

איזון משאבים: ברוטו או נטו?

שחר ליפשיץ, * שמואל מורן ** ואהוד שושן ***

הָבָה נִרְדָּה וְנִבְלָה שֵׁם שְׁפָתָם
אֲשֶׁר לֹא יִשְׁמְעוּ אִישׁ שְׁפַת רֵעֵהוּ:
(בראשית יא ד)

- א. מבוא: ברוטו או נטו המבוכה במצב הקיים
- ב. רקע: דיני המס ומיסוי אגב גירושין – המישור החיצוני
- ג. הטיעון בעד חלוקה נטו – הצורך בהתחשבות במיסוי עתידי במישור היחסים הפנימי בין בני הזוג עצמם בעת איזון המשאבים
- ד. מן הכלל אל הפרט: אימתי וכיצד יש לשקלל את המס הרעיוני העתידי
- ה. סוף דבר ומחשבות לעתיד

א. מבוא: ברוטו או נטו המבוכה במצב הקיים

מאמר זה עוסק בשאלה אם חלוקת נכסים בין בני זוג עם פקיעת הקשר הזוגי, בין אם בדרך של איזון משאבים ובין אם בדרך של חלוקה רכושית אחרת, צריכה להיעשות לפי שווים הברוטו של הנכסים, או לפי שווים נטו, תוך התחשבות בחבויות מס עתידיות הגלומות בהם.

הדין הישראלי מורה כי בעת פקיעת הנישואים עקב גירושין, לרבות מועד מוקדם שהוא "מועד קרע" כהגדרתו בחוק יחסי ממון בין בני זוג,¹ ובהיעדר הסכם המסדיר את יחסי הממון בין בני זוג, יחולו על בני הזוג הסדר איזון המשאבים המפורט בחוק יחסי ממון בין בני זוג התשל"ג-1973.² לפי החוק האיזון נערך על ידי קביעת הנכסים ברי-האיזון של בני הזוג. נערך חישוב שווים של כלל הנכסים

* פרופ' מן המניין אוניברסיטת בר-אילן.

** שותף מייסד משרד עורכי דין מורן ושות'.

*** שותף מייסד משרד רואי החשבון אהוד שושן ושות'.

אנו מודים לרוזן רחמני על סיוע במחקר ולרו"ח רונן קידר על שיחות מקדימות בנושאים הללו.

1 ס' 5א לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, הקובע מועדים מוקדמים לפקיעת הנישואין לשם איזון המשאבים.

2 ראו פרק ב' לחוק יחסי ממון.

ברי האיזון הללו, בדרך של צירוף כלל המשאבים והערכתם באופן מקיף. במסגרת זו משווי כלל הנכסים של כל בן זוג מנוכה שיעור החובות המגיעים ממנו.³ יישום הוראות החוק בפועל מעורר שאלות מורכבות לגבי אופן הערכת שווי הנכסים.

כאשר בית המשפט מבצע את איזון המשאבים הוא פועל להערכת שווים של נכסי בני הזוג תוך שהוא נעזר באנשי מקצוע – שמאים, כלכלנים, מעריכי שווי ואקטוארים – המספקים לו הערכה כלכלית של שווי הנכסים, במועד הקרע שבין בני הזוג. איזון המשאבים מכוח חוק יחסי ממון בין בני זוג, חל על זוגות נשואים שנישאו החל משנת 1974 ואילך. כאשר לידועים בציבור וגם זוגות שנישאו לפני שנת 1974, חלה "חזקת השיתוף". חזקה זו מניחה שותפות קניינית או מעין קניינית בין בני זוג בנכסים שנצברו בנישואיהם עד מועד הקרע.⁴ בדומה לחוק יחסי ממון אף חזקת השיתוף דורשת חלוקת נכסים בין בני הזוג לעיתים בדרך של חלוקה בעין ולעיתים בדרך של הערכת שווים של הנכסים ועריכת איזונים כספיים.⁵ בסכסוכי גירושין רבים עולה השאלה אם איזון משאבים או חלוקה בין בני זוג לפי חזקת השיתוף צריכים להיעשות על פי ערכי נטו או על פי ערכי ברוטו. היינו, אם הפחתת חובות משווי הרכוש כוללת גם הפחתה של התחייבות פוטנציאלית לתשלום מס בגין רווחי הון כלואים שנושאים עימם הנכסים בעת שימכרו בפועל בעתיד ושלכאורה אינם חלים בעת הערכת השווי. במילים אחרות, השאלה היא האם שווי נכסי הצדדים בעת החלוקה או האיזון הכולל הוא בהתאם לערכם בהווה בלבד? גישה זו אינה מתחשבת במיסים שטרם חויבו ועשויים להיות מוטלים בעת המימוש. לחילופין נשאלת השאלה האם השווי לחלוקה צריך להביא בחשבון שבעת מימוש הנכסים בעתיד יחלו מס רווחי הון בשיעורים שונים? לפי גישה זו יש להביא בחשבון בהערכת השווי לחלוקה את השלכות המס שנוצרו כתוצאה מאותם רווחי הון כלואים.

שילוב של כמה גורמים יוצר בלבול ואי־הבנה בקרב שופטים, דיינים ועורכי דין וכן בקרב מעריכי שווי ואקטוארים. לא אחת אי־בהירות זו גרמה להחלטות משפטיות אשר אינן מתיישבות עם ההיגיון הכלכלי ואף לא עם ההיגיון המשפטי המנחה את איזון המשאבים. הסוגיה ממוקמת בליבת המפגש המשיק בין דיני המשפחה, החשבונאות, הכלכלה והמס. רק השילוב הסינרגטי והאיזונים העדינים שבין הארבעה, תוך התאמת העקרונות החשבונאיים והמיסויים להקשר הספציפי של איזון המשאבים ותכליותיו, הם המצע לפתרון הראוי.

3 על הסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק ויישומו בפסיקה ראו שחר ליפשיץ השיתוף הזוגי פרק ה (דפנה שופי עורכת לשון 2016).

4 על חזקת השיתוף והתפתחותה ראו ליפשיץ השיתוף הזוגי, שם, בפרק ד.

5 ע"א 809/90 לידאי נ' לידאי, פ"ד מו(1) 602 (1992); ע"א 5640/94 חסל נ' חסל, פ"ד נ(4) 250 (1997); ע"א 1967/90 גיברשטיין נ' גיברשטיין, פ"ד מו(5) 661 (1992).

עד היום בית המשפט העליון נדרש לנושא בעקיפין ובהערת אגב בפסק דין אחד שאינו מקיף, בע"מ 4660/16 פלוני נ' פלונית שנתן בזמנו השופט מזוז.⁶ אולם, בשיח המקצועי של העוסקים בתחום, בין היתר בעקבות הערת האגב של השופט מזוז בבע"מ 4660/16, הועלתה מפעם לפעם הסברה שלפיה עמדת בתי המשפט האזרחיים היא כי איוון המשאבים נערך בערכי ברוטו או למצער שהאפשרות להתחשב במס האישי המוטל על הבעלים, דורשת הוכחה קונקרטית לתשלומם בפועל במסגרת תהליך האיוון.⁷ לכאורה, תחושה זו מתחזקת נוכח הפרקטיקה המקובלת בענף החשבונאות והערכת השווי, שלפיה, הערכת השווי של חברה אמורה להביא בחשבון מס המוטל על החברה, אך היא לא מביאה בחשבון את המס המוטל על בעליה במקרה של מכירה עתידית.⁸

למרות חשיבות הנושא, ההתייחסות השיפוטית לסוגיה הייתה עד לאחרונה מצומצמת יחסית. סוגיית המיסוי הרעיוני בעת איוון המשאבים זכתה לאחרונה להתייחסות מקיפה בפסק דינה של השופטת איריס אילוטוביץ' סגל (שעסק במיסוי של חברת ארנק שאליה נוקזו משכורתו ורווחיו של שותף בפירמת עורכי דין).⁹ עמדתו של בית המשפט בפרשת חברת הארנק הייתה כי העברת מניות בין בני זוג אגב גירושין לא נחשבת אירוע מס, בדומה להעברת מקרקעין אגב גירושין. לקביעה זו כשלעצמה אין קשר ישיר לשאלת האיוון של שווי חברת הארנק בין בני הזוג, אלא היא ממקמת ביחס שבין הבעלים של החברה לרשויות המס. ביחסים שבין בני הזוג, קבעה השופטת שאיוון המשאבים ייעשה בשלב הראשון בערכי ברוטו. עם זאת, השופטת אליטוביץ' הכירה בכך שחלוקה בערכי ברוטו יוצרת עיוות כלכלי. על כן היא קבעה, בין היתר בהסתמך על פסיקה

⁶ בע"מ 4660/16 פלוני נ' פלונית (נבו 5.9.2016).

⁷ להצגת האיוון ברוטו כפרשנות הרווחת של פסק הדין וכמדיניות הרווחת בבתי המשפט האזרחיים ראו למשל יניב בוכניק "הערכת שווי – מוניטין, עסקים, חברות" כנסי הדיינים 337 (רפאל אלטמן עורך 2022). עוד ראו יניב בוכניק רווח הון לא רק רעיון (טרם פורסם, עותק אצל המחברים) המציג את גישת החלוקה בערכי ברוטו כגישה האזרחית הרווחת, אך מבקר פרקטיקה זו ומעדיף את הגישה המתחרה. כן ראו עמ"ש (מחוזי מר') 30402-05-15 (לא פורסם 9.3.2016), פסק הדין לא פורסם, אולם הקביעה המשפטית שבו, לפיה האיוון יערך בערכי ברוטו, הוזכרה בבקשת ערעור על פסק הדין שנדחתה על ידי השופט מזוז בבע"מ 2943/16 פלוני נ' פלונית, פס' 2 (נבו 8.12.2016). השופט מזוז עצמו סבר כי מדובר בסוגיה משפטית שטרם הוכרעה אך בחר שלא להתערב בה במקרה הספציפי משום שהמקרה דרש פרשנות של הסכם נקודתי ולא קביעה עקרונית.

⁸ לפרקטיקה זו ראו, למשל, טל מופקדי ואיתי שרוני יסודות המימון פרק 9 (2019). וכן יאיר לפידות (יפל) הערכת שווי חברות (2013).

⁹ תלה"ם (משפחה ת"א) 18-01-63643 פלונית נ' אלמוני (נבו 27.12.2023) (להלן: פרשת חברת הארנק).

קודמת של בית המשפט המחוזי בתל אביב,¹⁰ שאם בעתיד ישולם מס בגין מימוש השווי הכלכלי של הזכויות בחברות, אזי הצדדים יישאו בחלקים שווים במס הנגזר כתוצאה מאירוע המס, וזאת בגין ערכים כלכליים שנצברו בתקופת השיתוף בלבד.

