



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

המערערת

קופולק (1949) בע"מ

-

המשיב

מיכאל חנשוילי

נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

הסתדרות העובדים הכללית החדשה

מתייצבות בהליך

התאחדות התעשיינים

לפני: השופטת לאה גליקסמן, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, השופט אילן סופר  
נציגת ציבור (עובדים) גב' יעל רון, נציג ציבור (מעסיקים) מר צבי טבצ'ניק

בשם המערערת: עו"ד אפרת דויטש, עו"ד עינב פנקר

בשם המשיב: עו"ד ד"ר אמיר קמינצקי

בשם נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות: עו"ד ד"ר יועד הלברסברג

בשם ההסתדרות: עו"ד מאיה פרנקו

בשם התאחדות התעשיינים: עו"ד מוטי עזרן, עו"ד מיכל וקסמן-חילי, עו"ד מוריה ברבי

### פסק דין

#### השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בבאר שבע (השופט יוחנן כהן; סע"ש 44108-03-15), במסגרתו התקבלה תביעתו של המשיב; נקבע כי הופרו כלפיו הוראות חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח - 1998 (להלן: **החוק** או **חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות**); וכפועל יוצא מכך ניתן צו להחזרתו לעבודה וכן נפסק לזכותו פיצוי כספי. השאלה העיקרית המועלית בערעור היא היקף ודרך ביצוע ההתאמות בהן מחויב מעסיק מכוח הוראות החוק.

#### התשתית העובדתית

2. המערערת, קופולק (1949) בע"מ, היא חברה פרטית, בבעלות תאגיד אמריקאי, שעיסוקה ייצור חומרי גלם לתרופות ותוספי מזון לבעלי חיים (להלן: **החברה**). לחברה שלושה מפעלים



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

- בנאות חובב, פתח תקווה ובית שמש, ומועסקים על ידה למעלה מ - 200 עובדים, המאורגנים במסגרת הסתדרות העובדים הכללית החדשה (להלן: **ההסתדרות**).

3. המשיב, מר מיכאל חנשוילי, יליד שנת 1962 (להלן: **העובד**), החל עבודתו בחברה בשנת 1995, כמפעיל כימי במחלקת ייצור במפעל החברה בנאות חובב (להלן: **המפעל**). סך הכול מועסקים במפעל 51 עובדי ייצור, בחמישה מתקנים (מתקן 03, מתקן 05, מתקן טיהור שפכים 07, מחסן ומתקן אחזקה). העובד הועסק במתקן ייצור 03, במתכונת של 5-6 משמרות בשבוע, במשמרות מתחלפות של בוקר, ערב ולילה.

להשלמת התמונה לגבי תפקידו של העובד יצוין כי עבודתו כללה הזנה של חומרי גלם כימיקליים לתוך מכונות (ראקטורים) באמצעות הרמת שקים וגלגול חביות; בקרה על עבודת המכונות, כולל תיקון תקלות באמצעות הפעלת משאבות ניידות, פתיחה וסגירה של ברזים, חיבור צנרת וכיו"ב; ולעיתים סיוע באריזת התוצרים. במסגרת תפקידו נדרש העובד בין היתר ל"**עבודה פיזית קלה עד בינונית**" (בהתאם להגדרת החברה), לרבות הרמת כ - 13 שקים (במשקל כ - 20 ק"ג כל אחד) במשמרת, עלייה וירידה במדרגות וכן ביצוע עבודות הפעלה בשטח ובחדר הבקרה.

4. ביום 6.11.11, תוך כדי עבודה במשמרת לילה, נחבל העובד כתוצאה מנפילת חפץ מתכתי כבד על ראשו ופונה לבית החולים "סורוקה" (להלן: **התאונה או תאונת העבודה**). התאונה הוכרה על ידי המוסד לביטוח לאומי (להלן: **המוסד**) כתאונת עבודה, ונקבעה בגינה לעובד - ביום 23.3.15 - נכות יציבה בשיעור 68% (לפי הפירוט הבא: 10% בגין סחרחורות; 20% בגין הפרעת הסתגלות עם מרכיבים בתר חבלתיים; 15% בגין כפילות בראיה; 10% בגין פגיעה בעצב החמישי משמאל; ובנוסף לכך הפעלת תקנה 15 לתקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה), התשט"ז - 1956, במלואה).

5. העובד חזר לעבודתו יומיים לאחר התאונה, אך לאחר כחודש וחצי אושפז, החל מיום 30.12.11, במחלקה הנזירולוגית בבית החולים "סורוקה", בשל כאבי ראש וכפל ראייה. לאחר שחרורו המשיך לשהות בחופשת מחלה ארוכה, עד ליום 31.3.12. ביום 1.4.12 שב למפעל בהתאם לאישור רופא תעסוקתי, והועסק בהתאם למגבלות שצוינו באותו אישור (עבודה במשמרות בוקר וערב בלבד, ללא משמרות לילה, והרמת משאות רק עד 5 ק"ג). ביום 27.7.12 יצא שוב לחופשת מחלה נוכח מצבו הבריאותי. ביום 9.9.12 שב לעבודה בהתאם



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

לאישור מעודכן של הרופא התעסוקתי ולפיו הוא כשיר לעבוד במתכונת מלאה, בחודש הראשון ללא משמרות לילה ולאחר מכן ללא מגבלה. כך אכן נעשה, אך לאחר מספר חודשים חזר העובד להתלונן על ראייה מטושטשת, חוסר שיווי משקל וכאבי ראש וביום 4.9.13 יצא לחופשת מחלה נוספת. ביום 10.10.13 חזר לעבודה אך במגבלות (ללא משמרות לילה, והרמת משאות עד 10 ק"ג בלבד), ועבד כך עד ליום 26.1.14. בתקופות בהן עבד כמפורט לעיל עבד בתפקידו הרגיל כמפעיל (ואזי עובדים אחרים באותה משמרת ביצעו את המטלות הפיזיות שלא הותר לו לבצע), ובחלק מהזמן כממלא מקום אחראי משמרת.

החל מיום 27.1.14 לא חזר העובד למפעל (לדבריו בהתאם לדרישת החברה שסירבה להמשיך ולהעסיקו במגבלות שקבע הרופא), וניצל ימי מחלה (לרבות 60 ימי מחלה נוספים שנזקפו לזכותו על ידי החברה) וכן שהה בחל"ת.

6. ביום 6.11.14 הציג העובד לחברה אישור רופא תעסוקתי ולפיו יוכל לחזור לעבודתו החל מיום 9.11.14, במגבלות הנקובות באישור (עבודה בהיקף של חצי משרה וללא הרמת משאות העולים על 5 ק"ג). העובד ביקש לחזור לעבודה בהתבסס על האישור אך לא שובץ לביצוע משמרות, וביום 8.12.14 התקיימה ישיבה בעניינו בהשתתפות בעלי תפקידים מהחברה, נציגי ועד העובדים וכן העובד ובא כוחו. במהלך הישיבה לא הגיעו הצדדים להבנה בדבר תפקיד מתאים למגבלותיו של העובד, ומשכך לא הוחזר לעבודה.

7. ביום 18.12.14 שלח העובד לחברה אישור מעודכן של הרופא התעסוקתי, ולפיו החל מיום 21.12.14 יוכל לחזור לעבודה במשרה מלאה, אך במשמרות בוקר וערב בלבד, וללא הרמת משאות העולים על 10 ק"ג. החברה השיבה לכך (במכתב באת כוחה מיום 21.12.14) כי אין באפשרותה לספק עבודה המתאימה להגבלת המשקל, שכן חלק בסיסי בעבודתו של מפעיל כימי כולל הרמת משאות מעל 10 ק"ג, ומשכך אין באפשרותה לאתר לעובד תפקיד מתאים. לאור זאת, הורתה החברה לעובד לצאת לחופשה ללא תשלום עד למועד בו מצבו הרפואי יאפשר לו לבצע את תפקידו כמפעיל כימי ללא מגבלות, וזאת "אלא אם יבחר לבצע תהליך של סיום עבודה".

8. בסמוך לאחר קבלת הודעת החברה פנה העובד לבית הדין האזורי בבקשה למתן צו מניעה זמני כנגד הוצאתו הכפויה לחל"ת המהווה למעשה פיטורים, אך בקשתו נדחתה (צ"ו 35960-01-15; החלטה מיום 9.2.15). בקשת רשות ערעור שהוגשה על החלטה לבית דין זה -



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

נדחתה, ונקבע כי בירור השאלה האם מילאה החברה אחר חובותיה על פי החוק צריך להיעשות לאחר פרישת מלוא התשתית העובדתית, וזאת מבלי לפגוע בחובת החברה "להמשיך ולבחון, באופן רצוף ומתמיד, את האפשרויות לשיבוצו של המשיב לעבודה אצלה" (בר"ע 51180-02-15; החלטת השופט (כתוארו אז) אילן איטח מיום 26.2.15).

9. במסגרת התיק העיקרי טען העובד כי העמיד עצמו לרשות העבודה מאז חודש נובמבר 2014 ועל החברה להשיבו לעבודה בהתאם לאישור הרופא התעסוקתי ולכל הפחות לשלם לו את שכרו החל ממועד זה, כאשר התנהלותה כלפיו מפרה הן את החוק, הן את ההסכמים הקיבוציים החלים בחברה והן את חובות ההגיונות ותום הלב. החברה מצידה טענה כי משך כשלוש שנים ביצעה שינויים מערכתיים משמעותיים בשיבוצי המשמרות של כלל עובדי ההפעלה, על מנת להתאים למגבלות שנקבעו על ידי הרופא התעסוקתי, אך המפעל מעסיק כ- 50 עובדי ייצור בלבד ואין באפשרותה להמשיך ולעשות זאת, בפרט בהתחשב בסיכונים הנובעים מכך הן לעובד עצמו והן לכלל העובדים. עוד טענה כי בחנה את כל התפקידים הקיימים אצלה אך בכולם נדרשים העובדים למשמרות לילה ולהרמת שקים במשקל העולה על 10 ק"ג, או לחלופין ליכולות ניהוליות, ולכן אין כל תפקיד מתאים בו ניתן לשבץ את העובד.

10. להשלמת התמונה נציין כי העובד בוטח במסגרת עבודתו בפנסיה מקיפה ב"מנורה מבטחים פנסיה" בע"מ, ובהתאם פנה לקרן הפנסיה לקבלת הזכויות המגיעות לו כתוצאה ממצבו הרפואי. בשלבים מסוימים קיבל ככל הנראה תשלומי פנסיה נכות מהקרן אך ביום 11.11.15 קבעה ועדה רפואית לעררים מטעמה כי "לפי ממצאי הבדיקה על ידי המומחים בתחום האורתופדי והנפשי, אין הנכות התפקודית עולה כדי אובדן כושר עבודה לעיסוק סביר והולם", ובהתאם "העמית היה כשיר לחזור לעבודה בהיקף 50% משרה מ - 1.10.14 ועד 31.3.16. לדעת הוועדה, 50% מנכותו יש לייחס לתאונה מ - 6.11.11, ו - 50% לתחלואה טבעית". לא הובאו נתונים על משמעויותיה של קביעה זו, ועל כלל הכספים ששולמו או משולמים על ידי הקרן לעובד מאז התאונה ועד היום.

ביום 27.1.16 החל העובד לעבוד בעיריית באר שבע, במשרה מלאה, כאחראי תחזוקה וניקיון בבית ספר, ולטענתו משתכר שכר נמוך שאינו משתווה לשכר שקיבל בזמן עבודתו בחברה.





## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

### פסק דינו של בית הדין האזורי

11. בית הדין האזורי, לאחר שמיעת הראיות (עדויותיהם של העובד ויו"ר ועד העובדים מטעמו, ועדותו של מנהל המפעל מטעם החברה), ולאחר עיון בעמדתה של נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (להלן: **הנציבות**), החליט לקבל את התביעה. בית הדין פירט את תכליתו והוראותיו הרלוונטיות של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, בכלל וביחס לתעסוקה בפרט, והדגיש כי **"העקרונות המונחים בבסיס פרק התעסוקה בחוק השוויון מבטאים את ההכרה החברתית בכך שמקום עבודתו של אדם איננו רק מקור פרנסה כי אם, פעמים רבות, אמצעי לסיפוק, הגשמה עצמית ולכבוד"**. עוד ציין כי הפלייתו של עובד מחמת מוגבלותו פוגעת בליבת כבודו נוכח זיהויו בשל המוגבלות כ**"פחות ערך"**, ובהתאם יש בהפליה זו גם **"מידה של השפלה ופגיעה בדימוי העצמי"**.

12. בית הדין קבע כי אין מחלוקת ממשית על כך שהעובד הוא **"אדם עם מוגבלות"** כמשמעות המונח בסעיף 5 לחוק, מעצם המגבלות שנקבעו על ידי הרופא התעסוקתי (מטעם קופת החולים) ביחס לאפשרותו לעבוד. סעיף 8 לחוק קובע איסור להפלות עובדים מחמת מוגבלותם, **"ובלבד שהם כשירים לתפקיד או למשרה הנדונים..."**, כאשר תכלית החוק ומאפייניה החמקמקים של האפליה מצדיקים לקרוא תנאי זה בצמצום באופן המתייחס רק לאי התאמה בולטת וברורה לתפקיד. באופן דומה נקבע לגבי סעיף 8(ג) לחוק, הקובע את סייג **"הדרישות המהותיות של התפקיד או של המשרה"**, כי הנטל להוכיחו מוטל על המעסיק, וכי יש לבחון רק לאחר ביצוע ההתאמות הנדרשות ולא לפניהן (בג"צ 6069/10 מחמלי נ' שירות בתי הסוהר 8.5.14; להלן: **בג"צ מחמלי**).

13. בית הדין קבע כי לפי עדותו של העובד, שלא נסתרה, בעלי התפקידים במפעל (מנהל ההפעלה וסמנכ"לית משאבי אנוש) הבהירו לו לאורך כל הדרך כי ככל שלא ימציא אישור של רופא תעסוקתי המאפשר לו לעבוד ללא מגבלות - **"אין לו לאן לחזור"** (ונוסיף כי הדברים עולים גם ממסמכים מזמן אמת המלמדים על כך). החברה לא סתרה זאת, ולא הביאה לעדות את בעלי התפקידים האמורים, לרבות מנהל ההפעלה מר איציק ארביב שהיה לו תפקיד מרכזי בניסיונות שיבוצו של העובד. משכך אף לא הוכח כי העובד לא מילא את תפקידו כממלא מקום אחראי משמרת (בחודשים הספורים בהם הוצב בתפקיד זה) על הצד הטוב, ויש לקבוע כי **"התובע עמד בנטל הנדרש להוכיח כי הוא כשיר לביצוע תפקידו ומוגבלותו אינה פוגעת בסופו של יום בתפקודו"**. קל וחומר, כאשר לא הייתה מחלוקת שהעובד נחשב טרם פציעתו כעובד **"טוב, מוערך, צייתן, ממושמע, בעל יחסי אנוש תקינים ומקובל על חבריו לעבודה"**.



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

14. בית הדין הוסיף כי "העובדה כי הנתבעת המשיכה להעסיק את התובע במשך 8 חודשים, בתקופה בה נכנס התובע תחת ההגדרה של 'אדם עם מוגבלות', כאשר בחלק מהתקופה שימש התובע כממלא מקום אחראי משמרת ובחלק מהתקופה המשיכה להעסיק את התובע באותה מתכונת עבודה (גם אם נאלצה להביא כוח עזר לביצוע המטלות הפיזיות), מחדדת את מסקנתנו כי התובע כשיר לבצע את תפקידו בצורה מקצועית". העובד הוכיח לפיכך כי מתקיימים אצלו כל תנאי ה"כשירות הפורמאלית והטבועה" לתפקיד, למעט המגבלות הבאות לידי ביטוי בהגבלת היקף המשרה וההגבלה בנשיאת משאות כבדים. משכך, עבר הנטל לחברה להוכיח כי עמדה בחובתה מכוח החוק לביצוע התאמות.

15. בית הדין הבהיר כי חידוש מרכזי בחוק מצוי בחובה האקטיבית ליצור במקום העבודה תנאים שיאפשרו את העסקתם של אנשים עם מוגבלות, כאשר ההתאמות שאי ביצוען עולה כדי הפלייתו של אדם עם מוגבלות, הן מגוונות ומשתנות ממקרה למקרה, בהתאם לצרכיו של האדם עם המוגבלות (סעיף 8 לחוק; בג"צ מחמלי). במקרה זה הנטל על המעסיק מוחמר ומוגבר, בהתחשב בכך שהמוגבלות נוצרה כתוצאה מתאונת עבודה שאירעה במפעל עצמו, ולאחר ותק של 20 שנות עבודה. בית הדין שוכנע כי החברה לא הרימה את הנטל "להוכיח כי עשתה את הנדרש לביצוע ההתאמות המתאימות בעניינו של התובע", שכן לא לקחה בחשבון את כל האפשרויות שצוינו בחוק ובבג"צ מחמלי דוגמת עיצוב מחדש של דרישות התפקיד; הגמשה של שעות העבודה; יצירת משרה חדשה עבור העובד התואמת את מצבו ומוגבלותו; או התאמה כלכלית שמשמעה הפחתת הדרישות ממנו ללא פגיעה בשכרו; והכל "כדי לאפשר לתובע להשתלב במקום העבודה למרות מוגבלותו הרפואית באופן שיש בו איזון ראוי לשני הצדדים".

16. בית הדין קבע כי לא מצא ממש בטענות החברה בדבר סיכונים בטיחותיים, שנטענו בעלמא וללא כל סימוכין, וכי הוספת כוח עזר להשלמת משימות פיזיות של הרמת משאות, כפי שנעשה בפועל בחלק מהתקופה הקצרה בה עבד העובד בפועל לאחר פציעתו, מהווה התאמה נדרשת. קל וחומר, בהתחשב בעדותו של העובד, שלא נסתרה, לפיה "שנים הוא עבד פיזית במקום עובדים אחרים", ובהתחשב בהודאת מנהל המפעל בחקירתו לפיה שני עובדים אחרים, ששמותיהם צוינו, עובדים בקביעות עם הגבלות רפואיות המתייחסות לאי הרמת משאות ולגביהם "הנתבעת לא הערימה קשיים ומצאה פתרונות על מנת ששכרם לא ייפגע".



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

לחלופין, היה על החברה ליצור לעובד, לאחר שיתופו בכך, תפקיד אחר התואם את מגבלותיו. במקום זאת, בחנה החברה את התפקידים החלופיים האפשריים באופן חד צדדי ובלא לשתף את העובד, כאשר תשובותיו של מנהל המפעל בקשר לכך היו "מתחמקות ולא קונקרטיים". החברה אף הציבה לעובד "מעין אולטימטום" והבהירה כי תקבלו חזרה רק לאחר שיוכל לחזור לעבודה מלאה ללא כל הגבלה רפואית.

17. בית הדין הוסיף ובחן האם ביצוע ההתאמות מטיל היה על החברה "נטל כבד מדי", וקבע כי התשובה לכך שלילית. לגישתו, "האפשרות של התאמה בדמות סיוע של עובד נוסף לצורך ביצוע התפקיד ללא הפחתת שכר או התאמה מיוחדת של יצירת תפקיד אחר לתובע, בנסיבות תיק זה... אין בה כדי להטיל על הנתבעת נטל כבד מידי בנסיבות העניין". בית הדין הדגיש כי הנטל להוכיח "נטל כבד מדי" מוטל על המעסיק וכי יש להרימו "באמצעות ראיות ממשיות ובהתאם לשיקולים המפורטים בחוק ובהלכה הפסוקה", כאשר החברה לא עמדה בכך.

