# Kan ’n trust ’n lastereis instel? ’n Verkennende ondersoek

**Danie Kloppers en Henk Kloppers**

Danie (D.F.) Kloppers, onafhanklike konsultant, Potchefstroom
Henk (H.J.) Kloppers (Orcid ID: 0000-0003-0512-7986), Fakulteit Regte, Noordwes-Universiteit (Potchefstroom-kampus)

***Opsomming***

Die lasterreg het te make met die beskerming van ’n persoon se goeie naam of reputasie. In die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg is ’n lasteraksie beskikbaar vir sowel individue as regspersone wie se reputasie onregmatig geskaad is. Die vraag wat egter in hierdie artikel te berde kom, is of ’n lasteraksie ook vir ’n trust beskikbaar behoort te wees indien die trust se goeie naam of reputasie benadeel is.

Die antwoord op die vraag is nie so eenvoudig as wat dit met die eerste oogopslag mag lyk nie. Een van die redes daarvoor is dat ’n trust nie as ’n regspersoon beskou word nie. Om hierdie vraag te beantwoord, fokus die artikel aanvanklik op laster en die unieke aspekte van die lasterreg, soos die regsvermoedens ten gunste van die eiser en die uitbreiding van ’n lasteraksie na regspersone. Daarna verskuif die fokus na die trust as ’n regsfiguur. In die bespreking word aangetoon dat alhoewel ’n trust nie as ’n regspersoon beskou word nie, voldoende aanduidings bestaan dat ’n trust as ’n regsentiteit afsonderlik van sy trustees beskou word.

In die laaste afdeling van die artikel word redes aangevoer waarom ’n lasteraksie ook na trusts uitgebrei behoort te word. Hierdie redes sluit onder meer in dat daar tans onsekerheid oor die posisie van trusts heers, dat trusts gereeld aan die regsverkeer deelneem, en dat dit onbillik is om teen die trust te diskrimineer. Daar word voorgestel dat die howe toegelaat moet word om regsekerheid teweeg te bring deur die gemenereg uit te brei om by nuwe behoeftes aan te pas, soos wat trouens reeds in ander gevalle met die lasterreg gebeur het. Ten slotte word ’n aantal praktiese aspekte wat die howe tydens die regsvernuwing kan benut, aangeraak.

**Trefwoorde:** laster; regspersoonlikheid; trusts

***Abstract***

**Can a trust institute a defamation action? An exploratory investigation**

The law of defamation is concerned with the protection of a legal subject's good name and reputation. The good name and reputation of a natural person was already protected in the Code of Hammurabi in the 17th century BC and the modern action available to an injured party in the South African law – the *actio iniuriarum* – has its roots in the Roman *12 Tables* which dates from the 5th century BC.

The *actio iniuriarum* is a civil action, but it has some interesting characteristics. Firstly, although this aspect has been fiercely debated, it seemingly still retains some remnants of its penal character in the Roman law. Secondly, the burden of proof differs from most civil actions. In a defamation action the plaintiff only needs to prove the existence of the defaming statement. If that has been proven, a legal presumption arises that the statement was both unlawful and intentional. This means that the defendant has to prove, on a preponderance of probabilities, that the statements were lawful and/or unintentional. Thirdly, the subjective feelings of hurt and injury of the plaintiff is not important: what *is* important is whether the defamatory statement objectively damaged the good name or reputation of the plaintiff. Thus the Supreme Court of Appeal has in *Media24 v SA Taxi Securitisation* (437/2010) [2011] ZASCA 117 noted that if one falsely accuses a medical doctor of malpractice, he may sue for defamation, even though he does not personally feel hurt by the statement. Another interesting aspect of the action for defamation is that the plaintiff can usually only be compensated in money, although the Constitutional Court indicated in *Le Roux v Dey* [2011] ZACC 4that the time is ripe for the common law to be amended in this regard.

Finally, the action is also available to legal entities. The legal development to extend the common law action to "non-humans" has taken more than a century in the South African law and has been the subject of a number of judgments, culminating in the recent *Herbal Zone v Infitech Technologies* (204/2016) [2017] ZASCA 8 judgment where it was decided that "[a] corporate entity ... is entitled to claim damages based on defamation".

The position of a trust when it is defamed is however not clear. A trust is, in its simplest form, an agreement between the founder and the trustees in which ownership and control of the trust assets are conferred on the trustees for the benefit of the beneficiaries. Although the beneficiaries are considered to be the "beneficial owners" in the English law, dual ownership is not part of the South African law.

As is the case with the action for defamation, the "trust" concept has a number of interesting characteristics. These include that the definition of a trust is vague and the term is used for a number of concepts. A trust is further not considered to be a juristic person distinct from its trustees, but as a *sui generis* legal entity consisting of "an accumulation of assets and liabilities". Furthermore, although the trustees are the owners of the trust assets, they may only act within the ambit of the deed of trust and may in principle not use the trust assets for their personal interest. On the other hand, although the beneficiaries of a discretionary trust have no vested rights in the trust assets, they are entitled to act if the trustees do not act in their (the beneficiaries') interest. The insolvency of a trustee will also not influence the trust assets. The trust and trustee are thus two separate "legal entities" for the purpose of insolvency. Fixed property of the trust is also not registered in the names of the trustees, but

in the name of the trust or "the trustees for the time being" without any reference to the trustee. If the trusteeship changes, no change is made to the deeds, thus the death of a trustee does not affect the existence of the trust. It only means that nobody can act in the trust's name until a new trustee has been appointed. Finally, although the courts do not consider a trust to be a juristic person, a number of statutes define a trust as such and judgments often refer to "trusts" as if they were separate entities distinct from their trustees.

The ambivalence of the legal position of a trust has recently been the subject of two judgments of European courts. In both instances the court ruled that a trust should be considered a separate and distinct legal entity. On the other hand, with regard to a claim for defamation, in both the Zimbabwean and English court, the court found that, as a trust is not an entity, it cannot claim for defamation. Although this aspect has never – as far as we are aware – been argued in a South African court, it seems to be unfair as trusts are part of the legal reality and often participate in commercial transactions. This article therefore argues that the action for defamation should, for the following reasons, be extended to trusts: Firstly it is necessary to extend the action due to the fact that there is no legal certainty on this matter and because trusts are often involved in legal issues. Cursory research indicates that trusts were parties to 36 cases in the Supreme Court of Appeal and the Gauteng and Free State High Courts during the past three years. Secondly the current legal position, in contravention of sections 8 and 9 of the Constitution, unfairly discriminates against trusts as trusts are not afforded the same protection as an individual or a corporate entity when the trust is defamed. This situation is complicated by the fact that trusts are in some cases considered to be legal entities, which means that a trust could in one instance be protected but not in another matter.

The action for defamation can be extended to trusts in two ways: through statutory intervention or through judgments of the high courts. It is argued that the latter is preferable, because statutory changes take time and may result in some undesired effects. Further, the high courts have an inherent jurisdiction to develop the common law in accordance with the needs of society and to enhance justice and equity.

The high courts has in the past developed the law of defamation to extend the action to both trading and non-trading corporate entities, to allow *inter alia* the press to prove the absence of the intent to cause injury and to extend the legal aid available to include an apology. To extend the action to a trust would thus be in line with previous practice. A court could take the factors referred to in the European and previous South African judgments of the Supreme Court of Appeal into consideration when deciding whether a trust has, in a particular case, proved it has been defamed. These factors include the following: whether the trust has a clear separate legal existence, is involved in commercial activities or has a reputation that could be protected, has employees and a business premises and whether, because of the defamatory statements, the public and other businesses are no longer doing business with the trust. This article does not argue for a general defamation action available to all trusts but rather that, if the court is satisfied that a trust can in a specific case prove that it has been defamed, it should hold the defendant liable.

**Keywords:** defamation; legal personality; trusts

## 1. Inleiding

Die beginsel dat ’n persoon se goeie naam deur die reg beskerm word, is eeue oud en universeel. Dit was reeds deel van die Babiloniese reg wat in die 17de eeu v.C. in die Kode van Hammurabi saamgevat is. Die kode verwys onder meer na die beskerming van die goeie naam van beide getroude vroue en “gewyde maagde”.[1] Hierdie reg was ook in die Romeinse reg vervat. In die agtste tafel van die 12 Tafels[2] wat uit die 5de eeu v.C. dateer, word bepaal dat iemand wat ’n uitspraak of bewering maak wat oneer of skande aan ’n ander kan veroorsaak, met die dood strafbaar is. Gedurende die imperiale tydperk is dit ook as ’n misdaad beskou wat in sommige gevalle die doodstraf regverdig het.[3] Die Romeinse reg het eeue later die grondslag gevorm vir die wyse waarop inbreuk op ’n ander se goeie naam (*fama* in Latyn) in verskeie lande hanteer is en steeds word.[4]

Ook wat die sogenaamde “barbare” betref wat aanvanklik buite die sfeer van die Romeinse ryk geleef het, was die beskerming van iemand se eer en goeie naam belangrik. Die Lex Salica[5] het byvoorbeeld bepaal dat iemand wat ’n ander ’n “jakkals” of ’n “haas” noem, drie sjielings skadevergoeding moet betaal en as ’n vrou vals van losbandigheid beskuldig is, was die skadevergoeding 45 sjielings.[6]

In Suid-Afrika het die lasterreg, wat ten doel het om ’n persoon se goeie naam en aansien of reputasie (*fama*) te beskerm,[7] uit die Romeinse reg en Romeins-Hollandse reg ontwikkel. Dit sluit egter ook beginsels van die Engelse reg en plaaslike ontwikkeling in. Om Potgieter, Steynberg en Floyd[8] ietwat uit verband, hoewel ewe relevant, aan te haal: die Suid-Afrikaanse lasterreg vertoon ’n hibriede aard wat “uit meer bestaan as bloot die som van die komponente waaruit dit histories ontwikkel het”. Indien iemand se goeie naam aangetas is, kan hy[9] hom op die hof beroep om die persoonlikheidsnadeel wat hy as gevolg van die aantasting gely het, te herstel.[10] Bykomend daartoe kan hy ook skadevergoeding eis vir die vermoënskade[11] wat hy as gevolg van die aantasting gely het,[12] byvoorbeeld as die lasterlike bewerings tot gevolg gehad het dat die publiek nie meer met hom wil handel dryf nie. Hierdie aksie is burgerregtelik van aard en afsonderlik van ’n aanklag van stafregtelike laster of *crimen iniuria* wat die benadeelde ook kan lê en wat deur ’n strafhof bereg sal word.

Dis vraag is egter: Wie kan almal as die “iemand” na wie ons hier bo verwys het, beskou word? In hierdie artikel val die fokus in besonder op die posisie van ’n trust in gevalle waar die trust se goeie naam deur die modder gesleep word. Dat die antwoord op hierdie vraag nie bloot akademies is nie, blyk uit die volgende vereenvoudigde feitestel wat soortgelyk is aan een waaroor ’n landdroshof onlangs moes beslis. Hier is XY Trust ’n *inter vivos*-trust wat handel dryf in die verhuring van eiendomme. Die trust het ’n aksie vir skadevergoeding teen A en B ingestel omdat hulle in die dorp rondloop en vertel dat XY Trust skelm is en nie verhuurders se huurgeld oorbetaal nie. Die trust voer aan dat A en B se optrede nie net ekonomiese skade veroorsaak het nie, maar ook die goeie naam en aansien van die trust benadeel het.

Ons eerste indrukke oor hierdie feitestel was dat die trust natuurlik daarop geregtig is om vergoeding vir die benadeling van sy goeie naam te eis. Dit klink immers voor die hand liggend dat die trust benadeel is. Dit het egter vinnig geblyk dat ons eerste indruk ’n oorvereenvoudiging is en dat die regsposisie wat Suid-Afrika betref, glad nie so klinkklaar is nie. Hierdie verkennende ondersoek sal daarom eers fokus op ’n opsomming van die bestaande regsposisie in Suid-Afrika ten opsigte van beide die lasterreg en trusts. Dit sal

gedoen word met verwysing na veral hofbeslissings oor die afgelope dekade. Hierna sal die soeklig verskuif na wat nodig is om XY Trust in staat te stel om sy goeie naam suksesvol te verdedig.

## 2. Opsomming van die regsposisie

### *2.1 Inleidend*

Ten einde vas te stel of XY Trust in die feitestel hier bo wel in beginsel suksesvol behoort te wees in sy eis, fokus ons eerstens op 'n opsomming van die bestaande lasterreg en daarna op die vraag of die trust hom wel daarop sal kan beroep dat sy goeie naam benadeel is.

