



בע"א (פתח-תקוה) 30943-08-13 - הוט מובייל בע"מ נ' מועצה מקומית גבעת שמואל ואח'

בע"א (פתח-תקוה) 30943-08-13 - הוט מובייל בע"מ נ' מועצה מקומית גבעת שמואל ואח' שלום פתח-תקוה
בע"א (פתח-תקוה) 30943-08-13
הוט מובייל בע"מ

נגד

1. מועצה מקומית גבעת שמואל

2. איציק אוז'לבו

בית משפט השלום בפתח-תקוה

[22.10.2013]

כב' השופטת שלהבת קמיר-וייס

החלטה

בפניי בקשה לביטול של צו הפסקה מנהלי אשר הוצא על ידי המשיב 2 ביום 12.08.2013, כנגד עבודות בנייה להקמת מתקן גישה אלחוטי (להלן - המתקן) על גג של בית ברחוב העבודה 3 בגבעת שמואל, אשר נמצא במקרקעין הידועים כחלקה 116 בגוש 6189 (להלן - המבנה).

מנגד מבקשת המשיבה 1 כי בית המשפט יאשר את צו ההפסקה המנהלי כצו הפסקה שיפוטי.

מבוא

המבקשת, חברה המספקת, בין השאר, תשתית לתקשורת סלולארית, זכתה במכרז שהוציא משרד התקשורת במסגרתו היא נדרשת לפרוש באופן מהיר, יעיל ואפקטיבי מתקני רשת חדשה אשר יביאו לכיסוי 90% מהאוכלוסייה ו 90% מהשטח המיושב במדינת ישראל תוך עמידה בדרישות איכות מבחינת כמות ניתוקי השיחות וחסיונות החיוג. המבקשת היא בעלת רישיון כללי לפי חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב - 1982 (להלן - חוק התקשורת) לשם מתן שירותי רדיו טלפון נייד בשיטה התאית.

במסגרת זו ולצורך שיפור הקליטה והשידור של המשתמשים, ביקשה המבקשת להציב על המבנה שני מתקנים ולצורך כך התקשרה בהסכם שכירות עם בעלי המבנה לשכירת הגג וחדר במבנה.

ביום 21.07.2013 שלחה המבקשת הודעה למשיב 2 בהתאם להוראות חוק הקרינה הבלתי מייננת, התשס"ו - 2006 (להלן - חוק הקרינה) על כוונתה להקים מתקן גישה אלחוטי תוך שציינה בתצהירו של מנהל אגף נכסים ותשתיות אתרים במבקשת כי המתקן אינו טעון היתר בניה, על פי ייעוץ משפטי שקיבל, בהתאם להוראות סעיף 266 ג' לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה - 1965 (להלן - חוק התכנון והבניה או החוק). עוד ציין בתצהיר כי המתקן אינו חורג מ- 40% מסך כל מתקני השידור הקטנים שהוקמו או בכוונת המבקשת להקים עד לחודש ספטמבר 2018 בתחום הועדה המקומית גבעת שמואל, וכי עד לחודש זה בכוונת המבקשת להקים 3 מתקני גישה בתחום הועדה המקומית גבעת שמואל ועד כה הקימה המשיבה רק מתקן גישה אחד.

המבקשת ציינה כי ביום 12.08.2013 או במועד סמוך בוצעו מטעם המבקשת עבודות ראשוניות באחד מחדרי הבית על מנת להתאימו להצבת ציוד תקשורת התומך בפעילות המתקן, כאשר לטענתה מדובר בעבודות פנימיות שאינן טעונות היתר לפי סעיף 145 לחוק התכנון והבניה.

ביום 12.08.2013 לאחר שמפקח הועדה המקומית ביקר במבנה חתם מהנדס הועדה המקומית על צו הפסקה מנהלי המצווה על מר יחזקאל גרשט ועל כל אדם אחר מטעמו, להפסיק את ביצוע העבודות להקמת המתקן, צו ההפסקה נמסר עוד באותו יום במבנה.

