene of konstruksies staan.⁵⁵ Die eerste been verwys na die trust waar die trustee eienaar van die trustbates word tot die voordeel van die trustbegunstigdes. Hierdie tipe trust is die tipiese diskresionêre trust wat in hierdie ondersoek meer volledig hanteer sal word. Die tweede been verwys na die trust waar die trustbegunstigdes die eienaar van die trustbates word, en die trustee die beheer en bestuur van die trustbates waarneem. Hierdie tipe trust word die “bewindtrust” of “vestigingstrust” genoem en daar word nie vir doeleindes van hierdie ondersoek verder van hierdie tipe trust melding gemaak nie.⁵⁶

Die onderliggende idee van ‘n trust, volgens regter Cameron in die saak van die *Parker*-beslissing “is the separation of ownership from enjoyment”.⁵⁷

Die hof het ook in die saak van *Thorpe v Trittenwein*⁵⁸ verwys na die “core idea of the trust” en beslis dat:

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.

In hierdie saak het die hof beklemtoon dat daar ten minste een trustee en een begunstigde moet wees en dat die trustee en die begunstigde nie dieselfde persoon kan wees nie.⁵⁹ Die kern by die aanwending van die trust is dus dat daar ‘n skeiding tussen eiendomsreg en beheer van die trustbates en die genot of gebruik van die trustbates moet wees.⁶⁰ Die onderliggende doel en

⁵⁵ Coetzee *’n Kritiese ondersoek* 133.

⁵⁶ Die bewindtrust het nie dieselfde oogmerk as die trust *inter vivos* nie, naamlik om bates te bewaar en te beskerm tot voordeel van die begunstigdes. Die bewindtrust se oogmerk is om een of ander besigheid te bedryf om ‘n wins vir die begunstigdes te maak. Die bates vestig in hierdie geval reeds in die begunstigdes, maar word deur die trustees geadministreer. Wiechers NJ en Roos A (reds) *Trusts* (UNISA Pretoria 1993) 88. Vir ‘n verdere bespreking van die bewindtrust sien Olivier *Trustreg* 113 -114.

⁵⁷ 86E-F.

⁵⁸ *Thorpe v Trittenwein* 2007 2 SA 172 (HHA) par 17 178I-J.

⁵⁹ Geach en Yeats *Trusts Law and Practice* 2.

⁶⁰ 86E -F; Kloppers H “Enkele lesse vir trustees uit die *Parker*-beslissing” 2006 *TSAR* 419.

kenmerk van die trust is dus “nie vir jouself nie, maar ten behoeve van ‘n ander”.⁶¹

Uit bogaande blyk minstens twee kenmerke vir die onderhawige ondersoek van belang te wees. Die eerste kenmerk is dat die oprigter bates aan ‘n trust oormak om deur die trustee uit hoofde van sy pligte, soos in die trustakte bepaal, geadministreer te word.⁶² Die volgende kenmerk is die feit dat die eienaarskap van sulke bates in die trustee tot voordeel van die trustbegunstigdes vestig.⁶³

Alhoewel daar nie ooreenstemming tussen die skrywers vir ‘n eenvormige definisie van die trust bestaan nie, is Coetzee⁶⁴ dit eens dat daar voorskrifte vir die geldigheid van die oprigtingshandeling, asook vir die voortsetting van die trust, neergelê moet word. Volgens Coetzee⁶⁵ moet die vereistes vir die *geldige totstandkoming* van die trust nie met die essensiale van die trustfiguur vir die *geldige voortbestaan* van die trust verwar word nie.

Daar gaan vervolgens na die wesenskenmerke vir die *geldige totstandkoming* van ‘n trust gekyk word.

5 Geldigheidsvereistes vir die totstandkoming van ‘n trust

Uit voorgaande bespreking blyk dit reeds duidelik dat daar sekere vereistes bestaan waaraan voldoen moet word voordat ‘n trust regsgeldiglik tot stand kom en ook kan voortbestaan.⁶⁶

⁶¹ Coetzee *‘n Kritiese ondersoek* 34.

⁶² Joubert en Faris *Law of South-Africa* 302, Oliver *Trustreg* 36 – 38, Honoré en Cameron *Law of trusts* 111 – 112, Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* B8.1.

⁶³ Olivier *Trustreg* 4, Honoré en Cameron *Law of trusts* 3.

⁶⁴ Coetzee *‘n Kritiese ondersoek* 126 – 134.

⁶⁵ Coetzee *‘n Kritiese ondersoek* 126 134.

⁶⁶ Die vereistes vir die geldige voortbestaan van die trust word meer volledig bespreek in paragraaf 5.1.

Daar heers egter verskillende opinies oor wat presies hierdie geldigheidsvereistes is.⁶⁷ Skrywers soos Honoré en Olivier⁶⁸ stem saam dat, vir die ontstaan van 'n geldige trust, die oprigter beheer oor die bates aan die trustee moet oorgee om tot die voordeel van die trustbegunstigdes te administreer.⁶⁹ Geach⁷⁰ is van mening dat 'n trust gevorm word met die oorhandiging van die bates aan die trustees en die aanvaarding van die bates deur die trustees.

Daar gaan vervolgens kortliks na van die noodsaaklike elemente of wesenskenmerke vir die *geldige totstandkoming* van die trustfiguur gekyk word. Verder word kortliks by die vereistes wat sommige skrywers neerlê, asook die toetse wat die howe toepas, stilgestaan.⁷¹

Honoré⁷² en Van der Westhuizen⁷³ stel die volgende vereistes vir die totstandkoming van 'n geldige trust:⁷⁴

- (a) the founder must *intend to create one*;
- (b) he must express his intention in a mode *apt to create an obligation*;
- (c) the *subject matter must be defined* with reasonable certainty;
- (d) the *trust object*, which may be either personal or impersonal, *must be defined* with reasonable certainty;
- (e) the *trust object must be lawful*. (my beklemtoning)

Joubert⁷⁵ gee die vereistes vir die totstandkoming van 'n geldige trust as volg weer:

- (a) The founder must intend to create a trust;
- (b) The prospective trust assets and object of the trust must be defined with reasonable certainty;

⁶⁷ Olivier *Trustreg* 33.

⁶⁸ Honoré en Cameron *Law of Trusts* 96; Olivier *Trustreg* 26.

⁶⁹ Olivier L "Trust: Traps and Pitfalls" 2001 SALJ 225.

⁷⁰ Geach en Yeats *Trusts Law and Practice* 5.

⁷¹ In hierdie ondersoek word daar spesifiek gekyk na die konflik tussen die howe se uitsprake met betrekking tot die eienaarskap van trustbates en die bepaling van artikel 12 van die *Trustwet*. Slegs van die wesenskenmerke of essensiale van 'n geldige trust wat aanleiding gegee het tot die hofuitsprake sal meer volledig bespreek word.

⁷² Honoré en Cameron *Law of trusts* 96, Joubert en Faris *Law of South Africa* 302.

⁷³ Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trust* B8.

⁷⁴ Hierdie vereistes is ook beklemtoon in die saak van *Administrators, Estate Richards v Nichol* 1996 4 SA 253 (K).

⁷⁵ Joubert en Faris *Law of South Africa* 302 – 306.

(c) The object of the trust must be lawful.

Hierdie vereistes stem ooreen met die “core idea” van die trust soos deur die howe uiteengesit.⁷⁶

In die saak van *Nel and Others v Metequity LTD and Another*⁷⁷ het die vraag ontstaan of daar ‘n geldige trust kan wees in daardie gevalle waar “there was identity of interest between the trustees and the beneficiary”.⁷⁸ Die appellante het aangevoer dat daar nie ‘n skeiding tussen beheer en genot is nie en dat daar ‘n plig op die trustees rus om onafhanklik op te tree.

Die hof beslis as volg.⁷⁹

The fact that trustees and beneficiaries have identical interests insofar as the object of a trust is concerned does not mean that there exists an identity of interest in the same person purporting to act in different capacity, thereby invalidating the trust.

Volgens Van der Linde en Lombard⁸⁰ bestaan ‘n trust geldig indien die intensie van die oprigter teenwoordig is, die trusteeendom en begunstigdes bepaal of bepaalbaar is, en die trustobjek geldig is.

Volgens Olivier⁸¹ word die volwaardigheid van ‘n trust⁸² nie beïnvloed as daar ‘n latere toetrede van ‘n trustee is of as die trustbates nie dadelik oorgedra word nie. Olivier⁸³ beskryf die essensiële elemente vir die geldige totstandkoming van die trust as volg:

(a) ‘n Stigter met die bedoeling om ‘n trust te skep;

⁷⁶ Onder andere in die *Parker*-beslissing; *Jordaan*-beslissing; *Badenhorst v Badenhorst* 2006 2 SA 255 (HHA) (hierna genoem die *Badenhorst*-beslissing). *Peterson NNO v Claassen* 2006 5 SA 191 (K).

⁷⁷ 2007 3 SA 34 (HHA) 38E-F.

⁷⁸ 37F-G

⁷⁹ 38E-F

⁸⁰ Van der Linde A en Lombard S “onlangse regspraak” 2007 *De Jure* 434.

⁸¹ Olivier *Trustreg* 39. Selfs Olivier erken dat daar verwarring bestaan met betrekking tot die essensiële vereistes van ‘n trust by die ontstaan van ‘n trust en die voortbestaan van die trust.

⁸² Olivier beskou die trust as volwaardig of volledig sodra die essensiële elemente teenwoordig is, naamlik die stigter met die bedoeling om die trust te skep, trustgoed wat afkomstig is van die oprigter, begunstigdes wat benoem is en ‘n trustee om die bates te administreer *Trustreg* 38-39.

⁸³ Olivier *Trustreg* 38.

- (b) Trustgoed wat afkomstig is van die oprigter;
- (c) Begunstigdes wat kan voordeel trek uit die trustgoed;
- (d) 'n Trustee om reghebbende te word van die trustgoed.

Coetzee⁸⁴ identifiseer die vier wesenskenmerke soos volg:

- (a) 'n Trustee wat 'n fidusiêre posisie beklee;
- (b) Aparte boedels;
- (c) Behoorlike subrograsie;
- (d) Trusteeskap as amp.

Olivier⁸⁵ haal die vereistes gestel deur Honoré as volg aan:

- (a) The segregation of the trust assets of the founder;
- (b) The existence of an obligation on the part of the trustee to administer them otherwise than purely for himself;
- (c) The actual or prospective control of the trustee over the assets;
- (d) A degree of independence on the part of the trustee as the holder of an office. The most important legal consequence of a trust is;
- (e) The control of the court over its administration, with the corollary that the court may, for example, appoint and remove trustees.

