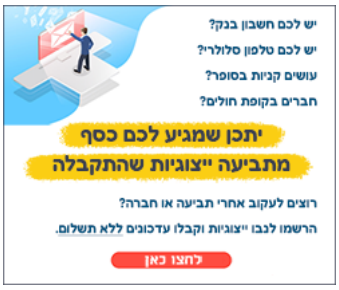


www.nevo.co.il

בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 14082-08-14

16 מרץ 2017

לפני:
כב' השופטת רוית צדיק
נציג ציבור (מעסיקים) גב' שרה חורש

התובעת	**ימית ציפור**
	ע"י ב"כ עו"ד שיר-אל נקדימון
	-
הנתבעים	**1. איל מקיאג' קוסמטיקה (2013) בע"מ**
	2. אורן הולצמן
	ע"י ב"כ עו"ד יעקב בטש

חקיקה שאוזכרה:
חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 :סע10(1)(א), 10, 9, 6, 2(ג), 2(ב), 2(א) ,
חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 :סע13 ,
חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 :סע2 ,
חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954 :סע10(ב) ,
ספרות:
דניאל פרידמן, נילי כהן, חוזים (כרך ב, 1992)
ג' שלו, דיני חוזים - החלק הכללי

מיני-רציו:

◦

* ביה"ד פסק לזכות התובעת סך של 70,000 ₪, בגין נזק לא ממוני, נוכח אי קבלתה לעבודה בנתבעת מחמת הריונה, בניגוד לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה; התובעת אינה זכאית לפיצוי בגין נזק ממוני עבור העסקתה עד לתום חופשת הלידה, מאחר שלא הוכח כי התקבלה לעבודה, שכן תנאי שכרה טרם סוכמו במלואם.

◦

* עבודה – שוויון הזדמנויות בעבודה – נשים בהריון

◦

* עבודה – שוויון הזדמנויות בעבודה – הריון

◦

* עבודה – שוויון בעבודה – איסור הפלייה

◦

* חוזים – משא ומתן לכריתת חוזה – תום-לב במשא ומתן

◦

* חוזים – גמירת-דעת – קיומה

◦

* חוזים – מסוימות – היעדרה

.

--- סוף עמוד 1 ---

תביעה לתשלום הפסדי ממון ונזק בלתי ממוני, בגין אי קבלתה של התובעת לעבודה בנתבעת, לתפקיד של הקמה וניהול מוקד טלמרקטינג (להלן: התפקיד), בשל הריונה, וזאת בניגוד לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה (להלן: החוק). עיקר המחלוקת נסובה סביב השאלה האם התובעת הופלתה בקבלת עבודתה לנתבעת מחמת הריונה.

.

בית הדין האזורי לעבודה (השופטת ר' צדיק ונציגת הציבור ש' חורש) קיבל את התביעה בחלקה נגד הנתבעת 1, דחה את התביעה נגד הנתבע 2 ופסק כי:

ביה"ד עמד על המסגרת הנורמטיבית הקבועה בסעיפים 2 ו-9 לחוק, וכן על ההלכה לפיה המבחן לגיבוש עילת התביעה הקבוע בחוק הוא מבחן של קשר סיבתי – הפליה 'מחמת' מאפיין זהות כלשהו של העובד שעל המעביד נאסר להתחשב בו. לצורך גיבוש עילת תביעה מכוח החוק יש להראות כי אחד השיקולים ששקל המעסיק בעניינו של העובד הוא שיקול אסור, הנוגע לאחד ממאפייני הזהות המנויים בחוק. עם זאת אין רלוונטיות למניע, ואין צורך להוכיח כוונה להפלות, ואף כוונה טובה אינה רלוונטית. המבחן לקיומה של הפליה הינו מבחן תוצאתי. איסור האפליה לפי החוק חל על מעשים שתוצאתם האובייקטיבית גורמת לאפליה. המבחן לבדיקת קיומה או אי-קיומה של הפליה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. די בכך שאחד השיקולים להחלטה הנבחנת היה שיקול אסור, על מנת "להכתים" את ההחלטה בכללותה; נוכח הקושי הטמון בהוכחת טענת ההפליה העובד אינו נדרש להוכיח פוזיטיבית את טענת ההפליה, אלא עליו להוכיח כי לא הייתה קיימת עילה ברורה לפיטוריו לפי התנהגותו או מעשיו, ולאחר מכן עובר הנטל למעביד. בשלב ראשוני, על העובד להביא ראשית ראיה בלבד.

התובעת הוכיחה כי התקיימו בה הכישורים הנדרשים לתפקיד, מבחינה סובייקטיבית בהתאם להתרשמות נציגי הנתבעת בזמן אמת, ולמעלה מהדרוש אף מבחינה אובייקטיבית. הבעיה היחידה הייתה היעדרותה הצפויה של התובעת בשל צאתה לחופשת לידה. לפיכך, הועבר נטל ההוכחה לנתבעת, להוכיח כי פעלה משיקולים ענייניים. הנתבעת לא הרימה נטל זה. המשא ומתן בין התובעת לנתבעת, הגיע לשלב מתקדם והנתבעת כבר קיבלה החלטה עקרונית בדבר התאמת התובעת לתפקיד והביעה רצון להעסיק את התובעת. עם זאת, אין לקבוע כי התובעת כבר התקבלה לעבודה, אמנם הוכחה גמירות דעת, כאשר אין בהעדר הסכם כתוב וחתום כדי לגרוע מכך, אלא שלא הוכחה מסוימות לעניין גובה השכר ותנאי התפקיד. עם זאת, אין בקביעה זו כדי לגרוע מאחריותה המוגברת של הנתבעת לנהוג בתום לב ובשוויון כלפי התובעת; טענת הנתבעת בדבר זמינות לעבודה רציפה במשך שנה הועלתה לראשונה בכתב הגנתה, לאחר שהחליטה על ביטול מועמדות התובעת לתפקיד.

הנתבעת לא הוכיחה כי מתקיים החריג שבסעיף 2(ג) לחוק וכי אפליית התובעת מתחייבת מאופי התפקיד. הוכח כי הסיבה בגינה התובעת לא התקבלה התובעת לעבודה הייתה היעדרותה הצפויה בשל צאתה לחופשת לידה, ואין הדבר בגדר אבחנה מותרת, כי אם אפליה פסולה; לא נמצא כי דבק רבב בהתנהלות התובעת כלפי הנתבעת בהקלטת שיחה. התובעת פעלה בתום לב, עת חרף היעדר חובה חוקית, בחרה לדווח לנתבעת על הריונה עת סברה כי קבלתה לעבודה מובטחת. התנהלות הנתבעת, שהודיעה לתובעת על אי קבלתה לעבודה בגין הריונה, מהווה התנהלות פסולה, שממחישה את הצורך החשוב במתן הגנה מפני אפליה מחמת הריון כבר בשלב הגשת המועמדות לעבודה.

אשר לסעדים, מאחר שלא הוכח כי התובעת התקבלה לעבודה מאחר ותנאי שכרה טרם סוכמו במלואם, התובעת לא הוכיחה כי הינה זכאית לפיצוי בגין נזק ממוני בגין העסקתה עד לתום חופשת הלידה. עם זאת, התובעת זכאית לפיצוי בגין נזק לא ממוני, לאור האפליה הפסולה שנקטה כלפיה הנתבעת, שבנסיבות העניין הועמד על 70,000 ש"ח, וכאשר אין להחיל את עקרון האשם התורם על התובעת מאחר שלא מצאה עבודה אחרת; התביעה כנגד נתבע 2 נדחתה בהעדר הוכחה כי התקיימו התנאים להרמת מסך ההתאגדות. התובעת לא הוכיחה כי נתבע 2 הוא שקיבל את ההחלטה בעניינה ולא הוכח כי מדובר במקרה חריג של שימוש לרעה באישיות הנפרדת של התאגיד או כי נעשה לשם כך שימוש לרעה באישיות

--- סוף עמוד 2 ---

הנפרדת של התאגיד. בנוסף, בנסיבות בהן לא השתכלל הסכם בין הצדדים וטרם גובשו תנאי השכר, התובעת אינה יכולה להעלות טענת גרם הפרת חוזה.

-

פסק דין

1. בפנינו תביעה לתשלום הפסדי ממון ונזק בלתי ממוני, בגין אי קבלתה של התובעת לעבודה בנתבעת בשל הריונה, וזאת בניגוד לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה התשמ"ח-1988 (להלן: **חוק שוויון ההזדמנויות**).

העובדות בתמצית -

2. הנתבעת היא חברה בע"מ העוסקת בתחום האיפור המקצועי והינה הבעלים של מותג האיפור המקצועי הבינלאומי IL MAKIAGE, המפעילה 33 סניפים ו – 5 מכללות ומעסיקה כ – 300 עובדים. הנתבע 2, מר אורן הולצמן (להלן: הנתבע 2), הינו הבעלים של הנתבעת ומכהן כמנכ"ל הנתבעת. הגב' ימית ציפור (להלן: התובעת), התראיינה לתפקיד הקמה וניהול מוקד טלמרקטינג בנתבעת.
3. ביום 23.1.14 התובעת שוחחה טלפונית עם הגב' סיגל סימון(להלן- גב' סימון) מנהלת רשת המכללות של הנתבעת, שיחה אשר בסיומה התבקשה התובעת לשלוח לגב' סימון קורות חיים. בהמשך זומנה התובעת לראיון עבודה בנתבעת, אשר התקיים ביום 26.1.14. במהלך ראיון העבודה נכחו התובעת גב' סימון וגב' ליאור (קודמתה של גב' סימון בתפקיד).
4. אין חולק בין הצדדים, כי התובעת עברה בהצלחה את הריאיון וזומנה לראיון שני בנתבעת, ביום 9.2.14. במסגרת הריאיון השני נפגשה ושוחחה התובעת עם הנתבע 2. ביום 11.2.14 שוחחה גב' סימון עם התובעת טלפונית פעם נוספת, וזימנה את התובעת לפגישה שלישית בנתבעת, אשר התקיימה ביום 13.2.14 במהלכה נפגשה התובעת שוב עם גב' סימון.
5. הצדדים נחלקו באשר לתוכנן של שיחות ופגישות אלו אשר התקיימו בין הצדדים. לטענת התובעת בפגישות אלו הובהר לה באופן חד משמעי, כי

--- סוף עמוד 3 ---

התקבלה לעבודה. מנגד טענה הנתבעת כי לא נחתם עם התובעת הסכם מחייב בדבר קבלתה לעבודה. אין חולק בין הצדדים כי בפגישה השלישית שנערכה בין התובעת לבין גב' סימון, סיפרה התובעת לגב' סימון כי הינה בשבוע התשיעי – עשירי להריונה. כמו כן, אין חולק בין הצדדים, כי לאחר הודעה זו הבהירה גב' סימון לתובעת, כי הודעתה משנה את פני הדברים. בהמשך לכך, מספר ימים לאחר הפגישה השלישית, התקשרה גב' סימון לתובעת והודיעה לה כי הוחלט שלא להעסיקה בתפקיד.

6. ביום 11.8.14 הגישה התובעת את כתב תביעתה כנגד הנתבעת, בסך כולל של 322,365 ₪ בגין אפליה, הפסדי השתכרות, פיצוי בהתאם לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, פיצוי בגין נזק לא ממוני בהתאם לסעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1970 ופיצוי סטטוטורי ללא הוכחת נזק על פי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

7. ביום 18.5.16 נערך דיון ההוכחות בתיק דנן. מטעם התובעת העידה התובעת בעצמה ומטעם הנתבעת, העידו הנתבע 2 וגב' סימון.

<u>השאלות השנויות במחלוקת בין הצדדים-</u>

8. עיקר המחלוקת בין הצדדים בתיק זה נסובה סביב השאלה האם התובעת הופלתה בקבלת עבודתה לנתבעת. לטענת התובעת, לא התקבלה לעבודתה מחמת הריונה והחלטת הנתבעת נגועה באפליה פסולה. לטענת הנתבעת, התובעת לא התקבלה לעבודה משיקולים ענייניים, בשל היעדרותה הצפויה מעבודתה עקב יציאתה לחופשת לידה כאשר לעמדת הנתבעת, מדובר בשיקול ענייני ובאבחנה מותרת ולא באפליה פסולה.

9. נוסף על האמור דרושה הכרעתנו בשאלות הבאות השנויות במחלוקת בין הצדדים: האם זכאית התובעת לפיצוי בגין נזק ממוני בהתאם לרכיבים אותם תבעה - הפסדי השתכרות עד ליום הלידה, דמי חופשה, דמי הבראה, הפרשות פנסיוניות ופיצויי פיטורים; זכאות התובעת לפיצוי בגין נזק לא ממוני על פי סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות), תשל"א – 1970 (להלן: **חוק החוזים תרופות**), עוגמת נפש כאב וסבל, ציפייה והסתמכות; זכאות התובעת לפיצוי ללא הוכחת נזק בגין הפרת חוק שוויון הזדמנויות.

--- סוף עמוד 4 ---

להלן נדון בשאלות אלו לפי סדרן.

<u>דיון והכרעה –</u>

<u>המסגרת הנורמטיבית-</u>

10. סעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות קובע כי "**לא יפלה מעסיק בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריון, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ-גופית, היותם הורים**..." וזאת בכל הנוגע - בין היתר - לקבלה לעבודה ולתנאי עבודה.

11. סעיף 2(ב) לחוק מבהיר כי "**רואים כהפלה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין**". סעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות קובע את החריג לחוק - "**אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה**".

12. סעיף 9 לחוק שוויון הזדמנויות, קובע את היפוך נטל ההוכחה בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות: "**(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 האמורים".**

13. הלכה פסוקה היא 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**" (ראו-בג"צ 1758/11 **גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ**, פורסם בנבו, 17.5.12). לצורך גיבושה של עילת תביעה מכוח חוק שוויון הזדמנויות יש להראות לפיכך כי אחד השיקולים ששקל המעסיק בעניינו של העובד הוא שיקול אסור, הנוגע לאחד ממאפייני הזהות המנויים בחוק. עם זאת אין רלוונטיות למניע, ואין צורך להוכיח כוונה להפלות, "**ואף כוונה טובה אינה רלוונטית**" (ראו-דב"ע (ארצי) נו/3-129 **שרון פלוטקין - אחים אייזנברג בע"מ**,

--- סוף עמוד 5 ---

פורסם בנבו, פד"ע לג 481 (1997); להלן: **פלוטקין** וכן עע (ארצי) 1842-05-14 **עיריית ירושלים נ' גלית קידר** (פורסם בנבו, 28.12.16, להלן: **גלית קידר**).