עם זאת, בעוד פסק דינו של בית המשפט המחוזי, שעליו הסתמכה השופטת אליטוביץ', לא תחם בזמן את המועד שבו יתאפשר לבעלים הרשום לתבוע מבן הזוג השתתפות בחוב המס,¹¹ בהקשר הספציפי שבו דנה השופטת אליטוביץ' (פרשת חברת ארנק), נקבע שאיזון המס ייעשה בתנאי שאירוע המס (כגון משיכת דיבידנד או מכירת החברה) יתרחש במשך חמש שנים ממועד הקרע.¹² מתווה דומה נקבע על ידי בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב,¹³ אלא ששם הגביל בית הדין הרבני את איזון המס לאירוע שיתרחש בתוך שלוש שנים מיום מתן פסק הדין, וחייב בהפקדת ערובה להבטחתו. להשלמת פסיפס העמדות הרווחות כיום, נציין שבניגוד לעמדה הרווחת המסרבת להכיר בחוב המס כשיקול באיזון המשאבים, אלא אם כן שולם או ישולם בפועל, באחד מפסקי הדין של בית הדין הרבני הגדול הובעה עמדה פסקנית לטובת חלוקה בערכי נטו, וזאת באופן מיידי עם איזון המשאבים וללא קשר לשאלה אם בפועל שולם או ישולם המס.¹⁴ לאור הסקירה של המצב המשפטי הקיים, נבקש כעת להציג את עמדתנו בסוגיה. אנו סבורים שמנקודת המבט הכלכלית, וגם מנקודת המבט המבקשת להגשים את תכליתו של איזון המשאבים, על איזון המשאבים להיערך במונחי

10 עמ"ש (מחוזי ת"א) 25980-06-19 פלוני נ' פלונית (נבו 14.7.2020) (להלן: פרשת התשלום הדחוי).

11 למדיניות דומה ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 12220-08-12 פלונית נ' פלונים (נבו 28.4.2019). במקרה זה נקבע חיוב מותנה דחוי במס. לפי פסק הדין, שווי הנכס לצורכי איזון יחושב ברוטו, אך במקרה של מכירת מניות ותשלום מס בעתיד – תשלם בת הזוג את סכום המס בגין חלקה במניות עד למועד הקרע. זאת בכפוף להצגת אישור מטעם רשות המסים עם הסכום הסופי שעל התובעת לשלם בפועל.

12 פרשת חברת הארנק, לעיל ה"ש 9, בפס' 266.

13 רבני (אזורי ת"א) 1198254/23 פלוני נ' פלונית (נבו 15.6.2023).

14 ראו ע' (גדול) 890096/7 פלוני נ' פלונית, עמ' 4 לפסק הדין (נבו 16.4.2020), שם נאמר כך "שווי העסק לאיזון יהיה שוויו לאחר ניכוי מס חברות משווי לפי הערכת שמאי. כך מקובל בכל איזון משאבים וכך ראוי להיות. איזון המשאבים מתייחס למה שצברו בני הזוג במהלך הנישואין ועד מועד הקרע. העסק שהוקם משווי אפס והגיע לשווי העדכני במועד הקרע, הוא כמו כל הכנסה אחרת החייבת במס. העובדה שהמס לא משולם עם צבירת ההון העסקי אלא על ידי מימושו (עם מכירתו) נוגעת רק לזמן פירעון המס, ואין היא התלייתו של עצם התשלום בעתיד. לכן, מה שצברו בני הזוג הוא שווי העסק בניכוי המס שבו הוא מחויב" (ההדגשות במקור). בהערת אגב נציין כי אף על פי שבית הדין מדבר על ניכוי מס חברות כוונתו היא למס רווחי הון במקרה של מכירת החברה.

נטו תוך קביעת איוונים במקרים מתאימים לכך. לשיטתנו, הטכניקה החשבונאית המקובלת להערכת שווי חברות לצרכים אחרים, לא יכולה להיות מועתקת ככתבה וכלשונה כאשר מדובר באיוון משאבים בין בני זוג. אף ברמה הפוזיטיבית, לשיטתנו, הפרשנות שניתנה לאמירות אגב של השופט מזוז בבע"מ 4660/16 כאילו הן קובעות הלכה מחייבת, הן אמירות שגויות הסותרות אמירות מפורשות של השופט מזוז עצמו בפסיקה מאוחרת יותר.¹⁵ ברוח זו, אנו סבורים שפסיקתה של השופטת אליטוביץ' בפרשת **חברת הארנק**, והפסיקות האזרחיות עליה התבססה, ופסיקת בית הדין האזורי בתיק 1198254/23, המכירים בצורך העקרוני להתחשב בחבות מס עתידי של הבעלים, פוסעים בכיוון הנכון. עם זאת, כפי שיובהר בהמשך, בפסקי הדין הללו אין די ויש צורך בהכרעה חד-משמעית לטובת איוון בערכי נטו, ובקביעת ברירת מחדל שלפיה האיוון בערכי נטו ייערך כבר בשלב איוון המשאבים. במובנים אלה אנו תומכים דווקא בפסיקת בית הדין הרבני הגדול בתיק 890096/7. עם זאת, בניגוד לעמדת בית הדין הרבני הגדול, לשיטתנו, במקרים שבהם לא צפויה מכירה קרובה של העסק, יש צורך לתת משקל לדחיית המס ממנה מרוויח אך ורק הבעלים הרשום. לכן יש להנחות את המומחים הכלכליים לאמוד את המשמעות הכלכלית של דחיית המס במסגרת חוות הדעת, ועל בית המשפט להביא בחשבון נתון זה בקבעו את האיוון הסופי. נוסף על כך, במקרים נדירים יש לפתוח את הפתח לדחיית ההתחשבות לכשתתרחש. כפי שנראה בהמשך, זו גם המגמה המסתמנת בכמה מדינות בעולם המערבי שמתווה דיני הרכוש הזוגי שלהם מזכיר את זה הישראלי. בהתאם, רשימה זו תוקדש לשאלה הממוקדת הנוגעת להתחשבות או אי-התחשבות בהיבטי מס רעיוניים בגין רווחי הון כלואים כחלק מהערכות השווי הנערכות לצורך חלוקת הנכסים בהתאם לחזקת השיתוף או איוון המשאבים על פי חוק יחסי ממון. נבקש להצדיק את העמדה העקרונית התומכת בחלוקה בערכי נטו בעת איוון המשאבים, ולהציע אמות מידה ראשוניות ליישומה באופן ראוי. לצורך גידור הדיון נבהיר כי נכסים פנסיונים, אשר גם הם בגדר הנכסים העומדים לחלוקה ולאיוון, זכו לחוק מיוחד אשר בבסיסו עומדת חלוקה בעיני של הנכסים הפנסיונים.¹⁶ נכסים אלה מעוררים שיקולים ייחודיים בכלל ובהקשר לתוצאות המס בפרט ורשימה זו לא תעסוק בהם.

¹⁵ ראו בע"מ 2943/16, לעיל ה"ש 7.

¹⁶ חוק לחלוקת חסכון פנסיוני בין בני זוג שנפרדו, התשע"ד-2014.

ב. רקע: דיני המס ומיסוי אגב גירושין – המישור החיצוני

אנו חוששים שהמבוכה בסוגיה הנדונה מתחילה בערבוב בין שאלות נפרדות שלא תמיד נערכת ביניהן הבחנה מספקת. **שאלה ראשונה:** האם העברת רכוש אגב גירושין בין בני זוג כחלק מאיזון המשאבים היא אירוע מס ועסקה החייבת במס? זו שאלה הממוקמת בדיני המס ועוסקת ביחסים שבין התא המשפחתי או יחידיו לבין רשות המסים, קרי, דיני המס.

שאלה שנייה, במישור שונה לחלוטין, היא: האם תהליך איזון המשאבים, אשר אמור לחלק בשווה את הנכסים בני האיזון, צריך לכלול את ההשפעה של המס העתידי, שייתכן שיחול על זכות או נכס הנותר בידי כל אחד מהצדדים. זו שאלה, שמיקומה במישור היחסים הפנימי בין בני הזוג הנפרדים, קרי, דיני הרכוש הזוגי שהם חלק בלתי נפרד מדיני המשפחה.

משכך, טרם נפנה לשאלת היחסים הפנימיים, שהיא העומדת במוקד המאמר הנוכחי, נדון תחילה, בנפרד, בשאלה הראשונה העוסקת במישור החיצוני של התא המשפחתי מול רשויות המס.

נפתח בסקירת הגישות השונות שמאמצים דיני המס ביחס להעברות רכוש אגב גירושין. דיני המס שונים ביחסם להעברות רכוש אגב גירושין בזכויות במקרקעין או באיגוד מקרקעין, לעומת נכסים אחרים כגון מניות בתאגידים או זכויות כלכליות אחרות. באשר למקרקעין, בסעיף 4א לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה),¹⁷ קיימת הוראה ברורה הקובעת כי העברת רכוש בין בני זוג או לילדיהם, על פי פסק דין אגב גירושיהם, לא תחשב מכירה או פעולה באיגוד. לכן היא גם אינה משום אירוע מס במס שבח (הסדר היוצר מנגנון של דחיית מס).

כעת נבחן את המצב המשפטי ביחס לזכויות כלכליות שאינן זכויות במקרקעין. לעומת זאת, לא קיימת הוראת חוק דומה באשר לזכויות כלכליות אחרות (כגון העברת מניות בחברות רגילות או תשלום תמורתן) במסגרת חלק ה' לפקודת מס הכנסה, העוסק במיסוי רווחי הון.¹⁸ כמו כן לא קיימת הוראת חוק דומה באשר להעברת מלאי בין בני זוג במסגרת חלק ב' לפקודת מס הכנסה.

הוראת החוק באשר לזכויות במקרקעין או באיגוד מקרקעין מבוססת על העיקרון שלפיו בעת מכירה עתידית, ישלם בעל הזכות את מס השבח על בסיס השבח הנצבר מיום רכישת הזכות במקרקעין או באיגוד המקרקעין המקוריים ועד המכירה, ללא זכות לנכות את סכום האיזון ששילם לבן או בת הזוג בעת איזון המשאבים שביניהם (עיקרון רציפות המס).

17 חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963.

18 פקודת מס הכנסה [נוסח חדש].

באשר לזכויות אחרות שאינן זכויות במקרקעין, בהיעדר הוראת חוק מקבילה לחוק מיסוי מקרקעין, משקיפות רשויות המס על העברת זכויות בעת איוון משאבים, בזווית הראיה של חלק ה' לפקודת מס הכנסה העוסק במיסוי רווחי הון. זאת בהיעדר הסכמה על עיקרון רציפות המס ביחס לזכויות כגון מניות בחברות רגילות, אופציות, או תמורתן. כך, רשות המסים רואה בהעברה או בויתור על נכסים, כעסקה החייבת במס רווח הון וזאת על בסיס שתי הגדרות בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה:

"מכירה" – לרבות חליפין, ויתור, הסבה, העברה, הענקה, מתנה, פדיון, וכן כל פעולה או אירוע אחרים שמביאים למצב בו יצא נכס בדרך כל שהיא מרשותו של אדם, והכל בין במישרין ובין בעקיפין, אך למעט הורשה".

"נכס" – כל רכוש, בין מקרקעין ובין מיטלטלין, וכן כל זכות או טובת הנאה ראויות או מוחזקות, והכל בין שהם בישראל ובין שהם מחוץ לישראל" (למעט מספר סייגים המנויים בהמשך ההגדרה).

עמדה זו של רשויות המס מביאה, לכאורה, לתפיסה הכללית שלפיה העברת זכויות באיוון המשאבים, אגב גירושין (למעט מקרקעין כאמור) היא "מכירה", ומשכך חייבת במס. במילים אחרות, אם בן זוג אחד מעביר לבן זוג אחר שווה כסף (לרבות ויתור על חלקו בנכס הרשום כבר בבעלות בן הזוג האחר), יש לראות בכך מכירה החייבת במס.