Uit die bogenoemde is dit dus duidelik dat die oprigter die bedoeling moet hê om 'n trust op te rig, die trustbates moet duidelik gestipuleer word en verder moet die trustobjek geldig wees.

Indien daar dus nie aan hierdie minimum vereistes vir die totstandkoming van 'n trust voldoen word nie, kom 'n trust nie tot stand nie en kan dit katastrofiese gevolge hê.

5.1 Essensiale vir die voortbestaan van die trust

'n Bespreking van sommige van die essensiële elemente vir die geldige voortbestaan van die trust gaan die kernvraag van die ondersoek beantwoord, naamlik: Waar setel die eienaarskap van trustbates? Hierdie elemente of eienskappe is fundamenteel tot die trustfiguur en is van belang om die geldige voortbestaan van die trust te verseker.⁸⁶ Indien daar dus van

⁸⁴ Coetzee *'n Kritiese ondersoek* 126 – 134.

⁸⁵ Olivier *Trustreg* 33.

⁸⁶ Van der Linde en Lombard 2007 *De Jure* 434.

hierdie elemente of eienskappe ontbreek, kan die howe of skuldeisers die trustbates aanval en beveel dat hierdie bates geag word die bates van die trustee⁸⁷ te wees.

Dit is dus van belang dat hierdie elemente tydens die voortbestaan van die trust teenwoordig bly sodat die trustbates nie deur gades in 'n egskeidingsgeding en selfs skuldeisers aangeval kan word nie. Daar gaan vervolgens na die essensiële vereistes vir die geldige voortbestaan van die trust *inter vivos* gekyk word.

Joubert en Farris⁸⁸ is van mening dat 'n trust slegs regsgeldig kan voortbestaan indien die volgende vereistes nagekom word:

- (a) Where the founder has segregated the trust assets from the rest of his estate;
- (b) Where the trustee is under a duty to keep the trust assets apart from his own estate;
- (c) And to administer them otherwise than solely for his own benefit;
- (d) Where the trustee acquires control or the prospect of control;
- (e) And where the administration of the assets is in the final resort subject to the court's control.

Buiten die vereistes waaraan 'n trust moet voldoen om geldig te wees soos wat hierbo bespreek is⁸⁹, moet die trustees ook die basiese trustbeginsels om die geldige voortbestaan van die trust te verseker, nakom.⁹⁰ Van hierdie trustbeginsels word deur ons gemene reg bepaal. Die statutêre pligte word in die *Trustwet* voorgeskryf en die magte wat aan die trustees verleen word vir die administrasie van die trust word in die trustakte vervat.⁹¹

⁸⁷ Die bates kan ook in sekere omstandighede geag word bates van die oprigter te wees indien die oprigter ook een van die trustees is, maar om verwarring uit te skakel word slegs die gevalle waar die bates geag is die bates van die trustee te wees, bespreek.

⁸⁸ Joubert en Farris *Law of South-Africa* 298.

⁸⁹ Die stigter met die bedoeling om die trust te skep, trustgoed wat afkomstig is van die oprigter, begunstigdes wat benoem is en 'n trustee om die bates te administreer.

⁹⁰ *Parker*-beslissing 86E-F.

⁹¹ Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* B15, Oosthuizen *Suid-Afrikaanse Handelsreg* 623; Kloppers *Enkele lesse vir trustees* 2006 TSAR 416.

Indien hierdie basiese trustbeginsels vir die administrasie van die trust nie deur die trustees nagekom word nie, kan die hof byvoorbeeld die bates van die trust of die waarde van die bates van die trust by die verlening van 'n herverdelingsbevel in 'n egskeidingsgeding in aanmerking neem.⁹² Daar kan nou geargumenteer word dat so 'n bevel in stryd is met die bepalinge van artikel 12 van die *Trustwet*. Die belangrikste kenmerk van 'n trust is dan juis daarin geleë dat die trustee 'n amp beklee en dat die eiendomsreg van die trustbates wat in hom vestig, nie aangetas kan word nie,⁹³ aangesien die trustbates nie vir homself is nie, maar vir 'n derde party, naamlik die inkomste- en kapitaalbegunstigdes.

Die kernprobleem is dus om te bepaal welke toetse die hof gebruik om te bepaal of hierdie basiese trustbeginsels wel deur die trustee nagekom is of nie. Daar gaan ook ondersoek word tot welke mate die hof die bevoegdheid het om te beslis dat bates van 'n trust die bates van die trustee in sy persoonlike hoedanigheid is. Voorbeelde hiervan is bates wat ingevolge 'n egskeidingsgeding by die toestaan van 'n herverdelingsbevel in berekening gebring word, of in die geval waar die trustee se persoonlike boedel insolvent is.

Daar is nou na die essensiële elemente, wat noodsaaklik is vir die geldige voortbestaan van die trust, verwys. Slegs enkele van hierdie vereistes gaan bespreek word, asook die gevolge van die nie-nakoming van hierdie vereistes.

6 Afstanddoening van beheer

⁹² Alhoewel die hof nie in een van die uitsprake wat hier bespreek word beveel het dat 'n spesifieke bate oorgedra moet word aan die ander party nie, is die waarde van sodanige bate van die trust telkens aangewend om die eis van die ander party te kwantifiseer. Sien veral *Badenhorst*-beslissing; *Bezuidenhout v Bezuidenhout* 2005 (2) SA 17 (HHA), *Jordaan*-beslissing; *Childs v Childs* NO 2003 JOL 11221 (K); *Klinker v Klinkert en andere* G saaknommer 24833/2004.

⁹³ *Olivier Trustreg* 257.

Hierdie vereiste is sekerlik dié belangrikste essensiële element wat nagekom moet word nadat die trust geldig tot stand gekom het. Daar gaan vervolgens na enkele van die gevolge, indien daar nie voldoende afsondering van die bates is nie, gekyk word.⁹⁴

Die toets vir afstanddoening en beheer is dat die oprigter beheer oor die trustbates (na aanname van die trustbates deur die trustee in terme van die trustakte) moet verloor.⁹⁵ Die oprigter mag steeds 'n trustee wees, maar enige beheer wat die oprigter in sy hoedanigheid as trustee uitoefen, moet tot die voordeel van die trustbegunstigdes wees en daar moet 'n duidelike skeiding tussen eienaarskap en genot wees.⁹⁶

In die praktyk gebeur dit soms dat die oprigter (soms 'n oupa/ouma) R100 skenk en hulleself of hulle naasbestaandes as trustees aanstel. Soms is die oprigter ook een van die begunstigdes en loop die oprigter die gevaar om die trustbates as sy eie bates te hanteer.

Volgens Van der Linde en Venter⁹⁷ is die tipiese probleemareas met betrekking tot die bogenoemde die volgende:

- (a) Die oprigter/trustee behou die reg voor om trustees te enige tyd te vervang;
- (b) Die oprigter/trustee behou 'n vetoreg;
- (c) Die oprigter/trustee behou die reg voor om by wyse van 'n testament sekere voorskrifte aan die trustees te bepaal.

Indien die oprigter of trustee aan wie die bevoegdheid toegeken word dus die bevoegdheid het om deur middel van sy testament voor te skryf hoe die bates

⁹⁴ A 7(6) van die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962, A 7 van die *Egskeidingswet* en A 3(3)(d) van die *Boedelbelastingwet* 45 van 1955 (Hierna genoemd die *Boedelbelastingwet*).

⁹⁵ Hierdie toets word ook as een van die suksesvolle toetse beskou wat buitelandse howe gebruik om 'n buitelandse trust aan te val en die trust as 'n "sham" te verklaar. Sien Cottis KB "Beware the Estranged Spouse!: Current Trust litigation in Relation to Marital claims" 2001 *International Legal Practitioner* 106 – 110 en Lacob L "The world of Offshore Sham Trusts" 2000 *Insurance and Tax* 3 - 6.

⁹⁶ *Parker*-beslissing 267. Van der Linde A en Venter JMP "onlangse regspraak – *Nel v Metequity Ltd* 2007 3 SA 34 (HHA) 2007 *De Jure* 433.

⁹⁷ Van der Linde L en Venter JMP "Onlangse regspraak" – *Jordaan v Jordaan* 2001 3 SA 288 (K) 2002 *De Jure* 355 – 360; vir 'n volledige bespreking van die probleemarea sien Van der Westhuizen *The right tool makes all the difference* 32. Sien verder Pace en Van der Westhuizen B23.1 en Lacob L "Offshore Sham Trusts" 2000 *Insurance and Tax* 3 - 6.

van die trust *inter vivos* na sy afsterwe verdeel moet word, kan daardie bates deel vorm van die oorledene se bestorwe boedel en aan boedelbelasting in terme van artikel 3(3)(d) van die *Boedelbelastingwet* ⁹⁸ onderhewig wees.

Indien die trustee die reg het om trustees te vervang, en die trustee op hierdie wyse die enigste trustee is wat inkomste kan verdeel of terughou, kan hierdie optrede van die trustee veroorsaak dat die bepalinge van artikel 7(6) van die *Inkomstebelastingwet* en artikel 3(3)(d) van die *Boedelbelastingwet* toegepas word. ⁹⁹

Wanneer die oprigter of trustee 'n vetoreg het en hierdie vetoreg negatief toegepas word, dit wil sê, wanneer een van die trustees se stemreg een van die meerderheid moet wees, sal die bepalinge van artikel 7(6) van die *Inkomstebelastingwet* en artikel 3(3)(d) van die *Boedelbelastingwet* nie toepassing vind nie. In die geval waar hierdie reg positief toegepas word, dit wil sê, die trustee (wat ook 'n begunstigde is) kan die meerderheid uitstem, kan so 'n vetoreg negatiewe gevolge hê vir beide inkomstebelasting en boedelbelasting.

Indien die oprigter of trustee in sy testament deur 'n testamentêre voorbehoud bepaal hoe die bates van die trust onder die begunstigdes verdeel moet word, word geag dat die oorledene aan hom die reg voorbehou om sy eie boedel te bevoordeel. So 'n bemaking val dan binne die bepalinge van artikel 3(3)(d) van die *Boedelbelastingwet*. ¹⁰⁰

⁹⁸ A 3(3)(d) van die *Boedelbelastingwet* bepaal dat eiendom waaroor 'n oorledene onmiddellik voor sy afsterwe bevoeg was om tot sy eie voordeel of tot voordeel van sy boedel te beskik, geag word 'n bate in die boedel van die oorledene te wees.