ביום 15.08.2013 הוגשה בקשה למתן היתר להקמת מקור קרינה - מוקד שידור במבנה וביום 18.08.2013 ניתן היתר מהמשרד להגנת הסביבה המותנה בתנאים שפורטו בו.

יצוין כי למרות שההיתר מציין במפורש כי "הבקשה למתן היתר זה ודו"ח הערכת רמות החשיפה שהוגשו לממונה ביום 15/08/2013 מהווים חלק בלתי נפרד מהיתר זה." לא מצאה לנכון המבקשת לצרף ולהגיש יחד עם ההיתר גם את הבקשה למתן ההיתר ודו"ח הערכת רמות החשיפה, כך שמתוך ההיתר שצורף לא ניתן לדעת האם הוא ניתן ביחס למתקן אחד בלבד או ביחס לשני מתקנים.

בסעיפים 19 ו-20 לבקשה וכן בסעיף 10 לתצהיר התומך בבקשה מובהר כי היה בכוונת המבקשת להתקין במבנה שני מתקנים.

הטיעונים והדיון בהם

המבקשת מבססת את בקשתה על הטענה כי הקמתו של המתקן אינה טעונה היתר בניה, היות שקיים פטור מפורש הקבוע בסעיף 266 ג' לחוק התכנון והבניה הקובע:

"266ג. (א) התקנת מיתקן גישה אלחוטית והתקנת מיתקן העגינה הנושא אותו, על גג בנין, הנעשית בידי בעל רישיון, אינם טעונים היתר לפי סעיף 145; שר הפנים, בהתייעצות עם שר התקשורת ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לקבוע תנאים נוספים לעניין תחולת הפטור מחובת היתר כאמור ולעניין דרכי התקנה.

(ב) בסעיף זה, "בעל רישיון" - כהגדרתו בסעיף 1 לחוק הבזק, תשמ"ב-1982, ו"מיתקן גישה אלחוטית", "מיתקן עגינה" ו"גג בנין" - כהגדרתם בסעיף 27 לחוק הבזק, תשמ"ב-1982.

וסעיף 27 לחוק התקשורת מגדיר:

"27א. (א) בסימן זה -

"גג בנין", לעניין גג רעפים - לרבות החלק העליון של קיר הבניין הצמוד לרעפים;

"מיתקן גישה אלחוטית" - מיתקן בזק, שממדיו אינם עולים על 30X50X80 ס"מ, המשמש או המיועד לשמש לצורכי קליטה ושידור ברשת גישה, הפועל בתדרים שקבע השר לעניין זה;

"מיתקן עגינה" - מיתקן או התקן, המשמש לחיבור מיתקן גישה אלחוטית אל גג בנין."

בהתאם לסעיפים אלה טוענת המבקשת כי התקנת המתקנים כפי שביקשה לבצע אינה טעונה קבלת היתר היות שכל אחד מהמתקנים שבכוונתה להתקין אינו עולה על בגודלו על הממדים הקבועים בחוק - 30X50X80 ס"מ, והוא יעוגן לגג באמצעות מוט המהווה את מתקן העגינה.

מנגד, טוענים המשיבים, כי העבודות אותן מבקשת המבקשת לבצע חייבות בקבלת שני היתרים; האחד היתר בניה לפי סעיף 145 לחוק התכנון והבניה, והשני היתר לשימוש חורג לפי סעיף 146 לחוק, לשימוש אותו מבקשת לעשות בחדר ששכרה בקומת הגג במבנה.

יוער, כי המשיבים מצאו ליתן דגש לטיעון כי המבקשת פונה לבית המשפט בהליך מן היושר ולפיכך חלות עליה חובות תום לב. מבלי להפחית בחובות תום הלב החלה אין בידי לקבל את הטיעון כי פניית המבקשת הינה הליך מן היושר, היות שהבקשה לביטול צו ההפסקה המנהלי הינה זכות הקבועה בסעיף 236 לחוק התכנון והבניה.

אדון תחילה בשאלת הפטור מהיתר לפי סעיף 145 לחוק הקבוע בסעיף 266ג' לחוק. בבקשתה הפנתה המבקשת לסיכום דיון בנושא פטור מהיתר בניה למתקן גישה אלחוטי סלולארי אשר נערך בלשכת היועץ המשפטי לממשלה בשנת 2008. מצאתי כי בדברי הסיכום נכתבו הדברים הבאים: "הפטור שנקבע בתיקון 25, בתנאים הקבועים שם, לרבות גודל המתקן, משקף את האיזון שערך המחוקק לענין זה בין האינטרסים השונים."

ייחוס חשיבות למידות החיצוניות עולה בקנה אחד עם הקשרו של החוק. התכלית האובייקטיבית של דבר חקיקה נלמדת בראש ובראשונה ממהותו ומסוג העניינים אותם נועד להסדיר. הפטור מהיתר בניה נדרש מלכתחילה רק ביחס לבניה חיצונית. זאת מאחר ועבודות בניה טעונות היתר בניה הוגדרו בסעיף 145 לחוק התכנון והבניה, והן אינן כוללות עבודות או התקנת ציוד שבתוך ביתו של אדם, או בתוך המבנה פנימה, להוציא חריגים שהוגדרו בחוק, אשר על פניו ולכאורה התקנתו של ציוד אינה בכללם. טעמו וצידוקו של הפטור הוא בממדיו הפיזיים החיצוניים הקטנים של המתקן, ומצא המחוקק חשיבות לציין את גודלו המקסימלי של המתקן אשר יוכל להיכלל במסגרת הפטור לנוכח שיקולי התכנון והבניה הכרוכים בהצבתם של מתקנים אלה על גגות הבתים.

המבקשת הפנתה למספר רב של פסקי דין שניתנו בסוגית תחולת הפטור הקבוע בסעיף 266ג' על מתקני שידור סלולאריים, כאשר ניתן לראות שמכנה משותף העובר כחוט השני בכל פסקי הדין, הוא הסכמה בדבר המגבלה על הגודל המרבי של המתקן אשר מותקן על הגג בחלקו החיצוני. הגישות בפסקי הדין השונים נחלקות באשר לשאלה האם יש לכלול בהגדרה גם את הציוד הנלווה או רק את החלק המותקן חיצונית, אך אין עוררין שגודלו המרבי של החלק המותקן חיצונית של ציוד בכדי שהמבקש יהא זכאי לפטור מהיתר בניה בהתאם לסעיף 266ג' הוא 30X50X80 ס"מ.

במקרה זה, הבהירה המבקשת כי היא מעוניינת להתקין שני מתקנים שממדי כל אחד מהם לא יעלה על 30X50X80 ס"מ, אך לא מצאה לציין שגודלם המשותף לא יעלה על גודל זה.

לפיכך ניתן להניח שגודלו הכולל של הציוד אשר המבקשת מעוניינת להתקין על גג המבנה חורג מהגודל המירבי הקבוע בחוק כתנאי לפתור מהצורך בקבלת היתר בניה לפי סעיף 145 לחוק התכנון והבניה.

יובהר, כי לא מצאתי לנקוט עמדה ביחס לשאלה האם יש לכלול את הציוד הנלווה כחלק מגודלו של המתקן אם לאו, היות שהדין בערעור (רע"פ 5213/08) בנושא זה עדיין תלוי ועומד ובנסיבות מקרה זה הדבר אינו הכרחי לצורך הכרעה.

אף כי לכאורה די היה בחריגה זו מתנאי סעיף 266ג' לחוק התכנון והבניה כדי להצדיק את אישור צו ההפסקה המנהלי כצו הפסקה שיפוטי, אני מוצאת לבסס את החלטתי על שיקולים נוספים שיפורטו להלן. ההודעה בדבר הקמת מתקן גישה אלחוטי ותצהירו של מר עופר מירן, אשר צורף לה, אשר נשלחו למשיב 2 בהתאם להוראות סעיף 7(ב)(1) לחוק הקרינה, לא ציינו כי יש בכוונת המבקשת להתקין במבנה שני מתקנים. המשיבים מעלים טענה נוספת כנגד האמור בתצהירו של מר עופר מירן, ביחס להצהרה בסעיף 5 כי: "המתקן אינו חורג מ- 40% מסך כל מתקני השידור הקטנים, כהגדרתם בתמ"א 36א, שהוקמו או בכוונת חברת הוט מובייל להקים עד לחודש ספטמבר 2018 בתחום הועדה המקומית/מרחבית גבעת שמואל".

אשר אינה עולה בקנה אחד עם המוצהר בסעיף 6 בתצהירו: "עד לחודש ספטמבר 2018 בכוונת חברת הוט מובייל להקים 3 מתקני גישה בתחום הועדה המקומית/מרחבית גבעת שמואל. עד כה הקימה חברת הוט מובייל בע"מ 1 מתקני גישה בתחום הועדה המקומית/מרחבית גבעת שמואל." הרי ככל שעד כה הקימה כבר המבקשת מתקן גישה אחד בתחום הועדה המקומית גבעת שמואל, ובסך הכל עד לחודש ספטמבר 2018 בכוונת המבקשת להקים שלושה מתקני גישה, הרי שהמתקן השני - זה שמבקשים להקים - מהווה למעלה מ 40% מסך כל מתקני השידור הקטנים - כמוצהר בסעיף 5.

הבעייתיות לגבי האמור בסעיפים אלו בתצהיר מחריפה לנוכח הצהרת המבקשת בתצהיר התומך בבקשה בדבר כוונתה להקים במבנה שני מתקנים ולא רק אחד, כך שסך כל המתקנים, באם ההקמה הייתה מבוצעת, היה מגיע לכדי 100% מכמות מתקני השידור הקטנים שהמבקשת הצהירה שבכוונתה להקים בתחומי הועדה המקומית גבעת שמואל עד לחודש ספטמבר 2018, בעוד שהיא מצהירה שהמתקן אינו חורג מ 40% מסך כל מתקני השידור הקטנים כאמור.

אך בכך לא תמו סימני השאלה והתמיהות (בלשון המעטה) סביב התנהלות המבקשת. כאמור, צו ההפסקה המנהלי הוצא על ידי המשיב 2 ביום 12.08.2013 והבקשה להיתר הקמת מוקד שידור הוגשה לממונה מכוח חוק הקרינה רק ביום 15.08.2013. לפי סעיף 7(ב)(2) לחוק הקרינה מחויבת המבקשת להעביר לממונה את ההתנגדות אשר הביע המהנדס - במקרה זה ההתנגדות באה לידי ביטוי בצו ההפסקה המינהלי.

לא ברור כלל האם התנגדות זו מצד המהנדס הועברה לידיעת הממונה מכוח חוק הקרינה וזאת, בין השאר, משום שהמבקשת לא צרפה להיתר ההקמה המהווה נספח ג' לתצהיר התומך בבקשתה לביטול צו ההפסקה המנהלי את הבקשה להיתר וזאת למרות שהיתר מצין במפורש:

"הבקשה למתן היתר זה ודו"ח הערכת רמות החשיפה שהוגשו לממונה ביום 15/08/2013 מהווים חלק בלתי נפרד מהיתר זה."

ומכיוון שההיתר עצמו אינו מצין פרטים מהותיים כגון לגבי כמה מתקנים הוגשה הבקשה, או האם ההיתר ניתן לאחר שנשקלו התנגדויות מטעם מהנדס הועדה לתכנון ובניה, רב הנסתר מן הגלוי (וגם זאת בלשון המעטה) במסמך שצורף על ידי המבקשת.

לא מצאתי לדון בטענות המשיבה בדבר קיומו של בית ספר בקרבת המבנה היות שלא הונחה בפני תשתית ראייתית מספקת לבחון כראוי את הנושא ולמצער הייתי מצפה למצוא בחומר הראיות מפת ייעודי קרקע בטווח של 100 מטר מהמבנה בקנה מידה של 1:1,250 כנדרש בתמ"א 36 ממגיש בקשה להיתר הקמת מתקן שידור. לענין הצורך בהיתר לשימוש חורג לפי סעיף 146 לחוק

הטענה בדבר שימוש חורג מייעוד למגורים נטענה במפורש על ידי המשיבים בתשובתם לבקשה לביטול צו ההפסקה המנהלי, ובהמשך נטען כי המבקשת נמנעה מלצרף את הסכם השכירות ומהבאת פרטים אודות מתקני התקשורת אותם ביקשה להציב ובכלל זה גודל הציוד, וכן נמנעה מלצרף את התשריט הנלווה להיתר ההקמה, ממנו ניתן היה ללמוד ביחס לכמה מתקני שידור, גודלם, מיקומם, מיקום הציוד במקרקעין.

עוד טענו המשיבים כי הנחיית הפרקליטות עליה נסמכת המבקשת מציינת את עמדתה כי הפטור אינו חל על השימוש המבוצע בבית מגורים לצורך חדר תקשורת של מתקן הגישה וכי לשימוש האמור יש לקבל היתר לשימוש חורג ככל שימוש המבוצע ואשר אינו תואם את יעוד הנכס.

המשיבים טענו כי ביצוע העבודות בחדר המגורים לצורך התקנת ציוד תקשורת והצבתו של ציוד התקשורת אינם בגדר שינויים, והשימוש כחדר תקשורת בדירת מגורים מהווה שימוש חורג.

המבקשת טענה כי מדובר בטענה חדשה שלא בא זכרה בצו ההפסקה המנהלי. אין בידי לקבל טענה זו - צו ההפסקה מנוסח בלשון רחבה אך ברורה הכוללת גם ביצוע עבודות בסטייה מהיתר או מתכנית כנדרש בחוק.

הן המשיבים והן המבקשת הפנו לפסקי דין שונים אשר מלמדים כי ישנה מחלוקת פוסקים באשר לשאלה האם שימוש בחדרי מגורים לשם הצבת ציוד תקשורת התומך במתקני הגישה מהווה שימוש חורג המחייב קבלת היתר לשימוש חורג, כאשר גם שאלה זו נמצאת במסגרת רע"פ 5213/08 התלוי ועומד. מכל מקום אבחן שאלה זו לפי הנסיבות שבפניי.

המבקשת לא צרפה את הסכם השכירות או תשריט ממנו ניתן ללמוד על היקף הציוד שיוקם בחדר אותו שכרה במבנה, כך גם לא צורף מידע באשר לגודלו של החדר.

לפי מה שכן ניתן לדלות מתוך החומר שהוגש, המבקשת שכרה את החדר ואינה עתידה לעשות בו שימוש למגורים, אלא לשנות ייעודו לחדר תקשורת שיאכלס את הציוד הנלווה לשני מתקני הגישה אותם ביקשה להתקין על גג המבנה. מתוך פסקי הדין הרבים שצרפה המבקשת למדתי שמדובר בציוד שגודלו גדול במידה ניכרת מזה של הקופסה המותקנת חיצונית, וכן שכאשר הציוד פועל הוא פולט חום ניכר.

תכונות אלו בשילוב עם העובדה שמדובר בציוד שידור שיש סכנת קרינה לצידו, משנה לדעתי את ייעודו של החדר מייעוד המקורי למגורים לייעוד שאינו למגורים ולפיכך מחייב הדבר קבלת היתר לשימוש חורג לפי סעיף 146 לחוק. סוף דבר

הבקשה לביטול צו ההפסקה המינהלי נדחת.

הבקשה לאישור צו ההפסקה המינהלי כצו הפסקה שיפוטי מתקבלת.

בהתאם להסדר הדיני, אין צו להוצאות.

בשולי הדברים, אציין כי אני סמוכה ובטוחה שבקשות המבקשת להיתר בניה ולשימוש חורג יטופלו באופן יעיל על-ידי המשיבה 1 בכובעה כועדה מקומית לתכנון ובניה גבעת שמואל, ואם יסורבו - כי אז תהא למבקשת זכות הערר לועדת הערר המחוזית לתכנון ובניה שמקום מושבה ברמלה.

המזכירות תמציא החלטה לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, י"ח חשוון תשע"ד, 22 אוקטובר 2013, בהעדר הצדדים.