על אף האמור לעיל, רשויות המס אימצו בכל זאת מדיניות שמצאה ביטוי בהחלטת מיסוי 7681/14¹⁹ ובעמדה שהוגשה לבית המשפט העליון בתיק 2943/16 פלוני נ' פלונית²⁰. לפי מדיניות זו, בהתקיים שלושה תנאים מצטברים, ניתן שלא לראות בהעברות בין בני זוג של מניות חברה פרטית, הנמצאות בבעלות המלאה, כמכירה החייבת במס. ואלה התנאים:

(1) העברת המניות נעשית בהסכם ופסק דין אגב גירושין;

¹⁹ ראו החלטה 7681/14 של רשות המיסים "העברת מניות במסגרת הסכם גירושין" <http://bit.ly/3ITCB2y> (להלן: החלטת מיסוי 7681/14).

²⁰ בע"מ 2943/16, לעיל ה"ש 7, בפס' 1 (להלן: עמדת מס הכנסה בעמ"ש 2943/16). העמדה מצויה אצל הכותבים והתייחסות אליה כמו גם להחלטת המיסוי מופיע בפסק דינה של השופטת אליטוביץ בפרשת חברת הארנק, לעיל ה"ש 9, בפס' 261. בידי הכותבים מצוי גם מכתב הבהרה שנכתב על ידי רשות המסים בתיק אחר (להלן מכתב ההבהרה שאף בו חוזרת הרשות על העקרונות האמורים בטקסט).

- (2) בחישוב עתידי של מס רווחי הון בעת מכירה, לא תובא בחשבון התמורה ששולמה בגין הזכויות באיזון המשאבים וחישוב המס יהיה לפי המחיר המקורי ויום הרכישה המקורי של המניה (עיקרון רציפות המס);
- (3) הסכמה מפורשת של בן הזוג לאמור לעיל.

עמדת רשות המסים היא כי אם התנאים האמורים לא מתקיימים, אזי העברת המניות/ הזכות, בעין או בשווה כסף תיחשב מכירה בידי בן הזוג המעביר, וחבות המס תיקבע בהתאם ותחושב בהתאם ל"תנאי העסקה". בעניין זה ראוי להעיר שתי הערות חשובות:

א. כל עוד זו עמדת רשות המסים, חייבים עורכי הדין ובתי המשפט ליתן דעתם להתקיימות כל שלושת התנאים. זאת כדי שלא לגרום לכך שאיזון המשאבים באמצעות העברת מניות של חברה פרטית יהיה עסקה חייבת במס – אירוע מס בו במקום, כבר בשלב איזון המשאבים. עוד יש לשים לב לכך שהשופטת אילוטוביץ' סגל בפסק דינה סברה שגם אם בן זוג מסרב לקיים את התנאים, ובייחוד את ההסכמה הנדרשת על פי סעיף (3), הרי שלבית המשפט יש את היכולת לקבוע אותם בהחלטה שיפוטית מחייבת, אם הוא סבור שאין זה ראוי כי יוטל מס מלא על בן הזוג המוכר את זכותו או המוותר עליה בגין חלקו ברווח ההון. זוהי ככל הנראה גם עמדתם של שופטים ודיינים נוספים שקבעו בהחלטות שלא התבססו על הסכמה בין הצדדים הסדרים לפיהם הבעלים הרשום יישא בעתיד במלוא המס ויתחשבן על כך עם בן זוגו. עמדה זו לא משתלבת עם הנוסח הקיים של עמדות והבהרות מס הכנסה המוכרות לנו,²¹ וככל הידוע לנו, לפחות עד עתה, היא לא נבחנה באופן שיטתי על ידי רשויות המס. בהתאם, אנו ממליצים שבמקרים שאינם מבוססים על הוראת הדחייה המפורשת בסעיף 4 לחוק מיסוי מקרקעין, אלא על החלטת מיסוי 7681/14, יש לוודא שרשויות המס יצורפו כצד לדיון ושהם יפעלו בהתאם להכרעות השיפוטיות בעניין.

ב. עמדת רשות המסים ראויה לעיון נוסף. אין היא נקייה מספקות ולא מן הנמנע שאפשר לתקוף אותה משפטית במקרה מתאים. לא ברור כי קיים הבדל מהותי בין זכויות במקרקעין לזכויות אחרות המועברות אגב גירושין. הגיעה העת שהמחוקק יאמץ נוסח הדומה לסעיף 4 בחוק מיסוי מקרקעין, גם בפקודת מס הכנסה, בדומה לתיקון בחוקי המס האמריקאים משנת 1984.²² עד שהמחוקק יעשה זאת, יש לצפות שלפחות רשות המסים תאמץ גישה זוהי, בלא תנאים,

21 ראו העמדה וההבהרה אליהן התייחסנו בהערה הקודמת.

22 בשנת 1984 חוקק בארצות הברית ס' 1041 במסגרת חוקי המס (IRC) (§ 26 U.S.C) (1041). נקבע כי לא יוכר רווח או הפסד בהעברת כל סוג של רכוש מיחיד לבן זוג או לבן זוג לשעבר (רק אם ההעברה קשורה לגירושין). ההעברה תחשב כמתנה ועלותה תישמר כעלותה הבסיסית שהייתה אצל המעניק (יכנס בנעלי המעניק).

הפותרים פתח למיקוח וסחטנות בין בני הזוג. אין שום סיבה להבחנה המלאכותית בין מקרקעין לזכויות אחרות. כדי להמחיש את ההבדל בין שני המצבים ואת ההשלכות המעשיות של ההבחנה, נבחן את הדוגמה הבאה: (הסכומים בש"ח):

לבן זוג א' מניה בחברה רגילה בשווי 3,000,000 ש"ח.

לבן זוג ב' דירת מגורים יחידה ששוויה הוא 1,000,000 ש"ח.

ראוי לנתח שני מצבים שונים:

מצב ראשון שבו מתקיימים התנאים של החלטת המיסוי 7681/14 ורשויות המס לא יראו באיוון המשאבים כעסקה.

מצב שני שבו לא מתקיימים תנאי החלטת המיסוי 7681/14 ואיוון המשאבים הופך להיות עסקה ואירוע מס.

במצב הראשון מתקיימים תנאי החלטת המיסוי 7681/14 – להלן חשבון איוון המשאבים הראוי שבין הצדדים:

פרטים	בן זוג א' ש"ח	בן זוג ב' ש"ח	סה"כ ש"ח
מניה בחברה רגילה	3,000,000		3,000,000
דירת מגורים יחידה פטורה ממס		1,000,000	1,000,000
סה"כ	3,000,000	1,000,000	4,000,000
פרטים	ש"ח		
סה"כ הנכסים שנצברו בתקופת השיתוף	4,000,000		
מחצית הנכסים שנצברו בתקופת השיתוף	2,000,000		
נכסים הרשומים ע"ש צד ב	1,000,000		
תשלום איוון שצד א' יעביר לצד ב'	1,000,000		

כלומר, במצב ראשון זה בו שמתקיימים תנאי החלטת מיסוי 7681/14 יש לנהוג כדלקמן:

– צד א' יעביר לצד ב' תשלום איוון של 1,000,000 ש"ח.

לא יועבר **בשלב איוון המשאבים** כל סכום לרשות המסים.

כאשר צד א' יממש בעתיד את השקעתו בחברה, הוא ישלם מס על כל עליית הערך של המניות כולל זו של המחצית המיוחסת לבן זוג ב שנצברה בתקופת השיתוף.

זהו אותו רווח הון כלוא, אשר בגינו לא שולם מס, ואשר הוא מועבר לצד

א'. מצב זה עלול להפר את האיזון הרכושי בין הצדדים. בקושי זה נטפל בהמשך בפרק העוסק בחזית שבין בני הזוג לבין עצמם.

מצב שני בו לא מתקיימים תנאי החלטת המיסוי 7681/14 – להלן חשבון איזון המשאבים שבין הצדדים:

פרטים	בן זוג א ש"ח	בן זוג ב ש"ח	סה"כ ש"ח
מניה בחברה רגילה (הנחה הבעל אינו בעל מניות מהותי 25% מס לא כולל מס יסף)	3,000,000	3,000,000	3,000,000
מס רווח הון צפוי (בהנחה של עלות אפס).	-750,000	-750,000	-750,000
דירת מגורים יחידה (בשווי פטור ממס)	1,000,000	1,000,000	1,000,000
סה"כ	2,250,000	1,000,000	3,250,000
פרטים	ש"ח		
סה"כ הנכסים שנצברו בתקופת השיתוף	3,250,000		
מחצית הנכסים שנצברו בתקופת השיתוף	1,625,000		
נכסים הרשומים ע"ש צד ב	1,000,000		
תשלום איזון שצד א יעביר לצד ב	625,000		

כלומר במצב שני זה, שבו לא מתקיימים תנאי החלטת מיסוי 7681/14 יש לנהוג כדלקמן:

- צד א' יעביר לצד ב' תשלום איזון של 625,000 ש"ח.
- צד א' יעביר בשם צד ב' (בהיעדר פטור מניכוי מס במקור) לרשות המסים סך של 375,000 ש"ח.
- כאשר צד א' יממש בעתיד את השקעתו בחברה, הוא ישלם מס על רק על מחצית מעליית הערך של המניות שנצברה בתקופת השיתוף, שכן רשויות המס יכירו בעלות של 1,500,000 ש"ח כמחיר הקנייה של המחצית של המניות ש"רכש" מבן זוגו במסגרת איזון המשאבים. זאת לצד קבלת ערך של יום הרכישה במועד איזון המשאבים.

נוסיף ונציין שמן הבחינה המשפטית, העמדה שלפיה לא מתקיים אירוע מס בעת איזון המשאבים, גם כאשר לא התקיימו התנאים הקבועים בהחלטת המיסוי

הנ"ל, מתחזקת עוד יותר במקרה שבו בניגוד למקרה שאליו התייחסה החלטת מיסוי 7681/14, מדובר בנכס עסקי הרשום מלכתחילה על שם אחד מן הצדדים. במקרה זה, בהתאם לחוק יחסי ממון, אין מדובר בנכס משותף אלא בנכס בר-איוון שבו לבן הזוג הלא רשום אין ולא הייתה זכות חפצית בו, אלא רק זכות לאיוון משאבים. מנגד, בעמדות והבהרות שהוגשו בהליכים ספציפיים, הבהירה רשות המס כי מבחינתה הוראת סעיף 88 לפקודת מס הכנסה והחלטת המיסוי, רלוונטיות גם במקרה של ויתור על זכויות מכוח איוון המשאבים.²³ אולם מן הבחינה המשפטית הטהורה לא ברור שוויתור על הזכות לאיוון שווי במסגרת איוון המשאבים הוא מכירה כמובנה בסעיף 88 הנזכר לעיל לדיני המס.

לסיכום חלק זה, ראוי לציין כי הסוגיה המשפטית מורכבת ודורשת התייחסות מעמיקה נוספת מצד המחוקק והפסיקה. מכל מקום, דיון בנושא זה מחייב התעמקות ברציונל של דיני המס בכלל ושל מיסוי המשפחה בפרט, והם חורגים מהיקפו של מאמר זה המתמקד ביחסים הפנימיים שבין בני הזוג. משכך המשך הדיון במאמר הנוכחי ייקח כנתון את המצב המשפטי הנוהג בהקשר ליחסים החיצוניים שבין בני הזוג לבין רשויות המס. נוכח מצב משפטי זה נפנה לעסוק ביחסים הפנימיים שבין הצדדים.