⁹⁹ Sien in die verband Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* B21.7.

¹⁰⁰ Sien in die verband Van der Westhuizen *The right tool makes all the difference* 32.

Die tweede gevaar, is dat die hof die ooreenkoms kan ignoreer indien dit nie die ware intensie van die partye verteenwoordig nie. So 'n transaksie kan as 'n gesimuleerde transaksie beskou word.¹⁰¹

Die 'sham' trust of gesimuleerde trust beginsel het sy ontstaan gekry in buitelandse howe wat die 'sham' trust konsep ontwikkel het.¹⁰² Hierdie beginsel vind toepassing wanneer die trustee te veel beheer oor die trustbates het of te veel beheer het oor besluite rakende die administrasie van die trust. Hierdie gesimuleerde trust is veral buitelandse trusts wat deur persone in ander jurisdiksies opgerig word om bates te beskerm teen krediteure, verkwisters en belastingdoeleindes.¹⁰³ Die posisie in Suid-Afrika met betrekking tot die gesimuleerde trust beginsel verskil egter van dié van die buitelandse howe.¹⁰⁴ In meeste van die sake aangehaal in hierdie studiestuk is die trust aanvanklik opgerig om die gesin se bates te beskerm¹⁰⁵ en vir boedelbeplanningsdoeleindes. Wat dan later skeefloop, is dat die trustee hom in die reg vasloop as hy nie die voorskrifte vir die administrasie van die trust na oprigting nakom nie.

Sou die hof dus bevind dat die trust 'n gesimuleerde trust is, kan beslag op die bates van die trust gelê¹⁰⁶ word, of die howe kan die bates van die trust

¹⁰¹ *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302; *Erf 3183/1 Ladysmith (Pty) Ltd v CIR* 1996 58 SATC 229 (A).

¹⁰² Joffe *Sham' Trusts* 2007 *De Rebus* 25-26.

¹⁰³ Veldsman J "Creditors and offshore asset protection trusts" 2007 *De Rebus* 20; Ware J en Roper PEW "The world of offshore sham trusts" (1999 *Income and Tax*).

¹⁰⁴ Anders as die Suid-Afrikaanse trustreg wat die kontraktereg toepas, word die trustreg in die buiteland op die wet op billikheid toegepas. Indien die hof dus sou bevind dat die trust 'n 'sham' is, word die bestaan van die trust nie erken nie en is die bates dus vatbaar vir beslaglegging deur gades of krediteure. Vir 'n verdere bespreking van die 'sham' trust sien Joffe *sham' trusts* 2007 *De Rebus* 25-26 en

¹⁰⁵ *Maritz v Maritz* 2006 JOL 16569 (T); *Wehrley v Wehrley* saak nommer 2894/91 (NPA).

¹⁰⁶ Skuldeisers 'can strike down the trust' wat tot die gevolg sal hê dat die trust in wese nie meer bestaan nie en die bates deur skuldeisers aangeval kan word asof hierdie bates die persoonlike bates van die trustee is.

by die verlening van 'n herverdelingsbevel in 'n egskeidingsgeding in ag neem.¹⁰⁷

In die *Jordaan*-beslissing word die belangrikheid van die afstanddoening van beheer oor trustbates deur die oprigter¹⁰⁸ bespreek, asook die feit dat die trustees uit hoofde van hulle fidusiêre plig onafhanklik en in die beste belang van die trustbegunstigdes moet optree.¹⁰⁹ Die hof beslis in hierdie saak.¹¹⁰

Vir bogenoemde redes kom ek tot die gevolgtrekking dat by die beoordeling van die vraag wat die omvang van die herverdelingsbevel moet wees, dit reg en billik is om die bates van die trust in ag te neem. Vanweë hierdie bevinding is dit nie nodig om te besluit of dit in die omstandighede nodig is om die 'corporate veil' deur te dring nie.

Hierdie standpunt ten opsigte van afstanddoening en beheer is ook bevestig in 'n ongerapporteerde saak van *Grobbelaar v Grobbelaar* 26600/98 TPA¹¹¹ waar die hof as volg beslis het:

Inaggenome egter die diskresionêre aard van die trust, die verweerder se feitlik algehele beheer daaroor, die feit dat die eiseres nie meer 'n begunstigde van die trust gaan wees nie en die feit dat die trust in wese bestaan uit bates wat die verweerder versamel het gedurende die bestaan van die huwelik, meen ek egter dat die trust se bates in ag geneem moet word by die beoordeling van beide die onderhoudseis en die herverdeling van die bates.

Die *Jordaan*-beslissing is die *locus classicus* waar die oprigter die basiese trustbeginsels tydens die voortbestaan van die trust verontagsaam het.

¹⁰⁷ In die Suid-Afrikaanse reg is die gesimuleerde trust nie noodwendig ongeldig nie, aangesien die trust geldig tot stand gekom het. Sien in die verband *Peterson and Another NNO v Claassen and Others* 2006 5 SA 191 (K).

¹⁰⁸ In hierdie spesifieke saak was die oprigter ook een van die trustees, wat 'n beheerende aandeel in die trust gehad het en wat dan ook die man in die egskeidingsgeding was. Daarom het die hof verwys na die oprigter en die optrede van die oprigter as trustee. Dit kom verder ook in die praktyk voor dat die oprigter iemand anders as die trustee is ('n oupa of ouma), wat geen verdere belang by die administrasie van die trust het nadat die trustees aangestel is nie.

¹⁰⁹ Van der Linde en Venter 2002 *De Jure* 358.

¹¹⁰ *Jordaan* -beslissing 301D.

¹¹¹ *Grobbelaar v Grobbelaar* 26600/98 TPA bl 9 (10).

In die *Jordaan*-beslissing was die partye buite gemeenskap van goedere getroud en het die verweerder die hof gevra om die bates van die trusts buite rekening te laat by die toestaan van 'n herverdelingsbevel in 'n egskeidingsgeding.

Die verweerder se prokureur het aangevoer dat, aangesien die verweerder se magte beperk word deur die bepalinge in die trustakte en *die Trustwet*, die hof nie die bates van die trusts kan oorweeg nie. Die hof het nie hierdie argument verwerp nie, maar het verwys na die wyse waarop hierdie trusts deur die verweerder bestuur is, en beslis dat dit reg en billik sou wees om die bates van die trust by die toestaan van 'n herverdelingsbevel in die egskeidingsgeding in aanmerking te neem.¹¹² Die hof beslis dat die verweerder die trusts as strukture gebruik het om finansiële voordeel te trek in sy persoonlike hoedanigheid¹¹³ en dat die trusts op die verweerder se eie getuienis die *alter ego* van die verweerder is.¹¹⁴

Die verweerder se eie getuienis dui daarop dat die trust inderdaad die *alter ego* is van die verweerder, en deur hom as sodanig beskou word. Hy beskou die trusts as 'n manier waarop hy vir homself finansiële voordeel kan bewerkstellig. Dit blyk uit die verweerder se optrede om kort na die instel van hierdie aksie 'n trust te stig met die spesifieke doel om van sy bates op 'n bedrieglike wyse buite die bereik van die eiseres te plaas.

Die hof maak ook in hierdie saak die stelling dat die getuienis voor die hof sodanig is dat¹¹⁵:

Vanweë hierdie bevinding is dit nie nodig om te besluit of dit in die omstandighede nodig is om die "corporate veil" deur te dring nie.

Hierdie is slegs enkele van die gevolge van die nie-nakoming van die vereistes vir die geldige voortbestaan van die trust deur die trustee.

¹¹² Sien paragraaf 299G-H.

¹¹³ Sien paragraaf 289 D 301 D.

¹¹⁴ Sien paragraaf 301C.

¹¹⁵ Sien paragraaf 301D.

Daar gaan vervolgens na enkele van die pligte van die trustee gekyk word en wat die gevolge is indien hierdie pligte nie noudeset nagekom word nie.

6.2 Administrasie van aparte boedels

Die gemenerereg reguleer meeste van die pligte van die trustees alhoewel sekere pligte statutêr gereël word.¹¹⁶ Die magte van die trustees word statutêr gereël en word ook verder in die trustdokument omskryf.¹¹⁷ Die hof kan in uitsonderlike gevalle hierdie magte aanvul.¹¹⁸ Die trustees moet die voorgeskrewe vereistes (waarvan slegs enkeleles bespreek word) vir die geldige voortbestaan of funksionering van 'n trust noudeset nakom. Een van hierdie vereistes is dat die trustbates afsonderlik gehou moet word en nie met die persoonlike bates van die trustee vermeng moet word nie.¹¹⁹

Hierdie toets is veral aangewend in beslissings waar die hof versoek is om 'n herverdelingsbevel in terme van artikel 7(3)¹²⁰ van die *Egskeidingswet* te maak en die hof sy herverdelingsdiskresie in terme van artikel 7 van die *Egskeidingswet* moes toepas.

In die sake wat verder bespreek word, gaan na die verskillende faktore gekyk word wat die hof in ag geneem het om te bepaal of bates van 'n trust wel by die verlening van 'n herverdelingsbevel in 'n egskeidingsgeding in ag geneem kan word.

¹¹⁶ Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* B15, Oosthuizen *Suid-Afrikaanse Handelsreg* 623.

¹¹⁷ Du Toit *South African Trust Law* 95.

¹¹⁸ *Parker*-beslissing 2005 2 SA 77 (HHA).

¹¹⁹ Olivier *Trustreg* 75, Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* B15.1.6, Honoré *Honoré's* 221, Oosthuizen *Suid-Afrikaanse Handelsreg* 627, A11 en A12 van die *Trustwet*.

¹²⁰ Die herverdelingsdiskresie ingevolge artikel 7(3) van die *Egskeidingswet* het met die inwerkingtreding van die *Wet op Huweliksgoedere* 88 van 1984 sy ontstaan gekry en die hof kan in terme van hierdie diskresie alle relevante faktore om 'n herverdelingsbevel te maak, in ag neem. Die hof het dus 'n onbelemmerde diskresie om sodanige bevel te maak. Vir 'n volledige bespreking van die herverdelingsdiskresie sien Van Schalkwyk LN "Herverdeling van Bates ingevolge Artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979: Het ons 'n Nuwe Uitgangspunt?" 2006 *De Jure* 632-644.

Soos reeds voorheen bespreek, vorm bates wat in 'n trust gehou word nie deel van die bates van een van die partye nie. Die bestaan van 'n trust waar een van die partye as begunstigde op voordele geregtig is,¹²¹ is egter 'n faktor wat by die verlening van 'n herverdelingsbevel in terme van artikel 7 van *Egskeidingswet*,¹²² in aanmerking geneem kan word.

In die saak van *Beira v Beira*,¹²³ het die man aangedring dat bates van die trust by die verlening van 'n herverdelingsbevel in terme van artikel 7 van die *Wet op Egskeiding* in ag geneem word. Die vrou se ouers was die trustees van die betrokke trust en die vrou slegs 'n begunstigde. Die vrou sou eers 'n gevestigde reg in die trust by die afsterwe van beide haar ouers verkry. Die hof het beslis dat die man nie op die bates van die trust kon aanspraak maak nie, aangesien die bates eers in die vrou na die afsterwe van beide haar ouers sou vestig en het die man se aansoek van die hand gewys.

Sien ook verder die saak van *Van der Merwe v Van der Merwe NO en ander*,¹²⁴ waar die vrou, wat slegs 'n begunstigde van die trust was, aansoek gedoen het dat die woonhuis wat in die naam van die trust geregistreer was, in die egskeidingsgeding aan haar toegeken moes word. Die hof het beslis dat, aangesien die vrou slegs 'n begunstigde van die trust was, sy nie op die woonhuis, wat 'n bate van die trust was, kon aanspraak maak nie, aangesien sy nog nie oor enige regte as begunstigde beskik nie.¹²⁵

¹²¹ *Kirkland v Kirkland* 2005 3 All SA 384 (K).

¹²² Wiechers en Roos *Trusts* 87.

¹²³ *Beira v Beira* 1990 3 SA 802 (W).

¹²⁴ saaknommer 20077/98 TPA.

¹²⁵ 'n Begunstigde beskik eers oor 'n gevestigde reg indien die trustees 'n toekenning aan die begunstigde maak en die begunstigde die toekenning aanvaar. In hierdie saak het die vrou slegs saam met haar gesin in die huis gewoon. Daar is geen regte aan haar deur een van die trustees toegeken nie. Sien ook in die verband die uitspraak in die saak van *Maritz v Maritz* 2006 JOL 16569 (T) met betrekking tot die regter se verduideliking van die verkryging van 'n gevestigde reg.

Uit die uitsprake hierbo vermeld is dit duidelik dat 'n persoon wat op trustbates aanspraak maak, 'n trustee moet wees of reeds 'n gevestigde reg as 'n begunstigde van die betrokke trust verkry het.

7 Huwelike en vennootskappe

Dit gebeur soms dat 'n trustakte 'n klousule bevat wat poog om te verseker dat enige voordele verkry uit die trust uitgesluit word by 'n huwelik binne gemeenskap van goedere of dat die bate nie onderhewig sal wees aan die aanwasbedeling of enige ander eise by beëindiging van die huwelik nie. Om te bepaal of hierdie bate buite bereik van enige eise van 'n eks gade sal wees, hang nie net af van wanneer en deur wie die trust opgerig is nie, maar ook die wyse hoe die trust bates beheer is sedert die trust tot stand gekom het.¹²⁶

Daar gaan voorts na die verskillende huweliksgoederebedelings gekyk word waar die betrokke partye vir 'n herverdelingsbevel in terme van die *Egskeidingswet* aansoek gedoen het en in die besonder na gevalle waar die partye buite gemeenskap van goedere getroud was, huwelike waar die aanwasbedeling van toepassing was voor die inwerkingtreding van die *Wet op Huweliksgoedere* in 1984 en huwelike binne gemeenskap van goedere asook vennootskappe.

7.1 Huwelik buite gemeenskap van goedere

Die feite van die *Badenhorst*-beslissing is kortliks dat die man die vrou vir 'n egskeiding gedagvaar het en die vrou 'n teeneis vir die herverdeling van die bates ingestel het, welke bates ook die bates van verskeie trusts ingesluit het.

¹²⁶ Geach en Yeats *Trusts Law and Practice* 222.

Die hof het hier beslis dat, alhoewel die bates in die amptelike hoedanigheid van die die trustees gevestig het en nie in die man se persoonlike boedel nie, dit nie *per se* beteken dat sodanige bates vir die doeleindes van die herverdelingsbevel buite rekening gelaat moet word nie.¹²⁷ Die hof vermeld verder¹²⁸ dat, alvorens trustbates vir 'n herverdelingsbevel in berekening gebring word, voldoende bewyse wat aantoon dat die man die trust beheer het, voorgelê moet word en dat, indien dit nie vir die tussenvoeging van die trust was nie, die man die bates in sy eie naam sou besit het.¹²⁹ Die hof moes dus die trustakte ondersoek asook die wyse waarop die man die trustsake hanteer het.

Die hof beslis verder dat, alhoewel daar twee trustees was wat oor 'n onbelemmerde diskresie betreffende die trustadministrasie beskik het, die verweerder geen onderskeid tussen sy privaat bates en die van die trust getref het nie.¹³⁰ Dit is al hierdie faktore wat die hof laat besluit het dat die man volle *de facto*¹³¹ beheer oor die trustbates gehad het en dat die waarde van die trustbates in die man se persoonlike boedel in berekening gebring moes word vir doeleindes van die herverdelingsbevel¹³².

Die hof het hier as volg beslis¹³³

To succeed in a claim that trust assets be included in the estate of one of the parties to a marriage there needs to be evidence that such party

¹²⁷ Sien paragraaf 260I.

¹²⁸ Sien paragraaf 260I/J – 261A.

¹²⁹ Met ander woorde daar moet 'n "causa" tussen die trust en die bates van die trust en die trustee en sy persoonlike bates wees. Indien daar nie 'n "causa" is nie, is daar nie 'n trust nie en word die bates geag die bates van die trustee te wees.

¹³⁰ Die verweerder het selde met die ander trustee gekonsulteer, of die goedkeuring van die ander trustee gevra. Hy het die trust as finansiële voertuig vir sy besigheidsdoeleindes gebruik, het nie onderskei tussen sy persoonlike bates en die bates van die trust nie, kon die bepaling van die trustakte wysig, en kon ook trustees afdank en ander trustees aanstel. (Hierdie bewerings gemaak deur die hof stem ooreen met die vereistes vervat in die IAS 15 hierbo bespreek.)

¹³¹ *De facto* beheer beteken dat die man in praktyk oor die bates van die trust beheer gehad het en daarmee kon handel asof dit sy eie bates was. Sien ook *Lacob Offshore Sham Trusts* 5 vir 'n volledige bespreking van *de facto* beheer soos bespreek in die saak van *Rahman v Chase Bank Trust Company (CI) Ltd and Others* 1991 JLR 103.

¹³² *Badenhorst* -beslissing 261D – H/I.

¹³³ Sien in die verband 260I - 261B-C.

controlled the trust and but for the trust would have acquired and owned the assets in his own name. Control must be *de facto* and not necessarily *de iure*. To determine whether a party has such control it is necessary to first have a 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. *De iure* control of a trust is in the hand of the trustees, but very often the founder in business of family trusts appoints close relatives or friends who are either supine or do the bidding of their appointer.

Alhoewel die hof nie uitdruklik bevind het dat die onderskeie trusts ongeldig was nie, het die hof die bates wat deur sekere van die familietrusts gehou word, beskou as deel van die persoonlike bates van die verweerder.

Volgens Van der Linde en Venter¹³⁴ onderstreep dié beslissing die belang van die skeiding tussen eienaarskap en genot van die trustbates deurdat oprigters beheer aan die trustees moet oorgee, wat uit hoofde van hulle fidusiêre plig hulle bevoegdhede onafhanklik en in die beste belang van die trustbegunstigdes moet uitoefen.

In 'n verdere ongerapporteerde saak van *Klinkert v Klinkert*,¹³⁵ het regter Fabricius ook na paragraaf 9 van die *Badenhorst*-beslissing verwys by die dispuut tussen die partye of die bates van die familietrust geag behoort te word die persoonlike bates van die man te wees. Die hof het in hierdie saak eerstens die bepalings van die trustakte oorweeg en bevind dat dit redelik duidelik uit die bepalings van die trustakte was dat *de facto* beheer deur die man oor die sake van die trust uitgeoefen is en kon word.¹³⁶ Die hof bevind verder dat die sake van die trust en die van die man nou ineengestrengel is met mekaar¹³⁷ en beslis dat die waarde van die bates wel by die berekening van die herverdelingsbevel in terme van artikel 7(3) van die *Egskeidingswet* in ag geneem moet word.

¹³⁴ Van der Linde en Venter 2002 *De Jure* 358.

¹³⁵ *Klinkert v Klinkert en andere* G saaknommer 24833/2004 Noord Gauteng Pretoria.

¹³⁶ Sien in die verband paragraaf 11.

¹³⁷ *Klinkert v Klinkert en andere* G saaknommer 24833/2004 par 44.5.

Sien in die verband ook *Childs v Childs*,¹³⁸ waarin die hof 'n beslissing oor die waarde van 'n leningsrekening in die naam van die trust moes maak. Die hof het beslis dat die leningsrekening wel 'n bate van die trust was en dat die waarde van die leningsrekening by die berekening van die waarde van die trust in berekening gebring moes word.

Die uitspraak deur regter Hurt in die saak van *Wehrley v Wehrley*,¹³⁹ is sover die enigste geval waar die regter aangedui het dat hy nie summier die bates van die trust by die verlening van 'n herverdelingsbevel in terme van artikel 7(3) van die *Egskeidingswet* in aanmerking kan neem nie.

It would, however be equally wrong simply to regard the trust assets as those of the defendant. I do not think that the Court is entitled, because of possible previous misconduct, to turn a blind eye to the legal obligations which are clearly created out of the trust deed itself and out of the common law relating to trusts.

Die regter het egter verder na die wyse hoe die trust gestruktureerd was verwys en die opmerking gemaak dat die begunstigdes van die trust hom aan 'windowdressing' laat dink.¹⁴⁰ Die regter het daarna 'n bevel gemaak dat die waarde van die trustbates by die verlening van die herverdelingsbevel in ag geneem word.

Daar gaan nou vervolgens gekyk word wat gebeur in die geval waar die partye buite gemeenskap van goedere getroud was met die toepassing van die aanwasbedeling.

7.2 Huwelik buite gemeenskap van goedere met die toepassing van die aanwasbedeling

Die bates van 'n diskresionêre familietrust word nie net deur gades in 'n egskeidingsgeding met betrekking tot die verlening van 'n herverdelingsbevel

¹³⁸ *Childs v Childs* NO 2003 JOL 11221 (K).

