

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA /ES

(GAUTENG AFDELING. PRETORIA)

SAAK NO: 42949/2013

DATUM: 26 FEBRUARY 2015

NOT REPORTABLE

NOT OF INTEREST TO OTHER JUDGES

IN DIE SAAK TUSSEN

C[...] E[...]

EISERES

EN

J[...] E[...]

1STE VERWEERDER

J[...] E[...] N.O.

2DE VERWEERDER

M[...] C[...] E[...] N.O.

3DE VERWEERDER

CATHERINA HESTER JOHANNA SLIPPERS N.O.

4DE VERWEERDER

UITSPRAAK

PRINSLOO, R

[1] Die verweerders het eksepsie aangeteken teen die besonderhede van eis op grond daarvan dat dit mank gaan aan die nodige bewerings om 'n eis-oorsaak uit te maak.

[2] Om verwarring te voorkom, sal ek na die ekspiënte verwys as "die verweerders" en na die respondent as die "eiseres".

[3] Voor my, het mnr Van der Merwe SC vir die eiseres verskyn en mnr Swart SC vir die verweerders.

Inleiding

[4] Die eiseres en die eerste verweerder was voorheen met mekaar getroud. Die huwelik, binne gemeenskap van goed, is op 17 Februarie 1996 in Pretoria voltrek.

[5] Een minderjarige kind is op [...] 2007 uit die huwelik gebore. Dit is 'n seun, M[...] C[...] E[...].

[6] Die huweliksverhouding tussen die eiseres en die eerste verweerder het onherstelbaar verbrokkel. Op 13 Maart 2012, het hierdie hof 'n egskeidingsbevel toegestaan met inlywing van 'n skikkingsooreenkoms tussen die partye wat op 22 Februarie 2012 te Louis Trichardt aangegaan is. Die huwelik het dus ongeveer 16 jaar geduur.

[7] Die skikkingsooreenkoms wat 'n bevel van die hof gemaak is by egskeiding, is by hierdie besonderhede van vordering, wat die teiken van die eksepsie is, aangeheg.

Die eerste deel van die skikkingsooreenkoms het te doen met M[...] en daar is bepaal dat sy primêre plek van verblyf by die eiseres (verweerderes in die egskeiding) sal wees. Die nodige reelings is getref ten opsigte van onderhoud en aanverwante sake.

Die tweede deel van die skikkingsooreenkoms het te doen met die verdeling van die gemeenskaplike boedel. Breedweg kom dit op die volgende neer:

(i) Die eiseres (ek noem haar so al was sy die verweerderes in die egskeiding) kry 'n aantal roerende bates, insluitende 'n Toyota voertuig, wat gespesifiseer is. Die eerste verweerder kry die res van die roerende bates.

(ii) Die eiseres ontruim die gemeenskaplike woning voor of op 30 April 2012 en betaal ook die trekkoste.

(iii) Die eerste verweerder betaal R350 000,00 binne dertig dae van die egskeiding en R2 950 000,00 voor of op 28 Februarie 2017. Hierdie betalings is in finale vereffening van enige eise wat die eiseres teen die eerste verweerder mag hê, insluitend onderhoud.

(iv) Die eiseres kry 'n besigheid bekend as The Guest House B&B in Musina. Dit sluit die klandisiewaarde, roerende bates, krediteure en debiteure, dienskontrakte van werknemers en aanverwante sake in. Sy bedryf dan die besigheid vir haar eie wins en verlies en huur die perseel waarop die gastehuis is van die E[...] Familietrust ("die trust"). Die huurkontrak bepaal 'n huurtermyn

van vyf jaar teen R1 000,00 per maand, wat jaarliks eskaleer. Daarna het die eiseres 'n opsie om die huurkontrak vir nog drie jaar te verleng.

(v) Die eiseres bedank as trustee van die E[...] Familietrust.

(vi) Die egliede het geen verdere eise teen mekaar nie. Waar van toepassing, moet hulle uitstaande inkomstebelasting en kapitaalwinstbelasting om die helfte betaal.

(vii) Die laaste klousule van die skikkingsooreenkoms, no 14.5, lees soos volg:

"Beide partye plaas hiermee op rekord en bevestig dat hul van volledige advies bedien is ten opsigte van die verdeling van die bates en verdeling van die gemeenskaplike boedel, insluitende die basis en implikasies van die ander transaksies en/of terme hierin vermeld, en dat hul, nieteenstaande die voormelde, ooreengekom het en instruksies gegee het om die skikking te formuleer soos vervat in hierdie ooreenkoms. Beide partye indemnifiseer hiermee die adviseurs teen enige eise van welke aard ook al wat mag voortspruit uit die terme en gevolg van hierdie ooreenkoms en doen hiermee vrywillig, onvoorwaardelik en onherroeplik afstand van enige sodanige eise."

Die bepalings van hierdie klousule is nie te berde gebring tydens die verrigtinge voor my wat te doen het met die eksepsie nie. Dit mag later onder die loep kom as die verhoor sou voortgaan. Ek laat my nie verder daaroor uit nie.

