

דרור שטרומ

עורכי-דין

רמות ים 12, הרצליה פיתוח

טל': 09-9572119

פקס: 09-9579914

6 בפברואר 2022

לכבוד

המכון לרפורמות מבניות

חוות דעת

המשמעות התחרותית של קביעת תמורה אחידה בתקן 21.1

(מוגשת בהתייחסות לעתירה בבג"ץ 8958/21 המכון לרפורמות מבניות נ' כנסת ישראל)

התבקשתי על ידכם לבחון את תוקפו ומעמדו של תקן 21.1 העוסק בשמאות במיזמי פינני בינוי, בראי דיני התחרות ולאור כללי המשפט המנהלי החלים על יצירת הגבל עסקי על-ידי רשויות מנהל.

על פי המידע שהוצג בפניי, מועצת שמאי מקרקעין עומדת לאמץ "תקן" זה, הכולל קביעה מפורשת בדבר גידור והגבלת התמורה שיקבלו בעלי הנכסים בשכונות להתחדשות עירונית מ"יזמים" ותאגידי נדל"ן.¹

התבקשתי לחוות דעתי בדבר מעמדו של התקן המוצע, בהתקיים תנאים אלה:

(א) מועצת השמאים הינה גורם סטטוטורי הכולל נציגים של לשכת שמאי המקרקעין;

(ב) התקן המוצע מכתוב את התמורה שיקבלו בעלי הדירות מהיזמים מחד ונוקב ברווח מינימלי עבור היזמים מאידך;

(ג) החוק המכונן את המועצה אינו מקנה לה כל סמכות לקבוע גובה או הגבלת תמורה שיקבלו בעלי דירות, או סמכות לגדרה ב"מחיר מקסימום".²

לצורך חוות דעתי בחנתי את המסמכים הרלבנטיים, את מעמדה של מועצת שמאי מקרקעין ואת סמכויותיה ליצור הסדרים מעין אלה, את החקיקה וחקיקת המשנה הרלבנטית ומידע משלים שניתן לפי בקשתי בהיבטים היסטוריים שונים.

¹ ראו הגדרת "יזם" בסעיף 1 לחוק התחדשות עירונית (הסכמים לארגון עסקאות), התשע"ז-2017.
² בהקשר זה באו בפניי לא רק דברי החקיקה הרלבנטיים אלא גם תצהירו של מר רן וירניק, לשעבר יו"ר לשכת שמאי המקרקעין.

בחנתי את ההסדר המוצע בתקן 21.1, הסדר אשר על פרטיו אעמוד בהמשך הדברים. עמדתי על תכליתו, משמעותו המעשית והשפעתו בפועל כמגדר תמורת שוק תחרותית ומקבע אותה למנעד מסויים נקוב.

העמדתי את כל אלה במבחן דיני התחרות וכללי המשפט המינהלי הרלבנטיים לתחום. אחר כל זאת, באתי לידי מסקנה כי התקן המוצע הוא בעל השפעה אנטי-תחרותית מובהקת.

בנסיבות אותן אפרט להלן, לא תימלט המסקנה כי בהיעדר חקיקה מפורשת שתכפה, על פי רצון המחוקק, "מחיר מסויים" או "טווח מחיר" מסויים, מדובר בהסדר בלתי חוקי שכמוהו כהסדר כובל בלתי חוקי. התקן המוצע מבקש לקבוע "קו פעולה" שינחה את שמאי פינני ובינוי להגבלה אחידה של התמורה לבעלי דירות ולהגבלת שיקול דעתם של שמאים אלה, במטרה ברורה ומוצהרת לדאוג לרווחיות היזמים. הגבל עסקי אשר כזה פוגע בתחרות, חוטא לתכלית החקיקה והשפעתו קשה. דעתי היא כי לו היה מוגש הסדר זה לבית הדין לתחרות, לא היה הסדר זה זוכה, בסבירות גבוהה, לאישור.

להלן פירוט הדברים:

א. רקע

1. חוק פינני בינוי (עידוד מיזמי פינני בינוי), התשס"ו-2006 (להלן: "**חוק פינני בינוי**") מסדיר את מיזמי פינני בינוי וקובע כללים לביצועם, לאור הרצון לקדם בנייתן של יחידות דיור בישראל.
2. בין היתר, קובע חוק פינני בינוי, כי ניתן לבצע "עסקת פינני בינוי" גם בהיעדר הסכמת כל בעלי הדירות.³ כלומר, החוק מאפשר מצב בו לא כל בעלי הדירות בבניין מסכימים להעברת קניינם ליזם לשם הריסתו ובנייתו מחדש. בהתאם לחוק, אם הוצעה לדיירים "תמורה כלכלית סבירה" ניתן לאלץ את בעלי הדירות האלה, שאינם מעוניינים להשתתף בעסקת פינני-בינוי כפי שהוצעה, לפנות את בתיהם, ולשוב אליהם לאחר שנים.

³ "עסקת פינני ובינוי" מוגדרת בסעיף 1 לחוק פינני בינוי כך: "חוזה בין יזם לבין בעל דירה בבית משותף, אשר על פיו מתחייב בעל הדירה בבית המשותף למכור את זכויותיו בו, כולן או מקצתן, לצורך הריסת הבית המשותף והקמת בית משותף חדש במקומו בהתאם לתכנית לפינוי ובינוי, שמצורף לו ייפוי כוח מבעל הדירה ליזם או לעורך דין מטעמו לביצוע הפעולות הנדרשות למימוש החוזה, ושכולל, בין השאר, את כל אלה: (1) העקרונות לקביעת התמורה שיקבל כל בעל דירה לפי החוזה; (2) המועדים המרביים לאישור תכנית מפורטת, לקבלת היתר בנייה ולמסירת הדירה החדשה לבעל הדירה בהתאם לחוזה; (3) פרטים בדבר הגורם שיבצע את עבודות הבנייה בהתאם לחוזה או תנאים לבחירתו של הגורם כאמור, לרבות לעניין ניסיונו בתחום; (4) התחייבות מטעם היזם להעמיד ערבויות לטובת בעל הדירה לשם הבטחת התחייבויותיו של היזם לפי החוזה".

3. היכולת לגבור על זכות הקניין המלאה של בעלי דירות המסרבים, שאינם מוכנים להתקשר בעסקת פינוי ובינוי ואף לנקוט נגדם בסנקציות תלויה בהתקיים שני תנאים מצטברים:

א. ראשית, כי רוב מיוחס מבין בעלי הדירות האחרים הסכים לעסקה. נהוג היה, משך שנים, כי "רוב מיוחס" יהא 80% מבין בעלי הדירות. ואולם, ביום 18.11.2021 תוקן החוק כך שמספיק ששני שלישים (66%) מבעלי הדירות יסכימו לעסקה המוצעת ולתמורה שבה.

ב. שנית, כי סירובו של בעל הדירה הוא "בלתי סביר". לעניין זה קבע החוק חזקה לפיה:

"קבע שמאי פינוי ובינוי כי העסקה כדאית כלכלית, תהווה קביעה זו חזקה כי היא כדאית כאמור לעניין בחינת סבירותו של הסירוב, אלא אם כן הוכח אחרת".⁴

כלומר, החוק מקנה חשיבות מכרעת לשיקול דעתו של שמאי המקרקעין העורך שומה פרטנית לעסקה מוצעת, כמתחייב על פי חוק פינוי ובינוי ותקנותיו.

4. משמעותה של שומה פרטנית זו לגבי זכות הקניין של הדיירים היא מרחיקת לכת: אם ייקבע שהתמורה היא סבירה, די בכך ששני שלישים מבעלי הדירות יסכימו על מנת להביא להעברת זכויותיהם של בעלי הדירות שאינם מסכימים לעסקה.

5. בהשלמה לכך, מעניק סעיף 2 לחוק פינוי בינוי לבית המשפט סמכות לנקוט סנקציות חריפות כנגד בעל דירה המסרב להעביר זכויותיו בדירה לשם ביצוע פרויקט פינוי בינוי. מעבר לאחריות בנויקין כלפי שאר בעל הדירות, כוללות סנקציות אלה גם אישור לכפיית העברת זכויות בעלי הדירות שלא הסכימו לעסקת הפינוי-בינוי, הכל לצורך אישור הפרויקט ויציאתו לדרך תוך נטילת קניין.

מדובר, אפוא, בצעדים שמהותם הינה פגיעה והגבלה משמעותית של זכות הקניין של בעלי הדירות להחליט מה ייעשה בקנינם.

6. מכאן נובעת גם חשיבותה הרבה של השומה של "שמאי פינוי בינוי" בדבר סבירות התמורה המוצעת ומתן חוות דעת אובייקטיבית, הנסמכת על נתונים המיוחדים של כל חלקת מקרקעין מבונה, מיקומה, מצבה הסטטוטורי, נתוני השוק באזור הרלבנטי ועוד. הכל, על פי מיטב שיקול דעתו המקצועי האובייקטיבי של השמאי, ללא הכתבה וללא הטיה לאינטרס של צד זה או אחר.

חשיבותה של קביעת השמאי הפרטנית בדבר "תמורה כלכלית סבירה" על פי תנאי השוק הפתוח, בנסיבות כל עסקת פינוי-בינוי מוצעת, היא קרדינלית. לאור חשיבותה של קביעה זו, המדמה

⁴ שם, בסעיף 2(ב)(1).

"מנגנון שוק" של קביעת מחיר תחרותי – קבע חוק פינוי בינוי כללים מיוחדים, הן לעניין כשרותו והן לעניין תפקודו של שמאי פינוי-בינוי,⁵ ואף תוקנו תקנות בעניין זה.⁶

7. למעשה, קביעת השמאי בדבר סבירות התמורה המוצעת נועדה להוות נקודת איזון בין התכלית של חוק פינוי-בינוי לקדם עסקאות בניה לבין זכות הקניין החוקתית. נקודת האיזון הזו תלויה בקביעת השמאי בדבר מחיר השוק האובייקטיבי שיכולים היו הדיירים להשיג בשוק תחרותי ולהעמיד מול מחיר זה את התמורה המוצעת על ידי היזם. ככל שקיימת זהות או קרבה בין מחיר השוק לבין התמורה המוצעת על ידי היזם בעסקת פינוי-בינוי, כך יקבע השמאי כי מדובר ב"תמורה כלכלית סבירה". קביעת השמאי בדבר סבירות התמורה שואבת תוקף ממחירי השוק.

8. ואולם, על פי המידע שהובא בפניי, לצד מכלול סטטוטורי זה בחוק פינוי בינוי, מבקשת מועצת שמאי מקרקעין להתערב ולהגביל את שיקול דעתו של השמאי לקבוע מהי "תמורה כלכלית סבירה" על יסוד מחירי השוק. המועצה מציעה "תקן" (21.1) המגדר ומקבע את התמורה שיקבלו בעלי דירות, ללא קשר למחירי השוק וגובר על שיקול הדעת האובייקטיבי-פרטני של שמאי פינוי ובינוי.

9. התקן מבקש לקבע בכל הארץ, בכל פרויקט שהוא ובאופן אחיד, תמורה מסוימת לבעלי דירות, כך שאלה מהם שסרבו לקבלה ייחשבו כמי שמסרבים סירוב בלתי סביר, כאשר מוצהר במפורש בגוף ה"תקן" כי הדבר נעשה על מנת להבטיח את הכדאיות הכלכלית של פרויקט פינוי ובינוי עבור היזמים ואת רווחיותם.

10. הצעד המדובר הוא "תקן 21.1", אשר פורסם להערות הציבור על ידי מועצת שמאי המקרקעין ביום 28.11.2019. "תקן" זה על פי האמור בו, גם בא וקובע שיעור נקוב של רווחיות מינימלית ליזמים, הכל כפי שיפורט להלן.

11. הסתכלות כוללת על הדברים מציירת תמונה לפיה, מועצת שמאי מקרקעין, אשר על מהותה ותפקידיה אעמוד בהמשך, משתמשת במכשיר ה"תקן" כדי לקבע רמת מחיר נקובה בעסקאות פינוי בינוי, ושל רמות רווחיות מינימליות ליזמים, תוך נקיבה בשיעורים אריתמטיים ספציפיים. השאלה היא אם רשאית מועצת השמאים לעשות כן ואם אין הדבר מהווה סוג של "הגבל עסקי",

⁵ סעיף 2ב לחוק פינוי בינוי מגדיר דרישות מיוחדות לכשרותו של שמאי מקרקעין כלשהו לשמש "שמאי פינוי ובינוי" וסעיף 2א לאותו חוק מטיל מגבלות מיוחדות על תפקודו של שמאי פינוי ובינוי ובהן הדרישה כי "שמאי פינוי ובינוי, או אחר מטעמו או בעבורו, לא יקבל טובת הנאה, במישרין או בעקיפין, ממי שעניינו נדון לפניו או ממי שהיה צד לדיון שהתקיים לפניו, זולת שכר והחזר הוצאות שקיבל לפי סעיף קטן זה, אם טרם חלפו שנתיים מיום שקיבל החלטה בעניינו, ולא יקבל טובת הנאה בקשר עם עניין שנדון או הובא לפניו בתפקידו כשמאי פינוי ובינוי, זולת שכר והחזר הוצאות כאמור" (סעיף קטן (ה) שם), וכמו כן הדרישה בסעיף קטן (ו) כי "שמאי פינוי ובינוי לא יטפל בעסקאות פינוי ובינוי ובעניינו של מי ששיקר עיסוקו גם בעסקאות כאמור, שלא מכוח מינוי כאמור בסעיף קטן (ב), אם טרם חלפו שישה חודשים מהמועד שבו חדל להיות רשום ברשימת השמאים או אם טרם חלפה שנה ממועד מתן חוות דעתו האחרונה מכוח מינוי כאמור".
⁶ תקנות פינוי ובינוי (פיצויים) (מינוי שמאי פינוי ובינוי וסדרי דין בבקשות שיוגשו לשמאי פינוי ובינוי), התשע"ב-2012. ניתן היה לומר כי תפקידו של השמאי בקביעת התמורה הכלכלית הסבירה הוא תפקיד מעין שיפוטי – וראו תקנות 18 ו-19 (א) לתקנות אלה.

קביעת מחירי מקסימום ורווחי מינימום ללא סמכות סטטוטורית בדיון, ובהתעלמות גמורה מן הדיפרנציאליות שבין העסקאות והבניינים בהם מדובר ומיקומם.

ב. מועצת שמאי מקרקעין

12. מועצת שמאי מקרקעין פועלת מכוח חוק שמאי המקרקעין, התשס"א-2001. תפקידה העיקריים של המועצה מוגדרים בחוק במפורש: ניהול פנקס שמאי המקרקעין, עריכת בחינות הסמכה לשמאי מקרקעין, רישום מתמחים ופיקוח על התמחות בשמאות מקרקעין וטיפול בתלונות בגין התנהגות שאינה הולמת את מקצוע שמאות המקרקעין.

13. לתחומי פעילות אלה נקבעו נורמות ספציפיות יותר בתקנות,⁷ אך לא בחוק ולא בתקנות אין כל סמכות לקביעת שיעור לתמורה שיקבעו שמאי מקרקעין בשומותיהם, ולא לקבוע "תקן" הכולל פרטים מסחריים אלה.

14. סעיף 2(א) לחוק שמאי מקרקעין קובע את הרכב חברי המועצה, ומקום של כבוד ניתן בה לאיגוד העסקי של שמאי המקרקעין: שלושה מבין חברי המועצה מתמנים לפי המלצת הארגון המייצג את שמאי המקרקעין -

תוקם מועצת שמאי המקרקעין, ואלה חבריה:

- (1) השמאי הממשלתי הראשי שבמשרד המשפטים;
- (2) ארבעה עובדי המדינה – מהם שניים שימנה השר ושניים שימנה שר האוצר, ובלבד שאחד מהם, לפחות, יהיה שמאי מקרקעין;
- (3) שני חברים, שימנה השר, מבין חברי הסגל האקדמי של מוסדות מוכרים להשכלה גבוהה כמשמעותם בחוק המועצה להשכלה גבוהה, תשי"ח-1958 (להלן – חוק המועצה להשכלה גבוהה), שתחום התמחותם הוא לפחות אחד מאלה: שמאות מקרקעין, מנהל עסקים, משפטים, כלכלה או תחום אחר בעל זיקה לשמאות מקרקעין;
- (4) שלושה שמאי מקרקעין שימנה השר לפי המלצת הארגון;
- (5) נציג ציבור שימנה השר.

15. מהרכב המועצה עולה כי לפחות חמישה מחבריה חייבים להיות שמאי מקרקעין ובהם שלושה שמתמנים על פי בחירת "הארגון". ארגון זה הוא "איגוד עסקי" במובן דיני התחרות, קרי "חבר-

⁷ תקנות שמאי מקרקעין, התשכ"ג-1963; תקנות שמאי מקרקעין (אגרות), התשע"ב-2012; תקנות שמאי מקרקעין (אתיקה מקצועית), התשכ"ו-1966; תקנות שמאי מקרקעין (כשירות ממלאי תפקידים), התשס"ג-2002; תקנות שמאי מקרקעין (ערר על הבחינות), התשס"ב-2002; תקנות שמאי מקרקעין (ועדת פיקוח על הבחינות), התשס"ז-2007; תקנות שמאי מקרקעין (רישום מתמחים, אימונם ופיקוח על ההתמחות), התשס"ד-2004; תקנות שמאי המקרקעין (בחינות) התשס"ו-2006.

בני-אדם, בין מאגוד ובין שאינו מאגוד, שמטרותיו, כולן או חלקן, הן קידום ענייניהם העסקיים של החברים בו".⁸ לנתון זה חשיבות בהמשך הדברים ועוד אחזור אליו.

16. בהיותה של המועצה כוללת נציגים של איגוד עסקי לפי חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 (להלן: "**חוק התחרות**"), עשויים מעשים שונים שלה להיות נתונים למרותו של חוק התחרות, כמפורט בהמשך הדברים.⁹

ג. תקן 21.1 המוצע

17. מועצת שמאי המקרקעין החליטה בשעתו, להקים "ועדה מקצועית", היא "הוועדה לתקינה שמאית", שתקבע "תקנים שמאיים, תעדכנם ותבטלם" וזאת "במטרה לשפר את הטיב והאמינות של המידע הכלול בדו"חות שומה (בצורת כללים מנחים לעורך השומה) לשם שמירת ענייניו של ציבור המשתמשים בהם".¹⁰

18. ועדה זו מונה שבעה חברים, מהם שלושה שהם חברי האיגוד העסקי של שמאי מקרקעין.¹¹ אעיר כי לא מצאתי בחוק שמאי מקרקעין, המקים את מועצת שמאי מקרקעין, כל סמכות סטטוטורית לקבוע תקנים לביצוע שמאות מקרקעין ואיני מכיר החלטה מוסמכת להקמת ועדה כזו המתוארת.

19. לפי עדותו של רן וירניק, חבר הוועדה לתקינה שמאית ולשעבר יו"ר לשכת שמאי מקרקעין בישראל, מאז שנת 2014 הוועדה לא כונסה בהרכב שנקבע במסמך הייסוד שלה, לא קבעה סדר יום ולא כל חבריה הוזמנו לדיונים.

20. למרות זאת, בנובמבר 2019 פורסמה הצעה לתקן 21.1 שמטרתה המוצהרת, על פי האמור בה, היא:

"לתת מענה לבעיה שנוצרה בהליכי התכנון, כאשר מוסדות התכנון אישרו תוכניות שלא יושמו בשל

אי כדאיות כלכלית, שהסתברה בדיעבד".

העתק מתקן 21.1 מצורף **כנספח ב'** לחוות דעתי זו.

⁸ סעיף 1 לחוק התחרות, הגדרת "איגוד עסקי" שם.

⁹ ראו בפרק ה' להלן.

¹⁰ מועצת שמאי המקרקעין "כללי תקינה שמאיים – הצעה למבנה הוועדה המקצועית ומהלך עבודתה" (ההפניה היא לטייטה שכן לא ידוע לי על נוסח חתום של מסמך זה).

¹¹ על פי טיוטת ההחלטה של מועצת שמאי מקרקעין לגבי הקמת הוועדה המקצועית, "המועצה רשאית למנות שני משקיפים לוועדה (האחד, מהארגון המייצג את המספר הגדול ביותר של שמאי מקרקעין, והשני – מהגופים שהם צרכני השומות הגדולים במשק)".

21. בתחילה קובע התקן פרטים שעל השמאי לציין בשומה, ובהם פרטים טכניים כמו זהות הצדדים, מועד הביקור בנכס, פרטי זיהוי המתחם ועוד, וכן פרטים בדבר המצב התכנוני והתכנית המוצעת.

22. ברם, לצד דברים מובנים אלה, הנהירים לכל בעל מקצוע בתחום השמאות, קובע התקן המוצע, בסעיף 5.13, "עקרונות למתן תמורה לבעלי הדירות (כולל חוכרים)" ושם נאמר כך :

"דירות מגורים בבניה רוויה - התמורה תהיה דירה חדשה הכוללת מרפסת, מחסן וחניה. ככלל, שטח הדירה החדשה יהיה כשטח הדירה הקיימת עפ"י היתר בתוספת **שבין 12 מ"ר לבין 25 מ"ר**, וזאת בהתאם למגבלות התכנוניות במיזם, בהתאם למדיניות העירונית והמחוזית ועל פי מו"מ בין היזם לדיירים. ככל שהתכנון מאפשר ריווחיות מעבר לנקבע בתקן זה, ניתן להביא בחשבון בתחשיב תמורה לדיירים גבוהה יותר" (ההדגשה שלי, ד.ש.).

23. בהמשך, בסעיף 5.14, מכתיב התקן המוצע לשמאי פינוי ובינוי אף את דרך התחשיב וזאת בהנחיה ברורה כי עליו להבטיח את הכדאיות הכלכלית ליזם :

"התחשיב השמאי-כלכלי בחלק זה נועד לבחון האם שיעור הריווחיות הצפוי מהמיזם המוצע מהווה תמריץ ראוי ליזם למימוש התכנית (ראה "רווח היזם" בהמשך סעיף זה). במקרה בו מסקנת השומה הינה כי התכנית המוצעת אינה כדאית כלכלית, יקבע השמאי באילו תנאים התכנית תהיה כדאית".

24. ממשיך עוד התקן המוצע וקובע, בסעיף "רווח היזם", שיעור רווחיות נקוב שהוא שיעור הריווח המינימלי ליזם וכי הבטחת שיעור רווחיות זה צריכה להנחות את שמאי פינוי ובינוי :

"רווח יזמי מבטא את התמורה הראויה המגיעה ליזם עבור הסיכון שהוא לוקח על עצמו, וכן את הפסד התשואה האלטרנטיבית להונו העצמי. רווח היזם משתנה בין מיזם למיזם ומושפע גם מביקושים. מיזם פינוי בינוי מבוצע בדרך כלל בהיקפים גדולים, נמשך זמן רב ויש בו מרכיבי סיכון שאינם אופייניים למיזמים אחרים. לכן, **שיעור הרווח במיזמים אלה נדרש להיות גבוה יותר לעומת בנייה בקרקע פנויה. טווח המינימום לשיעור הרווח היזמי מהעלויות יעמוד על 20%-25%**, והוא יקבע על ידי השמאי בהתאם למאפייני הפרויקט, מיקומו, היקפו, סוג הנכס והשימושים הקיימים, שיעור חתימות דיירים (במקרה של מסלול מיסוי) וכד'. פרמטרים אלה מבטאים בעיקר את הסיכון הכרוך במיזם. השמאי ינמק את קביעתו. טווח המינימום נקבע גם בשים לב לשיעורי הרווח הנדרשים על ידי הבנקים המלווים, שבוחנים קרוב למועד הליווי, ולאחר השארת מרווח מסויים לשינויים

25. כך, בעוד לגבי בעלי הדירות בבניינים הישנים המיועדים לפינוי ובינוי נקבע ומוכתב לשמאי טווח לתמורה שיקבלו הכולל תמורה **מקסימלית**, הרי שלגבי היזם נקבע כי יש להבטיח לו רווחיות **מינימלית**. עוד מוזהר השמאי שלא להגיע למצבים בהם הכדאיות היא גבולית ולכן ההנחיה המשתמעת היא כי בכל מצב גבולי, עליו להטות את קביעתו לטובת היזם.