ג. הטיעון בעד חלוקה נטו – הצורך בהתחשבות במיסוי עתידי במישור היחסים הפנימי בין בני הזוג עצמם בעת איוון המשאבים

הדיון במערכת הפנימית שבין בני הזוג בעת איוון המשאבים, עוסק בסוגיה אחרת: האם בחישוב ערכם ושווים של נכסים לצורך איוון המשאבים, יש להביא בחשבון את חבות המס שתהא בעתיד, חבות אשר נוצרת בשל כך שבן הזוג המועבר לוקח על עצמו גם את חבות המס של בן הזוג המעביר אשר ישולם לכשהנכס יימכר ויחול מיסוי על מכירתו? זאת הן במצבים שבהם האיוון עצמו לא יוצר בהווה חבות במס; והן במקרה שבו חבות המס נדחית בהתאם לסעיף 4א לחוק מיסוי מקרקעין; והן במקרה שבו חלה דחיית מס בהתקיים התנאים המפורטים בהחלטת המיסוי.

בפתח הדיון יש להפנות ולהזכיר את לשון הוראת סעיף 6 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, הקובעת:

"(א) לצורך איוון המשאבים לפי סעיף 5 יש לשום את נכסי כל אחד מבני הזוג, פרט לנכסים שאין לאון שוויים; משווי הנכסים האמורים של כל בן-זוג יש לנכות את סכום החובות

²³ ראו המקורות שהוזכרו לעיל בה"ש 20.

המגיעים ממנו, למעט חובות בקשר לנכסים שאין לאזן שוויים.

(ב) היה שוויים של נכסי בן הזוג האחד עולה על שוויים של נכסי השני, חייב האחד לתת לשני את מחצית ההפרש, אם בעין ואם בכסף או בשווה כסף.

[...]."

דיוננו יתחלק לשניים: ראשית, נדון בפרק הנוכחי בשאלה העקרונית: אם איזון המשאבים אמור להיערך במונחי נטו או ברוטו. או, במילים אחרות, אם איזון המשאבים אמור להביא בחשבון גם את ההשלכה המיסויית הנובעת מכך שבן הזוג הנעבר מקבל לידיו, יחד עם הנכס, את חבות המס אשר נוצרה כתוצאה מדחיית אירוע המס למועד עתידי. נקדים ונאמר שבנושא זה מסקנת הדיון שיערך בהמשך הינה חד-משמעית: איזון המשאבים ברמה המהותית חייב להתבצע בערכי נטו. כלומר, בדרך שתביא לידי ביטוי גם מס עתידי שאמור לשלם הבעלים בגין רווח שנצבר בתקופת הנישואים.

שנית, נוכח מסקנתנו הנחרצת בפרק זה שלפיה יש לערוך את האיזון במונחי נטו, נעסוק בשאלה אימת יש לערוך את האיזון במונחי נטו, והאם בזמן הפרידה ועריכת איזון הנכסים הכללי או בזמן המיסוי בפועל? אם נבחר באפשרות הראשונה, דהיינו עריכת איזון נטו בזמן הפרידה במקביל לעריכת איזון הנכסים הכללי, יש לדון כיצד יש להביא בחשבון בעת הפחתת רכיב המיסוי את התהיות והספקות לגבי עיתוי המיסוי העתידי ככל שיתרחש. אך אם נבחר באפשרות השנייה, דהיינו חלוקה מקורית בערכי ברוטו והתחשבות לגבי המיסוי לכשיתרחש, יש לבחון אם לקצוב את מועד ההמתנה, וגם כיצד להבטיח את תשלומי האיזון בגין המס. בכל אלה נדון בפרק הבא.

נפתח אם כן בשאלה הראשונה: האם ברמה העקרונית איזון המשאבים צריך להתבצע בערכי ברוטו או נטו? לדעתנו, לשונו של סעיף 5(א) לחוק יחסי ממון בין בני זוג,²⁴ כמו גם הגיונו הכלכלי ותכליתו, מלמדים כולם שיש לערוך את האיזון במונחי נטו.

²⁴ "עם התרת הנישואין או עם פקיעת הנישואין עקב מותו של בן זוג (בחוק זה – פקיעת הנישואין) זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שוויים של כלל נכסי בני הזוג, למעט –

- (1) נכסים שהיו להם ערב הנישואין או שקיבלו במתנה או בירושה בתקופת הנישואין;
- (2) גימלה המשתלמת לאחד מבני הזוג על-ידי המוסד לביטוח לאומי, או גימלה או פיצוי שנפסקו או המגיעים על פי חיקוק לאחד מבני-הזוג בשל נזק גוף, או מוות;
- (3) נכסים שבני הזוג הסכימו בכתב ששוויים לא יאוזן ביניהם."

כאמור, השאלה היא אם חוב מס עתידי על הזכויות והנכסים הנשארים בידי כל אחד מבני הזוג, הם חובות שיש להביא בחשבון בעת איוון המשאבים. מדובר בחוב מס שייתכן שיהפוך מחוב מס מותנה לחוב מס מוחלט בתאריך קרוב, בתאריך רחוק או לא יהפוך לחוב מס מוחלט כלל בהיעדר מימוש.

מצד אחד, התשובה יכולה להיות שלילית. זאת משום שאיוון המשאבים הוא ניתוק מוחלט "פרידה נקיה וסופית" בין בני הזוג לטוב ולרע, וממילא אם אין בשלב האיוון חבות מס על הנכסים הנשארים בידי כל בן זוג והוא ממילא לא מוכר אותם, הרי שלטוב ולרע כל חיוב או שינוי עתידי אינו מעניינו של איוון משאבים בהווה.

מצד שני, תשובה אחרת יכולה להיות הפוכה בעיקר במצבים שבהם אחד מבני הזוג נשאר עם נכס שאין עליו חבות מס בעת מכירתו העתידית. למשל, דירת מגורים יחידה, מזומנים בבנק וכיוצא באלה ואילו בן הזוג האחר נשאר עם זכויות (למשל מניות בחברה רגילה) שללא ספק בעת מכירתן העתידית יחול חיוב מס ככל שתתרחש. אין לנו כל ספק כי כל בר-דעת יעדיף לקבל נכס מזומן על פני נכס אחר, אף אם ערכם בשוק זהה, כאשר נוסף על קבלת הנכס הוא יקבל לידי גם חבות מס תיאורטית.

לשם המחשה נביא דוגמה פשוטה: נכס (חברה) הוקם על ידי בני הזוג בעלות זניחה. בעת הגירושין שווי המניות נקבע על שלושה מיליון שקל. בן זוג אחד המחזיק בכל המניות משלם למשנהו לאיוון המשאבים סך של 1.5 מיליון שקל באמצעות ויתור על חלקו בדירת מגורים, שגם שוויה שלושה מיליון שקלים. נניח לצרכי דוגמה זו, שהתנאים הנדרשים לכך שרשויות המס לא יראו באיוון כמכירה, התקיימו. בחלוף שנתיים ימים, מוכר כל אחד מבני הזוג שכבר התגרשו, את הנכס שנשאר בידי. בן הזוג שבידיו המניות מכר אותן בשלושה מיליון ש"ח ושילם מס בסך של 750,000 ₪ (הנחה שבעל המניות שאינו מהותי). ואילו בן הזוג שבידו הדירה מכר את הדירה וקיבל פטור או שילם מס בגובה של 150,000 ש"ח בלבד.

התוצאה היא שגם אם בעת איוון המשאבים בני הזוג חילקו ביניהם את הנכסים בהתאם לשווי השוק שלהם, אי אפשר להתעלם מהעובדה כי אחד מבני הזוג קיבל על עצמו גם את ההשלכות המיסיות הנוצרות מדחיית אירוע המס למועד עתידי. להשלכות מיסיות אלו יש מחיר ואפשר בהחלט לאמוד מחיר זה על בסיס, בין היתר, הציפייה שלנו למימוש עתידי של הנכס וחייב בן הזוג הנעבר במס השייך לבן זוגו המעביר.

השאלה הנשאלת היא אם גם כאשר יש דחיית מס בעת ביצוע איוון הרכוש אגב גירושין (נוכח סעיף 4 לחוק מיסוי מקרקעין או מכוח קיום תנאי החלטת המיסוי), יש להתעלם מחיוב המס העתידי כמס רעיוני, או דווקא להפך, יש לחשב, בהתחשבות שבין בני הזוג השתתפות של שני בני הזוג במס רעיוני.

במילים אחרות, האם המילים "החובות המגיעים ממנו" בסעיף 6 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, כוללות גם מס רעיוני, הנובע מהתחייבות שקיבל על עצמו בן הזוג הנעבר לשלם את המס המשותף המגיע עד למועד הפרידה, ואשר שלטונות המס הסכימו לדחות את תשלומו למועד מכירתו לצד שלישי, הגם שתשלומו עתידי ומוטל בספק? והאם יש לחשב בגינו (באופן מלא או חלקי) הפחתה בשווי הרכוש המאוזן בעת איזון המשאבים בין בני הזוג?

לדעתנו, הפרשנות הכלכלית של סעיף 6 לעיל לא יכולה להתעלם מהשווי הנוכחי של אותו מס, שיתכן שישולם בעתיד. הדבר נכון ביחס למיסוי עתידי של רווחי הון אך לא רק. גם במקרה של חלות סעיף 4 לחוק מיסוי מקרקעין, הקובע כי לא רואים בהעברת זכויות במקרקעין, אגב הליכי גירושין, כמכירה לעניין אותו חוק, הרי שבכך רק נדחה המס האישי ממועד הגירושין למועד המכירה בפועל. נהוג להתייחס להקלה זו כ"פטור", אך מבחינה כלכלית מדובר על דחיית מס בלבד. מכירת הנכס בעתיד לצד שלישי על ידי מי שהנכס נותר בידיו, תחויב במס מלא על בסיס עלותו ההיסטורית של הנכס.

את ההיגיון הכלכלי באיזון נטו אפשר לתאר גם במונחי הרציונליים של חוק יחסי ממון שבמרכזם ההבנה כי בני הזוג צריכים לחלוק בשווה בנכסים ובחובות שהופקו במהלך הנישואים.

המיסוי העתידי על הנכסים המאוזנים שהוא בשלב איזון המשאבים רעיוני בלבד, הוא ללא ספק רכיב שיש לו או עלולה להיות לו השפעה דרמטית על שוויוניות איזון המשאבים בין בני הזוג. נמחיש זאת באמצעות הדוגמה שבתחילת המאמר: בעת הגירושין נקבע שווי של מניות בן זוג בחברה על סך של שלושה מיליון ש"ח, ואילו שווייה של בעלות בנכס מגורים הנותר בידי בן הזוג השני על סך של מיליון ש"ח. בן הזוג שנשאר עם המניות שילם למשנהו לאיזון המשאבים, מיליון ש"ח.

נניח כנתון שאם בעתיד יימכר נכס המגורים לא יחול מס במכירתו והסכום שיישאר בידי המוכר יהיה מיליון ש"ח ואילו אם תימכרנה מניות החברה, יישארו בידי בן הזוג המוכר רק 2,250,000 ש"ח. התוצאה של איזון המשאבים אינה שוויונית משום שבן זוג אחד נותר עם שני מיליון ש"ח (נכס המקרקעין + מיליון ש"ח שהועברו אליו), ואילו בן הזוג האחר נותר עם 1,250,000 ש"ח בלבד (תמורת המכירה בניכוי מס רווחי ההון ששילם ובניכוי מיליון ש"ח ששילם לבן זוגו). בכך נפגעה השוויוניות באיזון המשאבים.

