

9 ביולי 2017

לכבוד
מר יעקב קוינט
היועץ המשפטי
רשות מקרקעי ישראל

עו"ד יוסף בנקל
ב"כ גינדי גרדנס בע"מ

דחוף!!!

שלום רב,

הנדון: שיווק בלעדי לחברי מועדון חבר בפרויקט גינדי ברחובות

הריני לשוב ולפנות אליכם בשם האגודה לזכויות האזרח. קיבלנו את עמדת חברת גינדי ואת חוות הדעת של פרופ' יואב דותן, וכמו כן את עמדת מועדון חבר צרכנות והרינו להשיבכם כדלקמן:

1. מעיון במכתבי התשובה עולה כי התשתית העובדתית אינה במחלוקת וגם ההגדרה של ההסכם על ידי החברה כהסכם "קדימות" ולא כהסכם "בלעדיות" הינה סמנטית, כפי שהוסבר. המחלוקת הינה על המשמעות המשפטית של שיטת השיווק.
2. בנוסף עולה, כי החברה מכירה בכך שזכויותיה במקרקעין כפופות לסעיף מפורש בחוזה החכירה מול רמ"י, בו נקבע כי החוכר "מתחייב מלנקוט בהפליה פסולה בעת שיווק יחידות הדירור" (ר' סעיף 3 לחוות דעתו של פרופ' דותן). לכן השאלה המרכזית הינה האם שיטת השיווק מהווה הפליה פסולה בניגוד לחוזה החכירה.
3. סעיף איסור ההפליה נוסף בעקבות התדיינות קודמת של האגודה לזכויות האזרח (ר' עע"מ 1789/10 סבא נ' רשות מקרקעי ישראל (מיום 7.11.10)). סעיף זה בחוזה החכירה מנוסח באופן פתוח, והוא רחב מסעיף איסור ההפליה בחוק איסור הפליה במוצרים ושירותים, אשר אוסר הפליה מחמת לאום, דת ושאר העילות המנויות בו (ולא נרחיב כאן כי גם על רשימה זו ישנם חילוקי דעות בפסיקה האם היא רשימה סגורה או פתוחה). הסעיף בחוזה החכירה חל על כל הפליה פסולה. הדבר נלמד הן מלשון הסעיף והן מתכליתו. הסעיף משקף את העובדה כי מדובר בקרקע ציבורית, במשאב מוגבל וחיוני, ובהשקעה הציבורית המסיבית בהכשרת המקרקעין לשיווקם למגורים.
4. מכאן שהחובה על תאגיד שמשווק לציבור מקרקעין שהוחכרו לו לבנית שכונת מגורים הינה חובה מוגברת, הדומה לחובה המוטלת על רשות מקרקעי ישראל לו הייתה בונה ומשווקת את הדירות בעצמה, וסעיף איסור ההפליה בחוזה החכירה משקף זאת.
5. לעניין זה נחזור על עמדתנו כי שיווק בלעדי למועדון המבוסס על שירות קבע בצה"ל מהווה הפליה פסולה. החברה לא הציגה כל טעם ענייני למכור את הדירות רק למי שבחר בקריירה בצבא או בשירותי הביטחון ולא למכור את הדירות ליתר האזרחים המשוועים לדירות, בהם גם מי ששירת בסדיר או נושא בנטל המילואים אך אינו בעל קריירה צבאית.

6. גם לו היה מדובר בשיווק בלעדי למועדון צרכנות של לשכת עוה"ד או על בסיס מקצועי אחר, השיווק היה נפסל אלא אם היה מוצג טעם ענייני המצדיק זאת.
7. גם איננו מקבלים את גישת החברה ומועדון חבר כאילו אין פה פגיעה במי שלא נמנה על מועדון חבר, שכן יש פרויקטים אחרים הפתוחים לכולם. היצע הדירות בעיר רחובות מצומצם, וברור כי יזמים היודעים כי היצע משמעותי בעיר הינו "מחוץ לתחרות" ישקללו זאת במחיר הדירה, שיהיה גבוה יותר. גם כוח המיקוח של הצרכן שאינו נמנה על מועדון חבר יורד כאשר מאות דירות בעיר נגרעות ממתחם ההזדמנויות הקיימות עבורו. כך שההפליה בהחלט פוגעת בזכויות הקניין של מי שאינו חבר המועדון (על "זכות הכניסה" כחלק מהזכות לקניין ר' חנוך דגן "זכות הכניסה" מחקרי משפט כד 59 (2008)). בנוסף, דיני השוויון אינם פוטרים מאחריות להפליה רק משום שיש לקורבן ההפליה אפשרויות אחרות. היעלה על הדעת לפטור מאחריות מועדון שהפלה יוצא אתיופיה רק משום שיש עוד מועדונים באזור שאינם מפלים?
8. הטעם שהוסבר על ידי החברה להבחנה הוא טעם מסחרי – יתרון הגודל של מועדון הצרכנות חבר. אולם החברה יכולה לממש את האינטרס המסחרי שלה גם בלי הסכם השיווק הבלעדי, אלא באמצעות מתן הנחה בלבד. מועדון חבר היה מפרסם לחבריו את ההנחה, והחברה הייתה יכולה ליהנות מפניות רבות של עמיתי המועדון גם בלי הסכם הבלעדיות המדיר אחרים, שאינם זכאים להיות חברי מועדון. גם מדיניות זו מעוררת קושי, אך לעת הזו תלונתנו מתמקדת בעניין סעיף הבלעדיות. גם מבחינת מועדון חבר, די במתן הנחות כדי למנף את כוחם הצרכני של עמיתיה.
9. יתר על כן, ההתעקשות על מכירה בלעדית, בניגוד להנחות בלבד, מעלה את החשד כי האינטרס העיסקי של שני הצדדים לעיסקה לא מתבטא רק ב"הנחות תמורת לקוחות" אלא באטרקטיביות לעמיתי המועדון ברכישת דירה בשכונה בה יתר התושבים יהיו דומים להם, כלומר- הסינון ששיטה זו מאפשרת גם הוא חלק מה"חבילה" האטרקטיבית. אולם הרצון של לקוחות לגור רק עם הדומים לי הוא ודאי לא אינטרס ראוי להגנה.
10. עוד ייתכן כי הסכם בלעדיות/קדימות עם מועדון צרכנות יהיה לגיטימי אם מדובר במועדון שהחברות בו פתוחה לכל המעוניין בהרשמה פשוטה, ללא כל תנאים מוקדמים (למשל, מועדוני צרכנות של המשביר לצרכן, שהחברות בהם פתוחה לכל תמורת תשלום דמי חבר בלבד או הטבות לבעלי כרטיס אשראי מסוים, שכל אחד יכול להשיג). זה לא המצב ביחס למועדון חבר.
11. לכן די באמור לעיל כדי להסיק כי שיווק הדירות לעמיתי חבר בלבד נוגד את סעיף איסור ההפליה בחוזה החכירה.
12. אולם כפי שצינו במכתבנו, הפסול בשיטת שיווק זו הינו ייחודי גם באפקט המפלה שהוא יוצר כלפי קבוצות מיעוט באוכלוסייה ולכן הוא פסול גם לפי חוק איסור הפליה. במציאות הישראלית התבססות על שירות צבאי היא הבחנה "חשודה", שכן יש לה אפקט מפלה וברור על חרדים, ערבים ובעלי מוגבלות. האפקט המפלה מגיע לשיאו כאשר השירות הצבאי הוא תנאי סף לרכישת המוצר (ר' גרשון גונטובניק "הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני

והדרת ערביי ישראל – הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת? " **משפט וצבא** 21(א) 33, 64 (2015).

13. הטענה כי עמיתי המועדון מגוונים מבחינה עדתית או מגדרית אינה רלוונטית. תנאי הקבלה למועדון חבר מהווים חסם משמעותי בפני רוב הערבים, החרדים ובעלי המוגבלויות, שכוחות הביטחון לא מגייסים לשירות סדיר או פטרו מגיוס, ובוודאי שקריירה צבאית אינה אפשרית עבורם. איננו שוללים את האפשרות שניתן לאתר בין עמיתי המועדון גם עמיתים ערבים או חרדים, אך דיני ההפליה התוצאתית אינם מחייבים הדרה של 100% מחברי הקבוצה המופלית. גם העובדה כי נכי צה"ל זכאים להיות עמיתים במועדון אינה שוללת הטענה כי ככלל, בעלי מוגבלויות לא מגויסים ואחוזם בקרב משרתי הקבע זניח.

14. לעניין זה הפסיקה שהובאה בחוות דעתו של פרופ' דותן, העוסקת בלגיטימיות לכאורה של העדפת מי ששירת בצבא באה לעולם בדיוק על רקע הטענה להפליה שהיא יוצרת. בניגוד לנטען, אין בה ללמד כי הבחנה על בסיס שירות הינה תמיד לגיטימית אלא דווקא לחזק את הטענה כי במקרה דנן היא אינה לגיטימית.

15. פסק הדין בעניין **בשורה** הינו פסק הדין המוביל בעניין. באותו עניין נדונה החלטת משרד השיכון לתת סבסוד מעט עמוק יותר למשכנתא לרכישת דירה למי ששירת בצבא. נגד החלטה זו עתרה אזרחית ערביה ודרשה להשוות תנאי הסבסוד. בית המשפט העליון דחה את העתירה אך פסק הדין בשום אופן לא העניק יד חופשית להעדיף את מי ששירת בצבא, אלא הוא קובע כי יש לבחון את ההעדפה בנסיבותיה, והאם יש טעם ענייני בבסיס ההבחנה בין המשרתים למי שאינם משרתים או שמא מדובר בכסות להפליה על בסיס לאום. בית המשפט בהחלט הכיר בתוצאה המפלה האפשרית של העדפה כזאת על אזרחים ערבים (בג"ץ 11956/05 **בשורה נ' שר הבינוי והשיכון** (13.12.06)).