26. על פי התקן המוצע, האמור לעיל יחול על כל השומות הנערכות למיזמי פינוי ובינוי בישראל.

27. זה המקום להעיר כי בתקן הקיים (21.0) נקבעו אמות מידה כלליות ועקרונות מנחים לשאלת סבירות עסקת פינוי בינוי. יתכן בהחלט כפי שנראה מיד, כי גם בכך ישנו טעם נפגם (בהיעדר כל סמכות חוקית להכין ולתקף תקן כזה). ואולם, התקן המוצע, תקן 21.1, מבקש ללכת כברת דרך ארוכה קדימה, **לעומק עולם הקביעות המסחריות**, ולקבוע "גג" אחיד לתמורה שעל יזם להציע לבעלי דירות, ואשר אם אלה יסרבו לקבלה – ייחשב להם הדבר ל"סירוב בלתי סביר" – ובכך ייפתח השער לפגיעה בזכות הקניין שלהם וכפיית עסקה עליהם, חרף רצונם.

28. צמצום מוכתב של המחיר וקביעת שיעור רווחיות מינימלי ליזם, עשוי להיות ענין למחוקק ואם אכן ניתנת סמכות להתערבות כזו בחוק של הכנסת או על פי הסמכה בחוק כזה, כי אז עשוי הדבר ליהנות מחסינות מדיני התחרות, בשל היותו "כבילה על פי דין" (סעיף 13(1) לחוק התחרות).

29. ואולם הערתי כבר, כי לא מצאתי בחוק שמאי מקרקעין מקור סמכות סטטוטורי למועצת שמאי מקרקעין לקבוע תקן מסוג זה, המהווה למעשה "הנחיית שוק" בדבר מחירי מקסימום ורווחיות מינימום. מובן כי קביעת מחירים ורווחיות היא התערבות ישירה וברורה בכוחות ובפעולת השוק החופשי וככזו מחייבת מקור סמכות מפורש. לכן, בענייננו נשאלת השאלה מה דינה ומה מעמדה של הנחיה והכתבה של מחירים ורווחיות בלא סמכות כאמור ובלא קביעת המחוקק. בכך אדון בפרקים הבאים.

ד. תקן 21.1 – הסדר כובל במהותו

30. סעיף 2 לחוק התחרות מגדיר מהו "הסדר כובל" אשר עשייתו אסורה בלא היתר מפורש (לפי סעיף 4 לאותו החוק). זהו נוסחה של הגדרת ההסדר הכובל:

"(א) הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.
(ב) מבלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:

- (1) המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
- (2) הריווח שיופק;
- (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;
- (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם."

31. סעיף 2, המהווה את נדבך היסוד לפרק ההסדרים הכובלים, מפרט שני סוגים של הסדרים כובלים. בסוג הראשון נכללים הסדרים לפי סעיף 2(א) לחוק, שבחינתם מוכיחה קיומה של עלילות להשפעה אנטי תחרותית עקב ההסדר וההגבלה שבו. הסעיף מוסב על פרופוזיציה רעיונית רחבה לפיה כל הסדר הכולל מגבלה העלולה לפגוע ביכולת לקיים תחרות (או מצמצם אותה) מחייב אישור מפורש של הממונה על התחרות או של בית הדין לתחרות.¹²

32. הסוג השני של הסדרים כובלים, המוכלל בסעיף 2(ב) לחוק, כולל הסדרים מובהקים של מניעת או צמצום תחרות המוכרים מן הניסיון המצטבר: תיאום מחירים, חלוקת שוק, קביעת מכסות ועוד. לגבי הסדרים כאלה, שלשונם ותוכנם כה טיפוסיים להסדרי קרטל, קיימת הנחה חלוטה של המחוקק שעצם קיום ההסדר מביא לצמצום התחרות. זאת, משום שמדובר בהסדרים שתכליתם העיקרית היא פגיעה בתחרות.

33. על חלוקה זו עמד בית המשפט העליון בפסק דינו היסודי בפרשת שף הים:¹³

"שניים הם סוגים של הסדר כובל בהגדרה של הסדר כובל: סוג אחד הוא סוג שבהוראת סעיף 2(א) וסוג שני הוא סוג שבהוראת סעיף 2(ב). הוראת סעיף 2(א) קובעת מבחן שניתן לכוונתו מבחן

¹² זאת בכפוף לסייג של "זוטי דברים" ולפטורי הסוג שהותקנו לפי סעיף 15א לחוק התחרות, שניהם אינם רלבנטיים לענייננו.
¹³ דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, פסי' 38-39 לפסק דינו של השופט חשין (2001)

פונקציונלי: הסדר יהא הסדר כובל אם מגביל הוא לפחות אחד הצדדים להסדר '...באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים...'. המבחן הוא מבחן פונקציונלי, מבחן של פגיעה בתחרות [...].

39. שלא כהוראת סעיף 2(א) לחוק היא הוראת סעיף 2(ב) בו; שלהבדילה מהוראת סעיף 2(א), הוראת סעיף 2(ב) קובעת מבחן שניתן לכוונתו מבחן צורני: '...יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים...', ובהמשך – בפיסקאות (1) עד (4) לסעיף 2(ב) – מנויים אותם עניינים. הוראת סעיף 2(ב) קובעת אפוא חזקה ("יראו כהסדר כובל"), ולפיה הסדר באחד מן העניינים המנויים בה חזקה עליו כי פוגע הוא בתחרות, אשר-על-כן הסדר כובל הוא".

34. בענייננו, כפי שעולה בבירור מתקן 21.1 המוצע, מדובר בהסדר שמהותו כובלת ל"מחיר מקסימום". על כן, היא מן הסוג השני, החמור יותר, של הסדרים כובלים: מדובר בהסדר המבקש לכבול את חוות דעת כלל השמאים ל"גג" המחיר שישולם לבעלי הדירות על ידי היזמים.

35. השפעתו הכובלת של ההסדר היא ברורה: אם קודם לכן היה "שוק התמורה" לבעלי הדירות שוק תחרותי ופתוח, התחרות בין היזמים לא הייתה מוגבלת ושמאי פינוי ובינוי יכול היה לקבוע מהי "תמורה סבירה" לפי שיקול דעתו הפרטני ועל פי עקרונות שמאות מקצועיים, ללא הכתבה וללא מגבלה – בא ההסדר הגלום בתקן המוצע וגודר את התמורה הסבירה למרחב שלא עולה על 25 מ"ר ("בין 12 מ"ר לבין 25 מ"ר").

36. ההסדר בתקן יוצר אפוא, האחדה וצמצום התמורה למנעד תמורה מוגדר. ככזה הוא נופל תחת החזקה החלוטה האוסרת על הסדרים הנוגעים ל"מחיר שיידרש, שיוצע או שישולם". הדבר דומה להסדר האוסר על הורדת מחיר לצרכן של לחם, ביצים או גבינה לבנה מתחת למחיר מסוים. זהו הסדר חמור ביותר אשר אסור באיסור Per Se מוחלט.

