



מדינת ישראל
מינהל התכנון - משרד הפנים
ועדת ערר לתכנון ובניה
פיצויים והיטלי השבחה
מחוז תל אביב

הר/0923/82331

בפני הוועדה: יו"ר הוועדה - סילביה רביד, עו"ד
חבר הוועדה - מר אור לוי, שמאי מקרקעין
נציג מתכנן המחוז - מר יעקב קרייזלר, מתכנן ערים ואזורים

בעניין שבין:

הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה
ע"י עו"ד אילנה בראף שניר ועו"ד אסף הראל

העוררת

-נגד-

1. רדושיצקי עקיבא
2. רדושיצקי רבקה
3. רדושיצקי שירי
4. רדושיצקי ליאור שלום
5. רדושיצקי אייל שמואל
6. ג.מ. מעיין אלפיים (07) בע"מ, ח.פ. 513915645
ע"י עו"ד בנימין זלמנוביץ

המשיבים

החלטה

פתח דבר

1. בפנינו ערר על השומה המכרעת שערכה השמאית הגב' יעל הרון מיום 29.6.23 (להלן: "השומה המכרעת"), אשר עניינה בקביעת ההשבחה שנוצרה בגוש 6530 בחלקה 73, ברח' בנימין 8 הרצליה (להלן: "הנכס"), בגין אישורה של תכנית השימור להרצליה-הר/2000/שם (להלן: "תכנית השימור") עקב מימוש במכר מהמשיבים 1-5 למשיבה 6.

2. בהמשך להחלטת הביניים המוסכמת שניתנה על ידינו ביום 30.4.2024 (להלן: "החלטת הביניים") נותרה להכרעתנו השאלה המשפטית האם יש לחייב בהיטל בגין זכויות הבנייה שלא ניתן לנצלן בתחומי המגרש ויש לניידן למגרש אחר (להלן: "הזכויות לניוד"). השאלה מה היקף הזכויות לניוד במגרש הוחזרה לדיון לשמאית המכריעה יחד עם שאלות נוספות. עם מתן הכרעה בשאלה זו כמפורט להלן בא ערר זה לכדי סיום.

3. כפי שיפורט להלן, לאחר ששקלנו את טענות הצדדים אנו מחליטים לקבל את הערר ולקבוע כי יש לשום במסגרת השומה המכרעת אשר עניינה במימוש במכר גם את הזכויות לניוד.

טענות העוררת

4. העוררת טוענת כי יש לשום את זכויות הבנייה אותן ניתן לנייד על פי תכנית השימור ולחייב בגין בהיטל.

5. מטרתה של תכנית השימור הינה "לקבוע הוראות ותנאים להבטחת שימור ושיקום אתרי המורשת הבנויה והנופית של העיר, ע"י קביעת אזורים ואתרים לשימור והוראות לפיתוחם ושימורם."

6. כדי להשיג מטרה זו קובעת תכנית השימור, בין שאר הוראותיה, תמריצים לעידוד ושימור אתרים לשימור ומגדירה את "תמריצי השימור" כ"שטחים לבנייה, בין במגרש לשימור או במגרשים אחרים, הניתנים כתמריץ לשימור כמפורט בתכנית זו ובאים בנוסף לזכויות הבנייה התקפות במגרש לשימור".

7. בנוסף כוללת תכנית השימור הוראות בסעיף 4.1 וכן בסעיף 6.4 לעניין "תמריצי השימור", וכן בנספח השמאי המחייב (נספח מס' 7), באופן הקובע כי מדובר בזכויות שאין כל התניה למימושן וניצולן בעתיד.

8. העוררת טוענת כי מדובר בזכויות בעלות שווי מובהק וחד משמעי, שנכללות כחלק מתמריצי השימור המשמעותיים שבתכנית השימור, ושתכליתן להשיג את המטרה העיקרית של התכנית – להוביל להבטחת שימור ושיקום האתר לשימור.

9. לתמריצי השימור, לרבות לתמריצי הזכויות לניוד, קיים שווי המובא לידי ביטוי בתמורה המשולמת בגין הנכס ככלל ובענייננו.

10. השמאית המכריעה התבססה בקביעותיה על פסק הדין בעמ"נ (ת"א) 23304-06-14 **יצחק כהן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה** (נבו 02.12.2014) (להלן: "**עניין יצחק כהן**") ופסק הדין בעמ"נ (תא) 19341-04-19 **הוועדה המקומית לתכנון ובנייה נ' ב.י. דייניש בע"מ** (נבו, 27.10.19) (להלן: "**עניין דייניש**").

11. העוררת טוענת כי להבדיל מפסקי הדין הללו עליהם ביססה השמאית המכריעה את קביעתה המשפטית, הזכויות לניוד הן זכויות מוקנות שניצולן העתידי אינו שנוי במחלוקת. העוררת טוענת כי אין המדובר בזכות מותנית שאין לקחתה בחשבון כלל מחמת הספק למימושה העתידי, כדוגמת בקשה להקלה שיתכן שתאושר ויתכן שלא.

12. למעשה מערך היחסים שבין תכנית השימור הקובעת זכויות בנייה מוקנות, לרבות זכויות לניוד בהתאם לתנאי המגרש ולתכנית מפורטת מכוחה, דומה לזה החל בין תכנית מתארית הקובעת זכויות, אך בה בעת קובעת כי תוכן תכנית איחוד וחלוקה מכוחה. ברי כי לא ניתן לממש את הזכויות שבתכנית המתארית בהיתר בנייה, אך בה בעת ברי כי קיים לזכויות מוקנות אלה שווי והן בבחינת זכויות מוקנות שעדיין אינן זמינות ושנדרשות למימוש לעת אישור תכנית האיחוד והחלוקה. כל שיש לעשות הוא לבחון מבחינה שמאית את מידת הדחייה הצפויה. זכויות מוקנות אלה בתכנית המפורטת/תכנית האיחוד וחלוקה אינן זכויות המותנות בשיקול דעת והעלאת טענות לעצם קיומן – יידחו מפאת העובדה כי מדובר בזכויות שמקורן בתכנית המתארית. כך גם בענייננו.

13. העוררת טוענת כי לא יכול להיות ספק כי לזכויות המוקנות בדרך של זכויות לניוד קיים שווי. כל שנותר לעשות בשדה השמאי הוא להעריך את זמינות הזכויות הללו ולקבוע להן מקדם דחיה בהתאם.

14. אשר על כן מבוקש להורות כי השומה המכרעת תתוקן על דרך קביעת השבחה גם בגין הזכויות לניוד.

תשובת המשיבים

15. המשיבים טוענים כי דין הערר להידחות וכי אין עילה להתערבות בקביעות השומה המכרעת.

16. המשיבים טוענים כי צדקה השמאית המכריעה בכך שקבעה כי אין לשום את הזכויות לניוד לעת אישור תכנית השימור.

17. טענת העוררת סותרת את שני העקרונות המרכזיים של דיני היטל ההשבחה: "עיקרון ההתעשרות" ו"עיקרון גביית מס האמת".

18. המשיבים טוענים כי בהתאם לפסיקה אין להביא בחשבון את שווי הזכויות לניוד בהיותן חסרות מסוימות.

19. במועד הקובע הדבר היחיד הוודאי הוא מנגנון "ניוד תמורת שימור". ואולם, היקף הזכויות שתידרשנה לשם כך, מי יתן ומי יקבל, כל אלה אינם ודאיים במועד הקובע. כפי שכותב השמאי רן וירניק ("ניוד זכויות בנייה במסגרת שימור מבנים", מקרקעין ז'ב (2008) 22). מדובר ביצירת זכויות בנייה לצורך כלכלי.

20. הזכויות אותן ניתן לנייד כפופות להליך תכנוני נוסף ועל כן הן נעדרות מסוימות במועד הקובע לתכנית השימור. מדובר בזכויות ערטילאיות צפות שטרם התגבשו לכדי זכויות קונקרטיות.

21. המשיבים מפנים כאסמכתא לטענותיהם לפסק הדין בבר"מ 168/20 **איילה ברקול נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חולון** (פורסם בנבו, 15.2.20) (להלן: "**עניין ברקול**") לסעיפים 11-17 לפסק הדין.

22. לטענת המשיבים מטרת מתן הזכויות הללו היא לממן את עלות השימור – הא ותו לא. ישנו קושי לראות בגין הזכויות לניוד עליית ערך כלשהי במועד הקובע. מתן שווי תיאורטי לזכויות לניוד שספק אם ניתן יהיה לממש אותן יוצרת שווי מלאכותי לצורך היטל השבחה.

23. על מנת לממש את הזכויות לניוד נדרש לרכוש מגרש, אשר יקלוט את הזכויות לניוד, נדרש לקבל את הסכמת הוועדה המקומית לניוד הזכויות למגרש הקולט. בנוסף, יש לקבוע מה היחס בשווי הזכויות בין המגרש המעביר למגרש הקולט, ולבחון את השווי לאחר קבלת תכנית חדשה וקבלת מכלול האישורים וההסכמות של הוועדה המקומית והרישוי.

24. קבלת הזכויות מותנית בתכנית נוספת ועל כן ההליך התכנוני מסתיים רק לעת אישור התכנית החדשה היא תכנית הניוד. משום כך, בשלב אישור תכנית השימור אין שווי לזכויות הניוד והן בבחינת "ביצה שטרם נולדה".

25. ככל שישנה השפעה של זכויות הניוד על מחיר המכירה, הרי שבהתאם לפסיקה יש לנטרל השפעה זו ואין להביאה בחשבון בשווי מצב חדש.

26. המשיבים מפנים לפסק הדין **בעניין דייניש** כאסמכתא לטיעוניהם שאין לשום את הזכויות לניוד לעת אישור תכנית השימור.

27. המשיבים סבורים כי יש לראות בזכויות לניוד בבחינת "הבטחה שלטונית בתכנית". ואולם הבטחה זו אינה מהווה הרחבת הזכויות לניצול או דרך אחרת בגדר סעיף 2(א) לתוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה – 1965 (להלן: "**החוק**").

28. זכויות הבנייה המנוידות אינן זכויות שנשללו מבעלי המקרקעין אלא זכויות חדשות שלמעשה הינן מנותקות מהמקרקעין. משום כך קבע ביהמ"ש העליון בע"א 467/14 **שרה דול שטיינברג ואח' נ' חברת לילינבלום 33 בע"מ** (פורסם בנבו, 9.9.15) (להלן: "**עניין שטיינברג**") שלא ניתן לרשום הערת אזהרה ביחס לזכויות המנוידות.

29. אשר על כן, דין הטענות להידחות.

הדיונים שהתקיימו והשלמות הטיעון

30. במהלך הדיונים שהתקיימו בערר ביום 2.4.24 וביום 30.4.24 לובנה השאלה המשפטית שנותרה למחלוקת לדיון בפנינו. כמו כן הושגו הסכמות דיוניות אשר עוגנו בהחלטת ביניים.

31. בהמשך לדיונים התבקשה רשות להשלים טיעונים והצדדים השלימו את טיעוניהם ביחס לפסק הדין בעניין ע"א 7394/03 נכסי ר.א.ר.ד חברה לבניין בע"מ נ' מנהל מס שבח רחובות, פ"ד סב(1) 57, (להלן: "עניין ר.א.ר.ד") וביחס לפסק הדין בעניין שטיינברג, אליהם נתייחס בהרחבה להלן.

דיון והכרעה

32. החלטה זו תחולק לפרקים.

33. הפרק הראשון יתייחס בתמצית למנגנון ניוד זכויות ככלל ולבחינת ההוראות בתכנית השימור נשוא הדיון שבפנינו בפרט.

34. בפרק השני להלן, נתייחס לטיבן המשפטי של זכויות הבניה, ובהמשך לאותו הפרק נסקור את הפסיקה בעניין ניוד זכויות בהקשרים אחרים (רישום הערת אזהרה, ומיסוי מקרקעין) ולעולה ממנה.

35. בפרק השלישי להלן, נתייחס למסגרת הנורמטיבית הרלבנטית לענייננו בהיבט היטל ההשבחה, וכן נסקור את הפסיקה אשר עניינה במיסוי זכויות המותנות בתנאים.

36. בפרק הרביעי והאחרון ניישם את הפסיקה האמורה בענייננו.

תכניות שימור זכויות לניוד

37. לאור תכליתן התכנונית החשובה של תכניות שימור והערך שעניינו בשימור המורשת הבנויה, כמו גם העלויות הנובעות מן הצורך בשימור, קובעות תכניות השימור תמריצים בדמות של זכויות בניה, אשר נועדו לאפשר לבעלי הזכויות לממש זכויות בניה תוך עמידה בנטלי השימור.

38. ניוד זכויות בתכניות שימור הוא מונח המתייחס למנגנון שנקבע במסגרת תכנית השימור ולפיו זכויות בניה שלא ניתן לנצלן במגרש בו מבוצע השימור ניתנות לניוד למגרש אחר, שלגביו תתוכנן ותאושר תכנית.

39. בתמצית ייאמר כי מנגנון ניווד הזכויות מאפשר להבטיח את ערכי השימור, על כל התועלות הכלכליות והאחרות נובעות מהליך כזה, לטובת כלל הציבור. זאת, ללא פגיעה כלכלית בבעל המקרקעין (ואף לעיתים תוך השבחת המקרקעין), מבלי שהקופה הציבורית תצטרך לשאת בנטל הכלכלי הנובע ממטלות השימור.

40. על יתרונות ההכרה במנגנון ניווד הזכויות (TDR – Transferable Development Rights) בקשר עם תכניות שימור ראו מאמרה של פרופ' דפנה לוינסון –זמיר **"היבטים חלוקתיים של שימור"** משפטים לא (תש"ס –תשס"א) 11, בעמ' 66 ואילך. עוד ראו פסק דינו של בית המשפט העליון בעע"מ 3030/03 **אברהם לב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה באר שבע**, פ"ד נט(1) 851, אשר הכיר בחוקיות ניווד הזכויות לראשונה.

41. מנגנון כזה הכולל ניווד זכויות בניה לובן במסגרת ההליך התכנוני של תכנית השימור של ת"א, היא תכנית תא/ 2650 ב"1, אשר פורסמה למתן תוקף ביום 4.6.2008 (להלן: **"תכנית השימור של ת"א"**). תכנית השימור של ת"א קובעת מנגנון לניוד זכויות ביחס למבנים לשימור מחמיר, בהם אסורה תוספת זכויות במגרש. וראו לעניין זה החלטת ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ולבניה (הרכב בראשות עו"ד אורית קוטב) בעררים 18/06 ועררים מאוחדים עימו עו"ד **שוב ואחרים נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה ת"א** מיום 19.11.17 (פורסם בנבו), אשר התייחסה בהרחבה בין היתר להצדקות למנגנון ניווד הזכויות. כן ראו עת"מ 1034-08 (ת"א) ד"ר **משה ויינברג נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ואחרים** (נבו) וכן עת"מ 1036-08 (ת"א) **חברה לשירותים הנהלה ונאמנות י.ש.ס בע"מ ואחרים נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה ואחרים** (פורסם בנבו) במסגרתו נדחו עתירות כנגד ההחלטה לאשר את תכנית השימור של ת"א, לרבות את ההוראות בעניין ניווד זכויות.

42. נעבור עתה לסקירת הוראות תכנית השימור של הרצליה, הרלבנטיות לענייננו.

43. כמפורט בדברי ההסבר של תכנית השימור מטרתה של התכנית היא לקבוע הוראות ותנאים להבטחת שימור, שיקום ותחזוקת המורשת הבניה של העיר. תכנית השימור קובעת רשימת אתרים ואזורים לשימור.

44. אחד מעיקרי תכנית השימור, כמפורט בסעיף 2.2. לתקנון, הוא קביעת תמריצים לעידוד שימור ושיקום אתרים לשימור.

45. תכנית השימור קובעת כנספח מחייב את נספח מס' 7 – "נספח עקרונות שמאיים לתכנית ותמריצי השימור" (להלן: **"הנספח המחייב"**).

46. סעיף 3.0 לתקנון התכנית לשימור קובע כדלקמן :

1. "זכויות בנייה במגרש בו קיים אתר לשימור מפורטות בנספח מחייב מס'

7 "מסמך עקרונות שמאיים לתכנית ותמריצי שימור.

2. מימוש זכויות הבנייה ותמריצי השימור בהתאם לתכנית זו מותנה בביצוע הוראות השימור הקבועות בתכנית זו ומיצוי זכויות באתר ככל הניתן. הכל בכפוף לנספח הבינוי (נספח מס' 6) המחייב לעניין מס' קומות וקווי בניין מרביים.

3. ככל הניתן ימומשו כל הזכויות המוקנות במגרש. ניתן יהיה לקבל זכויות עודפות לביצוע השימור במגרש אחר. רק ככל שנתרו זכויות מוקנות ניתן יהיה לבצע ניווד. נושא ניווד זכויות יבחן בתכנית מפורטת.

4. באם לא ניתן לממש במגרש את הזכויות המאושרות המתווספות מכוח תכנית זו, ניתן יהיה לקבוע בתכנית את תוספת זכויות הבניה במגרש אחר, הכל בהתאם לקבוע בפרק 6 סעיף "הנחיות מיוחדות".

47. הנה כי כן, תכנית השימור קובעת כי יש למצות את זכויות הבנייה במגרש בו מבוצע השימור, ורק אם נותרו זכויות מוקנות ניתן יהיה לבצע ניווד, אשר יבחן בתכנית מפורטת.

48. סעיף 6.4 להוראות תכנית השימור תחת הכותרת "הנחיות מיוחדות" מקנה שיקול דעת לשלול זכאות לתמריצי השימור במקרים המנויים בו. עוד הוא קובע הנחיות לעריכת תכניות לניווד, כדלקמן:

"א. תמריצי השימור.

1. עקרונות לחישוב זכויות הבניה המותנות בשימור יהיו על פי נספח השמאי המחייב לתכנית זו (נספח מס' 7).
2. בסמכות הוועדה המקומית לשלול זכאות לתמריצים מכוח תכנית זו. במקרה של הריסה המבנה, פגיעה בלתי רברסבילית במבנה שגרמה לפגיעה בערכי המבנה, ביצוע עבודות שימור שלא בהתאם לתכנית זו, ביצוע עבודות (גם מצומצמות) במבנה לשימור ללא היתר.

.....

ג. הוראות לתכנית אשר תכלול מימוש הזכויות במגרש אחר.

1. מגרש ובו אתר לשימור אשר בו נוצלו זכויות הבנייה עפ"י תכניות תקפות קודמות ובנוסף שומר המבנה בהתאם להוראות שנקבעו בפרסומים עפ"י סעיף 77-78 לחוק התכנון והבניה, או בהתאם להוראות תכנית נקודתית שחלה על המגרש, יוכל לנצל את הזכויות הנוספות מכוח תכנית זו בניכוי הזכויות שנוצלו.

2. הוראותיה של תכנית עתידית לניוד זכויות או מתן זכויות עודפות במגרש

אחר יכללו את כל ההגדרות והוראות השימור כמפורט בתכנית זו.

3. בתוכנית, כאמור בסעיף 2, ייכללו המסמכים הבאים:

א. תיק תיעוד מקדים.

ב. תשריט מצב מוצע הכולל את המגרש ובו האתר לשימור וכן המגרש

האחר.

ג. נספח בינוי לאתר לשימור ולמגרש האחר.

ד. נספח תנועה למגרש לשימור ולמגרש האחר.

ה. נספח נוף ופיתוח לאתר ולשימור ולאתר האחר.

ו. נספח שמאי.

4. במקרים בהם העברת זכויות הבנייה למגרש אחר בייעוד מגורים, ייקבע

גודל ממוצע ליחידת דיור בתכנית המפורטת לניוד הזכויות ושימור

האתר.

5. תכנית לניוד זכויות תקבע כי: תנאי לקבלת היתר בניה במגרש האחר

הינו הבטחת ביצוע שימור לאתר לשימור בכפוף לחו"ד ממזנה שימור".

49. הנספח המחייב קובע הוראות לחישוב סל הזכויות לשטחים עיקריים הניתנים למימוש

במבנים לשימור, אשר כוללים זכויות בניה מכוח תכניות תקפות ותמריצים.

50. סעיף 6 לנספח השמאי המחייב כולל 12 סעיפים קטנים ובהם הוראות לחישוב סל הזכויות

לשטחים עיקריים לתמריצי השימור כדלקמן:

6". הוראות לחישוב סל הזכויות לשטחים עיקריים לתמריצי

השימור

סל הזכויות לשטחים העיקריים הניתנים למימוש במבנים לשימור,

כוללים זכויות בניה מכוח תכניות מאושרות ותמריצי שימור.

התמריצים מבוססים על צירוף הסעיפים הבאים:

6.1 חישוב זכויות בניה

6.1.1. זכויות הבנייה הבסיסיות העיקריות יחושבו לפי שטח החלקה

נטו ולא פחות מזכויות הבניה העיקריות עפ"י תכניות תקפות.

6.1.2. השטחים הקיימים במבנה שנקבע לשימור, יימנו בנוסף

לזכויות הבניה לשטח העיקרי שניתן לבנות במגרש, קרי שטח

המבנה לשימור לא יופחת מזכויות הבניה.

6.2 תוספת קומות

תינתן תוספת זכויות של 2.65 קומות נוספות, לפי שטח עיקרי של

קומה טיפוסית על פי הוראות התכנית התקפה הקיימת ערב אישור

תכנית זו.

6.3 קומת עמודים

תינתן תוספת זכויות לשטח עיקרי של קומה אחת לפי שטח עיקרי לקומה טיפוסית בתכנית תקפה, עבור סגירת קומת עמודים, במקרים בהם התכנית התקפה הקיימת מאפשרת קומת עמודים.

6.4 תמריץ הפרש עלויות שיפוץ המבנה לשימור תינתן תוספת זכויות לאור עלויות שימור עודפות, על פי היקף השטח המתקבל ממכפלת שטח מעטפת המבנה לשימור במקדס 2,000 (מ) וחלוקת התוצאה בשווי קרקע למ"ר מבונה, הכל כמוגדר בתכנית זו:

$$\text{שטח עיקרי במ"ר} = \frac{\text{שטח מעטפת המבנה לשימור} + 2,000^{(1)}}{\text{שווי קרקע למ"ר מבונה אקו' של המבנה לשימור כפי שייקבע ע"י שמאי הוועדה המקומית}}$$

(1) לוועדה המקומית הסמכות לעדכן את התמריץ הנ"ל, כול או מקצתו, בשיעור שיקבע ע"י שמאי הוועדה המקומית לאחר התייעצות עם מהנדס הוועדה, וזאת לאחר שנמצאה הצדקה בבדיקה כלכלית. עדכון התמריץ יעשה לכל הפחות בחלוף כל 5 שנים ובהתאם להוראות סעיף 149 לחוק התו"ב ובאישור הוועדה המחוזית.

6.5 תמריץ לעניין פתיחת מרפסות בבניין לשימור בו יידרש על פי תיק תיעוד לפתוח מרפסות שנסגרו בהיתר, תינתן תוספת זכויות לשטח עיקרי בשיעור של 50% משטח המרפסות. התמריץ יחול על מרפסות שקיימות בהיתר, או שנקבע על פי תיק תיעוד כי נבנו כמרפסות מקורות.

6.6 תמריץ לעניין מרתפים שאינם ניתנים למימוש ככל ולא ניתן יהיה לבנות מרתף, יינתן פיצוי בשטחים עיקריים בשיעור של 50% משטח תכסית קומת מרתף אפשרית על פי התכנית התקפה, ללא הבחנה בין שטח עיקרי לשירות בתת הקרקע.

6.7 תמריץ נוסף בגין השימור, שימור בפיתוח המגרש, שילוב המבנה ברחוב, הצנעת מערכות טכניות ועלות תיק תיעוד למבנה היכול לנצל במגרש את סך הזכויות העיקריות, המפורטות בסעיף 6.1-6.6 לעיל, תינתן תוספת של 20% שטחי עיקריים לשטחים המפורטים בסעיפים 6.1-6.6.

6.8 תוספת שטחים בגין מרחבים מוגנים במבנה בו נקבע כי לא ניתן להוסיף ממ"ד בבניה חדשה וכי יש צורך במיגון חדר קיים, יינתן תמריץ על הפסד שטח עיקרי קיים במבנה והפיכתו לחדר שירות. חישוב השטח יהיה לשטח נטו כמופיע בהיתר הבניה ובהתאם להוראות הג"א.

6.9 תמריץ בגין פתרון חניה מורכב במקרים בהם יתוכנן חניון אוטומטי ו/או פתרון מורכב אחר, תתאפשר תוספת של זכויות בהיקף של הפרש העלות העודפת של

פתרון החניה המורכב, ככל שימצא, לעומת עלות פתרון החניה שהיה מתאפשר לולא היה מבנה לשימור.

שטח עיקרי במ"ר = עלות פתרון חניה מורכב – עלות פתרון חניה שהיה מתאפשר לולא היה המבנה לשימור

שווי קרקע למ"ר מבונה אקו' של המבנה לשימור
כפי שייקבע ע"י שמאי הוועדה המקומית

6.10. מסחר

במקרה של אי יכולת לממש שטחים המיועדים למסחר במבנה לשימור, יחס ההמרה בין שווי מ"ר מבונה מסחר לבין שווי למ"ר מבונה למגורים 1.33 (133% כאשר שווי למגורים מהווה 100%). לוועדה המקומית הסמכות להתרת גמישות ליחס ההמרה בין מסחר למגורים, בהתאם למאפייני המקרקעין ובכפוף לשיקולים תכנוניים ובתיאום עם שמאי הוועדה המקומית.

6.11. שימורם של חלקים נוספים בפנים המבנה לשימור
תינתן תוספת זכויות כתמריץ לשימורם של חלקים נוספים בפנים המבנה שלא הוגדרו בהוראות התכנית באופן מפורש, במצב כזה יועץ השימור יכלול במסקנות בתיק התייעוד לשמר את הנ"ל, הפיצוי בגין עבודות אלה ייעשה במסגרת הכנת דו"ח כלכלי שתיבחן ותאושר ע"י שמאי הוועדה.

6.12. שטחי שירות

תוספת שטחי השירות תתקבל בהיקף הדרוש לשם ניצול השטחים העיקריים הנדונים, וזאת בהתאם לתקנות חוק התכנון והבניה (חישוב שטחים).

51. הסעיפים שפורטו לעיל, קובעים קריטריונים מוגדרים שעל פיהם נקבעים התמריצים לשימור (למעט סעיף 6.11 שעניינו בתוספת ספציפית הנובעת מהצורך הפרטני לשמר חלקים נוספים בפנים המבנה). העובדה כי קביעתם של התמריצים תלויה בין היתר בבדיקות אדריכליות ביחס למגרש אינה הופכת את התמריצים לבלתי מסוימים או מוגדרים כפי שטענו המשיבים בדיון שהתקיים. התמריצים ניתנים לכימות מספרי במ"ר.

52. סעיף 7 לנספח המחייב קובע את שטחי הבנייה להעברה למגרש אחר ואת התנאים לכך.

7". שטחי בנייה להעברה למגרש אחר

א. ככל הניתן ימומשו כל הזכויות המוקנות במגרש. ניתן יהיה לקבל זכויות עודפות לביצוע השימור במגרש אחר. נושא ניוד הזכויות יבחן בתכנית מפורטת.

ב. במגרש בו לא ניתן לנצל את זכויות הבנייה העיקריות מכוח תכניות מאושרות ותמריצי השימור המפורטים בסעיף 6 לעיל, ניתן יהיה לנייד את הזכויות הנותרות (להלן: "שטחי בניה מנוידים").

7.1. לשטחי הבניה המנוידים יתווספו 25% שטחים עיקריים. בנוסף, תוספת של 10% נוספים מכלל השטחים העיקריים, לעת קליטת התכנית לניוד זכויות ב-8 השנים הראשונות מאישור התכנית.

7.2. במקרה של העברת זכויות הבנייה למטרת מגורים, הגודל הממוצע ליח"ד במגרש הקולט, ייקבע בתכנית לניוד זכויות.

7.3. שטחי שירות – שטחי שירות על קרקעיים למגרש המקבל יהיו בהיקף של עד $\frac{1}{3}$ מהשטח העיקרי המתווסף, או בשיעור שטחי השירות שנקבע בתכנית התקפה של המגרש הקולט, או על פי החלטת הועדה המקומית המלאה, הגדול מביניהם.

7.4. התאמת היקפי הבנייה לפערי שווי הקרקע – היקפי שטחי הבנייה העיקריים המועברים מהמגרש לשימור אל מגרש אחר יותאמו לפערי הקרקע למ"ר אקו' זכויות בנייה, בין המגרשים, כפי שיקבע שמאי הועדה המקומית למועד החלטת הועדה המקומית על הפקדת התכנית.

53. סעיף 8 לנספח השמאי המחייב שכותרתו "שיקול דעת שמאי הועדה המקומית" קובע מנגנון לפתרון מחלוקות לפיו בכל מקום בו קיים שיקול דעת לשמאי הועדה המקומית רשאי בעל הזכות בנכס להגיש מסמך של שמאי מקרקעין מטעמו בעת היתר הבנייה או בהכנת תכנית מפורטת, לפי העניין, אשר ייבחן על ידי שמאי הועדה המקומית. ככל שיתגלו מחלוקות בין השמאים ימונה שמאי מכריע על פי דין.

54. מן המקובץ עולה כי ככל שלא ניתן למצות את הזכויות שמוקנות במסגרת תכנית השימור במגרש ניתן לנייד את הזכויות שלא ניתן לבנות במגרש למגרש אחר. זאת, בתוספת של 25% וככל שתכנית ניוד תקלט בתוך 8 שנים ממועד אישור התכנית בתוספת נוספת של 10%. דהיינו אם למשל נותרו במגרש 100 מ"ר זכויות בניה שאינן ניתן לניצול, ניתן לנייד מכוחה של תכנית השימור 125 מ"ר וככל שתכנית הניוד תקלט בתוך 8 שנים מאישור התכנית תוספת של 10% - דהיינו 137.5 מ"ר במקום 100 המ"ר שלא ניתן היה לנצל במגרש.

55. מימוש הזכויות לניוד מותנה באיתור מגרש אחר ואישור תכנית ניוד שתאפשר את מימוש הזכויות לניוד באותו מגרש, בהתאם לתנאיה של תכנית השימור, כפי שעמדנו עליהם לעיל.

56. הינה כי כן, היקף הזכויות לניוד אינו בבחינת נעלם, אלא הוא ניתן לכימות על פי הוראות תכנית השימור, וכעולה מבדיקות אדריכליות ביחס למגרש בו מדובר.

מה טיבן המשפטי של הזכויות לניוד?

57. לצרכי השאלה שבפנינו עלינו להידרש לשאלה מהו סיווגן המשפטי של הזכויות אותן ניתן לנייד, והאם הן בגדר זכויות בניה.

58. השאלה מהן זכויות בניה העסיקה את בית המשפט העליון בין היתר בע"א 10322/03 **לביא ישעיהו נ' שטרייכר**, פ"ד נט (6) בעמ' 449 (להלן: "**עניין שטרייכר**"). באותו העניין נדונה השאלה האם ניתן לרשום ולהצמיד זכויות בניה ליחידות הבית המשותף. דעת הרוב קבעה כי ניתן לכלול הצהרה בדבר ייחוד זכויות בניה במסגרת תקנון הבית המשותף ואולם לא ניתן ליתן ביטוי במרשם לייחוד זכויות בניה ליחידה רשומה מסוימת.

59. כב' השופט טירקל (אשר היה בדעת מיעוט בעניין שבמחלוקת) התייחס בעמ' 459 ואילך לפסק הדין בעניין **שטרייכר** לטיבן של זכויות בניה בציינו כי המונח זכויות בניה לא הוגדר בחוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969 (להלן: "**חוק המקרקעין**"), אלא המדובר בזכויות הנובעות מהבעלות בקרקע ומשקפות את היקף הבניה המותרת במקרקעין. על פיהן קמה הזכות לבעלי המקרקעין לפנות ולבקש היתר בניה. זכויות הבניה אינן בבחינת רכוש משותף ואולם הן בבעלות משותפת של כלל הבעלים במקרקעין. וכך המשיך כב' השופט טירקל וציין בעמ' 462 לפסק הדין:

"סבורני שיש לראות בזכויות הבניה נכס שהוא יותר מזכות חוזית גרידא, ואף על פי שזכות זאת אינה עולה כדי זכות קניינית ממש, לכל דבר ועניין, היא קרובה אליה. זכויות הבניה אינן בגדר זכויות ערטילאיות המרחפות כביכול בכלל, אלא הן מעוגנות בקרקע מסוימת; אין להן חיות משלהן בלי הזכות בקרקע, הן עוברות מיד ליד עם הזכות בקרקע, ומימושן יוצר תוספת למקרקעין הנעשית חלק מהן."

60. בהמשך פסק דינו סבר כב' השופט טירקל שיש לראות בזכויות בניה משום זכויות שביושר. ואולם, גישה זו נדחתה על ידי דעת הרוב מפי הנשיא ברק וכב' השופטת חיות.

61. כב' הנשיא ברק ציין בעניין **שטרייכר** כי אחוזי הבניה אינם בבחינת נכס שיש לו קיום עצמאי, ואולם אין בכך כדי למנוע הגעה להסכמות בעניין. כב' השופטת חיות כתוארה דאז ציינה כי אין המדובר ב"מקרקעין" כהגדרת המונח בחוק המקרקעין. עם זאת מדובר בזכויות הקשורות קשר הדוק למקרקעין, ולעיתים קרובות הן מהוות מדד עיקרי לשווי

מקרקעין וניתן להיזקק על דרך היקש להסדר פירוק שיתוף הקבוע בסעיף 10 לחוק המיטלטלין, התשל"א – 1971.

62. בעניין ע"א 3260/11 **רחל ברכה, משרד עורכי דין נ' אפריקה ישראל להשקעות בע"מ** (6.1.2015, פורסם בנבו) שאוזכר בפסה"ד שניתן בעניין **שטיינברג**, נקבע כי "זכויות בניה" כלל אינן עונות להגדרת "מקרקעין" ולכל היותר הן זכויות הנכללות תחת חוק המיטלטלין, תשל"א – 1971.

63. למהותן של זכויות בניה התייחסה כב' השופטת ברק ארז בסעיף 18 לפסק הדין בעניין **שטיינברג** כדלקמן:

"באופן כללי ניתן לומר כי **זכויות בניה מבטאות את היקף וסוג הבנייה המותר במקרקעין לפי התכניות הרלוונטיות החלות עליהם** (ראו: ע"א 151/87 ש.ארצי, חברה להשקעות בע"מ נ' רחמני, פ"ד מג(3) 489, 503 (1989) להלן: עניין ארצי)). זכויות בניה מוענקות על ידי מוסדות התכנון על בסיס בחינת מכלול שיקולים רלבנטיים, וביניהם תנאים סביבתיים, צרכי הציבור במקום ועוד. הן **נמצאות בתווך שבין דיני המקרקעין לדיני התכנון והבניה – מצד אחד זכויות הבנייה נובעות מזכויות הבעלות בקרקע ומן הצד השני זכויות הבניה תלויות בהליכים תכנוניים ומשתנות בהתאם להם. היקפן של זכויות הבניה בקרקע הוא ממאפייניה המרכזיים ואף משפיע באופן קריטי על שוויה.** (ההדגשות הוספו- ס.ר.)."

64. הינה כי כן, המאפיין את זכויות הבניה הוא כי הן נקבעו על ידי רשויות התכנון ביחס למקרקעין ספציפיים והן אלו המגדירות את המותר לבניה במקרקעין האמורים. אין הן בבחינת זכויות אישיות או זכויות אובליגטוריות (מתחום דיני חיובים). ואולם הגם שזכויות הבניה הן תולדה של החלטות מינהליות הרי שהן יכולות להיות נושא להסכמות ולהסדרים חוזיים (וראו לניתוח מפורט של טיבן זכויות בניה א' וינרוט **דיני קניין – פרקי יסוד** (מהדורה 2, 2020) פרק כא שעניינו "זכויות בניה" בעמ' 331 ואילך. כן ראו אבי וינרוט ואריק מגידש "זכויות בניה- עיון מחדש" **משפטים** נא 201.

65. זכויות בניה מעצם טיבן וטבען מתייחסות למקרקעין ספציפיים ומגדירות את אשר ניתן לבנות בהם.

66. על כן הזכויות לניוד, חרף ביטויין הכמותי כזכויות בניה, אינן הלכה למעשה זכויות בניה.

67. הפיכתן לזכויות בניה במגרש אליו הן תנוידנה, על פי מנגנון ההמרה הקבועים בתכנית השימור, טעונה הכנת תכנית ביחס למגרש החדש, אשר טרם זוהה והוגדר.

68. הזכויות לניוד הינן בבחינת זכות כלכלית הנתונה למגרש לשימור. זכות אשר מימושה מותנה בתנאים. לזכות כזו שווי כלכלי. ניתן לסחור בה הן כחלק ממכר של כלל המגרש, והן בנפרד. ואולם, בטרם אושרה תכנית במקרקעין החדשים על ידי רשויות התכנון הזכויות לניוד אינן בגדר זכויות בניה.

הפסיקה שעניינה בזכויות בניה לניוד

69. במסגרת פרק זה נתייחס לשני פסקי דין עיקריים של בית המשפט העליון בקשר עם זכויות בניה לניוד. האחד, עניין **ד.א.ר.ד.** העוסק בעניין מיסוי מקרקעין. ואילו השני, עניין **שטיינברג** העוסק בהיבטי המרשם.

70. השאלה שהתבררה בעניין **ד.א.ר.ד.** הייתה האם יש לגבות מס על פי חוק מיסוי מקרקעין (שבח מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963 (להלן: "**חוק מיסוי מקרקעין**") בקשר עם עסקאות מכר של זכויות בניה לניוד, והאם זכויות בניה לניוד הינן זכות במקרקעין כמשמעותו בחוק זה. נציין כי העסקאות בהן היה מדובר בעניין **ד.א.ר.ד.** היו עסקאות בהן נמכרו זכויות לניוד בלבד ללא המקרקעין, שבהם לא ניתן היה לנצלם. זאת, בשונה מענייננו בו עסקת המכר היא למקרקעין בכללותם. העסקאות בעניין **ד.א.ר.ד.** הותנו בתנאי מתלה- אישורה של תכנית המניידת את הזכויות.

71. כב' השופטת חיות (כתוארה דאז) התייחסה לניוד זכויות בסעיף 16 ואילך לפסק הדין בתארה את התופעה כדלקמן:

"העסקאות נשוא הערעורים שבפנינו מעידות על פרקטיקה של ניוד זכויות בנייה שהתפתחה בארץ בשנים האחרונות לפיה מתקשרים בעלי קרקעות בהסכם מסחרי להעברת זכויות הבנייה מקרקע אחת לאחרת ורשויות התכנון מאשרות את התוכניות המגשימות את ההעברה ומאפשרות בכך את ביצועו של ההסכם. פרקטיקה זו אשר צמחה, בין היתר, על רקע צפיפות הערים ותוכניות שונות לשימור בניינים (ראו בניאן, דיני מקרקעין, 793), זכתה להתייחסות במאמרים שונים אשר ביקשו לבחון אותה על כל היבטיה (ראו: מוטי בניאן ובעז ברזילי "זכויות בנייה וסחירות - היבטים קנייניים ושמאיים" מקרקעין ב/2 61 (2002); וכן מוטי בניאן ובעז ברזילי "זכויות בנייה וסחירות - היבטים קנייניים ושמאיים (ב)" מקרקעין ב/6 47 (2003); גלוסקה, 38; שמואל רויטל דיני התכנון והבנייה 892א (מהדורה עשרים וחמש, 2006)). רעיון הניוד של זכויות הבנייה מוכר גם בארצות הברית שם הוא מעוגן בחקיקה כאמצעי לפיצוי בעלי המקרקעין בגין הגבלות שהוטלו עליהם בניצול קרקעותיהם, ונודע בכינוי TDR (Transferable

[Development Rights](#) (ראו: דפנה לוינסון-זמיר "היבטים חלוקתיים של שימור מבנים דיני הפיצוי הראויים ו'זכויות בנייה עבירות' (TDR) "משפטים לא 10, 87 (2000) (להלן: לוינסון-זמיר); ויסמן, בעלות ושיתוף, 416-417). בערים מסוימות מתבצעת העברת הזכויות באמצעות "בנק" של זכויות בנייה, בו הן נשמרות וממנו הן נרכשות (ראו: ויסמן, בעלות ושיתוף, 416-417; לוינסון-זמיר, 67). עם זאת, ביסוד החקיקה הקיימת בעניין זה בארצות הברית עומד הרעיון כי זכויות הבנייה הנמכרות הן זכויות חדשות ולא זכויות הבנייה שנשללו מבעלי המקרקעין שנפגעו מתוכנית המתאר, וכדברי השופט Scalia:

TDRs, of course, have nothing to do with the use or development of the land to which they are (by regulatory decree) "attached." The right to use and develop one's own land is quite distinct from the right to confer upon someone else an increased power to use and develop his land. The latter is valuable, to be sure, but it is a *new* right conferred upon the landowner in exchange for the taking, rather than a reduction of the taking. (Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency 520 U.S. 725, 747 (1997)) [הדגשה במקור]

בארץ לא נתמסד ניווד זכויות הבנייה במסגרת חקיקתית ועל כן מתעוררים לא מעט קשיים וקושיות באשר ליישומן (ראו: [עע"מ 3030/03 לב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה באר שבע, פ"ד נט\(1\)](#) 851, 863 (להלן: עניין לב); ויסמן, בעלות ושיתוף, 418; לעניין החשש לתחולה לא אחידה ולא שוויונית של המנגנון ביישום אד-הוק של ניווד זכויות בנייה לוינסון-זמיר, 89; לעמדה אוהדת יותר ראו בניאן, דיני מקרקעין, 796). בעניין לב שהוכרע לאחרונה, עלתה סוגיית חוקיות הניוד של זכויות בנייה מקרקע אחת לקרקע אחרת שבבעלות אותו גורם, כתחליף לפיצוי בגין פגיעה במקרקעין על פי [סעיף 197 לחוק התכנון והבניה](#). באותו עניין קבע המשנה לנשיא א' מצא:

נכון אני להסכים שככלל, ראוי כי פיצוי עבור פגיעות תכנון ייעשה בתשלום ממון ולא בהקניית זכויות שוות-ערך. ... אך משחוק התכנון והבניה אינו מטיל איסור על ניווד זכויות בנייה, אינני סבור כי יש

**להטיל איסור גורף כזה בדרך שיפוטית. אין אפוא
לומר כי ניווד זכויות בנייה הינו פסול מעיקרא ובכל
מצב, משמע כי תיתכנה נסיבות שבהן תהיה הרשות
התכנונית רשאית להשתמש בניוד כשיטת פיצוי,
והשאלה אם ניווד זכויות במקרה פלוני הוא מהלך
סביר, ראוי שתיבחן על-פי נסיבותיו של המקרה
הנתון. (שם, 863).**

72. כב' השופטת חיות (כתוארה דאז) ציינה כי השאלה שעומדת לדיון היא בהיבט של דיני המס. ככלל עד כמה שהדבר תואם את ההיגיון ואת התכלית שביסוד חוק המס הרלבנטי, תהא ההכרעה בשאלת המיסוי פועל יוצא של מהות העסקה וסיווגה על פי הדין הכללי. אולם מקום שבו חוק המס מחייב פרשנות שונה ניתן לסטות מן הפירוש שניתן בדין הכללי על מנת להגשים את התכלית אליו חותרת חקיקת המס, דהיינו הטלת מס בהתאם למהות הכלכלית של העסקה ומיסוי רווחים שהופקו בה.

73. עוד נקבע כי זכויות בניה הן ממאפייניה המרכזיים והבולטים של הקרקע. על פיהן נקבעת במידת מכרעת מהותה של הקרקע; נקבעים השימושים האפשריים בה ואף שוויה של הקרקע נגזר מהן. בהינתן התכלית שביסוד חוק מיסוי מקרקעין החותרת למיסוי עסקאות במקרקעין על פי מהותן הכלכלית, יש לפרש את המונח "זכות במקרקעין" כמחיל את עצמו גם על זכויות בניה.

74. במסגרת ההליך בעניין ר.א.ר.ד נטען כי אין לראות בהעברת זכויות הבניה בגדר "מכירה" שכן הסמכות והכוח נתונים לרשויות התכנון ולא לצדדים לעסקה ולמעשה מהווה הדבר תנאי בלתו אין למימוש ההעברה. כב' השופטת חיות דחתה טענה זו וציינה כי המדובר בחוזה עם תנאי מתלה שהינו חוזה לכל דבר ועניין והעובדה כי נדרשת פעולה של צד שלישי (פעולה תכנונית של הרשות) אינה גורעת מאופיו ההסכמי. היא ערכה אבחנה בין מקרה בו קיימת התקשרות להעברת זכויות בניה מקרקע אחת לקרקע אחרת לבין מקרה בו הרשות מאשרת תכנית שבמסגרתה מוענקות או נגרעות זכויות בלא שברקע הדברים מצוי הסכם לניוד, ואז אין המדובר בעסקה למכירת זכויות בניה החייבת במס שבח או מס רכישה.

75. סוף דבר בהקשר זה על פי פסק הדין בעניין ר.א.ר.ד עסקה למכר זכויות לניוד הינה בגדר עסקה במקרקעין לפי חוק מיסוי מקרקעין ויש לגבות בגינה מס על פיו.

76. במסגרת השלמת הטיעון בהליך שבפנינו התייחסו הצדדים לעניין ר.א.ר.ד תוך שכל צד טוען כי פסק הדין תומך בעמדה המובעת על ידו. העוררת טוענת כי מאחר שהיטלי השבחה אף הם בגדר חקיקת מס יש להחיל את עניין ר.א.ר.ד ויש למסות את הזכויות לניוד. לטענתה, יש לבחון את המהות הכלכלית וזו מלמדת כי אישור תכנית השימור הביאה

לעליית שווים של מקרקעין, בין היתר בגין הזכויות לניוד, אשר משקפות ערך כלכלי, ועל כן יש לחייב בגינם בהיטל השבחה. המשיבים מנגד טענו כי בעניין ר.א.ר.ז דובר על עסקה נפרדת למכר הזכויות לניוד, בשונה מן המקרה שבפנינו. עוד הם ציינו כי על פי פסק הדין בעניין ר.א.ר.ז יש להבחין בין הפעולה התכנונית הראשונה של אישור התכנית לשימור שנעדרת מסוימות בעניין יצירת זכויות בניה לניוד לבין עסקה למכירת זכויות בניה לניוד שהיא קונקרטית ומסוימת גם אם השלמתה מותנית בפעולה תכנונית שניה (אישור תכנית הניוד במקרקעין המועברים). לטענתם פסק הדין בעניין ר.א.ר.ז תומך בקבלת עמדתם ומצדיק אי גביית היטל השבחה.

77. פסק הדין בעניין ר.א.ר.ז אינו חל באופן ישיר על המקרה שבפנינו. הגם שנכון הוא כי דיני היטלי השבחה הינם במהותם בבחינת חקיקת מס, הרי שיש לבחון את הרציונל לגביית היטל השבחה ביחס לזכויות לניוד על פי עקרונות הפסיקה שעניינה בהיטל השבחה, הכל כפי שיפורט להלן.

78. פסק דין נוסף אליו ראוי להתייחס בהקשר זכויות לניוד הוא עניין שטיינברג.

79. השאלה שעמדה לדיון בעניין שטיינברג הייתה האם ניתן לרשום הערת אזהרה בלשכת רישום המקרקעין על זכויות בניה שניתנו במקרקעין מסוימים, אך בעצם מיועדות לניוד במקרקעין אחרים שאינם המקרקעין שביחס אליהם נרשמה ההערה. באותו העניין מכרה החברה את המקרקעין למעט את זכויות הבניה הבלתי מנוצלות. בהמשך היא מכרה בנפרד את זכויות הבניה הבלתי מנוצלות והשאלה שעמדה לדיון היא האם ניתן לרשום הערת אזהרה המשקפת הסכם מכר זה במקרקעין (המקרקעין שבהם נוצרו הזכויות לניוד מלכתחילה).

80. כב' השופטת ברק ארז התייחסה בפסק דינה לעניין ר.א.ר.ז בציינה כי המסקנה באותו העניין נבעה מן ההגדרה המיוחדת של המונח "זכות במקרקעין" בחוק מיסוי מקרקעין ומתכליותיו של חוק זה- הטלת מס על הרווח הכלכלי הצומח מהזכויות בקרקע. אשר לשאלה שבמחלוקת שבעניין שטיינברג, הרי שנקבע כי תכליתה של הערת אזהרה היא לגשר על הפער בין השלב החוזי לבין השלב הקנייני שבו הקניין מועבר ולמנוע רישומן של עסקאות נוגדות (ראו בסעיף 40 לפסק הדין). סעיף 126 לחוק המקרקעין מורה כי רישום של הערת אזהרה יעשה בהמשך להתחייבות של מי שהוא בעל זכות במקרקעין (מהזכויות המפורטות בסעיף) לעשות "בהם עסקה", ואולם כאשר מדובר בזכויות לניוד העסקה אינה בהם (במקרקעין). עוד נקבע כי שיקולי מדיניות מצדיקים לקבוע כי אין להכיר באפשרות לרשום הערת אזהרה בגין זכויות לניוד. שכן תפקידו של הרשם הוא תפקיד מינהלי טכני בעוד שרישום כזה יחייב הכרעה מורכבת מתחום דיני התכנון והבניה שאינם בתחום מומחיותו. עוד צוין כי זכויות בניה אינן רשומות במרשם ורישום הערת אזהרה בגינם אינה בגדר שלב ביניים.

81. על כן נקבע בעניין **שטיינברג** כי לא ניתן לרשום הערת אזהרה בגין הסכם לניוד זכויות.

82. למען השלמת התמונה יאמר כי לאחרונה נדחתה תביעה לרישום הערת אזהרה שיפוטית לפי סעיף 130 לחוק המקרקעין בגין הסכם לניוד זכויות במסגרת ת"א 54651-08-20 פ.א. **אריה פרידמן (2006) בע"מ נ' גולד סקיי סנטר ליסנסקי בע"מ** (פורסם בנבו) בין היתר על יסוד אמירת אגב בעניין **שטיינברג** לפיה גם סעיף זה אינו מקור חוקי מתאים.

סיכום ביניים

83. עד כה בחנו את מהותן של זכויות הבניה לניוד, הן ככלל והן בהקשר של תכנית השימור של הרצליה.

84. כאמור זכויות הבניה לניוד אינן בגדר זכויות בניה אלא הן מהוות זכות כלכלית אשר מימושה מותנה בתנאים. לזכות כזו שווי כלכלי. ניתן לסחור בה הן כחלק ממכר של כלל המגרש, והן בנפרד.

85. לשם הפיכתן של זכויות הבניה לניוד לזכויות בניה נדרש הליך תכנוני ביחס למקרקעין אחרים אליהם ינוידו הזכויות.

המסגרת הנורמטיבית לגביית היטל השבחה –

המשבצת הרלבנטית לענייננו "השבחה בדרך אחרת"

86. נעבור כעת להתייחסות למסגרת הנורמטיבית לגביית היטל השבחה.

87. היטל השבחה הוא מס המוטל מכוח סעיף 196א לחוק:

"ועדה מקומית תגבה היטל השבחה בשיעור, בתנאים ובדרכים שנקבעו בתוספת השלישית ועל פיה."

88. תכליתו של החיוב בהיטל השבחה היא הגשמת עיקרון הצדק החלוקתי, במובן זה שמי שנהנה מפעולות התכנון שביצעה הרשות במימון ציבורי יחלוק את התעשרותו עם הקהילה המקומית שבקרבה הוא יושב. הכספים הנגבים במסגרת ההיטל מיועדים בעיקר למימון פעולות התכנון והפיתוח ברשויות המקומיות (ראו סעיף 13 לתוספת השלישית).

89. ההצדקה לחיוב בהיטל השבחה קמה כאשר בעל מקרקעין מתעשר בפועל, כתוצאה מפעולה תכנונית ששינתה במקרקעיו את המצב התכנוני אשר קדם לה.

וראו עע"מ 8600/15 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קרית אתא נ' פז גז בע"מ (נבו, 01.11.2018).

90. ייחודו של היטל השבחה נעוץ בעובדה שמועד תשלומו אינו מתקיים בו זמנית עם היווצרות אירוע המס, והוא חל רק בעת מימוש הזכות במקרקעין המושבחים (ראו סעיף 7א לתוספת השלישית; ע"א 1321/02 נה בנין ופיתוח בע"מ נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז המרכז, פ"ד נז(4) 119 (פורסם בנבו, 26.05.2003). בעת המימוש ניתן להצביע על התעשרות ועל כן קמה הצדקה לתשלום ההיטל במועד זה. כל עוד לא ניצל בעל הזכויות את ההנאה שנוצרה מן ההשבחה, הוא לא יחויב בהיטל, אף שהחבות נוצרה בעת אירוע המס.

91. ההוראות הרלבנטיות לגבייתו של היטל השבחה מצויות בתוספת השלישית לחוק. החבות בהיטל השבחה קבועה בסעיף 2(א) לתוספת השלישית לחוק, וזו לשונו:

"חלה השבחה במקרקעין, בין מחמת הרחבתן של זכויות הניצול בהם ובין בדרך אחרת, ישלם בעלם היטל השבחה לפי האמור בתוספת זו (להלן - היטל); היו המקרקעין מוכשרים לדורות, ישלם החוכר את ההיטל; היטל בעקבות אישור תכנית יחול על מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או הגובלים עמו בלבד."

92. "השבחה" במקרקעין – מוגדרת בסעיף 1 לתוספת השלישית כ"עליית שוויים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג".

93. לטעמנו, יש לפרש את המונח מקרקעין בהקשר לסעיף 1 לתוספת השלישית, בהתאמה לאופן שפורש בעניין ד.א.ר. באופן הכולל בין היתר זכויות לניוד. זאת, לאור תכליתו הכלכלית של היטל השבחה לפיו האזרח הנהנה מפעולה תכנונית אשר מביאה לעליית שווי מקרקעיו יחלוק את התעשרותו עם הקהילה.

94. תכנית מוגדרת בסעיף 1(א) "כתכנית מתאר מקומית או תכנית מפורטת ולמעט תכנית כוללת או תכנית כוללת להתחדשות עירונית כהגדרתה בסעיף 64(ב) לעניין מגרשים שלגביהם היא לא מאפשרת מתן היתר בניה או ביצוע עבודות לפיה ללא אישור תכנית נוספת טרם מתן ההיתר או ביצוע העבודה". במועד הקובע היה נוסחו של סעיף 1(א) הנ"ל שונה במקצת אך השוני אינו רלבנטי לענייננו.

95. בענייננו בחינת ההשבחה היא עקב אישור תכנית השימור.

96. יחידת השומה לצורך תחשיב היטל השבחה היא מגרש תכנוני. וראו לעניין זה החלטת ועדת הערר בערר (ת"א) 85240/12 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רמת גן נ' שותפות

מבוא נגבה (פורסם בנבו) (להלן: **"עניין מבוא נגבה"**). סעיף 2 (א) לתוספת השלישית לחוק קובע כי השומה תיערך ביחס ל"מקרקעין". החוק לא הגדיר את המונח ואולם החוק ותקנות התכנון והבנייה (חישוב שטחים ואחוזי בנייה בתכניות ובהיתרים, התשנ"ב – 1992) הגדיר את המונח מגרש לפיכך שיקולי הרמוניה חקיקתית חייבו מתן פרשנות זהה למונח מקרקעין שבתוספת השלישית לחוק. יחד עם זאת, במקרים מסוימים הכירה הפסיקה בכך שיחידת השומה הבסיסית תהיה חלקה/יחידת רישום. וראו בעניין זה החלטת ועדת הערר (י-ם) 8-194/10 **עובד לוי תיעוש האבן והבנייה בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים** (פורסם בנבו) (להלן: **"עניין עובד לוי"**).

97. אירוע "מימוש זכויות במקרקעין", הרלבנטי לערר שבפנינו הוא מכר, אשר מוגדר בסעיף 1(א)(3) לתוספת כ"העברתם או העברת החכירה לדורות בהם, בשלמות או חלקית, או הענקת זכויות בהם הטעונה רישום בפנקסי המקרקעין, בתמורה או ללא תמורה, אך למעט העברה מכוח דין והעברה ללא תמורה מאדם לקרובו."

98. במקרה שבפנינו המכר עניינו במקרקעין ואין עניינו רק בזכויות לניוד.

99. לאור טיבן של הזכויות לניוד ככאלו שלא ניתן לנצלן במקרקעין, ההשבחה הרלבנטית אינה מחמת הרחבת זכויות הניצול במקרקעין, אלא השבחה "בדרך אחרת".

100. כך למשל תכנית שהופכת תכנית אחרת לזמינה תחשב כמשביחה בדרך אחרת, גם אם לא הוסיפה זכויות בניה. הוא הדין בתכנית שמסירה מגבלה למימושן של זכויות. ראו לעניין השבחה בדרך אחרת: אהרון נמדר **היטל השבחה** (התשע"ב – 2011) בעמ' 63 ואילך. כן ראו ע"א 1341/93 **סי אנד סאן ביץ' הוטלס בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ת"א**, פ"ד נב(5) 715.