[8] Vir huidige doeleindes, aanvaar ek dat die verdeling toe so plaasgevind het, alhoewel hierdie onderwerp nie in sulke besonderhede voor my behandel is nie:

(i) Die eiseres het waarskynlik die roerende goed wat op die lys is ontvang. Eintlik is dit net 'n paar items van 'n persoonlike aard soos M[...] se speelgoed en meubels, die voertuig, 'n paar skilderye en meubels en sketse wat die eiseres by haar ouers gekry het.

(ii) Die eerste verweerder sou seker die R350 000,00 betaal het, en die tweede betaling moet eers in 2017 geskied.

(iii) Ek neem aan dat die eiseres nog die gastehuis bestuur en die huur stiptelik betaal.

[9] As my aanname dat die verdeling reeds plaasgevind het verkeerd is, sal dit nie 'n wesenlike invloed hê op die uitslag van hierdie eksepsie nie.

Die E[...] Familietrust no IT1366/02 ("die trust")

[10] Die trustakte maak deel uit van die rekord voor my. Die trust is eers in November 2001, meer as vyf jaar na voltrekking van die huwelik tussen die eiseres en die eerste verweerder, opgerig. Ek neem aan dat dit behoorlik geregistreer is in terme van die tersaaklike wetgewing.

[11] Die aanvanklike trustee was die eerste verweerder, die eiseres en ene HJ Viljoen. Die huidige trustee is die tweede, derde en vierde verweerders. Ek aanvaar dat die eiseres as trustee bedank het, soos voorgeskryf in die skikkingsooreenkoms.

[12] Blykens die trustakte, is die eerste verweerder die oprigter.

[13] Die inkomstebegunstigde is die kapitaalebegunstigde, hulle bloed- en aanverwante, en enige trust geskep ten behoeve van die inkomstebegunstigde of kapitaalebegunstigde.

[14] Die kapitaalebegunstigde is die eiseres, haar wettige afstammeling, enige trust geskep ten behoeve van enige begunstigde of groep van begunstigdes van die eiseres en haar afstammeling en die erfgename van die eerste verweerder en die eiseres, slegs indien geeneen van die eersgenoemde kapitaalebegunstigde in lewe is by vestigingsdatum van die trust nie. Die eerste verweerder, as oprigter, is nie 'n begunstigde van die trust nie.

Die besonderhede van eis

[15] In wese kom die eiseres se saak daarop neer dat die eerste verweerder, voor die egskeding, 'n bedrieglike wanvoorstelling teenoor haar gepleeg het oor die werklike waarde van die gemeenskaplike boedel. As die getroue waarde van die gemeenskaplike boedel aan haar oorgedra is, wat ook die bates van die trust moet insluit, sou sy nie die skikkingsooreenkoms aangegaan het nie. Sy voer aan dat die skikkingsooreenkoms gevolglik gekanselleer is, of gekanselleer staan te word, en dat die verdeling van die boedel op grond van die korrekte waarde daarvan ten tye van die egskeding, moet geskied.

[16] Dit is gerieflik om die tersaaklike gedeeltes van die besonderhede van eis aan te haal. Dit is 'n lywige dokument en ek sal net grepe aanhaal soos dit na my mening relevant is vir doeleindes van hierdie geskil:

“11

11.1 Die eiseres was tot haar nadeel beweeg om die voormelde skikkingsooreenkoms, aanhangsel A, aan te gaan en te onderteken as gevolg van 'n materiële wanvoorstelling wat die eerste verweerder aan haar gemaak het.

11.2 Eerste verweerder was ten tye van die maak van die voorstellings en die aangaan van die kontrak bewus van die valsheid van die voorstellings en het dit gemaak met die bedoeling dat dit die eiseres

sou beweeg om die gemelde kontrak tot haar nadeel aan te gaan.

12

Besonderhede van die wanvoorstelling:

12.1 Die eerste verweerder het aan die eiseres voorgestel dat die waarde van die gemeenskaplike boedel, wat ingesluit het die waarde van die bates van die E[...] Familietrust ongeveer R13 miljoen netto beloop het.

12.2 Die eerste verweerder het geweet dat die waarde van die bates van die gemelde boedel binne gemeenskap van goedere, insluitende die bates van die Trust, substansieel meer werd was as R13 miljoen, naamlik meer as R40 miljoen.

12.3 Die eerste verweerder het aan eiseres voorgestel dat hy haar billik sou behandel en dat haar helfte van die gemeenskaplike boedel, insluitende die trust bates, ongeveer R6,5 miljoen moes beloop en het die eiseres daardie wanvoorstellings geglo en op daardie basis die bates wat aan haar toegeken was in terme van aanhangsel B (dit moet eintlik aanhangsel A lees) aanvaar.

12.4 Indien die eiseres geweet het dat die waarde van die boedel, insluitende die trust bates, substansieel meer werd was as R13 miljoen, sou sy nie die skikkingsooreenkoms, aanhangsel A, aangegaan het en onderteken het nie en sou sy aangedring het om 'n veel groter gedeelte van die bates wat die partye gesamentlik opgebou het gedurende die bestaan van die huwelik te ontvang.

