

דף הבית < חקיקה/פסיקה

עררים מס': הר/8101/0318
הר/8104/0318

מדינת ישראל
מינהל התכנון – משרד האוצר
ועדת ערר לתכנון ובניה
פיצויים והיטלי השבחה
מחוז תל אביב

עררים מס': הר/8101/0318
הר/8104/0318

	יו"ר הוועדה:	סילביה רביד, עו"ד	בפני הוועדה:
	מ"מ חבר הוועדה:	מר מרדכי דדון, עו"ד ושמאי מקרקעין	
	נציג/ת מתכנתת המחוז:	הגב' יעל פרי	
			בעניין שבין:
	העוררת:	הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה ע"י ב"כ עו"ד אסף הראל	
8101/0318/הר		- נגד -	
	המשיבה:	נט החברה הישראלית להשבחת מבנים בע"מ ע"י ב"כ עו"ד מורן גור ועו"ד אור דבוש דבורי	
8101/0318/הר			ובין:
	העוררת:	נט החברה הישראלית להשבחת מבנים בע"מ ע"י ב"כ עו"ד מורן גור ו/או אור דבוש דבורי	
8104/0318/הר		- נגד -	
	המשיבה:	הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה ע"י ב"כ עו"ד אסף הראל	
8104/0318/הר			

ספרות:

אהרן נמדר, תמ"א 38 (חושן למשפט, 2012) אהרן נמדר, היטל השבחה (חושן למשפט, 2011)

חקיקה שאוזכרה:

חוק ההתגוננות האזרחית, תשי"א-1951

חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965: סע' 12א, 19א, 151, 151ג, 198, 4(7), 1, 1(א), 14, 19(ב), 10(1), 19(ב), 19(א)

תקנות התכנון והבניה (סטייה ניכרת מתכנית), תשס"ב-2002: סע' 4(א), 1(ג)

תקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים), תשנ"ב-1992: סע' 13(ב), 1

תקנות התכנון והבניה (היתר לעבודה מצומצמת), תשס"ג-2003

החלטה

1. בפנינו ערר וערר שכנגד, אשר הוגשו על שומתו המכרעת של השמאי המכריע, עו"ד שלומי יפה מיום 05.12.2017, שנערכה ביחס לנכס שברחוב קהילת ציון 12 הרצליה (חלקה 183, גוש 6532) (להלן: "השומה המכרעת" ו"השמאי המכריע" לפי העניין). המדובר בפרויקט עיבוי וחיזוק על פי תמ"א 38 ותכנית הר/2213 (להלן: "התכנית") בו התווספו 8 יח"ד על 9 היח"ד הקיימות. לשם הנוחות, ערר העוררת נט החברה הישראלית להשבחה מבנים בע"מ יכונה להלן "ערר החברה" ואילו הערר השני יכונה להלן "ערר הוועדה המקומית".
2. המחלוקת שבפנינו נוגעת להשבחה בגין חריגה מקווי בניין לממ"דים, השבחה בגין הסבת שטחי מרפסות לשטחים עיקריים.
3. הנושאים המועלים בעררים אלו הינם נושאים שעלו בעררים רבים נוספים, אשר ביחס אליהם ניתנו החלטות ועדות הערר [הר/85358/17 פז קבלנים יזמות ובניה בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה (פורסם בנבו, 22.09.2019) (להלן: "עניין פז קבלנים") וכן בערר הר/85185/16 הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה נ' צוות 38 חברה לבניין בע"מ (פורסם בנבו, 10.10.2019) (להלן: "עניין צוות 38"), החלטה בעניין ערר הר/85246/16 הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה נ' נוף צמרת אפסילון קק"ל בע"מ (פורסם בנבו, 10.10.2019) (להלן: "עניין אפסילון") וכן בערר הר/85207/17 הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה נ' טופ הרצליה מיזמים בע"מ (פורסם בנבו, 23.09.2019) (להלן: "עניין טופ הרצליה")]. במסגרת עררים אלו פורט המצב המשפטי הן בעניין הקלות לקווי בניין לממ"דים והן בעניין הסבת שטחי המרפסות לשטחים עיקריים.
4. כפי שיפורט להלן, לאחר ששקלנו את טענות הצדדים החלטנו לדחות את ערר החברה ולקבל את ערר הוועדה המקומית ולהחזיר את הדיון לשמאי המכריע, אשר יקבע את ההשבחה בעניין הסבת המרפסות מכוחה של התכנית על פי אמות המידה עליהם נעמוד להלן.

לערר החברה – השבחה בגין הקלה לקו בניין לממ"ד

הסוגיה שבמחלוקת וקביעות השמאי המכריע ביחס אליה

5. במסגרת החלטת הוועדה המקומית מיום 27.01.2016 אושרה הקלה בקו בניין צדדי-צפוני לממ"ד של 1.69 מ' במקום 2 מ', הקלה בקו בניין צדדי-דרומי לממ"ד של 0.95 מ' במקום 2 מ' וכן הקלה בקו בניין צדדי-מערבי לממ"ד של 0.88 מ' במקום 2 מ'.
6. ערר החברה עניינו בסוגיה אחת – קביעות השמאי המכריע בגין ההשבחה כתוצאה מאישור הקלות בקווי בניין לטובת הממ"דים.

7. קביעות השמאי המכריע בעניין זה מפורטות בעמ' 38 לשומה כדלקמן:

"...בהכרעה בסוגיה זו אני מפנה להכרעתי בנכס הנמצא ברחוב האסיף 10 בגוש 6663, חלקה 273. בהכרעתי זו קיבלתי טענות מהמשיבה אשר תואמות למקרה שבענייננו כדלקמן: "אין ספק שתכלית ה**חוק** היא עידוד בניית ממ"דים וחיזוק מבנים מפני רעידות אדמה. גם אין ספק כי לצורך עמידה בתכלית זו ננקטו צעדים ברורים, אותם הדגישה שמאית המבקשת, כדוגמת תיקון 79, בו נקבע שבניה של מרחב מוגן לא תיחשב כסטיה ניכרת מתכנית או לחילופין הכללת בניית מרחב מוגן בשטח שלא יעלה על השטח שקבע שר הביטחון לפי חוק ההתגוננות האזרחית התשי"א 1951, כחלק מסעיפי הפטור מה**היטל בתוספת השלישית**. אני מקבל גם את טיעונה הבסיסי של שמאית המבקשת כי בעת מימוש הרחבת בניה בבניינים קיימים במסגרת תמ"א 38, סביר להניח שהרחבה זו הכוללת בניית ממ"דים, תיאלץ להיות בחריגה מקוי הבניין עפ"י התכנית החלה על המקום. יחד עם זאת איני סבור שיש במכלול הטענות ההפניות והטיעונים, שצוינו ע"י שמאית המבקשת בחוות הדעת או בדיון, בכדי להצביע על כך שיש לתת פטור בבניית ממ"דים בחריגה מקוי בניין עד לכדי קו בניין 0.

