



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

ניתן ביום 15 אוגוסט 2019

<u>1809-05-17</u>	המערערת בע"ע	מדינת ישראל
<u>7935-05-17</u>	המשיבה בע"ע	-
<u>7582-05-17</u>	ובע"ע	-
<u>7935-05-17</u>	המערערות בע"ע	1. אתי אלאשוילי
<u>1809-05-17</u>	המשיבות בע"ע	2. אפרת כהן
<u>7582-05-17</u>	ובע"ע	3. שדולת הנשים בישראל
<u>7582-05-17</u>	המערערת בע"ע	חברת נמל אשדוד בע"מ
<u>7935-05-17</u>	המשיבה בע"ע	-
<u>1809-05-17</u>	ובע"ע	-
	<u>משיבה בשלושת התיקים</u>	הסתדרות העובדים הכללית החדשה

לפני: הנשיאה ורדה וירט-ליבנה, השופטת חני אופק גנדלר, השופט אילן סופר

נציגת ציבור (עובדים) גברת יעל רון, נציג ציבור (מעסיקים) מר עצמון ליפשיץ

ב"כ מדינת ישראל - עו"ד דנה מנחה
ב"כ אתי אלאשוילי, אפרת כהן ושדולת הנשים - עו"ד אפרת דויטש ועו"ד ענבל פלמור-דורי
ב"כ חברת נמל אשדוד - עו"ד חיה ארמן
ב"כ הסתדרות העובדים - עו"ד גלי שטיינברג

פסק דין

הנשיאה ורדה וירט-ליבנה

פתח דבר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

1. לפנינו שלושה ערעורים על פסק דינו של בית הדין האזורי בבאר שבע (סעי"ש 14-06-12554, צ"ו 14-10-6879; השופט צבי פרנקל (כתוארו אז) ונציגות הציבור גב' מרים יעיש וגב' רות קפלן).
2. בפסק הדין נדונה תביעתן של גברת אתי אלאשוילי (המערערת 1 בע"ע 7935-05-17 והמשיבה 1 בע"ע 1809-05-17 ובע"ע 7582-05-17, להלן – **גב' אלאשוילי**) וגברת אפרת כהן (המערערת 2 בע"ע 7935-05-17 והמשיבה 2 בע"ע 1809-05-17 ובע"ע 7582-05-17, להלן – **גב' כהן**) (להלן ביחד – **העובדות**) העובדות בחטיבת הלקוחות של חברת נמל אשדוד (המערערת בע"ע 7582-05-17 והמשיבה בע"ע 1809-05-17 ובע"ע 7935-05-17, להלן – **נמל אשדוד** או **החברה**) להשוואת תנאי שכרן לאלו של עובד אחר בחטיבת הלקוחות - מנהל מחלקת שירות הלקוחות, מר שובל (להלן – **רמ"ח שירות לקוחות** או **מר שובל**) מכוח חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו – 1996 (להלן - **חוק שכר שווה**) ומכוח חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח -1988 (להלן- **חוק שוויון הזדמנויות**).
3. בפסק הדין נקבע, בעיקרו של דבר, כי עבודתן של העובדות שוות ערך לעבודתו של מר שובל, כי קיימים פערי שכר בין העובדות ובין מר שובל וכי אין טעמים ענייניים המצדיקים זאת. לפיכך, על החברה להשוות את שכרן של העובדות לשכרו של מר שובל, לרבות כל התוספות הנלוות בכסף ובשווה כסף, ולפצות כל אחת מהעובדות בסך של 15,000 ₪ בגין נזק לא ממוני.

הרקע העובדתי

4. להלן עיקרי העובדות הרלוונטיות כפי שפורטו בפסק דינו של בית הדין האזורי:

א. גברת אלאשוילי החלה עבודתה בחברה ביום 22.3.06 כחשבת שכר. עובר למינויה כמנהלת המכירות בחטיבת הלקוחות, שימשה כחשבת שכר בכירה בדירוג אקדמאי דור ב' בהתאם להסכמים הקיבוציים החלים בנמל אשדוד. גברת אלאשוילי היא כלכלנית בהשכלתה, בעלת תואר ראשון מאוניברסיטת תל אביב ותואר שני מאוניברסיטת בר אילן.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 17-05-1809

ע"ע 17-05-7935

ע"ע 17-05-7582

- ב. גברת כהן החלה עבודתה בחברה ביום 20.10.05, תחילה כעוזרת אישית ליו"ר דירקטוריון החברה, ואחר כך, למשך כארבע שנים, כעוזרת אישית למנכ"ל החברה. גברת כהן היא כלכלנית בהשכלתה, בעלת תואר שני במנהל עסקים, התמחות במימון מאוניברסיטת בן גוריון. קודם להעסקתה בנמל אשדוד מילאה תפקידים שונים ובין היתר שימשה כיועצת כלכלית לשר האוצר דאז, מר בנימין נתניהו, וכרכזת משרד התעשייה המסחר והתעסוקה ומשרד התיירות במשרד האוצר באגף החשב הכללי.
- ג. חברת נמל אשדוד, היא חברה ממשלתית המפעילה את נמל אשדוד.
- ד. בשנת 2010 הוקמה חטיבת הלקוחות בנמל אשדוד ובראשה עמד סמנכ"ל לקוחות, מר אלי בר יוסף (להלן – **סמנכ"ל לקוחות או מר בר יוסף**).
- ה. הרקע להקמתה של חטיבת הלקוחות בחברה הוא בהחלטת דירקטוריון החברה מיום 5.5.09, בישיבתו מספר 6/09, בה אושרה הקמת חטיבת הלקוחות, אשר תכלול מנהל שיווק – תקן אשר היה כבר קיים וכן סמנכ"ל, מנהל/ת מכירות, מנהל/ת שירות לקוחות ומזכירה שהיה צורך לגייסם. הצדדים חלוקים בשאלת פרשנות החלטת הדירקטוריון כאמור והאם זו קבעה את מעמדם ודרגתם של המנהלים בחטיבה (להלן – **החלטת הדירקטוריון מחודש מאי 2009**).
- ו. בישיבת דירקטוריון החברה שמספרה 2/11, מיום 24.5.11, הוחלט כי מנהל השיווק בחטיבת הלקוחות יועסק בחוזה אישי, מנהל המכירות בחוזה אישי, ורמ"ח שירות לקוחות יועסק בהסכם קיבוצי (להלן – **החלטת הדירקטוריון מחודש מאי 2011**). גם כאן הצדדים חלוקים בשאלה האם החלטת הדירקטוריון מחודש מאי 2011 יש בה לשנות את החלטת הדירקטוריון מחודש מאי 2009 בדבר מעמדם וזכויותיהם של המנהלים בחטיבה.
- ז. ביום 4.5.11 החברה פרסמה מכרז לתפקיד מנהל השיווק וביום 5.6.11 זכתה גברת כהן במכרז. הצדדים חלוקים בשאלה האם גב' כהן מילאה תפקיד זה עוד קודם לזכייתה במכרז ובנוסף אף מילאה באופן מלא תפקיד של מנהל המכירות ומנהל שירות הלקוחות (טרם כניסתם לתפקיד) וכי למעשה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

- החליפה את קודמה בתפקיד מנהל השיווק, מר שרון גילת ובשל כך יש לזכותה באותו המעמד שהיה לו – מעמד רמ"ח.
- ח. ביום 7.8.11 מסרה החברה לגב' כהן הסכם עבודה לפיו שכרה יעמוד על סך 18,000 ₪ ברוטו. החל מחודש ינואר 2012 עודכן שכרה ומשכורתה פוצלה ל-16,000 ₪ משכורת ו-2,000 ₪ תמורת שעות נוספות גלובאליות, ובהמשך לסך של 16,160 ₪ משכורת ו-2,020 ₪ תמורת שעות נוספות גלובליות.
- ט. כמנהלת השיווק גברת כהן אחראית על ביצוע פעילות עסקית מול לקוחות החברה לשם שימור והגדלת נפח הפעילות העסקית של לקוחות קיימים וחדשים, ריכוז המידע העסקי על לקוחות החברה, ניתוח מידע עסקי, בניית תחזיות הכנסות, ניתוחי שוק של ענפים שונים ועוד. כן אחראית גב' כהן על מערך השיווק בחברה שכולל הכנת הודעות כלכליות לעיתונות, פיתוח דוחות ניהוליים על לקוחות החברה וכו'; גב' כהן אף אחראית על קידום מתן הנחות ותמריצים מסחריים בהיקפים גדולים, ובמסגרת תפקידה עובדת מול הדוברות, מחלקת כלכלה ומחלקת חישובים. כמו כן ובמסגרת תפקידה מנהלת משא ומתן מסחרי מול לקוחות החברה בדרגים גבוהים ועוד.
- י. ביום 11.6.12 ובעקבות יציאתה של גברת כהן לחופשת לידה, עברה גברת אלאשוילי מתפקידה כחשבת שכר בכירה לממלאת מקום של גברת כהן בתפקידה כמנהלת שיווק בחטיבת לקוחות. ערב מעברה לתפקיד ממלאת מקום מנהלת השיווק, היא הועסקה במסגרת הסכם קיבוצי, במעמד אקדמאיים חדשים בדרגה יז' ומשכורתה עמדה על סך 15,353 ₪ ברוטו ללא רכב ליסינג. עם מעברה לתפקיד כאמור, קיבלה גברת אלאשוילי תוספת ניהול בסך 1,109 ₪ כך ששכרה עמד על 14,709 ₪ והטבת רכב.
- יא. החל מיום 1.1.13 ומששבה גברת כהן מחופשת הלידה, מונתה גברת אלאשוילי באופן זמני לתפקיד מנהלת המכירות בחטיבת הלקוחות, תפקיד אשר טרם אויש קודם לכן.
- יב. ביום 14.3.13 פורסם מכרז פנימי מספר 16/2013 לתפקיד מנהלת מכירות, כאשר גברת אלאשוילי הייתה המתמודדת היחידה במכרז. בנוסח המכרז





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

שפורסם נקבע כי תנאי ההעסקה הם בחוזה אישי. הצדדים חלוקים בעניין המכרז האמור ומשמעויותיו, ובין היתר האם לגבי' אלאשוילי ניתנה הבטחה כי אם יזכה במכרז מועמד המועסק בהסכם קיבוצי הוא ימשיך להיות מועסק בהסכם קיבוצי או לא.

יג. ביום 28.4.13 נמסרה לגברת אלאשוילי הודעה בדבר בחירתה לתפקיד מנהלת המכירות. זמן מה לאחר זכייתה נתבקשה לחתום על חוזה אישי אך סירבה לכך, מכיוון שלטענתה הובטח לה כי תמשיך להיות מועסקת תחת ההסכם הקיבוצי. לפיכך, ממשיכה היא לקבל שכר כממלאת מקום מנהלת מכירות בהסכם קיבוצי.

יד. במסגרת עבודתה של גבי' אלאשוילי כמנהלת המכירות נדרשת היא לביצוע פעילות עסקית מול לקוחות החברה תוך שימור נפח הלקוחות ואף הרחבת מעגל הלקוחות, ריכוז המידע העסקי על לקוחות החברה, ניתוח מידע עסקי, ייזום וביצוע הסכמים מסחריים וכיו"ב.

טו. בראש חטיבת הלקוחות עומד סמנכ"ל לקוחות, מר אלי בר יוסף הכפוף למנכ"ל החברה ותחתיו 3 מנהלים: מנהל מחלקת שירות לקוחות - מר שובל, אליו מבקשות העובדות להשוות את תנאי העסקתן, מנהלת השיווק –גברת כהן ומנהלת המכירות –גברת אלאשוילי. כן מועסקות בחטיבת הלקוחות שתי מזכירות, עוזרת ראש מחלקת לקוחות ומנהל פרויקטים המושעה מתפקידו.

טז. מנהל מחלקת שירות הלקוחות, מר שובל, החל עבודתו בחברה בשנת 2004 ובמהלך שנת 2011 נבחר בהליך מכרז לתפקיד מנהל שירות הלקוחות ומועסק במסגרת הסכם קיבוצי בדרגת ראש מחלקה (רמ"ח).

יז. שכרה של גברת אלאשוילי נכון למועד הגשת כתב התביעה עמד על סך של 16,279 ₪ ושכרה של גברת כהן עמד על סך של 18,180 ₪ ברוטו (המורכב משכר בסיס בסך 16,160 ש"ח וסך 2,020 ₪ בעד שעות נוספות גלובאליות). שכרה של גברת אלאשוילי הוא בהתאם להגדרתה כממלאת מקום מנהלת מכירות ואילו על פי ההסכם האישי עליו נדרשה לחתום עומד השכר על סך 16,000 ₪. שכרו של מר שובל ללא תשלומים חד שנתיים (הבראה, ביגוד,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

י"ג ויובל) עומד על סך של 24,200 ₪ (נכון לחודש 7/16). שכר זה כולל תשלום שעות נוספות לפי ביצוע בפועל וכן את התוספת האישית לברוטו המשולמת למר שובל.

ההליך בבית הדין האזורי

5. העובדות טענו כי תפקידן כמנהלת מכירות וכמנהלת שיווק הם תפקידים מקבילים, במעמד שווה ושווי ערך לתפקידו של מר שובל, רמ"ח שירות לקוחות, וזאת כעולה מהחלטות דירקטוריון החברה וממסמכי החברה. טענות העובדות נסמכו, בין היתר, על החלטת דירקטוריון החברה מחודש מאי 2009; עלויות העסקה שנקבעו לשלושת התפקידים; ניתוחי העיסוקים שערכה החברה לתפקידים; החלטת הדירקטוריון מחודש מאי 2011; עמדת סמנכ"ל משאבים דאז מר עובדיה כהן מיום 24.3.13; החלטת הדירקטוריון מחודש מרץ 2016; בדיקת הממונה על קידום מעמד האישה בחברה; המכרזים לתפקידים ופרופיל השכר שהוכן לכל תפקיד. העובדות הוסיפו, כי מעבר למסמכי החברה, מדובר בתפקידים בעלי מעמד שווה גם בפועל, כאשר מנהל שירות לקוחות והן מבצעים עבודה שווה בעיקרה או עבודה שוות ערך וזאת בהתאם לתחומי עיסוקה של החטיבה ולפי עדותו של סמנכ"ל החטיבה; בהתאם לכישורים הנדרשים מכל אחת מהן אשר אינם נופלים ואף עולים על אלו של מנהל שירות הלקוחות; כי גם בהתאם לעדותו של סמנכ"ל החטיבה, שהוא הממונה על שלושת בעלי התפקידים ומי שבקיא בפרטי עבודתם היומיומית, המדובר בעבודות במעמד שווה לכל הפחות; כי גם בנמל חיפה העובדים המאיישים את אותם התפקידים הינם במעמד שווה.

טענת העובדות הייתה כי לאור העובדה שתפקידן הוא שווה, שווה בעיקרו או שווה ערך לתפקידו של מר שובל, ולאור פערי השכר, הן זכאיות לשכר זהה לשכרו של מר שובל לרבות התוספת האישית לברוטו אותה מקבל מר שובל, אשר מהווה את עיקר הפער בשכר. לטענת העובדות, על פי חוק שכר שווה אין צורך להוכיח אפליה מחמת מגדר אלא די בפערי השכר כדי להעניק להן את הסעד המבוקש.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

6. החברה טענה מנגד, כי מעמד כל תפקיד ואופן ההעסקה בו בחוזה אישי או בהסכם קיבוצי הוגדרו מראש בהחלטות הדירקטוריון, טרם היה ידוע מגדרם של בעלי התפקידים שייבחרו, וכי אין כל עיגון לכך כי תפקידם של שלושת המנהלים בחטיבת הלקוחות הם זהים או שווי ערך, לא במסמכי והחלטות החברה ואף לא בפועל. לטענת החברה, תפקידיהן של העובדות ותפקידו של רמ"ח לקוחות אינם תפקידים שווים, שווים בעיקרם או שווי ערך, וכי תפקיד רמ"ח שירות לקוחות הוא תפקיד בכיר יותר בכל הפרמטרים המקצועיים, הארגוניים והענייניים ואין כל בסיס להשוואה אותה מנסות העובדות לבצע, והדבר אף עולה מעמדת הממונה על השכר שהוגשה לתיק בית הדין.

החברה הוסיפה, כי אף אם יקבע שאכן מדובר בעבודות שוות, שוות בעיקרן או שוות ערך הרי שפערי השכר נובעים מטעמים ענייניים בלבד, הנובעים מאופי וממהות התפקידים ומנתונייהם האישיים השונים של שלושת בעלי התפקידים. עוד הוסיפה החברה וטענה, כי גם אם יושוו תנאי העסקתן של העובדות לאלו של מר שובל, הרי שההשוואה צריכה להיעשות תוך נטרול התוספת האישית המשולמת למר שובל, שנובעת מתפקידו הקודם בחברה כמנהל תחום פרויקטים, ואינה קשורה לתפקידו הנוכחי. כך לטענתה, משכורתו של מר שובל עת עבר לתפקידו הנוכחי, הייתה עתידה לרדת בכ-6,600 ₪ לחודש, פגיעה מהותית ולפיכך, ועל מנת לשמר את שכרו הפנסיוני ורמת השתכרותו פנתה החברה לרשות החברות הממשלתיות שאישרה את מתן התוספת, שהיא תוספת הולכת ונשחקת בהתאם לשינויים בשכרו המשולב, העומדת נכון לחודש 12/16 על סך של 2,668 ₪ בלבד.

7. העובדות טענו טענות נוספות בפני בית הדין האזורי ובכלל זאת כי גבי אלאשוילי זכאית להיות מועסקת תחת הסכם קיבוצי ולא תחת חוזה אישי; כי החברה מתנכלת אליהן בצורות שונות; טענות לעניין מהימנות העדים בהליך; וטענות לעניין ניהול ההליך.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

8. כמו כן טענו העובדות כי התביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות הוכחה אף היא במלואה וכי אין ולא יכול להיות ספק כי הסיבה לפערי השכר היא היותן של העובדות נשים.

9. הסעדים להם עתרו העובדות הם כדלקמן:

אשר לשכרה של גב' אלאשויילי –

- להשוות את שכרה לזה של מר שובל בסך 7,050.21 ₪ לחודש על כל המשתמע מכך רטרואקטיבית מחודש 4/13 ואילך;
- להשוות רטרואקטיבית את שכר היסוד לשכרו של מר שובל לרבות כל התוספות הנלוות;
- להשוות את התקן רטרואקטיבית לתקן רמ"ח מיום זכייתה במכרז ואילך;
- להותיר את תחולת ההסכם הקיבוצי על כנו; לחילופין והיה ותידחה תביעתה להותיר את ההסכם הקיבוצי בתחולה על יחסי הצדדים, עותרת גב' אלאשויילי להשוות את תנאי העסקתה לעומת ההסכם האישי המוצע לתנאי העסקתו של מר שובל ולשלם לה הפרשי שכר בסך 6,086.83 ₪ לחודש וכל הזכויות הנלוות מכך רטרואקטיבית מחודש 4/13 ואילך.
- להורות לחברה למנותה חברת פורום הנהלה מורחב.

אשר לשכרה של גב' כהן –

- להשוות את שכרה, דרגתה ותנאי העסקתה וכן תוספות השכר לאלו של מר שובל ולשלם לה הפרשי שכר בסך 6,738 ₪ לחודש וכל הזכויות הנלוות מכך מחודש 6/11 ואילך;
- להשוות רטרואקטיבית ומכאן והלאה את שכרה לשכרו של מר שובל;
- להשוות את התקן שלה לתקן רמ"ח מיום זכייתה במכרז ואילך על כל המשתמע מכך לפי כל דין ולרבות נהלי נמל אשדוד;





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

- להורות לחברה מעתה ואילך למנותה לחברת פורום הנהלה מורחב.

כמן כן עתרו העובדות, בהתאם לסעיף 10 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ולסעיף 4(א) לחוק שכר שווה, לפסוק לכל אחת מהן פיצוי שאינו ממוני בסך של 30,000 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית ממועד הגשת התביעות ועד למועד התשלום בפועל.

10. להשלמת התמונה יצוין כי במסגרת ההליך בבית הדין האזורי הוגשה עמדת הממונה על השכר באוצר, לפיה התוספת האישית שניתנה למר שובל, והמהווה את עיקר הפערים בשכר, נובעת מתפקידו הקודם וכי בכל מקרה אין לאשרה לעובדות גם הן, שכן הדבר יהווה חריגת שכר בניגוד לסעיף 29 לחוק יסודות התקציב. כמו כן, לאחר הגשת סיכומי הצדדים, הודיע הממונה על השכר באוצר, כי בכוונתו לקיים שימוע למר שובל, בהתאם לסעיף 29 לחוק יסודות התקציב, בקשר עם התוספת האישית האמורה.

11. עוד יצוין, כי גם הסתדרות העובדים הכללית החדשה (להלן – **ההסתדרות**) צורפה כצד להליך בבית הדין האזורי, וביום 27.1.15 הגישה עמדתה בעניין העסקתה של גב' אלאשוילי בהסכם אישי ולא בהסכם קיבוצי. בעניין זה הודיעה ההסתדרות, כי מעיון בהסכם הקיבוצי שנחתם ביום 11.9.07 בין ועד סקטור מנהל והחברה וכן מעיון בנספח ב1 להסכם זה, נראה כי תפקיד מנהלת מכירות אינו אחד מן התפקידים המוגדרים תחת אפשרות ההעסקה בחוזה אישי, דהיינו כי תפקידה של גב' אלאשוילי צריך להיות תחת ההסכם הקיבוצי.

פסק דינו של בית הדין האזורי

12. בית הדין האזורי קיבל את התביעות בחלקן וקבע כי העבודות שמבצעות העובדות הן שוות ערך לעבודתו של מר שובל ובאותו מעמד. בית הדין האזורי נימק קביעתו זו כך: התנאים הסביבתיים בהן מבוצעות שלוש העבודות הם דומים; האחריות הנדרשת משלושת בעלי התפקידים, המאמץ והמיומנויות הנדרשות משלושתם הם בעלי משקל שווה הן מבחינה מקצועית, הן מבחינת הלקוחות והן מבחינת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

המערכת שעובדת מולם; חשיבות שלושת התפקידים שווה; שלושת התפקידים שלובים זה בזה; לעיתים תחומי האחריות בהם נשאו העובדות היו בכירים יותר משל מר שובל; גם מניתוחי העיסוקים של התפקידים עולה כי עבודתן של העובדות מקבילה לעבודתו של מר שובל ומכאן שאף האחריות היא אותה אחריות; מתן תקן לתפקיד אחד (רמ"ח) ואי מתן תקן לתפקיד אחר אינו מצביע בהכרח על כך שאין מדובר בעבודות שוות, ומכל מקום לאור הראיות הרי שמעמד שלושת התפקידים הוא שווה, ומר שובל אינו בכיר יותר מן העובדות.

13. בית הדין האזורי הוסיף כי לנוכח הקביעה שעבודתן של העובדות היא שוות ערך לעבודתו של מר שובל, ואין חולק כי קיימים פערי שכר, הרי שבהתאם לפסיקה עובר הנטל לכתפי החברה להוכיח כי הפערים מקורם בטעמים ענייניים. בית הדין קבע, כי אמנם פערים הנובעים מוותק בחברה או ותק לשכר הם פערים מותרים, אולם במקרה דנא, אין לקבל טענה לפער הנובע מבכירותו של מר שובל או לניסיון ניהולי, ניסיון מקצועי והשכלה; אשר לטענה כי הפער בשכר נובע מביצוע שעות נוספות, הרי שככלל מדובר בפער לגיטימי, אך יש לאפשר לעובדות לבצע שעות נוספות, על מנת להשוות הפער האמור.

14. בית הדין האזורי אף דחה את טענת החברה כי עיקר הפער בשכר נובע מהתוספת האישית המשולמת למר שובל ואשר אושרה על ידי רשות החברות הממשלתיות והממונה על השכר באוצר, ומדובר בפער לגיטימי. לעניין זה קבע בית הדין כי הטעמים להצדקת מתן התוספת האישית למר שובל אינם טעמים מותרים לפי החוק. מעבר לכך, מקום בו מצאה החברה להעניק למר שובל את התוספת האישית בתפקידו הנוכחי, הרי שמדובר בתוספת הקשורה בתפקיד, ומשנמצא שתפקידו שווה ערך לתפקידי העובדות, הרי שיש להעניק אף לעובדות את התוספת. העובדה כי מקורה של התוספת בתפקידו הקודם אינה יכולה לסייע לחברה משביקשה להעניקה למר שובל אף בתפקידו הנוכחי; משנקבע כי העבודות הן עבודות שוות ערך, זכאיות העובדות לאותו שכר שמקבל מר שובל, לרבות התוספת האישית, ואין הדבר כפוף לאישור הממונה על השכר. בית הדין הוסיף, כי מעמדו האחרונה של הממונה על השכר אשר הוגשה בתיק עולה כי התוספת, בחלקה, ככל הנראה מהווה חריגת שכר, וקביעת הממונה על השכר באשר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

- לתוספת לכשתתקבל, תחול גם על העובדות. אך כל עוד לא התקבלה החלטה בעניין, זכאיות הן לתוספת האמורה במלואה כפי ששולמה למר שובל.
15. אשר להעסקתה של גבי אלאשוילי בחוזה אישי מול העסקתה בהסכם קיבוצי כנטען על ידה, קבע בית הדין האזורי כי מאחר שעבודתה היא שוות ערך לעבודתו של מר שובל, הרי שמתיותר הצורך לדון בשאלה האם ניתנה לה הבטחה להעסקה בהסכם קיבוצי אם לאו, והיא זכאית להשוואת תנאי שכרה, לרבות העסקה בהסכם קיבוצי, כמר שובל, שכן העסקה בהסכם קיבוצי היא כשלעצמה מהווה "גמול אחר" בהתאם להגדרתו בחוק שכר שווה, דהיינו היא גמול שהוא שווה כסף.
16. בית הדין האזורי דחה את התביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה לאחר שהוכח כי קביעת תנאי השכר הייתה בטרם היה ידוע מגדרם של ממלאי התפקידים.
17. בסיכומם של דברים קבע בית הדין האזורי כי העובדות זכאיות לשכר כשל מר שובל בשל היות עבודתן שוות ערך לעבודתו. לפיכך נקבע כי החברה תשווה את התקן של העובדות לתקן רמ"ח מיום זכייתן במכרז ואילך; תגדיר את העסקתה של גבי אלאשוילי תחת הסכם קיבוצי, על כל המשתמע מכך; תשווה את שכר העובדות לשכרו של מר שובל, לרבות כל התוספות הנלוות בכסף ובשווה כסף ולרבות מתן התוספת האישית, ובנטרול פער הנובע מוותק ובנטרול שעות נוספות על פי ביצוע ופער הנובע ממענק יובל, וזאת רטרואקטיבית ממועד המינוי של מר שובל לתפקידו; אם הממונה על השכר יקבע שחלק מהתוספות שקיבל מר שובל אינן חוקיות, גם העובדות לא תהיינה זכאיות לאותן תוספות; החברה תפצה כל אחת מהעובדות בסך 15,000 ₪ בגין נזק לא ממוני; החברה תישא בהוצאות ושכ"ט עו"ד לכל אחת מהעובדות בסך 12,000 ₪.

טענות הצדדים בערעורים

18. על פסק דינו של בית הדין האזורי הוגשו שלושת הערעורים שלפנינו, להלן נעמוד על עיקר טענות הצדדים בכל אחד מהערעורים.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

ע"ע 1809-05-17 (ערעור המדינה)

19. ערעור המדינה נסוב בעיקרו על קביעתו של בית הדין האזורי ביחס לתוספת האישית המשולמת בשכרו של מר שובל, כי היא איננה נכנסת בגדרי סעיף 6(א) לחוק שכר שווה (להלן – **סעיף 6(א)**), ועל כן יש להעניקה גם לעובדות. לטענת המדינה, תוספת שכר ייחודית זו מהווה הצדקה עניינית ונכללת בגדרי סעיף 6(א), מאחר שמדובר בגמול הקשור קשר בל יינתק במאפיינים הפרטניים של העובד, בדומה ל"יותק בעבודה, הכשרה או השכלה". המדינה הטעימה כי תכליתה של תוספת זו היא להתגבר על חסמי מעבר העלולים לעמוד בדרכם של עובדים ועובדות המבקשים לעבור ממשרה למשרה, וזאת באמצעות שימור שכרם של עובדים ועובדות אלו כפי שהיה ערב המעבר. תוספת זו חלה כמובן על עובדים ועובדות כאחד. כמו כן, תוספת זו אינה משולמת לעד, אלא רק עד למועד שבו השכר בתפקיד החדש משתווה לשכר בתפקיד הקודם, כפי שהיה ערב המעבר לתפקיד החדש, כך ששיעורה של התוספת פוחת עם כל עליה בשכר בתפקיד החדש עד לשחיקתה המלאה. לנוכח מאפיינים אלו של התוספת האישית, סבורה המדינה כי במקרים שבהם מעסיק מוכיח שהתוספת מוענקת בשוויוניות וללא שיקולים זרים, הרי שגם אם בפועל גורמת לפערי שכר בין עובד לעובדת, ניתן להצדיקם כפערים לגיטימיים. הנטל במקרים אלו הוא על המעסיק, להוכיח שלא התקיימה אפליה, וכי התוספת ניתנה על בסיס שיקולים מקצועיים רלוונטיים של ניווד עובדים וכי היא מוענקת באופן שוויוני לעובדים ולעובדות כאחד. המדינה הוסיפה, כי מאחר שבענייננו מתקיימת הצדקה סבירה ומידתית לפערי השכר, הרי שנטל ההוכחה צריך לחזור אל העובדות, להראות כי ישנו שיקול בפועל של אפליה מחמת מין. עוד הוסיפה המדינה, כי בניגוד לנפסק בעניין עיריית ירושלים (ע"ע (ארצי) 1842-05-14 וע"ע (ארצי) 49264-04-14 **עיריית ירושלים – גלית קיזר** (28.12.16) (להלן – **עניין עיריית ירושלים**)) בענייננו מדובר בפערי שכר מוצדקים מכוח היותם "גורמים פנימיים לעבודה" ולא מכוח טענות חיצוניות לעבודה.

אשר למהות התוספת הנשחקת ותכליתה, טענה המדינה כי משזכה מר שובל במכרז לתפקיד רמ"ח שרות לקוחות, שכרו הפנסיוני היה אמור לרדת באופן





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

משמעותי בעת המעבר מחוזה אישי להסכם קיבוצי, ולשם כך נועדה התוספת האישית - על מנת לשמר את שכרו הפנסיוני.

בהקשר לכך הטעימה המדינה, כי מכשיר זה של שימור שכר, תכליתו להתגבר על "כשל שוק" העלול לעמוד בדרכם של עובדים ועובדות המבקשים לעבור ממשרה למשרה, ולפיכך קיימת חשיבות לעצם קיומו של המכשיר ולאפשרות להשתמש בו במקרים המתאימים, במטרה לשמר ואף לעודד מוביליות תעסוקתית בתוך ארגונים, כדי לאפשר צמיחה והגדלת הפריון הכולל. המדינה ציינה, כי בהתאם להגיון זה נקבע בסעיף 25.021 לתקש"ר, ביחס לתוספות שמירת שכר כי **"עובד שהועבר על פי דרישתו או בשל זכייתו במכרז וכתוצאה מכך ירד בשכרו תיבחן זכאותו לשימור שכרו בהתאם לקריטריונים בהנחיית הנציב מס 2.2"**. בהתאם להוראה זו, ועל מנת להביא לאחידות ושקיפות תוך קביעת קריטריונים ברורים שנועדו למנוע שימוש לרעה בכלי זה, ניתנה הנחיית נציב 2.2 מיום 10.8.17 בעניין **"נוהל שימור זכויות שכר לעובד העובר מתפקידו"** (הנוהל צורף כמוצג ב' למוצגי המדינה בערעור – להלן: **"נוהל שימור שכר"**). במסגרת ההנחיה מפורטים נושאים שעניינם תחולת הנוהל, תהליך העבודה, אופן שימור השכר ועוד.

עוד הוסיפה המדינה וציינה כי גם במסגרת הרפורמה לשיפור מנגנוני ניהול ההון האנושי בשירות המדינה, עמדו הגורמים המקצועיים על כך שאחד העקרונות המרכזיים ברפורמה (שגובשה בשנת 2015, ומסמך מדיניות בנושא שימור זכויות שכר צורף כמוצג א' למוצגי המדינה בערעור), הוא הגברת המוביליות, קרי הניידות, בשירות המדינה מתוך הבנה כי מעבר עובדים בין משרדים מפחית שחיקה, מגביר מעבר של ידע וניסיון, מגדיל את מאגר העובדים הפוטנציאליים לאיוש משרות ומעלה באופן משמעותי את הסבירות לאיוש משרות על ידי המתאימים ביותר. הוחלט כי מתוך מספר חסמים עיקריים המקשים על ניידות עובדים המיקוד יהיה על הסרת החסם הכלכלי, ובמסגרת זו חודדה מדיניות של שמירת זכויות שכר כאמצעי מפתח לתמרוץ תנועות רוחב של עובדים בתוך שירות המדינה.

20. העובדות טענו מנגד, כי התוספת האישית אינה מוצדקת בהתאם לתנאים המנויים בסעיף 6(א), מאחר שלא נטען וממילא לא הוכח כי היא מתחייבת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 17-05-1809

ע"ע 17-05-7935

ע"ע 17-05-7582

מאופיייה או ממהותה של העבודה הנדונה או כי מדובר בשיקול פנימי דומה אחר. לטענת העובדות הוכח ההיפך – כי התוספת האישית שולמה למר שובל כחלק מהטבות שהחברה ביקשה להעניק לו מעבר לתקרת העלות שנקבעה על ידי דירקטוריון החברה, וזאת לצד הטבות נוספות מהן נהנה ואשר נמנעו מן העובדות, ובכל מקרה גם אם תוספת זו נועדה, כטענת המדינה, לעודד מוביליות בשוק, הרי שזו "טענה חיצונית" שלא ניתן לקבלה כטיעון המצדיק אפליה. העובדות הוסיפו, כי הוכח שהתוספת לא באה לשמור על שכרו הפנסיוני של מר שובל אלא מהווה בפועל הגדלת שכרו; וכי ההטבות המשולמות נקבעו רק לאחר שזהות הזוכה במכרז הייתה ידועה, כך שאין מדובר בתוספת הנכנסת בגדרי סעיף 6(א).

21. בסיכומי התשובה מטעם המדינה נטען, כי אין בטיעוני העובדות התמודדות עם הטענה המרכזית של המדינה לפיה התוספת האישית היא תוספת ייחודית, שכאשר היא מוענקת בשוויוניות וללא שיקולים זרים, היא מהווה שיקול ענייני או "הצדקה עניינית" כלשון הפסיקה, בהתאם לשיקולים המפורטים בסעיף 6(א). המדינה הוסיפה ופרטה ביחס לטענה כי "אפליית נשים בשכר בשירות הציבורי אינה מעניינת את הממונה על השכר", אודות פעילות הממשלה לצמצום פערי שכר מגדריים במגזר הציבורי וגיבושן של תכניות בעניין זה.

ע"ע 17-05-7582 (ערעור החברה)

22. ערעור החברה הוא כנגד שתי קביעותיו של בית הדין האזורי. האחת – כי בחישוב החלת השוואת שכרן של העובדות לשכרו של מר שובל תיכלל התוספת האישית שניתנה למר שובל, והשנייה – כי על החברה להגדיר את העסקתה של גבי אלאשוילי בהסכם קיבוצי במקום בהסכם אישי.

אשר לתוספת האישית טענה החברה כי שגה בית הדין בהתעלמו מכך שהפער בין שכרן של העובדות לשכרו של מר שובל נעוץ רובו ככולו בתוספת האישית; בקביעתו כי התוספת האישית מהווה תמורה לעבודתו של מר שובל בתפקידו הנוכחי ולא פיצוי בגין המעבר מתפקיד קודם, קרי, מהווה מנגנון לשמירת שכר במעבר מתפקיד לתפקיד, ועל כן ההשוואה בין שכר העובדות לשכרו של מר שובל



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 17-05-1809

ע"ע 17-05-7935

ע"ע 17-05-7582

צריכה להיעשות תוך נטרול רכיב התוספת האישית. החברה הוסיפה, כי שגה בית הדין האזורי בקביעתו כי ניסיונו המקצועי והניהולי של מר שובל אינו עולה על אלו של העובדות, וכי אין בניסיון זה כדי להצדיק הפרש שכר בהתאם לסעיף 6(א). אשר להחלת ההסכם הקיבוצי על גב' אלאשוילי טענה החברה כי שגה בית הדין האזורי בקביעתו כי העסקה בהסכם קיבוצי היא כשלעצמה מהווה "גמול אחר" בהתאם להגדרתו בחוק שכר שווה, ויש להורות לגב' אלאשוילי לחתום על הסכם העסקה אישי. לחילופין טענה החברה כי יש לבטל קביעה זו של בית הדין האזורי, מאחר שטענה זו לא הועלתה על ידי גב' אלאשוילי עצמה ולחברה לא ניתנה הזדמנות להתגונן מפני טענה זו. עוד נטען כי שגה בית הדין האזורי בקביעתו כי יש לאכוף התחייבות שניתנה כביכול על ידי החברה להעסקה בהסכם קיבוצי, בהיותה התחייבות הפוגעת בעקרונות השוויון והשקיפות במכרז לאיוש המשרה; בקביעה שניתנה התחייבות לפיה ככל שמועמד פנימי יזכה במכרז אזי יועסק בהסכם קיבוצי; ובקביעה כי יש להחיל את הנפקס בעניין עיריית ירושלים בענייננו אנו. לבסוף נטען כי נפלה טעות בקביעה כי המועד ממנו יש להשוות רטרואקטיבית את שכרה של גב' אלאשוילי לשכרו של מר שובל הוא ממועד כניסתו של מר שובל לתפקיד. בקשר לכך הטעימה החברה כי גב' אלאשוילי זכתה במכרז בחודש אפריל 2013 בעוד מועד כניסתו של מר שובל לתפקידו הנוכחי הוא מחודש אוקטובר 2011, כך שברי כי מדובר בפליטת קולמוס ואין מקום להענקת סעד זה, שכלל לא נתבע על ידה, ממועד מוקדם כל כך.

23. העובדות טענו מנגד, כי התוספת האישית אינה מתחייבת מאופייה או ממהותה של העבודה ואין מדובר ב"שיקול פנימי" המהווה הצדקה לפער בשכר לפי סעיף 6(א). עוד טענו כי יש לדחות את טענות החברה לעניין ניסיונו של מר שובל כהצדקה לפערי השכר. אשר להעסקתה של גב' אלאשוילי בהסכם קיבוצי, טענו העובדות כי צדק בית הדין האזורי בקביעתו כי הסכם קיבוצי מהווה "גמול אחר" כהגדרתו בחוק שכר שווה ועל כן השוואת תנאי שכרה צריכה להיעשות לרבות העסקתה בהסכם קיבוצי.

24. בעמדה שהוגשה מטעם ההסתדרות העובדים הכללית החדשה, ביום 23.5.18, נטען כי מעיון בהסכם הקיבוצי הרלוונטי נראה כי תפקיד מנהלת מכירות, כמו



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

תפקידה של גבי' אלאשוילי, אינו אחד מהתפקידים המוגדרים תחת אפשרות העסקה בחוזה אישי ולפיכך הוא תפקיד שחוסה תחת ההסכם הקיבוצי. ההסתדרות הוסיפה, כי צדק בית הדין האזורי בקביעתו כי תנאי העבודה של עובד כוללים את היותו מועסק בהסכם קיבוצי, ולכן, משעה שנקבע עובדתית כי העובדות הועסקו בעבודה שווה בעיקרה לזו של מר שובל, הן זכאיות לתנאי עבודה שווים לשלו, לרבות לעניין תחולתו של ההסכם הקיבוצי.

25. בסיכומי התשובה מטעם החברה חזרה החברה על טענתה כי העובדות אינן זכאיות להשוואת שכר ביחס לרכיב התוספת האישית. אשר לעמדת ההסתדרות מיום 23.5.18 נטען, כי היא אינה מתיישבת עם הוראות ההסכמים הקיבוציים כלשונם, ואף לא עם עדותו של מנכ"ל החברה, וכל זאת שעה שההסתדרות לא תמכה עמדתה בתצהיר ואף סירבה להתייצב לעדות בפני בית הדין האזורי. החברה חזרה על כך שהפערים בשכר בין העובדות למר שובל נובעים כולם משיקולים לגיטימיים: ביצוע שעות נוספות בפועל, השפעת הוותק השונה על מרכיבי השכר השונים, מענק יובל ודרגת תחילית שונה בעת מעבר לסקטור בכירים במסגרת הסכם קיבוצי.

26. בסיכומי המדינה (שהוגשו ביום 1.7.18, לאחר הגשת סיכומי התשובה של החברה) ציינה המדינה, כי הממונה על השכר סיים את הליך הבדיקה לגבי רכיב התוספת האישית בשכרו של מר שובל. כך, ביום 31.12.17 ניתנה החלטת הממונה בעניין זה, במסגרתה הורה הממונה כי על החברה לשלם את התוספת האישית באופן שיימנע כפל תשלום בגין שעות נוספות; לבטל את הצמדת התוספת האישית למדד; ומאחר שמר שובל מועסק בהסכם קיבוצי, שכרו יתעדכן רק לפי ההסכמים הקיבוציים והתוספת האישית תהווה את ההפרש המדויק בין השכר הפנסיוני טרם המעבר לשכר הפנסיוני הנוכחי. כן הורה הממונה לחברה לתבוע ממר שובל את כל הסכומים ששולמו ביתר בגין כל הרכיבים החורגים שניתנו. בהתאם לתחשיב החברה, תוצאתה המעשית של ההחלטה היא הפסקת תשלום התוספת האישית החל מיום ההחלטה. אשר לבקשת החברה כי מועד תחולת ההפחתה או ההשבה שנקבעו למר שובל יחולו בהתאמה גם על העובדות, ציינה המדינה כי לממונה על השכר שיקול דעת להתחשב בנסיבות הספציפיות של כל





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

עובד לגביו נדרשת השבה. עוד ציינה המדינה, כי ביום 27.2.18 מר שובל הגיש תביעה לביטול החלטת הממונה בעניינו.

המדינה הצטרפה לטענת החברה לעניין המועד ממנו יש להשוות את שכרה של גבי אלאשוילי לשכרו של מר שובל.

27. למען שלמות התמונה יצוין כי במסגרת הערעור הוגשה ביום 18.8.17 בקשה לצירוף ראיה על ידי החברה, בה התבקש להתיר לה לצרף מכתב מיום 7.8.17 מטעם מר אלי דהן, מנהל תחום (אכיפה) באגף לשכר והסכמי עבודה במשרד האוצר, למר איציק בלומנטל, מנכ"ל החברה בעניין "חריגות שכר לכאורה בשכרו של מר שובל". העובדות התנגדו לבקשה, ההסתדרות השאירה עניין זה לשיקול דעת בית הדין ואילו המדינה לא הגיבה לעניין זה.

לטעמנו מדובר בראיה שהיא אכן חשובה ומשמעותית להליך שבפנינו אשר לא הייתה קודם לכן, ובעיקר יש לה חשיבות לעניין התחשיבים שיש לערוך לצורך השוואת שכרן של העובדות. משכך, הבקשה לצירופה של הראיה מתקבלת.

ע"ע 7935-05-17 (ערעור העובדות)

28. ערעור העובדות נסוב בעיקרו על קביעתו של בית הדין האזורי שלא לפסוק פיצויי מכוח חוק שוויון הזדמנויות, חרף קביעתו כי העובדות הופלו בשכרן, וכן על פסיקת פיצוי נמוך יחסית מכוח חוק שכר שווה.

לטענת העובדות, שגה בית הדין האזורי עת קבע שאינן זכאיות לסעדים מכוח חוק שוויון הזדמנויות, מאחר שבניגוד לקביעה עליה התבסס בית הדין ולפיה תנאי השכר נקבעו בטרם זכייתן במכרזים ובטרם היה ידוע מגדרם של בעלי התפקידים, הרי שהוכח בדיוק להיפך - שתנאי השכר נקבעו לאחר זכייתן במכרזים, כך שמגדרן כבר היה ידוע בשלב זה. עוד טענו העובדות, כי גם אם תנאי השכר נקבעו בטרם נודע מגדרן, הרי שבמבחן התוצאה הן הופלו בשכרן לאורך השנים, ומכיוון שבהתאם לפסיקה לא נדרשת כוונה להפלות אלא די בתוצאה מפלה, הרי שהן זכאיות לסעדים גם מכוח חוק זה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

העובדות הוסיפו וטענו כי גובה הפיצוי שנפסק על ידי בית הדין האזורי מכוח חוק שכר שווה, אינו עולה בקנה אחד עם האפליה הבוטה של העובדות והתנהלותה של החברה במסגרת ההליך בבית הדין האזורי.

עוד טענו העובדות כי שגה בית הדין האזורי כאשר לא פסק להן הפרשי הצמדה וריבית על פערי השכר, וכן טעה שלא התייחס במפורש לכך שחובת השוואת שכרן כוללת: הצמדת השכר למדד, זכאות למענק יובל, פיצוי בגובה התשואה על ההפקדות לקופות הגמל השונות ולמצער הפרשי הצמדה וריבית, וכן השוואה מעתה ואילך בין שכרן לבין שכרו של מר שובל כל עוד הן מבצעות עבודה שוות ערך לעבודתו.

29. החברה טענה מנגד כי בדין נדחתה התביעה לפיצוי מכוח חוק שוויון הזדמנויות, שכן הוכח שתנאי השכר של כל תפקיד נקבעו מראש, טרם היה ידוע מגדרם של בעלי התפקידים שייבחרו. לטענת החברה, מדובר בקביעה עובדתית של בית הדין האזורי שאין מקום כי ערכאת הערעור תתערב בה. החברה הוסיפה, כי הגם שלא נדרשת הוכחת כוונה להפלות על מנת לעמוד בתנאי חוק שוויון הזדמנויות, עדיין נדרשת הוכחת קשר סיבתי, קרי, שהאפליה נעשתה מחמת מאפיין זהות כלשהו של עובד או עובדת שאסור למעסיק להתחשב בו, ואילו בענייננו לא עלה בידי העובדות להוכיח שקיים קשר סיבתי בין תנאי שכרן לבין מגדרן. זאת ועוד, בניגוד לטענתן, הרי שעצם קיומה של עילת תביעה לפי חוק שכר שווה אינה מקימה אוטומטית עילה לפי חוק שוויון הזדמנויות. כך גם עצם הוכחת פערי שכר אינה מוכיחה באופן אוטומטי את הפרת חוק שוויון הזדמנויות, ועל כן בדין נדחתה התביעה לפיצויי מכוח חוק שוויון הזדמנויות. עוד טענה החברה כי ניהלה את ההליך המשפטי בהוגנות ובתום לב, ואין הצדקה לפיצוי מכוח חוק שוויון הזדמנויות. כמו כן אין מקום לשנות מגובה הפיצוי שנפסק לעובדות מכוח חוק שכר שווה, כיוון שמכלול השיקולים הרלוונטיים נשקלו על ידי בית הדין האזורי בקביעתו את גובה הפיצוי. לבסוף טענה החברה כי יש לדחות את הטענות בדבר הצמדת שכרה של גב' כהן למדד; פסיקת הפרשי הצמדה וריבית לעובדות; וכי הטענות בעניין מענק יובל, פיצוי בגובה התשואה על ההפקדות לקופת גמל



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

והצמדת שכרה של גבי אלאשוילי למדד – כולן הרחבת חזית אסורה בערעור ודין דחייה על הסף.

30. בסיכומי התשובה מטעם העובדות נטען, בין היתר, כי שגה בית הדין האזורי בקביעתו העובדתית כי קביעת תנאי השכר נעשתה טרם איוש התפקידים, וכי מקרה זה הוא ממן המקרים שבו מוצדקת התערבות ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים. עוד נטען כי החברה התעלמה בסיכומיה מהטענה כי עליה להוכיח שלא התקיימה אפליה מחמת מין, שעה שהוכחו פערי שכר גבוהים במיוחד.

31. המדינה טענה בסיכומיה (אשר הוגשו ביום 1.7.18, לאחר הגשת סיכומי התשובה של העובדות) כי לעמדת הממונה על השכר, משלא הייתה בענייננו אפליה על בסיס מגדר ומקור התוספת האישית (שהיא המקור המשמעותי בפערי השכר) הינה בתפקידו הקודם של מר שובל – דין ערעור העובדות להידחות.

32. נציין כי במסגרת הדיון בערעורים שנערך בפנינו, התייחסו נציגי המדינה בדיון לנוהל שימור השכר והסבירו כי הנוהל עצמו הוא נוהל חדש, אשר מטרתו לפשט את הדברים, אולם אכן אין במסגרת הנוהל התייחסות לנושא המגדרי, ואף אין עדיין נתונים ביחס למעברים שבוצעו.

דין והכרעה

33. שלושה ערעורים מונחים לפנינו כאשר למעשה שלוש סוגיות עיקריות עומדות לפתחנו: **האחת** – האם התוספת האישית המשולמת בשכרו של מר שובל נכנסת בגדרי סעיף 6(א) לחוק שכר שווה ומהווה הצדקה עניינית שלא תהא חלק מהשוואת שכרו לשכרן של העובדות. **השנייה** – האם העובדות זכאיות לפיצוי מכוח חוק שוויון הזדמנויות. **השלישית** – האם על החברה להגדיר את העסקתה של גבי אלאשוילי בהסכם קיבוצי.

34. בטרם נכנס לעובי הקורה נעמוד בקצרה על מהותו של חוק שכר שווה, היבטיו הנורמטיביים והעקרונות הגלומים בו. לאחר מכן נבחן את הסוגיה הראשונה, והיא עניינה של התוספת האישית. בשלב השני נעמוד על ההבדלים שבין חוק שכר שווה לחוק שוויון הזדמנויות, ולאחר מכן נדרש לסוגיית הפיצוי מכוח חוק שוויון



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

הזדמנויות במקרה דנן. לבסוף נדרש לשאלת העסקתה של גב' אלאשוילי בהסכם קיבוצי.

עקרון השוויון - כללי

35. דומה כי נהרות של דיו נשפכו בפסיקות בתי המשפט בישראל על חשיבותו ומעמדו של עקרון השוויון ועל היותו אחד מערכי היסוד של שיטת המשפט בישראל. ועדיין, נראה כי יש לחזור ולשנות זאת פעם אחר פעם, בשים לב לכך, ששוב ושוב נדרשים אנו לפסוק בסוגיות המתעוררות בישומו של עקרון זה בחיי המעשה.

ואלו הם דברי בית המשפט העליון בבג"ץ שדולת הנשים (בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 650, 651):

"עיקרון מן הראשונים במלכות – משכמו ומעלה גבוה מכל שאר עקרונות – הוא עקרון השוויון; ובשמו האחר: עקרון איסור האפליה. השוויון הוא "...נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (השופט לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח' [9], בעמ' 698); כך הוא במשפט הציבורי וכך הוא בכל נימה ונימה של חיינו בחברה. "...עקרון השוויון, הוא היה בראשית, בו תחילת התחילות, ואידך אינו אלא פירוש והארה" (בג"ץ 7111/95, 8195 מרכז השלטון המקומי ואח' נ' הכנסת ואח' (פרשת מרכז השלטון המקומי [10]), בעמ' 501); ראו עוד, שם, בעמ' 499 ואילך. כן היו דברי השופט ברק בבג"ץ 953/87, 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' מועצת עיריית תל-אביב-יפו ואח' (פרשת פורז [11]), בעמ' 332:

"...אין לך גורם הרסני יותר לחברה, מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

**שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת
בזהותו העצמית של האדם".**

כך אף בפרשת מרכז השלטון המקומי [10], בעמ' 503:

"ואפליה, ידענו, היא הרע-מכל-רע. אפליה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני-אנוש, ביניהם לבין עצמם. תחושת אפליה מביאה לאובדן עשתונות ולהרס מירקם היחסים בין אדם לרעהו. אנו נתקלים בתופעת האפליה יום-יום: במקום העבודה, בבית המשותף, בעמידה בתור, ביחסם של בעלי שררה לאזרח ולתושב. כך באפליה אישית, כך באפליה חברתית, כך באפליה אתנית, כך בכל אפליה ואפליה. אפליה תפרק משפחה. באפליה מתמשכת יאבד עם ותשבות ממלכה. אין פלא בדבר אפוא שבכל אתר ובכל דור עשו ועושים בני החברה הנאורים להעלמתה ולמיגורה של האפליה. והמלחמה היא מלחמה מתמדת, מלחמת יום-יום. משולה היא להדיפת גלי הים, שאם תנוח לרגע ישטפו ויכסו. עיקר הוא, כמובן, יחסי האנוש בחיי היום-יום. וגם אם לא נדקדק בקיום המצווה 'ואהבת לרעך כמוך', נתבע ונתבע קיום הצו 'דעלך סני לחברך לא תעביד': כל ששנוא עליך לא תעשה לחברך".

אין צורך להאריך ולהרבות. ביודענו זאת – ידענו הכול; לא ידענו זאת – לא ידענו דבר. עקרון השוויון עולה ומחלחל בכל צמח מצמחי המשפט, מהווה הוא חלק בלתי נפרד מן המערך הגנטי של כל כללי-המשפט כולם. כך הוא בכל אתר ואתר במשפט וכך הוא בדין המכרזים, שעקרון השוויון ואיסור האפליה ראשוניים הם בין עקרונות: בג"ץ 685/78 מחמוד נ' שר החינוך והתרבות ואח' [12], בעמ' 778; ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

לישראל בע"מ ואח' [13], בעמ' 770; פרשת דקל [2]; פרשת קראון
[4], בעמ' 521.

על חשיבותו של השוויון בין המינים כתב השופט ברק (כתוארו אז) בבג"צ 953/87
סיעת העבודה בעירית תל אביב יפו ואחרים – מועצת עירית תל אביב יפו;
באיחוד עם בג"צ 1/88 א. פורז – ראש עירית תל אביב יפו ואח', פ"ד מב(2) 309,
(332):

"אחד הביטויים החשובים לעקרון השוויון, הוא השוויון בין
המינים. הכרזת העצמאות עמדה על כך בהכריזה כי מדינת ישראל
תקיים שוויון בין אזרחי בלי הבדלי דת, גזע ומין. החקיקה
הישראלית נתנה ביטוי לעקרון זה במספר חוקים... אמת הדבר, לא
תמיד מתקיים עקרון זה הלכה למעשה, ולעתים אנו ערים להסדרים
חוקיים מפלים אך זה כוחו של עקרון יסוד שכוחו אינו תש גם אם
הוא אינו מקויים במצבים מסויימים. הוא ממשיך להקרין מכוחו
ולהשפיע על סביבתו כל עוד הפגיעות בו אינן כה קשות עד שהן
מביאות להכחדתו. אין ספק, כי עקרון השוויון בין המינים ממשיך
לעמוד בישראל כאחד מעקרונות היסוד של המשטר והחברה".

ועוד נאמר לעניין השוויון ביחס לנשים כי:

"הואיל והפלייתן של נשים בחברה המודרנית הינה, בעיקרה, תופעה
המושרשת בתפיסות סמויות, חוסנה המוסרי של חברה שוחרת
שוויון יכול להיבחן בהיקף האמצעים והמאמצים החיוביים שנכונה
היא לנקוט ולהשקיע בשבירת הסטאטוס-קוו וביצירת מציאות
חדשה ושוויונית".

(בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501)



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 17-05-1809

ע"ע 17-05-7935

ע"ע 17-05-7582

במשפט העבודה, הנושא של שוויון הוסדר באופן נרחב במספר חוקים המלמדים על החשיבות הרבה והדגש לנושא השוויון, כאשר מדובר ביחסי עבודה. וכך כתב השופט (בדימוס) חשין בפסק הדין שניתן בעניין איתנה ניב (בג"צ 6845/00 איתנה ניב – בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663):

"נסב את תשומת הלב במיוחד לזכותה השווה של כל אישה "לשוויון בתחומי העבודה", וכך בצד תחומי חיים אחרים אף-הם. כך הוא בחוק שיווי זכויות האשה וכך הוא בחוקים אחרים כחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, חוק שכר שווה לעובדת ולעובד (שכסעיף 1 בו נועד הוא "...לקדם שוויון ולמנוע אפליה בין המינים בכל הנוגע לשכר או לכל גמול אחר בקשר לעבודה"), חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד ועוד...."

כל חוקים אלה כולם, הם ואחרים זולתם, נועדו בעיקרם להצהיר על דין קיים. חוקים אלה לא יצרו לא את השוויון ולא את הצורך בשוויון בין גבר לאישה. נהפוך הוא: הצורך החברתי להכיר בשוויון הוא-הוא המזין את החוקים והוא הנופח בהם רוח חיים. עקרון השוויון היה לפני החוקים. הוא אבי החוקים...."

(על החשיבות שישנה להטמעת עקרון השוויון בעולם התעסוקה בשל מרכזיותה של העבודה לחיי האדם, ראו עניין עיריית ירושלים, סעיף 34 לפסק הדין והאסמכתאות שם).

מבלי להפחית בחשיבותו של ערך השוויון החוקתי עומדת גם מורכבותו, וזאת הן בהיבטים פילוסופיים, עיוניים ומעשיים. על ההיבט הפילוסופי עמד הנשיא ברק בבג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה ואח', פ"ד נב(4) 193, באומר:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

"השוויון הוא ערך סבוך. השוויון הוא זכות מורכבת. אכן, "פנים רבות יש לשוויון...". ... , תוכנו של השוויון שנוי במחלוקת. אין הסכמה באשר למטען הנורמטיבי הטמון בו. רבים מזהים את השוויון עם הגינות וצדק. יש הרואים בשוויון ערך "...אשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו...". כשבאים להגדיר צדק מהו, עושים זאת לרוב במונחים של שוויון ... בפנינו מעגל שוטה ללא מוצא. אחרים מרחיקים לכת וגורסים, כי השוויון אינו ערך לעצמו והרי הוא אך אמצעי להשגתם של ערכים אחרים – אשר במרכזם ההגינות והצדק – שאותם מבקשת החברה להגשים ... אך אם השוויון הוא רק אמצעי, מדוע אנו רואים בו ערך כה מרכזי? האין לומר כי המטרה שהשוויון נועד להשיגה היא העיקר ... אחרים התייאשו ממתן תוכן מהותי לעקרון השוויון, ורואים בו "מושג פורמאלי"... גם בעלי דעה זו מסכימים, כי "גם השוויון, כמושג פורמאלי, הבנוי על מקדם או על מדד אחיד ואף מעין-מאתימטי, אינו בהכרח פשוט ליישום...". ... אכן, תוכנו של השוויון – כערך בפני עצמו או כאמצעי להשגתם של ערכים אחרים – שנוי במחלוקת. האם זהו ערך "טהור" או שמא זוהי תערובת – ואולי תרצו לומר תרכובת – של ערכים אחרים ... מה משקלו של השוויון ביחס לערכים ולעקרונות אחרים? האם יש לו, לשוויון, משקל מיוחד במינו, המצדיק עדיפות יחסית על פני ערכים ועקרונות אחרים, והגורם לביקורת שיפוטית מחמירה ביותר? ... מתני השוויון הנבחן הוא שוויון בהזדמנות ומתי הוא שוויון בתוצאה? דומה שהצדק עם השופט ש' לוי, בציינו כי:

"אין הגדרה יחידה לדיבור שוויון. אנו עושים שימוש בדיבור זה בתחומי המתמטיקה, המוסר, הפילוסופיה והחוק, וגם בכל אחד מתחומים אלה משמעותו אינה אחידה" (בג"ץ 141/82 הנ"ל (להלן – פרשת רובינשטיין [41]), בעמ' 148).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

רב-גוגניות זו מכבידה על הבנתנו את השוויון.

המורכבות הפילוסופית של ערך השוויון באה לידי ביטוי בתפיסות התיאורטיות השונות המונחות ביסודו, ובהקשר זה נפנה לסקירתה של השופטת (בדימוס) נטע רות, זאת, תוך הבחנה בין הפן הפמיניזם הליברלי, התרבותי והרדיקלי (ראו: ע"ע 37078-11-13 **חברת חשמל לישראל בע"מ - ליה נאידורף** (13.2.18)).

על רקע רבגוניותו של ערך השוויון והאתגרים האופפים את יישומו עלה הצורך בעיגונו בדברי חקיקה, הבאים לקדמו ולהגשימו. ואכן, המשפט הישראלי מקדם את עקרון השוויון בין נשים לגברים בעולם של משפט העבודה באמצעות מספר חוקים, אשר פועלים בנתיבים מקבילים, זה לצד זה, ויחדיו יוצרים מארג כולל של כלים במטרה ליישם את השוויון בין נשים לגברים בשוק העבודה במכלול ההיבטים הרלוונטיים. בין היתר, ניתן לציין את חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, חוק שוויון הזדמנויות, חוק שכר שווה, החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח - 1998 ובעבר גם חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, התשמ"ז - 1987, אשר כל אחד מהם נועד להתמודד עם אפליה בתעסוקה מזווית שונה.

יחד עם זאת, עיגונו של ערך השוויון בדבר חקיקה ראשית אינו מייתר את הצורך בהכרעות שיפוטיות ביחס להיקף פריסתו. זאת, שעה שמתעוררת שאלה פרשנית הנותנת ביטוי לרבגוניותו העיונית של ערך השוויון, מורכבותו וקיומם של ערכים ראויים מתנגשים כאמור לעיל. עמד על כך הנשיא ברק בע"א 214/89 **אריה אבנרי נ' אברהם שפירא**, פ"ד מג(3) 840, בהקשר לפרשנות חוק איסור לשון הרע באומרו:

"משנקבע האיזון בין ערכי היסוד המתחרים על-ידי המחוקק, היש עוד מקום לאיזון שיפוטי בין הערכים המתנגשים? האין לומר, כי מלאכת האיזון נסתיימה, וכל שנותר לשופט אינו אלא לפעול על-פי האיזון החקיקתי? אכן, עד כמה שהבעיה המשפטית נפתרת על-ידי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 17-05-1809

ע"ע 17-05-7935

ע"ע 17-05-7582

האיזון בין הערכים המתחרים שנקבע על-ידי המחוקק, על השופט לפעול על-פי איזון זה. אין מקום לאיזון שיפוטי מתחרה או נוגד. אך רבות הן הבעיות המשפטיות המתעוררות, ואשר האיזון החקיקתי אין בו כדי להכריע בהן. במצבים אלה נדרש איזון שיפוטי. מצבים אלה הם מגוונים..."

מכאן כי גם כאשר קיים הסדר חקיקתי, הנחזה לממצה, תעמוד ברקע השאלה אם מלאכת האיזון שקבע המחוקק נסתיימה וכל שנותר לשופט לפעול על פי האיזון החקיקתי או שהמדובר בבעיה משפטית, אשר האיזון החקיקתי אין בו כדי להכריע בה, ולכן נדרש איזון שיפוטי.

נפנה איפוא לבחון את הוראותיו של חוק שכר שווה.

חוק שכר שווה – היבטים נורמטיביים

36. חוק שכר שווה לעובדת ולעובד נחקק בשנת 1964 מתוך מטרה למגר ענף אחד של הפלייה בשוק התעסוקה, והוא פערי שכר בין גברים לנשים. אמנם בשוק חופשי יש לצפות לקיומם של פערי שכר בין קבוצות עובדים, בעיקר ככל שישנם הבדלים ענייניים בין סוגי עבודות. עם זאת, ככל שמדובר בפערי שכר שהם תולדה של חולשה של קבוצת עובדים אחת, לא ניתן למצוא לכך צידוק ענייני ומכאן צמחה השאיפה למגר את התופעה.

מזה שנים שהנתונים הסטטיסטיים מלמדים על קיומם של פערי שכר בין נשים לגברים. הדבר בא לידי ביטוי בשני היבטים מרכזיים. האחד, בתשלום שכר נמוך לנשים בהשוואה לגברים. ההיבט השני של תופעת פערי השכר קשור לסגרגציה תעסוקתית, שזהו מצב בו ישנם מקצועות שבאופן מסורתי נחשבים ל"נשיים" מפני שריכוז הנשים בהם גבוה כגון: סיעוד, הוראה, עבודה סוציאלית, מזכירות ועוד. מקצועות אלה מתאפיינים, ככלל, בשכר נמוך יחסית למקצועות אחרים שבאופן מסורתי נחשבים "גבריים".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

(להרחבה בנושא זה ראו גם: אורי שויד ואלכסנדרה קלב, "כיצד ציפיות שכר מקבלות מגדר? תפקידם של קשרים חברתיים וניסיון בעבודה, **עבודה חברה ומשפט ט"ו**, עמ' 132-119, בו מציעים המחברים ניתוח סוציולוגי המצביע על כך שפערים מגדריים בתנאי העסקה נוצרים בשוק העבודה באינטראקציה שבין צד ההיצע לצד הביקוש, בין העובדות למעסיקים).

מלכתחילה התמקד חוק שכר שווה לעובדת ולעובד בהיבט אחד של הפלייה והוא פערי שכר בין עובדים לעובדות המבצעים את אותה עבודה אצל אותו מעסיק. בהתאם קבע החוק את ההוראה שלפיה **"מעביד ישלם לעובדת שכר שווה לשכרו של עובד באותו מקום עבודה בעד אותה עבודה"**. מודל זה של השוואת סוג העבודה באותו מקום עבודה נחשב למודל מצומצם ונמתחה עליו ביקורת. בין היתר, נטען שלא תמיד ניתן למצוא אצל מעסיק אחד שני עובדים, שהם במקרה גבר ואישה, המבצעים את אותה עבודה בדיוק.

37. נוסחו הנוכחי של החוק, שהחליף את החוק הישן, נחקק בשנת 1996 והוא כבר קובע מודל רחב יותר. סעיף 1 בחוק מצהיר כי **"חוק זה נועד לקדם שוויון ולמנוע אפליה בין המינים בכל הנוגע לשכר או לכל גמול אחר בקשר לעבודה"**. לצורך השגת מטרת החוק נקבע בסעיף 2 מודל רחב יותר שלפיו:

"עובדת ועובד המועסקים אצל אותו מעסיק באותו מקום עבודה, זכאים לשכר שווה בעד אותה עבודה, עבודה שווה בעיקרה או עבודה שוות ערך; הוראה זו תחול גם לענין כל גמול אחר, שנותן מעסיק לעובד או עבורו בקשר לעבודתו; לענין חוק זה, "גמול אחר" – כל תוספת, טובת הנאה, קצובה, מענק, תנאים נלווים, תשלום לכיסוי הוצאות, תשלומים בשל החזקת רכב, שימוש בטלפון, מכסת שעות נוספות, רכישת ספרות מקצועית, ביגוד, שימוש ברכב, או כל תגמול אחר בכסף או בשווה כסף, במישרין או בעקיפין, והכל אף אם אינם שכר עבודה".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

38. ראשית נציין כי סעיף 2 מרחיב את המונח "שכר" כך שהוא כולל כל גמול הקשור לעבודה, וזאת מהטעם שמחקרים הראו שהאפליה בשכר באה לידי ביטוי, פעמים רבות, בתשלום תוספות שונות (הצעת חוק שכר שווה לעובד ולעובדת בעד עבודה שוות ערך, התשנ"ה-1995, ה"ח 2377, 373). כך למשל נקבע בעניין קומברס (ע"ע (ארצי) 114/09 קומברס בע"מ – אירית בן משה (27.1.10) (להלן – עניין קומברס)) שגם אופציות שמחולקות לעובדים הן בגדר גמול הקשור לעבודה לצורך החלת חוק שכר שווה.

שנית, סעיף 2 מונה אפשרויות חדשות להשוואת שכר – השוואה בין עבודות שהן שוות בעיקרן או שוות ערך. בכך נפתח פתח להתמודדות עם ההיבט הנוסף של האפליה, סגרגציה תעסוקתית (להרחבה בעניין זה ראו עניין עיריית ירושלים בסעיף 46 לפסק הדין וההפניות שם). כלומר, עתה יכולה אישה שעובדת במקצוע שנחשב ל"נשי" באופן מסורתי, לטעון כי היא מבצעת עבודה "שוות ערך" לעבודה שמבצע גבר אחר אצל אותו מעסיק, הגם שכל אחד מהם מבצע עבודה שונה. ככל שיעלה בידה להוכיח זאת, היא תוכל לתבוע הפרשי שכר ולשפר את תנאי שכרה.

39. כיצד ניתן לזהות מהן עבודות שוות ערך? סעיף 3 לחוק מונה מספר פרמטרים להשוואה:

"יראו עבודה כשוות ערך לחברתה, אף אם הן אינן אותן עבודות או עבודות השוות בעיקרן זו לזו, אם הן בעלות משקל שווה, בין היתר מבחינת הכישורים, המאמץ, המיומנות והאחריות הנדרשים לביצוען ומבחינת התנאים הסביבתיים שבהם הן מבוצעות"

הביטוי "בין היתר" שנזכר בסעיף 3 בא ללמדנו שרשימת הפרמטרים שנמנתה בו אינה רשימה סגורה. המחוקק מדגיש בסעיף זה כי אין צורך שהעבודות שאותן משווים תהיינה זהות או דומות, ודי בכך שיוכח שהן בעלות "משקל שווה", כאשר נקבע בפסיקה בקשר לכך כי קביעת קבוצת השוויון צריכה להיעשות באופן ענייני, לפי תוכנו המעשי של התפקיד המבוצע והחלק החשוב והעיקרי שבו (עניין קומברס הנ"ל).

40. בנוסף לכך, ישנן שתי הוראות בחוק שהובילו להרחבת אפשרות התביעה:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 17-05-1809

ע"ע 17-05-7935

ע"ע 17-05-7582

הראשונה - בעוד ומלכתחילה החוק אפשר לעובדת שטענה לאפליה בשכר לתבוע הפרשי שכר בלבד, בשנת 2014 תוקן החוק ונוסף בו סעיף 4(ב) הקובע כי: **"בתובענה לפי חוק זה רשאי בית הדין לעבודה, נוסף על כל סעד אחר, לפסוק פיצויים, אף אם לא נגרם נזק של ממון, בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין"**. כלומר, עתה ניתן לתבוע בנוסף להפרשי השכר גם פיצוי ללא הוכחת נזק. השנייה - הוראה נוספת שהרחיבה את תחולת החוק קבועה בסעיף 7א' לחוק אשר מאריך את תקופת ההתיישנות בקובעו כך: **"תקופת ההתיישנות לתובענה לפי חוק זה היא חמש שנים"**. בעוד שלפני התיקון תקופת ההתיישנות הייתה שנתיים בלבד.

41. המחוקק היה מודע לכך שישנם קשיים בהוכחת תביעות מכוח חוק שכר שווה, ועל כן יצר במסגרת החוק מנגנונים להתמודדות עם קשיים אלו. הקושי הראשון הוא קושי מובנה בהוכחת טענה הגורסת ששתי עבודות שונות הן עבודות שוות ערך. המנגנון הנותן מענה לכך הוא הקבוע בסעיף 5 לחוק ולפיו ניתן למנות מומחה לניתוח עיסוקים. סעיף 5 לחוק קובע כך:

"(א) בתובענה לפי חוק זה רשאי בית הדין לעבודה, על פי בקשת אחד הצדדים, למנות מומחה לניתוח עיסוקים מטעמו של בית הדין, אשר יחווה את דעתו לענין השאלה האם העבודות שבמחלוקת הן אותן עבודות, עבודות שוות בעיקרן או עבודות שוות ערך, לפי הענין (להלן – המומחה); לא ביקש צד כלשהו למנות מומחה, רשאי בית הדין למנותו, אם ראה צורך בכך, בנסיבות מיוחדות.

(ב) בית הדין לעבודה רשאי לקבוע את שכר טרחתו והוצאותיו של המומחה שישולמו על ידי בעלי הדין או על ידי חלק מהם, או בנסיבות מיוחדות ומנימוקים שיירשמו, מאוצר המדינה, הכל כפי שקבע בית הדין.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

(ג) שר המשפטים, בהתייעצות עם שר העבודה והרווחה, רשאי לקבוע סדרי דין בדבר מתן חוות דעת המומחה, מינויו, סמכויותיו וחובותיו, ובהסכמת שר האוצר – את התעריף המרבי של שכר הטרחה שישולם לו".

בהתאם ללשון הסעיף, בית הדין רשאי לבקשת הצדדים להליך או בנסיבות מיוחדות למנות מומחה לניתוח עיסוקים שיחווה דעתו בשאלה אם העבודות שבמחלוקת הן אותן עבודות, עבודות שוות בעיקרן או עבודות שוות ערך. ואכן במקרים שונים מונה מומחה לניתוח עיסוקים (ראו למשל דב"ע (ארצי) לז/3-71 "עלית" חברה ישראלית לתעשיית שוקולד בע"מ – לדרמן פד"ע ט 255 (1978); ת"ע (ב"ש) 1476/99 נידם – ראלי חשמל ואלקטרוניקה פד"ע לט א (2004); סעי"ש (ת"א) 52538-07-14 חביב – שטראוס גרופ בע"מ (החלטה מיום 1.11.2015)).

42. קבוצה אחרת של קשיים נוגעת לקיומם של פערי מידע בין העובדת לבין המעסיק. נושא השכר אינו נושא שעובדים נוהגים לדבר עליו באופן גלוי וממילא עובדת החושדת שהיא מופלית לרעה בשכר עלולה להתקשות לאשש את הטענה. סעיפים 6א ו-7 לחוק נועדו לפתור בעיה זו של פערי מידע. סעיף 6א מחייב את מי שחלה עליו חובה חוקית לפרסם מידע או לדווח על שכר עובדים ונושאי משרה לכלול בדיווח התייחסות לפי מין כדלקמן:

"מי שמוטלת עליו חובה לפי חיקוק המנוי בתוספת לפרסם מידע או לדווח על שכר של עובדים ונושאי משרה, יכלול בפרסום או בדיווח כאמור התייחסות לפי מין; שר הכלכלה רשאי, באישור הוועדה לקידום מעמד האישה ולשוויון מגדרי של הכנסת, לשנות, בצו, את התוספת".

הדיווחים אליהם מכוון הסעיף הם דיווחים על מקבלי השכר הגבוה בעמותות, בחברות ציבוריות, בתאגידי מים וביוב וכן הדיווח השנתי של הממונה על השכר באוצר.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

סעיף 7 נוגע במישרין לעובד, והוא מחייב את המעסיק למסור לעובד שדורש זאת מידע בדבר רמות שכר של העובדים המועסקים אצלו, לפי סוגי עובדים, סוגי משרות, או סוגי דירוגים, בזו הלשון:

"מעסיק ימסור לעובדו, לפי דרישת העובד, מידע לעניין חוק זה בדבר רמת שכר של עובדים המועסקים אצלו, לפי סוג עובדים סוגי משרות או סוגי דירוגים, ובלבד שהמעסיק אינו חייב למסור מידע אלא במידה הדרושה לפי העניין, שיימנע מגילוי פרטים מזהים של עובדים, ושאינן במסירת המידע הפרה של כל דין אחר".

לשונו של סעיף 7 מלמדת, לכאורה, כי המעסיק מחויב למסור את המידע לעובדת לפי דרישתה ואף מבלי שתגיש קודם תביעה לבית הדין. אציין כי בהחלטת בית הדין האזורי בבאר שבע אף נקבע כי המעסיק מחויב למסור את המידע גם אם אין לעובדת ראשית ראיה לאפליה הנטענת בשכר (ע"ב ב"ש) 1576/99 **נידס – ראלי חשמל ואלקטרוניקה** (החלטה מיום 27.10.1999); וראו גם בר"ע (ארצי) 26271-12-14 **מרינה רובנוב - כלל חברה לביטוח בע"מ** (15.1.15); ע"ע 26082-06-14 **15 טל כהן - אולפני הבירה ירושלים בע"מ** (16.2.16).

43. מעבר לקשיים שמנינו עלול להתעורר קושי נוסף במהלך הוכחת התביעה והוא נוגע לשאלה מהו "אותו מקום עבודה" לעניין חוק שכר שווה. סעיף 14(1) לחוק מתייחס לסוגיה זו ככל שהיא מתייחסת למדינה כמעסיק וקובע כי **"יראו כל משרד כהגדרתו בסעיף 1 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 כמקום עבודה נפרד"**. אולם אין הוראה דומה בנוגע למעסיקים אחרים. או אז מתעוררת השאלה מהו אותו מקום עבודה. לעניין זה התייחס בית דין זה בבחינת למעלה מן הצורך, ומבלי לקבוע מסמרות בפסק הדין **בעניין אורית גורן** (ע"ע (ארצי) 1156/04 **הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ - אורית גורן** (20.11.07)). בחוות דעתי במסגרת פסק הדין, נאמר כך:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 17-05-1809

ע"ע 17-05-7935

ע"ע 17-05-7582

"בעניין זה, מציעה המלומדת פרופ' רות בן ישראל לפרש, במקרים מתאימים, את המונח "אותו מקום עבודה" בהקשר התעשייתי – מפעלי, כך שמפעל המעסיק עובדים שלא בחצריו אלא באתרים שונים, ייחשבו אלו כ"אותו מקום עבודה", כפי שנעשה בפרשנות סעיף 1 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג – 1963. (פרופ' רות בן ישראל, שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה (תשנ"ח, 1998) כרך ג', 763 (להלן – רות בן ישראל)).

בעניין זה אעיר, כי פרשנות זו תהא אפשרית בהתאם לנסיבותיו של כל עניין ובהתחשב במציאות בה נוהג מעסיק לנהל את עסקו. אז יש ונגיע למסקנה, כי פירוש נכון וצודק יותר למונח "אותו מקום עבודה" הוא באותו הקשר תעשייתי-מפעלי."

והנשיא (בדימוס) אדלר, קבע בעניין אורית גורן כי:

"המונח "אותו מקום עבודה" יכול שיתפרש בהקשר הגיאוגרפי. אולם, יכול הוא גם להתפרש בנסיבות המתאימות ובהתחשב במציאות בה נוהג המעסיק לנהל את עסקו, בהקשר התעשייתי-מפעלי. ביטוי זה צריך שיתפרש לפי הקשר הדברים והתכלית שהוא בא לשרת, כאשר הדעת נותנת שברוב המקרים, ההקשר התעשייתי-מפעלי, לרבות 'יחידת המיקוח' הוא המבחן המתאים ל"מקום העבודה".

(וראו גם עניין עיריית ירושלים ביחס לטענת בדבר "קבוצות מיקוח" נפרדות באותו מקום עבודה, סעיפים 60-61 לפסק הדין שם).

שכר שונה בעד עבודה שוות ערך – האם ומתי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

44. האם ומתי יוכל מעסיק לקבוע שכר שונה לאשה וגבר שמבצעים עבודה שווה או שווה בעיקרה או שוות ערך? סעיף 6 לחוק קובע כי:

"(א) אין בהוראות סעיף 2 כדי למנוע הפרש בשכר או בגמול אחר המתחייב מאופיה או ממהותה של העבודה הנדונה ובכלל זה תפוקת העבודה, איכות העבודה, הוותק בעבודה, ההכשרה או ההשכלה, או מיקומו הגיאוגרפי של מקום העבודה, והכל כשאין בכך משום אפליה מטעמי מין.

(ב) מצא בית הדין לעבודה, בתובענה לפי חוק זה, כי העבודות שבמחלוקת הינן אותן עבודות, עבודות שוות בעיקרן או עבודות שוות ערך, וטען המעסיק שקיימות נסיבות כאמור בסעיף קטן (א) המצדיקות הפרש בשכר או בגמול אחר, עליו נטל ההוכחה".

כלומר, החוק עצמו מגדיר שבנסיבות מסוימות, המנויות בו, תהיה הצדקה לשלם שכר שונה לעובדת ולעובד. עם זאת חשוב להדגיש שנטל ההוכחה בעניין זה רובץ לפתחו של המעסיק הטוען לכך שיש הצדקה לפערי השכר. החוק מונה רשימה של שיקולים מותרים, והשאלה היא אם הרשימה שבסעיף 6 היא רשימה סגורה?

בפסיקת בית המשפט העליון בבג"צ אורית גורן (בג"ץ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (17.5.2012)) נקבע כי רשימת השיקולים שבסעיף איננה רשימה סגורה. עם זאת, הוכחת שיקולים אחרים שאינם מנויים בסעיף מחייבת כי אף שיקולים אחרים אלה יהיו מאותו סוג הנזכר בסעיף ויצביעו על כך שההפרשים בשכר מתחייבים "מאופיה או ממהותה של העבודה הנדונה".

בג"צ הוסיף וקבע כי אין להכיר בחופש ההתקשרות של המעסיק כשיקול עצמאי שעשוי להצדיק הפלייה בשכר בין גברים לנשים. כך למשל, במקרה שבו מעסיק בחברת הזנק אשר יש לה מתחרים שהציעו לעובד שלו שכר גבוה יותר על מנת שהוא יעבור לעבוד אצלם, והמעסיק מעוניין לשמר אותו ואלו מוכן להעלות את שכרו לשם כך. אזי, אם למעסיק יש עובדת נוספת שמבצעת עבודה שווה בעיקרה או שוות ערך, המעסיק יהיה מחויב להעלות גם לה את השכר, למרות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

שהיא אינה צפויה לעבור לחברה המתחרה. קביעת בג"צ בעניין זה מאמצת את פרשנותה של פרופ' שרון רבין מרגליות (שרון רבין-מרגליות, ההסבר (תירוץ) השוקי לפערי שכר מגדריים: בעקבות פסק דין הומסנטרס (עשה זאת בעצמך) בע"מ נ' אורית גורן, הפרקליט נ', 501, 542-539; להלן - רבין מרגליות "ההסבר השוקי") כי טענות הנוגעות לכוחות השוק ולחופש ההתקשרות עשויות להוביל גם אם לא במתכוון להפלייה בשכר ולשמר אותה. לשיטתה, חוק שכר שווה נועד למגר את אותם תירוצים שוקיים ולהוביל לכך שמעסיק יאמוד את שווי עבודתה של העובדת וישלם בעבורה שכר הוגן, תוך נטרול של אותם כוחות שוק שעד כה שימרו את ההפלייה בשכר (לגישה הפמיניסטית העומדת ביסוד קביעה זו ראו גם: אריאן רנן-ברזילי "בין שוק לרגולציה בעקבות בג"ץ גורן: שכר שווה, שיוויון הזדמנויות ומחויבות משפחתית", מחקרי משפט לא, התשע"ז-2017 (להלן: רנן-ברזילי)).

נמצאנו למדים כי המעסיק יוכל לפיכך להצביע על שיקולים הנוגעים לדרך ביצוע העבודה, דוגמת איכות ותפוקה; על שיקולים הנוגעים לנתוני העובדת הספציפית דוגמת ותק שונה, הכשרה והשכלה; על שיקולים הנוגעים למקום הגיאוגרפי של ביצוע העבודה; וכן על שיקולים פנימיים אחרים, גם אם אינם מנויים במפורש בסעיף אך דומים להם במהותם. עם זאת המעסיק לא יוכל להצביע על שיקולים חיצוניים, שהם שונים במהותם מהשיקולים המנויים בסעיף, דוגמת חופש ההתקשרות, דרישות שכר אחרות או שוני בניהול המשא-ומתן.

בעניין עיריית ירושלים הדגיש בית הדין כי לא די בהצבעה סתמית על שיקול מתוך רשימת השיקולים הלגיטימיים, אלא יש להראות שהפרש השכר "מתחייב" לאורו, היינו כי השיקול הנטען הוא בעל משמעות רלוונטית להצדקת הפער בשכר בנסיבות העניין. בנוסף, יש להראות מידתיות בין הפער בשכר לבין אותו שיקול (סעיף 51 לפסק הדין וההפניות שם).

סיכום ביניים:

45. עמדנו עד כה על הוראותיו של חוק שכר שווה, אשר מטרת העל' שלו היא לשרש את אפלייתן המבנית וההיסטורית של נשים וזאת, על ידי השוואת שכרן לשכר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

של גבר המבצע עבודה שווה, שווה בעיקרה או שוות-ערך. אשר לתפיסה העומדת בבסיס החוק, נאמר בפסק הדין בעניין עיריית ירושלים (בסעיף 54 לפסק הדין) כך:

"תפיסת השוויון העומדת בבסיסו של החוק היא תפיסה מתקדמת שאינה מסתפקת בתיקון הפליות אינדיבידואליות, אלא נועדה לבצע תיקון עמוק יותר שיורד לשורשם של הדפוסים המפלים בעולם התעסוקה. רוח החוק ועומק תכליתו מאירים את הוראותיו כחלק מחזון רחב יותר של שוויון בין גברים לנשים - אשר בוחן לא רק את הפרטים ברמת ה"מיקרו", אלא את קבוצת הנשים ומצבה לעומת קבוצת הגברים, ברמת ה"מאקרו". החוק נועד לנסות ולהתגבר על האפליה בין גברים לנשים בשוק העבודה גם כאשר היא נעשית בצורה סמויה, נסתרת ועקיפה, וגם כאשר היא מבוססת על פרקטיקות, תבניות ודפוסי חשיבה מושרשים ומקובלים."

לאור כל האמור נבחן מה דינה של "התוספת האישית" ששולמה בענייננו.

"התוספת האישית"

46. טענות הצדדים בעניין זה מתמקדות בעיקרן בשאלה האם התוספת האישית היא למעשה "גורם פנימי" אשר מהווה חלק מהטעמים המצדיקים שונות בשכר בהתאם לסעיף 6 לחוק.

נקדים ונציין כי המצבים בהם עשוי להידרש נידודו של עובד/ת תוך שימור שכרו רבים ומגוונים. מבלי למצות, עשוי הצורך להתעורר בשל צורך רפואי שאינו מאפשר עוד העסקת עובד/ת בתפקיד הקודם ומתוך ניסיון ליתן לעובד עם המוגבלות התאמה כלכלית בעת העברתו לתפקיד אחר; דוגמה נוספת היא במסגרת שינויים מבניים בהם מבקש המעסיק לנייד עובד/ת חלף פיטוריהם, וזאת תוך שימור שכרם ועל מנת לצמצם את הפגיעה בהם.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

לצד זאת, שימור השכר עלול לטמון בחובו השלכות פוגעניות, ולכן נדרשת זהירות רבה ביישומו. הטעם לכך ברור: תניית שימור שכר היא בעלת פוטנציאל לשיעתוקם ושיכפולם של פערים כלכליים בשכר בהם רווי שוק העבודה, כשפערים אלה עלולים להיות תוצאה של אפליה אסורה. מכאן כי אף אם התכלית העומדת בבסיס שימור השכר עשויה להיות ראויה הרי שתוצאותיה עלולות להיות מפלות, ואפליה כזו או – ככל שתתממש – נועד חוק שכר שווה למנוע.

47. לטענת המדינה והחברה, תוספת שכר ייחודית זו מהווה הצדקה עניינית ונכללת בגדרי סעיף 6(א), מאחר שמדובר בגמול הקשור קשר בל יינתק במאפיינים הפרטניים של העובד, בדומה ל"ותק בעבודה, הכשרה או השכלה". לטענתן, תכליתה של תוספת זו היא להתגבר על חסמי מעבר העלולים לעמוד בדרכם של עובדים ועובדות המבקשים לעבור ממשרה למשרה, וזאת באמצעות שימור שכרם של עובדים ועובדות אלו כפי שהיה ערב המעבר. על כן, מדובר בפערי שכר מוצדקים מכוח היותם "גורמים פנימיים לעבודה" אשר אינם "טענות חיצוניות לעבודה".

48. העובדות טענו מנגד, כי התוספת האישית אינה מוצדקת בהתאם לתנאים המנויים בסעיף 6(א), מאחר שלא נטען וממילא לא הוכח כי היא מתחייבת מאופייה או ממהותה של העבודה הנדונה או כי מדובר בשיקול פנימי דומה אחר. לטענת העובדות הוכח ההיפך – כי התוספת האישית שולמה למר שובל כחלק מהטבות שהחברה ביקשה להעניק לו מעבר לתקרת העלות שנקבעה על ידי דירקטוריון החברה, וזאת לצד הטבות נוספות מהן נהנה ואשר נמנעו מן העובדות. ובכל מקרה גם אם תוספת זו נועדה, כטענת המדינה, לעודד מוביליות בשוק, הרי שזו "טענה חיצונית" שלא ניתן לקבלה כטיעון המצדיק אפליה.

49. בבואנו להכריע במחלוקת שנפלה בין הצדדים הדבר צריך להיעשות מתוך ראייה מקיפה של התכלית העומדת בבסיס חקיקת חוק שכר שווה, עליה עמדנו לעיל.

ובמה דברים אמורים?

50. עמדנו לעיל על כך שסעיף 2 הרחיב את המונח "שכר" כך שהוא כולל כל גמול הקשור לעבודה, וזאת מהטעם שמחקרים הראו שהאפליה בשכר באה לידי ביטוי,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 17-05-1809

ע"ע 17-05-7935

ע"ע 17-05-7582

פעמים רבות, בתשלום תוספות שונות. במסגרת דברי ההסבר להצעת חוק שכר שווה לעובד ולעובדת (תיקון מס' 3) (הגדרת שכר) התשנ"ה-1995, נאמר כי: "... הפער בשכר נובע, במידה רבה, מאפליית הנשים העובדות, לרעה, בכל הנוגע לתוספות הנלוות לשכר. התיקון המוצע נועד לקבוע כי המושג "שכר" כולל את התוספות וההטבות המשתלמות לעובדים, ובדרך זו לסייע לנשים להשיג שוויון בשכר". הנה כי כן, המחוקק נתן דעתו לכך שמעסיקים השתמשו בכלי ניטרלי לכאורה בדמות תוספות שכר, אשר בפועל הביא לתוצאה מפלה, ולפיכך כלל המחוקק במסגרת הגדרת שכר גם שימוש בתוספות שכר למיניהן על מנת למנוע מצב של שימוש בפלטפורמה זו אשר הביא לתוצאה מפלה. אולם דומה שבכך לא די.

כבר במסגרת בג"צ גורן נאמר על ידי בית המשפט העליון כי: "למרבה הצער התופעה החמורה של הפליית נשים בשכר העבודה שלהן רחוקה מלהיעלם מן העולם חרף הזמן שחלף מאז חקיקת חוק שכר שווה והיא עדיין נפוצה במקומותינו באופן מעורר דאגה". במסגרת התחקות אחר הגורמים לכך שתופעת האפליה עדיין שרירה וקיימת, גם אם לא בהיקף ובאופנים בהם הייתה נוהגת בעבר, ניתן להצביע על סיבות שונות לכך ובין היתר על הבעיות השונות שישנן בחוק בנוסחו היום, אשר אינו נותן מענה לכלל הבעיות המתעוררות בתחום זה. כך למשל, החוק אינו נדרש למקרים של השוואה קבוצתית ומניעתית (Pay Equity), קרי השוואה ותיקון פערי שכר בין מקצועות "נשיים" לבין מקצועות "גבריים", וזאת למשל באמצעות מרכיב אקטיבי מניעתית אשר ידרוש מהמעסיקים לאתר בעצמם וביוזמתם את פערי השכר המגדריים (ראו בקשר לכך ד"ר רויטל טרנר, "הקץ לאפליה מגדרית בשכר: רפורמה מוצעת לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד", ספר סטיב אדלר, עמ' 377 (2016); להלן: טרנר)). ואכן יש שעמדו על הצורך בתיקון הוראות החוק, וקראו לאימוץ "גישה מניעתית-אקטיבית" הנוהגת בחלק ממדינות העולם, ומטילה על המעסיקים חובות אקטיביות לאיתור פערי שכר וביטולם (עניין עירית ירושלים, סעיף 54 וההפניות שם).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 17-05-1809

ע"ע 17-05-7935

ע"ע 17-05-7582

בנוסף לכך, ישנם קשיים המתעוררים ביישומו של החוק, וזאת בשל הקושי להוכיח את טענות האפליה המגדרית בשוק העבודה (רנן-ברזילי בעמ' 346 וההפניות שם).

51. על האמור יש להוסיף כי גם אם החוק מצליח במידה מסוימת להתמודד עם תופעות אפליה, הרי שמדובר בתופעות אפליה מסורתית, שהייתה נוהגת בעבר, אולם כיום יש מי שסובר שהתבניות בהן הגדירו את תופעת האפליה אינן ממצות, וכי ישנן ממדים של אפליה שלא נתנו עליהם את הדעת (פרופ' שרון רבין-מרגליות, "שלושה דורות של אפליה תעסוקתית: הישגים ומגבלות של המאבק לקידום שוויון תעסוקתי", עבודה חברה ומשפט ט"ו (2018); להלן: רבין – מרגליות). כך, בתחילה ("דור א") האפליה התאפיינה בהצבת חסמים ברורים וגלויים על ידי מעסיקים על בסיס ההבחנות המנויות בחוק, בהמשך ("דור ב") ולאחר שהובהר בפסיקה שמרחב הפעולה של מעסיקים לקטלג עובדים על בסיס שיקולים של מין, לאום, גיל, הורות, דת וכדו' הוא מצומצם ביותר, שינתה האפליה את פניה, והמעסיקים בחרו בטקטיקה אחרת – פעולות ההדרה נעשו מתחת לפני השטח, אפליה שאינה מוצהרת אך היא מודעת. התביעות לא עסקו עוד בשאלות חוקתיות כבדות משקל, אלא התובעים נדרשו להציג ראשית ראיה על התקיימותה של אפליה, כדי להתניע מנגנון של היפוך נטל ראיה. אולם כיום ("דור ג") ישנן טענות כי האפליה תעסוקתית באה לידי ביטוי גם בהקשרים לא מודעים, כלומר, שהתהליך מתקיים ללא מודעות של מקבלי ההחלטות. אפליה זו יכולה להיות כתוצאה מתהליך קוגניטיבי אוטומטי, שבו יש הפחתת הערכה של יכולות והישגים אובייקטיביים של אנשים אך ורק בגלל השתייכותם לקבוצה מסוימת, וכן תוצר של חסמים מוסדיים או חברתיים.

אכן, במסגרת תיק זה איננו נדרשים להכריע בשאלות כבדות משקל אלה, כיצד יש לנהוג אל מול תופעות אלו של אפליה בלתי מודעת, האם ראוי לפקח על כך והאם ניתן לעשות זאת בכלים משפטיים, אך בוודאי שיש בכך, כמו גם הקשיים הנוספים שעליהם עמדנו לעיל, כדי להביא למסקנה כי יש לצמצם את הכניסה לרשימת החריגים המותרים בהתאם ללשון סעיף 6 לחוק, והגם שהפסיקה קבעה כי מדובר ב"רשימה פתוחה" יש לבחון באופן מעמיק ודווקני האם אכן מדובר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

ב"גורמים פנימיים לעבודה" המותרים במסגרת הסעיף, ולא טענות חיצוניות לעבודה, שאינן מצדיקות פערי שכר.

נציין, כי אחת הדרכים לבחון אם אכן אין הגדלה של פערי השכר היא באמצעות ניטור נתונים מעת לעת לגבי ההוראה שמאפשרת לעובדים בכירים שעוברים לתפקיד אחר לשמר את שכרם ובכך למעשה להגדיל את הפערים באופן לא מודע.

52. בנוסף לכך, ניתן ליישם מנגנוני בקרה אשר תהיה בהם בחינה עקבית, בנקודות זמן שונות. כך למשל, מלכתחילה (היינו עובר לשימוש בהסדר שימור שכר) תידרש רגישות לתמונת השוויון המגדרי בהיבט השכר, קרי איסוף מידע לגבי רמות שכר של עובדים המועסקים, לפי סוגי עובדים, סוגי משרות או סוגי דירוגים. איסוף המידע יהווה ערובה לכך שהחלטה שתקבל תהיה מושכלת, קרי על יסוד תשתית עובדתית הולמת. בהקשר זה נציין כי סעיף 7 לחוק ממילא מחייב מעסיק למסור מידע כאמור בתגובה לבקשת עובד. מכאן כי הכללת מנגנון איסוף יזום זה של מידע כחלק ממנגנון בקרה שנועד להבטיח קבלת החלטה מושכלת – ראוי. כמו כן, בהינתן הפוטנציאל המפלה כאמור, עשוי להידרש גם ניטור בדיעבד, וזאת על מנת להבטיח כי בסופו של יום לא נעשה שימוש יתר בלתי זהיר בהסדר, כך שלא מדעת פערי השכר המגדריים הועמקו.

כאמור, המדובר בדוגמאות למנגנוני בקרה אפשריים, כשגם בתוך דוגמאות אלה יש קשת של תבניות אפשריות, ולאלה לא נדרש, שכן סוגיה ממוקדת זו לא הועמדה להכרעה בפנינו, ויש לאפשר פיתוחה על יסוד תשתית עובדתית וטיעוני צדדים.

53. באספקלריה זו של הדברים, סבורה אני, שכאשר ניגשים לבחון את מהותה של "התוספת האישית" ביחס למטרות אותן בא לקדם חוק שכר שווה, בוודאי שאין לראות בכך תוספת המהווה חלק מהמאפיינים הפרטניים של העובד, ואבאר דברי להלן.

54. עמדנו לעיל, כי בג"צ גורן אימץ את התפיסה ולפיה נכון להתעלם מהשפעתם של גורמים חיצוניים לעבודה, כגון המשא ומתן האישי שנערך על השכר ודרישות להעלאת שכר במהלך תקופת העבודה, כאשר רוצים לצמצם את פערי השכר בין



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

גברים ונשים. חוק שכר שווה הגביל את מסגרת טענות ההגנה של המעסיק להסברים על טיב העבודה או כישורי העובדת, ונועד לנטרל את כל אותם הסברים שוקיים לפערי השכר. אלה אותם הסברים חיצוניים, שאמנם אינם מהווים בתפיסה האישית אפליה מחמת מין, אך הם תורמים ברמת המאקרו לפערי השכר בין המינים. החוק מאמץ בכך גישה תוצאתית, מודל של שוויון תוצאתי, הדוחה הסברים שוקיים לפערי השכר. החריגים המנויים בסעיף 6(א), המאפשרים למעסיק להעלות רק שורה מצומצמת של טענות הגנה המתייחסות לטיב העבודה או לכישורי העובדים, אותן "טענות פנימיות לעבודה", אינם כוללים אף דוגמה של הסבר שוקי לפערי השכר, כגון הצעות עבודה חיצוניות לעובד המשתכר שכר גבוה יותר, גאות או שפל בשוק העבודה בעת גיוס עובדים שונים או דפוסי המשא ומתן האישי (ראו רבין מרגליות "ההסבר השוקי" בעמ' 542; רנן-ברזילי בעמ' 368). בניגוד לחוק שוויון הזדמנויות (עליו נרחיב בהמשך) לפיו, בדרך כלל, החלטת המעסיק המשליכה על שכר העובדת שאינה קשורה למינה, גם אם בפועל הובילה לפערי שכר בינה לבין עובדים אחרים - אינה מהווה אפליה מחמת מין, הרי שבהתאם למודל השוויון הבא לידי ביטוי בחוק שכר שווה, הבחינה אם מתקיימת אפליה אם לא, היא בהתאם לתוצאה. המציאות איתה מתמודד חוק שכר שווה היא קבוצתית-תוצאתית. החוק מכיר במציאות בה גורמים רבים משפיעים על גובה השכר המשתלם לעובדים, וחלק מגורמים אלה משפיע ברמת המאקרו על פערי השכר המגדריים. החוק אינו מסתפק בתפיסה ולפיה אפליה מחמת מין היא רק מצב בו מעסיק מתבסס ישירות על מין העובד כדי לקבוע את שכרו, אלא קובע מספר הסברים לגיטימיים לפערי שכר, שרק הם יוכלו לשמש כטענה לגיטימית של המעסיק. לצד זאת, כל "ההסברים החיצוניים" אשר תולים את ה"אשם" בפערי השכר בגורמים חיצוניים למערכת יחסי העבודה האישיים, כגון מקרים בהם העובדת דרשה שכר התחלתי נמוך יותר מהעובד, לא ניהלה משא ומתן תקופתי להעלאת שכר, לא הציגה בפני המעסיק הצעות עבודה חלופיות בשכר גבוה יותר על מנת שישווה את שכר לשכר האלטרנטיבי שהוצע לה על ידי מעסיק אחר - אינם מתקבלים על ידי החוק, מאחר שלולא כן לא נוכל להגיע לתוצאה אליה מכוון החוק, והיא צמצום פערי השכר בין גברים לנשים. ככל שהיה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

- מתאפשר במסגרת החוק להשליך יהבנו על המציאות השוקית, הרי שבכך לא ניתן היה להגיע למודל הרצוי של מיגור האפליה התוצאתית.
55. הדברים נכונים שבעתיים, נוכח הבעיות אותן מנינו לעיל ביישומן של החוק, אשר מחזקים את הצורך לצמצם במאוד את רשימת החריגים הלגיטימיים לפערי שכר המנויה בחוק.
56. עם זאת, שאלה היא האם בבחינת קיומו של שיקול ענייני לפער השכר יש לאמץ אמת מידה זהה למעסיק המבקש לשמר שכר לעובד שכבר מועסק אצלו כחלק מניוד פנימי במסגרת הפררוגטיבה הניהולית, ולמעסיק המבקש לשמר לעובד חיצוני את שכרו הקודם כחלק מהמשא ומתן. שאלה זו לא התעוררה בעניין גורן, שם נידון מקרה של שימור חיצוני, ואף הצדדים לא טענו לה במישרין. נציין כי במשפט האמריקאי, קיימות פסיקות שונות בערכאות שונות, אשר חלקן מתייחסות לשימור שכר אגב קליטת עובד חדש וחלקן מתייחסות לשימור שכר אגב ניווד פנימי. בזהירות המתחייבת נציין, כי בפסיקה האמריקאית בעוד ששימור שכר אגב מעבר חיצוני מעורר קושי, הרי שקיימת מידה מסוימת של פתיחות לבחינת הסוגיה במסגרת ניווד פנימי, בכפוף לכך שיישום המדיניות לא נעשה באופן מפלה ושאינן הוכחה אחרת שמעידה על אפליה על רקע מין (ראו למשל פסק הדין 816 F.2d 317 Unites States Court of Appeals, 7th Cir.Covington v Southern Illinois University (1987) בהקשר לניוד פנימי).
- וידגש, ברי כי שימור שכר אגב ניווד פנימי אינו בגדר מילת קסם המצדיקה, כשלעצמה, שימור השכר בכל מקרה ובכל היקף. מיקודה של השאלה היא אם ובאיזו מידה נותר מרחב מסוים ענייני ומידתי בו ייחשב שימור השכר בהתאם לנסיבות העניין המיוחדות לשיקול ענייני הנוגע לעובד, ועל כן נדרשת בחינה זהירה וקפדנית של כל מקרה לנסיבותיו. בשאלה זו לא נדרשנו להכריע, שכן בנסיבות העניין לא הונחה לטעמינו הצדקה עניינית כאמור לשימור השכר.
57. בהינתן כל זאת, ומאחר שבענייננו התוספת האישית היא למעשה גורם שאיננו פנימי לעבודה, אלא שולמה למר שובל כחלק מהטבות שהחברה ביקשה להעניק לו מעבר לתקרת העלות שנקבעה על ידי דירקטוריון החברה, הרי שגם אם נועדה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

לעודד מוביליות בשוק, בנסיבות העניין שלפנינו היא מהווה גורם חיצוני שאינו מצדיק את פערי השכר. הניסיון במקרה דגן להתכסות באצטלה של רצון לעודד מוביליות בשוק היא בדיוק מאותם תירוצים או טענות שמהם רצה להימנע המחוקק, מאחר שאין זה גורם פנימי לעבודה.

58. חיזוק למסקנה זו, כי אין לאפשר פתח רחב מידי להכשרת מנגנוני שימור שכר,

ניתן לראות בדו"ח שוק העבודה אשר פורסם ביום 31.7.19 על ידי משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים – זרוע עבודה (באתר המשרד בכתובת:

<https://www.gov.il/he/departments/news/news310719>), ולפיו

שכרן של נשים נמוך משל גברים. מצב עובדתי זה שבו ישנם פערי שכר בין גברים לנשים באופן מובנה, מביא לכך שככל שנאפשר מנגנוני שימור שכר הדבר ישמר גם את פערי השכר, שעדיין, למרבה הצער, קיימים כיום. לכן, סבורים אנו כי אין לאפשר זאת. יתכן שבחלוף זמן ובעתיד, כאשר יערך ניטור על ידי המעסיקים באשר למידת השפעת שימור השכר בתוך מקום העבודה על הפערים בין נשים לגברים ויימצא כי אין בכך כדי להנציח את הפערים בין שכר הנשים לשכר הגברים, כי אז יכול והמסקנה לגבי משמעותו של שימור השכר תשתנה. המציאות לעת הזו – שונה.

59. התוספת האישית ניתנה למר שובל כחלק מהמעבר מחוזה אישי להסכם קיבוצי.

בקשר לכך מצאנו לציין כי בהתאם למחקרים שנעשו ברחבי העולם, לארגוני עובדים ישנה תרומה לביסוסם של סולמות שכר ופרקטיקות שכר המפלים נשים לרעה (טרנר בעמ' 421 וההפניות שם). מאחר שבאופן היסטורי לארגוני העובדים היה חלק בבניית סולמות השכר של העובדים, ומכיוון שהעיסוקים בהם התמקדו היו "גבריים" באופיים, הדגש שניתן היה על שיפור תנאי השכר של העובדים הגברים, ואת העיסוקים "הנשיים" דחקו לתחתית סולמות השכר (ראו למשל בעניין עיריית ירושלים, בסע' 78 שם נאמר כי: "יש לזכור כי פערי השכר בין המערערות לשני העובדים הגברים אינם גזירת גורל, ולא נוצרו יש מאין, אלא נובעים מהסכמים מקומיים, שנחתמו לאורך עשרות שנים על ידי אנשים בשר ודם. הסכמים מסוג זה מושפעים דרך כלל (כפי העולה מהפירוט לעיל) מכוחה הארגוני של כל אחת מהאוכלוסיות מול מקבלי החלטות בעירייה ובקרב ועדי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 17-05-1809

ע"ע 17-05-7935

ע"ע 17-05-7582

העובדים וארגון העובדים, כמו גם מדפוסים משא ומתן שונים, וסטריאוטיפים לגבי תפקידים "נשיים" ותפקידים "גבריים" והשכר שאמור להיות משולם לכל אחד מהם. הסכם 1999 השיג פתרון נוח ויעיל לכל הצדדים שהיו מעורבים בחתימתו, אך לא ניתן להתעלם מכך שהוא נותן גושפנקא להסכמים מקומיים שהתבססו בין היתר על העדפות אישיות, קבוצות שיוך ודעות קדומות. גם אם זהו מחיר שמוצדק לשלם מבחינה רוחבית לצורך הגנה על האינטרסים העומדים בבסיסו של סעיף 29 לחוק יסודות התקציב - אין זו טענת הגנה מספיקה לעניין חוק שכר שווה"). לצד זאת, ישנה אפשרות שבה המעסיק ישתמש בהסכמים קיבוציים ככלי לשימור פרקטיקות מפלות. כך למשל, במקרים בהם ישנם הסכמים קיבוציים נפרדים ליחידות מיקוח שונות בחלוקה למקצועות נשיים וגבריים, מתן פרשנות צרה ודווקנית למסגרת יחידת מיקוח במקומות העבודה לצורך הגדרת קבוצת השוויון והשוואת עיסוקים בין יחידות המיקוח בהתאם לחוק שכר שווה, תהווה כלי בידי המעסיקים ליצירת פרקטיקות מפלות (טרנר, עמ' 423-424). על כן, ועל מנת שלא לרוקן מתוכן את החוק, נדרש ליישמו באופן שבו הכלים שישנם במסגרת משפט העבודה הקיבוצי לא ישמשו קרדום לחפור בו, כך שתוצאת השימוש בהם תביא להרחבת פערי השכר, חרף צמצומם. מכאן גם נגזרת המסקנה, לענייננו אנו, כי אין ליתן לפלטפורמה של משפט העבודה הקיבוצי להיות כלי ליצירת פער בין שכרו של מר שובל לשכרן של העובדות, ואין לראות בתוספת האישית ככזו המצדיקה פער בשכר.

60. כפי שנקבע בבג"צ גורן לעניין חופש ההתקשרות, וכפי שנקבע בעניין עיריית ירושלים לעניין החלטות הממונה, אף בענייננו לעניין התוספת האישית - אין לקבל טענה שתשמש כסות לאפליה מגדרית, וכך נקבע בעניין עיריית ירושלים (סע' 76 לפסק הדין):

"למעשה הטענה היא שהזכאות לשכר שווה מכוח החוק אמורה לפקוע בשל הסכם קיבוצי שקבע כי התוספות מאושרות רק למי שקיבל אותן בפועל, ובענייננו - שני העובדים הגברים. לטעמנו אין לקבל טענה זו, שאינה טענת הגנה אפשרית כנגד הזכות לשכר שווה בהתאם להוראות החוק, ואף עלולה "לשמש ככסות להפליה מגדרית



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

ולהביא להנצחתה, וכך לחתור תחת התכלית העומדת ביסוד חוק שכר שווה" (בלשונה של הנשיאה (בדימוס) ביניש בבג"צ גורן, בהתייחס ל"חופש ההתקשרות" אך הדברים יפים גם לענייננו). כפי שקבענו לעיל וכפי שעולה מהוראות החוק, הזכאות לשכר שווה קמה מרגע שהוכח כי המערערות ושני העובדים הגברים מבצעים את "אותה עבודה", וטענת הגנה - לפיה פערי השכר נובעים מתוספות שכר שאמורות להשתלם מכוח הסכם קיבוצי אך ורק לגברים מהטעם שהם אלו שמקבלים אותן בפועל - אינה טענת הגנה אפשרית לפי סעיף 6(א) לחוק. הסכם 1999 אמנם ניטראלי מבחינה מגדרית, אך פערי השכר המונצחים במסגרתו באופן "אגבי" הם בדיוק התופעה שאיתה בא חוק שכר שווה להתמודד.

דברים אלו יפים, בשינויים המחויבים, גם למקרה דנא ביחס לתוספת האישית. 61. מאחר שחוק שכר שווה "לא נועד לקשט את ספר החוקים הישראלי באצטלה בלתי-ממומשת של שוויון, אלא נועד ליצור כלי אפקטיבי למאבק באפליה...". (עיריית ירושלים בסעיף 82), נדרש לטעמנו, בין היתר, כי רשימת החריגים המוכרים כלגיטימיים תצומצם באופן כזה שהחוק אכן יגשים את מטרתו לצמצום פערי השכר בין נשים לגברים, ומכאן קביעתנו כי אין לראות בתוספת האישית ששולמה למר שובל בנסיבות העניין כמוצדקת בהתאם לעקרונות של חוק שכר שווה.

62. אשר להצדקות הנוספות שניתנו על יד החברה, כגון הצלחות וניסיון ניהולי קודם, ככאלו שיש בהן כדי להצדיק את מתן התוספת האישית למר שובל בלבד, יש לזכור כי בקביעת בית הדין האזורי ולפיה מקום בו מצאה החברה לנכון להעניק למר שובל את התוספת האישית בתפקידו הנוכחי, דהיינו כרמ"ח שירות לקוחות, הרי שהמדובר בתוספת הקשורה בתפקידו הנוכחי - ומשמצאנו שתפקידו זה הוא שווה ערך לתפקידיהן של העובדות - הרי שיש להעניק אף להן את התוספת האמורה. העובדה כי מקורה של התוספת בתפקידו הקודם אינה יכולה לסייע בידי החברה, שכן משביקשה החברה להעניק למר שובל את התוספת האישית גם



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

בתפקידו כרמ"ח שירות לקוחות, וכי תפקיד רמ"ח לקוחות מצדיק הוספת התוספת האמורה, הרי שהתוספת היא חלק משכרו כרמ"ח שירות לקוחות, והיה עליה להעלות את השכר בתפקידיהן של העובדות, משמדובר בתפקידים שווים ערך. שהרי אם נאמר אחרת, הרי שניתן יהיה במסגרת מתן תוספות עבר כאלו ואחרות להפלות עובדים ולטעון כי מקור התוספת הוא בתפקיד קודם ואינו קשור לתפקיד הנוכחי. לכך נוסיף כי במקרה זה איננו נדרשים לשאלה אם ובאילו נסיבות שימור שכר אגב ניווד פנימי הוא בעל הצדקה עניינית, שכן שימור השכר היה כרוך בחלקו בחריגת שכר אסורה ובניגוד לסעיף 29 לחוק יסודות התקציב, וחריגה זו שוללת על הסף את האפשרות לטעון כי השימור בעל הצדקה עניינית.

63. לאחר כל זאת יש לציין, כי אין במסקנתנו זו כדי לומר כי לא יתכנו מקרים בהם תניית שימור השכר לא תהווה הפרה של חוק שכר שווה, וכפי שצינו לעיל יתכנו מקרים חריגים בהם תוכר כלגיטימית תנייה כזו. כך למשל, ומבלי לקבוע מסמרות בעניין, במקרים בהם בשל צורך רפואי שאינו מאפשר עוד העסקת עובד/ת בתפקיד הקודם ומתוך ניסיון ליתן לעובד עם המוגבלות התאמה כלכלית בעת העברתו לתפקיד אחר, יתכן ותוכר כלגיטימית תניית שימור שכר או העברה זמנית, אולם כל מקרה יבחן לנסיבותיו לאורו של חוק שכר שווה.

64. **מסקנת ביניים:** יש לראות בתוספת האישית ששולמה למר שובל (בכפוף לקביעת הממונה על השכר בנוגע לכך, כאשר בעניין זה איננו מתערבים) ככזו שיש לשלמה גם לעובדות, וכפי שקבע בית הדין האזורי בעניין זה.

מסקנה זו מתחזקת נוכח התוצאה אליה אנו מגיעים, כפי שנראה בהמשך, לעניין הפיצוי לפי חוק שוויון הזדמנויות, מכוח קל וחומר, וזאת גם לאור העדויות שתפורטנה להלן לגבי אופן ניהול המשא ומתן לגבי שכרן של העובדות ועיתויו.

65. העובדות הוסיפו וטענו כי גובה הפיצוי שנפסק על ידי בית הדין האזורי מכוח חוק שכר שווה, אינו עולה בקנה אחד עם האפליה הבוטה של העובדות והתנהלותה של החברה במסגרת ההליך בבית הדין, אולם לא מצאנו מקום להתערב בקביעת בית הדין האזורי בעניין זה, אשר הינה סבירה בשים לב לכלל נסיבות העניין לרבות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

העובדה כי נפסק פיצוי בגובה מחצית תביעתן של העובדות, וזאת מעבר להשוואת השכר עצמה.

66. כמו כן לא מצאנו מקום להתערב בקביעות בית הדין האזורי בכל הנוגע להפרשי הצמדה וריבית על פערי השכר. כך גם לא מצאנו מקום לטענות העובדות כי היה על בית הדין האזורי להתייחס במפורש לכך שחובת השוואת שכרן כוללת: הצמדת השכר למדד, זכאות למענק יובל, פיצוי בגובה התשואה על ההפקדות לקופת הגמל השונות ולמצער הפרשי הצמדה וריבית, וכן השוואה מעתה ואילך בין שכרן לבין שכרו של מר שובל כל עוד הן מבצעות עבודה שוות ערך לעבודתו. בהקשר לכך הצדדים ימנו חשב שכר מוסכם שיערוך תחשיב של השוואת השכר, לרבות כל הנפקויות הנובעות מכך, וככל שתתעוררנה מחלוקות בין הצדדים לגבי זהותו של חשב השכר או בנוגע לתחשיב יוכלו לפנות בבקשה מתאימה לבית הדין האזורי.

פיצוי לפי חוק שוויון הזדמנויות

67. כעת נדרש לשאלה האם בנסיבות המקרה שלפנינו העובדות זכאיות לפיצוי מכוח חוק שוויון הזדמנויות, אך בטרם נבוא לגופם של דברים, נעמוד בקצרה על העקרונות העומדים בבסיסו של חוק שוויון הזדמנויות ועל היחס שבין חוק שכר שווה לחוק שוויון הזדמנויות.

חוק שוויון הזדמנויות – היבטים נורמטיביים

68. חוק שוויון הזדמנויות נועד להתמודד לא רק עם אפליה מחמת מין, אלא עם כל סוגי האפליה של מי שמעמדו כלפי המעסיק מוחלש מעצם טיבו, ובכלל זאת בשל נטייה מינית, מעמד אישי, הריון, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ-גופית, הורות, גיל, גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, מקום מגורים, השקפה, שיוך למפלגה או שירות במילואים. כמו כן נועד חוק שוויון הזדמנויות למנוע הפלייה לא רק



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

ביחס לשכר, אלא בהקשרים שונים נוספים של יחסי העבודה כגון קבלה לעבודה, תנאי העבודה וקידום בעבודה, הכשרה או השתלמות מקצועית, ועד לשלב הפיטורים והטבות פרישה (ראו סעיף 2 (א) לחוק שוויון הזדמנויות).

69. בסעיף 2(ב) לחוק נקבע כי "רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין", וסעיף 2(ג) מוסיף את מבחני הסבירות והמידתיות, בקבעו כי "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה".

70. חוק שוויון הזדמנויות אוסר באופן מפורש על אפליה מחמת מין בנוגע ל"תנאי עבודה", ובכללם גם שכר ותנאים נלווים. בפסיקה הובהר כי "המבחן לגיבוש עילת התביעה הקבוע בחוק שוויון הזדמנויות הוא מבחן של קשר סיבתי. ההפליה האסורה לפי חוק זה היא הפליה 'מחמת' מאפיין זהות כלשהו של העובד שעל המעביד נאסר להתחשב בו" (בג"צ גורן).

71. לצורך גיבושה של עילת תביעה מכוח חוק שוויון הזדמנויות יש להראות כי אחד השיקולים ששקל המעסיק בעניינו של העובד הוא שיקול אסור, הנוגע לאחד ממאפייני הזהות המנויים בחוק. אולם, אין צורך להוכיח כוונה להפלות, וכפי שנקבע בפסק הדין בעניין פלוטקין (דב"ע (ארצי) 129-3/נו שרון פלוטקין - אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481, 494 (1997) (להלן – ענין פלוטקין)):

"הנה-כי-כן, הן בגלל הקושי להוכיח כוונה ובעיקר בגלל מקומה של הזכות לשוויון בסולם הערכים שלנו, אין לדרוש הוכחת כוונה של המעביד ודי להראות התנהגות פסולה. זאת לא רק בגין הקושי להוכיח כוונה – גם אם לא הייתה כל כוונה אצל המעביד, גם אם כוונותיו היו לדעתו טובות, גם אז יהיה מעביד המפלה אחראי."

וכך נקבע בעניין זה בבג"צ 104/87 ד"ר נעמי נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749 (1990), מפי השופט בד :



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

"... מבחן לבדיקת קיומה או אי-קיומה של הפליה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו המכריע בנדון, ולצורך קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית."

(וראו גם: בג"צ 6845/00 איתנה ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663 (2002); ע"ע(ארצי) 203/09 רשת הגנים של אגודת ישראל - שמחה בוס (2.10.11); משה כהן-אליה, "על היסוד הנפשי שבבסיס איסור ההפליה בפסיקת בית המשפט העליון: כוונה? תוצאה? אדישות?", משפט וממשל י"ז 147 (2016)). למעשה די בכך שהמעסיק התחשב באחד השיקולים המנויים בסעיף 2(א) לחוק לשם קבלת ההחלטה בעניינו של העובד - על מנת שתקום לעובד עילת תביעה. על כן, גם בהעדר כוונה להפלות את העובד, הרי שעצם ההתחשבות באחד מהשיקולים המנויים בסעיף 2(א) לחוק כגון במינו של העובד, גילו, דתו וכדו' - היא אסורה, וזאת למעט מקרים שבהם מדובר בשיקול המתחייב "מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה", כאמור בסעיף 2(ג) לחוק.

72. במסגרת חוק שוויון הזדמנויות המחוקק היה ער לכך שישנם קשיים ראייתיים הניצבים בפני עובד המעוניין להוכיח את השיקולים עליהם התבססה החלטת המעסיק. בשל כך נקבע בסעיף 9 לחוק כלל של היפוך נטל ההוכחה בתביעה, כך שאם יוכיח העובד כי התקיימו בו התנאים או הכישורים שקבע המעסיק יועבר הנטל למעסיק לסתור את טענת האפליה, ולהוכיח כי ההחלטה בעניינו של העובד לא התבססה על שיקול אסור לפי החוק:

"(א) בתובענה של דורש עבודה או של עובד בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על המעסיק כי פעל שלא בניגוד להוראות סעיף 2 – (1) לענין קבלה לעבודה, קידום בעבודה, תנאי עבודה, שליחה להכשרה או השתלמות מקצועית, או תשלום פיצויי פיטורים – אם קבע המעסיק לגביהם תנאים או כישורים, ודורש העבודה או העובד, לפי הענין, הוכיחו כי נתקיימו בהם התנאים או הכישורים



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

האמורים; (2) לענין פיטורים מהעבודה – אם הוכיח העובד שלא היתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטוריו.

73. הפסיקה פרשה סעיף זה, כי הנסיבות הקבועות בו הן רק דוגמה אחת למצב שבו יועבר נטל ההוכחה בתביעה לכתפי המעסיק, וכי העברת הנטל אפשרית גם בנסיבות נוספות. כך שלמעשה הסעיף אינו קובע הסדר ממצה ובלעדי לעניין העברת נטל ההוכחה, שכן השאלה האם המעסיק נהג באפליה אינה קשורה בהכרח לעמידתו של העובד בתנאים או כישורים כאלה או אחרים (בג"צ גורן בסעיף 22). עוד נקבע, כי על רקע פערי הכוחות והמידע המאפיינים את היחסים בין המעסיק לעובד "אין לקבוע רף גבוה במיוחד לעניין זה. על כן שאלת העמידה במבחן קיומן של ראיות לכאורה להפלייה תיקבע בהתאם לכלל נסיבות העניין, ואין לקבוע תנאי סף נוקשים לשם כך" (בג"צ גורן, שם; ע"ע(ארצי) 12-09-30585 חברת יישום פתרונות אנושיים בע"מ - אורית בוסי (04.08.2013)). כך למשל, נקבע בעניין עיריית ירושלים בהתבסס על הנפסק בבג"צ גורן, כי העובד יוכל לעמוד ברף הראייתי הנדרש לשם העברת נטל ההוכחה, גם אם לא מתקיימים תנאיו של סעיף 9 לחוק, "אם יצביע - למשל וכדוגמאות בלבד - על מדיניות מפורשת של המעסיק המבוססת על אחד הקריטריונים המנויים בסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות; אם יוכיח כי להחלטת המעסיק יש בפועל תוצאה מפלה; אם יציג ראיות המלמדות על יחס שונה של המעסיק כלפי העובד לעומת עובדים אחרים שאינם משתייכים לאותה קבוצה; אם יוכיח יחס שונה כלפי עובדים מהקבוצה אליה משתייך העובד בהשוואה ליחסו של המעסיק לעובדים מקבוצות אחרות" (עניין עיריית ירושלים, בסעיף 39).

היחס בין חוק שכר שווה וחוק שוויון הזדמנויות

74. לאור דברינו עד כה, עולה כי הגדרת 'אפליה אסורה' בכל אחד מהחוקים היא אחרת:

לפי חוק שכר שווה מדובר על אפליה על-פי מבחן תוצאתי ודי בהוכחת פער השכר כדי להקים עילה לפיו. הבחינה לפי חוק זה, היא, בשלב ראשון האם ישנם הפרשי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

שכר בין האישה התובעת לבין הגבר, שאליו היא משווה את שכרה ומבצע אותה עבודה כמוה, או עבודה שווה בעיקרה או שוות ערך. ככל שישנם הפרשי שכר, זהו השלב השני, שבו עובר הנטל למעסיק להוכיח כי קיימת הצדקה עניינית להפרשי שכר אלה בהתאם לשיקולים המפורטים בסעיף 6(א) לחוק שכר שווה. לעומת זאת, לפי חוק שוויון הזדמנויות המבחן הוא של קשר סיבתי. קרי, אפליה אסורה "מחמת" מאפיין כלשהו של העובד שעל המעסיק נאסר להתחשב בו. כדי להוכיח את עילת התביעה לפי חוק זה, על העובד להוכיח כי אחד השיקולים ששקל המעסיק בעניינו של העובד, בהתאם לפרוט שישנו בסעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות, הוא שיקול אסור, וזאת גם אם לא הייתה כוונה של המעסיק להפלות את העובד, אלא אם מדובר בשיקול המתחייב "מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה".

75. ההבדל אם כן בין עילות התביעה בכל אחד מהחוקים, הוא כדלהלן: בתביעה לפי חוק שכר שווה די להצביע על פערים בשכר בין אישה לגבר המבצעים אותה עבודה או עבודה שווה בעיקרה או שוות ערך, שהמעסיק לא הצליח להוכיח כי קיימת להם הצדקה עניינית, כדי לגבש את עילת התביעה. למעשה, חוק שכר שווה קובע חזקה חלוטה לפיה פער בשכר בין עובד לעובדת, שלא עלה בידי המעסיק להוכיח הצדקה עניינית לקיומו, נובע ממינה של העובדת. ואילו בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות נדרשת הוכחה ששיקול אסור המתייחס לעובד נשקל על ידי המעסיק. החוק אמנם אינו דורש הוכחת כוונה מפורשת של המעסיק להפלות את העובד, אך כן דורש הוכחת קיומו של קשר סיבתי בין השיקול האסור של המעסיק לפי סעיף 2(א) לחוק לבין ההחלטה שהתקבלה בעניינו של העובד. על כן, מאחר שבחוק זה אין חזקה חלוטה כפי שיש בחוק שכר שווה, הנטל על העובד הטוען לאפליה הוא כבד יותר.

76. ההבדלים שישנם בין שני החוקים הללו נובעים מהתכליות השונות שישנן לכל אחד מהחוקים:

חוק שוויון הזדמנויות נועד להגן על הזכות לשוויון ברמת הפרט, כלומר, להגן על זכותו של הפרט שהיחס אליו בשוק העבודה יהיה על פי קריטריונים רלוונטיים ולא על פי השתייכותו לקבוצה המוגנת. אולם מכיוון שבהתאם להוראות החוק



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 17-05-1809

ע"ע 17-05-7935

ע"ע 17-05-7582

נדרש להוכיח קשר סיבתי, הלכה למעשה החוק מסייע באופן מוגבל בלבד בצמצום פערי שכר מבניים כלל-משקיים. מתוך הבנה זו, שעיקרון השוויון האישי המעוגן בחוק שוויון הזדמנויות לא יצליח לחסל את פערי השכר, שכן קיימים בשוק העבודה גורמים שהם חיצוניים למעסיק ועובדת ספציפיים, או שתלויים בתבניות והטיות של מקום העבודה המסוים אך קשה להצביע עליהם ולהוכיח אותם, והם יוצרים הפליה מגדרית מבנית – חוקק חוק שכר שווה. חוק שכר שווה דורש להוכיח תוצאה מפלה בלבד. בכך שחוק שכר שווה מתבונן רק על מישור התוצאה, הוא בעצם מתמודד חזיתית עם פערי השכר. החוק בוחן האם בפועל קיימים פערי שכר בין גברים לנשים. בדרך זו ניסה המחוקק להתמודד גם עם אפליה עקיפה וסמויה אשר ניתן לתהות על קנקנה רק כשבוחנים את הדברים בפן התוצאתי.

77. מאחר שיש שוני בין שני החוקים, הפסיקה גם קבעה כי עצם קיומה של עילת תביעה לפי חוק שכר שווה אינה מקימה באופן אוטומטי את העילה לפי חוק שוויון הזדמנויות (דעת הרוב בבית דין זה **בעניין אורית גורן** אשר אושרה בבג"צ **אורית גורן**, סעיף 20; וראו גם ע"ע (ארצי) 222/06 **שושנה כרם** – **מדינת ישראל** (26.07.07)), ולא די בהוכחתה של התשתית העובדתית לעניין חוק שכר שווה, על מנת לזכות גם בסעדים הקבועים בחוק שוויון הזדמנויות.

78. כפי שפרטנו לעיל, **נטל ההוכחה בשני החוקים הוא שונה**: בחוק שוויון הזדמנויות נדרש עובד להביא ראיות ישירות המעידות על אפליה ומן הסתם אלו הן ראיות הקשות להוכחה. לכן קבע המחוקק, בסעיף 9(א) לחוק שוויון הזדמנויות, כי ככל שעובד טוען לאפליה ביחס לקבלה לעבודה, או לתנאי עבודה – עליו להוכיח שנתקיימו בו התנאים או הכישורים שקבע המעסיק – ואז יועבר הנטל למעסיק להוכיח שלא פעל לפי העילות האסורות בחוק. הנטל הראשוני אמנם מונח על כתפי העובד, אך משהעובד הביא ראשית ראייה, די בכך כדי להעביר את הנטל לכתפי המעסיק (**ענין פלוטקין**). אבל יש להדגיש – ראשית הראייה שיביא עובד לפי חוק שוויון הזדמנויות צריכה להיות ראשית ראייה, המעידה על אפליה, או בלשון אחרת – "התנהגות לא שוויונית". על העובד להציג



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

בפני בית הדין ראיות ומסמכים, אשר יעידו במידה הנדרשת, כי מדובר ב"מעסיק מפלה".

בחוק שכר שווה לעומת זאת, ככל שמדובר בעובדים המבצעים עבודה שווה, די לה לעובדת במקום עבודה, שתציג את נתוני שכרה ונתוני שכר עובד גבר, העובד לצידה באותו מקום עבודה, על מנת שיתקיימו לגביה יסודותיו של סעיף 2 לחוק שכר שווה.

79. חרף האמור עד כה, בית המשפט העליון קבע בבג"צ גורן (בסעיף 23 שם) כי במקרים מסוימים הוכחת עילת התביעה לפי חוק שכר שווה עומדת ברף הראייתי הנדרש לשם העברת נטל ההוכחה בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות אל כתפי המעסיק. הדברים אמורים מקום שבו הוכיחה עובדת כי עובד באותה עבודה אצל אותו מעסיק ובאותו מקום עבודה מקבל שכר גבוה משלה, ומשלא עלה בידי המעסיק להצביע על הצדקה עניינית לפער זה המתחייב מאופי העבודה או ממהותה (בהתאם לסעיף 6 לחוק שכר שווה), הרי שלכאורה ההנחה לפיה מקורו של פער זה הוא במינה של העובדת היא מסקנה מתבקשת. קביעה זו משמעותה היא, כי בנסיבות מסוימות, די יהיה בהוכחת קיומו של פער משמעותי בשכר בין עובדת לעובד, כדי להעביר את נטל ההוכחה בתביעה לפי חוק שוויון ההזדמנויות אל כתפי המעסיק. במקרה כזה יהיה על המעסיק להוכיח כי לא לקח בחשבון את מין העובדת בין יתר השיקולים שהובילו להיווצרותם של פערי השכר, או כי ההבחנה שהנהיג מתחייבת מאופיו ומהותו של התפקיד בהתאם לסעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות, ובלשונו של פסק הדין:

"על המעביד יוטל הנטל להוכיח כי אין קשר סיבתי בין הפער בשכר לבין מינה של העובדת, ולפיכך הפער אינו "מחמת" מינה של העובדת. היה ויעמוד המעביד בנטל זה ויוכיח כי מינה של העובדת לא היה אחד השיקולים שהביאו להחלטה בדבר שכרה, או אז לא תקום לעובדת עילת תביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות. לעומת זאת, אם לא יעלה בידי המעביד לעמוד בנטל האמור המסקנה המתחייבת תהיה כי קמה לעובדת עילה הן לפי חוק שכר שווה והן לפי חוק שוויון הזדמנויות".



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

כך למשל בנסיבות המקרה שנדון **בבג"צ גורן**, שכרו של העובד עמד על 5,000 ₪ לחודש, ואילו שכרה של העובדת עמד על כ-3,264 ₪ לחודש, ונתון זה הספיק על מנת להעביר את הנטל אל המעסיק להוכיח העדרו של קשר סיבתי.

מן הכלל אל הפרט

80. במקרה דנא בית הדין האזורי דחה את תביעת העובדות לפי הוראות חוק שוויון הזדמנויות מאחר שקביעת תנאי השכר של העובדות הייתה בטרם היה ידוע מגדרם של ממלאי התפקידים.

81. כנגד קביעת זו של בית הדין האזורי טענו העובדות שתי טענות: האחת - כי בניגוד לקביעה עליה התבסס בית הדין האזורי ולפיה תנאי השכר נקבעו בטרם זכייתן במכרזים ובטרם היה ידוע מגדרם של בעלי התפקידים, הרי שהוכח בדיוק להיפך - שתנאי השכר נקבעו לאחר זכייתן במכרזים, כך שמגדרן כבר היה ידוע בשלב זה. הטענה השנייה היא - כי גם אם תנאי השכר נקבעו בטרם נודע מגדרן, שעה שהוכחו פערי שכר גבוהים במיוחד, הנטל עובר לחברה להוכיח שלא התקיימה אפליה מחמת מין, ונטל זה לא הורם על ידה, ומכאן שהן זכאיות לסעדים גם מכוח חוק שוויון הזדמנויות.

82. כאמור, טענתן הראשונה של העובדות היא כי תנאי השכר נקבעו לאחר שזהותן של ממלאות התפקידים הייתה ידועה.

אשר לתפקידה של גב' אלאשולי, מנהלת המכירות, נטען כי על פי מכרז חיצוני לתפקיד מנהלת מכירות משנת 2011 הוצע שכר בסך 20,900 ₪ ברוטו, ואילו פרופיל השכר שהוכן בשנת 2013 הוסתר על ידי החברה, וכי אי הצגת פרופיל השכר פועל לרעת החברה.

אשר לתפקידה של גב' כהן, מנהלת השיווק נטען, כי פרופיל שכר מיום 26.4.11, טרם היציאה למכרז התבסס על שכרו של מנהל השיווק היוצא בתחילת דרכו בסך של 20,000 ₪. ואילו על פי פרופיל שכר מיום 22.5.11, לאחר היציאה למכרז, ולאחר שגב' כהן הופיעה בפני ועדת הקליטה, הופחת השכר ל-17,500 ₪, לא כולל



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

שעות נוספות והוצאות רכב. על פי פרופיל שכר מיום 19.6.11, לאחר בחירתה של גב' כהן לתפקיד, נקבע פרופיל שכר של 17,500 ₪ לא כולל שעות נוספות שישולמו על פי ביצוע. בפועל, הוצע לגב' כהן שכר של 18,000 ₪ שפוצל בין 16,000 ₪ שכר ו-2,000 ₪ בגין שעות נוספות גלובאליות.

לטענת העובדות הוכח אם כן, ביחס לשתי העובדות כי תנאי השכר שלהן בתפקידים בהם זכו נקבעו לאחר שזהותן הייתה ידועה.

83. החברה טענה מנגד כי אין כל קשר בין קביעת תנאי השכר לבין מגדרן של העובדות וכי הדבר נעשה בטרם היה ידוע על זהותן.

אשר לגב' אלאשוילי נטען כי אין מקום להשוואה בין תנאי המכרז משנת 2011, אליו כלל לא הגישה הגב' אלאשוילי מועמדות, ואף לא עמדה בתנאי הסף, לבין המכרז בשנת 2013 לתפקיד מנהל/ת מכירות. לטענת החברה תנאי הסף במכרז השני צומצמו, וצמצום זה הוא שגרם ירידה בתנאי ההעסקה ובשכר, ולא זהות הזוכה במכרז.

אשר לגב' כהן נטען כי לכל המאוחר ביום 11.5.11, הופחת השכר המוצע ל-17,500 ₪ וזאת עוד בטרם הסתיים שלב הגשת המועמדות למכרז, ואף לפני שגב' כהן הופיעה בפני ועדת הקליטה (ביום 5.6.11) ובוודאי לפני שזכתה בו, כך שאין כל קשר בין הירידה בשכר המוצע לבין בחירתה של הגב' כהן לתפקיד.

החברה הוסיפה וציינה כי למכרז לתפקיד מנהל/ת השיווק הגישו מועמדות גב' כהן וכן עובד נוסף של החברה שהוא גבר, ולא נעשתה כל אבחנה ביחס לתנאי השכר המוצעים בין המועמדים.

84. בהתייחס לטענות החברה בעניינה של גב' אלאשוילי, שבו העובדות וטענו כי אין כל רלוונטיות לטיעוני החברה ביחס לצמצום תנאי הסף בין המכרז ב-2011 למכרז ב-2013, מאחר שאין מחלוקת כי מדובר בתפקידים שווי ערך. כמו כן, מכיוון שפרופיל תנאי השכר שהוכן בשנת 2013 הוסתר על ידי החברה, הרי שהחברה לא הוכיחה כי קביעת תנאי השכר נעשתה במנותק ממגדרה של גב' אלאשוילי, זאת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 17-05-1809

ע"ע 17-05-7935

ע"ע 17-05-7582

בפרט כאשר ישנה קביעה של בית הדין האזורי כי החברה מנהלת משא ומתן עם הזוכים במכרזים לאחר הזכייה במכרז בנוגע לענייני השכר. בהתייחס לטענות החברה בעניינה של גב' כהן נטען כי לא הוצג פרופיל שכר ביום 22.5.11, ופרופיל שכר ראשון צורף לדוא"ל מיום 12.6.11, לאחר זכייתה של גב' כהן במכרז.

85. אשר לטענתן הראשונה של העובדות ולפיה תנאי השכר נקבעו בשלב שמגדרן של הזוכות במכרז כבר היה ידוע, הגם שבית הדין האזורי קבע בעניין זה כי תנאי השכר נקבעו בטרם זכייתן במכרזים ובטרם היה ידוע מגדרם של בעלי התפקידים, הרי שלטעמנו, נוכח חומר הראיות שנפרש לפנינו עולה כי קביעה זו אינה חפה מכל ספק. עם זאת, איננו צריכים לקבוע מסמרות בכך, מאחר שגם ללא קביעה פוזיטיבית האם תנאי השכר נקבעו בטרם נודע מגדרן של הזוכות, הרי שנדרש לבחון האם נסיבות המקרה הן כאלו שיש בהן להעביר את הנטל למעסיק כאמור בסעיף 9 לחוק, וכטענתן השנייה של העובדות בענייננו.

86. העובדות טענו בעניין זה, כי משעה שהוכחו פערי שכר גבוהים במיוחד, הנטל עובר לחברה להוכיח שלא התקיימה אפליה מחמת מין, ונטל זה לא הורם על ידה. אשר לדעתנו, נסיבות המקרה אכן מצביעות על כך שיש מקום להעברתו של הנטל. כפי שהובא לעיל, הפסיקה קבעה (בג"צ גורן וכן בעניין עיריית ירושלים) כי לשם העברת נטל ההוכחה למעסיק, די אם יוכיח העובד כי להחלטת המעסיק יש בפועל תוצאה מפלה. בענייננו ברי כי ישנן פערי שכר בין העובדות למר שובל, כך שבפועל ישנה תוצאה שהיא מפלה. למעשה על עצם העובדה שישנם פערים בשכר כלל אין מחלוקת בין הצדדים (אם כי לא הוצגו בפנינו נתונים עדכניים אודות פערי השכר הנוכחיים, לאחר נטרול תוספות אחרות לגביהן אין מחלוקת כי הן מוצדקות ומותרות), כך שלמעשה ישנה תוצאה מפלה. לא זו בלבד אלא שבהתאם לנקבע בבג"צ גורן (סעיף 23 שם), די בכך שהוכחה עילת התביעה לפי חוק שכר שווה, כדי לקבוע כי עלה בידי העובדת להוכיח את קיומו של מצב שבו היא לכאורה מופלית על ידי המעסיק מחמת מינה. אותה הפלייה לכאורה נלמדת מעצם קיומו של פער משמעותי בשכר בינה לבין העובד הגבר, שלא עלה בידי המעסיק להצביע על טעם



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

ענייני לקיומו לפי סעיף 6(א) לחוק שכר שווה. בנסיבות אלה עובר הנטל למעסיק להוכיח כי הפער בשכר "מתחייב מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה", כאמור בסעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות, או כי מקורו של פער זה בשיקול או שיקולים שאינם אסורים לפי חוק שוויון הזדמנויות.

87. עתה נותר לבחון אם החברה עמדה בנטל שהועבר אליה, והוכיחה כי לא לקחה בחשבון את היותן של העובדות נשים, בעת שיצרה את פערי השכר, או כי ההבחנה שהנהיגה מתחייבת מאופיו וממהותו של התפקיד בהתאם לסעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות, וכפי שפורט בסעיף 23 לבג"צ גורן כי הנטל הוא "להוכיח כי הפער בשכר "מתחייב מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה", כאמור בסעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות, או כי מקורו של פער זה בשיקול או שיקולים שאינם אסורים לפי חוק שוויון הזדמנויות. לשון אחר, על המעביד יוטל הנטל להוכיח כי אין קשר סיבתי בין הפער בשכר לבין מינה של העובדת, ולפיכך הפער אינו "מחמת" מינה של העובדת. היה ויעמוד המעביד בנטל זה ויוכיח כי מינה של העובדת לא היה אחד השיקולים שהביאו להחלטה בדבר שכרה, או אז לא תקום לעובדת עילת תביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות. לעומת זאת, אם לא יעלה בידי המעביד לעמוד בנטל האמור המסקנה המתחייבת תהיה כי קמה לעובדת עילה הן לפי חוק שכר שווה והן לפי חוק שוויון הזדמנויות." (ההדגשה הוספה – ו.ו.ל).

88. מבדיקת חומר הראיות כפי שנפרש בפני בית הדין האזורי ובפנינו לא שוכנענו כי החברה עמדה בנטל המוטל עליה, ולא הוכיחה כי אין קשר סיבתי בין הפער בשכר לבין היותן של העובדות נשים.

כאמור לעיל, הנטל על המעסיק הוא להוכיח כי אין קשר סיבתי בין הפער בשכר למינה של העובדת, ולדידנו מכלל חומר הראיות עולה כי בנמל אשדוד היה מקובל לנהל ולסגור את תנאי השכר לאחר שנסגר המכרז, כך שלא ניתן לומר כי החברה הרימה את הנטל המוטל עליה להוכיח כי אין קשר סיבתי בין היותן של העובדות נשים לפערי השכר הגבוהים שישנם בין שכרן לשכרו של מר שובל.

ראשית, בית הדין האזורי קובע זאת במסגרת פסק הדין, בסעיף 68 ובזו הלשון: "כך גם, כפי שהוכח בפנינו הרי שהנתבעת שומרת לעצמה האפשרות לנהל משא ומתן באשר לגובה השכר והיא אינה מפרסמת את נתוני השכר במסגרת



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

המכרז". ובסעיף 59 ח' לפסק הדין קובע בית הדין האזורי כי "העובדה כי לאחר היציאה למכרז התבקש פרופיל שכר אחר... ונסיבות שינוי השכר לא הובררו דיין בפנינו, שכן מי שהנחה לקבל פרופיל שכר נמוך יותר מזה שהתבקש טרם היציאה למכרז, דהיינו מר עובדיה כהן, לא העיד בפנינו בעניין".

הנה כי כן, אין בפנינו קביעה עובדתית נחרצת של בית הדין האזורי בעניין זה, ובוודאי אין די בכך לומר כי החברה עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח.

מעבר לכך, עיון בפרוטוקול הדיונים בבית הדין האזורי מחזק מאד את העובדה כי תנאי השכר נקבעו לאחר הזכייה במכרזים.

מר בר יוסף, שכאמור לעיל היה סמנכ"ל לקוחות בחברה, העיד בהתייחס לגבי כהן כי: "הסברתי גם את הוויכוח שהיה לי על השכר שלה שהיה לי עם עובדיה בזמנו, שלא הבנתי למה עובדיה מתעקש להוריד את השכר שלה ביחס למנהל השיווק שהחליפה אותו, ההגדרה בתוך המכרז שלה היה חוזה אישי בדרגת רמ"ח והכל היה ברור" (עמ' 5 שו' 25 – עמ' 6 שו' 2 לפרוטוקול הדיון מיום 23.5.16).

ובהמשך דבריו העיד כך (עמ' 11 שו' 15 – עמ' 12 שו' 8 לפרוטוקול שם):

"ש. מתי גילית לטענתך שאפרת לא רמ"ח?"

ת. שהוא מתנגד למעמד שלה ברמה של רמ"ח זה היה כשהוא התעקש להוריד את השכר שלה, התעקש שהיא תחתום כרטיס, היה על זה ויכוח גדול, ובסוף שוקי הציע פשרה שהיא תישאר במעמד הבכיר שלה אבל היא תעשה את הפעולות שעובדיה דרש והשכר שלה יישאר ככה בשלב זה. יהיה נמוך יותר. היה צריך לזכור שאני באותו זמן הייתי בתחילת דרך בתפקיד שלי, לא הכרתי עד הסוף את הנפשות הפועלות. לא ידעתי עד איפה אני יכול להתערב, די בלבלו אותי ולקח לי זמן תוך כדי תנועה להבין. אני באתי מעולם שהגורם היחיד ששואלים אותו זה הסמנכ"ל המקצועי.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

רק אח"כ נודע לי שיש פה כל מיני רחש בחש גם מצד הוועדים שמנסים לרצות פה את כל העולם.

ש. אתה משתמש במילים "הורידו לה את השכר". מתי זה קרה?

ת. לתפקיד. שהיא קיבלה את התפקיד באופן רשמי אחרי שזכתה במכרז.

ש. היתה לה ירידה בשכר?

ת. לא לה. לתפקיד.

ש. ביחס למה?

ת. היה מנהל שיווק והיתה הגדרת תפקיד. מנהל שיווק הזה קיבל משכורת של 22,000 נדמה לי ואפרת קיבל 18,000 שהיא נכנסה לאותו תפקיד ואותה הגדרת תפקיד. אני גם כתבתי לעובדיה שאני לא מבין את הדבר הזה. יותר מזה, עובדיה השתמש בזה אח"כ לתפקיד של מנהל מכירות ואמרתי לו שזה שכר נמוך להגדרת התפקיד הזה, למה שאני צריך ועובדה שהמכרז הסתיים ומועמד אחרי מועמד דחה את השכר הזה כי זה לא מתאים לשלב הזה. פה ניצלו סיטואציה שהיא באה מבפנים ואיפשהו אולי אני בעוונותיי שכנעתי אותה ואולי גם שוקי שכנע אותה להמשיך ולא להתעקש על זה.

ובהמשך הדברים, דחה מר בן יוסף את הטענה כי לקביעת השכר היה טעם הקשור ברמה המקצועית, הניסיון וכדו' (עמ' 13 שו' 24- עמ' 14 שו' 10):

ש. הגדרת השכר שנקבעה לאפרת היתה נגזרת בין היתר גם של העדר הניסיון שלה בשיווק, היא הגיעה אליך ולמדה ממך שיווק, ומזה נגזר רמת השכר שלה?



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

ת. לא נכון. אולי זה היה הנימוק של עובדיה אבל זה לא נכון כי כשאנחנו יצאנו למכרז הגדרנו מכרז לתפקיד וכל מי שהתמודד לתפקיד היה צריך לעמוד בקריטריונים לתפקיד כי לפי הלוגיקה הזו גם רם בלי ניסיון. היה לה המון ניסיון, לא לשיווק אבל כבסיס ללמד שיווק. אותו דבר כמו רם. היה לו הרבה מאוד ניסיון כבסיס ללמד שירות לקוחות.

ש. האם נכון שבקביעת השכר של אפרת לקחו בין היתר את העובדה שאין לה ניסיון בשיווק?

ת. אני לא יודע מה השיקולים של עובדיה, היו לו הרבה שיקולים אבל אני חושב שזה היה תירוץ ולא שיקול.

ש. אני אומרת לך שבקביעת השכר של אפרת לקחו בחשבון שלא היה שום ניסיון ניהולי?

ת. זה אני לא מסכים לחלוטין.

ש. היא ניהלה עובדים?

ת. יש לה ניסיון ניהולי עשיר מאוד לאפרת. מי שמשמש כעוזר מנכ"ל ועוזרת יו"רית במשך כ"כ הרבה שנים ועובדת מול המנהלים הבכירים בדרגים הבכירים ביותר כל הזמן זה ניסיון סופר ניהולי. קחי למשל את שי באב"ד מנכ"ל האוצר היום, הוא היה עוזר מנכ"ל למנכ"ל צים והיום הוא הפך למנכ"ל צים במזרח הרחוק.

ש. האם היא ניהלה עובדים?

ת. ברמה הטכנית של כפיפות ישירה היא לא ניהלה ברמה מטריציאית היא ניהלה מערכות אדירות ויש לה ניסיון אדיר וככה זה עובד.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

הדברים הללו מקבלים משנה תוקף מחקירתה של גבי' כהן עצמה (עמ' 18 שוי 13 – עמ' 19 שוי 14):

”ש. אני אומרת לך שבנקודת הזמן שאת נכנסת לעובדיה למו”מ על השכר לא היתה לך כח המיקוח לא בגלל המגדר שלך אלא בגלל שאת נכנסת לנמל במשרת אמון אישי ואם לא היית מסכימה לא היה לך תפקיד אחר לחזור אליו. זו הסיבה שלא יכולת להתווכח איתו.

ת. הטיעון שלך מאוד יפה ואם זו היתה מערכת השיקולים שלו אז עצוב לי וזה ממש לא נכון. מלכתחילה הריאיון אצל עובדיה, במערכת היחסים שהיתה בנמל דאז ערב זכייתי לתפקיד 2011 אישה שווה פחות ולאישה אפשר להוריד שכר ומה היא תעשה וכל הקונספציה שאישה לא מספיק נאבקת ומתמקחת על השכר שלה היתה באיך שהוא תפס אותי בתפקיד הזה. אני חושבת שזה בהחלט בגלל היותי אישה. בצורה חד משמעית אני לא מאשימה את ההנהלה הקיימת באותו סוג של חשיבה.

ש. כשעובדיה בא להתמקח על השכר של באותה פגישה שתיעדת הוא לקח בין היתר בחשבון גם את העובדה שאין לך ניסיון בשיווק. את את העבודה שלך בשיווק התחלת ללמוד מאלי שנה קודם שהגעת לחטיבה, זה נכון?

ת. לפני אלי הייתי עוזרת מנכ”ל מי שהיה מרכז את פורום שיווק זה מנכ”ל החברה. לא כמו שהיום זה קורה. היום יש סמנכ”ל לקוחות. לאיציק מגיעים ההחלטות וקרוב ל-100% להחלטות שהפורום מקבל הוא מאשר ובצדק. הוא משתכנע שההנחות האלה הן הנחות מוצדקות. זה עונה על מה שאת שואלת. ועוד איך יש לי ניסיון בשיווק כי התפקיד הזה היה אצל המנכ”ל של פורום שיווק ומי שהיה מכין חומרים למנכ”ל זה היה שרון גילת והיינו נוכחים ובודקים ועושים אותו תהליך שעשה סמנכ”ל לקוחות אצל המנכ”ל. זה בבדיקות, זה לשאול אם ההנחות נכונות. הייתי מאוד פעילה. אני הגעתי לתפקיד שלי עם הכי הרבה ניסיון מיתר המועמדים



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

שעושים אותו היום. מ-2007 הייתי חלק מפורום שיווק. מתייחסים למילה שיווק פר אקסלנס על כל מילה שהיתה יוצאת. המנכ"ל יודע טוב מאוד מה עוזר מנכ"ל עושה. להתייחס לזה כאילו זה תפקיד חסר ניסיון זה להעליב את הניסיון שצברתי. אתה לומד שיווק, יחסי עבודה והמון דברים בהיותך עוזר מנכ"ל.

ש. אני אומרת לך שבמסגרת אותו מו"מ עובדיה לקח בחשבון את העובדה ששרון שהיה מנהל שיווק ואליו את משווה את עצמך הגיע לנמל עם שנים ארוכות של ניסיון בתפקידי שיווק.

ת. הוא לקח את זה בחשבון גם כשרם נכנס לתפקיד?! במקרה אחד זה בסדר ובמקרה אחר זה לא בסדר? מדובר פה בסמנכ"ל שוביניסטי שפונה בלשון נקבה. את שואלת אם עובדיה כהן היה שוביניסט? התשובה היא כן. אני חושבת שמה שלקח עובדיה בחשבון שמדובר פה על אישה בתפקיד ובגלל שהיא אישה אפשר לתת לה פחות.

ש. אני אומרת לך שבמסגרת אותו מו"מ עובדיה לקח בחשבון את העובדה ששרון שהיה מנהל שיווק ואליו את משווה את עצמך הגיע לנמל עם שנים ארוכות של ניסיון בתפקידי שיווק.

ת. לא.

ש. את עונה "לא" כי את מכירה את קו"ח של שרון?

ת. לא, כי אני מכירה את עובדיה וראיתי איך הוא ניהל מו"מ עם נשים וגברים וראיתי פערים."

כאשר נשאל מנכ"ל החברה, מר בלומנטל, אודות הנהוג בחברה בדבר קביעת תנאי השכר השיב כך (עמ' 33 שו' 17 – עמ' 34 שו' 12):



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

ש. אחרי זכייתה של התובעת במכרז רק אז יושבים לקבוע את השכר שישולם למי שזכה במכרז, זו השיטה בנמל?

ת. הרבה פעמים יש נתונים משתנים שאי אפשר לקבוע מראש. אנחנו לא יודעים איזה מועמד יגיע ואיזה מועמד יזכה ולראיה שרם זכה לא ידעו שיזכה מישהו במעמד כזה, עם הכנסה כזו ולכן היה דיון שכר. הרבה פעמים ניגשים מועמדים למכרזים ולא שואלים את הפרטים. אני לא יודע מה היה המצב.

ש. נניח שמתפרסם מכרז בנמל, אני מדברת על השנים האלה.

ת. אני לא הייתי בנמל אז.

ש. אז אני אשאל נכון להיום. מתפרסם מכרז בנמל, אני עובדת נמל ומתלבטת אם לגשת למכרז ואני רוצה לדעת מה תהיה המשכורת שלי אם אני אזכה בו, אני אגש למשאבי אנוש ומה יש שם? דרג? סכום? אומדן?

ת. אם זה בהסכם קיבוצי זה פשוט משום שבמכרז מתואר נתח דרגות ויש פרופיל שכר. שמדובר בחוזים אישיים זה יותר רך, כי אנשים שבאים מחוזים אישיים יש גמישות ניהולית שהיא מאוד חשובה ושני, מי המועמד שמגיע, ומול הנתונים האלה אנחנו רואים. יש תקרת שכר אבל בהחלט אפשר לשלם גם פחות, אם מגיע מועמד שהוא לא בטופ של המסגרת.

ש. נניח שתקרת השכר היא 20,000, נניח ואני נכנסת למשאבי אנוש ויושבת מול יהודה ואומרת לו שאני עובדת הנמל ורוצה לגשת, אני מבינה שהמכרז הזה הוא בהסכם אישי, התקרה היא 20,000 כמה ישולם לי אם אני אזכה?

ת. הוא ייתן לך איזושהי מסגרת, בטח שאין לו את כל הנתונים האישיים שלו ובטח לא מול המועמדים האחרים. הרבה פעמים זה נגזר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

מהמתמודדים האחרים. אני אתן לך דוגמה, לא דומה אם יש מועמד אחד שאתה במכרז שלישי, או שאתה במכרז ראשון עם 12 מועמדים. אנחנו בכללים של ביקוש והיצע. אבל יש לי הרבה יותר גמישות לנהל מו"מ אם יש 12 או 1.

ש. ז"א יזכה מישהו במכרז, נניח שהוא לא יסכים לקבל את המשכורת, אתה יודע שאחריו עומדים עוד 11 מועמדים והיית מציע לו פחות?

ת. אנחנו נציע שכר הוגן לכישורים שלו. נניח והיה רוצה לקבל יותר זה מו"מ ואם לא אז נאמר לו בהצלחה. אבל הסטיות לא יהיו סטיות גדולות. לא יבוא מישהו עם 10,000 ואח"כ מישהו יקבל 5,000 ₪.

במסגרת חקירתו של מר יהודה אלמוג, ראש מדור פרט ושכר בחברה, הוא לא השיב באופן ברור אודות ההתנהלות שהייתה סביב קביעת שכרה של גב' כהן (ראו פרוטוקול הדיון מיום 7.7.16 עמ' 42 שו' 24 – עמ' 43 שו' 23), אולם גם מדבריו עולה כי קביעת השכר הסופית נעשתה למעשה בדרך קבע לאחר סיום הליך המכרז (שם, בעמ' 44):

"עו"ד אפרת דויטש: כמה הוצג השכר של התפקיד, שבו זכה רם שובל?

יהודה אלמוג: אני לא זוכר.

עו"ד אפרת דויטש: אתה לא זוכר, על זה שאלתי אותך בפעם שעברה וגם אז לא זכרת. אתה לא יודע אם עובד פנה למחלקת שכר כדי להתעניין במידה והוא יגיש מועמדות ויזכה במכרז של מנהל שירות לקוחות, כמה הוא ירוויח, כי אין לך את הנתון הזה.

יהודה אלמוג: לא הבנתי את השאלה.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

עו"ד אפרת דויטש: אני מבינה שמחלקת שכר מחזיקה אצלה נתון, שאומר כמה מיועד השכר למי שזוכה במכרז, נכון?

יהודה אלמוג: נכון.

עו"ד אפרת דויטש: זאת השיטה.

יהודה אלמוג: נכון.

עו"ד אפרת דויטש: המכרז עצמו לא מספר לעובדים כמה הם ירוויחו.

יהודה אלמוג: במכרז פנימי לא, במכרז חיצוני כן.

עו"ד אפרת דויטש: אנחנו מדברים פה על מכרזים פנימיים. זאת אומרת, כשעובד רואה פרסום בנמל, שיש מכרז לתפקיד מסוים, כדי שהוא יבדוק אם הוא רוצה לגשת וכמה הוא ירוויח אם הוא יזכה הוא צריך לפנות למחלקת שכר.

יהודה אלמוג: נכון.

עו"ד אפרת דויטש: למי פונים במחלקה עצמה?

יהודה אלמוג: לחשבי שכר, יש את לימור, יש חשבי שכר אחרים.

עו"ד אפרת דויטש: אוקי. זאת אומרת, אני יכולה להניח שכשיוצא מכרז, שמוציאה אותו מחלקה אחרת...

יהודה אלמוג: זו אותה מחלקה, הכל זו המחלקה שלי.

עו"ד אפרת דויטש: המחלקה שלך, המחלקה שלך מוציאה מכרז ואז יש נייר אחד, שהוא מכרז, ויש נייר אחד, שהוא אומר "זה השכר המיועד במכרז", למקרה שישאלו אתכם.





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

יהודה אלמוג: התשובה היא כן והתשובה היא לא פשוטה, זאת אומרת, יש הבדל אם המכרז הוא בחוזה אישי אז הנתון הוא הרבה יותר פשוט ומוחלט ואם זה הסכם קיבוצי אז באמת מדובר ב(לא ברור) ויש כל מיני כללים לקביעה. מי שפונה לוועד, אוקי, הנה, אני עושה לך תכנית שכר, שתתאים לנתונים שלך במסגרת הסכם קיבוצי."

ובהמשך חקירתו של מר אלמוג (עמ' 49 שו' 1-9):

"עו"ד אפרת דויטש: עכשיו, אתה מסכים איתי שאחרי המכרז של אפרת, בעצם, יכולת להתדיין איתה על שכר כי המכרזים אצלכם, כמו שהבנו, לא סוגרים שכר, אלא, סוגרים טווח.

יהודה אלמוג: אני לא מנהל משא ומתן עם עובדים.

עו"ד אפרת דויטש: אני שואלת.

יהודה אלמוג: לא, אני עונה מה שאני יודע, אני יכול לענות רק מה שאני יודע.

עו"ד אפרת דויטש: אתה לא מנהל, מישהו אחר מנהל?

יהודה אלמוג: אני לא יודע, יכול להיות שהמנכל, סמנכל."

וביתר שאת, דברים נכוחים אלו (עמ' 50 שו' 1-4):

"עו"ד אפרת דויטש: יפה. אז עכשיו אני מבינה מזה, ככה אני רואה פה גם בפועל משלושה מכרזים, של אפרת, אתי ורם, שהנמל משאיר לעצמו איזשהו טווח להתדיין בהתאם לאדם שיזכה במכרז, זה נכון?



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

יהודה אלמוג: בפועל מה שקרה, כן, גם אפרת, גם אתי וגם רם."

גם בעדותה של גבי אנה לוי, ראש לשכת יו"ר הדירקטוריון בחברה, נאמרו דברים המצביעים על כך כי מקובל היה בחברה לנהל משא ומתן לאחר סיום המכרז. כך, השיבה גבי לוי כשנשאלה (עמ' 83 שו' 15-23):

"אנה לוי: אז אני אשקול ויכול להיות שאנהל משא ומתן ואראה מה יהיה השכר.

עו"ד אפרת דויטש: עם מי מנהלים משא ומתן?

אנה לוי: עם משאבי אנוש.

עו"ד אפרת דויטש: לפני המכרז, אחרי המכרז?

אנה לוי: אחרי מכרז, אני חושבת.

עו"ד אפרת דויטש: אוקי.

אנה לוי: אלא אם כן היה כתוב הסכום בדיוק בתנאי המכרז, אם כתוב הסכום בדיוק אז זה מה יש.

עו"ד אפרת דויטש: הבנתי. אוקי, תודה."

דברים אלו ניכרים גם מחקירתו של מר שובל, שכאשר נשאל על הנעשה לאחר שהוא זכה במכרז לתפקיד, פירט אודות המשא ומתן שהתנהל בענייננו שלו (עמ' 84 שו' 13-3):

"רם שובל: אחרי שזכיתי במכרז קיבלתי את התנאים, ביקשתי להשוות את התנאים לפחות, אם לא לשפר אותם, לאור הסיבות שהיו ביקשתי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

להשוות, ההשוואה לא הייתה מלאה, לא קיבלתי את כל מה שרציתי ולכן ביקשתי להסיר את המועמדות ואחרי יום או יומיים חזרתי בי.

עו"ד אפרת דויטש: חזרת בך או שההצעה שונתה על ידי הנמל?

רם שובל: לא, חזרתי בי.

עו"ד אפרת דויטש: אוקי. והמשא ומתן נעשה מול...?

רם שובל: מול יהודה אלמוג ורשות החברות.

עו"ד אפרת דויטש: זאת אומרת, אתה ראית כמה אתה עומד (לא ברור) לאחר זכייתך במכרז, אתה באת אל יהודה אלמוג ואמרת לו יהודה, תודה רבה, אני מוותר?

רם שובל: לא, ביקשתי להשוות תנאים..."

89. הנה כי כן, מכלל העדויות שנפרשו בפני בית הדין האזורי עולה מאליה המסקנה כי בחברה היה נהוג לנהל משא ומתן עם הזוכים במכרז ו"לסגור" את תנאי השכר הסופיים מול הזוכה. משכך הוברר, הרי שהחברה לא הוכיחה כי בעניינן של העובדות לא נעשה כן, וממילא לא הרימה את הנטל המוטל עליה להוכיח כי אין קשר סיבתי בין היותן של העובדות נשים לפערי השכר הגבוהים שישנם בין שכרן לשכרו של מר שובל.

90. אשר על כן, אנו קובעים כי החברה לא הרימה את הנטל שהוטל עליה להוכיח כי לא הפלתה את העובדות בשכרן מחמת מינן, כאמור בסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות, ולפיכך מתקבל ערעור העובדות בעניין זה.

91. אשר לפיצוי אותו יש ליתן, נקבע בסעיף 10 לחוק שוויון הזדמנויות כי בית הדין רשאי לפסוק פיצויים אף אם לא נגרם נזק של ממון, בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין. בעניין אורית גורן עמדתי על מטרתו של פיצוי זה כי "פיצוי כזה הוא בעל פן הרתעתי - עונשי - חינוכי, מעבר לפיצוי על נזק הניתן להערכה. ברי, כי חוק



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 17-05-1809

ע"ע 17-05-7935

ע"ע 17-05-7582

שוויון הזדמנויות, על הסעדים הקבועים בו, בא להזהיר מפני חומרתה של האפליה ולהבטיח הגנה משפטית באמצעות פסיקת פיצויים אפקטיביים".
אנו סבורים כי בנסיבות המקרה יש להעמידו על סך של 50,000 ₪ לכל אחת מהעובדות, בגין הנזק הלא-ממוני שנגרם לעובדות.

האם העסקתה של גב' אלאשוילי צריכה להיות בהסכם קיבוצי?

92. החברה טענה כי שגה בית הדין האזורי בקביעתו שהעסקה בהסכם קיבוצי היא כשלעצמה מהווה "גמול אחר" בהתאם להגדרתו בחוק שכר שווה, ולכן, לטענתה, יש להורות לגב' אלאשוילי לחתום על הסכם העסקה אישי. עוד נטען כי שגה בית הדין האזורי בקביעתו כי יש לאכוף התחייבות שניתנה כביכול על ידי החברה להעסקה בהסכם קיבוצי בהיותה התחייבות הפוגעת בעקרונות השוויון והשקיפות במכרז לאיוש המשרה.

93. ההסתדרות מסרה כי מעיון בהסכם הקיבוצי הרלוונטי נראה כי תפקיד מנהלת מכירות, כמו תפקידה של גב' אלאשוילי, אינו אחד מהתפקידים המוגדרים תחת אפשרות העסקה בחוזה אישי ולפיכך הוא תפקיד שחוסה תחת ההסכם הקיבוצי. משכך, לטעמינו, צדק בית הדין האזורי בקביעתו כי תנאי העבודה של עובד כוללים את היותו מועסק בהסכם קיבוצי, ולכן, משעה שנקבע עובדתית כי העובדות הועסקו בעבודה שווה בעיקרה לזו של מר שובל, הן זכאיות לתנאי עבודה שווים לשלו, לרבות לעניין תחולתו של ההסכם הקיבוצי.

94. כמו כן, איננו מקבלים את טענת החברה כי דרישתה של גב' אלאשוילי להעסקה בהסכם קיבוצי מהווה פגיעה בשוויון. נוכח קביעתנו כי העסקה בהסכם קיבוצי זו זכות המגיעה לגב' אלאשוילי מכוח חוק שכר שווה, הרי שלא ניתן להתנות על זכות שכזו במסגרת תנאי המכרז, וממילא אין בכך כדי לפגוע בשוויון. אדרבה, יש בכך כדי להביא למימוש עקרון השוויון כפי שבא לידי ביטוי במסגרת חוק שכר שווה.





בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

95. לא למותר יהיה להוסיף ולציין את דברי השופט (כתוארו אז) יגאל פליטמן במסגרת פסק הדין בעניין ע"ע (ארצי) 186/09 טורג'מן – רשות שדות התעופה (14.3.2010) כי:

”עיקרון השוויון במכרזים אינו יכול למנוע החלת החוק. נניח כי במקום עבודה מסוים עובדים טכנאים ומזכירות. נניח כי כל הטכנאים הם גברים וכל המזכירות הן נשים. כמו כן נניח, כי עבודתם היא ”שוות ערך” וחרף זאת ישנו פער בשכר ביניהם, כך שהמזכירות משתכרות פחות מהטכנאים. והנה מתפרסם מכרז באותו מקום עבודה למשרת מזכירה. מכרז אליו כולם יכולים לגשת גברים ונשים, ואישה נבחרת לאותה משרה. כלום ניתן לקבוע שבנסיבות שכאלה שכולם ידעו מהי רמת השכר של מזכירה, כי אין המזכירה הנבחרת יכולה לטעון שרמת שכרה על פי החוק צריכה להיות גבוהה יותר ושווה לזו של טכנאי, חרף ”עקרון ההזדמנות השווה על מועמדים פוטנציאליים אחרים שהיו יכולים להגיש מועמדותם למשרה ברמה גבוהה יותר”? קביעה שכזו אם תתקבל, תסכל אפשרות יישום החוק במקרה של מכרז למשרה שוות ערך, חרף פערי השכר בין העובד לעובדת.”

דברים אלו יפים הם אף לענייננו אנו, ולפיכך יש לדחות את טענות החברה בעניין זה.

המועד ממנו יש להשוות את השכר

96. החברה טענה בעניין זה כי נפלה טעות בקביעה כי המועד ממנו יש להשוות רטרואקטיבית את שכרה של גב' אלאשוילי לשכרו של מר שובל הוא ממועד כניסתו של מר שובל לתפקיד. בקשר לכך הטעימה החברה כי גב' אלאשוילי זכתה במכרז בחודש אפריל 2013 בעוד מועד כניסתו של מר שובל לתפקידו הנוכחי הוא



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

מחודש אוקטובר 2011, כך שברי כי מדובר בפליטת קולמוס ואין מקום להענקת סעד זה, שכלל לא נתבע על ידה, ממועד מוקדם כל כך.

97. למעשה, העובדת אינה חולקת על טענה זו במסגרת כתבי הטענות מטעמה, ואף באת כוח העובדות הסכימה לכך שהשוואת התנאים צריכה לחול רק מיום כניסתה של גב' אלאשוילי לתפקיד (ראו פרוטוקול הדין מיום 17.7.19 עמ' 6 ש' 24-25), כך שבעניין זה מתקבל הערעור, והשוואת התנאים כפי שנקבעה על ידי בית הדין האזורי תחול מיום כניסתה של גב' אלאשוילי לתפקיד ואילך.

השופטת חני אופק גנדלר

אני מסכימה לחוות דעתה המקיפה של חברתי הנשיאה וירט ליבנה, ובהיבט היישומי עת המדובר בתוספת אישית שהיא במהותה חריגת שכר, כפי שנקבע בידי הממונה, אין כל מקום להצדקתה.

השופט אילן סופר

מצטרף לחוות דעתה המקיפה של הנשיאה וירט ליבנה ולהערתה של השופטת אופק גנדלר.

נציגת ציבור (עובדים) גב' יעל רון

מצטרפת לחוות דעתה של הנשיאה וירט ליבנה מטעמיה ומנימוקיה.

נציג ציבור (מעסיקים) מר עצמון ליפשיץ

בהתבסס על טיב ומכלול הראיות שהובאו בפנינו על ידי נמל אשדוד, ובשל החשיבות המשפטית והערכית של שמירה על "חוק שכר שווה" ו"חוק שוויון הזדמנויות", אני מצטרף לאמירות העקרוניות המפורטות בחוות דעתה של כב' הנשיאה.

עם זאת, לו נשמעה דעתי, אני בדעה כי:



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 17-05-1809

ע"ע 17-05-7935

ע"ע 17-05-7582

- א. יש להעמיד את הפיצוי לפי חוק שוויון הזדמנויות על סך של 15,000 ₪ לכל עובדת.
- ב. בשל אי הבהירות העובדתית לגבי שאלת הגדרת תפקידה של גב' אלשוילי כתפקיד בהסכם הקיבוצי, יש להשאיר נושא זה לבירור בין הארגון היציג לבין הנהלת נמל אשדוד, כחלק ממכלול יחסי העבודה הקיבוציים בנמל.

סוף דבר

על דעת כלל חברי המותב נקבע כמפורט לעיל:

1. **ערעור העובדות מתקבל בחלקו. אשר להשוואת השכר מכוח חוק שכר שווה** - הצדדים ימנו חשב שכר מוסכם שיערוך תחשיב של השוואת השכר, לרבות כל הנפקויות הנובעות מכך ובהתייחס להחלטת הממונה על השכר בקשר לשכרו של מר שובל. ככל שתתעוררנה מחלוקות בין הצדדים לגבי זהותו של חשב השכר או בנוגע לתחשיב יוכלו לפנות בבקשה מתאימה לבית הדין האזורי, כאמור בסעיף 66 לעיל.
2. **ערעורי המדינה והחברה על קביעתו של בית הדין האזורי כי "התוספת האישית" המשולמת בשכרו של מר שובל, איננה נכנסת בגדרי סעיף 6(א) לחוק שכר שווה, ועל כן יש להעניקה גם לעובדות – נדחים.**
3. **טענת החברה בנוגע למועד ממנו יש להשוות את השכר, מתקבלת כאמור בסעיפים 96-97 לעיל.**

על דעת רוב חברי המותב (הנשיאה ורדה וירט ליבנה, השופטת חני אופק-גנדלר, השופט אילן סופר ונציגת הציבור גב' יעל רון) ובניגוד לדעתו של נציג הציבור מר עצמון ליפשיץ, נקבע כדלקמן:

1. **אשר לפיצוי לפי חוק שוויון הזדמנויות – החברה תישא בסך של 50,000 ₪ לכל אחת מהעובדות בגין הנזק הלא-ממוני שנגרם לעובדות, כאמור בסעיף**



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 1809-05-17

ע"ע 7935-05-17

ע"ע 7582-05-17

91 לעיל, וזאת בניגוד לדעת המיעוט של נציג הציבור מר עצמון ליפשיץ כאמור בחוות דעתו.

2. העסקתה של גב' אלאשוילי צריכה להיות בהסכם קיבוצי, כאמור בסעיפים 92-95 לעיל, וזאת בניגוד לדעת המיעוט של נציג הציבור מר עצמון ליפשיץ כאמור בחוות דעתו.

בנסיבות העניין, ולאור תוצאת הדברים, החברה תישא בהוצאות כל אחת מהעובדות בסך של 10,000 ₪ והמדינה תישא בהוצאות כל אחת מהעובדות בסך של 5,000 ₪, שאם לא ישולמו תוך 30 יום מהיום יתווספו אליהן הפרשי הצמדה וריבית מהיום ועד התשלום המלא בפועל.

ניתן היום, י"ד אב תשע"ט (15 אוגוסט 2019), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

אילן סופר,
שופט

חני אופק גנדלר,
שופטת

ורדה וירט-ליבנה,
נשיאה, אב"ד

מר עצמון ליפשיץ,
נציג ציבור (מעסיקים)

גברת יעל רון,
נציגת ציבור (עובדים)