101. ברמה העיונית ניתן לגבות היטל השבחה בגין השבחה הנובעת בין היתר מן הזכויות לניוד, המהוות כאמור זכות כלכלית המותנית בתנאים, ובלבד, שאכן התקיימה "השבחה" במקרקעין – אשר מוגדרת בסעיף 1 לתוספת השלישית כ"עליית שוויים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג". בענייננו בחינת ההשבחה היא עקב אישור תכנית השימור.

102. ככל שכתוצאה מאישור התכנית לשימור ניתן לייחס חלק מעליית שווי המקרקעין לזכויות לניוד יש לגבות היטל בגין מרכיב זה כחלק מגביית ההיטל בגין עליית שווי המקרקעין. זאת, לאור התעשרותו הלכאורית של בעל המקרקעין כתוצאה מכך.

103. ודוק. בבוא היום ככל שתאושר תכנית ביחס למקרקעין אליהם ינוידו הזכויות, הרי שאישורה של זו יהווה אירוע מס. ההשבחה בגין התכנית החדשה תיבחן ביחס ליחידת

המקרקעין עליה היא תחול, שהיא יחידת שומה נפרדת ואחרת, מן המגרש נשוא הדיון. אישורה של תכנית הניוד תהווה אירוע מס ביחס לאותם מקרקעין. נעיר כי השאלה כיצד לחשב את ההשבחה במקרה כזה חורגת מגדר הדיון שבפנינו ואיננו נדרשים לקבוע בה מסמרות.

הפסיקה שעניינה בזכויות שאינן מוקנות

104. נותר לבחון את הפסיקה שעניינה בזכויות שאינן מוקנות והאם יש בה כדי להביא למסקנה לפיה אין לגבות היטל השבחה בגין זכויות הבניה לניוד.

105. כאשר תכניות קובעות זכויות מסוימות וקונקרטיות, כגון כאשר יש בהן הרחבה של היקף זכויות הבניה המותרות לבניה במקרקעין, גביית היטל אינה מעוררת כל קושי. על פני הדברים קיימת התעשרות כתוצאה מהרחבת אפשרויות הניצול. הדבר נכון באותה מידה, גם כאשר מדובר בתכנית מתאר שאינה מאפשרת הוצאת היתר בניה על פיה, ללא אישורה של תכנית מפורטת, אך קובעת סל זכויות חדש ביחס לחטיבת קרקע: סל שלא היה לה קודם לכן. אמנם, ביטוי המפורט של סל זה טרם נקבע והוא יקבע בתכנית מפורטת חדשה. ואולם, חרף העדר זמינות זכויות הבניה ניתן לזהות עליית ערך מקרקעין הנובעת מאישורה של התכנית המתארית.

106. התכניות שנדונו בהלכה הפסוקה אינן עשויות "מעור אחד" והן עוררו לא פעם שאלות האם יש לגבות בגין היטל, כיצד ומתי.

107. חלק מן התכניות, כגון תמ"א 38, מאופיינות בכך שהזכויות על פיהן במגרש ספציפי מתגבשות רק עם קבלת החלטה לתת בו היתר, לאחר הליך של פרסום ושמיעת התנגדויות, והן תוארו בפסיקה כתכניות "צפות". חלקן כוללות הוראות מוקנות או מעין מוקנות וחלקן כולל הוראות מותנות. להלן נסקור את הפסיקה בנושא.

108. בעניין בר"מ 505/15 **אופל קרדן השקעות בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, אשקלון** (נבו 20.04.2016), נקבע כי בתכנית מתאר ארצית שאינה קונקרטית דיה, המועד הקובע לשומת היטל השבחה הינו המועד שבו זכתה תכנית המתאר הארצית הכללית למימוש קונקרטי במקרקעין ספציפיים. באותו עניין נדונה תכנית המתאר הארצית לתחנות תדלוק, תמ"א 18/4 ונקבע כי אין לחייב בהיטל השבחה במועד כניסתה של התמ"א לתוקף.

109. בהקשר זה יוער כי אבן הבוחן אינה כותרתה של התכנית, אלא עניינה בשאלה אם התכנית, גם אם היא נושאת את הכותרת תכנית מתאר ארצית, כוללת הוראות של תכנית מפורטת. במקרה כזה תחול חובת תשלום היטל השבחה. בעל המקרקעין יפיק טובת הנאה ממשית אותה עליו לחלוק עם חברי הקהילה, באמצעות תשלום היטל השבחה. עמד על כך בית

המשפט העליון בעניין עע"מ 8600/15 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קרית אתא נ' פז גז בע"מ (נבו 01.11.2018), בהתייחסו לתמ"א 32/ג, היא תכנית מתאר ארצית למשק הגפ"מ – אתר קרית אתא. בית המשפט העליון הפנה בין היתר לפסיקה קודמת בקשר עם מידת הפירוט הנדרשת בתכנית, לרבות בתכנית מתאר ארצית, על מנת שזו תיחשב בגדר תכנית מפורטת (ראו האזכורים בסעיף 33 ו-39 לפסק הדין) ולכלל השיקולים המצדיקים חיוב בהיטל השבחה בגין תכנית מתאר ארצית הכוללת הוראות של תכנית מפורטת.

110. וראו גם פסק דין קודם בהקשר זה: רע"א 384/99 מועש בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה טבריה (נבו 19.10.1999), אשר עסק בשאלה אם ניתן לגבות היטל השבחה בשל אישורה של תמ"א 18/2 – הוא תיקון 2 לתכנית המתאר הארצית לתחנת תדלוק. במסגרת סעיף לשינוי זה ניתן היה לאשר הקמת תחנות תדלוק, באזורים שיועדו על פי תכניות מתאר מקומיות למלאכה ולתעשייה זעירה. בית המשפט העליון קבע כי התמ"א באותו העניין הכניסה שינויים משביחים בתכנית המקומית ועל כן כי ניתן לגבות בגין כך היטל השבחה.

111. השאלה כיצד והאם לגבות היטל השבחה בגין הוראות בתכנית אשר מותנות בשיקול דעת נדונה בעניין רע"א 3002/12 הוועדה המקומית לתכנון ובניה גבעתיים נ' אליק רון, 15.7.2014, פורסם בנבו) (להלן: "עניין אליק רון"). באותו העניין נדונה השאלה מה דינן של זכויות מותנות, לאחר אישורן, לצורך החיוב בהיטל השבחה והאם יש לגבות בגינם היטל השבחה.

112. כב' השופט עמית הבחין בסעיף 34 לפסק הדין בין תכניות הכוללות זכויות הכפופות להקלה לבין תכניות הכוללות זכויות "מעין מוקנות" בצינו כדלקמן:

"לסיכום, יש להבחין בין תכנית הכוללת זכויות הכפופות להליכי הקלה, בנוסף תותר תוספת של עד 6%... בכפוף למילוי ותנאים הקבועים בסעיף 149-155 לחוק.... לבין תכנית הכוללת זכויות כמו זו שלפנינו (כפי שנדון בעניין דולינגר) ללא הליכי הקלה. בעוד שבתכניות מהסוג הראשון הזכויות אינן מובטחות, מאחר שההקלה עשויה להיתקל בהתנגדויות שתתקבלנה, כך שאין מדובר ב"גשר ברזל" המוליך אל הזכויות, הרי שבמקרה שבפנינו, הפטור מהליכי הקלה לגבי הזכויות המותנות הופך אותן למעין- מוקנות...."

113. אשר לתכניות הכוללות זכויות מעין מוקנות, אשר גשר של ברזל מוליך אליהן, קבע כב' השופט עמית כי אירוע המס הוא אחד, דהיינו אישור התכנית, אך מימוש הזכויות הוא דו שלבי (בעת המכירה ובעת הוצאת היתר הבניה) והמועד הקובע לצורך הערכת השומה הוא מועד התחלת התכנית (וראו שם סעיפים 43-44 לפסק הדין).

114. כן ראו את פסק דינו של בית המשפט העליון בבר"מ 2866/14 גוזלן נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה (נבו, 7.12.2004) (להלן: "עניין גוזלן") במסגרתו נקבע כי אישור הקלה כמותית בקומת הקרקע מהווה גורם מחולל השבחה גם ביחס לשטח המרתף שנבנה מכח תכנית המרתפים במסגרת אותה הקלה. אירוע המס הוא ההקלה והמועד הקובע הוא מועד אישורה.

115. וראו גם פסק דינו של בית המשפט המחוזי בת"א, מפי כב' השופטת ד"ר מיכל אגמון, עמ"נ (מינהליים ת"א) 65422-12-15 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה נ' קוזניץ בוריס (נבו 29.10.2017) (להלן: "עניין קוזניץ"). באותו העניין נקבע כי אירוע המס בעניין של זכויות המותנות מאישור הקלה, הוא מועד מתן ההקלה. במסגרת פסק הדין צוין כי הפסיקה נשענת על האבחנות בפסק דין גוזלן ובפסק דין אליק רון, בין זכויות מעין מוקנות לבין זכויות שנדרש הליך של הקלה או הליך דמוי הקלה הכולל פרסום, לצורך אישורן, כדלקמן:

"ניתן לסכם ולומר, כי בהתאם להלכות שנפסקו בעניין רון ובעניין גוזלן, יש לאבחן, לצורך מענה על השאלה מהו מועד ההשבחה ביחס לתכנית הכוללת זכויות מותנות, בין מקרה שבו התכנית מעניקה זכויות מעין מוקנות, אשר לעברן מוליד "גשר של ברזל" ואישורן אינו מותנה בהליכי הקלה, כדוגמת התכנית שנדונה בעניין רון, לבין תכנית הכוללת בהוראותיה זכויות נוספות שמימושן מותנה בהליכי הקלה, כדוגמת תכניות 2000 א ו-543 א, נשוא ענייננו".

עוד צוין:

"קביעה שלפיה מועד אירוע המס בנסיבות ענייננו יהא מועד אישור הזכויות המותנות בדרך של הקלה על ידי הוועדה המקומית, משקפת באופן ראוי ושלם גם את העיקרון העומד ביסוד דחיית תשלום המס למועד המימוש, שכן אך ברור הוא, כי חישוב ההשבחה במועד מתן ההקלה הינו פשוט הרבה יותר לעומת תחשיב ספקולטיבי הכולל מרכיבים של דחייה וסיכון, שהיה נערך במועד אישור התכנית".

116. בקשת רשות ערעור על פסק הדין נדחתה בברם 9287/17 נזרי בטי ואח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה (מיום 5.8.2018) (נבו 05.08.2018) (להלן לעיל עניין נזרי בטי או עניין קוזניץ).

117. וראו גם פסק הדין בעניין יצחק כהן, אשר עסק בזכויות המוקנות בתכנית (130 במ"ר), אשר לא ניתן היה לנצלן ללא הליך של הקלה, ואשר כפי שנקבע שם אין לשום אותם במצב הקודם כדלקמן:

"בענייננו, סבורני כי הדרך הנכונה היא לחייב את החייב בתשלום היטל השבחה, בשלב הראשון בהיטל השבחה על פי אפשרות בנייה מרבית ללא הזקקות להקלה (שאולי לא תנתן) ובשלב השני - ככל שתבקש ותינתן הקלה - בהיטל ההשבחה בגין השטח נושא ההקלה.

אני סבור איפוא כי לא ניתן היה לחייב המערערים בתשלום היטל השבחה בגין 130 מ"ר, שכן בנסיבות העניין, באין הקלה (היינו: באין מקור) ומשהזכויות נושא התכנית אינן יכולות להתממש בלא פעולה תכנונית נוספת (בקשת הקלה) – אין השבחה (וראו גם ע"א 7644/08 ניב נ' נכסי נירד בע"מ, ניתן ביום 13.9.11, פורסם במאגר נבו).

118. כן ראו פסק דינו של בית המשפט המחוזי בת"א מפי כב' השופטת גיליה רביד בעניין דייניש בו נקבע כדלקמן:

"קביעות בית המשפט בעניין כהן לגבי האופן שבו יש להתייחס ולהעריך שווי זכויות המותנות בהקלה, זאת בהמשך להלכות קודמות של בית המשפט העליון, מקובלת עלי עם כל הכבוד. יש טעם משפטי והיגיון כלכלי באמירה שבטרם אושרה ההקלה יוענקו לזכויות בתכנית שמוותנות במתן הקלה שווי "0" לצורכי היטל השבחה. דרך הילך כזו לא רק שהיא יוצרת וודאות בהליך ומונעת ספקולציות מיותרות באשר לשווין של זכויות לא וודאיות, אלא היא גם מביאה לתוצאה צודקת. היא מטילה את החיוב בהיטל השבחה על מי שבאמת נהנה מאותן זכויות. כך למשל, אם נתייחס למצב של מימוש זכויות בדרך של מכר, איזו הצדקה יש לחייב את המוכר בתשלום היטל השבחה, (גם אם בשיעור חלקי), בגין זכויות תיאורטיות שהשבחה הגלומה בהן היא תיאורטית ואין וודאות שניתן יהיה לממש את הזכויות? גם אם ניסיון החיים מראה שבדרך כלל הועדה המקומית אינה חוסמת ניצול זכויות שבתכנית ומאשרת הקלות לצורך מימושן, עדיין, כל עוד שאינה חייבת לעשות זאת ואפשר שלא תעשה זאת בגלל סיבות אובייקטיביות או בגלל הצורך להתחשב בהתנגדויות, הגון ונכון שלא להטיל היטל השבחה. הטלת חובת התשלום בבוא היום על מי שיקבל את ההקלה ויוכל ליהנות מהזכויות הלכה למעשה - צודקת הרבה יותר....

"אימוץ ההלכה שנקבעה שבפסק הדין בעניין כהן, שבעקבותיו הונחתה ועדת הערר המקומית שלא לחייב בהיטל השבחה כלל, כאשר מדובר בזכויות לא וודאיות שמוותנות בהקלה שעדיין לא אושרה - מחייבת התייחסות מיסוי עקבית שתחול גם אם וכאשר תאושר ההקלה. רוצה לומר, אם בהתאם לפסיקה הנ"ל מנועה המערערת בשלבים אחרים של מימוש זכויות (טרם ההקלה) לגבות היטל השבחה בגין זכויות בתכנית שניצולן מותנה בהקלה - מתחייב שבבוא היום, בעת שניתן יהיה לחייב בהיטל השבחה בעקבות הגשת בקשה להקלה ואישורה, תוכל הרשות לגבות את מלוא השבחה הנובעת מהזכויות. אם כשיטתה של ועדת הערר, לצורך הערכת שווי המקרקעין במצב הקודם יש לקחת בחשבון את שווי השוק האובייקטיבי גם אם שווי זה עלה כתוצאה מהצפייה למימוש הזכויות, ייווצר חוסר איזון וייגרע מהקופה הציבורית שלא בצדק. אותה הגינות

שמופעלת כלפי הנישום שלא לגבות היטל השבחה בגין זכויות לא וודאיות, מחייבת הגינות גם כלפי הקופה הציבורית כך שבבוא היום, כאשר ימומשו הזכויות בעקבות הקלה שהועדה המקומית תאשר, היא תוכל לגבות ממי שנהנה מהזכויות את מלוא ההשבחה בשיעור המלא שלה."

119. עקרונות אלו הוחלו גם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי מפי כב' סגנית הנשיא-השופטת צפת בעניין עמ"נ 55083-05-19 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ת"א נ' יצחק לב ואחרים בו נקבע כי אגב שומת ההשבחה יש לבחון האם ניתן במצב הקודם להקים את המרפסות ללא צורך בהקלה, או שמא ללא הקלה אין אפשרות כזו, ובמידה שאין אפשרות כזו ההשבחה היא מלאה לעת האישור. וכך נקבע:

"...אם לא ניתן היה במצב הקודם לבנות את שטחי הגזוזטאות בתוך קווי הבניין או תוך חריגה מותרת מקו בניין קדמי, ללא אישור הקלה, אזי מרגע שאושרה ההקלה הושבחו המקרקעין במלא שטח הגזוזטאות האחוריות".

120. בר"מ אשר הוגשה על פסק הדין בעניין לב נדחתה (בר"מ 3271/21 יצחק לב נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו (נבו 08.08.2021)). כן ראו עמ"נ (מינהליים ת"א) 31336-07-18 ארמן פרץ נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה תל אביב (נבו 01.08.2019), וכן בר"מ 6547/19 ארמן פרץ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב-יפו (נבו 25.12.2019), בו נדחה הבר"מ על פסק הדין בעניין פרץ.

121. פסיקה ענפה זו יושמה בהחלטות ועדות ערר רבות. ראו למשל: החלטה בערר ת"א 85159/17 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ת"א נ' גרשון פרבר ואחרים (נבו 29.06.2021), ראו החלטה בערר (ת"א) 8157/04/19 ארנון שוב ו-14 אח' נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו (נבו 03.06.2021), החלטה בערר (ת"א) 8785/10/19 עופר בן ישראל נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ת"א יפו (נבו 30.06.2021).

122. הגיונה של פסיקה זו, אשר עניינה בזכויות מותנות, מקורו בכך שאין למסות אלא כשהוקנתה הזכות, שאם לא כן, אין לדעת אם תינתן אם לאו (שהרי כפופה היא לשיקול דעת), וכשזו תאושר ותמוסה אין מקום לקחת מרכיב ספקולטיבי של נתינתה האפשרית בחשבון מצב קודם, שכן הדבר יהיה בגדר ספקולציה.

123. וראו את פסק דינו של בית המשפט העליון ב עניין ברקול :

"קודם שנפנה לבחינת השאלה שבפנינו, חשוב למקם אותה בהקשר הרחב יותר. לאמיתו של דבר, שאלה זו היא חוליה נוספת

בשרשרת ארוכה של שאלות שעניינן יישומו של ההסדר הסטטוטורי בתחום של היטל השבחה על מודלים תכנוניים שככל הנראה לא עמדו לנגד עיניו של המחוקק בעת שנחקק ההסדר בתחום זה.

זכויות מותנות וזכויות "מעין-מוקנות" – לעתים, תכניות מתאר מקנות זכויות שהענקתן מותנית בקבלת החלטה עתידית המורה על כך. על רקע זה, עולה התהייה מה דינן של זכויות אלו לאחר אישור בפועל, לצורך החיוב בהיטל השבחה? שאלה זו נדונה בעניין רון, שבו קבע השופט י' עמית כי יש להבחין בין תכניות שכוללות זכויות הכפופות להליכי הקלה, לבין תכניות המעגנות זכויות שאישורן העתידי אינו מחייב קבלת הקלה. בהמשך לכך, הוא הדגיש כי בעוד שבתכניות מהסוג הראשון מדובר ב"זכויות שאינן מובטחות, מאחר שההקלה עשויה להיתקל בהתנגדויות שתתקבלנה, כך שאין מדובר ב'גשר ברזל' המוליך אל הזכויות", הרי שבמקרה של תכניות מהסוג השני "הפטור מהליכי הקלה לגבי הזכויות המותנות הופך אותן למעין-מוקנות" (ההדגשות הוספו – ד' ב' א', שם, בפסקה 34). השופט עמית הוסיף וקבע כי בעת שעסקינן בזכויות מותנות מעין-מוקנות, יש להתייחס להטמעת הזכויות בתוכנית המתאר ולאישורן הסופי כאל אירוע השבחה אחד, וכי בהתאם לכך המועד הקובע לחישוב ההיטל חל רק עם אישורה של תכנית המתאר (דהיינו אין לראות בהחלטת הוועדה המקומית לאישור הזכויות כיוצרת אירוע מס נוסף). [...] מאז ניתנה ההלכה בעניין רון, השאלה הנדונה התחדדה במקרים נוספים שבהם ארעה השבחה במקרקעין על רקע אירועים תכנוניים מאוחרים לאישור התכנית. כך אירע, בין היתר, בבר"ס 2866/14 גוזלן נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה [פורסם בנבו] (7.12.2014) (להלן: עניין גוזלן). מקרה זה נסב על מצב שבו תכנית מאוחרת הסמיכה את הוועדה המקומית להעניק הקלה שעניינה הגדלת זכויות לבניית מרתפים, שנקבעו קודם לכן בתכנית קודמת. על רקע זה, עלתה השאלה מהו אירוע המס שחולל את ההשבחה שבאה לידי ביטוי בהרחבת המרתף. באותו מקרה הובהר כי העיקרון שנקבע בעניין רון חל רק במקרים של זכויות מעין-מוקנות שניתנות לייחוס כבר לתכנית עצמה. בעניין גוזלן התכנית המאוחרת לא הבטיחה את תוספת אחוזי הבניה (שכן הדבר היה כפוף לקבלת הקלה הכרוכה בהפעלתו של שיקול דעת על-ידי רשויות התכנון). על כן, נקבע כי אירוע המס השתכלל רק עם מתן ההקלה (ובהתאם למועד זה אף יש לערוך את השומה).

זכויות "ערטילאיות" – מצב דברים אחר שנדון בפסיקה הוא זה שבו התכנית קובעת בכלליות כי אפשר להורות על שימוש מיוחד בתחום שבו היא חלה, אך קביעת המיקום המדויק של אותו שימוש מיוחד מותנית בקבלת החלטה קונקרטית של גוף תכנוני. [...] אם כן, עניין אופל קרדן הדגיש את המועד שבו מתרחשת קונקרטיזציה של הסדרה כללית שנקבעה בתכנית ארצית, באופן שמאפשר את יישומן של זכויות שקודם לכן היו "ערטילאיות". כל זאת, על יסוד פרשנות תכליתית של הסוגיה, והגם שהדבר אינו עולה בקנה אחד עם פרשנותם הלשונית הפשוטה של ההסדרים הקבועים בחוק לעניין המועד הקבוע.

זכויות התלויות במצב עובדתי מסוים – עוד מצב שנדון בפסיקה נסב על מקרים שבהם פעולה חיצונית לרשויות התכנון יכולה להוליד זכויות בניה נוספות. כך, בבר"ם 2090/16 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה הרצליה נ' אקרו בע"מ [פורסם בנבו] (15.3.2018) (להלן: עניין אקרו) [...] השאלה שהתעוררה היא האם החיוב בהיטל השבחה הוא אך בגין הפוטנציאל המשביח שהיה קיים מלכתחילה בתכנית המתאר, או שמא יש להטיל חיוב נוסף בגין ההשבחה הכלכלית שנוצרה עם איחוד החלקות. הדעות בפסק הדין נחלקו. דעת הרוב (מפי השופט מ' מזוז שאליו הצטרפה הנשיאה א' חיות) סברה כי אין מקום להטיל חיוב נוסף בגין איחוד החלקות, מאחר שאין מדובר בהשבחה הנובעת במישרין מתכנית, בהתאם לחלופות המעוגנות בתוספת השלישית לחוק. לעומת זאת, סברתי אני בדעת מיעוט כי במקרים שבהם ניתן לראות בבירור כי המקור להשבחה איננו איחוד החלקות כי אם התכנית שמצויה ברקעו – ניתן לחייב בגינו בהיטל השבחה.

לא הארכת בתיאור המצב המשפטי אלא כדי להקדים ולומר, כי התשובה לשאלה שנדונה בפנינו כעת נגזרת מהמשגתה ומיקומה ביחס למקרים האחרים שתוארו, ובאופן יותר ספציפי, מהתשובה לשאלה לאלו מהם היא דומה יותר. לצורך מענה על כך, אדרש כעת לנסיבות הקונקרטיות של המקרה דנן."

124. השאלה שעמדה לדיון בעניין ברקול עניינה היה בתקנה 13(ב) לתקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים), התשנ"ב – 1992, המקנה למליאת הוועדה המקומית סמכות להחליט על הוספת שטחי שירות בתכניות קודמות לתקנות בהן נקבעו שטחים מותרים לבניה או אחוזי בניה ללא פירוט אופן חישובם, והאם וכיצד ניתן לחייב בהיטל השבחה בעקבות החלטה כאמור. בתמצית ייאמר כי נקבע כי יש לראות את התכניות הקודמות ככאלו שהסמיכו לתת הוראות לעניין תוספת של שטחי שירות. זאת, בכפוף להחלטה עתידית של הוועדה המקומית באשר להיקפם ומיקומם הסופי. קרי אירוע המס נוצר כבר בעת אישור התכניות הקודמות, כאשר החלטת הוועדה המקומית אינה משנה תכנית קודמת, באופן היוצר אירוע מס עצמאי נוסף, אלא היא מובילה לגיבושן הקונקרטי של הזכויות שנקבעו בה. כן נקבע כי הזכויות בדבר תוספת שטחי שירות, שנכללו בתכניות הקודמות, הן זכויות מותנות וערטילאיות. שכן גם אם לבעלי המקרקעין היה ביטחון מסוים באשר לעצם אישורן העתידי של זכויות בניה כלשהן לשטחי שירות (שכן נוכח מאפייניהם התכנוניים של שטחים אלו ברי כי אלו נדרשים בכל מקרה של בנייה למטרות עיקריות), הרי שהיקפם המדויק והסופי של שטחים אלו אינו ודאי עד למועד קבלת החלטת הוועדה המקומית. בהמשך קבע בית המשפט כי אין להחיל בנסיבות העניין את ההלכה שנקבעה בעניין אליק רון בדבר פיצול תשלום היטל ההשבחה לשני שלבים. הדיון הוחזר לשמאי המכריע על מנת שישום את ההשבחה תוך שנקבע כי ככל שניתן יהיה להוכיח קיומו של נוהג ברור להתיר שטחי שירות בהיקף מסויים במצב הקודם, שהשפיע על שווי השוק, יהיה מקום לחייב רק בגין התוספת של שטחי השירות מעבר לאותו נוהג.

125. לקלסיפיקציה בהתייחס לסוגי זכויות ראו גם "סיכום דיון בנושא: חבות בהיטל השבחה במימוש זכויות בדרך של מכר וההתייחסות לשווי הנובע מתחולתה של תמ"א 38 בחישוב שווי מצב קודם בשומת היטל השבחה", מיום 1.12.22 שנערך על ידי המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, הגב' כרמית יוליס.

126. את הפסיקה בנושא היטיבה לתאר ועדת הערר מחוז מרכז (הרכב בראשות עו"ד אייל תאודור שרון) בערר פת/ 8045/0821 ועררים מאוחדים **יוסף שמוחה ואחרים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה פתח תקווה (להלן: עניין שמוחה)** בציננה כדלקמן:

"אם כן, ממסגרת הדין ומתכלית דיני ההשבחה ניתן אפוא לסכם ולקבוע, כי אירוע מס המצית חבות בהיטל מכוח הוראות התוספת השלישית, ימצא מקום שבו הוקנתה בתכנית באופן ודאי או קרוב לוודאי (שחצייתו אפשרית על-גבי "גשר של ברזל", ללא כפיפות להליכי פרסום והתנגדות נוספים), תכונה חדשה ומיטיבה במקרקעין. במקרים שכאלו בהם מדובר בתכנית מקומית הכוללת זכויות מוקנות או מעין-מוקנות, מועד ההשבחה יהא מועד אישור אותה התכנית. לעומת זאת, כאשר מדובר בתכנית הכוללת זכויות חדשות שאינן מוקנות בפועל, אלא לכל היותר מותנות בהליכי תכנון נוספים בשיקול דעת רחב (כגון אישור הקלה וביתר שאת אישור תכנית נוספת) – מועד ההשבחה יהא מועד אישור הזכויות מהלכה למעשה באותו הליך תכנוני עתידי."

127. בעניין **שמוחה** נקבע כי תכנית שקובעת מסגרת תכנונית לתכנון של תכניות מפורטות, אשר אינה משנה מהוראות התכניות החלות, וטרם מקנה זכויות בניה נוספות, אלא מהווה מסגרת כללית – פירוט מגמה תכנונית עתידית הכפופה לשיקול דעת מוסדות התכנון - אינה בבחינת אירוע משביח.

128. מן המקובץ עולה כי כאשר מדובר בזכויות שהקנייתן כפופה לשיקול דעת במסגרת הליך תכנוני נוסף, כגון הקלה, אשר אין לדעת אם יאושר אם לאו, אין למסות בגינן בטרם הופעל שיקול דעת זה והוקנתה הזכות. מועד ההשבחה יהיה מועד אישור הזכויות.

מן הכלל אל הפרט- האם הזכויות לניוד הוקנו אם לאו?

129. המחלוקת שניטשה בין הצדדים עניינה בשאלת יישום ההלכה הפסוקה בעניינו.

130. בעוד שהעוררת טוענת כי הזכויות לניוד הוקנו עם אישורה של תכנית השימור והן נתונות למקרקעין והן אינן טעונות הפעלת שיקול דעת נוסף, טוענים המשיבים כי זכויות אלו כפופות להליך של אישור תכנית ביחס למקרקעין החדשים ומה לך הליך הטעון שיקול דעת רב יותר מאשר הליך אישורה של תכנית!

131. לכאורה כל אחת מטענות הצדדים שובת לב.

132. כאמור המקרקעין שביחס אליהם נבחנת ההשבחה הוא המגרש בהם מצוי המבנה לשימור – זו יחידת השומה בה אנו עוסקים. למגרש זה הוקנו זכויות בעלות היקף מוגדר, ובכלל זה זכויות שאינן ניתנות לניצול אלא רק לניוד. זכויות אלו אינן נתונות לשיקול דעת, אלא הם תולדה של ישום הוראות תכנית השימור. כתוצאה מיישום הוראות תכנית השימור ולאור המגבלות האדריכליות של המגרש מתקבלת תוצאה מוגדרת של זכויות בניה, ובהינתן כי רק חלקן ניתן לבניה במגרש, מתקבלת יתרה ספציפית של זכויות לניוד. זכויות אלו הוקנו למקרקעין אך אינן ניתנות לניצול במקרקעין. תכנית השימור קובעת על פי המנגנון הקבוע בה מה יהיה היקף הזכויות לניוד כמפורט לעיל.

133. בשונה מעניין **כהן ודייניש**, הזכויות לניוד אינן כפופות להליך תכנוני במקרקעין בהם הם נתונות. כאמור לעיל, הזכויות לניוד אינן הלכה למעשה בגדר זכויות בניה, אלא זכויות כלכליות הנתונות למגרש. אמנם בדומה לעניין **כהן** הזכויות לניוד אינן ניתנות לניצול במקרקעין, ואולם ערכן אינו בא להם מעצם היותן זכויות בניה, אלא מעצם האפשרות לניידן. זכות שאינה נתונה למקרקעין בעניין **כהן**.

134. הינה כי כן, ביחס לזכויות הבניה שאינן ניתנות לניצול שנדונו בעניין **כהן** נדרש אקט תכנוני של הקלה בהתייחס למגרש הספציפי על מנת שניתן יהיה לנצלן בו. על כן קמה הצדקה לחייב ביחס למגרש זה רק בבוא היום כשאקט תכנוני זה יקרה.

135. ואולם, ביחס למגרש לשימור, הזכויות כבר הוקנו למגרש, האקט התכנוני העתידי הרלבנטי לצורך מימוש הזכויות לניוד הוא גריעתן ממנו ולא הקנייתן. זאת שכן, על מנת להעבירן למגרש אחר יש לכלול בתחום התכנית החדשה הן את המגרש לו הם נתונות לצורך גריעת הזכויות והן את המגרש החדש, אליו יועתקו. כאשר תוכן תכנית חדשה ביחס למגרש החדש היא תכלול במסגרתה שני מגרשים.

המגרש האחד, הוא המגרש לשימור בו יגרעו הזכויות, המגרש השני, הוא המגרש החדש אליו יועתקו הזכויות הנ"ל, על פי מנגנון ההמרה הקבוע בתכנית השימור.

136. הפועל היוצא מן האמור הוא כי הזכויות לניוד הינן זכויות המוקנות למגרש, והינן זכויות שאינן מותנית באקט תכנוני נוסף בו.

137. האקט התכנוני הנדרש הוא ביחס למגרש אחר, המהווה יחידת שומה אחרת.

138. על כן ברמה העיונית המסקנה היא כי יש לחייב בהיטל השבחה בגין הזכויות לניוד.

139. שווים של שני מגרשים אשר לכל אחד מהם נתונה כמות מסוימת של זכויות בניה שניתנות לניצול, ולאחד מן השניים נתונה בנוסף לזכויות אלו גם כמות נוספת של זכויות לניוד אינו אמור להיות שווה.

140. השאלה אם זה מצב הדברים העובדתי אם לאו, היא שאלה שמאית.

141. לא הרי אזור בו קיים "שוק" ער של זכויות בניה לניוד ותכניות מניידות מאושרות בה כשגרה, כהרי אזור שעדיין לא ניתן לזהות בו שוק כזה. לא הרי מצב בו יש ביקוש ל"זכויות לניוד" כהרי מצב שלא ניתן לזהות ביקוש כזה.

142. בין כך ובין כך, המדובר בזכות הנתונה למקרקעין, אך מימושה בפועל על דרך של איתורו של מגרש אחר רלבנטי לצרכי ניוד הזכויות הינו מורכב. מעבר לאיתור המגרש נדרשת הכנת תכנית על כל המורכבות הכרוכה בכך. אין המדובר בזכות זמינה.

143. על כן, ברי כי לא הרי שווים של 100 מ"ר זכויות בניה, כהרי שווים של 100 מ"ר לניוד ויכול ותוספת השווי לאור המורכבות הינה תוספת שווי נמוכה או אף מזערית, אם בכלל.

144. איננו נוקטים עמדה בשאלה זו, שהינה שאלה שמאית.

145. הכרעתנו הינה בהיבט המשפטי בלבד. בהיבט משפטי זה נפלה טעות משפטית בשומה המכרעת ויש להורות על תיקונה ולשום גם את הזכויות לניוד במסגרת השומה המכרעת.

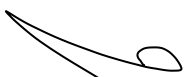
סוף דבר

146. אשר על כן החלטנו להחזיר את הדיון לשמאית המכריעה, על מנת שתשום בין היתר במסגרת השומה המכרעת את הזכויות לניוד ותתקן את השומה המכרעת בהתאם.

147. השמאית המכריעה תהא רשאית להפעיל את שיקול דעת השמאי המלא בעניין שוויון של הזכויות לניוד והחלטה זו קובעת את ההיבט המשפטי בלבד.

148. בנסיבות העניין ומשהשאלה שנותרה להכרעתנו היא משפטית גרידא, ואף תקדימית, לא יעשה צו להוצאות.

ההחלטה התקבלה פה אחד, וניתנה היום, כ"ט טבת, תשפ"ה, 29/01/2025, בהיעדר הצדדים.



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



נטלי כהן, עו"ד
מזכירת ועדת ערר
לפיצויים והיטלי השבחה
מחוז תל אביב