

בית דין אזורי לעבודה בתל אביב - יפו

סע"ש 49821-01-16

סע"ש 34536-02-16

לפני:

כב' השופטת עידית איצקוביץ, אב"ד
גב' דבורה פינקלשטיין, נציגת עובדים
גב' צביה דגני, נציגת ציבור מעסיקים

התובעת

ע"י ב"כ עו"ד ענת רוזנר ועו"ד יעל דוקוב

-

הנתבעת

מוצרי מעברות בע"מ ח.פ. 520039488

ע"י ב"כ עו"ד אופיר סובול ועו"ד סימה סקין

מתייצבת בהליך

נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה

ע"י עו"ד שירי לב-רן לביא ועו"ד מיראל נח'ול

כתבי עת:

[גיא מונדלק, "איפיון ההסדרה המשפטית לגבי", עיוני משפט, כרך כב \(תשנ"ט-תש"ס\) 819](#)

[שרון רבין מרגליות, "הבחנה, אפליה וגיל: משחק", משפטים, כרך לב \(תשס"ב\) 131](#)

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

חקיקה שאוזכרה:

[חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988: סע' 2, 2\(א\), 9\(א\), 10\(א\)\(1\)](#)

[חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998](#)

מיני-רציו:

* ביה"ד פסק כי הנתבעת לא הרימה את הנטל הראייתי המוטל עליה להוכיח שהחלטה לפטר את התובעת לא הייתה נגועה בהפליה עקב גילה בניגוד לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, וחייב את הנתבעת לשלם לתובעת פיצוי בגובה של 12 משכורות (כ-110,000 ₪) כפיצוי בגין נזק ממוני, ופיצוי בסך 50,000 ₪ כפיצוי לא ממוני בגין עגמת נפש.

* עבודה – שוויון בעבודה – איסור הפליה מחמת גיל

* עבודה – שוויון בעבודה – איסור הפליה

* עבודה – שוויון הזדמנויות בעבודה – איסור הפליה

עסקינן בתביעה שעניינה פיצוי על הנזק הממוני שנגרם לה עקב פיטוריה מעבודתה בנתבעת לאחר קרוב ל-18 שנות עבודה, מחמת גילה בניגוד לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה (להלן: החוק), בגובה שכרה והזכויות הנלוות עד לגיל פנסיה מקסימאלי -67, וכן לפיצוי בגין נזק לא ממוני מכוח החוק.

בית הדין האזורי לעבודה (השופטת ע' איצקוביץ ונציגות הציבור ד' פינקלשטיין, צ' דגני) קיבל את התביעה בעיקרה ופסק כי:

ביה"ד עמד על המסגרת הנורמטיבית הנוגעת להפליה מחמת גיל, ועל הפסיקה הרלבנטית וכן על הנטל הראייתי הקבוע בסעיף 9(א) לחוק, לפיו כאשר מדובר בתביעה שבה נטען שהעובד פוטר בניגוד לחוק, לצורך העברת נטל ההוכחה למעסיק לפי סעיף 9 לחוק, די בכך שיוכיח כי לא הייתה במעשיו סיבה לפטרו על מנת להעביר את נטל השכנוע למעסיק, ואז על המעסיק יהיה להוכיח שלא נשקלו שיקולים פסולים בקבלת ההחלטה על הפיטורים. הראיה הנדרשת מהעובד, בשלב הראשון, על כך שלא היה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטורים, היא ראשית ראיה בלבד. בענייננו קיימת יותר מראשית ראיה הנדרשת כדי להעביר את הנטל הראייתי אל המעסיק, מאחר שאין חולק כי לא היה בהתנהגותה או במעשיה סיבה לפיטוריה. לפיכך, הנטל הועבר לנתבעת שיהיה עליה להוכיח שלא נהגה בתובעת בהפליה.

הנתבעת הייתה מודעת לנסיבות האישיות של התובעת (גילה, זכותה לפנסיה נמוכה ביותר, בשעה שעליה לפרנס את עצמה ואת בנה בעל מוגבלות). אולם משעה שהתובעת עבדה בתפקיד שאת עיקרו הוחלט לבטל, הייתה הצדקה עניינית לפיטורים. על פני הדברים אין בהחלטת הנתבעת משום הפליה אלא שיקול ענייני-תקציבי בלבד. אלא שבכך לא די, שכן ענייננו הוא תוצאת ההחלטה, ללא קשר לכוונה הסובייקטיבית. הלכה היא כי די בכך שהשיקול המפלה היה אחד השיקולים בקבלת ההחלטה כדי להכתיב את ההחלטה כולה, גם אם נלוו אליו שיקולים ענייניים. נדרשת התייחסות "חיובית" לגילו של העובד בעת קבלת החלטה על סיום העסקה, ולא שלילית. העדר התייחסות לתרומת העובדת למקום העבודה, לרבות הוותק שצבר ומידת הצלחתו בתפקיד עלול להוות הפליה על רקע גיל. הנתבעת לא יכולה הייתה להסתמך על טענה פורמאלית בלבד שלפיה התפקיד המוגדר של התובעת בוטל, אלא היה עליה להתייחס לתכנים הנוגעים לעבודה, מסוגלות התובעת והשוואתה ליתר העובדים, כאשר גילה היה צריך להיחשב שיקול חיובי בעת קבלת ההחלטה האם יש הצדקה לפטרה. העובדה שמדובר בפיטורי צמצום לא פטרה את הנתבעת מלעשות כן. דווקא מאחר שמדובר בפיטורי צמצום שאינם נובעים מהתנהגות התובעת אלא מצורך ארגוני של המעסיקה, היה עליה לשקול את גילה לכף זכות ואין די בכך שגילה של התובעת לא שימש שיקול שלילי. העדר התייחסות לשיקול, או התייחסות אליו כ"שיקול ניטרלי", הוא המכתיב את ההחלטה בהפליה.

על הנתבעת היה לנסות בזמן אמת וטרם הפיטורים, למציאת הסדר חלופי לפי כישורי התובעת. הנתבעת לא ערכה בדיקה כנה ויסודית תוך התייחסות לנסיבות האישיות של התובעת. ההסתפקות והדבקות בטענה כי תפקידה המוגדר של התובעת בוטל להבדיל מבדיקה מהותית, מעוררת ספק בנוגע לשאלה האם לגיל התובעת, כמו גם השכר הגבוה שקיבלה ביחס ליתר העובדות, היה משקל בהחלטה על סיום העבודה. משכך, הנתבעת לא הרימה את הנטל הראייתי המוטל עליה להוכיח שההחלטה לפטר את התובעת לא הייתה נגועה בהפליה עקב גילה. בנוסף, אף לא אחת מהצעות העבודה, שהוצעו לתובעת לאחר הגשת ההליך, הייתה שוות ערך לעבודה שביצעה טרם פיטוריה. אין בהצעות אלו כדי "לרפא" את הפגיעה בתובעת, או כדי להעיד שפעלה בחוסר סבירות עת סירבה לקבל אותן. נוכח מכלול השיקולים במקרה זה, הנתבעת חויבה בפיצוי ברף העליון שנקבע בפסיקה – שכר לתקופה של 12 חודשים (כ-110,000 ₪) וכן בפיצוי בגין נזק לא ממוני בשל עגמת נפש כתוצאה מההפליה, כפיצוי בעל היבט עונשי והרתעתי, בסך של 50,000 ₪ לפי סעיף 10(א)(1) לחוק.

פסק דין

1. ההליך שלפנינו החל בבקשה לצו מניעה זמני מיום 25.1.16, שהוגשה כנגד החלטת הנתבעת לפטר את התובעת.

בבקשה נטען כי ההחלטה לפטר את התובעת אינה כדין, ומנוגדת להוראות [חוק שוויון הזדמנויות בעבודה](#) ו**חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות**. לפיכך התבקש בית הדין להורות על השבת התובעת לעבודה במעבדה הכימית של הנתבעת בקיבוץ מעברות.

2. ביום 3.2.16 התקיים דיון בבקשה לאחר שהוגשה תגובה מטעם הנתבעת. במסגרת הדיון נבחנו אפשרויות של המשך העסקת התובעת בתפקידים אחרים. ביום 16.2.16 התקיים דיון נוסף שגם במהלכו נשקלו אפשרויות לפתרון הסכסוך, שלא צלחו.

הצדדים הסכימו לאיחוד הדיון בבקשה עם הדיון בתיק העיקרי, תוך זירוז ההליכים.

3. בתביעה שהוגשה לבית הדין עתרה התובעת לצו עשה קבוע לביטול הודעת הפיטורים. לחלופין עתרה לפיצוי על הנזק הממוני שנגרם לה עקב פיטוריה בניגוד לדין, וכן לפיצוי בגין נזק לא ממוני. עם זאת במהלך הדיון הודיעה התובעת כי אינה עומדת על סעד החזרה לעבודה, וצמצמה את תביעתה לסעד כספי: פיצוי בגובה שכרה והזכויות הנלוות עד לגיל פנסיה מקסימאלי -67 וכן פיצוי בגין נזק לא ממוני (סעיפים 85,86 לסיכומי התובעת).

4. עובדות שאינן במחלוקת

א. התובעת בעלת תואר ראשון בביוכימיה. היא עבדה אצל הנתבעת החל מיום 1.5.98 ועד לפיטוריה ביום 28.1.16 – כ-17 שנים ו-9 חודשים.

ב. התובעת הייתה בת 63.5 לערך במועד פיטוריה (לפי תצהירה 63 ו-9 חודשים במועד כניסת הפיטורים לתוקף).

ג. הנתבעת היא למעשה מטה של חמש חברות-בת: מטרנה תעשיות שותפות מוגבלת, ביופט בע"מ, אנליט בע"מ, אלטמן בריאות שותפות כללית (להלן: "קבוצת מעברות"). המטה כולל יחידות שונות, כגון כספים, רכש ויבוא, משאבי אנוש, מעבדה, מחלקה טכנית, מחשוב ותכנון. נכון למועד הדיון הועסקו בחברה 47 עובדים שכירים ובנוסף משובצים בה לעבודה 19 חברי קיבוץ (שאינם שכירים).

ד. התובעת עבדה כמעט כל תקופת העבודה במעבדה הכימית בקיבוץ מעברות. אין חולק שהיא הייתה עובדת טובה ויעילה, ומעולם לא הועלו תלונות בנוגע לתפקודה. ההפך הוא נכון: התובעת קיבלה מחמאות על עבודתה המסורה [ראו עדותה של סמנכ"ל משאבי אנוש בנתבעת, גבי עינב וילק (להלן: "גבי וילק")] ושל מנהלת המעבדה גבי מרים צופנס שהייתה ממונה על התובעת (להלן: "גבי צופנס") בעמ' 19 ו-27 לפרוטוקול הדיון].

ה. התובעת היא אם יחידנית המגדלת ומטפלת בבנה בן ה-28 המתגורר עמה. בנה של התובעת הוא בעל מוגבלות המצוי על הספקטרום האוטיסטי.

ו. התובעת הצהירה – והצהרתה לא נסתרה – כי היא מתגוררת בשכירות ואין לה דירה משלה.

ז. הנתבעת הפרישה עבור התובעת פנסיה כדין אולם בשל משיכת כספים שביצעה התובעת, היא זכאית לפנסיה בשיעור נמוך (1,117 ₪ לחודש לפי הצהרת התובעת).

ח. במעבדה הכימית הועסקו 7 עובדות מקצועיות כולל התובעת ומנהלת המעבדה, גבי צופנס. הנתבעת מנהלת גם מעבדה מיקרוביולוגית שבה מועסקים 6 עובדים.

ט. תפקיד התובעת היה עד לשנת 2012 "עובדת מעבדה". משנת 2012 הוגדר תפקידה כ"אחראית תיקוף שיטות".

י. החל משנת 2012 חלק ניכר מעבודת התובעת עסק בתיקוף שיטות (לטענת התובעת מדובר בהיקף של כ-50% מהעבודה ולטענת הנתבעת כ-75% מהעבודה) והיתר עבודות מעבדה רגילות (ראו עדות גבי וילק, עמ' 19 ועדות התובעת, עמ' 12-13). נציין כי לפי עדותה של גבי צופנס התובעת יודעת לבצע כ-70-75% מהעבודות הנוספות במעבדה שאת חלקן לא ביצעה מזה זמן רב אולם ניתן לרענן את הידע בתחומים האלה (ראו ע' 27 ש' 20-21 לפרוטוקול הדיון).

יא. בתקופה שקדמה לפיטורי התובעת החליט דירקטוריון החברה ליזום תהליך של גיבוש אסטרטגיה עסקית חדשה לקבוצה. לצורך ביצוע ההתאמות והשינויים הנדרשים, התקיים הליך אבחון והערכה באמצעות חברות ייעוץ חיצוניות. לגבי המטה נבחרה חברת הייעוץ AVIV AMCG (להלן: "אביב").

יב. במהלך חודש ספטמבר 2015 גובשו המלצות שנתנה חברת אביב בעניין השינויים וההתאמות הנדרשים. נוכח ההחלטה שלפיה לא יאומצו או יפותחו שיטות חדשות במעבדה הכימית בעתיד הקרוב, הוחלט שאין צורך בעובד שישמש "אחראי תיקוף שיטות", והומלץ לאחד את יתר עבודת אחראית תיקוף השיטות עם תפקידה של ראש הצוות. עוד המליצה אביב על ביצוע התייעלות נוספת בדמות צמצום עובדות המעבדה. בעקבות ההמלצה הוחלט לזמן

לשימוע את התובעת ועובדת נוספת במעבדה (שתכונה להלן: "גב' מ"). המלצת פרויקט האבחון וההערכה הייתה לבצע צמצומים נוספים בכוח אדם.

יג. ביום 19.11.15 ערכה גב' צופנס שיחה לכלל עובדי המעבדה, שבה ציינה שישנו עודף כוח אדם וכי צפויים "שינויים כואבים". לאחר השיחה הזמינה גב' צופנס את התובעת לשיחה במחלקת כוח אדם. התובעת התייצבה לשיחה עם גב' וילק שהודיעה לה על כוונה לפטר אותה עקב צמצומים והתייעלות. התובעת קיבלה הזמנה לשימוע לתאריך 23.11.15.

יד. בסופו של דבר התקיים השימוע ביום 17.12.15 בנוכחות גב' וילק, גב' צופנס, התובעת ובאת כוחה.

טו. ביום 28.12.15 התקבלה החלטת הנתבעת על פיטורי התובעת, שנכנסו לתוקף בתום תקופת ההודעה המוקדמת: 28.1.16.

טז. הבקשה לצו מניעה זמני כנגד הפיטורים הוגשה לבית הדין, כאמור, ביום 25.1.16.

5. מתייצבים בהליך

ביום 1.3.16 ניתנה זכות התערבות בהליך לנציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות ולנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה. ביום 9.6.16 הגישה נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות הודעה שבה נאמר:

"אין מחלוקת כי הפיטורים אינם קשורים לעובדת היותה של התובעת אם לאדם עם מוגבלות ואין טענה כי היא הופלתה בהקשר זה. בכל הנוגע לטענה בדבר חובת העדפה מתקנת המעוגנת בסעיף 9 לחוק השוויון, הרי שהחובה מתייחסת לאנשים עם מוגבלות, כאשר הורה לילד עם מוגבלות אינו נחשב כאדם עם מוגבלות לעניין העדפה מתקנת – גם מבחינה תכליתית. הנציבות סבורה כי העובדה שהתובעת היא אם לאדם עם מוגבלות צריכה הייתה להישקל בכובד ראש במסגרת מכלול השיקולים טרם החלטה על פיטורים ואם לא ניתן לכך המשקל הראוי הרי שזה לא תקין".