14. עוד נקבע כי המבחן לקיומה של הפליה הינו מבחן תוצאתי: "**איסור האפליה לפי חוק השוויון אינו חל רק על כוונה מפורשת של המעביד, אלא גם על מעשים שתוצאתם האובייקטיבית גורמת לאפליה. וכך נקבע בענין זה בבג"צ נעמי נבו** מפי השופט בך: "**... מבחן לבדיקת קיומה או אי-קיומה של הפליה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו המכריע בנדון, <u>ולצורך קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית.</u>**"

(ראו-ע"ע (ארצי) 16117-07-10 **ישראלה חסון - רביקוביץ נ' M3ישראל בע"מ** (פסקה 29 לפסק דינו של כב' השׁ' איטח, פורסם בנבו, ניתן ביום 19.12.13),

15. כמו כן קבעה ההלכה הפסוקה כי די בכך שאחד השיקולים להחלטה הנבחנת היה שיקול אסור, על מנת "להכתים" את ההחלטה בכללותה (עניין **פלוטקין**; ע"ע (ארצי) 363/07 **שרונה ארביב - פואמיקס בע"מ**, פורסם בנבו, 26.5.10' להלן גם: **עניין ארביב**).

16. בהתאם לכך, עמד בית הדין הארצי על הקושי הטמון בהוכחת טענת ההפליה בעניין ע"ע (ארצי) 627/06 **אורלי מורי נ' מ.ד.פ ילו בע"מ**, (פורסם בנבו, ניתן ביום 16.3.08, להלן: **עניין מורי**), וכך נקבע:

"**...המחוקק נתן את דעתו לקושי בהוכחת טענת ההפליה, ולכן אין הוא מטיל חובה על העובד להוכיח פוזיטיבית את טענת ההפליה, אלא נקבע כי על העובד להוכיח כי לא הייתה קיימת עילה ברורה לפיטוריו על פי התנהגותו או מעשיו, ולאחר מכן עובר הנטל על כתפי המעביד. בשלב הראשוני, על**

העובד להביא ראשית ראיה בלבד".

17. ברוח הדברים אש נקבעו לעיל, נפסק בעניין גלית קידר כי: "**העובד יוכל לפיכך לעמוד ברף הראייתי הנדרש לשם העברת נטל ההוכחה, גם אם לא מתקיימים תנאיו של סעיף 9 לחוק, אם יצביע - למשל ... כי להחלטת המעסיק יש בפועל תוצאה מפלה...**".

-

-

--- סוף עמוד 6 ---

-

יישום הדין החל על ענייננו-

18. דרך הילוכנו בפסק דין זה תהא כדלקמן - תחילה נבחן האם התובעת הוכיחה כי התקיימו בה הכישורים הנדרשים לתפקיד וכפועל יוצא מכך, האם העבירה התובעת את נטל ההוכחה אל כתפי הנתבעת. ככל שהתשובה לשאלה זו תהא חיובית, נבחן האם הצליחה הנתבעת לסתור את טענות התובעת, והוכיחה כי לא נפל פסול בהתנהלותה כלפי התובעת.

-

האם הוכיחה התובעת כי התקיימו בה הכישורים הנדרשים לתפקיד-

19. לטענת התובעת, הוכיחה כי התקיימו בה הכישורים הנדרשים לתפקיד והסיבה היחידה בגינה לא החלה עבודתה בחברה הייתה הריונה והיעדרותה הצפויה בשל חופשת הלידה. הנתבעת טענה מנגד, כי הפרויקט אשר עבורו ראיינה את התובעת הינו פרויקט הכולל הקמת מוקד טלמרקטינג מתחילתו, עבודה הכרוכה בהכשרת התובעת אשר הגיעה ללא ניסיון קודם בתחום. לטענת הנתבעת, בחקירתה הודתה התובעת כי מעולם לא הקימה מוקד ובתפקידה הקודם ביקשה להפחית את אינטנסיביות העבודה. לפיכך לשיטת הנתבעת, התובעת אינה בעלת הכישורים הנדרשים לביצוע התפקיד התובעני של הקמת מוקד. הנתבעת התייחסה לטענת התובעת כי גב' סימון הבהירה לה כי היא מתאימה לתפקיד וטענה כי היה זה משום שהתובעת הסתירה מפני הגב' סימון את היעדר ניסיונה בהקמת מוקדי מכירות.

20. לאחר ששמענו את העדויות ושקלנו את הראיות אשר הוגשו לנו, אנו דוחות את טענות הנתבעת וקובעות כי התובעת הוכיחה כי התקיימו בה הכישורים הנדרשים לתפקיד, מהטעמים אשר יפורטו להלן-

21. מהות הפרויקט אליו רואיינה הנתבעת הייתה כדלקמן- "**הקמה וניהול מוקד שירות לקוחות... הקמת המוקד כרוך היה, בין היתר, בגיוס והכשרת כוח אדם, רכישת ציוד טכנולוגי וטלפוניה, הגדרת נהלים, הצבת יעדים, קביעת מנגנוני בקרת איכות, פיצוח ממשקים שונים וכו**"" (ס' 8 לתצהירה של גב' סימון). כן הוכח, כי המוקד שהיה אמור לקום היה מוקד של 15 עובדים (עדותה של גב' סימון, עמ' 15 ש' 12-11).

--- סוף עמוד 7 ---

22. הוכח בפנינו כי התובעת הייתה בעלת הכישורים הנדרשים לתפקיד הקמתו וניהולו של מוקד זה, זאת הן מהבחינה האובייקטיבית והן מהבחינה הסובייקטיבית.

23. **ראשית**, בהתאם למבחן הסובייקטיבי, דהיינו, תפישתם של נציגי הנתבעת את התובעת והתרשמותם ממנה בזמן אמת, הוכח בפנינו כי כישורי התובעת ענו על דרישות התפקיד וכי להתרשמות נציגי הנתבעת, גב' סימון והנתבע 2, התובעת התאימה לתפקיד. בהקשר זה נפנה לעדות גב' סימון, אשר אישרה כי התרשמה מכישורי התובעת ומצאה את התובעת מתאימה לתפקיד וכדבריה-

"ש. נכון שחיפשת מישהי ממש טובה?
ת. ברור. לאיזה תפקיד מחפשים מישהו לא טוב.

...

ש. נכון שכבר בשיחת הטל' הראשונה עם התובעת בטרם שקבלת את קו"ח התרשמת ממנה לטובה.
ת. כן.
ש. לכן גם ביקשת שהיא תשלח לך את קו"ח שלה?
ת. כן.
ש. נכון שביחס ליתר המועמדים שהיו לך באותה עת, התרשמת מאוד מקו"ח של התובעת.
ת. יכולה להגיד שהיו מספר מועמדים שהיו טובים והגיעו לאורן שאחרי ראיון אתי ועם ליאור היו מספר שהגיעו. היא לא היחידה.
ש. מהקו"ח שלה מאוד התרשמת?
ת. כן. התרשמתי מספיק כדי לזמן לראיון ולראות אם היא מתאימה.
ש. נכון שמקו"ח את מצאת אותה מתאימה לתפקיד המוצע?
ת. נכון. אחרת לא היתי מזמנת אותה לראיון.
ש. נכון שראית מקו"ח שהתובעת נהלה מוקדים בהקף של 30 עובדים 60 ואף 80 עובדים?
ת. אם זה מה שהיה כתוב בקו"ח אז זה מה שראיתי. לא זוכרת.
ש. ההתרשמות שלך הייתה שעובדת שנהלה כמות כזו של עובדים תוכל להתאים בהצלחה מוקד של 15 עובדים?
ת. כן. אחרת לא הייתי מזמנת אותה לראיון.
ש. את הראיון הראשון עשית ביחד עם לאור?

ת. כן. אני הייתי אמורה להחליף את ליאור. היא היתה עדיין בתפקיד והייתי בחפיפה כדי להחליפה.

ש. כמה זמן עבדת בחברה סה"כ?

ת. 3 חודשים סה"כ, או 4 חודשים. משהו כזה, כל התקופה שלי.

--- סוף עמוד 8 ---

ש. לגבי הראיון עם ליאור, את וליאור יושבות עם התובעת לראיון ראשון והתרשמתם מאוד ממנה בראיון?

ת. כן.

ש. נכון שהתרשמת ממנה כאשת עשיה ועבודה שלפי הערכה שלכם בראיון הזה סברתן שהיא יכולה לבצע בהצלחה את העבודה בחברה?

ת. נכון" (עמ' 14 לפר' ש' 26-25,עמ' 15 לפר'ש' 33-13, עמ' 16 לפר'ש' 8-1).

24. בהמשך עדותה הבהירה גב' סימון כי הבעיה היחידה הייתה היעדרותה הצפויה של התובעת בשל צאתה לחופשת לידה, ולא היעדר מקצועיותה, כישוריה או ניסיונה של התובעת, וכך העידה- **"...פיסית בזמן הקמת המוקד היא לא תוכל להיות. היא תלד. זאת עובדה שלא אני והיא יכולות לשנות לצערי. על כך הייתה השיחה ולא בגין אי היכולות שלה. אם היינו חושבים שהיא לא מתאימה, היא לא הייתה מגיעה לשיחת תאום הצפיות"** (עמ' 19 לפר' ש' 15-12). על כך נוסיף, כי כאמור לעיל, אין חולק בין הצדדים כי התובעת צלחה את כל הראיונות אשר נערכו על ידי הנתבעת, עד לפגישה בה הודיעה התובעת לנציגת הנתבעת, על הריונה. יש בעובדה זו ללמד כי נציגי הנתבעת סבורים היו כי התובעת התאימה לדרישות התפקיד.

25. לפיכך, הטענות אשר הועלו על ידי הנתבעת בהליך זה, בדבר אי התאמת התובעת לתפקיד בשל היעדר כישורים או ניסיון, אינן אלא טענות המועלות בדיעבד לכן אינן רלבנטיות להוכחת טענת הנתבעת אשר אינה יכולה להיתלות בהן. יתרה מכך, ניכר כי טענת הנתבעת על פיה הגב' סימון התרשמה מהתובעת אך מאחר והאחרונה הסתירה את היעדר ניסיונה בהקמת מוקדי מכירות, אינה אלא ניסיון הנתבעת להימנע מהעברת הנטל על כתפיה. הוכח כי הגב' סימון ראיינה את התובעת מספר פעמים, ראיונות ממושכים ואף היה בידיה את גיליון קורות חייה המפורט של התובעת (ס'12 – 15 לתצהיר התובעת אשר לא הופרכו). לפיכך, דין טענה זו להידחות מכל וכל.

26. זאת ועוד. לא מצאנו כי יש ממש בטענת הנתבעת כי ניתן ללמוד על אי התאמת התובעת לתפקיד מבקשתה התובעת להפחית שעות במקום עבודתה הקודם, מאחר והמדובר בנסיבות שונות לחלוטין. התובעת העידה בכנות כי במהלך עבודתה במקום העבודה הקודם עברה טיפולי פוריות לכן ביקשה לעבור לתפקיד פחות תובעני. בנוסף, התובעת הבהירה כי היא מודעת היטב לכמות

--- סוף עמוד 9 ---

השעות אשר תידרש ממנה במקום עבודה הנוכחי והיא נכונה לעבוד שעות רבות וכך העידה-

"ש. פוטרת או שעזבת?

ת. פוטרתי בסופו של דבר. ניהלתי את חטיבת המקדם כארבע שנים. הייתי בתהליכים של טיפולי פוריות שהתקיימו בד בבד עם ניהול המוקד השוטף. לא הרשתי לעצמי לקחת יום מחלה אחד חרף כל הטפולים ולמרות כל הקושי. בשלב מסוים החלטתי שאם אני רוצה להיכנס להריון, באמת רוצה, חייבת לעצור. בקשתי לצאת מהמוקד, לקח חצי שנה למצוא מחליף ולהכשירו. יצאתי מהמוקד לתפקיד שווק שפחות מתאים לי, ולאחר מכן שלא היתה התאמה לתפקיד נוסף, זו חברה שיש בה מאה עובדים, סיימתי את תפקידי בטוטו קארד 5.

ש. פוטרת או התפטרת?

ת. פוטרתי. לא נמצא לי תפקיד חלופי אחר. שבועיים לאחר העסקתי נקלטתי להריון. בטפול הראשון אחרי שסיימתי לעבוד נקלטתי להריון. צדקתי במבחן התוצאה.

ש. בתפקיד שלך כמנהלת בחטיבת המוקדים בטוטו קרד היה מדובר בעבודה מאומצת עם הרבה שעות עבודה, או משהו רגוע?

ת. העבודה בניהול מוקד היא עבודה מאומצת ובלתי פוסקת. שעות העבודה במשרד 230 בחודש, ומהבית עוד 50 שעות בחודש. כלומר העבודה סביב השעון.

ש. מה שאת מתארת זה לפני להקים את המוקד, אם אנו מקימים את המוקד זה משהו יותר מאומץ?

ת. אסביר. אתה טועה. ככל שהמוקד הוא ותיק יותר ומיומן יותר, רמת הצפיות ממנו והיעדים שצריך לעמוד בהם הם גבוהים מאוד, יותר מהקמת מוקד. עם האוכל בא התיאבון, היעדים שלי כל הזמן הולכים וגדלים. הקמה זה תהליך מורכב להריץ מוקד שעומד ביעדים והיעדים שהולכים וגדלים הוא דורש המון המון השקעה ומחשבה. לא בטוחה שאתה צודק על סמך ניסיוני.

ש. אנו מסכימים שאם בסמארט רק ניהלת ופה את אמורה לנהל ולהקים זה בהכרח יותר שעות עבודה ומאומץ יותר?

ת. מניחה שגם בתהליך של הקמה אתה עובד בממוצע 12 שעות, שאתה עובד עם מוקד קיים וצריך להגיע ליעדים. בזה אנו חלוקים"(עמ' 3 לפר' ש' 25 – 32, עמ' 4 לפר' ש' 3 – 18).

27. כאמור לעיל, מבחן הכישורים הינו מבחן סובייקטיבי, על בסיס התרשמותם של נציגי הנתבעת בזמן אמת ואין מטרתו לאפשר לנתבעת להעלות טענות בדיעבד בדבר אי התאמת התובעת לתפקידה. מאחר וקבענו כי הוכח בפנינו כי בהתאם להתרשמותם הסובייקטיבית של נציגי הנתבעת ענו כישורי התובעת על דרישות המשרה, אין עוד לדון בסוגיה זו. חרף זאת ומעבר לדרוש, נציין כי

--- סוף עמוד 10 ---

התובעת הוכיחה כי כישוריה התאימו למשרה, גם בהתאם למבחן האובייקטיבי, כפי שנפרט להלן.

28. התובעת הוכיחה כי במסגרת תפקידה האחרון עבדה בחברה בה ניהלה ארבעה מנהלי מחלקת מכירות ותחתיה עבדו 80 עובדים (ס' 8, נספח ב' לתצהירה של התובעת אשר לא הופרכו). בעוד המוקד החדש אותו ביקשה הנתבעת להקים עתיד היה לכלול 15 עובדים בלבד. בנוסף, התובעת צירפה לתצהירה את גיליון קורות חייה וכן מכתב המלצה ממעסיקה הקודם (נספחים 3, 5 לתצהירה של התובעת). מגיליון קורות חייה עולה כי התובעת בעלת ניסיון עשיר רב שנים בתחום ניהול מוקדי המכירות, וכך נרשם: **"2003-1998: מנהלת נקודות מכירה – עזריאלי, חברת "סלקום"... 2008-2004: מנהלת מוקד מכירה שיחות נכנסות ו-after sale, מגזר לקוחות פרטיים חברת ת'smile012"...2010-2008: מנהלת מוקד מכירות טלפונית חברת "שחר טלרפואה" telemarkrting and telemeeting...2013-2010 – מנהלת חטיבת מכירות - שיחות יוצאות, חברת telemarketing-smart".**

29. יתרה מכך, מעדות התובעת ניתן היה להסיק אודות כישוריה והתאמתה לתפקיד. התובעת העידה באופן מהימן ועדותה הייתה קוהרנטית ומשכנעת כי התאימה לדרישות התפקיד -

ש. מפנה לתצהירך, את אומרת שההשכלה שלך והניסיון שלך, התאימו לתפקיד שאליו את מועמדת?

ת. נכון.

ש. את מעולם לא הקמת מוקד מכירות?

ת. כל מוקד שעסקתי בו היה מרכיב של הקמה. הקמת תחום חדש, או נושא חדש. להקים מלכתחילה מאפס לא הקמתי.

ש. למרות זאת את סבורה שהיו לך את כל הכלים כדי לעשות את הדבר זה?

ת. אני אף בטוחה בזה.

ש. הביטחון נובע מההכשרות והניסיון שפרטת בס' 7 לתצהירך?

ת. כן.

ש. מאיפה את יודעת, שבגלל שניהלת פעם מוקד את יודעת מה המשמעות שלהקים מוקד מאפס?

ת. אני עוסקת במכירות משנת 98'. משנת 03' נכנסתי לעולם המוקדים. בשנת 08' התחלתי לנהל מוקדים. המשמעות היא שהתנסיתי בכל תפקיד אפשרי בתחום ניהול של מוקד, המשמעות שניהלתי תהליכים והקמתי תהליכים, קבעתי נהלים,

--- סוף עמוד 11 ---

הגדרתי יעדים ותוכניות עבודה ועסקי בכל נושא שאפשר לחשוב עליו בתחום מוקד מכירות עם עובדים בכלל.

ש. לטענתך יש קשר ישיר בין הניסיון שלך ליכולת שלך כדי לנהל את המקוד?

ת. ולהביא אותו לתוצאות המדויקות. לשאלה – כן חד משמעית"(עמ' 3 לפר' ש' 20-6).

30. סבורות אנו כי גרסת התובעת הייתה עקבית, אחידה ואמינה וכן עלתה בקנה אחד עם האמור בתצהירה בו הצהירה כי: "**בהתאם לידע ולניסיון שהיה לי, ידעתי כי אני עונה על דרישות התפקיד ואף מעבר לכך**". וכן "**אין ספק כי אני בעלת הכישורים המתאימים לתפקיד, בהיותי בעלת ניסיון קודם של שנים ארוכות כמנהלת מוקדי מכירות וטלפונים, כאשר בעבר ניהלתי, בין היתר, מוקדם בהם עבדו תחתיי כ – 80 עובדים**" (ס' 20 ו- 49 לתצהיר התובעת).

31. לאור האמור לעיל, הוכח בפנינו כי התובעת התאימה לתפקיד, הן מבחינה סובייקטיבית, בהתאם לתפישתם והתרשמות נציגי הנתבעת בזמן אמת והן מבחינה אובייקטיבית. לפיכך, אנו קובעות כי התובעת הוכיחה כי התקיימו בה הכישורים הנדרשים לתפקיד ובהתאם לכך, העבירה את נטל ההוכחה לכתפי הנתבעת, להוכיח כי פעלה משיקולים ענייניים.

<u>האם הנתבעת עמדה בנטל ההוכחה כי פעלה משיקולים ענייניים-</u>

32. לטענת הנתבעת, הרימה את הנטל להוכיח כי פעלה משיקולים ענייניים באופן בו התנהלה כלפי התובעת אשר אינה זכאית לפיצוי כלשהו. הנתבעת ביססה את טענתה על מספר אדנים: **הראשון**, פגישות הנתבעת עם התובעת היו בגדר משא ומתן בלבד אשר לא הבשיל לכדי הסכם מחייב. לפיכך, לנתבעת שיקול דעת האם לבחור בתובעת לתפקיד או לאו. **השני**, הנתבעת הבהירה לתובעת בזמן אמת כי המשרה המוצעת כוללת דרישת סף של זמינות לעבודה רציפה במשך שנה בעוד התובעת לא עמדה בדרישה זו. **השלישי**, החלטת הנתבעת שלא לקבל את התובעת לתפקיד בשל היעדרותה הצפויה מעבודתה עקב יציאתה לחופשת לידה, מהווה אבחנה מותרת על בסיס שיקול ענייני ולא אפליה פסולה. **הרביעי**, התובעת התנהלה בחוסר תום לב.

--- סוף עמוד 12 ---

33. נקדים אחרית לראשית, ונבהיר כי לאחר ששקלנו את מלוא הראיות והעדויות, מצאנו כי הנתבעת לא הרימה את הנטל להוכיח כי פעלה משיקולים ענייניים, מהטעמים אשר יפורטו להלן.

<u>קיומו של הסכם מחייב-</u>

34. לטענת התובעת הוכח כי התקבלה לעבודה בנתבעת. הנתבעת טענה מנגד, כי לא נחתם בין הצדדים הסכם מחייב לכן הייתה רשאית לבחור שלא להעסיק את התובעת ולא ניתן לכפות את העסקת התובעת על הנתבעת.

35. לאחר ששמענו את העדויות ובחנו את מכלול הראיות, אנו קובעות כי המשא ומתן בין התובעת לנתבעת, הגיע לשלב מתקדם ביותר ואין כל ספק כי הנתבעת כבר קיבלה החלטה עקרונית בדבר התאמת התובעת לתפקיד והביעה רצון להעסיק את התובעת במשרה המוצעת.

36. גרסתה התובעת בעניין זה הייתה עדיפה עלינו, בהיותה מפורטת ובהירה, בעוד גרסת עדי הנתבעת הייתה דלה בפרטים. מפאת חשיבות הדברים להכרעה בפסק דיננו זה, הן לעניין שאלת כריתתו של הסכם מחייב והן לעניין השתלשלות האירועים והשיקולים אשר הנחו את הנתבעת בקבלת ההחלטה בעניינה של התובעת, מצאנו לנכון להביא את עיקרי גרסת התובעת.

התובעת הוכיחה כי עברה ראיון טלפוני ראשון על ידי גב' סימון, אשר בעקבותיו זומנה לראיון עם גב' סימון ועם גב' ליאור, קודמתה של גב' סימון בתפקיד (ס' 12 לתצהירה של התובעת).

התובעת הוכיחה כי עברה את הריאיון בהצלחה וזכרה היטב את האמירות אשר נאמרו לה בראיון על ידי גב' סימון ועל ידי גב' ליאור . בעניין זה נפנה לס' 14-15 לתצהיר התובעת שם נרשם כי"**...סיגל וליאור אמרו לי במפורש שעשיתי עליהן "רושם טוב מאוד"...כי הן ראיינו מועמדות רבות לתפקיד, אולם אף אחת מהן לא התאימה לתפקיד, עד שפגשו אותי...כי אני המועמדת הטובה ביותר שהתראיינה אצלן לתפקיד, וסוף סוף מישהי "העירה אותן"... זכור לי כי סיגל ממש התרשמה מכך שהגעתי עם ציפיות שכר ברורות..."סוף סוף מישהי שיודעת מה היא רוצה".**

--- סוף עמוד 13 ---

37. התובעת ציינה כי גב' סימון התקשרה אליה יום למחרת הריאיון הראשון, הודיעה לה כי עברה אותו בהצלחה וזימנה אותה לראיון שני למחרת. במהלך הריאיון השני, נפגשה התובעת עם הנתבע 2 והכירה אותו: "**לאחר שציינתי בפני אורן שאני מתלבטת בין מספר אפשרויות עבודה נוספות, הוא שאל**

האם יש לי שאלות נוספות עליהן יוכל לענות, על מנת שאוכל "לקבל את ההחלטה הנכונה"...התנהגותו ויחסו של אורן, שיקפו ללא צל של ספק את שביעות רצונו ממני ואת נכונותו להעסיק אותי" (ס' 24-22 לתצהיר התובעת).

38. התובעת הוכיחה כי התקיימה פגישה נוספת בינה לבין גב' סימון, במסגרתה שאלה התובעת את גב' סימון האם ציפיות השכר שציינה בראיון הראשון, 14,000 ₪ ברוטו, רלבנטיות לתפקיד. התובעת הצהירה בעניין זה "**סיגל השיבה כי על אף שתוכנן לשלם לתפקיד זה סך של 12,000 ₪ ברוטו...אין לחברה כל כוונה להתפשר על מועמדת פחות טובה ממני**" (ס' 25 לתצהיר התובעת).

39. כן הוכיחה התובעת כי ביום 11.2.14 התקשרה גב' סימון אל התובעת והודיעה לה כי החברה החליטה לקבלה לעבודה וכך הוצהר על ידי התובעת- "**ואמרה לי במילים אלה: "את האחת! אנחנו סגורים. ושאלה "ומה איתך"? השבתי לה באופן מיידי וחד משמעי כי החלטתי לקבל על עצמי את התפקיד**" (ס' 28 לתצהיר). ובהמשך: "**בהתאם, סיכמתי עם סיגל כי אגיע למשרדי החברה בעוד יומיים, על מנת לסכם את מלוא תנאי העבודה. הבנתי כי בפגישה זו גם אחתום על הסכם העבודה. כמו כן, בשיחה זו ציינה בפני סיגל כי מדובר בהתחלת עבודה מיידית, וכי הנתבעת מעוניינת שאתחיל לעבוד כבר ביום ראשון הקרוב לאחר שיחה זו**" (ס' 29 לתצהירה של התובעת).

40. גרסת התובעת עלתה בקנה אחד עם עדותה, אשר הייתה מפורטת ועקבית (ר' עדות התובעת עמ' 8 לפר' ש' 26-8). לא מצאנו כי בעדות התובעת נפלו סתירות, כטענת הנתבעת. הנתבעת לא הצליחה להפריך את גרסת התובעת. אומנם, גב' סימון הכחישה בתצהירה כי אמרה לתובעת כי התקבלה לעבודה (ס' 25 לתצהירה של גב' סימון). כך, גם הנתבע 2, טען בתצהירו כי הפגישה האחרונה אליה זומנה התובעת הייתה ראיון עבודה נוסף (ס' 26 לתצהירו של הנתבע 2).

--- סוף עמוד 14 ---

41. אולם, מעדות גב' סימון עלתה תמונה עובדתית שונה. למשמע עדותה של גב' סימון, התברר כי התובעת כבר זומנה לפגישה עם גב' סימון, אשר מטרתה הייתה סיכום סופי של תנאי העסקה, לאחר שכבר התקבלה החלטה עקרונית על התאמתה לתפקיד והתובעת אף הייתה המועמדת המועדפת לתפקיד מבחינת גב' סימון והנתבע 2. גב' סימון העידה בעניין זה כי-

ש"ש. בסוף הראיון המלצתם לאורן להמשיך בתהליך קבלתה לעבודה?
ת. לא בטוחה אם זה היה ממש בסוף הראיון. בתהליך שהיה היא הועברה לראיון עם אורן.
ש. בהמלצתך?
ת. כמובן.
ש. הראיון השני היה אתך ועם אורן?
ת. נכון.
ש. גם בראיון הזה כפי שאת התרשמת ממנה לטובה בראיון הראשון – גם אורן התרשם ממנה לטובה בראיון הזה?
ת. נכון.
ש. בראיון הזה התובעת סיפרה לכם שיש לה עוד הצעות עבודה והיא מתלבטת?
ת. לא זוכרת.
ש. נכון שביחס למועמדים אחרים רציתם אותה?
ת. היא בהחלט היתה מועמדת ראויה ששקלנו את העסקתה לחיוב. לראיה היא גם הועברה לעוד ראיון המשך.
ש. נכון שבראיון השני, אורן הסביר לה את היתרונות הקיימים בחברה ובמשרה המוצעת?
ת. לא זוכרת אך זה נשמע הגיוני.
ש. נכון שבסוף הראיון עם אורן ישבת כמה דקות לבד עם התובעת?
ת. יכול להיות. לא יודעת. זוכרת שזה היה בחדר של אורן. נשמע לי קצת תמוהה שהוא יצא ואנו נשארנו. זה היה בחדרו.
ש. אולי יצאתן שתיכן מחדרו ודברתן?
ת. אולי. יכול להיות.
ש. נכון שבשיחה של שתיכן שאלת אותה אם היא מוכנה לקבל את התפקיד.
ת. לא זוכרת.
ש. נכון שסוף הראיון השני, את ואורן הסכמתם שניכם שהתובעת היא המועמדת המועדפת לך ולהמשיך את הליך הקליטה שלה?
ת. לא בזמן הראיון אלא אח"כ כן.
ש. לכן התקשרת אליה לאחר יומיים ואמרת לה שהיא האחת וזימנת אותה לפגישה נוספת לסיכום תנאי העסקתה?
ת. מה שמקובל כפגישת תאום צפיות.

--- סוף עמוד 15 ---

ש. נכון שבשיחה הזאת גם סכמת איתה שהיא תחל לעבוד ביום ראשון שלאחר הפגישה השלישית?
ת. נאמר שזה תאריך תחילת העבודה במידה ואנו מגיעים להסכמות ותאום צפיות וחותמים על חוזה". (עמ' 16 לפר' ש' 32-16, עמ' 17 לפר' ש' 1- 16).

42. הנה כי כן, מעדות גב' סימון עולה כי התקבלה החלטה עקרונית על התאמת התובעת לתפקיד אותה ייעדה לה הנתבעת. התובעת הגישה תמליל של שיחה טלפונית מיום 16.2.14, השיחה בה הודיעה לה גב' סימון על אי קבלתה לתפקיד (נספח 6 לתצהירה של התובעת). הנתבעת הכחישה בכלליות את תוכנו של התמליל (ס' 22 לתצהירה של גב' סימון), אולם לא מצאנו כי יש בהכחשה כללית זו כדי לפגוע במשקלו הראייתי של התמליל, אשר מעיון בו עולה כי הוא משקף מהלך של שיחה שלמה ותוכנו ברור. עיון בתמליל מוביל למסקנה דומה למסקנה אשר עלתה למשמע עדות התובעת. בשיחה זו מבהירה גב' סימון כי מטרת הפגישה אחרונה אליה זומנה התובעת, לא הייתה אלא "**סגירת קצוות**" בלבד: "**...את יודעת, אנחנו את זומנת ביום חמישי לשיחה של ככה את יודעת, סגירת קצוות**" (עמ' 2 לתמליל ש' 8-6).

43. בהקשר זה, שקלנו בכובד ראש האם ניתן לקבוע, כטענת התובעת, כי למעשה התובעת כבר התקבלה לעבודה. בנסיבות המקרה דנן, לא מצאנו כי יהא זה נכון לקבוע כי המשא ומתן בין הצדדים, אף שהגיע לשלב מתקדם ביותר, התגבש לכדי קבלת התובעת לעבודה ונבאר.

על מנת לקבוע כי המשא ומתן בין הצדדים התגבש לכדי הסכם מוגמר, על התובעת להוכיח גמירת דעת ומסוימות כדרישת ס' 2 לחוק החוזים(חלק כללי), תשל"ג – 1973 הקובע - "**2.פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה, אם היא מעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה והיא מסוימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה".**

44. בענייננו, כפי שקבענו לעיל, הצליחה התובעת להוכיח כי הנתבעת גמרה בדעתה לקבלה לעבודה. אומנם, הנתבעת חזרה בפנינו שוב ושוב על טענתה כי לא נכרת בין הצדדים הסכם חתום בכתב. אך אין בהיעדר קיומה של חתימה ואף לא של הסכם כתוב, כדי לגרוע מגמירת דעת הצדדים. לעניין זה יפים הדברים אשר נפסקו בעניין עלמה לוי (על אף קביעתו השונה של בית הדין שם לעניין שאלת כריתתו של הסכם, ע"ב 303630/98 **ד"ר עלמה לוי נ' רד רמות חממה**

--- סוף עמוד 16 ---

לטכנולוגיות מתקדמות בע"מ, פורסם בנבו, 24.10.02) וכך נקבע - "**בחתימה כשלעצמה אין קסם. העדרה של חתימה אינו מעיד, בהכרח על גמירת דעת, ואילו קיומה אינו מעיד בהכרח על גמירת דעתו של החותם להתקשר בעיסקה".**(**פרידמן וכהן, חוזים (כרך א') עמ' 448). לפי הוראת סעיף 6 לחוק החוזים (חלק כללי) – ניתן ללמוד על גמירת הדעת בעיקר מהתנהגותם של הצדדים. כך גם לדבריה של פרופ' שלו: "מבחן גמירת הדעת הוא אפוא מבחן אובייקטיבי. משמעותו המעשית של המבחן האובייקטיבי היא, כי גמירת דעתם של הצדדים לחוזה נלמדת על-פי אמות המידה של האדם הסביר. בדיקת נסיבות העניין, התנהגות הצדדים, דברים שאמרו לפני כריתת החוזה ולאחריה ותוכן החוזה עצמו, הם הנתונים שעל פיהם יקבע האדם הסביר את קיומה או היעדרה של גמירת-דעת (פרופ' גבריאלה שלו, דיני חוזים, מהדורה שניה, עמ' 87)".**

45. שונים הם פני הדברים לעניין דרישת המסוימות. הוכח בפנינו כי תנאי המשרה אשר הוצעו לתובעת כללו שכר של 12,000 ₪ ברוטו (ס' 31 לתצהירו של הנתבע 2, ס' 25 לתצהירה של התובעת). כן הוכח בפנינו כי התובעת דרשה שכר של 14,000 ₪ ברוטו (ס' 18 לתצהיר התובעת). התובעת טענה בסיכומיה כי הוכח כי הנתבעת קיבלה את דרישתה זו (ס' 92 לסיכומי הנתבעת). אולם, אין בידינו לקבל את טענת התובעת, אשר לא הוכחה על ידה. התובעת הצהירה והעידה כי גב' סימון לא פסלה את דרישתה זו והביעה עמדה חיובית כלפי דרישת שכרה והבהירה כי עקרונית הנתבעת תהא נכונה לשלם יותר למועמדת מתאימה (סעיף 25 לתצהיר התובעת, הודעת הדוא"ל אותה שלחה גב' סימון נספח 4 לתצהיר התובעת). דבריה אלו של התובעת מקובלים עלינו, אולם בכך אין די לטעמנו. גם לגרסת התובעת, לא סוכמו תנאי השכר והתנאים הנלווים, אשר היו אמורים להיות מסוכמים בפגישה האחרונה אשר נערכה בין הצדדים. בהקשר זה, אף הבהירה התובעת, כי מבחינתה דרישת השכר הייתה תנאי מרכזי בהסכמתה לעבוד בנתבעת: "**ש. אמרת שהנושא של השכר היה הדבר המרכזי מבחינתך? ת. זה חלק מהדברים המהותיים".**

46. כן אישרה התובעת בעדותה כי טרם סוכמו התנאים הנלווים וכדבריה-

"ש. סיכמתם את התנאים הסוציאליים?

ת. זה השיחה שאליה הגעתי לשיחה במשרד.

--- סוף עמוד 17 ---

ש. מפנה לעמ' 3 לתמליל של השיחה שלך עם סיגל – ושם בעמ' 3 – מפנה לס' 6 – סיגל אומרת שלא נכנסתם לפרטים ואת משיבה ברור?

ת. יכול להיות שהנתבעת משלמת קרן השתלמות אחרי שלושה חודשי הוכחה או 5 או 4. אלה פרטים שבדרך ועל פי נסיוני נהוג לדבר עליהם פנים מול פנים בשלב חתימה על חוזה-(עמ' 9 לפר' ש' 28-23).

ובהמשך העידה-

"ש. עד אותו מועד לא סיכמתם את תנאי העבודה?

ת. 14,000 ₪ זה השכר. ... זה התנאי החשוב ביותר מבחינתי שזה מסגרת השכר. .. מעבר לתנאי השכר יש תנאים נלווים שאותם לא סיכמנו בטל' אלא זה מו"מ(עמ' 9 לפר' ש' 9-1).

47. הנה כי כן, מעדות התובעת עולה מפורשות כי טרם סוכמו תנאי השכר והתנאים הנלווים. בנוסף וכאמור לעיל, בין הצדדים היה קיים פער בדבר גובה השכר המבוקש למשרה, כאשר התובעת הבהירה כי מבחינתה מדובר בנושא עקרוני ותנאי מהותי. לאור פערים אלו בנושא השכר והתנאים הנלווים, לטעמנו אין זה נכון לקבוע כי ההסכם בין הצדדים התגבש והתובעת התקבלה לעבודה.

48. נדגיש כי אין בקביעתנו כי לא הוכח כי בין הצדדים נכרת הסכם כדי לגרוע מאחריות הנתבעת לפעול בתום לב כלפי התובעת. מושכלות יסוד הן כי עקרון תום הלב חל גם בשלב המשא ומתן טרם קבלה לעבודה. כך, בנוגע לחובת תום הלב הכללית החלה על הנתבעת וכך באשר לחובה המוטלת על הנתבעת מכוח חוק שוויון הזדמנויות. לשונו של חוק שוויון הזדמנויות ברורה וחד משמעית, על פיו הפליה בקבלה לעבודה - אסורה. בהתאם לכך, חלה על הנתבעת חובה להימנע מהפליה, גם בשלבי המשא ומתן וזאת גם אם לא נכרת בין הצדדים הסכם עבודה.

49. קביעותינו בעניין אחריות הנתבעת לפעול בתום לב כלפי התובעת גם בשלב ה"טרום הסכמי", יפים לטעמנו מקל וחומר בנסיבות המקרה דנן, בו כפי שקבענו לעיל, הוכח כי המשא ומתן בין הצדדים הבשיל והגיע לשלב מתקדם ביותר, ולמעשה הגיע אל "הישורת האחרונה" לאור הסמיכות הרבה לקראת חתימת הסכם בין הצדדים.

--- סוף עמוד 18 ---

50. לאור האמור לעיל, אנו קובעות כי הוכח בפנינו כי בין הצדדים לא נכרת הסכם, מאחר ולא סוכמו באופן סופי תנאים מהותיים אשר עניינם בתנאי השכר והתנאים הנלווים. עם זאת, אין בקביעה זו כדי לגרוע מאחריותה המוגברת של הנתבעת לנהוג בתום לב ובשוויון כלפי התובעת.

<u>עבודה רציפה למשך שנה -</u>

51. לטענת הנתבעת הובהר לתובעת בזמן אמת כי המשרה המוצעת כוללת דרישת סף של זמינות לעבודה רציפה במשך שנה. התובעת טענה מנגד כי מעולם לא נאמר לה כי קיימת דרישה כאמור.

52. כאמור לעיל עמדו בפנינו שתי גרסאות. מחד, גרסתה של גב' סימון, אשר הצהירה כי הבהירה לתובעת כי עליה להיות פנויה לעבודה לתקופה ממושכת ורציפה שלא תפחת משנה שלמה (ס' 12 לתצהירה). מאידך, גרסת התובעת אשר הצהירה כי מעולם לא צוין בפניה כי המשרה דורשת זמינות לשנה, לא בראיונות העבודה ואף לא בשיחות הטלפוניות(ס' 21 לתצהירה) .

53. לאחר שמיעת העדויות ,עדיפה עלינו גרסת התובעת אל מול גרסת עדי הנתבעת וזאת מאחר ועדות התובעת הייתה משכנעת ומהימנה עלינו ועלתה בקנה אחד עם תצהירה. התובעת העידה בעניין זה כי-

ש. סיגל שנמצאת בחוץ, אומרת בתצהירה שהיא אמרה לך בפורש שמדובר במשרה שדורשת לפחות שנה?

ת. זה לא מדויק. מאוד לא. המילה שנה למטב זכרוני ואני זוכרת הרבה מאוד פרטים, המילה שנה לא הוזכרה. בראיון שאלו אותי מה הכוונת שלי לתקופה הבאה. צינתי שאני לא מחפשת סטוץ לטווח קצר. תקופה של שנה לא זוכרת שזה הוזכר בראיון או בטל'.

ש. את אומרת למטב זיכרונך, אולי זה נאמר ואת לא זוכרת?

ת. את הפרט הזה אני מדייקת. המילה שנה לא הוזכרה. אם הייתי חושבת שמדובר במשרה לפחות לשנה, והייתי מרגישה שהמעסיק מחפש מנהל לתקופה קצובה וקצרה יחסית, אני משוכנעת וגם על פי אופיי לא הייתי מבזבזת את זמני לראיון עבודה.

ש. האם אמרו לך שיש תקופת מינימום של שנה, את אומרת שאם זו היתה תקופה קצרה לא היית נגישת למועמדת, אמרו לך שמדובר לפחות בשנה?

ת. לא אמרו לי שמדובר לפחות בשנה.

--- סוף עמוד 19 ---

ש. לך יש ניסיון רב כך טענת, את סבורה, שדברנו עליו ממושכות היום, שאין צורך בפרק זמן כזה מנימלי של שנה להקים מוקד מאפס, את בעצמך גם אם לא אמרו לך, לא הבנת לבד שזה תקופה שצריכה להיות לפחות שנה?

ת. אני הבנתי שמדובר בתהליך שהוא בהרבה יותר משנה. רחוק מאוד יותר משנה"(עמ' 5 לפר' ש' 1 – 29).

54. נוסיף, כי גרסת עדי הנתבעת בדבר הדרישה להתחייבות רציפה של שנה לא גובתה בראיות כלשהן. טענת הנתבעת כי המשרה כללה דרישת סף של עבודה רציפה במשך שנה, נוגעת לדרישה מהותית לתנאי התפקיד. הדעת נותנת, כי על הנתבעת היה להביא לידי ביטוי דרישה זו באופן ברור גם בכתב, ככל שקיימת דרישה כה מהותית אולם, הנתבעת לא הוכיחה כי עשתה כן. כמו כן הנתבעת לא הוכיחה כי דרישה זו צוינה במודעת הדרושים אשר פרסמה ואף לא הוכח כי הובהרה הדרישה עוד במועד הריאיון הטלפוני אשר נערך עם התובעת. בעניין זה נפנה לעדות גב' סימון אשר העידה כי-

ש. בתצהירך התגלה לפתע שאמרת לתובעת שהיא צריכה לעבוד תקופה רציפה שלא תפחת משנה, ס' 12 לתצהירך – תפני אותנו למסמך כלשהו בו העלית דרישה זו על הכתב?

ת. לא העליתי בכתב.

ש. במודעת הדרושים שפרסמת כתבת זאת?

ת. לא זוכרת. אם את אומרת שלא – אז לא.

ש. למה לא צרפת את מודעת הדרושים לתצהירך?

ת. לא זוכרת שכותבים תנאי עבודה במודעת הדרושים. בכל מודעת דרושים.

ש. זו דרישה בסיסית לעבוד שנה ואת לא כותבת זאת?

ת. חוזרת שוב. תנאים של עבודה בתוך מודעת דרושים זה לא משהו שהוא כורך המציאות., הרבה מודעות דרושים מסתכמות במספר מלים בודדות"(עמ' 5 לפר' ש' 1 – 29).

55. הנתבעת הציגה הודעת דואר אלקטרוני אשר נשלחה על ידי גב' סימון לחברתה, ונועדה לאתר מועמדים למשרה. גם בהודעת זו לא צוינה דרישת הנתבעת בדבר עבודה רציפה במשך שנה, וכך נרשם- "**אני כרגע עובדת באיל מקיאג' (מנהלת רשת המכללות), אנחנו מקימים מוקד טלמרקטינג ואני מחפשת מנהל/ת להקים ולנהל את הפעילות הנ"ל. אם יש לך קו"ח מתאימים...אשמח**". משנדרשה גב' סימון לנושא זה העידה כי-

--- סוף עמוד 20 ---

ש. מפנה למייל ששלחת לעליזה, עמ' 26 לתצהיר התובעת, המייל הראשון, את כותבת לה אנו מקימים מוקד... ואני מחפש מנהל... הנ"ל – גם במייל זה לא כתבת לה שאת מבקשת להבהיר שמדובר במשרה עם התחייבות לשנה?

ת. המיילים האישיים שלי אמורים להיות בתיק ללא הסכמתי?

לשאלה שוב – לא נכנסת לפרטים האלה. היא לא מישהי שהיא חברה של חברה, שנמצאת בעולם המוקדים. אני לא שוכרת את שרותיה ולכן לא פירטתי את תנאי המשרה".

56. לא זו בלבד שגרסת הנתבעת לא גובתה בראיות, אלא שמהראיות שהוגשו עולה כי דרישה כאמור כלל לא הועלתה על ידי הנתבעת בזמן אמת. מעיון בתמליל השיחה הטלפונית שנערכה בין התובעת לגב' סימון (נספח 6 לתצהירה של התובעת), עולה כי גב' סימון לא ציינה בפני התובעת בזמן אמת כי תנאי מהותי לקבלת המשרה כולל דרישת עבודה רציפה במשך שנה, אלא הבהירה כי הדגש הינו על משרה המיועדת לטווח ארוך. בעניין זה נפנה לתמליל -

"ימית: אם אתה מחפש מנהל לא לטווח של שנה או חצי שנה, מחפש אותו לשנים הקרובות, כי גם את עבדת במקום עבודה שלך, אני מניחה שיותר משנה, יותר משנתיים, אתה מסתכל על מקומות עבודה שאני עבדתי בהם איזה חמש שנים, אתה לא מסתכל על הישורת הקרובה אליך, אתה מסתכל לטווח הארוך. ככה אני רואה את המנוהלים שלי, ככה אני מצפה מאנשים שיתנהלו, אנשים שבאים לטווח הקצר ומתנהגים כמו אנשים שמתנהגים לטווח הקצר ...

סיגל: לא, זה היה ברור שהכוונה היא לטווח ארוך" (עמ' 5 לתמליל, נספח 6 לתצהיר התובעת).

57. מצאנו כי יש בדברים אלו כדי לתמוך בגרסת התובעת ולהחליש את גרסת הנתבעת. עדותה של גב' סימון חיזקה את גרסת התובעת לפיה הובהר לה כי מדובר בעבודה לטווח ארוך ולא דובר על דרישת סף כלשהי, וכך העידה-

ש. מפנה לתמליל השיחה שלכם, עמ' 36, שורה 21 – "... טווח ארוך?

ת. העבודה היא לטווח ארוך. אין שאלה.

ש. את מדברת איתה אחרי שהיא מספרת לך על ההריון, אחרי כל התהליך ואת לא אומרת לה בשום מקום, בשיחה שלכם אבל ידעת שזה לשנה?

ת. זה לא העניין. העניין היה סביב העיתוי של פתיחת המוקד וזמן חופשת הלידה.

ש. את אומרת ששנה היה תנאי בסיסי והכרחי לתפקיד הזה, שנה רציפה, ועדין בשיחה הזאת את לא אומרת על הדרישה הזאת?

ת. לא מצליחה להבין על מה השאלה"(עמ' 21 לפר' ש' 14 – 19).

--- סוף עמוד 21 ---

58. מסקנה דומה עלתה מעדותו של הנתבע 2 אשר העיד בעניין זה כי-

"ש. "לטענתך המשרה הספציפית הזאת דרשה מחוייבות לשנה לפחות?

ת. נכון.

ש. תפנה למסמך כלשהו, שהעלתה זאת על הכתב?

ת. אין לי בכתב. אם היו לי שתי עובדות כאלה בחברה זה היה מצויין אולי יכולנו לתמרן. אתה לוקח מומחה אחד למגזר פעילות שאין לנו בחברה. לפחות אני צריך שהוא יהיה בעבודה. לא יודע אם הוא טוב או רע.

ש. נכון שמעולם לא אמרתם לתובעת שיש התחייבות לשנה למשרה הזאת?

ת. היא לא שאלה אותי לכמה זמן המשרה. היא אמרה לי שהיא לפה לזמן ארוך ואמרתי לה שאנו לא מגייסים אף אחד לזמן קצר"(עמ' 26 לפר' ש' 31-25).

59. בפי הנתבע 2 לא היה הסבר מספק מדוע לא הציגה הנתבעת תרשומות בדבר הראיונות שנערכו עם התובעת, ומשנדרש לנושא זה השיב-

"ש. למעשה לא צרפת אף אחת מהתרשומות שערכת עם התובעת.

ת. איזה תרשומות? ישבתי איתה פעם אחת 10 דקות. איזה תרשומות יכולות להיות. לא ערכתי.

ש. חברה שמעסקיה 300 או 400 עובדים, אל עורכת תרשומות לראיונות עבודה במיוחד לתפקיד בכיר.

ת. את צודקת, אך לא אני גייסתי אותה. רק נקראתי לומר מה דעתי על המועמדת. סיגל כנראה ערכה תרשומות.

ש. למה לא צרפת את אותן תרשומות מסיגל

ת. לא ביקשו ממני. ביקשו ממני רק להגיע היום"(עמ' 25 לפר' ש' 10-3).

60. הנתבעת אשר טוענת לדרישת רציפות לשנה נדרשת להרים את נטל ההוכחה ולהוכיח גרסתה במסמכים וראיות, אשר חזקה כי יימצאו בידה. חרף זאת, הנתבעת לא עשתה כן. לאור האמור לעיל, שוכנענו כי טענת הנתבעת בדבר זמינות לעבודה רציפה במשך שנה הועלתה על הכתב לראשונה רק בדיעבד, במסגרת כתב הגנתה (ס' 69לכתב ההגנה), לאחר שהחליטה על ביטול מועמדות התובעת לתפקיד.

<u>האם אי קבלת התובעת לעבודה מהווה אבחנה מותרת או אפליה פסולה -</u>

61. לטענת הנתבעת, בחרה שלא להעסיק את התובעת משיקולים עסקיים ולגיטימיים. הכשרתה התובעת עתידה הייתה להימשך כשלושה חודשים, לאור היעדר ניסיונה בתחום הקוסמטיקה, תחום עיסוקה של החברה. בהמשך לכך,

--- סוף עמוד 22 ---

היה על התובעת להקים את מוקד הטלמרקטינג ובמסגרת זאת לגייס כוח אדם ולהכשיר את המגויסים ולפתוח את המוקד ולנהלו. לפיכך, המוקד היה עתיד להיפתח לאחר כחצי שנה, בעוד התובעת הייתה עתידה ללדת ולצאת לחופשת לידה באותו מועד. מכאן, כי התובעת הייתה עתידה להיעדר בשלב קריטי ביותר מבחינת הנתבעת, שלב פתיחת המוקד.

62. הנתבעת הדגישה, כי להריונה של התובעת לא היה כל משקל בקבלת ההחלטה בעניינה והסיבה להיעדרותה כלל אינה רלוונטית להבדיל מההיעדרות עצמה, אשר מהווה הצדקה עניינית לאי קבלת התובעת לעבודה.

63. עוד טענה הנתבעת, כי היעדרות התובעת הייתה דורשת הכשרת מחליף. לשיטת הנתבעת, אף התובעת הודתה כי רק במהלך יוני 2014, יכולה הייתה לגייס אחראי משמרת אשר יחליף אותה וכי זמן הכשרתו של אחראי המשמרת במקום עבודתה הקודם ארך חצי שנה. כלומר רק בחודש דצמבר 2014 אותו אחראי המשמרת עתיד היה להיות מוסמך לנהל את המוקד, בעוד במהלך חודש 9/14 הייתה התובעת עתידה ללדת ולא ניתן היה להשלים את הכשרתו של אחראי המשמרת. לטענת הנתבעת, אין זה הגיוני כי לאחר הכשרת המועמד יצא המועמד לניהול המוקד (התובעת) לחופשה ולנעליו הגדולות ייכנס אחראי משמרת מאחר והמוקד עתיד היה להיבנות על הכישורים והיכולות של המועמד לניהול המוקד.

64. הנתבעת הוסיפה וטענה כי מאחר והתובעת הייתה בהריון, החל מחודש 5/14 אסור היה לתובעת לעבוד שעות נוספות לכן בשיא לחץ העבודה, לא יכולה התובעת לעבוד בשעות נוספות. על כן, התובעת לא יכלה למלא את התפקיד על כל דרישותיו ומועמדותה נופלת לגדר החריג הקבוע בפסיקה, על פיו היעדרות התובעת יוצרת קושי חריג, במידה בה ניתן לקבוע כי הפלייתה מתחייבת ממהות המשרה. לעניין זה הפנתה הנתבעת לפסק הדין בעניין עב 10355/06 **אדוה צפון נ' נאמן ייעוץ והכוונה לגיל הזהב בע"מ** (פורסם בנבו, 13.1.10; להלן: **עניין אדווה צפון**). לעמדת הנתבעת, כנגד חופש העיסוק לא עומדת החובה להעסיק ולכן אל מול זכויות התובעת עומדות זכויות החברה שלא להעסיקה.

--- סוף עמוד 23 ---

65. הנתבעת העלתה שתי טענות נוספות- **האחת**, כי אין להתעלם מהעובדה שבסופו של יום המוקד לא נפתח ולא בוצע שום אקט של אפליה שכן החברה חזרה בה מהרצון לגייס מועמדים. **השנייה**, כי מדובר בחברה המנהלת את עסקיה בצורה שוויונית ומעסיקה מאות נשים, ביניהן נשים הרות ונשים ששבו מחופשת לידה ואף קהל לקוחותיה של החברה מורכב רובו מנשים (ס' 7 לתצהירו של הנתבע 2).

66. מנגד טענה התובעת כי הוכיחה כי הסיבה בגינה לא החלה את עבודתה בחברה הינה בשל הריונה והתנהלות החברה מהווה הפליה. סמיכות הזמנים בין הודעת התובעת בדבר ההיריון לבין ההחלטה שלא להעסיקה מקימה חזקה כי ההחלטה שלא להעסיקה נבעה מהריונה, בשל אפליה.

67. עוד טענה התובעת, כי הוכיחה כי המוקד עתיד היה להיפתח בחודש 6/14, שלושה חודשים לאחר תחילת עבודה ושלשה חודשים טרם תאריך הלידה. לכן, טענת הנתבעת כי התובעת הייתה צפויה לצאת לחופשת לידה מיד עם הקמת המוקד כלל אינה נכונה. בנוסף, המבחן האם האפליה מתחייבת מאופי התפקיד אם לאו הינו מבחן אובייקטיבי, תחושת המנהלים בנתבעת כי התובעת לא תוכל למלא את התפקיד בשל חופשת לידה היא תחושה סובייקטיבית מפלה.

68. עוד טענה התובעת כי היה ותתקבל גישת הנתבעת, כל מעסיק אשר לא יקבל אישה בהריון לעבודה בשל העובדה כי צפויה היא להיעדר בחופשת הלידה, יוכל להסתמך על החריג הקבוע בסעיף 2(ג) לחוק ובכך להכשיר אפליה פסולה. זהו בדיוק המצב אותו בקש המחוקק למנוע והפסיקה קבעה כי על המעסיק לספוג את "המחיר" הנובע מכך למען השגת השוויון שהוא ערך עליון.

69. התובעת הצהירה והעידה, כי התכוונה לחלוק עם בן זוגה את חופשת הלידה ולקצרה באופן משמעותי. נוכח העובדה כי עתידה הייתה ללדת ביום 1.9.14, חופשת הלידה חלה בתקופת החגים כך שהנזק שהיה צפוי להיגרם היה קטן יחסית לאור ימי העבודה המעטים ממילא בתקופה זו.

--- סוף עמוד 24 ---

70. עוד הבהירה התובעת, כי יכולה הייתה לעבוד שעות נוספות, בהתאם להוראות חוק עבודת נשים – תשי"ד – 1954 (להלן: **חוק עבודת נשים**). כמו כן, לו התובעת הייתה מתפטרת לאחר תחילת העבודה או נעדרת בשל מחלה ממילא היה על הנתבעת להיערך למחליף ואין מדובר בהיערכות מיוחדת ושונה מהיערכות הנדרשת לגבי כל עובדת בחופשת לידה.

71. התובעת הוסיפה וטענה כי על פי פסיקת בית הדין הארצי אין בכך כי הנתבעת מעסיקה נשים אחרות כדי להוכיח כי לא הייתה אפליה. בהתייחס לטענת הנתבעת כי המוקד כלל לא הוקם ולכן לא התגבשה אפליה, טענה התובעת כי מדובר בהרחבת חזית אסורה אשר לא נטענה בכתב ההגנה או בתצהירי הנתבעים.

72. טרם נכריע בטענות הצדדים, נזכיר מושכלות יסוד, כפי שסוכמו בפסק דינו של בית הדין בעניין עב (ת"א) 10355/06 **אדוה צפון-בנימין נ' נאמן יעוץ והכוונה לגיל הזהב בע"מ** (כב' סגנית הנשיאה לאה גליקסמן כתוארה דאז, פורסם בנבו, 13.1.10): "**25.סיכומו של דבר: ככלל, אישה מועמדת לעבודה אינה חייבת לגלות את העובדה כי היא בהריון. לכלל זה עשויים להיות חריגים בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן כגון: העדר אפשרות לבצע את התפקיד בתקופת הריון (למשל – עבודה הכרוכה בחשיפה לקרינה האסורה על אישה בהריון); העבודה המוצעת היא עבודה לתקופה קצובה קצרה, כך שלהיעדרות העובדת במהלך ההריון או חופשת הלידה השלכה החורגת מההשלכות הרגילות של היעדרות עקב הריון או לידה. ויובהר: אין די בכך שההיעדרות תיצור קושי או תטיל נטל כלכלי על המעביד, שכן כאמור הנטל לשאת באלה מוטל על המעביד מכוח החקיקה, וזאת כאיזון לעקרון השוויון. מדובר במצבים בהם היעדרות יוצרת קושי חריג, במידה בה ניתן לקבוע כי הפליית אישה בהריון מתחייבת ממהות התפקיד או המשרה, כאמור בסעיף 2(ג) לחוק השוויון".**

73. עוד נזכיר, כי בהתאם להלכה, המבחן לבחינת השאלה האם מדובר באפליה הינו מבחן אובייקטיבי - "**...השאלה אינה אם המעביד חושב (סובייקטיבית) כי דרישות התפקיד מתחייבות ממהות התפקיד. השאלה הינה אם דרישות התפקיד מתחייבות באופן סביר ממהות התפקיד ...כמובן, בקביעת המתחייב**

--- סוף עמוד 25 ---

באופן סביר ממהות התפקיד יש להתחשב בהגדרת התפקיד על־ידי המעביד. בסופו של דבר, זהו עסקו שלו. עם זאת המעביד אינו המכריע, ומילתו שלו אינה המילה האחרונה. דעתו שלו – ודעתם של מעבידים אחרים באותו סוג של עסק – תובא בחשבון כאחד הנתונים הקובעים את המתחייב באופן סביר ממהות התפקיד. עם זאת, כאשר המעביד פועל מתוך מניע של הפליה, לא ניתן לראות את דרישות התפקיד כמתחייבות באופן סביר ממהות התפקיד. כאשר המעביד פועל מתוך מניע של שוויון, אין מחשבתו הסובייקטיבית מכרעת. המבחן הוא אובייקטיבי. ...

ודוק: בית־המשפט אינו מנהל את עסקו של המעביד. ניצול העסק הוא עניינו של המעביד. זו הפרוגטיבה שלו. אך כמו כל כוח אחר במדינת חוק, כוח זה, פרוגטיבה ניהולית זו, מוגבל הוא על־ידי החוק כפי שנתפרש על־ידי בית־המשפט"(ראו- דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה פ"ד נד(5) 330).

-

74. אם כן, בהתאם לעקרונות אותם התוותה ההלכה, הנטל על הנתבעת להוכיח כי החריג הקבוע בסעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות ("**אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה**"), מתקיים. נוסף על כך, המבחן לבחינת השאלה האם מדובר באבחנה מותרת וקיומו של החריג או באפליה פסולה, הינו מבחן אובייקטיבי. לאורם של עקרונות אלו, בחנו את התנהלות הנתבעת ומצאנו כי הנתבעת לא הרימה את הנטל להוכיח כי מתקיים בעניינה החריג הקבוע בסעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות, מהטעמים אותם נפרט להלן.

75. **ראשית,** טענת הנתבעת כי התובעת עתידה הייתה להיעדר מעבודתה במועד הקריטי ביותר, זמן פתיחת המוקד, הופרכה על ידי התובעת. הוכח בפנינו כי הכשרת התובעת הייתה עתידה להסתיים בחודש 6/14, בעוד התובעת הייתה עתידה לצאת לחופשת לידה בחודש 9/14. מכאן, כי טרם צאתה של התובעת לחופשת לידה, יכולה הייתה התובעת לעבוד וללוות את המוקד במשך 3 חודשים לאחר הקמתו, פרק זמן נאות וממושך. בעניין זה נפנה לעדות גב' סימון אשר העידה כי-

"ש. מפנה לס' 9 לתצהירך – את מתארת מה כרוך בהקמת מוקד טלמטינג, ועל תקופת ההכשרה שצריך מנהל המוקד לעבור?

--- סוף עמוד 26 ---

ת. נכון.

ש. אני מבינה שתהליך כזה אורך 3 חודשים>?

ת. פחות או יותר.

ש. זאת אומרת מנהל המוקד היה אמור להיקלט בחודש 3/14 לפי ס' 9 לתצהירך, במקרה של התובעת אם היא היתה מתקבלת זה היה סוף חודש 2, והמוקד נפתח בחודש 6/14 – נכון?

ת. אמור. נכון"(עמ' 19 לפר' ש' 3 – 6).

76. **שנית,** גם טענות הנתבעת בדבר הקושי הכרוך באיתור והכשרת מחליף לתובעת, כנימוק ענייני לאי קבלתה לעבודה, דינן להידחות. הנתבעת לא הציגה גרסה עובדתית הנתמכת בראיות המוכיחה כי התובעת לא הייתה עומדת בלוח הזמנים הנדרש להכשרת ממלא מקום. תחת זאת, הסתפקה הנתבעת

בהפניה לתשובות התובעת בחקירתה, לגבי משך הזמן הנדרש להכשרת מחליף בתפקידה הקודם. אולם, התובעת הסבירה בעדותה כי לא ניתן להקיש ממשך הזמן הנדרש להכשרת ממלא מקום בעבודתה הקודמת לתפקידה אצל הנתבעת, לאור השוני המהותי בין התפקידים. תפקידה הקודם של התובעת כלל ניהול של ארבעה מוקדים ו – 80 עובדים בעוד תפקידה בנתבעת כלל ניהול מוקד אחד ו – 15 עובדים בלבד. מצאנו כי התובעת הוכיחה כי הייתה מצליחה להכשיר מחליף בפרק הזמן הנדרש וכדבריה-

ש. מנסיונך, כמה זמן לדעתך היה לוקח לך ללמוד על החברה ולהתמקצע בה ספציפי ולהקים את המוקד, לגייס את האנשים, לקנות את הציוד וכו'? מה פרק הזמן לדעתך זה היה לוקח?

ת. אחלק את התשובה לכמה חלקים: החלק הראשון של הבנוי או הגדרת המקום או התשתית עובדת במקביל להגדרת תהליכי עבודה ומרכזי הערכה, בנית פרופיל, נציג והכל. אני מניחה שעם הניסיון שלי לומר 3 חודשי הקמה, זה מאוד מתחבר למציאות. זה מאוד ריאלי. שלושה חודשים אתה יכול להיות במצב שבו את אומר בוקר טוב לקורס הראשון. עתה סימתי את הקורס השני בחברה בה אני עובדת ולקח לי כדי לגייס 10 אנשים ולהביא אותם למצב של השלב הראשון של הקורס, לקח לי חודש. זה מקום שקשה לגייס בו בשל המקום הגאוגרפי. אני עוסקת בתיירות במכירת טיסות סדירות, חבילות נופש ותיירות פנים, מדובר בפרופיל סוכן מאוד מורכב, ולמרות המיקום, לוקח לי חודש. מדובר כאן בשני קורסים אחד אחרי השני.

ש. קורסי אפור זה משהו יותר מורכב?

ת. לא מסכימה עם ה5אמירה.

--- סוף עמוד 27 ---

ש. אמרת בתחילת החקירה, שרק למצוא לך מחליף בסמרט ולהכשירו לקח חצי שנה, על משהו שקיים ועובד את כבר ניהלת אותו בכישרונך הרב, ואחרי כל זאת לקח חצי שנה ופה את אומרת לנו...

ת. לא רצו לשחרר אותי. המציאו סיבות.

ש. את אמרת שלקח חצי שנה למצוא ולהכשיר מחליף חדש במקומך?

ת. נכון.

ש. להקים את המערך לרבות מציאת אחראי משמרת זה לוקח רק 3 חודשים?

ת. בחב' סמארט ניהלתי חטיבת מוקדם של 80 אנשים. מדובר ב 4 מוקדים שונים במקביל. בנתבעת מדובר במוקד קטן של 15 אנשים. מה גם, שבחב' סמארט למען האמת, הזמן התארך, לא הקשיתי על המנהל שלי על מציאת מחליף, הייתי אמביוולנטית בענין העבודה ואני חייבת לציין שלמצוא מחליף של חטיבה של 4 מנהלי מוקדם ואופירציה מורכבת ביחס למוקדך של 15 אנשים, ואני רוצה לציין שהייתי ראש צוות ניהלתי 27 אנשים, כך שלנהל מוקד של 15 מדובר באתג4ר שעמדתי בו והוכחתי את עצמי. למצוא מחליף בהקשר זה זה לא מורכב. מדובר במישהו שיושב על במת הניהול ומנהל את המשמרת. זה לא המצאה מופרכת. אחמ"ש קיים בכל מוקד שבו ניהלתי, זה משהו ברור. מדובר במחליף לחודש וחצי כי בעלי התכוון לצאת לחופשת לידה.

ש. מתי התכוונת להתחיל בתהליך של גיוס אחמ"ש?

ת. בשלב סינון המועמדים, בשלב הראשון לברור את האדם המתאים. מי שעוסק במוקד הרבה זמן מכיר אנשים שעוסקים בתחום ולא מתחילים מאפס.

ש. אחד מהמוקדנים הוא היה צריך למלא את מקומך בהעדרך.

ת. או שהייתי בוח4רת מתוך המגוון הרחב של האנשים שאני מכירה, אדם שלא מתחילים איתו מאפס. זה מאוד טבעי במוקדים להביא אנשים שאתה מכיר.

ש. אותו אדם שאת מכירה או מגייסת כמוקדן, הוא שאין לו את כל הניסיון הרב וההכשרות שיש לך, הוא יכול להחליפך בהצלחה?

ת. כמו שאמרתי, אני מניחה שהייתי נגישת למלאכה הייתי בוחרת אדם שיש לו ניסיון. לתת לאדם מיומנויות של מנהל, אם אינו מתחיל מאפס, אלא הוא כבר שנה במוקדים ומכיר את האווירה מדובר בעבודה שהיא קלה. לראיה היום המוקד שאני מנהלת אותו כולם היו הסוכנים שלי ונציגים ושלושת המנהלים שלי והאחמ"שים והרפרנט, כולם צמחו מבפנים. זאת העבודה שלי. אני יודעת להפוך אנשים למנהלים. זה תחום העסוק שלי" (עמ' 5 לפר' ש' 19-31, עמ' 6 לפר' ש' 1 - 29).

77. נוסף על עדות התובעת מצאנו להפנות לתצהיר התובעת אשר עלה בקנה אחד עם עדותה: **"...היה לי חשוב לשתף אותה בשמחה ובהתרגשות כי אני בשבוע ה 9-10 להריון...באותו רגע סיגל הייתה בשוק והתחילה לתחקר אותי על ההיריון ולצייר לעצמה ציר זמן. סיגל שאלה מתי צפויה הלידה וסיפרתי**

--- סוף עמוד 28 ---

לה שמכיוון שמדובר בניתוח קיסרי קבוע מראש אני יודעת בדיוק מתי אני צפויה ללדת, שיש מספיק זמן על מנת לגייס את הצוות, להכשיר אותו ואפילו להכשיר אחמ"ש שיחליף אותי בתקופת חופשת הלידה...בוודאי שניתן היה לבחור עובד שמראש יוגדר כמי שצפוי להחליף אותי במהלך חופשת הלידה הקצרה שהייתה צפויה לי. כמו כן ציינתי בפניה שמדובר בלידה שלישית וכי אני רגילה אומנם להיות בחופשת לידה אבל להישאר מחוברת וזמינה לעבודה ככל שהדבר יידרש. מה גם שמדובר בתפקיד אותו מילאתי כבר שלוש פעמים ברציפות (למעשה משנת 2006), כאשר דרישות הנתבעת היו נמוכות ביחס לניסיוני, כך שלא נדרשה לי למידת התפקיד אלא רק הכרת המוצר"(ס' 32 – 34 לתצהירה).

78. **שלישית,** יש לדחות אף את טענת הנתבעת בדבר אי יכולת התובעת לעבוד בשעות נוספות כנימוק לאי קבלתה לעבודה. מתצהירה ומעדותה של התובעת עלה כי התובעת נכונה הייתה להשקיע שעות רבות ומאומצות בעבודתה והתובעת הביעה נכונות ורמת מחויבות גבוהה ביותר לשם כך. עדות התובעת הייתה כנה ועלה ממנה כי היא מודעת היטב לצרכי המשרה (ראו עדות התובעת עמ' 4 לפ'). עוד נציין, כי בהתאם להוראת סעיף 10(ב) לחוק עבודת נשים, רשאי מעסיק להעסיק עובדת בהריון בשעות נוספות אם העובדת הסכימה לכך וניתן אישור רפואי. לפיכך, נימוק זה אינו יכול לעמוד לזכות הנתבעת.

79. **רביעית,** הוכח בפנינו כי המשרה אשר הוצעה לתובעת לא הייתה משרה לטווח קצר אלא משרה לטווח ארוך (ראו דברי גב' סימון עמ' 5 לתמליל, נספח 6 לתצהיר התובעת, עדות גב' סימון בעמ' 21 לפר' ש' 14 – 19, עדות הנתבע 2 בעמ' 26 לפר' ש' 31-25). יש במאפיין זה של המשרה כמשרה לטווח ארוך, כדי לחזק את גרסת התובעת, כי לא היה בהיעדרותה הצפויה לחופשת לידה כדי לפגוע במשרה. בהקשר זה, נוסיף כי אומנם התובעת הוכיחה כי עתידה הייתה להיעדר תקופה מינימלית מעבודתה, כאשר בכוונתה הייתה ליטול חופשת לידה מקוצרת ולהתחלק עם בעלה (עמ' 6 לפר' ש' 16-15) ומאחר וחלק מחופשת הלידה ארע בתקופת החגים. בפועל התובעת אכן התחילה לעבוד במקום עבודה חדש ביום 17.11.14, פחות מחודשיים לאחר יום הלידה (ס' 39 לתצהירה של התובעת). אולם, לטעמנו אף ללא שיקולים אלו, היה על הנתבעת

--- סוף עמוד 29 ---

לאפשר לתובעת להתקבל לתפקיד, כאשר בנסיבות המשרה המוצעת, לא חלה על התובעת כל חובה להתחייב מראש לקיצור חופשת הלידה.

80. זאת ועוד. שקלנו את עדותה של גב' סימון לפיה **"יום פתיחת המוקד זה הזמן הכי קריטי..."** (עמ' 18 לפר' ש' 18 – 32). וכן **"זה כמו לקחת זמר שצריך להופיע בהופעה, להכשירו ולאמנו וביום ההופעה הוא לא יהיה"** (עמ' 19 לפר' ש' 3 – 6). אולם לא מצאנו כי יש באמירות אלא הבעת דעה סובייקטיבית. הנתבעת לא הוכיחה בפן האובייקטיבי, כי נבצר ממנה להעסיק את התובעת במשרה המוצעת, מאחר והיעדרותה תגרום לנתבעת נזק חריג. טענות

הנתבעת לגרימת נזק, הינן בגדר אמירות כלליות בעלמא הנוגעות לנזק כלכלי אשר ייגרם לנתבעת (ראו- ס' 22 לכתב ההגנה, וכן עמדת הנתבעים, עמ' 2 לפר' ק"מ מיום 12.1.15). את החריג הקבוע בסעיף 2(ג) לחוק יש לפרש בצמצום ואין די בנזק כלכלי למעסיק וחוסר נוחות, כשיקולים המצדיקים אי קבלת התובעת לעבודה.

81. **חמישית**, לעניין טענת הנתבעת כי אל מול חופש העיסוק לא קיימת החובה להעסיק, נטעים כי דווקא באותם מקרים בהם מדובר במועמדת אשר מתאימה לתפקיד ואשר כל חטאה הינו הריונה וחופשת לידתה הצפויה, אנו סבורות כי דין החופש שלא להעסיק לסגת מפני עקרון השוויון.

82. **שישית**, באשר לטענת הנתבעת כי המוקד לא נפתח, הצדק עם התובעת והנתבעת לא ציינה עובדה זו בכתבי טענותיה או בתצהיריה לכן המדובר בהרחבת חזית אסורה. מעבר לאמור ולגופו של עניין אנו סבורות כי אין בכך כדי לשנות את עצם קיומה של האפליה או כדי לגרוע מהפיצוי הבלתי ממוני לו זכאית התובעת, נוכח הפגיעה בכבודה והצורך בהרתעת ציבור המעסיקים. בדומה, גם טענת הנתבעת כי הינה מעסיקה נשים רבות אין בה כדי להשפיע על נסיבות המקרה הקונקרטי של התובעת. באשר לטענת הנתבעת, כי הריונה של התובעת לא היווה משקל בהחלטתה אלא היעדרותה הצפויה בלבד, נציין כי מדובר באבחנה מלאכותית, מאחר והיעדרותה הצפויה של התובעת נובעת מהריונה. לפיכך, גם דין טענה זו להידחות.

--- סוף עמוד 30 ---

83. **לאור כלל הטעמים האמורים לעיל, אנו קובעות כי הנתבעת לא הרימה את הנטל להוכיח כי מתקיים החריג הקבוע בסעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות וכי אפליית התובעת מתחייבת מאופי המשרה אשר הוצעה לה. בנסיבות המקרה דנן, הוכח בפנינו כי הסיבה בגינה התובעת לא התקבלה לעבודתה הייתה אחת ויחידה והיא היעדרותה הצפויה בשל צאתה לחופשת לידה. העובדה כי הנתבעת שקלה לחובת התובעת את היעדרותה הצפויה מעבודתה עקב צאתה לחופשת לידה, אינה מהווה אבחנה מותרת, אלא אפליה פסולה.**

<u>שאלת תום הלב-</u>

84. לטענת הנתבעת, התובעת פעלה בחוסר תום לב, מאחר והקליטה את השיחה בינה לבין גב' סימון ו"הכינה את הקרקע לתביעה". הנתבעת הפנתה בעניין זה לפסק הדין בעניין ס"ע 28503-04-11 **הדס פישקין נ' הומטק שירותי כוח אדם בע"צ** (פורסם בנבו, 3.10.13; להלן: **עניין פישקין**). עוד טענה הנתבעת, כי התובעת המתינה עם הודעת היותה בהריון עד למועד הריאיון השלישי ולא הודיעה זאת קודם לכן, אף שהייתה מודעת לדרישות התפקיד. התובעת הכחישה את טענות הנתבעת כי פעלה בחוסר תום לב וטענה כי הנתבעת היא שהתנהלה בחוסר תום לב כלפיה ומנסה כעת להציג את המעוול כקורבן. אילו הייתה מכינה התובעת את הקרקע לתביעה, כטענת הנתבעת, הייתה מקליטה את השיחה בה הודיעה על הריונה. בנוסף, הקביעות בעניין פישקין נהפכו על ידי בית הדין הארצי.

85. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים, העדויות והראיות, אנו דוחות את טענת הנתבעת כי התובעת פעלה בחוסר תום לב. לא מצאנו כי דבק רבב בהתנהלות התובעת כלפי הנתבעת. **ראשית**, לא מצאנו כי הקלטת השיחה על ידי התובעת עולה כדי התנהלות בחוסר תום לב. בנסיבות המקרה דנן, עת הנתבעת הבהירה לתובעת בפגישה אחרונה כי לאור גילוי דבר הריונה, מועמדותה תישקל שוב (ס' 17 לתצהירה של גב' סימון), דומה כי זהו הכלי האחרון אשר נותר בידי התובעת לעמוד על זכויותיה. התנהלות הנתבעת, אשר הודיעה לתובעת בשיחה הטלפונית כי אכן לא תתקבל לתפקיד, או כדברי הנתבעת "**זה לא מסתדר**" (עמ' 1 ש' 6 לתמליל הקלטת השיחה בין גב' סימון לתובעת, נספח 6 לתצהיר התובעת), הוכיחה כי חשש התובעת היה מוצדק ואף התממש בסופו של יום. לעניין האמור בפסק דין פיסקין, הצדק עם התובעת ובעניין זה ניתן פסק דין על ידי בית הדין הארצי, אשר הבהיר כדלקמן: "**אין בהקלטת השיחות**

--- סוף עמוד 31 ---

כשלעצמה ותיעוד האירועים או הגשת תביעות נוספות כדי ללמד על חוסר תום לב; הוא הדין באשר לחיפוש עבודה הדורשת כישורים נמוכים יותר מכישורי המועמד/ת; הוא הדין באשר לחיפוש עבודה בתקופה בה המועמד זכאי/ת לדמי אבטלה; כמו כן, אין בעצם ההודעה של המועמדת, שהיא בהריון כדי ללמד על חוסר תום לב; כמו כן, אין בהצטבר הדברים כדי ללמד על חוסר תום לב וכל מקרה צריך להיבחן בנסיבותיו"(ראו-ע"ע 8230-11-13 **הדס פישקין ושדולת הנשים בישראל נ' הומטק שירותי כח אדם בע"מ ונציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה**, ניתן ביום 24.2.15, [פורסם בנבו] פורסם בדינים ועוד).

86. **שנית**, מושכלות יסוד הן כי הכלל הוא כי אין לדרוש מהמועמדת לגלות למעסיקה העתידי את דבר הריונה. ראו לעניין זה את פסיקתו של בית משפט העליון מימים ימימה, אשר יפה לענייננו בעת הזו, בעניין ע"א 201/62 חנה כהן נ. ידידיה זרזבסקי, פד"י טז, 2753, 2759)שם נקבע: "**אין דרכן של נשים להודיע למעבידיהן ששיחקה להן שעתן ונתברכה בטנן ונכנסו להיריון. דרכן של נשים היא לשמור דבר הריונן בסוד כמוס, משל כאילו אוצר גדול זה אין בו חלק ונחלה אלא לשני מוצאיו בלבד....ידיעה שכזאת אינה קיימת בידי המעביד אלא במקרים נדירים ביותר ויש להניח שהמחוקק יודע נפש האישה ואינו מצפה ממנה גילוי סודותיה בניגוד לטבעה**".

87. מאחר וכאמור לעיל, דחינו את טענת הנתבעת כי היותה של התובעת בהריון מהווה שיקול רלבנטי לתפקיד ומאחר וקבענו כי הוכח כי המשרה המוצעת הייתה לטווח ארוך ולא לטווח קצר, בנסיבות המקרה דנן לא חלה על התובעת כל חובה לדווח על הריונה בעת קבלתה לעבודה. לטעמנו, התובעת פעלה בתום לב, עת חרף היעדר חובה חוקית, בחרה לדווח לנתבעת על הריונה, במהלך הפגישה האחרונה עם נציגת הנתבעת, עת סברה כי קבלתה לעבודה מובטחת. התרשמנו מעדותה האמינה והכנה של התובעת, אשר נפגעה וחשה כי טעתה עת סיפרה לנתבעת על הריונה וכדבריה-

ש. בהמשך את אומרת שחשת צורך מאוד לשתף אותה – האם ספרת לה בשל החברות ביניכם או חשבת שיש לכך משמעות לתפקידך?

ת. ההריון לא היה קשור לתפקיד אותו אני רוצה לקבל. בתקופות ההריונות הקודמים שלי, זה ההיריון השלישי שלי, הניסיון מלמד שההשקעה שלי גדלה בתקופה הזאת ואני הופכת להיות אדם יותר אנרגטית בהריון. זה דבר שמח והשיחה קלחה

--- סוף עמוד 32 ---

למקום טוב. זה לא קשור לתפקיד אלא לעובדה שהשיחה היתה נעימה וחברותית. אם השיחה לא הייתה ידידותית אולי הייתי בוחרת לא לספר. הדברים נאמרו לגופו של אדם ולא לגופו של נושא.

...

ת. זה פרט אישי שלי. המילה הגון לא רלוונטי למשוואה של מועסק ומעסיק בשלב הזה.

לשאלה שוב – מאחר והמוקד היה אמור לקום ולפעול בחודש יוני אז אין רלוונטיות, ולא חודש אחרי, זה חצי שנה ולכן תשובתי היא לא.

ש. בשיחה שלך עם סיגל, זאת שתמללת, בעמ' 3 – שורה 16 – את אומרת שעשית את טעות חייך שהיית הוגנת ואמרת את האמת?

ת. במחשבה לאחור הייתי צריכה לשמור את המידע הזה לעצמי - כי אם לא הייתי מספרת הייתי כנראה עובדת שם. אני לא עובדת שם ולא התחלתי לעבוד בגלל שספרתי על ההיריון.

ש. בעמ' 6 לתמלול שורה 8- את אומרת לסיגל שבן אדם, זה לא נחשב התנהגות ראויה לא לספר על כך שנכנסת להריון, במקרה של התפקיד שלך? ועתה את אומרת שזה לא רלוונטי – מה נכון?

ת. במחשבה לאחור שאתה יושב בבית, אתה חושב, בעולם הערכים שלי שהוא לאו דווקא תואם את החוק, שמדבר על הודעה לאחר 5 חודשים, נראה לי נפלא להיות פתוח. אין שום חובה. העסקתי נשים בהריון שחלקם סיפרו וחלק לא. אם אתה שואל אותי, אני חושבת זה מאוד מאוד נכון לספר זאת למרות שהחוק לא מחייב אותי. השיחה התנהלה בסערת רגשות. הייתי 3 ימים אחרי שהתנהגו אלי בצורה משפילה באותו מעמד. הייתי נסערת. עבר עלי סופ"ש מאוד לא נעים. היה את העלבון. זה שיחה שהתנהלה בסערת רגשות. בסערת רגשות אדם מקצין את אמירותיו - כך אני לפחות.

ש. מתי כן התכוונת לספר על ההיריון?

ת. מאמינה שחודשיים שלושה קדימה יכלו לשרת את התפקיד נאמנה ולאפשר לי לומר את הדברים בזמן הנכון למרות שהחוק מאפשר לי 5 חודשים.

...

ש. בתצהירך בס' 45 ציטטת את מה שסיגל אמרה לך, לא ציטטת שאת הסכמת איתה שבטווח הקצר יש בעיה?

ת. לאחר שאני מעיינת בס' - בכל תפקיד גם אם אני היום אשבור רגל בתפקיד שלי כזה בכיר זה לא נוח. אני אשה ואני רוצה ללדת ולעבוד בצורה אינטנסיבית וזה הבחירה שלי"(עמ' 10 לפר' ש' 10- 16, עמ' 11 לפר' ש' 1 – 30).

88. עדות התובעת עלתה בקנה אחד עם דבריה בזמן אמת לגב' סימון, עת הודיעה לה האחרונה על אי קבלתה לעבודה (ראו-עמ' 3 ש' 13 – 18 לתמליל ההקלטה, נספח 6 לתצהיר הנתבעת): "**את יודעת, אני מבחינתי עשיתי את טעות חיי**

--- סוף עמוד 33 ---

שהייתי הוגנת, אני למדתי את השיעור שלי, אסור להיות הוגנים, אסור להיות ישרים, אסור להגיד את האמת, צריך להיות שחקן".

89. התנהלות הנתבעת, אשר מימשה את חשש התובעת והודיעה לתובעת על אי קבלתה לעבודה בגין הריונה, מהווה התנהלות פסולה, אשר ממחישה את הצורך החשוב במתן הגנה מפני אפליה מחמת הריון כבר בשלב הגשת המועמדות לעבודה. לנוכח האמור לעיל, אנו דוחות מכל וכל את ניסיון הנתבעת לייחס לתובעת חוסר תום לב. מהראיות אשר הוצגו בפנינו עלתה תמונה עובדתית הפוכה, לפיה הנתבעת היא שהתנהלה בחוסר תום לב כלפי התובעת.

<u>הסעדים הנתבעים-</u>

<u>הפסד שכר וזכויות סוציאליות-</u>

90. לטענת התובעת, לאור אפלייתה הינה זכאית לפיצוי כספי, כאשר יש לחשב את הזכויות הכספיות השונות להן היא זכאית על בסיס שכר של 14,000 ₪ ברוטו. לפיכך, הינה זכאית לסך של 98,000 ₪ ברוטו בגין 7 משכורות, בקיזוז דמי האבטלה, על הנתבעת לשלם לה סך של 74,123 ₪. התובעת הצהירה כי החלה לעבוד ביום 17.11.14 בחברת גוליבר, מיד עם תום חופשת הלידה המקוצרת אותה נטלה לכן הינה מוותרת על תשלום בגין התקופה המוגנת (60 יום) ותקופת ההודעה המוקדמת (30 יום). עוד טענה התובעת כי הינה זכאית לפיצוי בגין אובדן זכויות סוציאליות לתקופה המוגנת מפיטורים בסך כולל של 36,685 ₪, בגין – פיצויי פיטורים, פדיון חופשה, דמי הבראה, הפרשה לפנסיה (תגמולים חלק מעביד).

91. לטענת הנתבעת, התובעת לא הרימה את הנטל להוכיח כי הינה זכאית לפיצוי. לא ניתן לדעת האם התובעת הייתה מביאה את המוקד לנקודה בה עתיד היה להיפתח ולכן טענותיה הינן תיאורטיות בלבד. כמו כן, חישובי התובעת נסמכים על שכר שלא סוכם. עוד נטען כי התובעת אישרה כי חדלה מחיפושיה אחר עבודה לאחר דחיית קבלתה לתפקיד ויש בכך ללמד על "אשם תורם" של התובעת.

--- סוף עמוד 34 ---

92. כאמור לעיל, קבענו כי אין בידינו לקבל את טענת התובעת כי הוכח כי התקבלה לעבודה מאחר ותנאי שכרה טרם סוכמו במלואם. לפיכך, התובעת לא הוכיחה כי הינה זכאית לפיצוי בגין נזק ממוני כפי שנתבע על ידה, בגין העסקתה עד לתום חופשת הלידה. עם זאת, התובעת זכאית לפיצוי בגין נזק לא ממוני, לאור האפליה הפסולה אשר נקטה כלפיה הנתבעת, כפי שנפרט להלן.

מעבר לדרוש, מצאנו לנכון לציין, כי הוכח בפנינו כי התקופה בה הייתה זכאית התובעת לפיצוי בגין נזק ממוני, אילו הייתה זכאית כאמור, משתרעת מיום 16.2.14 (היום בו עתידה הייתה התובעת להתחיל לעבוד, עמ' 17 לפר' ש' 13 – 16) ועד ליום 21.7.14 בלבד, יום צאתה לחופשת לידה מוקדמת (ס' 56 לתצהיר התובעת).

93. שקלנו גם את טענת הנתבעת, כי לתובעת יש אשם תורם, מאחר ולא איתרה לעצמה עבודה ואין בידינו לקבלה. התובעת הצהירה כי עשתה כל שביכולתה כדי למצוא עבודה חלופית במהלך ההיריון (ס' 55 לתצהירה), אולם לא הצליחה לעשות כן, למעט עבודה כמשגיחה בבחינות בגרות. עוד הוכיחה התובעת כי בשל אי יכולתה למצוא עבודה, נאלצה לבקש לקבל דמי אבטלה ואף להקדים את חופשת הלידה (ס' 56 לתצהירה של התובעת). הנתבעת לא הפריכה את גרסתה זו של התובעת. לפיכך, הנתבעת לא הוכיחה כי יש להחיל על התובעת את עקרון האשם התורם.

<u>פיצוי סטטורי בגין הפרת חוק שוויון הזדמנויות ופיצוי בגין הפרת סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות)-</u>

94. לטענת התובעת, סעיף 10(א)(1) לחוק שוויון הזדמנויות קובע כי בית הדין רשאי לפסוק פיצוי אף אם לא נגרם לתובעת נזק ממון בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין. התובעת טענה כי הוכח כי אי קבלתה לעבודה בתקופה כה רגישה של הרחבת משפחתה גרמה לה לעוגמת נפש רבה, מצוקה כלכלית, מתח נפשי רב ותחושת תסכול אדירה. לפיכך, טענה התובעת כי הינה זכאית לסך של 50,000 ₪ ברוטו בגין רכיב זה.

95. עוד טענה התובעת, כי יש לפסוק לזכותה פיצוי בגין נזק לא ממוני בגין התנהגות בחוסר תום לב בשלבי המשא ומתן. לאור הציפיה וההסתמכות על

--- סוף עמוד 35 ---

העבודה בחברה, על כך ששינתה את מצבה לרעה בהסתמך על מצגי השווא של החברה וויתרה על עבודה אחרת, לפיכך יתבקש בית הדין לפסוק פיצוי בסך של 50,000 ₪.

96. לטענת הנתבעת, דין הסעדים אותם דרשה התובעת להידחות על הסף, כאשר בתי הדין אינם נוהגים לפסוק פיצויים אלו כעניין שבשגרה והיה על התובעת להציג סימוכין לטענות המופרכות הללו לפיהן נגרמו לה עוגמת נפש, כאב וסבל.

97. סעיף 10(א)(1) לחוק שוויון הזדמנויות קובע כי:

"(א) לבית-הדין לעבודה תהא סמכות ייחודית לדון בהליך אזרחי בשל הפרת הוראות חוק זה, והוא רשאי - (1)לפסוק פיצויים אף אם לא נגרם נזק ממון בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין; ואולם בהליך אזרחי בשל פגיעה כאמור בסעיף 7, רשאי בית הדין לעבודה לפסוק פיצוי שלא יעלה על 120,000 שקלים חדשים, ללא הוכחת נזק".

98. בית הדין הארצי עמד על תכליתו של סעיף 10 לחוק שוויון הזדמנויות בעניין עע (ארצי) 8582-02-13 **רשת הגנים של אגודת ישראל נ' שמחה בוסי** (פורסם בנבו, 13.10.16)) וכך נקבע: **"כבר נפסק, כי להוראת סעיף 10 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה שתי תכליות: התכלית האחת – לפסוק לעובד/ת שהופלה/תה מטעמים האסורים על פי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה פיצוי על הנזק הלא ממוני שנגרם, דהיינו פיצוי על עצם ההפליה, על הפגיעה בכבוד האדם ועל עגמת הנפש שגרמה ההפליה. התכלית השנייה – בדומה לתכליתן של הוראות חקיקה רבות בתחום משפט העבודה, המסמיכות את בית הדין לפסוק פיצוי "אף אם לא נגרם נזק של ממון" או לפסוק פיצוי "ללא הוכחת נזק"או לפסוק "פיצויים לדוגמה" היא לשמש -"כלי עונשי אפקטיבי להטמעת נורמות של זכויות ....על התכלית העונשית ההרתעתית של סעיף 10 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה עמד בית דין זה מכבר: "מטרות הפיצוי הן שתיים: פיצוי על נזק ממשי ופיצוי עונשי. מטרתנו בפסיקת פיצויים היא במקרה זה לחנך את המשיבה ואת ציבור המעבידים כולו על-מנת להשיג את המטרה הסופית של התנהגות שאינה מפלה כנגד פרטים ואינה ניזונה מסטריאוטיפים. לשם כך על הפיצויים להיות אפקטיביים".**

--- סוף עמוד 36 ---

99. במסגרת שיקולינו בקבלת ההחלטה בדבר גובה הפיצוי הבלתי ממוני לו זכאית התובעת, שקלנו את השיקולים הבאים: השלב המתקדם אליו הגיע המשא ומתן בין הצדדים, בסמיכות לחתימה על ההסכם; כישוריה של התובעת אשר התאימו למשרה, כאשר הסיבה היחידה בגינה לא התקבלה למשרה, הינה חופשת הלידה העתידית של התובעת; כן שקלנו, את הצורך בהעברת מסר הרתעתי לציבור המעסיקים; עוד שקלנו את השכר המשוער שהייתה התובעת משתכרת (ר' עניין **פלוטקין**, לעיל).

100. נוסף על האמור לעיל, שקלנו את עוגמת הנפש אשר נגרמה לתובעת (ס' 42-41, 52 לתצהיר התובעת, אשר לא הופרכו). כן שקלנו את אובדן הפרנסה במהלך תקופת ההיריון, כאשר כאמור התובעת הצהירה כי עשתה כל שביכולתה כדי למצוא עבודה חלופית במהלך ההיריון (ס' 55 לתצהירה), אולם כשלה במציאת עבודה למעט עבודה כמשגיחה בבחינות בגרות. עוד הוכיחה התובעת כי בשל אי יכולתה לאתר לעצמה משרה, נאלצה לפנות לקבלת דמי אבטלה ואף להקדים את חופשת הלידה (ס' 56 לתצהירה של התובעת). מנגד שקלנו לזכות הנתבעת את טענתה כי היא מעסיקה נשים רבות, אשר הרו ויילדו במהלך עבודתן בשורותיה.

101. לאור כל האמור לעיל , הגענו לכלל מסקנה כי מקרה זה מצדיק פסיקת פיצוי בסך של 70,000 ₪ בגין נזק לא ממוני.

<u>עילת התביעה כנגד הנתבע 2 -</u>

102. לטענת התובעת, הוכח כי הנתבע 2 גרם להפרת הסכם ההעסקה אשר נכרת בינה לבין החברה וקיבל את ההחלטה בדבר דחיית קבלת התובעת לעבודה, תוך אפליה אסורה. לפיכך הנתבע 2 פעל בחוסר תום לב והפר את חובות הנאמנות המוגברות כלפי התובעת, חרג מסמכותו ופעל כנגד טובת החברה. מדובר בהפרות חוק חמורות במיוחד, המהוות גם עבירות פליליות. לפיכך, יש להרים את מסך ההתאגדות ולחייב את הנתבע 2 באופן אישי. לביסוס טענותיה הפנתה התובעת לפסקי הדין בעניין ע"ב (ת"א) 5524/03 **אנט קירש נ' זכוכית בידודית**

--- סוף עמוד 37 ---

18 ז.ב. בע"מ (פורסם בנבו, 5.11.08) וכן בעניין תעא (ת"א) 3649/08 **ענת בלטמן נ' חברת נוקי מוצרי תינוקות בע"מ** (פורסם בנבו, 30.6.11).

103. לטענת הנתבעת, התובעת לא הרימה את הנטל באשר לטענותיה כלפי הנתבע 2. לעניין עילת גרם הפרת חוזה, טענה הנתבעת כי לא השתכלל הסכם ולכן מתייתרת העילה בדבר גרם הפרת חוזה. באשר לטענה בדבר הטלת אחריות אישית והרמת מסך ההתאגדות, טענה הנתבעת כי הנתבע 2 ראיין את התובעת במסגרת תפקידו בחברה. עוד נטען כי הנתבע 2 כלל אינו מחזיק במניות החברה, כעולה מהמידע המצוי ברשם החברות לכן לא ניתן להרים את מסך ההתאגדות. עוד טענה הנתבעת, כי הרמת מסך ההתאגדות הינו אקט חריג וקיצוני ועל מנת לעשות כן היה על התובעת להוכיח את תביעתה ולתמוך את טענותיה בראיות, אולם התובעת לא עשתה כן וצירופו של הנתבע 2 נועד אך כדי להפעיל לחץ פסול.

104. הלכה פסוקה היא כי הרמת מסך תופעל במקרים חריגים בלבד ומטעמים מיוחדים. הרמת מסך תישקל כאשר ברור שנעשה שימוש לרעה באישיותה המשפטית הנפרדת של החברה, אם כדי להונות ואם כדי שלא לפרוע חובות, כאשר מתקיימת הברחת נכסים וכדומה (ראו-ע"א 3755/03 **שמעון בו חמו נ' טנא נגה שיווק** (1981) בע"מ, [פורסם בנבו] תק-על 2004 (3) 3140).

105. כן נפסק, כי אין די בטענה להתנהלות בחוסר תום לב בעלמא או בהפרת הוראות משפט העבודה המגן כשלעצמן, כדי להתעלם מעקרון האישיות המשפטית הנפרדת של חברה ולייחס את חובותיה לבעלים באופן אישי (ראו - תע"א (ת"א) 11408-08 **וולף שירה נ' ג.מ. דיסקברי ישראל** (6.6.11, פורסם בנבו) וכן ע"ע **פרידמן מרים - יוניוב רחמיאל ובניו חברה קבלנית לבנין בע"מ** (27.11.02, פורסם בנבו)). אם כן, בהתאם להלכה הפסוקה הרמת מסך מהווה חריג לכלל האישיות המשפטית הנפרדת ועל המבקש לעשות כן להוכיח תשתית עובדתית מספקת כמפורט לעיל.

106. במקרה שלפנינו, התובעת לא הוכיחה כי התקיימו התנאים הנדרשים להרמת מסך ההתאגדות, ונפרט. **ראשית**, התובעת לא הוכיחה כי הנתבע 2 הוא שקיבל

--- סוף עמוד 38 ---

את ההחלטה בעניינה. מהראיות ומהעדויות עלה, כי ההחלטה התקבלה על ידי גב' סימון. אומנם, הנתבע 2 לא הכחיש כי ראיין את התובעת (ס' 17 לתצהירו), אך אין בכך כדי להוכיח כי קיבל את ההחלטה בעניינה של התובעת. הנתבע 2 הבהיר בחקירתו כי גב' סימון היא שקיבלה את ההחלטה בעניינה של התובעת ועדותו הייתה עקבית בעניין זה: **" יש לי סביבה מאוד קרובה של אנשים סמנכלי"ם שאותם אני מראיין ולגביהם אני מחליט. כל סמנכ"ל או מנהל בחברה שמבקש ממני לפגוש עובד לצורך דעה שנה, חוות דעת שניה, אני באהבה עושה זאת. אבל אני לא מחליט. היו הרבה פעמים אמרתי לא והחליטו שכן"** (עמ' 23 לפר' ש' 4 –10). וכן - **"ש. מה לגבי התובעת. ת....הייתי בראיון ישבתי איתה. עשתה רושם מאוד טוב, שאלתי שאלות לגבי העבר, היה לי חשש לעניין ההקמה... אמרה שהיא יודעת לעשות זאת. שאלו את דעתי אמרתי שהיא נראית לי בסדר ושם זה נגמר מבחינתי". ש. מי מקבל את ההחלטה. ת. תמיד המנהלת שלה הישירה. היא מקבלת החלטה לבד, סיגל ומעליה יש את ליאור. היה עוד בן אדם באמצע. ש. מי שהחליט לא לקבל את התובעת לעבודה זו סיגל. ת. חד משמעית** (עמ' 23 לפר' ש' 14 – 26 וכן המשך עדותו של הנתבע 2 בעמ' 24 לפר' ש' 1 – 3).

107. גרסת התובעת בעניין זה אינה מעלה כי הנתבע 2 קיבל את ההחלטה בעניינה. התובעת מתארת כי הנתבע 2 ראיין אותה בראיון השני, וכי התרשמותו הייתה חיובית (ס' 23 – 24 לתצהירה). לשיטת התובעת, מעורבותו של הנתבע 2 בקבלת ההחלטה על אי קבלתה לתפקיד, הסתכמה בשיחה אותה ערך עם גב' סימון, שיחה אשר התובעת כלל לא שמעה את תוכנה וכעולה מתצהירה: "**סיגל הופתעה מאוד, אמרה לי שההיריון "משנה את המצב" ושהיא חייבת להתייעץ עם אורן בנושא. סיגל ביקשה כי אמתין מספר דקות בחדרה, בזמן שהיא תשוחח עם אורן. סיגל נכנסה לחדרו של אורן, שישב משרד ליד, וסגרה את הדלת. לאחר מספר דקות, היא יצאה ושמעתי אותה אומרת לו באופן מופגן "אתה צודק אין טעם להחליט בלחץ"** (ס' 37 – 38 לתצהיר התובעת). מכאן, כי גם לגרסת התובעת, מקבלת ההחלטה בעניינה הייתה הגב' סימון.

108. זאת ועוד. גרסת הנתבעים, לפיה הנתבע 2 אינו הגורם אשר קיבל את ההחלטה בעניינה של התובעת נתמכה בראיות. מתמליל השיחה הטלפונית שנערכה ביום 16.2.14 בין התובעת לגב' סימון (נספח 6 לתצהיר התובעת), עולה כי הגב'

--- סוף עמוד 39 ---

סימון הבהירה בזמן אמת לתובעת כי היא שקיבלה את ההחלטה בעניינה: "**סיגל: "...אני ממש מצטערת, זה המקום האחרון שרציתי שיקרה, זה ש...שמישהו יפגע מכל הסיפור הזה. אבל...ובאמת שזאת לא החלטה שנלקחה בקלות ראש, היא נלקחה אחרי הרבה מחשבה גם מבחינתי אאא...של כל הסוף שבוע החל מיום חמישי זה כל מה שהטריד אותי ומה שהתעסקתי איתו"** (עמ' 9 ש' 17-21 לתמליל). כמו כן, הבהירה גב' סימון כי הפגישה עם הנתבע 2 נועדה כדי לעדכנו בלבד (ס' 17 לתצהירה של גב' סימון). לאור המקובץ לעיל, אנו קובעות כי התובעת לא הוכיחה כי הנתבע 2 קיבל את ההחלטה בעניינה.

109. **שנית,** לא הוכח בפנינו כי מדובר במקרה חריג של שימוש לרעה באישיות הנפרדת של התאגיד כנדרש בסעיף 6 לחוק או כי נעשה לשם כך שימוש לרעה באישיותה הנפרדת של התאגיד.

110. **שלישית,** עיון בפסקי הדין בעניין אנט קירש וענת בלטמן אליהם הפנתה התובעת, מוביל לתוצאה כי לא ניתן להסיק מהם לענייננו, לאור הנסיבות העובדתיות השונות אשר צוינו שם.

111. לאור האמור לעיל, לא מצאנו כי המקרה דנן הינו בגדר המקרים החריגים המצדיקים הרמת מסך ההתאגדות תוך חיוב הנתבע 2 באופן אישי (בכל הקשור להלכה הפסוקה בסוגיית הרמת המסך, ר' את שפסק בית הדין הארצי בבר"ע (ארצי) 52353-08-16 **א.ב. טוקו שף בע"מ נ' ADMARIAM GAVR NEGOUSE** פורסם בנבו, 13.11.16). באשר לעילת גרם הפרת חוזה, אנו סבורות כי הצדק עם התובעת ובנסיבות מקרה זה, בהן לא השתכלל הסכם בין הצדדים וטרם גובשו תנאי השכר, לא ניתן להעלות טענת גרם הפרת חוזה. לפיכך, אנו קובעות כי דין התביעה כנגד הנתבע 2 להידחות.

112. מעבר לדרוש, נציין כי עיון בנסח רשם החברות (נספח 1 לתצהיר התובעת), מעלה כי בעלי המניות בנתבעת הינם: "**מר רידר חנוך ישי ליאון**" וכן "**אורן ש.י.ל.ה. השקעות שותפות מוגבלת**". מכאן, כי הנתבע 2 לא מצוין כאחד מבעלי המניות ברשם החברות. אולם, הנתבע 2 הודה בעדותו כי-"**אני מנכ"ל ובעלים של החברה**" (עמ' 23 לפר' ש' 2). על כן ככל שהיה מוכח בפנינו כי הנתבע 2 קיבל את ההחלטה בעניינה של התובעת, לא היה בהיעדר ציון שמו בתדפיס רשם החברות, כדי לאיין את אחריותו לאור הודאתו בעדותו כי הינו מבעלי החברה.

<u>סוף דבר -</u>

113. הנתבעת תשלם לתובעת תוך 30 יום מיום המצאת פסק הדין, סך של 70,000 ₪ בגין נזק לא ממוני.

114. הנתבעת תשלם לתובעת הוצאות שכ"ט עו"ד בסך של 15,000₪ אשר ישולמו תוך 30 יום מהיום, אחרת יישאו הפרשי ריבית והצמדה כדין החל מהיום ועד התשלום המלא בפועל.

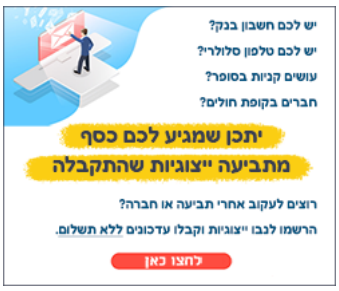
לצדדים זכות ערעור לבית הדין הארצי לעבודה בירושלים, תוך 30 יום מיום המצאת פסק הדין.

ניתן היום, י"ח אדר תשע"ז, (16 מרץ 2017), בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

נציג ציבור מעסיקים גב' שרה חורש | **רוית צדיק, שופטת**

רוית צדיק 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה
בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן

--- סוף עמוד 41 ---


יש לכם חשבון בנק?
יש לכם טלפון סלולרי?
עושים קניות בסופר?
חברים בקופת חולים?
יתכן שמגיע לכם כסף
מתביעה ייצוגיות שהתקבלה
רוצים לעקוב אחרי תביעה או חברה?
הרשמו לנבו ייצוגיות וקבלו עדכונים ללא תשלום.
לחצו כאן