

**Die belang van die eenjaartermynklousule vir die oordrag van 'n fidusiêre belang by  
boedelbeplanning**

Skripsie vir die gedeeltelike voldoening aan die  
vereistes vir die graad LLM  
aan die Potchefstroom Kampus van die Noord-Wes Universiteit

**A Jacobs**  
13152874

Studieleier: Mnr HJ Kloppers  
2008

## **Inleiding**

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>Werking van die eenjaartermynklausule</b>	<b>3</b>
2.1	<i>Die trust</i>	3
2.2	<i>Die trustee(s) en trustbegunstigdes van die trust</i>	6
<b>3</b>	<b>Die bemaking eiendom in trust</b>	<b>9</b>
<b>4</b>	<b>Vruggebruik</b>	<b>10</b>
<b>5</b>	<b>Bemaking aan 'n gade</b>	<b>13</b>
<b>6</b>	<b>Praktiese voorbeeld van die werking van die klausule</b>	<b>14</b>
<b>7</b>	<b>Die voorgestelde wysigingswet</b>	<b>18</b>
7.1	<i>Die bepalings van die wysigingswet</i>	18
7.2	<i>Algemene teenvermydingsklausule</i>	19
7.2.1	<i>Inleiding</i>	19
7.2.2	<i>Legitieme belastingbeplanning en ontoelaatbare belastingvermyding</i>	20
7.2.3	<i>Algemene teenvermydingsklausules in ander lande</i>	21
7.2.4	<i>Die algemene teenvermydingsklausule in die Suid-Afrikaanse Inkomstebelastingwet</i>	23
7.2.4.1	<i>Vermydingsreëling</i>	24
7.2.4.2	<i>Belastingvoordeel</i>	26
7.2.4.3	<i>Hoofsaaklike of uitsluitlike doel</i>	28
7.2.4.4	<i>Abnormaliteite</i>	30
7.2.4.5	<i>Gebrek aan kommersiële inhoud</i>	32
7.2.4.6	<i>Misbruik of wangebruik van Wetsbepalings</i>	34
7.2.5	<i>Belastinggevolge van 'n ontoelaatbare vermydingsreëling</i>	36
7.3	<i>Die voortbestaan van die eenjaartermynklausule</i>	36
<b>8</b>	<b>Addisionele implikasies vir die boedelbeplanner</b>	<b>40</b>
<b>9</b>	<b>Gevolgtrekking</b>	<b>43</b>
<b>10</b>	<b>Bibliografie</b>	<b>47</b>

## 1 Inleiding

Die dood is iets wat die meeste mense verkies om nie oor te praat nie, maar die realiteit van die saak is dat die gevolge daarvan onvermydelik is. By 'n persoon se afsterwe sal die keuses wat hy uitgeoefen het terwyl hy lewend was 'n direkte invloed op die welstand van sy familie en alle ander begunstigdes hê. Dit geld veral by sekere testamentêre bepalings, of te wel die afwesigheid daarvan. Daar is 'n ou gesegde wat lui dat "there are only two certainties in life, death and taxes," en nêrens anders is hierdie gesegde meer waar as wanneer dit kom by 'n persoon se boedel nie.<sup>1</sup> 'n Persoon se afsterwe hou moontlik belasting gevolge in wat tot ernstige finansiële nadeel kan lei.<sup>2</sup> Dit is daarom van kardinale belang dat elke persoon boedelbeplanning moet oorweeg. Graham McPherson<sup>3</sup> beskryf boedelbeplanning as<sup>4</sup>

...long term planning around assets, liabilities, and family issues, with the aim being to keep one's assets secure and valuable for those you leave behind when one dies. It also allows for the efficient administration of an estate when one dies.

Behalwe vir 'n testament, wat die primêre komponent van boedelbeplanning is,<sup>5</sup> word 'n trust hedendaags al hoe meer gebruik op grond van die buigbaarheid en aanpasbaarheid daarvan.<sup>6</sup> Dit word hoofsaaklik by boedelbeplanning gebruik om die oprigter daarvan se eiendom te beskerm, of om bepaalde belastingimplikasies te beperk en te vermy deurdat die eiendom vanuit die oprigter se persoonlike boedel verskuif word.<sup>7</sup> Die trust word verder gebruik

<sup>1</sup> Monteiro A "Estate planning – what you should know" 2004 *Moneyweb's Personal Finance* 7.

<sup>2</sup> Monteiro 2004 *Moneyweb's Personal Finance* 7.

<sup>3</sup> Graham McPherson, First National Bank's MD of trust services.

<sup>4</sup> Monteiro 2004 *Moneyweb's Personal Finance* 7. Koontz H and O'Donnell C *Management – a systems and contingency analysis of managerial functions* 2de uitgawe (McGraw-Hill New York 1976) 129 beskryf boedelbeplanning as "Planning is deciding in advance what to do, how to do it, when to do it and who is to do it. Planning breaches the gap from where we are to where we want to go. It makes it possible for things to occur which could not otherwise happen." Olivier PA en Van den Berg GPJ *Praktiese Boedelbeplanning* 1ste uitg (Juta Kaap 1991) 4 bevestig hierdie stelling deur die stelling te maak dat boedelbeplanning "is 'n intellektuele proses waartydens en waardeur daar besin word om doelwitte daar te stel wat êrens in die toekoms bereik sal word."

<sup>5</sup> Monteiro 2004 *Moneyweb's Personal Finance* 7.

<sup>6</sup> Hyland SA and Smith BS "Abuse of the trust figure in South Africa: An analysis of a number of recent Developments" 2006 *Journal for Estate Planning Law* 1.

<sup>7</sup> Hyland and Smith 2006(1) *Journal for Estate Planning Law* 1. Sien ook Du Toit F *South African Trust Law* 2<sup>nd</sup> ed (LexisNexis Durban 2007) 2 en Geach WD en Yeats J *Trusts – Law and Practice* 1<sup>st</sup> ed (Juta Durban 2007) 281.

om aan die begunstigdes beskerming te bied en om die bates te beskerm,<sup>8</sup> asook om aan hulle voldoende onderhoud te voorsien waar nodig.<sup>9</sup>

Hierdie skripsie fokus hoofsaaklik op die vermindering van boedelbelasting deur die gebruik van 'n spesifieke boedelbeplanningskema en 'n trust. In die praktyk word verskeie boedelbeplanningskemas gebruik ter vermindering van onder andere boedelbelasting.<sup>10</sup> Anders as die *Inkomstebelastingwet*,<sup>11</sup> bevat die *Boedelbelastingwet*,<sup>12</sup> nie 'n teenvermydingsklousule nie. Tydens die 2008/09 begrotingstoespraak het die Minister van Finansies, Trevor Manuel, aangedui dat daar sekere wysigings aan die *Boedelbelastingwet* aangebring moet word ten einde die *Boedelbelastingwet* met ander belasting wetgewing in lyn te bring.

Unlike other tax acts, the estate duty does not contain a general anti-avoidance rule to protect against estate duty avoidance. This general anti-avoidance rule will be added as well as specific anti-avoidance rules to prevent the artificial manipulation of estate values through the use of short-term trusts and similar arrangements.<sup>13</sup>

Dit is vanselfsprekend dat die invoeging van 'n teenvermydingsklousule in die *Boedelbelastingwet* verrykende gevolge vir boedelbeplanners se toekomstige en bestaande boedelbeplanningskemas kan hê. Een só 'n bestaande boedelbeplanningskema is die eenjaartermynklousule wat spesifiek op die vermindering van boedelbelasting gemik is deur die gebruikmaking van 'n trust. Hierdie klousule staan in die praktyk as die "one year wonder" of die "een jaar trust" bekend. 'n Tipiese voorbeeld van so 'n klousule in 'n testament sal soos volg lui:

<sup>8</sup> Geach and Yeats *Trusts* 216: "Assets can be fully protected from beneficiaries' creditors and other claimants if they are held in trust. Trusts can also protect beneficiaries. This means that a beneficiary can go insolvent, be subject to claims of creditors, get divorced and be subject to the claims of an ex-spouse, or face financial difficulties but, provided the trust assets have not been given as security on behalf of that beneficiary, trust assets exist independently of a beneficiary and are not subject to these sorts of claims."

<sup>9</sup> Geach and Yeats *Trusts* 218: "Beneficiaries can receive a variety of different benefits from a trust, depending on their own needs and circumstances or upon the intentions of the founder or planner."

<sup>10</sup> King R and Victor B *Law and Estate Planning Easiguide* (Butterworths 2006/2007) 15.1.

<sup>11</sup> Artikel 103 van die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962. Op 2 November 2006 is artikel 103 deur artikel 80A vervang.

<sup>12</sup> *Boedelbelastingwet* 45 van 1955.

<sup>13</sup> SARS 2008 "Budget Tax Proposals 2008/9" SARS [www.sars.gov.za/4352\\_BudgetProposals2008latest\[1\]](http://www.sars.gov.za/4352_BudgetProposals2008latest[1]) [datum van gebruik 8 Sep 2008].

Ek bemaak my plaas aan die trust, waarvan my seun die kapitaalbegunstigde is, onderhewig aan die lewenslange vruggebruik ten gunste van my gade. By die afsterwe van my gade word die vruggebruik vir 'n termyn van een jaar aan my seun bemaak waarna die trust sal ontbind.

Aangesien die *Boedelbelastingwet* tot op hede nog geen teenvermydingsklousule bevat het nie, is die geldigheid van hierdie klousule nog nie deur enige wet of hof getoets nie. Indien die beoogde wetswysiging in werking tree, moet die vraag gevra word of hierdie spesifieke boedelbeplanningskema na die inwerkingtreding van sodanige teenvermydingsklousule sal bly voort bestaan? Daar sal vervolgens deur hierdie skripsie gepoog word om hierdie vraag te beantwoord. Ter beantwoording van hierdie vraag sal daar na die werking van hierdie spesifieke boedelbeplanningskema gekyk word, asook die moontlike formulering en uitwerking van die nuwe wetgewing.

## 2 Werking van die klousule

### 2.1 Die trust

By die dood van die eerssterwende word die eiendom bemaak aan 'n trust, onderhewig aan die lewenslange vruggebruik ten gunste van die langsliewende gade. Hierdie bemaking kan aan 'n testamentêre of 'n *inter vivos* trust gemaak word. Dit is gevolglik belangrik om kortliks aandag te gee aan die aard en totstandkoming van hierdie onderskeie trusts.

In die Suid-Afrikaanse reg kom 'n trust op een van twee maniere tot stand, naamlik ingevolge 'n testament of 'n kontrak.<sup>14</sup>

'n Testamentêre trust is 'n trust wat by die afsterwe van die erflater tot stand kom deurdat die erflater in sy testament eiendom aan 'n testamentêre trust bemaak.<sup>15</sup> 'n Trustee word in die testament benoem en verkry ingevolge die

<sup>14</sup> Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 179. Sien ook Geach and Yeats *Trusts* 18, 26 en Pace RP en Van der Westhuizen WM *Wills and Trusts Service Issue 11* (LexisNexis 2007) 5-4.

<sup>15</sup> Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 179. Sien ook Geach and Yeats *Trusts* 26 en Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 5-4.

bepalings van die testament sekere magte en verpligtinge,<sup>16</sup> sodat hy die eiendom ten behoeve van die benoemde begunstigde kan hou<sup>17</sup> en administreer.<sup>18</sup> In sy testament benoem die erflater die begunstigde(s) ten behoeve van wie die eiendom in die trust behou sal word.<sup>19</sup> Daar moet egter daarop gelet word dat indien die bepaling in die testament rondom die oprigting van die trust vaag, onmoontlik, onwettig of *contra bonos mores* is, sal sodanige testamentêre trust nie opgerig word nie.<sup>20</sup> Met die opstel van 'n testament moet besondere sorg dus aan hierdie testamentêre bepaling verleen word.<sup>21</sup>

'n *Inter vivos* trust kom tot stand die oomblik wanneer 'n ooreenkoms tussen die oprigter en die trustee aangegaan is.<sup>22</sup> Sodanige ooreenkoms kan mondelings of skriftelik wees. Hierdie trust word dus opgerig terwyl die oprigter nog lewend is deurdat die oprigter eiendom, by wyse van 'n kontrak met die trustee, aan die trustee ten behoeve van die begunstigde(s) oordra.<sup>23</sup> Die trustakte van 'n *inter vivos* trust, net soos 'n testamentêre trust, bepaal ook watter eiendom aan die trust oorgedra moet word, wie die trustee is en oor watter magte en bevoegdhede hulle beskik asook die identifisering van die trustbegunstigdes.<sup>24</sup> Dit is belangrik om daarop te wys dat indien 'n erflater 'n bemaking aan 'n bestaande trust maak, dit nie beteken dat die erflater sodanige trustakte by sy

---

<sup>16</sup> Du Toit *Trust Law* 83: "The duties of a trustee originate from three possible sources: the trust instrument, common law and statute."

<sup>17</sup> Du Toit *Trust Law* 86: "A trustee must obtain control over the property subject to the trust as soon as possible after he assumes the office of trustee." Sien ook *MacKenzie NO v Basha* 1950 1 SA 615 (N) 618 en *Geach and Yeats Trusts* 71.

<sup>18</sup> Du Toit *Trust Law* 86: "It stands to reason that a trustee is obliged to administer the trust in accordance with the law and the provisions of the trust instrument." Sien ook *Jowell v Bramwell-Jones* 1998 1 SA 836 (W) 894D, *Land and Agricultural Development Bank of SA v Parker* 2004 4 ALL SA 261 (HHA) 265c en *Pace en Van der Westhuizen Wills and Trusts* 5-8(2).

<sup>19</sup> Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 179.

<sup>20</sup> Du Toit *Trust Law* 37. Sien ook *Geach and Yeats Trusts* 46-48.

<sup>21</sup> Die Hof in *Braun v Blann and Botha NNO* 1984 SA 850 (A) die vereistes vir 'n geldige testamentêre trust uiteengesit.

<sup>22</sup> Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 179. Sien ook *Geach and Yeats Trusts* 26 en *Pace en Van der Westhuizen Wills and Trusts* 5-4.

<sup>23</sup> Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 179. Sien ook *Geach and Yeats Trusts* 26.

<sup>24</sup> Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 179. Sien ook *Pace en Van der Westhuizen* 5-8(1).

testament moet inkorporeer nie.<sup>25</sup> Regter Kannemeyer het in *Brunett v Kohlberg and Others*<sup>26</sup> hierdie beginsel soos volg uiteengesit:

...when a bequest is made to a trust or to trustees for a trust, the testator is not incorporating anything in his will. He is leaving property to persons whose power of dealing with it is limited by the terms of their appointment as administrators of the trust; just as when he leaves property to an association not for gain, the use to which it may be put is governed and limited by the memorandum and articles thereof.

Die *inter vivos* trust wat gevolglik hierdie bemaking ontvang staan bekend as 'n "pour-over" trust.<sup>27</sup>

In die lig van onlangse uitsprake in *Badenhorst v Badenhorst*,<sup>28</sup> *Jordaan v Jordaan*,<sup>29</sup> *Nieuwoudt v Vrystaat Mielies (Edms) Beperk*,<sup>30</sup> *Land and Agricultural Bank v Parker*<sup>31</sup> en *Peterson NO v Claassen*<sup>32</sup>, is dit van kardinale belang dat die vereistes van 'n geldige trust by 'n testamentêre, sowel as 'n *inter vivos* trust, nagekom moet word.<sup>33</sup> Die vereistes vir 'n geldige trust is dat die oprigter die bedoeling moet hê om 'n trust te stig,<sup>34</sup> die oprigter hierdie bedoeling op so 'n wyse moet uitdruk dat dit 'n verpligting op die trusteees plaas,<sup>35</sup> die trusteeendom met redelike sekerheid gedefinieer moet wees,<sup>36</sup> die trustbegunstigdes bepaald of bepaalbaar moet wees en die doel van die trust wettig moet wees.<sup>37</sup> Indien die trust aan hierdie vereistes voldoen, is die trust geldig en kan die erflater met sekerheid sy eiendom ten behoeve van die trustbegunstigdes aan die trust bemaak.

Indien die erflater dus nog nie oor 'n bestaande *inter vivos* trust beskik nie, of bloot verkies om 'n nuwe trust deur sy testament te skep, kan hy die eiendom aan 'n testamentêre trust bemaak. Die erflater moet gevolglik net daarvoor

<sup>25</sup> Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 5-12.

<sup>26</sup> *Brunett v Kohlberg and Others* 1984 2 SA 137 (O) 144 E-F.

<sup>27</sup> Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 5-12.

<sup>28</sup> *Badenhorst v Badenhorst* 2006 2 SA 255 (HHA).

<sup>29</sup> *Jordaan v Jordaan* 2001 3 SA 288 (K).

<sup>30</sup> *Nieuwoudt NO v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk* 2004 3 SA 486 (HHA).

<sup>31</sup> *Land and Agricultural Development Bank of SA v Parker* 2004 4 All SA 261 (HHA).

<sup>32</sup> *Peterson NO v Claassen* 2006 5 SA 191 (K).

<sup>33</sup> Geach and Yeats *Trusts* 37.

<sup>34</sup> Geach and Yeats *Trusts* 38.

<sup>35</sup> Geach and Yeats *Trusts* 38.

<sup>36</sup> Geach and Yeats *Trusts* 42.

<sup>37</sup> Geach and Yeats *Trusts* 44.

voorsiening maak dat sy testament voldoende bepalinge bevat vir die oprigting van sodanige trust. Indien die erflater reeds oor 'n bestaande *inter vivos* trust beskik waaraan hy die eiendom ten behoeve van die betrokke trust se begunstigdes wil bemaak, kan hy bloot sodanige bemaaking in sy testament voeg.

## 2.2 Die trustee(s) en trustbegunstigdes van die trust

Die erflater bepaal in sy testament dat die langsliewende gade 'n lewenslange vruggebruik ten opsigte van die eiendom wat aan die trust bemaak is, sal geniet. Die testament bepaal verder dat by die dood van die langsliewende gade, die vruggebruik vir 'n termyn van een jaar aan die opvolgende vruggebruiker moet gaan. Aangesien die eiendom aan die trust bemaak word, moet bepaal word wie die trustee en die trustbegunstigdes van hierdie trust kan en moet wees.

'n Trustee is die ampsbekleër wat vir die administrering van trusteeiendom ten behoeve van 'n trustbegunstigde verantwoordelik is.<sup>38</sup> Volgens die uitspraak in *Bafokeng Tribe v Impala Platinum Ltd*<sup>39</sup> kan enige natuurlike persoon, sowel as enige verteenwoordiger van 'n regspersoon,<sup>40</sup> as trustee optree<sup>41</sup> behoudens sekere beperkings.<sup>42</sup> Die oorspronklike trustees van 'n trust word gewoonlik

<sup>38</sup> Du Toit *Trust Law* 65. Artikel 1 van die *Trust Property Control Act 57* of 1988 definieer trustee as "anyone (including the founder of a trust) who acts as a trustee by virtue of authorization under section 6 of the Act and someone whose appointment as trustee was already in force at the commencement of the Act." Sien ook Pace and Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 5-8(2) en Geach and Yeats *Trusts* 77.

<sup>39</sup> *Bafokeng Tribe v Impala Platinum Ltd* 1999 3 SA 517 (BHC) 542B-C.

<sup>40</sup> Regspersone wat gereeld as trustees optree is gewoonlik professionele trustmaatskappye of finansiële instellings wat hulle dienste as trustees bied. Voorbeelde hiervan is kan in *Louw v FWKP Albrecht Trust* 1998 3 SA 1048 (K) 1052F en *Griessel v Bankorp Trust Bpk* 1990 2 SA 328 (O) 329I-J gevind word.

<sup>41</sup> Du Toit *Trust Law* 65 en Geach and Yeats *Trusts* 78.

<sup>42</sup> De Waal MJ en Schoeman-Malan MC *Inleiding tot die Erfreg* 3de uitg (Juta 2003): Die volgende persone sal nie bevoeg wees om as trustee van 'n trust op te tree nie: 'n Persoon wat nie oor die nodige bevoegdheid beskik om te kontrakteer nie; 'n Persoon wat as 'n getuie tot 'n testament geteken het, of die testament namens die testateur geteken het, of die testament of 'n gedeelte daarvan in sy eie handskrif geskryf het, kan nie as 'n trustee optree indien die betrokke trust deur die betrokke testament opgerig word nie (artikel 4A(1) en (3) van die *Wet op Testamente* 7 van 1953); 'n Direkteur van 'n maatskappy kan nie as trustee optree vir die skuldbriefhouer van daardie maatskappy nie (artikel 122 van die *Wet op Maatskappye* 61 van 1973); Die Meester van die Hooggeregshof kan nie in sy amptelike hoedanigheid as trustee optree nie (artikel 99 van die *Wet op die Administrering van Boedels* 66 van 1965).

deur die oprigter van die trust aangestel.<sup>43</sup> By 'n testamentêre trust word die trustees in die erflater se testament benoem. By 'n *inter vivos* trust word die trustees in die trustakte benoem. Die oprigter van die trust kan ook bepaal dat hy die reg voorbehou om gedurende sy leeftyd verdere trustees aan te stel.<sup>44</sup>

By die aanstelling van die trustees moet daar besondere klem gelê word op die uitspraak in *Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker*.<sup>45</sup> In hierdie saak het Mnr Parker die Jacky Parker Trust opgerig. Hierdie trust is opgerig ten behoeve van die trustbegunstigdes, Mnr en Mev Parker en hulle afstammeling.<sup>46</sup> Die aanvanklike trustees was Mnr en Mev Parker en Mnr Senekal, die familie se prokureur. Ingevolge die trustakte moes daar te alle tye drie trustees wees.<sup>47</sup> Die trustakte het ook bepaal dat indien een van die trustees bedank, die oorblywende trustees oor die bevoegdheid beskik om 'n opvolgende trustee in sy plek aan te stel.<sup>48</sup> Mnr Senekal het as trustee bedank en Mnr en Mev Parker het hulle seun as die derde trustee aangestel.<sup>49</sup> Die Hof beslis dat hierdie konstruksie van die trust direk teen een van die grondbeginsels van 'n trust gaan, naamlik dat daar 'n skeiding van beheer oor die eienaarskap en genot moet wees.<sup>50</sup> Daar is geen skeiding van beheer indien die oprigter, trustees en begunstigdes almal dieselfde persoon of groep persone is nie. Volgens die Hof het hierdie konstruksie op die totale misbruik van die trust neergekom en gevolglik het die Hof die trust ongeldig verklaar.<sup>51</sup> Vervolgens beslis die Hof dat 'n onafhanklike buitestaander as trustee aangestel behoort te word indien al die trustees ook trustbegunstigdes is, en indien die trustbegunstigdes aan mekaar verwant is.<sup>52</sup>

Uit hierdie uitspraak blyk dit duidelik dat die oprigter hom van eienaarskap van die eiendom moet distansieer en dit in die beheer van die trustees moet plaas,

---

<sup>43</sup> Du Toit *Trust Law* 67. Sien ook Geach and Yeats *Trusts* 73.

<sup>44</sup> Du Toit *Trust Law* 67.

<sup>45</sup> *Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker* 2005 2 SA 77 (HHA).

<sup>46</sup> Hyland and Smith 2006 *Journal for Estate Planning Law* 5.

<sup>47</sup> Hyland and Smith 2006 *Journal for Estate Planning Law* 1.

<sup>48</sup> Hyland and Smith 2006 *Journal for Estate Planning Law* 1.

<sup>49</sup> *Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker* 2005 2 SA 77 (HHA) par 2-3.

<sup>50</sup> *Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker* 2005 2 SA 77 (HHA) par 19.

<sup>51</sup> *Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker* 2005 2 SA 77 (HHA) par 29.

<sup>52</sup> *Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker* 2005 2 SA 77 (HHA) par 34.

wat die eiendom tot voordeel van die trustbegunstigdes hou en administreer. Indien hierdie vereiste nie nagekom word nie, kan die eiendom in die trust gesien word as die oprigter se persoonlike bates en nie trustbates nie. Alhoewel die langselewende gade en die opvolgende vruggebruiker as trustees van die betrokke trust kan optree, behoort die erflater in sy testament, of in die betrokke trustakte, daarvoor voorsiening maak dat daar ten alle tye 'n onafhanklike derde as trustee moet optree.

'n Trustbegunstigde kan, net soos 'n trustee, enige natuurlike of regspersoon wees.<sup>53</sup> 'n Trustbegunstigde hoef egter nie op die datum waarop die trust opgerig is, te bestaan nie. Die trust kan gestig word ten behoeve van 'n natuurlike persoon wat nog gebore moet word of 'n regspersoon wat nog op 'n toekomstige datum geïnkorporeer moet word.<sup>54</sup> Ander entiteite as natuurlike of regspersone kan ook as trustbegunstigdes benoem word, byvoorbeeld ander trusts of geïnkorporeerde assosiasies.<sup>55</sup> Wetgewing en regspraak plaas geen beperking op wie 'n begunstigde mag wees nie. Die oprigter van 'n trust kan dus ook 'n begunstigde van dieselfde trust wees, en 'n trustee kan in sy persoonlike hoedanigheid 'n mede-begunstigde van die trust wat hy administreer, wees.<sup>56</sup> Volgens Appélregter Cameron is die rede hiervoor die volgende:<sup>57</sup>

The core idea of the trust is the separation of ownership (or control) from enjoyment. Though a trustee can also be a beneficiary, the central notion is that the person entrusted with control exercises it on behalf of and in the interest of another. This is why a sole trustee cannot also be the sole beneficiary: Such a situation would embody an identity of interests that is inimical to the trust idea, and no trust would come into existence.

Die erflater behoort vervolgens in sy testament, of in die betrokke trustakte, daarvoor voorsiening maak dat die langselewende gade of die opvolgende vruggebruiker nie die enigste trustbegunstigdes is indien hulle ook as trustees

<sup>53</sup> Du Toit *Trust Law* 113. Sien ook Geach and Yeats *Trusts* 114.

<sup>54</sup> Du Toit *Trust Law* 113. Sien ook Geach and Yeats *Trusts* 114.

<sup>55</sup> Du Toit *Trust Law* 113. Sien ook Geach and Yeats *Trusts* 114.

<sup>56</sup> Du Toit *Trust Law* 114. Sien ook Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 5-6: "The flexibility of a trust is such that a trustee may also be a beneficiary and the founder of a trust may also be a trustee and beneficiary; in fact he/she may be the sole beneficiary. The only restriction is that the founder may not be the trustee and the sole beneficiary because every trust imports the element of holding or administering property in part at least for a person or object other than the trustee himself."

<sup>57</sup> *Land and Agricultural Bank of South Africa v Parker* 2005 2 SA 77 (HHA) par 19.

van dieselfde trust optree nie. Die byvoeging van 'n addisionele trustbegunstigde sal verder tot gevolg hê dat die een jaar vruggebruikbemaking aan die opvolgende vruggebruiker nie op 'n *nudum praeceptum* sal neerkom indien die opvolgende vruggebruiker sy bemaking repudieer of voor-oorlede is nie. 'n *Nudum Praeceptum* is wanneer:

'n erflater goed in eiendom aan 'n legataris of erfgenaam nalaat met voorskrifte, beperkings of voorbehoude oor hoe die goed aangewend moet word of 'n verbod teen sekere handeling met die goed, sodanige voorskrifte nietig is tensy dit gepaard gaan met 'n aanduiding dat iemand anders bevoordeel sal word as daar nie streng aan die voorskrifte gehou word nie.<sup>58</sup>

Indien die opvolgende vruggebruiker dus die een jaar vruggebruik repudieer, of hy is voor-oorlede, en daar is nie 'n addisionele trustbegunstigde op wie die vruggebruik kan oorgaan nie, sal die bemaking aan die opvolgende vruggebruiker as ongeldig beskou word. Hierdie ongeldigheid van die bepaling kan ook lei tot die ongeldigheid van die trust. Die invoeging van 'n addisionele trustbegunstigde sal dus die voortbestaan van die trust en die beskerming van die eiendom verseker. Hierdie addisionele trustbegunstigde word in die alternatief as erflater vir die een jaar vruggebruik in die testament benoem word. Die addisionele trustbegunstigde kan enige natuurlike of regspersoon wees, 'n vriend, familielid of 'n ander trust.

### 3 Die bemaking van eiendom in trust

Die erflater bepaal in sy testament dat hy die eiendom aan die trust bemaak. Hier moet dus net kortliks gekyk word wat die bemaking van die eiendom aan die trust behels.

By die bemaking van die eiendom aan die trust, word die eiendom ingevolge artikel 3(2)(a) van die *Boedelbelastingwet* by die erflater se boedel vir boedelbelastingdoeleindes ingesluit. Boedelbelasting word ingevolge Bylae Een van die *Boedelbelastingwet* teen 'n effektiewe koers van 20% gehef. Die

<sup>58</sup> Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 131. De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg*: "'n *Nudum praeceptum* is 'n verbodsbepaling sonder dat daar iemand aangewys word tgv wie

waarde van die bruto boedel word bereken deur alle eiendom ingevolge artikel 3 bymekaar te tel. Die bruto boedel kan vervolgens verminder word deur al die aftrekkings en kortings wat ingevolge die *Boedelbelastingwet* toegelaat word, af te trek.<sup>59</sup> Nadat hierdie aftrekkings en kortings afgetrek is, is die oorblywende deel van die boedel die netto boedel.<sup>60</sup> Die erflater, as 'n natuurlike persoon, beskik egter oor 'n R3,5 miljoen korting wat afgetrek moet word van die netto boedel alvorens boedelbelasting daarop gehef word.<sup>61</sup> Die restant van die boedel sal gevolglik onderhewig wees aan die betaling van boedelbelasting.

Indien eiendom deur middel van 'n bemaking in 'n testament ontvang word, word hierdie eiendom ingevolge artikel 9(1)(e) van die *Wysigingswet op die Wet op Hereregte*<sup>62</sup> vrygestel van die betaling van hereregte.<sup>63</sup> Die trust sal dus geen hereregte op hierdie eiendom hoef te betaal nie. Dit het tot gevolg dat slegs die waarde van die blote eiendomsreg ingesluit sal word vir die berekening van die boedelbelasting. Die erflater sal dus net boedelbelasting op die waarde van die blote eiendomsreg moet betaal, indien die boedel onderhewig is aan die betaling van boedelbelasting.

#### 4 Vruggebruik

In die klousule, soos in 1 hierbo, maak die erflater uitdruklik gebruik van vruggebruik. Om die werking van hierdie klousule te verstaan moet daar vervolgens spesifiek gekyk word na wat vruggebruik behels, asook die belang daarvan vir boedelbelastingdoeleindes.

---

die verbod opereer." Sien ook in hierdie verband ook *Barnett v Estate Schereschewske* 1957 3 SA 679 (K) 686 en *Ex parte McClung* 1983 3 SA 446 (O) 449.

<sup>59</sup> Hierdie aftrekkings word hoofsaaklik gereël deur artikel 4 van die *Boedelbelastingwet* 45 van 1995. Een van hierdie aftrekkings is artikel 4(q) aftrekking wat ter sprake kom by bates wat aan die langsewende gade bemaak is. Artikel 4(q) sal egter op 'n latere stadium meer volledig bespreek word.

<sup>60</sup> Abrie *W et al Bestorwe Boedels* 5de uitg (ProPlus Uitgewers Durban 2003) 180.

<sup>61</sup> Artikel 4A van die *Boedelbelastingwet* 45 van 1955.

<sup>62</sup> *Wysigingswet op die Wet op Hereregte* 74 van 2002.

<sup>63</sup> SARS 2007 "Transfer Duty: Transfer Duty Handbook" [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za) [datum van gebruik 8 Sep 2008].

Vruggebruik kan geskep word tussen lewendes of by wyse van 'n testament.<sup>64</sup>

Vruggebruik word omskryf as:

'n persoonlike serwituut wat aan die vruggebruiker 'n beperkte saaklike reg verskaf om 'n ander se saak te gebruik en die vrugte daarvan te trek met die verpligting om die saak uiteindelik met behoud van die wese daarvan (*salva rei substantia*) aan die eienaar terug te besorg.<sup>65</sup>

Die doel van vruggebruik is om aan die vruggebruiker die gebruik, en in bepaalde omstandighede 'n inkomste, uit die saak vir 'n bepaalde tyd te verseker sonder dat die eiendomsreg van die saak die vruggebruiker toekom.<sup>66</sup> Tydens die vruggebruik word daar na die eienaar van die betrokke eiendom verwys as die blote-eienaar, deurdadig dat hy nie die saak mag gebruik, geniet of die vrugte daarvan trek nie.<sup>67</sup> By die beëindiging van die vruggebruik verval alle beperkings op die eiendom en groei die blote-eienaar se eiendomsreg tot sy volle omvang.<sup>68</sup> Vruggebruik kan toegeken word ten opsigte van onroerende, roerende en stofflike sake.<sup>69</sup>

Artikel 5(1)(b) van die *Boedelbelastingwet* bevat spesifieke voorskrifte waarvolgens 'n beperkte belang gewaardeer moet word.<sup>70</sup> 'n Beperkte belang word vir doeleindes van artikel 3(2) van die *Boedelbelastingwet* by 'n persoon se boedel ingesluit vir boedelbelastingdoeleindes en daarom moet daar 'n waarde daaraan gekoppel word.<sup>71</sup> 'n Beperkte belang is 'n belang soos vruggebruik, fidusiêre reg, blote eiendomsreg en sekere jaargelde.<sup>72</sup> Indien 'n boedel 'n vruggebruik insluit, is die persoon aan wie die voordeel by die dood van die erflater toeval, verantwoordelik vir die betaling van boedelbelasting.<sup>73</sup> By opeenvolgende vruggebruike aan verskillende persone, is die volgende

<sup>64</sup> De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 155. Sien ook Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 212.

<sup>65</sup> De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 155.

<sup>66</sup> De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 156. Sien ook Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 212.

<sup>67</sup> De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 156. Sien ook Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 212.

<sup>68</sup> De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 156.

<sup>69</sup> Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 49.

<sup>70</sup> Abrie *et al Bestorwe Boedels* 207.

<sup>71</sup> Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 100.

<sup>72</sup> Abrie *et al Bestorwe Boedels* 207.

<sup>73</sup> Abrie *et al Bestorwe Boedels* 217.

opvolger vir belasting aanspreeklik op die tydstip wat die beperkte reg hom toeval.<sup>74</sup> Waar die vruggebruik tot 'n einde kom, verkry die blote-eienaar volle eiendomsreg en sal gevolglik ook verantwoordelik wees vir die betaling van boedelbelasting.<sup>75</sup>

Ingevolge die bepaling van artikel 5(1)(b) word 'n beperkte belang gewaardeer deur eerstens die kapitaalwaarde van die betrokke bate vas te stel.<sup>76</sup> Die volgende stap is om die jaarlikse waarde van die reg vas te stel. Die jaarlikse waarde is 'n bedrag gelykstaande aan 12% van die kapitaalsom.<sup>77</sup> Die derde stap is om die jaarlikse waarde van die reg te kapitaliseer deur die 12% per jaar op die kapitaalsom te verdiskonteer oor 'n sekere termyn, hetsy oor 'n persoon se lewensverwagting of 'n vasgestelde termyn.<sup>78</sup>

Bylae 7 van die *Boedelbelastingwet* bevat spesiale tabelle om die waarde van 'n beperkte belang te bereken. Wanneer 'n beperkte belang aan 'n persoon se lewensverwagting gekoppel is, word daar van Tabel A<sup>80</sup> gebruik gemaak. Indien Tabel A gebruik word, word die faktor uit die tabel vir die betrokke persoon se volgende verjaardag gebruik. Indien die betrokke persoon dus 'n 54 jarige vrou is, word die faktor uit die tabel vir 'n 55 jarige vrou gebruik. Tabel B<sup>81</sup> word gebruik indien die beperkte belang aan 'n vasgestelde termyn gekoppel is. By die gebruik van Tabel B kan daar bloot van die faktor vir die spesifieke termyn gebruik gemaak word. By entiteite soos trusts, maatskappye en beslote

<sup>74</sup> Abrie *et al Bestorwe Boedels* 217.

<sup>75</sup> Abrie *et al Bestorwe Boedels* 217.

<sup>76</sup> Abrie *et al Bestorwe Boedels* 208. Sien ook Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 49.

<sup>77</sup> Abrie *et al Bestorwe Boedels* 208. Waarop hierdie stap dus neerkom is dat die kapitaalwaarde, met ander woorde die waarde van die betrokke eiendom, met 12% gemaal moet word. Sien ook Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 49.

<sup>78</sup> Abrie *et al Bestorwe Boedels* 208. Sien ook Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 49.

<sup>80</sup> Die faktore in Tabel A, Bylae 7 is "die verwagte lewensduur en die teenswoordige waarde van R1 per jaar vir lewensduur, gekapitaliseer teen 12 persent oor die verwagte lewensduur van mans en vrouens van verskillende ouderdomme."

<sup>81</sup> Die faktore in Tabel B, Bylae 7 is die "teenswoordige waarde van R1 per jaar gekapitaliseer teen 12 persent oor vasgestelde tydperke."

korporasies bepaal artikel 5(3) van die *Boedelbelastingwet* dat die 50-jaar-faktor in Tabel B gebruik moet word.<sup>82</sup>

## 5 Bemaking aan 'n gade

In die klousule, soos in 1 hierbo, bemaak die erflater die eiendom aan die trust, onderhewig aan lewenslange vruggebruik van sy gade. Enige bemaking aan 'n gade is onderhewig aan artikel 4(q) van die *Boedelbelastingwet*. Artikel 4(q) bepaal:

Soveel van die waarde van enige eiendom in die boedel ingesluit wat nie ingevolge die voorgaande bepalings van hierdie artikel as 'n korting toegelaat is nie, as wat aan die langsewende gade van die oorledene toeval: Met dien verstande dat-

- (i) die korting wat kragtens die bepalings van hierdie paragraaf toegelaat mag word, verminder moet word met soveel van 'n bedrag as wat die langsewende gade ingevolge die testament van die oorledene verplig word om aan enige ander persoon of trust te vervreem;
- (ii) geen korting kragtens die bepalings van hierdie paragraaf toegelaat word nie ten opsigte van enige eiendom wat toeval aan 'n trust wat tot voordeel van die langsewende gade deur die oorledene gestig is, indien die trustee van bedoelde trust 'n diskresie het om bedoelde eiendom of enige inkomste daaruit aan iemand anders as die langsewende gade toe te wys.

Ingevolge artikel 4(q)(i) is enige eiendom wat aan die langsewende gade bemaak is en by die boedel van die oorledene ingesluit word, aftrekbaar vir doeleindes van boedelbelasting.<sup>83</sup> Hierdie aftrekking is nie net beperk tot eiendom wat die oorledene uitdruklik deur 'n testamentêre bemaking aan die langsewende gade bemaak het nie, maar sluit alle eiendom in wat vanaf die oorledene se boedel aan sy gade gaan.<sup>84</sup>

Die bepaling rondom artikel 4(q)(ii) is egter meer beperkend. Indien 'n erflater 'n testamentêre trust tot voordeel van sy gade oprig, en die trustee van die trust die eiendom of inkomste wat die erflater aan die trust bemaak het slegs tot voordeel van die langsewende gade aanwend, sal die eiendom wat aan die trust bemaak is onderhewig aan 'n artikel 4(q) aftrekking wees.<sup>85</sup> Indien die trustee

<sup>82</sup> Abrie *et al Bestorwe Boedels* 208. By hierdie stap word die kapitaalsom, vanuit stap 2, met die nodige faktor vanuit Tabel A of B gemaak om by die waarde uit te kom.

<sup>83</sup> Abrie *et al Bestorwe Boedels* 196. Sien ook Wiechers NJ en Vorster I *Boedelberedding* 3de uitg (Butterworths Durban 1992) 107.

<sup>84</sup> Abrie *et al Bestorwe Boedels* 196. Sien ook Wiechers en Vorster *Boedelberedding* 107.

<sup>85</sup> Jordaan K *et al Silke: Suid-Afrikaanse Inkomstebelasting 2008* (LexisNexis 2007) 835.

egter 'n diskresie het om die eiendom of die inkomste van die trust aan enige ander trustbegunstigde as die langsliewende gade toe te ken, sal die eiendom wat aan die trust bemaak is nie kwalifiseer vir 'n artikel 4(q) aftrekking nie.<sup>86</sup> Die Suid-Afrikaanse Inkomste Diens het in Praktyknota 35 bepaal dat geen aftrekkings ingevolge artikel 4(q) toegelaat sal word indien die betrokke eiendom aan 'n diskresionêre trust bemaak is nie, waar die langsliewende gade geen gevestigde reg in die trust het nie.<sup>87</sup>

Artikel 4(q) bevat 'n voorbehoudsbepaling, naamlik dat 'n aftrekking ingevolge hierdie artikel nie toegelaat sal word indien dit reeds ingevolge 'n ander artikel as 'n aftrekking toegelaat is nie.<sup>88</sup> 'n Aanwas-eis wat byvoorbeeld reeds ingevolge artikel 4(1A) afgetrek is, kan nie weer deur die gebruik van artikel 4(q) afgetrek word nie.<sup>89</sup> Dieselfde geld ten opsigte van 'n aftrekking wat reeds ingevolge artikel 4(p) geëis is vir maatskappy aandele wat die oorledene aan sy gade bemaak het.<sup>90</sup>

## 6 Praktiese voorbeeld van die werking van die klousule

Die bogenoemde bespreking het gekonsentreer op al die akademiese en tegniese punte rondom hierdie klousule. Die werking van hierdie klousule kan egter op sy beste geïllustreer word deur die gebruikmaking van 'n praktiese voorbeeld.

By die afsterwe van die langsliewende gade word 'n *mortis causa* trust geskep, of die eiendom word bemaak aan 'n bestaande *inter vivos* trust. Die eiendom val in die trust onderhewig aan die lewenslange vruggebruik van die langsliewende gade. Die waarde van die eiendom by die afsterwe van die erflater is R1 000 000. Die langsliewende gade is die vrou en die vruggebruik val haar op die ouderdom van 54 toe. By die vrou se afsterwe is die waarde van die eiendom R1 300 000. Die vruggebruik gaan dan aan die opvolgende

---

<sup>86</sup> Jordaan *et al Silke* 2008 835.

<sup>87</sup> Jordaan *et al Silke* 2008 835.

<sup>88</sup> Abrie *et al Bestorwe Boedels* 197. Sien ook Wiechers en Vorster *Boedelbereddering* 110.

<sup>89</sup> Abrie *et al Bestorwe Boedels* 197. Sien ook Wiechers en Vorster *Boedelbereddering* 110.

<sup>90</sup> Abrie *et al Bestorwe Boedels* 197.

vruggebruiker oor vir 'n termyn van 1 jaar, waarna die vruggebruik staak en die trust die eiendomsreg verkry.

Ingevolge artikel 5(1)(b) van die *Boedelbelastingwet* kan die volgende formule gebruik word ter berekening van die vruggebruik:

<b>Vruggebruik =</b>	<b>markwaarde x 12% x faktor</b>
----------------------	----------------------------------

By die dood van die erflater is die waarde van die eiendom R1 000 000.00. Die langsliewende gade is die vrou wat 54 jaar oud is. Ingevolge Tabel A van Bylae 7 van die *Boedelbelastingwet* is die faktor volgens die vrou se ouderdom op haar volgende verjaardag, 7.693 55. Die waarde van die vrou se vruggebruik word dus soos volg bereken:

<b>Vruggebruik =</b>	<b>markwaarde x 12% x faktor</b>
=	1 000 000.00 x 12% x 7.693 55
=	923 226.00

Die vrou se vruggebruik is 'n waarde van R923 226.00. Die waarde van hierdie vruggebruik moet ingevolge artikel 3(2) van die *Boedelbelastingwet* vir boedelbelastingdoeleindes by die boedelbelastingrekening van die erflater ingesluit word. Aangesien hierdie vruggebruik egter 'n bemaking aan 'n gade is, sal die vruggebruik in die erflater se boedel onderhewig wees aan 'n artikel 4(q) aftrekking.

Die klousule in die testament bepaal verder dat by die dood van die vrou, die vruggebruik vir 'n termyn van 1 jaar na die opvolgende vruggebruiker moet gaan. By die vrou se afsterwe is die waarde van die eiendom R1 300 000.00. Die faktor ingevolge Tabel B van Bylae 7 van die *Boedelbelastingwet* vir 'n vasgestelde termyn van 1 jaar is 0.892 9. Die waarde van die opvolgende vruggebruiker se vruggebruik word dus as volg bereken:

<b>Vruggebruik =</b>	<b>markwaarde x 12% x faktor</b>
----------------------	----------------------------------

=	1 300 000.00 x 12% x 0.892 9
=	139 292.40

Die opvolgende vruggebruiker se vruggebruik vir die vasgestelde eenjaartermyn...  
beloop 'n waarde van R139 292.40. Die waarde van hierdie vruggebruik moet  
ingevolge artikel 3(2) van die *Boedelbelastingwet* vir boedelbelastingdoeleindes  
by die boedelbelastingrekening van die vrou ingesluit word. Hierdie  
vruggebruik sal egter nie onderhewig wees aan enige afrekkings nie aangesien  
hierdie nie 'n bemaking aan 'n gade is nie.<sup>91</sup> Die vrou se boedel is dus  
verantwoordelik vir die betaling van 20% op die waarde van die vruggebruik  
aan die opvolgende vruggebruiker. Daar moet net weereens daarop gewys word  
dat hierdie bedrag heel moontlik onder die artikel 4A korting van R3,5 miljoen  
sal val, afhangende van die grootte van die vrou se boedel, en dat geen  
boedelbelasting gevolglik betaalbaar sal wees nie.

Indien daar na die bogenoemde gekyk word, is die werklike voordeel van  
hierdie klousule nie baie duidelik nie. Die voordeel van hierdie klousule kan  
eers werklik begryp word indien daar gekyk word na wat die boedelbelasting  
gevolge sou wees indien dit nie was vir hierdie betrokke klousule nie. Indien  
die erflater in sy testament bepaal het dat hy die eiendom aan die trust bemaak,  
onderhewig aan die lewenslange vruggebruik ten gunste van sy gade, en geen  
verdere bepalinge ten opsigte van die een jaar vruggebruik aan die opvolgende  
vruggebruiker nie, sou die vruggebruik by die dood van die vrou bloot die trust  
toeval. Hierdie vruggebruik wat die trust toeval moet vir

<sup>91</sup> Ingevolge artikel 5(1)(b) van die *Boedelbelastingwet* is daar drie voorbehoudsbepalinge  
wat van toepassing is by fidusiêre eg, vruggebruik en ander dergelike belange in eiendom.  
Hierdie voorbehoudsbepalinge is ingevolge Silke *Inkomstebelasting 2008* 827-828 as volg:  
(i) "Indien die houër van die blote eiendomsreg enige vergoeding vir die blote eiendomsreg  
betaal het, moet die waarde van die vruggebruik, verminder word met die bedrag van die  
vergoeding plus rente daarop teen 6% per jaar (saamgestelde rente)";  
(ii) "Indien die houër van die blote eiendomsreg na die dood van die vruggebruiker, die  
volle eienaar van die eiendom word, mag die vruggebruik wat na die houër van die blote  
eiendomsreg oorgedra word, nie meer wees as die verskil tussen die billike markwaarde  
van die eiendom op die datum van die dood van die oorledene en die waarde van die blote  
eiendomsreg op die datum toe die blote eiendomsreg die eerste maal verkry is ingevolge  
die transaksie waardeur die vruggebruik, wat deur die oorledene gehou is, geskep is";  
(iii) "Indien die persoon aan wie die beperkte belang in eiendom oorgedra word, nie voor 'n  
toekomstige datum bepaal kan word nie, word 'n lewensverwachting van 50 jaar vir daardie  
persoon gebruik."

boedelbelastingdoeleindes bereken word en by die boedelbelastingrekening van die vrou ingesluit word. By die dood van die vrou beloop die waarde van die eiendom R1 300 000.00. Die faktor ingevolge Tabel B van Bylae 7 van die *Boedelbelastingwet* vir 'n vasgestelde termyn van 50 jaar<sup>92</sup> is 8.304 5.

<b>Vruggebruik =</b>	<b>markwaarde x 12% x faktor</b>
=	1 300 000.00 x 12% x 8.304 5
=	1 295 502.00

Die vruggebruik wat dus na die trust toe terugval beloop 'n waarde van R1 295 502.00.

Gevollik is die gebruik van die bemaking van die 1 jaar vruggebruik aan die opvolgende vruggebruiker van groot voordeel aangesien dit die bedrag boedelbelasting betaalbaar aansienlik verminder. Die waarde van hierdie vruggebruik moet ingevolge artikel 3(2) van die *Boedelbelastingwet* vir boedelbelastingdoeleindes by die boedelbelastingrekening van die vrou ingesluit word.

Indien die vruggebruik vir 'n termyn van een jaar aan die opvolgende vruggebruiker bemaak word is die waarde wat by die vrou se boedelbelastingrekening ingesluit word vir boedelbelastingdoeleindes R139 292.40. Indien die vruggebruik by die dood van die vrou na die trust toe terugval word die waarde van R1 295 502.00 by die vrou se boedelbelastingrekening ingesluit vir boedelbelastingdoeleindes. Die bemaking van die eenjaartermyn vruggebruik aan die opvolgende vruggebruik bring dus 'n aansienlike besparing van boedelbelasting mee.

<sup>92</sup> Artikel 5(3) van die *Boedelbelastingwet* 45 van 1995.

## 7 Die voorgestelde wysigingswet

### 7.1 Die bepalings van die wysigingswet

Die eenjaartermynklausule word alreeds vir 'n geruime tydperk deur boedelbeplanners gebruik. Soos hierbo geïllustreer is die doel van hierdie klausule die vermindering van boedelbelasting. Tot op hede was daar geen wetgewing of regspraak wat die gebruik van die eenjaartermynklausule verbied het nie. Die Suid-Afrikaanse Inkomste Diens het egter in Augustus vanjaar die voorgestelde wysigingswet bekend gestel. Hierdie wysigingswet handel onder andere oor die wysiging van die *Boedelbelastingwet*. Ingevolge hierdie konsepwetgewing poog die Suid-Afrikaanse Inkomste Diens onder andere om algemene reëls teen die verkryging van onbillike belastingvoordele by die *Boedelbelastingwet* te voeg.<sup>93</sup> Vervolgens moet gekyk word na wat presies bedoel word met "onbillike belastingvoordele" en die moontlike voortbestaan van die bogenoemde eenjaartermynklausule aan die hand van die voorgestelde wysigings.

Artikel 4(1) van die *Draft Revenue Law Amendment Bill* bepaal dat artikel 'n 25B in die *Boedelbelastingwet* ingevoeg word.<sup>94</sup> Die voorgestelde artikel 25B bevat die algemene teenvermydingsklausule en lees soos volg:

**25B Transaction, operation, scheme or understanding for obtaining undue tax benefit**

(1) Notwithstanding anything in this Act, whenever the Commissioner is satisfied that any transaction, operation, scheme or understanding (whether enforceable or not), including all steps by which it is carried into effect—

(a) has the effect of granting a tax benefit to any person;

(b) having regard to the substance of the transaction, operation, scheme or understanding—

(i) was entered into or carried out in a manner which would not normally be employed for *bona fide* business purposes, other than the obtaining of a tax benefit; or  
(ii) has created rights or obligations which would not normally be created between persons dealing at arm's length; and

(c) was entered into or carried out solely or mainly for the purposes of obtaining a tax benefit, the Commissioner shall determine the liability for any duty imposed by this Act, and the amount thereof, as if the transaction, operation, scheme or understanding had not been entered into or carried out, or in the manner that in the circumstances of

<sup>93</sup> SARS 2008 "Draft Republic of South Africa: The Revenue Law Amendment Bill" [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za) [datum van gebruik 8 Aug 2008] 3.

<sup>94</sup> SARS 2008 "Draft" [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za) 6.

the case the Commissioner deems appropriate for the prevention or diminution of that tax benefit.

(2) For the purposes of this section 'tax benefit' means—

(a) any reduction in the liability of any person to pay duty;

(b) any increase in the entitlement of any person to the refund of duty; or

(c) any other avoidance or postponement of liability for the payment of any duty imposed by this Act or any tax, duty or levy imposed by any other Act administered by the Commissioner.

(3) Any decision of the Commissioner under subsection (1) shall be subject to objection and appeal, and whenever in proceedings relating thereto it is proved that the relevant transaction, operation, scheme or understanding results or would result in a tax benefit, it shall be presumed, until the contrary is proved, that that transaction, operation, scheme or understanding was entered into or carried out solely or mainly for the purpose of obtaining a tax benefit.

Die Suid-Afrikaanse Inkomste Diens het beoog dat subartikel (1) van hierdie artikel reeds op 23 September 2009 in werking moet tree en van toepassing moet wees op alle transaksies, skemas, handeling of ooreenkomste, asook alle stappe wat geneem moet word om sodanige transaksies, skemas, handeling of ooreenkomste in werking te stel. Die Suid-Afrikaanse Inkomste Diens beoog dat hierdie bepaling van toepassing moet wees op alle transaksies, skemas, handeling of ooreenkomste wat voor of na die inwerkingtreding van die voorgestelde wysigingswet aangeaan is.<sup>95</sup> Op Woensdag, 10 September 2008 het die Suid-Afrikaanse Inkomste Diens egter 'n kennisgewing gepubliseer waarin hulle meld dat hierdie beoogde wysigingswet tentatief teruggetrek word sodat tegniese veranderinge aangebring kan word.<sup>96</sup> Ingevolge hierdie kennisgewing was daar ook reeds verskeie versoeke dat die algemene teenvermydingsklousule uit die beoogde wysigingswet verwyder moet word.<sup>97</sup> Die verwydering van hierdie klousule is egter onderhewig aan Minister van Finansies, Trevor Manuel, se goedkeuring. Hy het tot op hede nog geen goedkeuring gegee dat hierdie voorgestelde klousule verwyder mag word nie.

## 7.2 *Algemene teenvermydingsklousule*

### 7.2.1 *Inleiding*

Alhoewel daar voorstelle was dat die algemene teenvermydingsklousule uit die

<sup>95</sup> SARS 2008 "Draft" [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za) 6.

<sup>96</sup> Legalbrief Today Woensdag 10 September 2008.

<sup>97</sup> Legalbrief Today Woensdag 10 September 2008.

beoogde wysigingswet verwyder moet word, is dit heel onwaarskynlik dat dit sal gebeur. Die doel van hierdie algemene teenvermydingsklousule is om op 'n relatief eenvoudige wyse<sup>98</sup> 'n grens tussen legitieme belastingbeplanning en ontoelaatbare belastingvermyding te stel.<sup>99</sup> Deur die invoeging van artikel 25B, poog die Suid-Afrikaanse Inkomste Diens om die *Boedelbelastingwet* in lyn te bring met die *Inkomstebelastingwet*,<sup>100</sup> die *Wet op Hereregte*<sup>101</sup> en die *Wet op Belasting op Toegevoegde Waarde*,<sup>102</sup> wat almal algemene teenvermydingsklousules bevat.<sup>103</sup>

### 7.2.2 Legitieme belastingbeplanning en ontoelaatbare belastingvermyding

Soos reeds gestel is die doel van artikel 25B om 'n grens tussen legitieme belastingbeplanning en ontoelaatbare belastingvermyding daar te stel. Vervolgens moet daar dus gekyk word na die onderskeid tussen die twee begrippe.

Legitieme belastingbeplanning is wanneer 'n belastingpligtige sy/haar sake op 'n wettige wyse so reël dat sy/haar belastinglas verminder word of geen belastinglas bestaan nie.<sup>104</sup> Daar is geen verpligting op enige belastingpligtige om meer belasting te betaal as wat werklik verskuldig is nie. Daar is verder ook geen verbod daarteen wat 'n belastingpligtige verhoed om 'n *bona fide* transaksie aan te gaan wat die vermindering of vermyding van belastingaanspreeklikheid tot gevolg het nie. Daar is ook geen uitdruklike bepaling in die reg wat

<sup>98</sup> SARS 2005 "Discussion Paper on Tax Avoidance" [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za) [datum van gebruik 8 Augustus 2008] 11 "Another harm manifests itself in increasingly complex tax laws. This problem has two aspects: one, a proliferation of specific anti-avoidance measures that are enacted in response to particular schemes that are discovered on audit; the other, a tendency to try and pre-empt possible avoidance through increasingly complex and detailed legislation in the first instance. While this complexity may sometimes be selfdefeating, it invariably increases the compliance burden upon all taxpayers."

<sup>99</sup> SARS 2005 [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za) 5.

<sup>100</sup> Artikel 103 van die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962. Op 2 November 2006 is artikel 103 deur artikel 80A vervang.

<sup>101</sup> Artikel 20B van die *Wysigingswet op die Wet op Hereregte* 74 van 2002.

<sup>102</sup> Artikel 50A van die *Wet op Belasting op Toegevoegde Waarde* 89 van 1991.

<sup>103</sup> SARS 2008 "Explanatory Memorandum On The Revenue Laws Amendment Bill, 2008" [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za) [datum van gebruik 8 Augustus 2008] 79.

<sup>104</sup> Jordaan *et al Silke* 2008 661. Sien ook Huxham K & Haupt P *Notes on South African Income Tax 2007* 26ed (H&H Publications, Hedron Tax Consulting and Publishing CC 2007) 351 en Kruger D & Scholtz W *Broomberg on Tax Strategy* 4ed (LexisNexis Durban 2003) 1-3.

sodanige transaksie verhoed nie.<sup>105</sup> Lord Tomlin het in *IRC v Duke of Westminster*<sup>106</sup> hierdie beginsel as volg uiteengesit:

Every man is entitled if he can to order his affairs so that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be. If he succeeds in ordering them so as to secure this result, then, however unappreciative the Commissioners of Inland Revenue or his fellow-taxpayers may be of his ingenuity, he cannot be compelled to pay an increased tax.

Ontoelaatbare belastingvermyding verwys na enige bedrieglike aktiwiteite wat opsetlik deur die belastingpligtige aangegaan is om homself/haarself van 'n belastinglas te verlos.<sup>107</sup> Hierdie onwettige aktiwiteit kan ernstige boetes en moontlike tronkstraf tot gevolg hê.

### 7.2.3 · Algemene teenvermydingsklousules in ander lande

Die konsep van 'n algemene teenvermydingsklousule bestaan ook in die Australiese en Kanadese Inkomstebelastingwette. Hierdie twee lande se algemene teenvermydingsklousules toon groot ooreenkomste met Suid-Afrika se algemene teenvermydingsklousule, en daarom sal daar kortliks na beide gekyk word.

Ingevolge *Part IVA of the Australian Income Tax Assessment Act*<sup>108</sup> moet daar aan drie vereistes voldoen word alvorens die algemene teenvermydingsklousule toepassing kan vind.<sup>109</sup> Eerstens moet daar ingevolge artikel 177A 'n skema wees.<sup>110</sup> Tweedens moet die belastingpligtige ingevolge artikel 177C een of ander belastingvoordeel as gevolg van hierdie skema bekom het.<sup>111</sup> Derdens,

<sup>105</sup> Jordaan *et al Silke* 2008 661. Sien ook Louw IDP *The new general anti-avoidance rule: a comprehensive discourse on this statute* (Postgraduate Diploma Tax Law Thesis University Of Cape Town 2007) 8.

<sup>106</sup> *IRC v Duke of Westminster* 1936 19 TC 490 520.

<sup>107</sup> Jordaan *et al Silke* 2008 661. Huxham and Haupt *Income Tax* 2007 350: "Tax evasion, an illegal offence resulting in severe penalties and possible imprisonment, involves the usage of fraud or deceit to reduce a tax liability through the non-disclosure of income and overstating deductions."

<sup>108</sup> *Part IVA of the Australian Income Tax Assessment Act* 1936.

<sup>109</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 14.

<sup>110</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 14.

<sup>111</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 14.

met die inagneming van die agt bepalings soos in artikel 177D uiteengesit,<sup>112</sup> moes die skema, of enige gedeelte daarvan, aangegaan wees vir die uitsluitlike of dominante doel om een of ander belastingvoordeel te bekom.<sup>113</sup> Die doel waarmee die betrokke belastingpligtige die skema aangegaan het word objektief bepaal nadat die agt bepalings in artikel 177D oorweeg is.<sup>114</sup>

Die Kanadese algemene teenvermydingsklousule soos in artikel 245 van die *Canadian Income Tax Act*<sup>115</sup> bevat ook drie stappe.<sup>116</sup> Eerstens moet bepaal word of daar 'n belastingvoordeel deur die transaksie bekom is.<sup>117</sup> Tweedens moet bepaal word of die transaksie ingevolge artikel 245(3) 'n vermydingstransaksie is wat nie vir 'n *bona fide* doel aangegaan is nie en hoofsaaklik daarop gemik is om een of ander belastingvoordeel te bekom.<sup>118</sup> Derdens moet bepaal word of die transaksie ingevolge artikel 245(4) op 'n wanpraktyk neerkom.<sup>119</sup> Al drie hierdie faktore moet teenwoordig wees alvorens die algemene teenvermydingsklousule toegepas kan word.

Broomberg<sup>120</sup> is egter van mening dat die interpretasie en toepassing van beide hierdie lande se algemene teenvermydingsklousules nie op standaard is nie. Hy meen dat beide lande se howe en belastingadministrateurs die algemene

<sup>112</sup> Die agt bepalings is as volg:

- (1)"The manner in which the scheme was entered into or carried out;"
- (2)"The form and substance of the scheme;"
- (3)"The time at which the scheme was entered into and the length of the period during which the scheme was carried out;"
- (4)"The result achieved by the scheme under the income tax law if part IVA did not apply;"
- (5)"Any change in the financial position of the relevant taxpayer that has resulted, will result, or may reasonably be expected to result from the scheme;"
- (6)"Any change in the financial position of any person who has, or has had, any connection (whether of a business, family or other nature) with the relevant taxpayer, that has resulted, will result, or may reasonably be expected to result, from the scheme;"
- (7)"Any other consequences for the relevant taxpayer, or for any person referred to under matter 6 (above) of the scheme having been entered into or carried out;" and
- (8)"The nature of any connection (whether of a business, family or other nature) between the relevant taxpayer and any person referred to under matter 6."

<sup>113</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 14.

<sup>114</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 15.

<sup>115</sup> *Canadian Income Tax Act* RSC 1985.

<sup>116</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 15. Soos beslis in *Canadian Trustco Mortgage Co v Canada* 2005 SCC 54 par 17.

<sup>117</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 15.

<sup>118</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 16.

<sup>119</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 16.

<sup>120</sup> Broomberg E "The New General anti-Avoidance Rule" *SAFA Seminar* 6 March 2007 1.

teenvermydingsklousule inkonsekwent in hulle onderskeie lande toepas en dat dit tot gevolg het dat hulle "replete with unanswered questions" is.<sup>121</sup> Dit is ook my submissie en daarom sal daar nie verder na die interpretasie en toepassing van die algemene teenvermydingsklousule in hierdie lande gekyk word nie. Daar sal vervolgens hoofsaaklik gefokus word op die algemene teenvermydingsklousule in die Suid-Afrikaanse *Inkomstebelastingwet* en op die wyse waarop die Suid-Afrikaanse howe en Kommissaris hierdie bepalings interpreteer en toepas.

#### 7.2.4 Die algemene teenvermydingsklousule in die Suid-Afrikaanse *Inkomstebelastingwet*

Artikel 103 van die *Inkomstebelastingwet* was aanvanklik die algemene teenvermydingsklousule. Op 2 November 2006 het artikel 24(1) van Wet 20 van 2006 in werking getree, bevattende artikels 80A tot 80L, en dit staan bekend as die nuwe algemene teenvermydingsklousules.<sup>122</sup> Hierdie nuwe algemene teenvermydingsklousules is van toepassing op alle transaksies, handelinge of skemas wat op of na 2 November 2006 aangegaan is.<sup>123</sup> Die ou artikel 103 vind dus nog toepassing op alle transaksies, handelinge of skemas wat voor hierdie datum aangegaan is.

Vir die nuwe algemene teenvermydingsklousule om toepassing te vind moet die volgende drie faktore teenwoordig wees. Eerstens moet daar 'n

<sup>121</sup> Broomberg "General anti-Avoidance Rule" 1.

<sup>122</sup> Juta's Income Tax "80A Impermissible tax avoidance arrangements: Notes on Part IIA" <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foiolinks.asp> [datum van gebruik 28 Oktober 2008] 1: "The most substantial differences between Part IIA and the old s 103 (1) are that Part IIA: • includes, in a business context, a lack of commercial substance test (which, in turn, refers to the indications of a lack of commercial substance (i) round trip financing (ii) accommodating or tax-indifferent parties and (iii) offsetting or cancelling elements); • removes the need to have regard to the circumstances under which a transaction, operation or scheme was entered into or carried out when considering abnormality, so nullifying aspects of decisions such as *SIR v Geusteyn, Forsyth and Joubert*, 33 SATC 113; 1971 3 SA 567 (A) and *Hicklin v SIR* 41 SATC 179; 1980 1 SA 481 (A); • introduces a new misuse or abuse test."

<sup>123</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 18. Sien ook Jordaan *et al Silke* 2008 662: "Artikel 103(1) het vir etlike jare 'n algemene teenvermydingsreël bevat. Hierdie artikel het egter sekere inherente gebreke bevat wat gelei het tot die nuwe bepalings oor ontoelaatbare belastingvermydingsreëlings wat in aa 80A tot 80L in die Wet vervat is. Hierdie nuwe bepalings is op reëlings wat op of na 2 November 2006 aangegaan is, van toepassing."

vermydingsreëling teenwoordig wees.<sup>124</sup> Tweedens moet die uitsluitlike of hoofsaaklike doel van sodanige vermydingsreëling die verkryging van 'n belastingvoordeel wees.<sup>125</sup> Derdens moet daar 'n "tainted element" teenwoordig wees.<sup>126</sup> In die geval van 'n vermydingsreëling in 'n besigheidsverband is die elemente wat onder verdenking kan wees enige abnormaliteit,<sup>127</sup> die gebrek aan kommersiële inhoud<sup>128</sup> en die misbruik of wangebruik van Wetsbepalings.<sup>129</sup> In die geval van 'n vermydingsreëling, anders as in 'n besigheidsverband, is die elemente onder verdenking abnormaliteit,<sup>130</sup> en die misbruik of wangebruik van Wetsbepalings.<sup>131</sup> Daar hoef slegs een van hierdie elemente teenwoordig te wees om aan die derde faktor te voldoen.<sup>132</sup>

Al drie hierdie faktore moet teenwoordig wees alvorens die algemene teenvermydingsklousule toegepas kan word. Vervolgens sal elk van hierdie drie vereistes bespreek word tesame met hulle onderskeie elemente.

#### 7.2.4.1 Vermydingsreëling

Artikel 80L bepaal dat 'n vermydingsreëling insluit enige transaksie, handeling, skema, ooreenkoms, verstandhouding, of enige stappe wat geneem word, of enige gedeelte van die bogenoemde, gemik op die verkryging van 'n belastingvoordeel.<sup>133</sup>

<sup>124</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 18.

<sup>125</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 18.

<sup>126</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 18.

<sup>127</sup> Artikel 80A(a)(i) en 80A(c)(i) van die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962. Sien ook Jordaan *et al Silke* 2008 662.

<sup>128</sup> Artikel 80A(a)(ii) van die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962. Sien ook Jordaan *et al Silke* 2008 662.

<sup>129</sup> Artikel 80A(c)(ii) van die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962. Sien ook Jordaan *et al Silke* 2008 662.

<sup>130</sup> Artikel 80A(a)(i) en 80A(c)(i) van die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962. Sien ook Jordaan *et al Silke* 2008 662.

<sup>131</sup> Artikel 80A(c)(ii) van die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962. Sien ook Jordaan *et al Silke* 2008 662.

<sup>132</sup> Jordaan *et al Silke* 2008 663.

<sup>133</sup> Artikel 80L van die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962 bevat hoofsaaklik twee vereistes, naamlik:

(i) daar moet 'n ontoelaatbare rangskikking wees, en  
(ii) sodanige rangskikking moet op die verkryging van 'n belastingvoordeel gemik wees.  
Sien ook Louw IDP *General anti-avoidance rule* 18 en Jordaan *et al Silke* 2008 663.

Die woord "skema" is uitdruklik deur die wetgewer bygevoeg na die beslissing in *Meyerowitz v CIR*.<sup>134</sup> Die hof het beslis dat die begrip "skema" 'n baie wyer toepassing het en van toepassing kan wees op enige reëling wat in die geheel op die vermyding of vermindering van belasting neerkom. Die hof beslis verder dat met die inkorporering van die begrip "skema" tot gevolg het dat:

...investigation could take place in retrospect, so that even if it were shown that when the first transaction was initiated there was no plan, if on retrospective examination of all the transactions it were shown that they were sufficiently connected, they could be held to constitute a scheme.<sup>135</sup>

Hierdie uitbreiding van die begrip "vermydingsreëlings" of "reëlings"<sup>136</sup> sal nie net lei tot 'n wyer toepassing van die algemene teenvermydingsklousule nie. Dit sal ook aan die Kommissaris die bevoegdheid verleen om die algemene teenvermydingsklousule op mondelinge reëlings toe te pas waar daar geen verstandhoudings of skriftelike ooreenkomste voorkom nie.<sup>137</sup>

Artikel 80L maak verder uitdruklik daarvoor voorsiening dat enige stappe of gedeeltes van stappe geneem in die verband, ook by die begrip "vermydingsreëlings" ingesluit word. Artikel 80H verleen aan die Kommissaris die bevoegdheid om die algemene teenvermydingsklousule toe te pas op die stappe geneem of gedeeltes van 'n reëling.<sup>138</sup> Artikel 80G(2) bepaal dat die rede hiervoor is dat die doel waarmee die stappe geneem of 'n spesifieke gedeelte aangeaan is, kan verskil van die doel waarmee die vermydingsreëlings as geheel aangeaan is.<sup>139</sup>

It appears that the purpose of the application of the GAAR to any step or part of an avoidance arrangement is to defeat the effect of the established principle in our existing jurisprudence that the old GAAR could not be applied where the taxpayer

<sup>134</sup> *Meyerowitz v CIR* 1963 3 SA 863 (A), 25 SATC 287.

<sup>135</sup> Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foiolinks.asp> 5. Artikel 80J van die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962 bepaal egter dat die Suid-Afrikaanse Inkomste Diens aan die belastingpligtige van voldoende redes moet voorsien van hoekom die betrokke rangskikking wel as 'n skema vir doeleindes van artikel 80A gesien word. Die invoeging van hierdie bepalings is juis om die misverstande soos in *CIR v Louw* 1983 3 SA 551 (A), 45 SATC 113 ontstaan het, te voorkom.

<sup>136</sup> Die omskrywing van "vermydingsreëlings" en "reëlings" kom voor in die inleiding van artikel 80A en in artikel 80L

<sup>137</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 19.

<sup>138</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 19.

<sup>139</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 19.

was able to establish an overriding non-tax reason for the conclusion of the transaction in question.<sup>140</sup>

#### 7.2.4.2 Belastingvoordeel

Die tweede faktor is dat die transaksie, handeling, skema, ooreenkoms of verstandhouding die hoofsaaklike of uitsluitlike doel moet hê om 'n belastingvoordeel te verkry.<sup>141</sup> Hierdie vereiste vorm die basis van enige teenvermydingsklousule deurdat die algemene teenvermydingsklousule geen toepassing sal vind indien die hoofsaaklike of uitsluitlike doel nie die verkryging van een of ander belastingvoordeel is nie.<sup>142</sup> Belastingvoordeel sluit enige vermyding, uitstel of vermindering van enige belastingaanspreeklikheid in.<sup>143</sup> In *CIR v King*<sup>144</sup> het die hof beslis dat belastingvoordeel vir doeleindes van die algemene teenvermydingsklousule nie net van toepassing is op bestaande belastingaanspreeklikheid nie, maar ook geantisipeerde belastingaanspreeklikheid.<sup>145</sup>

Daar bestaan huidiglik geen vasgestelde toets om te bepaal of daar wel 'n belastingvoordeel voorkom nie. Verskeie howe het egter al gepoog om 'n toets neer te lê. In *SIR v Gallagher*<sup>146</sup> het die hof beslis dat 'n moontlike toets om te bepaal of die belastingpligtige beoog om een of ander belastingvoordeel te verkry, subjektief is:

A subjective test takes as its criterion the purpose which those carrying out the scheme intend to achieve by means of the scheme . . . of prime importance in determining the purpose of the scheme would be the evidence of the respondent, the progenitor of the scheme as to why it was carried out.<sup>147</sup>

In *ITC 1625*<sup>148</sup> het die hof beslis dat 'n verdere moontlike toets is om te bepaal of die belastingpligtige belastingaanspreeklikheid sou opdoen indien dit nie vir die betrokke transaksie, handeling, skema, ooreenkoms of verstandhouding was

<sup>140</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule 20*.

<sup>141</sup> Artikel 80G van die *Inkomstebelastingwet 58 van 1962*.

<sup>142</sup> Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foiolinks.asp> 6.

<sup>143</sup> Jordaan et al *Silke 2008* 663. Sien ook Louw IDP *General anti-avoidance rule 20*.

<sup>144</sup> *CIR v King* 1947 2 SA 196 (A), 14 SATC 184.

<sup>145</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule 20*.

<sup>146</sup> *SIR v Gallagher* 1978 2 SA 463 (A).

<sup>147</sup> *SIR v Gallagher* 1978 2 SA 463 (A) at 471.

nie.<sup>149</sup> Hierdie staan vervolgens bekend as die "but-for" toets.<sup>150</sup> Die hof het verder beslis dat indien die belastingpligtige die betrokke transaksie of ooreenkoms vir kommersiële- of familiedoeleindes aangaan het, en sodanige transaksie of ooreenkoms nie op sigself op belastingvermyding gemik is nie maar bloot effektiewe belastingbeplanning, kom dit nie op 'n belastingvoordeel vir doeleindes van die algemene teenvermydingsklousule neer nie.<sup>151</sup>

Die onus om te bewys dat die belastingpligtige 'n belastingvoordeel as gevolg van die reëling verkry het, rus op die Kommissaris. Ingevolge artikel 82 van die *Inkomstebelastingwet* rus die onus by belastingdispute altyd op die belastingpligtige. In *CIR v Conhage (Pty) Ltd*<sup>152</sup> het die hof egter beslis dat hierdie reël nie by die algemene teenvermydingsklousule geld nie.<sup>153</sup> Die hof het verder beslis dat sodra die Kommissaris bewys het dat die belastingpligtige wel 'n belastingvoordeel deur die betrokke reëling ontvang het, die onus na die belastingpligtige verskuif.<sup>154</sup> Die belastingpligtige moet vervolgens bewys dat die hoofdoel van die reëling nie was om 'n belastingvoordeel te verkry nie.<sup>155</sup> Die *Law Society of South Africa* het in wese geen probleem met hierdie onus verskuiwing nie aangesien die Suid Afrikaanse Inkomste Diens hul eers van hul bewyslas moet kwyf alvorens sodanige onus verskuiwing plaasvind.

...most fundamental and salutary safeguard enshrined in the current section 103 is the requirement that in any proceedings involving its application the burden of proving the alleged abnormality of the transaction lies with SARS.<sup>156</sup>

---

<sup>148</sup> ITC 1625 59 SATC 383.

<sup>149</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 20.

<sup>150</sup> Broomberg "General anti-Avoidance Rule" 4.

<sup>151</sup> Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foiolinks.asp> 6. Sien in hierdie verband ook *CIR v Conhage (Pty) Ltd (formerly Tycon (Pty) Ltd)* 1999 4 SA 1148 (HHA), *CSARS v Knuth and Industrial Mouldings (Pty) Ltd* 62 SATC 65, 2000 2 JTLR 35 en *KSAID v Botha* 62 SATC 10, 2000 1 JTLR 10.

<sup>152</sup> *CIR v Conhage (Pty) Ltd (formerly Tycon (Pty) Ltd)* 1999 4 SA 1149 (HHA).

<sup>153</sup> *CIR v Conhage (Pty) Ltd (formerly Tycon (Pty) Ltd)* 1999 4 SA 1149 (HHA) par 12. Sien ook *Commissioner for SARS v Cape Consumers (Pty) Ltd* 1999 4 SA 1213 (K).

<sup>154</sup> *CIR v Conhage (Pty) Ltd (formerly Tycon (Pty) Ltd)* 1999 4 SA 1149 (HHA) par 7.

<sup>155</sup> *CIR v Conhage (Pty) Ltd (formerly Tycon (Pty) Ltd)* 1999 4 SA 1149 (HHA) par 7.

<sup>156</sup> The Law Society of South Africa "Comments to the Portfolio Committee on Finance on the Discussion Paper on Tax Avoidance" Issued By SARS in November 2005.

### 7.2.4.3 Hoofsaaklike of uitsluitlike doel

Die tweede faktor is dat die transaksie, handeling, skema, ooreenkoms of verstandhouding die hoofsaaklike of uitsluitlike doel moet hê om 'n belastingvoordeel te verkry. Dit is daarom belangrik om te bepaal wat hoofsaaklike of uitsluitlike doel behels.

Om die bedoeling van die belastingpligtige vas te stel word daar van die "doelstellingtoets" gebruik gemaak.<sup>157</sup> Die Suid-Afrikaanse hofe het reeds verskeie kere beslis dat die "doelstellingtoets" subjektief toegepas moet word.<sup>158</sup> In *SIR v Gallagher*<sup>159</sup> het Regter Corbet die volgende standpunt ingeneem:

It is submitted in the heads of argument of appellant's counsel that in determining the purpose of a transaction, operation or scheme, an "objective" test should be applied. By an objective test in this context is evidently meant a test which has regard rather to the effect of the scheme, objectively viewed, as opposed to a "subjective" test which takes as its criterion the purpose which those carrying out the scheme intend to achieve by means of the scheme... In the circumstances it is appropriate to state that, in my view, the test is undoubtedly a subjective one.<sup>160</sup>

Die Suid-Afrikaanse Inkomste Diens het egter hierdie beslissing deur die hof verwerp en dit duidelik gemaak dat hulle die bedoelingtoets objektief gaan toepas.<sup>161</sup> Hierdie objektiewe toepassing blyk duidelik uit die bewoording van artikel 80G.<sup>162</sup> Uit die bewoording blyk dit dat die Suid-Afrikaanse Inkomste Diens van mening is dat die klem eerder op die effek van die reëling geplaas moet word en nie op die doel van die belastingpligtige nie.<sup>163</sup>

Broomberg<sup>164</sup> is egter van mening dat hierdie objektiewe toepassing die belastingpligtige ernstig sal benadeel deurdat die bewyslas aansienlik verswaar

---

<sup>157</sup> Brincker E "The purpose requirement of the general anti-avoidance provision in South African fiscal law" 2001 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 160.

<sup>158</sup> Brincker 2001 *TSAR* 160. Sien ook Louw IDP *General anti-avoidance rule* 23.

<sup>159</sup> *SIR v Gallagher* 1978 2 SA 463 (A).

<sup>160</sup> *CIR v Conhage (Pty) Ltd (formerly Tycon (Pty) Ltd)* 1999 4 SA 1149 (HHA) 471.

<sup>161</sup> SARS 2005 [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za) 21.

<sup>162</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 24. Sien ook Broomberg "General anti-Avoidance Rule" 5.

<sup>163</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 24. Sien ook Broomberg "General anti-Avoidance Rule" 5.

<sup>164</sup> Broomberg "General anti-Avoidance Rule" 5.

word. Die hof sal bloot op grond van die relevante feite en omstandighede kan vasstel of die reëling se hoofsaaklike of uitsluitlike doel die verkryging van 'n belastingvoordeel is.<sup>166</sup> Die werklike bedoeling van die belastingpligtige self sal dus geen rol speel nie. In *Overstone v SIR*<sup>167</sup> het die hof beslis dat wanneer daar bepaal moet word of 'n spesifieke reëling die hoofsaaklike of uitsluitlike doel het om 'n belastingvoordeel te verkry, die tyd en implementering van sodanige reëling in ag geneem moet word.<sup>168</sup> Die hof wys egter daarop dat sodanige bepaling eerder 'n suiwer subjektiewe toets verg. Volgens die objektiewe benadering moet die belastingpligtige egter net aan die hof voldoende redes verskaf waarom die spesifieke transaksie aangegaan is. Die belastingpligtige moet ook bewys dat die betrokke reëling, redelikerwys in die lig van al die relevante omstandighede, nie die hoofsaaklike of uitsluitlike doel gehad het om 'n belastingvoordeel te verkry nie.<sup>169</sup>

Wanneer bepaal moet word of 'n transaksie hoofsaaklik bedoel was om 'n belastingvoordeel te verkry, moet daar dus volgens die Suid-Afrikaanse Inkomste Diens se benadering, objektief na die relevante feite en omringende omstandighede gekyk word. In *CSAR v Bobat and Others*<sup>170</sup> is dividende as gevolg van die herstrukturering van 'n maatskappy uitbetaal. Ten tye van die herstrukturering is die vermindering van aandeelkapitaal vanuit die maatskappy se rekening vir belastingdoeleindes vrygestel. Die Hof het beslis dat die doel van die herstrukturering van die maatskappy tweevoudig was naamlik:

...to tidy up the cross holding between the companies in the group as well as to save estate duty on the death of the shareholders/beneficiaries.<sup>171</sup>

Die Hof beslis dat die hoofsaaklike doel waarmee die skema aangegaan is, die herstrukturering van die maatskappy was. Die feit dat die maatskappy sekere belastingvoordele verkry het is irrelevant aangesien die verkryging van sodanige

---

<sup>166</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule 24*.

<sup>167</sup> *Overstone v SIR* 1980 2 SA 721 (A).

<sup>168</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule 24*.

<sup>169</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule 24*.

<sup>170</sup> *CSARS v Bobat and Others* 67 SATC 47 (uitspraak in die Natalse Hooggeregshof).

<sup>171</sup> Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foiolinks.asp> 5.

voordele nie die hoofsaaklike doel was nie. Artikel 103(1) kon dus nie onder die betrokke omstandighede toepassing vind nie.<sup>172</sup>

#### 7.2.4.4 Abnormaliteite

Die derde faktor is dat daar 'n "tainted element" teenwoordig moet wees. In die geval van 'n vermydingsreëling in 'n besigheidsverband en vermydingsreëlings anders as in besigheidsverband, is een van die elemente onder verdenking abnormaliteit. Vervolgens sal daar na hierdie elemente gekyk word.

Artikel 80A(a)(i) en (b) bevat die abnormaliteitselement en plaas die onus op die Kommissaris om te bewys dat daar abnormaliteite betrokke is.<sup>173</sup> Ingevolge hierdie bepalings blyk dit duidelik dat abnormaliteite ten opsigte van twee aspekte na vore kom naamlik 'n abnormale wyse of manier en abnormale regte of verpligtinge.<sup>174</sup>

By abnormale wyse of manier word daar aan hierdie element voldoen indien die wyse of manier waarop die vermydingsreëling aangegaan of uitgevoer is, nie normaalweg vir enige *bona fide*-besigheidsdoeleindes anders as om 'n belastingvoordeel te verkry, gebruik sou word nie.<sup>175</sup> Hierdie element vereis nie dat besigheidsdoeleindes die primêre doel van die reëling moet wees nie.<sup>176</sup> Daar moet bloot 'n reëling vir normale besigheidsdoeleindes aangegaan wees.

Daar is tot op hede geen universele toets geformuleer om te bepaal wat as 'n "normale transaksie" vir besigheidsdoeleindes beskou moet word nie.<sup>177</sup> In *ITC 1712*<sup>178</sup> het die hof beslis dat daar van die "besigheidsdoel"-toets gebruik

<sup>172</sup> Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foliolinks.asp> 5.

<sup>173</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule 26*. Sien ook *CIR v Conhage (Pty) Ltd* 61 SATC 391.

<sup>174</sup> Jordaan *et al Silke 2008* 663. Sien ook King and Victor *Law and Estate Planning Easiguid* 6.3.7.4 en Louw IDP *General anti-avoidance rule 26*.

<sup>175</sup> Jordaan *et al Silke 2008* 663. Sien ook Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foliolinks.asp> 7 en Louw IDP *General anti-avoidance rule 26*.

<sup>176</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule 26*.

<sup>177</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule 27*. Sien ook Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foliolinks.asp> 7. In *ITC 1529* 54 SATC 252 het Regter Melamet beslis "...that it was not possible to devise a universal test for 'business' and, as such, each case had to be decided in terms of its own facts."

<sup>178</sup> *ITC 1712* 63 SATC 499.

gemaak kan word om te bepaal of 'n betrokke reëling vir 'n *bona fide* besigheidsdoel aangegaan is.<sup>179</sup> Met die "besigheidsdoel"-toets tref die hof 'n vergelyking tussen die belastingpligtige se reëling en 'n hipotetiese model van hoe sodanige reëling sou lyk indien dit vir 'n *bona fide* besigheidsdoel aangegaan is sonder enige belastingoorwegings.<sup>180</sup>

Abnormaliteite kan ook voorkom by regte of verpligtinge. Indien regte of verpligtinge geskep is wat nie normaalweg tussen persone wat onder uiterste voorwaardes beding geskep sou word nie, word sodanige regte of verpligtinge as abnormaal beskou.<sup>181</sup> Abnormaliteite ten opsigte van regte of verpligtinge kan voorkom by reëlings met betrekking tot besigheid en reëlings vir ander redes as vir besigheid.<sup>182</sup> Hierdie regte en verpligtinge word gewoonlik geskep deur middel van arm-lengte transaksies.<sup>183</sup>

Regter Trollip het in *Hicklin v SIR*<sup>184</sup> 'n arm-lengte transaksie tussen twee partye as volg omskryf:<sup>185</sup>

It connotes that each party is independent of the other and, in so dealing, will strive to get the utmost possible advantage out of the transaction for himself. Indeed in the Afrikaans text the corresponding phrase is "die uiterste voorwaardes beding".

Hy het verder gegaan en beslis dat by die bepaling van die abnormaliteit van 'n transaksie, handeling of skema die volgende in ag geneem moet word:<sup>186</sup>

---

<sup>179</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule 27*. Sien ook King and Victor *Law and Estate Planning Easiguid* 6.3.7.11.

<sup>180</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule 27*. Artikel 80A en die "besigheidsdoel"-toets het tot gevolg dat die benadering wat die hof in *Hicklin v SIR* 1980 1 SA 481 (A) 496 en *CIR v Louw* 1983 3 SA 551 (A) 474 gevolg is, nie meer van relevant is by besighede nie. Ingevolge hierdie beslissings kon 'n algemene vermydingsreëling wel as normaal beskou word indien dit vir besigheidsdoeleindes gebruik is. Hierdie posisie is egter aansienlik verander deurdat daar nou spesifiek voorsiening gemaak is vir vermydingsreëlings vir besigheidsdoeleindes.

<sup>181</sup> Jordaan *et al Silke* 2008 663.

<sup>182</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule 37*.

<sup>183</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule 37*. Sien ook Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foiolinks.asp> 9 en King & Victor *Law and Estate Planning Easiguid* 6.3.7.4.

<sup>184</sup> *Hicklin v SIR* 1980 1 SA 481 (A).

<sup>185</sup> *Hicklin v SIR* 1980 1 SA 481 (A) 495.

<sup>186</sup> *Hicklin v SIR* 1980 1 SA 481 (A) 495. Sien in hierdie verband ook *CIR v Louw* 1983 3 SA 551 (A) en *SIR v Geustyn, Forsyth & Joubert* 1971 3 SA 567 (A).

What may be normal because of the presence of circumstances surrounding the entering into or carrying out of an agreement in one case may be abnormal in an agreement of the same nature in another case because of the absence of such circumstances.

Indien na die uitspraak in *Hicklin v SIR*<sup>187</sup> gezyk word, blyk dit duidelik dat Regter Trollip die standpunt ingeneem het dat die toets om te bepaal of regte of verpligtinge abnormaal is, objektief van aard is. Hierdie standpunt is deur die hof in *SIR v Geustyn, Forsyth & Joubert*<sup>188</sup> bevestig.<sup>189</sup>

#### 7.2.4.5 Gebrek aan kommersiële inhoud

Soos reeds gestel vereis die derde faktor dat daar 'n "tainted element" moet wees. In die geval van 'n vermydingsreëling in 'n besigheidsverband is een van die elemente onder verdenking die gebrek aan kommersiële inhoud. Vervolgens sal daar na hierdie element gezyk word.

Die "gebrek aan kommersiële inhoud"-toets word deur artikel 80C tot 80E gereël.<sup>190</sup> Ingevolge hierdie bepalings blyk dit asof hierdie toets bloot 'n uitbreiding van die abnormaliteitselement is waardeur die wetgewer gepoog het om dit vir besigheidsdoeleindes uit te brei.<sup>191</sup> Daar moet egter net daarop gewys word dat hierdie toets toegepas word ongeag of die reëling ingevolge die bogenoemde bespreking as abnormaal beskou word.<sup>192</sup> Die "gebrek aan kommersiële inhoud"-toets bestaan uit twee dele. Die eerste deel is die algemene reël wat in artikel 80C(1) uiteengesit word.<sup>193</sup> Die tweede deel is 'n nie-uitsluitlike lys van eienskappe wat aandui wanneer daar 'n gebrek aan kommersiële inhoud is. Laasgenoemde word in artikel 80C(2) uiteengesit.

Indien na die eerste deel van die toets gezyk word, bepaal artikel 80C(1) dat daar 'n gebrek aan kommersiële inhoud is indien die belastingpligtige 'n

<sup>187</sup> *Hicklin v SIR* 1980 1 SA 481 (A).

<sup>188</sup> *SIR v Geustyn, Forsyth & Joubert* 1971 3 SA 567 (A) 575-6.

<sup>189</sup> Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foiolinks.asp> 6. Sien ook Louw IDP *General anti-avoidance rule* 37 en King and Victor *Law and Estate Planning Easiguid* 6.3.7.4. Sien in hierdie verband ook *CIR v Louw* 1983 3 SA 551 (A).

<sup>190</sup> Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foiolinks.asp> 8.

<sup>191</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 28.

<sup>192</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 28.

<sup>193</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 28. Sien ook Jordaan *et al Silke* 2008 663 en King and Victor *Law and Estate Planning Easiguid* 6.3.7.11.

wesenlike belastingvoordeel verkry maar geen wesenlike effek op sy/haar besigheidsrisiko's of netto kontantvloei het nie. Indien 'n belastingpligtige 'n reëling aangegaan het waardeur daar geen wesenlike effek op sy/haar of besigheidsrisiko's of netto kontantvloei voorgekom het nie, word dit geag om 'n ontoelaatbare vermydingsreëling te wees.<sup>194</sup> Hierdie reëling is dus nie vir *bona fide* besigheidsdoeleindes aangegaan nie. Indien die reëling egter 'n wesenlike effek op die belastingpligtige se besigheidsrisiko's of netto kontantvloei het, sal dit as legitieme belastingbeplanning geag word.<sup>195</sup> Hierdie reëling sal dus vir *bona fide* besigheidsdoeleindes aangegaan word.

By die vasstelling daarvan of 'n reëling vir besigheidsdoeleindes *bona fide* is, moet die hof drie vrae vra, naamlik:

- (i) Watter tipe transaksie kom hier voor?
- (ii) Hoe is hierdie transaksie gestruktureer om die betrokke besigheidsdoel te bereik? en
- (iii) Is die transaksie *in casu* op dieselfde manier gestruktureer?<sup>196</sup>

Die lys van eienskappe in artikel 80C(2) verleen aan die hof riglyne om te bepaal of daar 'n moontlike gebrek aan kommersiële inhoud is.<sup>197</sup> Hierdie eienskappe is as volg:

Die regsinhoud of effek van die vermydingsreëling as 'n geheel is teenstrydig met, of verskil wesenlik van, die regsvorm van die individuele stappe daarvan.<sup>198</sup> Sirkulêre finansiering, soos in artikel 80D omskryf, is ingesluit of teenwoordig.<sup>199</sup>

<sup>194</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 28. Sien ook Broomberg "General anti-Avoidance Rule" 9.

<sup>195</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 29. Sien ook Broomberg "General anti-Avoidance Rule" 9.

<sup>196</sup> Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foiolinks.asp> 9.

<sup>197</sup> King and Victor *Law and Estate Planning Easiguïd* 6.3.7.11.

<sup>198</sup> Jordaan *et al* Silke 2008 663. Hierdie bepaling kom in artikel 80C(2) van die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962 voor. Sien in hierdie verband Erf 3183/1 Ladysmith (Pty) Ltd v CIR 1996 3 SA 942 (A) en *CCE v Randles Bros & Hudson Ltd* 1941 AD 369, 33 SATC 48 wat handel oor skyntansaksies. Die hof het in hierdie sake beslis dat alhoewel elke belastingpligtige daarop geregtig is om belastingbeplanning te doen, mag die belastingpligtige op geen stadium die hof deur middel van hierdie beplanning mislei nie. Die hof het ook beslis dat 'n transaksie nie net deur die gebruikmaking van bepaalde wetgewing aangeval kan word nie. Indien die Hof van mening is dat die betrokke belastingpligtige 'n transaksie verbloem om die feit te versteek dat daar gepoog is om 'n bepaalde belastingvoordeel te verkry, sodanige transaksie deur die hof aangeval kan word.

<sup>199</sup> Jordaan *et al* Silke 2008 663. Hierdie bepaling kom in artikel 80C(2)(b)(i) van die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962 voor. In *CIR v Conhage (Pty) Ltd (formerly Tycon*

'n Tegemoetkomende of belasting-neutrale party, soos in artikel 80E omskryf, is ingesluit of teenwoordig.<sup>200</sup>

Die insluiting of teenwoordigheid van elemente wat die gevolg het dat dit mekaar kompenseer of neutraliseer. Hierdie elemente is tipies teenwoordig indien een transaksie 'n wesentliche belastingvoordeel skep terwyl 'n ander transaksie die ongewenste resultate van die eerste transaksie neutraliseer.<sup>201</sup>

Beide dele is heel voor die hand liggend en dus is die bepaling van die gebrek aan kommersiële inhoud maklik.<sup>202</sup>

#### 7.2.4.6 Misbruik of wangebruik van Wetsbepalings

'n Verdere "tainted element" wat by die derde faktor voorkom is die misbruik of wangebruik van 'n Wetsbepaling. Hierdie element kom voor by vermydingsreëling in 'n besigheidsverband en vermydingsreëlings anders as in besigheidsverband. Dit word ingevolge artikel 80A(c)(ii) gereël. Artikel 80A(c)(ii) bepaal dat indien daar 'n vermydingsreëling is wat aangegaan is met die uitsluitlike of hoofsaaklike doel om 'n belastingvoordeel te verkry, en daar 'n misbruik of wangebruik van 'n Wetsbepaling is, dit as 'n ontoelaatbare vermydingsreëling gesien sal word.<sup>203</sup> Die "misbruik of wangebruik"-toets dien as 'n alternatief tot die "abnormaliteit"- en "gebrek aan kommersiële inhoud"-toets, en kan dus toegepas word sonder dat enige van die ander elemente teenwoordig is.<sup>204</sup> Die doel van hierdie element is om te poog dat die doel van

---

(*Pty Ltd*) 1999 4 SA 1149 (HHA) het die hof beslis dat die onus op die Kommissaris rus om abnormaliteit te bewys. Die Kommissaris sal dus die teenwoordigheid van 'n sirkulêre finansiering moet bewys.

<sup>200</sup> Jordaan *et al Silke* 2008 663. Hierdie bepaling kom in artikel 80C(2)(b)(ii) van die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962 voor.

<sup>201</sup> Jordaan *et al Silke* 2008 663. Hierdie bepaling kom in artikel 80C(2)(b)(iii) van die *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962 voor. Sien ook *Furniss v Dawson* 1984 AC 474 HL waarin Lord Brightman beslis het dat die vier stappe of voorwaardes eers nagekom moet word alvorens alvorens hierdie reeks transaksies belas kan word. Hierdie vier stappe of voorwaardes is as volg:

(i) Hierdie transaksies moes vooraf georden gewees het om hierdie gegewe resultaat te bereik;

(ii) Daar moet geen ander doel behalwe die verkryging van 'n belastingvoordeel wees nie;

(iii) Daar moet geen moontlikheid bestaan dat die betrokke transaksies nie soos beplan sal plaasvind nie; en

(iv) Hierdie gebeurtenis moes plaas gevind het.

<sup>202</sup> Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foliolinks.asp> 11.

<sup>203</sup> Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foliolinks.asp> 9.

<sup>204</sup> Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foliolinks.asp> 9.

die wetgewing, sowel as die bedoeling van die wetgewer, in ag geneem moet word.<sup>205</sup>

Hierdie element is afkomstig vanaf artikel 245(4) van die *Canadian Federal Income Tax Act*.<sup>206</sup> In Oktober 2005 het die Kanadese Hoogste Hof van Appèl in *Canada Trustco Mortgage Company v Canada*<sup>207</sup> hierdie element as volg uiteengesit:

Financial and commercial markets are becoming increasingly complex and the rate of change shows no sign of abating. Throughout the world, tax laws have been forced to follow suit and have increased in both length and complexity in order to cope with this rapidly changing environment. At times, the traditional 'literal' approach to the interpretation of tax statutes has exacerbated the problem. As a result, there has been a broad movement towards the so-called 'modern' approach to the interpretation which requires 'a contextual and purposive approach . . . in order to find the meaning that harmonizes the wording, subject, spirit and purpose of the provisions of the [tax laws]..... The proposed Element [misuse or abuse] would thus serve to compliment normality and Commercial Substance Elements by discouraging impermissible avoidance arrangements that rely upon excessively literal or technical readings of the tax laws to defeat the purpose.<sup>208</sup>

Broomberg wys egter daarop dat die bewoording van hierdie artikel 245(4) en die Suid-Afrikaanse artikel 80A-L verskil.<sup>209</sup> Hy wys verder daarop dat die "textual, contextual, and purposive" metode wat deur die Kanadese howe toegepas word direk in kontras staan met die regspraak wat hoofsaaklik op die "textual" gebaseer is.<sup>210</sup> In *Cape Brandy Syndicate v IRC*<sup>211</sup> het Regter Rowlatt *dictum* die opmerking gemaak dat

It simply means that in a taxing Act one has to look at what is clearly said. There is no room for any intendment... One can only look fairly at the language used<sup>212</sup>

<sup>205</sup> Jordaan *et al Silke* 2008 665.

<sup>206</sup> Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foiolinks.asp> 11.

<sup>207</sup> *Canada Trustco Mortgage Company v Canada* 2005 SCC 54.

<sup>208</sup> Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foiolinks.asp> 11.

<sup>209</sup> Broomberg "General anti-Avoidance Rule" 8. Sien ook Louw IDP *General anti-avoidance rule* 40.

<sup>210</sup> Broomberg "General anti-Avoidance Rule" 8. Sien ook Louw IDP *General anti-avoidance rule* 40.

<sup>211</sup> *Cape Brandy Syndicate v IRC* 1921 1 KB 64.

<sup>212</sup> *Cape Brandy Syndicate v IRC* 1921 1 KB 64 71.

Op grond hiervan blyk dit dus asof die Kanadese toets nie in Suid-Afrika toegepas sal kan word nie en is dit dus onseker hoe die howe hierdie element sal toepas.<sup>213</sup>

### 7.2.5 *Belastinggevolge van 'n ontoelaatbare vermydingsreëling*

Artikel 80A-80L kan slegs aangewend word vir die verhaling van belastings wat ingevolge die *Inkomstebelastingwet* gehef word.<sup>214</sup> Artikel 80B bevat die remedies wat vir die Kommissaris beskikbaar is om die belastinggevolge van 'n ontoelaatbare vermydingsreël te bepaal.<sup>215</sup> Die Suid-Afrikaanse Inkomste Diens wys daarop dat hierdie spesifieke remedies *inter alia* ontwerp is om aan die Kommissaris die bevoegdheid te verleen om die belastinggevolge van die betrokke partye te bepaal.<sup>216</sup> Die Kommissaris sal hierdie belastinggevolge bepaal deur al die elemente wat bygedra het tot die ontoelaatbare vermydingsreëling te elimineer, en dus te voorkom dat enige belastingvoordeel plaasvind.<sup>217</sup> Daar sal van die Kommissaris vereis word om al die betrokke partye dieselfde te behandel.<sup>218</sup>

### 7.3 *Die voortbestaan van die eenjaartermynklausule*

Indien die beoogde artikel 25B wat die algemene teenvermydingsklausule bevat in die *Boedelbelastingwet* ingevoeg word, is dit heel waarskynlik dat die eerste boedelbeplanningskema wat in die spervuur sal beland, die eenjaartermynklausule is. Die waarskynlikheid is daarin geleë dat die Suid-Afrikaanse Inkomste Diens, sowel as die howe, die beoogde artikel 25B van die *Boedelbelastingwet* op dieselfde wyse as artikel 80L van *Inkomstebelastingwet*, en ander belasting wetgewing, sal benader.<sup>219</sup> Vervolgens sal die beginsels wat

<sup>213</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 40.

<sup>214</sup> Jordaan *et al Silke* 2008 666.

<sup>215</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 43.

<sup>216</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 43.

<sup>217</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 43.

<sup>218</sup> Louw IDP *General anti-avoidance rule* 43.

<sup>219</sup> Die toepassing van die algemene teenvermydingsklausule in die *Inkomstebelastingwet*, die *Wet op Hereregte* en die *Wet op Toegevoegde Waarde* toon baie ooreenkomste.

tot dusver toepassing gevind het by die algemene teenvermydingsklousule ook by die eenjaartermyklousule toepassing vind.

Die algemene teenvermydingsklousule word slegs toegepas indien die volgende drie faktore teenwoordig is. Eerstens moet daar 'n vermydingsreëling teenwoordig wees. Tweedens moet die uitsluitlike of hoofsaaklike doel van sodanige vermydingsreëling die verkryging van 'n belastingvoordeel wees. Derdens moet daar 'n "tainted element" teenwoordig wees.

Die eerste faktor is dat 'n vermydingsreëling teenwoordig moet wees. Artikel 80L bepaal dat 'n vermydingsordening insluit enige transaksie, handeling, skema, ooreenkoms, verstandhouding, of enige stappe geneem of enige gedeelte daarvan wat op die verkryging van 'n belastingvoordeel tot gevolg het.

Die eenjaartermyklousule word deur middel van 'n testament in werking gestel. 'n Testament is die eensydige, vrywillige wilsverklaring van die testateur waarin hy bepaal wat by sy dood met sy nalatenskap moet gebeur.<sup>220</sup> Indien daar na die bepalinge van artikel 2(1)(a) van die *Wet op Testamente*<sup>221</sup> gekyk word, blyk dit duidelik dat die totstandkoming van 'n geldige testament as 'n positiewe handeling deur die testateur gesien word.<sup>222</sup> Indien 'n testateur

---

<sup>220</sup> De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 50.

<sup>221</sup> *Wet op Testamente* 7 van 1953.

<sup>222</sup> De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 52-53: Die testateur moet een van die volgende positiewe handeling verrig om 'n geldige testament tot stand te bring: Die testateur moet die end van die testament deur middel van 'n handtekening onderteken in die teenwoordigheid van ten minste twee bevoegde getuies (artikel 2(1)(a)(i) saamgelees met artikel 2(1)(a)(ii));

Die testament moet deur iemand anders wat namens en in opdrag van die testateur die testament onderteken, in die teenwoordigheid van die testateur, voor ten minste twee bevoegde getuies en 'n Kommissaris van Ede wat die testament sertifiseer (artikel 2(1)(a)(i) saamgelees met artikel 2(1)(a)(ii) en (v));

Die testateur kan sy handtekening wat hy reeds op sy testament aangebring het in die teenwoordigheid van ten minste twee bevoegde getuies erken (artikel 2(1)(a)(ii) – sien in hierdie verband ook *The Leprosy Mission v The Master of The Supreme Court* 1972 4 SA 173 (K) 174-175);

Die persoon wat namens en in opdrag van die testateur die testament onderteken het kan sy reeds aangebringde handtekening erken in die teenwoordigheid van die testateur, ten minste twee bevoegde getuies en 'n Kommissaris van Ede wat moet sertifiseer dat hy hom vergewis het van die identiteit van die testateur en dat hy daarvan oortuig is dat dit wel die testament van die testateur is (artikel 2(1)(a)(ii) saamgelees met artikel 2(1)(a)(v)); Die testateur kan sy testament onderteken deur die aanbring van 'n merk in die teenwoordigheid van twee bevoegde getuies en die Kommissaris van Ede wat die

dus poog om 'n bepaalde belastingvoordeel deur die gebruikmaking van sy testament te bekom, is dit positief handeling waarmee hy poog om 'n skema in werking te stel.

Die tweede faktor is dat die transaksie, handeling, skema, ooreenkoms of verstandhouding die hoofsaaklike of uitsluitlike doel moet hê om 'n belastingvoordeel te verkry. Om hierdie faktor vas te stel moet die doelstellingtoets objektief toegepas word. Die hof sal gevolglik op grond van die relevante feite en omstandighede poog om vas te stel of die reëling se hoofsaaklike of uitsluitlike doel verkryging van 'n belastingvoordeel is. By die bepaling van die doel moet daar volgens die hof in *Overstone v SIR*<sup>223</sup> ook gekyk word na die tyd en implementering van die betrokke reëling.

Die eenjaartermynklausule word deur 'n testament by die dood van die testateur geïnisieer. Die werklike werking van hierdie klausule tree egter eers by die dood van die langselewende in werking, waar die vruggebruik vir 'n termyn van een jaar na die opvolgende begunstigde oorgedra word. Indien daar objektief na hierdie skema gekyk word, blyk dit redelikerwys uit die relevante feite en omstandighede dat hierdie skema vir geen ander doel as die verkryging van 'n belastingvoordeel aangegaan is nie. Die belastingpligtige sal ook nie soos in *Geustyn*<sup>224</sup> kan aantoon dat hierdie skema vir enige ander doel as die verkryging van 'n belastingvoordeel aangegaan kan word nie. Die eenjaartermynklausule word dus uitdruklik gebruik vir die verkryging van 'n belastingvoordeel deurdat dit op die vermindering van boedelbelasting gemik is.

Die derde faktor is dat daar 'n "tainted element" teenwoordig moet wees. Aangesien die eenjaartermynklausule niks met besigheid te doen het nie, sal daar vervolgens net na die elemente wat voorkom by 'n vermydingsreëlings anders as in besigheidsverband gekyk word. Beide die elemente sal kortliks bespreek en toegepas word op die eenjaartermynklausule, alhoewel slegs een van die elemente teenwoordig hoef te wees.

---

testament sertifiseer (artikel 2(1)(a)(i) saamgelees met artikel 2(1)(a)(i) saamgelees met artikel 2(1)(a)(v) en artikel 1(iv)).

<sup>223</sup> *Overstone v SIR* 1980 2 SA 721 (A).

Die eerste element is abnormaliteit en word ingevolge artikel 80A(a)(i) en (b) gereël. Ingevolge hierdie artikels blyk dit duidelik dat abnormaliteit ten opsigte van twee aspekte na vore kom, naamlik die abnormale wyse of manier en abnormale regte of verpligtinge. Regter Trollip het in *Hicklin v SIR*<sup>225</sup> beslis dat die toets om te bepaal of regte of verpligtinge abnormaal is, objektief van aard is. Hierdie standpunt is deur die hof in *SIR v Geustyn, Forsyth & Joubert*<sup>226</sup> bevestig.

Indien daar objektief na die eenjaartermynklausule gekyk word, blyk dit aanvanklik dat daar redelike regte geskep word, en is daar niks abnormaal oor die wyse of manier waarop die skema aangegaan is nie. Die bepaling rondom die skema word in die erflater se testament uiteengesit en behels die gewone oordrag van vruggebruik. Die abnormaliteit van die eenjaartermynklausule kom egter na vore by regte wat geskep word. Die eenjaartermynklausule bepaal dat die eiendom aan die trust oorgedra moet word en dat die langsliewende begunstigde lewenslange vruggebruik ten opsigte van die eiendom verkry. By die dood van die langsliewende word die vruggebruik vir 'n termyn van een jaar aan die opvolgende begunstigde oorgedra alvorens die trust volle eiendomsreg verkry. Die oordrag van die vruggebruik vir 'n termyn van een jaar verleen aan die opvolgende begunstigde 'n reg vir gebruik en genot ten opsigte van die eiendom. Hierdie reg is egter abnormaal. Daar is objektief gesproke, geen logiese doel vir die oordrag van vruggebruik vir termyn van een jaar aan 'n opvolgende begunstigde nie. Die enigste doel wat hierdeur bereik kan word is om 'n belastingvoordeel te verkry.

Die tweede element wat moontlik by die derde faktor toegepas kan word is die misbruik of wangebruik van 'n Wetsbepaling. Hierdie element word ingevolge artikel 80A(c)(ii) gereël. Artikel 80A(c)(ii) bepaal dat indien daar 'n vermydingsreëling is wat aangegaan is met die uitsluitlike of hoofsaaklike doel om 'n belastingvoordeel te verkry, en daar 'n misbruik of wangebruik van 'n Wetsbepaling is, dit as 'n ontoelaatbare vermydingsreëling gesien sal word. Die

---

<sup>224</sup> *SIR v Geustyn, Forsyth & Joubert* 1971 3 SA 567 (A).

<sup>225</sup> *Hicklin v SIR* 1980 (1) SA 481 (A).

<sup>226</sup> *SIR v Geustyn, Forsyth & Joubert* 1971 3 SA 567 (A) 575-6.

"misbruik of wangebruik"-toets dien as 'n alternatief tot die "abnormaliteit"- en "gebrek aan kommersiële inhoud"-toets, en kan dus toegepas word sonder dat enige van die ander elemente teenwoordig is. Die doel van hierdie element is om te poog dat die doel van die wetgewing, sowel as die bedoeling van die wetgewer, in ag geneem moet word.

Die eenjaartermynklausule is deur boedelbeplanner gebruik omdat daar tot op hede geen bepaling in wetgewing was wat sodanige vermydingsreëling verbied nie. Dit is onseker of die Kommissaris sal kan argumenteer dat 'n leemte in die wetgewing neerkom op die misbruik of wangebruik van die Wetsbepaling. Hierdie element dien egter as 'n alternatief tot die "abnormaliteit"-toets. Dit sal dus heel moontlik vir die Kommissaris 'n veiliger opsie wees op te steun op die abnormaliteit van die eenjaartermynklausule eerder as om te poog om dit binne die misbruik of wangebruik van die Wetsbepaling in te pas.

## 8 Addisionele implikasies vir die boedelbeplanner

Indien hierdie voorgestelde wetgewing in werking tree moet boedelbeplanners<sup>227</sup> die nodige stappe neem om al die boedelplanne waarin daar van die eenjaartermynklausule gebruik gemaak is, te wysig. Indien boedelbeplanners nie hierdie nodige stappe neem nie, kan daar verskeie gevolge vir die boedelbeplanner intree.

Eerstens sal die erfgename van die oorledene van die *actio legis Aquiliae*<sup>228</sup> gebruik kan maak vir vermoënsregtelike verlies as gevolg van nalatigheid. Ingevolge die "prior conduct"-reël is 'n persoon se handeling *prima facie* onregmatig wanneer hy deur middel van 'n positiewe handeling 'n nuwe bron van gevaar skep en dan versuim om die gevaar te verwyder, met die gevolg dat daar nadeel vir 'n ander persoon intree.<sup>229</sup> Deur die gebruikmaking van die

<sup>227</sup> Let daarop dat "boedelbeplanners" in hierdie konteks nie na die boedeleienaar self verwys nie, maar na 'n derde persoon wat deur die boedeleienaar genader is om sy boedel namens hom te beplan.

<sup>228</sup> Neethling J, Potgieter JM en Visser PJ *Deliktereg* 4e uitgawe (LexisNexis Durban 2002) 6: Die *actio legis Aquiliae* word gebruik om skadevergoeding te eis vir die onregmatige en skuldige (opsetlik of nalatig) veroorsaking van vermoënskade.

<sup>229</sup> Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 63.

eenjaartermynklousule in 'n boedelplan het die boedelbeplanner 'n gevaar van finansiële nadeel geskep. Die rede hiervoor is hoofsaaklik as gevolg van die onsekerheid aangaande die implikasies rondom hierdie klousule, aangesien die eenjaartermynklousule tot op hede nog nooit deur enige Hof getoets is nie. Die voortdurende verandering van belastingwetgewing dra ook by tot verdere gevaar vir nie net die eenjaartermynklousule nie, maar vir alle ander boedelbeplanningskemas. Daar rus 'n plig op die boedelbeplanner om op hoogte te bly van die verskillende ontwikkelings rondom boedelbeplanning om sodoende te verseker dat hy aan sy kliënte die beste advies moontlik voorsien. Indien hy nie op hoogte bly van die ontwikkelings en die nodige stappe neem om te voorkom dat sy kliënte deur hierdie nuwe ontwikkelings benadeel word nie, is hy nalatig.<sup>230</sup> Sy kliënte kan hom gevolglik op grond van die *actio legis Aquiliae* aanspreeklik hou vir hulle suiwer ekonomiese verlies.<sup>231</sup> Indien die boedelbeplanner nie die nodige stappe neem om die bestaande boedelplanne met die eenjaartermynklousule reg te stel nie, kan die familie van die oorledene hom aanspreeklik hou vir die addisionele boedelbelasting wat deur die oorledene se boedel betaal moes word.

'n Verdere aspek waarna daar gekyk moet word is of die betrokke boedelbeplanner ingevolge artikel 7(1)<sup>232</sup> van die *Financial Advisory and Intermediary Services Act*<sup>233</sup> (hierna *FAIS*) 'n geregistreerde Finansiële Dienste Verskaffer is. Die doel van *FAIS* is om die lewering van finansiële advies aan voornemende kliënte te reguleer.<sup>234</sup> Advies word ingevolge artikel 1(1) van *FAIS* soos volg gedefinieer:

<sup>230</sup> Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 320: "Die feit dat die verweerder 'n bepaalde beroep beoefen wat besondere vaardigheid, bekwaamheid en kennis veronderstel, beteken dat waar die verweerder professionele diense verskaf, hy 'n plig het om nie suiwer finansiële verlies aan andere te veroorsaak nie." Hierdie standpunt is bevestig in *Energy Measurements (Pty) Ltd v First National Bank of SA Ltd* 2001 3 SA 132 (W) 139, *Strydom v ABSA Bank Bpk* 2001 3 SA 185 (T) 193 en *African Life Assurance Co Ltd v NBS Bank (Pty) Ltd* 2001 1 SA 432 (W) 440.

<sup>231</sup> Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 315.

<sup>232</sup> 7(1) With effect from a date determined by the Minister (30 September 2004 – Government notice 270 in *Government Gazette* 26080 of 5 March 2004) by notice in the *Gazette*, a person may not act or offer to act as a financial services provider unless such person has been issued with a license under section 8.

<sup>233</sup> *Financial Advisory and Intermediary Services Act* 37 van 2002.

<sup>234</sup> Kloppers H 2007 "The regulation of advice within the Financial Services Sector" *Obiter* 2.

...any recommendation, guidance or proposal of a financial nature furnished, by any means or medium, to any client or group of clients.

Hierdie advies moet ten opsigte van 'n finansiële produk geskied, soos in artikel 1(1) van die *FAIS* gedefinieer.<sup>235</sup> Aangesien boedelbeplanners voorstelle en leiding gee ten aansien van finansiële aspekte, moet hul as 'n Finansiële Dienste Verskaffer geregistreer wees.<sup>236</sup> 'n Prokureur of ouditeur wat bloot 'n testament opstel hoef egter nie geregistreer te wees nie aangesien die advies wat gegee word ten aansien daarvan nie finansiël georiënteerd is nie. Indien 'n boedelbeplanner nie geregistreer is nie, sal hy ingevolge artikel 36 van *FAIS* skuldig wees aan 'n oortreding en sal hy 'n maksimum boete van R1 miljoen of tronkstraf van 10 jaar kry.

---

<sup>235</sup> "'financial product' means, subject to subsection (2)-  
(a) securities and instruments, including-  
(i) shares in a company other than a 'share block company' as defined in the Share Blocks Control Act, 1980 (Act 59 of 1980);  
(ii) debentures and securitized debt;  
(iii) any money-market instrument;  
(iv) any warrant, certificate, and other instrument acknowledging, conferring or creating rights to subscribe to, acquire, dispose of, or convert securities and instruments referred to in subparagraphs (i), (ii) and (iii); (v) any 'securities' as defined in section 1 of the Securities Services Act, 2002;  
(b) a participatory interest in one or more collective investment schemes;  
(c) a long-term or a short-term insurance contract or policy, referred to in the Long-term Insurance Act, 1998 (Act 52 of 1998), and the Short-term Insurance Act, 1998 ( Act 53 of 1998 ), respectively;  
(d) a benefit provided by-  
(i) a pension fund organisation as defined in section 1 (1) of the Pension Funds Act, 1956 (Act 24 of 1956), to the members of the organisation by virtue of membership; or  
(ii) a friendly society referred to in the Friendly Societies Act, 1956 (Act 25 of 1956), to the members of the society by virtue of membership;  
(e) a foreign currency denominated investment instrument, including a foreign currency deposit;  
(f) a deposit as defined in section 1 (1) of the Banks Act, 1990 (Act 94 of 1990);  
(g) a health service benefit provided by a medical scheme as defined in section 1 (1) of the Medical Schemes Act, 1998 (Act 131 of 1998);  
(h) any other product similar in nature to any financial product referred to in paragraphs (a) to (g) ,inclusive, declared by the registrar, after consultation with the Advisory Committee, by notice in the *Gazette* to be a financial product for the purposes of this Act;  
(i) any combined product containing one or more of the financial products referred to in paragraphs (a) to (h) ,inclusive;  
(j) any financial product issued by any foreign product supplier and marketed in the Republic and which in nature and character is essentially similar or corresponding to a financial product referred to in paragraphs (a) to (i), inclusive."

<sup>236</sup> Kloppers 2007 *Obiter* 2.

Indien 'n boedelbeplanner wel ingevolge *FAIS* as 'n Finansiële Dienste Verskaffer geregistreer is, moet daar na die gevolge gekyk word indien hy nalatig was met die gee van advies. Indien die boedelbeplanner versuim om die spesifieke bepalinge rondom die eenjaartermynklausule in sy boedelplanne te wysig, is die vraag of dit werklik op die nalatige advies ingevolge *FAIS* neerkom? Dit is my submitisie dat dit nie die geval is nie. *FAIS* bepaal dat advies ten opsigte van finansiële produkte moet geskied. Waar 'n boedelbeplanner 'n skema voorstel ter vermindering van boedelbelasting, is dit advies ten opsigte van die kliënt se finansies en nie ten opsigte van 'n finansiële produk soos deur *FAIS* bepaal nie. Die boedelbeplanner se nalatigheid ten opsigte van sodanige boedelbelastingverminderingsskema val dus ingevolge die eng interpretasie nie binne die omvang van *FAIS* nie. Die Finansiële Dienste Raad en die Ombud sal dus na my mening nie gemagtig wees om enige stappe teen sodanige boedelbeplanner te neem nie. Die benadeelde kliënt sal egter steeds 'n siviele aksie, soos bo bespreek, kan instel.

## 9 Gevolgtrekking

Boedelbeplanning is hoofsaaklik gemik op<sup>239</sup>

The arrangement, management and securement and disposition of a person's estate so that he, his family and other beneficiaries may enjoy and continue to enjoy the maximum from his estate and his assets during his lifetime and after his death, no matter when death may occur.

Die doel van boedelbeplanning is om langtermyn resultate op te lewer.<sup>240</sup> Dit hou 'n verskeidenheid van voordele in naamlik die vermindering van belasting oor die algemeen,<sup>241</sup> voorsiening te maak vir likwiditeit, voorsiening te maak vir inkomste- en kapitaalafhanklikes, voorsiening te maak vir aftrede, beskerming te bied teen insolvensie en inflasie asook die fasilitering van die administrasie

<sup>239</sup> Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 1-3.

<sup>240</sup> Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 4.

<sup>241</sup> Geach en Yeats *Trusts* 216: Die vermindering van boedelbelasting kan steeds geskied deurdat 'n groeiende bate aan 'n trust oorgedra kan word en die betrokke boedel te verklein vir boedelbelastingdoeleindes ("value-pegging" of "freezing")

proses.<sup>242</sup> Boedelbeplanning is dus nie net gemik op die gevolge wat by die afsterwe van 'n persoon intree nie, maar ook elke ander aspek daarna. Alhoewel boedelbeplanning nie hoofsaaklik gedoen word om boedelbelasting te verminder of voorkom nie, speel dit tog 'n rol.<sup>243</sup> Boedelbelasting is egter soos enige ander belasting ook onderhewig aan moontlike veranderings en daarom moet enige boedelplan soepel genoeg wees om by hierdie moontlike verandering aan te pas.<sup>244</sup> Sodra 'n boedelplan te rigied word kan dit tot die moontlike ongeldigheid van die boedelplan aanleiding gee.<sup>245</sup> Alhoewel die *Boedelbelastingwet* die afgelope paar jare feitlik geen wesenlike wysigings ondergaan het nie, beoog die Suid-Afrikaanse Inkomste Diens om hierdie posisie te verander deur onder andere die invoer van 'n algemene teenvermydingsklousule.<sup>246</sup>

Die beoogde invoering van hierdie algemene teenvermydingsklousule in die *Boedelbelastingwet* bring vervolgens die vraag na vore of daar nog enige plek in boedelbeplanning sal wees vir die gebruik van kreatiewe boedelbeplanningskemas ter vermindering van boedelbelasting? By boedelbeplanning word daar gepoog om 'n boedelplan op te stel wat so soepel as moontlik is en wat vir die kliënt die optimale voordele inhou.<sup>247</sup> Indien daar spesifiek na boedelbeplanning uit 'n boedelbelasting oogpunt gekyk word, word die besparing van boedelbelasting hoofsaaklik bereik deur die gebruik van vermydingsreëlings en trusts. Met die invoering van die algemene teenvermydingsklousule in die *Boedelbelastingwet* sal hierdie reëlings, veral dié wat met 'n trust te make het, in die toekoms al hoe meer in die spervuur beland.

Dit is egter my submissie dat die invoering van hierdie algemene teenvermydingsklousule nie die einde van kreatiewe boedelbeplanning tot gevolg sal hê nie. Daar is verskeie amptenare in die Kommissaris se kantoor wat van mening is dat die algemene teenvermydingsklousule relatief kragteloos

<sup>242</sup> Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 1-5.

<sup>243</sup> Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 1-4.

<sup>244</sup> Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 1-4.

<sup>245</sup> Pace en Van der Westhuizen *Wills and Trusts* 1-4.

<sup>246</sup> SARS 2008 SARS [www.sars.gov.za/4352\\_BudgetProposals2008latest\[1\]](http://www.sars.gov.za/4352_BudgetProposals2008latest[1]) 6.

<sup>247</sup> Olivier en Van den Berg *Boedelbeplanning* 23.

is.<sup>248</sup> Hulle mening is gebaseer op die feit dat die algemene teenvermydingsklousule hoofsaaklik net toegepas word op onpraktiese belasting vermydingsreëlings.<sup>249</sup> Die aanval op hierdie onpraktiese belasting vermydingsreëlings blyk duidelik uit sake soos *Glen Anil Development Corporation Ltd v SIR*,<sup>250</sup> *Ovenstone v SIR*<sup>251</sup> en *CIR v Ocean Manufacturing Ltd*<sup>252</sup> waarin die hof die betrokke vermydingsreëlings onwettig verklaar het.

Alhoewel die algemene teenvermydingsklousule 'n wye toepassing het, lei dit nie noodwendig altyd tot die onwettig verklaring van 'n vermydingsreëling nie.<sup>253</sup> Indien die belastingpligtige verantwoordings kan doen vir elke aspek rondom die betrokke vermydingsreëling, is dit heel onwaarskynlik dat die vermydingsreëling ingevolge die algemene teenvermydingsklousule onwettig verklaar sal word. Die belastingpligtige moet kan verantwoordings doen vir wyse waarop die vermydingsreëling aangegaan en uitgevoer is, hoe elke verpligting wat deur die vermydingsreëling geskep is, dat daar 'n voldoende kommersiële inhoud is indien 'n besigheid betrokke is, en dat dit alles geskied het binne die raamwerk van wetgewing.<sup>254</sup> Die boedelbeplanner moet die betrokke vermydingsreëling toets deur 'n reeks vrae vir homself af te vra. Een so vraag is:

Leaving aside altogether the tax effects of this particular clause, can the provisions of this clause be justified under the provisions of the general anti-avoidance clause?<sup>255</sup>

Indien die antwoord hierop negatief is, sal dit tot gevolg hê dat die Kommissaris die betrokke vermydingsreëling ingevolge die algemene teenvermydingsklousule kan aanval.<sup>256</sup> 'n Verdere vraag is:

But for the tax benefits that will be derived, would the scheme have been entered into in this manner, and would each right and obligation have been created.<sup>257</sup>

<sup>248</sup> Kruger D en Scholtz W *Broomberg on Tax Strategy* 4<sup>th</sup> ed (LexisNexis Durban 2003) 229.

<sup>249</sup> Kruger en Scholtz *Tax Strategy* 229.

<sup>250</sup> *Glen Anil Development Corporation Ltd v SIR* 1975 4 SA 715 (A), 37 SATC 319.

<sup>251</sup> *Ovenstone v SIR* 1980 2 SA 721 (A), 42 SATC 55.

<sup>252</sup> *CIR v Ocean Manufacturing Ltd* 1990 3 SA 610 (A), 52 SATC 151.

<sup>253</sup> *CIR v Conhage (Pty) Ltd* 61 SAT 391.

<sup>254</sup> Kruger en Scholtz *Tax Strategy* 233.

<sup>255</sup> Kruger en Scholtz *Tax Strategy* 233.

<sup>256</sup> Kruger en Scholtz *Tax Strategy* 233.

<sup>257</sup> Kruger en Scholtz *Tax Strategy* 233.

Indien die antwoord hierop positief is, en die belastingpligtige kan aandui dat hierdie vermydingsreëling nie vir die uitsluitlike of hoofsaaklike doel aangegaan is om 'n belastingvoordeel te verkry nie, sal die Kommissaris dit nie op grond van die algemene teenvermydingsklousule kan aanval nie.<sup>258</sup>

Die vermydingsreëling kan ook op grond van die belastingpligtige se bedoeling verdedig word. Die belastingpligtige kan poog om soos in *Geustyn*<sup>259</sup> te bewys dat die betrokke vermydingsreëling vir 'n verskeidenheid ander redes as die verkryging van 'n belastingvoordeel aangegaan is. Indien die belastingpligtige dit kan bewys sal die Kommissaris nie 'n motief ten opsigte van belastingvermyding kan bewys nie.<sup>260</sup>

Kreatiewe boedelbeplanning sal dus steeds na die inwerkingtreeding van die algemene teenvermydingsklousule in die *Boedelbelastingwet* 'n bestaansreg hê. Die inwerkingtreeding van die algemene teenvermydingsklousule sal bloot beteken dat die boedelbeplanner meer sorg aan die dag moet lê wanneer hy van 'n vermydingsreëling gebruik maak

---

<sup>258</sup> Kruger en Scholtz *Tax Strategy* 233.

<sup>259</sup> *SIR v Geustyn, Forsyth & Joubert* 1971 3 SA 567 (A).

<sup>260</sup> Kruger en Scholtz *Tax Strategy* 233.

## 10 Bibliografie

### Boeke en ander geskrifte

#### A

Abrie *et al Bestorwe Boedels*

Abrie W *et al Bestorwe Boedels* 5de uitg (ProPlus Uitgewers Durban 2003)

#### B

Brincker 2001(1) *TSAR*

Brincker E "The purpose requirement of the general anti-avoidance provision in South African fiscal law" 2001(1) *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 158-168

#### D

De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg*

De Waal MJ en Schoeman-Malan MC *Inleiding tot die erfreg* (Juta 2003)

Du Preez *Saturday Star Personal Finance* 1

Du Preez L "FSB step up moves to drive bad apples from financial advice industry" *Saturday Star Personal Finance* 11 October 2008 1

Du Toit *Trust Law*

Du Toit F *South African Trust Law: Principles and Practice* 2nd ed (LexisNexis Durban 2007)

#### G

Geach en Yeats *Trusts*

Geach WD en Yeats J *Trusts – Law and Practice* 1ste ed (Juta Durban 2007)

#### H

Huxham and Haupt *Income Tax 2007*

Huxham K and Haupt P *Notes on South African Income Tax 2007* 6ed (H&H Publications, Hedron Tax Consulting and Publishing CC 2007)

Hyland and Smith 2006(1) *Journal for Estate Planning Law*

Hyland SA and Smith BS "Abuse of the trust figure in South Africa: An analysis of a number of recent developments" 2006(1) *Journal for Estate Planning Law* 1-22

## **J**

Jones Mei 2008 *Moneyweb's Personal Finance*

Jones S "Testamentary trusts still have a place in estate planning" Mei 2008 *Moneyweb's Personal Finance* 5-6

Jordaan *et al Silke* 2008

Jordaan K *et al Silke: Suid-Afrikaanse Inkomstebelasting 2008* (LexisNexis 2007)

## **K**

King and Victor *Law and Estate Planning Easiguide*

King R and Victor B *Law and Estate Planning Easiguide* (Butterworths 2006/2007)

Kloppers 2007 *Obiter*

Kloppers H The regulation of advice within the Financial Services Sector 2007 *Obiter*

Kruger en Scholtz *Tax Strategy*

Kruger D and Scholtz W *Broomberg on Tax Strategy* 4ed (LexisNexis Durban 2003)

## **L**

Louw *General anti-avoidance rule*

Louw IDP *The new general anti-avoidance rule: a comprehensive discourse on this statute* (Postgraduate Diploma Tax Law Thesis University Of Cape Town 2007)

## **M**

Monteiro 2004 *Moneyweb's Personal Finance*

Monteiro A "Estate planning – what you should know" 2004  
*Moneyweb's Personal Finance* 7-8

## **N**

Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg*

Neethling J, Potgieter JM en Visser PJ *Deliktereg* 4de uitg (LexisNexis  
Durban 2002)

## **O**

Olivier en van den Berg *Boedelbeplanning*

Olivier PA en Van den Berg GPJ *Praktiese Boedelbeplanning* 1<sup>ste</sup> uitg (Juta  
Kaap 1991)

## **P**

Pace en Van der Weshuizen *Wills and Trusts*

Pace RP en Van der Westhuizen WM *Wills and Trusts* Service Issue 11  
(LexisNexis Durban 2007)

## **W**

Wiechers en Vorster *Boedelbereddering*

Wiechers NJ en Vorster I *Boedelbereddering* 3de uitg (Butterworths  
Durban 1992)

## **Wetgewing**

*Boedelbelastingwet* 45 van 1955

*Inkomstebelastingwet* 58 van 1962

*Wet op Testamente* 7 van 1953

*Wysigingswet op die Wet op Hereregte* 74 van 2002

## **Hofsake**

*Badenhorst v Badenhorst* 2006 2 SA 255 (HHA)

*Bafokeng Tribe v Impala Platinum Ltd* 1999 3 SA 517 (BHC)

*Barnett v Estate Schereschewske* 1957 3 SA 679 (K)

*Braun v Blann and Botha NNO* 1984 SA 850 (A)  
*Brunett v Kohlberg and Others* 1984 2 SA 137 (E)  
*Canada Trustco Mortgage Company v Canada* 2005 SCC 54  
*CCE v Randles Bros & Hudson Ltd* 1941 AD 369, 33 SATC 48  
*CIR v Conhage (Pty) Ltd (formerly Tycon (Pty) Ltd)* 1999 4 SA 1148 (HHA)  
*CIR v King* 1947 2 SA 196 (A), 14 SATC 184  
*CIR v Louw* 1983 3 SA 551 (A), 45 SATC 113  
*CIR v Ocean Manufacturing Ltd* 1990 3 SA 610 (A), 52 SATC 151.  
*Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson Ltd*  
 1941 AD 369  
*COT v Ferera* 1976 2 SA 653, 38 SATC 66  
*CSARS v Bobat and Others* 67 SATC 47  
*CSARS v Knuth and Industrial Mouldings (Pty) Ltd* 62 SATC 65, 2000 2 JTLR  
 35  
*Erf 3183/1 Ladysmith (Pty) Ltd v CIR* 1996 3 SA 942 (A)  
*Ex parte McClung* 1983 3 SA 446 (O)  
*Furniss v Dawson* 1984 AC 474 HL  
*Glen Anil Development Corporation Ltd v SIR* 1975 4 SA 715 (A), 37 SATC  
 319  
*Griessel v Bankorp Trust Bpk* 1990 2 SA 328 (O)  
*Hicklin v SIR* 41 SATC 179; 1980 1 SA 481 (A)  
*ITC 1625 59 SATC 383*  
*ITC 1699 63 SATC 175*  
*ITC 1712 63 SATC 499*  
*Jordaan v Jordaan* 2001 3 SA 288 (K)  
*Jowell v Bramwell-Jones* 1998 1 SA 836 (W)  
*KSAID v Botha* 62 SATC 10, 2000 1 JTLR 10  
*Land an Agricultural Development Bank of SA v Parker* 2004 4 ALL SA 261  
 (HHA)  
*MacKenzie NO v Basha* 1950 1 SA 615 (N)  
*Meyerowitz v CIR* 1963 3 SA 863 (A), 25 SATC 287  
*Nieuwoudt NO v Vrystaat Mielies (Edms) Bpk* 2004 3 SA 486 (HHA)  
*Ovenstone v CIR* 1980 2 SA 712 (A), 42 SATC 55  
*Peterson NO v Claassen* 2006 5 SA 191 (K)

*SIR v Gallagher* 1978 2 SA 463 (A)

*SIR v Geustyn, Forsyth & Joubert* 1971 3 SA 567 (A)

### **Konferensiebydraes**

Broomberg "General anti-Avoidance Rule"

Broomberg E "The New General anti-Avoidance Rule" *SAFA Seminar* 6  
March 2007

### **Internetbronne**

Juta's Income Tax <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foliolinks.asp>

Juta's Income Tax "80A Impermissible tax avoidance arrangements:  
Notes on Part IIA" <http://v-www-win2.p.nwu.ac.za/nxt/foliolinks.asp>  
[datum van gebruik 28 Oktober 2008]

SARS 2008 [www.sars.gov.za/4352\\_BudgetProposals2008latest\[1\]](http://www.sars.gov.za/4352_BudgetProposals2008latest[1])

SARS 2008 "Budget Tax Proposals 2008/9" [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za) [datum van  
gebruik 8 Sep 2008]

SARS 2008 "Draft" [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za)

SARS 2008 "Draft Republic of South Africa: The Revenue Law  
Amendment Bill" [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za) [datum van gebruik 8 Aug 2008]

SARS 2008 "Explanatory Memorandum" [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za)

SARS 2008 "Explanatory Memorandum On The Revenue Laws  
Amendment Bill, 2008" [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za) [datum van gebruik 8 Augustus  
2008]

SARS 2007 [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za)

SARS 2007 "Transfer Duty: Transfer Duty Handbook" [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za)  
[datum van gebruik 8 Sep 2008]

SARS 2005 [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za)

SARS 2005 "Discussion Paper on Tax Avoidance" [www.sars.gov.za](http://www.sars.gov.za)  
[datum van gebruik 8 Augustus 2008]