¹³⁹ *Wehrley v Wehrley* saaknommer 2894/91 (NPA).

¹⁴⁰ Sien bladsy 20 van die uitspraak.

in 'n egskeidingsgeding aangeval nie, maar die *alter ego*¹⁴¹ konsep is ook aangewend in 'n egskeidingsgeding waar die aanwasbedeling van toepassing was. Die vraag voor die hof in die saak van *Pringle v Pingle*¹⁴² was om, met betrekking tot 'n eis om aanwas deur die gade met die kleiner boedel teenoor die gade met die groter boedel, 'n beslissing te maak.

In die ongerapporteerde saak van *Pringle v Pingle*,¹⁴³ het regter Erasmus as volg beslis:

Having regard to the fact that one of the considerations giving rise to the establishment of the trust was the protection which a trust would give the defendant against accrual claims by the plaintiff in the event of a divorce, and having further regard to the discretionary nature of the trust, the defendant's *de facto* sole control of the affairs of the trust and the fact that the trust in essence consists of assets accumulated by the defendant, I am of the view that the net asset value of the trust should be taken into consideration for purposes of determining the accrual of the defendant's estate.

Sover bekend is hierdie saak tans die eerste, indien nie die enigste, besliste saak waar die *alter ego* konsep by die berekening van 'n aanwaseis gebruik is.¹⁴⁴

In die *Jordaan*-beslissing¹⁴⁵ het die regter verduidelik dat onderskeid tussen die aanwasbedeling en 'n herverdelingsbevel in terme van artikel 7 van die *Egskeidingswet* getref moet word. In die geval van 'n huwelik buite gemeenskap van goedere met toepassing van die aanwasbedeling is erfenisse, legate en skenkings by die berekening van die aanwas uitgesluit. By artikel 7(3) van die *Egskeidingswet* bestaan daar geen sodanige uitsluiting nie.¹⁴⁶

¹⁴¹ *Alter ego* beteken dat daar 'n 'tweede persoon' binne die persoon is. Daar word gesê dat 'n persoon met 'n *alter ego* 'n 'dubbele lewe' lei. Die trustee hanteer dus met ander woorde die trustbates as sy eie bates.

¹⁴² *Pringle v Pringle* saaknommer H36/2006 en 18754/2007 (OKPA).

¹⁴³ Paragraaf 17.

¹⁴⁴ Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* B15.1.6.

¹⁴⁵ 297 H.

¹⁴⁶ Hierdie uitsluiting is nie uniek by huwelike met die insluiting van die aanwasbedeling nie, aangesien dit ook by huwelike binne gemeenskap van goedere van toepassing is.

Hierdie beslissing laat die vraag ontstaan of boedelbeplanners gades kan verseker dat bates wat vir boedelbeplanningsdoeleindes in 'n trust geplaas word, veilig is tot voordeel van die begunstigdes. Dit blyk of die *Jordaan*-beslissing die antwoord hierop met betrekking tot huwelike buite gemeenskap van goedere gegee het.

Daar gaan nou vervolgens gekyk word wat die posisie is met betrekking tot die huwelik binne gemeenskap van goedere.

7.2 *Huwelik binne gemeenskap van goedere*

In die ongerapporteerde saak van *Van der Merwe v Van der Merwe NO*¹⁴⁷ was die partye binne gemeenskap van goedere getroud. Die hof moes in 'n dringende aansoek rakende die huis wat in die naam van die trust geregistreer is, uitspraak lewer. Die hof het bevind dat die vrou slegs 'n begunstigde van die trust is en dat die trust niks te make het met die dispuut tussen die man en die vrou nie.¹⁴⁸

Bates gehou in 'n trust *inter vivos* sal by huweliksbeëindiging nie deel van die gemeenskaplike boedel uitmaak nie en die waardetoename daarvan sal ook nie in berekening gebring word nie. Een van die huwelikspartye kan in so 'n geval benadeel word.¹⁴⁹ Die vraag ontstaan nou wat 'n huweliksparty in so 'n geval te doen staan.

¹⁴⁷ saak nommer 20077/98 (TPA).

¹⁴⁸ In hierdie saak word ongelukkig nie verder oor die hof se beslissing ten opsigte van die verdeling van die bates in die finalisering van die egskeidingsgeding melding gemaak nie, en die hof beslis slegs dat die vrou geen aanspraak kan maak om in die huis te woon of om te verhoed dat dit verkoop word nie, aangesien die vrou slegs 'n begunstigde van die trust is en nog geen gevestigde regte het nie. Daar word ook nêrens melding gemaak oor hoe die huis gefinansier is nie en die stelling dat aankoop van onroerende eiendom deur 'n trust nie onderworpe is aan die bepalinge van artikel 15(1) van die *Wet op Huweliksgoedere* 88 van 1984 nie, word bevestig.

¹⁴⁹ Klopper H B "Sekere probleme in verband met inter vivos trust en getroude persone" 1990 SALJ 702-710.

Die aankoop van onroerende eiendom deur 'n trust word nie deur artikel 15(1) van die *Wet op Huweliksgoedere* gereguleer nie en enige van die huwelikspartye kan sonder die wete van die ander, bates in die naam van die trust aankoop, welke bate dan buite die gemeenskaplike boedel val. Indien die bate van die trust egter deur die gemeenskaplike boedel gefinansier word,¹⁵⁰ sal die gemeenskaplike boedel 'n vordering teen die trust vir daardie bedrae hê en hierdie vordering teen die trust moet dan tussen die huwelikspartye verdeel word.¹⁵¹

7.4 Vennootskappe

In 'n meer onlangse uitspraak in die saak van *Brunette v Brunette & Another*,¹⁵² het regter Chetty selfs so ver gegaan om die trust as 'n party tot die egskeidingsgeding te voeg, waar die vrou aangevoer het dat die bates van die trust geag word bates van die besighede te wees wat in vennootskap deur die man en vrou bedryf word. Die vrou het aangevoer dat daar geen onderskeid tussen die bates van die trust en die bates van die vennootskap in die bedryf van die besigheid getref is nie en dat die bates van die trust as bates van die vennootskap by die verlening van 'n herverdelingsbevel in terme van artikel (7)(3) van die *Egskeidingswet* geag moet word.

Uit die feite van die sake hierbo vermeld blyk die goeie nuus te wees dat nie alle gades altyd met 'n aansoek om 'n herverdelingsbevel in terme van artikel 7(3) van die *Egskeidingswet* suksesvol is nie en die diskresionêre familie-trust kan steeds met groot sukses as 'n hulpmiddel vir boedelbeplanningsdoeleindes aangewend word, mits die trustees optree in

¹⁵⁰ Indien partye binne gemeenskap van goedere getroud is en die eiendom word beswaar deur 'n verband, moet beide die partye hulle as borg verbind en moet beide die partye dus toestemming verleen vir die aangaan van die verband in die naam van die trust, ongeag of die vrou 'n trustee is of nie. Sien in die verband artikel 14 van die *Wet op Huweliksgoedere*.

¹⁵¹ Klopper 1990 SALJ 703 – 708.

¹⁵² *Brunette v Brunette & Another* 2009 JOL 23416 (O). [die egskeiding in die aangeleentheid is nog nie gefinaliseer nie en word eers in November 2010 aangehoor. Daar kan dus nie nou oor die beslissing van die regter met betrekking tot die toekenning van die bates van die trust of aan watter party die waarde van die bates toegeken is, verslag gedoen word nie.]

ooreenstemming met die trustakte en nie hulle magte¹⁵³ oorskry en pligte versuim nie.¹⁵⁴

In die saak van *Maritz v Maritz*,¹⁵⁵ was die vrou die verweerder in die saak en het aangevoer dat die waarde van die bates van die familietrust by die toestaan van 'n herverdelingsbevel in aanmerking geneem moet word.

Regter Mojapelo het dit egter duidelik gestel dat:

There is therefore, *ex lege* and in terms of the trust deed of the Maritz Trio Trust, which I have examined carefully, no obvious basis for regarding the assets of the trust as part of the assets of the plaintiff, nor is there an obvious justification for taking the value of the trust assets into account in determining the value of the plaintiff's assets. It is clear from the principles outlined above that the plaintiff has no direct or indirect interest in the trust assets other than as trustee and as a potential discretionary interim beneficiary. As trustee he has only obligations to deal with trusts assets in terms of the deed and the law applicable to trusts. There is no benefit, direct or indirect, which accrues to him as trustee which is translatable into asset value in his estate. As beneficiary, nothing vests in him.....There is thus no rational basis arising from his legal relationship with the trust why the assets of the trust should be regarded as his or why their value should be taken into account in determining the value of the assets to be redistributed in terms of section 7(3) of the Divorce Act 70 of 1979.

Die hof het in hierdie saak 'n duidelike onderskeid tussen die feite van hierdie saak en die feite in die *Jordaan*-beslissing getref. Sonder om al die feite en verskille te bespreek, het die regter afgesluit met:¹⁵⁶

I pause to remark that none of the deceptive, dishonest and mean attributes in paragraphs [3]–[6] above, which were present in the *Jordaan* case, are present in the case before this Court. In contrast, in *casu*, the plaintiff has from onset embraced his obligations towards the defendant and the children and honoured them.

Dit blyk verder uit hierdie uitsprake dat die howe slegs met die dispute tussen die betrokke partye gehandel het, en nooit sover gegaan het om die geldigheid van die trust uit eie beweging aan te val nie.¹⁵⁷ Selfs al het die

¹⁵³ Trustees verkry hulle magte uit die trustakte en die *Trustwet*.

¹⁵⁴ Sien die uitspraak in die saak van *Maritz v Maritz* 2006 JOL 16569 (T).

¹⁵⁵ Sien in die verband bl 15-16.

¹⁵⁶ Sien in die verband bl 19.

¹⁵⁷ *Pringle v Pringle* saak nommer 18754/2007 (OKPA); paragraaf 14 van die *Parker*-beslissing.

verdediging in die saak van *Childs v Childs*¹⁵⁸ die hof gedaag om die trust as 'n 'sham' te verklaar het die regter tog aangedui dat:¹⁵⁹

It is not necessary for me to declare the trust a sham as was suggested. I am satisfied that first defendant has the power to reclaim his loan account indebtedness from the trust without any difficulty. The minor children of the parties became the beneficiaries of this trust and it is right, in my view, that their father should now reclaim his loan to the trust so that he can be in a position to make the payment ordered to their mother, which will cater properly for their future. If it is necessary for the property to be sold in order for the amount of R545 990,50 to be repaid to first defendant, and then to plaintiff, so be it.

In al die bovermelde sake het die hof slegs die *waarde van die trust se bates* in plaas van 'n *spesifieke bate* van die trust in aanmerking geneem om 'n herverdelingsbevel in 'n egskeidingsgeding te maak of om 'n aanwaseis te bereken.¹⁶⁰

In die *Pringle*-beslissing het die regter so ver gegaan om die optrede van die verweerder te verklaar deur te sê:¹⁶¹

In neither *Badenhorst v Badenhorst* or *Jordaan v Jordaan*, where the trust in question joined as parties, the reason being the case that in neither case was an order sought depriving the trust of its assets. The position in these two cases is correctly stated as follows in *Trustreg en Praktyk* 2nd ed by Olivier et al at 6 – 29
'Ons wil beklemtoon dat die hof geensins in enige van die bogenoemde twee sake beslis het dat die trustbates as die bates van die verweerder aangesien moet word nie of dat enige van die bates aan die eiseres toegeken moet word nie. Die trustbates is slegs in die lig van besondere omstandighede van elke geval gesien as die bates van die verweerder, slegs vir doeleindes van die bepaling van die omvang van die bedrag wat hy aan die eiser moet betaal'.

Hierdie benadering kom moontlik uit die uitspraak van die *Bezuidenhout*-beslissing,¹⁶² waar regter Princus meld dat die bewoording van die Wet (verwysend na artikel 7(3) van die *Egskeidingswet*) nie voorsiening maak om die eiser te gelas om bates aan die verweerder oor te dra nie. Volgens regter

¹⁵⁸ 2003 JOL 11221 (K).

¹⁵⁹ Sien in die verband paragraaf 147 F-G.

¹⁶⁰ Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* B15.1.6.

¹⁶¹ Sien in die verband paragraaf 6.

¹⁶² Sien paragraaf 712C.

Pincus kan slegs die verweerder gelas word om bates oor te dra aan die eiser en dat die verweerder self verantwoordelik is om die oorhoofse kostes te dra indien daar nie geld likied is nie.¹⁶³

8 Verbreking van gemeenregtelike grondbeginsels

Dit is gemene saak dat die trustee se oënskynlike en potensiële onbelemmerde diskresie wat in die trustdokument geskep word, ook gemeenregtelik gereël word.¹⁶⁴

Slegs enkele van hierdie gemeenregtelike pligte wat betrekking het op die navorsingstuk gaan uitgelig word en die gevolge van die nie-nakoming van die grondbeginsels sal ook bespreek word.

8.1 Gesamentlike optrede van trustees en optrede ter goeder trou

Aangesien daar wye magte aan die trustee vir die administrasie van die trust verleen word, kan die gemene reg nie al hierdie magte aan die trustee verleen nie, en verkry die trustee sy verdere magte waarvolgens trustbates geadministreer moet word uit die trustakte.¹⁶⁵ Hierdie magte moet uitdruklik in die administrasie van die trust uitgevoer word.¹⁶⁶

Indien die bepalings van die trustakte nie nagekom word nie en die trustee sy magte aan hom verleen in die trustakte oorskry, kan die optrede van die trustee katastrofiese gevolge hê vir die geldige voortbestaan van die trust. Die trustee kan ook selfs in sy persoonlike hoedanigheid vir handeling deur hom verrig aanspreeklik gehou word.¹⁶⁷

¹⁶³ *Bezuidenhout v Bezuidenhout* 2003 6 SA 691 (K) 712 – 713B.

¹⁶⁴ Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* B15, Oosthuizen *Suid-Afrikaanse Handelsreg* 623; Olivier *Trustreg* 259.

¹⁶⁵ Oosthuizen *Suid-Afrikaanse Handelsreg* 617; Olivier *Trustreg* 259.

¹⁶⁶ Olivier *Trustreg* 77.

¹⁶⁷ *Parker*-beslissing paragraaf 37.3.

Where trustees of a family 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, that may provide evidence that the trust form is a veneer that justice should be pierced in the interest of creditors.

Dieselfde benadering is in die saak van *Nedbank Ltd v Thorpe*¹⁶⁸ gevolg by die aansoek om die sekwestrasie van die skuldenaar wat verskeie familie-trusts gebruik het om die krediteure te frustreer in hulle pogings om skuld in te vorder.

Die *Parker*-beslissing is een van die toonaangewende sake waar die trustees nie ingevolge die bepalings van die trustakte opgetree het nie. Die trustakte het bepaal dat daar altyd drie trustees moet wees. Die man en vrou en hulle familieprokureur was die trustees. Die prokureur het bedank en die trust het net twee trustees gehad welke twee trustees die trust in verskeie transaksies as krediteur verbind het. Daar is later 'n derde trustee, die gesin se seun, op aandrang van die meester aangestel, nadat meeste van die lenings reeds in die naam van die trust aangegaan is.

In die uitspraak het die hof gefokus op die bevoegdheid van trustees om die trust te bind in die geval waar die getal trustees minder is as die voorgeskrewe aantal trustees soos vervat in die trustakte.¹⁶⁹

Die hof is gekonfronteer met twee vrae: Kan 'n trust gebind word indien die voorgeskrewe minimum getal trustees nie aanwesig is nie? Kan die trust gebind word indien die derde trustee eers op 'n latere stadium aangestel word?

Die Hoogste Hof van Appél het dit duidelik gestel dat aangesien die trustakte 'n minimum van drie trustees voorskryf, dit 'n bepaling is wat nagekom moet

¹⁶⁸ *Nedbank Ltd v Thorpe* 2008 JOL 22675 (N).

¹⁶⁹ Sien in die verband paragraaf 10 van die *Parker*-beslissing.

word alvorens die trust deur die trustees gebind kan word.¹⁷⁰ Die rede vir die trust se onvermoë om gebonde te wees spruit nie voort uit die nie-nakoming van die vereiste om gesamentlik op te tree nie, maar wel uit die feit dat daar nie voldoen is aan die vereiste van die voorgeskrewe minimum getal trustees in die amp nie. Die Parkers het dus nie die bevoegdheid gehad om die trust in regshandelinge met derdes te bind nie.¹⁷¹ Die hof verwys ook in die uitspraak na die saak van *Nieuwoudt NNO v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk*.¹⁷² “Trustees have to act jointly unless the trust deed provides otherwise and trustees seldom do”

By die meerderheid van dié familietrusts is die trustees ook die begunstigdes, terwyl daar geen onafhanklike trustee in amp is nie. Hierdie tipe trusts word vir boedelbeplanningsdoeleindes opgerig, waar die boedeleienaar die bates van sy persoonlike boedel na die trust skuif. Die boedeleienaar beheer steeds die bates van die trust tot voordeel van die boedeleienaar, sy gade en kinders.

In die *Parker*-beslissing het die hoogste hof van appél voorgestel dat, om ‘die misbruik van die trustvorm te voorkom’¹⁷³ die Meester van die Hooggeregshof in die toekoms op ten minste een onafhanklike trustee moet aandring wanneer ‘n nuwe trust geregistreer word.¹⁷⁴ Alhoewel die vraag of die trust geldig was of nie, nie in dispuut voor die hof was nie, het die hof tog sover gegaan om die stelling te maak dat die trustbeginsels in so ‘n mate uitgebrei kan word om voorsiening te maak om in sekere gevalle waar die trustees

¹⁷⁰ *Parker*-beslissing 84B; *Thorpe v Trittenwein* 2007 2 SA 172 (HHA) par 14 179.

¹⁷¹ Kloppers 2006 TSAR 417.

¹⁷² *Nieuwoudt NO v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk* 2004 3 SA 486 (HHA) 493E.

¹⁷³ Sien paragraaf 35-36 van die *Parker*-beslissing.

¹⁷⁴ Dit is nou praktyk by alle meesterskantore om te vereis dat ‘n onafhanklike trustee aangestel word. Die Meester beskou tans ‘n persoon as ‘n onafhanklike trustee indien daardie persoon nie ‘n trustee en ook ‘n begunstigde van die trust is nie. ‘n Familielid mag as trustee benoem word, maar mag nie ‘n begunstigde van die trust wees nie. Hierdie inligting word op die meestersvraelys ingevul en saam met die trustakte by die oprigting van die trust aan die meester gestuur.

teenstrydig met die trustbepalings optree, die bates van die trust te ag as die bates van een van die trustees.

In die ongerapporteerde saak van *Andries Franscois Marais N.O en Zoo Net Trading CC h/a Durr Estates en Reginald Tobias Marais en twee ander* Saaknommer CA616/04,¹⁷⁵ het die regter ook beveel dat 'n afskrif van die vonnis en rekord van die verrigtinge na die Meester van die Hooggeregshof Kaapstad gestuur word vir die aanstel van 'n onafhanklike trustee.

Hierdie twee uitsprake het 'n duidelike boodskap uitgestuur dat enige vorm van misbruik van die trust nie meer deur die howe geduld sal word nie.

Die volgende praktiese besware is egter met betrekking tot die aanstelling van 'n onafhanklike trustee geopper.¹⁷⁶ Dit sal heel onwaarskynlik wees om 'n algehele onafhanklike trustee te kry wat nie sal aandring op vergoeding vir sy dienste nie. 'n Algehele onafhanklike trustee kan moontlik die oprigter se intensies in die geval van 'n familietrust frustreer, aangesien hy nie vertrou is met die wense van die oprigter nie. Verder sal dit ook vir die Meester moeilik wees om in elke geval te bepaal wie die onafhanklike trustee is.¹⁷⁷

Kernick¹⁷⁸ stel voor dat 'n trustee as onafhanklik¹⁷⁹ beskou moet word indien hy nie 'n begunstigde is nie en dat die oplossing tot die probleem van die onafhanklike trustee eerder daarin lê om trustees op te voed.

¹⁷⁵ *Andries Franscois Marais N.O en Zoo Net Trading CC h/a Durr Estates en Reginald Tobias Marais en twee ander* saaknommer CA616/04.

¹⁷⁶ Trust Property Control Act *The Taxpayer* 1989 Oktober 181 - 189.

¹⁷⁷ 1989 *The Taxpayer* 184.

¹⁷⁸ Kernick L "Declaration of independence" 2007 *De Rebus* 29.

¹⁷⁹ 'n Onafhanklike trustee word deur regter Cameron in die *Parker*-beslissing beskryf as iemand wat nie noodwendig 'n prokureur of ouditeur hoef te wees nie. So 'n persoon moet die verantwoordelikhede van 'n trustee verstaan, toesien dat hierdie verantwoordelikhede nagekom word en toesien dat die trustee die bepalinge van die trustakte nakom.

