בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1758/11

לפני:	כבוד הנשיאה (בדימ') ד' ביניש כבוד השופט נ' הנדל כבוד השופט י' עמית
העותרות:	1. אורית גורן 2. שדולת הנשים בישראל
	נ ג ד
המשיבים:	1. הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ 2. בית הדין הארצי לעבודה בירושלים
	עתירה למתן צו על תנאי
תאריך הישיבה:	כ"ח באלול התשע"א (27.09.2011)
בשם העותרות:	עו"ד ארנה לין; עו"ד אודליה אטינגר; עו"ד ברק כלב; עו"ד יניב ויסמן
בשם המשיבה 1:	עו"ד דרור גל; עו"ד כרמית לוי זמיר; עו"ד סימה גולין
בשם נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה:	עו"ד ציונה קניג-יאיר; עו"ד ג'נט שלום

כתבי עת:

שרון רבין-מרגליות, "המקרה החמקמק של אפליה", הפרקליט, כרך מד (תשנ"ח-תש"ס) 529

חקיקה שאוזכרה:

חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988: סע' 2, 2(א), 2(ג), 8(א), 9, 9(א), 10, 10(א)(1), 10(א)(2), 15(א)

חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954

חוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998

חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 61(א)(3)

חוק-יסוד: השפיטה: סע' 15(ד), 15(ד)(2), 15(ד)(3), 15(ד)(4)

חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996: סע' 1, 2, 6, 6(א), 6(ב)

חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951

מיני-רציו:

* הוכחת עילה לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, אינה מבססת באופן אוטמטי עילת תביעה גם לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. ברם, בנסיבות מסוימות, הוכחת העילה לפי חוק שכר שווה, תעביר את הנטל למעביד, כאמור בסעיף 9(א) לחוק שוויון הזדמנויות לסתור את טענת ההפלייה, ואם הוא לא יעמוד בנטל, תקום לעובד עילה לפי שני החוקים. בהקשר לענייננו נפסק כי פערים ביכולת המיקוח היחסית בין עובדים עשויים לשמש הסבר סביר לפער מסוים בשכר ביניהם; אולם ככל שמדובר בפער משמעותי כך יקשה על המעביד להוכיח כי הפער נעוץ כל כולו בהבדלים ביכולת המיקוח, וכי הוא אינו נעוץ ולו בחלקו, באחד השיקולים האסורים המנויים בסעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות.

* עבודה – שכר עבודה – שכר שווה לעובדת ולעובד

* עבודה – שוויון בעבודה – איסור הפליה מחמת מין

* עבודה – שוויון הזדמנויות בעבודה – איסור הפליה

* עבודה – שוויון בעבודה – איסור הפלייה

* עבודה – פרשנות – דין

.

האם הוכחת פער בשכר בין עובדת לעובד בגין עבודה שווה או שוות ערך באותו מקום עבודה יכולה לבסס באופן "אוטמטי" עילת תביעה הן עפ"י חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק שכר שווה) והן לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון הזדמנויות)? נפקותה של שאלה זו לענייננו היא באפשרות הקיימת בחוק שוויון הזדמנויות לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק, שאינה קיימת בחוק שכר שווה.

רקע: העותרת 1 (להלן: העותרת) זכתה בתביעה שהגישה לביה"ד האזורי לעבודה נגד המשיבה 1 ("הום סנטר" ולהלן: המשיבה) לפי חוק שכר שווה לאחר שנמצא כי השכר שקיבלה בעבודתה אצל המשיבה נמוך ב-35% משכרו של גבר שעבד אצל המשיבה באותו תפקיד (להלן: מור) ומשלא עלה בידי המשיבה להראות הצדקה כלשהי להבחנה זו. בין היתר צוין כי בכך ששכרה של העותרת נקבע בעקבות משא ומתן שנוהל בינה לבין מנהל הסניף, שבגדרו היא ביקשה שכר נמוך יותר (3500 ₪ לחודש) מהשכר שביקש מור (5000 ₪ לחודש), אין כדי להצדיק את פערי השכר המשמעותיים ביניהם. בית הדין האזורי המשיך וקבע כי משנמצא שהמשיבה הפרה את הוראות חוק שכר שווה, הרי יש לקבל גם את תביעת העותרת לפי חוק שוויון הזדמנויות. בהקשר זה ציין בית הדין כי משהובהר כי שכרה של העותרת נקבע בהתחשב בדרישתה ולא היה ביוזמת המשיבה, אין לפסוק לזכותה פיצוי בשיעור המקסימאלי הקבוע בחוק שוויון הזדמנויות. לפיכך, העמיד בית הדין האזורי את שיעור הפיצוי לעותרת בגין הפרת חוק שוויון הזדמנויות על סכום של 6,944 ש"ח, הזהה לסכום הפיצוי שנפסק לטובתה לפי חוק שכר שווה. במסגרת ערעור וערעור שכנגד שהוגש לביה"ד הארצי, נבחנה השאלה האם הוכחת העילה לפי חוק שכר שווה מקימה לעותרת באופן "אוטומטי" גם עילת תביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות. דעת הרוב בבית הדין הארצי השיבה בשלילה לשאלה האמורה תוך בחינת הנסיבות בהן יועבר נטל ההוכחה למעביד בהתאם לסעיף 9 לחוק שוויון הזדמנויות. בהקשר זה נקבע בדעת הרוב כי כדי להעביר את הנטל אל כתפי המעביד על העובד להביא ראשית ראיה המעידה על הפלייה או על התנהגות לא שוויונית של המעביד. עוד קבעו שופטי הרוב, כי על העובד להציג בפני בית הדין ראיות ומסמכים אשר יעידו במידה הנדרשת כי מדובר במעביד מפלה. עצם הוכחת העילה לפי חוק שכר שווה אינה עומדת לשיטת שופטי הרוב בבית הדין הארצי לעבודה ברף זה. מכאן עתירה זו.

.

בג"ץ (מפי הנשיאה (בדימ') ד' ביניש בהסכמת השופטים י' עמית ונ' הנדל) קיבל את העתירה מהטעמים הבאים:

חוק שכר שווה נועד, להתמודד עם אחד הביטויים הנפוצים להפלייה בין גברים לנשים בשוק העבודה, ולפיכך קובע נטל הוכחה שמקל במידה רבה על העובדת להוכיח את עילת התביעה שלה – בתביעה לפי חוק שכר שווה די להצביע על פערים בשכר בין אישה לגבר המבצעים אותה עבודה (או עבודה שווה בעיקרה או שוות ערך), שהמעביד לא הצליח להוכיח כי קיימת להם הצדקה ענינית בהתאם לשיקולים המפורטים בסעיף 6(א) לחוק שכר שווה., כדי לגבש את עילת התביעה (מבחן תוצאתי), אך מנגד מגביל החוק את היקף הפיצוי שניתן לפסוק לטובת העובדת שהופלתה.

השיקולים המפורטים בסעיף 6(א) לחוק שכר שווה, אינם בגדר רשימה סגורה. עם זאת, הוכחת שיקולים אחרים שאינם מנויים בסעיף 6(א) לחוק שכר שווה מחייבת כי אף שיקולים אחרים אלה יהיו מאותו סוג הנזכר בסעיף ויצביעו על כך שההפרשים בשכר מתחייבים "מאופיה או ממהותה של העבודה הנדונה". בהקשר זה קובע בג"ץ, (בניגוד לעמדתה של השופטת וירט-ליבנה, אשר בעניין זה הייתה דעת יחיד) כי אין להכיר בחופש ההתקשרות של המעסיק כשיקול עצמאי שעשוי להצדיק הפלייה בשכר בין גברים לנשים.

חוק שוויון הזדמנויות נועד להתמודד עם סוגים שונים של הפלייה כלפי קבוצות אוכלוסייה שונות ומחייב הוכחת קשר סיבתי בין השיקול האסור ששקל המעביד לבין ההחלטה שהתקבלה בעניינו של העובד. יחד עם זאת, מאפשר החוק פסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק לטובת העובד ומטיל סנקציה פלילית על המעביד המפלה.

על פני הדברים נראה כי נוכח השוני באופן הגדרת העילות בין חוק שכר שווה לבין חוק שוויון הזדמנויות אין די בהוכחת עילת התביעה לפי חוק שכר שווה כדי להקים בהכרח ובאופן "אוטומטי" עילת תביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות. כל אחד משני החוקים נועד להתמודד עם סוגים שונים של הפלייה בשוק העבודה, קובע מבחנים שונים להוכחת ההפלייה ומטיל סנקציות שונות על המעביד המפלה. בנסיבות אלה יצירת חפיפה מלאה בין עילות התביעה הקבועות בשני החוקים אינה עולה בקנה אחד עם התכליות שכל אחד מהחוקים נועד להגשים ועם הבעיות איתן נועד כל אחד מהחוקים להתמודד.

יחד עם זאת, חוק שוויון הזדמנויות מכיר, בקושי הניצב בפני העובד הנדרש להוכיח את שיקוליו של המעביד, והוא קובע בסעיף 9(א) כי אם יוכיח העובד כי נתקיימו בו התנאים או הכישורים שקבע המעביד לאותו עניין שלגביו מתעוררת טענת ההפלייה, יועבר הנטל למעביד לסתור את טענת ההפלייה, ולהוכיח כי ההחלטה בעניינו של העובד לא התבססה על שיקול אסור. נשאלת, אפוא, השאלה מהו הרף הראייתי המינימאלי הנדרש לשם העברת נטל ההוכחה לפי חוק שוויון הזדמנויות לכתפי המעביד, והאם הוכחת העילה לפי חוק שכר שווה עומדת ברף ראייתי זה.

לגישת בג"ץ, הנטל המוטל על העובד הוא נטל קל יחסית. די בכך שהעובד הטוען להפלייה בשל אחד ממאפייני הזהות שלו המנויים בסעיף 2 לחוק יוכיח כי התקיימו בו התנאים והכישורים שנקבעו על ידי המעביד לעניין מסוים, או שעלה בידיו להציג ראיות לכאורה לכך שהמעביד נהג כלפיו בהפלייה, כדי להעביר את הנטל למעביד. ייתכן שבנסיבות מסוימות יהיה די בהוכחת קיומו של פער משמעותי בשכר בין עובדת לעובד כדי להעביר את נטל ההוכחה בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות לכתפי המעביד. שאלת העמידה במבחן קיומן של ראיות לכאורה להפלייה תיקבע בהתאם לכלל נסיבות העניין, ואין לקבוע תנאי סף נוקשים לשם כך. לפיכך, אין מקום לדרישה שהועלתה בדעת הרוב בפסק דינו של בית

הדין הארצי לעבודה, לפיה העובדת נדרשת להציג ראיות ומסמכים אשר יעידו במידה מספקת כי מדובר במעסיק מפלה.

אם עלה בידי העובד לעמוד ברף ראייתי זה יעבור הנטל למעביד להוכיח כי ההבחנה שהנהיג מתחייבת מאופיו וממהותו של התפקיד, כקבוע בסעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות, או שהיא מבוססת על טעם כלשהו שאינו נעוץ באחד השיקולים האסורים המנויים בסעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות. בהקשר זה חשוב להבהיר כי חוק שוויון הזדמנויות מונה במפורש את השיקולים שבהם אסור למעביד להתחשב בבואו לקבל החלטות מסוימות הנוגעות ליחסי העבודה. אם יעלה בידו להוכיח כי תוצאה מפלה לכאורה אינה מבוססת על אחד השיקולים האסורים אלא על שיקול או שיקולים אחרים, הרי בכך הוא יעמוד בנטל להוכיח כי לא הפלה את העובד "מחמת" אחד השיקולים האסורים.

בכל הנוגע לעניינה של העותרת במקרה שלפנינו, הוכחת עילת התביעה לפי חוק שכר שווה עומדת ברף הראייתי הנדרש לשם העברת נטל ההוכחה בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות אל כתפי המעביד. משהוכיחה עובדת כי עובד באותה עבודה (או בעבודה שווה בעיקרה או שוות ערך) אצל אותו מעביד ובאותו מקום עבודה מקבל שכר גבוה משלה, ומשלא עלה בידי המעביד 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.

בנסיבות אלה יעבור הנטל למעביד 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.

הטענה היחידה שעומדת למשיבה בענייננו, היא כי שכרה של העותרת היה נמוך משכרו של מור משום שהשכר שנתבקש על ידה מלכתחילה היה נמוך יותר.

לגישת בג"ץ, מעביד המוכיח כי שכרם של עובדיו נקבע באמצעות משא ומתן, והכל כאשר ננקטת על ידו מדיניות זהה ביחס לגברים ולנשים בנוגע לשכרם של המועמדים לעבודה, עשוי לעמוד בנטל ההוכחה בתביעה המוגשת נגדו לפי חוק שוויון הזדמנויות; וזאת, אם יוכל להציג את מדיניות השכר הנקוטה בידיו מבלי שזו תושפע ממינם של המועמדים לעבודה או משיקולים אסורים אחרים לפי סעיף 2(א) לחוק. יחד עם זאת, ככל שפער השכר בין עובד לעובדת הוא משמעותי יותר, כך יוטל על המעביד נטל כבד יותר להראות כי מינה של העובדת לא שימש כשיקול בקביעת שכרה, וכי שכרה נקבע בשיעור נמוך יותר אך ורק משום שביקשה מלכתחילה שכר נמוך יותר במשא ומתן. לשון אחר, פערים ביכולת המיקוח היחסית בין עובדים עשויים לשמש הסבר סביר לפער מסוים בשכר ביניהם; אולם ככל שמדובר בפער משמעותי יותר כך יקשה על המעביד להוכיח כי הפער נעוץ כל כולו בהבדלים ביכולת המיקוח של העובדים, וכי הוא אינו נעוץ – ולו בחלקו – באחד השיקולים האסורים המנויים בסעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות.

בנסיבות המקרה, נוכח הפער המשמעותי בשכר בין העותרת לבין מור, עצם העובדה כי השניים דרשו מלכתחילה שכר שונה אינה בעלת העוצמה הראייתית הנדרשת כדי לאפשר למעביד לעמוד בנטל ההוכחה שהועבר אליו בהתאם לחוק שוויון הזדמנויות. היינו, בהוכחת עובדה זו, ובהעדר ראיות נוספות מצידו של המעביד, אין כדי להסיר את החשש שמינה של העובדת שימש שיקול בקביעת שכרה. בהקשר זה יוער כי עצם העובדה שהוכח כי אין למשיבה מדיניות מפלה כלפי נשים עשויה להיות שיקול בקביעת גובה הפיצוי שיוטל עליה לפי חוק שוויון הזדמנויות, כפי שאמנם קבע בית הדין

האזורי; אולם אין לה רלוונטיות לשאלת הוכחת העילה, משנמצא כי קבוצת השוויון הרלוונטית בענייננו היא העובדים האחרים בסניף שבו עבדה העותרת ולא כלל עובדי המשיבה.

לפיכך, העתירה כנגד פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה מתקבלת. בג"ץ מורה על קבלת תביעת העותרת לפי חוק שוויון הזדמנויות עקב הפלייתה מחמת מינה ובשל אי-הרמת נטל ההוכחה על ידי המשיבה. נוכח השיהוי בהגשת העתירה בג"ץ אינו מוצא לנכון לפסוק פיצוי לטובת העותרת לפי חוק שוויון הזדמנויות. במידה והעותרת קיימה את פסק דינו של בית הדין הארצי והשיבה את הפיצוי שנפסק לטובתה בביה"ד האזורי לפי חוק שוויון הזדמנויות אין מוטלת על המשיבה חובה לפצות אותה כיום לפי חוק שוויון הזדמנויות; אולם ככל שהעותרת עודנה חייבת בהשבת הפיצוי שנפסק לטובתה לפי חוק שוויון הזדמנויות, הרי חיוב זה מבוטל. נוכח השיהוי בהגשת העתירה אף אין מקום לפסיקת הוצאות ושכר טרחת עורך דין לטובת העותרות.

פסק-דין

הנשיאה (בדימ') ד' בינייש:

העותרת 1 (להלן: העותרת) זכתה בתביעה שהגישה נגד המשיבה 1 (להלן: המשיבה) לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק שכר שווה) לאחר שנמצא כי השכר שקיבלה בעבודתה אצל המשיבה נמוך משכרו של גבר שעבד אצל המשיבה באותו תפקיד, ומשלא עלה בידי המשיבה להראות הצדקה כלשהי להבחנה זו. בנסיבות אלה עמדה בפני בית הדין הארצי לעבודה, בין היתר, השאלה האם הוכחת העילה לפי חוק שכר שווה מקימה לעותרת באופן "אוטומטי" גם עילת תביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק שוויון הזדמנויות). נפקותה של שאלה זו לענייננו היא באפשרות הקיימת בחוק שוויון הזדמנויות לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק, שאינה קיימת בחוק שכר שווה. בית הדין הארצי לעבודה ברוב דעות השיב בשלילה לשאלה האמורה, ומכאן העתירה שלפנינו.

עובדות המקרה והשתלשלות ההליכים

1. העותרת עבדה כיועצת במחלקת כלי עבודה בסניף המשיבה בקניון איילון שברמת-גן החל מיום 25.8.1997 ועד ליום 27.12.1997. שכרה של העותרת היה 17 ש"ח לשעה. יחד עם העותרת עבד במחלקת כלי עבודה עובד בשם סטפן מור (להלן: מור), ששכרו החודשי עמד על כ-5000 ש"ח לחודש (או כ-26 ש"ח לשעה). שני העובדים התקבלו לעבודתם לאחר שמילאו שאלון אישי וקיימו ראיון עבודה עם מנהל הסניף. לפני קבלתה לעבודה נשאלה העותרת לשכר המבוקש על ידה וביקשה לקבל 3,500 ש"ח לחודש, ואילו מור

ביקש שכר בסך 6,000 ש"ח לחודש. לאחר שגילתה העותרת כי מור מקבל שכר גבוה ממנה היא פנתה ביום 16.11.1997 במכתב למנהל הסניף בבקשה להעלות את שכרה לסך של 26 ש"ח לשעה או 5000 ש"ח לחודש. משלא נענתה פנתה העותרת ביום 14.12.1997 במכתב נוסף למנהל הסניף. במכתב זה ציינה העותרת כי למיטב ידיעתה ישנם עובדים אחרים במחלקת כלי עבודה המשתכרים משכורת גבוהה משלה, דרשה לקבל מידע אודות רמות השכר של העובדים במחלקת כלי העבודה והודיעה על התפטרותה החל מיום 27.12.1997.

2. לאחר התפטרותה הגישה העותרת לבית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב תביעה לתשלום הפרשי שכר מכוח חוק שכר שווה וכן לפיצוי לפי חוק שוויון הזדמנויות. תביעתה התקבלה בפסק דין מיום 4.1.2004, שניתן מפי השופט מ' נחתומי ונציגי הציבור צ' ברפמן ו' אלדר. בפסק הדין קבע בית הדין האזורי כי הן העותרת והן מור שימשו כיועצים במחלקת כלי עבודה בסניף רמת-גן, וכי המשיבה לא הוכיחה כי קיים שוני בין העבודה שבוצעה על ידי השניים או כי למור היו כישורים טובים יותר מאלה של העותרת. עוד ציין בית הדין האזורי כי לא הוכח שהסיבה למתן שכר חודשי גבוה יותר למור הייתה ייעודו לתפקיד ניהולי. יחד עם זאת, קבע בית הדין האזורי כי עלה בידי המשיבה להוכיח כי עובדים גברים במחלקת כלי העבודה שלה אינם מרוויחים דרך קבע שכר גבוה יותר מעובדות נשים. בנסיבות אלה נדרש בית הדין האזורי לקבוע מהי קבוצת ההתייחסות המתאימה לבחינת טענת העותרת בדבר הפלייתה בשכר – האם יש להשוות את שכרה לשכרם של כלל העובדים במחלקת כלי העבודה של המשיבה או רק לעובדים במחלקת כלי העבודה בסניף רמת-גן. בהקשר זה בחן בית הדין האזורי את הוראת סעיף 2 לחוק שכר שווה, שלפיה ההפלייה בשכר נבחנת לגבי עובדים "אצל אותו מעביד" וב"אותו מקום עבודה". במקרה דנן נוכח מדיניותה של המשיבה לפיה שכר העובדים נקבע בהתאם לשיקול דעתו של מנהל הסניף, קבע בית הדין האזורי כי יש לבחון את טענת העותרת להפלייה בשכר העבודה בתוך מחלקת כלי עבודה בסניף רמת-גן של המשיבה. כיוון שהמשיבה לא הביאה ראיות באשר לשכרם של עובדים אחרים במחלקת כלי עבודה באותו סניף, ומשמצא בית הדין האזורי כי העבודה שלביצועה נשכרה העותרת הייתה שווה או לכל הפחות "שוות ערך" לעבודה שלשמה נשכר מור, הגיע בית הדין למסקנה כי העותרת הוכיחה את קיומה של

הפלייה בשכר העבודה בינה לבין מור. עוד הוסיף בית הדין האזורי כי בכך ששכרה של העותרת נקבע בעקבות משא ומתן שנוהל בינה לבין מנהל הסניף, שבגדרו היא ביקשה שכר נמוך יותר מהשכר שביקש מור, אין כדי להצדיק את פערי השכר המשמעותיים ביניהם. נוכח האמור קבע בית הדין האזורי כי העותרת הוכיחה את תביעתה לפי חוק שכר שווה וכי היא זכאית לפיצוי בסך 6,944 ש"ח על ההפרשים בשכר בינה לבין מור.

בית הדין האזורי המשיך וקבע כי משנמצא שהמשיבה הפרה את הוראות חוק שכר שווה, הרי יש לקבל גם את תביעת העותרת לפי חוק שוויון הזדמנויות. בהקשר זה ציין בית הדין כי משהובהר כי שכרה של העותרת נקבע בהתחשב בדרישתה ולא היה ביוזמת המשיבה, אין לפסוק לזכותה פיצוי בשיעור המקסימאלי הקבוע בחוק שוויון הזדמנויות. לפיכך, העמיד בית הדין האזורי את שיעור הפיצוי לעותרת בגין הפרת חוק שוויון הזדמנויות על סכום של 6,944 ש"ח, הזהה לסכום הפיצוי שנפסק לטובתה לפי חוק שכר שווה.

3. המשיבה הגישה לבית הדין הארצי לעבודה ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי והעותרת הגישה ערעור שכנגד. המשיבה טענה בערעורה כי לא היה מקום לקבל את תביעת העותרת לפי חוק שכר שווה או לפי חוק שוויון הזדמנויות. ערעורה שכנגד של העותרת התמקד בשיעור הפיצוי שנפסק לטובתה לפי חוק שוויון הזדמנויות. בפסק דינו של בית הדין הארצי, שניתן ביום 20.11.2007, נדחה פה אחד ערעורה של המשיבה על חיובה בפיצוי מכוח חוק שכר שווה וכן נדחה פה אחד הערעור שכנגד של העותרת. עם זאת, התקבל ברוב דעות ערעורה של המשיבה בנוגע לעצם חיובה בפיצוי העותרת לפי חוק שוויון הזדמנויות.

פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה

4. פסק הדין העיקרי של שופטי הרוב בבית הדין הארצי ניתן מפי השופטת ו' וירט-ליבנה. בפסק דינה דנה השופטת וירט-ליבנה בפרשנות ההוראות הרלוונטיות בחוק שכר שווה ובחוק שוויון הזדמנויות וביחס בין עילות התביעה הקבועות בשני החוקים. בכל הנוגע לעילת התביעה לפי חוק שכר שווה קיבלה השופטת וירט-ליבנה את קביעתו של בית הדין האזורי לפיה קבוצת השוויון

הרלוונטית לצורך בחינת טענות העותרת היא עובדי מחלקת כלי עבודה בסניף רמת-גן של המשיבה. זאת, נוכח העובדה שכל אחד מסניפי המשיבה התנהל, למעשה, כיחידה עצמאית ובהתחשב בכך שתנאי השכר והעבודה של עובדי כל סניף נקבעו בהתאם לשיקול דעתו של מנהל הסניף. עוד הוסיפה השופטת וירט-ליבנה וקבעה כי במקרה דנן די היה בנתוני השכר שהביאה העותרת בנוגע לשכרו של מור ובעובדה כי השניים ביצעו אותה עבודה כדי לעמוד בנטל המוטל עליה לפי חוק שכר שווה. בכל הנוגע לחריגים האפשריים לזכות לשכר שווה, ובהם החריגים הקבועים בסעיף 6 לחוק שכר שווה, קבעה השופטת וירט-ליבנה כי הנטל להוכיח את קיומם של חריגים אלה מוטל על המעסיק, ובעניין שלפנינו לא הורם נטל זה. יחד עם זאת הוסיפה השופטת כי ניתן להכיר גם בחריגים לזכות לשכר שווה שהם חיצוניים לחוק בציינה כי הזכות לשוויון לפי חוק שכר שווה אינה זכות מוחלטת, ויש לאזן בינה לבין חופש ההתקשרות החוזית וזכותו של המעסיק להעסיק את עובדיו באמצעות חוזים אישיים לאחר משא ומתן, מתוך כיבוד עקרון חופש ההתקשרות.

בהקשר זה קבעה השופטת וירט-ליבנה כי אם יוכיח מעסיק כי במקום העבודה קיימים מספר עובדים, גברים כנשים, המבצעים את אותה עבודה, וכי רמת שכרם שונה (באופן לא חריג) האחד משל רעהו לאור המשא ומתן שנוהל עם כל אחד מהם והפירות השונים שנשא, או אז יועדף חופש ההתקשרות על פני הזכות לשוויון. בחינת הפער בין רמות השכר שקובע המעסיק באה לשיטת השופטת וירט-ליבנה במסגרת דרישת המידתיות המוטלת על המעסיק בכל הנוגע לקביעת רמות השכר וההפרשים ביניהן. עוד הוסיפה השופטת וירט-ליבנה בהקשר זה כי גישה השוללת ממעסיק אף את חופש ההתקשרות המינימאלי עלולה לפגוע בנשים במקום להיטיב עימן, אם תגרום למעסיק להעדיף את קבלתם של גברים בלבד למקומות העבודה. בכל הנוגע לנסיבות המקרה דנן קבעה השופטת וירט-ליבנה כי נוכח הפער של כ-35% בין שכרה של העותרת לבין שכרו של מור, ומשלא הביאה המשיבה נתונים באשר לעובדים אחרים בסניף, אין זה המקרה שבו חופש ההתקשרות יגבר על זכותה של עובדת לשוויון בשכר לפי חוק שכר שווה. לפיכך, הגיעה השופטת וירט-ליבנה למסקנה כי העותרת הוכיחה את עילת התביעה לפי חוק שכר שווה וקבעה כי יש לדחות ערעורה של המשיבה בעניין זה. למסקנה זו הצטרפו, כאמור, גם יתר חברי המותב בבית הדין הארצי

לעבודה. יחד עם זאת, חשוב לציין כי השופט ש' צור (שלהערותיו הצטרף גם נציג המעבידים ד' בלומברג) והנשיא ס' אדלר (שאל חוות דעתו הצטרף גם נציג העובדים י' שילון) לא קיבלו את עמדת השופט וירט-ליבנה באשר לאפשרות שחופש ההתקשרות יגבר על הזכות לשוויון לפי חוק שכר שווה. בהקשר זה ציין הנשיא אדלר כי מעסיק הפועל על-פי אמות מידה של תום-לב אינו רשאי לנצל את חולשתה או את חוסר ידיעתה של עובדת בדבר רמת השכר המקובלת במקום העבודה, כאשר זו מבקשת לעצמה שכר נמוך יותר מזה שידרוש גבר המועמד לאותה משרה. עוד הוסיף הנשיא אדלר כי כוח המיקוח השונה בין המינים אינו יכול לשמש מקור למתן שכר שונה.

5. המחלוקת העיקרית בין שופטי בית הדין הארצי לעבודה נסבה על שאלת היחס בין עילת התביעה לפי חוק שכר שווה לעילת התביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות. עמדתה של השופטת וירט-ליבנה, שאליה הצטרפו השופט ש' צור ונציג המעבידים ד' בלומברג, הייתה כי הוכחת תביעה מכוח חוק שכר שווה אינה מזכה בהכרח, באופן אוטומטי, את העובדת בפיצוי לפי חוק שוויון הזדמנויות. בפסק דינה עמדה השופטת וירט-ליבנה על ההבדל בין הסעדים הניתנים לפי כל אחד מהחוקים; שכן בעוד חוק שכר שווה מעניק פיצוי בגין הפרשי השכר ב-24 החודשים שקדמו להגשת התביעה, הרי חוק שוויון הזדמנויות מאפשר לבית הדין לעבודה לפסוק פיצוי בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין גם ללא הוכחת נזק ממון. בהקשר זה ציינה השופטת וירט-ליבנה כי לפיצוי לפי חוק שוויון הזדמנויות פן הרתעתי, עונשי וחינוכי מעבר לפיצוי על נזק הניתן להערכה. עוד הוסיפה השופטת כי שני החוקים נבדלים זה מזה בכל הנוגע לתשתית הראייתית הראשונית שעל העובד להביא כדי להעביר למעביד את הנטל להוכיח כי הוא פעל כדין. כך, בעוד שלפי חוק שכר שווה די בכך שהעובדת תציג את נתוני שכרה ואת נתוני השכר של עובד גבר העובד לצידה באותה עבודה באותו מקום עבודה, הרי בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות על העובדת להביא, לשיטת השופטת וירט-ליבנה, ראשית ראיה המעידה על הפלייה או על התנהגות בלתי-שוויונית. בהתאם לגישה זאת קבעה השופטת כי העובדת נדרשת להציג בפני בית הדין ראיות ומסמכים אשר יעידו במידה מספקת כי מדובר במעסיק מפלה. זאת, על אף שחוק שוויון הזדמנויות אינו דורש הוכחת כוונה להפלות.

השופטת וירט-ליבנה גם עמדה על כך שישנם דברי חקיקה שונים בתחום השוויון בעבודה, ובהם חוק שכר שווה, חוק שוויון הזדמנויות, חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954 וחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. לשיטתה, יש לשאוף ליצירת הרמוניה חקיקתית בין דברי חקיקה אלה ולראותם כבעלי תפקידים המשתלבים ומשלימים זה את זה, אך אין להעדיף פרשנות המבוססת על השקה מלאה בין החוקים, כך שהוכחת יסודותיו של האחד תעיד בהכרח על הוכחת יסודותיו של האחר. בהקשר זה הדגישה השופטת כי בהתאם לסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות נדרשים העובד או העובדת להוכיח הפלייה של המעביד מחמת מינם. משמעותה של דרישה זו לשיטת השופטת היא כי בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות בכל הנוגע להפלייה בשכר נדרש העובד להביא ראשית ראיה לכך שהשוני בשכר קשור סיבתית למינו, שכן הוכחת ההפלייה גוררת אחריה אחריות שסנקציה עונשית בצידה. בהקשר זה ציינה עוד השופטת וירט-ליבנה כי השונות בין התשתית הראייתית הנדרשת לפי חוק שכר שווה לבין זו הנדרשת לפי חוק שוויון הזדמנויות צריך שתצדיק את אות הקלון של "הפלייה", הגוררת אחריה פיצוי עונשי, שאותו ניתן להשית לפי חוק שוויון הזדמנויות. לפיכך, הגיעה השופטת למסקנה כי על אף האפשרות לתבוע הן מכוח חוק שכר שווה והן מכוח חוק שוויון הזדמנויות, לא די בהוכחת התשתית העובדתית לעניין חוק שכר שווה כדי לזכות בהכרח גם בסעדים הקבועים בחוק שוויון הזדמנויות. על בסיס הניתוח האמור קבעה השופטת וירט-ליבנה כי נוכח הממצא העובדתי של בית הדין האזורי בדבר העדר מדיניות מפלה של המשיבה ברשת כולה, ובהתחשב בחסר בנתונים ביחס לשכרם של עובדי מחלקת כלי עבודה בסניף בו עבדה העותרת וברשת כולה, לא הובאה ההוכחה הנדרשת לקבוע כי מדובר במעסיק הראוי ל"ענישה" לפי חוק שוויון הזדמנויות ודי בפיצוי העותרת לפי חוק שכר שווה.

6. הנשיא ס' אדלר, שלדעתו הצטרף נציג העובדים י' שילון, סבר בניגוד לדעתה של השופטת וירט-ליבנה כי קביעה בדבר זכות מכוח חוק שכר שווה מצמיחה בהכרח ובאופן "אוטומטי" זכות מכוח חוק שוויון הזדמנויות. לשיטתו, אי-תשלום שכר שווה לעובדת ולעובד מהווה הפלייה בתנאי העבודה והפרה של הוראת סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות. בהקשר זה ציין הנשיא אדלר כי בתביעות לפי שני החוקים נדרשת העובדת בשלב הראשון להצביע על פערי השכר וחוסר השוויון בינה לבין עובד אחר, ואז בשלב השני עובר הנטל

למעביד להוכיח כי פעל כדין. לשיטת הנשיא אדלר מעביד שנתבע בתביעה לפי חוק שכר שווה והוכיח את קיומן של נסיבות המצדיקות פערים בשכר בהתאם לסעיף 6(א) לחוק שכר שווה הוכיח ממילא כי פערי השכר אינם מחמת מינה של העובדת, כנדרש בהתאם לחוק שוויון הזדמנויות. אולם, כך המשיך וקבע הנשיא אדלר, ככל שלא עלה בידי המעביד להצביע על נסיבות המצדיקות את פערי השכר בהתאם לסעיף 6(א) לחוק שכר שווה, הרי ממילא נותרת המסקנה כי מדובר בפערי שכר הנעוצים במינה של העובדת. עוד ציין הנשיא אדלר כי אף אחד משני החוקים אינו דורש מהעובדת להביא ראיה בדבר כוונה של המעסיק להפלות ובכל אחד מהם הפרת החוק נבחנת במדדים אובייקטיביים. הנשיא אדלר הוסיף עוד כי האפשרות לתבוע פיצוי מכוח חוק שוויון הזדמנויות אינה צרה מזו שבחוק שכר שווה, ובהתאמה טענות ההגנה העומדות למעסיק לפי חוק שוויון הזדמנויות אינן רחבות יותר מאלה העומדות לו לפי חוק שכר שווה. כמו כן ציין הנשיא אדלר כי אחדות והרמוניה בין הוראות החוק יושגו עם מתן פרשנות עקבית לנטל ההוכחה שבחוקים השונים. בכל הנוגע לקביעת בית הדין האזורי לפיה המשיבה הוכיחה כי אין לה מדיניות מפלה ברשת כולה, הרי לשיטת הנשיא אדלר אין קביעה זו יכולה לשמש כטענת הגנה של המעסיק בתביעה לפי שני החוקים נשוא העתירה שלפנינו; שכן תשלום שכר פחות לעובדת באחד מסניפי הרשת, אף אם הוא נעשה בניגוד למדיניותו הכוללת של המעסיק, ייחשב להפרה של הוראות שני החוקים. עם זאת, לשיטת הנשיא אדלר ניתן להביא את מדיניותה הכללית של הרשת בעניין שוויון הזדמנויות בעבודה לצורך קביעת גובה הפיצוי לעובדת.

טענות הצדדים

7. טענותיהן העיקריות של העותרות בעתירה שלפנינו נוגעות לשאלת היחס בין עילת התביעה לפי חוק שכר שווה לבין עילת התביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות בנסיבות העניין ולרף הראייתי שנקבע לצורך הוכחת התביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות. לטענת העותרות במקרה שלפנינו, שבו שכרה של העותרת היה נמוך בכ-35% משכרו של מור, די היה בנתון זה, המשקף את הבעיה המושרשת של הפלייה בשכר המשולם לנשים במשק הישראלי, כדי לעמוד בנטל ההוכחה הנדרש לא רק לפי חוק שכר שווה, כי אם גם לפי חוק

שוויון הזדמנויות. עוד טוענות העותרות כי לא היה מקום לשלול מן העותרת את הסעד של פיצוי ללא הוכחת נזק לפי סעיף 10 לחוק שוויון הזדמנויות, אך משום שלא עלה בידה להוכיח תופעה רחבה של הפלייה במקום העבודה. לטענת העותרות המשמעות שייחסו שופטי הרוב בבית הדין הארצי לדרישה הקבועה בחוק שוויון הזדמנויות בדבר הפלייה "מחמת" מינה של העובדת שקולה במידה רבה לדרישה כי העובדת תוכיח "כוונה" של המעביד להפלות. נטל זה הוא, לטענת העותרות, בלתי מידתי ובלתי ריאלי. בהקשר זה מתייחסות העותרות גם לקביעתו של בית הדין האזורי (שעליה הסתמך בית הדין הארצי) בדבר הוכחת העדר מדיניות מפלה ברשת כולה. לעניין זה טוענות העותרות כי בפועל עולה מהכרעת בית הדין הארצי דרישה ראייתית דרמטית שמשמעותה היא צורך להוכיח רכיב נסיבתי של הפלייה נרחבת במקום העבודה, כתנאי לסעד לפי חוק שוויון הזדמנויות. העותרות ממשיכות וטוענות כי כאשר בית המשפט מאתר תוצאה מפלה שלא ניתן להסבירה בשיקולים ענייניים, כדוגמת המקרה דנן, אל לו להידרש כלל לשאלה האם מקור התוצאה הוא במדיניות מפלה ומכוונת מראש של המעסיק. העותרות מוסיפות וטוענות כי פרשנותו של בית הדין הארצי לחוק שוויון הזדמנויות אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק; שכן אין בלשון החוק כל ביטוי לכוונה של המחוקק לסטות מן המבחן שנקבע זה מכבר בפסיקה לקיומה של הפלייה – יחס שונה כשלא קיימת הבחנה רלוונטית בין שני הגורמים שביניהם משווים. לטענת העותרות עמדתו הפרשנית של בית הדין הארצי מנוגדת גם לתכליתו ההרתעתית של חוק שוויון הזדמנויות. לטענתן, אין חולק שמטרתו של המחוקק בקביעת האפשרות לפסיקת פיצויים עונשיים ללא הוכחת נזק בסעיף 10 לחוק שוויון הזדמנויות הייתה קביעת מסר הרתעתי. אולם, כך טוענות העותרות, ההימנעות משליחת המסר המרתיע שבהטלת פיצויים עונשיים, כתוצאה מהטלת נטל ראיה כבד על כתפי התובעת, יוצרת אפקט של הקטנת הכדאיות שבהגשת תביעה לפי חוק זה אצל התובעת, ובה בעת יוצרת תמריץ של המעסיק להתנהל בשוויון נפש כלפי הפרת חוק שוויון הזדמנויות. עוד מציינות העותרות כי הוראות חוק שוויון הזדמנויות וחוק שכר שווה הן קוגנטיות, ולפיכך אין לראות בדרישתה ובהסכמתה של העובדת לשכר נמוך, משום הסכמה להתנהגותו של מעסיק בחוסר שוויוניות ובאופן מפלה.

עוד יצוין, כי העותרות טוענות כי בנסיבות העניין אין לדחות את העתירה שהוגשה על ידן למעלה משלוש שנים לאחר מתן פסק דינו של בית הדין הארצי מפאת שיהוי. בהקשר זה טוענות העותרות כי האינטרס הציבורי של צמצום הבעיה החברתית החמורה של הפליית נשים וחסימת התקדמותן בשוק העבודה והצורך לאפשר את השימוש בחוק שוויון הזדמנויות לקידום מטרה זו גוברים על אינטרס ההסתמכות של המשיבה על פסק דינו של בית הארצי, ככל שקיימת הסתמכות כזו. העותרות מוסיפות עוד כי העותרת לא ויתרה בשום שלב על זכותה הנטענת לקבלת פיצוי, והעיכוב שחל בהגשת העתירה נעוץ בדלות משאביה של העותרת.

8. המשיבה מתנגדת מטבע הדברים לקבלת העתירה. לטענתה, יש לדחות את העתירה על הסף בשל השיהוי הרב בהגשתה, ואין לקבל את נימוקיהן העובדתיים והמשפטיים של העותרות לשיהוי הכבד של למעלה משלוש שנים שחל בהגשת העתירה. המשיבה אף טוענת כי המקרה שלפנינו אינו המקרה המתאים להתערבות בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בהתאם למבחנים שנקבעו לעניין זה בפסיקה קודמת של בית משפט זה. בהקשר זה טוענת המשיבה כי טענות העותרות בדבר האופן שבו יש לפרש את היחס בין חוק שכר שווה לחוק שוויון הזדמנויות ובאשר לנטל ההוכחה המוטל על התובע לפי חוק שוויון הזדמנויות אינן מצדיקות התערבות של בית המשפט העליון בפסק דינו של בית הדין הארצי. המשיבה טוענת עוד כי התוצאה של הפחתת נטל הראייה בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות והשוואתו לנטל הנדרש לפי חוק שכר שווה, כמבוקש על ידי העותרות, מנוגדת לכוונת המחוקק. בהקשר זה מציינת המשיבה כי בשנת 1996 תוקן חוק שכר שווה באופן המרחיב את עילות התביעה לפיו, וזאת שמונה שנים לאחר חקיקתו של חוק שוויון הזדמנויות. לפיכך טוענת המשיבה כי אם המחוקק היה מבקש לקבוע שדי להוכיח את עילת התביעה לפי חוק שכר שווה כדי לעמוד גם בנטל ההוכחה הנדרש לפי חוק שוויון הזדמנויות הוא היה קובע זאת במפורש, אולם המחוקק לא עשה כן. בהקשר זה מוסיפה המשיבה וטוענת כי שני החוקים משלימים זה את זה. כך, בעוד שמרכז הכובד של חוק שכר שווה הינו שונות בין גבר לאישה שמזכה בסעד בהתאם לתנאי החוק, הרי מרכז הכובד של חוק שוויון הזדמנויות הינו הקשר הסיבתי שבין השונות

המגדרית לשונות בשכר. עוד טוענת המשיבה כי יש לדחות את טענת העותרות לפיה משתמעת מדעת הרוב בפסק דינו של בית הדין הארצי דרישה להוכיח כוונה של המעסיק להפלות כתנאי לגיבוש עילת התביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות. לעניין זה טוענת המשיבה כי העותרות מבלבלות בין העדר דרישה להוכחת מניע או כוונה מפלים לבין דרישת הקשר הסיבתי הנחוצה להוכחת קיומה של הפלייה. המשיבה מוסיפה וטוענת כי פערי השכר בין העותרת לבין מור נגרמו, בין היתר, כתוצאה מצפיות השכר השונות שהציג כל אחד מהם במשא ומתן שניהלו עם המשיבה. לטענת המשיבה קריטריון דרישת השכר אינו נמנה עם הקריטריונים שבהם אסור למעסיק לעשות שימוש לפי חוק שוויון הזדמנויות, ועל כן השימוש בו מותר לפי חוק זה. זאת, לעומת חוק שכר שווה שלפיו זכותה של העובדת לשכר שווה של עובד המבצע אותה עבודה או עבודה שוות ערך עומדת, גם אם הפער בשכר בין השניים אינו נובע ממינה של העובדת. סוגיה נוספת שאליה מתייחסת המשיבה בטיעוניה נוגעת לכך שההפלייה עליה אוסר חוק שוויון הזדמנויות היא הפלייה שמקורה בהשתייכות קבוצתית מסוימת של העובד (כגון דת, מין גזע וכו'). על כן טוענת המשיבה כי על מנת שהעובד יוכל להוכיח את קיומה של הפלייה נגדו על רקע השתייכותו הקבוצתית עליו לספק נתונים בדבר המדיניות שנוקט המעסיק כלפי אותה קבוצה. בכל הנוגע לעניינה הפרטני של העותרת טוענת המשיבה כי היא הוכיחה שאין לה מדיניות של הפלייה כלפי הנשים העובדות אצלה ואף במחלקת כלי העבודה בה עבדו העותרת ומור היו גברים שהשתכרו פחות מהעותרת. בנסיבות אלה, כך טוענת המשיבה, אין די בפערי השכר בין העותרת לבין מור כדי להקים לה עילה תביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות, אף כי קמה לה לשיטת בית הדין הארצי עילת תביעה לפי חוק שכר שווה.

9. נוסף לעמדות העותרות והמשיבה נשמעה לפנינו גם עמדת נציבות שוויון הזדמנויות (להלן: הנציבות) במשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, שביקשה להצטרף להליך שלפנינו במעמד של ידידת בית המשפט. נוכח זיקתה ההדוקה של הנציבות לעניין העקרוני שנתון להכרעתנו ותפקידה הסטאטוטורי בנושא ראינו ליתן לה הזדמנות להעלות בפנינו טענותיה והחלטנו לצרפה

כמבוקש כצד להליך. בטיעוניה מציינת הנציבות כי פערי שכר משמעותיים בין נשים לגברים מאפיינים הן את השוק הפרטי והן את המגזר הציבורי. לטענתה, יש לקרוא ולפרש את חוק שכר שווה ואת חוק שוויון הזדמנויות גם בהתייחס למציאות הקיימת, שבה פערי שכר בין נשים לגברים הם עניין מובנה ושכיח בחברה. בטיעוניה עומדת הנציבות על הקושי הרב בהוכחת קיומה של הפלייה. קושי זה הביא לכך שחוק שכר שווה בוחן את קיומם של פערים בין עובד לעובדת בהתאם למבחן התוצאה ואינו דורש הוכחת כוונה להפלות, וכן לכך שחוק שוויון הזדמנויות קובע כי בתנאים מסוימים יעבור נטל הראייה מהעובד למעביד. הנציבות טוענת כי לדעת הרוב בפסק דינו של בית הדין הארצי יש השלכות כבדות משקל על יישומו של חוק שוויון הזדמנויות, היא מנוגדת להלכה הנוהגת והשלכותיה עולות עד כדי איונה של היכולת להוכיח הפלייה מכוח חוק שוויון הזדמנויות. בנסיבות אלה טוענת הנציבות כי יש לאמץ דרך ביניים בין דעת הרוב לדעת המיעוט בפסק דינו של בית הדין הארצי. לשיטתה, כאשר הוכיחה העובדת קיומו של פער בשכר בינה לבין עובד אחר חרף ביצועה של עבודה שוות ערך תומכים שיקולי מדיניות משפטית ראויה בהעברת הנטל למעביד להוכיח שאין המדובר בהפלייה מחמת מין. אם לא יעמוד המעביד בנטל זה, ניתן יהיה לשיטת הנציבות לקבוע כי ההפלייה הייתה מחמת מינה של העובדת.

דיון

10. בטרם נידרש לשאלות שמעוררת העתירה שלפנינו בכל הנוגע ליחס שבין חוק שכר שווה לחוק שוויון הזדמנויות נתייחס תחילה לטענות הסף שהעלתה המשיבה בתגובתה לעתירה. שתי הסוגיות העיקריות שאליהן יש להתייחס בהקשר זה הן השיהוי שחל בהגשת העתירה והמבחנים לביקורתו של בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק על פסקי הדין של בית הדין הארצי לעבודה.

בכל הנוגע לשיהוי שחל בהגשת העתירה דומה כי קשה לחלוק על כך שהגשת העתירה למעלה משלוש שנים לאחר מתן פסק דינו של בית הדין הארצי מציבה משוכה משמעותית בפני העותרות. כידוע, עילת השיהוי משמשת כעילה

לדחייה על הסף של עתירות המוגשות לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. במסגרת עילה זו נבחנים שלושה גורמים עיקריים: שיהוי סובייקטיבי, שיהוי אובייקטיבי ומידת הפגיעה בשלטון החוק היה ותתקבל טענת השיהוי (ראו בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קריית גת, פ"ד מב(1) 678, 694-695 (1988)). השיהוי הסובייקטיבי מתמקד בהתנהגות העותר ובפרט בשאלה האם יש בחלוף הזמן כדי לתמוך במסקנה כי העותר ויתר על זכויותיו. השיהוי האובייקטיבי בוחן את השאלה האם האיחור שחל בהגשת העתירה גרם לפגיעה בזכויות או באינטרסים ראויים של הרשות המינהלית או של צדדים שלישיים. במסגרת השיקול של חומרת הפגיעה בשלטון החוק נדרש בית המשפט לבחון את עוצמת הפגיעה שתיגרם בשלטון החוק היה ותידחה העתירה מחמת שיהוי. ההכרעה בשאלת השיהוי נעשית תוך איזון בין שלושת היסודות הללו בהתאם למשקל היחסי של כל אחד מהשיקולים בנסיבות העניין. האיזון נעשה במיוחד בין האינטרסים של היחיד או הרבים הבאים לידי ביטוי במסגרת הפן האובייקטיבי של השיהוי לבין מידת הפגיעה בחוק ובערכי שלטון החוק (ראו עע"ם 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חיפה נ' החברה להגנת הטבע, פ"ד נו(3) 673, 679 (2002)).

במקרה שלפנינו נראה כי העותרת אמנם השתהתה בהגשת העתירה שלפנינו באופן שעשוי ללמד על ויתור על זכויותיה, ואף יש יסוד לטענה כי למשיבה קם אינטרס הסתמכות מסוים ביחס לפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה, שהוא נשוא העתירה שלפנינו. יחד עם זאת, נוכח חשיבותה המשפטית והציבורית הרבה של השאלה המתעוררת בעתירה זו, הנוגעת ליחס בין דברי החקיקה השונים המסדירים את איסור ההפלייה בין גברים לנשים במקום העבודה, הגענו לכלל מסקנה כי מן הראוי להכריע בעתירה שלפנינו על אף השיהוי בהגשתה (ראו בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 80-81 (2002)). חשיבותה של ההכרעה בעתירה שלפנינו חורגת, אפוא, מעניינן הפרטני של העותרת והמשיבה, ועשויות להיות לה השלכות בלתי מבוטלות על היקף זכויותיהם וחובותיהם של עובדים ומעבידים במשק. בהקשר זה מן הראוי לציין עוד, כי בדיון שנערך לפנינו בעתירה הודיעה באת-כוחן המלומדת של העותרות, עו"ד ארנה לין, כי העותרות משאירות לשיקול דעת בית המשפט את הצורך בהכרעה במקרה הקונקרטי של העותרת.

עוד יצוין, כי כלל ידוע הוא בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק יתערב בפסקי דינו של בית הדין הארצי לעבודה רק במקרים בהם טמונה בפסק דינו של בית הדין הארצי טעות משפטית מהותית שהצדק מחייבת את תיקונה (ראו: בג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מ(1) 673, 693 (1986); בג"ץ 3512/04 שזיפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נט(4) 70, 74 (2004)). נוכח חשיבותן והשלכותיהן הרחבות של השאלות המתעוררות בעתירה זו והקשיים שמעורר, כפי שיובהר בהמשך, פסק הדין נשוא העתירה, ראינו לנכון לדון בעתירה שלפנינו ולהכריע בשאלות המתעוררות בה.

11. השאלה העיקרית המחייבת הכרעה בעתירה שלפנינו היא האם די בהוכחת קיומם של התנאים המקימים עילת תביעה לפי חוק שכר שווה כדי להקים עילת תביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות. במלים אחרות, האם הוכחת פער בשכר בין עובדת לעובד בגין עבודה שווה או שוות ערך באותו מקום עבודה יכולה לבסס עילת תביעה על-פי שני החוקים. על מנת להכריע בשאלה זו נעמוד על לשונם ותכליותיהם של שני דברי החקיקה האמורים ועל בסיס זה נכריע בשאלת היחס ביניהם. נביא, אפוא, תחילה, את לשון הוראות החוק העומדות במוקד המחלוקת בעתירה דנן. סעיף 2 לחוק שכר שווה קובע בזו הלשון:

"הזכות לשכר שווה

2. עובדת ועובד המועסקים אצל אותו מעביד באותו מקום עבודה, זכאים לשכר שווה בעד אותה עבודה, עבודה שווה בעיקרה או עבודה שוות ערך..."

משהוכח כי העובדת מועסקת אצל אותו מעביד באותו מקום עבודה (שאלת קיום תנאים אלה נדונה בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה, אך אינה רלוונטית להכרעה בפנינו) עובר הנטל להוכיח טענה בדבר קיומם של פערים מוצדקים בשכר למעביד בהתאם להוראת סעיף 6 לחוק שכר שווה:

"הפרש בשכר

6. (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 המעביד שקיימות נסיבות כאמור בסעיף קטן (א) המצדיקות הפרש בשכר או בגמול אחר, עליו נטל ההוכחה."

חוק שוויון הזדמנויות קובע גם הוא איסור על הפלייה בעבודה בין גברים לנשים. איסור ההפלייה הבסיסי מעוגן בסעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות שקובע כדלקמן:

"איסור הפלייה

2. (א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, הריון, טיפולי פוריות, טיפולי הפריה חוץ-גופית, היותם הורים, גילם, גזעם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים, קריאתם לשירות מילואים או שירותם הצפוי בשירות מילואים... בכל אחד מאלה:

(1) קבלה לעבודה;

(2) תנאי עבודה;

(3) קידום בעבודה;

(4) הכשרה או השתלמות מקצועית;

(5) פיטורים או פיצויי פיטורים;

(6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מעבודה."

סייג מסוים להוראת סעיף 2(א) הנ"ל קבוע בסעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות הקובע כי: "אין רואים הפלייה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה". סוגיית נטל ההוכחה בתביעות לפי חוק שוויון הזדמנויות מוסדרת בסעיף 9 לחוק שקובע כדלקמן:

"נטל ההוכחה

9. (א) בתובענה של דורש עבודה או של עובד בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על המעביד 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 המעביד לגביהם תנאים או כישורים, ודורש העבודה או העובד, לפי הענין, הוכיחו כי נתקיימו בהם התנאים או הכישורים האמורים;

(2) לענין פיטורים מהעבודה - אם הוכיח העובד שלא היתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטוריו".

12. במקרה שלפנינו הוכיחה העותרת, כפי שקבע בית הדין האזורי לעבודה, כי שכרה היה נמוך בכ-35% משכרו של מור – עובד גבר שביצע אותה עבודה שביצעה העותרת. בנסיבות אלה, ומשלא עלה בידי המשיבה לעמוד בנטל המוטל עליה לפי סעיף 6 לחוק שכר שווה להראות כי קיימת הצדקה עניינית להבחנה זו בשכר, עלה בידי העותרת להוכיח את עילת התביעה שלה לפי חוק שכר שווה. השאלה המתעוררת במקרה דנן היא האם פער זה בשכר, שלא עלה בידי המשיבה להוכיח כי הוא מתחייב מאופייה או ממהותה של העבודה, מביא בהכרח למסקנה כי העותרת הופלתה לרעה על ידי המשיבה בתנאי עבודתה (כאשר בענייננו מדובר בשכרה) "מחמת" מינה, בהתאם להוראת

סעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות. כדי להכריע בשאלה זו עלינו לבחון את התכליות שביסוד שני החוקים ולעמוד על היחס ביניהם.

13. חוק שכר שווה וחוק שוויון הזדמנויות נועדו שניהם להגשים ולקדם את עקרון השוויון בשוק העבודה על ידי הטלת איסור על המעביד להפלות בין עובדים על בסיס שיקולים שאינם ענייניים או לגיטימיים. עקרון השוויון ואיסור ההפלייה הוא עקרון יסודי במשטרנו החוקתי, והוא תנאי בסיסי לקיום משטר דמוקרטי המבוסס על הגינות וצדק. אכן, כפי שציין השופט מ' לנדוי ביחס לעקרון השוויון: "רעיון זה, שאינו כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ומבקר המדינה, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969)). בית משפט זה עמד לא אחת על מעמדו של עקרון השוויון בשיטתנו, ואף קבע כי הוא נהנה ממעמד חוקתי על-חוקי (ראו בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 688-689 (2006)). על מהותו של עקרון השוויון ואיסור ההפלייה בשיטתנו עמד המשנה לנשיא (כתוארו אז) א' ברק בפסק דינו בבג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994) בזו הלשון:

> "נקודת המוצא העובדתית הינה, כי בני האדם שונים הם זה מזה. "אין אדם הדומה לחלוטין לרעהו"... כל אדם הוא עולם בפני עצמו. החברה מבוססת על בני אדם השונים זה מזה. רק הגרועות שבדיקטטורות מבקשות לבטל הבדלים אלה. זאת ועוד: ביסוד כבוד האדם מונחת ההנחה, שכל אדם ואדם הוא חופשי לפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו... על רקע חופש זה בא עקרון השוויון. משמעותו הינה שוויון בפני החוק, וניטראליות של החוק ביחס לשונות שבין בני האדם. זהו השוויון בהפעלת החופש. זהו השוויון בהזדמנויות. שוויון זה מניח הסדר נורמטיבי המופעל בצורה אחידה על כל הפרטים, חרף השוני העובדתי שביניהם. עם זאת, עקרון השוויון אינו מניח אך דין אחיד לכל. אכן, עקרון השוויון אינו שולל דינים שונים לאנשים שונים. עקרון השוויון דורש כי קיומו של דין מבחין יוצדק על-פי טיב העניין ומהותו. עקרון השוויון מניח, אפוא, קיומם של טעמים ענייניים המצדיקים שוני (הבחנה, אבחנה). הפלייה - שהינה ניגודו של השוויון - קיימת, אפוא, באותם מצבים בהם דין שונה לאנשים השונים זה מזה (מבחינה עובדתית) מבוסס על טעמים שאין בהם כדי להצדיק בחברה חופשית ודמוקרטית הבחנה ביניהם... על כן, דין נתון יוצר הפלייה כאשר שני בני אדם, השונים זה מזה

> (חוסר שוויון עובדתי), מטופלים על-ידי הדין באופן שונה, מבלי שהשוני העובדתי שביניהם יש בו כדי להצדיק טיפול שונה בנסיבות העניין. ביסוד ההפלייה מונח, אפוא, גורם השרירות, חוסר הצדק וחוסר הסבירות" (ראו שם, בעמ' 760-761).

עקרון השוויון ואיסור ההפלייה הוחל בהקשרים שונים בשוק העבודה, ואף בא לידי ביטוי מפורש בחקיקתם של חוקי העבודה. זאת, מתוך תפיסה כי תחום יחסי העבודה הוא אחד מתחומי החיים העיקריים בהם נתקלים בני קבוצות מסוימות בחברה בהפלייה בלתי מוצדקת הפוגעת במעמדם הכלכלי והחברתי על בסיס סטריאוטיפים בלתי מוצדקים או דעות קדומות. מניעת ההפלייה הפסולה בשוק העבודה עשויה, אפוא, למנוע את הפגיעה הבלתי-מוצדקת בעובדים אך בשל מאפיין זה או אחר שלהם שאינו רלוונטי לתפקידם. זאת ועוד, ייתכן שבטווח הארוך יותר יביא איסור ההפלייה בשוק העבודה, ככל שיישום בפועל, אף לערעור הסטריאוטיפים והדעות הקדומות העומדים במידה רבה ביסוד ההפלייה הפסולה בחברה כולה. יפים לעניין זה דבריו של השופט (כתוארו אז) א' מצא:

> "עוד חשוב להבין, ברוח מה שכבר נרמז, שלהפלייתן של נשים במיגזרי התעסוקה והפעילות המשקית נודעת השפעה מצטברת על דימוין השלילי, כמעמד שהוא כביכול נחות, גם בתחומים אחרים. כך, למשל, היעדר ייצוג הולם לנשים בענפי ובמקומות עבודה שונים תורם ליצירת דימוי ירוד ליכולתן לנהל באופן עצמאי את חייהן. מכאן שהפלייתן של נשים בתחומי הפעילות המשקית מזינה, בדרכה שלה, את השרשתן לאורך ימים של תפיסות חברתיות מעוותות" (ראו בג"ץ 453/94 שדולת הנשים נ' שר התחבורה, פ"ד מח(5) 501, 524 (1994) (להלן: עניין שדולת הנשים)).

כדי להגשים מטרות אלה ולמנוע הפלייה פסולה בין עובדים מגבילים שני החוקים הנדונים בעתירה שלפנינו את חופש ההתקשרות של המעביד ומצמצמים את שיקול הדעת הנתון לו בניהול עסקו.

14. חוק שכר שווה נועד להתמודד באופן קונקרטי עם אחד הביטויים החברתיים הנפוצים ביותר להפלייה פסולה בשוק העבודה, והוא ההפלייה בשכר בין גברים לנשים המבצעים את אותה עבודה, עבודה שווה בעיקרה או עבודה שוות ערך. החוק נחקק לראשונה בשנת 1964 ונחקק מחדש בשנת 1996. סעיף 1 לחוק שכר שווה מגדיר את המטרה שביסודו בזו הלשון:

"מטרת החוק	1. חוק זה נועד לקדם שוויון ולמנוע אפליה בין המינים בכל הנוגע לשכר או לכל גמול אחר בקשר לעבודה".

הזכות לשכר שווה של עובדת ועובד העובדים אצל אותו מעביד ובאותו מקום עבודה קמה, אפוא, בהתאם לסעיף 2 לחוק שכר שווה, כאשר השניים מבצעים אותה עבודה, עבודה שווה בעיקרה או עבודה שוות ערך. למעשה, קובע החוק חזקה חלוטה שלפיה הפער בשכר בין עובד לעובדת המבצעים אותה עבודה מצביע על קיומה של הפלייה מחמת מין. חשוב לציין עוד, 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. כך, מסקר ההכנסות לשנת 2010 שפרסמה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ביום 7.9.2011 עולה כי הכנסתה החודשית של אישה שכירה עומדת על 66% מהכנסתו של גבר שכיר, וכי ביחס לשכר לשעה הכנסתה של אישה שכירה מגיעה כדי 84% משכרו של גבר שכיר (ראו http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=201115219).

חשוב לציין עוד כי התופעה החמורה של הפליית נשים בשכר היא אך ביטוי אחד מני רבים להפלייה שעודנה נוהגת כלפי נשים בשוק העבודה, ובכלל זה בסוגיות הנוגעות לקבלת נשים לעבודה, להטרדה מינית בעבודה, לייצוג ההולם של נשים בתפקידים בכירים שונים ולמעמדן של נשים בהריון ואימהות. במהלך השנים ביקשה הכנסת להתמודד עם ביטויים שונים להפליית נשים בשוק העבודה, וזאת הן בשני החוקים העומדים ביסוד העתירה שלפנינו והן בדברי חקיקה נוספים (ראו למשל: חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951; חוק עבודת

נשים, תשי"ד-1954, חוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998). גם בית משפט זה פועל זה שנים בפסיקתו להגנה על זכויותיהן של נשים ולמיגור אפלייתן בתחומים שונים (ראו למשל: בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988); בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); עניין שדולת הנשים; בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630 (1998)). בנוגע לתפקיד ההלכות והחוקים שנועדו לקדם את השוויון בין גברים לנשים מן הראוי להביא את דבריו של השופט (כתוארו אז) מ' חשין בבג"ץ 2671/98 הנ"ל כדלקמן:

> "סקרנו הוראות-חוקים אחדים והצגנו הלכות שיצאו מלפני בתי-המשפט: הלכות שפירשו חוקים, הלכות ששיכנו עצמן בין-חרכי חוקים והלכות העומדות על רגליהן-שלהן. המכנה המשותף לכל אותן הוראות-חוקים ולכל אותן הלכות היה - והינו - הצורך החברתי הדוחק להכיר בשוויון מעמדה של האשה ולעשות לחיזוקו של השוויון. החוקים הם חוקים "מתקדמים", וההלכות כמותם... ממעוף-הנשר עשויים החוקים וההלכות להיראות מוזרים-משהו, וכמו אין הם מציגים לפנינו אלא טאוטולוגיה. אני מניח כי יום יבוא וקטנים ישחקו לחוקים ולהלכות אלה, חוקים והלכות שגדולים משתבחים בהם כיום. הנה היא זכותה של האשה "לשכר שווה בעד אותה עבודה" כהוראת סעיף 2 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד... וכי אין החוק אומר את המובן מאליו? וכי אריזתן של 500 קופסאות ביום שונה אם נעשתה בידי גבר או בידי אשה? וכי דבר-המחוקק לא היה ברור ומובן מאליו אף בטרם נאמר? וכי אמירת המחוקק לא היינו גוזרים אותה מתוך עקרון השוויון עצמו? כך אף באשר לדברו של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה. וכי אין החוק אומר את שידענו מכבר, שאין להפלות את האישה אך באשר אישה היא? כך שני חוקים אלה וכך כל שאר החוקים. כל אלה החוקים - הם ואחרים זולתם - לא נועדו אלא לביעור מעשי-הפלייה בלתי-חוקיים שנשתרשו בחברתנו; והוראת המחוקק לא נועדה אלא להשמיע לכל באי-עולם מה נורמות שוררות - וראויות שתשרורנה - במקומנו. דברו המפורש של החוק

> נועד להצהיר על הצורך לשרש מחיינו נהגים פסולים שדבקו בנו, ולהעמיד את האישה במקום שראויה הייתה לעמוד בתחילת הדרך. אכן, זעיר-שם זעיר-שם יצר המחוקק נורמות חדשות - נורמות שאפשר לא היו מובנות מאליהן - ואולם בעיקרם נועדו החוקים להצהיר על נורמות ובדרך זו לקבען בחיי המשפט ובחיי החברה. ואגב קיבוען של הנורמות מצא המחוקק - ובצדק - להצמיד סנקציות בצד הפרתן, הכל כאמור בכל חוק וחוק. חוקים שהבאנו והלכות שסקרנו נידמו בעינינו לנקודות אור; והאור הוא אור השוויון, שוויון האישה לגבר בכל עניין ועניין. נלך מנקודת-אור אחת אל חברתה, ודוקטרינת השוויון תגלה עצמה לפנינו במלוא הדרה" (ראו שם, בעמ' 657-658).

למרבה הצער גם כיום, בעשור השני של המאה העשרים-ואחת, טרם חלף מן העולם הצורך במתן הגנה חקיקתית ושיפוטית לנשים מפני הפלייתן לרעה בתחומי חיים שונים. כולי תקווה כי ביום מן הימים אכן "קטנים ישחקו לחוקים ולהלכות אלה", כמאמרו של השופט חשין; אולם, כך נראה, יום זה עודנו רחוק מאיתנו ואולי אף רחוק מאוד.

15. לעומת חוק שכר שווה, חוק שוויון הזדמנויות הוא רחב היקף יותר ונועד להתמודד לא רק עם הפלייה מחמת מין, אלא עם כל סוגי ההפלייה של מי שמעמדו כלפי המעביד מוחלש מעצם טיבו, על בסיס של מאפייני זהות שונים של העובדים (כגון נטייה מינית, גיל, גזע ודת). כמו כן נועד חוק שוויון הזדמנויות למנוע הפלייה בהקשרים שונים הנוגעים ליחסי העבודה (כגון קבלה לעבודה, תנאי העבודה וקידום בעבודה) ולא רק ביחס להפלייה בשכר. שני החוקים מגדירים באופן שונה את ההפלייה שנקבעה כאסורה על ידם. חוק שכר שווה בוחן את ההפלייה על-פי מבחן תוצאתי ודי בהוכחת פער השכר כדי להקים עילה לפיו. נוכח שילוב הוראות סעיפים 2 ו-6 לחוק שכר שווה נדרש בית הדין לעבודה הדן בתביעה לפי חוק שכר שווה לבדוק האם ישנם הפרשי שכר בין האישה התובעת לבין הגבר, שאליו היא משווה את שכרה ומבצע אותה עבודה כמוה (או עבודה שווה בעיקרה או שוות ערך). היה ונמצא כי קיימים הפרשי שכר כאלה עובר הנטל למעביד להוכיח כי קיימת הצדקה ענייניה

להפרשי שכר אלה בהתאם לשיקולים המפורטים בסעיף 6(א) לחוק שכר שווה. שיקולים אלה אינם בגדר רשימה סגורה, ועמד על כך הנשיא אדלר בפסק דינו. עם זאת, הוכחת שיקולים אחרים שאינם מנויים בסעיף 6(א) לחוק שכר שווה מחייבת כי אף שיקולים אחרים אלה יהיו מאותו סוג הנזכר בסעיף ויצביעו על כך שההפרשים בשכר מתחייבים "מאופיה או ממהותה של העבודה הנדונה". אם לא עולה בידי המעביד לעמוד בנטל זה המסקנה המתחייבת היא כי קמה לעובדת עילת תביעה לפי חוק שכר שווה. בהקשר זה יוער כי עמדתה של השופטת וירט-ליבנה, אשר בעניין זה הייתה דעת יחיד, לפיה חופש ההתקשרות של המעסיק הוא שיקול שעשוי להצדיק בתנאים מסוימים הכרה בפערי שכר בין גברים לנשים, שלא במסגרת השיקולים המנויים בסעיף 6(א) לחוק שכר שווה, אינה מקובלת עליי.

המחוקק קבע באמצעות החריגים המפורטים בסעיף 6(א) לחוק שכר שווה את נקודת האיזון בין חופש ההתקשרות של המעסיק לבין ההגנה על עקרון השוויון, ובכלל זה הגדיר שורה של שיקולים ענייניים שעשויים להצדיק הבחנה בשכר בין גבר לאישה המבצעים אותה עבודה. נוכח מעמדו של עקרון השוויון בשיטתנו המשפטית והצורך למנוע הפלייה בלתי מוצדקת בין גברים לנשים אני סבורה כי אין להכיר בחופש ההתקשרות של המעסיק כשיקול עצמאי שעשוי להצדיק הפלייה בשכר בין גברים לנשים. הכרה בעקרון חופש ההתקשרות של המעסיק כהגנה לפי חוק שכר שווה עלולה לשמש ככסות להפלייה מגדרית ולהביא להנצחתה, וכך לחתור תחת התכלית העומדת ביסוד חוק שכר שווה. שיקול זה אף מתעלם מהפערים הקיימים בפועל בשוק העבודה בין גברים לנשים בדרישות השכר ובאופן ניהול המשא ומתן על שכר (ראו שרון רבין-מרגליות "ההסבר (התירוץ) השוקי לפערי שכר מגדריים: בעקבות פסק דין הומסנטרס (עשה זאת בעצמך) בע"מ נ' אורית גורן" הפרקליט נ' (תש"ע) 501, 512-520 (להלן: רבין-מרגליות)). כדי להתמודד עם הקשיים הניצבים בפני נשים בשוק העבודה החליט המחוקק להגביל את חופש ההתקשרות הנתון למעסיק ולהסיג אותו מפני ערך השוויון ואיסור ההפלייה של נשים בשוק העבודה. בהעדר שיקול ענייני הנוגע לעובד עצמו (ממין השיקולים המנויים בסעיף 6 לחוק שכר שווה) נאסר על המעביד לקבוע שכר שונה לעובד ולעובדת המבצעים אותה עבודה. המחוקק קבע, אפוא, קביעה ערכית המצמצמת את חופש

ההתקשרות החוזית של המעסיק, לשם צמצום הפלייתן של נשים בשוק העבודה. כדי לקדם מטרה זו, ותוך התחשבות בפערי הכוחות האינהרנטיים שבין עובדים (ובמיוחד עובדות) לבין מעבידים, המחוקק אף הקל במידה רבה את הנטל המוטל על העובדת התובעת בתביעה לפי חוק שכר שווה בהסדר שקבע ב[סעיף 6(ב)](#) לחוק שכר שווה בדבר העברת נטל ההוכחה למעביד. קבלת העמדה לפיה חופש ההתקשרות עשוי להצדיק את הפערים בשכר עומדת בניגוד מהותי לתכלית אותה ביקש המחוקק להגשים בחוק שכר שווה, שהיא צמצום השפעת כוחות השוק על קביעת שכרן של נשים, נוכח ההפלייה הפסולה בשכר אליה מביאה הסתמכות על כוחות השוק בלבד. אוסיף עוד כי אף העמדה שהובעה בחוות דעתה של השופטת וירט-ליבנה, שלפיה דחיית הטענה בדבר הצורך באיזון בין הזכות לשוויון בשכר לבין חופש ההתקשרות של המעסיק עלולה להביא לכך שמעסיק יעדיף לקבל גברים בלבד לעבודה, אינה נראית בעיני. זאת, משום שמדיניות מעין זו של מעביד תהיה כשלעצמה עבירה על חוק שוויון הזדמנויות, האוסר על מעביד להתחשב במינה של העובדת בעת ההחלטה אם לקבלה לעבודה. מעביד שינקוט מדיניות כזו יהיה חשוף לאחריות פלילית ונזיקית. הדרך למנוע את הפלייתן של נשים בשוק העבודה נעוצה, אפוא, באכיפה מוגברת של החוקים האוסרים על הפלייתן ולא בריקון חוקים אלה מתוכן מתוך התחשבות כביכול בתנאי השוק.

16. שלא כמו בחוק שכר שווה המבחן לגיבוש עילת התביעה הקבוע בחוק שוויון הזדמנויות הוא מבחן של קשר סיבתי. ההפלייה האסורה לפי חוק זה היא הפלייה "מחמת" מאפיין זהות כלשהו של העובד שעל המעביד נאסר להתחשב בו. כדי להוכיח את עילת התביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות שומה, אפוא, על העובד להוכיח כי אחד השיקולים ששקל המעביד בעניינו של העובד (לגבי אחד מהתחומים המפורטים ב[סעיף 2(א)](#) לחוק שוויון הזדמנויות) הוא שיקול אסור. בהקשר זה חשוב להדגיש כי חוק שוויון הזדמנויות אינו דורש הוכחת כוונה של המעביד להפלות את העובד כתנאי לגיבוש עילת התביעה. בהקשר זה יפים דבריו של השופט ג' בך (שנאמרו בנוגע להבחנה בגיל הפרישה בין גברים לנשים):

> "מוכן אני להניח, כי לא היה בכוונת מעסיקיה של העותרת להפלות אותה ואת יתר העובדות לרעה כאשר חתמו על חוקת העבודה. אך כוונתה של המשיבה אינה קונקלוסיבית לענין השאלה שעלינו להכריע בה, שכן המבחן לבדיקת קיומה או אי קיומה של אפליה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו המכריע בנדון, ולצורך קביעת קיומה של אפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית" (ראו בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 759 (1990)).

על כן די בכך שהמעביד התחשב באחד השיקולים המנויים בסעיף 2(א) לחוק לשם קבלת ההחלטה בענייננו של העובד כדי שתקום לעובד עילת תביעה לפי סעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות. היינו, אף בהעדר כוונה להפלות את העובד עצם ההתחשבות במינו של העובד, גילו, דתו או כל אחד מהשיקולים האחרים המנויים בסעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות היא אסורה; זאת, אלא אם מדובר בשיקול המתחייב "מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה", כאמור בסעיף 2(ג) לחוק. זאת ועוד, נוכח הקושי שקיים לא אחת בהוכחת השיקולים עליהם התבססה החלטת המעביד קובע סעיף 9(א) לחוק שוויון הזדמנויות כי אם יוכיח העובד כי נתקיימו בו התנאים או הכישורים שקבע המעביד יועבר הנטל למעביד לסתור את טענת ההפלייה, ולהוכיח כי ההחלטה בענייננו של העובד לא התבססה על שיקול אסור (ראו והשוו: דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 351-352 (2000) (להלן: דיון נוסף רקנט); שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה" הפרקליט מד (תשנ"ח-תש"ס) 529, 539-543).

ניתן, אפוא, לסכם ולומר כי בתביעה לפי חוק שכר שווה די להצביע על פערים בשכר בין אישה לגבר המבצעים אותה עבודה (או עבודה שווה בעיקרה או שוות ערך), שהמעביד לא הצליח להוכיח כי קיימת להם הצדקה ענינית, כדי לגבש את עילת התביעה; ואילו קיומה של עילת התביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות מותנה בהוכחה ששיקול אסור המתייחס לעובד נשקל על ידי המעביד. כאמור, חוק שכר שווה קובע למעשה חזקה חלוטה לפיה פער בשכר בין עובד לעובדת, שלא עלה בידי המעביד להוכיח הצדקה ענינית

לקיומו, נובע ממינה של העובדת. חזקה חלוטה כזו אינה קבועה בחוק שוויון הזדמנויות, ועל כן הנטל שהוא מטיל על העובד הטוען להפלייה הוא כבד יותר. חוק שוויון הזדמנויות אמנם אינו דורש הוכחת כוונה מפורשת של המעביד להפלות את העובד, אך הוכחת העילה מבוססת על קיומו של קשר סיבתי בין השיקול האסור של המעביד לפי סעיף 2(א) לחוק לבין ההחלטה שהתקבלה בעניינו של העובד.

17. הבדל משמעותי נוסף הקיים בין חוק שכר שווה לבין חוק שוויון הזדמנויות נעוץ בסעדים שקבע המחוקק בגין הפרת כל אחד מהחוקים. חוק שכר שווה אינו קובע סנקציה פלילית בשל הפרתו וסעיף 8(א) לחוק מגביל את תקופת הזמן המרבית שבגינה יכולה העובדת שהופלתה בשכרה לתבוע הפרשי שכר לתקופה של 24 חודשים. לעומת זאת, במקרה של הפרת הוראת איסור ההפלייה בסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות רשאי בית הדין לעבודה, בהתאם לסעיף 10(א)(1) לחוק, לפסוק לזכות העובד פיצוי ללא הוכחת נזק "בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין". לפיצוי זה יש מטבע הדברים פן הרתעתי וחינוכי, שאינו קיים בפיצוי לפי חוק שכר שווה. מכוח סעיף 10(א)(2) לחוק שוויון הזדמנויות בית הדין לעבודה אף רשאי בתנאים מסוימים "ליתן צו מניעה או צו עשה, אם ראה שפסיקת פיצויים בלבד לא תהא צודקת". כמו כן, בהתאם להוראת סעיף 15(א) לחוק שוויון הזדמנויות ניתן להטיל על מעביד המפר את הוראת סעיף 2 לחוק סנקציה פלילית – כפל הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

18. חוק שכר שווה נועד, אפוא, להתמודד עם אחד הביטויים הנפוצים להפלייה בין גברים לנשים בשוק העבודה, ולפיכך קובע נטל הוכחה שמקל במידה רבה על העובדת להוכיח את עילת התביעה שלה; אך מנגד מגביל החוק את היקף הפיצוי שניתן לפסוק לטובת העובדת שהופלתה. חוק שוויון הזדמנויות נועד להתמודד עם סוגים שונים של הפלייה כלפי קבוצות אוכלוסייה שונות ומחייב הוכחת קשר סיבתי בין השיקול האסור ששקל המעביד לבין ההחלטה שהתקבלה בעניינו של העובד. יחד עם זאת, מאפשר החוק פסיקת פיצוי ללא הוכחת נזק לטובת העובד ומטיל סנקציה פלילית על המעביד המפלה.

19. בעתירה שלפנינו אין חולק כי קמה לעותרת עילת תביעה לפי חוק שכר שווה נוכח פער השכר המשמעותי בינה לבין מור והעובדה כי השניים ביצעו אותה עבודה. הסוגיה שבה אנו נדרשים להכריע היא האם די בכך כדי להקים לעותרת גם עילת תביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות. דעת הרוב בבית הדין הארצי השיבה בשלילה לשאלה האמורה תוך בחינת הנסיבות בהן יועבר נטל ההוכחה למעביד בהתאם לסעיף 9 לחוק שוויון הזדמנויות. בהקשר זה נקבע בדעת הרוב כי כדי להעביר את הנטל אל כתפי המעביד על העובד להביא ראשית ראיה המעידה על הפלייה או על התנהגות לא שוויונית של המעביד. עוד קבעו שופטי הרוב מפי השופטת וירט-ליבנה כי על העובד להציג בפני בית הדין ראיות ומסמכים אשר יעידו במידה הנדרשת כי מדובר במעביד מפלה. עצם הוכחת העילה לפי חוק שכר שווה אינה עומדת לשיטת שופטי הרוב בבית הדין הארצי לעבודה ברף זה. דעת המיעוט בבית הדין הארצי מפי הנשיא אדלר גרסה, לעומת זאת, כי די בהוכחת העילה לפי חוק שכר שווה כדי להקים ממילא לעובדת עילת תביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות. זאת, משום שלשיטת המיעוט משלא עלה בידי מעביד להצביע על נסיבות המצדיקות פערים בשכר בהתאם לסעיף 6(א) לחוק שכר שווה, הרי נותרת המסקנה כי מדובר בפערי שכר הנעוצים במינה של העובדת. נפנה, אפוא, לבחון האם די בהוכחת העילה לפי חוק שכר שווה כדי להקים עילת תביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות.

20. על פני הדברים נראה כי נוכח השוני באופן הגדרת העילות בין חוק שכר שווה לבין חוק שוויון הזדמנויות אין די בהוכחת עילת התביעה לפי חוק שכר שווה כדי להקים בהכרח ובאופן "אוטומטי" עילת תביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות. כל אחד משני החוקים נועד להתמודד עם סוגים שונים של הפלייה בשוק העבודה, קובע מבחנים שונים להוכחת ההפלייה ומטיל סנקציות שונות על המעביד המפלה. בנסיבות אלה יצירת חפיפה מלאה בין עילות התביעה הקבועות בשני החוקים אינה עולה בקנה אחד עם התכליות שכל אחד מהחוקים נועד להגשים ועם הבעיות איתן נועד כל אחד מהחוקים להתמודד. אכן, חוק שכר שווה נועד להתמודד עם דוגמה נפוצה לאחד מסוגי ההפלייה הנוהגים כלפי נשים בשוק העבודה ועילת התביעה שנקבעה על ידי המחוקק בחוק זה מותאמת לסוג זה של הפלייה. עילה זו אינה מתאימה כפשוטה לחוק

שוויון הזדמנויות שקובע רף גבוה יותר לגיבוש עילת התביעה כנגד המעביד ומתייחס להפלייה במגוון נושאים הקשורים ליחסי העבודה. יחד עם זאת, חוק שוויון הזדמנויות מכיר, כאמור, בקושי הניצב בפני העובד הנדרש להוכיח את שיקוליו של המעביד, וקובע כי בתנאים מסוימים יעבור הנטל למעביד להוכיח כי לא נהג בהפלייה פסולה. נשאלת, אפוא, השאלה מהו הרף הראייתי המינימאלי הנדרש לשם העברת נטל ההוכחה לפי חוק שוויון הזדמנויות לכתפי המעביד, והאם הוכחת העילה לפי חוק שכר שווה עומדת ברף ראייתי זה.

21. האפשרות להעביר את נטל ההוכחה בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות לכתפי המעביד קבועה, כאמור, במפורש בסעיף 9 לחוק שוויון הזדמנויות. בהתאם להוראת סעיף 9(א) לחוק שוויון הזדמנויות, נטל ההוכחה לגבי העדר שיקולים פסולים יעבור לכתפי המעביד, אם העובד שטוען להפלייה יוכיח כי התקיימו בו התנאים או הכישורים שנקבעו על ידי המעביד לאותו עניין שלגביו מתעוררת טענת ההפלייה. הנטל המוטל על העובד הוא נטל קל יחסית. קריאת הוראות סעיף 2 ו-9 לחוק שוויון הזדמנויות במשולב מובילה למסקנה כי די בכך שהעובד הטוען להפלייה בשל אחד ממאפייני הזהות שלו המנויים בסעיף 2 לחוק יוכיח כי התקיימו בו התנאים והכישורים שנקבעו על ידי המעביד לעניין מסוים כדי להעביר את הנטל למעביד להוכיח כי ההחלטה שנתקבלה על ידו באותו עניין לא התבססה על שיקול אסור (ראו ר' בן-ישראל שוויון הזדמנויות ואיסור אפליה בעבודה (כרך ב, 1998) 480).

22. הנסיבות הקבועות בסעיף 9 לחוק שוויון הזדמנויות הן רק דוגמה אחת למצב שבו יועבר נטל ההוכחה בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות לכתפי המעביד, ולעניין זה מקובלת עליי טענת הנציבות כי העברת הנטל אפשרית גם בנסיבות נוספות. סעיף 9 לחוק שוויון הזדמנויות אינו קובע, אם כן, הסדר ממצה ובלעדי באשר להעברת נטל ההוכחה, שכן השאלה האם המעביד נהג בהפלייה אינה קשורה בהכרח לעמידתו של העובד בתנאים או כישורים כאלה או אחרים. אכן, נוכח הקושי הטמון בהוכחת השיקולים שעמדו ביסוד החלטה זו או אחרת שהתקבלה בעניינו של העובד יש להעביר את נטל ההוכחה למעביד כאשר עלה בידי העובד להציג ראיות לכאורה לכך שהמעביד נהג כלפיו בהפלייה. זאת ועוד, על רקע פערי הכוחות והמידע המאפיינים את היחסים בין המעביד 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.

לפיכך, איני סבורה כי יש מקום לדרישה שהועלתה בדעת הרוב בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה, לפיה העובדת נדרשת להציג ראיות ומסמכים אשר יעידו במידה מספקת כי מדובר במעסיק מפלה; כפי שיובהר בהמשך ייתכן שבנסיבות מסוימות יהיה די בהוכחת קיומו של פער משמעותי בשכר בין עובדת לעובד כדי להעביר את נטל ההוכחה בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות לכתפי המעביד. כמו כן העובד יוכל לעמוד ברף הראייתי הנדרש לשם העברת נטל ההוכחה אם יצביע על מדיניות מפורשת של המעביד המבוססת על אחד מהקריטריונים המנויים בסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות. אותן ראיות לכאורה עשויות לקום גם אם יעלה בידי העובד להוכיח כי למדיניות או להחלטה כלשהי של המעביד יש בפועל תוצאה מפלה, אף אם איננה מבוססת ישירות על אחד מהקריטריונים האסורים. הראיות שהעובד נדרש להביא במסגרת המבחן הראייתי המוצע עשויות להיות ראיות הנוגעות ליחס המעביד כלפי העובד עצמו לעומת יחסו לעובדים אחרים, שאינם משתייכים לקבוצה שאליה משתייך העובד ושלגביה מתעוררת טענת ההפלייה. הראיות עשויות להתייחס גם להתנהגותו של המעביד כלפי עובדים מהקבוצה שאליה משתייך העובד בהשוואה ליחסו לעובדים מקבוצות אחרות. אם עלה בידי העובד לעמוד ברף ראייתי זה יעבור הנטל למעביד להוכיח כי ההבחנה שהנהיג מתחייבת מאופיו וממהותו של התפקיד, כקבוע בסעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות, או שהיא מבוססת על טעם כלשהו שאינו נעוץ באחד השיקולים האסורים המנויים בסעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות. בהקשר זה חשוב להבהיר כי חוק שוויון הזדמנויות מונה במפורש את השיקולים שבהם אסור למעביד להתחשב בבואו לקבל החלטות מסוימות הנוגעות ליחסי העבודה. אם יעלה בידו להוכיח כי תוצאה מפלה לכאורה אינה מבוססת על אחד השיקולים האסורים אלא על שיקול או שיקולים אחרים, הרי בכך הוא יעמוד בנטל להוכיח כי לא הפלה את העובד "מחמת" אחד השיקולים האסורים. לעניין זה יפים דבריו של הנשיא ברק בדיון נוסף רקנט, שנאמרו לעניין הפלייה מטעמי גיל:

"ככלל, נטל השכנוע מוטל על העובד הטוען כי המעביד הפלה אותו. העובד מרים נטל זה, כאשר הוא מוכיח כי אצל מעבידו נוהגת נורמה הקובעת גילאים שונים לפרישת חובה של עובדים שונים (הפלייה ישירה). כן ירים העובד נטל זה אם יוכיח כי הלכה למעשה מתקיימת אצל המעביד תוצאה של הפלייה על בסיס של גיל (הפלייה עקיפה). במקרה הראשון, די בכך שהכלל הוא גיל פרישה שונה לעובדים שונים. בעצם הוכחת קיומו של הכלל - ובלא קשר למתחייב מתפקידו של העובד - הרים העובד את נטל השכנוע המוטל עליו, להוכיח קיומה של הפלייה 'מחמת גיל'. במקרה השני, לא קיים כלל הקובע גיל פרישה שונה לעובדים שונים. הכלל הוא לכאורה 'ניטרלי' ואינו מפלה. עם זאת דרישות התפקיד גורמות לכך שהלכה למעשה, התוצאה (ה'אימפקט') הינה גיל פרישה שונה לעובדים שונים. בהוכחת קיומה של תוצאה זו הרים העובד את נטל השכנוע המוטל עליו, להוכיח קיומה של הפלייה 'מחמת גיל'. למותר לציין, כי הוכחה זו היא לכאורה בלבד. בכך הוכיח העובד, לכאורה, כי המעביד מפלה בין עובדיו 'מחמת... גילם' (סעיף 2(א)). בשלב זה עובר הדיון לבחינת השאלה, אם גיל פרישה שונה לעובדים שונים מתחייב מאופיו וממהותו של התפקיד (סעיף 2(ג)). בעניין זה, נטל השכנוע עובר לשכמו של הטוען לתשובה חיובית (בדרך כלל המעביד: ראו סעיף 9(א) לחוק שוויון ההזדמנויות). ודוק: מבחינת הדין המהותי, מהותה של ההפלייה עצמה קשור בקשר בל-יינתק למתחייב מאופיו וממהותו של התפקיד. שני אלה אינם אלא אחד. מבחינת הדין הדיוני נעשתה הבחנה באשר לנטל השכנוע" (ראו דיון נוסף רקנט, בעמ' 351-352).

23. בכל הנוגע לעניינה של העותרת במקרה שלפנינו הגעתי לכלל מסקנה כי הוכחת עילת התביעה לפי חוק שכר שווה עומדת ברף הראייתי הנדרש לשם העברת נטל ההוכחה בתביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות אל כתפי המעביד. משהוכיחה עובדת כי עובד באותה עבודה (או בעבודה שווה בעיקרה או שוות ערך) אצל אותו מעביד ובאותו מקום עבודה מקבל שכר גבוה משלה, ומשלא עלה בידי המעביד 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. ודוקו: אין חולק כי בהתאם לסעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות מינה של העובדת הוא שיקול שעל המעביד נאסר להתחשב בו בקביעת שכרה של העובדת. כאשר מוכיחה העובדת את עילת התביעה לפי חוק שכר שווה משמעות הדבר הינה כי עלה בידה להוכיח את קיומו של מצב שבו היא לכאורה מופלית על ידי המעביד מחמת מינה. אותה הפלייה לכאורה נלמדת מעצם קיומו של פער משמעותי בשכר בינה לבין העובד הגבר, שלא עלה בידי המעביד להצביע על טעם ענייני לקיומו לפי סעיף 6(א) לחוק שכר שווה. בנסיבות אלה יעבור הנטל למעביד 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.

24. בנסיבות המקרה שלפנינו עלה בידי העותרת להוכיח את עילת התביעה לפי חוק שכר שווה ועניין זה אינו מצוי עוד במחלוקת בין הצדדים. בנסיבות אלה עובר למשיבה הנטל להוכיח כי לא היה קשר סיבתי בין מינה של העותרת לבין הפער בשיעור של כ-35% בין שכרה שלה לשכרו של מור, וכי מינה של העותרת לא שימש שיקול בקביעת השכר. מהתשתית העובדתית שנקבעה בפסק דינו של בית הדין האזורי עולה כי המשיבה הוכיחה כי לא הייתה נהוגה בה מדיניות כללית של הפלייה בשכר כלפי נשים, אולם היא לא הביאה ראיות באשר לשכרם של העובדים האחרים במחלקת כלי העבודה בסניף רמת-גן שבו עבדה העותרת. עניין זה הוא בעל חשיבות נוכח העובדה ששכרם של עובדי המשיבה במועד הרלוונטי לא נקבע על ידי הנהלת המשיבה אלא על ידי מנהלי הסניפים, שניתן להם שיקול דעת בעניין זה. לפיכך הטענה היחידה שעומדת למשיבה היא כי שכרה של העותרת היה נמוך משכרו של מור משום שהשכר שנתבקש על ידה מלכתחילה היה נמוך יותר – העותרת ביקשה להשתכר שכר חודשי של

3,500 ש"ח ואילו מור ביקש שכר בשיעור של 6,000 ש"ח לחודש. בסופו של דבר נקבע שכרה של העותרת לסך של 17 ש"ח לשעה (ובהתאם לחישוב שערך בית הדין האזורי 3,264 ש"ח לחודש), ואילו שכרו של מור נקבע לסך של 5,000 ש"ח בחודש.

מעביד המוכיח כי שכרם של עובדיו נקבע באמצעות משא ומתן, והכל כאשר ננקטת על ידו מדיניות זהה ביחס לגברים ולנשים בנוגע לשכרם של המועמדים לעבודה, עשוי לעמוד בנטל ההוכחה בתביעה המוגשת נגדו לפי חוק שוויון הזדמנויות; וזאת, אם יוכל להציג את מדיניות השכר הנקוטה בידיו מבלי שזו תושפע ממינם של המועמדים לעבודה או משיקולים אסורים אחרים לפי סעיף 2(א) לחוק. אכן, כאשר השכר נקבע כתוצאה של משא ומתן פרטני בין העובדת למעביד אין לומר בהכרח כי מינה של העובדת שימש כשיקול בקביעת שכרה, או כי העובדת הופלתה לרעה "מחמת" מינה; אף כי יש לשקול, בין היתר, גם את הנחיתות המובנית של עובדת במשא ומתן ולבחון אם נתון זה נשקל במהלך קביעת השכר. חשוב לציין עוד, כי בסוגיה זו עשויה בהחלט להיות הבחנה בין עילת התביעה לפי חוק שכר שווה, הבוחן את פערי השכר בין גברים לנשים במבחן התוצאה, ונועד להתמודד, בין היתר, עם כוח המיקוח הנמוך יותר של נשים בשוק העבודה לבין חוק שוויון הזדמנויות הבוחן את חוקיות השיקולים ששקל המעסיק בעת קבלת ההחלטה בעניינה של עובדת מסוימת (ובכלל זה לגבי שכרה של העובדת) (ראו והשוו לעניין היחס בין חוק עבודת נשים, תשי"ד-1954 לחוק שוויון הזדמנויות, בג"ץ 554/05 אשכנזי נ' מפכ"ל המשטרה, פ"ד ס(2) 299, 306 (2005)). יפים לעניין זה דבריה של המלומדת ש' רבין-מרגליות:

> "חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה נשען על מודל של קשר סיבתי. תובעת תצטרך להוכיח כי המעביד הביא בחשבון שיקול אסור, העובדה שהיא אישה, כאשר נקבע שכרה. יש להוכיח את הקשר הסיבתי, כלומר שאחת הסיבות לכך שהשכר שלה נמוך יותר היא העובדה שהיא אישה. כאמור, חוק שכר שווה אינו נשען על תפיסת הקשר הסיבתי, ולכן ייתכן מצב שבו תיקבע חבות על פי חוק שכר שווה ולא על פי חוק שוויון ההזדמנויות. באותם מצבים שבהם הוכחו פערי שכר בין המינים, אך לא הוכח שמין העובד ששכרו נמוך יותר הוא הגורם (או אחד הגורמים) שהשפיע על פערי השכר,

> תיתכן חבות על פי חוק שכר שווה, אך לא בהכרח על פי חוק שוויון ההזדמנויות. הבדל זה בין החוקים יכול להסביר מדוע נחקק חוק שכר שווה בשנת 1996, אף שחוק שוויון ההזדמנויות, שנחקק כעשור לפני כן (1988) אוסר גם הוא על הפלייה בשכר מחמת מין" (ראו רבין-מרגליות, בעמ' 504-505).

יחד עם זאת, ככל שפער השכר בין עובד לעובדת הוא משמעותי יותר, כך יוטל על המעביד נטל כבד יותר להראות כי מינה של העובדת לא שימש כשיקול בקביעת שכרה, וכי שכרה נקבע בשיעור נמוך יותר אך ורק משום שביקשה מלכתחילה שכר נמוך יותר במשא ומתן. לשון אחר, פערים ביכולת המיקוח היחסית בין עובדים עשויים לשמש הסבר סביר לפער מסוים בשכר ביניהם; אולם ככל שמדובר בפער משמעותי יותר כך יקשה על המעביד להוכיח כי הפער נעוץ כל כולו בהבדלים ביכולת המיקוח של העובדים, וכי הוא אינו נעוץ - ולו בחלקו - באחד השיקולים האסורים המנויים בסעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות. בהקשר זה יוער כי איני נדרשת לנקוט בהליך זה עמדה באשר לשאלה האם עצם הפרקטיקה של קביעת השכר בהתאם לדרישת השכר של העובד היא פרקטיקה שמפלה נשים (באופן עקיף) מחמת מינן, כיוון שלא הובאו על ידי העותרת ראיות לעניין זה במסגרת ההליך בבית הדין האזורי לעבודה.

25. בנסיבות המקרה שלפנינו נוכח הפער המשמעותי בשכר בין העותרת לבין מור אין די בכך שהוכח כי השניים ביקשו לקבל שכר שונה לפני שהחלו לעבוד אצל המשיבה כדי לעמוד בנטל שהוטל על המשיבה להוכיח כי מינה של העותרת לא שימש שיקול בקביעת שכרה. כאשר בין עובדת לעובד המבצעים אותה עבודה ישנו פער של כ-35% בשכר והמעביד לא הוכיח את קיומו של שיקול ענייני המצדיק את ההבחנה ביניהם, הרי עצם העובדה כי השניים דרשו מלכתחילה שכר שונה אינה בעלת העוצמה הראייתית הנדרשת כדי לאפשר למעביד לעמוד בנטל ההוכחה שהועבר אליו בהתאם לחוק שוויון הזדמנויות. היינו, בהוכחת עובדה זו, ובהעדר ראיות נוספות מצידו של המעביד, אין כדי להסיר את החשש שמינה של העובדת שימש שיקול בקביעת שכרה. בהקשר זה יוער כי עצם העובדה שהוכח כי אין למשיבה מדיניות מפלה כלפי נשים עשויה להיות שיקול בקביעת גובה הפיצוי שיוטל עליה לפי חוק שוויון הזדמנויות, כפי שאמנם קבע בית הדין האזורי; אולם אין לה רלוונטיות לשאלת הוכחת

העילה, משנמצא כי קבוצת השוויון הרלוונטית בענייננו היא העובדים האחרים בסניף שבו עבדה העותרת ולא כלל עובדי המשיבה.

26. אשר על כן, אילו נשמעה דעתי היינו מורים על קבלת העתירה כנגד פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה ועל קבלת תביעת העותרת לפי חוק שוויון הזדמנויות עקב הפלייתה מחמת מינה ובשל אי-הרמת נטל ההוכחה על ידי המשיבה. כן הייתי מורה על ביטול חובת ההשבה של הפיצוי שקיבלה העותרת לפי חוק שוויון הזדמנויות. נוכח השיהוי בהגשת העתירה והצהרת באת-כוח העותרת כי היא משאירה לשיקול דעת בית המשפט את קביעת הפיצוי לעותרת איני רואה לפסוק פיצוי לטובת העותרת לפי חוק שוויון הזדמנויות, ואיני רואה צורך לנקוט עמדה באשר לשיעור הפיצוי שנפסק לטובתה בפסק דינו של בית הדין האזורי. משמעות הדבר היא שככל שהעותרת קיימה את פסק דינו של בית הדין הארצי, אין מוטלת על המשיבה חובה לפצות אותה כיום לפי חוק שוויון הזדמנויות; אולם ככל שהעותרת עודנה חייבת בהשבת הפיצוי שנפסק לטובתה לפי חוק שוויון הזדמנויות, הרי חיוב זה מבוטל.

נוכח השיהוי בהגשת העתירה אף אין מקום לפסיקת הוצאות ושכר טרחת עורך דין לטובת העותרות.

ה נ ש י א ה (בדימ')

<u>השופט י' עמית</u>:

אני מסכים ואוסיף ואעיר בקצרה.

1. על פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה לא ניתן להגיש ערעור, כך שעתירה לבג"ץ היא הדרך היחידה העומדת בפני מי שמבקש לתקוף את פסק הדין, בדומה לעתירה המופנית כנגד פסק דין של בית הדין הרבני. מאחר שבעתירה עסקינן, ולא בערעור, הרי שלא ניתן לטעון כי בשל חלוף הזמן פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה הפך לחלוט או לחסין מפני התערבותו של בג"ץ. עם זאת, מאחר שהגשת עתירה היא התרופה היחידה חלף ערעור, מי שמבקש לתקוף את פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה, אמור לעשות כן בסמוך לאחר מתן פסק הדין. הפסיקה העניפה לגבי השיהוי כעילת סף, שחלקה הקטן נזכר על ידי חברתי הנשיאה ביניש בפסקה 10 לפסק דינה, עניינה בשיהוי

בתקיפת החלטות מינהליות, בעוד שעניינו בתקיפת החלטות שיפוטיות. [במאמר מוסגר: ההבחנה בין סוגי ההחלטות מעוגנת בסעיף 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה. סעיף 15(ד)(2) מסמיך את בג"ץ ליתן צווים לרשויות ולממלאי תפקידים ציבוריים על פי דין, סעיף 15(ד)(3) מסמיך את בג"ץ ליתן צווים לבתי משפט, לבתי דין ולגופים ואנשים בעלי סמכויות שיפוטיות ומעין שיפוטיות על פי דין, וסעיף 15(ד)(4) מסמיך את בג"ץ ליתן צווים לבתי דין דתיים]. ככלל, אני סבור כי יש להישמר מפני "העלאה מן האוב" של החלטות ופסקי דין בחלוף זמן מעת נתינתם לשם תקיפתם בבג"ץ, אלא במקרים נדירים כגון, מקום בו מתברר בדיעבד כי לפסק דינו של בית הדין לעבודה יש השלכות רוחב שלא ניתן היה לצפותן בעת מתן פסק הדין, או שקיים אינטרס ציבורי ניכר ומשמעותי המצדיק את הדיון בעתירה למרות חלוף הזמן (השוו בג"ץ 3514/07 מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ נ' פיורסט בפסקה 28 ([פורסם בנבו], 13.5.2012)). ראוי אפוא להדגיש כי אין לראות במקרה שבפנינו משום תקדים פורץ גדר.

2. לגופו של עניין אני מסכים עם התוצאה אליה הגיעה חברתי, ולפיה, הוכחת עילה לפי חוק שכר שווה אינה מבססת מיניה וביה עילת תביעה לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. כך משתמע גם מסעיף 6(א) סיפא לחוק שכר שווה, הקובע כלהלן:

> 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 (הדגשה הוספה – י.ע.).

כפי שלא מספיק למעביד להוכיח כי קיימת הצדקה עניינית לקיומו של פער בשכר ויש לבחון בנוסף אם אין בהצדקה זו משום מסווה להפליה מטעמי מין, כך אם המעסיק לא השכיל להצביע על הצדקה עניינית לפערי השכר, אין הדבר מספיק כדי להוכיח שמקורם של פערים אלה בהפליה מטעמי מין. נושא ההפליה נבחן במסגרת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה ולא במסגרת חוק שכר שווה.

סיכומו של דבר כי לשון החוק; השוני בהגדרת העילות בשני החוקים; התכליות השונות של שני החוקים; הצורך בהוכחת קשר סיבתי לפי חוק שוויון הזדמנויות בעבודה; הסעדים השונים; ועצם הצורך בחקיקת חוק שכר שווה לאחר שנחקק חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, למרות שאי תשלום שכר שווה מהווה מקרה פרטי של איסור הפלייה ב"תנאי עבודה" – כל אלה מובילים למסקנה אליה הגיעה חברתי.

3. ואם הזכרנו את סעיף 6(א) לחוק, הרי שמנוסח הסעיף עולה כי מעביד יכול להוכיח הצדקה עניינית לפערי שכר, שמקורה בגורמים פנימיים הנובעים "ממהותה או אופיה" של העבודה ודפוסי המשא ומתן שבין הצדדים לא נכללים בכך (רבין-מרגליות בעמ' 503). נשים דורשות שכר נמוך יותר בשלב המשא ומתן מסיבות שונות, שחלקן מנציחות את המציאות הקיימת בשוק העבודה ואת דפוסי החשיבה והסטריאוטיפים שאותן בא חוק שכר שווה למגר. הרחבת רשימת ההצדקות המנויה בסעיף 6(א) לחוק על ידי הכרה בדפוסי משא ומתן ובחופש ההתקשרות של המעסיק, כשיקולים נוספים המצדיקים הכרה בפערי שכר בין גברים לנשים, אינה מעוגנת בלשון החוק והיא עשויה להביא לריקון החוק. לשון אחר, בסעיף 6(א) לחוק קבע המחוקק נוסחת איזון בדמות רשימה סגורה של הצדקות הנוגעות למהותה או אופיה של העבודה. הרחבתן של הצדקות אלה, עלולה להביא לכך שהוראות דין שבאו להגן על השוויון יגרמו דווקא להעצמת הפערים או למתן לגיטימציה משפטית לפרקטיקות מפלות (השוו גיא מונדלק "האם דיני איסור האפליה בעבודה 'עושים את העבודה'"? האם המשפט חשוב? סדרת ספרים לזכרו של חיים י' צדוק 223, 228 (2010)).

4. המקרה שבפנינו מדגים את היעדר החפיפה בין שני החוקים ומדוע הוכחת עילה לפי חוק שכר שווה אינה מבססת "אוטומטית" עילה לפי חוק שוויון הזדמנויות. בעוד שדרישות השכר השונות של העותרת והעובד סטפן מור אינן מהוות הצדקה עניינית לצורך סעיף 6(א) לחוק שכר שווה, הן אינן נופלות בגדרו של איסור ההפלייה לפי סעיף 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות, שהרי הפער בשכר לא נבע מחמת מינם של השניים אלא בשל דרישות השכר השונות שלהם. יש בכך גם להדגים כי דרישת הקשר הסיבתי בחוק שוויון הזדמנויות עשויה להכביד על התובע, ומכאן היתרון בהפעלת חוק שכר שווה המסתפק במבחן התוצאה.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים עם פסק דינה המאלף של חברתי הנשיאה ד' בינישׁ, על נימוקיו. בנוסף, ברצוני לחזק את המסקנה לפיה הפערים ביכולת המיקוח היחסית בין עובדים, ובעניינו - דרישות השכר שלהם אשר התקבלו, אינם יכולים להצדיק כל פער בשכר ביניהם, ובפרט ככל שהוא משמעותי יותר. לשם כך ניתן להיעזר בגישת הפמיניזם הרדיקלי, אשר בוחנת את מעמדן של נשים במקום העבודה כתלות בכוח היחסי שלהן בחברה בעלת הטיה מגדרית. גישה זו אינה מתמקדת אך בקידומן של נשים המצויות בחווקים העליונים של המדרג החברתי. הזרקור של הפמיניזם הרדיקלי מופנה כלפי קשייה של כל אישה באשר היא, ובעיקר זו הרחוקה מפסגת הפירמידה החברתית, הן מבחינת מעמד חברתי והן מבחינת שכר. על פי השקפה זו, מספר המנכ"ליות וחברות כנסת למשל עלול, שלא במכוון, להסיט את המבט מן הפליה מגדרית סמויה יותר. כפי שציינה חברתי הנשיאה, העובדה שהעותרת הייתה נכונה להסתפק בשכר מופחת איננה בעלת משקל ראייתי מספק כדי לקבוע שלא התקיים חוסר שוויון, נוכח הפער של 35% בין שכרה לשכר העובד המקביל. אולם עובדה זו כן משקפת את יחסי הכוחות בינה לבין המעביד, ובעיקר בינה לבין עובד גבר אחר. המצב בו עובדת ביקשה לעצמה שכר פחות ביחס לעובד יכול להיות מוסבר, לפי הפמיניזם הרדיקלי, כתולדה של הכפפה חברתית של נשים ביחס לשאיפותיהן המקצועיות ומעמדן בשוק העבודה (Catharine Mackinnon, *Reflections on Sex Equality under Law*, 100 YALE L.J 1281, 1298 (1991); ראו גם מאמרה של היידי הרטמן, כלכלנית פמיניסטית: Heidi Hartmann, *Capitalism, Patriarchy, and Job segregation by Sex*, 1 SIGNS 137, 167-68 (1976)). דבריה של פרופ' קתרין מקינון, אחת ההוגות הבולטות המזוהות עם הזרם הרדיקלי של הפמיניזם, נכוחים בהקשר זה:

> "In money economies, income means survival; its treasure and resources also contribute to freedom, human flourishing, enjoyment of life's possibilities. From a social standpoint, income also provides an index of relative social worth.
>
> ...
>
> Without pay equity, sex equality means little in capitalist

> societies in an increasingly capitalist world". (CATHARINE MACKINNON, SEX EQUALITY 178 (2007).

לאמור: בכלכלת שוק הכנסה משולה להישרדות, לחירות, לשגשוג אישי וליכולת ליהנות מקשת האפשרויות שהחיים מציעים. ללא שוויון בשכר, שוויון בין המינים מאבד ממשמעותו בעולם שהופך בהדרגה ליותר קפיטליסטי. אצל רבים מאיתנו, שיעור ההכנסה מהווה אמת מידה למעמד חברתי. הייתי מוסיף מטעמי שאף אלה שחולקים על כך יסכימו שעבודה קבועה ושיעור השכר קשורים ולבטח משפיעים על כבודו של אדם.

יצוין כי יחסי כוחות אלו אינם מאפיינים רק פערים בין נשים לגברים, אלא אף פערי כוח בין קבוצות נוספות באוכלוסייה.

בנסיבות עניינה של העותרת הוכח שעובד באותה עבודה ואצל אותו מעביד מקבל שכר הגבוה באופן משמעותי מהעותרת שלא בשל הצדקה ענייינית. נדמה כי הפתרון המשפטי אשר נקטה חברתי הנשיאה על סמך החקיקה הקיימת מאוזן הוא. על העותרת מוטל להוכיח מצב בו היא לכאורה מופלית על-ידי המשיבה מחמת מינה. העברת הנטל אל המשיבה להוכיח כי לא פעלה משיקול אסור – מחמת מין – בבואה לקבוע את שכר העותרת, מעניקה למעביד סוג של "שוויון הזדמנויות" בהפרכה של ההפליה. ביכולתו של המעביד, מבחינת מעמדו וכוחו, להצביע כי השיקול האסור לא היה בגדר שיקולי קביעת השכר. כאן, המשיבה לא הביאה ראיות להוכיח כי קביעת שכר העובדים על פי ציפיות השכר שלהם היא מדיניות של המשיבה ביחס לכל העובדים בסניף בו עבדה העובדת. העברת הנטל אל המשיבה, אפוא, נותרה ללא מענה. במובן זה נוצרת חפיפה בין הדין הראייתי לבין הדין המהותי במסגרת חוק שוויון הזדמנויות. הדרישה הראייתית בהעברת הנטל המצויה בסעיף 9(א) לחוק שוויון הזדמנויות תואמת את מציאות יחסי הכוחות בין העובד הטוען לחוסר שוויון לבין המעביד, שצריך להוכיח את היעדרו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ד' בינייש.

ניתן היום, כ"ה באייר התשע"ב (17.05.2012).

נ' הנדל 54678313-1758/11

ה נ ש י א ה (בדימ') ש ו פ ט ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 11017580_N05.doc דז
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן