

מדינת ישראל
מינהל תכנון - משרד האוצר
מחוז תל-אביב
ועדת ערר לתכנון ובניה
פיצויים והיטלי השבחה

בפני הוועדה: יו"ר: עו"ד גילת אייל
חבר ועדה: מר מיכאל גופר, אדריכל ומתכנן ערים
נציגת מתכנת המחוז: גב' הדסה רוטשטיין

העוררת: הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל-אביב
ע"י ב"כ עו"ד מיכל דיק

המשיבים: יצחק לב ו-3 אח'
ע"י ב"כ עו"ד אברהם דין

החלטה

ערר זה הוגש ע"י הועדה המקומית, על החלטת השמאי המכריע, מר בצלאל קציר מיום 14.02.2017.

ההליך בפני השמאי המכריע התנהל בעקבות מימוש בדרך של היתר בניה שכלל הקלה.

הערר שלפנינו מתמקד בקביעת השמאי המכריע באשר להשבחה הנובעת מהקלה לצורך הבלטת מרפסות. בהקשר זה, השמאי המכריע קבע כי הזכות לבנית מרפסות היא זכות מוקנית מכח **תקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים), תשנ"ב – 1992** (להלן: "תקנות חישוב שטחים"), אשר היתה נתונה במצב שקדם להקלה. לפיכך קבע כי ההשבחה מכח ההקלה היא בגין שיפור תכנוני המאפשר בנייתן של המרפסות בחריגה מקו הבניין, לגבי זכויות שהיו נתונות גם במצב הקודם להקלה. הועדה המקומית טוענת כי בכך נפלה טעות, שכן היה על השמאי המכריע לקבוע השבחה בגין מלוא שטח המרפסות, ולא לייחס כל שווי לאפשרות בניית המרפסות במצב הקודם להקלה.

רקע –

התפתחות עמדת הועדה המקומית בדבר גביית היטל השבחה בגין הקלות המאפשרות ניצול זכויות

עמדתה של הועדה המקומית בתיק זה, מתקשרת לעמדה כללית רחבה יותר שהציגה הועדה המקומית בפנינו במספר תיקים לאחרונה, ולפיה, בגין זכויות קיימות שלא ניתן לנצלן ללא הקלה, יש לחייב בהיטל השבחה במועד ההקלה בגין שווי מלא של השטח, כאשר במצב הקודם יש להתעלם מכל תרומה לשווי הנכס שבאה מזכויות אלה, ולנטרל שווי זה.

ראוי לציין כי עד לגיבוש עמדה זו (להערכתנו, לפי כשנתיים-שלוש), אחזה הועדה המקומית בעמדה הפוכה. לפי העמדה הקודמת, אשר באה לידי ביטוי בעשרות שומות של הועדה המקומית, זכויות

מאושרות בתכנית, גם אם היה צורך בשל נתוני המגרש, בהקלה בקו הבניין או בהקלה לניוד זכויות בין קומות כדי לממשן – הובאו בחשבון במצב שקדם לאותה הקלה בהתאם לשווי השוק שלהן. יתר על כן, הועדה המקומית אף גבתה היטל השבחה בגין אותן זכויות כחלק מהיטל ההשבחה שהוטל על התכניות שקבעו זכויות אלה, במכר, אף אם לא התבקשה הקלה כלל. גם זאת בעשרות רבות של שומות. בשל העובדה שלשם מימוש הזכויות היה צורך בהקלה מהסוג המתואר לעיל, הועמד שוויין, ככלל, על 75-90% משווי זכויות שאינן דורשות הקלה שכזאת על מנת לממשן.

יצוין כי שמאי הועדה המקומית, בהגנותם, ציינו במהלך הדיונים כי הם אינם חולקים על העמדה שלפיה - לזכויות בניה מאושרות אשר מימושן מצריך הקלה לקו בניין או לניוד בין קומות יש שווי שוק. אלא שלטעמם הפסיקה מהשנים האחרונות מחייבת התעלמות משווי זה, בעת הערכת ההשבחה מכח אותן הקלות.

כאמור, עד לשינוי עמדתה של הועדה המקומית, כאשר ניתנו בעבר הקלות לקווי בניין או לניוד שטחים בין קומות על מנת לאפשר מימושן של זכויות קיימות, הוטל עליהן היטל השבחה על עליית ערך בשל הפיכת הזכויות הקיימות לזמינות, ולא על שוויון המלא של הזכויות משל ניתנו לראשונה במסגרת ההקלה, כפי שהלכה למעשה נגבה כיום.

התיק דנן מהווה דוגמא לכך. בשנת 2009 החליטה הועדה המקומית לאשר הקלות ובהן בין היתר: הקלה של 10% בקו בניין אחורי לניצול זכויות בניה, הפיכת קומת ביניים לקומה רגילה תוך העברת זכויות בין הקומות לניצול קומות בניה, תוספת קומות ללא שינוי בסה"כ השטחים המבוקשים. לניצול זכויות בניה, ניוד זכויות בין הקומות לצורך שיפור תכנון ותפקוד הדירות (ראו בסעיף 5.13 לשומת גבי קיינר מטעם הועדה המקומית, נספח ג' לערר). המדובר בהקלות שתכליתן כולן לאפשר מימוש זכויות קיימות שלא היה ניתן לנצלן קודם לכן בשל נתוני המגרש. ההשבחה שיוחסה להקלות אלו נקבעה בשומת הועדה המקומית כדלקמן: הקלה לתוספת 2 קומות, העברת אחוזים מקומת הקרקע לקומות עליונות, ביטול קומת ביניים והפיכתה לקומת מגורים – 5% מערך הזכויות לכל אחת מהקלות אלו. הקלה לקו הבניין האחורי – 25% מערך הזכויות.

להשלמת התמונה בהקשר זה נציין כי נציגי הועדה המקומית, בהגנותם, לא התכחשו לעובדות הנ"ל, אך מסרו כי שינוי העמדה מתחייב לעמדתם מההלכה הפסוקה, וכי מקום שבו נגבה בעבר היטל השבחה כאמור, במסגרת המכר, הועדה המקומית נותנת לכך ביטוי מתאים בעת גביית ההיטל בגין ההקלה ואינה גובה בגין זכויות אלו גביה כפולה.

גביית היטל השבחה בהקלות דנן – עמדת השמאים המכריעים

ועדת הערר עיינה בשומות מכרעות רבות, ולא זכורה, קביעה שמאית של שמאי מכריע לפיה זכויות אשר לשם ניצולן יש צורך באקט נוסף, אינן תורמות לשווי הנכס. אם בכלל, ועדת הערר נתקלה באמירות הפוכות של שמאים מכריעים, שלפיהן אין ספק כי הזכויות תורמות לשווי הנכס במצב שקדם להקלה, ובהתאם יש להביאן בחשבון. לשם הדוגמא בלבד נביא את השומות המכרעות שציין המשיב לפנינו (שומה מכרעת של השמאי המכריע מר ג'קי פז, בגוש 6930 חלקה 57 בתל אביב; ראו בעמ' 17-20 ושומות מכרעות אחרות שנקטו באותו קו ומוזכרות שם בעמ' 20; שומה מכרעת של השמאית המכריעה גב' שושי שרביט שפירא, בגוש 6909 חלקה 25, שהיתה נשוא לערר (ת"א) 85026/17 הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב נ' ב.דייניש בע"מ (פורסם בנבו, 22.01.19), שניתן על ידנו לאחרונה, שם בסעיף 11.1).

חלק מהשמאים המכריעים אימצו את עמדת הוועדה המקומית שלפיה, בהתאם לדין הם מחוייבים כביכול לנטרל את תרומתן של אותן זכויות לשווי הנכס במצב שקדם להקלה, אולם גם לשיטתם בכך נוצר, לצורך היטל השבחה, שווי שהוא שונה משווי השוק של המקרקעין ערב ההקלה. כך עמדת השמאית המכריעה גב' דורית פריאל שנדונה בהרחבה על ידנו בעניין חצרוני ערר (ת"א) 85282/16 אמיר חצרוני נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב (פורסם בנבו, 11.11.18) ועל ידי ועדת הערר של מחוז המרכז בעניין מאיר נדלן 7081/17 א. מאיר נדלן העיר בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה פתח תקווה (פורסם בנבו, 14.06.2018).

השאלה בערר דנן

בהחלטות בעררים דייניש וחצרוני הנ"ל, שניתנו לאחרונה, דחינו את עמדתה זו של הוועדה המקומית. טענותיה של הוועדה המקומית בדיון לפנינו, התמקדו בטעויות שנפלו לשיטתה בהחלטות אלו, ואנו נתייחס אליהן להלן.

במוקד ערר זה, בדומה לעררים בעניין דייניש וחצרוני, עומדת השאלה כיצד יש להעריך השבחה במקום שבו ניתנת הקלה המאפשרת ניצול זכויות קיימות, וליתר דיוק, האמנם, כטענת הוועדה המקומית, יש להתעלם משווי השוק של המקרקעין במצב שקדם להקלה, ולנטרל ממנו אלמנטים קיימים התורמים לשווי.

עם זאת, כאמור, בשונה מהמקרים שנדונו בעניין דייניש וחצרוני, שבהם ביקשה הוועדה המקומית כי נתעלם מתרומתן לשווי של זכויות קיימות מכח תכנית, במקרה דנן עסקינן באפשרות לבניית מרפסות שלא נקבעה בתכנית אלא נלמדת מתוך תקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים), תשנ"ב – 1992.

איננו מניחים כמובן מאלינו כי שאלת הערכת ההשבחה מכח הקלה, שאיפשרה ניצולן של זכויות קיימות שלא היה ניתן לממשן בשל מגבלות תנאי המגרש וקווי הבניין, זהה לשאלת הערכת ההשבחה במקרה של הקלה מקו בניין המאפשרת בניית גזוזטראות בהתבסס על תקנות חישוב שטחים, ונידרש לכך בחלק האחרון של החלטתנו.

השאלה היא איפוא כיצד יש להעריך את שווין של הקלות שאפשרו בניית גזוזטראות בחריגה מקו בניין.

דיון והכרעה

גביית היטל השבחה בהקלות המאפשרות ניצול זכויות - עמדת ועדת הערר בעררים בעניין דייניש וחצרוני

נפתח בהחלטותינו בעניין דייניש וחצרוני, אשר עמדו במוקד טיעונה של הוועדה המקומית לפנינו בעת הדיון.

בעניין חצרוני דנו בערר על שומה מכרעת של השמאית המכריעה גברת דורית פריאל, אשר בחנה השבחה מכוחה של הקלה לניוד זכויות קיימות לקומות עליונות.

"טענתו הראשונה של העורר נוגעת לקביעת השווי של המקרקעין במצב שקדם להקלה. אין חולק כי לחלקה היו נתונות זכויות בניה מכח התכניות התקפות, וכי ההקלה לא העניקה את הזכויות, כי אם - לכל היותר - אפשרה מימושן בקומות שהתווספו, מאחר

שמגבלות קווי הבניין לא אפשרו מימוש הזכויות במלואן. אמרנו לכל היותר, מאחר שלשיטת העורר הזכויות היו ניתנות למימוש גם ללא ההקלה, אלא שהוא בחר לבקש הקלה על מנת לממשן בקומות שהתווספו".

בעניין חירוני חלקו העוררים על טענת הועדה המקומית כי הזכויות לא היו ניתנות למימוש ללא ההקלה וטענו כי ההקלה שהתבקשה היתה נחוצה לשם בניה באופן שהתבקש על ידם, אך הערכת ההשבחה מכוחה צריכה להעשות בשים לב לכך שבמצב שקדם להקלה היו זכויות שניתן היה לבנותן באופן אחר ללא הקלה. בצד בקשת להבהרת עמדתה של השמאית המכריעה בעניין זה, ניתנו על ידנו הנחיות כדלקמן:

" במסגרת בחינת שווי המקרקעין במצב הקודם, על השמאית המכריעה להביא בחשבון את שווי המקרקעין בהתאם לשווי השוק האובייקטיבי שלהם. מהשומה המכרעת עולה לכאורה שבמקרה דנן לא הובא שווי השוק המלא של המקרקעין, שכן השמאית המכריעה סברה, לטעמנו בטעות, כי היא מחויבת מבחינה משפטית, במסגרת בחינת שווי המקרקעין לצורך היטל השבחה, לנקוט בגישה שונה מזו שהיתה נוהגת לשם חישוב שווי השוק של המקרקעין. השמאית המכריעה, ביטאה בכנות בשומתה עובדה זו. בעמ' 16 לשומה המכרעת מצינת השמאית המכריעה כי הגישה המופעלת על ידה: "משמעה הקניית שווי 0 במצב קודם לפוטנציאל זכויות שאינו בר מימוש וכפוף להליך תכנוני נוסף, וזאת לצורך אומדן השבחה (בשונה מאשר לצורך ניתוח שווי קרקע למר"מ)" ובהמשך אותו עמוד מצינת השמאית המכריעה כי "הדברים נכונים לכל פוטנציאל זכויות – הן לפוטנציאל זכויות שמיושן כפוף לאישור הקלה (ואף בהתייחס לזכויות המפורטות בתכנית עצמה שלא ניתן לממשן בגין מגבלות תכנוניות) והן לפוטנציאל של זכויות שמיושן כפוף לאישור תכנית. שני אלה בגדר 'הליך תכנוני נוסף' אותו יש לנטרל לצורך אומדן השבחה. בכך פס"ד כהן יוצר קוהרנטיות. יוער כי פוטנציאל זה אינו מנוטרל לצורך אומדן שווי שוק (או קרקע למר"מ) אך מנוטרל לצורך אומדן שווי במצב קודם במסגרת תחשיב היטל השבחה" (ההדגשה הוספה – הח"מ).

הועדה המקומית מבקשת לאמץ גישה זו. אלא שגישה שלפיה לצורך אומדן היטל השבחה אין להביא בחשבון את שווי השוק של המקרקעין, עומדת בסתירה לבסיס לגביית היטל השבחה.

השבחה, כהגדרתה בתוספת השלישית, היא:

"עליית שוויים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג".

סעיף 7(4) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה – 1965, קובע כיצד אומדים את עליית השווי:

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

ראו עוד בפסק הדין של אברמוביץ, רע"א 147/14 הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו נ' סוניה אברמוביץ (פורסם בנבו, 31.12.2014) לעניין קביעת השבחה על בסיס שווי שוק לפי אמת מידה אובייקטיבית.

השבחה היא עליית ערך המקרקעין כתוצאה מאקט תכנוני, מבין אלה המוגדרים בתוספת השלישית. באין עליית ערך כתוצאה מהאקט התכנוני – אין השבחה. ההשבחה, עליית ערך המקרקעין – היא עליית ערכם בשוק החופשי ובהתאם השומה נערכת כאילו נמכרו בשוק החופשי.

בחינה שאיננה מודדת את השינוי בערכי השוק בין שני מצבי התכנון, אלא מנטרלת משווי השוק של המקרקעין במצב הקודם, שווי שקונה סביר בשוק החופשי היה מעניק לו – מייצרת עליית ערך וירטואלית, ואיננה מהווה השבחה כהגדרתה בחוק. על השבחה וירטואלית שכזו אין בסיס חוקי להטיל היטל השבחה.

כשמוסד תכנון מוסמך קובע בתכנית כי לחלקה יהיו נתונות זכויות בניה מסוימות, יש לכך שווי שוק, אף אם לצורך מימושן של זכויות אלה יש צורך בהקלה לקו בניין או לניודן לקומה אחרת. בכך לא חידשנו דבר וחצי דבר. אין המדובר בפוטנציאל כי אם

בזכויות קיימות, סטטוטורית, שאושרו במסגרת תכנית שאישרה הועדה המחוזית. רבות מספור הן השומות שבהן חייבו הועדות המקומיות נישומים בהיטל השבחה, בגין עליית שווי מקרקעין כתוצאה מתכנית המעניקה למקרקעין זכויות, גם אם לצורך מימושן יש צורך בהקלה מקו בניין או כדומה. וכדין עשו, שכן יש בזכויות שכאלה כדי להעלות את שווי המקרקעין, והחוק מחייב גביית היטל השבחה בגין. ואם זכויות שכאלה מעלות את שווי המקרקעין ועל בסיס זה נגבה היטל השבחה בגין תכנית, כיצד זה נתעלם מהן בשומת היטל השבחה כאשר התכנית מהווה את "המצב הקודם" להקלות?

אף השמאית המכריעה בענייננו אינה קובעת שלזכויות אלה אין שווי. בהגנותה היא מציינת כי לעמדתה, היא מחויבת על פי הדין, לנטרל שווי זה לצורך היטל השבחה, הגם שהוא אינו מנוטרל לצורך קביעת שווי שוק. לטעמנו בכך נפלה שגגה משפטית.

עמדה שלפיה קיים אמדן שווי מסוג אחד "לצורך" היטל השבחה ואמדן שווי מסוג אחר "לצורך" קביעת שווי שוק סותרת את הדין, שומטת את הבסיס תחת קיומה של השבחה וממילא לא מאפשרת לגבות היטל השבחה. אין לקבל פרשנות זו שמבקשת הועדה המקומית לצקת לפסק דין כהן.

בהחלטתנו ציטטנו בהסכמה באריכות מתוך החלטת ועדת הערר של מחוז המרכז בראשות עו"ד אבן חיים בערר 7081/77 א. מאיר נדל"ן העיר בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובני פתח תקווה (פורסם בנבו, 14.06.2018). באותו עניין, נדרשה ועדת הערר של מחוז המרכז למקרה דומה, ואף דחתה את הניסיון להשעין את ההתעלמות משווי המצב הקודם על הפסיקה הקיימת:

"מעיון בנימוקי בית המשפט הנכבד בעניין כהן ניתן להבין, כי הנחתו של בית המשפט היתה ששווי המקרקעין לא עלה בפועל באותו עניין בעקבות תוספת הזכויות שניתנה בתכנית, אלא מדובר בהשבחה "תיאורטית" בלבד, ולפיכך קבע שחיוב בהיטל השבחה חלקי בגין בעקבות אישור התכנית יעמוד בסתירה לעקרון של גביית "מס אמת". זאת, כפי העולה, בשל הסיכון הרב שראה בנסיבות אותו עניין שההקלה שכלל לא התבקשה באותו מקרה גם לא תתבקש וממילא לא תאושר לעולם.

23. בשונה מהנסיבות שהיו בעניין כהן והובילו את בית המשפט למסקנתו, ההקלה בענייננו התבקשה גם בעבר ואף אושרה בפועל (אם כי נזנחה משום מה ולפיכך ההחלטה לאשרה פקעה).

24. עולה, אפוא, כי בעניין כהן מצב הדברים היה שונה מאשר בענייננו במספר היבטים. בנוסף יש להעיר, כי בעניין כהן מדובר היה באומדן שווי זכויות במצב החדש לאחר אישור התכנית שהקנתה זכויות מסוימות שלא היו ניתנות לניצול בפועל בלא אישור הקלה (שבית המשפט הנכבד מדגיש שכלל לא התבקשה במצב הקודם). אולם בענייננו מדובר באומדן שווי אותן זכויות למצב הקודם לאישור ההקלה בה מומשו בפועל אותן זכויות, שיש לקזז מהשווי במצב החדש על מנת להתחקות אחר עליית השווי בפועל בשל אישור ההקלות.

25. מכל מקום, בניגוד לעולה מעניין כהן, בנסיבות ענייננו סבורה השמאית המכריעה - והדבר מקובל עלינו בהחלט - כי השוק נתן בפועל תוספת מסוימת לשווי הזכויות המוקנות במצב הקודם, למרות שניצולן היה כפוף לאישור ההקלה (שאושרה לבסוף). השמאית המכריעה הנכבדה כתבה בשומתה (עמ' 7 ה"ש 2), כי יש לזכויות אלה שווי, אלא שאין להביאו בחשבון בשל הבנתה (השגויה להבנתנו בכל הכבוד) את פסק הדין בעניין כהן. כאמור לעיל, בהמשך, במענה לשאלה שהפנינו אליה בנושא זה, אמדה השמאית המכריעה את שווי אותן זכויות במצב הקודם למועד הקובע (אישור ההקלה) בסכום של כ- 250 אלפי ש"ח. לפיכך, מקובלת עלינו טענת העוררים, כי יש להניח שהם שילמו בעת רכישת המקרקעין סכום כלשהו בגין זכויות אלה, ואף שלא היה ניתן לנצלן בפועל בלא לאשר בהמשך הקלה. זאת, על בסיס הערכות שוק המקרקעין בכלל נסיבות העניין לגבי הסיכוי שהקלה כזו תאושר בענייננו בעתיד.

...

28. בהקשר התכלית עוד ניתן להפנות, למשל, לדברים הבאים שנאמרו בפסיקת

בית המשפט העליון (חוות דעתו של השופט מ' חשין בדנ"א 3768/98 קריית בית הכרם בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נו(5) 49, 62-63; ההדגשה הוספה):

"פלוני שנתעשר אך בשל שינויי תכנון שנערכו לפי חוק התכנון והבניה – לאמור, נתעשר אך בשל פעילות נורמטיבית של רשויות הציבור – ראוי לו שישתף את הקהילה באותה התעשרות שנתעשר. ואם לא בכל ההתעשרות כולה, למצער בחלקה של ההתעשרות – בחצייה. כך היה דין במשפט האנגלי לפני עשרות שנים, בתחילת המאה העשרים (ראו להלן); ממנו נתגלגלו הדברים לסעיפים 28 ו-29 לפקודת בנין ערים שלשנת 1921; מכאן – לסעיף 32 לפקודת בנין ערים, 1936 ומכאן – לסעיף 196א ולתוספת השלישית שלחוק התכנון והבניה. ... ניתן דעתנו כי היטל ההשבחה הולך אל קופות הוועדה המקומית והרשות המקומית – דהיינו, לא אל אוצר המדינה אלא אל הקהילה שאליה משתייך בעל המקרקעין – וכהוראת סעיף 13 לתוספת השלישית, נועד הוא לכיסוי הוצאות הוועדה המקומית או הרשות המקומית להכנת תכניות ולביצוען, לרבות הוצאות פיתוח ורכישת מקרקעין לצורכי ציבור ולשימור אתר או הפקעתו.

יסוד זה של התעשרות עקב פעילות תכנון שלפי חוק התכנון והבניה הוא בריח-התיכון בהיטל השבחה – בקומפלקס הכולל ובכל אחד ואחד ממרכיביו, זעיר ככל שיהא."

29. "השבחה" מוגדרת בתוספת השלישית כ"עליית שוויים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג" (סעיף 1). ממילא, בהתאם לתוספת השלישית, יש לבחון את ההפרש בין ערכם של מקרקעין בשוק החופשי עובר לאירוע המשביח ובין ערכם בשוק החופשי מייד לאחריו. ניתן להפנות בעניין זה לרע"א 147/14 הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו נ' אברמוביץ, להלן: עניין אברמוביץ, 31.12.14 (לאחר מתן פסק הדין בעניין כהן), בפס' 11: "את ההשבחה יש לחשב אפוא 'בהתאם למחיר שבו היו נמכרים המקרקעין בשוק החופשי, ממוכר מרצון לקונה מרצון, כפי שמחיר זה משתקף בתאריך הקובע, שהוא יום אירוע המס – יום תחילת התכנית או יום אישור ההקלה או השימוש החורג' (עניין רון, פסקה 20). שומת ההשבחה דורשת אם כן לשום את המקרקעין פעמיים: פעם אחת, לפי 'המצב החדש', דהיינו לפי מצב הזכויות בהם לאחר הפעולה התכנונית המשביחה; ופעם שנייה, לפי 'המצב הקודם', דהיינו לפי מצב הזכויות במקרקעין עובר לפעולה התכנונית האמורה. ההפרש בין שני ערכים אלה מהווה את ההשבחה שחלה בעקבות הפעולה התכנונית; וסכום היטל ההשבחה יועמד כאמור על מחצית ממנו"

30. עוד נאמר בעניין אברמוביץ, כי (בפס' 16):
 "מלאכת הערכת השווי תעשה לפי מבחן אוניברסלי המניח שוק משוכלל שבו קונה סביר מוכן לשלם בעד המקרקעין תמורה המשקפת את ערכם האובייקטיבי באותה עת... ודוקו: סעיף 4(7) לתוספת השלישית קובע כי נקודת הייחוס לבחינת שווי המקרקעין 'במצב החדש' היא ערכם של המקרקעין בשוק החופשי בעת הרלוונטית. זהו נתון אובייקטיבי השאוב אך מהתכונות הקרקעיות ומגורמים שיש בהם כדי להשפיע על המחיר שקונה סביר יהיה מוכן לשלם בעד המקרקעין בשוק החופשי (אף כי, כאמור, לצורך שומת ההשבחה תובא בחשבון עליית שווי שמקורה בפעולה התכנונית בלבד). ... ערכם של מקרקעין נגזר אפוא משווי השוק שלהם ובנתון לאמת מידה אובייקטיבית בתוך השוק החופשי בנקודת זמן ספציפית 'ובהתחשב בשימוש הטוב והיעיל ביותר בנכס' (רע"א 10879/02 באולינג כפר סבא נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, [פורסם בנבו] פסקה 14 (6.12.2006) .

31. לפיכך, לפי פסיקת בית המשפט העליון, יש להביא אפוא בחשבון הערכת שווי המקרקעין גם במצב הקודם את כל הרכיבים המשפיעים על שווי השוק של המקרקעין "ובנתון לאמת מידה אובייקטיבית בתוך השוק החופשי בנקודת זמן ספציפית 'ובהתחשב בשימוש הטוב והיעיל ביותר בנכס'".

...

37. עוד ניתן להפנות בנושא להלכה הפסוקה שעמדה על כך שבמקרה שמוקנות זכויות בניה למקרקעין מסוימים בתכנית מתאר, אך הזכויות אינן זמינות במובן זה שהן אינן ניתנות לניצול אלא בכפוף לאישור תכנית מפורטת, לא תראה אותה התכנית המפורטת כמקנה את הזכויות (או כלשון סעיף 2 לתוספת השלישית: כמי

שמביאה ל"הרחבתן של זכויות הניצול"). במקרה כזה ההשבחה שתביא התכנית המפורטת תיחשב השבחה "בדרך אחרת" (כאמור שם). בע"א 1341/93 סי אנד סאן ביץ' הוטלס בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, תל-אביב-יפו, פ"ד נב(5) 715 (להלן: סי אנד סאן), נאמרו הדברים הבאים בכל הנוגע לפועלה של תכנית מפורטת אשר אפשרה את הענקת הזכויות שכבר הוקנו למקרקעין בתכנית המתאר (בפסקה 8):

"החובה לשאת בהיטל קיימת גם אם ההשבחה באה בשל עליית ערך 'בדרך אחרת'. 'דרך אחרת' משמעותה דרך שאינה הרחבה של זכויות הניצול ואשר הביאה, בעקבות אישור תכנית, לעליית שווי המקרקעין. זהו המקרה שלפנינו. אישור התכנית הביא – שלא בדרך של הרחבת זכויות הניצול – לעליית שווי המקרקעין."

38. ענייננו דומה במידה רבה לכך. גם בענייננו תכנית במצב הקודם הקנתה את הזכויות אולם אלה לא היו ניתנות לניצול מידי בפועל במגרש (בשל גודלו ובמגבלות קווי הבניין). לפיכך, כאמור בהלכה הפסוקה, ההשבחה שתיבחן למועד מתן ההקלה (בענייננו) או למועד אישור התכנית המפורטת (כמו בעניין סי אנד סאן), ככל שכך יהיה, לא תהא בשל כך שהפעולה התכנונית שתינקט הביאה ל"הרחבתן של זכויות הניצול". הרי אלה הורחבו כבר בשלב אישור התכניות הקודמות (בכפוף למגבלת זמינות ובכפוף לקיומה של אי-ודאות מסוימת להיקף הזכויות שיאושרו לבסוף בהקלה במגבלות המגרש המסוים). בדומה לעניין סי אנד סאן, ה"השבחה" בענייננו למועד אישור ההקלה שתאפשר את ניצול הזכויות המוקנות למגרש תיבחן בהתאם לשאלה האם עלה שוויים של המקרקעין "בדרך אחרת" עקב אישור ההקלה וההיטל יגבה רק בעבור עליית השווי בשלב אישור ההקלה.

39. ניתן להמחיש זאת גם בהפניה לפסק הדין בע"א 7664/08 עו"ד אסף ניב, כונס הנכסים על זכויות נ' נכסי נירד בע"מ, 13.09.2011 (אשר גם בית המשפט בעניין כהן הפנה אליו כמצוטט לעיל): שם – בשונה מענייננו – היה מדובר בהקלה כמותית. לפיכך, שטחי השירות שדובר בהם באותו עניין הוקנו רק עם אישור ההקלה בהתאם לאותה "תוספת לתכנית" (שלפי הוראת המעבר לתקנות חישוב שטחים), ולא דובר שם בהקלה שרק אפשרה זמינות ל"זכויות ניצול" שהוקנו כבר קודם בתכנית קיימת כלשהי.

40. למעשה, בערר אחר שבא בפנינו בעבר נדון מצב דומה. באותו עניין לא היה ניתן לנצל זכויות שהוקנו למגרש מסוים בסדרה של תכניות נושאות בגלל ששטחו היה קטן משטח מגרש מינימאלי. באותו עניין הגנה הוועדה המקומית – הגם שאינה הוועדה המקומית בענייננו – על שומתה של השמאית המכריעה שקבעה שיש לחייב את הנישומה שם בהיטל השבחה בגין אישור אותן זכויות למרות שלא היו ניתנות לניצול בשל מגבלת גודל מגרש מינימלי, וזאת בכפוף להפחתת שווי הזכויות המיוחסות לסיכון ולדחייה עד לאישור פעולה תכנונית נוספת שתקנה להן זמינות מלאה. באותו עניין קבענו, כי אכן בהתאם למבחן שווי השוק יש להכיר בעליית ערכם של המקרקעין עקב אישור אותן תכניות ולמרות שלא דובר בזכויות זמינות (ערר 49/15 פישמן עדה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ראשל"צ).

41. לפיכך, אנו סבורים שיש להבין את פסק הדין בעניין כהן כחל בנסיבות בהן יש להניח שלא היתה בפועל בעיני השוק החופשי תרומה כלשהי לשווי לאישור התכנית שהקנתה את אותן זכויות, וזאת בשל סיכון ממשי שהשוק ראה לכך שלא תאושר הקלה עתידית שתאפשר את ניצולן."

בעררים שנדונו בעניין דייניש, דובר במגרשים שהיו נתונות בהן זכויות מכח תכניות מאושרות – ניתן אף לומר מכח תכניות ישנות ממש, כמו למשל תכנית 44 המנדטורית, ותכניות נוספות. בשל שילוב נתוני המגרש ומגבלות קווי בניין, לא ניתן היה לנצל את מלוא הזכויות מכח אותן תכניות ישנות, ומבקשי ההיתר ביקשו הקלה לקו בניין או הקלה לניוד זכויות בין קומות, על מנת לממש זכויות אלה. העררים עסקו בשתי שומות מכריעות: האחת, של הגב' שושי שרביט שפירא, אשר סברה כי יש לאמוד את שווי ההקלה בהתאם לתרומתה האמיתית לשווי הנכס, ומאחר שהזכויות המאושרות ערב ההקלה תרמו לשווי הנכס, הגם שהיה צורך בהקלה כדי לנצלן, הביאה תרומה זו בחשבון. השומה המכרעת השניה היא של מר שמואל רוזנברג, אשר אף הוא סבר שהזכויות המוקנות לנכס תורמות לשווי אף

אם יש צורך במתן הקלה כדי לנצלן, אך סבר – לטעמנו בטעות – כי יש להתעלם משווי זה ולקבוע שווי שונה לצורך היטל השבחה, וזאת על רקע פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בעניין כהן הנ"ל. בעניין דייניש וחצרוני דחינו את עמדת הועדה המקומית גם באשר לשאלה העומדת להכרעה:

"עררים אלה מעוררים שאלות דומות, מזוויות ראייה שונות, לגבי הערכת השבחה והיטל השבחה בגין הקלות, ולמעשה באשר לאופן שבו יש לשום את המקרקעין במצב שקדם להקלות.

עמדתנו, בשלושת העררים, היא כי הדין הוא עם הנישומים, וכי אין לקבל את גישתה של הועדה המקומית, שמשמעותה היא שבהערכת שווי המקרקעין במצב שקדם להקלה, אין להביא בחשבון את שווי השוק האובייקטיבי שלהם. אנו סבורים כי עמדה זו עומדת בסתירה חזיתית למושכלות יסוד בדיני היטל השבחה, וככזו אין לה מקום. בראשית הדברים נבהיר כי השאלה שלפנינו איננה מהו אירוע המס מקום שבו מבוקשת הקלה. התשובה לשאלה זו הינה פשוטה וברורה – ההקלה הינה אירוע המס, היא האירוע המשביח, ולגביה יש לבחון האם היא הביאה לעליית שווי המקרקעין ובאילו מידה." (עניין דייניש, שם בעמ' 4)

נציין כי גם בעניין דנן, השאלה לטעמנו איננה מהו האירוע המשביח, ואף לא מה הוא המועד הקובע. זאת, כאשר הפסיקה שהציגה בפנינו הועדה המקומית עסקה דווקא בשאלות אלה. עם זאת, בהחלטה זו נעמוד, בהמשך הדברים, ביתר פירוט, על עמדתנו המבהירה מדוע אף מסקנת הועדה המקומית בדבר האופן שבו יש לשום את ההקלה אינה עולה מפסיקה זו ואינה יכולה להתבסס עליה.

ומכאן להמשך הדברים שקבענו בעניין דייניש:

"השאלה שעולה לפנינו היא כיצד יש לקבוע את ערך המקרקעין במצב שקדם להקלה.

לכאורה, התשובה לשאלה זו פשוטה בתכלית. התוספת השלישית מורה אותנו כי השבחה היא עליית שוויים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג (שם, בסעיף 1).

הוראות התוספת ממשיכות וקובעות כי לשם הערכת השבחה, תיערך שומה "בהתחשב בעליית ערך המקרקעין וכאילו נמכרו בשוק חפשי" (שם בסעיף 4(7)).

אף בית המשפט העליון הורה אותנו, כי יסוד מרכזי בדיני היטלי שבחה, הוא כי ההשבחה נבחנת בהתאם לשווי השוק האובייקטיבי של המקרקעין, לפני אירוע המס ולאחריו:

" גבייה של היטל השבחה, שתיעשה לא יאוחר ממועד מימוש הזכויות (סעיף 7(א) לתוספת השלישית), מבוססת אפוא על התקיימותם של שני תנאים מצטברים: האחד, עלייה בשווי המקרקעין; והשני, עליית השווי קשורה בקשר סיבתי ישיר לאישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג (רע"א 3002/12 הועדה המקומית לתכנון ובניה גבעתיים נ' רון, [פורסם בנבו] פסקה 14 (15.7.2014) (להלן: עניין רון)). לצורך קביעת "השיעור, התנאים והדרכים" לגביית היטל השבחה, מפנה סעיף 196א לחוק לתוספת השלישית, המבחינה בין "מקור ההשבחה", שהוא אחת מפעולות התכנון המנויות; לבין "מהות ההשבחה", שעשויה לבוא לידי ביטוי ברכיבים משביחים שונים. אשר לאופן חישוב ההיטל, מורה סעיף 4(7) לתוספת השלישית כך:

שומת	4. (...)
ההשבחה	(7) השומה תיערך ליום תחילת התכנית, או ליום אישור ההקלה או השימוש החורג, לפי הענין, בהתחשב בעליית ערך המקרקעין וכאילו נמכרו בשוק חפשי.

את ההשבחה יש לחשב אפוא "בהתאם למחיר שבו היו נמכרים המקרקעין בשוק החופשי, ממוכר מרצון לקונה מרצון, כפי שמחיר זה משתקף בתאריך הקובע, שהוא יום אירוע המס – יום תחילת התכנית או יום אישור ההקלה

או השימוש החורג" (עניין רון, פסקה 20). שומת ההשבחה דורשת אם כן לשום את המקרקעין פעמיים: פעם אחת, לפי "המצב החדש", דהיינו לפי מצב הזכויות בהם לאחר הפעולה התכנונית המשבחה; ופעם שנייה, לפי "המצב הקודם", דהיינו לפי מצב הזכויות במקרקעין עובר לפעולה התכנונית האמורה. ההפרש בין שני ערכים אלה מהווה את ההשבחה שחלה בעקבות הפעולה התכנונית; וסכום היטל ההשבחה יועמד כאמור על מחצית ממנו (סעיף 3 לתוספת השלישית; רע"א 4217/04 פמיני נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה, ירושלים, פ"ד סא(3) 386, 401 (2006) (להלן: עניין פמיני); ראו גם נמדר, בעמ' 233-234).
רע"א 147/14 הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב נ' אברמוביץ (פורסם בנבו, 31.12.2014); שם בסעיף 11 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן.

...

הנה כי כן, השבחה היא עליית שווי המקרקעין בשוק החופשי בהתאם לאמת מידה אובייקטיבית. ללא השבחה – אין היטל השבחה, וההיטל מוטל על מחצית מעליית השווי בשוק החופשי.

אלו הן מושכלות יסוד בדיני היטלי השבחה.

משכך הם פני הדברים, פשיטא שלצורך בחינת ההשבחה כתוצאה מהקלה, יש להביא בחשבון את שווי השוק של המקרקעין לאחר ההקלה, לעומת שוויים ערב מתן ההקלה.

לפיכך, אם שווי השוק, האובייקטיבי, של המקרקעין במצב שקדם להקלה, גילם את שוויין של זכויות הכלולות בתכנית החלה על הנכס, כי אז יש להביא הדבר בחשבון במסגרת הערכת ההשבחה. ואם דרושה הקלה לצורך ניצול זכויות אלה (שכבר נקבעו בתכנית!), ובהתאם לכך השוק מייחס להן ערך מופחת במידת כזו או אחרת, כי אז שווי מופחת זה הוא הערך שיש להביא בחשבון בקביעת שווי הנכס במצב הקודם להקלה. כך, פשוט ברור ונהיר, שווי שוק הוא שווי שוק הוא שווי שוק. אחד הוא לצרכי הערכת שווי המקרקעין בשוק החופשי ולצורך קביעת השבחה. בחינה שאיננה מודדת את השינוי בערכי השוק בין שני מצבי התכנון, אלא מנטרלת משווי השוק של המקרקעין במצב הקודם, שווי שקונה סביר בשוק החופשי היה מעניק לו – מייצרת עליית ערך וירטואלית, שלא באה לעולם ואיננה מהווה השבחה כהגדרתה בחוק. על השבחה וירטואלית שכזו אין בסיס חוקי להטיל היטל השבחה."

עמדתה הברורה של השמאית המכריעה גב' שפירא בעניין דייניש היתה כי קיומן של זכויות מאושרות בתכנית תרם לשווי המקרקעין ולפיכך היא הביאה תרומה זו בחשבון. אמרנו על כך הדברים הבאים:

" מנקודת המבט השמאית עמדת השמאית המכריעה היא ברורה: על החלקה חלות תכניות מאושרות, הקובעות זכויות בניה, שגם אם לא ניתן לממשן באופן מלא ונדרשת לשם כך הקלה (שאינה הקלה של תוספת זכויות), הרי שתרומתן לשווי של זכויות אלה מופחתת ב- 15% (ולכן מופעל מקדם 0.85) – אך היא קיימת. הפחתה זאת מבטאת את הערכת השוק בדבר הדחיה באפשרות מימוש הזכויות בשנה וחצי – בין בדרך של הקלה ובין בדרך של בניה משותפת עם מגרשים סמוכים. לשון אחר, לשיטת השמאית המכריעה, השוק לא ייחס לזכויות המאושרות בתכניות שווי מלא, כי אם שווי מופחת בכ- 15% מערכן המלא, שהושפע מפרק הזמן אשר לפי ההערכה יידרש למימושן. לשיטת השמאית המכריעה, אין סיכון למימוש הזכויות בשל הצורך בהקלה, והיא מפרטת את הנימוקים המובילים למסקנה זו. במאמר מוסגר נציין כי ייחוס ערך מופחת לזכויות בשל דחיה צפויה למימושן נעשה במאות שומות שלפנינו, מעשה יום יום.

מכל מקום ברור שהשמאית המכריעה סבורה כי הזכויות המאושרות בתכניות, השפיעו על שווי האובייקטיבי של הנכס בשוק.

על רקע זה, כיצד זה מצופה מהשמאית המכריעה – כשיטת הוועדה המקומית – להתעלם מתרומתן של זכויות אלה לשווי? השמאית המכריעה מחויבת היתה לנהוג כפי שנהגה, ולו היתה נוהגת בהתאם לעמדת הוועדה המקומית ומעריכה את שווי הנכס בהתעלם משווי השוק האובייקטיבי האמיתי שלו, היה בכך כדי לחייב את העוררת בהיטל השבחה על השבחה שלא באה לעולם. או אז היו נופלים בשומתה פגם מהותי ודופי חמור המחייבים התערבות.

נחזור ונדגיש: השאלה שעמדה בפני השמאית המכריעה והשאלה העומדת בפנינו איננה מהו אירוע המס, או האירוע מחולל ההשבחה; לא מהו המועד הקובע להערכת

שווי הזכויות במסגרת ארוע מס זה, ואף לא אם יש מקום לחלק את תשלום ההיטל בין מועדי מימוש – נושאים אשר בהם עוסקת הפסיקה שעליה מבקשת הוועדה המקומית להתבסס. השאלה היא פשוטה ויסודית – האם היה על השמאית המכריעה לקבוע את שווי הנכס על פי שווי השוק האובייקטיבי שלו, תוך התחשבות באותם פרמטרים שהשוק מכמת ומתמחר, או שמא היה עליה להתעלם מכך, ולנטרל משווי השוק את השפעת הזכויות המאושרות בחלקה, בשל כך שנדרשת הקלה למימושן. כפי שפרטנו לעיל, התשובה לכך לטעמנו היא ברורה.

מטעם זה אנו סבורים שהסתמכות הוועדה המקומית לפני השמאית המכריעה ולפנינו, על הפסיקה שעסקה בשאלות הנ"ל – מסיטה את הדיון למחוזות לא רלבנטיים. עם זאת נציין, בבחינת למעלה מן הנדרש, כי מקובלות עלינו קביעות השמאית המכריעה גם באשר לאבחון מקרה זה מאותם מקרים.

השמאית המכריעה נהגה כפי שמחוייבת היתה לנהוג, העריכה את שווי המקרקעין במצב שקדם להקלות באופן שבו העריך אותו שוק המקרקעין ולא יצרה שווי מלאכותי "לצורך היטל השבחה". בהקשר זה נבקש להדגיש כי טענות הוועדה המקומית, לפיהן יש להתערב בהחלטת השמאית המכריעה כדי שהקופה הציבורית לא תיזק, טוב היה להן שלא באו לעולם, ודאי מפי רשות ציבורית. הוועדה המקומית מבקשת מועדת הערר בתיק זה להתערב בהחלטת השמאית המכריעה, אשר אמדה את שווי המקרקעין במצב הקודם בהתאם לשווי השוק האובייקטיבי שלהם, לייחס להם שווי מופחת, מלאכותי, אשר אינו משקף את שווי השוק האובייקטיבי ואת המחיר שבו יכולה היתה העוררת למכור אותם ערב ההקלה - ובכך להגדיל מלאכותית את היטל השבחה לסכום אשר אינו משקף את ההשבחה, דהיינו את עליית הערך האובייקטיבית בשוק כתוצאה מהאקט התכנוני. טענה כי כל זאת נעשה בשם שמירה על הקופה הציבורית, אין לה מקום.

בוודאי שאין כל בסיס להתערב בקביעת השמאית המכריעה."

לגבי השומה המכרעת של מר שמואל רוזנברג שנדונה בעניין דייניש – באותו עניין קבע השמאי המכריע כי:

"אין מחלוקת כי זכויות לשטחי הבניה נובעות מצרף הזכויות לפי תכנית 44 ו- מ' ותמ"א 38 לסוגיה. אין מחלוקת כי בגין תכניות 44 ו- מ' שולם היטל השבחה בעבר וכי בגין שטחי הבניה לפי תמ"א 38 (תוספת 25 מ"ר לדירה, כולל ממ"ד) אין חבות בהיטל השבחה" (שם, בעמ' 13 לשומה המכרעת).

עם זאת השמאי המכריע סבר כי עליו להתעלם מתרומתן של אותן זכויות לשווי השוק של המקרקעין ערב ההקלה, מאחר שכך הוא מונחה משפטית לעשות. נבקש לשוב לעניין זה כאשר נידרש בהמשך לטענות הוועדה המקומית על הצורך בנטרול זכויות אלה משווי השוק של המקרקעין. בשלב זה נביא להשלמת התמונה הדברים שקבענו באותו ערר:

"גם בערר זה שלפנינו, השאלה אינה מהו אירוע המס או כיצד יש לגבות היטל השבחה על זכויות מותנות. אין ספק שההקלה היא אירוע המס ויש לגבות היטל השבחה למועד הקובע של ההקלה. לטעמנו השאלה איננה שאלה של עצם החבות, כי אם מהו שווי הנכס שיש להביא במצב שקדם להקלה. התשובה הברורה והמתחייבת היא כי יש להביא את שווי השוק האובייקטיבי של הנכס, וכי על פי הדין אין להבחין בין שווי שוק לצורך היטל השבחה לבין שווי שוק לצרכים אחרים.

נציין כי איננו מקבלים את טענת הוועדה המקומית כאילו עניינו של הערר בתקיפת החלטה חלוטה של מוסד רישוי שכן העוררים אינם יוצאים כנגד עצם הצורך בהקלה.

ראוי להדגיש כי אין בכל השומות המכריעות שלפנינו קביעה שמאית כי שווי השוק האובייקטיבי במצב שקדם להקלה אינו מושפע מקיומן של זכויות שמימושן מצריך הקלה. השמאית המכריעה גב' שרביט-שפירא קבעה כי שווי השוק האובייקטיבי במצב שקדם להקלה מושפע מקיומן של זכויות שמימושן מצריך הקלה ואילו השמאי המכריע מר רוזנברג סבר כי מבחינה משפטית הוא מונחה להתעלם מתרומה זו לשווי, להבדיל ממצב שבו הוא בוחן שווי שוק. גם השמאית המכריעה גב' דורית פריאל בערר חצרוני הנ"ל, לא קבעה כי שווי השוק האובייקטיבי במצב שקדם להקלה אינו מושפע

מקיומן של זכויות שמיושן מצריך הקלה, אלא סברה כי היא מחויבת להתעלם מכך מבחינה משפטית.

כך, גם בשומות שהביאה הוועדה המקומית לתמיכה בעמדתה, אין קביעה שמאית של מי מהשמאים המכריעים כי קונה מרצון לא יביא בחשבון במסגרת הערכת שווי הנכס, את קיומן של זכויות שלשם מימושן דרושה הקלה. ההפך הוא הנכון, חלק מהשמאים קובעים במפורש את ההפך וחלק מניח כי הוא מחויב על פי פסק דין כהן להתעלם משווי זה. כך למשל בשומתה של גב' פריאל ברחוב נוה שאנן 39 תל אביב, היא קובעת מפורשות כי יש לכך לזכויות אלה השפעה על השווי אך סבורה כי עליה להתעלם מכך: "הטענה כי קונה בכוח היה מביא בחשבון זכויות הכפופות לאישור הקלה במקדם שווי מסויים הינה טענה נכונה אך איננה רלבנטית לנדון" (שם, בעמ' 11).

תפיסה שמאית זו, בדבר השפעת זכויות הכלולות בתכנית על שווי הנכס, גם אם מימושן מצריך הקלה, אינה נחלתם של השמאים המכריעים בלבד, מה גם ששמאים אינם מייצרים שווי אלא משקפים את שווי השוק. גם הוועדה המקומית, כמו ועדות מקומיות אחרות, סברו כי זכויות שמיושן תלוי בהקלה תורמות לשווי הנכס וחייבו לאורך שנים בהיטל השבחה במכר בגין תרומה זו, כפי שצינו בעניין חצרוני.

בשומתה נשוא ערר 85349/17 ציינה אף השמאית המכריעה "אדגיש כי המשיבה נהגה לפני פס"ד כהן לחייב בגין שיפור תכנוני בלבד הקלות לניוד זכויות" - זהו המשלים הגיאומטרי לנוהגן הנ"ל של הועדות המקומיות: בעת המכר הוערך שווי השוק של הנכס, הכולל גם את התרומה לשווי של זכויות שניצולן מחייב הקלה, ואלו בעת מתן הקלה מחויבת עליית השווי הנוספת הנגרמת כתוצאה מיצירת האפשרות למימוש הזכויות.

דרך זו, שבה נהגו הועדות המקומיות לאורך זמן, תואמת כפפה ליד את הרציונאל של גביית היטל השבחה וההצדקה לגבייתו במונחים של צדק חלוקתי. היטל השבחה מוטל על עליית השווי האובייקטיבית של הנכס כפי שהיא משתקפת בשווי השוק שלו. על התכנית מוטל היטל השבחה לגבי עליית שווי השוק שהיא מביאה עימה, אף אם זו נגרמת (בין היתר) מזכויות שלשם מימושן נדרשת הקלה; ואילו על ההקלה מוטלת היטל השבחה על תרומתה הנוספת לשווי השוק של הנכס.

ברור, שאם עליית השווי המיוחסת לתכנית הכוללת זכויות שמיושן מצריך הקלה, היא מלאכותית, ספקולטיבית, או מבקשת למסות בגין זכויות שסיכוי מימושן אפסי - כי אז, בדומה למה שנעשה להבנתנו בפסק דין כהן, אין מקום להטלת היטל השבחה. אולם גם זאת, בשל עקרון היסודי שלפיו בהעדר עליית ערך בשוק - אין היטל השבחה. דבר אין בין קביעה זו לבין טענות הוועדה המקומית לפנינו כאילו יש ליצור לצורך היטל השבחה שווי שוק אחר, וירטואלי.

האם ההחלטות בעניין דייניש וחצרוני סותרות פסיקה של בית המשפט העליון - בסוגיית הזכויות המותנות?

טענת הוועדה המקומית בדיון לפנינו היתה כי ההחלטות בעניין דייניש וחצרוני סותרות את הלכת גוזלן, בר"מ 2866/14 גב' הילדה גוזלן ואח' נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה (פורסם בנבו, 7.12.14). אנו מוצאים כי יש מקום להרחיב בעניין זה ולהבהיר עמדתנו שלפיה, טענתה זו של הוועדה המקומית - אין לה על מה שתסמוך. לצורך כך נסקור את הפסיקה שניתנה בשנים האחרונות למן הלכת אליק רון, רע"א 3002/12 הועדה המקומית לתכנון ובניה גבעתיים נ' אליק רון (פורסם בנבו, 15.7.14), אשר עסקה בהיטל השבחה בגין זכויות אשר מימושן מצריך אקט נוסף, לבד מהיתר אשר יכול להינתן ע"י רשות רישוי, במצבים שונים.

כבר בפתח פרק זה נציין כי מקרה כמו זה שלפנינו, שבו מדובר בהקלה לקו בניין אשר איפשרה בנייתן של גזוזטראות אשר ברגיל מתאפשרת בשל הוראות תקנות חישוב שטחים ולא נגבה בגינה היטל השבחה כלל - לא נדון באף אחד מפסקי הדין הללו של בית המשפט העליון.

הפסיקה אף לא עסקה במקרים כמו חלק מאלה שנדונו בדייניש וחצרוני, שבהם חלק מהמצב התכנוני נובע מתכניות שכלל לא ניתן להטיל עליהן היטל השבחה מכח התוספת השלישית, ובמובן זה הם דומים על פני הדברים למקרה שלפנינו (אם כי מבלי שיש בכך כדי לפטור אותנו מהצורך לדון בשאלת קיומם של הבדלים).

פסק דין אליק רון

פסק הדין הראשון בסדרת פסקי הדין הרלבנטית הוא פסק הדין בעניין אליק רון. פסק הדין התמודד לראשונה עם שאלת גביית היטל השבחה בגין זכויות שנקבעו בתכנית אך קבע בה שלצורך קבלתן נדרשת הפעלת שיקול דעת של הועדה המקומית (להלן: "זכויות מותנות"). זאת כאמור להבדיל מזכויות הקבועות בתכנית אשר ככלל אינן מצריכות הפעלת שיקול דעת של הועדה המקומית ולמעשה יכולות להינתן בהחלטת רשות רישוי. המדובר בתכנית שאיפשרה לוועדה המקומית בהתאם להוראותיה, מתן זכויות בניה נוספות על אלה שנקבעו בה, בהיקף מתוחם, בלא צורך לסטות מהתכנית, במסגרת הוראת גמישות.

לעניין הוראת גמישות ראו בג' 440/80 מ' טייג ושות' בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז חיפה, לו (3) 085 (1982).

פסק הדין של אליק רון מציג שלוש חלופות אפשריות לגבות היטל השבחה במקרה כזה:

על פי חלופה אחת, שהיא הגישה שבה נקטו הנישומים, היטל ההשבחה במקרה כזה מוטל על התכנית שכללה את הזכויות המותנות. התכנית היא אירוע המס, המועד הקובע לבחינת עליית השווי הוא מועד אישור התכנית. היטל ההשבחה נגבה בהתאם לעליית ערך המקרקעין כפי שהיא באה לידי ביטוי במועד תחילתה של התכנית. היטל השבחה זה עשוי לבטא ברגיל את העובדה שקבלת זכויות אלה מותנית עדיין בהפעלת שיקול דעתה של הועדה המקומית, ולפיכך שווין של הזכויות יוערך כמופחת לעומת שווין של זכויות זהות שקבלתן אינה מצריכה הפעלת שיקול דעת כאמור. ואולם, זוהי עליית הערך בשוק למועד תחילת התכנית ובהתאם היטל ההשבחה מוטל על מחצית מעליית ערך זו. גישה זו היתה הגישה הרגילה שבה נהוג היה לגבות היטל השבחה. על פי חלופה זו, גם אם ערכם של המקרקעין עולה שוב בעת שהזכויות ניתנות בפועל בהיתר, עם הפעלת שיקול דעתה של הועדה המקומית, עליית ערך זו לא תמוסה שכן היא אינה מהווה אירוע מס כשלעצמה ולא נתפסת גם כחלק מעליית ערך המקרקעין במועד הקובע של תחילת התכנית מהטעם הפשוט שהיא מתרחשת בפועל במועד מאוחר יותר.

החלופה השניה היא זו שהוצגה ע"י היועץ המשפטי לממשלה, שהתייצב בהליך. על פי עמדה זו יש להתייחס אל הזכויות המותנות באופן שבו מתייחסים לזכויות שניתנות בהקלה. על פי שיטה זו מתן הזכויות המותנות במסגרת הפעלת שיקול הדעת בשלב ההיתר הופך הלכה למעשה לאירוע המס, וזו המועד שבו יוערך גם שווין של זכויות אלה. על פי גישה זו, אירוע המס של הקלה מורחב למעשה גם למקרים של הפעלת שיקול דעת במסגרת הוראת גמישות הקבועה בתכנית ואינה מצריכה הקלה שבהגדרתה היא סטיה מתכנית. עמדת היועץ רואה למעשה את האקט התכנוני של מתן הזכויות המותנות ככזה שמושלם רק עם הפעלת שיקול הדעת הנתון לוועדה המקומית בתכנית ומתן ההיתר ולפיכך מבקשת להטיל את היטל ההשבחה רק לעת הזאת.

חלופה שלישית רואה לפניה שני אירועי מס, האחד הוא אישור התכנית הכוללת את הזכויות המותנות, ואילו השני הוא מתן ההיתר הכולל זכויות אלו לאחר הפעלת שיקול דעתה של הועדה המקומית. היטל

ההשבחה לפי חלופה זו נגבה, בהתאם להלכת פמיני, בר"ע 4217/04 **ציון פמיני נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים** (פורסם בנבו, 22.10.06), לפי מידת עליית הערך בכל אחת ממדרגות ההשבחה, כל מדרגה בהתאם למועד הקובע שלה.

בית המשפט העליון נקט בדרך חדשנית, אשר לא הוצגה ע"י אף אחת מהגישות הנ"ל. על פי גישה זו יש בפנינו אירוע השבחה אחד, הוא אישורה של התכנית. אירוע מס זה יוצר את הזכויות המותנות ומימושן בפועל בהיתר של זכויות אלו, אינו נתפס כאירוע מס נפרד, כי אם כמימוש של אותו אירוע מס ממש. היטל ההשבחה מוערך למועד הקובע של אישור הזכויות בתכנית, כאילו הזכויות אינן מותנות. ככל שמתרחש מכר בין אישור התכנית לבין מתן ההיתר הכולל את הזכויות, היטל ההשבחה מוטל בשתי פעימות – שני מימושים בגין אירוע מס אחד: האחד בעת המכר, והשני בעת מתן ההיתר. החלוקה בין שתי הפעימות תהיה כמידת ההתעשרות של כל אחד מהנישומים: בעל הזכויות בעת תחילת התכנית ישלם בגין הזכויות כפי שווין הכולל אלמנט של אי ודאות לנתינתן, ואילו בעל הזכויות בעת מתן ההיתר ישלם על עליית שווי המקרקעין כתוצאה מהסרת אי הוודאות עם החלטת הועדה המקומית ליתן את ההיתר הכולל את הזכויות המותנות.

מקריאת פסק הדין עולה כי בית המשפט העליון רואה הלכה למעשה במתן הזכויות המותנות אקט תכנוני אחד מתמשך. אקט תכנוני זה מאופיין ע"י בית המשפט בקיומו של גשר של ברזל למתן הזכויות המותנות בשלב ההיתר. גשר הברזל למעשה מחבר את שני חלקי האירוע לאירוע אחד, ובהתקיים גשר של ברזל ניתן לראות באקט התכנוני האחד ככזה שהתרחש במועד תחילתה של התכנית, ומעניק זכויות שהן אמנם מותנות אך הן "מעין-מוקנות" כלשונו של בית המשפט.

בית המשפט העליון לא ביקש לשנות מהלכת פמיני, הרואה בכל תכנית אירוע מס נפרד שלגביו יש לבחון את היטל השבחה בהשוואת שווי המקרקעין לפני האירוע המשביח או לאחריו, הוא אף לא ביקש לסטות מקביעת התוספת השלישית בדבר אירועי השבחה מוגדרים ולא קיבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ואת עמדת הועדה המקומית, עמדות אשר ביקשו לראות, כל אחת בדרכה, במתן הזכויות המותנות בפועל, משום אקט תכנוני נפרד.

דומה שבית המשפט ביקש להתמודד עם מה שנראה בעיניו הפרדה מלאכותית של אקט תכנוני אחד, אשר מביאה לכך שלא נגבה היטל השבחה בגין מלוא התעשרות הנובעת מאותו אקט. כך, על פי אותה הפרדה, התכנית המעניקה את הזכויות מביאה להתעשרות – עליית ערך המקרקעין – בשתי פעימות, האחת בעת תחילתה בשל הכללת הזכויות המותנות, והשניה בשל מימושה בהיתר שבו ניתנו הזכויות המותנות בפועל – אך היטל ההשבחה מוטל אך על הפעימה הראשונה. האקט התכנוני הוא אחד – אישור התכנית, ובמסגרתה, כחלק מתפיסה תכנונית, קיימת גמישות וניתן שיקול דעת לועדה המקומית לגבי נתינתן של זכויות בהיקף מסויים. היקף הגמישות מתוחם מראש בתכנית, נבחן ונשקל בשלב התכנית, אך שיקול הדעת בתוך מתחם זה נותר לועדה המקומית לשלב ההיתר. אלא שבמצב זה, שמוסד התכנון המאשר מצא שהוא ראוי מבחינה תכנונית ובית המשפט העליון בוודאי לא ביקש להתערב בו, מאבדים לכאורה היטל השבחה, הגם שהתכנית בסופו של יום אכן מביאה לעליה נוספת של ערך המקרקעין בשלב ההיתר – ובית המשפט רצה להימנע מתוצאה זו.

בית המשפט בעניין אליק רון הכריע הלכה למעשה אך ורק באותם מצבים שבהם, כבמקרה שלפניו, ניתן לראות בזכויות המותנות זכויות מעין מוקנות אשר גשר של ברזל מוביל לנתינתן, ולמעשה אקט תכנוני אחד מתמשך שהוא התכנית. מקום שבו אין גשר של ברזל, בית המשפט הותיר את ההלכה

הנוהגת על כנה, והגם שניתן לראות בהקשר זה אמירות שונות בפסק הדין, הרי שמדובר באמירות אגב אורחא שאינן נדרשות להכרעה שבפניו.

נקדים את המאוחר ונציין כי בעניין בר"מ 2090/16 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה נ' אקרו בע"מ (פורסם בנבו, 15.3.18), אשר ניתן כארבע שנים לאחר הלכת אליק רון (ולאחר פסקי הדין שנסקור להלן), סירב בית המשפט העליון לראות בתשריט איחוד הנערך לפי פרק ד' לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה - 1965, אירוע מס נפרד, ואף סירב לראות בו אירוע השבחה נוסף בגין אותה תכנית. בית המשפט קבע כי לא ניתן לגבות היטל השבחה בעת אישור תשריט החלוקה, וככל שהאפשרות לעבור ממדרגת זכויות בניה אחת לשניה בתוך התכנית, לו יאושר תשריט חלוקה, מעלה את ערך הנכס בשלב אישורה של התכנית, כי אז יש להטיל היטל השבחה על עליית ערך זו, בגין עצם האפשרות כאמור - במסגרת גביית היטל ההשבחה בשל התכנית. אם יש בהלכה זו משום תיחום המקרים שבהם ניתן לראות בתכנית אירוע מס המהווה אקט מתמשך שניתן לגבות ממנו היטל השבחה בנקודות מימוש שונות, או תחילה של חזרה מהלכת אליק רון, קשה לומר, ומכל מקום זהו עניין לבית המשפט העליון להחליט בו.

פסק דין גוזלן

מספר חודשים לאחר שניתן פסק הדין בעניין אליק רון, ניתן בבית המשפט העליון פסק הדין של גוזלן. פסק הדין עסק בשאלה שונה ובסיטואציה שונה מזו שנדונה בעניין אליק רון. בעניין גוזלן דובר ברצף של מספר תכניות. התכנית הראשונה מבחינה כרונולוגית היא תכנית המרתפים (הר/2000מ'), תכנית נושאית כלל עירונית. התכנית התירה בייעוד המדובר, בניית קומת מרתף בקונטור הקומה שמעליה. התכנית תלתה מלכתחילה את היקף הזכויות למרתפים בגורם חיצוני לה, כאשר זכויות המרתפים הוגדרו כנגזרת של שטח קומת הקרקע ולמעשה בגבולותיה. תכנית המרתפים אינה קובעת את שטח הקומה שמעל – הוא שטח קומת הקרקע. כל שעשתה תכנית המרתפים בהקשר של שטח קומת המרתף הוא לקבוע כי שטח קומת המרתף "הולך בעקבות" שטח קומת הקרקע. זה האחרון, הוסדר סטטוטורית במקום אחר. הנה כי כן תכנית המרתפים, כשלעצמה היתה חייבת מיניה וביה תכנת אחרת על מנת להגדיר את הזכות והיקפה. בהעדר תכנית לקומת הקרקע, תכנית המרתפים חסרת משמעות ותוכן ובוודאי שלא ניתן לבנות מכוחה מרתף.

השוו: החלטתנו בערר (ת"א) 85112/12 עמוס מימון נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה תל-אביב (פורסם בנבו, 17.08.15), אשר דנה בשומה מכרעת של השמאי המכריעה מר ניקי פרימו מיום 27.02.2012.

בהיבט זה דומה תכנית המרתפים בעניין גוזלן במידת מה לתמ"א/18 כפי שנדונה בבר"מ 505/15 אופל קרדן השקעות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, אשקלון (פורסם בנבו, 20.04.2016), שאליו נידרש בהמשך. ניתן לומר שתכנית המרתפים למעשה "צפה" ואין לה כשלעצמה די חיות. את משמעותה היא מקבלת מכח תכנית קומת הקרקע.

לאחר אישור של תכנית המרתפים, אושרה תכנית הקובעת את היקף זכויות הבניה העיליות (תכנית הר/2000א'). תכנית זו מכונה בפסק הדין תכנית קומת הקרקע (למעשה תכנית זו החליפה תכנית קודמת שקבעה את זכויות הבניה העיליות). בצד קביעת שטחי הבניה העיליים, קבעה תכנית קומת הקרקע הוראת גמישות שאפשרה לוועדה המקומית לאפשר תוספת שטח, עד היקף מקסימלי מסויים, וזאת לאו דווקא בקומת הקרקע. מכח הוראת גמישות זאת הוצא היתר בניה שכלל הרחבה של קומת

הקרקע וכנגזרת ממנו הרחבת המרתף לעומת השטח שניתן היה לבנות מכח שילוב של תכנית המרתפים ותכנית קומת הקרקע ללא שימוש בהוראת הגמישות.

בית המשפט נדרש לשאלה לאיזה מועד יש לערוך את שומת ההשבחה בגין המרתף ומהו אירוע המס במקרה זה.

חלופה אחת היתה כי אירוע המס הוא אישור תכנית המרתפים, אשר היא הבסיס ליצירת זכויות הבניה למרתפים. זו היתה עמדת הנישומים.

החלופה השנייה היתה אישור תכנית קומת הקרקע אשר איפשרה את הגדלת שטח המרתף ע"י הוראת הגמישות שנכללה בה.

החלופה השלישית היתה מועד מתן הזכויות לקומת הקרקע בהיתר, המבוסס על הוראת הגמישות שבתכנית קומת הקרקע. במועד זה הוגדל שטח קומת הקרקע בפועל. כנגזרת מכך התאפשרה בניית מרתף בשטח גדול יותר.

הקושי בהטלת היטל השבחה על פי החלופה השלישית נעוץ בעובדה ששימוש בהוראת הגמישות בתכנית אינו אירוע משביח לפי התוספת השלישית. זהו נימוק שעמד כבר במרכזו של פסק הדין של אליק רון, אשר דחה כמתואר לעיל את עמדת היועץ שלפיה, יש לחייב בהיטל השבחה בעת שימוש בהוראת הגמישות בתכנית שנדונה שם. הטעם לכך שעמדת היועץ לא נתקבלה בעניין אליק רון, היה שאין המדובר בהקלה ולא ניתן לראות בכך מעין הקלה. למעשה, נימוק זה הוא גם שעמד בבסיס פסיקת בית המשפט העליון בעניין אקרו הנ"ל, אשר סירב להטיל היטל השבחה על תשריט חלוקה מהטעם שזה אינו ממין אירועי ההשבחה המוגדרים בתוספת השלישית.

בין הקלה להוראת גמישות ומשמעות ההבדל, על רקע פסקי הדין של טייג וגוזלן

בנקודה זו נבקש לערוך הפסקה מתודית על מנת להדגיש עניין מהותי בפסק הדין של גוזלן: ההוראה בתכנית הר/2000' בה עוסק בית המשפט בעניין גוזלן, המתירה לוועדה המקומית להגדיל את שטח קומת הקרקע, היא הוראת גמישות בתוך התכנית. הוראת הגמישות מאפשרת לוועדה המקומית ליתן זכויות בהיקף מוגדר לפי שיקול דעתה. ואולם המדובר בהוראה הכלולה בתכנית ותואמת אותה ולא בשימוש בסמכות ההקלה הקבועה בחוק, המתירה סטיה מתכנית. מעצם היותה כזאת, מימושה של הוראת הגמישות אינו מהווה סטיה מהתכנית או הקלה. נזכיר כי הקלה, מוגדרת בסעיף 1 לחוק כ"הרשאה לבצע עבודה שהיא טעונה היתר לפי סעיף 145 בסטיה מהוראות תכנית או תקנה אחרת החלות במקום הנדון ושאינן בה משום שימוש חורג" (ההדגשה הוספה);

ההוראה המדוברת קוראת כדלקמן:

"מעבר לאחוזי הבניה המפורטים בטבלה רשאית הועדה המקומית לאשר תוספת אחוזי בניה כדלקמן:

***6% לשיפור התכנון**

***5% בגין התקנת מעלית**

***2.5% לכל קומה נוספת שתאושר**

אישור תוספת אחוזי בניה אלה יהיה מותנה בנקיטת הליך כקבוע בסעיף 149 לחוק ובאישור הועדה המקומית"

על האבחנה בין הוראת גמישות לבין הקלה עמד בית המשפט העליון בעניין טייג הנ"ל. באותו עניין

עשתה הוועדה המקומית שימוש בסמכות שנקבעה לה בתכנית, המכונה בפסק הדין תכנית השינוי, שלפיה "במגרשים שחלה לגביהם חובת בניית שני בנינים והמרווחים במגרשים הנ"ל בהתאם לתכניות ת"ע מאושרות אינם מאפשרים זאת, רשאית תהיה הוועדה המקומית לדון בשינוי המרווחים הנ"ל לאור הצעות הבינוי שתוגשנה לגבי מגרשים אלו, מבלי לראות בזה סטיה ניכרת כלפי החוק". בפני בית המשפט נטען כי הוראה זו שבתכנית, מהווה סטיה ניכרת מתכנית, בהתאם לתקנות התכנון והבניה (סטיה ניכרת מתכנית), כפי שעמדו בתוקף באותה עת. בית המשפט העליון דחה טענה זו בקובעו כי היא "לוקה בעירוב תחומים בין הגבולות, שקבע המחוקק לשיקול-דעתה של ועדה מקומית במסגרת תכנית לבין גבולות כוחה של תכנית, העומדת בסתירה לתקנות". (שם בעמ' 89)

ועוד קבע בית המשפט:

"משאושרה תכנית השינוי, הפכה איפוא הנורמה הקשיחה של מירוח קדמי קבוע של 25 מטר לנורמה גמישה, אשר בידי הוועדה המקומית ניתן הכוח למלאה תוכן לפי שיקול-דעתה, בגבולות שנקבעו להפעלת אותו שיקול-דעת; לכוונה זאת אף ניתן ביטוי מפורש בסעיף 8ג', שבסופו נאמר, שהחלטת הוועדה המקומית כאמור, אין "לראות בזה סטיה ניכרת כלפי החוק. מכאן שכמו שאין לומר שתכנית שינוי, שהיתה מקדמת, דרך משל, את קו הבניין הקדמי ומעמידה אותו על גבול המגרש במקום על קו של 25 מטר ממנו, היא "בלתי חוקית", כך אין לומר זאת על תכנית, אשר במקום לקבוע קו מוגדר במפה הניחה את קביעתו בידי הוועדה המקומית. הוראת סעיף 41(4) לתקנות הסטייה הניכרת, שצוטטה לעיל, אין עניינה לכאן, הואיל והחלטתה של הוועדה המקומית בדבר שינוי המירוח הקדמי אינה בגדר סטייה מתכנית אלא קביעת קו בתוך תכנית שלכך היא מוסמכת. עוד אין צריך לומר, שהעובדה, שנוהל הדיון שהוועדה המקומית נקטה היה כבדיון בהקלה או בשימוש חורג, אינה מעלה או מורידה, כמובן, ואין בה כדי לשנות את מהותה האמיתית של החלטתה.

ניתן, בעצם, לומר, שתקנות הסטייה הניכרת לעולם אינן יכולות לעמוד בסתירה לתכנית, מן הטעם שעניינן תחומים גבולות לשיקול-דעתה של הוועדה המקומית בבואה לחרוג מתכנית קיימת על-ידי מתן הקלה או היתר לשימוש חורג (סעיף 145(ב), 146, 147, 151 לחוק התכנון). אין הן בבחינת "תכנית על", הקובעת את גבולותיה של התכנית, אלא הן "צמודות" לתכנית ו"מקיפות" אותה מסביבה, ובהשתנות התכנית "משתנות", כביכול, אף הן עמה. ואולי זה הטעם לכך, שהסמכות להתקין נקבעה בסעיף 151(ב) לחוק התכנון ולא במסגרת הסמכות להתקין תקנות, לפי סעיף 265 לחוק התכנון, שכוחן, כאמור בסעיף 132 לחוק התכנון, יפה מכוחה של כל תכנית".

(שם בעמ' 90-89)

הנה כי כן, הוראת הגמישות בתכנית, כשמה כן היא, מאפשרת גמישות במקום לקבוע נורמה קשיחה - "בגבולות, שנקבעו להפעלת אותו שיקול דעת" בתכנית עצמה. הפעלתה מהווה פעולה בהתאם לתכנית להבדיל מהקלה שבהגדרה הינה סטיה מתכנית.

אבחנה זו בין הוראת גמישות לבין הקלה, שעליה עמד בית המשפט העליון בעניין טייג, יש לה השלכות של ממש בהקשרים שונים: הן באשר לגדר הסמכות של הוועדה המקומית, הן באשר לכפיפות להוראות **תקנות התכנון והבניה (סטיה ניכרת מתכנית)**, **תשנ"ב – 1992**, הן באשר לזכות ערר על החלטת הוועדה המקומית לועדת הערר הפועלת מכח סעיף 12א' לחוק, והן באשר להיטל השבחה. בהקשר אחרון זה נזכיר כי הקלה מהווה אירוע משביח, או אירוע מס ממין האירועים המשביחים המנויים בתוספת השלישית. זאת להבדיל ממתן היתר מכח הוראת גמישות. למעשה, הן פסק הדין של אליק רון והן פסק הדין של גוזלן עוסקים בדיוק בשאלה האם ובאיזו דרך יש למסות זכויות שניתנו במסגרת הוראת גמישות.

פסק הדין של גוזלן עושה שימוש במונח הקלה, ככל הנראה לנוכח העובדה שהפעלת שיקול הדעת במסגרת התכנית כפופה לנקיטת הליך כקבוע בסעיף 149 לחוק, שהוא, אגב לא הסעיף המסמך את

הועדה המקומית ליתן הקלה בסטיה מתכנית, כי אם הסעיף הקובע את הליכי הפרסום והשמיעה טרם מתן הקלה (סעיף 147 הוא הסעיף המסמיך).

חרף הטרמינולוגיה שבה נעשה שימוש לאורך פסק הדין, אין המדובר בהקלה, כי אם בהוראת גמישות, כפי שהבהיר בית המשפט העליון בעניין טייג, והטענה בפנינו ממנה משתמע כאילו בית המשפט העליון (שטבע את האבחנה) אינו מודע לאבחנה, או שמא אינו רואה לה כל משמעות לדיון שלפניו, אינה עולה על הדעת, לשון המעטה. טענה כאילו פסק הדין של גוזלן עוסק בהקלה, ולא זו בלבד כי אם בכל סוגי ההקלה באשר הם, עומדת בסתירה להוראות התכנית שנדונה, להגדרת המונח הקלה שבחוק, לפסיקת בית המשפט העליון בעניין טייג, לפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין אליק רון, ולעובדה שאין להרהר אחריה, כי בית המשפט העליון מודע היטב לכל אלה.

להשלמת התמונה נציין עוד כי בעניין אקרו, שבו נשאלה שאלת הטלת היטל השבחה בשל תשריט חלוקה, שופטת המיעוט, כב' השופטת ברק-ארז, אשר כתבה את פסק הדין בהלכת גוזלן, אשר סברה אמנם כי יש מקום לגביית היטל השבחה באותו מקרה **דחתה** את טענת הועדה המקומית שלפיה יש להתייחס לתשריט החלוקה כאל הקלה בקובעה: "כבר עתה ייאמר כי אני סבורה שהפרשנות שהוצעה על ידי הוועדה המקומית לפיה אישור התשריט מהווה הקלה אינה פרשנות סבירה, בפרט לנוכח ההגדרה הברורה למנחם "הקלה" המצויה בסעיף 1 לחוק התכנון והבניה" (שם, בסעיף 40 לפסק דינה). הרחבה בדבר פסק דין אקרו תובא בהמשך הדברים.

ואם אחרי כל אלה יש מי שיסבור עדיין שבית המשפט לא מודע להבחנה או לא ער להשלכותיה, נאמר כי למצער דובר בעניין גוזלן ב"הקלה" של תוספת זכויות שאינה מעניינתו כאן.

ומכאן להמשך הקביעות פסק הדין של גוזלן :

על השאלה מהו המועד שלגביו תחשב ההשבחה, מבין תכנית קומת הקרקע או מתן ההיתר - "ההקלה" - משיב בית המשפט כדלקמן:

" אישור תוכנית קומת הקרקע או אישור מתן ההקלה - בענייננו אנו, סעיף 8 לתוכנית קומת הקרקע קובע אמנם כי המשיבה תהיה רשאית לאשר תוספת של 6% מעבר לקבוע בתוכנית עצמה, אך מציין במפורש כי "אישור תוספת אחוזי בניה אלה יהיה מותנה בנקיטת הליך כקבוע בסעיף 149 לחוק [שעניינו הליך פרסום בקשה להקלה - ד.ב.א.] ובאישור הועדה המקומית". אם כן, אין ספק כי אף שתוכנית קומת הקרקע מניחה את התשתית לתוספת אחוזי הבניה, היא אינה מבטיחה תוספת כזו, ולכן אין מדובר ב"גשר ברזל" לאחוזי הבניה הנוספים. מכאן שביחס לתוספת אחוזי הבניה בקומת הקרקע, האירוע שחולל את ההשבחה הוא מתן ההקלות למבקשים, ולא אישור תוכנית קומת הקרקע, וביחס למועד זה תערך השומה."

פסק הדין של גוזלן על רקע רצף הפסיקה בנושא

לכאורה ניתן היה לומר שפסק הדין של גוזלן עומד בסתירה להלכת אליק רון שלפניו, ואף להלכות אופל קרדן ואקרו שלאחריו, שאליהן נתייחס להלן. במיוחד כאשר - נשוב ונדגיש - איננו עוסקים באירוע השבחה של הקלה לתוספת זכויות, ובית המשפט העליון בעניין אליק רון סירב לראות בהוראת גמישות משום אירוע מס נפרד. אולם ניתן ליישב סתירה לכאורית זו דווקא אם נראה בפסק הדין חלק מאותו קו מחשבה שהחל בעניין אליק רון לפניו והמשיך בעניין אופל קרדן שלאחריו. בכל הנוגע ל"תוספת הזכויות למרתף" - זכויות למרתף שלא היו קיימות במועד תחילתה של תכנית המרתפים (אלא נולדו רק בשלב מאוחר יותר), תכנית המרתפים נתפסת כתכנית שאינה מגובשת דיה. לגבי זכויות

אלה, החיוב קם רק כאשר היקפן לובש את לבושו הקונקרטי הסופי – כאשר ניתן ההיתר לקומת הקרקע על הזכויות מכח הוראת הגמישות שהוא כולל (או לא כולל). לגבי שטחים אלה, בקביעת העקרון שבתכנית המרתפים אין די, באשר התכנית עצמה תולה את שטחי הבניה במרתף בקונטור קומת הקרקע, אך זה האחרון עדיין נעלם. לעמדתו של בית המשפט גם בתכנית קומת הקרקע אין די, באשר אף היא אינה יוצרת קונקרטיזציה מספקת של שטח קומת הקרקע שניתן לבנות בפועל, כי אם קובעת אפשרויות שונות ואף הוראת גמישות המאפשרת תוספת זכויות שבשלב אישורה אף לא ניתן לדעת כיצד יתחלקו בין קומות הבית. רק הפעלת שיקול הדעת לעת מתן ההיתר לקומת הקרקע תוחמת למעשה את קונטור קומת הקרקע וקובעת לראשונה שטח קונקרטי של המרתף שמתווסף על זה שהיה ידוע לעת אישור תכנית המרתפים.

יש בכך המשך טבעי לקו המחשבה הפנימי של הלכת אליק רון, של הגדרת האירוע המשביח על בסיס ההשקפה של רצף תכנוני אחד. תכנית המחייבת קונקרטיזציה מחייבת מטיבה השלמה. היא לא ניתנת ליישום אלא באמצעות השלמה נוספת. השלמה זו ויצירת האקט התכנוני השלם נעשית רק במתן ההיתר המגדיר את שטח קומת הקרקע ולפיכך התכנית נתפסת כמתגבשת במועד זה.

דומה כי בית המשפט אכן מכיר בכך שתכנית המרתפים היא נושא לגביית היטל השבחה עצמאי כמדרגה נפרדת, בגין שטח המרתף שניתן לבנות מכוחה לעת אישורה. אך תכנית קומת הקרקע מהווה מדרגת השבחה נפרדת לשטחי בניה במרתף, המתגבשת רק עם שימוש בהוראת הגמישות, ולפיכך במועד זה יחושב היטל השבחה נפרד (ראו לעניין זה סעיפים 33 ו-34 לפסק הדין, וההזקקות להלכת פמיני).

לניתוח פסק הדין מזוית ראיה שונה ראו שלום זינגר "היטל השבחה – הלכת אליק רון מאין ולאן" **מקרקעין** יז (1) 39 (2018).

כאמור לעיל, תכנית מרתפים ללא תכנית קרקע חסרת תוכן. במועד אישורה ניתן לגבות היטל השבחה אך בגין היקף קומת הקרקע הידוע (באותה עת מכח תכנית קומת הקרקע הקודמת). זוהי מדרגת השבחה אחת. אך קיימת אפשרות להגדלת שטח זה, והיא נובעת מתכנית קומת הקרקע. אלא שזו אינה מספקת את הקונקרטיזציה המלאה להגדרת שטח המרתף המותר לבניה, בשל הוראת הגמישות שבה. ברור ממנה ובתוכה כי קונקרטיזציה נוספת תהיה בשלב ההיתר לקומת הקרקע. משכך קבע בית המשפט שבמקום לעסוק בספקולציות על מה תהא הקונקרטיזציה, נמתין לשלב הקונקרטיזציה ורק אז נראה באירוע ההשבחה כמתגבש.

דומה כי קו המחשבה בעניין אליק רון וגוזלן אחד הוא - בית המשפט רואה לנגד עיניו אקט תכנוני אחד מתמשך, אך ההבדל בין המקרים נובע מסיווג המקרים שלפני בית המשפט. בעניין אליק רון אירוע המס מתגבש עם אישור התכנית על הוראת הגמישות שלה, אשר קיימות בה זכויות מעין מוקנות שגשר של ברזל מוליך לנתינתן. בית המשפט רואה כבר בתכנית את השלמת המעשה התכנוני. התכנית שלמה כשלעצמה וניתנת למימוש פר סה. גשר הברזל לא רק יוצר את השלם אלא מאפשר לראות אותו ככזה שנוולד עם תחילתה של התכנית. אירוע המס נקבע איפוא לראשית הדרך, לשלב אישור התכנית. בעניין גוזלן בית המשפט רואה לנגד עיניו כי אירוע המס לגבי זכויות המרתף הנוספות לא מתגבש עם תחילתה של תכנית המרתפים, אף לא עם תחילת תכנית קומת הקרקע כי אם רק כאשר זו מתמלאת תוכן בעת מימוש הוראת הגמישות ותחימת היקפה של קומת הקרקע בפועל. האקט התכנוני האחד, הרציף, מושלם לכדי מעשה שלם רק בסופה של הדרך. בהקשר זה תכנית המרתפים

אינה עומדת בפני עצמה והיא צריכה השלמות כדי להתגבש. לפיכך המועד לחישוב היטל ההשבחה הוא המועד שבו התכנית באה לידי גיבוש.

לא נתיימר לומר כאן כי סיווג המקרים או האבחנה ביניהם הוא עניין פשוט. כערכאה מעין שיפוטית הראשונה, הנמוכה ביותר, העוסקת בשאלות אלה, ערכאה שאליה מתנקזות שאלות סיווג אלה מעשה יום יום, יש להודות שפסיקה זו מציבה אכן אתגר ליישמה באופן הראוי. דומה שעניין זה לא נעלם מעיניו של בית המשפט העליון. במהלך ארבע השנים האחרונות שמענו וריאציות רבות, שונות ומגוונות ליישום פסיקות אלה, כאשר במהלך תקופה זו נוסף להן מעת לעת נדבך נוסף שלא בהכרח פישט את יישומן. עם זאת בפרספקטיבה של ההתפתחות הפסיקתית בעניין בשנים האחרונות, דומה שניתן לשרטט קו מחשבה השזור לאורכה של פסיקה מורכבת זו, לגביה קבעה כב' השופטת ברק ארז בעניין אופל קרדן:

"זהו אחד מאותם מקרים שבהם הררי ההלכות שהצטברו על שולחנו, וזאת ביחס למציאות תכנונית מורכבת מזו שעמדה נגד עיניו של המחוקק עם חקיקתו של חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה), מובילים לתוצאות מורכבות וקשות ליישום."

פסק הדין בעניין אופל קרדן

הרעיון המבקש לראות אירוע משביח על בסיס ההשקפה של רצף תכנוני אחד, פותח עוד בעניין אופל קרדן. פסק הדין עסק בשאלה מהו המועד לגביית היטל השבחה בהקמת תחנת תדלוק בהתאם לתמ"א/18, היא תכנית המתאר הארצית לתחנות תדלוק. התמ"א מאפשרת הקמת תחנת תדלוק, בהיתר שניתן ע"י הוועדה המקומית, גם באזורים שבהם התכנית המקומית אינה מתירה שימוש זה, וזאת כל עוד התכנית המקומית מתירה שימושים הנמנים על רשימת שימושים שהוגדרו בתמ"א (כמו למשל תעשייה או חקלאות). בעניין רע"א 384/99 מועש בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה טבריה (פורסם בנבו, 19.10.99) נקבע כי תמ"א/18 משנה הלכה למעשה את התכנית המקומית החלה במקום ובשל כך היא יכולה להוות בסיס לגביית היטל השבחה. זאת, הגם שהתוספת השלישית קובעת כי היטל השבחה מוטל על תכנית מתאר מקומית או תכנית מפורטת בלבד.

בעניין אופל קרדן נדרש בית המשפט העליון לשאלה מהו המועד שבו חל אירוע המס. על מנת להשיב לשאלה זו מבחין בית המשפט בין הזכויות מכח תמ"א/18 לבין זכויות מוקנות וזכויות מותרות אחרות, ומגדיר קטגוריה חדשה של תכניות – כאלה שאינן קונקרטיות דיין, או "צפות", לגביהן אירוע המס למעשה מתגבש במועד שבו הן זוכות למימוש קונקרטי במקרקעין ספציפיים. תמ"א/18 היא תכנית כזו. התכנית צפה ומרחפת על פני כל המגרשים ברחבי הארץ שבהם נכללו שימושים מבין אלה שנקבעו בה, ורק עם מתן היתר להקמת תחנת תדלוק במגרש מסוים, לובשת התכנית לבוש קונקרטי מספיק, כדי כך שניתן לומר שהאקט התכנוני הושלם, או הושלמה התגבשותו, וניתן לבחון את שאלת קיומה של השבחה ולאמוד אותה. להבנתנו ניתן לראות כאן את השלמת התמונה של רצף תכנוני אחד או אקט תכנוני אחד שנקבעת לגביו נקודה אחת נכונה לחייב בהיטל השבחה.

פסק הדין לא משקף כוונה לעמוד בסתירה לפסק דין אליק רון במובן של הרחבת האקטים התכנוניים המחייבים בהיטל השבחה. הוא לא קובע את מתן ההיתר כאירוע משביח, כי אם כאירוע המשלים ומגבש את האירוע המשביח של התכנית במובן זה שהוא יוצק לתוכה תוכן קונקרטי שבלעדיו אין. כב'

השופט עמית וכב' השופטת ברק ארז, כל אחד בדרך הילוכו, עומדים על כך שלמעשה לפנינו רצף תכנוני אחד שמסתיים, או מושלם במתן ההיתר.

ניתן לראות בפסקי הדין רצף של קו מחשבה אחד, המבקש לראות לפניו אקט תכנוני מלא ושלם ו"לתפוס" את מלוא ההשכלה שהוא מביא עימו, תוך ניסיון לקשור באופן הנאמן ביותר בין האקט השלם למועד הנכון להעריך את ההשכלה בגינו. כלשונה של כב' השופטת ברק-ארז בעניין גוזלן:

"על מנת שהיטל ההשכלה יגשים את תכליתו עליו לשקף את ההשכלה האמיתית שחלה, וכן להיות מבוסס על זיהוי נכון של ההחלטות אשר מכוחן צמחה ההשכלה."
(שם, בסעיף 27).

זאת עושה בית המשפט, מבלי לכפוף את המציאות התכנונית המורכבת, הנתונה לשיקול דעתם של מוסדות התכנון - להיטל ההשכלה, אלא מתוך ניסיון להתאים דווקא את דיני היטל ההשכלה למציאות מורכבת זו. ראו עוד הערתה של כב' השופטת ברק-ארז בדבר הצורך בהתאמה למודלים תכנוניים חדשים, בסעיף 44 לפסק דינה בעניין אקרו.

בעניין אופל קרדן יוצר בית המשפט קטגוריה חדשה ונפרדת של תכניות צפות, כמו תמ"א/18 במקרה שלפניו. בית המשפט מגדיר לפניו שאלה חדשה "היתר בניה ניתן על ידי הוועדה המקומית בעקבות תכנית מתאר ארצית. האם המועד הקובע לצורך שומת היטל ההשכלה הוא מועד אישור תכנית המתאר הארצית או יום הנפקת היתר הבניה?". לשאלה זו מקדיש בית המשפט דיון מפורט.

במסגרת הטיעונים ששמענו, עולה בפנינו טענה המבקשת לזקק מתוך פסק הדין של גוזלן כלל גנרי שלפיו, מכח הלכת גוזלן כל הקלה – וכל אימת שמדובר בזכויות מותנות שאינן מעין מוקנות (ואף ללא הבחנה בין הקלה לזכויות מותנות) – מלוא היטל ההשכלה מחושב למועד הקובע של מתן ההיתר ועוד בהתעלמות משווי השוק של המקרקעין ערב מתן ההיתר. לו זו היתה משמעותה של הלכת גוזלן, ולו כך תפסו אותה שופטי בית המשפט העליון (אשר שניים מהם, כב' השופט עמית וכב' השופטת ברק-ארז, נמנו על ההרכבים בשני פסקי הדין ואף כתבו אותם) - תמיהה היא מדוע נזקק כלל בית המשפט בעניין אופל קרדן לדיון המקיף וליצירת קטגוריה חדשה של תכניות צפות. לכאורה, לפי גישה זו, יש להניח כי בית המשפט, בחלוף שנה וחצי בלבד מאז הלכת גוזלן, היה מפנה להלכת גוזלן וקובע כי היא חלה במקרה שלפניו (ואולי אף מקל וחומר), בהיות הזכויות מכח תמ"א/18 זכויות מותנות, וזאת למצער.

אלא שבית המשפט בעניין אופל קרדן נדרש כאמור לדיון מקיף בשאלת מועד התגבשותו של החיוב במקרה שלפניו, בלי להיזקק כלל להלכת גוזלן וממילא מבלי שתהווה נקודת משען לקביעתו. יתר על כן, המסקנה כי תכניות צפות או זכויות בתכניות צפות מהוות קטגוריה נפרדת, נלמדת מפורשות מדברי בית המשפט, כדלקמן:

"באשר לפרשנותו של סעיף 4(7) המוזכר לעיל יש לומר כי הנחתו של המחוקק הייתה שלתוכנית המשביחה יש תחולה קונקרטית במיקום ספציפי. אולם, לא תמיד אלה הם פני הדברים, ובאותם מקרים יש לומר שההשכלה תחול כאשר נוצר ה"מפגש" הקונקרטי בין התכנית המשביחה למקרקעין. כאשר תכנית המתאר הארצית היא נעדרת מיקום ספציפי למעשה, כך שהיא משנה תכנית מקומית ללא זיקה קונקרטית, הרי שכל עוד לא הוצא היתר הבניה אין לומר כי ההשכלה חלה שם. אכן, גם בעניין רון לא הייתה ודאות כי התכנית שמקנה זכויות מותנות תוביל לבנייה נוספת במקרקעין שעליהם חלה התכנית. אולם אני סבורה כי קיים שוני מהותי בין תכנית מתאר ארצית נעדרת מיקום קונקרטי, לבין תכנית שמלכתחילה חלה באזור קונקרטי, גם אם קיים חוסר ודאות מסוים

לגבי אופן יישומה בו. טעם אפשרי נוסף להבחנה עשוי להיות טמון בהיקף שיקול הדעת המוקנה לרשויות באשר להענקת ההיתר.
(שם, בסעיף 4 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז).

הנה כי כן לשיטת בית המשפט בעניין אופל קרדן קיים שוני מהותי בין תכנית מתאר הנעדרת מיקום קונקרטי לתכנית שמלכתחילה חלה באזור קונקרטי גם אם קיים חוסר ודאות מסויים לגבי אופן יישומה בו. גם אם הכוונה בציטוט לעיל היא כי התכניות שקיים בהן חוסר ודאות מסויים לגבי אופן יישומן הן מסוג אלה שנדונו בעניין רון, הרי שבית המשפט בוודאי לא נשען על הלכת גוזלן כעל פתרון לשוני, על רצף זה של חוסר ודאות או תכניות שמתגבשות במועדים שונים.

על היחס בין הלכת גוזלן להלכת אופל קרדן מזווית אחרת ראו עוד במאמרו של זינגר, שם בעמ' 77-78.

פסק הדין בעניין אקרו

לפני כשנה ניתן בבית המשפט העליון פסק הדין בעניין אקרו. פסק הדין עסק בשאלת אפשרות הטלת היטל השבחה בשל אישור תשריט איחוד חלקות, אשר בעקבותיו היקף זכויות הבניה במגרש המאוחד עלה על סכום זכויות הבניה בשני מגרשי המקור גם יחד. זאת, מאחר שהתכנית קבעה זכויות בניה פרוגרסיביות, ובעוד שלמגרשי המקור היו נתונות זכויות בניה בהיקף של 160%, שטח המגרש המאוחד התאים למדרגת הזכויות הבניה הבאה, של 180%.

כב' השופטת ברק-ארז, שהיתה בדעת מיעוט, נכונה היתה לראות בתשריט האיחוד משום אירוע המגבש השבחה נוספת מכוחה של התכנית שקבעה את הזכויות. כעולה מפסק דינה, כב' השופטת ברק-ארז לא סברה שניתן לראות בתשריט איחוד משום אירוע משביח עצמאי. לשיטתה, "ההשבחה אינה נוצרת מעצם אישור התשריט, אלא בשל הגדלת זכויות הבניה הכרוכה במרכיב הפרוגרסיבי בתכנית 1900, והיא מתגבשת רק עם אישורו של תשריט האיחוד" (שם, בסעיף 53). כב' השופטת ברק-ארז להבנתנו ביקשה להמשיך ולפתח את הקו שהוביל את הפסיקות הקודמות.

שופטי הרוב בעניין אקרו סרבו לראות בתשריט האיחוד משום אירוע משביח עצמאי או אף אקט שמגבש השבחה נוספת בגין אישור התכנית. כב' השופט מזוז (שאליו הצטרפה כב' הנשיאה, השופטת חיות), עמד על כך שלא כל השבחה כלכלית באשר היא גוררת היטל השבחה, כי אם רק השבחה בגין אירועי ההשבחה המוגדרים בתוספת השלישית לחוק: תכנית מקומית או מפורטת, הקלה ושימוש חורג. השבחה נבחנת למועד תחילת התוקף של האירועים המשביחים הנ"ל. משכך, עליית הערך כתוצאה מתשריט האיחוד, שאירעה במועד מאוחר יותר עם אישור תשריט האיחוד, אינה השבחה החייבת בהיטל, כהגדרתה בחוק. בהתייחס לעמדתה של כב' השופטת ברק-ארז קבע כב' השופט מזוז כי:

" עמדה זו אינה מקובלת עלי, ולמעשה אני מתקשה לרדת לסוף דעתה של חברתי, שכן הדברים נדמים בעיני כסתירה פנימית. מאחר שההשבחה נבעה מאישור תשריט האיחוד, ומאחר שלא ניתן כאמור לראות באישור תשריט האיחוד משום "תכנית" או "הקלה", ממילא אין בפנינו השבחה במובן החוק. יתרה מזו, משמוסכם גם על חברתי כי אישור תשריט איחוד החלקות לא היה בגדר זכות מעין-מוקנית בתכנית, במובן ענין רון, אלא הליך נפרד הכרוך בשיקול דעת, הרי ממילא לא ניתן לייחס את ההשבחה הנוספת עקב אישור התשריט לתכנית עצמה. בנסיבות אלה, ייחוס ההשבחה לתכנית עצמה משמעותו שבאופן עקיף אנו מכירים למעשה באישור תשריט איחוד כאירוע מס אף שהחוק אינו מכיר בכך כאמור. תוצאה זו אינה מתיישבת גם עם ההוראות בחוק אשר כורכות את מועד עריכת השומה עם מועד אישור התכנית כמפורט לעיל. ואכן, גם חברתי מציינת כי הפרשנות המוצעת על ידה אינה "פרשנות לשונית 'פשוטה'", ואולם היא סבורה שהיא מוצדקת לאור שיקולי יעילות וצדק חלוקתי. איני שותף כל עיקר לעמדה זו.

לא למותר לציין כי עמדת חברתי חורגת למעשה מעמדות שני הצדדים (כמו גם מעמדות ועדת הערר ובית משפט קמא). הן הוועדה המקומית והן אקרו מסכימות כי ההשבחה בחלקות מקורה באישור תשריט החלוקה ולא בתכנית עצמה, אלא שמכאן ואילך נפרדות דרכיהן של הוועדה המקומית ואקרו, כמפורט לעיל (פסקה 6).

10. כאמור, עמדתי היא שלא ניתן לייחס בענייננו את ההשבחה לתכנית. התכנית לא העניקה את התוספת של עשרים אחוזי בניה לחלקות, כפי מצבן בעת אישור התכנית, אלא אך יצרה את הפלטפורמה החוקית לאפשרות פוטנציאלית עתידית של השבחה של חלקות הכלולות בתחומה, על ידי מהלך תכנוני נוסף, באמצעות איחוד חלקות. המדובר אך באפשרות פוטנציאלית, לא מסוימת, להשבחה, אשר גם לא בהכרח תמומש ושללא בכל מקרה ניתנת למימוש, כגון כאשר החלקות הסמוכות הן בבעלויות שונות. ואכן בענייננו מומש פוטנציאל זה רק כ- 6 שנים לאחר אישור התכנית ולאחר שהחלקות נמכרו לבעלים אחרים מאלה שהחזיקו בהן בעת אישור התכנית. בנסיבות אלה ייחוס ההשבחה שנוצרה על ידי איחוד החלקות, שנים לאחר אישור התכנית, לתכנית עצמה היא כאמור מהלך שאינו עולה בקנה אחד עם הוראות החוק.

יתרה מזו, ייחוס ההשבחה שנוצרה בעקבות אישור תשריט האיחוד, כ- 6 שנים לאחר אישור התכנית, לתכנית עצמה אינה מתיישבת עם הוראות החוק – לא עם הוראת ס"ק 4(1) לתוספת, המחייב עריכת שומת השבחה "בסמוך לאחר אישור התכנית", ולא עם הוראת סעיף 4(4) לתוספת הקובע את זכותו של בעל המקרקעין לדרוש לשלם "מיד" עם אישור התכנית את היטל ההשבחה שחל עליו (ולא להמתין לשלב המימוש).

11. ייחוס ההשבחה במקרה דנן ובמקרים דומים לו לתכנית עצמה, אף שההשבחה נוצרה עקב הליך תכנוני אחר ומאוחר לתכנית (אישור תשריט השבחה), משבש את ההסדר הברור שנקבע בחוק לענין חיוב בהיטל השבחה. מהלך כזה יוצר גם קשיים מעשיים ממשיים בהיותו יוצר אי-ודאות רבה בעסקאות והליכים תכנוניים, וממילא גם פוטנציאל למחלוקות והתדיינות אין ספור, כפי שאכן אירע בענייננו.

ולמען הסר ספק אוסיף, כפי שכבר הובהר על ידי ועדת הערר, כי גם אם ניתן לומר שעצם פוטנציאל ההשבחה שיצרה התכנית עקב האפשרות של איחוד חלקות בעתיד, יש לראות בו כהשבחה שהתכנית עצמה יצרה, ועל כן היא מחויבת בהיטל, הרי שמדובר בהשבחה אחרת מזו שנקבעה בענייננו, ואשר אותה יש להטיל בסמוך לאחר אישור התכנית ועל בעלי הקרקע בעת אישור התכנית. לא זה המקרה בענייננו, שכן ההשבחה בענייננו הוטלה כ- 6 שנים לאחר אישור התכנית, ועל אקרו, שלא הייתה הבעלים של החלקות בעת אישור התכנית, וסכום ההשבחה שהוטל לא התייחס להשבחה הפוטנציאלית הנגזרת אולי מהתכנית אלא להשבחה שנבעה מאישור תשריט האיחוד של החלקות.

(שם, סעיפים 9-11 לפסק דינו של כב' השופט מזוז).

פסק הדין של אקרו מחדד אכן את הצורך - ואת הקושי - לאבחן באופן מובהק את הקטגוריות שבהן עוסקים פסקי הדין שקדמו לו – קושי שהוא אכן הקושי התיאורטי והיישומי המרכזי בתיקים רבים שנשמעו לפנינו במהלך ארבע השנים האחרונות. בהקשר לקושי זה העיר בית המשפט:

"ולבסוף באשר לפסק הדין בענין רון עליו סמך בית משפט קמא את פסק דינו. אעיר תחילה, מעבר לנדרש, כי ההסדר שנקבע בענין רון בעייתי בעיני. הוא אינו מעוגן בטקסט של החוק והוא גם יוצר אי וודאות כפולה: הן לענין סיווג הזכויות (זכויות "מעין מוקנות", לעומת "זכויות מותנות", כאשר הגבול ביניהם לעתים קרובות אינו ברור כל עיקר), ובעיקר לענין חישוב מועד ההשבחה ("מודל המימוש הדו-שלבי"). מודל זה מעורר קושי גם נוכח הוראות החוק, שכן בהתאם לחוק, פעולות המימוש המפעילות את חובת תשלום ההיטל (קבלת היתר, התחלת שימוש או העברת הזכויות) הן אלטרנטיביות, וכל אחת מפעילה את החובה לתשלום מלוא ההיטל, דבר שאינו מתיישב עם המודל הדו שלבי. ואכן, המותב בתיק היה ער לקשיים הכרוכים במודל זה (פסקה 45 שם), אך ספק רב בעיני אם המענה שניתן שם מיישב את הקשיים.

(שם, בסעיף 15 לפסק דינו של כב' השופט מזוז)

עמדת רוב באקרו קובעת כי כאשר השבחה היא תוצר של "הליך נפרד ומאוחר הכרוך בשיקול דעת הוועדה המקומית" הרי שלא ניתן לייחס תוצר זה להשבחה הנובעת מהתכנית. עוד נקבע כי ככל

שקיימת השבחה מהפוטנציאל לאיחוד חלקות, הרי שזו השבחה שאותה יש לגבות בשלב אישור התכנית :

"סיכומם של דברים: במקרים כגון זה שלפנינו, כאשר הוראות בתכנית יוצרות אפשרות (פוטנציאל) להשבחה עתידית, שמימושה טעון הליך תכנוני נוסף, שאין וודאות באשר למימושו, ניתן לחייב בהיטל השבחה רק בגין השבחה שנבעה במישרין מהתכנית עצמה, היינו בגין עליית ערך הקרקע בשל עצם הפוטנציאל להשבחה עתידית - ככל שנבעה השבחה כזו - ולגבות בגינה היטל השבחה בהתייחס למועד אישור התכנית ומהבעלים של הקרקע בעת אישור התכנית. לעומת זאת, לא ניתן לדעת לייחס לתכנית השבחה מאוחרת, שנתגבשה בעקבות הליך תכנוני נוסף כאמור." (שם, בסעיף 16 לפסק הדין).

בית המשפט קובע איפוא כי כאשר אקט נפרד מרחיב את אפשרויות הניצול של המקרקעין, גם אם הפוטנציאל לכך קיים בתכנית, לא ניתן לייחס את ההשבחה כתוצאה מהאקט הנפרד לתכנית עצמה אך יש למסות בשלב התכנית על השבחה, ככל שנוצרה, מעצם יצירת הפוטנציאל להשבחה נוספת זו. התכנית עצמה נתפסת כמעשה תכנוני אחד שלם, העומד לעצמו ואינו מחייב השלמה מתוכו, אלא מהווה פלטפורמה ליצירת השבחה נוספת. אם עצם קביעת הפלטפורמה מעלה את ערך המקרקעין, יוטל על כך היטל השבחה. מימוש פוטנציאל זה לא ימוסה אלא אם נעשה באקט הנמנה על אירועי ההשבחה שבתוספת השלישית.

בין אם ניתן לראות בדברי הביקורת שהשמיעו שופטי הרוב בעניין אקרו על פסיקת השנים האחרונות שהחלה בעניין אליק רון, משום תחילתה של חזרה מהלכה זו ובין אם לאו, למצער דומה כי הקושי שמעוררות הלכות אלה מביא את בית המשפט לתחימה של המקרים שניתן להחיל עליהם את הלכת אליק רון. בהקשר זה נציין עוד את דברי כב' השופט מזוז לגבי עניין קרדן, כי נסיבותיו "שונות לחלוטין מעניינינו, והמעין ישכיל" (סעיף 17 לפסק הדין).

סיכום ביניים של המצב המשפטי והיחס להחלטות בעניין דיניש וחצרוני:

סקרנו לעיל את פסיקת בית המשפט העליון מהשנים האחרונות, המבקשת להתמודד עם מציאות שבה מלוא ההתעשרות מאפשרויות הניצול – או מפוטנציאל אפשרויות הניצול שקובעת תכנית, נובעת משני אקטים ואינה ממוסה במסגרת היטל השבחה באופן מלא. **הפסיקה נעה על הציר שבין זכויות מותנות מעין מוקנות אשר גשר של ברזל מוביל לנתינתן ומהוות חלק בלתי נפרד מהמעשה השלם של התכנית אשר הושלם בעת תחילתה ולפיכך ממוסות למועד הקובע של תחילת התכנית בקצה אחד, לבין זכויות הקבועות בתכנית צפה, כמו תמ"א/18, אשר אינה מתגבשת דיה ואינה זוכה לקונקרטיזציה עד למתן היתר לתחנת תדלוק במקרקעין מסויימים בקצה השני.** על ציר זה קיימות גם זכויות מותנות שאינן מעין מוקנות. מהלכת גוזלן עולה כי זכויות אחרונות אלה ימוסו בשלב מתן ההיתר, למועד מתן ההיתר, לאחר הפעלת שיקול הדעת בשאלת נתינתן, שאז לראשונה מתברר היקפן המלא וממילא ההתעשרות המלאה שבאה מכוחן, ולמעשה רק אז מושלמת התכנית ומתגבשת. אלא שמהלכת אקרו (בלא הסתייגות מפורשת מהלכת גוזלן) עולה לכאורה תמונה הפוכה, ולפיה לא ניתן לראות בהשבחה שהיא תוצאה של הליך נפרד ומאוחר, הכרוך בשיקול דעת, משום חלק מההשבחה של התכנית ואף לא ניתן לראות בה אירוע משביח נפרד, אם היא אינה נמנית על אירועי ההשבחה הקבועים בתוספת השלישית.

ברור עוד כי בית המשפט, לאורך פסיקה זו כולה, אינו נכון להגדיר אירועים שאינם הקלה כהקלה, ועומד על שיוך היטל ההשבחה הנוסף לתכנית שיצרה את פוטנציאל קיומו (במקומות בהם נכון היה

לעשות כן), כאשר המועד להטלת היטל ההשבחה משתנה בהתאם למועד שבו רואה בית המשפט את התכנית כתכנית שלמה העומדת בפני עצמה ואינה דורשת השלמה מתוכה.

עוד ניתן לראות בבירור כי בית המשפט העליון אינו מבקש לסטות מהלכת פמיני והוא שב אליה לאורך פסיקה זו.

התכניות שנדונו בעניין דייניש וחצרוני, אינן נמנות על אף אחת מהקטגוריות הנ"ל. הן אינן מצריכות אקט כלשהו כדי ליצור את הזכויות הכלולות בהן או לגבשן, ואף לא הפעלת שיקול דעת כלשהו. המדובר בתכניות שקבעו זכויות ברורות וקונקרטיות, בהיקף מסויים ובלא התניות. במגרשים מסויים – וכך היה בחלק מהערים הנ"ל – הזכויות במלואן לא היו ניתנות למימוש בשל שילוב של נתוני המגרש וקווי הבניין. השטח הפיזי שבו היה ניתן לבנות, כפי שהוא נתחם בקווי הבניין, לא איפשר בניית הזכויות שהוקנו בתכנית במלואן. לכן ערכן של זכויות אלה בשוק, באותם מגרשים, לא היה מלא, כי אם מופחת במידת מה (בשל אי זמינות) מערכן של אותן זכויות ממש במגרשים סמוכים, בהם שילוב נתוני המגרש וקווי הבניין איפשר לממשן במלואן. אמרנו במידת מה שכן שומות הועדות המקומיות, אשר במשך שנים גבו היטל השבחה בגין זכויות אלה במסגרת היטל ההשבחה מהתכנית, במכר, ועוד לפני שהתבקש כל אקט המאפשר מימושן של זכויות אלה, כמתואר לעיל קבעו במקרים כגון אלה את שוויון של זכויות אלה כעומד על 75-90 אחוז משווי הזכויות המלאות. כך גם נהגו שמאים מכריעים ולמעשה לא הובאה בפנינו דוגמה אחת של שמאי מכריע הסובר כי זכויות אלה נעדרות שווי. אין ענייננו בזכויות אשר יש צורך לזהות את השאלה מתי התגבשו, מתי הושלמו, או מתי הפכו קונקרטיות, אלא בזכויות שניתנו בתכנית ללא כל התניה וללא כל צורך בהפעלת שיקול דעת. ממילא הניסיון לקשור בין זכויות אלה לבין ההלכות שנסקרו לעיל אין לו מקום.

להשלמת התמונה נזכיר כי בשל אותו טעם ממש, שלפיו המדובר בזכויות קיימות התורמות לשווי המקרקעין, כאשר ניתנו הקלות לקווי בניין או לניוד זכויות בין קומות, על מנת לאפשר מימוש אותן זכויות – גבו הועדות המקומיות והועדה המקומית תל אביב בתוכן, משך שנים, היטל השבחה לאותה הקלה, כאשר במצב הקודם הובא בחשבון שווי השוק האמיתי, שגילם את קיומן של אותן זכויות, אם כי בערך מופחת כאמור. כך בעשרות שומות שהוגשו לועדת הערר ועל כך למעשה אף אין חולק בפנינו. רק לשם הדוגמה נציין כי גם בעניין בערר (ת"א) 85275/15 **דסמי השקעות בע"מ נ' הועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב דסמי** (פורסם בנבו) שנדון על ידנו, זכויות מכח תכנית אשר לא היו ניתנות לניצול בשל מגבלת קו הבניין הובאו בחשבון במצב שקדם להקלה בשיעור של 75% מערכן, בניגוד לעמדתה החדשה של הועדה המקומית. שומת הועדה המקומית בעניין דסמי נערכה ביום 01.02.2015, לאחר שכבר ניתנה הפסיקה בעניין גוזלן וכהן.

כאמור, נציגי הועדה המקומית בהגנותם ציינו בפנינו כי בעקבות שינוי עמדת הועדה המקומית, מקום שבו אותן זכויות נישומו בעת המכר, הם אכן אינם מטיילים היטל השבחה על ההקלה כאילו לזכויות במצב הקודם אין כל שווי. אך עובדה זו כשלעצמה אינה משפיעה על השאלה מהו הדין החל על השבחה שכזו.

המדובר בעניין דייניש וחצרוני במקרים בסיסיים של היטל השבחה המוטל לפי הלכת פמיני – כל מדרגת השבחה נבחנת לפי עליית ערכו האובייקטיבית של המקרקעין בשוק באותה מידה שהיא מביאה עימה. ההקלה לקווי הבניין, המאפשרת מימוש זכויות קיימות שקודם היתה מגבלה לבנותן, ממוסה בהיטל השבחה כדי עליית הערך הנגרמת כתוצאה מיצירת זמינות לבנייתן.

ודוק: אף אם מלוא הזכויות הקבועות בתכנית אינן ניתנות למימוש בשל אילוצים חיצוניים לתכנית, כנתוני המגרש, ומימושן המלא תלוי באקט נוסף כהקלה לקווי בניין או לניוד בין קומות לשם גיבושן – הרי שלפי הלכת אקרו המקום לגבות היטל השבחה בשל "פוטנציאל" זה, היה בשלב התכנית שקבעה את הזכויות (ואם התוספת השלישית לא חלה על תכנית זו בשל מועד אישורה, בוודאי שאין בסיס ליצירת השבחה מכוחה של התכנית בעת מתן ההקלה):

"סיכומם של דברים: במקרים כגון זה שלפנינו, כאשר הוראות בתכנית יוצרות אפשרות (פוטנציאל) להשבחה עתידית, שמיומשה טעון הליך תכנוני נוסף, שאין וודאות באשר למימוש, ניתן לחייב בהיטל השבחה רק בגין השבחה שנבעה במישרין מהתכנית עצמה, היינו בגין עליית ערך הקרקע בשל עצם הפוטנציאל להשבחה עתידית - ככל שנבעה השבחה כזו - ולגבות בגינה היטל השבחה בהתייחס למועד אישור התכנית ומהבעלים של הקרקע בעת אישור התכנית. לעומת זאת, לא ניתן לדעתי לייחס לתכנית השבחה מאוחרת, שנתגבשה בעקבות הליך תכנוני נוסף כאמור. " (שם, בסעיף 16 לפסק דינו של כב' השופט מזוז).

כמובן שאם ההליך התכנוני הנוסף נמנה על האירועים המשביחים המנויים בתוספת השלישית, כי אז יוטל היטל השבחה בגין תרומתו הוא לשווי המקרקעין.

אך, אם, למשל, ההליך הנוסף המאפשר את מימוש הזכויות היה בעניין דייניש תשריט איחוד חלקות, אשר מסיר את המגבלה הפיזית-תכנונית ומאפשר בניית הזכויות שנקבעו בתכנית בתחום קווי הבניין ללא צורך בכל הקלה, כי אז שווי המקרקעין היה עולה, אך עליית ערך זו לא היתה ממוסה כלל לפי הלכת אקרו. לפי הלכת אקרו גם אם איחוד חלקות בשילוב עם הוראות התכנית מביא להוספה בפועל של זכויות וממצה פוטנציאל של תוספת זכויות (ולא רק מאפשר מימושן של זכויות קיימות) – לא יוטל היטל השבחה על ההשבחה הנובעת מתשריט האיחוד.

למעשה, על הטענה שהחלטות בעניין דייניש וחצרוני סותרות את הלכת גוזלן, יכולנו להסתפק בתשובה שהן למצער תואמות ככפפה ליד את הלכת אקרו. ואולם סברנו כאמור כי מן הראוי להרחיב את יריעת הדיון. ומכל מקום, מעבר לאמור לעיל ובלי לגרוע ממנו - עניין גוזלן עוסק בתוספת זכויות, בשונה מענייננו. דומה שמיותר לומר כי אופן הטלת היטל השבחה על הזכויות – או על פוטנציאל יצירת הזכויות כפי שהדבר מכונה בפס"ד אקרו – אינו משתנה "לאחר" כתלות בשאלה האם בשלב הבא הזכויות ממומשות באקט המנוי בתוספת כדוגמת הקלה או באקט שאינו בנוי בה כדוגמת תשריט איחוד חלקות. זוהי למעשה מהותה של "שיטת המדרגות" שנקבעה בעניין פמיני.

היחס בין ההחלטות בעניין דייניש וחצרוני לפסיקה מחוזית שהוצגה לנו

הועדה המקומית טענה לפנינו כי ההחלטה בעניין דייניש סותרת פסקי דין של בית המשפט המחוזי. נפתח בכך שנציין כי ככל שקיימת סתירה בין פסיקה מנחה של בית משפט מחוזי להלכה מחייבת של בית המשפט העליון – ממילא יש לנהוג בהתאם להלכה המחייבת. הטענה הראשונה הינה כי החלטותינו סותרות את החלטת בית המשפט לעניינים מינהליים בעמ"נ (ת"א) 65422-12-15 **הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה נ' קוזניץ** (פורסם בנבו, 29.20.2017). דא עקא שפסק הדין של קוזניץ אינו עוסק כלל בשאלה כיצד יש להביא בחשבון את שווי המקרקעין במצב שקדם להקלה. פסק הדין לא עסק במצב של הקלה כלל, ובוודאי שלא במצב של הקלה לקו בניין או לניוד זכויות בין קומות שאפשרה מימושן של זכויות קיימות ברורות. השאלה שעמדה בפני בית המשפט היתה מהו אירוע המס, לגבי זכויות מותנות שנקבעו בתכנית שלפיה הועדה המקומית תהיה רשאית לתיתן במסגרת הוראות גמישות בכפוף לפרסום בדרך שבה מפרסמים הקלה (למעשה תכנית זו היא תכנית הר/2000א', תכנית קומת הקרקע שבעניין גוזלן). ועדת הערר סברה כי קיימים שני ארועי מס ושני מועדים

קובעים, האחד הוא עצם הכללת הזכויות המותנות בתכנית והשני הוא אישורן בהיתר. בית המשפט סבר, כי קיים אירוע מס יחיד והוא מתן הזכויות המותנות במסגרת ההיתר.

ייתכן שאפשר לראות את פסק הדין של קוזניץ על הציר שסביבו נעה פסיקת בית המשפט העליון שנסקרה על ידנו לעיל – כך שבית המשפט המחוזי רואה גם בתכניות המחייבות השלמה בהוראת גמישות כמעין תכניות צפות. כשבית המשפט רואה מולו תכנית המחייבת לעמדתו מתוכה השלמה – ההיטל מתגבש רק כאשר נוצרת קונקרטיזציה.

מכל מקום, בית המשפט בפסק הדין לא נדרש כלל לאופן שבו יש להעריך את המקרקעין ערב אישור ההקלה, והוא בוודאי לא קבע שיש לנטרל משווי השוק של המקרקעין את ההשפעה של הזכויות המותנות. אם בכלל הרי שבית המשפט סבר – בניגוד לועדת הערר – כי עצם הכללת הזכויות המותנות בתכנית לא השביחה את הנכסים (שם, בעמ' 37 לפסק הדין).

בכל המקרים שבהם דנו בעניין חצרוני ובעניין דייניש, העמדה של השמאים המכריעים, שהם האמונים על ההערכה השמאית, היא שהזכויות שנדונו שם תורמות לשווי השוק, אלא שחלקם היו סבורים כאמור, בטעות, כי הם מצווים להתעלם משווי זה, כהנחיה נורמטיבית. מכל מקום, כאמור, בית המשפט בעניין קוזניץ אינו עוסק כלל בשאלה מהו השווי שיש להביא במצב הקודם להקלה, ואיננו מקבלים את הטענה כאילו ההחלטות בעניין חצרוני ודיניש עומדות בסתירה לפסק הדין.

יתר על כן – ודומה שזה העיקר – בעניין דייניש וחצרוני לא עסקנו כלל בזכויות מותנות אשר יש צורך לזהות את מועד התגבשותן, כמובהר לעיל.

עוד נטען לפנינו כי ההחלטות בעניין דייניש וחצרוני סותרות את פסק הדין של בית המשפט המחוזי בעמ"נ 23304-06-14 כהן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה (פורסם בנבו, 02.12.2014). עניין זה זכה להתייחסות רחבה בהחלטות אלו ואף בהחלטת ועדת הערר של מחוז המרכז בעניין מאיר נדל"ן. נעיר עוד רק כי פסק הדין קדם לפסקי הדין של גוזלן, אופל קרדן ואקרו שבהם דנו לעיל ומטבע הדברים אינו נדרש אליהם. מכל מקום, הפרשנות שמייחסת הוועדה המקומית לפסק דין כהן, מעמידה אותו בסתירה מוחלטת לפסק הדין של אקרו.

מקרים שבהם מנוטרל שווי השוק

טענה נוספת שהועלתה לפנינו לגבי הקביעות בעניין דייניש וחצרוני, היא כי שווי השוק אינו חזות הכל, והא ראייה כי קיימים מקרים שבהם שווי השוק מנוטרל. כך במקרה של ציפיות לאישור תכנית וכך גם במקרה של שימוש בלתי חוקי.

טענתה זו של הוועדה המקומית לטעמנו אך מחזקת את עמדתנו, כפי שהובעה בעניין דייניש ובעניין חצרוני. הכלל הרחב הוא שהשבחה נבחנת בהשוואת שווי השוק בשני מצבי התכנון. אין המדובר אך בכלל שמאי, אלא שהדבר נובע מכך שהשבחה, בהגדרתה כפי שהיא קבוע בתוספת השלישית, היא עליית שווי המקרקעין כתוצאה מאקט תכנוני מבין אלה שנמנו בתוספת. מטעם זה ממש ולהבנתנו בהרמוניה מוחלטת לכך, נקבע כי בשני מקרים שבהם השוואת שווי השוק ככזה בשני מצבי התכנון **מעוותת** את מדידת ההשבחה, כי אז – ורק אז – יש לנטרל את המרכיב המביא לאותו עיוות.

המקרה הראשון הוא כאשר בשל הציפיה לאישורה של תכנית קונקרטית, עולה שווי המקרקעין בגין אישורה, עוד במהלך הליכי התכנון וטרם שהתכנית מתאשרת. עניין זה נדון ברע"א 4487/01 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רחובות נ' מ. לוסטרניק ובנו חברה להנדסה בע"מ, פ"ד נז(5), 529 (2003).

בהמשך לניתוח פסקי הדין שהובא לעיל, ניתן לומר כי בפסק הדין של לוסטרניק מדובר באקט תכנוני אחד שלם שהוא התכנית. הפקדת התכנית, הליכי אישורה ואישורה הסופי הם אקט תכנוני אחד. בגין אקט תכנוני אחד מוטל היטל השבחה פעם אחת – עם תחילתה של התכנית – על ההשבחות שנובעות מהתכנית. נטרול עליית הערך שנבע מהליכי ההפקדה הוא בעצם הטכניקה לגביית ההיטל במלואו עם תחילת התכנית, ולמניעת מצב שבו עליית הערך הנובעת מהאקט התכנוני "זולגת" לתקופה שלפני השלמתו. זינגר במאמרו מתאר את נקודות הלפני והאחרי לא נקודות בזמן כי אם נקודות במרחב התכנוני או בתהליך התכנוני – דהיינו הערכת שווים של המקרקעין לפני תחילת הליכי התכנון יוצרי ההשבחה לעומת ערכם בעקבות ההשבחה (שם, בעמ' 42).

ניתן לומר שהלכת לוסטרניק "אוספת" את מלוא ההשבחה שנגרמה בשל האקט התכנוני של התכנית על הרצף של הליכי אישורה למועד תחילתה בעוד הלכת אליק רון מרחיבה הגיון זה של רצף תכנוני אחד גם כאשר קיימים שני אקטים תכנוניים נפרדים פורמלית – התכנית ומתן ההיתר ומכנסת את כלל עליית הערך מכוחם לאקט משביח אחד שהוא התכנית. הנטרול במקרה כמו זה של לוסטרניק אינו יוצר השבחה וירטואלית כמו בעניין דייניש וחצרונ, אלא שהוא מאפשר הערכה ריאלית של ההשבחה שנגרמה בשל האקט התכנוני האחד השלם, גם אם חלקה "זלג" לתקופת הליכי התכנון.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בעמ"נ 36933-04-14 **סי.בי.די. סטאר ניהול בינלאומי בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים** (פורסם בנבו, 28.07.2014) הוא יישום של הלכת לוסטרניק. פסק הדין עסק בסיטואציה של תוספת זכויות בהקלה כמותית. להבדיל מעניין דייניש וחצרונ שבהם לא התווספו זכויות בהקלה, אלא רק התאפשר ניצולן. בלוסטרניק נקבע כי לא ייתכן שהליכי הכנה של תכנית, שיצרו ציפיה לאישורה, וגרמו לעליית ערך, יפחיתו את היטל ההשבחה – שכן כך ירוקן החוק מתוכן. בעניין סי.בי.די. סטאר דובר על הקלה לתוספת זכויות, שהיא אקט מובחן מהתכנית, אשר יוצר זכויות נוספות שלא נקבעו בה. תוספת זכויות זו נתפסת בעניין סי.בי.די. סטאר כאקט אחד בדיוק כשם שהתכנית בעניין לוסטרניק נתפסת כאקט אחד. קיים אירוע מס אחד – ההקלה המוסיפה זכויות, כמו התכנית. עליית ערך כתוצאה מההליך או הציפיה למתן ההקלה, מאוחדת להשלמת האקט של מתן ההקלה. בית המשפט נדרש בפסק הדין אף להנמקתה של ועדת הערר, שביארה כי תוספת זכויות יכול שתיעשה הן בהקלה כמותית והן באישור תכנית ואין מקום להבחין, לעניין הלכת לוסטרניק, בין שני המקרים הללו. לפיכך נקבע גם כאן כי **"יש לנטרל את עליית ערך הקרקע בשל הליכי התכנון קודם אישורו, על מנת שההשבחה לא תאויין"** (סי.בי.די., שם בעמ' 11)

הן בלוסטרניק והן בסי.בי.די. סטאר אין צורך "להלחיס" אקטים שונים לאקט תכנוני אחד, אלא רק לוודא שהחוק לא מרוקן מתוכן כאשר ההשבחה מכח אקט זה "מתפזרת" לאורך הליכי התכנון שלו.

הרציונאל לנטרול שווי השוק במקרים ייחודיים אלה, הוא מובחן וברור. הן על רקע תפיסת האקט התכנוני השלם שבה עסקנו והן על מנת שלא לרוקן את ההיטל על התכנית מתוכן. הצדקה שכזאת לא קיימת כאשר מדובר בזכויות קיימות עוד לפני האקט התכנוני החדש, שיכולות להיות נשוא להיטל השבחה (ככל שהן כלולות בתכניות מהתקופה שהתוספת השלישית חלה עליה), ושתרמו לשווי השוק בפועל.

המקרה השני הוא נושא הבניה הבלתי חוקית. דא עקא, שאין עניינו לכאן כלל. הכלל שלפיו אין להביא בחשבון תרומתם של בניה או שימוש בלתי חוקיים לשווי הנכס בהערכת היטל השבחה (ובהקשרים נוספים), מבוסס על התפיסה כי אין לאפשר למי שעובר על חוק התכנון והבניה ליהנות מחטאו זה כך שהשבחה תוערך תוך התחשבות בתרומתם של המעשים הבלתי חוקיים לשווי הנכס.

החלטות קודמות של ועדת הערר

הועדה המקומית הפנתה להחלטתו בערר 85081/14 הועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב נ' ארמן פרץ (פורסם בנבו, 09.08.2017). לדבריה החלטותינו בעניין דיניש וחצרוני אינן עולות בקנה אחד עם החלטה זו.

אין בידנו לקבל את טענת הועדה המקומית, שכן אין הנדון דומה לראיה. בעניין פרץ לא עסקנו כלל בשאלת השווי במצב הקודם כי אם בשאלת אירוע המס והמועד הקובע, ואף בנסיבות אחרות. באותו עניין, דנו בערר של הועדה המקומית על החלטת השמאי המכריע, מר עאטף עאלם, אשר דן במחלוקת בעניין היטל השבחה בעקבות מימוש בהיתר שכלל הקלה. באותו מקרה ערב ההקלה המבנה לא עמד בתנאי תכנית ג/ 1 לבניה על הגג, שכן שטח הקומה העליונה היווה פחות מ- 80% משטח הקומה שמתחתיה. הועדה המקומית אישרה הקלה שבמסגרתה נוידו זכויות משטחי ממ"דים בנויים בפועל, אל הקומה העליונה, כך ששטחה של זו האחרונה גדל. בעקבות ההקלה – ורק בעקבותיה – עמד הבניין בתנאים הדרושים לשם בניה מכוחה של תכנית ג/ 1.

"השמאי המכריע קבע השבחה בשל חדרי יציאה לגג לפי תכנית ג/ 1, למועד אישורה, בהפחתה בשל העדר זמינות, ובנוסף, קבע היטל השבחה בגין חדרי היציאה לגג בעת ההקלה (למועד אישורה) – בגין הזמינות שנוצרה. לטענת הועדה המקומית בכך נפלה טעות, והיה על השמאי המכריע לחשב את ההשבחה כולה למועד הקובע של מתן ההקלה".

על רקע זה קבענו באותה החלטה:

" אין חולק כי במועד אישורה של תכנית ג/ 1 לא עמד הבניין בתנאי תכנית זו לבניית חדר יציאה אל הגג, שלפיהם שטחה של הקומה העליונה צריך לעמוד על 80% לפחות משטח הקומה שמתחת. בפועל, שטחה הבנוי של הקומה העליונה עמד על 76% משטח הקומה שמתחתיה.

השלמת שטחה של הקומה העליונה באופן שימלא אחר תנאיה של תכנית ג/ 1 לבניית חדרי יציאה אל הגג, התאפשרה רק מכח הקלה שבה נוידו שטחים מקומות אחרות בבניין – שטחים אשר כבר נבנו בפועל. ...

ודוק: רק ההקלה שניתנה על ידי הועדה המקומית בדבר ניוד הזכויות "העודפות" של הממ"דים הבנויים – איפשרה הגדלת שטחה של הקומה העליונה. ללא הקלה זו הדבר לא היה מתאפשר.

מאחר שרק ההקלה לניוד הזכויות לקומה העליונה היא שאיפשרה את השלמת הקומה העליונה ואת בניית חדרי היציאה לגג מכוחה של תכנית ג/ 1, הרי שההקלה היא שמהווה את אירוע המס ובהתאם יש לבחון את ההשבחה למועד הקובע של מועד ההקלה. הדברים עולים לטעמנו מפקס דינו של בית המשפט העליון בבר"מ 2866/14 גוזלן נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה (פורסם בנבו, 07.12.2014).

הנה כי כן בעניין פרץ השאלה היתה מהו אירוע המס, והאם ניתן לראות בתכנית ג/ 1 את אירוע המס, וקביעתנו היתה כי התשובה לכך שלילית שכן במועד תחילתה של תכנית ג/ 1 לא עמד המבנה בתנאי תכנית ג/ 1 לבניה על הגג ורק עם ההקלה ניתן היה לבנות על הגג בצירוף הוראות ההקלה והתכנית. זאת להבדיל מענייננו שבו אין כל התניות בתכניות התקפות לעניין היקף הזכויות הנתון. בנוסף –

ומבלי לגרוע כמלוא הנימה מקביעתנו בעניין פרץ – נציין כי לא נדרשנו בעניין ארמן פרץ לשאלה כיצד יש להביא בחשבון את השווי במצב הקודם.

הועדה המקומית טוענת כי ההקלה בעניין פרץ לא יצרה את הזכויות כי אלה היו קבועות בתכנית ג/ 1, אלא אך איפשרה את מימושה, ולא היא. התכנית קבעה תנאי מינימום שרק בהתקיימו תחול אפשרות הבניה מכוחה, המקרקעין לא עמדו בתנאי זה עד לאחר מתן ההקלה.

למען שלמות התמונה יצויין כי באותו עניין דחינו את טענת הועדה המקומית כנגד העובדה שהשמאי המכריע לא חייב את הנישומים בהיטל השבחה בגין תכנית ג'. קבענו, כי משהמקרקעין לא עמדו בתנאי תכנית ג', במועד הקובע לאישורה ולא ניתן היה לבנות מכוחה באותו מועד, הרי שלא ניתן לחייב את הנישומים בהיטל השבחה בגין תכנית זו.

לאחר החלטתנו הנ"ל בעניין פרץ, הוחזר התיק לשמאי המכריע. על החלטתו החדשה של השמאי המכריע במסגרת יישום החלטתנו הראשונה, הוגש ערר נוסף – ערר 85298/17, הפעם ע"י הנישומים. בערר זה נטען כנגד קביעת השמאי המכריע כי במצב שקדם לתכנית ג/ 1, יש להביא בחשבון גג ריק, מאחר שבהחלטתנו הראשונה קבענו שהמקרקעין לא עמדו בתנאי תכנית ג (שקדמה לתכנית ג/ 1) לבניה על הגג.

בהחלטה בערר השני קבענו שהשמאי המכריע יישם נכונה את החלטתנו הראשונה. אשר לטענת הנישום כי במצב הקודם תרם הפוטנציאל לאפשרות בניה על הגג לשווי הנכס – בהסתמך על מה שנקבע ע"י בית המשפט העליון בעניין אקרו, קבענו כי " המקום להעלאת הטענה כי במצב הקודם תרם הפוטנציאל לבניית תכנית ג' לשווי הנכס – היה בפני השמאי המכריע, שבפניו גם טענה הועדה המקומית בדבר משמעות החלטתנו הראשונה ואופן יישומה. כזאת לא נעשה ואף בפניו לא הובא דבר בעניין זה למעט אמירה כללית כי כך ראוי היה לעשות. בכך אין די על מנת לבסס כי אכן הפוטנציאל הנטען, לבניה מכח תכנית ג', תרם לשווי במצב הקודם, טרם ההקלה."

הנה כי כן, בניגוד לנטען ע"י הועדה המקומית, ההחלטות בעניין דייניש וחצרוני אינן עומדות בסתירה כלל ועיקר להחלטות בעניין ארמן פרץ. אם בכלל, הרציונל שלפיו יש לבחון את שווי הנכס בשוק במצב שקדם להקלה – חוזר בכל ההחלטות. אלא שבעניין פרץ סברנו כי הטענה בדבר תרומת הפוטנציאל לאישור הקלה לשווי הנכס לא הוכחה בפני השמאי המכריע. בניגוד לעניין חצרוני ולעניין דייניש.

החלטה נוספת שממנה ביקשה הועדה המקומית ללמוד חוסר עקביות בהחלטותינו, היא ההחלטה בערר (ת"א) 85031/11 **אברהם נמדר נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב** (פורסם בנבו, 08.03.16). בעניין נמדר לא דובר בהקלה כי אם בהשבחה מכח תכנית, אשר איפשרה ניצולן של זכויות שהוקנו בתכנית קודמת ואשר לא ניתן היה לנצל בשל מגבלות שימור. בעניין נמדר, עמדנו על כך שהתכנית המדוברת לא יצרה את הזכויות ולא יכולה היתה ליצור את הזכויות, וכי אלה היו קיימות עוד ערב אישורה. השאלה שנותרה להכרעה היתה "לאחר שיקבע היקף הניצול שהתאפשר במצב הקודם, ניתן יהיה להידרש להשבחה שנוצרה מהסרת מגבלת הניצול כאמור באותה מידה שנוצרה במסגרת תכנית 3640". אכן הוספנו באותה החלטה כי " בהקשר זה מן הראוי לציין כבר כאן כי איננו סבורים כי הזכויות שלא ניתן היה לממש במגרש היו זכויות מוקנות שמרחפת עליהן עננת אי זמינות ואי ודאות בלבד, אלא מדובר בזכויות שלא ניתן היה לממשן כלל ללא האקט המשפטי תכנוני הנוסף" אך לא קבענו באותו שלב כיצד יש לשום את הזכויות ובוודאי שלא קבענו את שמבקשת מאיתנו הועדה המקומית לקבוע היום - להתעלם כליל משוויון של הזכויות במצב הקודם. מכל מקום הקביעה נגעה

לנסיבות המקרה הקונקרטי שבהן לא סברנו שמדובר בזכויות שמרחפת מעליהן עננת אי זמינות ואי ודאות בלבד.

ומהכלל אל הפרט – האם הקלה מקו בניין לבניית גזוזטראות מחייבת תוצאה נורמטיבית שונה מההחלטות בעניין דייניש וחצרוני?

בענייננו ניתנה הקלה לקו בניין, לצורך בניית מרפסות (גזוזטראות ליתר דיוק).

מבחינה עובדתית נציין, בכל הקשור להקלות שאיפשרו בניית מרפסות בחריגה מקו הבניין, שומת 2011 של הועדה המקומית בנכס דנן, קבעה השבחה בגין מלוא שווי הזכויות שנבנו מחוץ לקו הבניין, ובהקשר זה של מהות ההשבחה בגין שטחי המרפסות, אין שינוי בעמדת הועדה המקומית בין שתי השומות בנכס דנן (להבדיל מהשינוי בעמדה המשפטית לגבי הקלות שמאפשרות ניצול זכויות קיימות מכח תכנית).

להבדיל, בשומת הועדה המקומית בגוש 7011 חלקות 15 ו-70, אשר נדונה בפנינו בערר (ת"א) 85275/15 דסמי השקעות בע"מ נ' הועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב דסמי (פורסם בנבו, 24.01.18) שטחי המרפסות שלא ניתנים היו לניצול בשל מגבלת קו הבניין, הובאו בחשבון במצב הקודם בשיעור של 75% מערכן. זאת, בשונה מעמדת הועדה המקומית בשומתה בתיק דנן.

השמאי המכריע בעניין דסמי, מר קציר, שאף נתן את השומה דנן, קיבל שם את עמדת הועדה המקומית – ונהג בעניין דסמי כפי שנהג במקרה שלפנינו, כאשר התייחס להקלה בקו הבניין לצורך בניית המרפסות ככזו המאפשרת ניצול זכויות קיימות בלבד ולא יוצרת אותן.

אפשרות בניית הגזוזטראות אינה מוקנית בתכנית, אך מתאפשרת מכוחן של תקנות חישוב שטחים, הקובעות כי שטחן של גזוזטראות, בהיקף של 12 מ"ר כפול מספר הדירות ועד 14 מ"ר לגזוזטרה בודדת - לא יבוא במניין שטחי הבניה מכח התכניות החלות. הוראה זו חלה על גזוזטראות מקורות שכן ללא קירוי ממילא אין בה צורך שהרי שטחה לא יבוא במניין שטחי הבניה לפי תקנות חישוב שטחים. כך קובעת ההוראה:

"בבניה לפי היתר שניתן או שהוחלט לתת לפני יום התחילה, ובבניה על פי היתר מכוח תכנית שהופקדה או תופקד עד יום ט"ו בטבת התש"ע (1 בינואר 2010), יחולו על מרפסות הבולטות מקירותיו החיצוניים של הבניין (בתקנת משנה זו – גזוזטרה), הוראות מיוחדות אלה:

(1) גזוזטרה ששטחה עד 14 מטרים רבועים לא תבוא במניין השטח המותר לבניה, ובלבד ששטחן הכולל של כל הגזוזטרות בבניין לא יעלה על 12 מטרים רבועים כפול מספר הדירות בבניין;

(2) עלה שטחן של גזוזטרות כלשהן על האמור בפסקה (1), יבוא השטח העודף במניין השטח העיקרי המותר לבניה;

(3) גג בלתי מקורה של קומה בבית מדורג או מרפסת בלתי מקורה בחצר שאליהם יש גישה ישירה מדירה, לא ייראו כמרפסת או גזוזטרה לעניין תקנה זו;

(4) לעניין תקנת משנה זו, "דירה" – כמשמעותה בסעיף 145(א)(2) לחוק.

(ג) על אף האמור בתקנת משנה (ב), נקבעה בתכנית הוראה מיוחדת בעניין חישוב שטחה של גזוזטרה, יחולו הוראות התכנית.

(ד) הוראות תקנת משנה (ב) יחולו בבנייה לפי היתר מכוח תכנית בסמכות ועדה מקומית אף אם הופקדה לאחר יום ט"ו בטבת התש"ע (1 בינואר 2010).

בעניין דסמי התייחסנו לנושא בניית הגזוזטראות בהקשר לטענה כי הקלה המאפשרת בניית גזוזטראות מחוץ לקו בניין אינה מהווה מקור חיוב בהיטל השבחה – ודחינו אותה. אגב כך התייחסנו גם למהותה של ההקלה, כדלקמן:

"תקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים), תשנ"ב – 1992, אינן מקור סטטוטורי המתיר בניית גזוזטראות. כל שעושות התקנות הוא לקבוע ששטחי גזוזטרא בהיקפים המפורטים בהן, לא יבואו במניין השטחים המותרים לבניה (בהתקיים התנאים שקובעות התקנות).

מאחר ש"מקור הזכויות" לבניית גזוזטראות כאמור אינו בתכנית, אלא בהוראת תקנות חישוב שטחים לפיהן אין מונים את שטחי הגזוזטראות כחלק משטחי הבניה, הרי שלכאורה בניית גזוזטראות בהיקף הקבוע בתקנות, אינה מהווה מימוש של איזה מאירועי ההשבחה הקבועים בתוספת השלישית, ואינה יכולה להוות בסיס להטלת היטל השבחה.

שונה הדבר כאשר על מנת לבנות את הגזוזטראות יש צורך בהקלה.

העובדה שגזוזטראות כאמור בתקנות חישוב שטחים אינן נמנות על שטחי הבניה, אינה משמיעה כמובן שניתן לבנות אותן מחוץ לקווי הבניין (או בניגוד להוראות אחרות בתכנית). במקרה שלפנינו, בניית הגזוזטראות התאפשרה בשל ההקלה לקו הבניין האחורי. ללא הקלה זו "מקור זכויות" כביכול היה קיים, אך לא ניתן היה לבנות את המרפסות בשל סתירה להוראות התכנית - חריגה מקווי הבניין.

במצב כזה, ההקלה היא שאיפשרה את בניית המרפסות, ובכך יצרה השבחה.

על השבחה זו מוטל על פי הדין היטל השבחה.

ודוק: עניין זה שונה מעניין הממ"דים שאליו נדרשנו לעיל. לגבי הממ"דים, קיים פטור סטטוטורי מפורש על השבחה שנוצרה בשל בנייתם. לפיכך, בלא קשר למקור הסטטוטורי המתיר את בניית הממ"דים, וגם אם נוצרת השבחה בשל בנייתם, הרי שלא חלה חובת תשלום היטל השבחה בבנייתם.

להבדיל, בעניין המרפסות (הגזוזטראות) לא קיים פטור סטטוטורי על ההשבחה שנוצרת בשל בנייתן. כאשר לא קיים בנמצא אירוע מחולל השבחה ממן האירועים המנויים בתוספת השלישית (לענייננו תכנית או הקלה) אשר איפשר את בניית המרפסות, לכאורה אין מקור חוקי להטלת היטל השבחה. אולם כאשר הבניה התאפשרה בעקבות הקלה שניתנה (כמו למשל לקו בניין), הרי שההקלה היא האירוע המשביח שאיפשר את בניית המרפסות. המקור החוקי להטלת היטל השבחה קבוע במקרה כזה בסעיפים 1 ו-2 לתוספת השלישית, ככל שעלה שווים של המקרקעין כתוצאה מההקלה שאפשרה את בניית המרפסות. ההשבחה שנוצרה איננה בגין יצירת שטחים אלא בגין אפשרות מימושם, וכזאת יש לחשבה.

בעניין דסמי סברנו איפוא כי לאפשרות בניית מרפסות, מבחינת שטחי הבניה, "מקור זכויות" עצמאי בדמות תקנות חישוב שטחים. אנו עושים שימוש במרכאות מאחר שהתקנות אינן מעניקות זכויות כי אם רק יוצרות את ההסדר הסטטוטורי שלפיו אין למנות את שטחי המרפסות במניין שטחי הבניה. אך, מכל מקום, זהו מקור עצמאי לאפשרות בניית הגזוזטראות, העומד בפני עצמו כשלם ואינו נזקק להקלה על מנת להשלימו (בהתאם להשקפה שהובעה למשל בעניין גוזלן כמפורט לעיל). מקור זה קיים בשני מצבי התכנון. ההקלה אינה יוצרת מקור זה, היא אך מאפשרת מימוש. על רקע זה ולנוכח העמדה המפורטת בהרחבה לעיל, איננו סבורים שיש בסיס להבחנה בין הקלה המאפשרת מימוש בניית גזוזטראות מכח התקנות להקלה המאפשרת מימוש זכויות קיימות בתכנית. לפיכך, אין בידינו לקבל את טענות הועדה המקומית גם באשר להקלה בעניין הגזוזטראות.

ערר מס': תא/85078/17

עמדתנו היא איפוא כי אין מקום להתערב בהחלטת השמאי המכריע, אשר קבע כי את ההקלה לקו בניין לשם בניית גזוזטראות יש לאמוד כ"שיפור תכנון" שבזכותו מתאפשר ניצול אפשרות בניית הגזוזטראות.

הערר נדחה, הועדה המקומית תישא בהוצאות העוררים בסך 3000 ש"ח בתוספת מע"מ. ההוצאות ישולמו תוך 60 יום לאחר מכן ישאו הפרש הצמדה וריבית כחוק.

ההחלטה התקבלה פה אחד ביום: כ"ו באדר ב, התשע"ט, 2 באפריל, 2019.

גילת אייל, עו"ד
יו"ר ועדת ערר
לפיצויים והיטלי השבחה
מחוז תל-אביב

אילנית מלניק דבי
מזכירת ועדת ערר
מחוז תל-אביב