### *2.2 Laster in die Suid-Afrikaanse reg*

Wanneer iemand 'n persoonlikheidskrenking of *iniuria* gely het omdat 'n ander persoon sy aansien in die gemeenskap laat daal het deur 'n opsetlike[13] inbreuk, kan die benadeelde genoegdoening[14] of troosgeld met die *actio iniuriarum* eis.[15] Die hof verduidelik in *Van Gijsen*[16] soos volg:

> Die skending van 'n persoon se reg op goeie naam of *fama* word in die Suid-Afrikaanse reg beskryf as "Laster" en gedefinieer as die onregmatige, opsetlike publikasie van woorde of gedrag aangaande 'n bepaalde persoon waardeur sy goeie naam, reputasie of aansien in die gemeenskap aangetas word.

Inbreukmaking kan plaasvind deur dit wat die inbreukmaker sê, maar kan ook deur geskrewe woorde, karikature[17] en Twitter of ander elektroniese media geskied. Trouens, in die uitspraak in die Hoogste Hof van Appèl[18] in *Le Roux v Dey*[19] waarsku appèlregter Harms dat iets wat as 'n grap bedoel is, in sommige gevalle laster kan wees. Neethling[20] som die regsposisie kort en kragtig op en verklaar dat laster enige handeling is wat die effek het om die persoon se aansien in die gemeenskap te laat daal en wat gevolglik sy of haar goeie naam krenk. Hy wys ook daarop[21] dat dit ook 'n skending van 'n natuurlike of regspersoon se reg op identiteit kan wees indien iemand die plig het om die waarheid te verkondig en dit nie doen nie.

Die *actio iniuriarum* het sy wortels in 'n wraakaksie[22] omdat die doel daarvan was om die krenking wat die benadeelde gely het, te neutraliseer.[23] Alhoewel wraaksug tans nie meer die beweegrede vir die aksie is nie, speel dit klaarblyklik steeds 'n rol by die bepaling van die troosgeld.[24] Die aksie het die bestraffende karakter wat dit in die imperiale Romeinse reg gehad het,[25] verloor.[26] Tog het die Hoogste Hof van Appèl onlangs daarop gewys dat die toekenning van nievermoënskade steeds 'n afskrikkingsfunksie – een van die belangrikste doelwitte van die strafreg[27] – verrig.[28] Daar is gevolglik steeds oorblyfsels van straf in die aksie te bespeur.[29]

### *2.3 Unieke aspekte van die lasterreg*

Benewens die feit dat 'n lasteraksie (wat, soos reeds genoem, 'n burgerregtelike aksie is en nie 'n strafaksie nie) steeds elemente van wraak en afskrikking bevat, het die aksie ook ander unieke eienskappe. Eerstens hoef die eiser, anders as by die meeste ander onregmatige dade,

nie al die elemente van die onregmatige daad te bewys nie. Sodra die eiser die bestaan of publikasie[30] van lasterlike bewerings bewys het, tree weerlegbare regsvermoedens in dat die verweerder se optrede beide onregmatig en opsetlik was en is dit die taak van die verweerder om hierdie vermoedens op 'n oorwig van waarskynlikheid te weerlê.[31]

'n Tweede interessante aspek van laster en die aard van die persoonlikheidsnadeel is die vraag oor wat gekrenk word as iemand belaster word. 'n Logiese antwoord hierop sou wees dat dit gaan oor die vraag of, en in welke mate, die benadeelde subjektief voel dat sy goeie naam of aansien benadeel is. Uit die regsgeskiedenis en die uitsprake van die Suid-Afrikaanse howe blyk dit egter nie die geval te wees nie. Reeds in die Babiloniese reg was die genoegdoening 'n objektiewe "straf", naamlik dat die oortreder "aan sy voorkop gemerk moet word".[32] In die moderne Suid-Afrikaanse reg word hierdie objektiewe siening voortgesit. In ons reg is dit nie belangrik of Jan Rap en sy maat ná die persoonlikheidskrenking subjektief werklik minder van die benadeelde dink nie, maar eerder of hulle optrede objektief die benadeelde se aansien nadelig beïnvloed het.[33] So verduidelik appèlregter Brand in *Media24* dat 'n mediese dokter genoegdoening sal ontvang as sy professionele reputasie benadeel word, selfs al voel hy nie self geskaad of beskaamd deur die opmerkings nie. Die verweerder sal hom ook nie kan verweer dat sy optrede nie die eiser gekrenk het nie.[34]

'n Derde aspek is dat die belangrikste wyse waarop vir die krenking vergoed kan word, slegs in klinkende munt is. Dit is so, alhoewel die persoonlikheidsregte wat benadeel is, nie "verhandelbaar" is nie en geen empiriese monetêre waarde het nie.[35] In *Dey* wys die Konstitusionele Hof daarop dat howe gemeenregtelik nie 'n verskoning kan afdwing nie en dat selfs die aanbied van 'n onmiddellike verskoning slegs die bedrag van die skadevergoeding sal beïnvloed.[36] Dit wil egter voorkom of hierdie situasie besig is om te verander. In dieselfde uitspraak[37] dui die hof aan dat die gemenereg ontwikkel kan word aan die hand van die beginsels van geregtigheid wat in die Romeins-Hollandse reg gesetel is, sodat die reg 'n gesonde teelaarde kan skep vir versoening. In die finale bevel word die verweerders dus beveel om benewens die troosgeld ook 'n onvoorwaardelike verskoning aan die eiser vir die leed wat hy gely het aan te bied.[38]

'n Vierde aspek is dat die identiteit van die lasteraar belangrik kan wees by die bepaling van die benadeelde se eisoorsaak. Soos reeds hier bo genoem, is opset in beginsel 'n vereiste vir gedingsvatbare laster.[39] In sommige gevalle is blote nalatigheid egter voldoende, byvoorbeeld waar drukkers en verspreiders van massamedia en die pers nalatig lasterlike bewerings maak.[40]

### *2.4 Laster en regspersone*

Die volgende interessante aspek van die lasterreg is dat 'n regspersoon hom in die Suid-Afrikaanse reg ook op 'n lastereis kan beroep as die goeie naam van die betrokke regspersoon benadeel is.[41] Tradisioneel was die funksie van die *actio iniuriarum* om die gekwetste gevoelens van 'n individu te vertroos. Dit sou beteken dat 'n regspersoon, wat nie oor "feelings to outrage and offend" beskik nie, streng gesproke nie op 'n eis geregtig was nie.[42] Soos appèlregter Brand dit onlangs in *Media24* ter inleiding van sy bespreking oor hierdie aangeleentheid gestel het: "[S]ince corporations and other legal personae have no feelings, simple logic seems to dictate that they should have no claim for defamation."[43] Die reg het egter verby hierdie "simple logic" ontwikkel.

Die regsontwikkeling dat 'n regspersoon hom op 'n lastereis kan beroep, het wat die Suid-Afrikaanse reg betref, reeds in 1906 'n aanvang geneem toe die hof in *Cape Times*[44] aanvaar het dat 'n "trading company" vir laster kan dagvaar indien sy handelsreputasie geskaad is. Hierdie aangeleentheid is vir die eerste keer in 1916 in die Appèlhof in *Friend Newspapers*[45] te berde gebring waar die hof *obiter* die volgende oor 'n handeldrywende regspersoon gesê het:

> That the remedy by way of action for libel is open to a trading company admits of no doubt. Such a body is a juridical *persona,* a distinct and separate legal entity duly constituted for trading purposes. It has a business *status* and reputation to maintain. And if defamatory statements are made reflecting upon that status or reputation, an action for the *iniuria* will lie.[46]

Hierdie *obiter* opmerkings van die Appèlhof is deur die Appèlhof in *Spoorbond v SA Railways*[47] herhaal. Uitsprake van die provinsiale afdelings wat daarna oor hierdie aangeleentheid moes beslis, was egter soms minder toegeeflik teenoor regspersone. Hoewel die howe in verskeie uitsprake die *obiter* opmerkings as korrek aanvaar het,[48] is daar in beide die *Tommie Meyer Films*-[49] en die *Church of Scientology*-uitspraak[50] bevind dat 'n regspersoon nie 'n liggaam, eergevoel of waardigheid soos 'n mens het nie en daarom ook nie persoonlikheidsnadeel kan ly nie. Waaroor dit wel beskik, is klandisiewaarde, of dan 'n goeie reputasie. Hierdie reputasie is egter, volgens die uitsprake, nie deel van die persoonlikheidsregte van die regspersoon nie, maar eerder van die vermoënsregte wat met die *actio legis Aquiliae* beskerm moet word.[51]

Minder as 'n dekade later het die Appèlhof in *Dhlomo,*[52] wat gehandel het oor 'n lastereis van 'n niehandeldrywende regspersoon, weer die geleentheid gehad om hierdie aspek te oorweeg. Eerstens beslis waarnemende hoofregter Rabie dat die regsposisie ten opsigte van 'n handeldrywende regspersoon korrek in *Friend Newspapers* weergegee is, selfs al het dit 'n uitbreiding van die gemenereg waar die aksie slegs vir natuurlike persone bedoel was, ingehou.[53] Tweedens beslis hy ten opsigte van niehandeldrywende regspersone:

> [T]here is little justification for saying that a non–trading corporation should not, in appropriate circumstances, be accorded the right to sue for an injury to its reputation if the defamatory matter is calculated to cause financial prejudice (whether or not actual financial prejudice results).[54]

Alhoewel die hof nie duidelik aandui wat die "appropriate circumstances" is nie, verwys dit onder meer na voorbeelde soos waar 'n godsdienstige organisasie weens lasterlike bewerings nie meer fondse van die publiek ontvang nie of waar oorwegings van openbare belang en regsbeleid 'n hof genoop het om nie 'n lastersaksie aan 'n staatsinstelling toe te staan nie.[55]

Die korrektheid van hierdie uitspraak en uitsprake wat daarop gevolg het, is weer in die *Media24*-saak aangeval, maar appèlregter Brand beslis dat die Hoogste Hof van Appèl aan die uitsprake gebonde is tensy die hof tevrede is dat dit duidelik verkeerd was.[56] Hy maak dit duidelik dat die uitspraak in *Dhlomo* deur beleidsoorwegings bepaal is en nie noodwendig deur wat "reg" of "verkeerd" is nie.[57] Hy bevind verder dat die hof, tensy daar goeie rede is om van beslissing te verander, aan sulke beleidsoorwegings gebonde is, onder meer omdat dit tot regsekerheid meewerk.[58] Verder meen die hof daar is geen goeie rede waarom 'n

regspersoon nie ook, soos ’n natuurlike persoon, geregtig daarop mag wees om byvoorbeeld die “pride of its employees to work for that company” te beskerm nie.[59]

Die grondwetlikheid van ’n lasteraksie is ook in *Media24* aangeval. Die hof wys aanvanklik daarop dat ’n lasteraksie sekere voordele aan ’n eiser bied, onder meer die weerlegbare vermoedens oor onregmatigheid en *animus iniuriandi*. Om ’n regspersoon hierdie voordele te ontsê, sou volgens die Hoogste Hof van Appèl op onbillike diskriminasie neerkom wat kragtens die bepalings van artikel 9 van die Grondwet verbied word.[60] Ten opsigte van die grondwetlike aanvalle wys die hof daarop dat die Grondwetin artikel 8(4) aan ’n regspersoon dieselfde regte as aan ’n natuurlike persoon bied “in die mate waarin die aard van die regte en die aard van daardie regspersoon dit vereis”.[61] Die hof is verder van oordeel dat die reg op waardigheid wat in artikel 10 van die Grondwetbeskerm word, wyer as die gemeenregtelike reg is en nie net op natuurlike persone nie, maar in sommige gevalle ook op regspersone van toepassing is.[62] Hierdie reg sluit ook die regspersoon se goeie naam of reputasie in.[63] Wat betref die betoog dat die lasterreg die reg op vryheid van spraak onbillik beperk, wys die hof daarop dat vryheid van spraak nie ’n opperreg is nie, dat dit nie ’n besondere status in ons reg geniet nie, en dat dit in die verlede reeds deur howe beperk is.[64]

Die jongste uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl wat na ’n regspersoon se reg om ’n lastereis in te stel verwys, is *Herbal Zone*.[65] Die hof moes beslis oor die verlening van ’n finale interdik in ’n geskil wat oor manlike opkikkerkapsules gehandel het. In die uitspraak bevestig appèlregter Wallis met verwysing na *Caxton* dat

> [a] corporate entity ... is entitled to claim damages based on defamation. This includes both pecuniary damages for actual financial loss and general damages for harm to its commercial reputation.[66]

Die regsposisie ten opsigte van laster is gevolglik, sover dit regspersone aangaan, tans redelik seker in die Suid-Afrikaanse reg.[67] Die posisie ten opsigte van trusts is egter, soos uit die bespreking in die volgende paragraaf sal blyk, glad nie so seker of eenvoudig nie.