13

Kansellasië van aanhangsel A:

Die eiseres het, toe sy bewus geword het van die voormelde wanvoorstelling, gekies om die ooreenkoms, aanhangsel A, te kanselleer, en het gevolglik geweier om uitvoering aan die ooreenkoms te gee nadat sy van die wanvoorstelling en haar reg om die ooreenkoms te kanselleer, bewus geword het, alternatiewelik, kanselleer die eiseres hiermee die gemelde ooreenkoms en vra 'n bevel ter bevestiging van die kansellasië daarvan.

14

Restitusië

Die eiseres bied hiermee aan om die bates wat sy ontvang het in terme van aanhangsel A, terug te

lewer sodat dit deel vorm van die gemeenskaplike boedel tussen die partye wat verdeel moet word.

15

Verdeling van die gemeenskaplike boedel soos op datum van egskeiding. insluitende die bates van die E[...] Familietrust:

15.1 In die vooropstelling is die eiseres geregtig op 'n bevel dat die helfte van die gemeenskaplike boedel van die partye soos op datum van egskeiding aan haar toegeken word.

15.2 Die eiseres is verder geregtig daarop dat verklaar word dat die bates van die voormelde E[...] Familietrust geag moet word om bates van die gemeenskaplike boedel te wees soos op datum van egskeiding en dat die trustee gelas moet word om aan haar 'n uitkering te maak om gevolg te gee aan die bogemelde.

15.3 Aangesien die partye nie saamstem oor die verdeling en nie sal saamstem oor die verdeling en tegeldemaking van die bates van die gemeenskaplike boedel, met insluiting van die bates van die Trust soos op datum van egskeiding nie, vra die eiseres vir die aanstelling van 'n likwidateur om die waarde van die gemeenskaplike boedel te bepaal en om genoegsame bates te identifiseer wat te gelde gemaak moet word ten einde die helfte van die waarde van die boedel aan haar uit te betaal.

16

Grondslag van die bewering dat die bates van die E[...] Familietrust. no IT1366/02. eeag moet word om deel te vorm van die gemeenskaplike boedel van die partve ten tve van die egskeiding:

Die eiseres maak staat op die volgende gronde vir 'n bevel dat die bates van die Trust geag moet word om deel te vorm van die gemeenskaplike boedel ten tye van egskeiding:

16.1 Die eerste verweerder het tydens die aanvang van die onderhandelinge om 'n ooreenkoms aan te gaan ter verdeling van die bates van die gemeenskaplike boedel tussen die partye, uitdruklik altematiewelik stilswyend erken dat die bates van die E[...] Familietrust deel vorm van die gemeenskaplike bates wat die partye moet verdeel. Eerste verweerder en eiseres het daarop uitdruklik altematiewelik stilswyend ooreengekom dat dit die basis sou wees waarop 'n verdelingsooreenkoms aangegaan kon word.

16.2 Altematiewelik en verder tot voormelde:

16.2.1 Die E[...] Familietrust is deur die eerste verweerder laat oprig tydens die bestaan van

die huwelik tussen die partye en het aan die eiseres voorgelê dat die E[...] Familietrust gestig moet word om die bates wat die partye bymekaar maak te laat groei in 'n afsonderlike entiteit en dit te beskerm teen skuldeisers van die gemeenskaplike boedel. Die eiseres het hierdie voorstel aanvaar en daarna hierop gehandel tydens die bestaan van die huwelik.

16.2.2 'n Afskrif van die magtigingsbrief en die trustakte word respektiewelik hierby aangeheg as aanhangsels C1 en C2.

16.2.3 In terme van aanhangsels C1 en C2:

16.2.3.1 ('n Beskrywing van die eerste trustees, ek haal nie alles aan nie.)

16.2.3.2 (Die eerste verweerder het die bevoegdheid gehad om trustees aan te stel en uit hulle amp te onthef...)

16.2.3.3 (Die eerste verweerder sou die reg hê om by wyse van sy testament die vestigingsdatum ten opsigte van trustfondse te bepaal en 'n formule voor te skryf vir die verdeling van die trustfonds tussen die begunstigdes ...)

16.2.3.4 Te alle tye, dit wil sê voor, ten tye van en nadat die E[...] Familietrust gestig was, het die eerste verweerder aan die eiseres voorgelê dat hy alle bevoegdhede wat hy in terme van die trustakte het, sou uitoefen op 'n wyse wat ooreenstem met die bedoeling van die partye, naamlik om die E[...] Familietrust as 'n verlenging van hulle gemeenskaplike boedel te bedryf.

16.3 Tydens die duur van die huwelik het die eiseres geld wat sy verwerf het deur haar ywer tot beskikking van die E[...] Familietrust gestel ten einde die E[...] Familietrust in staat te stel om sy bates te laat groei eerder as wat bates vir die gemeenskaplike boedel daarmee bekom was wat dan binne die gemeenskaplike boedel kon groei ook tot voordeel van die eiseres.

16.4 Tydens die duur van die huwelik het die eiseres, sover sy kon, met die eerste verweerder saamgewerk om die bates van die E[...] Familietrust te laat toeneem in waarde.