'n Trustee moet 'n mate van onafhanklikheid toon en het 'n verpligting om ten behoeve van die begunstigdes op te tree.¹⁸⁰

Soos hierbo uiteengesit volg die howe sekere regsbeginnels ten einde te bepaal waar die eiendomsreg in trustbates setel, in die geval waar daar twyfel of 'n dispuut is.

Dit is egter nie net hierdie bovermelde regsbeginnels en toetse wat die howe toepas om te bepaal in wie of waar die eiendomsreg van trustbates setel nie, maar daar is ook verdere beginnels wat deur die howe toegepas word wat minder bekend is en wat nog nie baie aandag in die regspraak geniet het nie.

9 Die objektiewe forensiese benadering

Die eerste aspek waaraan die howe oorweging skenk spruit voort uit die maatskappyereg. In hierdie verband word na die beginsel van "to pierce the corporate veil"¹⁸¹ verwys wat vir die eerste keer in die saak van *Robinson v Randfontein Estates Gold Mining Ltd* toegepas is.¹⁸²

Die volgende beginsel wat die howe ook toepas spruit voort uit die wetenskap van rekeningkunde. Hierdie beginsel bied 'n praktiese en handige benadering ten einde te bepaal of daar inderdaad 'n *bona fide* armlengtetransaksie plaasgevind het.¹⁸³

Die rekenkundige praktyk in Suid-Afrika het die rekenkundige standpunte soos internasionaal vervat aanvaar ter vervanging van die destyds bekende

¹⁸⁰ Olivier *Trustreg* 37.

¹⁸¹ Hierdie beginsel kom uit die maatskappyereg en beteken dat die hof die selfstandigheid van die trustentiteit verontagsaam om ondersoek na die handeling van die trustees in te stel. Cilliers HS, Benade ML, De Villiers SWL *Maatskappyereg* (Butterworths Durban 1977) 252; Harms LTC *Amler's Precedents of Pleadings* (LexisNexis Durban 2009) 93. Hierdie is ook 'n beginsel wat deur die Ontvanger van inkomste aangewend word.

¹⁸² *Robinson V Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd* 1921 AD 168.

¹⁸³ Hierdie idee word weer eens aangetref in belastingwetgewing.

AARP.¹⁸⁴ Hierdie beginsels word gekodifiseer in 'n internasionale dokument bekend as IAS.¹⁸⁵ In terme van IAS 18 word die beginsels betreffende die vereiste neergelê ten einde te bepaal of 'n *bona fide* armlengtetransaksie plaasgevind het.

Volgens IAS 18 moet al vyf die volgende vereistes teenwoordig wees ten einde te bepaal of 'n *bona fide* armlengtetransaksie plaasgevind het.

Hierdie vereistes is soos volg:

- a) Transfer of significant risks and rewards of ownership;
- b) Managerial involvement and control have ceased;
- c) Revenue is reliably measurable;
- d) Costs related to the sale are reliably measurable; and
- e) Probable for future economic benefits to flow.

Die toepassing van hierdie twee beginsels (ten einde te bepaal of 'n *bona fide* armlengtetransaksie plaasgevind het) is eenvoudig en objektief van aard. Hierdie beginsels bied die geleentheid om te bepaal of trustees, wat ook inkomste- en kapitaalbeginstigdes is, bates op so 'n wyse bestuur en administreer dat die eiendomsreg daarvan duidelik onderskei kan word.

In vooropstelling van voormelde volg dit dat die vereiste van afstanddoening en beheer soos hierbo bespreek eintlik een van die vereistes in terme van IAS 18 is wat nagekom moet word.

10 Effek van nie-nakoming van trustbeginsels op trustbates

In die beslissings¹⁸⁶ hierbo bespreek het die hof telkens die nie-nakoming van die basiese trustbeginsels by die oprigting en administrasie van trusts benadruk en ook uitgewys wat die gevolge van die nie-nakoming van hierdie trustbeginsels is. In die *Parker*-beslissing het die hof verwys na die skeiding van eienaarskap en genot van die bates en aangedui dat:¹⁸⁷

¹⁸⁴ Algemene Aanvaarde Rekenkundige Praktyk.

¹⁸⁵ International Accounting Standards.

¹⁸⁶ Sien *Parker*-beslissing; *Jordaan*-beslissing; *Badenhorst*-beslissing; *Thorpe v Trittenwein* 2007 2 SA 172 (HHA).

¹⁸⁷ Sien in die verband paragraaf 19 van die *Parker*-beslissing.

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.

Regter Harms¹⁸⁸ verwys ook na die “nuwe tipe trust” wat in boedelbeplanning gebruik word waar bates in ‘n trust geplaas word “while everything stays the same”. Dit is dus duidelik dat, indien die optrede van die trustee tot gevolg het dat die trust ongeldig verklaar word,¹⁸⁹ hierdie bates eenvoudig in die persoonlike boedel van die trustee terugval en gades en krediteure kan op hierdie bates aanspraak maak.

Volgens Olivier¹⁹⁰ verkeer partye wat ‘n trust wil oprig onder die indruk dat hulle sekere hindernisse in die regsverkeer kan uitsorteer deur die oprigting van ‘n trust. Indien basiese trustbeginsels met betrekking tot die oprigting en administrasie van die trust nie behoorlik nagekom is nie, is die trust egter nietig en van geen waarde nie. In die geval waar ‘n trust ongeldig is, val die bates van die trust terug in die persoonlike boedel van die trustee.

Wat egter onduidelik is uit die meeste van die uitsprake in hierdie ondersoek, is dat die hof hulle bykans nooit direk oor die geldigheid of nie van ‘n trust uitlaat nie. Die strafsanksie wat egter deur die hof toegepas word, het dieselfde effek asof die trust ongeldig verklaar sou word, naamlik dat die trustbates deel vorm van die trustee of oprigter se persoonlike boedel en dat gades of krediteure op die bates van die trust kan aanspraak maak.

¹⁸⁸ *Nieuwoudt NO v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk* 2004 3 SA 486 HHA. Sien ook in die verband *Thorpe v Trittenwein* 2007 2 SA 172 (HHA).

¹⁸⁹ Die hof het nog nooit sover gegaan om ‘n trust uit eie beweging ongeldig te verklaar nie. Die hof handel slegs met die dispute voor die hof en hierdie kwessie is reeds in ‘n vorige uitspraak hanteer.

¹⁹⁰ Olivier *Trusts: Traps and Pitfalls* 224.

Uit die uitsprake hierbo bespreek,¹⁹¹ het die howe egter nooit gelas dat 'n spesifieke bate te gelde gemaak word of dat 'n spesifieke bate aan die verontregte party toegeken word nie. Die howe het slegs telkens bevind dat daar genoegsame fondse beskikbaar is om die gepaste verdeling te bewerkstellig, dus sluit die howe se optrede aan by die kritiek wat hieronder gegee word teen die optrede van die howe.

11 Gevolgtrekking

Soos duidelik blyk uit hierdie ondersoek, stel artikel 12 van *die Trustwet* die basiese reël dat trustbates nie deel vorm van die trustee se persoonlike boedel nie, behalwe in soverre hy as trustbegunstigde daarop geregtig is.

Daar is ook gekyk wanneer en na aanleiding van watter feitelike omstandighede die howe die bevoegdheid het om te beslis dat bates van 'n trust aan die trustee in sy persoonlike hoedanigheid behoort sonder dat hy as trustbegunstigde daarvoor kwalifiseer.

Die kwessie van die verlening van 'n herverdelingsbevel in 'n egskedingsgeding is deur die howe onder die vergrootglas geplaas en dit blyk dat die bepalings van artikel 7 van *die Egskeidingswet* baie wyd is en dat enige faktor wat 'n rol speel in die finansiële welvaart van een party by die verlening van 'n herverdelingsbevel in aanmerking geneem kan word.

Aan die een kant doen die howe alles in hulle vermoë om te verhoed dat die trustvorm nie misbruik word nie.¹⁹²

The courts have the power and the duty to evolve the law of trust by adapting the trust idea to the principles of our law ...

¹⁹¹ *Jordaan*-beslissing; *Badenhorst*-beslissing; *Klinkert v Klinkert en andere* G saaknommer 24833/2004; *Pringle v Pringle* saak- nommer H36/2006 en 18754/2007 (OKLA); *Brunette v Brunette & Another* 2009 JOL 23416 (O); *Childs v Childs* NO 2003 JOL 11221 (K).

¹⁹² *Parker*-beslissing.

en aan die ander kant wil dit voorkom asof die bepalings van artikel 7(3) en 7(5) van die *Egskeidingswet* verheue is bo die bepalings van artikel 12 van die *Trustwet*, asook artikel 5 van die *Wet op Huweliksgoedere*.

'n Belangrike aspek wat veral gekritiseer kan word, is die feit dat die howe in baie van hierdie sake¹⁹³ nie die *inter vivos* trust as 'n party tot die geding voeg of laat voeg nie, en dat die howe bloot die bepalings van artikel 7(3) en 7(5) van die *Egskeidingswet* letterlik toepas. Regstegnies fouteer die howe deurdat 'n bevel teen 'n party of 'persoon' (die trust) wat nie gevoeg is as party tot die geding nie, gemaak word.

Regter Erasmus probeer die optrede regverdig deur te beslis:¹⁹⁴

The finding that joinder of the trust necessarily must be seen within the context of the particular facts of the case.....the court is in the present matter not required to make any order that will have the effect of divesting the trust of any of its assets.

In ander sake¹⁹⁵ weer, is daar eers 'n aansoek om voeging van die trust as party gebring, alvorens die howe 'n beslissing in terme van artikel 7 van die *Egskeidingswet* gemaak het.

Die vraag wat nou gevra kan word, is of artikel 12 van die *Trustwet* dan nou geen beskerming aan die trustbates in die geval van die toepassing van artikel 7 van die *Egskeidingswet* verleen nie, aangesien, volgens artikel 7(3) en 7(5), alle faktore vir die verlening van 'n herverdelingsbevel in ag geneem kan word.

¹⁹³ *Badenhorst*-beslissing ; *Jordaan*-beslissing ; *Maritz v Maritz* 2006 JOL 16569 (T).

¹⁹⁴ *Pringle v Pringle* O saak nommer H36/2006 en 18754/2007.

¹⁹⁵ *Kirkland v Kirkland* (2005) 3 All SA 353 (K); *Klinker v Klinkert en andere* G saak nommer 24833/2004; *Brunette v Brunette & Another* 2009 JOL 23416 (O) (Hierdie saak is steeds nie afgehandel nie, en die verhoor vir die finalisering van die egskeiding vind moontlik eers in November 2010 plaas).

Na analogie van die beginsel van die Maatskappyreg “to pierce the corporate veil”¹⁹⁶ het die hof nie inherente jurisdiksie om dieselfde te doen in die geval van trusts nie? Dit wil sê, is dit ‘n soeke na ‘n geldige en afdwingbare “causa” tussen die trust en sy bates en trustee en sy persoonlike bates, eerder as om net die trustbates, waar ‘n herverdelingsbevel gemaak moet word in ‘n egskeidingsgeding, aan te val.

Ten spyte van die nadele en potensiële probleme met betrekking tot die trust *inter vivos* wat in hierdie ondersoek bespreek is, het die trust *inter vivos* steeds baie gebruike en het die trust steeds baie voordele vir boedelbeplanningsdoeleindes.

Ten einde dus te verhoed dat trustbates geag word bates van ‘n trustee te wees, is dit van belang dat bates moet oorgaan aan die trustees en dat die trustees hierdie bates moet beheer en administreer tot voordeel van die trustbegunstigdes in ooreenstemming met die terme en voorwaardes soos uiteengesit van die trustdokument.

¹⁹⁶ Cilliers, Benade en De Villiers *Maatskappyreg* 9 – 10 ; Harms *Amler’s precedents of pleadings* 93-94.

Bibliografie

Boeke

B

Butterworths *Forms and Precedents* ste uitgawe Junie 1996

C

Cilliers, Benade en De Villiers *Maatskappyereg*

Cilliers HS, Benade ML en De Villiers SWL *Maatskappyereg* 3de uitgawe Butterworths 1977

D

Du Toit *South African Trust Law*

Du Toit F *South African Trust Law* (LexisNexis Durban 2007)

G

Geach en Yeats *Trusts Law and Practice*

Geach WD en J Yeats *Trusts Law and Practice* (Juta Durban 2007)

H

Honoré en Cameron *Law of trusts*

Honoré T, Cameron E *Honoré's South African Law of Trusts* (Juta & Co, Ltd 1992)

Harms *Amler's*

Harms LTC *Amler's Precedents of Pleadings* (LexisNexis Durban 2009)

J

Joubert en Faris *Law of South-Africa*

Joubert WA, Faris JA *Law of South-Africa* –Volume 31 (Butterworths Durban 2001)

O

Olivier *Trustreg*

Olivier PA *Trustreg en Praktyk* (De Jager – HAUM Uitgewers 1989)

Olivier, Pienaar en Van der Walt *Sakereg*

Olivier NJJ, Pienaar GJ en Van der Walt AJ *Sakereg* (Juta & Kie Bpk Kaapstad 1989)

Olivier en Van den Berg *Praktiese Boedelbeplanning*

Olivier PA, Van den Berg GPJ *Praktiese Boedelbeplanning* (Juta & Kie, Bpk 1991)

Oosthuizen *Suid-Afrikaanse Handelsreg*

Oosthuizen MJ (red) *Suid-Afrikaanse Handelsreg* 3de uitgawe Volume II (Lex Patria Johannesburg 1988)

P

Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts*

Pace RP, Van der Westhuizen WM *Wills and Trusts* November 2009 losbladuitgawe (Butterworths Durban)

V

Van der Westhuizen *The right tool makes all the difference*

Van der Westhuizen W *The right tool makes all the difference* FPI
boedelbeplanning seminaar Maart 2002 (Butterworths Durban)

W

Wiechers en Roos *Trusts*

Wiechers NJ en Roos A *Trusts* UNISA 1993

Hofsake

Administrators, Estate Richards v Nichol 1996 4 SA 253 (K)

*Andries Francois Marais N.O en Zoo Net Trading CC h/a Durr Estates en
Reginald Tobias Marais en twee ander* Saak nr CA616/04

Badenhorst v Badenhorst 2006 2 SA 255 (HHA)

Barnard v Steenkamp & Others 2007 JOL 18929 (T)

Beira v Beira 1990 3 SA 802 (W)

Bezuidenhout v Bezuidenhout 2003 6 SA 691 (K)

Bezuidenhout v Bezuidenhout 2005 2 SA 17 (HHA)

Braun v Blann & Botha 1984 2 SA 850 (A)

Brunette v Brunette & Another 2009 JOL 23416 (O)

Childs v Childs NO 2003 JOL 11221 (K)

CIR v Estate Crewe 1943 (A)

CIR v Friedman 1993 1 SA 353 (A)

Commissioner for Inland Revenue v Mac Neillie's Estate 1961 3 SA 833 (A)

Crooks NO and Another v Watson and Others 1956 1 SA 277 (A)

Doyle v Board of Executors 1999 3 SA 805 (K)

Erf 3183/1 Ladysmith (Pty) Ltd v CIR 1996 58 SATC 229 (A)

Estate Kemp v McDonald's Trustee 1915 (A)

Goodricke & Son (Pty) Ltd v Registrar of Deed, Natal 1974 1 SA 404 (N)

Grobbelaar v Grobbelaar saak nommer 26600/98 (TPA)

Hofer and Others v Kevin NO and Others 1988 1 SA 382 (HHA)

Jordaan v Jordaan 2001 3 SA 288 (K)

Kirkland v Kirkland 2005 3 All SA 353 (K)

Klinker v Klinkert en andere saak nommer 24833/2004

Land and Agricultural Development Bank of SA v Parker 2005 2 SA 77 (HHA)

Maritz v Maritz 2006 JOL 16569 (T)

Mkangeli v Joubert 2002 4 SA 36 (HHA)

Nel v Metequity Ltd 2007 3 SA 34 (HHA)

Nieuwoudt NO v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk 2004 3 SA 486 (HHA)

Peterson NNO v Claassen 2006 5 SA 191 (K)

Pringle v Pringle saak nommer H36/2006 en 18754/2007(OKPA)

Rahman v Chase Bank Trust Company (Cl) Ltd and Others 1991 JLR 103

Re Baden's Deed Trusts Baden and Others v Smith and Others 1969 1 ALL ER 1016

Re Sayer Macgregor and Another v Sayer and Another 1956 3 ALL ER 600

Robinson V Randfontein Estates Gold Mining Co Ltd 1921 (A)

Thorpe v Trittenwein 2007 2 SA 172 (HHA)

Van der Merwe v Van der Merwe en Ander saak nommer 20077/98 (TPA)

Wehrley v Wehrley saak nommer 2894/91 (NPA)

Wood v Petrie and Others 1923 (A)

Zandberg v Van Zyl 1910 (A)

Proefskrifte

Coetzee *'n Kritiese ondersoek*

Coetzee JP “’n Kritiese ondersoek na die aard en inhoud van trustbegunstigdes se regte ingevolge die Suid-Afrikaanse Reg” LLD Proefskrif UNISA 2006

Akademiese tydskrifartikels

De Waal *Die wysiging van 'n inter vivos trust*

De Waal MJ “Die wysiging van ‘n Inter Vivos Trust” 1998 *TSAR*

De Waal *Core elements of the Trust*

De Waal MJ “The Core elements of the Trust: Aspects of the English Scottish and South African Trusts Compared” 2000 *SALJ* 548-571

Du Toit *Beyond Braunn*

Du Toit F “Beyond Braun: An examination of some interesting issues from recent decisions on trust” 2001 *TSAR* 123 – 133

Du Toit *The fiduciary office of trustee*

Du Toit F “The fiduciary office of trustee and the protection of contingent trust beneficiaries” 2007 *STELL LR* 469-482

K

Kloppers *Enkele lesse vir trustees*

Kloppers HJ “Enkele lesse vir trustees uit die *Parker*-beslissing” 2006 *TSAR* 414 -423

Klopper *inter vivos* trust en getroude persone

Klopper H B “Sekere probleme in verband met inter vivos trust en getroude persone” 1990 SALJ 702 – 710

O

Olivier *Trusts: Traps and Pitfalls*

Olivier L *Trusts: Traps and Pitfalls* 2001 ALJ 224-229

V

Van der Linde en Lombard 2007 *De Jure*

Van der Linde A, Lombard S *Nel v Metequity Ltd* 2007 3 SA 34 HHA
2007 *De Jure* 429 – 438

Van der Linde en Venter 2002 *De Jure*

Van der Linde A en Venter JMP *Jordaan v Jordaan* 2001 3 SA 288 (K)
2002 *De Jure* 355 - 360

Van Schalkwyk 2006 *De Jure*

Van Schalkwyk LN “Herverdeling van Bates ingevolge Artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979: Het ons ‘n Nuwe Uitgangspunt?”
2006 *De Jure* 632-644

Tydskrifartikels

C

Coetzee *Die regte van trustbegunstigdes*

Coetzee JP “Die Regte van Trustbegunstigdes – ‘n Nuwe wind wat waai ?” *De Rebus* Mei 2007 24-29

Cottis *Beware the estranged spouse*

Cottis KB “*Beware the Estranged Spouse!*” *Current trust litigation in relation to Marital Claims* ILP September 2001 106 – 110

J

Joffe Sham Trusts

Joffe H 'Sham' Trusts 2007 *De Rebus* Januarie/Februarie 25-26

K

Kernich Variation of an inter vivos trust deed

Kernich L "Some thoughts on the variation of an *inter vivos* trust deed"
2008 *De Rebus* May 44-47

Kernich Another look at the inter vivos trusts

Kernich L "Another look at the *inter vivos* trusts" 2008 *De Rebus* May
49-51

Kernich Declaration of independence

Kernich L "Declaration of independence" 2007 *De Rebus*
January/February 27-29

L

Lacob The world of offshore sham trusts

Lacob L "The world of Offshore Sham Trusts" *Insurance and Tax* 3 – 6

T

Trust property Control Act 1989 The taxpayer

Trust Property Control Act 1989 *The Taxpayer* 181 - 184

V

Veldsman Creditors and offshore asset protection trusts

Veldsman J "Creditors and offshore asset protection trusts" 2007 *De Rebus* May

W

Ware en Roper *offshore sham trusts*

Ware en Roper PEW "The World of offshore sham trusts: (1999
Income and tax)

Wetgewing

Boedelbelastingwet 45 van 1955

Inkomstebelastingwet 58 van 1962

Insolvensiewet 24 van 1936

Maatskappyewet 71 van 2008

Wet op die Beheer van Trustgoed 57 van 1988

Wet op Egskeiding 70 van 1979

Wet op Hereregte 47 van 1937

Wet op Testamente 7 van 1953