

סע"ש 61995-02-20

בבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב

בפני כב' הנשיאה הדס יהלום

בעניין: טל קלרה לב ברוך
ע"י ב"כ עו"ד מורן חיון

- נ ג ד -

אופיר דיין סוכנות לביטוח בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד מוריאל מ. קוט

מצטרפת להליך: נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות – משרד המשפטים

ע"י ב"כ עו"ד סיגלית פורת - גורנשטיין ואח'

עמדת נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

בהמשך להחלטת בית הדין מיום 17/10/23 מוגשת עמדתה של נציבות השוויון בתיק הנדון.

יצוין כי חלק מהעמדות שמגישה הנציבות מפורסמות באתר שלה, בהתאם לשיקול דעתה, וזאת בכפוף לאיסורי פרסום. ככל הידוע לנציבות - תיק זה פתוח לציבור. ככל שאין זה כך, נודה על עדכונו.

1. הנציבות היא הגוף הממלכתי האמון על קידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות בישראל, זאת מכח חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות התשנ"ח-1998 (להלן: "חוק השוויון"). בין היתר, עוסקת הנציבות בהגשת חוות דעת מקצועיות ופרשנות של חוק השוויון בנושאים שבמחלוקת משפטית.

2. לצורך הכנת העמדה עיינה הנציבות בכתב התביעה, בכתב ההגנה, בתצהירי הצדדים וכן בפרוטוקולים של הדיונים שנערכו בתיק בתאריכים 25/5/20, 22/2/21 ו- 4/7/23.

3. **אנו סבורים כי במקרה זה התובעת הצביעה על ראשית ראיה המביאה להיפוך נטל ההוכחה לפי סעיף 13 לחוק השוויון, המטיל על הנתבעת את נטל ההוכחה להראות כי אכן נדרשו צמצומים הנוגעים לתפקיד התובעת וככל שכן - כי בין השיקולים לבחור דווקא בה כראשונה ללכת, לא נפלו שיקולים זרים.** זאת בעיקר לנוכח הסמיכות לשובה מתקופת הטיפול במחלת הסרטן ולאור זאת שאך זמן קצר קודם לכן גויסה עובדת חדשה למחלקה בה עבדה.

נבאר עמדתנו.

הראשונה ללכת בצמצומים - האם יש קשר למוגבלות?

4. מעיון במסמכים עולה כי התובעת, אלמנה ואם לשתי ילדות - עבדה אצל הנתבעת בין 12/18-1/20 בתפקיד **חתמת** במחלקה המכונה **המחלקה האלמנטרית**.

בחודש 4/19 חלתה בסרטן ונעדרה לסרוגין לצורך טיפולים. לפי האמור בדיון המוקדם מיום 3/7/23 - הנתבעת חישה כי בתקופה זו עבדה התובעת בפועל כ- 58% משרה (ע' 5 ש' 27). התובעת ציינה בדיון המוקדם כי נכון ל- 7/23 הסרטן ברמיסיה והיא נמצאת במעקבים. כן ציינה כי עד לחודש 12/20 היתה לה נכות זמנית וקצבת שירותים מיוחדים בביטוח לאומי וכי היתה פגיעה בראיה ונאלצה לעבור ניתוח להחלפת קרנית (ע' 6 ש' 32- ע' 7 ש' 11 לפרוט').

בחודש 12/19 שבה לעבודה כאשר סבב הטיפולים האחרון היה באותו חודש.

התובעת הייתה אדם עם מוגבלות עם שובה לעבודה ב-12/19. חוק השוויון מגדיר אדם עם מוגבלות כ- "**אדם עם לקות פיסית, נפשית או שכלית לרבות קוגניטיבית, קבועה או זמנית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי בתחום אחד או יותר מתחומי החיים העיקריים**" (סעיף 5 לחוק). בסעיף 8(ד) לחוק נקבע כי ההגנה מפני אפליה קמה גם לאדם שהיה בעבר אדם עם מוגבלות וגם לאדם אשר נחשב כאדם עם מוגבלות. קיימת חשיבות להבטיח שאנשים עם מוגבלות ששבבים לתפקידם לא ייפגעו עקב כך שחלו. ההגנה חשובה לא רק בתקופת הטיפולים וההעדרויות אלא גם בתקופת השיקום, בעת החזרה לעבודה.

במהלך תקופת מחלתה של התובעת, בחודש 8/19, הובאה למחלקה עובדת חדשה בשם **ענת הולצמן**. לטענת התובעת היא הובאה כדי להשלים עבודה שהתובעת לא יכלה לבצע עקב העדרויותיה; **לטענת הנתבעת, ענת גויסה באופן קבוע על מנת להרחיב את המחלקה האלמנטרית** (ס' 44-46 לתצהיר הבעלים והמנכ"ל אריה). רונית, שהיתה המנהלת הישירה של התובעת, העידה בתצהירה כי כשענת הובאה, התובעת הביעה בפני רונית את חששה על 'תפיסת תפקידה'. וכי היא, רונית, אמרה לתובעת **שהכוונה בהבאת ענת הייתה להרחיב את המחלקה** (ס' 26 לתצהיר רונית).

בחודש 12/19 חלתה בתה של התובעת ואושפזה והיא נעדרה 3 שבועות מהעבודה.

לאחר שובה, בתאריך 23/12/19, זומנה התובעת לשיחה עם הבעלים והמנכ"ל אריה, בה נאמר לה כי עליה לבצע תפקיד של מיישבת תביעות, זאת במקום עובדת בשם לנה מלול שיצאה לשמירת הריון. התובעת השיבה כי היא מעוניינת להמשיך בתפקיד שלה כחתמת ולא לבצע תפקיד של תביעות. אריה ציין בדיון המוקדם מחודש 7/23 כי אמר לה שאם תסרב יהיה עליו לצמצם את המחלקה ויהיה עליה ללכת (ע' 9 לפרוט'). כן ציין בתצהירו כי הוצע לתובעת להחליף את מיישבת התביעות לאור נסיונה הקודם בתביעות ולאור חוסר הרצון לפטר את התובעת בצמצומים (ס' 42 לתצהירו).

קיימת מחלוקת בין הצדדים אם הדרישה לבצע יישוב תביעות היא חלק מהמשימות שעל התובעת לבצע במסגרת תפקידה או שמא מדובר בשינוי תפקיד הנוגד את החוזה. לפי חוזה ההעסקה התובעת עבדה בתפקיד **חתמת אלמנטרי** ב"כל הכרוך בחידוש/מכירת חדש/טיפול ושירות ללקוחות אלמנטריים" (נספח 2 לתצהיר התובעת). התובעת העידה כי יישוב תביעות אינו חלק מתפקידה (סעיפים 111, 187-184, 212 לתצהירה). אריה העיד כי יישוב תביעות

מהווה חלק מהתפקיד לפי חוזה ההעסקה (ס' 11-12 לתצהירו). בהקלטת שיחה של התובעת עם אריה היא אומרת לו כי בחוזה שלה רשום חתמת ולא פקידת תביעות והוא משיב "נכון, אני אומר יש יש שתי אופציות, אני לא מתווכח איתך, שבחוזי שלך רשום חתמת... אני רוצה לשנות את המשורה שלך" (התמליל - נספח 8 לתצהיר התובעת, ע' 5-6). וראה גם תמליל שיחה בין התובעת ורונית בע' 5 בו יש התייחסות ליישוב תביעות (נספח 7 לתצהיר התובעת)¹.

אין מחלוקת כי לאחר סרובה לעבור לתביעות, פוטרה. להבנתנו, היה שלב מסוים בו הנתבעת בקשה מהתובעת שבכל זאת תנסה את התביעות, היא נסתה, אך הדבר לא עלה יפה.

במכתב הזימון לשימוע, הנושא תאריך 23/12/19 (נספח 11 לתצהיר התובעת) נכתב כי הסיבה לזימון היא "א. צמצום העבודה במחלקה האלמנטרי ב. צמצומים בסוכנות".

ביום 25/12/19 התקיים שימוע.

במכתב סיום העסקה נושא תאריך 12/1/20 נכתב כי סיום ההעסקה הוא עקב "צמצומים במחלקת אלמנטרי" (נספח 9 לתצהיר התובעת).

הנתבעת טענה כי בתקופה הרלוונטית הנתבעת נאלצה לצמצם את מצבת כח האדם במחלקה האלמנטרית (פסקה 19 לתביעה). אריה הבעלים העיד בתצהירו כי עוד לפני חודש 12/19 החל בנתבעת הליך התייעלות כאשר מספר העובדים בחברה ירד מ-45 ל-28 במועד הרלוונטי. הוא העיד כי עובדת בשם מלול יצאה לשמירת הריון ובמקום לצמצם את המחלקה האלמנטרית בה עבדה התובעת הוחלט לתת את משימותיה של מלול לתובעת לאור נסיונה בתחום בעבר (סעיף 37 לתצהירו). וראה גם דבריה של ענבר ממשאבי אנוש בתמליל השיחה עם אריה והתובעת מיום 8/1/20 בע' 11 ש' 11-13, בהתייחס לתובעת - "בסופו של דבר סיבת הפיטורין היא בעקבות צמצומים שקיימים כיום בעסק" ואישורו של אריה לדברים (נספח 8 לתצהיר התובעת).

5. אמנם, רשאי מעסיק במסגרת הפררוגטיבה הניהולית שלו להחליט על העברת עובד לתפקיד אחר או על פיטוריו במסגרת צמצומים (כפוף כמובן להוראות הדין הרלוונטיות והחובות המוטלות על המעסיק); ואולם, במקרה זה מחומר הראיות עולות שאלות בכל הנוגע לסיבת פיטוריה של התובעת. כך, מעיון בחומר עולה על פני הדברים כי לא מדובר רק במקרה בו עובדת נדרשה לבצע תפקיד כלשהו וסירבה ועולה השאלה אם הסירוב היה כדין או לא, וכפועל יוצא מהסירוב הפיטורים. מהחומר עולה, כי במסגרת הליכי הצמצומים הנטענים במחלקה שבה עבדה התובעת, הנתבעת הצביעה דווקא עליה כמועמדת לפיטורים למרות שעובדת אחרת (ענת) גויסה אחריה דווקא בטענה להרחבת פעילות המחלקה; טענה שלכאורה אינה עולה בקנה אחד עם המצג של הצורך בצמצומים. והכל בסמיכות לתקופת מחלתה והיעדרותיה של התובעת.

¹ בהתייחס לתמלילים קיימת טענה של הנתבעת לגבי מהימנותם בסעיף 29 לכתב ההגנה; האמור לעיל הוא כמובן בכפוף לכך שהתמלילים מהימנים.

6. לעניות דעתנו, הסוגיה בתיק הקשורה לחקיקת השוויון היא: **האם בחירת התובעת מבין עובדות המחלקה בה עבדה, כראשונה לצאת בהליך הצמצומים - קשורה למחלת הסרטן בה לקתה או לא.** כלומר, האם בבחירתה של התובעת היו מעורבים שיקולים לא ענייניים, הקשורים למוגבלותה. גם אם היו מעורבים מספר שיקולים ואחד מהם הוא שיקול לא ענייני, הרי שיש בכך כדי להכתיים את ההחלטה כולה. ככל שיש קשר בין הדברים, הרי שקיימת אפליה לפי סעיף 8 לחוק השוויון עת פגעו בתנאי עבודתה עקב מוגבלותה, ועת סיוס ההעסקה הקשור לכך נובע ממוגבלותה.

7. **סעיף 8 לחוק השוויון** קובע איסור על הפליה בתעסוקה מחמת מוגבלות: **"(א) לא יפלה מעביד בין עובדיו או בין דורשי עבודה, מחמת מוגבלותם, ובלבד שהם כשירים לתפקיד או למשרה הנדונים, בכל אחד מאלה:**

(1) קבלה לעבודה לרבות מבדקי קבלה;

(2) תנאי עבודה

(3) קידום בעבודה

(4) הכשרה או השתלמות מקצועית

(5) פיטורין או פיצויי פיטורין

(6) הטבות ותשלומים הניתנים לעובד בקשר לפרישה מהעבודה.

(ב) לעניין סעיף קטן (א), רואים כהפליה גם קביעת תנאים שלא ממין העניין.

(ג) אין רואים כהפליה לפי סעיף זה, פעולה או הימנעות מפעולה, המתחייבת מהדרישות המהותיות של התפקיד או של המשרה.

(ד) הוראות סעיף זה יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על מי שהיה בעבר אדם עם מוגבלות, על מי שנחשב לאדם עם מוגבלות ועל בני משפחתו של אדם עם מוגבלות המטפלים בו".

8. כידוע, הפרת סעיף 8 לחוק השוויון לאו דווקא כרוכה בקיומה של כוונה רעה או כוונה להפלות. בפסיקה נקבע כי אין רלוונטיות למניע ואין צורך להוכיח כוונה של מעסיק להפלות "ואף כוונה טובה אינה רלוונטית"; התוצאה היא הרלוונטית ולא הכוונה העומדת בבסיס ההתנהגות המפלה (בג"צ מחמלי; פס"ד קופולק)².

9. סעיף 13(א) המצוי בפרק ד' לחוק השוויון, מחיל את הוראות חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח - 1988 (להלן: "חוק שוויון הזדמנויות בעבודה") על הוראות פרק זה, ובהן בין היתר, את הוראות סעיף 9 בעניין נטל ההוכחה, בשינויים המחוייבים לפי העניין.

סעיף 9 (א)2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה קובע:

"9 (א) בתובענה של דורש עבודה או של עובד בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על המעסיק כי פעל שלא בניגוד להוראות סעיף 2 -

...

² בג"צ 6069/10 רמי מחמלי נ' שב"ס ואח', מיום 5/5/14; ע"ע 61235-02-17 קופולק בע"מ נ' חנשווילי, מתאריך 16/10/18 (ראה פסקה 55).

(2) לעניין פיטורים מהעבודה – אם הוכיח העובד שלא הייתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטוריו.

10. בפסיקה נקבע כי די בכך שאחד השיקולים להחלטה העומדת לביקורת שיפוטית היה שיקול אסור על מנת "להכתים" את ההחלטה בכללותה (בג"צ מחמלי). עוד עמדה הפסיקה על הקושי הראייתי העומד בפני מי שמבקש להוכיח אפליה "לנוכח הקושי המובנה להוכחתן של צפונות הלב והמחשבה" (ביה"ד הארצי לעבודה בעניין קופולוק, פסקה 56).

נוכח המכשול הראייתי הניצב לא פעם בפני עובד הטוען לאפליה, נקבע כי קיומה של אפליה נבחנת גם על פי תוצאת הדברים בפועל, ולא רק על פי השאלה אם המעסיק התכוון להפלות (בג"צ מחמלי פסקה 34).

11. עמדתנו היא כי לאור הפסיקה בתחום השוויון ולאור תכליתה, וככל שגרסת התובעת תתקבל על ידי בית הדין – הרי שהתובעת הצביעה על ראשית ראיה המביאה להיפוך נטל ההוכחה לפי סעיף 13 לחוק השוויון או לכל הפחות על מסכת עובדתית המכתימה את החלטת הפיטורים בעניינה, באופן שבו יש להעביר את הנטל אל כתפי הנתבעת להוכיח כי אכן נדרשו צמצומים במחלקה וככל שכן, כי בין השיקולים לבחור דווקא בה כראשונה ללכת לא נפלו שיקולים זרים.

12. לעמדת הנציבות קיים קושי בטענה אודות צמצומים והתייתרות תפקידה של התובעת, בסמוך לאחר שובה מתקופת מחלה, וכאשר חודשים ספורים קודם לכן, בעת העדרותה, גויסה עובדת אחרת (ענת) לתפקיד זהה של חתמת. מה גם שהנתבעת עצמה טענה כי ענת גויסה על מנת להרחיב את פעילות המחלקה, דבר שמעורר קושי עם טענת הצורך בצמצומים.

ודוק, העובדה שענת, העובדת החדשה, יצאה לחל"ת לאחר אירוע הצמצוצים הנטען - בעקבות הקורונה (3/20) ובסופו של יום לא שבה לנתבעת, לא משנה לענייננו – משום שבחודש 12/19 לא היה ידוע שהקורונה תגיע ושכך תהיה השתלשלות העניינים.

סיגלית פורת - גורנשטיין, עו"ד



נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

משרד המשפטים