## 3. Die regsbevoegdheid van ’n trust

’n Trust is ’n unieke regsfiguur. Waar dit uit die bespreking hier bo geblyk het dat as XY Trust ’n maatskappy of ander regspersoon was, dit geregtig sou wees om ’n lasteraksie in te stel, is XY Trust (omdat dit ’n trust is) se vooruitsigte nie so rooskleurig nie. Een van die redes is die besondere regsaard van ’n trust.

### *3.1 Regsaard van ’n trust*

Alhoewel die presiese afkoms van die trust as ’n regsfiguur onduidelik is, is dit wel redelik seker dat dit grootliks uit die Engelse reg kom, hoewel dit heelwat in die Suid-Afrikaanse reg ontwikkel het om by die gemenereg aan te pas.[68] Oor wat ’n “trust” is, bestaan daar ook nie altyd sekerheid nie. Appermont[69] meld dat die *Black’s Law Dictionary* meer as 150 verskillende tipes trusts erken, en De Waal[70] dat baie tyd en energie al daaraan bestee is om ’n definisie te bepaal, maar dat dit steeds nie “’n eenvoudige taak [is] om die ware aard van ’n trust in die Suid-Afrikaanse reg aan te dui nie”. Vir Hansman en Mattei[71] is ’n “privaattrust” een van die eenvoudigste vorme van ’n ondernemingstruktuur wat regtens

veroorloof is. Lamprecht[72] en Kloppers[73] wys in dié verband op die min oprigtings- en openbaarmakingsvereistes asook die buigsaamheid en aanpasbaarheid van trusts.

Alhoewel daar verskeie trustvorme is, sal hierdie deel van die ondersoek fokus op sogenaamde normale trusts[74] wat beide testamentêr[75] en as 'n ooreenkoms tussen lewende persone[76] opgerig word met die doel om die trustbates in die trustees te vestig om tot voordeel van ander en nie die trustees nie, aangewend te word.[77]

Die Suid-Afrikaanse Appèlhof en die Hoogste Hof van Appèl het reeds in verskeie uitsprake die geleentheid gehad om oor die regsaard van 'n trust te besin.[78] Onlangs, in *Gowar,*[79] 'n uitspraak wat oor 'n familietwis en die verwydering van trustees gehandel het, het appèlregter Petse met verwysing na vorige uitsprake weer die geleentheid gehad om die regsaard van 'n trust op te som. Verder word 'n trust ook redelik uitgebreid in die Trustwet[80] omskryf. Vir doeleindes van hierdie bespreking kan 'n trust, na aanleiding van *Gowar,* vorige hofuitsprake en die omskrywing van die Trustwet,[81] beskryf word as 'n regsfiguur waar die oprigter bates onder die beheer van trustees plaas sodat die trustees dit ingevolge die bepalings van die trustakte tot voordeel van die begunstigdes kan aanwend.[82]

Uit hierdie omskrywing van 'n trust val 'n aantal aspekte op. Eerstens is 'n trust 'n entiteit met 'n eiesoortige aard (dit is dus *sui generis*)[83] wat te onderskei is van byvoorbeeld 'n maatskappy. Tweedens is die trust 'n regsfiguur waar die trustee of trustees die eienaar van die trustgoedere is, dog meestal geen belang by die trustbates het nie.[84] Derdens bestaan 'n trust uit saamgevoegde bates, laste, regte en verpligtinge wat as 'n afsonderlike regsentiteit, maar nie as 'n regspersoon nie, bestaan. Vierdens kan 'n trust slegs deur die trustees wat in ooreenstemming met die bepalings van die trustakte optree, handel.[85] Van die trustee word verwag om met die nodige sorgsaamheid en vaardigheid wat van 'n persoon wat 'n ander se belange behartig, op te tree.[86] Verder word die trust deur die oprigter tot voordeel van die begunstigdes opgerig, maar indien dit 'n diskresionêre trust is, het die begunstigdes geen gevestigde reg op inkomste of kapitaal totdat die trustees sodanige regte by wyse van toekennings in hulle vestig nie.[87]

### *3.2 Interessante gevolge van 'n trust se regsaard*

Die omskrywing van 'n trust en die besondere eienskappe daarvan – soos dat dit nie afsonderlik van die trustees as 'n regspersoon beskou word nie[88] – het daartoe gelei dat hierdie regsfiguur in Suid-Afrika en internasionaal interessante gevolge tot gevolg gehad het. Vir die doel van hierdie artikel word op 'n vyftal aspekte gefokus, alhoewel besprekings soos dié van onder meer De Waal[89] en Van Zyl[90] toon dat daar meer is.

#### *3.2.1 Begunstigdes het regte, al het hulle nie "gevestigde regte" nie*

Alhoewel begunstigdes in 'n diskresionêre trust geen gevestigde regte op die trustbates het nie, beskik hulle tog oor regte. Appermont[91] meld in die Engelsregtelike konteks dat alhoewel die trustees beskou word as die eienaars van die trustbates, hulle nie daarmee kan doen wat hulle wil nie, omdat die begunstigdes oor die "equitable ownership" van die trustbates beskik. Hierdie onderskeid ten opsigte van eienaarskap is egter nie in die Suid-Afrikaanse reg bekend nie.[92] En tog kan dit nie ontken word dat die begunstigdes wel regte het nie.[93] So kan die begunstigdes versoek dat die trustees, indien hulle nie in die belang van die begunstigdes optree nie, verwyder word.[94] In *Gowar* wys die Hoogste Hof van Appèl daarop dat dit nie

nodig is dat die trustee te kwade trou opgetree het of hom aan wangedrag skuldig maak nie. Die belangrikste oorweging is die welsyn van die begunstigdes en die behoorlike bestuur van die trust.[95] Begunstigdes kan, as hulle 'n belang by die aangeleentheid het, in geding met die trustee tree. In *Harper*[96] het die hof onlangs beslis dat 'n inkomstebegunstigde wat die moeder van twee betwiste kapitaalbegunstigdes was, oor voldoende belang in die saak beskik om 'n party te wees.[97]

In sommige gevalle kan die begunstigdes ook, al het hulle geen gevestigde regte nie, in 'n geding namens die trust optree. Dit gebeur in gevalle waar die trustee self die oorsaak van die regsgeskil is,[98] of om een of ander rede nie in staat is om 'n geding namens die trust te voer nie.[99]

*3.2.2 Bankrotskap en skuldeisers*

Omdat 'n trust nie 'n regpersoon is nie, kan dit nie gelikwideer word as dit bankrot is nie, maar word dit soos 'n natuurlike persoon gesekwestreer.[100] Die trust is daarom, sover dit insolvensieprosedures aangaan, 'n afsonderlike skuldenaar,[101]dus 'n "persoon", al is dit nóg 'n natuurlike persoon, nóg 'n regspersoon. Die sekwestrasie raak egter slegs die bates en laste van die trust en nie die trustee se persoonlike boedel nie.[102] Hierdie aspek is onlangs weer in *Melville*[103] (wat oor die likwidasie al dan nie van 'n trust gehandel het) bevestig. In hierdie aansoek bevind die hof dat alhoewel 'n trust vir doeleindes van die Maatskappywet as 'n regspersoon beskou word, dit steeds vir doeleindes van die Insolvensiewet[104] as 'n skuldenaar beskou word en daarom gesekwestreer moet word.[105] Die trust word daarom tydens sekwestrasie as 'n afsonderlike skuldenaar behandel ten spyte daarvan dat die trust "nie oor 'n afsonderlike identiteit of persoonlikheid beskik nie", en daar in werklikheid nie van die sekwestrasie daarvan sprake behoort te wees nie.[106]

Terwyl hierdie paragraaf op laste fokus, kan 'n ander interessante aspek van 'n trust ook te berde gebring word, naamlik dat die trustkrediteure nie 'n verhaalsreg teen trustbates het indien die trustees buite hul magte opgetree het of geen magtiging vir hul handelinge gehad het nie.[107] 'n Trustee moet daarom, selfs al is hy die "eienaar" van die trustbates, steeds soos 'n beampte van 'n regspersoon behoorlik gemagtig word om op te tree. In *O'Shea*[108] het die Hoogste Hof van Appèl hierdie aspek in die konteks van 'n sekwestrasie-aansoek teen 'n trust bevestig. Die trustee het tydens 'n ondersoek in verband met die likwidasie van 'n maatskappy bevestig dat die trust 'n bedrag aan die maatskappy verskuldig is. Die hof bevind egter dat daar geen getuienis bestaan dat die trustee deur die trust gemagtig was om namens die trust te getuig nie.[109] Aansluitend hierby het die Hoogste Hof van Appèl in *Parker* bevind dat die trustees kan optree slegs indien hulle uit die minimum getal trustees bestaan wat in die trustakte voorgeskryf is. Selfs al is die trustees die eienaars van die trustbates, kan hulle daarom nie die trust geldig bind indien hulle nie aan bepaalde vereistes voldoen nie.[110] Hierdie uitsprake beklemtoon weer eens dat die trust onafhanklik van die trustees as 'n onafhanklike entiteit bestaan.

Aan die ander kant het 'n trustee se skuldeisers ook nie toegang tot die trustbates vir skuld van die trustee nie.[111] Soos De Waal[112] aandui, is daar daarom sprake van twee boedels – en dus van twee afsonderlike regsentiteite: dié van die trustee persoonlik en dié van die trust onder die beheer van die trustee. Dit bied weer 'n bewys van die onafhanklikheid van 'n trust van sy trustees.

*3.2.3 'n Entiteit of nie?*

Is die trust daarom in die lig van wat hier bo aangedui is, werklik 'n entiteit ongeag die feit dat dit nie oor regspersoonlikheid beskik nie?

Hierdie vraag is by meer as een geleentheid bevestigend deur die Suid-Afrikaanse howe beantwoord. So bevind die hof in *BOE Bank*[113] dat"it is recognised that a trust has a legal existence, whether it be called 'an entity', 'an institution' or 'an arrangement'." Die Hoogste Hof van Appèl het in *Swanepoel,*[114] nadat in die uitspraak terloops verwys is na 'n standaardborgstellingsakte wat gebruik word vir "companies, trusts and other legal entities,"[115] bevind dat die dokumente aangetoon het dat die geregistreerde trust, handelende deur sy trustee, die party tot die skuldakte was.[116] Die afleiding hieruit is dat die hof die trust self as 'n entiteit beskou. Hierdie afleiding kan ook uit *O'Shea* gemaak word. Daar het die Hoogste Hof van Appèl bevind dat 'n trustee, al het hy self aangedui dat hy die trust gebind het, dit nie mog doen nie. Dit is so nie slegs omdat hy nie daartoe gemagtig was nie, maar ook omdat die getuienis van 'n verteenwoordiger nie in latere aksie deur 'n derde party teen die prinsipaal toelaatbaar is nie.[117] Die trustee word daarom as die "verteenwoordiger van 'n entiteit" – in dié geval die trust – beskou.

Sover dit die registrasie van vaste eiendom aangaan, word die trust as 'n afsonderlike entiteit behandel. De Waal[118] wys daarop dat die endossement van die aktekantoor om eiendom uit 'n boedel aan 'n trust oor te dra bloot in die naam van die trust geskied terwyl die oordrag van eiendom na 'n *inter vivos*-trust ook in die naam van die trust – en nie die trustees nie – geskied. Selfs indien die oordrag van eiendom in die naam van die trustees geskied, word die trustees nie by name genoem nie. Daar word bloot na hulle verwys as "die trustees van tyd tot tyd van die XY Trust". Dit bring mee dat die aktekantoor geen verandering hoef te maak as die trustees, om welke rede ook al, verander nie. De Waal[119] stel dit só: "The title deed, as it were, floats serenely above events, reflecting nothing of the change in ownership of the trust property occurring at another level."

Hierdie stand van sake het adjunkregterpresident Flemming in *Joubert*[120] genoop om aan te dui dat daar voldoende regverdiging daarvoor bestaan om die regspersoonlikheid van trusts in wetgewing vas te lê.

'n Laaste, en belangrike, voorbeeld is die situasie by die dood van die enigste trustee of wanneer 'n trust om een of ander rede nie 'n trustee het nie. In hierdie geval verval die trust nie bloot nie, maar kan 'n belanghebbende die hof nader om 'n trustee aan te stel.[121] Totdat 'n nuwe trustee in die geval van die dood van die enigste trustee aangestel is, is dit die verantwoordelikheid van die oorlede trustee se eksekuteur om die trust te bewaar, alhoewel die eksekuteur nie met die bates van die trust kan handel indien hy nie as trustee aangestel is nie.[122] Dus bestaan die trust steeds, al het dit nie 'n trustee nie.[123] Die trust kan bloot nie optree totdat 'n trustee aangestel is nie.

Die gebruik om na 'n trust as 'n entiteit afsonderlik van sy trustees te verwys, is ook, ten minste in die wyse waarop die uitspraak geskryf is, op verskeie geleenthede deur die Hoogste Hof van Appèl toegepas. In *Mont Chevaux Trust*[124] moes die hof beslis oor die uitsetting van besetters van grond wat aan die trust behoort het. Alhoewel appèlregter Van der Merwe in die inleiding van die uitspraak na die respondente as die trustees van die trust verwys,[125] en die hof aandui dat die trust in wese 'n familietrust is,[126] word in die res van die uitspraak na die

trust asof na 'n afsonderlike entiteit[127] verwys sonder om weer na die trustees te verwys. So ook verwys die Hoogste Hof van Appèl in *Gowar*[128] na verskillende trusts wat eiendomme besit. In *Frieslaar*[129]is verwys na die trust wat as kontraksparty geregtig was om sekere verpligtinge af te dwing en in *Loggenberg*[130] na 'n trust ten gunste waarvan 'n beding ten behoewe van 'n derde beding is. Die Konstitusionele Hof het onlangs in *Snyders*[131] ook met 'n trust te make gehad en alhoewel die trustee *nomine officio* as applikant gesiteer is, verwys die hof deurentyd na "die trust" as die applikant en party voor die hof.

In die Europese reg[132] was die vraag of 'n trust 'n afsonderlike entiteit is, 'n kernaspek in twee onlangse beslissings. In *Olsen*[133] moes die Hof van die Europese Vryhandelsone[134] onder meer beslis oor die toepassing van Noorweegse belastingbepalings op 'n trust wat in Liechtenstein gestig is maar gebruik is om bates in Noorweë te bestuur. Een van die vrae waaroor die hof moes beslis, was of 'n trust, vir doeleindes van vrye vestigingsregte (*freedom of establishment*), 'n afsonderlike entiteit is. Die hof bevind dat die betrokke statutêre bepaling nie beperkend uitgelê moet word nie, maar dat 'n trust as 'n entiteit beskou kan word as dit "werklike en ware ekonomiese aktiwiteite nastreef".[135] Werklike en ware ekonomiese aktiwiteite word volgens die hof aan vier eienskappe uitgeken: dat die entiteit 'n besigheid bedryf soos om dienste aan te bied, dat die besigheid vir 'n teenprestasie bedryf word, dat dit vir 'n onbeperkte tyd gedoen word en dat dit deur 'n vaste onderneming (*fixed establishment*) bedryf word.[136] Ten opsigte van die vier vereistes bevind die hof dat dit van die feite van elke aangeleentheid sal afhang of dit bewys is en dat, as dit bewys is, 'n trust, ongeag sy regstatus, geregtig is om as 'n entiteit beskou te word.[137]

In 'n beslissing van die Europese Hof het die aangeleentheid weer ter sprake gekom. In *Panayi* bevestig die hof dat 'n trust van regsweë erken word, alhoewel dit geen "separate legal personality" het nie en slegs deur die tussenkoms van sy trustees kan optree.[138] Omdat die regsvraag weer oor vrye vestigingsregte van 'n trust binne die Europese Unie gehandel het, bevind die hof, soos in *Olsen*, dat die betrokke bepalings wyd uitgelê moet word.[139] Die hof gaan verder en maak die volgende belangrike opmerking:

> The activity of the trustees in relation to the trust property and the management of its assets are therefore inextricably linked to the trust itself and, therefore, the trust and its trustees constitute an indivisible whole. That being the case, such a trust *should be considered to be an entity* which, under national law, possesses rights and obligations that *enable it to act as such* within the legal order concerned.[140]

Daarom bevind die hof dat 'n trust wat oor regte en verpligtinge beskik, daarop geregtig is om in sy eie naam op te tree. Waar dit by ekonomiese aktiwiteite betrokke is, is dit geregtig op die betrokke vestigingsregte.[141]

Ter opsomming kan gesê word dat daar voldoende redes bestaan om 'n trust as 'n afsonderlike entiteit te beskou, veral as dit aan die vereiste van ekonomiese aktiwiteit voldoen.

### *3.2.4 'n Trust is soms meer as 'n blote entiteit*

In sommige gevalle word 'n trust selfs as meer as 'n blote entiteit beskou. Alhoewel die Hoogste Hof van Appèl dit onlangs in *Gowar* weer eens duidelik gestel het dat 'n trust nie 'n regspersoon is nie, word hierdie gegewe deur verskeie statutêre bepalings weerspreek. Die

Nasionale Kredietwet[142] bepaal dat ’n trust vir doeleindes van die betrokke wet as ’n regspersoon geag word mits daar minstens drie trustees is of een van die trustees self ’n regspersoon is. Die Wet op Vuurwapenbeheer[143] bepaal eweneens dat ’n trust ’n regspersoon is. Die regstatus van ’n trust as synde ’n regspersoon in sommige gevalle, word ook bevestig deur die Maatskappywet,[144] wat “’n trust ongeag dit binne of buite die Republiek gestig is of nie” as ’n regspersoon beskou.

Trusts word verder in ’n aantal ander statute as “persone” beskou. Die Inkomste-belastingwet[145] en die BTW-wet[146] beskou albei trusts vir doeleindes van die betrokke wette as persone. Die Suid-Afrikaanse reg ondervind daarom die ongemak dat ’n trust sowel gemeenregtelik as deur die howe nie as ’n regspersoon beskou word nie, terwyl verskeie statutêre maatreëls dit wel doen, onderhewig aan die beperking dat die betrokke bepalings net op aspekte wat in die wetgewing genoem is, van toepassing is. Hierdie ongemak word verder beklemtoon deur ’n uitspraak soos dié in *Magnum Financial* waar die hof aanvaar dat “in certain respects a trust does possess legal personality”[147] sonder om aan te dui wat die aspekte is wat wel aanvaar word.[148]

Ten opsigte van die regspersoonlikheid van ’n trust wys De Waal[149] daarop dat die Suid-Afrikaanse regsteorie en regspraktyk soms in konflik met mekaar verkeer.[150] Dit lei tot teenstrydighede, soos dat trusts afsonderlik belas word. Kortom, ’n trust *lyk* soos ’n regpersoon, maar dit *is* tans nie een nie. Hy wys daarop dat

> ’n [e]erlike analise van die situasie soos dit tans daar uitsien, maak die gevolgtrekking onvermydelik dat ’n sekere stukrag in die rigting van die toekenning van regspersoonlikheid aan die trust waarneembaar is in wetgewing, die regspraak en die trustpraktyk.[151]

*3.2.5 ’n Trust kan laster maar skynbaar nie belaster word nie*

Na die bespreking oor die verkleurmannetjie-aard van ’n trust, kom die bespreking by die fokuspunt: ’n lastereis. Weer eens bestaan daar onduidelikheid.

Ter aanvang kan ’n trust ’n verweerder in ’n lastereis wees. So was die trust in *Ernst*[152] ’n verweerder omdat een van die trustees op die trust se briefhoof lasterlike bewerings teen die eiser gemaak het.[153]’n Trust kan dus laster.

Aan die ander kant is die vraag of ’n trust belaster kan word, sover ons kennis strek nog nooit in ’n Suid-Afrikaanse hoë hof bereg nie. Dit het wel in drie ander regsgebiede ter sprake gekom.

In ’n geding in die hoë hof in Madras, Indië – waar ’n trust dieselfde tipe regsfiguur as in die Engelse reg is – het die geskil gehandel oor die belastering van ’n godsdienstige trust.[154] In sy betoog het die regsverteenwoordiger van die trust aangevoer dat die trust “’n reg het om nie belaster te word of in die oë van die publiek verkleineer te word nie”.[155] Die verweerder se betoog was in wese gegrond op die beginsel van “waarheid in openbare belang”. In sy uitspraak stem regter Rajasuria saam met die betoog van die trust se regsverteenwoordiger dat die trust ’n regspersoon is en dat die trust ook benadeel kan word deur lasterlike bewerings wat teen die trustees en godsdienstige aanhangers van die trust gemaak word.[156] Die hof verwys egter nie na direkte gesag vir hierdie stelling nie, en die gesag waarna later in

die uitspraak verwys word,[157] handel oor 'n "corporation" wat eerder die ekwivalent van 'n maatskappy is.

Die vraag of 'n trust belaster kan word, het in die Zimbabwiese Hoë Hof ter sprake gekom in *GMMD Trust.*[158] Alhoewel dit 'n ongeopponeerde aksie was, het regter Makarau die eiser onder meer versoek om aan te dui waarom die trust oor die nodige regsbevoegheid beskik om 'n lastereis in te stel. Die hof kon self net een vorige uitspraak vind waar in die verbygaan na 'n trust se lastereis verwys is.[159] Die hof kom egter met verwysing na Honore tot die gevolgtrekking dat 'n trust

> [is] a legal relationship and ... a separate legal entity as a corporation or universitatis even though the trustees may together form a board akin to a board of a company or of a voluntary association.[160]

Die hof dui verder aan dat alhoewel hy geen gesag oor die aangeleentheid gekry het nie, hy nie bereid is om te bevind dat 'n trust as 'n regspersoon beskou kan word nie, hoewel dit blyk dat 'n trust wel in sommige gevalle ontwikkel het om 'n "personality of sorts that appears separate from the personality of the trustees" te vertoon. Ten opsigte van die geldende reg bevind hy dat 'n trust nie 'n regspersoon is nie en daarom nie belaster kan word nie. Die trustees is egter by magte om 'n aksie in te stel vir die kollektiewe en/of individuele skending aan hul *fama*.[161] Die hof gee egter ook toe dat

> [t]here is therefore need for the law to develop and take into account the emergence of a new structure that is a trust that operates as if it is a *universitatis* or a body corporate.[162]

Die uitspraak is uit 'n Suid-Afrikaanse oogpunt belangrik, omdat die hof sy bevinding op Suid-Afrikaanse uitsprake en gesag gegrond het.

In die Engelse reg[163] moes die Queen's Bench in *NLCM Trust*[164] ook oor die geldigheid van 'n lastereis wat deur 'n trust ingestel is, beslis. Regter Eady haal uit Duncan en Neill oor die lasterreg aan waarin die skrywers aantoon dat oningelyfde organisasies nie 'n lastereis ten gunste van die vereniging kan bring nie, omdat die vereniging nie oor regspersoonlikheid beskik nie.[165] Die hof bevind dat die skrywers die regsposisie korrek weergee en dat die trust verder voor die probleem te staan kom dat aangesien dit nie 'n regspersoon is nie, verteenwoordigers nie namens die trust kan optree in 'n lastereis nie. Soos hy dit stel: "[I]f it does not exist, it can have no reputation."[166] Die hof beslis daarom dat 'n trust nie 'n entiteit is wat in staat is om 'n lasteraksie in te stel nie.[167] Die trust se aansoek om appèl is deur die Appèlhof toegestaan.[168] In sy uitspraak wys lord Sedley daarop dat hy eerstens nie dink dat daar 'n moontlikheid bestaan dat die hof *a quo* se beslissing verander sal word nie. Aan die ander kant dui hy aan dat

> we have reached the stage where very fine lines are having to be drawn about the constitution and status of libel claimants, and it may be that a degree of clarity about the matter at this level would be of general assistance.[169]

Uit hierdie uitsprake kom dit dus voor of 'n trust hom tans *nie* suksesvol op 'n lastereis sou kon beroep nie.

### *3.3 Oorweging*

Die vraag is egter: Wat is die werklike verskil tussen ’n trust en ’n regspersoon soos ’n maatskappy tans? ’n Maatskappy is immers ook nie ’n natuurlike persoon nie en die maatskappy kan net deur mense optree, byvoorbeeld die direkteure of bestuurders. Ons is van mening dat ’n lasterlike bewering teen ’n trust se besigheid dieselfde gevolge kan hê as teen ’n regspersoon en dat die trust ook, om die Hoogste Hof van Appèl aan te haal,[170] geregtig daarop behoort te wees om die trots waarmee sy werknemers dit bejeën, te beskerm.

Aan die ander kant, in die lig van *NLCM Trust*, as ’n trust dan *nie* ’n regspersoon is nie, wie of wat word belaster as die trust, soos XY Trust in ons voorbeeld, “belaster” word? As XY ’n maatskappy was, was dit die regspersoon wat belaster is en kan die maatskappy, soos in die vorige paragraaf verduidelik, ’n lastereis instel selfs al het ’n regspersoon “geen gevoelens” nie.[171] XY Trust is egter nie ’n regspersoon nie, maar slegs ’n “samevoeging van regte en verpligtinge”.

Alhoewel die trust met die Aquiliese aksie die werklike skade wat dit as gevolg van ’n verlies aan inkomste gely het, sal kan eis, het dit, omdat dit nie ’n “persoon” is nie, nie ’n eis vir “general damages for harm to its commercial reputation” nie, soos die Hoogste Hof van Appèl (HHA) dit in *Gowar*[172] stel. In die voorbeeld is dit ook duidelik dat dit nie die trustees van XY Trust is wat belaster word nie, omdat hulle, soos hier bo genoem, geen persoonlike belang by die trustbates het nie. Hulle kan daarom ook nie in hul persoonlike hoedanigheid eis vir die leed wat die trust ly nie.

Die probleem waarmee die trust te make het, word ingewikkelder as dit blyk dat regspersoonlikheid in sommige gevalle in die Suid-Afrikaanse reg wel aan ’n trust toegedig word. Daarom sou ’n trust hom moontlik suksesvol op ’n lastereis kan beroep as die staat byvoorbeeld lasterlik sou beweer dat die trust ’n wapensmokkelaar is. Die trust is immers vir doeleindes van die Wet op Vuurwapenbeheer ’n regspersoon. Dit sou egter nie kon gebeur as ’n koerant dieselfde bewerings maak nie. Ons ondersteun daarom beide die uitsprake in *GMMD Trust* en *NLCM Trust* dat daar duidelikheid hieroor moet kom. In die volgende paragraaf doen ons enkele aanbevelings hieroor.

## 4. Uitbreiding van ’n trust se regsbevoegdheid

Ten einde te bepaal of dit nodig is om die regsbevoegdheid van ’n trust so uit te brei dat dit in alle omstandighede as ’n regspersoon beskou kan word, en/of daaraan die bevoegdheid te verleen om ’n lastergeding aanhangig te maak, wil ons fokus op drie vrae wat ons in die volgende subparagrawe stel.

### *4.1 Noodsaaklikheid vir uitbreiding*

Die eerste vraag is: Is dit noodsaaklik om die bestaande regsposisie ten opsigte van regspersone wat hier bo hanteer is, uit te brei na trusts? Die antwoord op hierdie vraag berus op twee argumente. Eerstens is dit duidelik dat daar tans geen duidelikheid oor die aangeleentheid is nie, enersyds omdat dit, sover ons bewus is, nog nie in ’n Suid-Afrikaanse hof bereg is nie en andersyds omdat sowel die Zimbabwiese Hoë Hof[173] as die Engelse en

Walliese Appèlhof[174] aangedui het dat daar ’n behoefte daaraan bestaan om duidelikheid oor die posisie van trusts te verkry.

Die tweede argument is dat trusts erkende entiteite is wat aan die regsverkeer deelneem.[175] Trouens, sommige trusts word “besigheidstrusts” genoem juis omdat die doel van die betrokke trust is om sake te doen sodat dit ’n wins kan maak en dit onder die begunstigdes te verdeel.[176] Daar is reeds aangetoon[177] dat trusts as afsonderlike entiteite beskou word, terwyl ’n trust ook tydens sekwestrasie as ’n “persoon” hanteer word.[178] Trusts was ook gedurende die afgelope drie jaar partye tot hofgedinge in minstens 19 gevalle in die Noord-Gautengse Hooggeregshof,[179] minstens 11 gevalle in die Vrystaatse Hooggeregshof[180] en minstens ses gevalle in die Hoogste Hof van Appèl,[181] om slegs drie voorbeelde te noem. In sommige gevalle is die trust direk as ’n party aangedui en nie, soos gewoonlik die geval is, die trustees *nomine officio* as trustees van die trust nie.[182] In ’n ander geval, waar ’n trust self die trustee van ’n ander trust was, is die “trusteetrust” in die uitspraak se kopstuk as *NO* aangedui.[183] In die lig daarvan dat trusts so gereeld aan die regsverkeer deelneem en die howe trusts as afsonderlike entiteite aanvaar, blyk dit dat De Waal[184] se stelling van ’n kwarteeu gelede tans des te meer waar is, naamlik dat daar ’n “onvermydelike stukrag” is om regspersoonlikheid aan trusts te verleen – *of* ten minste daaraan die regte te gee wat by trusts se status in die regsverkeer pas. Dit is daarom noodsaaklik om die posisie van trusts aan dié van ander regsentiteite gelyk te stel.

### *4.2 Onbillike diskriminasie*

’n Tweede rede is dat die huidige regsposisie onbillik teen trusts diskrimineer. Ons kan die argument, na aanleiding van *GMMD Trust* en *NLCM Trust*, soos volg opsom: Omdat ’n trust nie oor regspersoonlikheid beskik nie, bestaan dit vir doeleindes van laster nie. As XY Trust in ons voorbeeld ’n maatskappy of selfs ’n niewinsgewende organisasie met regspersoonlikheid was, sou dit in die lig van *Media24* en *Herbal Zone*, om slegs twee onlangse uitsprake te noem, wel geregtig daarop gewees het om ’n eis in te stel. In *Media24* het die Hoogste Hof van Appèl reeds aangedui dat om “trading corporations” van ’n lastereis uit te sluit, op diskriminasie neerkom wat ongeregverdig is en die regte van die korporasie in artikel 9 van die Grondwet kan aantas.[185] Tans word trusts nie net deur hierdie ongeregverdigde diskriminasie benadeel nie, maar die regsposisie dat ’n trust nie ’n regspersoon is nie, beteken ook dat dit nie kan aanspraak maak op die beskerming wat artikel 8(4) van die Grondwet bied wat bepaal dat ’n regspersoon geregtig is op die regte wat in die Handves van Regte vervat is in die mate waartoe dit benodig word nie. Aan die ander kant kan die trust hom ook nie beroep op die regte van ’n individu nie, omdat ’n trust, soos die Hoogste Hof van Appèl dit reeds by verskeie geleenthede gestel het, bloot ’n “samevoeging van bates en laste” is.[186]

Hierdie situasie word gekompliseer deur wetgewing waar ’n trust *wel* as ’n regspersoon vir doeleindes van die betrokke wet beskou word. ’n Logiese gevolgtrekking van die wetgewing saamgelees met artikel 8(4) van die Grondwet sal beteken dat die trust vir doeleindes van die wetgewing op ’n fundamentele reg sal kan staatmaak, maar daardie reg nie sal kan afdwing in gevalle waar die wetgewing nie van toepassing is nie.

### *4.3 Uitbreiding van die reg*

Om aan trusts die reg te verleen om ’n lastereis in te stel en dit ook onder die beskerming van artikel 8(4) van die Grondwette bring, sal beteken dat die bestaande reg aangepas moet word. Dit kan op twee wyses geskied: eerstens deur middel van wetgewing en tweedens deur middel van hofbeslissings.

#### *4.3.1 Statutêre verandering*

’n Wetswysiging waardeur regspersoonlikheid aan ’n trust verleen word, sou sekerlik teoreties die vinnigste regsekerheid bewerkstellig, maar dit is te betwyfel of dit wel sal gebeur, omdat dit waarskynlik eers weer die aanstelling van ’n kommissie en navorsing sou vereis. Daarby het die Suid-Afrikaanse Regskommissie reeds in 1987 ’n verslag oor trusts gepubliseer wat ten dele in die Trustwet bekragtig is en waarin daar nie aan trusts regspersoonlikheid verleen is nie. Verder bring die besondere regsaard van ’n trust juis mee dat dit verskeie voordele inhou, onder meer dat die trustees in ’n diskresionêre trust deur die wyse waarop inkomste uitgekeer word, die belastingaanspreeklikheid van die trust en begunstigdes kan beheer. Hierdie voordele kan moontlik in die slag bly indien ’n trust altyd oor dieselfde kam as byvoorbeeld ’n maatskappy geskeer word.

#### *4.3.2 Verandering deur die howe*

Ons is van mening dat dit verkiesliker is dat die reg deur ’n hofbeslissing gewysig word. Die uitbreiding deur middel van hofbeslissings sal natuurlik eers kan plaasvind as ’n hoë hof ’n bevinding moet maak oor ’n lastereis wat deur ’n trust ingestel is. Soos uit die bespreking geblyk het, is dit nog nie gedoen nie. Ons doen aan die hand dat ’n hof, wanneer dit wel daaroor moet beslis, op grond van drie oorwegings ten gunste van die verlening van regspersoonlikheid behoort te beslis.

##### 4.3.2.1 Bevoegdheid om die gemenereg te wysig

Eerstens het die howe die bevoegdheid om die gemenereg uit te brei.[187] Alhoewel hierdie bevoegdheid ’n gemeenregtelike bevoegdheid van hoër howe is,[188] is dit ook grondwetlik bevestig in artikel 173 van die Grondwet wat spesifiek bepaal dat die Konstitusionele Hof, die Hoogste Hof van Appèl en die Hooggeregshof[189] oor die inherente bevoegdheid beskik om die gemenereg in belang van geregtigheid te ontwikkel. Hierdie bepaling word ondersteun deur artikel 8(3) van die Grondwet wat, met besondere verwysing na die Handves van Regte, bepaal dat ’n hof, in die mate waarin dit nodig is om uitvoering aan ’n reg te gee, die gemenereg moet ontwikkel om uitvoering aan die reg te gee en om reëls te ontwikkel om die reg in ooreenstemming met die Grondwet te beperk.

Die howe het dit reeds by verskeie geleenthede nodig gevind om die gemenereg in die lig van die hierdie bepaling uit te brei. So bevind regter Mahomed in *Du Plessis*[190] dat die gemenereg nie vasgevang is in die beperkings van die verlede nie. In *Carmichele*[191] wys die Konstitusionele Hof trouens daarop dat howe nie bloot die *reg* het om die gemenereg uit te brei nie, maar onder ’n grondwetlike *verpligting* staan om dit te doen. In *Molusi*[192] het die Hoogste Hof van Appèl onlangs, met verwysing na wetgewing oor uitsetting, die wisselwerking tussen die gemenereg en wetgewing wat op grondwetlike beginsels geskoei is, verder gevoer deur aan te dui dat die gemenereg deur grondwetlike beginsels beperk word.

Daarom kan ’n gemeenregtelike reël geld slegs as dit ook die toets van grondwetlikheid kan deurstaan.[193]

4.3.2.2 Wysigings aan die lasterreg

Tweedens het die howe reeds in die verlede die gemeenregtelike lasterreg by verskeie geleenthede uitgebrei om die reg in pas met eise van die tyd te bring. Appèlregter Nugent stel dit in *Media24*[194] soos volg:

> The common law at any time is not set in stone. It owes its existence to the courts, which have always taken new steps from time to time so that the law remains relevant to its times.

Voorbeelde van hierdie uitbreiding van die gemenereg is om aan regspersone, beide met en sonder winsbejag, die reg te gee om met die *actio iniuriarum*, en nie net met die Aquiliese aksie vir vermoënskade nie, te eis indien hulle belaster word.[195] In *Bogoshi*[196]het die Hoogste Hof van Appèl die gemeenregtelike lasterreg gewysig sodat die media nie meer skuldloos aanspreeklik gehou kan word nie, maar die afwesigheid van *animus iniuriandi* kan bewys.[197] In *Dey* het die hof hom oor die aard van die Romeins-Hollandse gemenereg uitgespreek en aangedui dat die wortels daarvan op beginsels van reg en geregtigheid geskoei is,[198] en dat die lasterreg daarom binne daardie beginsels uitgebrei behoort te word om ruimte vir ’n verskoning te bied.[199]

Die uitbreiding van ’n lasteraksie na trusts behoort daarom ’n logiese ontwikkeling van die bestaande gemenereg te wees. Dit sal meebring dat die grondwetlike beginsels wat in die lasterreg vervat is, uitgebrei word om, in die woorde van artikel 39(1) van die Grondwet, waardes gegrond op waardigheid en gelykheid, ook op trusts van toepassing te maak.

*4.3.3 Praktiese faktore om in aanmerking te neem*

Wanneer ’n hof oor ’n trust se lastereis moet beslis, kan dit ’n aantal praktiese faktore (wat aansluit by die oorwegings van openbare belang en regsbeleid waarna die Appèlhof in *Dhlomo*[200] verwys het) in aanmerking neem. Dit sluit die faktore in waarna die Europese howe in *Olsen* en *Panayi* verwys, om die probleem van “if it does not exist, it can have no reputation” waarna die hof in *NLCM Trust*[201] verwys, te ondervang. Dus kan die hof bepaal of die trust werklik by enige aktiwiteite betrokke is wat daaraan “’n liggaam” in die sin van ’n onderskeibare entiteit gee. Die trust moet dus, in die woorde van *BOE Bank*,[202] ’n “legal existence” hê wat, na analogie van die uitspraak in *Witwatersrand Native Labour Association*,[203] onder meer kan beteken dat die trust “engaged in some business for the purpose of profit” is. Dit beteken byvoorbeeld dat ’n trust wat bloot gebruik word om aandele te hou en vir wie die goeie naam of reputasie geensins belangrik is nie, waarskynlik nie suksesvol ’n lastergeding sal kan voer nie.

Om die hof by te staan in die vraag of die trust by aktiwiteite betrokke is, kan die toets wat in *Olsen* gestel is, aangelê word deur onder meer te kyk of die trust ’n sake-onderneming met personeellede is en ’n handelsreputasie het wat vir ’n onbeperkte tydperk[204] van ’n sakeperseel af sake doen. Die feitevraag is dus of die trustonderneming, as dit ’n individu of regspersoon was, in dieselfde omstandighede belaster sou kon word, of, soos regter Bristowe

dit reeds meer as ’n eeu gelede in *Rand Water Board*[205] ten opsigte van ’n regspersoon gestel het, die laster die onderneming in die doel waarvoor dit geskep is, geskaad het.

Aansluitend hierby kan die teenwoordigheid van vermoënskade ’n aanduiding daarvan wees dat die trust wel belaster is – byvoorbeeld as eienaars in die aanvanklike voorbeeld skielik traag word om met XY Trust sake te doen weens die bewerings wat daarteen gemaak is.

Laastens glo ons dat ’n hof ook in die lig van die bepalings van die Grondwet sal beslis oor die vraag of uitbreiding van die lasterreg in die betrokke geval tot ongeregverdigde diskriminasie aanleiding sou gee. Die uiteindelike versoek is immers dat die hof (om Neethling en Potgieter[206] – wat binne die konteks van ’n late skryf, maar wat net so wel op XY Trust se probleem van toepassing is – aan te haal),

> ’n waarde-oordeel moet vel wat alle relevante beleidsoorwegings omvat. Indien hierdie oorwegings dit regverdig, moet die hof bevind dat die late onregmatig is en die dader aanspreeklik stel mits natuurlik alle ander delikselemente ook aanwesig is.

Die betoog in hierdie ondersoek is dus nie ten gunste van ’n algemene uitbreiding na alle trusts nie, maar na ’n billike beregting van elke geskil. Alhoewel die voorstel regsistematici moontlik sal afskrik, behoort dit in die lig van die volledige beredenering in *Media24* oor die redes waarom ’n lasteraksie wel vir regspersone moontlik is,[207] nie vergesog te wees nie. In hierdie saak het dit, soos reeds uitgewys, gegaan oor die feit dat die gemenereg ’n rasionele, verligte regstelsel is wat deur beginsels van billikheid gerig word met oplossings wat altyd aan die beginsels van geregtigheid,[208] asook die grondwetlike beginsel van gelykheid voor die reg, konkrete uitdrukking gee.

## 5. Ten besluite

Alhoewel XY Trust se moontlike lastereis tans nog nie ’n toonbeeld van regsekerheid bied nie, kan hierdie artikel ’n bydrae lewer tot die debat oor die besondere aard van lasteraksies en trusts. Die bydrae van hierdie artikel, gekoppel aan die inherente bevoegdheid van hoër howe om die gemenereg in ooreenstemming met grondwetlike beginsels aan te pas, kan daartoe meewerk dat so ’n eis wel suksesvol sou wees.

## Bibliografie

Ancient Pages. 2017. *What was Lex Salica.* http://www.ancientpages.com/2017/12/13/what-was-lex-salica/ (15 Junie 2018 geraadpleeg).

Appermont, N. 2016. Adrift between Scylla and Charybdis? The trust caught between a civil law rock and a fiscal hard place. *Trusts & Trustees*, 22(10):1134–64.

Devenish, G.E. 2006. *A commentary on the South African bill of rights.* Durban: LexisNexis Butterworths.

De Waal, M. 1993. Anomalieë in die Suid-Afrikaanse trustreg. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 93(1):1–10.

—. 1997. Die van ’n trustbegunstigde om onafhanklik van die trustee ’n regsgeding in verband met ’n trust te voer. *Tydskrif virdie Suid-Afrikaanse reg*, 1:148–54.

—. 2000. The core elements of the trust: aspects of the English, Scottish and South African trusts compared. *South African Law Journal*, 117(3):548–71.

—. 2009. The strange path of trust property at a trustee's death: Theory and practice in the law of trusts. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse reg*, 1:84–101.

Hansmann, H. en U. Mattei. 1998. The functions of Trust Law: A comparative legal and economic analysis. *New York University Law Review*, 73(2):434–79.

Kilaita, M. en D. Friedman. 2012. *The Babylonian and Assyrian legal systems of ancient Mesopotamia*. http://www.daviddfriedman.com/Academic/Course_Pages/legal_systems_very_different_12/Papers_12/%20Babylon_Kilaita_12.htm(15 Junie 2018 geraadpleeg).

King, L.W. 1915. The Code of Hammurabi. http://www.general-intelligence.com/library/hr.pdf (18 Junie 2018 geraadpleeg).

Kloppers, D.F. 2001. Die afdwinging van ’n modus vir ’n onpersoonlike doel. LLM-skripsie, PU vir CHO, Potchefstroom.

Kloppers, H. 2006. Enkele lesse vir trustees uit die Parker-beslissing. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse reg*, 2:414–23.

Lamprecht, M. 2010. Die bestaansreg van ’n besigheidstrust. LLM-skripsie, Noordwes-Universiteit, Potchefstroom.

Loubser, M. en R. Midgley (reds.). 2017. *The law of delict in South Africa.* Kaapstad: Oxford University Press.

Neethling, J. 2009. Vryheid van (media-)spraak en die beskerming van persoonlikheidsregte. *Tydskrif vir Geesteswetenskappe*, 49(1):43–61.

—. 2011. ’n Vergelyking tussen die individuele en korporatiewe persoonlikheidsreg op identiteit. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse reg*, 1:62–75.

Neethling, J. en J. Potgieter. 2015. *Neethling-Potgieter-Visser law of delict*. 7de uitgawe. Durban: LexisNexis-Butterworth.

—. 2016. Vonnisbespreking: Deliktuele aanspreeklikheid weens ’n late: onregmatigheid en nalatigheid. *LitNet Akademies*, 13(1):491–501.

Neethling, J., J.M. Potgieter en P.J. Visser. 2005. *Neethling’s law of personality*. 2de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Potgieter, J.M., L. Steynberg en T.B. Floyd. 2012. *Visser & Potgieter skadevergoedingsreg*. 3de Uitgawe. Kaapstad: Juta & Kie.

Stander, L. 1999. Hoe veilig is bates in ’n trust ingeval van die sekwestrasie van die boedel van een van die betrokke partye? *Tydskrif vir Regswetenskap*,24(2):145–70.

Van Zyl, D.H. 1977. *Geskiedenis en beginsels van die Romeinse privaatreg*. Durban: Butterworth.

Van Zyl, R. 2017. Die invloed van die *stipulatio alteri* op die *inter vivos* trust in die Suid-Afrikaanse reg: voorgestelde oplossings vir beter regulering. LLD-proefskrif, Universiteit van die Vrystaat, Bloemfontein.

Veeder, V.V. 1903. The history and theory of the law of defamation. *Columbia Law Review*, 3(8):546–73.

Vincent, G.E. 1904. The laws of Hammurabi. *American Journal of Sociology*, 9(6):737–54.

Vorster, A. en J.P. Coetzee. 2015. Die geldigheidsvereistes van ’n trust opnuut ondersoek – Khabola v Ralithabo [2011] ZAFSHC 62. *Potchefstroomse Elektroniese Regstydskrif*,18(5):797–810.

Wilner, I. 1942. The civil liability aspects of defamation directed against a collectivity. *University of Pennsylvania Law Review*, 90:414–39.

**Eindnotas**

[1] Kilaita en Friedman (2012); Vincent (1904:740). Ongelukkig was die wyse waarop die beskerming plaasgevind het, soms baie primitief. So bepaal art. 132: “If the ‘finger is pointed’ at a man's wife about another man, but she is not caught sleeping with the other man, she shall jump into the river for her husband” (King 1915 se vertaling). Dit het natuurlik meegebring dat die vrou se onskuld deur haar swemvermoë bepaal is!

[2] Die 12 Tafels, of Lex Duodecim Tabularum, was ’n vroeë poging om die Romeinse reg te kodifiseer. Volgens oorlewering is dit omstreeks 450 v.C. aanvaar – Van Zyl (1977:25).

[3] Wilner (1942:415).

[4] Veeder (1903:548).

[5] Die *Lex Salica* was ’n kodifikasie van die Frankiese reg wat koning Clovis tussen 507 en 511 uitgevaardig het (Ancient Pages 2017).

[6] Veeder (1903:545). LW: Die Romeine sou nie van "sjielings" gepraat het nie.

[7] Devenish (2006:87); Loubser en Midgley (2017:411–2).

[8] Potgieter, Steynberg en Floyd (2012:15–6). Die skrywers verwys na die Suid-Afrikaanse skadevergoedingsreg, waarvan die lasterreg ’n deel is.

[9] Let daarop dat behalwe waar die konteks anders vereis, manlike voornaamwoorde gebruik word.

[10] Potgieter, Steynberg en Floyd (2012:121).

[11] Dit word ook spesiale skade genoem, synde skade wat nie regtens vermoed word nie en spesiaal of uitdruklik in ’n hofaksie gepleit en bewys moet word (Neethling en Potgieter 2015:231).

[12] *Media24 v SA Taxi Securitisation* [2011] ZASCA 117 par. 8. Verwysings in die teks en notas na *Media24* verwys na hierdie uitspraak en nie na die 2017-uitspraak (*Media24 Ltd v Du Plessis*)waar Media24 ook betrokke was nie.

[13] Die opset hoef natuurlik nie net direkte opset te wees nie, maar kan ook *dolus eventualis* wees, waar die dader weet dat sy optrede lasterlik kan wees maar nogtans daarmee voortgaan – *Le Roux v Dey* [2011] ZA KH 4 par 131. Lesers sal waarskynlik onthou dat die verskil tussen direkte en indirekte opset ’n belangrike aspek in die onlangse *Pistorius*-saak en -sage was – sien *DPP Gauteng v Pistorius* [2015] ZASCA 204 parr. 19, 26.

[14] Daar word dikwels na hierdie skade as nievermoënskade of algemene skade verwys, synde skade wat die eiser nie kwantitatief hoef te bewys nie en wat “regtens vermoed word uit ’n onregmatige handeling te volg” (Neethling en Potgieter 2015:231).

[15] *Media24* par. 17; *Van Gijsen v Van der Merwe* [2016] ZAWCHC 85 par. 68; Loubser en Midgley (2017:519). Devenish (2006:87) betoog in sy bespreking van art. 10 van die Grondwet, 1996 dat ’n onderskeid gemaak moet word tussen die reg op waardigheid wat in die betrokke artikel vervat is en die reg op ’n goeie naam wat gemeenregtelik deur middel van ’n lasteraksie beskerm kan word. Sien ook *Potgieter v Kilian* (1995) BLCR 1498 (N) 1527 C–D. Neethling (2009:45–6) wys egter daarop dat daar algemene instemming bestaan dat die regte op eer, goeie naam en identiteit deel vorm van en beskerm word deur die omvattende reg op menswaardigheid.

[16] *Van Gijsen v Van der Merwe* [2016] ZAWCHC 85 par. 68.

[17] *Le Roux v Dey* [2011] ZA KH 4 par 105. Verwysings na *Dey* in die teks en notas verwys na die uitspraak van die Konstitusionele Hof (waarna in die res van die artikel as KH verwys word).

[18] In die res van die artikel die HHA genoem.

[19] *Le Roux v Dey* 2010 2 SA 210 (HHA) par. 10. Sien ook *Dey* par. 114.

[20] Neethling(2009:46).

[21] Neethling (2011:68).

[22] *Van Gijsen* par. 68. 'n Voorbeeld van die wraakaard van die aksie kom reeds in die *Kode van Hammurabi* voor. Par. 127 (King 1915 se vertaling) lui soos volg: "If any one 'point the finger' (slander) at a sister of a god or the wife of any one, and can not prove it, this man shall be taken before the judges and his brow shall be marked." Veeder (1903:549) wys daarop dat die regsposisie in die Engelse reg tydens die bewind van die vroeë konings Alfred, Edgar en Canute (of Knoet soos hy soms in Afrikaans bekend staan) ingehou het dat die lasteraar se tong uitgesny moet word tensy hy "die prys van sy kop" kon betaal.

[23] In sy minderheidsuitspraak in *Media24* par. 79 stel Nugent AR dit só: "What is compensated for is harm to feelings."

[24] Potgieter, Steynberg en Floyd (2012:513). Hierdie stelling word nietemin gekwalifiseer (sien 512).

[25] Veeder (1903:548).

[26] In *Media24* par. 33 word dit gestel dat "the purpose of damages for defamation is not to punish the defendant".

[27] *S v Piedt* [2011] ZAWCHC 467, 2: "Ons Howe beskou afskrikking as die oorheersende en universele erkende doel van straf."

[28] *Media24* par. 40.2.

[29] In die minderheidsuitspraak in *Media24* par. 110 is die bestraffende aard van algemene skade in 'n burgerregtelike geding juis 'n aspek wat deur Nugent AR uitgelig word. Sien ook die onderwerpsregister o.a. onder "straffunksie" in Potgieter, Steynberg en Floyd (2012), waar op verskeie plekke oor die beweerde straffunksie van genoegdoening geskryf word.

[30] In *Van Gijsen* par. 70 som die hof die publikasievereiste soos volg op: "In die algemeen word aan die publikasievereiste voldoen indien die gewraakte woorde of gedrag aan minstens een ander persoon as die belasterde self openbaar gemaak word."

[31] *Dey* par. 85. Die hof wys daarop dat 'n volledige bewyslas en nie bloot 'n weerleggingslas nie die verweerder ten laste gelê word nadat publikasie bewys is. Sien ook *Media24 Ltd v Du Plessis* [2017] ZASCA 33 par. 20; *Van Gijsen* parr. 75, 78. Die verweerder kan daarom nie bloot ontken dat die bewerings lasterlik is nie – hy moet getuienis aanbied om die ontkenning te staaf (*Van Gijsen* par. 92).

[32] Par. 127 van die *Kode van Hammurabi* (King 1915).

[33] *Dey* par. 91.

[34] *Media24* par. 38.

[35] *Media24* par. 53. Sien ook Nugent AR se minderheidsuitspraak (par. 84). Gemeenregtelik was die *amende honorable* ook beskikbaar ingevolge waarvan die eiser 'n verskoning van die verweerder kon eis. Alhoewel hierdie remedie weens onbruik verval het, het die hof in *Mineworkers Investment Co v Modibane* 2002 6 512 (W) par. 24 bevind dat al is die remedie

nie meer deel van ons reg nie, daar geen rede is waarom 'n analoë remedie nie deel van die reg kan word nie. Sien ook Neethling, Potgieter en Visser (2005:173); Neethling en Potgieter (2015:268); Loubser en Midgley (2017:522–4).

[36] *Dey* par. 195.

[37] *Dey* parr. 200, 202.

[38] *Dey* par. 206.

[39] *Van Gijsen* par. 68.

[40] Neethling (2009:49); Neethling en Potgieter (2015:365); Loubser en Midgley (2017:440).

[41] Neethling (2011:64 vn. 17).

[42] Neethling (1998:89); Neethling en Potgieter (2015:343); Neethling, Potgieter en Visser (2005:70). Hierdie siening word ook deur Nugent AR in die minderheidsuitspraak in *Media 24* ondersteun.

[43] *Media24* par. 17.

[44] *Cape Times Ltd v South African Newspaper Co Ltd* (1906) 23 SC 43, 49.

[45] *GA Fichardt Ltd v The Friend Newspapers Ltd* 1916 AD 1.

[46] Per Innes HR in *Friend Newspapers* 5. In dieselfde uitspraak 8 spreek Solomon AR hom soos volg oor die aangeleentheid uit: "It has been settled by a series of decisions, both in England and in South Africa, that an action will lie at the suit of a trading company for statements defaming it in its business character or reputation. ... The law on this subject is now well settled, and it is unnecessary, therefore, to discuss the authorities dealing with it."

[47] *Die Spoorbond v South African Railways; Van Heerden v South African Railways* 1946 AD 999,1007, 1010–11. 'n Interessante en vir doeleindes van hierdie navorsing belangrike opmerking is dié van Schreiner AR dat "the opinion of other persons is of value to him and although it is not usual to speak ... of defamation as a form of theft, it has become in some degree assimilated to wrongs done to property".

[48] *Multiplan Insurance Brokers (Pty) Ltd v Van Blerk* 1985 3 SA 164 (D) 166B–168A; *A Neuman CC v Beauty Without Cruelty International* 1986 4 SA 675 (K) 688B–C.

[49] *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T).

[50] *Church of Scientology in SA (Incorporated Association not for Gain) v Reader's Digest Association SA (Pty) Ltd* 1980 4 SA 313 (K).

[51] *Tommie Meyer Films* 387; *Church of Scientology* 317F–H; *Media24* par. 20.

[52] *Dhlomo v Natal Newspapers (Pty) Ltd* [1988] ZASCA 173.

[53] *Dhlomo* 21 – die verwysings in hierdie uitspraak is bekom van die SAFLII-webwerf (www.saflii.org).

[54] *Dhlomo* 25.

[55] *Dhlomo* 25–7.

[56] *Media24* par. 33. Ook in sy minderheidsuitspraak in par. 65 stel Nugent AR dit duidelik: "We agree that a trading corporation has a protectable interest in its reputation, and we agree that it is entitled to redress once the elements of unlawful defamation have been established in the ordinary way."

[57] *Media24* par. 37.

[58] *Ibid*.

[59] *Media24* par. 39.

[60] *Media24* par. 42.3. Die diskriminasie waarna die hof hier verwys, is natuurlik nie geleë in die vraag of daar "onbillik" teen 'n regspersoon "gediskrimineer" word deur nie daaraan sekere persoonlikheidsregte toe te ken nie, maar of die regspersoon se regte anders as dié van 'n individu hanteer word.

[61] *Media24* par. 43.

[62] *Media24* par. 44. Brand AR (par. 46) wys trouens daarop dat die KH reeds in *Investigating Director: Serious Economic Offences v Hyundai Motor Distributors (Pty) Ltd* 2001 1 SA 545 (KH) parr. 17–18 bevind het dat regspersone ook 'n reg op privaatheid het.

[63] *Media24* par. 47. Die KH het reeds in *Dey* (par. 202) binne die konteks van 'n lastersaak daarop gewys dat respek vir waardigheid 'n belangrike hoeksteen in die nuwe grondwetlike bedeling is.

[64] *Media24* par. 48. Die KH het trouens in *Khumalo v Holomisa* 2002 5 SA 401 (KH) bevind dat die lasterreg grondwetlik is en 'n balans tussen die reg op vryheid van spraak aan die een kant en die reg op waardigheid aan die ander kant skep.

[65] *Herbal Zone v Infitech Technologies* [2017] ZASCA 8.

[66] *Herbal Zone* par. 36.

[67] Dit is redelik seker, want die minderheidsuitspraak van Nugent AR het baie vrae oor die aard van algemene skade wat in lastereise aan regspersone toegestaan word, laat ontstaan. Daarby het Snyders AR (par. 115) opgemerk: "It is clear that the direction taken by Nugent JA needs to be explored in future litigation of this kind."

[68] Appermont (2016:1136); De Waal (2000:555; 2009:86).

[69] Appermont (2016:1136).

[70] De Waal (2000:548); De Waal (1993:2).

[71] Hansman en Mattei (1998:437).

[72] Lamprecht (2010:2).

[73] Kloppers (2006:415).

[74] De Waal (1993:3).

[75] Of *"mortis causa"*, dus letterlik "weens die dood van die testateur".

[76] *"Inter vivos"*, letterlik "tussen lewendes". Sien ook Van Zyl (2017:165 e.v.).

[77] De Waal (2000:548); Lamprecht (2010:5) en die bronne aldaar aangehaal. Vorster en Coetzee (2015:1801) verwys na 'n vyftal geldigheidsvereistes vir die bestaan van 'n trust, o.m. die bedoeling om 'n trust op te rig, 'n duidelike en wettige trustdoel en begunstigdes wat bepaald of bepaalbaar is.

[78] *CIR v MacNeillie's Estate* 1961 3 SA 833 (A) 840; *Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A); *Kohlberg v Burnett*1986 3 SA 12 (A) 25C; *CIR v Friedman* 1993 1 SA 353 (A) 370I.

[79] *Gowar v Gowar* (149/2015) [2016] ZASCA 101.

[80] Wet op die Beheer van Trustgoedere 57 van 198 (hierna die Trustwet). Alhoewel dié wet verskeie aspekte van die trustreg hanteer, wys De Waal (1997:148) tereg daarop dat die wet nie 'n kodifikasie van die trustreg is nie. Dit bring mee dat vele aspekte van die trustreg buite die wet hanteer moet word.

[81] Art. 1 van die Trustwet; Lamprecht (2010:4).

[82] Sien ook *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements v Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs* (C646/15) [2017] CJEU.

[83] *Gowar* par. 20.

[84] *Ibid*. In *Lupacchini v Minister of Safety and Security* [2010] ZASCA 108 par. 1 verwoord Nugent AR die regsaard van 'n trust soos volg: "A trust that is established by a trust deed is not a legal person – it is a legal relationship of a special kind that is described by the authors of *Honoré's South African Law of Trusts* as 'a legal institution in which a person, the trustee, subject to public supervision, holds or administers property separately from his or her own, for the benefit of another person or persons or for the furtherance of a charitable or other purpose'." Sien ook *Theron v Loubser* [2013] ZASCA 195 par. 5. Hierdie trust moet onderskei word van 'n bewindtrust waar die bates reeds in die begunstigdes vestig en die trustees se magte en diskresie beperk word – Lamprecht (2010:17); Stander (1999:147) en die gesag aldaar aangehaal.

[85] *Gowar* par. 21. Petse AR verwys na *Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker* [2004] ZASCA 56 par. 10: "[A trust] is an accumulation of assets and liabilities. These constitute the trust estate, which is a separate entity. But though separate, the accumulation of rights and obligations comprising the trust estate does not have legal personality. It vests in the trustees, and must be administered by them – and it is only through the trustees, specified as in the trust instrument, that the trust can act."

[86] Art. 9 van die Trustwet; *Gowar* par. 26.

[87] *Fred Olsen et al v The Norwegian State* [2014] EFTA Ct Rep 400 par. 43; Lamprecht (2000:16); Stander (1999:151)

[88] Stander (1999:146).

[89] De Waal (1993:3–8).

[90] Van Zyl (2017).

[91] Appermont (2016:1137).

[92] *Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A) 859E-F; De Waal (2000:550); Lamprecht (2010:13).

[93] Van Zyl (2017:158) en die bespreking van *Potgieter v Potgieter* 2012 1 SA 637 (HHA).

[94] De Waal (2000:566); *Klagsbrun v Raath* [2018] ZAGPPHC 202 par. 2.

[95] *Gowar* parr. 30, 32.

[96] *Harper v Crawford* [2017] ZAWCHC.

[97] *Harper* par. 7.

[98] Dit staan bekend as die *Beningfield*-uitsondering wat deur die graaf van Selbourne in *Beningfield v Baxter* (1886) 12 AC 167 (PC) 178–9 verwoord is. Die uitsondering het onlangs weer in die HHA ter sprake gekom – sien *Standard Bank of South Africa Limited v July* [2018] ZASCA 85 par. 15.

[99] *Gross v Pentz* 1996 4 SA 617 (A) 628I–J; De Waal (1997:152).

[100] *Magnum Financial Holdings (Pty) Ltd (in Liquidation) v Summerly* 1984 1 SA 160 (W).

[101] Stander (1999:152).

[102] Stander (1999:158).

[103] ***Melville v Busane*** [2011] ZAECPEHC 45.

[104] Art. 2 van die Insolvensiewet 24 van 1936.

[105] *Melville* par. 7.

[106] De Waal (1993:4).

[107] *Appermont* (2016:1140).

[108] *O'Shea v Van Zyl* [2011] ZASCA 156.

[109] *O'Shea* par. 23.

[110] Kloppers (2006:416–7).

[111] Art. 9 van die *Trustwet*; De Waal (2000:561).

[112] De Waal (2000:562).

[113] *BOE Bank Ltd (formerly NBS Boland Bank Ltd) v Trustees, Knox Property Trust* [1999] 1 All SA 425 (D) 436D–E.

[114] *Standard Bank v Swanepoel NO* [2015] ZASCA 71.

[115] *Swanepoel* par. 16.

[116] *Swanepoel* par. 17.

[117] *O'Shea* parr. 23–4.

[118] De Waal (1993:3).

[119] De Waal (2009:96).

[120] *Joubert v Van Rensburg* 2001 1 SA 753 (W) 772A–B.

[121] De Waal (2000:566). Die Engelsregtelike spreuk "a trust will not fail for want of a trustee" geld daarom ook in die Suid-Afrikaanse reg (De Waal 2009:93).

[122] De Waal (2009:94).

[123] De Waal (2009:100): "One therefore finds the strange reality that the trust can continue to exist without any trustee in office."

[124] *Goosen v The Mont Chevaux Trust* [2017] ZASCA 89.

[125] *Mont Chevaux Trust* par. 2.

[126] *Ibid*.

[127] Voorbeelde hiervan is die volgende: "[T]he trust launched an application" (par. 3); "The trust also cited the municipality" (par. 3); "The trust filed a notice of intention to abide by the judgment of this court, citing financial constraints" (par. 6).

[128] *Gowar* par. 3.

[129] *Frieslaar v Ackerman* [2018] ZASCA 3 par. 37.

[130] *Loggenberg v Maree* [2018] ZASCA 24 par. 22.

[131] *CWA Snyders NO as Trustee of the Louis Snyders Familie Trust v Louistef (Pty) Ltd* [2017] ZACC 28.

[132] Die term *Europese reg* (in Engels *European law*)verwys na die reg wat in Europese state gedeel word en soms spesifiek na die reg in die Europese Unie (https://www.britannica.com/topic/European-law). Hierdie begrip word dikwels in verband met 'n meestersgraad in die regte gebruik, bv. in die webadvertensies van die Universiteite van Lijden en Edinburgh.

[133] *Fred Olsen et al v The Norwegian State* [2014] EFTA Ct Rep 400.

[134] In Engels bekend as die EFTA Court.

[135] *Olsen* par. 96 (ons beklemtoning).

[136] *Olsen* pa. 97.

[137] *Olsen* par. 103.

[138] *Panayi* par. 5. Soos hier bo verduidelik, is dit ook die Suid-Afrikaanse regsposisie.

[139] *Panayi* par. 26.

[140] *Panayi* par. 32 (ons beklemtoning).

[141] Die uitspraak herinner aan *Magnum Holdings* waar die hof bevind het dat omdat dit oor afsonderlike regte en verpligtinge beskik, 'n trust 'n skuldenaar – dus afsonderlike persoon – vir doeleindes van insolvensieverrigtinge is.

[142] 34 van 2005.

[143] 60 van 2000 na die inwerkingtreding van die Wysigingswet op Vuurwapenbeheer 28 van 2006.

[144] 71 van 2008.

[145] 58 van 1962.

[146] Wet op Belasting op Toegevoegde Waarde 89 van 1991.

[147] *Magnum Financial* 163H.

[148] De Waal (1993:5).

[149] De Waal (2000:563).

[150] De Waal herhaal hierdie stelling in 'n latere artikel (2009:84): "Then there are instances where trust practice is quite patently at odds with established trust theory."

[151] De Waal (1993:10).

[152] *Ernst v Goosen* [2013] ZAGPPHC 149.

[153] In hierdie saak was die eiser nie suksesvol nie, omdat hy nie publikasie van die lasterlike bewerings kon bewys nie en die hof ook bevind het dat die bewerings nie lasterlik is nie – *Ernst* parr. 8, 13.

[154] *O.A. 385 & 2027* van 2010.

[155] *O.A. 385 & 2027* van 2010 par. 5(iv).

[156] *O.A. 385 & 2027* van 2010 par. 11. Die hof verwys later (par. 13) weer na die trust se reg om 'n lasteraksie in te stel in hierdie kostelike taalgebruik: "Those are two sides of a coin and any distinction sought to be made would amount to distinguishing between tweedledum and tweedledee or rock and hard place and it cannot be taken as one between chalk and cheese."

[157] *O.A. 385 & 2027* van 2010 par. 67.

[158] *Gold Mining and Minerals Development Trust v Zimbabwe Miners Federation* HC 2014/04 [Z] (hierna *GMMD Trust*). Die uitspraak dui ook aan dat die Zimbabwiese trustreg ooreenstem met Engelse en Suid-Afrikaanse regsbeginsels.

[159] *GMMD Trust* 2 (die paragrawe in die uitspraak is nie genommer nie) waar die hof na *Matebeleland Zambezi Water Development Trust v Zimbabwe Newspapers (1980) Ltd* 2002 1 ZLR 12 (H) verwys.

[160] *GMMD Trust* 3.

[161] *GMMD Trust* 4.

[162] *Ibid.*

[163] De Waal (2009:86) herinner daaraan dat, ten spyte van die verskille in die Engelse en Suid-Afrikaanse trustreg, eg. steeds 'n "rich source for comparative law purposes" is.

[164] *North London Central Mosque Trust (a charity) v Policy Exchange* [2009] EWHC 3311 (QB) (hierna *NLCM Trust).*

[165] *NLCM Trust* par. 2.

[166] *NLCM Trust* par. 6. Die hof neem hierdie aspek verder in par. 8: "It is not a human being or a group of human beings, nor is it a corporation or quasi-corporation in the sense that it has been given some of the attributes of a corporation, such as the capacity to sue or be sued."

[167] *NLCM Trust* par. 11.

[168] *North London Central Mosque Trust (a charity) v Policy Exchange* [2010] EWCA Civ 526.

[169] *North London Central Mosque Trust (a charity) v Policy Exchange* [2010] EWCA Civ 526 par. 9.

[170] *Media24* par. 39.

[171] *Media24* par. 17.

[172] *Gowar* par. 20.

[173] In *GMMD Trust* 4.

[174] In *North London Central Mosque Trust (a charity) v Policy Exchange* [2010] EWCA Civ 526 par. 9.

[175] Dit is, ter syde, interessant dat gedinge waarby trusts betrokke is, dikwels met familievetes te doen het. Só verwys die HHA in *Gowar* (par. 6) daarna dat "The chief protagonists in this bitter and drawn-out dispute are the Gowar brothers." In *Theron v Loubser* [2013] ZASCA 195 begin Ponnan AR sy uitspraak met 'n aanhaling uit *Romeo en Julie*ten wys daarop dat die name van die families net verander kan word om die familievete in hierdie saak te beskryf. In *Klagsbrun v Raath* [2018] ZAGPPHC 202 het die dispuut oor broers en 'n suster se beheer van 'n trust gehandel, en in *Matthews v Thyne* [2018] ZAGPPHC 30 verwys Mavundla R (par. 3) na 'n "broedertwis" wat die grondslag van die geskil vorm. In *Dannhauser v Van der Walt* [2014] ZAGPPHC 1027 was die dispuut tussen 'n pa, sy dogter en twee trusts.

[176] Lamprecht (2010:21).

[177] Par. 3.2.3.

[178] Stander (1999:158) en die bespreking in 3.2.2 hier bo.

[179] Van die uitsprake sluit in: *Farmers Trust v Competition Commission of South Africa* [2017] ZAGPPHC 488; *George Speropoulos Trust v Tau Rollermeule CC.* [2017] ZAGPPHC 637; *Government of the Republic of South Africa v David Roux Gesinstrust* [2016] ZAGPPHC 139; *Klagsbrun v Raath* [2018] ZAGPPHC 202; *Matthews v Thyne* [2018] ZAGPPHC 30; *Mjejane Trust v Makhubela* [2016] ZAGPPHC 957; *Sentinel Trust v Barns* [2016] ZAGPPHC 535.

[180] Sien bv *Absa Bank Ltd v Baugarten* [2017] ZAFSHC 111; *Du Toit v Coenoe 90 CC* [2017] ZAFSHC 126; *Kleo Investments (Edms) Bpk v Wessels* [2017] ZAFSHC 6; *Richter v Richter*

(1988/2017) [2018] ZAFSHC 45; *Triegaardt v Knipe (Noordman and Others Intervening)* [2017] ZAFSHC 101.

[181] O.m. *De Villiers v GJN Trust* [2018] ZASCA 80; *Frieslaar*; *Gowar*; *Mont Chevaux Trust*; *Loggenberg*; *Osborne v Cockin* [2018] ZASCA 58.

[182] *George Speropoulos Trust v Tau Rollermeule CC.* [2017] ZAGPPHC 637; *Farmers Trust v Competition Commission of South Africa* [2017] ZAGPPHC 488; *Mjejane Trust v Makhubela* [2016] ZAGPPHC 957; *Government of the Republic of South Africa v David Roux Gesinstrust* [2016] ZAGPPHC 139.

[183] *Sentinel Trust v Barns* [2016] ZAGPPHC 535.

[184] De Waal (1993:10).

[185] *Media24* par. 40.

[186] *Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker and others* [2004] ZASCA 56 par. 10.

[187] Sien in die algemeen Kloppers (2001:31–7).

[188] Devenish (1999:31).

[189] Alhoewel die Grondwet aanvanklik na "hoë howe" verwys het, is art. 169 in 2012 gewysig. Die Afrikaanse benaming is dus nou weer Hooggeregshof, wat uit verskillende afdelings bestaan.

[190] *Du Plessis v De Klerk* 1996 3 SA 850 (KH) par. 86.

[191] *Carmichele v Minister of Safety and Security* [2001] ZACC 22 par. 39.

[192] *Molusi v Voges* [2016] ZACC 6.

[193] *Molusi* par. 37: "The provisions of sections 8, 9, 10 and 11 of ESTA have the result that the common law action based merely on ownership and possession ... is no longer applicable." In *Media24* par. 41 stel die HHA dit duidelik: As die gemenereg in stryd met grondwetlike beginsels is, verlang art. 39(2) van die Grondwet dat die gemenereg gewysig word om by die grondwetlike beginsels aan te pas.

[194] *Media24* par. 74.

[195] *Media24* par. 41; *Herbal Zone* par. 36.

[196] *National Media Ltd v Bogoshi* 1998 4 SA 1196 (HHA).

[197] *Bogoshi* 121B–F.

[198] *Dey* par. 198.

[199] *Dey* par. 203.

[200] *Dhlomo* 27.

[201] *NLCM Trust* par. 6.

[202] *BOE Bank* 436D–E.

[203] *Witwatersrand Native Labour Association Ltd v Robinson* 1907 TS 264, 265.

[204] Lamprecht (2010:27) wys daarop dat daar geen beperking op die lewensduur van ’n trust is nie en die trust nie noodwendig beëindig word as die trustees of begunstigdes verander nie.

[205] *Rand Water Board v Lane* 1909 TH 4, 7.

[206] Neethling en Potgieter (2016:494).

[207] *Media24* parr. 17–55 met die opsomming in par. 55: “I can therefore find no legitimate reason why we should deviate from the rule of our common law, which had been endorsed by our courts for nearly a century, that a corporation has a claim for general damages in defamation.”

[208] *Dey* par. 196.