יש לזכור כי בעת ביצוע הערכת שווי הנכס (בדוגמה שלעיל מניות החברה) השווי כפי שנקבע על ידי מומחה מטעם בית משפט, כמו כל הערכת שווי, מתייחס אך ורק לשווי הנכס עצמו (בדרך כלל אומדן מחירו בשוק בין קונה למוכר מרצון), ואינו מתייחס למשמעות הכלכלית שיש לכך שבן הזוג הנעבר

לוקח על עצמו נוסף לנכס גם את ההתחייבות לתשלום מס בעתיד, המשויכת לבן הזוג המעביר. בעולם הכלכלי והמסחרי אכן אין מקום לכלול בהערכות שווי של חברות את המיסוי המשולם בעת מכירה של החברה או מניותיה. אולם בדיני משפחה, וכאן ההבדל, ראוי כי נוסף על הערכת שווי נכסים עצמם, ייקבע "שווי" הנכס" השלילי הרעיוני של המס העתידי במערכת איוון המשאבים.

השוואה מתבקשת היא לשותפות הקניינית בזכויות בין בני זוג שעליהם חלה חזקת השיתוף, או מוחל שיתוף ספציפי בזכות. במקרים אלה, דרך המלך לפירוק השיתוף הקנייני היא מכירה של הזכות לצד שלישי או בין הצדדים. ממילא עם ביצוע הפירוק, משולם המס והיתרה שנותרת בידי צד היא נטו. לדעתנו, המחוקק לא התכוון לתוצאה הפוכה בהסדר איוון משאבים ולא כיוון לכך שמס "מרחף" גם אם עתידי לא יובא בחשבון באיוון המשאבים, גם אם על דרך של היוון שלילי בשל אי-תשלומם בהווה. משכך, לדעתנו, חוב המס העתידי מקטין את שווי הנכס ויש לתת לכך ביטוי כלכלי או להבטיח שבעת המכירה העתידי יישאו הצדדים במס שיחול.

חרף הבהירות העקרונית בסוגיה זו, פסק דין אחד של בית המשפט העליון עליו מסתמכים רבים יצר אי-בהירות רבה בסוגיה זו, ואפשר אף לומר פרשנויות מוטעות לגבי ההכרעה המשפטית שנקבעה בו.

פסק הדין הוא בע"מ 4660/16, שבו דחה השופט מזוז את בקשת רשות הערעור של פלוני. באותו פסק דין נקבע כי אם פלוני נדרש לשלם מס שעה שהוא מגייס מקור מימוני (במקרה זה משיכת דיבידנד מחברה), אין להפחית מס זה מסכום תשלום איוון המשאבים שהוא חב לפלונית. קביעה זו פורשה בטעות בפסיקה כאילו עמדתו של שופט בית המשפט העליון היא כי האיוון צריך להיעשות לפי ערכי ברוטו ולא נטו, ולא היא! השופט מזוז תוך התייחסות לערכאות קודמות כתב כך:

"בית המשפט קבע, כי למשיבה חלק במניות והורה למבקש להעביר לה את חלקה בכסף ולא במניות בעין. ככל שיתיר המבקש את המניות בידו ויעביר למשיבה את שוויין מכיסו, הרי לפנינו מכר רעיוני מאת המשיבה למבקש, וככל שימכור את המניות לצד ג' על מנת להעביר לה את חלקה, הרי לפנינו מכר רעיוני של המשיבה לצד ג'. בשתי החלופות הללו לפנינו מכר רעיוני שעורכת המשיבה, ולפיכך עליה לשאת בחבות המס הכרוכה במכר המניות, ככל שישנה. על רקע זה, העמיד בית המשפט לענייני משפחה אפשרות למבקש להציג אישור מאת רשויות המס בדבר חבות במס, בין אישור תשלום מס בפועל במכר

לצד ג', ובין אישור עקרוני בדבר חבות במס בגין העברת מניות המשיבה אל המבקש".²⁵

מדברים ברורים אלה עולה דווקא מסקנה הפוכה. כפי שהסברנו בדיון בשאלה הראשונה, רשויות המס רואות בהעברת המניות או שוויון משום מכירה (אלא אם מתקיימים שלושת התנאים האמורים). לכן, אפשר להסיק מכך באופן עקרוני, שיש להפחית את המס הרעיוני מהאיוון ולחלוק את החיוב בו בין הצדדים בשווה. השופט מזוז קבע שאם פלוני לא מביא אישור (בפועל או עקרוני) על המס הרי שהעובדה שפלוני משלם לפלונית את חלקה באמצעות משיכת דיבידנד מהחברה הוא רק אמצעי תשלום ואין מקום לשתף את פלונית בנטל חיוב המס הנובע מכך. קביעה זו בהיבט הכלכלי שלה, אינה נקיה מספקות שכן משיכת דיבידנד היא למעשה "מכירה" של חלק מהון (שווי) החברה מהחברה לבעל המניות ואם הדבר נעשה בעת איוון המשאבים הרי שהמס המשולם כאן ועכשיו בפועל מקטין את שווי החברה וראוי כי יאוזן בין הצדדים, זאת בשונה ממצב בו האיוון נעשה דרך נכסים אחרים ולא משולם מס בפועל בעת האיוון. מעבר לביקורת הכלכלית המהותית על פסק הדין, חשוב להדגיש כי גם מבחינה משפטית לא נקבעה בו הלכה מחייבת. יצוין כי השופט מזוז עצמו, חודשים ספורים לאחר פסק הדין שניתן בבע"מ 4660/16, הבהיר כי לא נקבעה הלכה בסוגיה הנדונה וכי הקביעה באותו פסק דין אינה מחייבת. בפסק הדין בע"מ 26,2943/16 אשר פורסם כמה חודשים לאחר מכן, ציין כב' השופט מזוז כי:

"אכן, השאלה האם יש לנכות מס רעיוני בהעברת מניות בין בני זוג אגב הליכי גירושין לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, היא שאלה עקרונית שלמיטב ידיעתי טרם הוכרעה בפסיקה [...]".²⁷

לסיום פרק זה נזכיר שבדומה למוסכמה שרווחה בישראל שלפיה איוון המשאבים הוא בערכי ברוטו, אף בעולם המערבי היו מדינות שסרבו להתחשב במס עתידי שצפוי להיות מוטל על הבעלים.²⁸ נוסף על כך, בדומה להערת האגב של השופט מזוז, היו שהסכימו לתת ביטוי רק לתוצאות מס מיידיות של הסדר איוון

25 בע"מ 4660/16, לעיל ה"ש 6, בפס' 6.

26 בע"מ 2943/16, לעיל ה"ש 7.

27 שם, בפס' 3.

28 לעמדה המסורתית ראו למשל *In re Marriage of Czapar*, 232 Cal. App. 3d 1308 (Ct. App. 1991).

המשאבים.²⁹ עם זאת, בעשורים האחרונים מתהפכת המגמה והעולם המשפטי המערבי מפנים יותר ויותר את התובנה שאיוון בערכי ברוטו והתעלמות ממס עתידי לא מגשימים את הרציונל של איוון המשאבים.³⁰ בהתאם, שופטים ומחוקקים עומדים על הצורך לקחת גם מס עתידי ואפילו אין ודאות לגבי עיתוי ושיעורו במסגרת איוון המשאבים.³¹ חקיקה חדשה בפנסילבניה העוסקת בגורמים שעל בית המשפט להביא בחשבון בעת איוון המשאבים עשויה להדגים מגמה זו. לפי הדין המתקן בפנסילבניה, בעת איוון המשאבים יש להביא בחשבון גורמים שונים המצוינים בסעיף, ובהם חובות מס עתידיים שיוטלו על הבעלים בעת מכירה ושמקורם בתקופת הנישואים, ואפילו לא מדובר בחובות מידיים וודאיים.³² אף כלכלנים שעסקו בסוגייה הבהירו כי מנקודת המבט הכלכלית, חלוקה בערכי נטו היא הכיוון הראוי ועמדו על מגמות במשפט הנוהג ברוח זו.³³ לאחר שבחנו את המגמות בעולם המערבי, ראוי להתמקד בהתפתחויות בפסיקה הישראלית. כפי שצינו במבוא, את העיקרון שלפיו שווי נכס לצורך

²⁹ ליישום הגישה המסורתית ראו למשל Weinberg v. Weinberg, 432 P.2d 709, 714 (Cal. 1967).

³⁰ ראו Cicilie Gildersleeve, *Survey: Speculation on Future Tax Liability in Valuation of Marital Property*, 21 J. AM. ACAD. MATRIMONIAL LAW. 697, 746 (2008), המתאר את העמדות בנושא במדינות שונות בארצות הברית ואת העובדה שלצד מדינות מסוימות המאמצות את עמדת המיעוט יותר ויותר מדינות סבורות כי נכון לתת ביטוי לחבות מס עתידי במסגרת איוון המשאבים.

³¹ ראו למשל Eisenberg v. C.I.R., 155 F.3d 50, 57 (2d Cir. 1998) ("The issue is not what a hypothetical willing buyer plans to do with the property, but what considerations affect the fair market value [...]. We believe that an adjustment for potential capital gains tax liabilities should be taken into account in valuing the stock at issue in the closely held C corporation even though no liquidation or sale of the Corporation or its asset was planned"). לדוגמאות נוספות לקו חשיבה זה בפסיקה האמריקאית ראו למשל: Donovan v. Donovan, 494 A.2d 1260, 1264 (Del. 1985); Baldwin v. Baldwin, 905 S.W.2d 521, 524 (Mo. Ct. App. 1995); Kauffman v. Kauffman, 101 S.W.3d 35, 50 (Mo. Ct. App. 2003). לעמדות דומות באוסטרליה שלפיהן על איוון המשאבים להביא בחשבון מיסוי עתידי ולהצעת מנגנונים מסוימים להתחשבות כזו ראו, למשל, Rosati v Rosati (1998) FamCA 38.

³² 23 PA. CONS. STAT. ANN. § 3502. על פי החוק בפנסילבניה [...] – (a) General rule Factors which are relevant to the equitable division of marital property include the following: [...]. (10.1) The Federal, State and local tax ramifications associated with each asset to be divided, distributed or assigned, which ramifications need not be immediate and certain (ההדגשה של המחברים).

³³ ראו למשל SHANNON P. PRATT, BUSINESS VALUATION DISCOUNTS AND PREMIUMS 277 (2d ed. 2009), המבהיר שמנקודת המבט הכלכלית אין שום הצדקה לחלוקה בערכי ברוטו. פרט סבור כי המשפט הנוהג מתחיל להפנים תובנה זו אף כי לא בקצב מספק.

איוון משאבים הוא השווי נטו, אימץ בצורה הבהירה ביותר דווקא בית הדין הרבני הגדול,³⁴ בפסק דין שבו נקבע כי יש לנכות מס מרבי (שם בשיעור של 20%) משווי העסק המחושב באמצעות שיטת הדינ תזרים מזומנים (DCF). הדיינים הפכו בעניין זה את החלטת בית הדין האזורי בתל-אביב בתיק 1198254/23, וקבעו שיש להפחית משווי הנכס את המס הרעיוני בשיעור המרבי לדעת המומחה, קרי 20%. במילים פשוטות, הנכס אוזן בהתאם לשווי נטו ולא ברוטו. כדאי לשים לב לכך שאין הכוונה שהמס יופחת מתשלום האיוון, אלא שהמס מפחית את שווי הנכס ובכך נושאים למעשה שני בני הזוג במס בחלקים שווים. נוסף ונאמר שכפי שהראינו במבוא, בניגוד למוסכמה לפי העמדה האזרחית היא שאיוון נערך במונחי ברוטו, מרבית הפסיקה האזרחית העדכנית נכונה להתחשב במס עתידי לכשיתממש.³⁵ אם כן, גם הפסיקה האזרחית ולא רק זו הרבנית, מקבלת את העיקרון שלפיו האיוון צריך להביא בחשבון את המס שנצבר בתקופת הנישואים. השאלה לגבי העיתוי ודרך החישוב היא שאלה נפרדת אליה נתייחס בפרק הבא.

ד. מן הכלל אל הפרט: אימתי וכיצד יש לשקלל את המס הרעיוני העתידי

עד כה הוכחנו שברמה העקרונית, הכלכלית והמשפטית על איוון המשאבים להתבצע בערכי נטו. הוכחנו שבניגוד לאינטואיציה הרווחת זוהי היום העמדה העקרונית המקובלת על מרבית הפסיקה רבנית כאזרחית. עם זאת, העמדה העקרונית התומכת בחלוקת הנכסים בערכי נטו חייבת להתמודד עם קושי פרקטי לגבי יישומה. קושי הקשור בכך שבמקרים רבים המיסוי בפועל יתרחש לאחר זמן רב בעת מכירת הנכס. יתרה מזו, בהקשרים מסוימים כלל לא ברור שמכירה כזו אכן תתרחש בעתיד.

במקרים אלה, בהינתן שאיוון המשאבים מתקיים בערכי נטו, המשמעות היא שאחד מבני הזוג משלם את המס הרעיוני כבר בעת האיוון, או במקרה שבו לא חלה דחיית המס, הוא משלם את המס בפועל, בעוד בן הזוג האחר נהנה לבדו מדחיית המס. לשיטתנו, דווקא הניתוח המלמד כי חוב המס הוא מעין נכס משותף, מוביל למסקנה שגם דחיית המס היא נכס או הטבה ועל כן אין זה הוגן לאפשר רק לבעלים הרשום ליהנות ממנה. לדעתנו, קושי זה לא מצדיק חזרה למודל של חלוקה בערכי ברוטו, אך הוא דורש התאמות של הגישה הסבורה כי בכל מקרה ומקרה יש לאזן את הנכסים בערכי נטו כאילו נמכרו באופן מיידי בעת

34 לעיל ה"ש 14, בפס' ג'.

35 ראו ההפניות לעיל בחלק המבוא.

איוון המשאבים. בהתמודדות עם הקושי ובהצעת מודלים לפתרונות יעסוק החלק הנוכחי.

כדאי לזכור שסעיף 6 לחוק יחסי ממון בין בני זוג מעניק לבית המשפט ארגז כלים רחב:

6. מימוש הזכות לאיוון

(א) [...] משווי הנכסים האמורים של כל בן-זוג יש לנכות את סכום החובות המגיעים ממנו, למעט חובות בקשר לנכסים שאין לאון שווים.

(ב) [...]

(ג) באין הסכמה בין בני הזוג בשאלה מה מגיע מהאחד לשני או באיוון דרך יבוצע האיוון, יחליט בית המשפט או בית הדין לפי הנסיבות, ורשאי הוא לקבוע מועדי הביצוע, הבטחתו ושאר תנאים, לרבות תוספת ריבית במקרה של ארכה או סילוק בשיעורים.

לאחר שהבהרנו את העיקרון העומד בבסיס חוק יחסי ממון, נבחן כעת את הגישות המעשיות להתמודדות עם סוגיית המס העתידי. ככלל, אפשר להצביע על שלוש גישות מרכזיות לדרך ההתחשבות בחוב המס העתידי, להבדיל מזה המוטל כבר בעת האיוון:³⁶ על פי גישה אחת, אותה נכנה גישת החלוקה במקור יש להתחשב בחוב המס העתידי כבר בשלב האיוון בלי להמתין לנתוני האמת. גישה זו אמורה להתייחס לכל נכסי הצדדים לרבות חברות ולרבות נכסים אחרים כולל נכסי נדל"ן עליהם צפוי מס שבח במכירתם. כפי שראינו בתיק 890096/7 בית הדין הרבני הגדול יישם גישה זו בצורה קיצונית, דהיינו ללא התחשבות בדחיית החוב ובמשמעותה הכלכלית.³⁷ אף בארצות הברית קיימת גישה לפיה החלוקה נטו לא קשורה כלל וכלל להערכה הראלית אם ומתי תתרחש המכירה בסופו של דבר.³⁸ לעומת זאת, לשיטתנו, יש ליישם גישה זו בצורה זהירה יותר, כאשר ההתחשבות במס העתידי תיקח בחשבון את עיתויו המשוער וסיכויי התממשותו כמפורט להלן.

36 וראו בהקשר זה אף את הגישות השונות הקיימות בארצות הברית שהוצגו לעיל בהערות 28-33.

37 ראו לעיל ה"ש 14.

38 ראו פרשת Eisenberg v. C.I.R., לעיל ה"ש 31 והציטוט שהובא שם.

על פי גישה שנייה, אותה נכנה **גישת החלוקה הדחוייה** יש להמתין לנתוני אמת, כלומר החלוקה הראשונית בעת איזון המשאבים תהיה בערכי ברוטו, אך במקרה של מכירה עתידית יידרש בן הזוג הלא רשום לחלוק בתוצאות המס וזאת ללא מגבלת זמן. חלק מן האוחזים בגישה זו נכונים גם להקצות בטוחות כדי להבטיח תשלום מס כזה בעתיד.

גישה שלישית, שאותה נכנה **גישת הדחייה הקצובה בזמן**, דומה לגישה השנייה במובן זה שהיא מבקשת להמתין לנתוני האמת, אך גם מבקשת לתחום את משך הזמן שבמסגרתו ניתן יהיה "להתחשבן" על תוצאות המס של העסקה לכמות שנים קצרה. זו הגישה שהוצגה בפסק הדין שעסקת בחברות המדף,³⁹ כמו גם בבית הדין האזורי בתיק 40.1198254/23.

ברמה הלשונית, סעיף 6 לחוק יחסי ממון בין בני זוג מאפשר לבית המשפט לבחור בכל אחת מן הגישות וההכרעה ביניהן צריכה להתבסס שיקולים עקרוניים ומעשיים. ככלל אנו סבורים שבראיה כלכלית נכונה, לצורך איזון משאבים בדיני משפחה, יש להתייחס למס עתידי שהוא רק רעיוני בשלב האיזון **כחוב בגין נכס כהגדרתו בסעיף 6(ב) לחוק** (ממש כמו "משכנתה" הרובצת על נכס), ולכן לחשב ניכוי כלכלי ראוי בגין החוב הנזכר לעיל כבר בשלב האיזון. יש לקבוע כללים אחידים ומקובלים להערכת ה"שווי" של חוב עתידי זה תוך הבאה בחשבון של מאפייניו הייחודיים. משום כך עמדתנו העקרונית היא ברוח הגישה הראשונה התומכת בחלוקה במקור.

ואכן בהקשרים אחרים שבהם ניצבה מערכת המשפט בפני הבחירה בין חלוקה על פי הערכה שווי במועד האיזון-הקרע, לבין הותרת השותפות בין בני הזוג והמתנה לנתוני אמת, העדיפה הפסיקה בדרך כלל את הערכת השווי נכון ליום הפירוד על פני הותרת השותפות בין הצדדים. מדיניות רבת שנים זו של הפסיקה נתמכה בכמה שיקולים שסוכמו על ידי כבוד השופט רובינשטיין בבע"מ 41,1681/04 וחזרו עליהם שופטים רבים בהזדמנויות רבות.⁴²

ראשית, עמד השופט רובינשטיין ובעקבותיו הפסיקה על עקרון הפרידה הנקייה ועל הצורך להבטיח שלאחר הפרידה תנותק התלות ההדדית בין בני הזוג. שנית, במקרה שבו אחד מן הצדדים הוא המנהל בפועל של החברה, קיים החשש שהוא ינקוט פעולות המתאימות לאינטרס האישי שלו אך פוגעות באינטרס

39 ראו לעיל ה"ש 9.

40 ראו לעיל ה"ש 13.

41 בע"מ 1681/04 פלונית נ' פלוני, פ"ד נט(4) 618, 614-620 (2005).

42 ראו, כדוגמה בלבד: ע"א 803/00 שטיינמץ נ' שטיינמץ, פס' 4-6 לפסק הדין (נבו 4.12.2001); ה"פ (מחוזי ת"א) 39/89 ברנוביץ נ' ברנוביץ, פס' 6 (נבו 25.7.1993); תמ"ש (משפחה ת"א) 20644/96 סטריק נ' סטריק, פס' 19-20 (נבו 9.2.2004); תמ"ש 410176/96 ע.ר. נ' ע.ג, פס' 10 (נבו 3.9.2002).

הכלכלי של בן זוג. שלישית, בעיקר בנכסים שבהם יש כמה שותפים או בעלי מניות, יכולים להיות שיקולים מסחריים וכלכליים שמכתיבים כיוונים מנוגדים. לבסוף, קיים ההיבט הפרקטי המבקש לחתום את מערכת ההתדיינויות העתידית בין בני הזוג.

שיקולים אלה רלוונטיים גם בהקשר לחלוקת המס. כך הותרת איוון המשאבים כעניין תלוי עד לבירור ההיבט המיסוי ממשיכה את התלות בין הצדדים. היא עלולה להוביל בעתיד לקשיי גבייה והיא מקשה על כל צד לדעת במדויק מה הסכום העומד לרשותו לצורך כלכל ענייני לאחר הפרידה. נוסף על כך, במקרים שבהם קיימים שיקולי מס שונים כגון שוני בשיעורי המס, זכאויות שונות לפטור וכיוצא בזה, הגישה הממתנה לנתוני האמת מובילה לכך שאחד מן הצדדים יקבל החלטות עבור שני הצדדים גם יחד. לכך יש להוסיף שלפחות במצב המשפטי הקיים, מדיניות המס של הרשות היא שאם הצדדים יבחרו לבצע מכירה בזמן האיוון, אזי אחד מן הצדדים ישלם את המס בזמן אמת על פי נתוניו, והשני ישלם את המס על המכירה בעתיד רק על חלקו. לעומת זאת, כלל לא ברור שרשויות המס יסכימו להתחשבנות מאוחרת כזו ולחלוקת המס בהתאם לנתונים האישיים של כל צד כאשר תתבצע המכירה בשלב מאוחר יותר.

לכאורה גישת הביניים המבקשת לתחום את ההמתנה לנתוני האמת למספר שנים קצובות (גישת הדחייה התחומה בזמן), תוחמת את התלות שבין הצדדים ובכך היא מצמצמת, גם אם לא מבטלת כליל, את החששות והטענות אותן העלינו כנגד הגישה המבקשת להמתין לביצוע בפועל. עם זאת, שיטת הדחייה הקצובה יוצרת עיוות נוסף, בכך שהיא מעודדת למעשה את הבעלים הרשום למכור בזמן קצוב את העסק או הנכס בשל רצונו לחלוק עם בת זוגו בתוצאות המס, גם אם באופן כלכלי וענייני הוא אינו חפץ בכך. בכך מובילה שיטת החלוקה הדחוייה הקצובה בזמן לתוצאות לא יעילות ולא צודקות כלפי בעל נכס שחפץ להמשיך ולהחזיק בנכסו או לא למשוך דיבידנד שכן הכסף נחוץ לפעילות החברה, למרות הגירושים, ועדיין לא לשאת לבדו בתוצאות המס של הרווחים שצמחו בתקופת החיים המשותפים.

משדחינו הן את גישת החלוקה הדחוייה הלא-קצובה והן את גישת החלוקה הדחוייה הקצובה בזמן נותר לנו לעיין בגישה הראשונה המבקשת להתחשב במס הרעיוני העתידי בזמן אמת. כפי שהסברנו לעיל, ברמה המהותית גישה זו היא ההולמת ביותר את הגיונו ומנגנוניו של חוק יחסי ממון המבקש בשלב איוון המשאבים לערוך איוון כלכלי בדרך המדמה מכירה של הנכסים בני איוון וחלוקת התמורה בין בני הזוג. מכירה רעיונית כזו הייתה מובילה לתוצאות מס ולהקטנת השווי העומד לחלוקה בפני בני הזוג. העובדה שבפועל בני הזוג בהחלטה מוסכמת או כפי שקורה במקרים רבים בהכרעה שיפוטית, מעדיפים מכניזם שלפיו הבעלים הרשום ימשיך להחזיק בחברה בעוד בן הזוג יקבל את שוויה,

אינה משנה את המהות והיא ניסיון לסימולציה של תוצאת מכירה של החברה בנתונייה הקיימים.⁴³ ואכן, במקרים רבים הערכת שווי כלכלית מבקשת לדמות מכירה היפותטית של החברה או הנכס בזמן הנתון, וזאת ללא קשר להעדפות של הבעלים או הקונה הספציפי. לטעמנו כשם שבהקשרים אחרים שבהם מבוססת הערכת שווי המשמשת ביום יום את בתי המשפט בעת איזון המשאבים, על מכירה רעיונית ביום האיזון, ללא קשר לסיכויי התממשות מכירה כזו בפועל, כך גם בהקשר של רווחי מס ההון הכלואים החשש שמא עסקת המכירה לא תתממש בסופו של דבר אינה מצדיקה התעלמות ממשמעותו הכלכלית של המס הכלוא.

יתרה מזו, גם אם בסופו של דבר החברה לא תימכר, בכל היערכות כלכלית של הבעלים, כאשר הוא מביא בחשבון את החברה, עליו לדעת שהנזלתה צריכה להביא בחשבון גם את רכיב המס. במובן זה רכיב המס הוא חלק מתכונות החברה גם אם לא נמכרה בפועל. נוכח המקובץ, אנו סבורים שעצם החשש שהנכס נשוא האיזון לא יימכר בסופו של דבר או שהוא יימכר לאחר זמן רב, אינה שוללת את הצורך להתחשב בחוב המס הגלום בו.

עם זאת, אף לשיטתנו אין להתכחש לכך שחלוקה במונחי נטו על פי תוצאותיה של מכירה היפותטית ביום האיזון, מובילה לכך שבן הזוג הנפרד מן המניות משלם את המס הרעיוני כבר בעת המכירה, בעוד הבעלים הרשום ייהנה מדחיית מס עד לתקופת המכירה בפועל. זהו מצב לא ראוי הפוגע בשוויוניות של איזון המשאבים. לכן בהתאם, בדומה למנגנונים שהתפתחו במדינות שונות בעולם המערבי,⁴⁴ יש להותיר לבית המשפט שיקול דעת ובמקרים המתאימים להתאים את ההפחתה ברוטו בשווי המס המשוער בהתאם לסיכויי התממשותו ועיתויו הצפוי. מדובר בשיקולי צדק והוגנות סבירים הנמצאים בארגז הכלים של

⁴³ ודוק, בפרשת **חברת הארנק**, לעיל ה"ש 9, לצד הדיון בשאלת הברוטו-נטו עסקה השופטת אליטוביץ' בשאלה המהותית כיצד יש להעריך לצורך איזון משאבים זכות בתאגיד שאינה סחירה משום שהיא מבוססת על התחייבות אישית או פעילות אישית של בעל הזכות. כך, לדוגמה, במקרה שם זכות לשותפות במשרד עורכי דין שעל פי הסכם השותפות אינה סחירה. לפי השופטת אליטוביץ', סחירות היא היבט חיוני באפשרות להתייחס לנכס שיש לשום את שווי נכס עסקי. לכן, בפרשת **חברת הארנק** היא סברה שחלקו של שותף בחברת עורכי דין שעל פי הסכם המייסדים לא ניתן להעברה אינו נכס עסקי, ועל כן יש להסדירו על פי אמות המידה הנהוגות לגבי התחשבות בכושר השתכרות אישי. משום כך, בהתאם לפסק הדין של אליטוביץ' הנכסים הנדונים במסגרת איזון המשאבים ושעשויות להיות להם השלכות מס עתידיות, הם נכסים סחירים ולא כאלה שאי אפשר למכור אותם בשל אופיים האישי.

⁴⁴ ראו את ההסדר בפנסילבניה 23 PA. CONS. STAT. ANN., לעיל ה"ש 32, המאפשר התחשבות במס עתידי אך לא קובע באופן מוחלט שיש לחלק את ערך החברה במונחי נטו כאילו נמכרה כעת. מבירורים שערכנו התברר לנו שגם באנגליה הפרקטיקה הרווחת היא שבתי המשפט מביאים בחשבון את רכיב המס העתידי בעת הערכת שווי.

בית המשפט, וחוסים הן בצילו של סעיף 6 לחוק יחסי ממון בין בני זוג והן תחת סעיף 8(2) לחוק שעניינו גם בנכסים עתידיים שליליים. בהקשר זה, כדי לבחון את שווי המס העתידי, הרעיוני, יש להורות למעריך שווי החברה להעריך גם את שווי חוב המס העתידי הצפוי, תוך שהוא מביא בחשבון את הנסיבות הספציפיות של כל מקרה. טרם החלטה בסוגיה, בתי המשפט ובתי הדין צריכים, לאפיין את סוג הנכס-עסק-חברה במטרה לקבל החלטה בדבר ההתייחסות למס הרעיוני. רצוי לקבל תשובות לשורה של שאלות ממוקדות שיסייעו להם להחליט באיזה שווי, אם בכלל, יש להביא בחשבון את המס העתידי כחוב שיש להפחיתו מאיוון המשאבים. זו הכרעה משפטית ולא רק כלכלית.

כדי ליישם גישה זו באופן מעשי, יש להגדיר מהם הנתונים שעל מעריכי השווי לספק לבית המשפט. התיאור שעל מעריכי השווי להביא בפני בית המשפט ובית הדין לצורך הפעלת שיקול הדעת השיפוטי אמור לכלול את: **מהות החברה-העסק**; יש עסקים אשר הם בגדר אופנה חולפת, יש עסקים בעלי רמת סיכון גבוהה וכדומה. במקרים אלה ייתכן שלאחר זמן לא רב העסק ייסגר ועל כן לא תתקיים מכירה המניבה רווחי הון.

כוונות בעל המניות כפי שמשקפות מהעבר ותוכניותיו לעתיד; אם התנהגותם בעבר מלמדת על נטייה למכור נכסים דוגמת זה שבמחלוקת כך יש מקום להתחשבות מוגברת בהיבט המס.

גיל בעלי המניות וקיומו של דור המשך; ככל שגיל בעלי המניות מבוגר יותר ואין דור המשך, אפשר להעריך שהאופק הכלכלי של העסק מבטיח פחות ועל כן עולה הסיכוי למכירה העתידית ובהתאמה הצורך להתחשבות מירבית ברכיב המס.

חשיבות האישית של בעל המניות לעסק; עסקים הנשענים על אדם מרכזי שהלקוחות מכירים וסומכים עליו, הם עסקים שתוחלת חייהם ורווחיהם מושתתים יותר על מוניטין אישי, על מגבלותיו והסיכונים המיוחדים שלו. בעסקים כאלה הסיכוי למכירה נמוך יותר ולכן גם הסיכוי להתממשות אירוע המס.

האם היו **ניסיונות מימוש בעבר**; מה שיכול ללמד על האטרקטיביות של העסק הן בשוק החופשי והן לבעלי המניות עצמם.

"קונים זמינים" כגון שותפים; שקיומם או אי-קיומם יכול להשפיע על סיכויי המימוש בפועל ולא רק בתיאוריה. מתחרים או מתן זכות עדיפות במסגרת תקנון החברה למכירה פנימית; גם לכך יש השפעה מהותית על שווי זכויותיו של בעל מניות ובהקשר הנוכחי על הערכת הסיכוי למכירה ולתוצאת מס בטווח קרוב.

וכן שיקולים נוספים כגון מצב השוק הכללי והספציפי בענף; מדיניות ההשקעות (לטווח קצר או לטווח ארוך); העדפות הקשורות לתמריצי מיסוי אשר לעיתים יעודדו את בעל הנכסים העסקיים לקבל החלטות; וכן מצבו הכלכלי של

המשק על כל היבטיו. כל אלה בעלי חשיבות לשיקול הדעת בדבר אופן איוון המשאבים.

יש לציין כי ארגז הכלים של בית המשפט מכוח סעיף 6(ב)–(ד) לחוק יחסי ממון בין בני זוג בדבר אופן האיוון הוא רחב מאוד,⁴⁵ ולכן המפגש שבין דו"ח הערכת השווי שהוא "תוצר מוגמר" לבין התיאורים העובדתיים המפורטים לעיל עשוי לתת בידי השופט כלים הן לביצוע איוון משאבים צודק יותר, המתקרב לאינטרסים הכלכליים של שני הצדדים, שאינם תמיד זהים, והן להערכה של התממשות המכירה שתביא בהכרח לתשלום מס. לדוגמה, אם שופט, בעקבות חוות הדעת יעריך שהסיכוי שבעל מניות בעסק מסוים אכן יממש בזמן נראה לעין את זכויותיו, אזי יש להפחית את המס או לפחות חלק ממנו בעת עריכת האיוון, בעוד אם מדובר בעסק שהסיכוי שיימכר קטן, יש להפחית את גובה המס הרעיוני הקיים בעת הקרע נוכח הסיכוי הרב שבסופו של דבר המכירה ועל כן גם תשלום המס לא יתממש. גובה הפחתת המס נתון לשיקול דעת ושופט יכול להביא את הצדדים לפשרה או להכריע לפי נסיבותיו של כל מקרה לגופו.

על בסיס נתונים אלה ייתכן כי בית המשפט יבקש לעצב פתרונות ביניים שיפחיתו את רכיב המס באופן חלקי במקרים של מכירות ארוכות טווח בעלי סיכוי התממשות נמוך. בנקודה זו חשוב להדגיש כי הערכת שווי של נכסים בכלל והערכת שווי של נכסים לצורך איוון משאבים בפרט, אינה מדע מדויק אלא אומנות משולבת משפטית וכלכלית, היא מבוססת על תחזיות והערכות עתידיות שבאופן עקבי אינן מתממשות במדויק.⁴⁶ הערכת שווי אינה אלא כלי עזר לשופט

⁴⁵ (ב) "היה שווים של נכסי בן הזוג האחד עולה על שווים של נכסי השני, חייב האחד לתת לשני את מחצית ההפרש, אם בעין ואם בכסף או בשווה כסף."

(ג) באין הסכמה בין בני הזוג בשאלה מה מגיע מהאחד לשני או באיוו דרך יבוצע האיוון, יחליט בית המשפט או בית הדין לפי הנסיבות, ורשאי הא לקבוע מועדי הביצוע, הבטחתו ושאר תנאיו, לרבות תוספת ריבית במקרה של ארכה או סילוק בשיעורים.

(ד) בהחלטתו לפי סעיף קטן (ג) יתחשב בית המשפט או בית הדין בכל הנסיבות הקשורות במצבו הכלכלי של כל אחד מבני הזוג ובטובת ילדיהם הקטינים, ובאופן שימנע ככל האפשר –

- (1) גרימת אובדן מקור פרנסה סבירה לאחד מבני הזוג;
- (2) הפסקת קיומו או פגיעה בהמשך תפקודו התקין של תאגיד או של מקום עבודה אחר;
- (3) פגיעה בצבירת הזכויות הסוציאליות של אחד מבני הזוג.
- (4) פגיעה ברווחת ילדי בני הזוג הקטינים."

⁴⁶ הפסיקה האנגלית רוויה בהתבטאויות ברוח זו המחזקות שהערכות כלכליות הן סובייקטיביות ומוזירות את בתי המשפט שלא ללכת שבי אחר הנוסחאות הכלכליות ולהתאים את המכניזם הכלכלי לאינטרסים המשפטיים של צדק והגינות. ראו, לדוגמה, Lord Nicholls in Miller v. Versteegh v. Versteegh [2019] Fam 518, 543. כן ראו: Lord Nicholls in Miller v. Versteegh v. Versteegh [2019] Fam 518, 543.

לביצוע איוון המשאבים. על רקע זה, היבט המיסוי העתידי אינו חריג וכפי שעד היום למדו בתי המשפט בסיוע המומחים הכלכליים להעריך שווי חברות בזמן הפירוד על בסיס הערכות צופות רווחים ואירועים עתידיים, עליהם להביא בחשבון גם מיסוי אשר ישולם בעתיד ושצמח בתקופת הנישואים והערכות שונות לגבי עיתוי התממשותו.⁴⁷ כשם שההיבט הספקולטיבי של הערכות שווי לא גרם למומחים ולמשפטנים למשוך ידם מעיסוק בנושא לצורך הערכת שווי נכסים וחברות במסגרת איוון המשאבים, יתכבדו ויוסיפו להערכה גם התייחסות להיבט של חוב המס העתידי.

לאחר שבחנו את יתרונות גישת החלוקה במקור ואת אופן יישומה, ראוי לציין שקיימים מקרים שבהם יש מקום לחרוג מגישה זו. למסקנתנו העקרונית שלפיה ככלל רצויה התחשבות ברכיב המס העתידי כבר בשלב האיוון, תוך הבאה בחשבון של הנתונים שהובאו לעיל, נרצה להוסיף שני חריגים עיקריים:

חריג ראשון הוא במקרים דוגמת תלה"ם 18-01-63643 שעסק, כזכור,⁴⁸ בחברת ארנק. במקרה זה דובר בחברות שמטרתם צבירת רווחים שאין בהם פעילות כלכלית מהותית, כאשר ברור שלבן הזוג יש שליטה מוחלטת על עיתוי תשלום המס (משיכת דיבידנד או מכירה בפועל). זאת ועוד, במקרים אלה ההחלטה אם למכור או למשוך דיבידנד נובעת כולה מסיבות פיננסיות להבדיל מהחלטה כלכלית מהותית לגבי רצונו בהמשך הפעילות העסקית.

במקרה כזה, של חברות ארנק או מקרים דומים, כאשר הבעלים הרשום לא מעוניין לממש את רווחיו הכלכליים בעת האיוון, אין מקום לחייב את בן הזוג השני להקדים ולשלם את חלקו. זאת במיוחד כאשר בן זוגו נהנה מהכסף שאמור להשתלם לרשות המס.

על כן, במקרים אלה, באנלוגיה לסעיף 77 לפקודת מס הכנסה, יש היגיון בדחייה משותפת עבור שני הצדדים ובחלוקה על פי נתוני אמת תוך זמן קצוב. במובן זה, אנחנו מסכימים לתוצאת פסק הדין בפרשת הארנק בנסיבותיו הספציפיות.

חריג שני הוא במקום שבו לא מבוצעת חלוקה לפי שווי אלא חלוקה בעין של הנכס (כדוגמת העברת מחצית מניותיו של בן הזוג בחברה לבן הזוג השני). יש לזכור כי אף על פי שהמדיניות העקרונית של הפסיקה הישראלית לטובת פרידה נקייה והעדפת הערכת שווי על פני המשך השותפות, קיימות נסיבות שבהן

Miller; McFarlane v McFarlane [2006] 2 AC 618, 635 "valuations are often a matter of opinion on which experts differ". עוד ראו H v. H [2008] EWHC 935 at para 104–105 (Fam); HO v. TL [2023] EWFC 215 at para 21–26 (Fam).

⁴⁷ לכתבה חשבונאית העוסקת בטכניקות שונות להערכת שווי של חוב מס עתידי ראו למשל PRATT, לעיל הערה 33, בעמ' 276–280.

⁴⁸ ראו לעיל ה"ש 9.

דווקא חלוקה בעין של הנכסים היא הפתרון הראוי. כך, למשל, שניים מכותבי מאמר זה היו מעורבים במקרה המפורסם של י.צ.נ' ש.צ.⁴⁹ שעסק בחברת ההזנק ובו נקבע שבנסיבות מסוימות שבהן קיים קושי של ממש להעריך את שווי החברה בעת הפירוד, תמשך השותפות ופירוקה יתבצע רק בשעת המימוש. במקרה כזה כל צד יישא במס בעת המכירה. אולם הסדר כזה ידרוש מערכת הגנות בדבר ניהול השיתוף, מניעת קיפוח בעל מניות לא פעיל או מיעוט, וכן השלמה עם העיקרון של היעדר "פרידה נקייה". ואכן בתלה"ם 18-01-63643 שעד כה עסקנו בו בהקשר לתוצאות המס של חברת הארנק, עסק בית המשפט גם בחברות הזנק ובו נקבע כי:⁵⁰

"אשר לחברות ההזנק – הצדדים שותפים לכלל המס שיושת עליהם בעתיד, וזאת לנוכח 'החלוקה בעין' ועקרון 'רציפות ההחזקה'. עקרון 'הפרידה הנקייה' – Clean Break – לא חל במקרה כזה. [...] דה פקטו לכל צד ישנה אחריות ישירה מול רשות המיסים, ולכך יש חשיבות במישור היחסים גם בין הצדדים וגם בינם לבין רשות המיסים" (ההדגשות במקור).

לסיכום נקודה זו, חשוב להדגיש את הגמישות הנדרשת ביישום העקרונות שהצגנו. קיימים מצבים שבהם מכלול הנסיבות מצדיקות את המשך השותפות והחלוקה על פי תוצאות אמת בעתיד במקרים אלה ידחה גם הדיון בהיבט המס. אולם במקרים שבהם מעדיפים בתי המשפט את ברירת המחדל של הערכת שווי ביום האזון, הערכה המדמה כאמור מכירה של החברה, יש להשלים את הסימולציה ולהביא בחשבון גם את תוצאות המס ואין טעם להשאיר דווקא היבט זה תלוי ועומד בין הצדדים.

ה. סוף דבר ומחשבות לעתיד

במאמר זה עסקנו בסוגיית דרך ההתחשבות במס עתידי במסגרת איזון המשאבים בין בני הזוג. תמכנו בעמדה המהותית שלפיה איזון המשאבים צריך להתבצע בערכי נטו, דהיינו שיש להביא בחשבון לא רק את שווי החברה, אלא גם את חוב המס העתידי שעשוי להיות מוטל על הנעבר במקרה של מכירה עתידית ושמקורו בתקופת הנישואים. עוד עמדנו על כך שככלל ראוי שאיזון המשאבים, ובכלל זה

⁴⁹ עמ"ש (מחוזי מר') 17-09-19796 י.צ.נ' ש.צ. (נבו 13.9.2018), אשר אושר בבית המשפט העליון בבע"מ 7482/18 פלוני נ' פלונית (נבו 11.2.2019); כן ראו בתמ"ש (משפחה ת"א) 48482/07 ש.מ.נ' א.מ. (נבו 30.11.2011).

⁵⁰ לעיל ה"ש 9, בפס' 269.

ההתחשבות בהיבט המס העתידי, תיעשה בעת הפרידה. בית המשפט יביא בחשבון את תוצאות המס של רווחים שהצטברו בתקופת הנישואים ויתחשב בהם במסגרת האיוון. לשם כך עליו להנחות את המומחה הכלכלי להעריך את שווי ההתחייבות העתידית שמקבל על עצמו בן הזוג הנעבר, ובהקשר זה יש להתחשב בסיכויי ההתממשות של חיוב המס ועיתויו. עוד עמדנו על מקרים מסוימים של חברות ארנק שבהם אפשר להמתין תקופה קצובה ולהתחשב במס בעת תשלומם. מנגד, עמדנו על כך שבמקרים שבהם מעדיף בית המשפט חלוקה בעין של החברות, תוצאות המס ייקבעו בעת הפירוד בפועל.

מעבר להיבט העקרוני, יש לתת את הדעת על ההשלכות המעשיות של גישתנו. סוגיית עיתוי חיובי המס היא קריטית ויש לה השפעה על שוויוניות איוון המשאבים. השאלה עולה שוב ושוב וחובה על משפטים (שופטים, דיינים ועורכי דין), כמו גם על מעריכי שווי, להתעמק בה וליישם מודל אחיד שיעניק בהירות וודאות בנושא. מן הראוי שגם המחוקק ייתן דעתו לאחידות בהתייחסות לנכסים המועברים אגב גירושין וישווה בין נכסי נד"ל לשאר הזכויות. כל אלה נדרשים ותהא בהם תועלת לפשט את המשא ומתן, ולהקל על בני זוג שנפרדים להגיע לפתרונות מהירים יותר המתיישבים גם עם ההיגיון הכלכלי וגם עם עולם דיני המשפחה.

לסיכום, אנו סבורים כי נדרשת התייחסות מערכתית לסוגיה זו. הגיעה העת שנושא המיסוי הרעיוני יתגבש לכדי משנה סדורה ויוטמעו בחלוקת הנכסים. זאת באופן שבו שני הצדדים לוקחים בו חלק, בין באופן מיידי בתחשיבי היוון מתאימים, ובין בעת התשלום העתידי בפועל. עוד נציין שמאמר זה התמקד בהתחשבות במס עתידי בעת איוון משאבים, אך עקרונות דומים יכול שינחו גם מנהלי עזבון בעת חלוקת עזבון בין יורשים, ובהקשר זה פסק לאחרונה אחד משופטי בית המשפט למשפחה שיש להעריך את הנכסים על פי שווים נטו.⁵¹ ראוי לציין כי הסוגיות שהעלינו רלוונטיות גם להקשרים משפטיים נוספים. עם זאת, דיון מקיף בסוגיה זו ובמורכבויותיה המיוחדות יידחה להזדמנות אחרת.⁵²

51 ראו ת"ע (משפחה נצ') 69253-05-18 א.פ.נ' י.פ. (נבו 8.1.2019).

52 ראו שחר ליפשיץ, שמואל מורן ואודי שושן "ברוטו נטו בגירושין ובהעברות בין דוריות" עסק משפחתי 4, 48 (2026).