על פי הודעת נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות הטענה בדבר הפליה מחמת גיל מהותית יותר במקרה זה, ולכן היא אינה רואה צורך להגיש עמדה בתיק.

נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה אכן התייצבה בהליך (להלן גם: "נציבות השוויון"). בעמדתה הטעימה כי בנסיבות המקרה דכאן הנתבעת לא הרימה את הנטל להוכיח שגילה של התובעת לא היווה שיקול במערך השיקולים לסיום העסקתה.

לגישת נציבות השוויון כאשר מדובר בפיטורי עובד מבוגר, קמה חובה על המעסיק להוכיח שפעל בהתאם לאמות המידה הנוגעות לפיטורי הצמצום. על המעסיק להוכיח שהחלטתו לפטר עובדים מבוגרים היא החלטה סבירה ומידתית שהתקבלה אחרי בחינת כל השיקולים הרלוונטיים.

הנתבעת לא עמדה בנטל זה ולא בחנה את כל האפשרויות הרלוונטיות טרם קבלת החלטתה. הנתבעת אף לא עשתה כן מאוחר יותר, כאשר בית הדין המליץ לשקול אפשרויות העסקה אחרות בנתבעת. לדידה של נציבות השוויון, לא ניתן לזקוף לרעת התובעת את סירובה להצעות הנתבעת לעבודה חלופית, שלגביהן הוויתור עולה על ה"רווח".

הנתבעת הגישה תגובה לעמדת נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה שבה נאמר, בין היתר, כי עמדת הנציבות מתעלמת מרוב רובן של הנסיבות העובדתיות שאין עליהן מחלוקת כגון העובדה שלאחר פיטורי הצמצום נותרה עובדת בת 57, המבוגרת יותר מגבי מ' שפוטרה עם התובעת והעובדה שבמסגרת האסטרטגיה החדשה בחברה התייטר הצורך בעבודת תיקוף שיטות – ליבת תפקידה של התובעת. עוד תהתה הנתבעת האם לדעת נציבות השוויון חלה עליה חובה להעסיק את התובעת ולפטר עובדת טובה אחרת שתפקידה לא התייטר והאם אינה רשאית לפטר את התובעת במסגרת פיטורי צמצום אותנטיים. לשיטת הנתבעת נציבות השוויון אינה מתייחסת כלל להשלכות המעשיות מרחיקות הלכת והבלתי סבירות של עמדתה.

6. עיקר טענות התובעת

- א. פיטורי התובעת נבעו מגילה המבוגר, בניגוד להוראות [חוק שוויון הזדמנויות בעבודה](#).
- ב. העובדה שדווקא התובעת – העובדת המוערכת והמבוגרת יותר מבין 20 עובדי המעבדה הכימית והמיקרוביולוגית – פוטרה, מעידה יותר מכל על הסיבה האמתית לפיטוריה: גילה המבוגר.
- ג. העובדת השנייה שפוטרה עם התובעת אינה עובדת טובה (לפי עדות התובעת הייתה עובדת גרועה, ראו עמ' 14 לפרוטוקול הדיון).
- ד. הנתבעת לא הוכיחה שלא פעלה בניגוד להוראות [חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#).
- ה. הנתבעת כלל לא הוכיחה כי נסיבותיה האישיות של התובעת נשקלו, כל שכן, נשקלו לטובתה.
- ו. סיווגה של התובעת כ"עובדת תמך" במקום כעובדת במעבדה הכימית לצורך האבחון שביצעה חברת אביב, היה מלאכותי, ממניעים זרים וחסרי תום לב.
- ז. הבדיקה החיצונית נעשתה באופן מגמתי, במטרה לייתר את תפקיד התובעת ולפטרנה.
- ח. הנתבעת נהגה בחוסר תום לב בהצעות עבודה שהציעה לתובעת.

7. עיקר טענות הנתבעת

- א. התובעת עצמה מכירה בצורך בביצוע הליכי צמצום והתייעלות בחברה, מודעת לקיומם ומכירה באותנטיות שלהם.
- ב. נקודת המוצא שממנה מתעלמת התובעת היא שסיום העסקתה במסגרת הליכי הצמצום וההתייעלות נבע מכך שתפקידה כאחראית תיקוף שיטות - תפקיד ייחודי וספציפי במעבדה שהתובעת ביצעה באופן בלעדי לאורך שנים אחדות - התייתר בעיקרו ולא נדרש עוד.
- ג. הנתבעת הייתה נכונה ללכת לקראת התובעת כברת דרך משמעותית (ובהיבטים מסוימים אף חסרת תקדים בחברה) כדי לאפשר לה המשך עבודה ופרנסה.
- ד. לא הייתה סיבה מקצועית לפטר אף אחת מעובדות המעבדה, ולולא הליך הצמצומים לא היה עומד על הפרק סיום העסקה של מי מהן. כיוון שתפקידה של התובעת היה התפקיד היחיד שליבתו התייתרה, הוחלט לזמנה לשימוע במקביל לעובדת נוספת.
- ה. לגילה של התובעת לא הייתה כל השפעה שלילית על ההחלטה לסיים העסקתה. הוכח כי פיטורי התובעת נעשו במסגרת הליכי צמצום והתייעלות רוחביים ומשמעותיים.
- ו. תביעת התובעת לסעד של אובדן הכנסה עד גיל פרישה אינה נשענת על מקור משפטי כלשהו. כמו כן סעד בגין עגמת נפש הוא סעד חריג ביותר ביחסי עבודה, שיינתן במקרים יוצאי דופן בלבד.

8. ראיות שנשמעו בהליך

התובעת הגישה תצהיריה (תצהיר כתומך לבקשה לסעד זמני ושני תצהירים משלימים) ונחקרה בדיון על תצהיריה. מטעם הנתבעת העידו גב' וילק וגב' צופנס.

נציין כי שלוש העדות היו אמינות עלינו, עדויותיהן היו עקביות ואם התגלו בהן סתירות היו אלה מינוריות וכאלה שאינן פוגעות במהימנותן.

שתי העדות מטעם הנתבעת הביעו את הערכתן כלפי עבודת התובעת. כאמור, אין חולק שהחלטה על סיום עבודת התובעת לא נבעה משיקולים מקצועיים הקשורים בעבודתה. ברם, התובעת אף היא הציגה גרסה עובדתית באופן אמין, תוך הבעת הערכה כלפי הממונה עליה גב' צופנס, ובה בעת תוך שביטאה את הפגיעה שחשה עת "נבחרה" מבין חברותיה לעבודה (עם עובדת אחרת) לסיים את עבודתה במסגרת הצמצומים.

9. נסיבות פיטוריה של התובעת

לא התעורר ספק בעניין הצורך בהתייעלות בקבוצת מעברות. לשם כך התקבל הייעוץ מטעם חברת אביב, שהמליצה על צמצום בכוח אדם. נציין כי ההמלצה על הצמצום ניתנה באופן מספרי (מספר העובדים/משרות שיש צורך לצמצם) ולא שמי.

בחירת התובעת כמועמדת לפיטורים נבעה מכך שהוחלט על ביטול תפקיד אחראית תיקוף שיטות, וביטול הפונקציה במערך הארגוני של הנתבעת.

ברם, אין גם חולק כי עבודת התובעת לא התמצתה ב"תיקוף שיטות" בלבד. כמו כן, אין חולק שהתובעת ידעה לבצע את מירב המטלות שמבוצעות במעבדה הכימית. המעבדה המיקרוביולוגית היא מעבדה נפרדת, שבה התובעת עבדה רק תקופה קצרה בתחילת תקופת העבודה.

כפי שצוין, אין מחלוקת לגבי נסיבותיה האישיות של התובעת – היותה בת 63.5, לערך, במועד פיטוריה וכן היותה אם יחידנית לבן בגיר בעל מוגבלות המתגורר עמה.

תקופת העבודה של התובעת אצל הנתבעת נמשכה קרוב ל-18 שנים.

לתיק הוגש "סיכום צוות היגוי" שנערך מטעם חברת אביב, עם המלצה לצמצום בכוח האדם (2.5 משרות במעבדה כימית. כאמור, לא הייתה זו המלצה פרסונאלית).

גב' וילק העידה שהתובעת הוגדרה כ"עובדת תמך" ולא כעובדת מעבדה (ראו עמ' 18 ש' 14-18 לפרוטוקול הדיון). אמירה זו מנוגדת לטענת הנתבעת בכתב ההגנה שלפיה "המעבדה הכימית, זו היחידה הרלוונטית לגב' שמחי, ובה הועסקה במהלך כל תקופת העבודה". זאת תוך שנאמר שקיימות במעבדה עוד שתי יחידות "שאינן להן רלוונטיות לגבי שמחי: המעבדה המיקרוביולוגית, ויחידת שירותי תמך" (ראו סעיף 25 לכתב ההגנה).

על אף הסתירה לכאורה, אנו מסכימות עם ב"כ הנתבעת באומרו כי "סיווג זה אינו מעלה או מוריד דבר". ואכן, בין אם סווג תפקיד התובעת תחת "המעבדה הכימית" או תחת "תמך", אין בזה כדי להשליך על ההכרעה ועל העובדות כהווייתן. התובעת הייתה היחידה מבין עובדות המעבדה הכימית אשר תפקידה הוגדר כ"אחראית תיקוף שיטות" והיחידה שהייתה בקיאה בתכנים הנדרשים לתפקיד. בה בעת התובעת גם ידעה היטב לבצע את רוב המטלות שמבוצעות במעבדה, לא פחות טוב מיתר העובדות שעסקו בכך.

אין חולק שביום 19.11.15 קיימה גב' צופנס שיחה עם עובדות המעבדה שבה הציגה את הצורך בהתייעלות וצמצומים.

יובהר כי לטענת התובעת אמרה לה גב' צופנס כי אם היא הייתה שנה, שנתיים יותר צעירה לא היו מפטרים אותה. ברם, לפי עדותה של גב' צופנס האמירה הייתה הפוכה – שאם היא הייתה מאוד קרובה לגיל פנסיה, היא הייתה עושה מאמצים כדי להשאיר אותה בעבודה עד אז.

נראה לנו שהגרסה האחרונה סבירה יותר, וייתכן שדבריה של גב' צופנס לא הובנו אך אין בכך פגיעה באמינות התובעת. אולם בין כך ובין כך - יש באמירות אלה התייחסות לגילה של התובעת והשלכותיו על החלטת הפיטורים.

בתום הפגישה מסרה גב' צופנס לתובעת (וגם לגב' מ') מכתב הזמנה לשימוע, שבו נאמר שהנתבעת שוקלת לסיים את העסקתה בחברה. השימוע נקבע ליום 22.11.15 ונדחה לבקשת ב"כ התובעת, עקב מחלת התובעת. בסופו של יום התקיימה השיחה ביום 17.12.15 בנוכחות התובעת, עו"ד רוזנר - ב"כ התובעת, גב' וילק וגב' צופנס.

במהלך השימוע הציגה ב"כ התובעת את הנסיבות האישיות של התובעת: גילה והקושי למצוא עבודה אחרת, הוותק שלה בעבודה לעומת עובדות אחרות, בקיאותה בעבודות המעבדה, היותה אם לבן בעל מוגבלות. התובעת דיברה בשימוע (פרוטוקול צורף, נספח י"ג לכתב ההגנה), הציגה את כישוריה לרבות העובדה שהיא יודעת "כמעט את כל העבודות במעבדה" ותכונותיה הטובות. כן ציינה התובעת שעובדת אחרת, שלא פוטרה, עושה הרבה טעויות והיא (התובעת) צריכה לחזור אחרי העבודה שלה.

לאחר שמיעת הטיעונים אמרה בשימוע גב' וילק:

"אני מבינה מדבריכן שאתן טוענות לזכות ההגנה שיש לבת שבע מתוקף חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (לגבי גיל ולגבי היותה אם לילד לוקה באוטיזם) וכן מבקשות שעובדת אחרת תסיים את עבודתה במסגרת ההתייעלות כיוון שבת שבע מביאה עמה תרומה שהאחרות לא מביאות.

בנוגע לבקשה האחרונה, מבקשת כבר לציין שכאן מדובר מבחינתנו בסוגיה ניהולית ואף ערכית. מבחינתנו אין זה מובן מאליו לשיקול סיום העסקה של עובדת אחרת, שגם ממנה אנו שבעי רצון מבחינה מקצועית, ושתפקידה אינו מתבטל, ולהשאיר במקומה את בת שבע, שתפקידה מתייחר ומתבטל מעיקרו בשל המלצות פרויקט בחינת יחידות מטה הקבוצה.

חשוב לנו לציין כי לגילה של בת שבע לא היה משקל בהחלטה לשקול את המשך עבודתה. להפך, אם היתה התייחסות לגיל במהלך הדיונים שלנו, לאור המלצות פרויקט הבחינה, זה היה בדיוק מהמקום של ההבנה והדאגה לעתידה של בת שבע בשל גילה. בשיחתנו הקודמת עם בת שבע גם אמרנו לה שאנו מבינים שמצבה הכלכלי אינו קל ושנעשה את שביכולתנו, באם נחליט להיפרד, לסייע ולהקל את השינוי.

סיכום:

פרוטוקול השיחה יועבר לעו"ד רוזנר, ולאחר מכן היא תשלח לעיניב מכתב מטעם בת שבע, שמסכם את טענותיה והתייחסותה. לאחר מכן, בהסתמך על השימוע ועל התייחסות בכתב, הכל יישקל ותתקבל החלטה שתימסר לעו"ד רוזנר".

ביום 28.12.16 שוגר לתובעת מכתב המודיע על סיום העבודה, חתום על ידי גב' וילק. מדובר במכתב ארוך (כולל 6 עמודים) עם התייחסות לטענות. המסקנה, כפי שפורטה בפרק "החלטה" היא: "לאחר ששמענו ועיינו בטיעוניך ולאחר חשיבה מרובה ולא מעט התלבטות, הגענו בכל זאת למסקנה כי הצעד הנכון בנסיבות העניין הוא לסיים את העסקתך בחברה".

במכתב נאמר כי העסקת התובעת תסתיים לאחר תקופת ההודעה המוקדמת שבה אינה נדרשת להגיע לעבודה, אך זכויותיה ישולמו לה. כן מכירה גבי וילק במכתב בקושי הנובע מההחלטה וציננה: "אנו נכונים ללכת לקראת כברת דרך, כמידת האפשר, על מנת לסייע לך בנושא חשוב זה, וחשוב לי שתדעי שדלתנו פתוחה, ואם תרצי לשוחח בנושא, אנו כאן עבורך".

בדיון עלה שהנתבעת הציעה לתובעת פיצוי כספי בסדר גודל של שלוש משכורות (הגם שמדובר במשא ומתן לפשרה הדבר גולה לבית הדין, תוך ויתור על חיסיון ההליך). עד אז לא הועלתה כל אופציה לעבודה אחרת בחברה או בקבוצה.

10. הצעות לעבודה חלופית שהועלו לאחר הגשת הבקשה לבית הדין

לאחר הדיון הראשון בבקשה לסעד זמני ובניסיון לפתרון הסכסוך, הציעה הנתבעת לתובעת שלוש הצעות עבודה:

- א. עבודה אדמיניסטרטיבית (גבייה) בחברת אלטמן באור יהודה;
- ב. עבודת אריזה (פיזית קלה) בחברת אנליט;
- ג. עבודת אחזקה וניקיון במטה (העבודה היחידה שהוצעה במטה, אותו מקום גיאוגרפי שבו עבדה התובעת).

שלוש העבודות שהוצעו הן במשרה מלאה. לגבי העבודה בגבייה, נוכח המרחק, הייתה נכונה הנתבעת להסכים להצעת בית הדין לשלם שכר עבור שעה אחת ליום מזמן הנסיעה. התובעת דחתה את שלוש ההצעות.