16.5 Die eiseres het die eerste verweerder vertrou en het nie aangedring dat die eerste verweerder die vrug van sy arbeid en besigheidsvermoeë tot voordeel van die gemeenskaplike boedel moet aanwend nie, aangesien die eerste verweerder die eiseres laat glo het dat die E[...] Familietrust beskou sou word as 'n verlenging van die partye se gemeenskaplike boedel (en in welke opsig die eerste verweerder sy beloftes gestand gedoen het toe dit kom by die basis waarop die partye hulle bates sou verdeel by

egskeiding, soos hierbo uiteengesit).

16.6 Die eiseres het geld wat sy verdien het aangewend om lenings wat die partye aangegaan het om bates vir die E[...] Familietrust te bekom, terug te betaal aan haar skoonouers en het die Trust aldus in staat gestel om 'n lening aan te gaan wat deur die Trust aangewend is om bates te bekom met die oog daarop dat dit sou toeneem in waarde binne die Trust.

16.7 Deur verskeie bates wat die eiseres en die eerste verweerder gedurende die bestaan van die huwelik bekom het in die Trust te laat registreer, het die eiseres en die eerste verweerder nie bedoel om hul eiendomsreg van die bates aldus bekom aan die Trust te laat toekom nie en het eiseres en eerste verweerder die bates van die Trust as hul eie bates beskou en daarvolgens daarmee gehandel. Die partye het derhalwe die Trust bedryf as 'n alter ego van die gesamentlike boedel.

16.8 Sou dit nie wees vir die oprit en die bestaan van die Trust nie, sou eiseres en eerste verweerder die bates van die Trust in hul eie naam bekom het.

16.9 Alternatiewelik tot voorgaande het die eerste verweerder te alle relevante tye die Trust beskou as sy alter ego en ter verdere uitbreiding hiervan het die eerste verweerder totale beheer oor die Trust en dié se bates geneem en is die Trust nie bestuur of geadministreer ingevolge die bepaling van die Wet op die Beheer oor Trustgoed, 57 van 1988 nie.

Eeskeidingsbevel:

17.1 Aangesien die skikkingsooreenkoms ingelyf is by die egskedingsbevel wat die huwelik van die eiseres en die eerste verweerder ontbind het en tot die mate dat 'n bevel hierin verleen word, behoort die egskedingsbevel van eiseres en eerste verweerder dienoooreenkomstig gewysig te word.

17.2 Dit sal in die beste belang van die minderjarige kind gebore uit die huweliksverhouding tussen die eiseres en die eerste verweerder wees indien 'n bevel ten aansien van die mindejarige kind verleen word soos wat hieronder deur eiseres gevorder word.

Weshalwe, terwyl die eiseres restitusie tender van die bates wat sy ontvang het uit hoofde van die skikkingsooreenkoms van 22 Februarie 2012, aanhangsel A tot die besonderhede van vordering, smeek die eiseres vir 'n bevel in die volgende terme:

1. Dat verklaar word dat die skikkingsooreenkoms tussen die eiseres en die eerste verweerder gedateer 22 Februarie 2012, aanhangsel A tot die besonderhede van vordering, gevolglik

gekanselleer is deur eiseres op grond van wanvoorstelling en dat dit derhalwe hierby bevestig word dat die ooreenkoms vernietig is *ab initio*.

2. Dat die egskeidingsbevel, aanhangsel B tot die besonderhede van vordering, hiermee gewysig word om die woorde: 'dat die skikkingsooreenkoms tussen die partye ingehandig hierby 'n bevel van die hof gemaak word', deurgehaal word en vervang word met die volgende:

(1 tot 5 gaan oor die beheer en toesig van die minderjarige kind, onderhoud, sy mediese behoeftes, ens).

6. Dit word verklaar dat die verweerderes, soos op datum van egskeiding, geregtig is op die helfte van die gemeenskaplike boedel van die partye.

7. Dit word verklaar dat dit geag word dat die netto bates van die E[...] Familietrust, no IT1366/02, soos op datum van egskeiding, deel vorm van die gemeenskaplike boedel tussen die partye.

8. Die trustees van die gemelde Trust word gelas om 'n waardasie te maak van die bates en laste van die Trust soos op datum van egskeiding, en om 50% van die netto bates van die Trust, in spesie en/of in geldwaarde, aan die verweerderes uit tekeer met inagneming van die tydsvloei vanaf datum van die egskeiding tot op datum van daadwerklike uitkering aan die verweerderes.

9. Rente teen die moratore rentekoers op die kapitaalbedrag wat bepaal word verskuldig te wees aan die verweerderes vanaf datum van egskeiding tot datum van uitkering aan die verweerderes moet ingesluit word by die bedrag wat deur die Trust aan die verweerderes betaal moet word.

10. Ingeval die partye, insluitende die gemelde trustees, nie binne een maand na datum van die wysigingsbevel ooreenkom nie op die verdeling van die gemeenskaplike boedel (insluitende die bates of 'n bedrag geld wat deur die Trust aan die verweerderes betaal moet word), word die President van die Prokureursorde van die Noordelike Provinsies versoek om 'n likwidateur te benoem om uitvoering te gee aan die verdelingsbevel.