סעיף 11.1.4 לתמ"א 38 נוסח משולב קובע באופן מפורש כי, הרחבת הקומות הקיימות בבניין הינם בהתאם לתנאים הבאים: קוי הבניין עפ"י תכניות מאושרות החלה על המבנה מאפשרת את התוספת המבוקשת. אם קווי הבניין אינם מאפשרים את התוספת, תותר חריגה של קווי הבניין ובלבד שלא יקטנו מ-2 מ' לחזית ו-3 מ' לאחור. מכאן שמתכנני תמ"א 38 הכירו במגבלות הקיימות בעת הרחבת בניה בבניינים קיימים ונתנו לכך מענה באישור חריגה מקוי הבניין. יחד עם זאת, ברור כי כל חריגה נוספת מחריגה מאושרת זו, המאושרת בדרך של הקלה, מחויבת בהיטל **השבחה**. מכאן כי, ההשבחה נובעת לא מעצם בניית הממ"ד, אלא מאישור בנייתו בחריגה מקוי הבניין שנקבעו בתמ"א.

במקרה דנן כפי שעולה בחוות דעת הצדדים, הממ"דים יכלו להיבנות במסגרת קוי הבניין, ללא בקשת הקלות, אלא שבמקרה זה היה נוצר "ויתור" על שטחים עיקריים. משנתבקשה בתכנית תוספת בניה של שטחים עיקריים מעבר לתוספת שטחי הממ"דים, הרי שאישור ההקלה לבניית הממ"דים בחריגה מקוי הבניין יצר שיפור תכנוני ואפשר תוספת בניה של שטחים עיקריים בתוך קוי הבניין. מאחר ומדובר בשיפור תכנון מהותי, אני מוצא כי מקדם ההשבחה אותו טען שמאי המשיבה סביר. לפיכך אני קובע כי מקדם ההשבחה הנובע משיפור התכנון כאמור לעיל הינו בשיעור של 30%. לאחר שבדקתי את תחשיב השטחים החורגים מקו הבניין מצאתי כי הם תואמים לשטחים שציין שמאי המשיבה..."

8. בהתאם לקביעות השמאי המכריע נשומה ההשבחה על סך של 132,514 ₪ וה**היטל** על סך של 66,257 ₪ נכון למועד הקובע של 27.01.2016.

טענות הצדדים

טענות החברה

9. החברה טוענת כי שגה השמאי המכריע בקביעותו לפיהן יש לחייב בהשבחה בגין הקלה בקו בניין לטובת ממ"ד. לטעמה, הקלות אלו פטורות מהיטל השבחה.
10. החברה מפנה לעניין זה לסעיף 19(ב)(9) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "החוק" ו"התוספת השלישית" לפי העניין) וטוענת כי המקרה חוסה תחת הוראת הפטור לממ"ד. לטענתה בניית ממ"ד פטורה מהיטל בין אם נבנה בקווי הבניין ובין אם לאו.
11. עוד היא מפנה לתיקון מס' 79 לחוק במסגרתו תוקן סעיף 151 לחוק, וכן לתקנה 4(א)(1)(ג) לתקנות התכנון והבניה (סטייה ניכרת מתכנית), התשס"ב-2002 (להלן: "תקנות סטייה ניכרת") לפיהם בנייה של מרחב מוגן לא תחשב כסטייה ניכרת מתכנית.
12. החברה מפנה לסעיף 11.1.4 לתמ"א 38, ובכלל זה לס"ק א', אשר קובע כי ניתן להרחיב את הקומות הקיימות בבניין ולחרוג מקווי הבניין התב"עים כך שיתקבלו קווי בניין של 2 מ' לצד ולחזית ו-3 מ' לאחור. עוד היא מפנה לסעיף 15 לתמ"א, המאפשר לטענתה לאשר בניית ממ"ד בקו בניין 0. מאחר שהוראות אלה מאפשרות חריגה מקווי הבניין, וסעיף 19(ב)(10)(א) לתוספת השלישית קובע פטור לשטחי בניה עבור תמ"א 38 – הפועל היוצא הוא כי הוראות הממ"דים חוסות תחת הוראות אלו המקנות את הפטור מהיטל השבחה. קביעות השמאי המכריע בקשר עם סעיפים אלו הינן קביעות שגויות.
13. החברה טוענת כי טעה השמאי המכריע בכך שקבע כי ההקלה בקו בניין לממ"ד היוותה שיפור תכנוני. נקודת המוצא לפיה ניתן למקם את מגדל הממ"דים בגבולות קווי הבניין התמ"אים (2 מ' לצדדים) שגויה מיסודה. לו היו מגדלי הממ"דים ממוקמים בגבולות קווי הבניין התמ"אים, הרי שרוחבם היה צר כקרונות רכבת לא פונקציונליים, שרוחבם נושק לרוחב המינימלי לממ"ד (1.6 מ').
14. על כן טוענת החברה כי הקמת מגדלי הממ"דים בחריגה מקווי הבניין הינה תולדה של האילוצים של המבנה הקיים, אשר חוזק.
15. בענייננו אין כל שיפור תכנון, אין כל פינוי שטחים עיקריים על חשבון שטחי התמ"א וארבעת מגדלי הממ"דים נתבקשו באופן כזה שמחד, הם מהווים רכיבי חיזוק, ומאידך באילוץ התכנוני עת קונטור הבניין קיים ומוגדר, לא ניתן היה למקמם במיקום חלופי אחר.
16. החברה מציינת כי הממ"ד הוא חלק ממערך החיזוק של הבניין ולא ניתן היה להוסיף את הממ"ד ללא הקלה בקו בניין.
17. החברה מפנה למספר שומות מכרעות התומכות בטענתה, ובכלל זה לשומה מכרעת המתייחסת לרח' הנביאים 11 חלקה 191 בגוש 6530, לשומה מכרעת המתייחסת לרח' מנדלבלט 4, חלקה 344 בגוש 6527, במסגרתן הוכר פטור לממ"ד. עוד מפנה העוררת לשומה מכרעת בעניין רח' הגליל 7 בהרצליה, חלקה 62 בגוש 6531; לשומה מכרעת בעניין רח' קרן קיימת 5 הרצליה, חלקה 121 בגוש 6539; וכן לשומה מכרעת ביחס לרח' הרצוג 6 בהרצליה, חלקה 159 בגוש 6532, התומכות אף הן בטענה כי בניית הממ"דים בחריגה מקווי הבניין של התמ"א, חוסות בצלה של תמ"א/38 ופטורות מהיטל.

טענות המשיבה

18. המשיבה טוענת כי דין הערר להידחות. העוררת לא הצביעה על כל עילה להתערבות בהחלטת השמאי המכריע, אשר נסמכת על תשתית משפטית ועובדתית נכונה.
19. המשיבה מציינת כי ההקלות שניתנו בקווי הבניין הינם בחריגה מקווי הבניין אותם מאפשרת הוראת סעיף 11.1.4 לתמ"א 38. הקלה בקו בניין צדדי-צפוני לממ"ד של 1.69 מ' במקום 2 מ', אותה מתירה התמ"א, הקלה בקו בניין צדדי-דרומי לממ"ד של 0.95 מ' במקום 2 מ', אותה מתירה התמ"א וכן הקלה בקו בניין צדדי-מערבי לממ"ד של 0.88 מ' במקום 2 מ', אותה מתירה התמ"א. שטחי הממ"דים שהתבקשו ואושרו עולים על השטחים המינימאליים, ובמסגרת הבקשה אושרו מלוא השטחים המותרים על פי תמ"א 38, הן בגין ממ"דים והן בגין שטחים עיקריים.
20. המשיבה מפנה לקביעות השמאי המכריע, בעמ' 18 לשומתו, לפיה הממ"דים יכולים היו להיבנות במסגרת קווי הבניין ללא הקלות, אלא שבמקרה זה היה נוצר ויתור על שטחים עיקריים.
21. המשיבה מציינת כי היטל ההשבחה מושא הערר לא נבע מעצם הקמת הממ"ד. מקובל על המשיבה כי עצם הקמת ממ"ד פטורה מתשלום. בניית הממ"ד פטורה, בין אם היא נעשתה מכוח הוראות תכנית שמאפשרות הקמת ממ"ד או מכוח הקלה שמאפשרת סטייה מקווי בנייה כאלה או אחרים לצורך הקמת ממ"ד או משניהם גם יחד.
22. החיוב בהיטל השבחה על-ידי הוועדה המקומית עניינו ב"שיפור התכנון" בשטח העיקרי שבדירות, שיפור מהותי שנגרם עקב האישור לבניית הממ"דים בחריגה מקווי הבניין, באופן המאפשר ניצול של שטח עיקרי בתוך תחום קווי הבניין. אפשרות אשר משבחה את הנכס וביניה חושבה ההשבחה. חריגת הממ"דים מקווי הבניין נובעת משיקולים תכנוניים ושיקולי כדאיות כלכלית.
23. צדק אפוא השמאי המכריע בקבעו כי במצב הקודם ניתן היה למקם את הממ"דים בתחום קווי הבניין התמ"איים, ועל כן במקרה זה חריגת ממ"ד מקווי הבניין מהווה שיפור תכנוני ונעשתה משיקולים תכנוניים ואפשרה תוספת בנייה של שטחים עיקריים בתוך קווי הבניין.
24. טענת העוררת כי הקמת ממ"דים בתוך קווי הבניין התמ"איים הייתה יוצרת ממ"דים ברוחב צר כקרונות רכבת, אינה סבירה ואינה מנומקת, שכן הרוחב היה עולה ב-20% על הרוחב המינימלי לממ"ד. גם השמאי המכריע ציין, בעמ' 18 לשומתו המכרעת, כי שמאית העוררת מסכימה כי ניתן היה לתכנן את הממ"דים בתוך קווי הבניין, ללא בקשת הקלות.
25. המשיבה מפנה כאסמכתא לטיעוניה למספר שומות מכרעות בו נשומה ההשבחה כתוצאה משיפור תכנוני בגין הקלה לצורך בניית ממ"ד: לשומת השמאית המכרעת, הגב' שוש שרביט שפירא, מיום 31.03.2014, וכן לשומת השמאי המכריע, מר אריה אריאל ביחס לשומה המכרעת בגין גוש 6539 חלקה 125.
26. יש לדחות את הטענה כי לא נדרשה הקלה מקווי הבניין לצורך בניית הממ"דים. כל אשר נקבע בסעיף 151(ג) לחוק הוא כי תוספת של שטחי שירות, הנובעים מבניית ממ"ד, בשטח שלא יעלה על השטח שקבע שר הביטחון לפי חוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951, לא יחשבו כסטייה ניכרת. אין בהוראה זו כדי להתיר את בניית הממ"ד מחוץ לקווי הבניין, אלא

אם כן אושרה, כדיון, הקלה לצורך כך. הוא הדין בתקנה 4(א)(1)(ג) לתקנות סטייה ניכרת, המאפשרת מתן הקלה לצורך בניית ממ"ד בקו בניין 0, שאז זו לא תחשב כסטייה ניכרת. אין מדובר בהוראה הפוטרת ממתן הקלה.

27. יש לדחות את טענת העוררת לפיה לא נדרשת הקלה, מכוח הוראות תמ"א 38. ההקלה בה עסקינן, היא הקלה החורגת מקווי הבניין המותרים על פי סעיף 11.1.4 להוראות התמ"א, כפי שפורט לעיל. סעיף 15 לתמ"א 38 אינו עוסק כלל באפשרות להקטין את קווי הבנייה, מעבר למפורט בסעיף 11.1.4. עניינו של סעיף 15 הוא בעניין שמירה על מרווחים בין בניינים ומתי ובאלו נסיבות ניתן לחרוג מהם. כל שקובע הסעיף הוא כי על אף האמור בתמ"א לעניין הקטנת קווי הבנייה, הכלל הוא שלא ניתן לצמצם את המרווח בין מבנים (להבדיל מקווי הבניין של המגרש) לאחר הרחבתם, מעבר ל-4 צדדים ו-6 מ' לאחור. לכלל זה נקבע חריג בין היתר לצורך הבלטת ממ"ד "אם מהנדס הוועדה חיווה את דעתו כי ניתן לחרוג ממידות אלו, או כי ניתן לאשר קו בניין 0 ולא קיימת מניעה מטעמים תכנוניים ואדריכליים". הוראה זו, שבסעיף 15 לתמ"א, צופה אפשרות שיהיה צורך לאשר ממ"דים בחריגה מקו בניין עד קו 0, אך אין בה הסמכה לאשר מכוחה של התמ"א חריגה כזו.

28. המשיבה מוסיפה וטוענת כי אין תחולה לפטור הקבוע בסעיף 19(א) לעניין תמ"א 38, שכן עסקינן בנסיבות של הקלה מקווי הבניה של התמ"א, ועל כן הפטור של היטל השבחה לבניית תוספות מכוח תמ"א 38, לא חל בענייננו.

29. במהלך הדיון שהתקיים בפנינו, ביום 23.10.2019, טענו הצדדים בין היתר לעניין ההחלטות שניתנו, עליהן עמדנו לעיל. העוררת נסמכה על הקביעות בהן לשם קבלת הערר. המשיבה מנגד ניסתה לאבחן את המקרים, ובפרט עמדה על ההכרעה בעניין טופ הרצליה, תוך שהיא טוענת כי יש להחלטה הנ"ל תחולה מקל וחומר בענייננו.

דיון והכרעה

30. לאחר ששקלנו את טענות העוררת ואת התשובות להן שוכנענו כי אין עילה להתערבותנו בהחלטת השמאי המכריע. זאת, בהתאמה לקביעותינו בעניין פז קבלנים, בעניין צוות 38, בעניין אפסילון ובעניין טופ הרצליה.

31. כפי שנקבע בפסק דינו של בית המשפט העליון בבר"ם 3644/13 משרד התחבורה נ' גלר דוד וארורה ואח' (פורסם בנבו, 23.04.2014) (להלן: "הלכת גלר"):

"אמת המידה להתערבות בקביעותיו ובמסקנותיו של שמאי מכריע שמונה לפי סעיף 198 לחוק התכנון והבניה, במסגרת ערר היא פועל יוצא של טעמים אלה. ועדת הערר תיטה לאמץ את חוות דעתו של השמאי וככלל התערבותה תוגבל למקרים בהם נפלה בה טעות מהותית או דופי חמור.... כך למשל, ועדת הערר תיטה לאמץ את שיקול דעתו של השמאי אם מסקנותיו הושתתו על שיטה שמאית מקובלת ועל מסד עובדתי הולם, וזאת אף אם קיימות גישות מקצועיות שונות בשאלה שבמחלוקת... לעומת זאת תיטה ועדת הערר להתערב בקביעות או בממצאים שקבע השמאי אם נמצא שהם נסמכים על מסד עובדתי בלתי הולם או כשהוכח שההנחות העומדות בבסיס חוות הדעת לא הגיוניות, או שהשמאי לא סיפק הסבר מניח את הדעת לשאלות שנשאל, או כשחוות הדעת נסמכה על תשתית משפטית חסרה או שגויה... כמו כן, וכמובן מאליו, תקום עילה

להתערב בחוות דעתו של שמאי מכריע אם נפל בה פגם היורד לשורש המעשה המינהלי כגון ניגוד עניינים, משוא פנים, חוסר תום לב וכיו"ב."

32. אמות מידה אלו ביחס להתערבות בהחלטת שמאי מכריע, אשר מונה על פי סעיף 198 לחוק, יפות גם כאשר המדובר בשמאי מכריע, אשר מונה מכוח סעיף 14 לתוספת השלישית לחוק.

33. יישום אמות מידה אלו בענייננו מחייב לבחינת המסגרת המשפטית הרלבנטית.

34. "השבחה" מוגדרת בסעיף 1 לתוספת השלישית בין היתר כעליית שווים של מקרקעין עקב מתן הקלה. "מימוש זכויות" מוגדר בסעיף 1(א) לתוספת השלישית כ"קבלת היתר לפי חוק זה לבניה או לשימוש בהם שלא ניתן היה לתיתו אלמלא אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג שבעקבותיהם חל היטל השבחה".

35. כפי שנקבע ברע"א 147/14 הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו נ' סוניה אברמוביץ (פורסם בנבו, 31.12.2014):

"גבייה של היטל השבחה, שתיעשה לא יאוחר ממועד מימוש הזכויות (סעיף 7(א) לתוספת השלישית) מבוססת איפוא על התקיימותם של שני תנאים מצטברים: האחד, עליה בשווי המקרקעין והשני, עליית שווי הקשורה בקשר סיבתי ישיר לאישור תכנית, מתן הקלה או שימוש חורג. רע"א 3003/12 הועדה המקומית גבעתיים נ' רון פורסם בנבו, פסקה 14 (ההדגשה הוספה)."

36. סעיף 7(4) לתוספת קובע כדלקמן:

"השומה תיערך ליום תחילת התכנית, או ליום אישור ההקלה או השימוש החורג, לפי העניין, בהתחשב בעליית ערך המקרקעין וכאילו נמכרו בשוק חופשי."

37. השאלה הראשונה שעלינו להידרש לה היא האם עסקינן ב"הקלה" או שמא לאו – כטענת העוררת, ואגב זאת להידרש לסעיפים הרלבנטיים בתמ"א 38.

38. בפתח הדברים נציין כי ועדת המשנה אישרה הקלה. העוררת לא נקטה בהליכים המשפטיים העומדים לרשותה כנגד ההחלטה התכנונית ליתן הקלה – לא פנתה בערר לוועדת הערר הפועלת על פי סעיף 12 לחוק ולא עתרה לבית משפט לעניינים מנהליים בנושא זה.

39. יפים לענייננו בהתאמה הדברים שנקבעו על ידי ועדת הערר בערר (ת"א) 85011/14 בזק - החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב (פורסם בנבו, 07.01.2015) (הרכב בראשות עו"ד גילת אייל):

"מוצאים אנו קושי של ממש בהימנעותה של העוררת מתקיפת החלטת הועדה המקומית בדבר הצורך בשימוש חורג בנתיב הקבוע לכך בחוק. אם אכן סברה העוררת כי השימוש המבוקש למסחר הינו שימוש תואם את התכניות התקפות כי אז דרך המלך לתקיפת קביעתה של הועדה המקומית בדבר הצורך בשימוש חורג הינו בהגשת ערר בפני ועדת הערר שלפי סעיף 12' לחוק.... אכן נדרשים אנו לא אחת לשאלות האם השימוש המבוקש תואם את התכניות התקפות,

אם לאו, והאם קיים צורך בהיתר לשימוש חורג, או בהקלה, אגב שאלות המתעוררות בעררי היטל השבחה, ולו בשל הגדרות התוספת השלישית למונחים "השבחה" ו"מימוש זכויות" ואולם הסמכות לבטל החלטה בדבר שימוש חורג נתונה בידי ועדת הערר שלפי סעיף 12א' לחוק, ולא ניתנה בידנו...
הימנעות מהגשת הערר לועדת הערר לפני סעיף 12א' לחוק מסרבלת איפוא את ההליכים, פוגעת ביעילותם ואף בוודאות התכנונית. התלבטנו בשאלת הנפקות שיש להימנעות שכזו על ערר שבנדון שבפנינו, ואולם לנוכח התוצאה אליה הגענו ממילא, אנו משאירים שאלה זו לעת מצוא."

40. לעמדתנו, הנטל המוטל לפתחו של עורר התוקף שומת היטל השבחה שאינו ממצה את האפיק התכנוני לתקיפת החלטה התכנונית הינו נטל מוגבר [וראה החלטת ועדת הערר בערר (ת"א) 85001/14 רון חנון שטרייכמן נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה תל-אביב (פורסם בנבו, 04.02.2015) (הרכב בראשות עו"ד גילת אייל), אשר במסגרתה הובעה עמדה כאמור, אם כי בנסיבותיו הייחודיות של אותו מקרה לא הוחלה הדרישה לנטל מוגבר כאמור]. ואולם בין אם הנטל הוא מוגבר ובין אם לאו העוררת לא עמדה בנטל כלל ועיקר.

41. סעיף 151(ג) לחוק, כפי שתוקן במסגרת תיקון 79, קובע כי "...תוספת שטחי שירות לשם בניית מרחב מוגן, בשטח שלא יעלה על השטח שקבע שר הביטחון לפי חוק התגוננות אזרחית, התשי"א-1951 לא יחשבו כסטייה ניכרת מתכנית."

42. בחינת הצעת החוק לתיקון זה, אשר עניינו היה גם בהוספת הפטור מהיטל השבחה שבסעיף 19(ב)9 לתוספת השלישית, מעלה כי הוא נחקק לנוכח החשיבות הציבורית שבבניית ממד"ים להתגוננות האזרחית ומתוך מגמה לעודד את בנייתם ולהקל על ההליכים לכך. בהתאמה צוין כי "מוצע לקבוע כי בניית מרחב מוגן לא תיחשב לסטייה ניכרת מתכנית שאין לאשרה לפי סעיף 151 לחוק" (ה"ח מיום 29.05.2007 בעמ' 180).

43. תקנה 4(א)1(ג) לתקנות סטייה ניכרת קובעת כי הקלה לצורך ממ"ד כתוספת לבניין קיים בחריגה מקווי בניין לא תחשב כסטייה ניכרת.

44. מסגרת נורמטיבית זו אשר פורטה לעיל, מאפשרת מתן הקלה לצרכי ממ"ד מקווי הבניין ללא שהדבר יחשב כסטייה ניכרת.

45. נותר לבחון את הטענה כי אישור ההקלה בקווי הבניין הינה מכוח תמ"א 38, ולפיכך חוסה תחת הוראת הפטור, הקבוע בסעיף 19(ב)10 לתוספת השלישית.

46. הפטור הרלבנטי לענייננו בהקשר זה, כנוסחו בהתאם לתיקון 96, חל על השבחה הנובעת מקבלת היתר בניה להרחבה של דירת מגורים שניתן מכוח תמ"א 38 או מכוחה של תכנית מפורטת אשר אושרה על פיה, וזאת בהתאם לזכויות הניתנות מכוחה של התמ"א.

47. כפי שציין פרופ' נמדר בספרו "היטל השבחה", התשע"ב, בעמ' 319 :

"הנה כי כן, על מנת לעודד את חיזוקם של מבנים מפני רעידות אדמה המחוקק מעניק פטור מלא מהיטל החל על השבחה שנגרמת מכוח אישורה של תמ"א 38 או מתכנית מפורטת שהוכנה על פיה, המוגבל רק לזכויות הניתנות לפי תמ"א 38 בלבד (ההדגשה הוספה)."

48. ההפניה במסגרת סעיף הפטור הינה להוראות התמ"א, כפי שהן עומדות בתוקפן מעת לעת. דהיינו הפטור מהיטל השבחה חל על היתר שניתן מכוח התמ"א על בסיס הוראותיה הרלבנטיות למתן ההיתר.

49. על כן, נקודת המוצא בבחינת תחולת הפטור היא בבחינת השאלה האם הזכות בה מדובר נתונה מכוח תמ"א 38 שאז היא חוסה תחת כנפי הפטור – אם לאו.

50. עמדנו על המסגרת הנורמטיבית בהרחבה במסגרת ערר (ת"א) 8059/0218 קבוצת הירדן – חביבה 14 על הנהר בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה רמת גן (פורסם בנבו, 11.09.2019).

51. סעיף 11.1.4(א) לתמ"א 38 קובע כדלקמן:

"הרחבת קומות קיימות בבניין בתנאים הבאים:
קווי הבניין על פי התכנית המאושרת החלה על מבנה מאפשרים את התוספת המבוקש. אם קווי הבניין אינם מאפשרים את התוספת, תותר חריגה של קווי בניין ובלבד שלא יקטנו מ- 2 מ' לחזית ולצד ו- 3 מ' לאחור. אין באמור בפסקה זו כדי לגרוע מהאמור בסעיף 15."

52. סעיף 11.1.4(ה) לתמ"א 38 קובע כדלקמן:

"כללה הבקשה להיתר הרחבת קומות קיימות בבניין וכל ההרחבה מיועדת לתוספת מרחבים מוגנים דירתיים, תותר חריגה מעבר לקבוע בתכנית זו ביחס לקווי בניין, אם מהנדס הוועדה המקומית חיווה דעתו כי לא קיימת לכך מניעה מטעמים תכנוניים ואדריכליים."

53. סעיף 15 לתמ"א 38 קובע כדלקמן:

"על אף האמור בתכנית זו בעניין קווי בניין, המרווחים בין המבנים לאחר שיורחבו לא יקטנו מ- 4 מ' לצדדים ו- 6 לאחור, אלא אם מהנדס העיר חיווה את דעתו כי ניתן לחרוג ממידות אלה לצרכי הבלטת מבנה מעלית, מרחבים מוגנים דירתיים, רכיבי חיזוק לפי סעיף 10 או כי ניתן לאשר קו בניין 0 (אפס) לצד ולא קיימת לכך מניעה מטעמים תכנוניים ואדריכליים."

54. במקרה שבפנינו אושרו הקלות החורגות מאלו הקבועות בסעיף 11.1.4 לתמ"א 38. שכן אושרו הקלות בקו בניין צדדי-צפוני לממ"ד של 1.69 מ' במקום 2 מ', אותה מתירה התמ"א, הקלה בקו בניין צדדי-דרומי לממ"ד של 0.95 מ' במקום 2 מ', אותה מתירה התמ"א וכן הקלה בקו בניין צדדי-מערבי לממ"ד של 0.88 מ' במקום 2 מ', אותה מתירה התמ"א.

55. סעיף 11.1.4(ו) לתמ"א המסמיך לאשר הקלות מקווי הבניין שקבועים בתמ"א, דהיינו בחריגה מאלו הקבועים בסעיף 11.1.4(א), אינו רלבנטי לענייננו, שכן אין ההרחבה המבוקשת מיועדת אך לתוספת מרחבים מוגנים.

56. סעיף 15 לתמ"א 38 אינו רלבנטי אף הוא לענייננו, ואין בו כדי להסמיך לאשר הקלה מקווי הבניין הקבועים בסעיף 11.1.4. מטרתו של הסעיף היא להבטיח את המרווחים בין הבניינים ובסעיף 11.1.4 נקבע כי אין באמור בו כדי לגרוע מסעיף 15. דהיינו, אישור קווי הבניין על פי

התמ"א, מוגבל בהוראת סעיף 15 בעניין המרווחים בין הבניינים ובתנאיה. במסגרת סעיף 15 נקבע אפוא כי על אף האמור בתמ"א לעניין חריגה מקווי הבנייה, הכלל הוא שלא ניתן לצמצם את המרווח בין מבנים (להבדיל מקווי הבניין של המגרש) לאחר הרחבתם, מעבר ל-4 צדדים ו-6 מ' לאחור. לכלל זה נקבע חריג בין היתר לצורך הבלטת ממ"ד "א... מהנדס הוועדה חיווה את דעתו כי ניתן לחרוג ממידות אלו... או כי ניתן לאשר קו בניין 0 לצד ולא קיימת לכך מניעה מטעמים תכנוניים ואדריכליים". הוראה זו צופה אפשרות שיהיה צורך לאשר ממ"דים בחריגה מקו הבניין עד קו 0, אך אין בה הסמכה לאשר מכוח התמ"א חריגה כזו.

57. פרשנות זו מתיישבת עם הוראת סעיף 11.1.4(ו) לתמ"א 38 המאפשרת במקרה בו כל ההרחבה היא לצורך ממ"דים לסטות מקווי הבניין הקבועים בסעיף 11.1.4(א), ובהתאמה קובעת כי הסטייה מקווי הבניין הינה מכוח התמ"א.

58. הפועל היוצא מן האמור כי סטייה מקווי הבניין, הקבועים בסעיף 11.1.4(א) לתמ"א 38 במקרה הנוכחי אינה מכוח התמ"א.

59. מסקנה זו עולה בקנה אחד עם עמדת המחברים עו"ד מיכה גדרון ופרופ' אהרון נמדר בספרם "תמ"א 38" בעמ' 325 בהקשר זה כדלקמן:

"מאידך, לא קיימת הוראה פוזיטיבית בתמ"א המאפשרת בניית ממד"ים בחריגה מקווי הבניין הקבועים בתכנית החלה. לכן, לשם בניית ממ"דים מעבר לקווי הבניין הקבועים בתכנית שחלה יש לאשר הקלה, למעט במקרה בו המדובר בממ"ד עליו חל סעיף 11.1.4(ו) לתמ"א. יצוין כי תקנה 4(ג) לתקנות התכנון והבניה (סטייה נכרת) מאפשרת לאשר בדרך של אישור הקלה להקמת ממ"ד כתוספת לבניין קיים עד לגבול המגרש."

60. נותר לבחון האם מתקיימים ביחס להקלה זו הוראות הפטור להן טוענת העוררת.

61. משהקלה בקווי בניין לא אושרה במקרה הנוכחי מכוח התמ"א אלא בהליך של הקלה אין תחולה לפטור שבסעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית.

62. נותר לבחון האם יש תחולה לפטור הקבוע בסעיף 19(ב)(9) לתוספת השלישית הקובעת כדלקמן:

"השבחה במקרקעין בשל הוספת מרחב מוגן בשטח שלא יפחת מהשטח שקבע שר הביטחון לפי חוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951 ולעניין מרחב מוגן דירתי - בשטח שלא יפחת מ-9 מ"ר."

63. בהתאם לסעיף 19(ב)(9) לתוספת השלישית אין להשית היטל השבחה על עצם הוספת הממ"ד המינימאלי, כקבוע בפטור. שטחי הממ"ד המינימאליים פטורים מהיטל השבחה בין אם אושרו במסגרת קווי הבניין ובין אם אושרו בהליך של הקלה. ראו לעניין זה ערר (ת"א) 85275/15 דסמי השקעות בע"מ נ' הועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב (פורסם בנבו, 18.12.2016) וערר ערר (ת"א) 85051/15 הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה נ' טי. אס. סי אחזקות בע"מ (פורסם בנבו, 03.09.2018). על כך אין מחלוקת בפנינו. השומה המכרעת אינה מתייחסת להשבחה הנובעת מהוספת שטחי הממ"דים שלא נשומו במסגרתה ובצדק.

64. ההשבחה מושא השומה המכרעת היא השבחה המיוחסת למקרקעין כתוצאה מן ההקלות בקווי הבניין, אשר אפשרו את הקמת הממ"דים, הפטורים מהיטל השבחה, אך מנגד הביאו לשיפור תכנוני, בהשוואה למצב בו כל השטחים לרבות הממ"דים בנויים בתחום קווי הבניין. עניין לנו בשיפור תכנוני הנובע מן ההקלה, שהינה אירוע מס, שבגינו יש לשלם היטל השבחה ועל כך לטעמנו לא חל הפטור. הפטור חל על בניית הממ"ד ולא על ההשבחה הנובעת מן ההקלה בקווי הבניין.

65. במקרה שלפנינו קבע השמאי המכריע (בעמ' 37), כי ניתן היה למקס את הממ"דים בתוך קווי הבניין ללא בקשת הקלות. המדובר בקביעה עובדתית, אשר בחנו אותה במהלך הדיון שבפנינו, ושוכנענו כי היא קביעה נכונה.

66. לו היו הממ"דים נבנים בתחום קווי הבניין התמ"אים, ללא הקלה, רוחבם היה עולה במעט על רוחב ממ"ד תקני. עיון בנתוני ההקלה בה מדובר, תוך בחינת קווי הבניין ומימדי הממ"ד, מעלה כי ההקלה שיפרה את תכנון ממדי הממ"ד באופן שיש בו כדי להפכו לחדר תקני, הניתן לשיווק ככזה, ולא כחצי חדר. על כן המדובר בשיפור תכנוני המחייב לטעמנו תשלום היטל השבחה.

67. אנו מסכימים אפוא עם קביעות השמאי המכריע כפי שפורטו בהחלטתו ולעיל, כי במקרה הנוכחי מתן ההקלה הביא לשיפור תכנוני.

68. בנסיבות בהן ברור כי ניתן היה למקס את הממ"דים בתחום קווי הבניין התמ"אים, אך מיקומם בסטייה מהם מהווה שיפור תכנוני, מקובל עלינו כי קיימת הצדקה לחייב בתשלום היטל השבחה בגין ההקלה בקווי הבניין, כפי שנשום על ידי השמאי המכריע. יש לראות בהשבחה כהשבחה הנובעת מן ההקלה לקווי בניין ולא כהשבחה הנובעת בשל הוספת הממ"ד, כמשמעותה, בהוראת הפטור.

69. בחנו את טענות המשיבה בעניין טופ הרצליה, ובשונה מהמקרה שם, במקרה שבפנינו ניתן להקים ממ"דים תיקניים, בתוך קווי הבניין התמ"אים והוכח שיפור תכנוני.

70. סוף דבר – אנו סבורים כי אין עילה להתערבותנו בהחלטת השמאי המכריע, אשר מתבססת על אדנים עובדתיים ומשפטיים ראויים.

71. אשר על כן אנו דוחים את ערר החברה. החברה תישא בהוצאות הוועדה המקומית על סך 3,000 ₪, אשר ישולמו בתוך 30 יום.

לערר הוועדה המקומית בעניין הסבת המרפסות מכוח התכנית

תמצית הקביעות מושא הערר

72. עניינו של ערר הוועדה המקומית הוא בקביעות בשומה המכרעת לפיהן לא קיימת השבחה בגין הסבת המרפסות לשטח עיקרי מכוח התכנית.

73. בתמצית יאמר כי לעניין זה נקבע בשומה המכרעת כי אין השבחה, תוך שהשמאי המכריע מפנה להכרעתו בהתייחס לתכנית הר/מק/2302 בשומה המכרעת שערך בגין הנכס שברח' שמואל הנביא 17 (חלקה 387, גוש 6527) בציינו כדלקמן:

"בנכס הנדון בנויות במקור מרפסות, כולן מקורות בקירוי בטון מקורי, שנוצר יחד עם תקרת הקומה במישור אופקי אחד. אין חלק כי המרפסת מהווה חלק בלתי נפרד מהשטח העיקרי. המרפסות נבנו במקור כמרפסות סגורות בשלוש הפאות הפונות אל שאר חלקי הדירה ואילו הפאה הרביעית הפונה אל מחוץ לבניין, היא סגורה בתריס. כאמור לעיל, המרפסות סגורות מכל עבריהן, כך שהמושג "סגירת מרפסות", מתייחס להסרה של המחיצה המפרידה בין שטח המרפסת לשטח הדירה. רוב רובן של הדירות בישראל, אשר נבנו בשנות השישים והשבעים של המאה הקודמת, נבנו ממספר מרפסות, היו בניינים שנבנו אף עם חדרים ובכל חדר יש מרפסת. בבניינים אלה, הסרת המחיצות הייתה פעולה סבירה ומתבקשת מבחינה תכנונית וזאת לנוכח העובדה שעם הסרת המחיצות, נוצרה בדירה רווחה גבוהה יותר ולעיתים הסרה זו אפשרה חדר שינה נוסף... כאמור לעיל, תכנית הר/2213 חלה רק כאשר מבקשים היתר על פי תמ"א 38, הרי שטענתו של שמאי המשיבה ש"ידיעה זו גרמה לפרטים בשוק לשלם פחות בגין נכסים עם מרפסות בנויות בהיתר ולא לשלם עליהן כשטחי המגורים בסביבה", אינה רלוונטית לפרויקטים בתמ"א 38, משום שמי שיוזם ומבצע הוא בדרך כלל יזם ולא פרטי שרוכש דירה (לפרטי שרוכש דירה רלוונטיות יותר הוראות תכנית הר/מק/2302) לכן אינני מוצא מקום לשנות מהכרעתי בשומה המכרעת שברחוב שמואל הנביא 17".

טענות הוועדה המקומית

74. הוועדה המקומית טוענת כי התכנית מאפשרת בין השאר לאשר סגירת מרפסות קיימות בהיתר בתחום קווי הבנייה, מבלי להכליל את שטחן באחוזי הבנייה ובנוסף לזכויות שניתן לקבל מכוח תמ"א 38 והתכנית (סעיף 4.1.2(א)). בכך שינתה התכנית את המצב הקודם ערב אישורה, לפיו על מנת להכשיר את השטח כשטח עיקרי, אושרו הקלות כמותיות במסגרת בקשות לחיזוק.

75. בענייננו שטח בן 183 מ"ר שהינו שטח מרפסות נבדל ומופרד מהשטח העיקרי שאושר בהיתר, הוכשר כשטח עיקרי מכוח התכנית. הבקשה להיתר כללה בקשה מפורשת לסגירת המרפסות והכשרתן.

76. טעה השמאי המכריע בכך שקבע כי המושג סגירת מרפסות מתייחס להסרה של המחיצה המפרידה בין שטח המרפסת לשטח הדירה. בכך הציג השמאי המכריע את המצב העובדתי הקיים כבסיס למצב הקודם בעוד שהיה עליו להתייחס למצב התכנוני הן על פי היתר הבנייה והן על פי התכנית הקיימת טרם הגשת הבקשה הנ"ל. לצורך חישוב היטל השבחה יש לבחון את "המצב הקודם" ערב אישור התכנית אל מול "המצב החדש" לאחר אישורה אך ורק על פי המצב התכנוני בשתי נקודות זמן אלו. אין להביא בחשבון מצב עובדתי קיים שאינו תואם לתכנית המתאר הקיימת או להיתר הבנייה שניתן.

77. גם אם היה היתר לסגירת הפאה החיצונית בתריסים הרי שבמקרה דן הכללת שטח המרפסת בשטח הדירה אינה מצריכה רק הסרת המחיצה הפנימית שבין המרפסות לבין שטח הדירה אלא גם סגירה של הפאה החיצונית בקיר או לכל הפחות בחלונות. סגירה כזו בוודאי שאינה מאושרת בהיתר הבנייה הקיים. בהתאם – רק מכוח התכנית המשביחה ניתן לראשונה לקבל

היתר לסגירת המרפסות ולהכללת שטחן בשטח הדירה כשטח עיקרי, מעבר לאחוזי הבנייה המותרים.

78. בענייננו, השטח של כ-183 מ"ר שמהווה את המרפסות הסגורות בכל הבניין, לא נכלל במניין השטחים העיקריים המותאמים לבנייה על פי תכנית המתאר ב"מצב הקודם", אלא כמרפסת בלבד. היתר הבנייה שניתן לנכס בשנת '64 מצביע כי המרפסות אינן נכללות בשטח העיקרי של הדירה ואין היתר לסגירתן בפאה הרחוקה הפונה אל חוץ הבניין. שטחי המרפסת אינם נכללים בחישוב השטחים העיקריים.

79. לעומת זאת, ב"מצב החדש" בוטלו המרפסות שאושרו בהיתר המקורי, הן נסגרו, חדלו מלהוות מרפסות והשטחים הפכו להיות חלק עיקרי ובלתי נפרד מדירות המגורים כשטח עיקרי לכל דבר ועניין.

80. התוצאה לפיה לא חייבים הבעלים בתשלום היטל השבחה בגין זכויות נוספות, שאין חולק שלא היו מוקנות להם עובר לאישורה של התכנית, היא תוצאה בלתי סביר ובלתי הגיונית.

81. יתרה מזו, בקביעות השמאי המכריע נפל פגם מהותי. שכן כאשר עוסקים בחישוב היטל השבחה אין להתחשב על פי ההלכה הפסוקה בבנייה ושימוש בלתי חוקיים שנעשו במקרקעין, הן במצב "תכנוני קודם" והן ב"מצב תכנוני חדש". ההשבחה וההיטל אמורים להיות מחושבים בהתאם להבדלים שבין שני מצבי התכנון בהתעלם מהמצב הקיים בשטח בשימוש ובבנייה בלתי חוקית.

82. הוועדה המקומית מפנה כתמיכה לטענותיה לשומות מכריעות אחרות במסגרתן נשומה השבחה עקב מימוש הזכות להסבת מרפסות מכוחה של התכנית: שומת השמאית המכריעה הגב' גרבי, מושא ערר 85203/16, שומת השמאית המכריעה הגב' דורית פריאל, מושא ערר 85246/16, שומת השמאי המכריע מר משה נדס, מושא ערר 85195/16.

83. אשר על כן, מבוקש להורות לשמאי המכריע להעריך את ההשבחה, שנוצרה ערב אישור סגירת המרפסות, והפיכתן לחלק מדירות המגורים בהתחשב במצב התכנוני שהיה קיים ערב אישורה של התכנית, ובהתעלם מהעובדה שהסגירה כבר נעשתה בפועל ללא היתר, ולקבוע את ההשבחה בהתאם.

טענות החברה

84. החברה טוענת כי דין הטענה להידחות וכי אין כל עילה להתערבות בהחלטת השמאי המכריע לפיה אין השבחה כתוצאה מהסבת המרפסות על פי התכנית.

85. על פי ההיתר, שניתן כדין ביחס לבניין משנת 1964, נבנו המרפסות כמרפסות מקורות וסגורות והן מהוות חלק אינטגרלי מהנכס, כך גם אושרו בהיתר הבנייה המקורי ועל כן אין צורך תכנוני "להכשירן" ולהפכן לשטח עיקרי. המרפסות הן ממילא שטח עיקרי וכך גם אושרו בהיתר המקורי. התכנית לא שינתה את מצבם התכנוני.

86. הבניין נשוא הערר, קיבל היתר בנייה בשנת 1964, שנים רבות בטרם ביצע המחוקק את ההבחנה בין שטחים עיקריים לשטחי שירות, שנקבעה לראשונה במסגרת תקנות התכנון והבנייה (חישוב שטחים ואחוזי בנייה בתכניות ובהיתרים) התשנ"ב-1992 (להלן: "תקנות חישוב שטחים"). החברה מפנה לסעיף 13(ב)(1) לתקנות אלו הקובע הוראת מעבר.

87. אף אם נניח כי מדובר בשטחים שלא הוכשרו כדין הרי שלאור העובדה כי עסקינן בבקשה להיתר לפי תמ"א 38, נכללת תוספת השטחים במסגרת תוספת השטחים המותרים מכוח תמ"א 38.

88. בנסיבות אלה, חל הפטור הקיים מכוח סעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית לחוק, שבמסגרתו מוקנה פטור ביחס להיתר שניתן מכוח תכנית מפורטת שהוכנה על פי תמ"א 38 לגבי חלק ההשבחה שהיה פטור מהיטל השבחה לו ניתן ההיתר על פי תמ"א 38.

89. מן ההיבט השמאי ההשבחה נמדדת לפי שווי שוק והאם קונה סביר מוכן לשלם סכום גבוה יותר עבור הנכס מזה שהיה משלם עבורו ערב אישור התכנית. השמאי המכריע עורך בענייניו את מבחן שווי השוק וקובע בניגוד לטענת שמאי הוועדה המקומית כי הקונה במקרה זה הינו יזם ומשכך הידיעה אינה רלוונטית לפרויקטים בתמ"א 38. לכך יש להוסיף כי גם כל קונה סביר אחר לא יהיה מוכן לשלם יותר עבור הידיעה בדבר "האחדה" מלאכותית של חלקים בנכס. המתהלך להנאתו בחדר המגורים לא יודע להבחין אם הוא מצוי בסלון או במרפסת מקורה. בכך למעשה נותן השמאי משנה תוקף לטענת שמאית החברה לפיה מדובר בשטח אשר מהווה חלק אינטגרלי משטח הדירה ומתמחר בשווי שוק מלא וזהה לשווי שטח עיקרי.

90. החברה מפנה לשומות מכרעיות אחרות אשר במסגרתן נקבע כי אין השבחה (שומת השמאי המכריע מר אייל יצחקי ביחס לחלקה 166 בגוש 6529 וכן לשומת השמאית המכריעה הגב' שושי שרביט ביחס לחלקה 516 בגוש 6536, כמו גם לשומת השמאית המכריעה הגב' נורית גירבי ביחס לחלקה 142 בגוש 6530).

91. החברה מציינת כי במקרים בהם התבקש היתר למימוש גזוזטראות על פי תקנות חישוב שטחים לא נדרש היטל השבחה והעוררת לא גבתה היטל השבחה על "הכשרת" השטח "הכלוא" בין הסלון לגזוזטרה. לעניין זה הפנתה המשיבה לדוגמה בהתייחס לחלקה 723 בגוש 6544 ולהיתר בנייה אשר אושר על ידי העוררת בישיבה מיום 25.06.2014.

דיון והכרעה

92. לאחר ששקלנו את טענות העוררת ואת התשובות להן שוכנענו כי נפלה שגגה בהחלטת השמאי המכריע בגדר הלכת גלר.

93. עיון בהיתר הבניה, בתשריט קומה טיפוסית, מעלה כי המרפסות הינן מרפסות מקורות שלהן חזית פתוחה, אם כי בחלק אחר של היתר הבניה ניתן לראות סימון של סגירת החזיתות באמצעות תריסים.

94. יצוין כי העוררת עצמה הפנתה את שימת לב ועדה זו בערר אחר שנושאו דומה לכך כי סגירת הפאה החיצונית של המרפסת באמצעות תריסים התאפשרה באותן שנים מכוח תקנות התכנון והבנייה (היתר לעבודה מצומצמת), אשר אפשרו את הסגירה בתריסים ולא באמצעות קיר או חלון.

95. כפי שקבענו בהחלטותינו הקודמות, שטחי המרפסות, התאפיינו בעבר בכך שניתן היה לכל היותר לסגור אותן באמצעות תריסים, ולא היו בבחינת שטח עיקרי. עניין זה נכון גם ביחס להיתר שבפנינו.

96. מעמד שטחי המרפסות כשטח עיקרי הוא תולדה של התכנית המאפשרת את סגירת המרפסות והסבתן לשטח עיקרי.

97. שטחי המרפסות הפכו לצורך העניין לשטחים עיקריים לכל דבר ועניין בהתאם לסעיף 4א4.1.2 לתכנית בה נקבע כי "במבנים קיימים אשר נבנו לפני מתן תוקף לתכנית הר/2213 ניתן לאשר סגירת מרפסות קיימות בהיתר בתחום קווי הבניין מבלי להכליל את שטחן באחוזי הבניה ובתנאי שהבניין נבנה כדין."

98. לאחר אישורה של התכנית השטחים הפכו לשטחים שניתן לסגור ולשטחים עיקריים לכל דבר ועניין.

99. הפועל היוצא הוא כי יש לטעמנו לבחון מבחינה שמאית מה מקדם ההפחתה הנותן ביטוי לשונות בין שני המצבים ולקבוע את ההשבחה הנובעת מכך. דהיינו יש לבחון ההשבחה, בין המצב האחד בו מדובר במרפסות מקורות שניתנות לסגירה לכל היותר באמצעות תריסים ובין המצב השני בו מדובר במרפסות שניתנות לסגירה באמצעות קיר או חלון והינם בבחינת שטח עיקרי.

100. נציין כי לא ניתן להתחשב בסגירת המרפסות דה פקטו. זאת שכן, כלל הוא כי אין ליתן ביטוי לשימוש בלתי חוקי בעת קביעת ההשבחה. כלל זה משתקף בפסיקה ענפה של בית המשפט העליון ושל ועדות הערר. ראה למשל בר"מ 6707/15 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה פתח תקווה נ' נהור בע"מ, (פורסם בנבו, 07.02.2016), בר"מ 3903/07 אברהם גיאן נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה נתניה (פורסם בנבו, 21.02.2008), כן וראו ערר רה/85010/15 הוועדה המקומית לתכנון ובניה רמת השרון נ' בלורי בע"מ (פורסם בנבו, 06.11.2016) ממנו עולה כי שווים של המקרקעין במצב שקדם לאישורה של תכנית משביחה ייבחנו על פי המצב הסטטוטורי המאושר בהתעלם מהבנייה הבלתי חוקית. כן ראו ערר 8037/11 (חיי) בראונשטיין מלכה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חיפה (פורסם בנבו, 12.12.2011), ערר חל/81567/12 ועדה מקומית לתכנון ובניה חולון נ' חג'ג משה (פורסם נבו, 05.01.2016).

101. אנו דוחים את טענות המשיבה כי סגירה זו, מכוח התכנית, באה בגדר הפטור שבסעיף 19(ב)(10) לתוספת השלישית. שטחי המרפסות אינם בגדר שטחים שהותרה הסבתם לשטח עיקרי מכוח התמ"א.

102. אשר על כן החלטנו לקבל את ערר הוועדה המקומית ולהחזיר את הדיון לשמאי המכריע, אשר יערוך את השומה בהתאם לאמות המידה עליהן עמדנו לעיל.

103. בנסיבות העניין אין צו להוצאות.

ההחלטה התקבלה פה אחד, וניתנה היום, ט"ז חשוון, תש"ף, 14/11/2019.

סילביה רביד, עו"ד
יו"ר ועדת ערר
לפיצויים והיטלי השבחה
מחוז תל אביב

שלומי שחר, עו"ד
מזכיר ועדת ערר
לפיצויים והיטלי השבחה
מחוז תל אביב

לראש ההחלטה