

## ניוד זכויות בנייה בין מגרשים - היבטים שמאיים

### מאת

### בועז ברזילי, שמאי מקרקעין

המטלה הכספית בהפקעת מקרקעין לצורכי ציבור מחד-גיסא ומצבן הפיננסי של הרשויות מאידך גיסא, מובילים לרעיונות "יצירתיים" לגבי אפשרויות הפקעה, שאין עמן תשלום כספי. באופן כללי, העיקרון הוא, כי תשלום פיצויי הפקעה הינו בכסף אלא אם קיימת הסכמה אחרת בין הבעלים לרשות. ראה למשל סעיף 191 לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1995 (להלן: "חוק התכנון והבנייה") לפיו:

**"הוועדה המקומית, בהסכמת הוועדה המחוזית, רשאית לבוא לידי הסכם עם בעל מקרקעין שהופקעו על-ידה, כי במקום תשלום כסף תמורתם, יועברו לו מקרקעין אחרים, בתחום התכנית או מחוצה לה, לסילוק מלא או חלקי של תביעותיו הנובעות מההפקעה".**

מעבר לחילופי קרקע, כאמור בסעיף 191 לחוק התכנון והבנייה, אחת הדרכים ל"פיצוי" ללא תשלום כסף הינה "תשלום" באחוזי בנייה. הסכמה לתשלום נובעת מההבנה, כי אחוזי בנייה הינם בעלי ערך רב לבעל הקרקע אולם אינם עולים דבר לרשות, למעט עלויות תכנון, הזניחות בדרך כלל לעומת תשלום הפיצויים.

קיימות מספר דרכים למתן "פיצוי הפקעה" בדרך של אחוזי בנייה. למשל, הקביעה כי **זכויות הבנייה ייגזרו משטח המגרש ברוטו** או משטח מגרש גדול יותר מהקיים. אם הוראות החוק מאפשרות כיום, בתנאים מסוימים, הפקעה של 40% ללא תמורה, לפי חוק התכנון והבנייה, ניתן לקבוע הוראה, כי זכויות הבנייה יחושבו לפי 60% משטח החלקה המקורי, הגם ששטחה בפועל עשוי להיות מצומצם יותר. על שיטה זו ניתן להעביר ביקורת, שכן בתקנות התכנון והבנייה (חישוב שטחים ואחוזי בנייה בתכניות והיתרים), תשנ"ב-1992 נקבע, כי לצורכי חישוב שטחים ואחוזי בנייה, שטח המגרש הוא השטח לאחר שנוכה ממנו החלק שנועד בתכנית לצורכי ציבור. התייחסות לנושא ניתן למצוא גם בע"פ (ת"א) 1336/78 **צורן, חברה קבלנית לבניין והשקעות בע"מ נ' מדינת ישראל** (לא פורסם) אשר מתח ביקורת על השיטה, הגם שבאותו המקרה לא נעשה החישוב על-פי תכנית. להערכתנו, משמעות קביעה מעין זו בתכנית בניין עיר היא העלאת אחוזי הבנייה, על כל המשתמע מכך, למרות שבפועל אחוזי הבנייה נשארו זהים ורק הדרך לחישובם השתנתה.

אפשרות נוספת הינה **הגדלת זכויות בנייה בחלק המגרש הנותר**. להערכתנו, כאמור לעיל, גישה זו אינה שונה במהותה מהגישה הקודמת, לפיה אחוזי הבנייה יחושבו משטח מגרש משוחזר. גישה נוספת מציעה **העברת זכויות בנייה ממגרש למגרש**. העברה מסוג זה יכולה להעלות מספר בעיות, וביניהן:

א. מידת הקירבה בין המגרשים וזוהות הבינוי שלהן; לעניין זה ניתן לפנות לפסק הדין ע"א 499/89 **(רמת אביבים בע"מ נ' מירון, בן-ציון ופריבס עורכי דין, שותפות רשומה, פ"ד מו (4) 586)** או לפסק דין ת"א (ת"א) 4120/85 **נאווי נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"מ נח 225**.

ב. הבעלות במגרשים - כיצד תתייחסנה הרשויות להעברת זכויות בין בעלים אחד בשני המגרשים לבין יצירת שיתוף על-ידי העברת זכויות בין בעלים שונים.

ג. סוגיית המיסוי בגין העברה מסוג זה.

ד. שמירת הערך שבין זכויות הבנייה במגרשים שונים. לא הרי שווי זכויות בנייה במגרש מסוים כשוויין במגרש אחר, אפילו הסמוך לו. יתרה מזו, עצם ההעברה בין המגרשים משנה את רמות הצפיפות, המשפיעות אף הן על שווי המקרקעין.

כבר הוטחה ביקורת שיפוטית על העברות מסוג זה: ברמה המשפטית - האם זכויות בנייה הינן זכות קניינית, זכות הקשורה בקרקע או בבעל הקרקע; במישור התכנוני - לגבי עצם רעיון מסחור הזכויות והפגיעה בשיקולים התכנוניים והפרוצדורה הנדרשת להן (שינוי תביע וכד'), ובמישור השמאי - מערכת היחסים הכספית המשיקה גם למישור המיסוי. ניתן לעיין, למשל, בעמ"ש (חי') 24/66 **ברלצקי נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"מ נח 225** וגם בת"א (חי') 1449/68 **מלר נ' חוצרה (פ"מ עד 250)**. - בו נטען כנגד הסכם לתוספת

זכויות במגרש תמורת הפרשת חלק ממנו. השימוש בזכויות בנייה עודפות, נקבע, היה בלתי חוקי והעלה סוגיה תכנונית הקשורה בחלוקה לא מבוקרת של זכויות בנייה והתעלמות משיקולים תכנוניים.

קושייה מורכבת מאוד הינה ביחס לפרוצדורה הנדרשת, שכן, אם בשינוי תב"ע עסקינין, הרי שקמה הזכות לשכנים לתכנית לתבוע פיצויים בגין הסתרת אור, אוויר וכד'. ראה למשל, ע"א (י-ם) 73/76 שניידר נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה ירושלים, פ"מ תשל"ח (1) 210.

בהתאם לרוח הפסיקה, המועטה יחסית בעניין זה, דומה כי הדרך הנכונה הינה דרך התכנון השלם, לרבות בדיקה תכנונית מקדימה, קרי, שינוי זכויות בדרך של תכנית בניין עיר, לרבות הפקדתה של התכנית ואישורה כחוק. ומנגד, לבצע פרוצדורת הפקעת מקרקעין כחוק. אלא שבמקרה זה, עולה סוגייה שמאית נוספת, הקשורה בהליכים השונים המוצגים במודל זה:

- א. שינוי ייעוד במגרש המקורי מייעוד לבנייה לייעוד לצורכי ציבור.
  - ב. הליכי הפקעה במגרש המקורי לרבות פרסום לפי סעיפים 5 ו-7.
  - ג. הליכי הקניית הקרקע, תפיסת החזקה בה ותשלום פיצויי הפקעה.
  - ד. שינוי ייעוד במגרש החדש ע"י הגדלת אחוזי בנייה.
  - ה. אפשרות לתביעות פיצויים מצד הגובלים בקרקע.
- ו. יצירת מערכת איזונים כספית בין שני המצבים, שלהערכתי הינה מחויבת כאשר יש יותר מבעל אחד בחלקה (איחוד בהסכמה או שלא בהסכמת הבעלים).

לכל אחד מהשלבים הנ"ל יש היבטי מיסוי. יתרה מזו, יכול בעל קרקע לטעון, כי הליכים א-ג לעיל, מזכים אותו בפיצוי ירידת ערך ובפיצויי הפקעה, העולים כדי 100% משווי הקרקע, ומנגד, לשלם היטלי השבחה במגרש החדש, העולים כדי 50% משווי הזכויות הנוספות. אם קיים הסכם מקדים בין הבעלים לרשות על "קייזוז" החובות, יש לבחון את מעמדו המשפטי, לנוכח הוראותיו הברורות של חוק התכנון והבנייה, אשר לא מתיר לוועדה מקומית לפטור מתשלום היטל השבחה בעקבות אישור תכנית. היטל השבחה קשור עם פיתוח הסביבה בה קיים התכנון החדש, וויתור הוועדה על תשלום זה עלול לפגוע בהיבט התכנוני של העברת הזכויות. יש לציין, כי כבר נמתחה ביקורת ע"י בתי המשפט, הנוגעת להיבט זה (לעיל). סעיף 1 לתוספת השלישית לחוק התכנון והבנייה מגדיר "השבחה" במקרקעין: "עליית שוים של מקרקעין עקב אישור תכנית, מתן הקלה או התרת שימוש חורג". סעיף 2 לתוספת השלישית קובע, כי "חלה השבחה במקרקעין ... ישלם בעל הקרקע היטל השבחה לפי האמור בתוספת זו ...". בסעיף 19א לתוספת השלישית נקבע, כי "חל היטל על בעל מקרקעין עקב מתן הקלה או התרת שימוש חורג, רשאית הוועדה המקומית לפטור את בעל המקרקעין מחובת תשלום ההיטל, כולו או חלקו, בגלל מצבו החומרי". מההן ניתן ללמוד על הלאו: אישור תכנית בניין עיר לא הוגדר כעניין הנתון לשיקול דעת הרשות בפטור מתשלום, ואיננו נכנסים כאן לשאלת חובת בדיקת מצבו החומרי של הנישום; השאלה שעולה היא, יכולת הוועדה להגיע להסכם "קייזוז". השאלה אינה מידת הקוגנטיות או הדיספוזיטיביות של חוק התכנון והבנייה אלא של היבט מיוחד זה מתוך החוק, שכן אם לרשות, בכל מקרה, קיים שיקול דעת - מה מקום לסעיף 19א לתוספת השלישית.

## הסוגיות הקשורות באומדן השמאי

### היטל השבחה

הסוגייה השמאית בעניין היטל השבחה בעקבות ניווד זכויות בנייה נוגעת, בין היתר, בשאלת השווי השונה של זכויות הבנייה, אף שתהיינה אותן זכויות, אלא שמיקומן השונה עשוי ליצור פער בהערכה. אולם קודם לכן יש לברר, מהו המצב הקודם. האם יש מצב קודם, שהוא שווי הזכויות במגרש המקורי, ומצב חדש - שווי הזכויות במקומן החדש. או האם השומה מתייחסת למגרש החדש בלבד, במצבו טרם העברת הזכויות אליו ובמצבו לאחר העברת הזכויות אליו. בכל מקרה, קיימים הגורמים השמאים המקובלים, לרבות התאמות בגין צפיפות שונה, צורך בחניות תת-קרקעיות וכד', אולם נשאלת השאלה, מה שווי הזכויות במצב הקודם. האם השווי במצב הקודם למגרש אליו מועברות הזכויות מגלם את פוטנציאל הגדלת הזכויות בו. נניח שני מגרשים, שבאחד מהם 30% בנייה ובשני 100% בנייה. הוועדה המקומית מעבירה את הזכויות מהמגרש בו 30% בנייה וקובעת זכויות חדשות במגרש החדש ל-130% בנייה.

בהתעלם משאלת שווי הזכויות בשני המגרשים (לצורך הדוגמה נניח, כי שווי הזכויות זהה בשני המגרשים). נשאלת השאלה, האם יש להביא בחשבון את פוטנציאל התוספת למגרש החדש. באה הרשות ואומרת, כי הזכויות במגרש החדש מהוות תכנון יעיל התואם את ערכי הסביבה (שאם לא-כן, היא לא תבצע את ההעברה). לפיכך, עשוי לטעון בעל הזכויות במגרש אליו מועברות זכויות הבנייה, כי ההשבחה שנוצרה לו אינה ההפרש בין 100% ל-130% בנייה, אלא ההפרש שבין 100% + פוטנציאל הרחבה בלתי ממומש ל-30% נוספים לבין 130% ממומשים. ההפרש במקרה זה יהיה נמוך באופן משמעותי, ומכאן גם היטל ההשבחה, מאשר השבחה על מלוא 30% תוספת בנייה ללא הפחתת פוטנציאל הבנייה, הקיים לכאורה במצב הקודם. להערכתנו, הבעיה השמאית מולידה בעיה משפטית-תכנונית: עד כמה באמת התכנון החדש יעיל, ומה תאמר הוועדה אם יבקש בעל הקרקע לנצל את היעילות בהגדלת אחוזי הבנייה, ללא קשר למסירת זכויות במגרש המקורי.

### **אומדן פיצויי ירידת ערך**

בעניין העברת זכויות בנייה, עולה השאלה, האם שווי המגרש טרם ריקונו מזכויות, מגלם את הציפייה לצורך ציבורי במגרש, שממילא מפחית מערכו מלכתחילה. גם אם ייאמר, כי אין ירידת ערך, שכן הזכויות לא נלקחו אלא "הועברו מקום" - האם ניתן לטעון, שהזכויות המקוריות במגרש אליו הועברו זכויות הבנייה נפגעו מחמת הרחבת הציפיות. האם ניתן ככלל, להכניס את הזכויות המקוריות במגרש זה לעניין תביעת הפיצויים.

במילים אחרות, מהן הזכויות העומדות להשוואה. במצב הקודם, שווי הזכויות בשני המגרשים, לעומת המצב החדש, שיימדד בחיבור שווי הזכויות בשני המגרשים לאחר הניוד. או שמא במצב הקודם שווי הזכויות במגרש המקורי בלבד לעומת המצב החדש שיימדד בהתאם לשווי הזכויות המועברות בלבד, בהתעלם מהזכויות המקוריות במגרש אליו מועברות זכויות הבנייה. להערכתנו, היחס לשווי המגרש במצבו הקודם ובמצבו החדש (התייחסות למגרשים או התייחסות לאחוזי בנייה בלבד) צריך להיות עקבי, הן לעניין היטל ההשבחה והן לעניין פיצוי לפי סעיף 197, כמפורט לעיל.

### **אומדן פיצויי הפקעה**

האם ניוד זכויות מהווה פיצויי הפקעה. הרי סעיף 191 לחוק התכנון והבנייה מאפשר תשלום פיצויים בכסף או בדרך של קרקע חלופית. במקרה של ניוד זכויות, יש לקבוע תחילה, האם מתן פיצוי בדרך של זכויות בנייה כמוהו כמתן פיצוי בדרך של קרקע חלופית.

גם במקרה זה עולה השאלה, מה מודדים: שווי המגרש במצב הקודם מול הזכויות החדשות? או זכות מול זכות, במנותק מהקרקע? במקרה של פערים בשווי הזכויות, מהו ההיבט המיסוי? בשלב זה, כל עוד הבעיה נותרת ללא מענה משפטי ברור, היינו ממליצים לרשויות להסתייע בשמאי לצורך אומדן מערכת האיזונים והשווי, מתוך שאיפה להגיע לשוויון הזכויות עוד בשלב התכנוני, טרם העברת הזכויות.

### **מערכת האיזונים הכספיים**

שאלה זו קמה רק במקרה של בעלויות שונות בין המגרשים ובהנחה, כי ניוד הזכויות נעשה בדרך של תכנית בניין עיר. במקרה זה יש לבחון, האם התכנית מהווה תכנית איחוד (וחלוקת זכויות במגרש אליו הועברו זכויות הבנייה) בהסכמה / שלא בהסכמה ובהתאם, לערוך טבלת הקצאות לזכויות החדשות ולאיזונים כספיים. גם כאן, כמו במקרה המתואר לעיל בחלק היטל ההשבחה, תעלה שאלת שווי המגרש החדש לבעליו המקורי, והאם שווי המגרש לפני העברת הזכויות אליו כולל פוטנציאל להרחבת זכויות כנטען לעיל, שכן אז מערכת האיזונים הכספיים עשויה להשתנות לטובת בעל הזכויות במגרש החדש, אך יחד עם זאת עשויה לעלות שאלת המיסוי, הקשורה עם האיזונים הכספיים.

### **לסיכום**

העיקרון הכללי קובע, כי תשלום פיצויי הפקעה הינו בכסף אלא אם קיימת הסכמה אחרת בין הבעלים לרשות. אחת הדרכים ל"פיצוי" ללא תשלום כסף הינה "תשלום" באחוזי בנייה. הסכמה לתשלום נובעת מההבנה, כי אחוזי בנייה הינם בעלי ערך רב לבעל הקרקע, אולם אינם עולים דבר לרשות, למעט עלויות תכנון, הזניחות בדרך כלל לעומת תשלום הפיצויים. אחת מהדרכים מציעה העברת זכויות בנייה ממגרש למגרש. כבר הוטחה ביקורת שיפוטית על העברות מסוג זה: ברמה המשפטית, במישור התכנוני - לגבי עצם רעיון מסחור הזכויות והפגיעה בשיקולים התכנוניים והפרוצדורה הנדרשת להן, ובמישור השמאי - מערכת היחסים הכספית, המשיקה גם למישור המיסוי.

שאלת חוקיות מערכת ההסדרים הנ"ל נותרה ברובה פתוחה. בע"א 128/83 יחזקאל להבי נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה פד"יי מ(4), 660 נקבע, בין היתר, כי:

**"וועדה מקומית היא אישיות משפטית הרשאית, במקרים מסוימים, להתקשר בחוזים ... וועדה מקומית יכולה להציע לצדדים לפתור את המחלוקת ... יכולה היא אולי אף לתווך בין הצדדים, אך אין היא מוסמכת ליטול חלק פעיל בהתקשרות עצמה על-ידי קבלת התחייבות, ובודאי לא התחייבות כספית..." (הדגש אינו במקור).**

להערכתנו, ניווד הזכויות אשר ייעשה ללא תכנון מקדים, עלול להוות מכשול תכנוני ומשפטי עם סיכון ל"מסחור" זכויות בנייה, בלא שייבחן הצורך האמיתי בתוספת זכויות באזור בו נמצא המגרש אליו מתכוונים להעביר את הזכויות. ואם אכן יימצא צורך אמיתי באותו אזור לתוספת זכויות, עלולה להיווצר איפה ואיפה, כאשר הרשות תעדיף להוסיף זכויות במקום בו ייחסכו לה תשלומי פיצויים ולא מתוך שיקולים תכנוניים אמיתיים, ובמסגרת זו, עלולה היא שלא לאשר תוספת זכויות למגרש אחר במתחם או אפילו לאותה החלקה טרם העברת הזכויות החדשות אליה למבקשים זאת.