11. Die likwidateur sal die volgende bevoegdhede hê:

11.1 (Die likwidateur sal geregtig wees op insae van dokumentasie van die eiser en

verweerderes ...)

11.2 (Die likwidateur sal geregtig wees op alle dokumentasie van die Trust...)

11.3 (Die eiser en die verweerderes asook die trustee sal geregtig wees om voorleggings aan die likwidateur te maak...)

11.4 (Die likwidateur kan bepaal welke bates aan welke party toegeken moet word met inagneming van die voorkeure van die partye ...)

11.5 (Die likwidateur kan 'n finale bedrag bepaal, met inagneming van die waarde van spesifieke bates wat aan die onderskeie partye toegeken is, wat deur die Trust of deur enige van die partye aan 'n ander betaal moet word ten einde 'n gelykop verdeling van die gemeenskaplike boedel soos op datum van egskeiding te bewerkstellig ...)

11.6 Die likwidateur kan verg van enige van die partye om enige spesifieke bate in daardie party se besit aan enige van die ander partye te oorhandig vir die doeleinde om die gelyke verdeling van die gemeenskaplike boedel soos voormeld te bewerkstellig.

11.7 Die koste van die likwidateur sal uit die bates van die gemeenskaplike boedel betaal word.

6. Koste van die geding, betaal te word deur die eerste verweerder."

Die eksepsie

[17] 'n Eerste grond van eksepsie is laat vaar, en ek laat my nie verder daaroor uit nie.

[18] Die tweede grond van eksepsie lees soos volg:

"The second ground of the exception:

5. The voidness alternatively the cancellation of the settlement agreement on the basis of the alleged misrepresentation on which the plaintiff relies does not have the legal consequence that the former joint estate of the parties is resurrected.

6. In law, the former joint estate of the parties has, as a result of the divorce order and the subsequent transfer of ownership of the various assets and liabilities thereof, been irretrievably dissolved.

7. The plaintiff does not, and cannot lawfully claim *restitutio in integrum*, as -

(a) the community of property between the parties was irretrievably terminated by the divorce order; and

(b) the transfer of ownership of the assets concerned has been finalised and is not dependent on the existence of a valid and enforceable obligatory agreement.

8. In the premises, there is no legal basis for the plaintiffs claim that the division of the joint estate must now be effected.

9. In the premises further, there is no legal basis for the plaintiffs claim that the assets and liabilities of the E[...] Family Trust, 'are/were' the assets of the parties and that it should form part of the joint estate that should now be divided."

Kort oorsig van die onderskeie argumente wat voorgedra is

[19] In hulle betoogshoofde, opgestel deur mnr Wagener SC, steun die verweerders, as ek dit reg verstaan, onder andere op die beginsel dat, as beide partye ten voile presteer het teenoor mekaar in terme van 'n ongeldige ooreenkoms, kan die een party nie sy prestasie terugvorder van die ander nie bloot op die basis dat die ooreenkoms ongeldig was nie: as die partye presteer en ontvang het presies dit waaroor hulle ooreengekom het, behoort die een nie bv toegelaat te word om sy verpligtinge te ontduik, en sodoende 'n swak besigheidstransaksie te vermy, bloot omdat die onderliggende ooreenkoms ongeldig was nie. Die reel kan toepassing vind, ten spyte van die nie-bestaan van die onderliggende ooreenkoms, as die bedoeling van die partye bereik is deur die wedersydse prestasie. Hierdie reel kan nie toegepas word waar die doel van die transaksie regtens verbode was nie, sien *Legator McKenna Inc and another v Shea and others* 2010 1 SA 35 (HHA) paragrawe [26], [28] en [29].

Ek kan nie sien dat hierdie beginsel toepassing kan vind in 'n geval waar die een party hom beroep daarop dat hy die transaksie aangegaan het op sterkte van 'n bedrieglike wanvoorstelling van die teenparty nie. Dit is geykte reg dat 'n party geregtig is om 'n kontrak te kanselleer wat hy aangegaan het omdat hy mislei is om dit te doen vanweë 'n bedrieglike wanvoorstelling - sien Christie's *The Law of Contract in South Africa* 6de uitgawe p281.

Ek het ook nie die indruk gekry dat mnr Swart op hierdie argument gesteun het nie.

Hierdie argument is ook een van die pilare waarop die eksepsie gefundeer is - sien bv paragraaf 7(b) van die eksepsie soos ek dit aangehaal het.

[20] Dieselfde argument word eintlik verder ontwikkel met nog 'n argument in die eksepsie (sien bv paragraaf 5 daarvan) naamlik dat die nietigheid altematiewelik die kansellasië van die skikkingsooreenkoms op die basis van die beweerde wanvoorstelling nie die regsgevolg kan hê dat die voormalige gesamentlike boedel herleef nie.

Ek meen die verweerders is korrek wanneer hulle in hulle betoogshoofde aandui dat die gemeenskap van goed tot 'n einde kom wanneer die egskeiding toegestaan word. Hulle verwys na *Hay v Hay* 1910 NPD 90 op 91. Hulle voer dan aan, tereg, dat dit daarna oorgelaat word aan die partye om die bates en laste van die gemeenskaplike boedel te verdeel. As hulle dit nie regkry nie dan word 'n likwidateur aangestel om dit te doen.

[21] Ek kry nie die indruk dat die eiseres die voormalige gemeenskaplike boedel wil laat "herleef" nie. Die knoop lê by die verdeling. Sy wil dit anders laat verdeel as die basis waarop sy ooreengekom het vanweë die beweerde bedrieglike wanvoorstelling. Sy wil 'n groter hap hê uit, wat sy beweer, 'n groter koek is.

Ek meen dus nie dat daar meriete in hierdie verdere argument is nie.

[22] Wat die eiseres se saak aanbetref dat sy vra vir die nodige regshulp om die Trust se bates in te sluit by die gemeenskaplike boedel vir doeleindes van die verdeling, lyk dit nie asof daar 'n aparte argument in die eksepsie voorgedra word nie (sien paragraaf 9). Dit lyk asof die posisie van die Trust bloot oor dieselfde boeg gegooi word as die ander betoë. Ek laat my dus nie verder daaroor uit vir doeleindes van die oorweging van die eksepsie nie.

[23] Wat oorbly, soos ek die eksepsie verstaan, is die argument dat die boedel onherroeplik ("irretrievably") verdeel is as gevolg van die egskeidingsbevel en die daaropvolgende oordrag van die onderskeie bates met die gevolg dat dit nie op die weg lê van die eiseres om nou aanspraak te maak op restitusie nie - sien paragrafe 6 en 7(b) van die eksepsie.

Op hierdie argument het mnr Swart ook gekonsentreer:

In die eerste plek het hy aangevoer dat die pleitstuk gebrekkig is omdat die eiseres ook moes gepleit het dat die eerste verweerder ook dit wat hy ontvang het uit die skikkingsooreenkoms moet teruggee, benewens haar eie tender om wat sy ontvang het

terug te lewer. Dit moet gepleit word dat die eerste eiser ook sy aandeel wat hy ontvang het moet teruggee sodat hy daarop kan reageer.

Ek kon nie gesag vind vir die argument, as ek dit reg verstaan, dat 'n party wat restitusie eis, ook uitdruklik

moet pleit dat die ander party, op sy beurt, ook moet teruglewer nie. Mnr Swart het my ook nie na sodanige gesag verwys nie. In *Amler's Precedents of Pleadings* deur Harms, op 116 word die volgende gesê:

"Restitution:

A party need not tender restitution when claiming for cancellation (with or without damages). However, a party claiming restitution when the contract has been cancelled is obliged to tender restitution or provide a valid excuse for the failure to tender."

(Sien die gesag wat aangehaal word.)

In *Christie, op cit*, word die volgende gesê op 301:

"By rescinding the innocent party is seeking to set aside the contract and return to the *status quo ante*. If there has been no performance on either side nothing further needs to be done, but an innocent party who has already paid money or delivered goods under the contract will wish to claim their return. This he is entitled to do, but in claiming restitution he must also make or tender to make restitution of whatever he has received."

Daar is geen aanduiding dat hy ook moet aandrang daarop dat die ander party moet teruggee nie. Myns insiens spreek dit vanself want die onderliggende idee van restitusie is dat daar teruggekeer moet word na die *status quo ante* wat beteken dat beide partye moet teruglewer.

Hierdie eerste argument van mnr Swart is ook nie gepleit as deel van die eksepsie nie.

Gevolgtrek, en vir die redes wat ek genoem het, kan ek nie saamstem met die betoog dat die pleitstuk vir hierdie rede gebrekkig is en vatbaar vir 'n eksepsie nie.

[24] Die tweede argument wat mnr Swart voorgedra het, wat ook nie gepleit is as deel van die eksepsie nie, kom daarop neer, as ek dit reg verstaan, dat as die eiseres wil hê dat die boedel (of die "koek" soos mnr Swart dit genoem het) hersaamgestel moet word moet sy ook pleit dat die laste in herooring moet kom. Die "koek" bestaan nie net uit bates nie maar ook uit laste.

Ek meen nie daar is meriete in hierdie argument nie. Ek meen dit is geykte reg dat die gemeenskaplike boedel bestaan uit bates en laste wat alles in oorweging moet kom by die verdeling. In elk geval, word daar bv gepleit (in bede 11.2) dat die likwidateur geregtig sal wees op alle dokumentasie van die Trust met betrekking tot alle bates en laste van die Trust ten einde die verdeling behoorlik te laat geskied. Daar word ook melding gemaak van die "netto bates" en die "bates en laste" in bedes 7 en 8.

[25] Die derde argument wat mnr Swart voorgedra het, wat inderdaad, minstens gedeeltelik, gepleit is as deel van die eksepsie, slaan op die argument dat die verdeling reeds plaasgevind het en onherroeplik is ("irretrievable"). Daar is betoog dat dit nie "regtens moontlik" is om twee en 'n half jaar na die egskeding restitusie toe te pas en 'n nuwe verdeling teweeg te bring nie. Van die laste is dalk al uitgewis en waardes van die bates kon intussen verander het. Van die bates bestaan dalk nie meer nie. Dit kan wees dat die eiseres nie meer die roerende bates wat sy ontvang het besit nie. Daar is betoog dat die logiese remedie 'n eis om skadevergoeding is. Die likwidateur kan net verdeel en nie skade toeken nie.

In hierdie verband het mnr Van der Merwe, in sy betoog, my onder andere verwys na *Robson v Theron* 1978 1 SA 841 (A) op 856D-857E. In *Robson* het dit gegaan oor die verdeling van die bates van 'n vennootskap. Die geleerde Appêlregter het egter ook verwys na die algemene beginsels wanneer dit kom by die verdeling van die bates van mede-eienaars. Dit het te doen met die *actio communi dividundo* ("verdelingsaksie tussen mede-eienaars/action for the division of joint property" - sien Hiemstra en Gonin *Drietalige Regswoordeboek* 2de uitgawe pi62).

Op 857B-D word die volgende gesê:

"It is for purposes of this action immaterial whether the co-owners possess the joint property jointly or neither of them possesses it or only one of them is in possession thereof. ... A court has a wide equitable discretion in making a division of joint property. This wide equitable discretion is substantially identical to the similar discretion which a court has in respect of the mode of distribution of partnership assets among partners as described by *Pothier*."

[26] In hierdie verband is daar namens die eiseres betoog dat die howe 'n praktiese benadering volg. Die doel is om te verdeel soos op datum van die egskeding. Dit kan jare vat vir die likwidateur om die verdeling af te handel. Die partye kan in dispuut raak oor die verdeling en soms word van die bates selfs weggesteek. Die eiseres het 'n basiese reg om 'n ooreenkoms te kanselleer wat op grond van bedrog aangegaan is. Vir doeleindes van die eksepsie, moet aanvaar word dat alles wat die eiseres in haar stukke beweer die waarheid is. Ek sal weer na hierdie beginsel verwys. Daar is betoog dat dit alles gaan oor die omstandighede. As die restitusie bv plaasvind kort nadat die verdeling geskied het, en wanneer al die bates nog in plek is, word dit makliker afgehandel as wanneer daar, soos dikwels die geval is, deur een van die partye gepleit word dat van die bates verlore gegaan het of beswaar is ens. Dit beteken nie dat die verdeling onherroeplik of "irretrievable" is nie. 'n Praktiese benadering moet gevolg word en die likwidateur (of die hof) moet poog om te doen wat in die omstandighede die billikste is.

[27] Namens die eiseres is ek ook verwys na *Feinstein v Niggli and another* 1981 2 SA 684 (A) waar dit ook gegaan het oor *restitutio in integrum* wat gevolg het op 'n bedrieglike wanvoorstelling. Op 700F-701A word

die volgende gesê:

"Feinstein alleged and contended that the respondents were unable to comply with the rule of *restitutio in integrum* and that, in consequence, they were precluded from rescinding the contract.

The object of the rule is that the parties ought to be restored to the respective positions they were in at the time they contracted. It is founded on equitable considerations. Hence, generally a court will not set aside a contract and grant consequential relief for fraudulent misrepresentation unless the representee is able and willing to restore completely everything that he has received under the contract. The reason is that otherwise, although the representor has been

fraudulent, the representee would nevertheless be unjustly enriched by recovering what he had parted with *and* keeping or not restoring what he had in turn received, and the representor would correspondingly be unjustly impoverished to the latter extent ... (hier word na verskeie sake verwys) but since the rule is founded on equity it has been departed from in a number of varying circumstances where considerations of equity and justice have necessitated such departure..."

In *Feinstein* verwys die geleerde Appêlregter ook na *Van Heerden v Sentrale Kunsmis Korporasie Bpk* 1973 1 SA 17 (A) waar dit ook gegaan het oor *restitutio in integrum* en op 31H haal die geleerde Appêlregter met goedkeuring aan uit die uitspraak in *Harper v Webster* 1956 2 SA 495 (FC) (Federal Supreme Court, Salsbury) waar die geleerde Appêlregter Clayden op 502 die volgende sê:

"The legal position in this case therefore appears to me to be as follows. That as the plaintiff is seeking restitution of what he has been induced to give by fraudulent misrepresentation the general rule applicable is that he must restore what he has got. This is based on an equitable principle similar to that adopted in the English and Scottish Courts. The South African Courts, where justice requires it, have excused the purchaser from the need to make restitution, either wholly or partially, in a number of varying circumstances. With the underlying principle that it is unjust for a man to retain a benefit he has obtained by his misrepresentation, and that applies particularly when he has been fraudulent, there seems to be good reason, provided that justice is done also to him, to apply the principle in a broad way. The general rule that the person seeking restitution must himself make restitution always governs, but relief should not be denied when substantially that restitution can be made and, in so far as it falls short of complete restitution, compensation in money can make good the deficiency. That is the manner in which justice was done in the *actio redhibitoria*..."

[28] Mnr Van der Merwe het ook beklemtoon, soos ek voorheen aangedui het, dat die eiseres nie vra dat die gemeenskaplike boedel moet herleef nie. Dit het te doen met 'n billike verdeling. Ek is verwys na bedes 6 en

10 van die besonderhede van vordering. Tereg, is ek ook herinner aan die beginsel van toepassing by die beoordeling van 'n eksepsie dat die eksipiënt moet bewys dat die pleitstuk mank gaan op enige moontlike vertolking daarvan. Hiema sal ek weer verwys.

[29] Daar is ook betoog dat die argument dat daar net ruimte is vir 'n eis om skadevergoedig nie gehandhaaf kan word nie. In hierdie geval mag die verdeling meer prakties wees in die sin dat bates oorgedra kan word aan die eiseres en dat so 'n oordrag nie val binne die kader van skadevergoeding nie. Die voorbeeld is genoem dat die eiendom van die Trust waarop die gastehuis geleë is, moontlik deur die likwidateur toegeken kan word aan die eiseres.

[30] Ek is ook, miskien net terloops, daarop gewys dat dit regtens erken word dat ook skikkingsooreenkomste tersyde gestel kan word op grond van bedrog - sien *Blou Bui Boorkontrakteurs v McLachlan* 1991 4 SA 283 (TPA) op 286D-G.

[31] Laastens, wat die eis vir inlywing van die trustbates as deel van die gemeenskaplike boedel betref, het ek reeds aangedui dat daar, myns insiens, nie 'n aparte argument hieroor gepleit is vir doeleindes van die eksepsie nie. Nietemin het mnr Van der Merwe betoog dat minstens die alternatiewe bewering dat die eerste verweerder te alle tye die Trust as 'n verlengstuk van sy boedel beskou het, en as sodanig hanteer het, genoegsaam is om die afsonderlikheid van die trustbates te ignoreer. In hierdie verband het hy my verwys na *Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker and others* 2005 2 SA 77 (HHA) waar die volgende gesê word op 91B-D:

"It may be necessary to go further and extend well-established principles to trusts by holding in a suitable case that the trustees' conduct invites the inference that the trust form was a mere cover for the conduct of business 'as before', and that the assets allegedly vesting in trustees in fact belong to one or more of the trustees and so may be used in satisfaction of debts to the repayment of which the trustees purported to bind the trust. 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 in justice should be pierced in the interests of creditors."

Onder die omstandighede sien ek geen meriete in die argument (as daar een gepleit is) dat hierdie deel van die eis vatbaar is vir 'n eksepsie nie.

[32] Ten slotte is dit gerieflik om weer te kyk na die geïkte beginsels wanneer dit kom by die beoordeling van 'n eksepsie. Daar is 'n handige uiteensetting in Erasmus *Superior Court Practice* Bl-151 en verder. Ek haal net tersaaklike dele aan en noem ook nie al die gewysdes wat in die voetnotas verskyn nie:

"General. An exception is a legal objection to the opponent's pleading. It complains of a defect inherent in the pleading: admitting for the moment that all the allegations in a summons or plea are true, it asserts that even with such admission the pleading does not disclose either a cause of action or defence, as the case may be. It follows that where an exception is taken, the court must look at the pleading excepted to as it stands:... In order to succeed an excipient has the duty to persuade the court that upon every interpretation which the pleading in question, and in particular the document on which it is based, can reasonably bear, no cause of action or defence is disclosed, failing this, the exception ought not to be upheld ... An excipient is obliged to confine his complaint to the stated grounds of his exception. In so far as there can be an *onus* on either party on a pure question of law it rests upon the excipient who alleges that a summons discloses no cause of action or that a plea discloses no defence; the excipient has the duty to persuade the court that the pleading is excipiable on every interpretation that can reasonably be attached to it. The pleading must be looked at as a whole. Where there is uncertainty in regard to a pleader's intention, an excipient cannot avail himself or herself thereof unless he or she shows that upon any construction of the pleadings the claim is excipiable."

Gevolgtrekking

[33] Vir al die redes wat ek genoem het is ek van mening dat die eksepsie nie kan slaag nie.

Koste

[34] Die eiseres het gevra dat die eerste verweerder die koste moet betaal. Dit kom voor asof dit die gepaste bevel sal wees. Ek sien geen ruimte daarvoor om die ander verweerders, of trustees in hulle verteenwoordigende hoedanigheid, te belas met 'n kostebevel nie. Die koste behoort ook die koste van 'n senior advokaat in te sluit.

Die bevel

[35] Ek maak die volgende bevel:

1. Die eksepsie word van die hand gewys.
2. Die eerste verweerder word gelas om die koste te betaal, wat die koste van 'n senior advokaat sal insluit, asook die koste van twee advokate in soverre die eiseres gebruik gemaak het van die dienste van twee advokate. Dit word genotuleer dat die tweede advokaat, mnr Haskins SC, nie deelgeneem het aan die verhoor as sodanig nie.

REGTER VAN DIE GAUTENG AFDELING. PRETORIA

42949-2013

GEHOOR OP: 14 OKTOBER 2014

VIR DIE EISERES: J L VAN DER MERWE SC, BY TYE BYGESTAAN DEUR

M L HASKINS SC

IN OPDRAG VAN: COXWELL STEYN VISE & NAUDE

VIR DIE VERWEERDERS: B H SWART SC

IN OPDRAG VAN: ELLIS SWARTS ING