16. עניין **בשורה** אינו מסייע לחברה. להיפך. הטעמים להעדפה, כפי שהוסבר בפסק דין **בשורה**, הם העובדה כי מי שהשתחרר משירות סדיר נמצא בעמדת נחיתות כלכלית בשל שירותו, לעומת מי שלא שירת ויכול היה להתפרנס. באותו עניין נומק סבסוד היתר כרצון לפצות על פער זה. רציונל זה לא חל בענייננו. כאן לא מדובר בהטבות לחיילים משוחררים לאחר שחרורם, אלא למי שבחר בקריירה צבאית. משרתי הקבע בוודאי אינן בנחיתות כלכלית לעומת מי שלא משרת בקבע המצדיקה הטבות כלכליות. אדרבא – משרתי הקבע נהנים מתנאי שכר מצוינים, המשקפים את החשיבות שרואה החברה בשירות הקבע.

17. טעם נוסף להטבות לחיילים משוחררים או משרתי מילואים בפסיקה מאוחרת יותר (למשל עניין **הייב**) הינו בהוקרת שירותם, ואולם בענייננו מי שאפשרויות המגורים שלו נפגעות הם גם מי שמשרתים בצבא ובמילואים אך לא נמנים על עמיתי חבר. מכאן שתכלית הוקרת השירות לא רלוונטית ואף יש בצעד לפגוע במשרתים בסדיר ומילואים.

18. לבסוף, בעניין **בשורה** הדגיש בית המשפט כי ההעדפה צריכה להיות גם מידתית וסבירה. באותו עניין נימוק מרכזי לכך שהטבת המשכנתא לא נפסלה היה כי השירות **אינו תנאי סף**

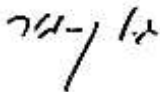
לקבלת ההטבה ולא מונעת ממי שלא שירת לקבל סיוע. אולם בענייננו השירות בקבע הוא **תנאי סף** להצטרפות למועדון ומכאן - לרכישת הדירה.

19. מכאן ששיטת שיווק זו היא בעלת אפקט מפלה ביחס לשוויון ההזדמנויות לרכישת דירה מחמת לאום, קבוצה דתית ומוגבלות, וגם אם נחיל עליה את העקרונות שנקבעו בעניין **בשורה** דינה להיפסל שכן היא אינה מידתית.

20. לבסוף נתייחס לעוד שתי טענות שעלו: ראשית נטען כי חוק איסור הפליה אינו חל מכוח סעיף 3(ד)(2) לחוק איסור הפליה כיוון שמועדון חבר הינו בגדר "ארגון או מועדון, שאינו למטרת רווח, ונעשה לשם קידום צרכים מיוחדים של הקבוצה שאליה משתייכים החברים במועדון או בארגון, ובלבד שצרכים מיוחדים כאמור אינם נוגדים את מטרת החוק". סעיף זה לא רלוונטי שכן התלונה היא כלפי חברת גינדי ולא כלפי מועדון חבר, ובכל מקרה מועדון חבר אינו עומד בהגדרות שבסעיף. שנית נטען כי הכנסת הכירה בלגיטימיות של העדפת המשרתים בתיקון שקבע כי אין להפלות אדם "בשל לבישת מדי כוחות הביטחון וההצלה או ענידת סמליהם". תיקון זה כלל לא רלוונטי והוא נועד למנוע מצב בו בית עסק מונע שירות מאדם רק בשל היותו לבוש מדים.

21. לאור האמור, נחזור ונבקש מרשות מקרקעי ישראל להנחות את חברת גינדי כי שיטת השיווק מפלה ומנוגדת לאופן בו יש לשווק קרקע ציבורית המיועדת לכלל הציבור, וככל שהחברה לא תפעל כאמור, ותמשיך בשיווק כפי שהוא, משמעות הדבר שעל הרשות להפעיל סמכויותיה מכוח חוזה החכירה ולפעול לאכיפת סעיף איסור ההפליה בחוזה החכירה, באמצעים העומדים לרשותה.

בכבוד רב,



גיל גן-מור, עו"ד

העתקים:

- מר ארז קמיניץ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי)
- מר יחיאל כשר, ב"כ מועדון חבר
- מר אווקה קובי זנה, מתאם המאבק בגזענות ובהפליה במשרד המשפטים
- מר אברמי טורם, נציב שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות