

## האם אני נאמן עליך כדי לדאוג לך ולירשיד? / עו"ד דורון אפיק, רו"ח גל דיקשטיין\*

אדם רוצה לוודא שהוא משאיר ליורשיו נכסים לאחר מותו. צוואה היא תמיד פיתרון אפשרי, אך איך ניתן לוודא שהוא יוכל להשתמש בנכסים כל עוד הוא בחיים, בעוד שעד מועד מותו לא יוכלו נושים לגעת בנכסים ככל שיקרה משהו לא צפוי? כאן נכנס למשחק מוסד הנאמנות.

החוק הישראלי משתמש במילה אחת - "נאמנות" - לתיאור הן של מוסד הנאמנות בעל שיקול הדעת המכונה לעתים "הקדש" (trust) והן אחזקת נכס בנאמנות עבור אחר ללא שיקול דעת (escrow). עם זאת, כל קשר בין שני מושגים אלה מקרי בהחלט וחשוב להפריד בין שני המוסדות. טעות נפוצה נוספת היא התייחסות לנאמן ולנאמנות כגוף אחד, אך גם אלה הם שתי ישויות נפרדות לחלוטין.

נאמנות ללא שיקול דעת (escrow) היא מצב בו אדם מחזיק נכס עבור אדם אחר, למשל עורך דין המחזיק כספי מכר דירה בנאמנות עד להעברת הבעלות. הנכס אינו שייך לנאמן (escrow agent) אלא לנהנה (beneficiary) והנהנה יכול בכל שלב להנחות את הנאמן כיצד לפעול. נושים של הנהנה יכולים בכל עת לפעול כנגד הנכס בשל חובות של הנהנה ומהבחינה המשפטית והמיסויית, אין כל משמעות אמיתית לנאמנות מעבר לעובדה שהאחזקה בידי נאמן עשויה לתת יתרונות טכניים מסוימים (למשל, חוסר יכולת של הנהנה להעביר בעלות בנכס).

הנאמנות האמיתית, או ההקדש (trust), להבדיל, היא מוסד משפטי הדומה במהותו לסוג של תאגיד. יוצר הנאמנות מעביר לנאמנות נכס (המכונה "res") ובאותו רגע הבעלות בנכס עוברת אל הנאמנות ויוצר הנאמנות יוצא מהתמונה לחלוטין – הוא אינו עוד הבעלים של הנכס ואינו הבעלים של הנאמנות. הנאמן הינו בפועל מנהל הנאמנות (בדומה לדירקטור בחברה) אך אינו הנאמנות עצמה ובוודאי שאינו הבעלים של הנאמנות או של נכסיה. גם הנהנה אינו בעלים של הנאמנות או נכסיה ואינו יכול להנחות את הנאמן כיצד לפעול. הנאמן הוא דמות עצמאית ובעלת שיקול דעת באשר לדרכי ניהול הנכס, ויש לו חופש פעולה בדרכים בהן הוא בוחר לעשות זאת, אלא אם שטר הנאמנות מגביל את שיקול דעתו או מנחה אותו כיצד לפעול. למרות שהחוק הישראלי מאפשר רק נאמנות שנוצרת על פי חוק, על פי חוזה עם נאמן או על פי כתב הקדש, בית המשפט העליון אימץ את הגישה האנגלו-אמריקנית לפיה נאמנות יכולה להיות גם נאמנות משתמעת (implied trust) – כאשר ניתן לראות בדיעבד שהצדדים התכוונו ליצור יחסי נאמנות, גם אם לא כרתו הסכם.

אחד המקרים בהם נאמנות היא כלי יעיל הינה הנאמנות המחליפה צוואה (testamentary substitute trust). במקרה כזה אדם מעביר לנאמנות נכסים בעודו בחייו וקובע במסגרת כתב ההקדש כיצד תתנהל הנאמנות כל עוד הוא בחיים ומה ייעשה בה לאחר מותו (בין בדרך של החלפת הנהנים ובין בדרך של סיום הנאמנות והעברת הנכסים שנותרו למאן דהוא). במקרה כזה קבע בית המשפט העליון, כי מכיוון שהחוק הישראלי קובע כי הסכמים בדבר ירושה עתידית בטלים, לא ניתן לעשות זאת אלא באמצעות שטר נאמנות הנחתם בפני נוטריון. היתרונות המרכזיים של נאמנות כזו, כשהיא נעשית נכון (וכותב מאמר זה משמש נאמן במספר נאמנויות כאלה) הינם הרחקה מהמצווה של הנכסים נשוא הנאמנות תוך וידוא כי גם אם קורה משהו בעתיד, עדיין נותרת כרית בטחון ליורשים.

הואיל ונאמנות בכלל ובוודאי נאמנות המחליפה צוואה הם כלים מורכבים ביותר, חשוב מאוד לבצע זאת באמצעות נוטריון ויועץ מס המכירים את התחום ובעלי ניסיון פרקטי בניהול נאמנויות כאלה.

\* עו"ד דורון אפיק הינו נוטריון ועורך דין המוסמך בישראל ובניו יורק והוא השותף המנהל של משרד אפיק ושות' ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)) המתמקד בדיני חברות, דיני מקרקעין, עסקאות בינלאומיות ופיננסיות, לרבות עסקאות מיזוג ורכישה, מימון ומשפט ימי ואף הרצה בתחומי מומחיותו, לרבות במסגרת תואר מנהל עסקים Executive MBA באוניברסיטה העברית בירושלים. עו"ד אפיק בוגר הכשרה של האיחוד האירופי ביישוב סכסוכים בינלאומיים מחוץ לכותלי בית המשפט (נישור ובוררות) ומשמש גם כבורר וכנאמן בנאמנויות ישראליות ובינלאומיות. רו"ח גל דיקשטיין הינו בעל תואר שני בניהול פיננסי (הצטיינות יתרה) וראשון בכלכלה וחשבונאות (בהצטיינות) מהמרכז האקדמי רופין ומנהל את המחלקה למיסוי ישראלי ובינלאומי במשרד דיקשטיין יועצים ([smart-tax.co.il](http://smart-tax.co.il)). גל עבד ברשות המסים במשך שנים רבות ובתפקידו האחרון היה מנהל תחום בחטיבה המקצועית ברשות. גל מתמחה בתחומי המס השונים ובעיקרם מס הכנסה, חוקי עידוד, שינויי מבנה ומיסוי בינלאומי והוא מרצה בכיר בתחומי המיסים השונים בכמה מוסדות אקדמיים, בהם האוניברסיטה העברית בירושלים, המרכז האקדמי רופין והמכללה האקדמית קרית אונו. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו. לפרטים נוספים: 03-6093609, או באמצעות הדואר האלקטרוני: [afiklaw@afiklaw.com](mailto:afiklaw@afiklaw.com).

## **Do you trust me to take care of you and your heirs ?/ Doron Afik, Esq., Gal Dikshtein, CPA\***

A person wants to ensure that he leaves his heirs assets after his demise. A will is always a possible solution, but how can one make sure that he may use the assets as long as he lives, but until the time of his death creditors will not be able to touch the assets if the unexpected happens? This is where the trust institution enters into play.

Israeli law uses one word - "*neémànut*" - to describe both the institution of trust and the holding of an asset in escrow for another without discretion. However, any connection between these two concepts is strictly coincidental and it is important to distinguish between the two. Another common mistake is to see the trustee and the trust as one, but these are completely separate entities.

An escrow is a situation in which a person holds an asset for another, such as in the case of an attorney who holds money from the sale of an apartment in escrow until the transfer of ownership. The asset does not belong to the escrow agent but to the beneficiary who may at any stage instruct the escrow agent how to act. Creditors of the beneficiary may at any time act against the asset to settle debts of the beneficiary and both from the legal and tax aspect there is no real meaning to the escrow beyond the fact that the holding by the escrow agent may give certain technical advantages (e.g., the beneficiary's inability to transfer ownership of the asset).

A trust, in contrast, is a legal institution essentially similar to a corporation. The creator of the trust (known as "settlor") transfers to the trust an asset ("res") and at that moment the ownership of the res moves to the trust and the settlor leaves the picture completely - he is no longer the owner of the res and he does not own the trust. The trustee is in fact the trust manager (similar to a director in a company) but the trustee is not the same as the trust and the trustee is certainly not the owner of the trust or its assets. The beneficiary also does not own the trust or its assets and cannot instruct the trustee how to act. The trustee is an independent functionary with full discretion with respect to the managing of the trust assets and may act in any manner, unless the trust deed limits the discretion or instructs on how to act. Although Israeli law allows only a trust created by law, according to a contract with the trustee or by a trust deed, the Israeli Supreme Court adopted the Common Law concept of an implied trust - when it can be seen in retrospect that the parties intended to create trust relations, even if they did not enter a written agreement.

One case in which a trust is an effective tool is the testamentary substitute trust. In such a case, a person transfers assets to the trust while he is still alive, and determines in the framework of the trust deed how the trust will be maintained as long as he is alive and what will be done after his demise (either by replacing the beneficiaries or by ending the trust and transferring the remaining assets to the same or other beneficiaries). In such a case, the Israeli Supreme Court held that because prohibit transactions in future succession this can only be done by means of a deed of trust executed before a notary public. The main advantages of such trust, when duly made (and the author of this article serves as a trustee in several such trusts), is that it removes the res from the settlor's estate and ensures that even if something happens in the future, the heirs are protected.

Note, that because the trust in general, and certainly the testamentary substitute trust, are very complex tools, it is vital to do so through a notary public and a tax consultant who are not only knowledgeable in the field but also have practical experience in managing such trusts.

---

\***Doron Afik** is a notary public and an attorney admitted to practice in Israel and New York and is the managing partner of Afik & Co., Attorneys and Notaries ([www.afiklaw.com](http://www.afiklaw.com)). Doron served as an adjunct professor at Hebrew University Doron teaches Mergers and Acquisitions as part of the EMBA program. Doron's practice focuses primarily on international transactions, including mergers and acquisitions, dispute resolution and issues of public law. He is a graduate of a European Union alternative disputes resolution course and of the ICC Master Class for arbitrators. He also serves as arbitrator and a trustee in Israeli and international trusts. **Gal Dikshtein** holds a master's degree in financial management (extra cum laude) and a bachelor's degree in economics and accounting (cum laude) from the Ruppin Academic Center and manages the Israeli and international tax department at Dikshtein Consultants ([smart-tax.co.il](http://smart-tax.co.il)). Gal worked for the Tax Authority for many years. He is a senior lecturer in the field of taxation at several academic institutions, including the Hebrew University of Jerusalem, the Ruppin Academic Center and the Kiryat Ono Academic College. Nothing herein should be treated as legal advice and all issues must be reviewed on a case-by-case basis. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: [afiklaw@afiklaw.com](mailto:afiklaw@afiklaw.com)