מדינת ישראל
ועדת הערר לתכנון ובניה
פיצויים והיטלי השבחה
מחוז ירושלים

בפני: **יו"ר הועדה:** **עו"ד בנימין זלמנוביץ'**
חברי הועדה: גב' נאווה סירקיס, שמאית מקרקעין
מר יעקב אנוקה, נציג מתכננת המחוז

העורר בערר 8051/21: **הבית ברח' שמעוני 36**
ע"י ב"כ עו"ד רן פליישר

העוררת בערר 8052/21: **בוטיק בקעה**
ע"י ב"כ עו"ד אריאל יונגר

-נגד-

המשיבה בעררים: **הועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים**
ע"י ב"כ עו"ד רועי בראונר

החלטה:

פלוני מכר את דירתו לאחר שהחליטה הוועדה המקומית לתכנון ובנייה לאשר במקרקעין קבלת היתר בנייה לפי תמ"א 38 – תכנית המתאר הארצית לחידוש מבנים קיימים בפני רעידות אדמה – ובטרם יצא בפועל היתר בנייה; האם יחויב בהיטל השבחה. זו השאלה העומדת להכרעתנו בערר זה.

1. סעיף 1(א) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה – 1965 (להלן: "**התוספת השלישית**") קובע:

> **"השבחה" – אמצעי עליית שווים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג.**

סעיף 2 לתוספת השלישית קובע:

> **"(א) חלה השבחה במקרקעין, בין מחמת הרחבתם של זכויות הניצול בהם ובין בדרך אחרת, ישלם בעלם היטל השבחה לפי האמור בתוספת זו..."**

סעיף 7(א) לתוספת השלישית קובע:

> **"ההיטל ישולם לא יאוחר מהמועד שהחייב בו מימש את הזכות במקרקעין שלגביהם חל ההיטל..."**

סעיף 1(א)(1) לתוספת מגדיר "מימוש זכויות" במקרקעין:

"קבל היתר לפי חוק זה לבנייה או לשימוש בהם שלא ניתן היה לתיתו אלמלא אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג שבעקבותיהם חל היטל השבחה".

2. מהמקובץ עולה אפוא כי אירוע המס הינו יום אישורה של התכנית. בהקשר זה נציין כי סעיף 4(7) לתוספת השלישית קובע:

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

3. יום תחילת התכנית נקבע בסעיף 119(א) לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה – 1965 (להלן: **"החוק"**)

"בתום 15 ימים מיום פרסום ההודעה ברשומות או בעיתון על דבר אישורה, לפי המועד שבו פורסמה הודעה אחרונה מבין ההודעות ברשומות ובעיתון".

4. למותר לציין כי פרסום תכנית שאושרה בתנאים יעשה רק משעה שהתנאים מולאו, שכן עד למילוי התנאים ההחלטה אינה סופית, ובאם לא ימולאו התנאים, ההחלטה לאשר את התכנית בטלה מעיקרה.

5. ביחס לזכויות לפי תמ"א 38 קבעה בית משפט בעע"ם 7381/15 **ש. דורפברגר בע"מ נ' אברהם עודד** (פורסם בנבו, 30.10.2016):

"ואולם, בניגוד לזכויות בניה הקבועות בתוכניות מתאר אחרות, המהוות "זכויות מוקנות", לגביהן יש למוסד התכנון שיקול דעת מצומצם, הרי שלמבקש ההיתר, במסגרת תמ"א 38, אין זכות קנויה לקבלת זכויות הבניה המבוקשות. הוראות התוכנית מנוסחות כך שהועדה המקומית תהא "רשאית" לאשר את תוספות הבניה, והן מעניקות לועדה המקומית שיקול דעת נרחב למדיי, לגבי עצם הענקת זכויות הבניה מתוך "סל של זכויות"; ביחס לאופן הענקתן; וכן בנוגע למיקום שבו ינוצלו זכויות הבניה הללו" (סעיף 31 לפסק הדין)

6. עוד לפני פסק דין זה, ברע"א 3002/12 **הוועדה המקומית לתכנון ובנייה גבעתיים נ' אליק רון** (פורסם בנבו, 15.7.2014):

"תמ"א 38 חלה על כל המקרקעין בתחומי המדינה, ולכאורה יוצרת השבחה תיאורטית לכל בניין בארץ, ובכך שונה עניינה מתמ"א 18 ותמ"א 10 המשנים ייעוד כזה או אחר בתכנית מפורטת. לכן, דומה כי מלכתחילה לא ניתן היה לראות את אישור תמ"א 38 כשלעצמה, כאירוע השבחה המצית את החיוב במס ומחייב בהיטל כבר בעת המכירה. מבחינה זו, תמ"א 38 משולה למעין תוכנית המרחפת מעל כל שטח המדינה, ובהיקש ל"שעבוד צף" המתגבש בהתקיים אירוע מסויים, כך גם התגבשות ההשבחה היא במועד הוצאת היתר הבנייה (ראו עניין באר טוביה בפסקה 114). לכן, מקובלת עליי עמדת המלומד נמדר כי לגבי תמ"א 38, המחוקק ראה את מועד הוצאת היתר הבניה כמועד המצית את החיוב בהיטל השבחה) נמדר, עמ' 601), ולא את מועד אישור התכנית. לפיכך, ומאחר שממילא לא ניתן היה לחייב בהיטל השבחה במועד המכירה נצרך המחוקק לקבוע פטור מפורש לקבלת היתר בניה מכוח תמ"א 38." (סעיף 56 לפסק הדין)

7. דעה דומה הובאה בדנ"מ 4093/16 **אופל קרדן השקעות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה אשקלון** (פורסם בנבו, 1.8.2016).

פסק הדין עסק בשאלה מהו המועד הקובע לצורך שומת היטל השבחה במצב שבו ניתן היתר בנייה על ידי ועדה מקומית בעקבות תכנית מתאר ארצית. האם המועד הקובע הוא מועד אישור תכנית המתאר הארצית, או שמא המועד הקובע הוא יום הנפקת היתר הבנייה. בית המשפט קבע כי כאשר מדובר בתכנית מאתר ארצית, שאינה קונקרטית דיה, כדי שתצמח השבחה לבעל מקרקעין, כבר ממועד תחילתה, מועד ההשבחה יחשב מועד הוצאתו של היתר הבנייה.

בית המשפט קובע, אפוא, כי בתכניות מסוימות שאינן קונקרטיות דין, הזכויות הינן זכויות "מרחפות" מעל כלל המקרקעין שבהם התכנית מקנה זכויות מוקנות. רק עם אישורה של הוועדה המקומית, רק עם אישור הבקשה להיתר מגבשות הזכויות ונצמחת ההשבחה.

8. יוצא אפוא, במצב רגיל לא ניתן לחייב בתשלום היטל השבחה לעת מכר המקרקעין, זאת משום שהזכויות טרם התגבשו, אלא שלטענת המשיבה החלטת הועדה המקומית לאשר את הבקשה להיתר היא זו המציתה את החיוב, כאשר הפטור עצמו ניתן רק לעת הנפקת היתר הבנייה בפועל.

9. סבורים אנו שהחלטת ועדת מקומית לאשר היתר בנייה בתנאים מהווה החלטה בתנאי, המתגבש רק לעת מילוי התנאים. אלא שהמשיבה מבקשת לעשות אבחנה בין שני מועדים: *האחד*, מועד החלטת הועדה המקומית לתת היתר לפי תמ"א 38 וכפי שאמרנו רק לאחר מילוי התנאים במצב שבו ההחלטה לתת היתר תלויה בתנאים. *השני*, מועד הנפקת היתר הבנייה בפועל.

כלומר לגישת הוועדה המקומית יש להפריד בין אירוע המס שהוא מועד אישור הבקשה להיתר, לבין הפטור מהיטל השבחה המתגבש רק בעת הנפקת ההיתר בפועל; נפרט.

10. סעיף 19(10) לתוספת השלישית קובע:

> **"(10) השבחה במקרקעין בשל קבלת היתר לבנייה או להרחבה של דירת מגורים, שניתן מכוח תכנית כמפורט להלן:**
>
> **(א) תכנית המתאר הארצית לחיזוק מבנים קיימים מפני רעידות אדמה (תמ"א 38), ואולם על החלק מההשבחה שמקורו בתוספת שטחי בנייה בשיעור שטחה של קומה טיפוסית מורחבת או חלקה, מעבר ל-2.5 קומות טיפוסיות מורחבות, כאמור בסעיף 14א(א)(2) לתכנית האמורה, יחול היטל השבחה ששיעורו רבע ההשבחה, בכפוף להוראות סעיף קטן (ב2);**
>
> **(ב) תכנית מפורטת שהוכנה על פי הוראות תכנית המתאר הארצית האמורה בפסקת משנה (א) ושבין מטרותיה חיזוק מבנים קיימים בפני רעידות אדמה; פטור לפי פסקת משנה זו יחול רק לגבי חלק מההשבחה שהיה פטור מתשלום היטל השבחה לו ניתן היתר לפי תכנית המתאר הארצית האמורה בפסקת משנה (א)"**

11. לטענת הועדה המקומית, הפטור בתמ"א 38 ניתן אך ורק במימוש זכויות באופן של "קבלת היתר". לטענתה, קבלת ההיתר הינה הנפקת ההיתר בפועל.

איננו יכולים לקבל את טענת המשיבה הן מהפן הפורמליסטי והן מהפן המהותי.

12. מהפן הפורמליסטי נדמה כי מבקשת המשיבה להכניס לתוספת השלישית אבחנה שלא קיימת בתוספת השלישית. ב**תקנות התכנון והבנייה (רישוי בנייה), תשע"ו – 2016** ישנה אבחנה בין תוקף החלטה לאשר בקשה להיתר המוסדרת בתקנה 46 לבין תוקפו של היתר בנייה המוסדר בתקנה 59. אבחנה זו לא קיימת בתוספת השלישית. התוספת השלישית מתייחסת לזמנים אחרים. התוספת השלישית מגדירה בסעיף 1(א) "קבלת היתר לפי חוק זה" כמימוש זכויות וקובעת בסעיף 19(10) כי הפטור לתמ"א 38 ינתן "בשל קבלת היתר לבנייה". השוואה בין שני סעיפים אלו מלמדת שמימוש בהיתר הוא זה שמעניק את הפטור.

13. כעת נדרשים אנו לבחון האם "קבלת היתר" הינה מועד החלטת הועדה המקומית וממילא הפטור ניתן בעת החלטת הועדה המקומית או שמא "קבלת ההיתר" הינה הפקת ההיתר בפועל וממילא הפטור ניתן רק בעת הוצאת ההיתר ומכאן שיש לבחון את טענת הועדה המקומית לפיה החלטת הועדה היא זו שמגבש את הזכויות.

נדמה שהחלטת הועדה המקומית היא זו המעניקה את הפטור.

14. התוספת השלישית מתייחסת למועד נוסף והוא הוצאת ההיתר. סעיף 10(ג) לתוספת השלישית קובע:

"לא יוצא היתר לבנייה במקרקעין... כל עוד לא ששולם ההיטל..."

מסעיף זה למדים אנו שהמחוקק ביקש לאבחן בין הפקת ההיתר, דהיינו הוצאת ההיתר בפועל, לבין קבלת ההיתר, דהיינו החלטת הועדה המקומית ואת הפטור ואת המימוש הוא ראה בהחלטת הוועדה המקומית ולא בהפקת ההיתר בפועל.

15. מהפן המהותי נדמה שעמדת הועדה המקומית חותרת תחת מדיניות ממשלת ישראל שביקשה לוודא שבניינים יחוזקו מפני רעידות אדמה. תמ"א 38 נועדה ליישם אינטרס לאומי המבקש לחזק מבנים שאינם עמידים בפני רעידות אדמה, וזאת על מנת למנוע מצב בו בעת רעידת אדמה יתמוטטו בתים על יושביהם. בהקשר זה אמר בית המשפט בעת"ם 10192-04-10 **בעלי הזכויות בבית ברחוב זורבבל 3 תל אביב ואח' נ' ועדת ערר לתכנון ובנייה מחוז תל אביב ואח'** (פורסם בנבו, 10.1.2012):

> **"בדברי ההסבר לתמ"א 38 נאמר:"התמודדות עם הסכנות הטמונות ברעידות אדמה מחייבת התייחסות כוללת המקיפה נושאים רבים. תמ"א 38 מהווה נדבך אחד מתוך מכלול רב של הסדרים אחרים הנדרשים להיערכות בפני רעידות אדמה בכלל ולהבטחת עמידות מבנים בפרט" לאמור התוכנית נועדה להביא למצב בו מבנים ישנים ברחבי מדינת ישראל יהיו עמידים ובטוחים ליושביהם ולסביבתם. עוד נקבע בדברי ההסבר כי "התמ"א קובעת הוראות למתן היתרי בניה לצורך חיזוק בלבד (סעיף 10)...ומאפשרת חריגה מקווי בניה ומגובה מותרים על פי התוכנית המאושרת החלה על המקום...במסגרת התמריצים לביצוע החיזוק, מציעה התמ"א תוספות בניה למבני מגורים קיימים (סעיף 11) ולמבנים שאינם מיועדים למגורים (סעיף 14). למבני מגורים מציעה התמ"א שני סוגים של תוספות: תוספת יחידות דיור למבנה (כמפורט בסעיף 11.1) והרחבת יחידות הדיור הקיימות במבנה (כמפורט בסעיף 11.2). תוספת יחידות דיור למבנה...מיועדת לשמש תמריץ ישיר למימון החיזוק, באופן שניתן יהיה למכור את יחידות הדיור החדשות ולממן**

> **באמצעותם את החיזוק למבנה בכללותו...וזאת כדי לעודד את החיזוק ולהקל על מימושו באמצעות הליך מהיר וקל ללא צורך בהכנת תוכנית מפורטת קודם מתן ההיתר". משמע, התוכנית באה לעודד וליתן תמריצים לחיזוק המבנים בהליכים מהירים ופשוטים יחסית של מתן היתרי בנייה נקודתיים שיאפשרו את מימונו של חיזוק המבנה.**
>
> **לאור העובדה כי תמ"א 38 קיבלה תוקף ביום 18.5.05 ואולם חרף התמריצים שנקבעו בה ביצוע חיזוק המבנים על פיה לא צבר תאוצה, על מנת לעודד חיזוק מבנים במדינה הוחלט ליתן תמריצים נוספים בדמות פטורים ממס שבח ומס מכירה, הנחות בהיטל השבחה, הקטנת הרוב דרוש בבית משותף לקבלת החלטה על חיזוק מבנה בהתאם לתמ"א 38 וכיוצא באלה, תמריצים שעוגנו בחקיקה. (לעניין זה ראה חוזר מנכ"ל משרד הפנים 1/2009 בעניין יישום תמ"א 38 מיום 6.1.09-נספח 6 לעתירה).**
>
> **כל אלה מעידים כי עסקינן באינטרס לאומי וביעד לאומי לעודד חיזוק מבנים ברחבי הארץ ומניעת הסכנות הצפויות ממבנים לא עמידים בבחינת "הקדם תרופה למכה".** (עמ' 8 לפסק הדין)

16. נדמה אפוא שיש טעם בהחלטת ועדת הערר בערר (ת"א) 85064/10 **צ.ו.ר מעוף השקעות נדל"ן ונכסים בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה תל אביב** (פורסם בנבו, 17.1.2013) שסיכמה ש"**הטלת היטל השבחה מכוח תמ"א 38 הינה בניגוד לכוונת המחוקק בין עם בעת המכר ובין עם בעת מתן היתר הבנייה. סופו של דבר שכל דרישות היטל ההשבחה שיצאו בגין מימוש זכויות בדרך של מכר עקב אישור תמ"א 38, בטלות".**

17. המסקנה הינה כי כוונת ממשלת ישראל שאישרה את תכנית המתאר הארצית היתה לחזק מבנים קיימים באמצעות תמריצים. בהקשר זה נדמה כי תוספת של עד 2.5 קומות הינה תוספת צבועה שמטרתה לעודד את חיזוק הבניין ללא תשלום היטל השבחה. ודוק, פטור מהיטל השבחה כתמריץ לחיזוק המבנה הינו פטור הניתן למבנה ולא לבעליו. רוצה לומר, הבדיקה הינה האם המבנה נדרש לחיזוק ובמקרה שכזה יינתן הפטור, זאת להבדיל ממקרים בהם הפטור הינו פטור פרסונלי. ונדגיש, אין ספק שמטרת התמריץ הינו לראות בתוספת הזכויות מכוח תמ"א 38 כמו גם מכוח תכניות שנערכו בהתאם לסעיף 23 לתמ"א, כמו גם מכוח תכנית מפורטת המעניקה זכויות השוות לזכויות שניתן לקבל לפי התמ"א, כזכויות צבועות שמטרתן לוודא את חיזוק המבנה.

18. לאחרונה עדים אנו לתופעה בה ועדות מקומיות מחפשות את הדרך לגביי היטלי השבחה בגין זכויות מכוח תמ"א 38 בין אם מדובר בזכויות מכוח התמ"א או מכוח תכנית לפי סעיף 23 ובין אם מדובר בזכויות חופפות. האינטרס של הרשויות הציבוריות מובן לנו. אין ספק שמי שינצל את תוספת הזכויות שמעניקה תמ"א 38 או תכנית מכוחה או תכנית המעניקה זכויות חופפות, ערכם של מקרקעיו יעלה [אם כי לטעמנו ההשבחה, על דרך הרוב, תהיה אקו' לתוספת שמקבלים דיירי הבניין. ראו: ערר (ת"א) 85224/14 **אשדר חברה לבנייה בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה תל אביב** (פורסם בנבו, 20.4.2020)].

יחד עם זאת, אין גם ספק שהמחוקק ביקש להעניק תמריץ לחיזוק המבנים כאשר הוא ידע שיהיו מקומות בהם ערכי השווי יביאו לכך שעליית ערכם של המקרקעין בגין יישום תוספת הזכויות לחיזוק תהווה תמריץ כלכלי ויהיו מקרים בהם לא יהיה בכך תמריץ כלכלי וממילא ערכם של המקרקעין לא יעלה.

19. במצב הדברים האמור נדמה כי השכל הישר מוביל למסקנה חד משמעית שלפיה אין לחייב בהיטל השבחה במקרים האמורים. נדמה כי לכך התכוון המחוקק. נדמה כי כל מי שמצוי בעולמו של התכנון והבנייה יודע כי ישנם אירועים רבים המחוללים השבחה במקרקעין ולכן ישנם מקרים רבים בהם הפרט מתעשר ולא חולק את עושרו עם הכלל. נדמה אפוא כי השכל הישר מחייב מסקנה זו וכל ההתפלפלויות המשפטיות להן אנו עדים בתקופה האחרונה, מהוות ניסיון לחתור תחת כוונת המחוקק שלא בדרכים המקובלות.

20. הדרכים המקובלות הינן ביטול הפטור הקבוע בתוספת השלישית או ביטול התכנית מכוחה ניתן הפטור.

21. סוף דבר, סבורים אנו כי דין החיוב בהיטל השבחה נשוא ערר זה להתבטל.

22. בטרם סיום מבקשים אנו להעיר כנגד התנהלות הועדה המקומית. מעבר לשאלה המשפטית ביסוד דבר זה, שכאמור סבורים אנו שעמדת הועדה המקומית בטעות יסודה, נדמה כי שיקולים של מדיניות ציבורית מכריעים בכך שחיוב זה טוב היה אם לא היה מוגש לעוררים; נסביר.

23. נניח שעמדת הועדה המקומית נכונה, ואכן ניתן לגבות היטל השבחה ממי שמכר מקרקעין או חלק ממקרקעין עליהם ניתנה החלטת ועדה מקומית לאישור תמ"א 38 בטרם יצא היתר הבנייה בפועל. יש לשאול לא רק בכמה מקרים מדובר, אלא כמה מקרים כאלו יהיו כאשר השוק יודע שתקופה זו נתונה במחלוקת משפטית. סביר להניח שמשעה שהשוק מפנים את עמדת המשיבה ואת השאלה שבמחלוקת, לא ימכרו עוד נכסים בתקופה זו, שכן או שימכרו נכסים יום לפני החלטת הועדה המקומית או שימכרו נכסים ביום אחרי הוצאת ההיתר, ואם תתקבל עמדתנו ביחס להיתר בתנאים, הרי שמדובר בתקופה שהיא כהרף עין. הפועל היוצא הינו שכל המשאבים של הרשות, כל המשאבים של ועדת הערר וכל המשאבים של מערכת המשפט הוצאו לשאלה שהיא במהותה, הלכה למעשה, תיאורטי מעבר לשניים-שלושה עררים שנמצאים כעת בפנינו. סבורים אנו שבחינת המקרה שבפנינו על ידי המשיבה לא נעשה בעיניים של רשות ציבורית, שתפקידה לשים את האינטרס הציבורי בראש.

נדמה שבשאלה מדברי התלמוד במסכת קידושין דף מ"ט ע"ב ניתן לומר על ערר זה: עשרה קבין של יצירתיות בגביית היטלי השבחה ירדו לעולם ותשעה נטלה ירושלים.

24. סוף דבר, החיוב בהיטל השבחה יבוטל והעררים מתקבלים.

המשיבה תישא בהוצאות העוררים בסך 40,000 ₪ שישולמו בתוך 30 ימים ולאחר מכן יישאו הפרשי הצמדה וריבית כחוק.

ככל ושילמו העוררים את היטל השבחה או ככל ונתנו לה ערבות חלף היטל ההשבחה, תשיב המשיבה לעוררים את הסכומים ששולמו בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כחוק, וזאת בתוך 30 ימים.

ניתנה היום, יום חמישי, ל' בסיון תשפ"א, 10 ביוני 2021

דנית סעדון	**בנימין זלמנוביץ, עו"ד**
מזכירת ועדת ערר	**יו"ר ועדת ערר**
מחוז ירושלים	**מחוז ירושלים**