37. לא למותר לציין, כי במקרה זה מדובר בהסדר חמור לא פחות מהסדר העוסק במחירי הלחם או הביצים, שכן מדובר בדירת המגורים – הנכס העיקרי של האדם הממוצע בישראל.

38. השפעתו של הסדר כובל זה על השוק היא ברורה: הוא מצמצם מאד את המוטיבציה של יזמים להתחרות ביניהם על בעלי הדירות, ומוביל ל"התכנסות" הצעות היזמים לסטנדרט של 12 מ"ר לכל בעל דירה. תוצאותיו כבר ניכרות בשטח: מספר עיריות משמעותיות הוציאו בעקבותיו הנחיות

המגבילות את התמורה לבעלי הדירות לכ-12 מ"ר בלבד.¹⁴ ניתן אפוא לומר כי ההסדר פועל דה פקטו באופן ברור לטובת היזמים ותאגידי הנדל"ן ועל חשבון ציבור בעלי הדירות.

39. ההשפעה האנטי-תחרותית של גידור וקיבוע מנעד תמורה קשיח ומוכתב מראש, עולים באופן ברור מדו"ח הצוות הממשלתי שהוקם לבחינת החסמים בהתחדשות עירונית משנת 2020. הצוות עמד על כך שעל אף שבתקן קודם (תקן 21.0), ההתייחסות לנושא הייתה רק בהערת שוליים בה נכתב ש-25 מ"ר עשויים לשקף תמורה הולמת, הדבר הפך כבר לנורמה בשוק, המקשה על התנהלות תחרותית:

"עוד קבע התקן כי התמורה המקובלת לבעלי הדירות, במסגרת הסכמי פינוי ובינוי, אשר יש להביא בחשבון במסגרת חישוב העלויות בשומה היא תוספת שטח דירה של כ-25 מ"ר. גם כאן לאורך השנים, השתרשה לעיתים הבנה מוטעית בשוק כי התמורה המצוינת לעיל היא התמורה הקבועה עבור דיירים כך שלא ניתן להעניק להם תמורה נדיבה או מופחתת יותר, אפילו כאשר זכויות הבנייה בתכנית מאפשרות זאת. הבנה זו משפיעה באופן ישיר על הליך המשא ומתן בין בעלי הדירות במתחם פינוי ובינוי לבין היזם" (ההדגשות שלי, ד.ש.).¹⁵

40. בהקשר זה, ראוי להזכיר תקדים דומה, בו ניסו חברות ביטוח להכתיב סטנדרט שמאות אחיד, באמצעות תוכנה ש"תיעלה" שמאי-רכב לבחור, במקרה תאונה או ליקוי, בחלף הרכב הזול ביותר. בית הדין לתחרות, בראשות השופטת (כתוארה אז) נאור קבע שם דברים היפים גם לענייננו:

"שמאי העושה מלאכתו נאמנה צריך לבדוק את הרכב הספציפי בו מדובר ולקבוע את הדרך הנאותה לתקנו. לעולם עליו לזכור כי המבוטח זכאי על פי הפוליסה לקבל חלק 'דומה' לזה שניזוק. [...]"

¹⁴ ראו, לדוגמה: מדיניות תוכניות להתחדשות עירונית בתל אביב, החלטה מיום 4.12.2019; מדיניות תוכניות להתחדשות עירונית בחדרה ממרץ 2020. כך ראו את מסמך המדיניות של עיריית חיפה מיום 4.2.2020, אשר נפסל על-ידי בית המשפט לעניינים מינהליים בחיפה במסגרת עת"מ (מינהלי חיפה) 15694-06-20 שומרי הסף התנועה להגנה על ערכי שלטון החוק ע"ר נ' עיריית חיפה (פורסם בנבו, 23.12.2020).

¹⁵ משרד המשפטים - ייעוץ וחקיקה (המחלקה למשפט אזרחי) סיכום עבודת צוות הסרת חסמים בהתחדשות עירונית 30 (יולי 2020).

השאלה אם האיכות דומה היא אם לאו, היא שאלה החייבת להבחן באופן קונקרטי כשמביאים בחשבון את מצבו הכללי של הרכב שנפגע ואת גילו. אין זו שאלה שראוי להכריע בה על ידי הכתבת סטנדרט שמאות כללי לפיו לעולם יבחר החלק הזול ביותר. זוהי שאלה שעל השמאי ליתן לגביה חוות דעת עצמאית על פי מיטב שיקולו המקצועי. לעיתים הפעלת שיקול דעת זה אכן תביא את השמאי למסקנה כי החלפת החלק שנוזק בחלק הזול ביותר עונה על דרישות הפוליסה. לעיתים יגיע למסקנה כי עליו להחליף את החלק שנוזק בחלק יקר יותר שהוא הדומה ביותר לחלק שנוזק. כזכור טענה דטה-קאר כי השמאי יכול לסטות מן ההמלצה, אך כפי שכבר בואר התוכנה איננה נותנת לו מידע בדבר אופציות אחרות. בנסיבות אלה נפגם שיקול דעתו המקצועי. אנו מקבלים איפוא את הטענה שהתוכנה, כפי שהיא, פוגמת בשיקול דעתו המקצועי של השמאי.¹⁶

41. ובחזרה לענייננו: ההשפעה התחרותית המהותית היא, אם כן, תיעול שיקול דעת פרטני מקצועי ואובייקטיבי בדבר מחירי שוק, אשר לו השפעה מהותית וישירה על זכויות וחובות של בעלי קניין, לתמורה במנעד מקובע ומוגדר הנוח יותר ליזמים. כל זה, באמצעות הסוואת הדברים כ"תקן" שנועד לקבוע אמות מידה מקצועיות לגבי דרך איסוף המידע הנדרש והצגתו בשומה.

בלא סמכות בדין לעשות כן, ניסיונות כאלה מהווים הסדרים כובלים מובהקים שדינם פסלות. אין להתערב או להסדיר מחירי שוק אלא באמצעות מנגנון סטטוטורי מוסמך בדין או באמצעות הסדר שאושר על ידי מוסדות התחרות (בית הדין לתחרות או הממונה על התחרות).

42. זאת ועוד, הניסיון המצטבר מלמד באופו מבוסס, כי "לתקן" המוצע קיימת השפעה לא רק על ציבור שמאי המקרקעין אלא גם על יזמי הנדל"ן, היודעים כי התקן המוצע מגדר את התמורה במחיר מקסימום ששיעורו נקוב בתקן עצמו. סביר, על יסוד הניסיון המצטבר בהתנהלות מתחרים בשווקים מעין אלה, כי הדבר עשוי להוביל, בסבירות ממשית, להאחדת התנהגותם המסחרית ולהקטנת התמורות המוצעות לבעלי דירות בהתאם לסטנדרט המוצע. תקן מוצע המונח "על השולחן" מהווה "סיגנל" רב משמעות לשוק, והגורמים הפועלים בו בהחלט עלולים להתכוון בהתאם.

43. גם לשכת שמאי המקרקעין עמדה על ההשפעה הצפויה של תקן 21.1, כאשר הבהירה כי מדובר במגבלה אחידה במקום שבו נדרשת שונות לנוכח שווי הנדל"ן שמשתנה באופן מהותי ברחבי הארץ,

¹⁶ ה"ע (מחוזי ירושלים) 465/96 דטה-קאר בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, עמ' 16-17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.5.1996) (ההדגשות שלי, ד.ש.).

ושיש לאפשר לתנאי השוק לעשות את שלהם בתוך גבולות הגזרה של המגבלות או ההטבות התכנוניות הקיימות ממילא בכל בניין ובניין ומשתנות מבניין לבניין:¹⁷

"נכון לצאת מנקודת מבט תכנונית, אך אין להתעלם מנקודת המבט הקניינית. בעלי הדירות הינם בעלי הזכויות. ככל ויחושו כי הקצאת שטחי הבנייה אינה צודקת ואינה מתיישבת עם ההיגיון הכלכלי הרי שסיכויי ההצלחה של הפרויקט יקטנו משמעותית. יש להבין כי צריך להתקיים מאזן אינטרסים בין בעלי הקרקע לבין היזם. ככל ובעלי הקרקע יחושו כי אינם מקבלים את התמורה הכלכלית הראויה (במקביל לכך שהיזם חייב להרוויח בצורה סבירה) הרי הפרויקט לא יצלח.

[...] יש לתת לכוחות השוק להתנהל בתוך מסגרת תכנונית ואז מאליו ייקבעו שטחי הבנייה הראויים שיהיו את מאזן האינטרסים בין בעלי הקרקע ליזם בתוך גבולות גזרה שייקבעו על ידי גורמי התכנון".

44. ולא בכדי נאמרו הדברים. כפי שקבע בית המשפט העליון שיקול הדעת הפרטני הוא "ליבת" השוק שכן "שוויה של כל זכות אינו מושפע רק משטחה, אלא גם ממאפיינים אחרים, כפי שהדברים אמורים בכל זכות במקרקעין".¹⁸ אם בפרשת **מרכזים** קבע בית המשפט העליון כי יש להבחין בשיקול דעת פרטני בין דירות באותו בניין, ברור כי ההבדל ניכר עוד יותר כאשר אנו מדברים על אזורים גאוגרפים שונים. ולמרות זאת, התקן מנחה את השמאים ואת היזמים מהי התמורה הסבירה באופן שיאחיד את התמורה שתוצע לבעלי הדירות.

45. נדגיש כי על פי פסיקה רווחת בדיני התחרות, האיסור המוחלט על "תיאום מחירים" אינו שמור רק למקרה של קביעת מחיר נקוב אחד, אלא גם לקביעה מוסכמת ומחייבת של מרחב מחירים:

"To the extent they raised, lowered or stabilized prices they would be directly interfering with the free play of market forces".¹⁹

46. בפרשייה אחרת, גם היא נפסקה והוכרעה בבית המשפט העליון של ארה"ב, מולדת דיני התחרות, נקבע כי תיאום מחירים הוא אסור גם אם נדמה או נטען כי המחיר שנקבע הוא "סביר" – כך נקבע מפורשות בעניין **United States v. Trenton Potteries Co.**:

¹⁷ ראו: מכתבו של יו"ר לשכת המקרקעין, מר חיים מסילתי, בעניין טיוטת תקן 21.1 שנמסרה להערות הציבור מיום 31.12.2019.
¹⁸ רע"א 6898/16 עזבון המנוח שלמה אהרוני ז"ל נ' עופר מרכזים בע"מ, פס' 51 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (28.12.2017).
¹⁹ U.S. 310 United States v. Socony-Vacuum Oil Co. 150 (1940).

“The aim and result of every price-fixing agreement, if effective, is the elimination of one form of competition. The power to fix prices, whether reasonably exercised or not, involves power to control the market and to fix arbitrary and unreasonable prices”.²⁰

47. וכך קבעו גם בישראל, בית המשפט העליון בפרשת וול, כי :

“ההעלאה המשותפת של מחירי המחירון שנערכה בין וול לבין ווייס וקליין כפי שהוכח, באה בגדרי סעיף 2(ב)(1), שכן מהווה היא הסדר כובל בו הכבילה נוגעת למחיר שיידרש, וזאת על אף שלא הוכחה הסכמה באשר לרכיב אחד מרכיבי המחיר – ההנחה.. אין בהיעדרו כדי להוציא את תיאום מחיר המחירון מחוץ לגדריו של סעיף 2(ב)(1) לחוק.”²¹

48. ובפרשת אהליך יעקב, קבע בית המשפט כי :

“עצם העובדה שהמחיר הסופי לא היה זהה לגבי כל הלקוחות והוא נגזר מרמת ההנחות אשר השתנתה מלקוח ללקוח, אינה שוללת את קיומו של ההסדר הכובל. התיאום בין הצדדים בהסדר זה מתבטא בהצבת מחיר בסיסי המשמש כנקודת מוצא מוסכמת ומתואמת לקביעת המחיר הסופי על ידי כל הצדדים להסדר [...]”²².

49. אם כן, על מנת שתיאום ייחשב להסדר כובל אין צורך בקביעת מחיר אחד נקוב שאין בלתו. גם קביעת “רצועת מחיר” מוגדרת וגם קביעת מחיר מוצא ללא כבילת ההנחות הינה הסדר כובל אסור ופסול לפי סעיף 2(ב) לחוק התחרות.

50. ואם לא די בכך, הסדר כובל זה שנעשה על ידי מועצת השמאים עולה כדי הפרה של סעיף 5 לחוק התחרות הכלכלית, הדין ב”קביעת קו פעולה”. סעיף זה מגדיר באופן מפורש כי :

“קו פעולה שקבע איגוד עסקי לחבריו או חלקם העלול למנוע או להפחית תחרות בעסקים ביניהם, או קו פעולה כאמור שהמליץ עליו לפנייהם, יראו כהסדר כובל כאמור בסעיף 2, ואת האיגוד העסקי וכל אחד מחבריו הפועל על פיו כצד להסדר כובל”.

²⁰ U.S. 273 United States v. Trenton Potteries Co. 392, pp. 397-398 (1927).
²¹ ע”פ 2560/08 מדינת ישראל – רשות ההגבלים העסקיים נ’ וול, פס’ קפא לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.7.2009).
²² ת”פ (מחוזי ירושלים) 209/96 מדינת ישראל נ’ אהליך יעקב בע”מ, עמ’ 54-55 להכרעת הדין (פורסם בנבו, 4.8.2002).

51. על פי פסיקת בית המשפט העליון, סעיף 5 הנזכר לעיל אינו בא לגרוע מהאיסור על הסדר כובל, אלא רק להוסיף עליו. תכליתו "היא להתמודד עם מצב שבו התחרות החופשית בענף מסוים נפגעת כתוצאה מפעילותו של איגוד עסקי שממליץ 'המלצות' לחבריו והללו נוהגים לפיהן".²³ על כן, גם על "המלצות" של איגוד שכזה חלות החזקות החלוטות שנוכרו לעיל, ולפיכך כאשר איגוד ממליץ המלצה הנוגעת למחיר, תיכלל זו בגדר הסדר כובל אסור.

52. אם כן, לא יכול להיות ספק בדבר השפעתו של תקן 21.1 על התחרות ובדבר היותו הסדר כובל ו"קו פעולה" מבחינת המהות. נציין, שהגדרתו של איגוד עסקי בחוק התחרות "היא הגדרה רחבה הקובעת מבחן מהותי ולא פורמאלי – על פי ההגדרה יש לבחון מהם התפקידים שממלא האיגוד ואין להסתפק רק בבחינת שמו של האיגוד העסקי או אופן התאגדותו",²⁴ וכפי שיפורט בפרק הבא בדיני התחרות האירופאיים גופים כמועצת שמאי המקרקעין נחשבים כאיגודים לצורך ענייננו.

53. ואולם, אין צורך לדקדוק בסוגיה זו, שכן כפי שנראה כעת, מכל כיוון שנבחן את מעמדה של מועצת שמאי המקרקעין נגיע לאותה תוצאה: תקן 21.1 הוא בלתי חוקי.

ה. מעמדו המשפטי של תקן 21.1

54. כפי שצוין לעיל, תקן 21.1 מהווה, על פי מהותו ותוצאתו, הסדר כובל ברור. ואולם, נשאלת השאלה מה דינו כאשר הוא נעשה על ידי מועצת שמאי המקרקעין והאם היותה של המועצה גוף סטטוטורי (אם כי חסר סמכות בהקשר התקן) משנה את המסקנה בדבר היות התקן המוצע הסדר כובל במהותו.

55. לשם כך יש לעמוד על הסמכויות החוקיות של גוף זה, על מנת לבחון האם ניתנה לו באיזשהו חוק הסמכות המפורשת לקבוע הסדרים בעלי אופי כובל והאם בתקן זה נעשה שימוש באותן סמכויות. במקרה כזה ניתן היה לומר כי מדובר בהסדר "שכל כבילותיו נקבעו על פי דין" ולכן הוא כשר.²⁵

56. בהיעדר סמכות מפורשת לקבוע הסדרים כובלים בחוק או על פיו, המצב הוא שונה.

²³ ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 876 (2005).
²⁴ ת"פ (מחוזי י-ם) 22847-12-10 מדינת ישראל נ' בובליל, פס' 99 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.9.2018).
²⁵ סעיף 13(1) לחוק התחרות.

57. על פי עקרון חוקיות המינהל, אין לה לרשות מינהלית אלא את הסמכויות המוקנות לה בחוק.²⁶ כמו כן, נזכיר כי כלל יסוד הוא שכל חיקוק יפורש וכל אקט מנהלי חייב להיעשות בדרך המתאימה עם "דוקטרינת התשתית" (כפי שהגדיר אותה בית המשפט העליון עצמו) של תחרות חופשית:

"עקרון התחרות החופשית מהווה כיום עקרון-מפתח בפרשנות, קרא: עיקרון המוטמע בצופן הגנטי של כל כללי המשפט – בייחוד, כמובן, בכללים הנסבים על נושאי משק וכלכלה – עקרון שהוא חלק מחומרת בית המשפט".²⁷

58. בהתאם לשני עקרונות אלו, נקבע לא אחת כי אין יוצרים מונופולין אלא בחוק או על פי הסמכה מפורשת בו. וכדברי בית המשפט העליון:

"אין אדם קונה מונופולין מן המדינה אלא אם זכה בו בתוקף **חוק מפורש**, וזה משפט הארץ".²⁸

59. העקרונות המתוארים לעיל וההלכה הידועה בדבר מונופולין מחייבים את המסקנה שאין לגופי המנהל גם סמכות לקבוע "הסדר כובל" אלא בסמכות מפורשת, והדברים ברורים. כל פעולה בחריגה מסמכות הינה בלתי חוקית על פי עקרון חוקיות המינהל. ואולם, פעולה בניגוד לכלל היסוד הפרשני של עקרון התחרות החופשית הרי שהיא חמורה באופן מיוחד.

60. הסדרים כובלים הם בעלי השפעה אנטי-תחרותית מובהקת. הסדר כובל היוצר קרטל מחירים בדמות קביעת מחיר אחיד, או כבענייננו קובע מרחב מצומצם של מחיר מקסימום ומינימום שיוצרו ללקוחות זהה במהותו למונופולין. זה כזה אוצרים בידם את הכוח לנווט את פעולת השוק לפי רצונם ולא לפי כוחות הביקוש וההיצע. זה כזה יוצרים חומה המתעלת את הגורמים הפועלים בשוק למרגלותיה ומכתיבים בהגדרה מחיר שאינו מחיר השוק (שהרי אחרת לא היה צורך בהסדר הכובל).

61. אכן, הסדר כובל שהוא "קרטל מחיר" המוכתב על ידי גוף מנהלי הינו שווה ערך, כלכלי ומשפטי, למונופולין. שני הגבלים עסקיים אלה יושבים על בסיס אחד – כוח השליטה בשוק המוקנה לאוחזים בהגבל: במקרה של מונופולין מדובר באדם אחד שהוא בעל המונופולין, ובמקרה של הסדר כובל מדובר בקבוצת בני אדם שהם "צדדים" להסדר הכובל וכקבוצה אוחזים בכוח השליטה בשוק, לקבוע מחירים כרצונם ולהגביל את התמורה.

²⁶ ע"א 546/04 עיריית ירושלים נ' שרותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 20.8.2009)
²⁷ בג"ץ 5812/00 Samedan Mediterranean Sea נ' הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, פ"ד נה(4) 312, 344 (2001)
²⁸ בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 218 (1998) (ההדגשה שלי – ד.ש.).

62. הסדר כובל או קו פעולה המכתיב מחיר, כמוהו כמונופסון (בעל מונופולין ברכישת מוצר מסוים) הקובע "מחיר גג" לרכישת תשומות על ידו. דינם של כל אלה: מונופול, מונופסון וקרטל הוא זהה בהיבט הנדון פה.

63. במקרה דנן, מדובר בהסדר כובל של יצירת תמורה אחידה לבעלי דירות מיזמים, שמשמעו כי התחרות על ליבם של בעלי הדירות תצומצם ובמקרים מסוימים אף תתאיין. כך, במקום שכל יזם יבקש להציע את התמורה המקסימלית האפשרית בעבור בעלי הדירות כדי לזכות בפרויקט, הרי שבעקבות התקן המגלם הסדר כובל כמתואר לעיל, היזמים ייצמדו לכל היותר לתקרת המחיר שבתקן, ובסבירות גבוהה יותר למינימום הקבוע בו, ובכך תיגזל מבעלי הדירות התמורה שעשויים היו לקבל בתנאי תחרות חופשית.

64. במובן זה, דומה התוצאה הבלתי תחרותית הנגרמת כתוצאה מההסדר הכובל לתוצאה שהייתה נגרמת לו גורמים כלשהם היו מחליטים שרק יזם אחד יבצע את כל הפרויקטים בארץ, ובכך מאפשרים לו לקבוע תמורה כראות עיניו וללא כל לחץ תחרותי. יש לציין, כי במקרה כזה לפחות היו עומדים לרשות בעלי הדירות הכלים המנויים בפרק המונופולין שבחוק התחרות, אשר מגבילים את שרירות כוחו של בעל מונופולין.

65. הדרישה החדה להסמכה חוקית ליצירתו של הסדר כובל כמו זה הטמון בתקן 21.1 על ידי מועצת שמאי המקרקעין מתחזקת על רקע דיני התחרות האירופים המובילים למסקנה זוהה. פסיקת דיני התחרות ב-EU קובעת כי עצם היותו של גורם בעל מעמד סטטוטורי אינו משנה ואינו מוריד מהיותו של הסדר שקבע – בלא סמכות סטטוטורית מפורשת לכך – הסדר כובל. כך נקבע בדיני התחרות האירופיים כי לעניין זה ניתן לראות אף בגופים רגולטוריים וסטטוטוריים מקצועיים כאיגוד עסקי (Association) שכלל האיסורים תקפים לגבי פעולותיהם:

"The concept of an association of undertakings has also been held to include agriculture cooperatives, professional regulatory bodies, associations without legal personality, non-profit making association, associations of associations and an association outside the Union. A statutory body entrusted with certain public functions and including some members appointed by the government of a member state may be an 'association of undertakings' if it represents the trading interests of other members and takes decisions or make agreements in pursuance of those interests".²⁹

²⁹ BELLAMY & CHILD, EUROPEAN COMMUNITY LAW OF COMPETITION 147-148 (2019).

66. גם בהקשרים אחרים בהם דנים דיני התחרות נקבע כי הטענה של ציות ל"הוראות מדינה" של גופים מנהליים, כמועצת שמאי המקרקעין, אינו מהווה הגנה מהעבירה של "הסדר כובל".

67. בעניין זה ברור כי "קו פרשת המים" הינו קיומה של סמכות סטטוטורית מפורשת לקבוע הסדר כובל. כאשר המחוקק רוצה בכך הוא רשאי להתיר לגוף מנהלי, רגולטורי או סטטוטורי את הסמכות לקבוע הסדרי שוק שכמוהם הסדרים כובלים. ואולם, כל עוד לא קבע כך המחוקק במפורש – הרי שכל הנחיה מנהלית, חוזר או "תקן" אינם אוצרים כוח לקבוע הסדרי שוק שהם קרטלים במהותם, והדברים ברורים ומובנים: היותה של התחרות החופשית "דוקטרינת תשתית" במשפטנו ועקרון יסוד פרשני מחייבת כי לא ניתן יהיה להכחיד או לצמצם את התחרות אלא בהינתן הסמכה מפורשת לכך בחוק.

68. **אם כן, המסקנה הברורה היא שההסדר הכובל מושא ענייננו אינו חוקי הוא אלא אם כן היה נקבע בהתאם לסמכות מפורשת שהוענקה מכוח הדין. ואולם, בחינה קצרה מגלה בנקל שלא כך הוא הדבר.**

69. כאמור, מועצת שמאי המקרקעין היא גוף סטטוטורי אשר הוקם על ידי חוק שמאי מקרקעין, התשס"א-2001. לגוף זה מספר סמכויות המוקנות לו בחוק כגון בחינת מועמדים לעבודה כשמאי מקרקעין. ואולם, בשום מקום בחוק אין זכר ואין כל הסמכה למועצה לקבוע מחירים בשוק או להשפיע על התחרות בכל דרך שהיא, ולא כל שכן להקים צוות שיעשה כן. הדבר חורג מכל סמכות מוכרת של המועצה ואינו נמנה על מטרות הקמתה בחוק. הוא חורג בעליל מכל סמכות אחרת שהחוק קבע לה.

70. הסעיף היחידי בחוק שמאי מקרקעין אשר מזכיר סמכות המזכירה את זו שנדונה בתקן 21.1 היא סמכותו של השר, בסעיף 15 לחוק שמאי מקרקעין שכותרתו "אתיקה מקצועית", אשר מוסמך "בהתייעצות עם המועצה לקבוע כללי אתיקה מקצועית וכללים בענין חובותיהם וזכויותיהם של שמאי מקרקעין ומתמחים בקשר למילוי תפקידיהם המקצועיים".

71. כמובן שסעיף כללי זה, אשר מקנה סמכות מסוימת לשר בדבר אתיקה מקצועית וכללים בענין חובותיהם וזכויותיהם של שמאים, אינה יכולה לעלות כדי סמכות למועצת שמאי המקרקעין לקבוע הסדרים כובלים בלתי חוקיים והאחדת המחיר בשוק. קביעת הסדרים בעלי אופי קרטלי אינה, בשום פנים, ענין של חובה מקצועית של שמאי מקרקעין והטלת חובת ציות לקביעת תמורה מקסימלית אינה נכללת בגדר הסמכות הזו, שכן לא לכך נועדה מלכתחילה.

72. אם כן, מן המקובץ עולה באופן ברור שתקן 21.1 מהווה הסדר כובל שנקבע בחריגה מסמכות. אם לא די בכך, אעיר כי גם אם לא היה מדובר בהסדר כובל, הרי שגם כמעשה מנהלי אין למועצה סמכות בכלל לעסוק בנושא הנדון בתקן 21.1 המוצע.

73. לא נעלמה מעיניי האפשרות שהמדינה תחפוץ בקביעת סטנדרט ברור יותר לשאלה מתי תמורה בפרויקט פינוי ובינוי היא סבירה. ייתכן שלשם כך נועדה התקינה הנדונה. אולם, גם אם נניח לטובת מועצת שמאי המקרקעין כי כוונותיהם טהורות ומטרתם להקל על אזרחי ישראל ועל הערכאות השונות, אזי – בכל הכבוד – לא זו הדרך.

74. **קביעת הסדר כובל והנחיה בדבר מחיר אחיד חובה עליה שתיעשה בסמכות ובהליכים תקינים ומפורשים. אם ברצונה של המדינה לקבוע מחיר אחיד שכזה, הדרך לעשות כן היא בהליך חקיקה מסודר, בו יישמעו כל הנוגעים לדבר, יובאו בחשבון עניינם של כל הצדדים, ובסופו של הליך שקוף ומאוזן ייקבעו סטנדרטים אלו באופן ברור המשקף את הכרעת נבחרי הציבור.**

75. ולמה דומה הדבר? להחלטה שתתקבל בדרג מקצועי וחסר סמכות להגביל את מחירי כלל הדירות בארץ לסכום מסוים על מנת להקל על משבר הדיור. החלטות שכאלו, אשר מתערבות התערבות בוטה בשוק החופשי יכולות להתקבל אמנם, אך עליהן להתקבל באופן מסודר וממוסד, על ידי הדרגים הנבחרים, ולא במחשכים.

ו. סיכום

76. חוק פינוי בינוי קובע סנקציות חריפות על בעל דירה שאינו מסכים לפרויקט פינוי בינוי. בחודשים האחרונים נעשים ניסיונות להקל באופן משמעותי על הטלת סנקציות אלו. כך, נקבע בחקיקה ראשית כי די בכך ששני שליש מבעלי הדירות הסכימו ל"עסקת פינוי ובינוי" כדי להטיל את הסנקציות ולכפות את העסקה. האיזון לסנקציות חריפות אלה הוא בהבטחת "התמורה הכלכלית הסבירה" על ידי שומה פרטנית של שמאי פינוי-בינוי.

77. אולם, התקן המוצע 21.1 שומט נקודת איזון זו, בכך שהוא מנסה לקבע ולגדר תמורת שוק לרצועת מחיר מסויימת, שאינה בבואה של שוק תחרותי, אלא פשוט נוחה יותר ליזמים. כך, מועצת שמאי מקרקעין מנסה לקבוע "תקן" המכתיב גזירה לפיה תוספת תמורה של 12 מ"ר עד 25 מ"ר היא "תמורה סבירה" שסירוב לה יאפשר הטלת סנקציות ופגיעה בזכות הקניין של בעלי דירות בבניינים ישנים.

78. חוות דעתי עוסקת ומתמקדת במעשה זה כסוג של הגבל עסקי, ובשאלת מעמדו וחוקיותו לפי דיני התחרות ולפי המשפט המנהלי.

79. לדעתי, הקביעה בתקן 21.1 המוצע של טווח תמורה אחיד בכל רחבי הארץ למיזמי פינוי בינוי היא קביעת הסדר כובל וסוג של הגבל עסקי אסור, ברמה העסקית החוזית והמנהלית. בנוסף, נראה כי קביעת ה"תקן" נעשתה בלא סמכות חוקית. משני הטעמים האלה גם יחד דינה להתבטל.

80. מועצת שמאי המקרקעין מעולם לא הוסמכה לקבוע מחירים אחידים שישולמו לבעלי דירות. ודאי שהיא לא הוסמכה לפגוע כך בשוק באופן שמקרטל את כלל היזמים ותאגידי הנדל"ן להציע תמורה אחידה וקביעת "מחיר גג" שישלמו יזמים ותאגידי נדל"ן לבעלי דירות בבניינים ישנים, במסגרת עסקות פינוי בינוי.

81. לקביעה כאמור השלכות קשות על כלל בעלי הדירות שבעת היזמים יהיו מאוחדים ומתואמים כנגדם, באמצעות קביעת תמורת המינימום שנוכרה לעיל. אם היה הדבר נעשה על ידי גוף פרטי, ברי שמדובר היה בהסדר כובל אסור ופלילי. משהדבר נעשה על ידי גוף ציבורי, ובלא כל הרשאה חוקית, המסקנה הברורה היא כי יש לבטל את התקן וכל כוונה לעגן אותו לאלתר.

82. אציין כי אם למדינה ישנו אינטרס בקביעת מחיר אחיד לפרויקטים מעין אלו ולמעשה ביצירת הסדר כובל בין כלל היזמים בישראל, הדרך החוקית לעשות כן היא בחקיקה ראשית ומפורשת, כך שכלל האינטרסים הנוגעים בדבר יישמעו, ונבחרי הציבור יהיו אלו שייתנו את הדעת על כך.

אני זמין לרשותכם לכל הבהרה נדרשת בקשר לנושאים שנדונו לעיל.

פרטי ניסיוני המקצועי מצורפים כנספה א' לחוות דעתי זו.

בברכה,

עו"ד דרור שפרים