במקום לבצע את ההתאמות הנדרשות, העדיפה החברה להוציא את העובד לחל"ת ללא מגבלת זמן, ולהותירו מושפל ובחוסר ודאות תעסוקתית, כאשר "גישת הנתבעת להשאיר את התובע 'תלוי באוויר' במצב של 'ספק מפוטר', רק משום היותו מוגבל מבחינה רפואית, מהווה אפליה גסה של התובע מחמת מוגבלותו הרפואית ופוגעת בכבודו ובזכותו לשוויון".

18. בית הדין הוסיף כי התנהגותה של החברה כלפי העובד "קשורה גם לאופן בו התנהלה בנוגע לתאונת העבודה בה היה מעורב וניסיונה להסתיר תאונה זו". כך, החברה ניסתה "להחריש" את קיום התאונה; לא שלחה את ההודעה הנדרשת לפי דין למפקח הרלוונטי במשרד העבודה; ואף ביצעה רישום למראית עין בדו"חות הנוכחות בקשר לכך בציינה "ביטול משמרות" לצד ימי היעדרותו של העובד לאחר התאונה.

בית הדין סיכם וקבע כי הסירוב להחזיר את העובד לעבודה בהתאם לחוות הדעת של הרופא התעסוקתי תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות לצורך כך, מהווה הפרה של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. כפועל יוצא מכך, יש להורות על ביטול ההחלטה בדבר הוצאת העובד לחל"ת ועל חזרתו המידית לעבודה במפעל. בנוסף, העובד זכאי לשכר עבודה כפי שעתר לו מאז חודש נובמבר 2014 ועד למועד הגשת התביעה, בסך 32,696 ₪, בצירוף ריבית כדין



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

והפרשי הצמדה מיום 1.12.14 ועד התשלום בפועל. בית הדין הוסיף כי "אנו סבורים ובטוחים כי הנתבעת תגיע להסדר עם התובע גם בקשר לשאר החודשים עד למועד חזרתו בפועל". עוד פסק בית הדין לזכות העובד פיצוי בגין נזק לא ממוני ועוגמת נפש בסך של 40,000 ₪, הלוקח בחשבון את כלל נסיבות המקרה לרבות אי שיתופו של העובד בהחלטות הנוגעות אליו, והוצאות משפט בסך של 20,000 ₪.

בהתאם להחלטה מיום 1.4.17, עוכב ביצועו של פסק הדין באופן חלקי בכל הנוגע להשבת העובד לעבודה במפעל, בהתבסס על מאזן הנוחות ומבלי להביע עמדה על סיכויי הערעור, "בהתחשב בכך שהמשיב אינו מועסק בפועל מזה תקופה ארוכה יחסית, ובכפוף לקביעת מועד קרוב לשמיעת הערעור". במהלך הדיון בפני המותב מיום 18.5.17 הוחלט על המשכו של עיכוב הביצוע עד למתן החלטה אחרת.

### טענות הצדדים בערעור

19. החברה טוענת כי פרשנותו של בית הדין קמא להוראות סעיף 8 לחוק היא קיצונית ובלתי סבירה. לשיטתה, פסק הדין בלתי מעשי, שכן אינו מעניק סעד קונקרטי ואינו מאפשר את ביצועו בפועל. מעבר לכך, בית הדין התעלם מהעדר כשירותו של העובד לתפקידו בחברה ומהעדר תפקיד חלופי והגיע לתוצאה שחורגת ממתחם הסבירות ומההלכה הפסוקה בכך שהורה למעשה לקלוט עובד נוסף לעבודה בחברה, על מנת שיבצע חלק מהמטלות המוטלות על העובד, כאשר חיוב מסוג זה בוודאי שאינו יכול לבוא בגדר "התאמה". לחלופין, אפשר בית הדין להטיל על העובדים האחרים במשמרת לבצע עבור העובד את העבודה הפיזית, תוך התעלמות מזכויותיהם שלהם, מהשחיקה שעלולה להיגרם כתוצאה מכך ומעדותו של יו"ר העובדים שאישר בעדותו ש"זה בעייתי" (עמ' 6 לפרוטוקול הדיון בבית הדין האזורי).

20. החברה טוענת כי הן ברישת סעיף 8 לחוק והן במסגרת סעיף 8(ג) הדגיש המחוקק כי תנאי מקדמי לבחינת שאלת ההפליה, הוא היות העובד עם המוגבלות כשיר לתפקיד, ועומד בדרישותיו המהותיות. רק בכפוף לקביעה זו, מוטלת על המעסיק חובה לבצע "התאמה", ובלבד שההתאמה אינה מהווה "נטל כבד מדי". החברה סבורה כי בעובד אין את ה"כשירות הפורמאלית והטבועה" החיונית לביצוע התפקיד (בהתאם לקביעה בבג"צ מחמלי), שכן אין מחלוקת שעבודתו של מפעיל כימי כרוכה כדבר שבשגרה בהרמת משאות, וכי את מטלה זו העובד אינו מסוגל עוד לבצע. בנוסף, החברה היא שנושאת באחריות לניהול מפעלה ובמסגרת





## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

זו מחויבת לדאוג לסביבת עבודה בטוחה ובטיחותית עבור עובדיה. כאשר העובד התלונן, לאחר שובו לעבודה, על כאבי ראש חזקים, סחרחורת וכו' - בוודאי שלא ניתן לאפשר לו לעבוד בעבודה פיזית במפעל כימי המחויב בכללי בטיחות קפדניים ומחמירים.

21. החברה מוסיפה כי בית הדין קמא אמנם הטיל עליה את החובה לבצע "התאמה", אך "לא קבע קביעה פוזיטיבית אחת, מדויקת וברורה, מהי אותה התאמה נדרשת לשיטתו". מתוך קריאת פסק הדין כמכלול עולה שבית הדין כיוון לאחת משתי האפשרויות שפורטו לעיל (גיוס עובד נוסף חדש או העמסת הנטל הפיזי על עובדים אחרים), או לחלופין מציאת תפקיד אחר לעובד. החברה סבורה כי כל האפשרויות הללו "אינן מתאפשרות, מעמיסות נטל כבד ובלתי סביר על המערערת ואף אינן מתיישבות עם כוונת המחוקק".

22. החברה מדגישה כי אין כל סבירות לראות בשכירת כוח אדם נוסף כ"התאמה", והדבר לא עולה בקנה אחד עם לשון החוק ותכליתו ואף לא עם הגדרת "התאמות" בתקנות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (השתתפות המדינה במימון התאמות), התשס"ו - 2006 (להלן: **תקנות מימון התאמות**), העוסקות במימון של "מכשירים", "עזרים", "התקנים" או "אביזרים" להבדיל מאנשים. אפשרות כזו אף "מרוקנת מתוכן את האיזון שהוצב בסעיף 8 לחוק לפיו תבצע התאמה 'ובלבד שהם כשירים לתפקיד או למשרה הנדונים'". ההצעה לשכור "כוח עזר" עבור העובד מאיינת למעשה את הסייג האמור והופכת אותו לאות מתה, וכן "מבטלת את ההתאמות האחרות ומייתרת אותן, שכן אם עובד אחר יכול לבצע את עיקר עבודת העובד עם המוגבלות לשם מה יש צורך בהתאמות אחרות המפורטות בדין?".

גם האפשרות של תפקיד חלופי אינה רלוונטית, שכן מדובר במפעל קטן המעסיק עשרות עובדים במספר מצומצם של תפקידים, כאשר כל החלופות האחרות נבחנו ואף אחת מהן אינה מתאימה. החברה מוסיפה כי "ככל שפסק הדין כיוון לאפשרות של יצירת משרה שאינה דרושה, רק על מנת לשלם למשיב שכר, הרי בוודאי מדובר בנטל כבד מדי ובלתי סביר, הן כלכלית והן ניהולית".

23. החברה מוסיפה וטוענת כי גם אם ייקבע בניגוד לעמדתה כי איזו מההתאמות שנקבעו על ידי בית הדין האזורי היא בגדר "התאמה" כמשמעותה בחוק, הרי שמדובר בנטל כבד "מדי" שאין לצפות שהיא או עובדיה יישאו בו. החברה מפנה בהקשר זה לסעיף 14(2) לחוק, הקובע כי טרם מתן צו החזרה לעבודה יש להביא בחשבון את "השפעת הצו על יחסי העבודה במקום העבודה ואת האפשרות שעובד אחר יפגע". ממילא, עליה לקחת בחשבון את הצורך



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

במניעת שחיקה ותסכול אצל עובדיה האחרים, ואת הנזק הפיזי (כאבי גב) שעלול להיגרם להם, וזאת גם כחלק מחובותיה כלפיהם. אשר לאופציה של שכירת "כוח עזר" - משמעותה היא תשלום שכר כפול בגין אותה מחצית משרה, ובנוסף לכך ייפגע הסבב של המשמרות ומפעילים אחרים יידרשו לעבוד במשמרות כפולות. זהו נטל כלכלי כבד מדי, גם בהתחשב בהעדר מקורות מימון ממלכתיים בקשר אליו, ו"גם בשים לב לגודלו של המפעל ולהיותו חברה פרטית".

24. עוד טוענת החברה כי לא החליטה לפטר את העובד אלא להותירו בחל"ת עד לשיפור מצבו הרפואי, וכי החלטה זו - אשר התקבלה לאחר תקופה ארוכה של ניסיונות לשלבו בעבודה בהתאם למגבלותיו - היא החלטה סבירה שאין הצדקה להתערב בה. קל וחומר, כאשר העובד הצהיר בפני חברת הביטוח במסגרת תביעתו הנזיקית כי הוא בלתי כשיר לעבודה, וכן בהתחשב ב"רשת הביטחון" הסוציאלית העומדת לרשותו, לרבות קצבת נכות המשולמת לו מהמוסד לביטוח לאומי (בסך של 5,200 ₪ לחודש); קצבה נוספת שהשתלמה או משתלמת לו מקרן הפנסיה (ככל הנראה בסך של 2,800 ₪ לחודש); סך של 260,000 ₪ שקיבל כפיצוי במסגרת הסכם פשרה מול חברת הביטוח שביטחה את החברה בחבות מעסיקים; ובנוסף לכך הכנסתו מעבודתו בעיריית באר שבע. החברה סבורה כי פסק הדין מביא לתוצאה לפיה, על אף שהמעסיק נשא במשך שנים בעלויות ביטוח פנסיוני ובחלקם של התשלומים למוסד לביטוח לאומי, עדיין עליו להחזיר לעבודה "בכל מחיר" עובד אשר הקצבאות המשולמות לו קרובות מאוד לשכר שקיבל במהלך עבודתו אצלה (כ - 7,000 ₪ נטו, מבלי להביא בחשבון משמרות לילה).

25. החברה טוענת לטעויות בפסק הדין גם בכל הנוגע לסעדים הכספיים. לגישתה, לא ניתן היה לפסוק לזכות העובד את מלוא השכר שאמור היה להשתלם לו החל מחודש נובמבר 2014, כאשר בתקופה זו קיבל קצבה מהמוסד לביטוח לאומי וכן מקרן הפנסיה והעדיף לשמור את הנתונים בקשר לכך מעורפלים. אשר לפיצוי בגין נזק לא ממוני - פיצוי כזה מיועד להוות תחליף להחזרה לעבודה, ולא אמור להתווסף לצו החזרה לעבודה. אשר להוצאות - אלו גבוהות באופן בלתי מידתי ולא מוצדק. החברה טוענת בערעורה גם כנגד הקביעה כי ניסתה להסתיר כביכול את תאונת העבודה, ומדגישה כי העובד קיבל טופס בל' 250 בסמוך מאוד לאחר התאונה ובהתאם היא אף הוכרה כתאונת עבודה ללא עיכוב.



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

26. העובד תומך בפסק דינו של בית הדין האזורי, מטעמיו, וסבור כי לא הובאה כל הצדקה להתערבות בקביעותיו העובדתיות והמשפטיות החד-משמעיות. העובד מדגיש כי הוא כשיר לעבודה בחברה, שכן האלמנטים הפיזיים הם מזעריים, ו"כל טענה אחרת היא שקר בוטה". בהתאם, עבד בתפקידו הרגיל גם לאחר תאונת העבודה, במשמרת יום, עם הגבלה על הרמת משאות מעבר למשקל מסוים, עד שהחברה "עשתה הכל כדי לזרוק אותו". הטעם לכך הוא התנכלות, מהטעם היחיד שהעובד עמד על זכויותיו ומנע מהחברה להמשיך ולהסתיר את תאונת העבודה, אותה ניסתה להכחיש תוך ביצוע רישום כוזב בכרטיס העבודה. כשירותו לתפקיד עולה גם מאישורי הרופא התעסוקתי ומהחלטת הוועדה הרפואית של קרן הפנסיה, כאשר הוא זכאי להמשיך ולעבוד במקום עבודה בו עבד 20 שנה "במקום להתחיל במקום חדש מאפס" בשכר נמוך יותר.

27. העובד מדגיש כי לא בכדי תומכות הנציבות וההסתדרות בעמדתו, וגם מנהל המפעל אישר בחקירתו כי יוכל לשלבו בעבודה, גם במגבלות עליהן הורה הרופא התעסוקתי, כפי שעשה בפועל משך שמונה חודשים לאחר התאונה. מנהל המפעל אמנם הודה שהוא מעדיף שלא לעשות כן, אך אין כל סיבה שלא להורות לחברה לחזור ולשלב את העובד בתפקידו הרגיל, עם מגבלות זניחות בלבד (ללא משמרות לילה, וללא הרמת משאות מעל 10 ק"ג), בדומה לעובדים אחרים הסובלים ממגבלות רפואיות וממשיכים לעבוד תוך סיוע במטלות הפיזיות מעובדים אחרים. ככל שהחברה הייתה מביאה לעדות את הגורם הרלוונטי - מנהל ההפעלה, האחראי על שיבוץ העובדים, מר איציק ארביב - היה הוא מן הסתם תומך בעמדת העובד, ואי הבאתו אמורה להיזקף לחובת החברה. בלא עדותו, החברה לא הציגה כל ראיה המלמדת על קושי כלשהו בהמשך עבודתו בתפקידו הרגיל בהתאם לאישור הרופא התעסוקתי, מלבד מילים בעלמא.

28. העובד טוען כי החברה מתנהלת כלפיו בחוסר תום לב קיצוני תוך פגיעה בכבודו, על אף שנפגע תוך כדי עבודתו אצלה ולאחר תקופת עבודה ממושכת; מתעלמת לחלוטין מעקרון הביטחון התעסוקתי; אילצה אותו לאורך התקופה לנצל ימי מחלה ולפנות לקרן הפנסיה חרף אישור הרופא התעסוקתי שאפשר לו להמשיך ולעבוד במגבלות סבירות; לא עשתה כל מאמץ ולו מינימאלי לשילובו בעבודה; ולבסוף הוציאה אותו לחל"ת כפוי מהטעם היחיד של מוגבלותו הרפואית. זאת, בניגוד מוחלט לא רק לחוק ולהנחיות הנציבות אלא גם לפסיקת בית המשפט



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

העליון בבג"צ **מחמלי**, בו הודגש כי הנטל מוטל על המעסיק להראות שביצע מאמצים אקטיביים כנים וישרים על מנת לאתר לעובד עם המוגבלות תפקיד מתאים.

העובד מדגיש כי האפשרות היחידה שהוצעה לו היא חזרה לעבודה מלאה ללא מגבלות כלשהן או ישיבה בבית עד שישתפר מצבו, ללא כל אפשרות אחרת; תוך התעלמות מהתפקידים שהוצעו על ידי יו"ר ועד העובדים (דוגמת שיבוץ חלופי במתקן 05); ותוך סירוב בלתי מוסבר לשבצו כממלא מקום אחראי משמרת, תפקיד בו שימש גם לפני הפגיעה וגם לאחריה. טענת החברה כי לא "הצליח" בתפקיד זה אינה נכונה ולא הוכחה, משלא הובא מר ארביב להעיד על כך או כל עד רלוונטי אחר.

29. העובד טוען עוד כי החברה מתעלמת מחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות כפי שפורש בבג"צ **מחמלי**, הקובע חובה אקטיבית ליצור במקום העבודה תנאים שיאפשרו את העסקתם של אנשים עם מוגבלות, בין היתר על ידי התאמת מקום העבודה בכל דרך אפשרית ולא רק פיזית. החברה מתמקדת בטיעוניה אך ורק באפשרות של "עובד נוסף" אך קיימות התאמות רבות אחרות שבאפשרותה לבצע. גם האפשרויות הנקובות בתקנות מימון ההתאמות אינן רשימה סגורה, ואינן מתיימרות למצות את מלוא קשת האפשרויות. החברה אף הפרה כלפיו את הוראות ההסכם הקיבוצי החל על עובדי החברה, שאינו מאפשר הוצאה כפויה של עובד לחל"ת ללא הסכמתו. קל וחומר, כאשר ההוצאה היא לחל"ת ללא הגבלת זמן, ללא עבודה, ללא שכר וללא צבירת זכויות, וזאת אך ורק בשל מצבו הבריאותי שנגרם בשל תאונת העבודה. לעניין הסעד הכספי מדגיש העובד כי חברת הביטוח כבר קיזזה את הסכומים המשולמים לו מהמוסד לביטוח לאומי ומקרן הפנסיה, ומובן כי אין לקזזם פעם נוספת, ואף אין הצדקה לכך מבחינה רעיונית (רע"א 7946/09 **מקפת החדשה ניהול קרנות פנסיה ותגמולים נ' אנוך** (29.2.12)).

30. נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, שהתבקשה על ידי בית הדין להגיש עמדה בערעור, הבהירה את הדברים הבאים:

א. פסק דינו של בית הדין האזורי מגשים בצורה נאמנה את לשונו ותכליתו של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, והוא מבוסס היטב על ההלכות שנקבעו על ידי בית המשפט העליון ובית דין זה.



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

ב. פרשנות החברה לסעיף 8 לחוק, כאילו מוגבלותו של העובד הופכת אותו ל"בלתי כשיר" לביצוע העבודה ועל כן היא אינה מחויבת לבדוק לעומק את האפשרות לבצע התאמות - אינה עולה בקנה אחד עם לשון הסעיף ותכלית החוק, כמו גם עם פסיקת בית המשפט העליון בבג"צ מחמלי. בפסיקה זו נקבע בפירוש, כי סייג "הדרישות המהותיות" המצוין בסעיף 8(ג) לחוק יתקיים רק כאשר אין בכוחן של ההתאמות להתגבר על המוגבלות בעטיה העובד אינו מסוגל לעמוד בדרישה מהותית לביצוע התפקיד, הגם שמכל בחינה אחרת הוא כשיר לבצעו.

ג. במקרה זה אין מחלוקת שלעובד כשירות פורמאלית לתפקיד, שהרי ביצע אותו טרם פציעתו. אשר לבחינת כשירותו הטבעי - לא ניתן לבדוק במנותק מבחינת ההתאמות בצורה מעמיקה, במיוחד כאשר מדובר בעובד המועסק בחברה מזה שנים רבות. רק אם יתברר לאחר בדיקה מעמיקה זו, לרבות כל החידושים הטכנולוגיים האפשריים, כי מהות העבודה ועיקרה אינה ניתנת לביצוע על ידי העובד מחמת מוגבלותו, תהיינה ההתאמות אשר תהיינה - ועל כך המעסיק נדרש להביא ראיות משמעותיות - רק אז יוכל המעסיק להישמע בטענה כי אין לעובד כשירות טבעי לביצוע העבודה. בנסיבות הליך זה, כל שהוכח הוא שהעובד נדרש להרים שקים מספר פעמים במשמרת, מבלי שהוכח כי אין התאמות סבירות שיכולות לסייע לו לעשות כן, וממילא לא הוכח כי אין לו "כשירות טבעי".

ד. טענת החברה לפיה ביצוע ההתאמות מהווה "נטל כבד מדי" - לא הוכחה, על אף שמעסיק הטוען זאת מחויב להוכיח זאת בראיות ממשיות לרבות בנוגע להיקף מחזורו והיקף רווחיו; נתונים כספיים מדויקים על עלות ההתאמות, לאחר שבדק אותן; ניסיונותיו לקבל השתתפות ממקורות חיצוניים, לרבות משרד הכלכלה, בביצוע ההתאמות; וניסיונותיו לפנות לגורמים נוספים, לרבות ועד העובדים או ספקים של אביזרים מכניים, בניסיון להוזיל את עלות ההתאמות. במקרה זה החברה לא הציגה כל ראיה לטענתה. בית הדין האזורי אף קבע עובדתית, כי החברה לא ביצעה בדיקה כנה ומקיפה של ההתאמות האפשריות. קבלת טענה בעלמא מצד מעסיק, כי ההתאמות תטלנה עליו נטל כבד מדי, מבלי שהביא ראיות משמעותיות לבדיקתן לעומק של ההתאמות ולפגיעה כלכלית חמורה שתיגרם לו כתוצאה מיישומן - משמעותה בפועל תהא ריקון מתוכן של החובה לבצע התאמות.

ה. אין מקום לטענת החברה, כאילו העובד (או בית הדין) הוא שאמור היה להצביע על עבודה שהוא מסוגל לבצע אצלה. מדובר בהיפוך מוחלט מההלכה שנקבעה בבג"צ מחמלי. אמנם



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

יש לשתף את העובד בהחלטה על התאמות, אך אין להטיל עליו את הנטל, הרובץ לפתחו של המעסיק, למצוא עבודה חלופית. לעובד מן השורה ממילא אין את מלוא המידע והנתונים הנדרשים לצורך כך.

1. אין מקום לטענת החברה לפיה קבלת עזרה מעובדים אחרים אינה מהווה "התאמה" כמשמעותה בחוק. גם טענה זו עומדת בסתירה מפורשת לקביעות בבג"צ **מחמלי**, שם דובר על אפשרות זו במפורש. תקנות מימון ההתאמות בוודאי אינן מוציאות מגדר "התאמה" את אפשרות ההיעזרות בעובדים אחרים, ופרשנות כזו אינה עולה בקנה אחד עם לשון (הנותנת דוגמאות להתאמות לאחר המילה "לרבות") כמו גם תכליתן. ה"התאמה" יכולה לבוא לידי ביטוי במגוון אפשרויות, לרבות התאמה כלכלית שמשמעותה שיפוי העובדים האחרים על עבודה פיזית רבה יותר שתוטל עליהם, ובמידת הצורך גם העסקת עובד נוסף. עוד סבורה הנציבות כי כחלק מההתאמה הכלכלית הנדרשת אין לפגוע בשכרו של עובד עם מוגבלות שנאלץ לעבור להיקף משרה קטן יותר או לתפקיד חלופי (וזאת גם אם ה"תפוקה" או התועלת כתוצאה מתפקיד זה נמוכים יותר עבור המעסיק), אך עובד כאמור לא יהא זכאי לתוספות מותנות ששולמו לו בתפקיד הקודם, לרבות תוספת בגין עבודת לילה (הרלוונטית לעניין שלפנינו).

2. החובות המוטלות על מעסיק בכל הנוגע לנושא ההתאמות וההעדפה המתקנת מתעצמות עת מדובר בעובד שמוגבלותו נגרמה עקב ובמהלך העבודה, וכן עת מדובר במוגבלות שנוצרה לאחר תקופת עבודה ממושכת.

3. יש חשיבות רבה לבחור דווקא בסעד ההחזרה לעבודה, נוכח הפלייתם המתמשכת והקשה של עובדים עם מוגבלות בשוק העבודה. אף אין מקום לטענות החברה בדבר גובה הפיצוי, שכן הסכום שנפסק תואם את תכלית החוק כמו גם את הפסיקה העוסקת בהפרה של הזכות לשוויון.

31. הסתדרות העובדים הכללית החדשה, שהתבקשה אף היא להגיש עמדתה בערעור, הבהירה כי היא תומכת בעמדת הנציבות, וסבורה אף היא כי יש להותיר את פסק דינו של בית הדין האזורי על כנו.

### ההתפתחויות במהלך הדיון בערעור

32. לאחר דיון ראשון בפני מותב (בהרכב קודם בראשותו של הנשיא (בדימוס) יגאל פליטמן), קבענו כי על מנת לאפשר בחינה יסודית של אפשרות שילובו של העובד בחברה כיום



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

וההתאמות הנדרשות לצורך כך כמתחייב מהוראות החוק, נדרשת חוות דעת של מומחה מקצועי (החלטה מיום 21.5.17). בהתאם, ולאחר שכל אחד מהצדדים הציע מומחים אפשריים, מונתה גב' רוני גנים, סמנכ"ל שיקום במרכז הישראלי לתעסוקה, מומחית לשיקום תעסוקתי, כמומחית מטעם בית הדין.

לבקשת גב' גנים המציא העובד אישור רפואי מעודכן מהרופא המטפל (היינו לא מרופא תעסוקתי אלא ממומחה הנוירו-כירורגיה המטפל בו, ד"ר אבי כהן). לפי האישור, מיום 27.8.17, העובד יכול לעבוד במשרה מלאה "במתכונתו הנוכחית"; יכול להרים במהלך עבודתו משקל עד 10 ק"ג בכל עת; יכול לעמוד עמידה ממושכת; וכן יכול לעלות ולרדת במדרגות מספר פעמים במהלך יום העבודה, אך אינו כשיר לעבוד בגבהים ללא מעקה או מתקן מגן. גב' גנים הבינה את האישור כמתייחס לעבודה במשרה מלאה רגילה, היינו בשעות היום.

33. לאחר המצאת האישור הרפואי האמור הודיעה החברה לב"כ העובד מיוזמתה כי היא "שמחה לגלות כי מצבו של מרשך השתפר באופן משמעותי וכי הוא יכול לשוב לעבודה במשרה מלאה כמפעיל" (ככל הנראה מתוך הנחה כי יוכל לחזור למשרה מלאה בכל המשמרות), ובנסיבות אלו אין מניעה כי ישוב לעבודה בתחילת חודש ספטמבר 2017. העובד התבקש לפיכך להתייצב למשמרת בוקר ביום 10.9.17; הובהר כי במשמרת זו ייערך לו ריענון לנוכח הזמן הרב שנעדר; בהמשך ישובץ במשמרות בהתאם לסידור העבודה; ו"לנוכח מגבלת הרמת המשקל, יעשה מרשך מאמץ להרים משקל, בהתאם להגבלות שקבע ד"ר כהן, תוך שעובדי המשמרת האחרים יסייעו למרשך בהרמת משקל, ככל שיהיה בכך צורך" (מכתב מיום 5.9.17).

ב"כ העובד הבהיר במענה לכך שכל עוד יש החלטה המורה על עיכוב ביצועו של פסק דינו של בית הדין האזורי - אין בכוונתו להפר אותה, ולכן העובד יחזור לעבודתו רק בהתאם להחלטות בית הדין, וככל שהחברה סבורה שיש לקבל החלטה בקשר לכך טרם מתן פסק הדין - עליה להגיש בקשה בהתאם. תכתובת זו הוגשה על ידי החברה לבית הדין, והובהר על ידינו כי "מובן כי ככל שחל שינוי במצב העובדתי, ניתן לשנות בהסכמה את החלטה בדבר עיכוב הביצוע או להגיש בקשה בקשר לכך" (החלטה מיום 20.9.17). עם זאת, שני הצדדים העדיפו שלא להגיש בקשה כלשהי.



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

34. גב' גנים סיירה במפעל וכן בשני המפעלים הנוספים של החברה לצורך הכנת חוות דעתה, ושוחחה עם העובד ובא כוחו, יו"ר ועד העובדים במפעל, מנהל המפעל, מנהל ההפעלה, סמנכ"לית משאבי אנוש וגורמים נוספים. לאחר סקירת כלל המשרות הרלוונטיות ומאפייניהן, חיוותה גב' גנים את דעתה לפיה העובד "יוכל להשתלב כעובד בתפקידים מסוימים בכל אחד מהאתרים. ישנם תפקידים... בהם יוכל להשתלב ולבצע את התפקיד מבלי שיהיה צורך לבצע התאמות בתפקיד, וישנם תפקידים בהם יש צורך בהתאמות קבועות כפי שפורט בטבלה לעיל, בכל משמרת בה יעבוד מר חנשוילי, כל עוד אין שינוי בחוות הדעת הרפואית. בכל תפקיד בו ישתלב מר חנשוילי הוא יכול לעבוד במשרה מלאה בשעות הבוקר והצהריים".

35. התפקיד המתאים ביותר לעובד לפי חוות הדעת של גב' גנים (בהתעלם מכך שאינו מבוצע כיום על ידי עובד של החברה אלא באמצעות מיקור חוץ) הוא עובד שמירה ואבטחה, לגביו לא נדרשות התאמות כלשהן מלבד הכשרה קצרה בכניסה לתפקיד. התפקיד הבא המתאים הוא מפעיל במתקן 07, כאשר לצורך שיבוץ בו יידרש העובד לעבור קורס מסיק דוודים מוסמך וקורס חשמלאי מוסמך, אך את העבודה עצמה יוכל לבצע ללא מגבלות (מלבד ככל שיהא חיווי על תקלה באחת המערכות, שאזי יצטרך לקרוא למפעיל אחר או לאחראי האחזקה על מנת לטפס ולתקנה במידת הצורך, נוכח ההגבלה על עבודה בגובה).

תפקיד נוסף מתאים הוא מפעיל במתקן 05, לגביו לא נדרשות הכשרות כלשהן, ועם זאת יידרש כי בכל משמרת עובד אחר ירים במקום העובד את השקים או יגלגל את החביות, וכן נדרש כי העובד לא ישובץ בעמדת האריזה. לאחריו ציינה גב' גנים את תפקידו המקורי של העובד, במתקן 03, כאשר ההתאמות הנדרשות לגביו זהות לאלו הנדרשות לגבי מתקן 05 (ככל הנראה קבעה המומחית כי העבודה במתקן 05 עדיפה שכן מדובר במתקן המייצר פחות תוצרת וקצב הייצור בו איטי יותר, ובהתאם ככל הנראה גם הדרישות הפיזיות נמוכות יותר). כתפקיד אחרון מתאים ציינה גב' גנים תפקיד של מחסנאי/מלגזן, בו נדרש כי בכל משמרת עובד אחר ירים במקום העובד את השקים שיש לשקול. תפקיד זה צוין כתפקיד אחרון ברשימה, ככל הנראה נוכח היקף העבודה הפיזית הנדרש במסגרתו. בנוסף ציינה גב' גנים תפקידים מתאימים נוספים במפעלים בבית שמש ובפתח תקווה. עוד ציינה כי העובד אינו מתאים לתפקיד של אחראי משמרת.





## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

36. החברה הודיעה כי לטעמה חוות הדעת של גב' גנים תומכת בעמדתה, בדבר היעדרו של תפקיד שמתאים למצבו הרפואי של העובד ואשר ניתן לבצעו תוך התאמות סבירות. זאת, בהתחשב בכך שאין בחוות הדעת כל פתרון להעמסת המטלות הפיזיות באופן קבוע על עובדים אחרים, ואין בה התייחסות לדרך הפרקטית בה יבוצע הדבר כמו גם להשלכות הבריאותיות והתעסוקתיות על אותם עובדים לאורך זמן. יצוין, עם זאת, כי החברה לא ביקשה להפנות לגב' גנים שאלות הבהרה כלשהן, על אף שצוין בהחלטותינו כי אפשרות זו עומדת לצדדים.

החברה טוענת כי עולה מחוות הדעת ש"כמחצית מהמשימות הנדרשות מהעובד במסגרת התפקיד [בתפקידו הרגיל במתקן 03 וכן במתקן 05 - ס.ד.מ], יועברו לעובד אחר". בכך יצטמצם הלכה למעשה היקף משרתו של העובד ל - 50%, בלא כל פירוט בחוות הדעת לשאלה כיצד עובד אחר יהיה מסוגל להעמיס על עצמו עוד 50% פעילות שהיא כולה פיזית, או שמא נדרש לשיטת המומחית לשכור "כוח עזר" מיוחד עבור העובד. בנוסף, גב' גנים יצאה מנקודת מוצא אוטומטית לפיה העובד מסוגל לעבוד במשמרות יום בלבד, אך הדבר לא עולה מאישורו של ד"ר כהן שאישר עבודה ב"משרה מלאה". העסקת העובד במשמרות יום בלבד אינה אפשרית, ותוביל להעסקת שאר העובדים בהיקף עבודת לילה החורג מהמותר לפי דין. במהלך הדיון בעל פה הוסיפה ב"כ החברה כי כל העובדים במתקן 07 הם עובדים ותיקים, וככל שיוחלט שיש לשבץ את העובד במתקן זה - "יהיו עובדים שיצטרפו לצאת משם".

37. החברה מוסיפה וטוענת כי יש למחוק מחוות הדעת את ההמלצה להצבת העובד כעובד שמירה ואבטחה, שכן נושא זה הוצא על ידה למיקור חוץ לחברת שמירה חיצונית. החברה סבורה כי ההחלטה על כך מצויה בתחום הפררוגטיבה הניהולית שלה, ולא ניתן לחייבה להעמיס על עצמה תחומי ניהול נוספים, שאינם תחת מומחיותה. החברה מדגישה כי אינה קובעת לחברת השמירה את זהות עובדיה ואינה מעורבת בתנאי העסקתם, והמירב שהיא יכולה לעשות הוא לבקש מחברת השמירה להעסיק את העובד או להשאילו אליה לתקופה קצרה וקצובה שלאחריה יתבקש להחליט אם הוא עובר להיות עובד של חברת השמירה. החברה סבורה כי גם ההמלצות המתייחסות למפעליה בבית שמש ופתח תקווה אינן רלוונטיות, נוכח דרישתו של העובד לקבלת דמי נסיעה בהתאם ככל שיעבור למפעלים אלה (העובד מתגורר בבאר שבע).

עוד טוענת החברה כי גב' גנים לא יכולה הייתה להסתפק באישורו הרפואי של ד"ר כהן, שכן בעיותיו של העובד הן גם אורטופדיות ונפשיות.



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

38. העובד הודיע כי לטעמו חוות הדעת של גב' גנים מלמדת באופן חד משמעי כי יש לדחות את הערעור, שכן ברור מחוות הדעת שמלכתחילה הייתה אפשרות להחזירו לעבודה במגוון עצום של עבודות. הוא עצמו מעדיף את העבודה במפעל ברמת חובב כשומר או כמפעיל במתקן 07, אך גם העבודות הנוספות, בכל אחד מהמפעלים, אפשריות מבחינתו, כל עוד יישמר שכרו כפי שהיה טרם הפציעה (לא כולל תוספות מותנות). העובד סבור כי גם אם עמדת השמירה מאוישת דרך כלל על ידי חברת שמירה, אין מניעה להציבו בה והיא מתאימה במיוחד לעובדים שנפגעו בתאונות עבודה. הוא אף מסכים להיות מושאל לחברת השמירה, כל עוד יישאר עובד של החברה.

העובד מסכים עם גב' גנים כי אין באפשרותו לעבוד במשמרות לילה, ולא בכדי הדגיש ד"ר כהן כי באפשרותו לעבוד במשרה מלאה "במתכונתו הנוכחית" היינו כפי שהוא מועסק כיום בעיריית באר שבע (אם כי הוא יכול להמשיך ולעבוד מעבר לכך גם עד השעה 00:24). עוד מציין הוא כי ד"ר כהן, מנהל המחלקה הנורוכירורגית בבית החולים "סורוקה", בוודאי יודע להתייחס לכל היבטי פגיעתו שהיא במהותה נירולוגית. העובד ביקש עוד להדגיש כי יחסיו עם כל הדרגים במפעל מצוינים עד היום וחבריו "**מצפים בכיליון עיניים לחזרתו למפעל**".

39. לאחר דיון נוסף בפני המותב בהרכבו הקודם, הוצע לצדדים לעשות מאמץ נוסף להגיע להסדר מוסכם שניתן יהיה ליישום מעשי, ולהיפגש לצורך כך יחד עם המומחית ויו"ר ועד העובדים. לאחר פגישת משא ומתן במשרדי ההסתדרות לא הצליחו הצדדים להגיע להסכמות. בדיון נוסף בפני המותב (בהרכבו הנוכחי) הבהירה החברה כי לא תסכים להעסיק את העובד כעובד שמירה (מלבד האופציה של השאלה לתקופה קצרה לחברת השמירה); אין אפשרות לשלבו במתקן 07 שכן יש בו ששה עובדים בלבד וכולם ותיקים, והדבר יצור קושי הן נוכח הצורך לנייד עובד אחר והן נוכח הצורך לתמרן עם משמרות הלילה עם מספר קטן של עובדים; לצורך שילובו של העובד במתקן 05 נדרש לפטר עובד חברת כוח אדם, וההסתדרות התנגדה לכך ולחלופין הציעה לחכות לפרישתו של אחד העובדים בסוף שנת 2019, ואין בכך סבירות מבחינת החברה; שילובו במתקן 03 קשה כי העבודה הפיזית בו היא הקשה ביותר. בנוסף, לא ניתן מבחינתה להציע תוספות שכר למי שיעבוד עם העובד ויבצע במקומו את העבודה הפיזית, שכן חשוב לה לשמור על זהות השכר בכל המתקנים.



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

ההסתדרות הבהירה כי הפתרון הטוב ביותר הוא השאלת העובד לחברת השמירה לתקופה מצומצמת, ושילובו במתקן 05 באוקטובר 2019 - מועד בו אמור לפרוש אחד מהעובדים באותו מתקן - תוך הגעה במקביל לכך להסכמה לגבי הפיצוי שיינתן לעובדים העובדים עמו לגבי המטלות הנוספות שתידרשנה מהם. עוד הדגישה ההסתדרות כי ככל שפסק הדין יקבע שיש להחזיר את העובד לעבודה, יש לתאם את ההיבטים הקשורים לכך ומשליכים על עובדים אחרים מול ועד העובדים. הנציבות הודיעה כי היא תומכת בפתרונות שהציעה ההסתדרות, ולחלופין די בכך שבית הדין יאשר את פסק דינו של בית הדין האזורי כפי שהוא והמעסיק יידרש ליישמו. העובד הבהיר כי אפשר להחזירו למתקן 07, מתקן 05, מתקן 03 או לעבודת שמירה, והוא מוכן לכל אחת מהאפשרויות הללו כל עוד ברור שאין פגיעה בשכרו. העובד לא סבור שיש להסדיר במסגרת עניינו את הפיצוי שיינתן, ככל שאמור להינתן, לעובדים האחרים, ומזכיר כי הוא עצמו סייע לעובדים אחרים במהלך שנות עבודתו שטרם הפציעה ללא תמורה נוספת, וכי אף החברה במכתבה מיום 5.9.17 הציעה לו לחזור תוך הטלת המטלות הפיזיות על חבריו למשמרת.

40. נוכח החשיבות שראינו בהגעת הצדדים להסדר מוסכם שיאפשר המשך עבודה משותפת ברוח טובה, פנו הצדדים בהמלצתנו להליך גישור לאחר הדיון האחרון בפנינו, אך לצערנו גם הליך זה לא הוביל להסכמות. בשלב זה ביקשה התאחדות התעשיינים להגיש גם עמדה מטעמה, והבהירה כי לדעתה "פרשנות בית הדין קמא בכל הנוגע להיקף ההתאמות הנדרש לצורך שילוב עובדים עם מוגבלות בגופים פרטיים ובמפעלים תעשייתיים בפרט, ע"י סיוע של עובד נוסף או יצירת תפקיד חדש - הינה פרשנות מרחיקת לכת, המטילה נטל כבד מדי, בלתי סביר ובלתי מידתי, שאינו מעניק משקל ראוי וכלל אינו לוקח בחשבון את מציאות שוק העבודה, את הקשיים הקונקרטיים של יישום הדברים בפועל וקריטריונים רלוונטיים אחרים...".

41. התאחדות התעשיינים פירטה כי משרות בשרשרת הייצור במפעלים תעשייתיים כרוכות אינהרנטית בפן פיזי חיוני, משמעותי ובלתי נפרד, אשר בלעדיו לא ניתן לעמוד בדרישות המשרה ורובה ככולה מעוקרת מתוכן. לכך עשויים להתווסף סיכונים בטיחותיים ובריאותיים לעובד ולסביבתו, מקום בו מדובר בעבודת ייצור עם חומרים מסוכנים. לשיטתה, אישורי רופאים תעסוקתיים "אינם כוללים התייחסות לכשירות לביצוע העבודה ובוודאי שלא לניתוח העיסוק", ולכן לא ניתן להסתפק באמירה לקונית באישור הרופא



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

התעסוקתי אלא "יש לבחון את הדברים גם בראי המעסיק ומסוגלותו האובייקטיבית לשלב את העובד במתקניו".

ההתאחדות הוסיפה וטענה כי "היכן שחלק נכבד ממשרת מפעיל כימי כרוך מהותית בהרמת משאות כבדים" - אין להידרש מלכתחילה לשאלת ההפליה וההתאמות, שכן מדובר בדרישות מהותיות וחיוניות של התפקיד בהתאם לסעיף 8(ג) לחוק. בנוסף, אין זה הוגן להשית את נטל הרמת המשאות על עובדים אחרים במשמרת, שייאלצו לסבול משחיקה בעבודה ומהשפעות שליליות על בריאותם, רווחתם והמוטיבציה שלהם. אף הבאת עובד ייצור נוסף, שיתפקד כ"עוזר" של העובד, אינה סבירה ואף אינה מעשית. עוד יש לקחת בחשבון, כי אין לחייב מעסיק להעביר עובד לתפקיד חדש שאינו קיים ואף אינו נדרש, ולא זו תכלית החוק. באותו אופן, אין לחייב את החברה להציב את העובד בתפקיד שמירה חרף העובדה שנושא השמירה מבוצע בדרך של מיקור חוץ, ומדובר "בהרחבת היריעה של ביצוע התאמות נדרשות... מעבר למתחם הסבירות" ובנטל כבד מדי, שאינו מתכתב עם המציאות בשטח ועם הפררוגטיבה הניהולית של המעסיק. בחינת התפקיד החלופי צריכה להיעשות במסגרת עיסוקו של המעסיק, ולא לכלול תחומים אחרים מעבר לכך. ההתאחדות מוסיפה כי "הטלת נטלים כבדים מדי ובלתי מאוזנים בכל הנוגע להעסקת אנשים עם מוגבלות, תפגע ישירות בתמריץ של מעסיקים להעסקה כאמור, כמו גם במטרות חברתיות של עידוד וקידום תעסוקת אנשים עם מוגבלות".

42. הנציבות, החברה והעובד הגישו תגובות לעמדת ההתאחדות. החברה הבהירה בתגובתה כי העובד אינו כשיר לתפקידו מאחר שאין ביכולתו להרים משאות כבדים והוכח כי מדובר בדרישה מהותית לתפקידו של מפעיל כימי; אין זה הוגן להשית את נטל הרמת המשאות על יתר העובדים במשמרת; אין זה מתקבל על הדעת להטיל את אותן חבוינות שהוטלו על המדינה וגופיה גם על מעסיקים מהמגזר הפרטי, בפרט מעסיקים קטנים או בינוניים כמוה; ואין לראות כ"התאמה" חיוב שלה ליצור משרה חדשה יש מאין של שומר המועסק על ידה, הגם שמסרה את שירותי השמירה למיקור חוץ. החברה הוסיפה עם זאת כי ככל שייקבע כי העובד יכול לחזור לעבודתו, מבוקש לקבוע כי יוצב במתקן 05. זאת, "הן לאור השיפור הנטען במצבו של המשיב, הן לאור השינוי בסבב משמרות לילה שיכול עובד לבצע (שבוע אחד מתוך שבועיים במקום שבוע מתוך שלושה) והן לאור עמדת נציגות העובדים כפי שהובעה בהליך". העובד הגיב לכך כי החברה בחוסר תום לבה דורשת להחזירו למתקן בו בהכרח יהיה לנטל על עובדים אחרים.



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

43. עוד ראוי לציין להשלמת התמונה כי בד בבד עם הגשת סיכומיה בערעור (עוד טרם מינוי המומחית מטעם בית הדין) הגישה החברה בקשה לצירוף ראיה נוספת - חוות דעת שהוכנה עבורה על ידי גב' איה חסדאי, יו"ר ומנכ"ל חברת אשנב - איתור שילוב נגישות בעבודה. העובד התנגד להגשת חוות הדעת אך לא ניתנה החלטה בקשר לכך. כיוון שחוות הדעת הוגשה לתיק ולא הוצאה ממנה, ראוי לציין כי לפי עמדתה של גב' חסדאי, שביצעה בחינה מקיפה של מאפייני עיסוקו של העובד, **"קושי בהרמת משקל על ידי העובד אינה מהווה חסם מרכזי בביצוע התפקיד. עמדת הרמת השקים וטעינת החומר במתקן היא עמדה בטיחותית... הפעילות עצמה נעשית בעמידה עם תנועתיות מואטת תוך שימוש באמצעים ארגונומיים שמקלים ואף מונעים את המאמץ הפיזי של הרמת משקל"**. גב' חסדאי אף פירטה כי צפתה בעובד עם מוגבלות פיזית, לאחר פריצת דיסק, שעבד בעמדת העמסת השקים, והשתמש לצורך כך במנוף גלגלת להעברת השקים עד לפתח הטעינה על מנת להימנע מסחיבתם, וקיבל עזרה בהעברת השקים על עגלה מהמעלית לעמדות הטעינה. עוד ציינה כי **"ניכר ונצפה שבתרבות העובדים מושרש לעזור אחד לשני במשמרות בהם עובד מבקש להקל עליו... כל העובדים מודעים לצורך לעזור אחד לשני ונרתמים לכך"**.

גב' חסדאי אמנם ציינה בנוסף לכך שיש קושי להטיל נטל גדול מדי על העובדים האחרים, הן לצורך המטלות הפיזיות והן לעניין משמרות הלילה, כיוון ש"זה עלול לגרום לתחושת אי שוויון בין העובדים... יש חשש שהנטל על אותו עובד, הופך להיות כבד מידי דבר שבטווח הקצר מהווה גורם שחיקה ובטווח הארוך עלול לפגוע בטיחותו ובריאותו" - אך העיקר בחוות דעתה, שהוגשה כאמור על ידי החברה ומטעמה, כלל אינו במגבלות שנקבעו על ידי הרופא התעסוקתי אלא במגבלות אחרות שלטעמה יש לעובד לפי המסמכים הרפואיים ועלולות לסכנו. גב' חסדאי מסכמת שאופי העבודה לא מאפשר את המשך עבודתו של העובד, אך זאת לא בשל הדברים שנקבעו על ידי הרופא התעסוקתי וגם בלא שבדקה את העובד או שוחחה עמו, אלא על סמך הערכותיה מהחומר הרפואי החלקי שהועבר אליה (הגם שאינה רופאה).

### דיון והכרעה

44. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים כפי שהובאו לפנינו בעל פה ובכתב ועיינו בכל חומר התיק, הגענו לכלל מסקנה כי יש לדחות את הערעור. שוכנענו כי בית הדין האזורי יישם נכונה את



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות כפי שפורש בפסיקת בית המשפט העליון ופסיקתו של בית דין זה, ומשכך אין הצדקה להתערב בו. להלן יובאו נימוקינו לקביעה זו.

### תכליתו של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

45. חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות נחקק בעקבות דו"ח ועדה ציבורית לבדיקת חקיקה מקיפה בנושא זכויות אנשים עם מוגבלות, שהוגש לשר המשפטים ושר העבודה והרווחה בשנת 1997. חקיקתו הייתה "חלק מגל של חקיקה עולמי, שעסק בקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות, אשר בא בעקבות חקיקתו של החוק האמריקני הפדרלי - **Americans with Disabilities Act 1990 (להלן: ה- ADA)**" (בג"צ מחמלי, בסעיף 21 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) חנן מלצר; כן ראו את האמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות שהתקבלה באו"ם בחודש דצמבר 2006 ואושררה על ידי מדינת ישראל בחודש ספטמבר 2012, ואת ה- Equality Act 2010 הבריטי שהחליף את חוק השוויון לאנשים עם מוגבלות מ- 1995 ועוסק בין היתר בהגנה על זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות; להרחבה על הרקע לחקיקת החוק ראו אצל אריאלה אופיר ודן אורנשטיין, חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח - 1998: אמנציפציה בסוף המאה ה- 20, **ספר מנחם גולדברג** 41 (2001); להלן: **אופיר ואורנשטיין**).

46. תכלית החוק הובהרה באופן מפורש וברור על ידי המחוקק בעצמו, והיא "להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו" (סעיף 2 לחוק). זאת, בהתבסס על "ההכרה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם שנברא בצלם ועל עקרון כבוד הברייות" (סעיף 1; כן ראו את הצעת חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ו-1996, ה"ח 2525 תשנ"ו 628; להלן: **דברי ההסבר**; נטע זיו, אנשים עם מוגבלויות - בין זכויות חברתיות לצרכים קיומיים, **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 813 (2004); להלן: **זיו**; שגית מור, אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה - מתיקון הפרט לתיקון החברה, **עיוני משפט** ל"ה 97 (2012); להלן: **מור**; עינת אלבין ושגית מור, ייצוג הולם של אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה בישראל, עתיד להתפרסם ב-עבודה, חברה ומשפט (2018); להלן: **אלבין ומור**).



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

47. חקיקת החוק היוותה תפנית משמעותית בשיח הנוגע לזכויות אנשים עם מוגבלות. בדו"ח הוועדה הציבורית צוין כי אנשים עם מוגבלות הם "קבוצת מיעוט שסבלה ועדיין סובלת מהפליה, קיפוח, סגרגאציה ונחיתות חברתית-כלכלית", וש"באיחור רב עוברת החברה המודרנית מיחס של נידוי והפרדה כלפי אנשים בעלי מוגבלות, ליחס של שיתוף ושילוב בתחומי החיים השונים" (עמ' 19). החוק משקף גישה הרואה במוגבלות ביטוי למגוון ולריבוי האנושי הקיימים בחברה, אשר נדרשת לנהוג באורח שוויוני כלפי כל אחד מחבריה ולצורך כך לנקוט בפעולות אקטיביות על מנת להתאים עצמה גם לצרכיהם של אנשים עם מוגבלות. החוק משקף מעבר מהמודל הרפואי של המוגבלות למודל חברתי, אשר "מושגת על ההבנה כי חוסר היכולת של האדם הנכה ליטול ולשמר תפקידים חברתיים ותעסוקתיים נובע בחלקו מעמדות שליליות השוררות בחברה וממדיניות היוצרת בלמים להשתתפות חברתית פעילה ושוויונית בכל תחומי החיים, ובעיקר - מחוסר יכולתה/רצונה של החברה להתאים עצמה לצרכים הייחודיים של אנשים עם מוגבלות" (עב"ל (ארצי) 12705-11-12 אליהו עילם - המוסד לביטוח לאומי (19.4.17); כן ראו את בג"צ מחמלי; ע"ע (ארצי) 12264-10-13 יוסף כהן - עיריית תל אביב יפו (21.8.17); להלן: עניין כהן)).

עקרון היסוד העומד בבסיס החוק הוא לפיכך כי שילובם של אנשים עם מוגבלות בכל תחומי החיים אינו חסד אלא חובה, וחלק בלתי נפרד מזכויות האדם שלהם. בעבר נתפסו הלקויות כמעין תכונה אישית אינהרנטית של הפרט, שעליו להתאים עצמו למבנה החברתי ושוק העבודה שהם בגדר נתון. כתוצאה מכך, סביבת העבודה ונהלי העבודה, כמו גם דרכים, מקומות ושירותים שהם חלק מהמרחב הציבורי, עוצבו באופן ניטרלי כביכול אך מבלי להביא בחשבון את צרכיהם של אנשים עם מוגבלות. חקיקת החוק נועדה לשנות את נקודת המוצא האמורה, מתוך הכרה בצורך "להביא לידי תיקון מבני כולל שיכיל התייחסויות לכל תחומי ההפליה וההדרה של אנשים עם מוגבלויות" (בג"צ מחמלי; כן ראו אצל מור, בעמ' 100; ע"ע (ארצי) 34784-10-16 תרכובות ברום בע"מ - יהודית בורוכוב (15.10.18); להלן: עניין תרכובות ברום).

48. דו"ח הוועדה הציבורית שקדם כאמור לחקיקת החוק חשף את האפליה המבנית ממנה סובלים אנשים עם מוגבלות בתחומים שונים של החיים, לרבות בתחום התעסוקה - בקבלה לעבודה, בקידום ובפיטורים. הנתונים האמפיריים מלמדים כי "מבין הקבוצות שחוות אפליה בעבודה, מצבם של אנשים עם מוגבלויות הינו בין החמורים, אם לא החמור ביותר" (אלבין ומור, בעמ' 75). כך, שיעור תעסוקתם של אנשים עם מוגבלות עומד על 57% בלבד (ו)



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

- 42% בלבד בהתייחס לאנשים עם מוגבלות חמורה), וגם אלה העובדים "מחזיקים במשרות שאינן בכירות ובשכר נמוך יחסית, ובהתאם לכך גם תנאים נלווים מופחתים" (שם, והאסמכתאות המפורטות שם; כן ראו אצל מור, בעמ' 99-100 והאסמכתאות שם; אריק רימרמן וטל ארטן-ברגמן, חקיקת זכויות נכים ויישומה בישראל - מגמות וכיוונים עתידיים, ביטחון סוציאלי 69, בעמ' 11 (2005); אליהו בן משה, ליאורה רופמן וישראל הבר, אנשים עם מוגבלות בישראל 2011: מגבלות והשתלבות בחיי החברה בישראל - מבט השוואתי רב שנתי (2012); המטה לשילוב אנשים עם מוגבלות בשוק העבודה במשרד התמ"ת - דו"ח לסיכום חמש השנים הראשונות (2013); כן ראו את סיכומי הנציבות בהליך זה, בהם מצוינים נתונים דומים).

הפליה זו נובעת הן מדעות קדומות וסטריאוטיפים, והן מחוסר הנכונות לבצע התאמות סבירות במקום העבודה על מנת לאפשר את העסקתם של עובדים עם מוגבלות. שני סוגי החסמים הללו - הן החסמים התודעתיים-תפיסתיים והן אלו הפיזיים והמבניים - ניתנים לשינוי ומהווים חלק עיקרי מתפיסת החוק (עניין כהן); לצורך בתיקון מערכת-מבני של הנורמות הקיימות ראו גם אצל מור, בעמ' 105, 109; אלבין ומור, בעמ' 92, 95; עניין תרכובות ברום, בסעיף 40 והאסמכתאות שם; Arlene S. Kanter, The law: What's Disability ; Studies Got to Do with It or An Introduction to Disability Legal Studies, 42 Colum. (Hum. Rts. L. Rev. 403 (2011)).

49. פרק מרכזי בחוק הוא פרק התעסוקה, מתוך הבנה כי השתלבות ראויה בעבודה חיונית לא רק לפרנסה אלא גם לסיפוק, משמעות, מעורבות חברתית, קשרים בין אישיים, הגשמה עצמית ותחושת כבוד פנימית וחיצונית. בהתאם נקבע, כי "לא ניתן למעט בכוחה של השתלבות ראויה במקום עבודה לתרום להשתלבותו של האדם עם מוגבלות בחברה, הגשמה של כישוריו ויכולותיו, השגת עצמאות כלכלית ומימוש זכותו לכבוד ולשוויון" (עניין כהן). בפרק התעסוקה שני נושאים עיקריים - איסור הפליה, וחובת ייצוג הולם. איסור ההפליה מעוגן בסעיף 8 לחוק, ואליו נתייחס בהרחבה בהמשך. סעיף 9 וסעיפים 9א-ז' לחוק קובעים את חובת הייצוג ההולם לאנשים עם מוגבלות במקומות עבודה, ויש לקראם יחד עם סעיף 3 לחוק, הקובע כי העדפה מתקנת של אנשים עם מוגבלות לא תיחשב כהפליה פסולה.





## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

חובת הייצוג ההולם כוללת הן חובה כללית על כל מעסיק המעסיק יותר מ - 25 עובדים, לרבות מעסיק פרטי, לפעול לקידום הייצוג ההולם של אנשים עם מוגבלות בקרב עובדיו, חובה שיש להקנות לה משמעות אקטיבית ואפקטיבית ולא הצהרתית גרידא (סעיף 9(א)); לפרשנות הסעיף בהקשר של פיטורי צמצום ראו בעניין **תרכובות ברום**; הן הוראות משלימות שרשאי שר הרווחה והשירותים החברתיים לקבוע בהתייעצות עם גורמים שונים וביניהם ארגוני עובדים ומעסיקים (סעיף 9(ג)), וטרם נקבעו על ידו; והן "יעד ייצוג" בגוף ציבורי (כמשמעותו בחוק) המעסיק 100 עובדים לפחות, המוגדר כלפחות 5% עובדים שהם בעלי "מוגבלות משמעותית" (כהגדרתה בחלק א' לתוספת הרביעית לחוק). לכך יש להוסיף את חובת ההעדפה המתקנת הקבועה בסעיף 15א' לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט - 1959, ואת ההסכם הקיבוצי שנחתם בין ההסתדרות להתאחדות התעשיינים ביום 25.6.14 (והורחב בצו הרחבה), וקובע - מבלי "לגרוע מהוראות כל דין" - מה ייחשב כ"ייצוג הולם" אצל מעסיק המעסיק 100 עובדים לפחות.

50. תפיסת השוויון העומדת בבסיסו של החוק היא לפיכך תפיסה מתקדמת, שנועדה לבצע תיקון עמוק היורד לשורשן של ההפליה וההדרה שהן מנת חלקם של אנשים עם מוגבלות בכל תחומי החיים, וביניהם תחום התעסוקה. החוק נועד לנסות ולהתגבר הן על דעות קדומות ארוכות שנים, והן על הפליה המבוססת על מבנים, פרקטיקות, תבניות ודפוסי חשיבה מושרשים ומקובלים. הבנה זו של תפיסת החוק אמורה להדריך אותנו בפרשנות הוראותיו, וביישומן על מקרים קונקרטיים.

### איסור ההפליה והחובה בביצוע התאמות - סעיף 8 לחוק

51. סעיף 8 לחוק קובע כי אין להפלות אנשים עם מוגבלות מחמת מוגבלותם בכל שלבי התעסוקה החל מקבלה לעבודה, דרך תנאי עבודה, קידום והכשרה, ועד לפיטורים. הסעיף מדגיש כי הפליה תהא גם "קביעת תנאים שלא ממין העניין" (סעיף-קטן (ב)), ו"אי ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו" (סעיף-קטן(ה)). להלן לשון הסעיף בשלמותו:

"(א) לא יפלה מעסיק 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;



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

(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 המחויבים, גם על מי שהיה בעבר אדם עם מוגבלות, על מי שנחשב לאדם עם מוגבלות ועל בני משפחתו של אדם עם מוגבלות המטפלים בו.

(ה) לעניין סעיף זה -

"בן משפחה" - ...

"הפליה" - לרבות אי ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו;

"התאמה", "התאמות" - לרבות התאמת מקום העבודה, הציוד שבו, דרישות התפקיד, שעות העבודה, מבדקי קבלה לעבודה, הכשרה והדרכה, נוהלי עבודה, והכל מבלי שהדבר יטיל על המעסיק נטל כבד מדי;

"נטל כבד מדי" - נטל בלתי סביר בנסיבות העניין, בהתחשב, בין היתר, בעלות ההתאמה וטיבה, בגודל העסק ובמבנהו, בהיקף הפעילות, במספר העובדים, בהרכב כוח האדם, ובקיומם של מקורות מימון חיצוניים או ממלכתיים לביצוע ההתאמה."

52. סעיף 8 לחוק מטיל אם כך על מעסיקים חובה פוזיטיבית ואקטיבית, ליצור תנאים שיאפשרו את העסקתם של אנשים עם מוגבלות, כמו גם את קידומם במקום העבודה (בג"צ מחמלי). מאז חקיקת החוק, מעסיקים אינם יכולים עוד להסתפק בבחינה טכנית אם האדם שעומד מולם "מתאים" לדרישות המשרה והתפקיד (או לנהלים, למבנים, לשעות העבודה וכיו"ב) כפי שהוגדרו ועוצבו על ידם תוך התעלמות מקיומן של מוגבלויות, אלא עליהם להעמיד בסימן שאלה את הדרישות שעוצבו והוגדרו על ידם (כמו גם הנהלים, המבנים, שעות העבודה וכיו"ב) ולנקוט את הפעולות הנדרשות באופן סביר לצורך התאמתם גם לאדם עם מוגבלות שמבקש לעבוד באותה משרה או להתקדם אליה.

בדברי ההסבר הובהר כי "הגדרתה של הפליה באופן זה (לרבות החובה לבצע התאמות) היא ממרכזי הכובד של הצעת החוק, והיא מכוונת להשגת שוויון מהותי ולא שוויון פורמלי בלבד". גם בספרות הודגש כי "למעסיקים יש תפקיד מרכזי בשינוי מצב התעסוקה של



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

אנשים עם מוגבלויות, שכן הם העומדים בשער הכניסה אל עולם התעסוקה והפרנסה" (מור, בעמ' 111). חובה זו הוטלה על ידי המחוקק לא רק על כתפיהם של מעסיקים ציבוריים או גדולים, אלא גם על מעסיקים פרטיים, ובלבד שמדובר במקום עבודה שמועסקים בו ששה עובדים לפחות (כולל עובדים של קבלני כוח אדם; כך בהתאם להוראת סעיף 21(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח - 1988, להלן: **חוק שוויון ההזדמנויות**, המוחל על חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות מכוח סעיף 13(א) (לו).

53. החובה בביצוע התאמות אינה לפיכך "חסד" או פעולה המבוצעת "לפנים משורת הדין", אלא חובה ישירה המוטלת על המעסיקים מכוח הוראת חוק מפורשת. החובה מחייבת מעסיקים לבחון מחדש את המבנים, הנהלים, הנורמות והפרקטיקות המקובלות של מקום העבודה; להבין כי אינם הכרח או גזירת גורל; ובהמשך לכך למצוא דרכים יצירתיות לתקנם או לשנותם על מנת לאפשר את השתלבותו המלאה והשוויונית של העובד עם המוגבלות במקום העבודה.

שינוי תפיסתי זה אינו פשוט, ולא בכדי הודגש כי שלב "איתור ההתאמות, שקילתן ויישומן הוא השלב הטרנספורמטיבי המכריע של החוק. זהו השלב שבו אדם שנחזה כבלתי-מתאים לתפקיד נעשה מתאים, ואילו מקום העבודה ודרישות התפקיד, שנתפסו כנתונים ומובנים מאליהם, מוטלים בספק... זה הרגע שבו גבולות הדמיון של המעסיקה הממוצעת (וגם של השופטת המצויה) מאותגרים ונפרצים... פריצת הדמיון עצמה כרוכה בהתגברות על חסמים תפיסתיים אשר מקשים ראייה חלופית של המציאות" (מור, בעמ' 121). על מעסיקים (כמו גם שופטים) המיישמים את החוק להתגבר לפיכך על אינטואיציות ודרכי חשיבה להן התרגלו משך שנים, ולהביא לידי ביטוי את ה"יחס המחודש של החברה בישראל, לפי קביעת המחוקק, לאנשים עם מוגבלויות" (בג"צ מחמלי, בסעיף ג' לחוות דעתו של השופט אליקים רובינשטיין).

54. מלבד חובת ההתאמות המהווה כאמור חידוש משמעותי, דומה נוסחו של סעיף 8 לנוסחו של סעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות, האוסר על הפליה בתעסוקה מחמת מין, נטייה מינית, מוצא, גזע, דת, מעמד אישי, גיל ועוד. ממילא, ניתן וראוי להסתמך בעת יישומו של סעיף 8 לחוק גם על הפסיקה הענפה העוסקת בסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות, בשינויים המחויבים. כך, ולמשל, לגבי סעיף 2(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות, הקובע כי "רואים כהפליה



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

גם קביעת תנאים שלא ממין העניין" (בדומה לסעיף 8(ב) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות), נקבע כי גם הפליה תוצאתית, שאינה ישירה אך נובעת מקביעת תנאים המשליכים באופן שונה על הקבוצה המוגנת, היא אסורה לפי החוק (דנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000); להלן: דנג"צ רקנט; ע"ע (ארצי) 203/09 רשת הגנים של אגודת ישראל - שמחה בוסי (2.10.11)). דברים דומים אכן נקבעו, בבג"צ מחמלי, גם ביחס לאנשים עם מוגבלויות.

אשר לסעיף 2(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, הקובע - באופן דומה אך לא זהה לסעיף 8(ג) לחוק שלפנינו - כי "אין רואים הפליה לפי סעיף זה כאשר היא מתחייבת מאופיים או ממהותם של התפקיד או המשרה", נקבע בפסיקה כי את שאלה זו יש לבחון על פי מבחן הרלוונטיות, תוך הפעלת אמות מידה של סבירות ומידתיות (דנג"צ רקנט). עוד הובהר כי יש ליתן לסייג זה פירוש מצמצם, באופן התואם את תכליתו של החוק בכללותו (דב"ע (ארצי) נא/3-8 מדינת ישראל - חברת גסטטנר בע"מ, פד"ע כד 65 (1992)), כך ש"לא דעתו של מציע העבודה היא הקובעת, אלא מבחן אובייקטיבי" (שם). בספרות הוצע, כי התכונה או היכולת הנדרשת תהא קשורה בקשר הדוק למהות העסק, כך שאי הסתמכות על אבחנה הקשורה בתכונה או ביכולת תחתור תחת מהותו של העסק על פי אמת מידה אובייקטיבית (שרון רבין-מרגליות, המקרה החמקמק של אפליה בעבודה - כיצד מוכיחים את קיומה, הפרקליט מד 529, בעמ' 551 (1999); להלן: רבין-מרגליות).

55. עוד נקבע בפסיקה לעניין חוק שוויון ההזדמנויות, כי "המבחן לגיבוש עילת התביעה הקבוע בחוק שוויון הזדמנויות הוא מבחן של קשר סיבתי. ההפליה האסורה לפי חוק זה היא הפליה 'מחמת' מאפיין זהות כלשהו של העובד שעל המעביד נאסר להתחשב בו" (בג"צ 1758/11 גורן נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (17.5.12); להלן: בג"צ גורן). לצורך גיבושה של עילת תביעה מכוח חוק שוויון הזדמנויות - ובאופן דומה לצורך סעיף 8 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות - יש להראות לפיכך כי אחד השיקולים ששקל המעסיק בעניינו של העובד הוא שיקול אסור הנוגע לאחד ממאפייני הזהות המנויים בחוק, ובעניינו להיותו אדם עם מוגבלות. עם זאת אין רלוונטיות למניע, ואין צורך להוכיח כוונה להפלות, "ואף כוונה טובה אינה רלוונטית" (דב"ע (ארצי) נו/3-129 שרון פלוטקין - אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481 (1997); להלן: עניין פלוטקין). באופן דומה כבר נקבע בבג"צ מחמלי לגבי אנשים עם מוגבלות, כי אין צורך להוכיח כוונה להפלות, ובהתאם קיומה של הפליה נבחן גם



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

על פי תוצאת הדברים בפועל, ובהתאם לשאלה "אם מבחינה אובייקטיבית-תוצאתית נמצא העובד בעל המוגבלות, במקום העבודה, בנחיתות לעומת מועמדים, או עובדים אחרים, בעלי כישורים דומים לשלו" (שם, בסעיף 34).

עוד נקבע לגבי חוק שוויון ההזדמנויות כי די בכך שאחד השיקולים להחלטה הנבחנת היה שיקול אסור, על מנת "להכתים" את ההחלטה בכללותה (עניין פלוטקין; ע"ע (ארצי) 363/07 שרונה ארביב - פואמיקס בע"מ (26.5.10)). קביעה זו כבר אומצה גם לצורך חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (בג"צ מחמלי, בסעיף 34; ע"ע (ארצי) 7129-10-11 אביבה חג'אג' - תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ (7.4.14); להלך: עניין חג'אג').

56. המחוקק אף הכיר בקשיים הראייתיים הניצבים לפתחו של מי שמבקש להוכיח לקיחה בחשבון של שיקול אסור, נוכח הקושי המובנה "להוכחתן של צפונות הלב והמחשבה" (ע"ע (ארצי) 30585-09-12 חברת יישום פתרונות אנושיים בע"מ - אורית בוסי (4.8.13); כן ראו אצל רבין-מרגליות). לצורך כך חוקק סעיף 9 לחוק שוויון ההזדמנויות, הקובע את היפוך נטל ההוכחה בתביעה לפי אותו חוק, במילים הבאות:

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

(1) לענין קבלה לעבודה, קידום בעבודה, תנאי עבודה, שליחה להכשרה או השתלמות מקצועית, או תשלום פיצויי פיטורים - אם קבע המעסיק לגביהם תנאים או כישורים, ודורש העבודה או העובד, לפי הענין, הוכיחו כי נתקיימו בהם התנאים או הכישורים האמורים;

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

(ב) ...

(ג) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (א), בתובענה של עובד או של דורש עבודה בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על הנתבע כי פעל שלא בניגוד להוראות הסעיף האמור, אם הוכח כי דרש, במישרין או בעקיפין, מעובד או מדורש עבודה, מידע בנושא שהפליה בשלו אסורה מחמת הטעמים המפורטים בסעיף 2(א)."

סעיפים 9(א) ו- (ג) הנ"ל הוחלו במפורש גם על חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (סעיף 13(א) לחוק), תוך הבהרה בסעיף 13(ב) לחוק כי אין בסעיף 9(ג) כדי למנוע קבלת



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

מידע רלוונטי לצורך מילוי הוראות הדין לעניין התאמות, ייצוג הולם, או העדפה מתקנת לאנשים עם מוגבלות, וכן לצורך יישומה של תכנית לקידום שוויון בעבודה בהתאם לתנאי הסעיף. עם זאת סעיף 9(א) הוחל במלואו גם על אנשים עם מוגבלות, ונראה כי יש להחיל על עניינם לא רק את הסעיף כפשוטו אלא את ההלכה הפסוקה שפירשה אותו בהרחבה, והבהירה כי הנסיבות הקבועות בו הן רק דוגמא אחת למצב בו יועבר נטל ההוכחה בתביעות לפי חוק שוויון הזדמנויות לכתפי המעסיק (בג"צ גורן; ע"ע (ארצי) 1842-05-14 עיריית ירושלים - גלית קיזר (28.12.16)).

בבג"צ מחמלי אף הודגש כי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות "מקל... על אנשים עם מוגבלות להוכיח קיומה של אפליה בתעסוקה, לעומת תובעים המבקשים לבסס את תביעתם על חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה" (שם, בסעיפים 34-35). בהליך שלפנינו אין צורך להרחיב בהקשר זה, שכן אין מחלוקת על נטלי ההוכחה.

על כשירות; דרישות מהותיות; היקף ההתאמות; ו"נטל כבד מדי"

57. האמור לעיל משליך גם על פרשנות המונחים השונים שבסעיף 8 לחוק, ומלמד על הצורך לפרש את הסעיף כמכלול אחד שנועד להגשים את תכלית החקיקה. לאור זאת, אין לפרש במנותק ובאופן טכני את דרישת הכשירות (סעיף 8(א) רישא); סייג "הדרישות המהותיות" (סעיף 8(ג)); וסייג ה"נטל הכבד מדי" (סעיף 8(ה)), אלא ליישם כחלק בלתי נפרד מכלל הוראות הסעיף ומהחובה הכלולה בו לביצוע התאמות. בהתאם, נקבע בבג"צ מחמלי כי עת בוחנים את יכולתו של אדם עם מוגבלות לבצע את הדרישות המהותיות של התפקיד, יש לבחון את יכולתו לכך לאחר ביצוע התאמות סבירות אפשריות, ולא טרם לכן. בלשונו של השופט (כתוארו אז) חנן מלצר:

"על מנת לקיים את תכליתו של חוק השוויון, תוך שמירה על הרמוניה חקיקתית, הרי שאת סייג ה'דרישות המהותיות של התפקיד' יש לפרש, לטעמי, כך שהוא יחול רק אם המעביד יראה כי הפלייתו של האדם בעל המוגבלות, לרבות אי ביצוע ההתאמות הנדרשות בנסיבות העניין, מוצדקת מאחר שאין בכוחן של ההתאמות הנדרשות להתגבר על מוגבלות שבעטיה העובד איננו מסוגל לעמוד בדרישה שהיא מהותית לביצוע התפקיד או המשימה, הגם שמכל בחינה אחרת הוא כשיר לביצוע התפקיד.

לגישתי, איפוא, המשמעות של תנאי ה'כשירות', שבו מדבר סעיף 8(א) לחוק השוויון, היא שכדי שתוכר הפליה בין אדם עם מוגבלות - לעובד, או לדורש עבודה אחר, בפרמטרים המנויים בסעיף 8(א) לחוק השוויון, על האדם בעל



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

המוגבלות לעמוד בתנאי סף מקדמיים לעיסוק בתפקיד, או במשרה שעליהם הוא מבקש להתמודד (כגון: השכלה, ניסיון מקצועי, רישיון וכיו"ב), קרי: שתתקיים בו 'כשירות פורמאלית' לתפקיד, וכן שתתקיים בו אותה 'כשירות טבועה' החיונית לביצוע התפקיד (למשל: ראייה - לצורך עיסוק בתפקידי נהיגה).

ככל שמתקיימים אצל העובד כל תנאי ה'כשירות הפורמאלית והטבועה' הנדרשת לתפקיד, זולת בתחום מוגבלותו (כשהיא איננה נוגעת לאותה 'כשירות טבועה' החיונית לביצוע התפקיד) - אזי מוטלת על המעסיק החובה לבצע את ההתאמות הנדרשות בנסיבות העניין כדי להביא לשילובו ולקידומו של האדם בעל המוגבלות בעבודה, תוך 'התאמת' דרישות התפקיד - שאינן חלק מהדרישות המהותיות לתפקיד - למוגבלותו של העובד, והכל כשאינן בביצוע ההתאמות כדי להטיל על המעסיק נטל כבד מדי בנסיבות העניין.

מחדלו של המעסיק מביצוע התאמות כאמור - ייחשב להפליה, אלא אם כן יוכיח המעסיק כי הוא פטור מביצוע ההתאמות, מאחר שמוגבלותו של העובד נוגעת לדרישה שהיא מהותית לביצוע התפקיד ומתחייבת ממנו, ולא ניתן יהיה לעמוד באותה דרישה, גם לאחר שתבוצעה ההתאמות הנדרשות

(בג"צ מחמלי, בסעיף 32; כן ראו בעניין כהן).

58. נובע מדברים אלו כי "כשירות" לצורך הרישא לסעיף 8(א) לחוק ("ובלבד שהם כשירים לתפקיד או למשרה הנדונים") כוללת כשירות "פורמאלית" שעניינה תנאי סף חיצוניים, רלוונטיים וענייניים דוגמת רישיון, הכשרה והשכלה (כל עוד תנאים אלו לא נגועים כשלעצמם בהפליה) וכן כשירות "טבועה" הנוגעת ליכולות תפקוד היורדות לשורשו של התפקיד, שאין כל דרך אפשרית - בכל מחיר ובכל עלות - לבצע "התאמה" שתאפשר את שילובו של אותו אדם בו (וזאת במקרים חריגים ונדירים בהם אין כל מחלוקת בקשר לכך, בדומה לדוגמה שהובאה בבג"צ מחמלי של יכולת ראייה לצורך תפקיד של נהג).

ככלל מוטל הנטל להוכיח את הכשירות לפי רישת סעיף 8(א) לחוק על העובד או דורש העבודה, אך ככל שיציג ראשית ראייה לכך שתנאי הסף ה"פורמאליים" נגועים בהפליה - יעבור הנטל למעסיק להוכיח את נחיצותם וכי לא הייתה דרך סבירה אחרת לקבעם תוך לקיחה בחשבון גם של אנשים עם מוגבלויות (בג"צ מחמלי, בסעיף 35 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) מלצר).



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

59. אשר לכשירות ה"טבועה" - כאמור לעיל העדרה יכול להיקבע (בהתאם לדוגמא שהובאה בבג"צ מחמלי) רק במקרים חריגים ונדירים, בהם אין למעשה מחלוקת בדבר העדר כל התאמה אפשרית (כך שאי ההתאמה "בולטת וברורה" בלשונו של בית הדין האזורי). כך נובע לטעמנו לא רק מהציטוט לעיל מבג"צ מחמלי ומשאר הנמקותיו, אלא גם מתכליתו של החוק ומכלול הוראותיו. לא בכדי צוין בספרות כי דרישת ה"כשירות" מיותרת נוכח קיומו של סעיף 8(ג) לחוק (מור, בעמ' 144, תוך ציטוט עמדתה זו בהסכמה בבג"צ מחמלי, בסעיף 31), כך שיש לפרשה באופן מינימאלי שיגשים את תכלית החוק. לצורך כך אין להציב "סף כניסה" גבוה מדי לסעיף 8, ויש למנוע טענות להעדר כשירות שעלולות להיות מבוססות על דעות קדומות, סטריאוטיפים או היצמדות לנורמות הקיימות תוך העדר יכולת להבחין בקיומן של התאמות.

לאמור יש להוסיף כי ככל שאובדן הכשירות ה"טבועה" התרחש תוך כדי חיי העבודה, היינו לאחר שהעובד כבר מועסק באותו מקום עבודה - מובן כי אין בכך כדי לפגוע בחובות המעסיק כלפי העובד, הן מכוח החוק (כולל חובת ביצוע ההתאמה, וכדוגמא על ידי העברה לתפקיד חלופי מתאים), הן מכוח חובות תום הלב הכלליות, והן מכוח הסכמים קיבוציים ואישיים ככל שקיימים (ע"ע (ארצי) 141/10 ג'קי רבח - דן חברה ציבורית לתחבורה בע"מ (6.12.12); ע"ע (ארצי) 60058-01-13 זלמן שוחט - מע"צ חברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (15.12.16); להלן: עניין שוחט).

60. אשר לסייג "הדרישות המהותיות" המופיע בסעיף 8(ג) לחוק - בחינתו כמפורט לעיל תיעשה במשולב עם בדיקת ההתאמות, כאשר נטל ההוכחה מוטל על המעסיק. על המעסיק להראות ביחס לכל אחת מדרישות התפקיד כי עשה מאמצים "אקטיביים כנים וישרים" (בג"צ מחמלי, בסעיף 35) על מנת לאתר ולבצע את ההתאמות הדרושות כדי לאפשר את שילובו של האדם עם המוגבלות, שאם לא כן ייחשב כמי שהפלה את האדם עם המוגבלות מכוח סעיף 8 לחוק. רק אם יסתבר כי אין באפשרותו של האדם עם המוגבלות לבצע דרישה מהותית של התפקיד גם לאחר ביצוען של התאמות סבירות אפשריות - תהא זו טענת הגנה טובה מצד המעסיק ביחס לאי קבלתו של אותו אדם לתפקיד או למשרה.

על המעסיק להוכיח לפיכך שביצוע ההתאמות מטיל עליו "נטל כבד מדי", או לחלופין שאין התאמות אפשריות לדרישות שהן מהותיות לביצוע התפקיד. דרישה שהיא מהותית לביצוע התפקיד היא דרישה המתחייבת באופן סביר מידתי ואובייקטיבי ממהות התפקיד (בג"צ





## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

מחמלי, בסעיף 33, בו צוטטה בהסכמה גם עמדתה של פרופ' שרון רבין-מרגליות שהובאה בסעיף 54 לעיל), כאשר "יש חשיבות לכך שה'דרישות המהותיות' לתפקיד אכן תהיינה רלבנטיות לאותו תפקיד ומהותיות לביצועו - בבחינת תנאי בלעדיו אין לביצוע התפקיד - ולא תשמשנה ככלי עקיף להכשרת הפליה פסולה" (שם, בסעיף 35). העדר התאמות אפשריות לדרישות שאינן מהותיות - אינו אמור ממילא למנוע את שיבוצו של העובד במשרה.

61. אשר לסוג והיקף ההתאמות שיש לבצע - נקבע כי "ביצוען של ההתאמות הנדרשות על מנת לקיים את החובה המוטלת על המעסיק להימנע מאפלייתם של עובדים בעלי מוגבלות מצריכה גמישות ומעוף מחשבתי מצד המעסיק. החובה לבצע התאמות - חובה שהפרתה נתפסת כהפליה אסורה - מחייבת את המעסיק לראות את מקום העבודה דרך עיניו ומציאות חייו של האדם עם המוגבלות ולהביא בחשבון את צרכיו" (בג"צ מחמלי, בסעיף 28; כן ראו אצל זיו, בעמ' 846; עניין כהן).

ההתאמות הנדרשות עשויות לכלול לא רק את הדוגמאות להתאמות הנקובות בסעיף 8(ה) לחוק ("התאמת מקום העבודה, הציוד שבו, דרישות התפקיד, שעות העבודה, מבדקי קבלה לעבודה, הכשרה והדרכה, נוהלי עבודה"); לא רק את הדוגמאות להתאמות הנקובות בתקנות מימון ההתאמות, ואינן מהוות רשימה סגורה; ולא רק אביזרים והתקנים מכניים או טכנולוגיים, אלא גם שינויים בדרישות התפקיד ועיצובן מחדש; הגמשה של שעות העבודה על ידי פיצולן, או על ידי מתן אפשרות לעבודה במשרה חלקית; שיבוץ בתפקיד חלופי; יצירת משרה חדשה עבור העובד עם המוגבלות, אשר הולמת את מצבו; חריגה אד-הוק מנוהלי העבודה הקבועים; ואף התאמה כלכלית היינו "ספיגת עלות העסקתו של האדם עם המוגבלות ותשלום שכרו על בסיס גבוה יחסית, לעומת תפוקתו, בהתחשב במוגבלותו" (בג"צ מחמלי, בסעיף 28; תוך הפניה בין היתר לפסק דינה של השופטת עידית איצקוביץ ב-עב' (אזורי נצרת) 1732/04 יצחק זה קסטרו דקל - מ.ב.א הזורע (10.7.05)).

רשימה זו אינה סגורה, וקשת האפשרויות היא למעשה אינסופית. לצורך בחינת ההתאמות וביצוען מצופה ממעסיק להיעזר באיש מקצוע רלוונטי שהוא בעל מומחיות בשילוב אנשים עם מוגבלויות בתעסוקה, ולא די באמירה בעלמא לפיה "נבחנו כל האפשרויות". עוד הודגש כי "על המעסיק גם לשתף את העובד בעל המוגבלות בתהליך איתורן של ההתאמות



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

הנדרשות ובביצוען, ולהתרשם ממנו על יכולותיו, ועל האופן שבו הוא רואה את יכולתו להשתלב בעבודה חרף מוגבלותו" (בג"צ מחמלי, בסעיף 35).

62. החובה בביצוע התאמות אינה מוחלטת, אלא כפופה בהתאם להוראות החוק לסייג ה"נטל הכבד מדי", המוגדר כ"נטל בלתי סביר בנסיבות העניין, בהתחשב, בין היתר, בעלות ההתאמה וטיבה, בגודל העסק ובמבנהו, בהיקף הפעילות, במספר העובדים, בהרכב כוח האדם, ובקיומם של מקורות מימון חיצוניים או ממלכתיים לביצוע ההתאמה" (סעיף 8(ה) לחוק).

סייג זה נועד "לאזן בין זכותם של אנשים עם מוגבלויות שלא להיות מופלים לרעה... לבין הנטל המוטל על המעסיקים להתאים את מקום עבודתם, וזאת כדי שלא להביא לידי פגיעה כלכלית חמורה בעסק. המבחן הוא של סבירות ההתאמה, כאשר רק נטל בלתי סביר - בהתחשב במכלול המשאבים המצויים בידי המעסיק - ייחשב כ"נטל כבד מדי", שיצדיק פטור מביצוע ההתאמות" (בג"צ מחמלי; כן ראו אצל מור, בעמ' 122; גדעון ספיר, הצדקות לחובה לערוך התאמות בתחום התעסוקה בעבור אנשים עם מוגבלות, משפט וממשל י"ג 411 (2011), בעמ' 427; להלן: ספיר). כחלק מנוסחה זו נלקחים בחשבון גם האמצעים שתעמיד המדינה לצורך מימון ההתאמות (מור, בעמ' 123; כן ראו את תקנות מימון ההתאמות).

63. סייג דומה מופיע גם בהוראות אחרות של החוק, דוגמת סעיף 19ט'(ב)(2), המאפשר לשר לקבוע פטור מלא או חלקי מהתאמות הנגישות לעניין מקומות ציבוריים קיימים, ככל שביצוע התאמות הנגישות יהווה "נטל כבד מדי" (אך פטור זה לא יחול על מקום ציבורי שהאחראי לו הוא רשות ציבורית - סעיף קטן (ה)(1)). גם בסעיף 19"ב(ב)(2) נקבע כי בתקנות שייקבעו על ידי שר המשפטים בדבר התאמות הנגישות הנדרשות לשירותים ציבוריים, ניתן יהיה לקבוע פטור מלא או חלקי ככל ש"ביצוע התאמות נגישות בשירות יהווה נטל כבד מדי".

באותו אופן קובע סעיף 19"ג, המגדיר סייגים לחובת הנגישות, כי מי שחייב בביצוע התאמות נגישות במקום ציבורי קיים או בשירות ציבורי, יהיה פטור מביצוע התאמת נגישות מסוימת ככל שיש בה כדי להטיל נטל כבד מדי, בהתחשב ברשימת הפרמטרים הנקובה בסעיף לרבות סוג השירות או המקום, היקף הפעילות לרבות היקף האוכלוסייה הנדרשת לשירות או למקום, טיב התאמת הנגישות ועלותה, קיומם של מקורות מימון חיצוניים



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

וממלכתיים לביצוע ההתאמות, קיומן של חלופות לאותו שירות או מקום הניתנות בידי אותו גורם בקרבת מקום, והיקף מחזור ההכנסות או שיעור הרווח של מי שאחראי לביצוע התאמות הנגישות. הגדרות אלו מלמדות אף הן כי המבחנים הרלוונטיים הם של סבירות ומידתיות, בהתחשב במכלול הנסיבות הרלוונטיות ותוך לקיחה בחשבון (בין היתר) את מידת התועלת לציבור כתוצאה מביצוע ההתאמות כמו גם את עלותה והשלכותיה של עלות זו על הגוף הספציפי שנדרש להוציאה.

64. ראוי לציין כי הדרך בה הגדיר המחוקק את סייג ה"נטל הכבד מדי", כמו גם הדרך בה הגדיר את החובה הרחבה בביצוע התאמות, מלמדת כי נקודת המוצא של החוק היא כי מעסיקים, גם פרטיים, וגם בינוניים או קטנים (כל עוד הם מעסיקים לפחות ששה עובדים), יחויבו ליטול על עצמם "נטל" מסוים, לרבות כלכלי, ואף "נטל כבד" (כל עוד אינו כבד "מדי"), לצורך השגת תכלית החוק של שילוב והשתתפות אנשים עם מוגבלות בשוק העבודה (להצדקות לכך ראו אצל מור, בעמ' 111-112, וכן אצל ספיר).

בהקשר זה נקבע זה מכבר כי "זכויות אדם עולות כסף. הבטחת שוויון עולה כסף. לרוב הדרישה לתשלום ה'מחיר' באה כלפי השלטון... אך מקום שזכויות האדם, כמו השוויון, חלות ביחסים בין פרטים, הם אלה שצריכים לשאת במחיר הנדרש... זהו מחיר שכדאי וצריך לשלמו כדי להבטיח את היותנו חברה שומרת זכויות אדם ומכבדת שוויון. בוודאי כך כאשר הדרישה לשוויון נקבעה במפורש על ידי המחוקק" (דנג"צ רקנט). בהתאם הודגש גם בבג"צ מחמלי, כי החוק מחייב את המעסיק "להוציא כסף כדי להתאים את סביבת העבודה (במובן הרחב של מושג זה) לצרכיו המיוחדים של העובד עם המוגבלות... חיובם של מעבידים (לרבות מהמגזר הפרטי), בביצוע התאמות שיאפשרו את: קליטתם, שילובם, קידומם והישארותם של אנשים עם מוגבלות, במקום העבודה - מגלם את הרעיון שלפיו: 'הבטחת שוויון הזדמנויות לנכה עולה כסף. חברה האמונה על ברכי כבוד האדם, החירות והשוויון מוכנה לשלם את המחיר הנדרש'" (שם, בסעיף 29; תוך ציטוט עמדתו של הנשיא (בדימוס) אהרן ברק בבג"צ 7081/93 בוצר נ' המועצה המקומית מכבים רעות, פ"ד נ(1) 19 (1996); ההדגשה אינה במקור).

65. נובע מהאמור לעיל כי אין נוסחה חד משמעית או מתמטית באמצעותה ניתן להגדיר מה ייחשב כ"נטל כבד מדי", ומדובר באיזון עדין הלוקח בחשבון את כלל הנסיבות. בין היתר יש לבחון את עלות ההתאמה מבחינה כספית; האם מדובר בעלות חד פעמית או



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

שוטפת/מתמשכת; מספר העובדים באותו מקום עבודה בכלל ובתפקיד הספציפי בפרט; משמעותה של עלות ההתאמה ביחס לגודלו של המעסיק והיקף פעילותו, לרבות מחזור ורווח ככל שרלוונטיים, ולרבות ביחס להיקף הוצאות כוח האדם של המעסיק בכלל וביחס לסוג המשרה הרלוונטי בפרט; האם מדובר במעסיק פרטי, ציבורי או דו מהותי; האם ההתאמה תסייע לעובד אחד או מספר עובדים (קיימים או פוטנציאליים), ואולי גם ללקוחות או קבלני משנה או גורמים נוספים; והאם ההתאמה נדרשת לעובד ותיק באותו מקום עבודה שכבר השקיע ממרצו וכישוריו לטובת העסק, או שמא למועמד לעבודה שטרם החל עבודתו ויש לו אפשרות שוות ערך לעבוד במקומות עבודה אחרים.

עוד יש לקחת בחשבון את היקף משרתו של העובד והאם מדובר בהעסקה לפרק זמן קצוב או לתקופה בלתי מוגדרת; האם קיימות התאמות חלופיות שייתכן ואינן מובילות להתאמה מיטבית אך עלותן פחותה; השלכותיה של ההתאמה על מקום העבודה בכללותו, בהתחשב בין היתר במבנהו הפיזי (ככל שרלוונטי להתאמה); אי הנוחות או ההכבדה הנגרמת לעובדים אחרים (כולל מנהלים), ככל שקיימת, והיקפה; האם נעשתה פנייה למימון חיצוני או ממלכתי לצורך ביצוע ההתאמה, בין מכוח תקנות מימון ההתאמות ובין בדרך אחרת, והאם התקבל מימון כאמור; האם המעסיק כבר נדרש להשקיע כספים לצורך ביצוע התאמות לעובדים עם מוגבלות ובאיזה היקף; וכיו"ב. מיותר לציין שאין מדובר ברשימה סגורה וייתכנו גם שיקולים נוספים בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה.

66. לא כל המבחנים רלוונטיים בכל מקרה, ולא לכולם אותו משקל. המבחן הכללי הוא מבחן של סבירות ומידתיות, בהתחשב במכלול הנסיבות והמאפיינים של מקום העבודה, של העובד ושל ההתאמה הנדרשת, ונטל הוכחתו מוטל כאמור על המעסיק. בהקשר זה ראוי לזכור כי במקרים רבים ההתאמות אינן כרוכות בעלות כלשהי או שעלותן נמוכה ביותר (**אופיר ואורנשטיין**, בעמ' 67), והאתגר העיקרי הוא לפיכך פתיחות מחשבתית לאיתורן.

לפי בג"צ **מחמלי**, מחויבויות המעסיק מכוח החוק מתעצמות כאשר מדובר במוגבלות שנגרמה עקב העבודה ובמהלכה. כך נקבע גם בעניין **כהן** - "עת מדובר באדם עם מוגבלות שכבר מילא את התפקיד ובמהלך תקופת העבודה נוצרה מוגבלות או החמירה מוגבלות קיימת, ובמיוחד אם מדובר באדם שעבד באותו מקום עבודה תקופה ממושכת, הרי שמעבר לחובה המוטלת על המעסיק לבצע התאמות סבירות מכוח חוק השוויון, מוטלת על המעסיק



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

החובה לנסות ולאפשר לעבוד להמשיך בעבודתו גם מכוח חובת תום הלב המוגברת החלה ביחסי עבודה" (שם, בסעיף 21; כן ראו את בש"א (אזורי ת"א) 5712/03 פנחס שטיינברג - חברת החשמל לישראל בע"מ (30.12.03)).

67. נתון נוסף שייתכן ויש לקחת בחשבון הוא סוג המוגבלות ומאפייניה הייחודיים (וראו בקשר לכך את פסק דינה של השופטת נטע רות ב-ס"ע (אזורי ת"א) 15697-02-11 מיכל דוד - גי.סי. הלתי'קר בע"מ (27.6.11), בו קבעה כי אמות המידה ביחס להיקף החובה לביצוע התאמות צריכות להיקבע "בשים לב לקטגוריות השונות של אנשים עם מוגבלויות ובהתאם לצרכים ולמאפיינים הייחודיים של כל קטגוריה"). אפשרות זו תישאר ב"צריך עיון" ומועלית להשלמת התמונה.

דרך אפשרית לאיזון הוצעה על ידי המלומד פרופ' גדעון ספיר, ולפיה "הצעתי היא... להפעיל את החובה לערוך התאמות לאורה של מערכת שיקולים שתחבר יעילות עם צדק... חיבור בין יעילות וצדק יחייב עריכת התאמה גם אם עלות ההתאמה עולה על התועלת הכלכלית שתנבע ממנה, אך הוא גם יפטור מעסיק מן החובה במקרים שבהם הפער בין העלות לתועלת יהיה גבוה באופן משמעותי. הצעה זו מתיישבת יפה עם לשונו המפורשת של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. החוק מטיל חובה לערוך התאמות ופותר ממנה במקרים שבהם הדבר "יטיל על המעביד נטל כבד מדי". זו בדיוק הנקודה שבה שיקולי צדק ושיקולי יעילות יכולים וצריכים להשתלב ולהתאזן" (ספיר, בעמ' 438). עם זאת נעיר כי קיים קושי בכימות ה"תועלת", שכן חלק גדול ממנה נוגע להגנה על כבוד האדם של האדם עם המוגבלות, שאינו ניתן לכימות כספי. לפי דעה אחרת, המבחן כלל אינו אמור להיות השוואה בין עלות לתועלת אלא בין העלות לבין המשאבים העומדים לרשות המעסיק (Mark Weber, (Unreasonable Accommodations and Due Hardship, 62 Fl. L. Rev. 1119 (2010)).

68. אשר לדרך היישום בפועל של כל האמור לעיל בחיי העבודה השוטפים נציין כי קשה לקבוע "תרשים זרימה" אחיד, שכן יש מגוון עצום של מצבים בהם מתעוררת הדרישה להתאמות וכדוגמא בלבד - לא הרי מועמד לעבודה כעובד שמועסק במקום העבודה מזה שנים ומצבו הרפואי השתנה תוך כדי עבודתו. ככלל, כאשר עובד מציג בפני מעסיק אישור רופא תעסוקתי המאפשר את חזרתו לעבודה (או את המשך עבודתו) במגבלות רפואיות מסוימות - על המעסיק לקיים את האמור באישור, ולהחזיר את העובד לעבודתו בכפוף לתנאים שנקבעו על ידי הרופא, מבלי שהעובד נדרש להציג כל מסמך נוסף אחר או חוות דעת של גורם מקצועי



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

נוסף (וראו את שנפסק בעניין זה בעניין שוחט: "מרגע שרופא תעסוקתי קבע כי המערער מסוגל מבחינה רפואית לחזור לעבודתו (אם כי בהיקף משרה חלקי) - זו הנחת המוצא מכוחה על המעסיק לפעול, ולא ניתן היה להסיק (מבלי לתקוף את האישור הרפואי באחת הדרכים הנקובות לעיל) כי למרות האישור האמור - המערער אינו מסוגל לבצע את תפקידו"). לצורך החזרת העובד לעבודתו מוטלת על המעסיק חובת ביצוע ההתאמות, לפי הצורך, וזאת בנפש חפצה, באופן אקטיבי ויצירתי, ותוך שיתוף העובד. ככל שמעסיק סבור שההגבלות שנקבעו על ידי הרופא התעסוקתי פוגעות בכשירות טבועה הנדרשת לצורך התפקיד (כהגדרתה לעיל) - עליו לנסות ולהעביר את העובד לתפקיד אחר, בתיאום עמו, המתאים למגבלותיו הרפואיות (כל זאת בכפוף להסכמים הקיבוציים באותו מקום עבודה).

69. ככל שהמעסיק סבור שאין כל אפשרות מעשית ליישם את ההגבלות שנקבעו על ידי הרופא התעסוקתי במקום העבודה, מאחר שההגבלות נוגעות לכשירות טבועה ו/או אין כל התאמות שניתן לבצע ו/או ההתאמות מהוות נטל כבד מדי ו/או אין כל תפקיד חלופי מתאים אחר, גם לאחר ביצוע התאמות בתפקיד החלופי - מצופה מהמעסיק שלא להסתפק בכך, אלא לבדוק ולאתגר את הנחותיו באמצעות חוות דעת של גורם מקצועי מתאים, שיש לו מומחיות וניסיון בהשמת עובדים עם מוגבלויות ובביצוע התאמות. חוות דעת כאמור אמורה לכלול התייחסות מפורטת לפרטי התפקיד ומאפייניו; פרטי מקום העבודה ותפקידים חלופיים בו; פרטי ההתאמות שנבדקו ועלויותיהן לעומת אפשרויותיו הכלכליות של המעסיק; וכיו"ב, וצריכה להינתן לאחר ביקור במקום העבודה ושיחה עם כל הגורמים הרלוונטיים לרבות נציג ועד העובדים (ככל שקיים במקום העבודה) והעובד עצמו. לאחר קבלת חוות דעת כאמור, יש להעבירה לידי העובד ולאפשר לו להתייחס אליה, וזאת טרם שהמעסיק יקבל החלטה ניהולית לגבי המשך דרכו של העובד במקום העבודה.

הצורך בקבלת ייעוץ מקצועי נובע מהשוני התפיסתי המהותי שיצר החוק כמפורט לעיל, כאשר מדובר בתחום חדש וממילא מרבית המעסיקים עדיין אינם מנוסים בו; אינם מודעים לכל ההתאמות האפשריות; ואף עלולים להתקשות בפריצתן של דרכי המחשבה המקובלות. משכך, ומבלי לקבוע מסמרות שכן כל מקרה ייבחן לפי נסיבותיו, העדרה של חוות דעת מקצועית עשוי לפעול לחובת המעסיק בנסיבות המתאימות. לכך נוסף כי על מנת לסייע למעסיקים, בפרט מעסיקים קטנים ובינוניים, ליישם דברים אלו, מומלץ לגורמים



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

הרלוונטיים במדינה לשקול להעמיד לרשותם יועצים מקצועיים מתאימים, או לכל הפחות לסייע במימון הייעוץ הדרוש.

### מן הכלל אל הפרט

70. במקרה שלפנינו, לא הייתה מחלוקת כי העובד הוא בגדר "אדם עם מוגבלות" כמשמעותו בסעיף 5 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, שהרי קיימת מגבלה תפקודית ניכרת על יכולת עבודתו וייתכן שגם על תחומי חיים אחרים (לפרשנות המונח ראו למשל בעניין **תרכובות ברום**). בנוסף לא הייתה מחלוקת כי החלטתה של החברה להוציא את העובד לחופשה ללא תשלום ללא הגבלת זמן (שמשמעותה המעשית קרובה מאוד לפיטורים) נבעה אך ורק ממצבו הבריאותי ומההגבלות שנקבעו לגביו על ידי הרופא התעסוקתי.

התנהלות זו כלפי העובד, מטעמים הנוצצים באופן ישיר במוגבלותו, מהווה על פני הדברים הפליה בניגוד לסעיף 8 לחוק, ומשכך הועבר הנטל לחברה להוכיח את אחת מטענות ההגנה האפשריות מכוח החוק. החברה העלתה למעשה את כל הטענות האפשריות - הן טענת הכשירות; הן טענת הדרישות המהותיות; הן טענת העדר התאמות; והן הטענה בדבר "נטל כבד מדי". עם זאת לטעמנו, כפי שיפורט להלן וכפי שקבע גם בית הדין האזורי, לא עלה בידה להוכיח אף אחת מהן.

71. אשר לטענת העדר הכשירות נציין, כי העובד עמד בנטל להוכיח כשירות "פורמאלית" שהרי ביצע את התפקיד של מפעיל כימי משך שנים ארוכות טרם פציעתו, ולא נטען כי נדרשת לצורך ביצועו הסמכה פורמאלית כלשהי שהוא אינו עומד בה. אשר לכשירות "טבעה" - מצבו הרפואי של העובד בעקבות פציעתו בוודאי לא שולל ממנו באופן מוחלט וקטגורי את האפשרות לבצע את התפקיד, ונזכיר כי העדר כשירות מסוג זה מתקיים רק במצבים חריגים ונדירים בהם לא יכולה להיות מחלוקת בדבר העדר כל אפשרות "התאמה" שעשויה לגשר בין צרכי התפקיד לבין יכולותיו של העובד. זהו בוודאי לא המקרה בנסיבות שלפנינו, בהן העובד אף ביצע בפועל את תפקידו משך תקופות לא קצרות גם לאחר פציעתו ועם מגבלות דומות.

החברה אמנם רמזה לסיכונים בטיחותיים לעובד ולסביבתו שעלולים להיגרם כתוצאה מהמשך עבודתו על אף מצבו הבריאותי, בכלל ובהתחשב בהיותה מפעל כימי בפרט, אך לא





## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

הוכיחה זאת והסתפקה בהעלאת הטענה בעלמא (כפי שאף קבע בית הדין האזורי). בהקשר זה יש להיזהר מהעלאת חששות המבוססים על דעות קדומות ומייחוס מוגבלויות שאינן קיימות. כל עוד רופא תעסוקתי שזו מומחיותו קבע כי יש באפשרות העובד לחזור לעבודתו הספציפית במפעל, במגבלות של משמרת לילה ואי הרמת משא כבד בלבד - בעלי התפקידים בחברה אינם מוסמכים לקבוע על דעת עצמם כי לעובד הגבלות נוספות. לכל היותר רשאית הייתה החברה לפנות לרופא התעסוקתי לקבלת הסברים, או לבקש מהעובד להיבדק על ידי רופא נוסף (ככל שקיימת סמכות לבקש זאת, ואין צורך כי נכריע בכך), אך בוודאי שלא רשאית הייתה להחליט על דעת עצמה שקיימות הגבלות נוספות שלא צוינו באישור הרופא.

72. אשר לטענה בדבר אי עמידה בדרישה מהותית של התפקיד, מעצם כך שהעובד מוגבל מהרמת משא כבד העולה על 10 ק"ג - החברה אמנם טענה כי חלק נכבד ממשרת המפעיל הכימי כרוך בהרמת משאות כבדים כך שמדובר בדרישה מהותית שהיא חלק אינהרנטי מהתפקיד ובלעדיו לא ניתן לבצעו, אך לא הוכיחה זאת כלל ועיקר.

ראשית, החברה לא הציגה ראיות בפני בית הדין האזורי בדבר מהותו המדויקת של התפקיד והיקף הרמת המשאות הכרוך בו (באחוזים, בזמן עבודה או בכל דרך אחרת). כל שצוין הוא כי העובד נדרש להרים "כמה עשרות שקים" מדי משמרת (כאשר לפי הנתונים שנמסרו לגבי גנים בהליך הערעור - מדובר בהרמה של 13 שקים בלבד במשמרת בת שמונה שעות). כיוון שלא צוין המרחק בו אמור העובד לשאת כל שק כאמור, נראה כי מדובר בהרמה בלבד לצורך הזנת החומר למכונה, ועל פני הדברים מדובר בפעולה קצרה שנעשית בתחילת המשמרת או מספר פעמים מצומצם במהלכה. ואכן, גם מחוות דעתה של גבי גנים, המומחית שמונתה על ידינו, שניתנה לאחר ביקור במפעל ושיחות עם בעלי התפקידים בו על מאפייני התפקידים השונים, עולה כי הרמת המשא הכבד אינה חלק עיקרי או מהותי בתפקיד, ולא ברור כיצד הסיקה ממנה החברה כי פעולת הרמת השקים מגיעה לכדי 50% מהעבודה (טענה שכלל לא נטענה על ידה טרם שניתנה חוות דעתה של המומחית). לא בכדי שוכנעה המומחית כי העובד יכול להמשיך ולבצע את תפקידו כמפעיל במתקן 03 עם התאמות, ונזכיר כי החברה לא ביקשה להפנות אליה שאלות הבהרה כלשהן בקשר לכך.

73. שנית, החברה במכתבה מיום 5.9.17 שניתן במהלך ההליכים בערעור הציעה לעובד באופן מפורש לחזור לתפקידו הרגיל, בלא שראתה כל קושי במגבלת הרמת המשאות, וציינה כדבר





## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

מובן מאליו כי העובדים האחרים יסייעו לו במידת הצורך. מכתב זה מעיד בדרך הטובה ביותר כי נושא המשאות בוודאי אינו מרכזי ואינהרנטי לתפקיד, וכי יש לו פתרון פשוט. ואכן, גם בחוות הדעת שביקשה החברה עצמה להגיש (של גב' איה חסדאי) מודגש שיש לסחיבת השקים פתרונות ארגונומיים, וכי לא זו הבעיה שתמנע את המשך עבודתו של העובד בתפקיד אותו ביצע גם קודם לכן.

שלישית, מהראיות עלה כי עובדים אחרים של החברה, המועסקים אף הם כמפעילים כימיים, מוגבלים אף הם מהרמת משאות (כפי שהעיד העובד ולא נסתר, וכפי שאישר מנהל המפעל בעדותו לגבי שני עובדים), ולמרות זאת מצליחה החברה "לספוג" זאת בדרכים כאלה ואחרות, ובעיקר על ידי הפתרון הפשוט של סיוע חברי בין המפעילים המועסקים באותה משמרת. החברה לא טענה, ואף לא הוכיחה, כי הסיוע לאותם עובדים שונה מהסיוע שנדרש לעובד, או שצורך הסיוע להם מתייחס לפרקי זמן קצרים בלבד. הדברים עלו בבירור גם מחוות דעתה של גב' חסדאי שניתנה כאמור לבקשת החברה עצמה, שצפתה בעובד עם מוגבלות (לאחר פריצת דיסק) מבצע את תפקידו של העובד, ובה הדגישה כי **"ניכר ונצפה שבתרבות העובדים מושרש לעזור אחד לשני במשמרות בהם עובד מבקש להקל עליו... כל העובדים מודעים לצורך לעזור אחד לשני ונרתמים לכך"**.

74. רביעית, ברמה העובדתית, אין מחלוקת שהעובד מילא בפועל את תפקיד המפעיל הכימי משך תקופה לא מבוטלת לאחר פציעתו, כאשר בשמונה חודשים מתוך התקופה הזו הייתה לו את אותה מגבלה מהרמת משאות. זאת, מבלי שנטען (או הוכח) שאי הרמת השקים על ידו במהלך אותם חודשים פגעה באופן מהותי בביצוע התפקיד על ידו. נהפוך הוא - עלה מחומר הראיות שבאופן טבעי חבריו של העובד סייעו לו בביצוע המטלות הפיזיות שאסור היה לו לבצע, מבלי שהלינו על כך ומבלי שנטען (או הוכח) כי הדבר יצר קושי כלשהו מצד אותם עובדים או כלפיהם.

לא בכדי, כאשר נשאל מנהל המפעל מר רומן שכנוביץ' בבית הדין האזורי האם נכון שאין זה בלתי אפשרי לשלב את העובד בעבודה על אף המגבלות, השיב - **"עובדה שגם הצלחנו לתקופות ארוכות"** (עמ' 22). כאשר נשאל אם שמונה חודשים זו תקופה ארוכה, השיב - **"לגבי מפעל יצרני שצריך לעמוד בתפוקות ולהיות תחרותי זאת תקופה לא מבוטלת יחד עם האחריות הבטיחותית שנוטלים על עצמם המנהלים בחברה כאשר מנהלים עבודה של בן אדם מוגבל"** (שם). כאשר נשאל אם יוכל למלא אחר הוראת בית הדין ככל שיורה להחזיר



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

את העובד לעבודתו לפי אישורו של הרופא התעסוקתי, השיב כי "אני מכבד את בית הדין בישראל" (עמ' 26). כאשר התבקש לפרט כיצד יעשה זאת, השיב "לגבי תקופות קצרות יחסית, לאורך חודשים אפשר לבקש התחשבות משאר העובדים במשמרת לבצע את העבודה במקום אותם אנשים (שיש להם מוגבלות - ס.ד.מ), לתקופה ארוכה זה גורם לחוסר מוטיבציה לעובדים בעבודה" (עמ' 27).

75. הטענה לפיה העמסה לאורך זמן של מטלות פיזיות על עובדים אחרים עלולה לפגוע בבריאותם ובמוטיבציה שלהם היא אמנם שובת לב שהרי אין לגרום נזק לעובדים אחרים כתוצאה מביצוע התאמות - אך החברה טענה זאת ללא כל בסיס ראיתי. כדוגמא - לא פורט בכמה עובדים מדובר; האם ניתן לחלק את המשמרות כך שהסיוע לא יוטל בכל פעם על אותו עובד; האם מי מהעובדים (או ועד העובדים) התלונן על הצורך בסיוע; האם אכן יש חשש אמיתי, על בסיס בדיקה של מומחה מתאים או על סמך תקנות הבטיחות בעבודה הרלוונטיות, משחיקה או פגיעה בבריאות; האם סיוע לחברים לעבודה לא עשוי דווקא לשפר את יחסי האנוש במקום העבודה ולתרום לתחושת הסיפוק והשייכות של העובדים האחרים; האם נבדקה האפשרות לתת לעובדים תגמול נוסף על הסיוע שיתבקשו ליתן לעובד; וכיו"ב.

דבריו של מר שכנוביץ' שצוטטו לעיל מלמדים לטעמנו כי התאמה הייתה אפשרית לכל אורך הדרך, אך בשלב מסוים החליטה החברה מטעמיה לחדול מלבצע אותה, מבלי שהפנימה את השינוי המשמעותי שיצר החוק בקשר לכך. עוד עולה מהדברים חשש לקיומן של דעות קדומות לגבי יכולותיו של אדם עם מוגבלות; כפי שכבר הבהרנו לעיל, החברה אינה יכולה לקבוע על דעת עצמה שהעובד מוגבל יותר ממה שקבע לו הרופא, ושהמשך עבודתו בתנאים שנקבעו על ידי הרופא התעסוקתי יכול ליצור סיכון לו או לאחרים.

76. מהאמור לעיל עולה כי החברה כלל לא הוכיחה כי הרמת המשאות מהווה דרישה מהותית שבלעדיה אין של התפקיד או כי מדובר בחלק מרכזי או משמעותי של העבודה. החברה אף בוודאי לא הוכיחה את העדרן של התאמות סבירות שיכולות היו לתת מענה לכך, כאשר נזכיר כי נטל השכנוע בקשר לכך מוטל על כתפיה. החברה לא ביצעה מאמץ כן ואקטיבי למציאת התאמות, כאשר על פני הדברים ההתאמות הנראות לעין הן אמצעים ארגונומיים פשוטים (בדומה לאלו שצוינו בחוות דעתה של גב' חסדאי, וממילא מצויים כבר כיום בחלקם במתקן 03 לצורך סיוע לעובד עם פריצת הדיסק).



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

החברה כלל לא ניסתה לטעון כי בוצעה על ידה בדיקה לאיתור אמצעים ארגונומיים נוספים שיכולים להקל על הרמת השקים, דוגמת גלגלת המנוף שפורטה על ידי גב' חסדאי בחוות דעתה. לפי פרסום של המוסד לבטיחות וגיהות (דוד זיו, פתרונות לטלטול ידני (2012)) - קיימים פתרונות ארגונומיים רבים, פשוטים וקלים ליישום, ל"ניטול ידני" (הכולל הרמה, נשיאה, דחיפה, הזזה וכיו"ב של ציוד או מוצר), לרבות הקטנת משקל המשא (וכדוגמא בענייננו - הקטנת משקל השקים כך שיועברו למפעיל שני שקים במשקל 10 ק"ג במקום כל שק שמשקלו 20 ק"ג); תמיכה או תלייה של השק או הצבתו על משטח הגבהה ניתן להטיה; שימוש באמצעי עזר להרמה שיכולים להיות ידניים, חשמליים, פניאומטיים, מגנטיים, הידראוליים, ואקום או שילוב; הוספת עגלות, גלגלים, מסועים, מוטות, ידיות עזר, או ווי הרמה/דחיפה; שימוש בקרוסלות או שולחן סובב על מנת להעביר משא לעמדת העבודה; וכיו"ב. לא נבדק אילו אמצעים יכולים לסייע להרמת השקים בעמדות העבודה בהן הועסק העובד ומה עלותם, כולל אפשרות לשנות לצורך כך את עמדות העבודה עצמן. ונזכיר מעבר לצורך, כי אמצעים מסוג זה יסייעו לא רק לעובד ולא רק לשני העובדים הנוספים המוגבלים מהרמת משאות אלא לכלל העובדים, שבוודאי לא יתנגדו להפחתת המטלות הפיזיות הכרוכות בתפקידם ככל שניתן למצוא להן פתרון טכני פשוט. ניתן לפיכך להניח כי כלל העובדים, ואף המפעל בכללותו, יפיקו תועלת מהפחתת המטלות הפיזיות ומהקטנת השחיקה שעלולה להיגרם כתוצאה מהן לעובדים.

77. לפתרונות הארגונומיים ניתן במידת הצורך לצרף גם סיוע מסוים מצד העובדים האחרים בכל משמרת (שזו ההתאמה שיושמה בפועל במהלך שמונת החודשים בהם עבד העובד עם המגבלה, ומיושמת גם כלפי העובדים הנוספים המועסקים במפעל ואינם רשאים להרים משאות). אמנם לא ניתן ואין זה סביר להטיל על עובדים אחרים לבצע חלק גדול ומשמעותי או מכביד ממטלותיו של העובד, אך במקרה זה כלל לא הוכח כי הסיוע הנדרש, בהתחשב באמצעים הארגונומיים שכבר קיימים, עולה על סיוע סביר ומידתי כפי שמתבקש מעמית לעבודה בכל מקום עבודה, וכפי שממילא מקובל במפעל עצמו. סיוע כאמור לא אמור להתבצע על ידי עובד אחד אלא ניתן לבצע סבב בין העובדים, במידת הצורך תוך החלפה/הצרחה בין מטלות שונות וחלוקה מחדש של המטלות בין העובדים השונים במשמרת, כך שבתמורה למטלות הפיזיות שתבוצענה על ידי עובד אחר - יבצע העובד חלק ממטלותיו של אותו עובד (האפשרות לחלוקה או הקצאה מחדש של מטלות שוליות כדרך לביצוע התאמות סבירות קבועה במפורש גם בהנחיות נציבות השוויון האמריקאית בנוגע



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

לדרך יישומו של ה- ADA; לאפשרות להאציל חלקים מהתפקיד לעובדים אחרים לפי הפסיקה האמריקאית ראו גם אצל **אופיר ואורנשטיין**, בה"ש 83). ניתן כמובן גם לתגמל את העובד המסייע בתמורה נוספת בגין עזרתו.

במקביל יכולה וצריכה החברה לבחון גם התאמות אחרות, בשיתוף העובד, דוגמת העברתו לתפקיד חלופי. גם אם נניח כי האפשרות להעברת העובד לתפקיד של אחראי משמרת נבחנה ונפסלה מטעמים מוצדקים (הגם שלא הובאו ראיות מספקות לכך מצד החברה, אך בהתחשב במסקנה הזוהה אליה הגיעה גב' גנים), מהראיות עלה כי החברה כלל לא ניסתה בזמן אמת לבחון באופן כן את אפשרות העברתו של העובד כמפעיל למתקן אחר, דוגמת מתקן 05 (כפי שהציע יו"ר ועד העובדים) או מתקן 07 (בו הפעילות הפיזית זניחה כמעט לחלוטין), או אפילו כשומר לתקופה זמנית, אלא הסתפקה באמירה גורפת לפיה כל שאר האפשרויות נבחנו, למרות שכיום ברור (לאור חוות דעתה של המומחית מטעם בית הדין) שלא הייתה כל מניעה ממשית לניוד כאמור. להסרת ספק נבהיר כי איננו מבינים מפסק דינו של בית הדין האזורי כי ביקש לחייב את החברה לשכור עובד חדש על מנת שיבצע אך ורק את המטלות הפיזיות במקום העובד, ואף לא ביקש לחייב את החברה ליצור עבור העובד תפקיד שאינו נדרש. חיוב מעין זה, בנסיבות העניין שלפנינו, אכן חורג מגדר "התאמה" סבירה.

78. אשר למגבלה הנוספת המוטלת בהתאם לאישור הרופא התעסוקתי על העובד, ולפיה אינו מסוגל (לפחות כעת) לבצע משמרות לילה - החברה לא ניסתה לטעון באופן מפורש שהיכולת לעבוד משמרות לילה מהווה דרישה מהותית של התפקיד. גב' גנים לא ראתה בכך קושי כלשהו בחוות דעתה, גם לאחר ביקורה במפעל והתרשמותה מדרכי הפעלתו, על אף שיצאה מנקודת הנחה כי העובד יוכל לעבוד במשמרות בוקר וערב בלבד. נזכיר כי במפעל מועסקים 51 עובדי ייצור (גם אם לא הוברר הרכב כוח האדם המדויק בכל אחד מהמתקנים) ומשמרות הלילה יכולות להתחלק ביניהם, כך שאין מדובר בנטל בלתי סביר על עובד ספציפי (ולפחות לא הוכח כזה). החברה לא הוכיחה כי אין לה אפשרות סבירה, התואמת את הוראות הדין, לחלק בין העובדים האחרים את משמרות הלילה; לא הצביעה על התנגדות כלשהי מצד העובדים האחרים לבצע משמרות לילה נוספות (שתמורתן הגבוהה בצדן); וגם בהקשר זה הסתפקה בטענות כוללניות בדבר חשש משחיקה, מבלי לתמוך אותן בנתונים (ביחס למספר העובדים; דרך חלוקת העבודה ביניהם; מספר משמרות הלילה הנוספות שיידרש כל עובד לבצע כתוצאה מהמגבלה הרפואית של העובד; האם יש עובדים שמתנגדים לתוספת זו;



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

וכיו"ב). נזכיר עוד בהקשר זה כי החברה עצמה טענה בבית הדין האזורי כי משך כשלוש שנים ביצעה שינויים מערכתיים משמעותיים בשיבוצי המשמרות של כלל עובדי ההפעלה, על מנת להתאים למגבלות שנקבעו על ידי הרופא התעסוקתי, ובכך אישרה כי הדבר אפשרי ולא הוכיחה מדוע לא ניתן היה להמשיך כך. מעבר לאמור לעיל ניתן לשקול גם שינויים נוספים, וכדוגמא בלבד - הארכת משמרות הערב בהן יועסק העובד עד השעה חצות, במקום הצבתו במשמרות לילה, וזאת כנגד הפחתת שעות עבודה במשמרות לילה של עובדים אחרים, כחלק מאיזון עומס העבודה בין העובדים השונים במתקן בו יועסק העובד.

לאמור נוסיף כי בהודעתה האחרונה של החברה (במענה לעמדת ההתאחדות) ממילא אישרה היא כי כיום אין לה עוד קושי בהיבט זה נוכח שינוי החוק (תיקון מס' 17 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א - 1951, שתיקן את סעיף 22 לחוק העוסק בעבודת לילה). עם זאת, לא הוכיחה כי גם טרם תיקון החוק הייתה בעיה ממשית.

79. אשר לשאלת ה"נטל הכבד מדי" - כאמור לעיל בית הדין האזורי קבע עובדתית, וקביעתו מקובלת עלינו, כי החברה כלל לא ביצעה בדיקה מלאה, כנה ומקיפה של ההתאמות האפשריות טרם שהחליטה על הוצאת העובד לחל"ת כפויה, ודי בכך כדי לקבוע שהפרה את החוק. משכך, אין צורך לבחון את טענתה בדבר נטל שהוא "כבד מדי", וממילא לא ניתן לבחון זאת מבלי שיש בפנינו פירוט של ההתאמות האפשריות ועלותן. קל וחומר, כאשר לא הובאו ראיות כלשהן להוכחת הנטל וטענות החברה בקשר לכך נותרו כוללניות (החברה אף לא ניסתה לטעון כי עשתה את המאמץ המינימאלי ופנתה בבקשה לקבלת סיוע מכוח תקנות מימון ההתאמות). ראוי להדגיש כי לא כל אי-נוחות או הכבדה ניהולית מהווה "נטל כבד מדי" כאשר לוקחים בחשבון את תכלית החוק כפי שפורטה בהרחבה לעיל. החברה שבה והצהירה שהייתה מוכנה "להתאמץ" ו"ללכת לקראת העובד" לתקופה מוגבלת לאחר התאונה, אך לגישה אין לצפות ממנה להמשיך בכך לאורך זמן. זה בדיוק השוני שיצר חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות. אין עוד צורך ב"חסד" מצד המעסיק או בפעולה "לפנים משורת הדין" מבחינתו, אלא יש לו מחויבות חוקית שלא לפטר את העובד (או להוציאו לחל"ת כפויה) רק בשל מוגבלותו, כל עוד ניתן לבצע התאמות סבירות שיאפשרו את המשך עבודתו. מחויבות זו אינה פוקעת לאחר פרק זמן מסוים, אלא אם עומד המעסיק בנטל להוכיח כי חלוף הזמן הפך את הנטל הכרוך בהתאמות לנטל כבד "מדי" (ובמקרה שלפנינו לא עמדה החברה בנטל האמור כלל ועיקר, גם בהתחשב בכך שהיא מעסיק פרטי ולא גדול).



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

לכך יש להוסיף כי המעסיק לא יכול לצאת ידי חובתו בכך ששילם את הנדרש לפי דין למוסד לביטוח לאומי ולקרן הפנסיה של העובד תוך כדי תקופת עבודתו, ובכך סייע להיווצרותה של "רשת ביטחון סוציאלית". תכליתו של חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות היא השתתפות והשתלבות של אנשים עם מוגבלות בשוק העבודה הלכה למעשה, ותכלית זו לא תוגשם על ידי ישיבת העובד בביתו תוך קבלת קצבאות.

80. נוכח כל האמור לעיל, לא מצאנו הצדקה להתערב בקביעתו של בית הדין האזורי, לפיה החברה הפרה את חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות בהוצאת העובד לחל"ת כפוייה החל מחודש נובמבר 2014, על אף שהעמיד עצמו לרשות העבודה ויכול היה לבצע את תפקידו הרגיל בהתאמות סבירות (או לפחות מבלי שהחברה עמדה בנטל, להוכיח כי אין התאמות כאלה או כי יש בהן משום נטל כבד מדי). למעשה גם קודם לכן נהגה החברה עם העובד שלא כדין, שכן עלה מחומר הראיות (והדברים אף נקבעו עובדתית על ידי בית הדין האזורי) שלחצה עליו לנצל ימי מחלה במקום להמשיך בביצוע עבודתו על סמך אישור הרופא התעסוקתי. בית הדין האזורי הוסיף וקבע כי היה קשר בין התנהלות זו של החברה לבין ניסיונה להסתיר את תאונת העבודה בה נפצע העובד. בהקשר זה נדגיש כי אין צורך להוכיח "מניע" לפעולת החברה, אם כי מובן שיש בעובדה זו שנקבעה על ידי בית הדין האזורי, על סמך התרשמותו מהעדויות, כדי להוסיף נופך חומרה להתנהלותה של החברה.

במאמר מוסגר נוסיף כי לא הוברר אם החברה עומדת גם בחובת הייצוג ההולם מכוח סעיף 9 לחוק, אך נושא זה לא היווה חלק מההתדיינות בבית הדין האזורי.

81. אף לא מצאנו הצדקה להתערב בסעדים שפסק בית הדין האזורי לזכות העובד. משקבע בית הדין שלא הייתה הצדקה להוצאת העובד לחל"ת כפוייה, ומשלא הוכח כי העובד אינו יכול לחזור לעבודתו תוך ביצוע התאמות סבירות - בצדק קבע כי הסעד המתאים הוא ביטול ההוצאה לחל"ת והחזרת העובד לעבודתו. משמעות הדברים היא כי על החברה להחזיר את העובד לעבודה במפעל תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות לצורך שילובו בעבודה, בהתאם למגבלות שנקבעו על ידי הרופא התעסוקתי ובשיתוף העובד, מבלי שבית הדין (או העובד עצמו) אמור להורות לה או לייעץ לה כיצד לעשות זאת (ולכן לא מצאנו ממש בטענה כי פסק דינו של בית הדין האזורי "אינו ניתן ליישום").



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

מעבר לצורך נבהיר כי גם לאחר שנפרשו לפנינו האפשרויות השונות לשילובו של העובד במפעל, לא שוכנענו שעלינו לקבוע עבור הצדדים את הדרך המדויקת בה יש לעשות כן. על פני הדברים, אין סיבה נראית לעין שלא להחזיר את העובד לתפקידו הקודם במתקן 03, שכן גם בו ניתן לבצע התאמות סבירות, ובהתאם לכך גם במכתב החברה מיום 5.9.17 - הוזמן העובד לחזור לתפקיד זה. ככל שהחברה תסבור לאחר בדיקת כל האפשרויות שעדיף לשבץ את העובד במתקן 05 (או במתקן 07) שכן הדרישות הפיזיות במתקנים אלה הן מועטות יותר וכך תידרשנה התאמות פחותות יותר (בעוד שלכאורה לא קיימים הבדלים בשכר, בעיקרי התפקיד או במעמד) - זכותה לשקול זאת, בכפוף להסכמים הקיבוציים החלים בחברה, בכפוף לחובותיה (ככל שקיימות) כלפי ועד העובדים ועובדים אחרים, ולאחר שיתוף העובד, קיום שימוע מסודר ושמיעת עמדתו בקשר לכך. מובן כי עומדת לצדדים גם האפשרות להסכים על השאלתו של העובד לחברת השמירה.

אשר להיעזרות בעובדים אחרים נציין, כי ככל שישתבר (לאחר בדיקת כלל הפתרונות הארגונומיים) שהצורך בכך חורג מהיקף סביר ומקובל כעזרה הזדנית במקום עבודה - יש ליתן עדיפות לפתרונות אחרים (היינו להצבת העובד באחד המתקנים האחרים, בהם הוכח כי הסיוע הנדרש מצומצם יותר), ולחלופין להגיע בקשר לכך להסכם מול ועד העובדים, הלוך בחשבון גם את זכויותיהם של שאר העובדים. על פני הדברים, תגמול נוסף לעובדים המסייעים לעובד במטלות הפיזיות מהווה "התאמה" סבירה שאינה אמורה להיחשב כ"נטל כבד מדי", אך ככל שהחברה תסבור בשלב זה אחרת - תוכל לשוב ולפנות לבית הדין האזורי בקשר לכך, תוך תמיכת טענתה באסמכתאות מתאימות.

82. להסרת ספק נבהיר כי איננו סבורים שיש לחייב את החברה לשלם לעובד תחליף שכר בשווי התמורה בגין משמרות הלילה שביצע טרם פציעתו. מטרתו העיקרית של החוק היא להביא לשילובם השוויוני של אנשים עם מוגבלות בתעסוקה. מטרה זו מושגת מעצם המשך עבודתו של העובד, ובנסיבותיו של מקרה זה - ומבלי לקבוע מסמרות לגבי מקרים אחרים - איננו סבורים כי ה"התאמה" הנדרשת כוללת המשך תשלום שכר לעובד לפי גובה השתכרותו הממוצעת טרם פציעתו, כולל משמרות לילה אותן הוא אינו מבצע בפועל (וכל עוד אינו מבצע בפועל, שכן ייתכן ויוכל לבצע בעתיד). העובד קיבל ומקבל פיצוי על הפגיעה בשכרו באמצעות קצבת נכות מעבודה, תשלומים מקרן הפנסיה (שלא הובררו במלואם) ומחברת הביטוח, ואיננו סבורים כי גם החברה אמורה לשלם לו הפרש שכר מלאכותי כזה. ואכן,



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

העובד והנציבות הסכימו שהעובד אינו אמור לקבל את התוספות המותנות ששולמו לו טרם פציעתו, לרבות התשלום בגין משמרות לילה.

83. אשר לפיצוי בגין הנזק הלא-ממוני - גם אם העובד הוחזר לעבודתו (ובפועל לא הוחזר אליה עד כה, כתוצאה מהליך הערעור והבקשה לעיכוב ביצוע שהגישה החברה והתקבלה), אין בכך כדי ללמד כי לא נגרמה לו עוגמת נפש ממשית וקשה כתוצאה מההתנהלות כלפיו, שפגעה בדימויו העצמי ובכבודו, ואילצה אותו שלא להגיע למקום עבודתו משך למעלה משנתיים עד מועד מתן פסק דינו של בית הדין האזורי, וכמעט שנתיים נוספות לאחר מכן עד היום. בהקשר זה כבר נקבע כי "אין לקבל את הטענה כי בעובדה שהחלטתו המפלה של המעסיק לא יצאה אל הפועל נוכח העובדה שהעובדת נקטה הליך משפטי כנגד ההחלטה, יש כדי לשלול את זכותה של העובדת לפיצוי לא ממוני. קביעה כזו חותרת תחת שתי התכליות של פסיקת פיצוי לא ממוני - מתן פיצוי על הפגיעה בכבוד האדם של העובדת ועגמת הנפש שנגרמו עקב ההפליה, והרתעת המעסיק המפלה וציבור המעסיקים בכלל" (ע"ע (ארצי) 8582-02-13 רשת הגנים של אגודת ישראל - שמחה בוסקי (13.10.16); כן ראו את ע"ע (ארצי) 43366-02-14 צ'רלי אוחנה - איגוד ערים אזור באר שבע (שירותי כבאות) (14.1.18)).

להפרת המחויבויות מכוח החוק מתווספת גם הפרת חובת תום הלב המוגברת מעצם כך שמדובר בעובד ותיק המועסק שנים רבות, אשר נפצע תוך כדי ועקב עבודתו. מקובלים עלינו במלואם דבריו היפים של בית הדין האזורי בהקשר זה, ולפיהם "גישת הנתבעת להשאיר את התובע 'תלוי באוויר' במצב של 'ספק מפוטר', רק משום היותו מוגבל מבחינה רפואית, מהווה אפליה גסה של התובע מחמת מוגבלותו הרפואית ופוגעת בכבודו ובזכותו לשוויון". מעבר לפיצוי על עוגמת הנפש האישית שנגרמה לעובד, יש לקחת בחשבון גם "את המרכיב העונשי-הרתעתי, מפני ביצוע הפרה 'יעילה כלכלית'" (עניין חג'אג). לא מצאנו לפיכך הצדקה להתערב בסכום הפיצוי שנפסק על ידי בית הדין האזורי.

84. אשר לשכר העבודה שנפסק לזכות העובד בגין התקופה בה העמיד עצמו לרשות העבודה החל מחודש נובמבר 2014 ועד הגשת התביעה (מרץ 2015), בסך של 32,696 ₪ - על פני הדברים מקובלת עלינו עמדת העובד כי אין לקזז מסכום זה את קצבת הנכות שקיבל העובד בגין תקופה זו מהמוסד לביטוח לאומי, הן מחמת שקוֹזֶזָה (לטענתו, וכמקובל) מהתביעה הנזיקית שהגיש וכן בהתחשב בכך שניתן במסגרתה ביטוי לפגיעה הכלכלית שנגרמת לו כתוצאה





## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

מהעדר אפשרותו לעבוד במשמרות לילה (עליה אינו מפוצה במסגרת ההתאמות). אף אין לקזז מהסכום שנפסק את הסכומים שקיבל העובד בגין פציעתו מחברת הביטוח, שכן אחריות המעסיק כלפיו מכוח החוק לא נועדה להחזיר את המצב לקדמותו או לפצותו על הנזק שנגרם לו בשל פציעתו. האחריות היא שונה - להבטיח שגם אדם עם מוגבלות יוכל להמשיך ולהיות חלק מהחברה היצרנית ומשוק העבודה.

אשר לטענת החברה כי יש לקזז את הסכומים שקיבל העובד מקרן הפנסיה - בהקשר זה אין בפנינו נתונים מלאים על הסכומים שקיבל העובד מקרן הפנסיה בגין טענתו לאי כושר, ובאילו תקופות. מטעם זה, אין באפשרותנו לקבוע מסמרות בקשר לכך, גם לא בשאלות המשפטיות הכרוכות בכך וטרם לובנו די צרכן.

יש להניח שממילא יתקיימו בין הצדדים הליכים משפטיים נוספים לגבי זכאותו של העובד לשכר עבודה, או פיצוי כספי אחר, בגין תקופות נוספות, ומשכך - כלל השאלות הכרוכות בכך תתבררנה במסגרת הליכים אלה, לאחר שהצדדים יעמידו לצורך כך את מלוא התשתית העובדתית והמשפטית בפני בית הדין. לצורך הערעור שבפנינו - משלא הוצגו בפנינו נתונים על הסכומים שקיבל העובד בתקופה הקצרה שבמחלוקת מקרן הפנסיה, הערעור בסוגיה זו יידחה, מבלי לקבוע מסמרות בשאלות העקרוניות. כך גם הערעור על גובה ההוצאות שנפסקו לחובת החברה בבית הדין האזורי, ולא שוכנענו כי הן בלתי סבירות באופן המצדיק את התערבות ערכאת הערעור.

85. טרם סיום ולהשלמת התמונה נציין כי הצדדים כמעט ולא הפנו בטיעוניהם להוראות ההסכם הקיבוצי החל על עובדי החברה, ואף לא הגישו אותו לעיוננו. גם ההסתדרות בטיעוניה לא התייחסה כלל להוראותיו. משכך, נבחן עניינו של העובד בהתאם להוראות החוק, ולא התייחסנו להשלכותיו האפשריות של ההסכם הקיבוצי.

86. סוף דבר - נוכח כל האמור לעיל, הערעור נדחה. העובד יחזור לעבודתו במפעל, בהתאם לאמור בפסק דינו של בית הדין האזורי ופסק דיננו לעיל, תוך 30 יום ממועד קבלת פסק דין זה על ידי הצדדים. שבוע טרם מועד שובו לעבודה ימציא העובד לחברה אישור עדכני של הרופא התעסוקתי בדבר המגבלות החלות עליו (ככל שחלות). החברה תישא בהוצאות העובד



## בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 61235-02-17

בהליך הערעור בסך של 15,000 ₪, לתשלום תוך 30 יום מהיום שאם לא כן יישא הסכום ריבית כדין והפרשי הצמדה מהיום ועד התשלום בפועל.

במאמר מוסגר מצאנו לנכון להעיר כי לא היה צורך לטעמנו בניסוחים בוטים ואף מתלהמים, בעיקר מצד ב"כ העובד, שהכבידו על ניהול התיק ויצרו קושי מיותר בשיח שנדרש לצורך השבת העובד לעבודתו. במקביל לכך גם החברה סתרה עצמה בטיעוניה לא אחת, החליטה על דעת עצמה שלא לאפשר לעובד ובא כוחו להשתתף בחלק מהסיוור של המומחית במפעל, והערימה קשיים מיותרים על חזרתו של העובד לעבודה שיכולה הייתה להתבצע כבר לפני מספר שנים. אין לנו אלא לקוות כי משלב זה ואילך יחזרו הצדדים לפסים של הידברות ושיתוף פעולה.

עוד מצאנו לנכון להורות על משלוח עותק מפסק דין זה ליועץ המשפטי של משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים כמו גם למנהל המטה לשילוב אנשים עם מוגבלות בעבודה במשרד זה, על מנת שישקלו אם ניתן להרחיב את דרכי היידוע והסיוע למעסיקים פרטיים בכל הנוגע ליישום הוראות החוק ומימון ההתאמות, כמו גם מתן ייעוץ בביצוע התאמות על ידי המדינה או מי מטעמה.

ניתן היום ז' בחשוון תשע"ט (16 באוקטובר 2018) בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

אילן סופר,  
שופט

סיגל דוידוב-מוטולה,  
שופטת

לאה גליקסמן,  
שופטת, אב"ד

מר צבי טבצ'ניק,  
נציג ציבור (מעסיקים)

גברת יעל רון,  
נציגת ציבור (עובדים)