



עפ"א 46071/04/16 - א.ש בקראי בע"מ נגד ועדה מקומית לתכנון ובנייה מודיעין, עובדיה נעמה, נעמה עסקים בע"מ

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עפ"א 46071-04-16 בע"מ נ' ועדה מקומית לתכנון ובנייה מודיעין ואח'
תיק חיצוני:

בפני	כבוד השופטת דבורה עטר
מערער	א.ש בקראי בע"מ
נגד	
משיבים	1. ועדה מקומית לתכנון ובנייה מודיעין
	2. עובדיה נעמה
	3. נעמה עסקים בע"מ

פסק דין

1. לפני ערעור על החלטתו של בית משפט השלום ברמלה (כב' הש' רבקה גלט), מיום 19.04.16, בתיק בב"נ 44592-02-16 (להלן: "**ההחלטה**") בגדרה ניתן צו הפסקה שיפוטי מכוח סעיף 239 לחוק התכנון והבניה תשכ"ה-1965 (להלן: "**החוק**"), האוסר על ניהולו של בית קפה בנכס ברחוב שדרת המקצועות 8, הקדר 1 במודיעין, גוש 5891, חלקה 26, מגרש 213 (להלן: "**הנכס**" או "**המקרקעין**").

העובדות הצריכות לעניין

- המקרקעין בבעלותה של המשיבה 2, חברה פרטית בע"מ, אשר המשיב 3 הוא בעל מניות ודירקטור בה. המערער שוכר את המקרקעין מידי המשיבה 2.
- ביום 23.11.15, הוגשה מטעם המשיבה 1, בקשה (במעמד צד אחד), בתיק בב"נ 51238-11-15, למתן צו למניעת פעולות לפי סעיף 246 לחוק, להפסקה לאלתר של פעולות ההכנה לשימוש בנכס, לשם הכשרתו כבית קפה, עד לעמידה בתנאי ההיתר ובתב"ע (להלן: "**ההליך הקודם**").
- לאחר עיון בבקשה ובנספחיה, נעתר בית משפט קמא לבקשה והורה במעמד צד אחד, על מתן צו למניעת פעולות.
- ביום 22.12.15 הגישו המערער והמשיבים 2 ו-3, בקשה לביטול הצו. בקליפת אגוז טענו כי המדובר בשימוש נלווה מותר בנכס, כחנות מפעל של קונדיטוריה שמתנהלת במקום (להלן: "**הקונדיטוריה**") ושלא כבית קפה, באופן הנוגד את התכניות.
- ביום 14.01.16, ביטל בית משפט קמא את הצו למניעת פעולות (להלן: "**ההחלטה בהליך הקודם**"). זאת



לאחר שבא לכלל מסקנה כי לא הוכח שהפעולות בהן נקטה המערערת באותו שלב, הצבת שולחנות וכסאות בלבד, עולות כדי הכנה לשימוש אסור כבית קפה, אלא לשימוש נלווה מותר על פי התכנית, כחנות מפעל של הקונדיטוריה.

בית משפט קמא קיבל את ההבחנה שערכה נציגת המערערת בין בית קפה לבין בית אוכל מצומצם הבא בגדר חנות מפעל וקבע בעיקר על בסיס עדותה שהיקף המכירות וסוגי המזון הנמכרים בנכס, מצומצמים בהרבה לעומת אלה הנמכרים בבתי קפה. שכן לא נמכרות בו מנות מתפריט, לא מועסקים בו מלצרים, ולא מכינים בו מנות מחומרי גלם שהובאו מחוצה לו, למעט חומרים בסיסיים (ירקות, גבינות או טונה).

7. ביום 21.02.16, הוגשה מטעם המשיבה 1 בקשה לצו שיפוטי להפסקת שימוש במקרקעין (להלן: "**הבקשה**" ולהלן: "**ההליך נושא הערעור**"). זאת מן הטעם כי נעשה שימוש חורג בנכס, כבית קפה, בלא היתר בניה, ללא רישיון עסק, ללא טופס 4 ובניגוד לתכנית החלה.

8. בית משפט קמא נעתר לבקשה והורה בהחלטה על מתן צו בגדרו נאסר ניהולו של בית קפה בנכס, וכן כל שימוש אחר ללא היתר, שהוא מעבר לשימוש עליו הוצהר, במסגרת של בית אוכל מצומצם. תוך שהבהיר כי לא תותר מכירת מזון בנכס, למעט מוצרים שיוצרו בקונדיטוריה, בשילוב עם גבינה, ירקות טריים או טונה, וכן שתייה חמה וקרה. כמו כן הותר להציב בנכס 10 שולחנות וסביבם כיסאות, לצורך ישיבה במקום.

9. בהחלטה נדרש בית משפט קמא לשאלת עצם קיומו של היתר לשימוש בנכס כחנות מפעל וכן למהות השימוש שנעשה בפועל בנכס והאם בא בגדר חנות מפעל כמפורט בהיתר.

10. באשר למהות השימוש בפועל בנכס קבע בית משפט קמא בהחלטה כי אין חולק שמאז ההליך הקודם, הרחיבה המערערת את השימוש בנכס. היא הציבה שולחנות וכיסאות נוספים, בתוך חנות המפעל ומחוצה לה; הורחב התפריט וכולל עתה מאכלים טריים ומבושלים וסוגי משקאות שונים, שאינם מיוצרים בקונדיטוריה, אלא בנפרד לצורך מכירה לאכילה בישיבה במקום, תוך העסקת מלצרים.

נקבע כי שימוש מורחב זה, אינו מצוי עוד בגדר בית אוכל מצומצם אלא עונה דווקא להגדרת בית קפה, באופן העולה בקנה אחד אף עם דבריה של המערערת בהליך הקודם. על כן לא ניתן עוד לטעון לקיומה של זיקת תלות בין בית האוכל, לבין הקונדיטוריה ולא יכולה לחול לגביה הקביעה לפיה הוא יכול להיחשב כשימוש נלווה לשימוש העיקרי, לצורך קונדיטוריה.

עוד נקבע כי יש לדחות את הטענה כי המדובר בחנות מפעל, במתכונתו הנרחבת הנוכחית, אף נוכח בקשה שהוגשה מטעם המערערת, לקבלת רישיון עסק, לצורך בית קפה, ועתירה מנהלית שהוגשה אף היא מטעמה, נוכח דחיית בקשתה זו.

כן נקבע כי פרשנותן של התכניות החלות על המקרקעין, והאפשרות להקמת בית קפה באזור שהוגדר לתעשייה, מקומן להתברר במסגרת העתירה המנהלית שהוגשה.

נקבע בנוסף כי השימוש בנכס לצורך בית קפה אינו תואם את לשון היתר הבנייה שהוצא, אשר לפיו הותר השימוש לצורך מפעל קונדיטוריה בלבד ואף לא לחנות מפעל. בהקשר זה הובהר כי במסגרת ההליך הקודם, לא היה ידוע לבית המשפט דבר ביטולו של ההיתר לשימוש כחנות מפעל, במסגרת תכנית השינויים משנת 2015. עניין זה הובא לידיעתו אך במסגרת ההליך נושא הערעור, בעדותו של המפקח מטעם המשיבה 1 גלעד אליאס (להלן: "**המפקח**") שלא נסתרה.



מדבריו עלה כי לא קיים היתר לשימוש כחנות מפעל, כיוון שלא הוגשה לאישור העירייה תכנית חלוקה פנימית כמתחייב.

עוד נקבע כי בכל מקרה, הנכס פועל ללא רישיון עסק, ביוזעין. כמו כן נקבע כי שתי מערכות הדינים, החלות במישור של רישוי העסק ובמישור של דיני התו"ב, שלובות זו בזו ועל כן, קביעת קיומו של שימוש חורג, תלויה בבחינת מאפייני העסק המנוהל שם, אל מול השימושים המותרים על פי היתר הבנייה וכי המשיבה עמדה בנטל ההוכחה המינימאלי המוטל על כתפיה, להראות כי בנכס מבוצע עתה שימוש נרחב כבית קפה, וזאת בניגוד להיתר הבנייה המתיר שימוש לצורך קונדיטוריה, או לכל היותר, קונדיטוריה וחנות מפעל; הוכח כי המערערת עצמה מבקשת להכשיר השימוש לצורך בית קפה, ואף הגישה עתירה מנהלית לצורך כך; הוכח כי השימוש מבוצע כיום, ללא רישיון עסק.

אשר לעדותה של סגנית מהנדס העירייה, כיוון שהובאו ראיות לעניין השימוש החורג המבוצע, ובהתאם להלכה הפסוקה, לא מצא בית משפט קמא לאפשר למערערת לזמנה לחקירה נגדית, מה גם שזו כבר נחקרה ארוכות במסגרת ההליך הקודם ולא היה בעדותה כדי להועיל למערערת.

בית משפט קמא הדגיש את החומרה שבהרחבת השימוש מעבר לחנות המפעל, דווקא לאחר שבית המשפט הביע דעתו, כי אופיו המצומצם של בית האוכל, הוא ההופך אותו לשימוש נלווה לקונדיטוריה, ורק בשל אופיו המצומצם, נדחתה הבקשה למתן צו למניעת פעולות. זאת באופן המעלה ספק בעניין ניקיון כפיה של המערערת, שכן טענתה כאילו סברה לתומה שביטול הצו למניעת פעולות מכשיר את הרחבת השימוש, נשמעת מיתממת ונפתלת ומעלה חשש כי המערערת תוסיף לנהל את העסק תוך ביצוע עבירות.

נימוקי הערעור

11. שגה בית משפט קמא בקבעו, כי לא קיים היתר לחנות מפעל, עת נסמך בקביעתו בדבר ביטולו של היתר כאמור, על דברי המפקח וכן על בקשת המערערת לקבלת רישיון עסק לפי ס' 4.2' לצו רישוי עסקים. המדובר בקביעה הסותרת את ההיתרים החלים ואת ההחלטה בהליך הקודם, בעוד שבית משפט קמא אינו משמש כערכאת ערעור על החלטותיו.
12. שגה בית משפט קמא בקבעו כי השימוש שנעשה במקרקעין, אינו של חנות מפעל הנלווית לקונדיטוריה, בשים לב לכך כי המנות הנמכרות מבוססות על תוצרת הקונדיטוריה ואינה יכולה לפעול במנותק ממנה.
13. אף אם ימצא כי השימוש בנכס אינו כחנות מפעל אלא כבית קפה, המדובר בשימוש המותר על פי התכניות החלות על המקרקעין. שכן תכנית המתאר מייעדת את המקרקעין לשימושים של מלאכה, תעשייה זעירה והשירותים הנלווים אליה ואף ההחלטה נעדרת קביעה השוללת את האמור, ובית משפט קמא הותיר עניין זה לבירור במסגרת העתירה המנהלית.
14. שגה בית משפט קמא משלא דחה את הבקשה על הסף, נוכח ההחלטה בהליך הקודם, המקימה מעשה בית דין גם בנוגע להליך נושא הערעור. ובכל מקרה לא קמה לבית משפט קמא הסמכות לשנותה.
15. שגה בית משפט בהשיתו במסגרת ההחלטה הגבלות שונות על המערערת, בלא שהתבקש לכך בבקשה, בניגוד להיתרי הבניה, שאינם מטילים מגבלות כאמור ובאופן הפוגע בזכות הקניין ובחופש העיסוק של המערערת. זאת בנוגע למספר השולחנות שיוצבו וכן באשר לסוג המוצרים שימכרו.
16. שגה בית משפט קמא בכך שניהל את ההליך נושא הבקשה, כחלק מן ההליך הקודם שנוהל בפניו, ובאי זימונה



של סגנית מהנדס העיר גב' מירב אדמור (להלן: "העדה") לעדות.

17. שגה בית משפט קמא בקבעו כי על פי נטלי ההוכחה די בראיה קלושה. זאת בעוד נדרש רף ראיתי מחמיר, ברמת ההוכחה המקובלת במשפט הפלילי, נוכח העובדה שמדובר בטענה לביצוע עבירה לפי ס' 204 לחוק, שמשמעו מניעת שימוש קיים ומתמשך באופן הפוגע בזכויות יסוד.

18. התנהלות המשיבה בעניין הנכס חורגת מהתנהלותה ביחס לעסקים אחרים, משיקולים זרים ובאופן שיש בו להקים טענת הפליה ולהשליך על הפרשנות הנכונה שיש להעניק לתכניות. שכן באזור התעשייה נושא הערעור מתקיימים שימושים מסחריים עיקריים ולא נלווים, מגוונים במגרשים המיועדים לתעשייה, למלאכה ואף באלה המיועדים למבנים רב תכליתיים.

טיעוני המשיבה 1

19. יש לדחות את הערעור על הסף משהוגש בחוסר תום לב ובהיעדר ניקיון כפיים שכן המערערת ממשיכה בפעילות בנכס, בניגוד להחלטה.

20. אין להתערב בקביעות העובדתיות של בית משפט קמא, כי בנכס מתנהל בית קפה, אשר התבססו על שמיעת עדים וראיות ועיון בכתבי טענות מפורטים. במקור יועדו המקרקעין לתעשייה וחנות מפעל כשימוש נלווה לו ואילו המערערת מבקשת להפוך את היוצרות בהפעלת בית קפה, כשימוש עיקרי בעוד שהמפעל משני לו.

21. אין בידי המערערת היתר כדין להפעלת חנות מפעל ולא די בכך ששימוש כאמור מותר על פי התכנית. היה על המערערת לעמוד בתנאי היתר הבניה מיום 3.2.15 ובכללם לקבל את אישור המשיבה לחלוקה פנימית בנכס.

22. אף אם תתקבל הטענה כי למערערת היתר לחנות מפעל, לבטח אינו כולל הפעלת בית קפה, כפי שנקבע בהחלטה.

23. אין בהחלטה בהליך הקודם כדי לחסום את הדרך להגשת הבקשה ולהכרעה בה לגופה. שכן תכליתם של שני הסעיפים מכוחם הוגשו הבקשות בהליך הקודם ובהליך נושא הערעור שונים. תכליתו של סעיף 246 לחוק, היא מניעתית ותכליתו של סעיף 239 הפסקת שימוש בפועל. מרגע ששינתה המערערת את המצב העובדתי והרחיבה את השימוש בנכס לבית קפה, הרי שהביאה לשינוי הנסיבות באופן שהצדיק את הגשת הבקשה ומתן הצו.

המערערת עצמה ביקשה להסתמך על ההליך הקודם ועל החומר שהוגש במסגרתו.

24. ההחלטה שלא להורות על זימונה של העדה בדין ניתנה, שכן עדותה לא נדרשה שעה שהמחלוקת נסובה סביב שאלת קיומו של ההיתר ולא התכנית.

25. המגבלות שהטיל בית משפט קמא בהחלטה בדין יסודן, לבית משפט קמא סמכות להורות על מתן הצו בנוסח שבו ניתן.

26. אכן, די היה בראיה קלושה, אולם בית משפט קמא לא הסתפק בכך והתבסס על ראיות כבדות משקל.

27. יש לדחות על הסף את הטענה בדבר אכיפה בררנית כשגויה עובדתית וכלא רלוונטית להליך.



נימוקי המשיבים 2 ו-3

28. המשיבים 2 ו-3 הודיעו כי המבנה נבנה מכוחו של היתר הבניה, על פיו השימושים המותרים הם לתעשייה ולחנויות מפעל וכי עומדים בכל תנאי החוק לשם קבלת טופס 4, ואולם חרף בקשותיהם, טרם זכו לקבלו.
29. בהתאם לתכנית המתאר מד/2020, החלה, הוגדר האזור כאזור שירותים, מלאכה ותעשייה זעירה, כאשר השימושים המותרים באזור הם, בין היתר, "מלאכה ותעשייה זעירה על השירותים הנלווים אליהם, כגון: מסעדות, שירותי דלפק, ציוד משרדי וכדומה". על פי התכנית המפורטת החלה במקום, מד/2020, מיועד אזור המבנה כאזור תעשייה, המתיר תעשיות קלות. נוכח האמור בתכנית המתאר, הרי ששימוש של מסעדות מותר.
30. ככל שתתקבל הטענה כי השימוש עולה בקנה אחד עם חנות מפעל, הרי שהוא תואם את התכנית החלות במקום ואת היתר הבניה. ככל שלא תקבל הטענה, יידרש הליך נוסף של היתר לשימוש חורג.

דין והכרעה

31. ראשית יאמר כי במועד הדיון, הוסכם בין הצדדים לצמצם את המחלוקת ולמקד את הדיון בשאלת החריגה מן ההיתר, תוך שהם מיייתרים את ההכרעה בשאלות שעניינן חריגה מהתכנית החלות ועל כן לא אדרש להן, במסגרת ההליך שבפני.

המסגרת המשפטית להגשת הבקשה ורף ההוכחה הנדרש

32. הבקשה הוגשה מכוח סעיף 239(א) לחוק המורה כדלקמן:
- "נעשתה עבודה, או השתמשו במקרקעין, בדרך ובנסיבות שיש בהם משום עבירה לפי סעיף 204, בין שהוגש על העבירה כתב אישום לבית המשפט ובין שטרם הוגש, רשאי בית המשפט לצוות על הנאשם, או על מי שנראה לבית המשפט אחראי לביצוע העבירה, ועל כל מי שעובד בשירותם – להפסיק את העבודה או את השימוש (להלן – צו הפסקה שיפוטי) ותקפו של הצו יהיה עד לביטולו או שינויו על ידי בית המשפט."**
- בבקשה לצו הפסקה שיפוטי בית המשפט אינו מכריע בדבר אשמתו או חפותו של צד ורמת ההוכחה בהליך כגון דא היא קלושה למדי.

ר' לעניין זה רע"פ 47/07 מור נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה גבעת אלונים (14.6.07):

"ואכן הלכה היא כי יש לראות בהליך של צו הפסקה שיפוטי, הליך ביניים אשר מטרתו הינה "להקפיא את הבניה בעודה באיבה כשנעשית חריגה מההיתר או מהתכנית עד אשר יתברר הענין לגופו בתיק העיקרי שעניינו כתב אישום על בניה שלא בהתאם להיתר או לתכנית" (ראו ע"פ 377/87 קלקא נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 673, 682-683). מכאן, שבבסיס הסעיף עומדת תכלית מניעתית הנוגעת להקפאת הבניה ומניעת מצב שבו יקשה להחזיר את הגלגל אחורנית. מאחר שמטרתו של צו הפסקה השיפוטי הינה הקפאת המצב הקיים, נקבע בתקנה 3 לתקנות, כי צו הפסקה שיפוטי יכול שיינתן על פי המבקש בלבד ורמת ההוכחה הנדרשת הינה קלושה למדי ודי בכך ש"יש למצהיר יסוד סביר להניח שמבוצעת במקום עבודה".

בית המשפט העליון חזר על קביעה זו, בהקשר לרף ההוכחה הנדרש, גם ברע"פ 2041/11 קיבוץ יגור נ' הועדה



המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה (17.3.2011), שעניינו צו הפסקה שיפוטי בקשר לשימוש בנכס.

האמור לעיל יפה גם לענייננו וקביעת בית משפט קמא כאמור, בדין יסודה. מה גם שבפועל, לא הסתפק בית משפט קמא ברף הוכחה זה, כפי שיפורט בהמשך.

נפקות ההליך הקודם להליך נושא הערעור

33. יצוין תחילה בהקשר זה כי הטענה שהיה על בית משפט קמא לדחות את הבקשה על הסף, נוכח המניעות מלדון בה, בשל ההחלטה בהליך הקודם הועלתה לראשונה רק בערעור. לא זו אף זו, אלא שהוסכם על הצדדים כי בית משפט קמא יוכל להידרש בבואו לכלל החלטה בבקשה, לכלל חומר הראיות והנתונים שהיו לפניו במסגרת ההליך הקודם.

34. אף לגופה של טענה זו דינה להידחות.

ההליך הקודם הוגש מכוח סעיף 246 לחוק שזוהי לשונו:

"צו זמני למניעת פעולות (תיקון מס' 9) תשל"ח-1978"

נעשו במקום פלוני פעולות הכנה לבניה או לשימוש במקרקעין ללא היתר או בסטיה מהיתר או מתכנית, רשאי בית המשפט לפי בקשתם של יושב ראש הועדה המחוזית או של יושב ראש הועדה המקומית, ובעיריה - של יושב ראש ועדת המשנה לתכנון ולבניה, או של היועץ המשפטי לממשלה או נציגו, ליתן צו על כל אחד מהמנויים בסעיף 208 להימנע מפעולה באותו מקום, לרבות צו האוסר את השימוש במבנה או במקרקעין או צו לסגירת המבנה או המקום (להלן - צו מניעת פעולות); בית המשפט רשאי לתת צו כאמור בכפוף לתנאים שימצא לנכון בנסיבות הענין."

35. המדובר בצו זמני, הצופה פני עתיד, לאור פעולות הכנה המתבצעות, שאינן בהכרח בשלב זה, בניגוד לדין, אלא כאלה שנועדו להכשיר פעולות או שימוש שיבואו בגדר עבירה.

ראה לעניין זה את ע"פ (ב"ש) 5630/08 **ביג מרכזים מסחריים בע"מ נ' יו"ר ועדת המשנה לתכנון ובניה אילת** (11.06.2009) וכן עפ"א (ת"א) 4087-02-12 **אודי וקסמן נ' מדינת ישראל** (28.02.2012) והפסיקה הנזכרת שם:

"...העילה אשר בה יכול סעיף 246 להסתפק היא "פעולות הכנה" (לבניה או לשימוש וגו'), להבדיל מפעולה העולה כדי עבירה. ופעולות ההכנה הנדונה, אשר איננה עבירה בטרם ניתן הצו, איננה הופכת עבירה על-ידי מתן הצו. כל אשר מחוקק סעיף 246 עשה, הוא להעניק לבית-המשפט סמכות להוציא צו כאשר הוא משתכנע שבפניו מקרה אשר בו עושה פעולות ההכנה לא יעצר בהן מעצמו להמתין עד אשר ישיג היתר, אלא יגלוש אל עבר פעולה שהיא כבר בגדר עבירה. משמע מסגרת סעיף 246 היא אזרחית כולה: לא רק מבחינת התרופה כי אם גם מבחינת העילה...".

36. הבקשה מנגד, תכליתה הוצאת צו הפסקה שיפוטי לפי סעיף 239 לחוק, המותנה בכך כי נעשו בפועל עבודה או שימוש במקרקעין, בדרך ובנסיבות שיש בהם משום עבירה לפי אחת מחלופות סעיף 204 לחוק. אין מדובר בסנקציה עונשית המוטלת בגין הפרת הוראותיו של חוק התכנון והבניה, אלא מטרתו של הצו הינה להפסיק את הפרתן המתמשכת של הוראות חוק התכנון והבניה, מוקדם ככל שניתן.



כפי שנקבע ברע"פ 3584/11 יד שלום אלון נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה - חבל מודיעין (17.7.11):

"מכאן, שלא ניתן לומר שסעיף 239 מיועד רק למניעה דחופה ומיידית של יצירת עובדות בשטח, אלא תכליתו היא גם למנוע המשך שימוש החורג מהוראות החוק. אמנם, במקום אחר ציינתי ביחס לסעיף 239 לחוק כי 'בבסיס הסעיף עומדת תכלית מניעתית הנוגעת להקפאת הבניה ומניעת מצב שבו יקשה להחזיר את הגלגל אחורנית'. [...] אולם, אין בכך כדי לומר שזוהי תכליתו היחידה של הסעיף. התכלית המניעתית עליה עמדת בעניין מור, היא בהחלט התכלית למנוע 'יצירת עובדות חדשות בשטח', אך לצידה עומדת גם התכלית למנוע המשך ביצוע של עבירות והמשך הפקת רווח כלכלי מהן".

37. במסגרת ההליך הקודם, לא הוכח ביצוע של פעולות הכנה לשימוש אסור בנכס כבית קפה, אלא לשימוש מותר כחנות מפעל ועל כן בוטל הצו למניעת פעולות שניתן במעמד צד אחד כמפורט בהחלטה בהליך הקודם.

38. אלא שאף המערערת אינה חולקת על כך כי מאז מתן ההחלטה בהליך הקודם הורחב השימוש בנכס, מעבר לזה שהיווה את הבסיס להחלטה בהליך הקודם. בנסיבות אלה ולאור התכליות השונות של הבקשות לא מצאתי כי היה בעצם מתן ההחלטה בהליך הקודם, כדי לשמוט את הקרקע מתחת לבסיס החוקי להגשת הבקשה נושא ההחלטה, לדיון בה על ידי בית משפט קמא ולהכרעה בה לגופה, על פי הנתונים שהיו לפניו.

קביעת בית משפט קמא בהחלטה באשר להיעדר היתר בניה לשימוש כחנות מפעל

39. ההחלטה בהליך הקודם ניתנה ביום 14.1.16. בגדרה קבע בית משפט קמא כי הפעולות הננקטות בנכס, אינן מהוות הכנה לשימוש אסור של בית קפה, אלא לשימוש נלווה מותר על פי התכנון כחנות מפעל של הקונדיטוריה.

ההחלטה בהליך נושא הערעור ניתנה ביום 19.4.16 בגדרה קבע בית משפט קמא, תוך שסמך ידיו, בין היתר, על עדותו של המפקח, כי גם שימוש כחנות מפעל אינו מותר, נוכח היעדר היתר לשימוש כאמור. שכן לא הוגשה לאישור העירייה תכנית חלוקה פנימית כמתחייב.

40. בגין הנכס הוצאו שני היתרי בניה. היתר בניה 20110393, מיום 07.12.11, לפיו תותר: "הקמת בניין תעשייה חדש בשתי קומות (קרקע + מרתף) הכולל: 4 מפעלים, חנויות מפעל, ממ"קים, חניה תת קרקעית ... ומעליות..." (להלן: "ההיתר הראשון") וכן היתר בניה 20150046, מיום 03.02.15, שהוגדר, על פי האמור בו כתכנית שינויים להיתר הראשון, בתוספת שטחים: "קומת מרתף - שינויים בחלוקת שטחי השירות ומאגר המים, בקומת קרקע-בפיתוח וקירוי מתקנים טכניים, שינויים בחזיתות ותוספת גגון היקפי, קומת הגג-שינוי בחדר המדרגות" בכפוף לכל התנאים בהיתר הראשון (להלן: "היתר השינויים"). להיתר השינויים צורף תשריט ועליו נכתב "החלוקה הפנימית תבוצע על פי דרישת השוכרים ובאישור העירייה (להלן: "התשריט").

41. עלה אם כן כי תחולתם של שני ההיתרים לא השתנתה בין ההליך הקודם לבין ההליך נושא הערעור שלפני. ואולם הגם ששני ההיתרים הונחו לפני בית משפט קמא בהליך הקודם, באותה העת לא העלתה המשיבה 1 את הטענה כי נוכח היתר השינויים לא קיים היתר לשימוש בנכס כחנות מפעל, כפי שטענה בהליך נושא הערעור שלפני.

בהליך הקודם התמקד הדיון בשאלת מהות הפעולות הננקטות והאם באות בגדר פעולות עתידיות לשימוש מותר כחנות מפעל או לשימוש כבית קפה שאינו בא בגדר ההיתר. כלל הצדדים ובעקבותיהם גם בית משפט קמא, כמפורט בהחלטה בהליך הקודם, אף יצאו מנקודת הנחה כי קיים היתר לשימוש כחנות מפעל והמשיבה 1 אף השלימה עם ההחלטה



בהליך הקודם ולא ערערה עליה.

42. לשם הוכחת טענתה כי היתר השינויים לא אסר שימוש של חנות מפעל, ביקשה המערערת להעיד את העדה. בהתנגדותה לבקשה ציינה ב"כ המשיבה 1 כי היא נכונה לצאת מנקודת הנחה כי כלל ההיתרים החלים מתירים שימוש כחנות מפעל ואולם ממילא השימוש הנעשה בנכס הוא שימוש אסור כבית קפה ולא כחנות מפעל.

בנסיבות אלה קבע בית משפט קמא כי **"היות שאין מחלוקת כי המדובר באזור לתעשייה שניתן בו היתר גם לחנות מפעל, אינני מוצאת כל רלוונטיות לעדות של סגנית מהנדסת העיר"** (פרוטוקול הדיון מיום 17.04.16, עמ' 16, ש' 9).

43. בסופו של יום נדרש בית משפט קמא להכרעה בעניין זה וקבע כי נוכח היתר השינויים לא קיים היתר לשימוש אף כחנות מפעל, תוך שסמך ידיו על עדות המפקח שלא הוזמה ואולם בלא שהתיר את זימונה של העדה. יצוין בהקשר זה כי בעת שכלל הראיות נושא ההליך הקודם היוו חלק מההליך נושא הערעור אין להתעלם מעדותה של העדה בהליך הקודם על פיה קיים היתר למפעל וחנות מפעל (פרוטוקול מיום 27.12.15 עמ' 10 ש' 2).

44. ואולם כפי שיפורט עתה, גם אם אצא מנקודת הנחה בדבר קיומו של היתר לחנות מפעל, לא יהא בכך כדי להועיל למערערת. שכן ראיתי עין בעין עם בית משפט קמא כי מהות השימוש שנעשה בנכס, עובר למתן ההחלטה, אינו כחנות מפעל אלא כבית קפה שבכל מקרה אינו בא בגדר ההיתר.

מהות השימוש הנעשה בנכס

45. התיבה "חנות מפעל" לא זכתה להגדרה מפורשת בדין ואולם הדעת נותנת כי תכליתה לאפשר ללקוחות המפעל לרכוש את תוצריו, במקום ייצורם. ובמקרה של קונדיטוריה, מעבר לרכישת המוצרים גם מתן אפשרות לצרוך אותם במקום.

46. בדין סמך ידיו בית משפט קמא בקביעתו זו על ההבחנה שערכה נציגת המערערת בעדותה, במסגרת ההליך הקודם, שאומצה לתיק שלפניו. עת ציינה כי השימוש בנכס באותה העת הוא כחנות מפעל שכן הלקוח בוחר במישרין ממוצרי הקונדיטוריה הממוקמים בשטח התצוגה, בלא שמוצג לעינו תפריט לבחירתו ולא מוענקים לו שירותי מלצרות. ובלשונו: **"לשיטתי בית קפה הוא מקום שיוצר הגשה פעילה ללקוח, התיישב לקוח, מבקש סלט, מכינים לו. זה לא קיים. יש לנו שטח תצוגה, הלקוח בוחר. לא עושים שום דבר לפי הזמנה. אין שירות מוצרים, אין אירוח, אין תפריט. אפילו השם שלנו לא מרמז על זה שאנחנו בית קפה."** (פר' מיום 27.12.15, עמ' 17, ש' 16).

47. ואילו במהלך הדיון בבקשה, אישר ב"כ המערערת, כי מאז ההחלטה בהליך הקודם הורחב השימוש בנכס וכולל עתה הסעדה המתבצעת על ידי מלצרים, שימוש בכלים רב פעמיים ומוגש תפריט עשיר שאינו מגביל עצמו למוצרי הקונדיטוריה בלבד.

דברים אלה אף עולים בקנה אחד עם ממצאי המפקח שאומצו על ידי בית משפט קמא.

על רקע האמור אף לא ניתן להתעלם מהעובדה כי המערערת פעלה לקבלת רישיון עסק לבית קפה וגם בכך יש כדי להצביע על מהות השימוש בנכס, כפי שצוין גם בית משפט קמא.



48. מדובר אם כן, כפי שקבע בית משפט קמא, בשימוש נרחב ועצמאי שאינו עונה עוד על הגדרה של שימוש נלווה לקונדיטוריה, כחנות מפעל, אלא כבית קפה.

באשר לנוסח הצו על פי ההחלטה

49. בקבלו את הבקשה הורה בית משפט קמא בסיפא של ההחלטה כי "ניתן בזה צו הפסקה שיפוטי, כדלהלן:

אני אוסרת על ניהולו של בית קפה במקרקעין, וכן כל שימוש אחר ללא היתר, שהוא מעבר לשימוש עליו הוצהר, במסגרת של "בית אוכל מצומצם".

על מנת למנוע אי הבנות, יובהר כי אינני מתירה מכירת מזון בעסק, למעט מוצרים שיוצרו בקונדיטוריה, בשילוב עם גבינה, ירקות טריים או טונה, וכן שתייה חמה וקרה. כמו כן, ניתן להציב 10 שולחנות וסביבם כיסאות במבנה, לצורך ישיבה במקום, כפי שבוצע קודם לביטול הצו למניעת פעולות."

50. ההחלטה אינה יכולה להיבחן במנותק מההליך הקודם, אשר התנהל גם הוא בפני אותו המותב וחומר הראיות שהוגש במסגרתו, היווה בהסכמת הצדדים גם חלק מהראיות במסגרת ההליך נושא הערעור.

בהחלטה בהליך הקודם קיבל בית משפט קמא את טענות המערערת כי הפעולות המבוצעות בנכס, מיועדות לשימוש כחנות מפעל בלבד ולא כבית קפה, בהסתמך על ההבחנה שערכה בין השניים ועל מצב הדברים הנתון בנכס, כטענתה, עובר למתן ההחלטה, ואף כעולה מדו"חות הפיקוח.

כמפורט לעיל, עובר להגשת הבקשה, הרחיבה המערערת את השימוש בנכס מעבר לזה שהיווה בסיס למתן ההחלטה בהליך הקודם ובאופן שאינו עומד עוד בהגדרת שימוש כחנות מפעל אלא כבית קפה. בנסיבות אלה מה לה כי תלין על כך כי בית משפט קמא מצא להבהיר במפורש את גבולות השימוש המותר כחנות מפעל, על פי מצב הדברים שהיה לפניו, עובר למתן ההחלטה בהליך הקודם, עת קיבל את גרסת המערערת באשר לכך וביטל את הצו שניתן במעמד צד אחד.

באשר לטענה בדבר אכיפה בררנית

51. על הטוען לאכיפה בררנית להוכיח כי מדובר באפליה פסולה בין דומים, אשר בבסיסה ניצב מניע פסול, שרירות או שקילת שיקולים זרים או בלתי ראויים של הרשות. עוד נקבע כי הרשות נהנית מחזקת החוקיות של מעשי הרשות והנטל להוכחת קיומה של אכיפה בררנית, ולמעשה להפרכת החזקה האמורה מוטל על הטוען לה.

יפים לעניין זה הדברים שנאמרו בע"פ 8204/14 **מחמד זלום נ' מדינת ישראל** (15.4.2015) והפסיקה הנזכרת שם ואמות המידה שנקבעו, ישימות גם בענייננו:

"יפים לעניין זה, דבריו של השופט ס' ג'ובראן בע"פ 3215/07 פלוגי נ' מדינת ישראל, [פורסם בבנו] פסקה 37 (4.8.2008):

" לשם העלאת טענה בדבר 'הגנה מן הצדק', הנשענת על טענה לאכיפה בררנית, יהיה על הטוען להראות, בראש ובראשונה כי מדובר בהבחנה בין מי



שהדמיון ביניהם רלוונטי לעניין, במובן זה שהוא מצדיק התייחסות דומה בשאלת הגשתו של כתב אישום. בשלב השני יהא על הטוען להראות כי בבסיס ההבחנה ניצב מניע פסול, בין אם בדמות שרירותיות, התחשבות בשיקולים שאינם מן העניין, או חלילה שקילת שיקולים שאינם ראויים. מטבע הדברים מדובר בשני שלבים השלובים זה בזה, ואשר רב המשותף להם. הנטל להוכיחם, שאיננו פשוט כלל וכלל, מוטל על הנאשם, באשר הפרקליטות, ככל רשות מינהלית, נהנית מהחזקה לפיה פעולותיה נעשות כדין" (ראו גם ע"פ 3667/13 ח'טיב נ' מדינת ישראל[פורסם בנבו] (14.10.2014); ע"פ 8702/12 זואי נ' מדינת ישראל[פורסם בנבו] (28.7.2013); ע"פ 37/07 פרג נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (10.3.2008)).

ויודגש, כי לצורך הוכחת טענה לאכיפה בררנית, מן ההכרח להציג תשתית עובדתית מבוססת (ראו, לעניין זה, עע"מ 1786/12 ג'ולאני נ' מדינת ישראל (20.11.2013); ע"פ 3517/11 שמשון נ' מדינת ישראל (6.3.2013); והשוו: עניין פרץ; מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 417-415, 373 (2008)).

52. בענייננו, לא עמדה המערערת בנטל המוטל על כתפיה להבאת ראיות להוכחת קיומה של אכיפה בררנית. מעדותו של הפקח, עלה כי המשיבה 1 פועלת נגד בתי עסק במצבים דומים. גם בדוגמאות שהובאו ע"י המערערת, לא היה כדי לבסס את טענתה, שכן לאור כלל הקביעות לעיל, לא הוכח כי מצבם של העסקים האחרים דומה למצבה של המערערת, בהיבט התכנוני או במישור העובדתי ועדותו של המפקח כי ננקטים הליכי אכיפה במקרים דומים, לא הוזמה.

סוף דבר

53. לאור סך כל האמור לעיל אני מורה על דחיית הערעור.

ניתן היום, י"ט תמוז תשע"ו, 25 יולי 2016, בהעדר הצדדים.