במהלך חודש מרץ 2016 (לאחר הדיון בבקשה לסעד זמני ולפני המועד לשמיעת הוכחות בתיק) התפטרה מחברת אנליט עובדת ששימשה כמבקרית איכות אך כ-35%-30 ממשרתה הוקדשו לבדיקות HPLC במכונה שקיימת במקום, מהסוג שמבוצע גם במעבדה בחברה. הוחלט לבצע שינוי ארגוני ולהפריד בין שני חלקי התפקיד ולגייס עובדת במשרה חלקית לתפקיד אחראית בבדיקות HPLC – משרה שרלוונטית לכישוריה של התובעת. גבי וילק פנתה אל התובעת לפני פרסום המשרה למועמדים חיצוניים. החברה הסכימה להעלות את היקף המשרה ל-50% ולהעלות את שכרה של התובעת עד כדי השוואתו באופן יחסי לשכרה טרם סיום העסקתה בחברה, תוך מתן זכות ראשונים להגדלת היקף המשרה בעתיד, אם יוחלט על כך.

התובעת התנתה את הסכמתה בהתחייבות להעסיקה עד גיל 67. הנתבעת הסכימה שאם מסיבה כלשהי (למעט סיבה הקשורה במשמעת) תסתיים העסקת התובעת טרם הגיעה לגיל 67 - התובעת תוכל לחדש את תביעתה כנגד החברה.

התובעת העלתה דרישה נוספת לתשלום שכ"ט עו"ד ופיצוי נוסף על התקופה ממועד הפיטורים, הגם שהיא זכאית לדמי אבטלה. הנתבעת לא הסכימה לדרישות אלה ובלית ברירה (כדבריה) גויסה סטודנטית לתפקיד, במשרה חלקית.

התובעת נחקרה בדיון על הסיבות לסירובה להצעות, בעיקר זו האחרונה שהיא המתאימה ביותר לכישוריה. היא אישרה שלא הסכימה להצעה מאחר שביקשה תשלום שכ"ט עו"ד ופיצוי על התקופה שבה לא עבדה (ראו עמ' 16 ש' 14-15 לפרוטוקול הדיון).

אשר להצעה לעבודה המנהלית באלטמן ציינה התובעת שהיא סירבה חרף ההסכמה העקרונית של הנתבעת לשלם עבור שעת נסיעה לכל יום עבודה (בהתחשב במרחק וזמן הנסיעה הארוכים יותר בהשוואה לעבודתה הקודמת) כיוון ש"אני לא מוכנה לנסוע שעתיים הלך ושוב, אין לי כוח, אני אישה מבוגרת, אין שום סיבה שאסתובב בכבישים שעות, כבדו אותי" (עמ' 16, ש' 4-6 לפרוטוקול הדיון).

11. הפליה מחמת גיל - המסגרת הנורמטיבית

בדנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5)330, עמד בית המשפט העליון על המשקל הנכבד שיש לייחס לאיסור ההפליה של העובד המבוגר. כך כתב הנשיא דאז, כב' השופט אהרן ברק:

לשיקול של השוויון – או איסור ההפליה – יש ליתן משקל נכבד. בוודאי כך, כאשר עניין לנו בהפליה של העובד המבוגר, המביאה לידי כך שעליו לפרוש, בטרם עת, מעבודתו. פרישה כמקובל על הכול ושאינ עמה הפליה, קשה היא לעובד המבוגר (ראו פרשת נבו, בעמ' 755). על אחת כמה וכמה שפרישה זו קשה היא, אם היא נעשית תוך הפלייתו של העובד המבוגר.

לעניין הפליה מטעמי גיל והצורך להגן על אוכלוסיית העובדים המבוגרים כקבוצה הזקוקה להגנה, ראו דבריה היפים של כב' השופטת סיגל דוידוב-מוטולה בע"ע 209-10 ליבי וינברגר - אוניברסיטת בר אילן [פורסם בנבו] (6.12.12):

הגם שהחוק מנוסח באופן ניטרלי, במרבית המקרים מכוונת ההפליה מחמת גיל כלפי מי שהחברה מתייחסת אליו כאל "מבוגר" או "זקן", ויש בה כדי לשקף בעיה חברתית רחבת היקף של התייחסות לאנשים בגיל מתקדם כ"קבוצה חברתית המתויגת כבעלת מאפייני חולשה ואי יכולת אך ורק בשל גילה הכרונולוגי", תוך הדרתה הלכה למעשה מחלקים מרכזיים מהחברה (ישראל איסי) דורון, גילנות ואנטי גילנות, המשפט 25 (2008); להלן: דורון; פנינה אלון-שנקר, "העולם שייך לצעירים": על אפליה מחמת גיל מתקדם בעבודה ופרישת חובה בגיל נקוב, ספר דליה דורנר 81 (2009); להלן: אלון-שנקר.

התייחסות מפלה זו מוכרת במושג "גילנות" (AGEISM), ובשנים האחרונות הולכת ומתחדדת המודעות המשפטית לה (דורון, בעמ' 35; ישראל דורון ועינת קליין, הזירה הלא מתאימה? אפליה מטעמי גיל בראי בית הדין האזורי לעבודה בחיפה, עבודה, חברה ומשפט י"ב 435 (2010); להלן – דורון וקליין; בג"ץ 10076/02 רוזנבאום נ. נציב שירות בתי הסוהר, פ"ד סא(3) 857 (2006); להלן - עניין רוזנבאום; ע"ע 14705-09-10 יוסף מוצפי – בנק לאומי לישראל בע"מ, [פורסם בנבו] מיום 16.5.2012; להלן - עניין מוצפי).

השופטת דוידוב-מוטולה מפנה לדבריה של כב' השופטת בדימי' (כתוארה אז) פרוקצ'יה בדבר שינויי העתים המחייבים שינוי התייחסות וההגנה שיש להעניק לאוכלוסיית בני "הגיל השלישי":

"השינוי הבולט שחל בהיקפה של אוכלוסיית בני הגיל השלישי מוליד צרכים חברתיים משתנים שלא ניכרו בימים עברו. התרחבותה של אוכלוסיית האזרחים הוותיקים והגידול הניכר שחל בתוחלת החיים, מדגישים, יותר מבעבר, את הצורך בהגנה על זכויותיהם של בני הגיל השלישי לקיום בכבוד, להגנה על רמת החיים ואיכות החיים, ולהכרה במעמדם החברתי וביכולתם לתרום לחברה כל עוד מצב בריאותם מתיר זאת. נוצרת שכבה חברתית רחבה, אשר לא הוכרה בעבר, שצרכיה בתחומי חיים שונים מחייבים את התייחסותה של החברה. מתחייבת גם התאמת האמצעים והכלים שבידי המשפט לצורך מתן ערובה לקיום הגנות ראויות על בני הגיל השלישי".

ראו בג"צ [1181/03](#) אוניברסיטת בר אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח' [פורסם בנבו] (28.4.11).

12. הנטל הראייתי

האיסור הכללי על מעסיק להפלות בין עובדיו או בין דורשי עבודה מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, היותם הורים, גילם (ועוד) מעוגן [בסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה](#), תשמ"ח-1988 (להלן גם: "חוק השוויון").

[סעיף 9\(א\)](#) לחוק השוויון מגדיר את נטל ההוכחה:

"בתובענה של דורש עבודה או של עובד בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על המעסיק כי פעל שלא בניגוד להוראות סעיף 2 –
(1) ...
(2) לענין פיטורים מהעבודה – אם הוכיח העובד שלא היתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטוריו".

הפיכת הנטל הראייתי נובעת מכך שטענת הפליה היא טענה קשה להוכחה באופן ישיר. ברי כי מעסיק לא יעיד על עצמו שקיבל החלטה לפטר עובד משיקולי הפליה פסולה ועל כן יש לקבוע מה היו השיקולים האמתיים על בסיס כלל הראיות והעובדות בתיק.

על משמעות הוראת [סעיף 9](#) לחוק השוויון עמדה פרופ' שרון [רבין מרגליות במאמרה "המקרה התמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?"](#) (הפרקליט מד' (ג), 1999, ע' 529). במאמר מודגש שכאשר התובעים עומדים בדרישות ההוכחה לכאורה, על המעסיק לשכנע שלא קיבל את החלטותיו תוך התחשבות באחד הטעמים המנויים [בסעיף 2\(א\)](#) לחוק. אם המעסיק יציג הסבר שקרי, או אם מאזן ההסתברויות יהיה שקול, יחויב בית הדין לפסוק לטובת התובעים.

כאשר מדובר בתביעה שבה נטען שהעובד פוטר בניגוד להוראות חוק השוויון, הרי שלצורך העברת נטל ההוכחה למעסיק לפי [סעיף 9](#) לחוק זה, די בכך שיוכיח כי לא הייתה במעשיו סיבה

לפטרו על מנת להעביר את נטל השכנוע למעסיק. או אז על המעסיק יהיה להוכיח שלא נשקלו שיקולים פסולים בקבלת ההחלטה על הפיטורים.

על פי ההלכה הפסוקה הראיה הנדרשת מהעובד, בשלב הראשון, על כך שלא היה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטורים, היא ראשית ראייה בלבד. כך, נאמר על ידי סגנית הנשיא כב' השופטת וירט-לבנה:

"מנוסח הסעיף עולה כי נקודת המוצא היא שנטל ההוכחה מוטל על המעביד. אולם, בכל הקשור בפיטורים מעבודה, על העובד להוכיח בשלב הראשון כי לא היתה בהתנהגותו או במעשיו סיבה לפיטוריו. המחוקק נתן את דעתו לקושי בהוכחת טענת ההפליה, ולכן אין הוא מטיל חובה על העובד להוכיח פוזיטיבית את טענת ההפליה, אלא נקבע כי על העובד להוכיח כי לא היתה קיימת עילה ברורה לפיטוריו על פי התנהגותו או מעשיו, ולאחר מכן עובר הנטל על כתפי המעביד. בשלב הראשוני, על העובד להביא ראשית ראייה בלבד".

(ע"ע 627/06 אורלי מורי - מ.ד.פ. ילו בע"מ ואח', [פורסם בבנו],

16.3.08, להלן: "עניין אורלי מורי" וראו גם ע"ע 16117-07-10

חסון-רביקוביץ - 3M ישראל בע"מ, [פורסם בבנו], 19.12.13).

במקרה של התובעת קיימת לדעתנו יותר מ"ראשית הראיה" הנדרשת כדי להעביר את הנטל הראייתי אל המעסיק. זאת מהטעם שלמעשה אין חולק כי לא היה בהתנהגותה או במעשיה סיבה לפיטוריה. כאמור ההפך הוא הנכון: התובעת הייתה עובדת טובה ומוערכת על ידי ממוניה וצוות המעבדה שבה עבדה. בשל גילה, משתייכת התובעת לקבוצה הזקוקה להגנה – עובדים מבוגרים, ומכאן שהנטל בענייננו מועבר לנתבעת שיהיה עליה להוכיח שלא נהגה בתובעת בהפליה.

טענת הנתבעת היא כי פיטורי התובעת הם החלטה לגיטימית, חלק מהפרווגטיבה הניהולית של המעסיק נוכח הצורך בצמצומים, ומשעה שליבת תפקידה של התובעת התייתר. לשיטת הנתבעת זו הייתה הסיבה לבחירתה – ללא כל קשר לגילה.

13. הצורך בהגנה מפני הפליה למול הפרווגטיבה הניהולית של המעסיק

בע"ע 203/09 רשת הגנים של אגודת ישראל - בוסי [פורסם בבנו] (2.10.11), להלן: "פסק דין רשת הגנים" (התייחס בית הדין הארצי לפרווגטיבה של המעסיק לבצע פיטורי צמצום והבהיר:

"...שהפרווגטיבה של המעסיק בעסקו, לרבות לעניין פיטורי צמצום, אינה בלתי מוגבלת. כבר נקבע כי "המילים 'פיטורי צמצום' אינן מילות קסם המצדיקות נקיטת צעדים שרירותיים או חד-צדדיים. פיטורי צמצום הם, במקרה המתאים, צורך של המעביד לצמצם את היקף פעילותו או לשנות את דפוסי פעילותו". הפרווגטיבה של המעסיק לנהל את מקום העבודה מוגבלת על ידי עקרון השוויון, משמע "חייב כל מעביד לנהל את עסקו כך שזכותם של עובדיו לשוויון בינם לבין עצמם לא תפגע. זוהי המטרייה הנורמטיבית שתחתיה עליו לפעול. אלה הן הדרישות הנורמטיביות שעליו למלא". שיקולי תקציב גרידא לא יגברו על הזכות לשוויון".

הזכות הבסיסית של המעסיק – כחלק מהפררוגטיבה הניהולית שלו – לשכור ולפטר עובדים כרצונו בכפוף להגבלות הנקובות בחקיקה, בהסכם קיבוצי, או בהסכם אישי, אינה אבסולוטית. זכות זו כפופה לחובת תום הלב שהיא חלק בלתי נפרד מכל חוזה עבודה (מ' גולדברג, תום הלב במשפט העבודה, **ספר בר-ניב 139**; גי מונדלק, אפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד - מברירת מחדל חוזית להסדרה קוגנטית ומה שביניהם, עיוני משפט כ"ב (תש"ס) 819).

ה"עובד המבוגר" הוא גם ותיק על פי רוב, ולכן עלויות שכרו גבוהות באופן יחסי. כדברי פרופ' שרון רבין מרגליות במאמרה: "הבחנה אפליה וגיל: משחק של כוחות בשוק העבודה" **משפטים לב(1), 131, 153 ו- 167 (תשס"ב)**:

"קשה להתכחש לקשר החזק הקיים בשוק העבודה בין גיל, ותק ותגמול. הכרעות פיטורים שאינן נעשות בהתבסס על קריטריון של גיל אלא על סמך שיעור התגמול הן למעשה הכרעות על בסיס גיל, מאחר שהמתאם הוא ודאי... תגמול העובד מתאפיין בעלייה מתמדת בשכר הריאלי על פני תקופת ההעסקה וזאת עד למועד פרישתו.

אשר לאיזון שבין עקרון השוויון, הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק, וחובתו לבחור באמצעי סביר ומידתי נאמר:

"שיקולים כספיים לא יגברו על עקרון השוויון, שהרי "הבטחת שוויון עולה כסף.... זהו מחיר שכדאי וצריך לשלמו כדי להבטיח את היותנו חברה שומרת זכויות אדם ומכבדת שוויון.

התייקרות עלות העסקתה של התובעת הייתה פונקציה של וותק וגיל. הפסיקה באשר לפיטורים מחמת גיל קובעת כי פיטורי עובד נוכח עלויות שכר בשל זכויות שצבר, היא למעשה פיטורין מחמת גיל תוך הפליה פסולה".

(פסק דין רשת הגנים, ההדגשה לא במקור, ראו גם סע"ש (ת"א) 4701-05-14 לוי – יבמ מדע וטכנולוגיה בע"מ, [פורסם בנבו] כב' השופטת חנה טרכטינגוט, 21.8.16).

לגיטימיות החלטת המעסיק שבבסיסה נמצאים שיקולים בעלי מתאם גבוה לגיל, ראוייה להיבחן על פי הוראות חוק השוויון. כאשר מתאם הוותק לגיל הוא ברור, הרי שהיעדר ציון הגיל כנימוק להחלטה אינו מעיד על העדרה של הפליה: **"חוקיות ההחלטה תיבחן ממילא על יסוד התשתית העובדתית הרלוונטית בכללותה, תוך בחינת סבירותה ומידתיותה, ובשים לב להוראת סעיף 2(ג) לחוק השוויון, בדבר היותה מתחייבת בנסיבות המקרה"** (ראו את מאמרה של פרופ' רבין- מרגליות, לעיל, ע"ע 43380-06-11 פלוני – אלמונית, [פורסם בנבו], 9.12.14, להלן **"עניין פלוני"**).

14. טענות הנתבעת בדבר פיטורי הצמצום

הנתבעת הציגה ראיות לעניין תהליכי התייעלות וצמצום רוחביים משמעותיים שהצריכו פיטורי עובדים. במסגרת תהליך זה סיימו העסקתם בנתבעת (בין עובדים לבין חברי קיבוץ) 10 עובדים ועוד 3 עובדים ביחידת מטה מקבילה בחברת אלטמן – כפי שעולה מתצהירה של גבי וילק.

נבהיר כי אין הצדקה להציג נתונים בדבר "פיטורי" חברי קיבוץ (שאינם בגדר "עובדים") לצד פיטורי עובדים, מאחר שככל הנראה כתוצאה מ"פיטורי חברי הקיבוץ" לא מתעוררת שאלה של קיום ופרנסה אלא של שיבוץ מחדש.

לעניין הליכי הצמצום - אנו מאמינות שהליכי הצמצום היו אותנטיים ואכן הצריכו פיטורי עובדים או צמצום משרות.

מתצהירה של גבי וילק (והנתונים שצורפו לו האמינים עלינו) עולה שגילם הממוצע של המפוטרים היה 47. עוד עולה שפוטרה עובדת מעבדה (גב' מ') בת 51, כאשר עובדת מבוגרת ממנה (בת 57) נשארה בעבודה.

ואולם בחינת קיומה של הפליה נעשית בהתייחס למקרה קונקרטי שבו מדובר – ואין מתייחסים להפליה "סטטיסטית". המבחן הדרוש לקביעה האם מדובר במעשה הפליה הוא בעל אופי אובייקטיבי ואין ענייננו מה המעסיק חושב סובייקטיבית (ראו למשל [בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד\(4\) 749, 759](#); ראו גם [דב"ע נו/ 129-3 פלוטקין נ' אחים אייזנברג בע"מ](#), [פורסם בנבו] פד"ע לג 481, להלן: "עניין פלוטקין"). עוד יש להדגיש בהקשר זה כי "לכוונה והרצון להפלות אין רלוונטיות בבחינת קיומה של הפליה. התוצאה היא הרלוונטית." (פסק דין רשת הגנים).

דברים אלה יפים גם לענייננו. בחינת מעשה ההפליה היא אובייקטיבית ולכן אין צורך בכוונה. מעבר לכך, הבחינה נעשית בנוגע לתובעת עצמה, ולכן לממוצע גיל המפוטרים ושל אלה שנשארו בעבודה – אין כל רלוונטיות להכרעה.

15. האם הנתבעת הרימה את הנטל הראייתי המוטל עליה

הנתבעת הייתה מודעת לנסיבותיה האישיות של התובעת (גילה, זכותה לפנסיה נמוכה ביותר, בשעה שעליה לפרנס את עצמה ואת בנה בעל מוגבלות). אולם משעה שהתובעת עבדה בתפקיד שאת עיקרו הוחלט לבטל - הייתה הצדקה עניינית לפיטורים.

על פני הדברים אין ביסוד החלטת הנתבעת משום הפליה אלא שיקול ענייני-תקציבי בלבד. אלא שבכך לא די, שכן ענייננו הוא תוצאת ההחלטה של הנתבעת, ללא קשר לכוונה הסובייקטיבית שמאחורי הדברים.

הלכה היא כי די בכך שהשיקול המפלה היה אחד השיקולים בקבלת ההחלטה כדי להכתיב את ההחלטה כולה, גם אם נלוו אליו שיקולים ענייניים (עניין פלוטקין, עניין אורלי מורי, [ע"ע 363/07 שרונה ארביב - פואמיקס בע"מ](#), [פורסם בנבו], 26.5.10).

כפי שנאמר בעמדת נציבות השוויון - נדרשת התייחסות "חיובית" לגילו של העובד בעת קבלת החלטה על סיום העסקה, ולא שלילית. העדר ההתייחסות לתרומת העובדת למקום העבודה, לרבות הוותק שצברה (דבר שהיה אמור לשקול לטובתה) ומידת הצלחתה בתפקיד עלול להוות הפליה על רקע גיל.

גם אנו סבורות שהנתבעת לא יכולה הייתה להסתמך על טענה פורמאלית בלבד שלפיה התפקיד המוגדר של התובעת בוטל, אלא היה עליה להתייחס לתכנים הנוגעים לעבודה, מסוגלות התובעת והשוואתה ליתר עובדות המעבדה. זאת כאשר גילה היה צריך להיחשב **שיקול חיובי** בעת קבלת ההחלטה האם יש הצדקה לפטר אותה.

העובדה שמדובר בפיטורי צמצום לא פטרה את הנתבעת מלעשות כן. ההפך הוא הנכון: דווקא מאחר שמדובר בפיטורי צמצום שאינם נובעים מהתנהגות התובעת אלא מצורך ארגוני של המעסיקה - היה עליה לשקול את גילה לכף זכות ואין די בכך שגילה של התובעת לא שימש שיקול שלילי. העדר התייחסות לשיקול (או התייחסות אליו כ"שיקול ניטרלי") הוא המכתיים את ההחלטה בהפליה.

לאחר שהתובעת העלתה את טענותיה - שאינן נובעות רק מגילה והקושי להשתלב בשוק העבודה אלא גם להיותה "זקוקה להגנה" בהתאם להוראות [חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות](#) - על הנתבעת היה לנקוט בפעולה פוזיטיבית. לדעתנו הפעולה הנדרשת במקרה זה הייתה צריכה לכלול ניסיונות אותנטיים - בזמן אמת וטרם הפיטורים - למציאת הסדר חלופי בהתאם לכישורי התובעת. הסדר חלופי יכול היה להיות המשך העסקה בהיקף מצומצם (שהרי, רק ליבת תפקידה בוטל אך לא כולו) או בחינת תפקידים אחרים בקבוצה. זאת תוך התאמת צרכי הנתבעת להתייעל ולצמצם בכוח אדם ומניעת פגיעה בזכויות התובעת.

חרף טענות התובעת במהלך השימוע, הנתבעת לא ערכה בדיקה כנה ויסודית תוך התייחסות לנסיבותיה האישיות של התובעת - ולא רק כ"בעלת תפקיד". התרשמותנו היא שמרגע שהוחלט על ביטול ליבת תפקידה של התובעת ("אחראית תיקוף שיטות") נעלה הנתבעת על עמדתה ולא שקלה חלופות אחרות אף שהוכח שהתובעת ידעה לבצע, ואכן ביצעה, את רוב עבודות המעבדה.

ההסתפקות (והדבקות) בטענה הפורמאלית להבדיל מהבדיקה המהותית, מעוררת ספק בנוגע לשאלה האם לגיל התובעת, כמו גם השכר שקיבלה (הגבוה מיתר עובדות המעבדה נוכח הוותק כפונקציה נלווית לגיל) היה משקל בהחלטה על סיום העבודה.

משכך, ועל יסוד כל האמור הגענו לידי מסקנה שהנתבעת לא הרימה את הנטל הראייתי המוטל עליה להוכיח שהחלטה לפטר את התובעת לא הייתה נגועה בהפליה עקב גילה.

התובענה והבקשה לסעד זמני הוגשו כנגד ההחלטה לסיים את עבודת התובעת. כאמור, באותה עת הנתבעת לא שקלה ולא הציעה כל אפשרות של עבודה חלופית לתובעת. רק לאחר שהגיע הסכסוך לפתחו של בית הדין הועלו הצעות להמשך העסקת התובעת בתפקידים אחרים, שפורטו לעיל.

אף לא אחת משלוש ההצעות הייתה שוות ערך לעבודה שביצעה התובעת טרם פיטוריה. לתובעת הוצעו עבודת ניקיון ואחזקה, עבודה אדמיניסטרטיבית בתחום הגביה, ועבודה באריזה (פיזית קלה). שלוש העבודות הללו לא דרשו השכלה אקדמאית כפי שיש לתובעת והיו כרוכות בירידת השכר, נסיעות ארוכות והרעת תנאי העבודה.

ההצעה האחרונה שהועלתה במסגרת ההליך אכן הלמה את הכשרת התובעת אך היא הוצעה בהיקף של כ-50% (לאחר מו"מ בדבר ההיקף) תוך הרעה בתנאים וירידה בהשתכרות. מכאן שאין בהצעות המאוחרות הללו כדי "לרפא" את הפגיעה בתובעת, או כדי להעיד כי התובעת פעלה בחוסר סבירות עת סירבה לקבל אותן.

17. הסעד הראוי

בפסיקת הפיצוי יש לקחת בחשבון את חוסר תום הלב וההפליה האסורה שבפיטורים; את נסיבותיה האישיות של התובעת, אשר צברה בעבודתה ותק רב שנים; את הצהרת התובעת – שלא נסתרה – כי ניסיונותיה למצוא עבודה חלופית לא הניבו פרי, כך שהוכחו נזקיה הנטענים כמי שנותרה קרוב לגיל 64 מחוץ לשוק העבודה; וכי אלמלא הפיטורים סביר שהייתה ממשיכה בעבודתה, שכן לא הוכחה (ואף לא נטענה) סיבה נוספת לפיטוריה מלבד עלות העסקתה.

בעניין פלוני (וההפניות שם) נקבעו אמות המידה לפיצוי כספי עת מדובר בפיטורים תוך הפליה ושם נקבע "רף עליון" של שנה כפיצוי על הפסד השתכרות. כך נאמר:

"כפי שנקבע בעניין רבקה אלישע, כמו גם בפסק הדין הארצי (פסק הדין הקודם בעניינו של המערער), נקודת המוצא היא שלתקופת הפסד השכר נקבע "רף עליון" של שנה. אמת מידה זו ניתן למצוא לה אחיזה גם בפסיקת בית המשפט העליון. בעניין קלפנר, שם פוטרו עובדים מטעמים פוליטיים, העמיד בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, את הפיצוי הממוני שנפסק לעובדים בגין הפסד השכר על שיעור של שכר שנת עבודה..."

קביעת "אורך התקופה" בטווח השנה כאמור, תיעשה תוך "שקלול כלל הנסיבות, לרבות חומרת הפגם שנפל במעשה הפיטורים; הנזק הממוני כתוצאה מאיבוד מקור הפרנסה, ככל שרלוונטי...; הנסיבות האישיות, לרבות ותק במקום העבודה; והפגיעה בכבוד העובד כאדם כתוצאה מהדרך בה בוצעו פיטוריו."

התובעת מבקשת פיצוי בגובה שכר בגין התקופה שהחל מפיטוריה ועד לגיל פרישה (67) כולל זכויות סוציאליות בגין אותה תקופה. איננו סבורות שזה הפיצוי שבגינו יש לחייב את הנתבעת בנסיבות העניין וזאת ממספר סיבות:

א. לא נלקחה בחשבון התקופה שבה התובעת קיבלה דמי אבטלה;

- ב. לא נלקחה בחשבון זכאות התובעת לקצבת זקנה מביטוח לאומי (שאותה בחרה שלא לקבל על מנת לצבור סכום גבוה יותר) וגם זכאותה לפנסיה מקרן פנסיה/קופת גמל;
- ג. לא נלקחה בחשבון האפשרות שהתובעת תמצא עבודה אחרת בטרם תגיע לגיל פרישה;
- ד. יש להביא בחשבון – לעניין הסעד ולא לצורך ההכרעה בשאלת ההפליה – את ההצעה האחרונה שהוצעה לתובעת בהיקף של 50% משרה, ולו מהטעם של "חובת הפחתת הנזק". הצעה זו הלמה את כישורי התובעת והנתבעת הסכימה לשפר את תנאיה עבורה.

בהתאם לשיקולים דלעיל מצאנו שיש לחייב את הנתבעת בפיצוי שהוא ברף העליון שנקבע בפסיקה - שכר התובעת לתקופה של 12 חודשים.

השכר האחרון של התובעת עמד על 9,156.42 ₪ (שכר ותוספת ותק). על כן אנו מחייבות את הנתבעת בפיצוי ממוני בסך 109,877 ₪.

על כך יש להוסיף פיצוי בגין נזק לא ממוני בשל עגמת נפש כתוצאה מההפליה. בהקשר זה נאמרו בעניין פלוטקין הדברים הבאים:

"החוק בענייננו קבע במפורש שניתן לפצות גם על נזק שאינו נזק ממון. יש הרואים בו התרת פסיקת פיצויים עונשיים.

פרופ' פרנסיס רדאי במאמרה הנ"ל (עמוד 114 ואילך) רואה בכך קנס אזרחי. היא מציינת, כי נדירים המקרים בהם ניתנת לעובדים זכות לפיצויים ללא נזק ממון, ובכל המקרים הכוונה היא להרתיע את המעביד באמצעות קנס אזרחי מפעילות בלתי רצויה. לדעתה המטרה של סעיף 10(1) היא מתן פיצויים עונשיים על עצם העבירה על החוק. והיא מוסיפה:

"לעניין ההרתעה, יש חשיבות מוגברת לפסיקת פיצויים משמעותיים לאור הסייגים לתרופת האכיפה בסעיף 10(2). לעניין הפיצוי לקורבן האפלייה נגדו, הפוגעת בכבודו כאדם עובד.

אם בתי הדין לעבודה לא יפעילו את שיקול דעתם בעניין הפיצויים כדי ליצור הרתעה נגד האפליה, החוק יהפוך לאות מתה, כי ללא הרתעה כלכלית ולאור הסייגים בעניין תרופת האכיפה, לא יהיה סיכוי למנוע מעשי אפלייה בשוק העבודה באמצעות ההבטחות של החוק.... כדי שיושגו מטרת החוק: צריך לחזק את סעד האכיפה ולהפוך אותו לסעד עיקרי...עם זאת, מתן פיצויים משמעותיים כלכליים ועונשיים גם הוא יכול להפוך את האפליה בניגוד לחוק לבלתי כדאית" (בעמוד 115).

לצד הנזק הממוני שנגרם לתובעת, המקבל ביטוי בפיצוי שנקבע, אנו רואות לנכון לקבוע פיצוי נוסף שמטרתו לפצותה על עוגמת הנפש שנגרמה לה וכפיצוי בעל היבט עונשי והרתעתי.

לאחר ששקלנו את הדברים ובהתחשב בכלל נסיבות העניין אנו מחייבות את הנתבעת בפיצוי לפי [סעיף 10\(א\)1 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה](#) בסך של 50,000 ₪.

נוכח האמור אנו מחייבות את הנתבעת לשלם לתובעת סכומים כדלקמן:

א. סך של 109,877 ₪ כפיצוי בגין נזק ממוני.

ב. סך של 50,000 ₪ כפיצוי לפי [חוק שוויון הזדמנויות בעבודה](#).

סכומים אלה יישאו הפרשי הצמדה וריבית מהיום אם לא ישולמו תוך 30 ימים מתאריך המצאת פסק הדין.

כמו כן על הנתבעת לשלם לתובעת הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסך 20,000 ₪.

19. לצדדים זכות ערעור על פסק הדין לבית הדין הארצי לעבודה בירושלים תוך 30 יום מקבלתו.

ניתן היום, 04 דצמבר 2016, ד' כסלו תשע"ז, בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

| | | |
|---------------------------------|-------------------------------|---------------------------------------|
| גב' צביה דגני, נציגת מעסיקים | עידית איצקוביץ, שופטת אב"ד | גב' דבורה פינקלשטיין, נציגת עובדים |
|---------------------------------|-------------------------------|---------------------------------------|

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

עידית איצקוביץ 54678313-/-

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה