

ע"ע 63913-09-17
קבוע ליום 16.10.18

בבית הדין הארצי לעבודה
בירושלים

המבקשת: **האגודה לזכויות האזרח בישראל**

כולם ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ו/או דן יקיר ו/או אבנר
פינצ'וק ו/או עודד פלר ו/או שרון אברהם-ויס ו/או
נסרין עליאן ו/או משכית בנדל ו/או טל חסין ו/או אן
סוצ'יו ו/או רגד ג'ראיסי ו/או רוני פלי ו/או סנא אבן
ברי

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-5608185 ; פקס: 03-5608165
דוא"ל: gil@acri.org.il

בעניין:

תומר שחל

באמצעות עוה"ד צביקה מצקין ואח'
ממשרד שפירא בר אור מצקין ושות' עורכי דין
מרח' תובל 11 בית לז' רום, רמת גן 5252226
טל': 03-5513013 ; פקס: 03-6776272

המערער

- נ ג ד -

ג.ח. אורבן קיטשן בע"מ

באמצעות ב"כ עוה"ד גיא זקס ו/או פנינה זיידנברג
מדרך מנחם בגין 17 רמת גן
טל': 03-6114484 ; פקס: 03-6116674

המשיבה

נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה

נציבות אזורית - מחוז תל אביב והמרכז
דרך מנחם בגין 86 תל-אביב
טל': 03-7347214 ; פקס: 03-7347273

ידידת בית הדין

בקשה להצטרף להליך במעמד של ידידת בית הדין (Amicus curiae)

בית הדין הנכבד מתבקש לאפשר למבקשת, האגודה לזכויות האזרח בישראל, להצטרף לדיון
בתיק במעמד של ידידת בית הדין ולהגיש חוות דעת מטעמה. להלן טעמי הבקשה:

רקע

1. בפסק הדין מושא הערעור עסק בית הדין בתביעתו של המערער נגד המשיבה – מסעדה שסירבה להעסיקו כמלצר, לאור מדיניות של העסקת מלצריות נשים בלבד, בניגוד לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה (להלן – **חוק שוויון הזדמנויות או החוק**).
2. אף שהמדיניות המפלה הוכחה, בית הדין קמא, בעמדת הרוב, הטיל ספק בהיותו של המערער דורש עבודה "אותנטי" וביקר את האופן שבו התנהל המערער לצורך תיעוד ההפליה. שני נציגי הציבור בהרכב בית הדין העלו שורה של טעמים אשר מצביעים לכאורה בעיניהם על כך שהמערער אינו דורש עבודה "אותנטי" בשל השכלתו, היותו תובע "מתוחכם", היעדר ניסיון קודם במלצרות ובשל כך שלאחר הסירוב מצא עבודה בתחום אחר. ניכר מנימוקי עמדת הרוב כי נציגי הציבור חשו כי התובע הציג עצמו כדורש עבודה, ולאחר מכן אף תיעד זאת, לא מתוך רצון לזכות בתפקיד, אלא כדי לבסס עילה לתביעה נזיקית נגד המשיבה, דבר שלעמדתם אינו עולה בקנה אחד עם תכלית חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. ברם, מכיוון שהמשיבה לא הרימה את נטל ההוכחה להראות כי לא הפלתה, ומכיוון שלא עלה בידי המשיבה להצביע על כך שהפניה הראשונה של המערער למשיבה לא הייתה "אותנטית", נמנעו נציגי הציבור לקבוע באופן ברור כי המערער אינו דורש עבודה "אותנטי".
3. לו היו קובעים כי המערער אינו דורש עבודה אותנטי ייתכן והיו קובעים כי דין התביעה להידחות, בדומה לקביעה אחרת של בית הדין לעבודה בעניין **זרחיה-רוזן**, שם נדחתה תביעה לפיצוי כספי שהגישה עורכת דין נגד מאפיה בטענה להפליית נשים בקבלה לעבודה. בית הדין קבע כי התובעת לא הייתה בגדר דורשת עבודה אותנטית ועל כן פסק כי "לא ניתן ליחס למחוקק כוונה לפצות מי שאינו דורש עבודה ולא התכוון להתקבל לאותה המשרה, רק בשל אמירה כזו או אחרת של המעסיק" (ד"מ (ת"א) 16079-02-16 **זרחיה-רוזן נ' כל דגן**, פסקה 17 (פורסם בנבו, 12.7.2017)).
4. במקום זאת, נציגי הציבור בעמדת הרוב של בית הדין קמא בחרו להפחית את גובה הפיצוי של המערער לסכום נמוך באופן מיוחד בנימוק כי הוא נהג בחוסר תום לב באופן שבו הקליט את נציגת המשיבה בפעם השנייה שבה חזר למסעדה, הקלטה שסייעה לו לבסס את עילת התביעה מבחינה ראיתית.

עמדת המבקשת בקליפת אגוז

5. לעמדת המבקשת שעה שבית הדין מצא, חרף הספקות, כי המערער חיפש עבודה באופן אותנטי, הרי שלא היה מקום להפחית את הפיצוי שנפסק לו דווקא בשל פעילותו לתעד את ההפליה אליה נחשף, ולבסס אותה מבחינה ראיתית בפניה השנייה שלו למסעדה. לעניין זה אין לנו אלא להצטרף לעמדת נציבות שוויון זכויות בעבודה (להלן – **הנציבות**) כי כלל אין מדובר בחוסר תום לב, וכי הפחתת הפיצוי בשל כך שגויה וחוטאת לתכליות החוק.
6. אולם בקשה זו מוגשת על מנת להרחיב את נקודת המבט לכיוון אחר, שלא נדון בעמדת הנציבות. המבקשת תבקש מבית הדין הנכבד לפסוק כי גם במקרה שבו תובע אינו דורש עבודה

אותנטי, אין בכך בלבד כדי להביא לדחיית התביעה, לתיוגה האוטומטי כחוסר תום לב או למניעת פיצוי.

7. בשל הקשיים הידועים באכיפת דיני איסור הפליה בכלל ואיסור ההפליה בחוק שוויון ההזדמנויות בפרט, על בית הדין להימנע מפרשנות מצמצמת של החוק לפיה אם התובע חשף הפליה באמצעות בחינה יזומה שערך, אז מדובר בשימוש לא ראוי בחוק. זאת, הן במקרה שארגון לשינוי חברתי הוא היוזם של הבחינות, וההפליה נחשפה בידי בוחנים (טסטרים) של הארגון, והן במקרה שבו אזרחים או פעילים חברתיים, הנחשפים להפליה, מתעדים אותה ופועלים נגדה באופן משפטי. דווקא גישה מרחיבה של זכות התביעה היא העולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה השמה את הדגש על התנהגות המעסיק ועל הצורך בהרתעה של מעסיקים מנקיטה בהפליה גלויה או סמויה.

8. לעניין זה תדגיש המבקשת כי היא בעצמה הפעילה בשנתיים האחרונות פרויקט של בחינות יזומות באמצעות בוחנים. באמצעות פרויקט זה חשפה המבקשת הפליה סמויה, שספק אם הייתה נחשפת באופן אחר. אף שעד כה התמקד הפרויקט בתחום המגורים והכניסה למקומות ציבוריים, ייתכן והמבקשת תרצה לבצע בחינות יזומות גם בתחום ההפליה בתעסוקה וייתכן כי בחינות אלו יובילו לנקיטה בצעדים משפטיים נגד מעסיקים מפלים. לכאורה, אם עמדת הרוב בפסק הדין מושא הערעור תתקבל, עשויה לעלות הטענה, כי שימוש בבחינות יזומות, הן כאמצעי לאיתור הפליה סמויה באופן יזום, והן כאמצעי לאישוש ותיעוד חשד אותנטי הוא פסול, והאפשרות לאכוף את חוק שוויון ההזדמנויות תיפגע.

9. לכן המבקשת תבקש לטעון כי יש לתת זכות תביעה גם לארגונים ולאזרחים שחשפו הפליה ומבקשים לפעול נגדה באופן משפטי, גם אם ההפליה לא נחשפה במהלך חיפוש עבודה רגיל ומקרי. זה בוודאי המקרה כאשר ארגון מפעיל מערך של בוחנים. אך אותו רציונל חל גם במקרים חריגים שבהם אזרחים או פעילים חברתיים מבקשים להוכיח שגורם מסוים מפלה ולפעול נגדו במסגרת החוק.

10. המבקשת טען כי יש לפתוח את דלתות בית הדין בפני תביעות המבוססות על בחינות יזומות, כאשר מכאן והלאה במקרים של תביעה יזומה, דרישת תום הלב צריכה לבוא לידי ביטוי בדרישות של שקיפות ומקצועיות. כלומר – שהתובע לא יסווה את העובדה שהוא אינו דורש עבודה אותנטי בפני בית המשפט, שיעמיד את מדיניות ההעסקה לבחינה באופן מקצועי, השולל שימוש בטקטיקות פסולות של הכשלה למשל.

11. מכאן שגם לו היה נפסק שהתובע לא היה בגדר דורש עבודה אותנטי (טענה שמשמעת מעמדתם של נציגי הציבור אך לא הוכחה) לא היה מקום להגדירה כ"שימוש לא נכון בחוק" או "חוסר תום לב", שכן באכיפת איסור ההפליה בתעסוקה יש לעודד גם תביעות המתבססות על פעילות יזומה, שכן אלו מסייעות באכיפת החוק ומיגור ההפליה, ותורמות להגשמת תכליתו של החוק ולכל קורבנותיה "האותנטיים". הראיה הינה שבמקרה זה מצא בית הדין כי עצם ההליך המשפטי הוביל לשינוי מדיניות המסעדה, שחדלה מפרסום מודעת דרושים מפלות ומהעסקת מלצריות בלבד.

הטעמים לצירוף המבקשת

12. בהלכת קוזלי הכיר בית המשפט העליון במוסד "ידיד בית המשפט" ובתרומתו ל"גיבוש עמדה והלכה המשקפת את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה", שעומדת בפני בית המשפט (מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 554 (1999)). מאז צורפו גורמים ציבוריים רבים לדיונים בנושאים שונים בערכאות שונות, לרבות בבית הדין לעבודה (ר' ישראל (איסי) דורון, מנאל תותרי-גיובראן, גיא אנוש וטל רגב, עשור ל"ידיד בית-המשפט: ניתוח אמפירי של החלטות בתי-המשפט, עיוני משפט לד 706 (2011)).

13. אגב כך, גובשה בפסיקה רשימה לא סגורה של קריטריונים לצירוף "ידיד בית משפט", ובין היתר: מהות הגוף המצטרף ומומחיותו; ניסיונו של הגוף והייצוג שהוא מעניק לאינטרס שבשמו הוא מצטרף; סוג ההליך והפרוצדורה הנוהגת בו; מהות הצדדים הישירים להליך; התרומה הפוטנציאלית לדיון. מבחנים אלה מתקיימים במקרה שלפנינו ותומכים בצירוף המבקשת לדיון דנן.

14. המבקשת הינה ארגון מקצועי ותיק לזכויות אדם, הקיים משנת 1972, ופועל רבות באפיק משפטי להגנה על זכויות אדם ובכלל זה ולהגנה על הזכות לשוויון ואי-הפליה. העיסוק רב השנים של המבקשת באכיפת דיני איסור ההפליה ובייצוג קורבנות הפליה מאפשר לה להתבונן על הפסיקה במבט רחב, ולזהות גם קשיים שהצדדים בהליך נמנעו מלעמוד עליהם. כך במקרה זה, בו אתרה המבקשת סכנה לצמצום זכות התביעה והזכות לקבלת פיצויים, אשר אינם מתמצים במקרה הפרטני אלא יש להם משמעות רחבה לכל תיקי ההפליה, בתחום התעסוקה וגם בתחומים אחרים של מוצרים, שירותים, או כניסה למקומות ציבוריים.

15. לעמדה זו יכולה להיות תרומה חשובה לדיון ולהרחבת המבט מעבר לטענות הפרטניות וזאת על מנת להעמיד בפני בית הדין הנכבד תשתית רחבה ככל הניתן ולסייע לבית הדין הנכבד להכריע תוך שהוא מודע למלוא ההשלכות שיהיו לפסיקה בתיק שלפניו גם על מקרים נוספים, כמו למשל – על האופן שבו פסיקת בית הדין קמא עלולה לצנן ללא הצדקה את האפשרות לעשות שימוש בבחינות יזומות כאמצעי להגשת תביעה מכוח החוק. יודגש כי חוות הדעת של הנציבות, אינה מתייחסת לסוגיות בחוות דעת המבקשת, שכן הנציבות מתמקדת בעיקר בשאלת התייעוד והשלכתו על בחינת תום הלב, ולכן מדובר בשני היבטים שונים.

תגובת הצדדים לבקשה

16. ב"כ המערער, עו"ד מצקין, מסר: "המערער מסכים להצטרפותה של האגודה וסבור כי יש בעמדתה כדי לתרום לבירור הסוגיות המשפטיות התקדימיות המונחות לפתחו של בית הדין הארצי. המערער מבקש להדגיש כי בפסק הדין נקבעו ממצאים עובדתיים לפיו היה דורש עבודה כנה ובאמת ובתמים חיפש עבודת מלצרות ומשכך עמדתה של האגודה אינה משליכה ישירות על נסיבותיו הקונקרטיים. יחד עם זאת, המערער סבור כי יש מקום לדון במסגרת ההליך המשפטי שבכותרת אף בנסיבות שונות עליהן מצביעה האגודה, המצדיקות עידודם של "סוכני משפט" באיתור אפליה בקבלה לעבודה".

הבקשה נשלחה גם לב"כ המשיבה ביום 31.5.18, אך עד עתה לא נתקבלה עמדתה.

עמדת האגודה לזכויות האזרח

17. נקודת המוצא לדיון הינה שקיימת חשיבות עליונה במיגור הפליה בשוק התעסוקה. אלא שמיגור ההפליה אינו אפשרי ללא הפעלת החוק במקרים המתאימים, וללא קיומה של הרתעה אפקטיבית כלפי מעסיקים השוקלים להפלות. זו עקב אכילס של חוק שוויון ההזדמנויות, וכן של חוקי איסור הפליה נוספים, שכן במקרים רבים ההפליה, במיוחד בשלב הקבלה לעבודה, הינה קשה לאיתור, סמויה, וגם אם היא נחשפת, במקרים רבים אין לדורש העבודה שהופלה, שלרוב נמנה על קבוצות מוחלשות, הרצון או היכולת לפעול נגדה. רבים מקורבנות ההפליה אכן אינם פועלים נגדה בשל חסמים שונים.

18. פלסטינר, אייבל וסאראט עמדו על כך שתיקון עוול משמעו שחוייית פגיעה בלתי מובחנת חייבת להשתנות לחוייית פגיעה מובחנת (ויליאם ל. פ. פלסטינר, ריצ'רד ל. אייבל ואוסטין סאראט "היווצרותם של סכסוכים והשתנותם: מתן שם, הטלת אשם, עמידה על זכות" **מעשי משפט** ג (זהר כוכבי מתרגם, 2010)). שינוי זה מחייב כמה שלבים. הראשון הינו שלב מתן השם (NAMING), בו אדם מבין שהתנסות מסוימת שעבר הייתה פוגענית. השלב השני הוא שלב הטלת האשם. בשלב זה מבין אותו אדם כי נגרם לו עוול (BLAMING). השלב השלישי הוא העמידה על זכויותיו (CLAIMING). למידת יכולתם ואפשרותם של קורבנות הפליה לתת לה שם, להטיל על הגורם המפלה את האשם ולעמוד על זכויותיהם השפעה מכרעת על האפשרות לאכוף את דיני איסור ההפליה.

החסמים העומדים בפני קורבנות ההפליה לקבלת סעד משפטי

19. קורבנות הפליה בכלל, ובתחום התעסוקה בפרט, עלולים להיתקל בקשיים בלתי מבוטלים בכל אחד מהשלבים הנ"ל, באופן שעשוי להביא לתת-אכיפה של החוק. קיימת שורה ארוכה של חסמים:

פערי מידע: הדרה בתחום התעסוקה יכול שתתבצע באמצעות פרסום סלקטיבי של התפקיד, פרסום שמטרתו ליצור ולהרחיב פערי מידע בין הציבור "הרצוי" לבין הציבור "הלא רצוי" בדבר האפשרות להתמודד על תפקיד.

הטעיה בפרסום: לעיתים פרסום של התפקיד יעביר מסר מדיר ומטעה. למשל, שתפקיד מסוים מיועד למגדר מסוים. גם אם זה בניגוד לחוק, רבים לא ינסו להתמודד על התפקיד שכן יניחו שהפרסום חוקי או שבכל מקרה סיכוייהם להתקבל אפסיים.

שימוש בתבחינים מפלים בעלי חזות ניטראלית: פעמים רבות ההפליה לא תהיה מפורשת וגלויה אלא סמויה או מתוחכמת יותר. פרקטיקות הפליה יכולות שיהיו באמצעות שימוש בתבחינים ניטראליים לכאורה המשיגים תוצאה מפלה. שימוש בתבחינים שהם לכאורה ניטראליים או שנשמעים ניטראליים עשויים להיות נחזים לחוקיים בשעה שהם מסווים הפליה אסורה, או שהם יוצרים אפקט מפלה, שגם הוא פסול. כך, למשל, השימוש בשירות צבאי. יתרה מכך, לעיתים ההסתמכות על תבחינים אלו היא סלקטיבית ולא עקבית, כלומר – נעשה שימוש בתבחין כאמצעי סינון.

שימוש בפרקטיקות סמויות: חסמים נוספים הם פרקטיקות סמויות של סינון מועמדים, שמטרתן למנוע מאדם הנמנה על קבוצה בלתי רצויה להתקבל לעבודה. פרקטיקות אלו יכולות להיות מגוונות מאוד. כך, למשל מתן מידע מטעה על זמינות התפקיד או תנאיו למי שנמנה על אוכלוסייה בלתי רצויה.

קושי ראייתי: פרופ' שרון רבין-מרגליות עמדה על החסם הראייתי בתביעות הפליה בעבודה. לטענתה קיים ריבוי מקרים בהם לתובע יש קושי של ממש להציג ראיות ישירות אשר חיוניות בהליך שיפוטי. היא מציינת כי המעסיקים מצניעים את מניעיהם, וכי לפעמים בהחלטה משתרבים יחדיו שיקולים ענייניים ושיקולים מפלים וקיים קושי להוכיח כי הטעמים המפלים היו הדומיננטיים (שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" הפרקליט מד 529 (2000)).

חוסר כדאיות: שיקולי עלות ותועלת עשויים להניע קורבן הפליה, וזאת לאור העלות הגבוהה של ההליך המשפטי, והמתח הנפשי שנלווה אליו. כאשר נזקה של ההפליה הוא בעיקר עוגמת הנפש, קורבנות הפליה עשויים "לספוג" את ההשפלה ולהמשיך במהלך חייהם.

פערי כח: קורבנות הפליה עשויים לחשוש מפערי הכוח הברורים בינם לבין הגורם המפלה, כאשר הוא לרוב גורם רב עוצמה, לפחות ביחס לקורבן הפליה, ובעל עדיפות ברורה במשאבים.

חשש מהשלכות שליליות, פגיעה בפרטיות או תיוג: קורבנות הפליה עשויים לחשוש מהשלכות שליליות שיהיו לנקיטה בהליך משפטי. למשל, בתחום התעסוקה עובד עשוי לחשוש מאיבוד מקום עבודתו, או מכך שפרסום שמו בהקשר של תביעה נגד מעסיק עשוי להוביל מעסיקים אחרים להימנע מהעסקתו, שכן הם יתפסו אותו כ"עושה צרות". במיוחד נכון הדבר לגבי תובעים שכבר פנו בעבר לערכאות לגבי הפלייתם, ואשר עשויים לחשוש מתווית של "תובע סדרתי", שיכולה להרתיע מעסיקים.

העצמת החסמים בשל מוחלשות חברתית

20. קיימת זיקה ברורה בין השתייכות לקבוצה מוחלשת מבחינה פוליטית, מעמדית וכלכלית לבין מידת החשיפה לאירועי הפליה. יש בכך להעצים את החסמים, ובכללם:

חסמי נגישות: יובל אלבשן ציין כי קיימים חסמים רבים המצמצמים את נגישות המשפט ככלי לתיקון עוולות עבור אוכלוסיות מוחלשות. בין היתר מונה אלבשן חסמים גיאוגרפיים, חסמי שפה, חסמים תרבותיים, חסמים פסיכולוגיים וחסמים כלכליים (ר' יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" **עלי משפט** ג 497 (2004)).

חוסר אמון: טליה שטיינר ניתחה את הסיבות למיעוט התלונות של ערבים לנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה על הפליה בתחום התעסוקה ואת מיעוט התיקים המשפטיים בתחום. לטענתה, האוכלוסייה הערבית בישראל הפנימה את תופעת האפליה, והיא נתפסת על ידי רבים כתופעה בלתי נמנעת. לצד זאת, תחושות של חוסר אמון במשטרה ובמערכת בתי המשפט רווחות בקרב האזרחים הערבים, ולצד אלו קיימים קשיי נגישות לשירותים משפטיים וחסמי שפה. סיבות אלו מסבירות לעמדתה את תת-האכיפה בתחום הפליה של ערבים בקבלה לעבודה (ר' טליה שטיינר **שברים אי-שוויון: התמודדות עם אפליית ערבים בשוק העבודה הישראלי - מחקר מדיניות 97** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013)).

חסמים תרבותיים : לעיתים קורבנות ההפליה הם מיעוט בתוך מיעוט, ויתקשו לצאת כנגד הקהילה. כך, למשל, פרופ' אביעד הכהן עמד על כך שקורבנות הפליה מקרב החברה החרדית ממעטים לפנות לבתי המשפט, פעולה שנתפסת כבלתי לגיטימית בחברה החרדית, גם במקרים של הפליה בתוך הקהילה החרדית וגם כאשר היא בחברה הכללית (ר' אביעד הכהן, "נישט פון אונזערע (לא משלנו): אפליה עדתית בחברה החרדית וייצוגן של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות מקרבה" **מעשי משפט** ג 123 (2010)).

התוצאה – הרתעת חסר והשתרשות פרקטיקות מפלות

21. כאשר המדינה אינה אוכפת ביוזמתה את דיני איסור ההפליה, ועיקר הטיפול בהפליה הינה על ידי פעילות שיוזם קורבן ההפליה, הרי שהחסמים הנ"ל יש בהם להביא לתוצאה בלתי רצויה של תת-אכיפה של דיני איסור ההפליה. תת-אכיפה מוביל להפחתת הסיכון לחשיפה מצד גורמים מפלים, להרתעת חסר ולהשתרשות של פרקטיקות מפלות.

22. חסמים אלו מתבטאים גם במחקר. למשל, בחינה אמפירית של מימוש חוק התובענות הייצוגיות הראתה כי החוק כמעט ולא תרם לאכיפה של דיני איסור הפליה לעומת תרומתו הרבה לאכיפה של נושאים צרכניים, וניתן לשער כי החסמים הנ"ל תרמו לעניין. זאת לעומת סוגיות צרכניות, אשר משפיעות גם על קבוצות חזקות ומודעות, שידועות להשתמש בחוק בצורה נרחבת (ר' אסתר חיות "התובענה הייצוגית ככלי לאכיפה אזרחית-ציבורית" **משפט ועסקים** יט 935 (2016)).

שימוש בבוחנים ככלי אכיפה של דיני איסור הפליה

23. הפעלת החוק במקרים המתאימים באמצעות שימוש בבוחנים ("סטטריס"), המעמידים למבחן את המעסיק, יכולה להביא תועלת רבה בהתמודדות עם החסמים שצוינו לעיל ולהוות גורם מרתיע, שיביא לתועלת ממשית לאותן קבוצות אוכלוסייה שעליהן ביקש המחוקק להגן. הכוונה הינה בין היתר למקרים בהם גורם כלשהו כמו עמותה הפועלת לשינוי חברתי, מפעילה בוחנים שמטרתם לבחון את מדיניות ההעסקה של המעסיק, בין שבעקבות תלונה קונקרטיית או באופן יזום. בחינה זו יכולה להיעשות על ידי השוואת האופן שבו מתייחס מעסיק לשני דורשי עבודה אשר השוני היחיד ביניהם הוא אחת הקטגוריות שאליהן מתייחס החוק, כגון: לאום, דת, ארץ מוצא, צבע עור, מין, נטייה מינית, מוגבלות, מצב משפחתי, הורות וכדומה. כך, למשל, ניתן לבחון האם מעסיק מזמן יהודים לראיון עבודה כאשר ערבים עם אותו ניסיון והשכלה בדיוק לא מוזמנים לראיון. שימוש בבוחנים עשוי לחשוף הפליה סמויה או לאשש חשד להפליה, וכן עשוי להעמיד למבחן המעשה הצהרות מפלות של המעסיק.

24. אולם השימוש בבוחנים יכול שיעשה גם שלא אגב פעילות של ארגון עובדים או ארגון לשינוי חברתי, אלא על ידי גורמים אחרים – אזרחים או עו"ד, בין מטעמים אלטרואיסטיים של רצון בתיקון עולם, ובין שנלווים לכך אינטרסים כלכליים, כמו הרצון לבסס תובענה ייצוגית בעילה של הפליה בעבודה. בהקשר של תובענות ייצוגיות בית המשפט העליון כבר הכיר בכך שהמניע הכלכלי אינו זר, אלא מתיישב היטב עם מטרת חוק התובענות הייצוגיות, שמטרתו להגביר את האכיפה של חוקים שונים, לרבות חוקי איסור ההפליה, וחוק שוויון ההזדמנויות ביניהם (ע"א 8037/06 **ברזילי נ' פריניר** (פורסם בנבו, 4.9.2014)). חשיפת הפליה באמצעות בוחנים

יכולה להתרחש גם אגב תחקיר עיתונאי, כאשר ה"בוחן" הינו העיתונאי או תחקירן של תכנית תחקירים, ותחקיר זה יכול להוות בסיס ראייתי לתביעה.

25. שימוש בבוחנים עשוי להיות כלי יעיל להתגבר על חסמים שונים שצוינו לעיל. כך, למשל, במקרים בהם החסם נובע מהדרה של קבוצות "בלתי רצויות", המונעת מהם להיחשף להזדמנויות התעסוקה, בשל שיווק סלקטיבי, פרסום מטעה או שימוש בקריטריונים הנחזים להיות ניטראליים, ההתבססות על מקרים בהם קורבנות הפליה מופלים באופן הדברים הרגיל חסר תועלת. גם כאשר מדובר במקרים בהם ההפליה מבוססת על פרקטיקות סמויות, קשה להסתמך רק על בחינת תלונות, שכן פרקטיקות אלו מתוחכמות דיין כדי לא לעורר חשד אצל קורבן ההפליה וההפליה לא תטופל. גם פה בחינות יזומות יש בהן תרומה ממשית לבעיית תת-האכיפה של דיני איסור ההפליה.

26. יתרה מזאת, עצם השימוש באמצעי של בחינות יזומות עשוי לתרום תרומה ממשית לבעיית הרתעת החסר, שכן ביצוען של בחינות יזומות באופן שיטתי מעלה את הסיכון של הגורמים המפלים לחשיפה ולסנקציות, באופן שעשוי לכשעצמו להניא אותם מנקיטה בהפליה.

27. מכאן שיש תרומה רבה לאפשרות לאכוף את החוק שלא רק באמצעות פגיעה אותנטית בדורש עבודה מקרי, וזאת בין היתר באמצעות התבססות על ממצאי בחינה יזומה. תרומה זו תועמד בסכנה אם תאומץ הפרשנות הצרה של בית הדין קמא לפיה ניתן לפצות רק מי שהופלה במהלך חיפוש עבודה תמים ורגיל ו"אותנטי".

חוק שוויון ההזדמנויות נועד למגר הפליה ולהרתיע ולא רק לפצות קורבן הפליה

28. עמדת המבקשת הינה שחוק שוויון ההזדמנויות נועד למנוע ממעסיקים להפלות ולהרתיעם וזאת כדי למגר פרקטיקות מפלות בשוק התעסוקה, כתכלית מרכזית של החוק, וזאת לצד התכלית של פיצוי הקורבן. מכאן שאין מקום לקביעה לפיה הפעלתו מצטמצמת רק לאותם מקרים בהם אדם ביקש להתקבל לעבודה באופן אותנטי.

29. ניתן ללמוד כי התכלית ההרתעתית הינה התכלית המרכזית של החוק מכך שהמחוקק הרחיב את זכות התביעה לארגוני עובדים ולארגוני זכויות הזכאים להגיש תביעה מכוח החוק גם בלי עובד קונקרטי (ובלבד שאם יש עובד הוא הסכים לכך). ארגון יכול אף לקבל פיצוי כספי מלא, בתביעה שהגיש גם בלא נפגע קונקרטי (השוו ל ע"א (י-ם) 38722-11-17 ליברמן נ' המרכז הרפורמי לדת ומדינה (פורסם בנבו, 21.3.2018)). ניתן ללמוד זאת גם מהמעמד הרחב שניתן לנציבות שוויון ההזדמנויות להגיש תביעות מכוח החוק בהתבסס על תלונות שהגיש כל אדם. ברי כי בהרחיבו את זכות התביעה גם למי שמייצגים את האוכלוסיות הפגיעות, ביקש המחוקק להביא לאכיפה יעילה יותר של איסור ההפליה, ובכך מתן דגש לתכלית ההרתעתית של החוק, ולא דווקא לתכלית הצרה יותר של פיצוי קורבן ההפליה ותו לא, והמחוקק פתח את הדלת לאכיפת החוק גם שלא אגב פגיעה אותנטית בפרט זה או אחר.

30. המחוקק אף מאפשר את אכיפת החוק באמצעות תובענה ייצוגית, שתוגש בידי ארגון עובדים או ארגון זכויות בשם חברי הקבוצה, וזאת אף ללא תובע פרטני אחד. במקרה זה הדרישה היחידה המוטלת על הארגון היא להראות כי עשה מאמץ סביר לאתר תובע בעל עילה אישית,

אך רף זה אינו גבוה (ר' רע"א 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות פסקאות 48-51 לפסק דינו של השופט דנציגר, ופסקה 4 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 9.12.2015)). גם בכך נתמכת העמדה כי התכלית ההרתעתית היא התכלית המרכזית של חוק שוויון ההזדמנויות, ואין לצמצם את תכלית החוק לפיצוי קורבן פרטני בלבד.

31. לעניין זה ביסוס תביעות על ממצאי בחינה יזומה היא לא רק אפשרית אלא אף רצויה, שכן יש באפיק פעולה זה להתגבר על חסמים רבים העומדים בפני קורבנות הפליה במיצוי זכויותיהם מכוח החוק, וחסמים העומדים בפני עובדים הנמנים על קבוצות מוחלשות במיוחד. במקרים אלו דווקא העובדה שגורמים חזקים ומודעים יותר, כמו ארגוני זכויות, אך גם פעילים או עורכי דין, חושפים את ההפליה באופן יזום ופועלים נגדה באפיק המשפטי, גם אם ממניע כלכלי, יש בה להביא תועלת לחברי הקבוצות המוחלשות ולהרתעה של מעסיקים שנוקטים בהפליה.

32. נניח לצורך הדוגמא, כי גוף כמו האגודה לזכויות האזרח, או אפילו הנציבות, היה בוחן באמצעות סטטרים את מדיניות ההעסקה של מעסיק פלוני, והממצאים היו חושפים ומתעדים הפליה סמויה שיטתית כלפי עובדים ממוצא אתיופי. במקרה זה בוודאי שתביעה נגד המעסיק הייתה נתפסת ככזו המתיישבת עם תכלית החוק, מועילה למיגור הפליה בשוק התעסוקה נגד יוצאי אתיופיה ועולה בקנה אחד עם המעמד הייחודי שניתן בו לארגוני זכויות, ואם התביעה הייתה מוכחת היה ראוי להטיל על אותה מעסיקה פיצוי בשיעור גבוה, הגם שמגיש התביעה אינו הקורבן.

33. כך הדין גם לגבי אזרחים המבקשים לעשות שימוש בחוק כדי למגר פרקטיקות מפלות שנחשפו להן. הדגש אינו צריך להיות על מידת האותנטיות של חיפוש העבודה אלא על התנהגותו המפלה של המעסיק. גם אם תובע לא חיפש עבודה באופן אותנטי אך חשף הפליה, התכלית ההרתעתית של החוק מטה את הכף לכיוון מתן זכות תביעה.

34. בעמדה דומה נקט בית המשפט העליון של ארה"ב, כאשר התבקש לדחות תביעות שהגישו ארגונים נגד תאגידי בניה שנקטו בהפליה, אשר נחשפה באמצעות בחינה יזומה. חוק הדיור ההוגן אוסר על הפליה בדיור, אך החוק עצמו לא היה אפקטיבי דיו במיגור הסגרגציה במגורים בין לבנים לשחורים. לכן החלו גורמים שונים, מדינתיים ופרטיים, לבחון באמצעות בוחנים פרקטיקות סמויות של הפליה, ועל בסיס הממצאים הוגשו תביעות נגד חברות הבניה המפלות. אלא שהחוק האמריקני מתנה את זכות התביעה בקיומה של פגיעה. לכן עלתה הטענה כי אם מדובר ב"סטטר" שהופלה, אין לו זכות תביעה, שכן הוא כלל לא התכוון לשכור את הדירה. בית המשפט העליון דחה טענות אלו ופסק כי ה"סטטר" השחור זכאי להגיש את התביעה, שכן נגרמה לו עוגמת נפש גם אם היה מודע לאפשרות שיופלה. בית המשפט העליון אף הרחיב את זכות העמידה לארגון שהפעיל את הבחינות היזומות, בנימוק שהארגון נאלץ להסיט ממשאביו כדי לחשוף את ההפליה (ר' *Havens Realty Corp. v. Coleman* 455 U.S. 363 (1982); משה כהן-אליה "פוליטיקת הגועל בחוק איסור הפליה במצרכים ובשירותים" **בזכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 497, 524 (עינב מורגנשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים, 2016)).

35. פסק הדין של בית המשפט העליון האמריקאי פתח את הדרך לשימוש נרחב בבחינות יזומות כבסיס להגשת תביעות נזיקיות נגד גורמים מפלים, ומשרד המשפטים הפדרלי בארה"ב מזה שנים רבות מפעיל בעצמו מערך של בוחנים לאיתור הפליה סמויה, אשר ממצאיהם משמשים לאחר מכן לאכיפת החוק בבתי המשפט.

36. לאור כל האמור, נניח לצורך המחלוקת, ולצורך הדגמה בלבד, כי בית הדין קמא אכן היה מסיק כי המערער לא באמת חשב לעבוד במלצרות, אולם הוא נתקל במודעה "חשודה" והתעניין במשרה וכך חשף מדיניות העסקה מפלה, באמצעות בחינה שיוזם. נניח שלא אצה לו הדרך לבית הדין. בעקבות החשיפה הראשונה הוא העמיד מזמנו וממרצו לחקור האם גם בפעם השנייה שיבוא יקבל תשובה דומה, ואף הביא עמו חברה אשר שימשה כקבוצת ביקורת, והוא אף תיעד הכול כדי שחומר הראיות יהיה מובהק, דבר שמצביע אולי על "תחכום", אך גם על אחריות. נניח שלאחר מכן העמיד המערער (לצורך הדוגמה בלבד) ממרצו ומזמנו ומכספו והגיש תביעה. נניח שבעקבות פעילותו אכן שינתה המסעדה את מדיניות ההעסקה שלה וחדלה מההפליה – דבר ששירת בסופו של דבר את הציבור. נניח שהיה נקבע שזה מה שקרה – מה רע בזה? מדוע לתייג זאת כפעילות שאינה שימוש לגיטימי בחוק? מדוע לא לראות בכך פעילות למען הציבור, כדוגמת עותר ציבורי בבג"ץ או תובע ייצוגי? מדוע להקל על המשיבה, שהפלתה אותו? הרי המשיבה סירבה לקבלו לעבודה בלי לדעת האם הוא מתעניין בתפקיד באופן "אותנטי". הוא הופלה, גם אם לא התכוון ברצינות להתמודד על התפקיד, והתכלית ההרתעתית של החוק תמומש אם תינתן לו זכות תביעה ויוטל פיצוי מרתיע.

שאלת תום הלב והחשש משימוש לרעה בחוק

37. עד כה פירטה המבקשת מדוע תביעה המבוססת על בחינה יזומה הינה תביעה לגיטימית ושימוש נכון בחוק, העולה בקנה אחד עם תכלית החוק. ביסוס תביעות על פעילות יזומה בידי בוחנים אינו מהווה חוסר תום לב לכשעצמו. כמו כל פעילות משפטית, קיים חשש לשימוש לרעה בהליך, או לחוסר תום לב, אך ניתן להתמודד עמו בכלים רגילים, כמו השתתפות הוצאות במקרה של תביעה לא מבוססת.

38. בהחלט ראוי שבית הדין ינחה תובעים לציין בכתב התביעה את העובדה שפנו והופלו כבוחנים ולא לנסות ולעמעם את מעמדם בתיק. כלומר – להטיל חובת שקיפות, שיש בה למנוע מצב בו ממצאי בחינה יזומה מוצגים או עשויים להיות מובנים כפגיעה אישית אותנטית. דרישת השקיפות עשויה לאפשר לבית המשפט לבחון את המקרה בהקשרו הנכון. שקיפות עשויה להשליך על הסעדים שיפסוק בית המשפט, ותקל על בית הדין לאתר מקרים בהם נעשה שימוש לא ראוי בבחינות היזומות. דווקא היחס העוין של בתי הדין לעבודה לתביעות יזומות יוביל תובעים לדגול בעמימות, מחשש שאם יציינו כי התביעה מבוססת על טסט שביצעו שלא במהלך חיפוש עבודה תמים, הדבר יוביל לדחיית התביעה.

39. כמו כן, בהחלט ראוי כי בתביעות המבוססות על בחינה יזומה יידרש התובע לפעול באחריות המתבקשת, ולעמוד בסטנדרטים שייקבעו בפסיקה, כמו למשל, להעמיד את מלוא התיעוד. סטנדרטים אלו יצמצמו החשש מפני פעלתנות יתר, ובמיוחד חשש מפני הדחה או טמינת-פח אסורות. דרישות סבירות עשויות להפחית את החשש מפעלתנות יתר של גורמים בלתי

מקצועיים, היוזמים בחינות יזומות רשלניות, בתיעוד חסר, תוך ניסיון פסול לשדל את מושא הבחינה להתנהגות מסוימת, להכשילו, או תוך שימוש בעורמה או בתכסיסים החורגים מהמותר. גישה דומה ננקטה בחוק התובענות הייצוגיות, אשר כולל בחובו דרישות סף מקצועיות מתובע ייצוגי ומבא כוחו המבקשים לייצג את הקבוצה (ר' ס' 8(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: חוק תובענות ייצוגיות)). עם זאת אין להטיל דרישות מקצועיות מכבידות מדי, או לאסור על בוחנים לעודד את הגורם הנבחן לחשוף את המדיניות שלו, על מנת להימנע מצינון יתר של השימוש בבחינות יזומות. די בכך שהבחינה תצביע על התנהלות מפלה שאין לה הסבר מניח את הדעת.

40. לבסוף, קיימת גם אפשרות לבית הדין לחייב בהוצאות משפט תובע שביסס את תביעתו של בחינה יזומה, אם יתברר כי התביעה חסרת בסיס, הוגשה בחופזה ובאופן לא מקצועי וכדומה. גישה זו נכונה יותר מאשר למנוע מראש את זכות התביעה או לצמצמה מבחינת הסעדים. בגישה זו בחר השופט פוגלמן בעניין **קיס**. בפרשה זו נדון עניינו של תובע ערבי שהגיש תביעות נגד מועדונים שלא אפשרו לו להיכנס לתחום המועדון. הנתבעים טענו כי התובע אינו מגיע כאחד האדם למועדון אלא בא "במטרה" לתעד כיצד מפלים אותו כבסיס להגשת תביעה וקבלת פיצוי ולמעשה הוא אינו קורבן הפליה אותנטי אלא בגדר בוחן. בית המשפט המחוזי דחה את תביעתו והפך את החלטת בית המשפט השלום לפצותו במתחו ביקורת קשה על התנהלותו, ובין היתר על כך שלא תיעד חלק ניכר משהייתו מחוץ למועדון וזאת בנוסף לריבוי התביעות שהגיש, אשר לעמדת בית המשפט הטילו ספק בכנות התביעה. מכאן שבית המשפט המחוזי אכן איתר התנהלות שלדידו "חצתה את הגבול", הביע ספק במניע של התובע, ואלו הובילו לקביעות שמרניות (ר' ע"א (ת"א) 17537-05-14 **ק.צ. יחסי ציבור בע"מ נ' קיס** (פורסם בנבו, 3.8.2015)).

41. נגד פסק דין זה הוגשה בקשה לערעור נוסף לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון (השופט פוגלמן) דחה את הבקשה. בית המשפט פסק כי במקרה הפרטני אכן לא הוכחה עילת התביעה בשל דלות הראיות ודינה היה להידחות גם לולא תיוג התובע כ"תובע סדרתי". עם זאת נפסק שככלל יש לעודד הגשת תביעות באותם מקרים בהם התרחשה הפליה, ולהיזהר מתיוגם של תובעים כ"תובעים סדרתיים" ולהטיל דופי בתום לבם. רק אם מוגשות תביעות נטולות בסיס ניתן להתחשב בכך שמדובר בסדרה של תביעות כאלו לצורך פסיקת הוצאות (רע"א 197/16 **קיס נ' ק.צ. יחסי ציבור ויזמות** (פורסם בנבו, 26.1.2016)). מכאן שבית המשפט העליון סבר כי יש לאזן בין הצורך לתמרץ אכיפה של דיני איסור ההפליה לבין החשש מפעלתנות יתר, והאמצעי שבו דגל בית המשפט הוא השתת הוצאות במקרים של תביעות נטולות בסיס.

הפיצוי הראוי בתביעה המבוססת על בחינה יזומה

42. במקרים בהם אדם פעל כבוחן, ביוזמה פרטית, וחשף הפליה, לא רק שיש לתת לו זכות להגיש תביעה אלא גם שאין מקום להפחתת גובה הפיצוי ביחס לתובעים אחרים. זאת משום הצורך לעודד אכיפה של דיני איסור ההפליה והצורך להתמודד עם בעיית תת האכיפה והרתעת החסר שקיימת. בסופו של דבר השתת פיצוי על הגורם המפלה, גם במקרה שמדובר בבוחן שהופלה, תגשים את תכלית החוק טוב יותר מאשר שלילת האפשרות. בוחן מסייע ליישום החוק הלכה למעשה ובכך תורם תרומה ממשית להגשמת מטרותיו.

43. למצער, גישה חלופית עשויה להיות שהבוחרן אמנם זכאי לפיצוי נמוך יותר, שכן הנזק שנגרם לו פחות ביחס למי שהופלה במהלך חיפוש רגיל ותוך כוונה להתקבל לעבודה. אך כדי למנוע מצב בו הפיצוי נמוך ולא אפקטיבי להרתעת מעסיקים מפלים, יש לקבוע פיצוי בשיעור המקובל, המשקף את התנהגותו של המעסיק, אך ליעד חלק ממנו לארגון העוסק בזכויותיה של הקבוצה המופלית או למטרה קרובה לעילת התביעה, ולא ישירות לתובע.

סיכום

44. בית הדין הנכבד מתבקש לצרף את המבקשת במעמד של ידידת בית הדין.
45. ככל שבית הדין הנכבד יסבור, כעמדת נציגי הציבור בבית הדין קמא, כי קיים ספק בדבר היותו של התובע מחפש עבודה אותנטי, יתבקש בית הדין הנכבד להבהיר בפסק דינו כי לאור תכלית חוק שוויון ההזדמנויות למגר הפליה בתחום התעסוקה ולהרתיע מעסיקים מנקיטה בפרקטיקות מפלות, מוצהרות או סמויות, אין מקום לצמצום זכות התביעה רק למי שהוכיח כי נפגע בעת חיפוש עבודה אותנטי ומקרי. אדרבא – בית הדין הנכבד יתבקש להנחות את בתי הדין לעבודה כי תביעות המבוססות על בחינות יזומות, בין על ידי ארגוני זכויות ובין על ידי אנשים פרטיים הן רצויות, שכן יש בהן לסייע באכיפת החוק ולהתגבר על שורה ארוכה של חסמים בהם נתקלים קורבנות הפליה, ואשר תוצאתם היא תת אכיפה של החוק והרתעת חסר.
46. על מנת למנוע שימוש לרעה בבחינות יזומות כאמצעי לנקיטת הליכים משפטיים, ניתן לעתיד לבוא לחייב דרישת שקיפות מתובעים לגבי מעמדם כבוחנים. דווקא החשש מדחיית התביעה עשוי לגרום לתובעים לשמור על עמימות או לנסות להסוות את מעשיהם כחיפוש עבודה אותנטי. כמו כן, ראוי להציב דרישה לביצוע הבחינות היוזמות באופן ראוי. בנוסף, יש מקום להעדיף פסיקת הוצאות במקרה של תביעה מופרכת מאשר צמצום זכות התביעה או האפשרות לסעד משמעותי.
47. לבסוף, גם אם תביעה מבוססת על בחינה יזומה אין מקום להפחתת הפיצוי, שכן הדבר יפגע בתכלית ההרתעתית של החוק.

5 ביוני 2018

גל גן-מור

גיל גן-מור, עו"ד

ב"כ המבקשת