**Warszawa, dnia 28 lutego 2011 roku**

**Radca prawny: Paweł Kisiel (Kr/Kr 2012)**

**Opinia prawna na temat czy przekształcenie Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w spółkę prawa handlowego, zgodnie z projektowaną ustawą o działalności leczniczej (druk sejmowy 3489 ) stanowi przejście zakładu pracy na innego pracodawcę w rozumieniu art. 231 kodeksu pracy?**

**WNIOSKI:**

1. **W razie przekształcenia Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w spółkę prawa handlowego pracownicy SPZOZ stają się z mocy prawa pracownikami nowo powstałej spółki a ich stosunek pracy nie ulega zmianie. Zmienia się tylko pracodawca.**
2. **Projekt ustawy o działalności leczniczej wprowadza jedyny wyjątek od powyższej zasady w sytuacji gdy pracownik świadczy pracę na podstawie powołania. Wówczas stosunek pracy wygasa z mocy prawa mimo, że dochodzi do przejścia zakładu pracy. Taka regulacja prawna jest wewnętrznie sprzeczna.**
3. **Można mieć uzasadnione wątpliwości, czy założenia projektu ustawy – art. 77 ust. 2 w zakresie w jakim stosunek pracy na podstawie powołania wygasa w dniu przekształcenia SPZOZ w spółkę prawa handlowego jest zgodne z:**
4. **art. 3 ust. 1 Dyrektywy Rady 2001/23/WE z dnia 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów;**
5. **art. 231 § 5 Kodeksu pracy;**
6. **art. 32 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 14 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 25 czerwca 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284);**
7. **art. Art. 183a Kodeksu pracy.**

**UZASADNIENIE**

**Ad 1. a)** Projektowana ustawa w art. 77 ust. 1 stanowi, że: z dniem przekształcenia pracownicy przekształcanego samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej stają się, z mocy prawa, pracownikami spółki, o której mowa w art. 65.

Wskazany powyżej przepis stanowi powtórzenie art. 231§ 1 Kodeksu pracy stanowiącego, że *w razie przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę staje się on z mocy prawa stroną w dotychczasowych stosunkach pracy, z zastrzeżeniem przepisów § 5.* Dlatego wątpliwości może budzić sens powtarzania przepisu już istniejącego.

*Z mocy tego przepisu stosunki pracy z pracownikami zatrudnionymi w zakładzie (lub w jego części) w chwili przejęcia zakładu przez innego pracodawcę trwają nadal z tą różnicą, że w miejsce dotychczasowego pracodawcy wstępuje jako strona nowy podmiot posiadający zdolność zatrudniania pracowników w charakterze pracodawcy (art. 3). Nowy pracodawca nabywa na zasadzie następstwa prawnego wszelkie prawa wynikające z nawiązanych stosunków pracy z poprzednim pracodawcą oraz przechodzą nań wszystkie obowiązki, jakie ciążyły na poprzednim pracodawcy wobec pracowników przejętego zakładu. Pracownicy tego zakładu zachowują prawa przysługujące im przed przejściem tego zakładu na nowego pracodawcę i wiążą ich te same obowiązki, jakie byli obowiązani wykonywać wobec poprzedniego pracodawcy. Do czasu wypowiedzenia tych warunków przez nowego pracodawcę strony są związane warunkami dotychczasowymi (por. uchwała SN z dnia 24 października 1997 r., III ZP 35/97, OSNAP 1998, nr 16, poz. 474).* [Komentarz do art.23(1) kodeksu pracy (Dz.U.98.21.94), [w:] R. Celeda, E. Chmielek-Łubińska, L. Florek, G. Goździewicz, A. Hintz, A. Kijowski, Ł. Pisarczyk, J. Skoczyński, B. Wagner, T. Zieliński, Kodeks pracy. Komentarz, LEX, 2009, wyd. V].

Tożsamość przekształcenia SPZOZ w spółkę prawa handlowego z przejściem zakładu pracy wynika również z art. 76 Projektu. Przekształcenie nie stanowi jedynie zmiany formy organizacyjnej, prawnej czy samej nazwy SPZOZ – ów. Zgodnie z art. 76 ust. 2 projektowanej ustawy, poprzez wykreślenie z rejestru przedsiębiorców SPZOZ kończy swój byt prawny*: Z dniem przekształcenia następuje wykreślenie z urzędu samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej z Krajowego Rejestru Sądowego.* Nowo powołana spółka handlowa rozpoczyna byt prawny z dniem wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego. *Dniem przekształcenia samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej w spółkę, o której mowa w art. 65, jest dzień wpisania tej spółki do rejestru przedsiębiorców. (art. 76 ust. 1).* Z punktu widzenia prawa cywilnego dochodzi do zakończenia bytu prawnego jednego podmiotu prawa (SPZOZ) i powstania odrębnego podmiotu (spółki handlowej). Są to dwa zupełnie różne, niezależne od siebie podmioty. Z punktu widzenia prawa pracy rodzi to skutek w postaci przejścia zakładu pracy. „Stary” pracodawca (SPZOZ) przestaje istnieć, powstaje „nowy” pracodawca (spółka handlowa). Z mocy samego prawa w dniu przekształcenia pracownicy „starego” pracodawcy” przechodzą na „nowego” pracodawcę. *Art. 77 ust. 1: z dniem przekształcenia pracownicy przekształcanego samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej stają się , z mocy prawa, pracownikami spółki, o której mowa w art. 65.*

Sąd Najwyższy wielokrotnie zajmował się przekształceniami prawnymi w sferze publicznej służby zdrowia. Konsekwentnie przyjmował, że prawne przekształcenia jednostek organizacyjnych służby zdrowia stanowią przejścia zakładów pracy w rozumieniu art. 231§ 1 Kodeksu pracy. Również inne orzeczenia SN, wydane na tle podobnych stanów faktycznych, potwierdzają, że mamy do czynienia z przejściem zakładu pracy. Potwierdza to, że przekształcenie Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w spółkę prawa handlowego stanowi przejście zakładu pracy w rozumieniu art. 231§ 1 Kodeksu pracy.

- *Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, który powstał w wyniku* ***przekształcenia*** *zakładu publicznego prowadzonego w formie jednostki budżetowej ponosi odpowiedzialność za zobowiązania wynikające ze stosunku pracy powstałe przed dokonaniem przekształcenia.* ***Podstawą prawną tej odpowiedzialności jest przepis art. 231 §1 i 2 k.p.* (**wyrok Sądu najwyższego z dnia 8 kwietnia 2002 roku, I PKN 112/01; LEX nr 563973).

- *W granicach, w jakich art. 80 ust. 1 ustawy z 1998 r. przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną dotyczy również zobowiązań ze stosunków pracy powstałych w zakresie funkcjonowania* ***zakładów opieki zdrowotnej*** *- jednostek budżetowych, ani art. 80 ust. 1 p.w.r.a. nie narusza zastosowania art. 231 § 2 k.p. w odniesieniu do tych zobowiązań, ani jego zastosowanie w tym zakresie nie jest naruszone przez art. 231 § 2 k.p.* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 2008 r.; V CSK 74/08; LEX nr 532144). *Wniosek taki nie wyczerpuje całości zagadnienia, ponieważ odpowiedzialność powodowego Zespołu Opieki Zdrowotnej wynikała z art. 231 kodeksu pracy postanawiającego, że w razie przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę, nowy pracodawca staje się z mocy prawa stroną w dotychczasowym stosunku pracy, a za zobowiązania wynikające ze stosunku pracy, powstałe przed przejściem części zakładu pracy na innego pracodawcę, dotychczasowy i nowy pracodawca odpowiadają solidarnie. A fortiori, nowoutworzony podmiot przejmujący w całości zakład pracy odpowiada za dotychczasowe zobowiązania (wyrok z 23 kwietnia 2004 r. sygn. I CK 581/03).* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 2008 r.; V CSK 74/08; LEX nr 532144).

- *W granicach, w jakich art. 80 ust. 1 p.w.r.a. dotyczy również zobowiązań ze stosunków pracy powstałych w zakresie funkcjonowania zakładów opieki zdrowotnej - jednostek budżetowych, ani art. 80 ust. 1 p.w.r.a. nie narusza zastosowania art. 231 § 2 k.p. w odniesieniu do tych zobowiązań, ani jego zastosowanie w tym zakresie nie jest naruszone przez art. 231 § 2 k.p. Do zapłaty zaległych wynagrodzeń za okres przed przekształceniem zobowiązany był zarówno samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, jak i Skarb Państwa.* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2008 r.; IV CSK 164/08).

- (…) *stwierdził Sąd Najwyższy - wyłoniły się pytania, czy hipoteza tego przepisu objęła zobowiązania, w tym mające swe źródło w stosunku pracy, powstałe w związku z funkcjonowaniem zakładów opieki zdrowotnej - jednostek budżetowych, przekształconych w samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, (…) czy przepis art. 80 ust. 1 p.w.r.a. wywarł wpływ na możliwość stosowania art. 231 § 2 k.p. w odniesieniu do przypadków przekształcenia zakładów opieki zdrowotnej. Na pierwsze pytanie w orzecznictwie udzielono odpowiedzi pozytywnej (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 2002 r., sygn. akt I PKN 668/01). (…) ani art. 80 ust. 1 p.w.r.a. nie narusza zastosowania art. 231 § 2 k.p. w odniesieniu do tych zobowiązań, ani jego zastosowanie w tym zakresie nie jest naruszone przez art. 231 § 2 k.p. Rozważania te - stwierdził Sąd Najwyższy - prowadzą do wniosku, że do zapłaty zaległych wynagrodzeń za okres przed przekształceniem zobowiązany był zarówno samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, jak i Skarb Państwa.* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2008 r.; IV CSK 164/08).

- *Za dawne zobowiązania pracownicze publicznego zakładu opieki zdrowotnej prowadzonego w formie jednostki organizacyjnej Skarbu Państwa ponosi odpowiedzialność zarówno nowy pracodawca - samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, który odpowiada na podstawie art. 231 § 2 k.p. jak i Skarb Państwa odpowiedzialny na podstawie art. 40 § 1 k.c. za własne zobowiązania jego budżetowych jednostek organizacyjnych.* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2008 r.; II CSK 591/07).

- *Kodeks pracy nie zawiera definicji pojęcia "przejęcie zakładu pracy". Jego wykładnia gramatyczna wskazuje, iż oznacza ono* ***każde przejęcie zakładu pracy rozumianego przedmiotowo (placówki zatrudnienia) przez zakład pracy w ujęciu podmiotowym (pracodawcę).*** *(…)Natomiast nie mogą one odgrywać dominującej roli tam, gdzie dochodzi do przejęcia zakładu pracy realizującego cele społeczne, polityczne czy publiczne. W przypadku takich pracodawców jak np. szkoły, zasadniczymi elementami dla wyjaśnienia ich istoty (jako pracodawcy), obok organizacji i majątku,* ***są zadania*** *(por. wyrok z dnia 16 marca 1994 r., I PRN 4/94, OSNAPiUS 1994, nr 3, poz. 42; patrz też: uchwała składu siedmiu sędziów z dnia 29 kwietnia 1993 r., I PZP 9/93, Przegląd Sądowy 1994, nr 2, str. 58; uchwała z dnia 16 czerwca 1993 r., I PZP 10/93, PiZS 1994, nr 6, str. 73; uchwała z dnia 23 października 1992 r., I PZP 38/92, niepublikowana; wyrok z dnia 18 lutego 1994 r., I PRN 2/94, OSNAPiUS 1994, nr 1, poz. 6; wyrok z dnia 10 maja 1994 r., I PRN 19/94, OSNAPiUS 1994, nr 4, poz. 64; wyrok z dnia 17 maja 1995 r., I PRN 15/95, OSNAPiUS 1995 nr 21, poz. 264). Stanowisko to akceptowane jest w nowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyrok z dnia 26 stycznia 2000 r., I PKN 489/99, OSNAPiUS 2001 nr 11, poz. 381 oraz wyrok z dnia 10 października 2003 r. I PK 456/02, OSNP 2004 nr 19, poz. 335). W wyroku z dnia 10 października 2003 r., I PK 456/02, podkreśla się, że przejęcie części zakładu pracy pracodawcy realizującego zadania publiczne, to przede wszystkim przejęcie jego zadań (kompetencji), a nie składników majątkowych, powołując się przy tym na orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości: z dnia 19 maja 1992 r., C-29/91, w sprawie Dr Sophie Redmond Stichting v. Henricus Bartol and Others, ECR 1992 nr I-3189 oraz z dnia 14 kwietnia 1994 r., C C-392/92, w sprawie Christel Schmidt v. Spar und Leihkasse Der Fruheren Aemter Bordeesholm, Kiel und Cronshagen, ECR 1994 nr I-1311). Z powyższych orzeczeń wynika uznanie (potwierdzenie) prawnej doniosłości praktyki przekazywania zadań (kompetencji) w oderwaniu od majątku dotychczasowego pracodawcy dla ustalenia przejścia zakładu pracy na nowego pracodawcę.* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2010 r.; II PK 298/09; LEX nr 602256).

- do przejścia zakładu pracy może dojść z mocy samego prawa. *Art. 231 k.p. znajduje zastosowanie również w sytuacjach, w których przejście zakładu pracy na innego pracodawcę* ***następuje na mocy przepisów prawa (ex lege).*** (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2010 r.;II PK 191/09; LEX nr 602692). *Przejście zakładu pracy na innego pracodawcę może mieć swoje źródło w czynności prawnej (np. w umowie sprzedaży przedsiębiorstwa lub jego części), w akcie administracyjnym (np. decyzji uprawnionego organu****), a także w akcie prawodawczym (np. ustawie).*** *Pojęcie "przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę" jest bardzo pojemne. Obejmuje różnorodne przypadki przejęcia zadań stanowiących przedmiot działania zakładu pracy jako placówki zatrudnienia. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że przejście zakładu pracy lub jego części na nowego pracodawcę (art. 231 k.p.) ma miejsce wówczas, gdy dochodzi do przejęcia w faktyczne władanie przez nowego pracodawcę* ***części zadania lub zadań****, stanowiących przedmiot działalności placówki zatrudnienia, w zakresie pozwalającym na wykonywanie obowiązków pracowniczych; nie musi to polegać na nabyciu przedsiębiorstwa lub jego części ani nie zależy od rodzaju czynności prawnej, na podstawie której następuje (por. wyrok Sądu Najwyższego z 15 września 2006 r., I PK 75/06, OSNP 2007 nr 17-18, poz. 250). (…)* ***Przyjęcie, że przejście zakładu pracy na innego pracodawcę może być następstwem regulacji ustawowych, nie stoi w sprzeczności z ogólną formułą art. 231 k.p.***( wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2010 r.;II PK 191/09).

- *O przejęciu zakładu pracy decyduje, przede wszystkim jego faktyczne przejęcie.*(wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lipca 2009 r.;II PK 33/09).

- [*to jednak zgodnie z art. 231 k.p. (…)]. W konsekwencji Sąd Najwyższy uznał, że samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, powstały z przekształcenia zakładu prowadzonego w formie jednostki budżetowej, ponosi wobec pracownika odpowiedzialność za zobowiązania wynikające ze stosunku pracy powstałe przed dokonaniem przekształcenia (porównaj między innymi uchwały Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2000 r., III ZP 16/00, OSNAPUS z 2000 r., nr 23, poz. 847 i z dnia 16 maja 2001 r. III ZP 9/01, OSNAPUS z 2001 r., nr 21, poz. 635 oraz uzasadnienie wyroku z dnia 22 listopada 2000 r., II UKN 63/00, OSNAPUS z 2002 r., nr 13, poz. 316 i z dnia 18 grudnia 2002 r., I PKN 668/01, OSNP z 2005 r., nr 3, poz. 47).* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2007 r.; II CSK 99/07);

Na gruncie projektowanej ustawy nie ma wątpliwości, że przekształcenie SPZOZ w spółkę handlową stanowi przejście zakładu pracy. Wynika to wprost z art. 77 ust. 1 Projektu. W kontekście orzecznictwa SN przesłankami, których zaistnienie decyduje o przejściu zakładu pracy są:

* 1. przejęcie składników majątkowych przejmowanego zakładu pracy;
  2. przejęcie choćby fragmentu działalności dotychczasowego pracodawcy;
  3. przejęcie samych zadań;
  4. przejęcie pracowników;
  5. przejęcie zorganizowanej bazy danych czy choćby samego *know-how* dotychczasowego pracodawcy i rozpoczęcie nowej działalności gospodarczej w oparciu o te dane (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 sierpnia 2007 r.; I PK 80/07; OSNP 2008/23-24/346);
  6. faktyczne przejęcie zakładu pracy rozumianego przedmiotowo;
  7. *w wyniku dokonanych zmian organizacyjnych nie ma zapotrzebowania na pracę danego pracownika w jego dotychczasowym miejscu i rozmiarze* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 października 1997 r.; I PKN 301/97).

**b.** W kontekście powyższego powstaje pytanie o relację art. 77 ust. 1 projektowanej ustawy do art. 231§ 1 Kodeksu pracy. Przepisy projektu ustawy stanowią uregulowania szczegółowe w stosunku do Kodeksu pracy. Dlatego w zakresie nieuregulowanym w Projekcie, należały stosować przepisy Kodeksu pracy. W szczególności znajdzie zastosowanie art. 231 § 2, art. 231 § 2, art. 231 § 3, art. 231 § 4, art. 231 § 6. Zachowa swoją aktualność orzecznictwo sądowe oraz komentarze i inne wypowiedzi doktryny prawa pracy dotyczące przejścia zakładu pracy.

**c.** Brak wymogu uzyskania zgody pracownika.

Do skuteczności przejścia zakładu pracy na nowego pracodawcę nie jest wymagana zgody pracowników, którzy mają przejść do nowego pracodawcy. Jedną z podstawowych zasad prawa pracy jest trwałość stosunku pracy. Dlatego treść stosunku pracy pracowników SPOZ nie ulegnie zmianie. Pomimo tego, że zmieni się ich Pracodawca, to będą świadczyć pracę na dotychczasowych zasadach.

*Skutek z § 1 następuje niezależnie od woli pracodawców dokonujących czynności oraz od woli pracowników zatrudnionych w przejmowanym zakładzie.* [Jaśkowski, Maniewska, Komentarz do kodeksu pracy]. *(…) przepis art. 231§ 1 kodeksu pracy jest bezwzględnie obowiązujący i przejęcie w tym trybie pracowników przez nowego pracodawcę* ***następuje z mocy prawa****, co nie jest uzależnione od* ***jakiejkolwiek*** *czynności pracowników. Nie jest również możliwe uchylenie skutków działania tego przepisu w wyniku czynności prawnej (umowy) pomiędzy dotychczasowym i nowym pracodawcą.* [wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 lutego 2000  r., I PKN 508/99, OSNAPiUS 2001, nr 12, poz. 412]. *Pracownicy przejętego zakładu nie mogą skutecznie sprzeciwić się zmianie pracodawcy.* [Komentarz do art. 231§ 1 kodeksu pracy w: Goździewicz, Kodeks prtacy. Komentarz, LEX, 2009, wyd. V].

d. Skoro mamy do czynienia z przejściem części zakładu pracy na nowego pracodawcę to znaczy, że nie można z pracownikiem rozwiązać „starej” umowy o pracę i zawrzeć „nową” umowę o pracę . *W związku z tym strony, między którymi nawiązał się stosunek pracy „z mocy prawa”,* ***nie muszą zawierać umowy o pracę*** *(por. wyrok SN z dnia 28 września 1990  r., I PR 251/90, OSNCP 1991, nr 10 – 12, poz. 130)* (cytat za: Komentarz do art. 231§ 1 kodeksu pracy w : Goździewicz, Kodeks pracy. Komentarz, LEX, 2009, wyd. V]. *Artykuł 231jest przepisem bezwzględnie obowiązującym (ius cogens). Powstanie stosunku pracy z nowym pracodawcą na poprzednich warunkach następuje nawet wtedy, gdy strona przekazująca zakład i strona przejmująca go umówiły się inaczej.* ***Nie można w szczególności wyłączyć stosowania tego przepisu umową cywilnoprawną.***[Komentarz do art. 231§ 1 kodeksu pracy w : Goździewicz, Kodeks prtacy. Komentarz, LEX, 2009, wyd. V].

Nowo powstała spółka prawa handlowego nie może więc rozwiązać z pracownikami dawnego SPOZ umowy o pracę.

e. Nie można obniżyć wynagrodzenia pracownikom SPOZ. Dotychczasową pracę świadczyć będą w niezmienionym zakresie. Zgodnie z art. 42 Kodeksu pracy, zmiana wynagrodzenia wymagałaby wypowiedzenia zmieniającego. W przypadku umowy na czas nieokreślony konieczne byłoby podanie przyczyny. Istnieje obawa, że przyczyną byłoby przejście zakładu pracy. *Pracownicy tego zakładu zachowują prawa przysługujące im przed przejściem tego zakładu na nowego pracodawcę i wiążą ich te same obowiązki, jakie obowiązani byli wykonywać wobec poprzedniego pracodawcy* [Komentarz do art. 231§ 1 kodeksu pracy w : Goździewicz, Kodeks prtacy. Komentarz, LEX, 2009, wyd. V]. Zgodnie z kodeksem pracy wypowiedzenie nie może podawać przejścia zakładu pracy jako uzasadniającej rozwiązanie stosunku pracy przyczyny : *Przejście zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę nie może stanowić przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie przez pracodawcę stosunku pracy.* (art. 231 § 6 k. p.).

f. Rozwiązanie umowy przez pracownika za uprzedzeniem z fikcją rozwiązania umowy przez pracodawcę.

Kodeks pracy umożliwia przejmowanemu pracownikowi rozwiązanie dotychczasowego stosunku pracy z nowym pracodawcą. Zgodnie z art. 231 § 4 kodeksu pracy w terminie 2 miesięcy od przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę, pracownik może bez wypowiedzenia, za siedmiodniowym uprzedzeniem, rozwiązać stosunek pracy. Rozwiązanie stosunku pracy w tym trybie powoduje dla pracownika skutki, jakie przepisy prawa pracy wiążą z rozwiązaniem stosunku pracy przez pracodawcę za wypowiedzeniem.

g. Obowiązek informacyjny względem pracowników i związków zawodowych.

Jeżeli u pracodawców, o których mowa w § 1, nie działają zakładowe organizacje związkowe, dotychczasowy i nowy pracodawca informują na piśmie swoich pracowników o przewidywanym terminie przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę, jego przyczynach, prawnych, ekonomicznych oraz socjalnych skutkach dla pracowników, a także zamierzonych działaniach dotyczących warunków zatrudnienia pracowników, w szczególności warunków pracy, płacy i przekwalifikowania; przekazanie informacji powinno nastąpić co najmniej na 30 dni przed przewidywanym terminem przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę.

Obowiązek informacyjny wobec związków zawodowych wynika z art. 261 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2007 r., I PK 322/06 (M.P.Pr. 2007, nr 12, poz. 639) *niezachowanie przez dotychczasowego pracodawcę trybu konsultacji przejścia części zakładu pracy ze związkami zawodowymi art. 261 ustawy o związkach zawodowych nie powoduje nieskuteczności tego przejścia na nowego pracodawcę i przejęcia przez niego pracowników*. „Stary” i „nowy” pracodawca są obowiązani, co najmniej 30 dni wcześniej, do **poinformowania na piśmie swoich związków zawodowych** o przewidywanym terminie przejścia zakładu, jego przyczynach i skutkach dla pracowników, a także zamierzonych działaniach dotyczących ich warunków pracy, płacy i przekwalifikowania. *Z brzmienia przepisu nie wynika, u którego pracodawcy powinny działać te związki. Wykładnia logiczna przemawia za tym, iż* ***przede wszystkim u dotychczasowego pracodawcy****, ponieważ jego pracownicy mogą być dotknięci zmianą warunków zatrudnienia (art. 261 ust. 1 ustawy o związkach zawodowych).* [Komentarz do art.23(1) kodeksu pracy (Dz.U.98.21.94), [w:] R. Celeda, E. Chmielek-Łubińska, L. Florek, G. Goździewicz, A. Hintz, A. Kijowski, Ł. Pisarczyk, J. Skoczyński, B. Wagner, T. Zieliński, Kodeks pracy. Komentarz, LEX, 2009, wyd. V]. Jeżeli dotychczasowy lub nowy pracodawca zamierza podjąć działania dotyczące tych warunków, jest on obowiązany do podjęcia negocjacji z zakładowymi organizacjami związkowymi w celu zawarcia **porozumienia** w tym zakresie, w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia przekazania informacji (art. 261 ust. 3 ustawy o związkach zawodowych).

h. Solidarna odpowiedzialność nowego i starego pracodawcy.

 Za zobowiązania wynikające ze stosunku pracy, powstałe przed przejściem części zakładu pracy na innego pracodawcę, dotychczasowy i nowy pracodawca odpowiadają solidarnie.

**Ad. 2. Zgodnie z art. 77 ust. 2 projektowanej ustawy stosunek pracy pracowników świadczących pracę na podstawie mianowania, wygasa z mocy prawa mimo, że dochodzi do przejścia zakładu pracy.**

Wskazany przepis wprowadza wyjątek od zasady, że przejście zakładu pracy nie zmienia nic w sytuacji prawnej pracowników przejmowanego zakładu pracy a wprowadza jedynie zmianę o charakterze podmiotowym – zmienia się strona stosunków pracy. Byłby to więc jedyny przypadek znany prawu pracy, kiedy spod przejścia zakładu pracy wyłączono by jedną kategorię pracowników – pracowników powołanych. Dla tej kategorii pracowników wejście w życie projektowanej ustawy oznaczałoby wygaśnięcie stosunku pracy. Skutek ekonomiczny dla tych pracowników byłby taki, jak gdyby pracownicy Ci „zwolnieni” zostali z pracy. Dla pracowników świadczących pracę na podstawie powołania komentowany przepis jest więc **szczególnie niekorzystny.**

**Ad. 3. a) Powstają uzasadnione wątpliwości, czy założenia projektu ustawy – art. 77 ust. 2 w zakresie w jakim stosunek pracy na podstawie powołania wygasa w dniu przekształcenia SPZOZ w spółkę prawa handlowego jest zgodny z art. 3 ust. 1 Dyrektywy Rady 2001/23/WE z dnia 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów.**

Art. 3 ust. 1 Dyrektywy Rady 2001/23/WE z dnia 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów stanowi, że *prawa i obowiązki zbywającego wynikające z umowy o pracę* ***lub stosunku pracy*** *istniejącego w momencie przejęcia,* ***przechodzą****, w wyniku tego przejęcia, na przejmującego.* Dyrektywa ustanawia, wdrożoną do polskiego sytemu prawa przez Kodeks pracy w art. 231,zasadę sukcesji generalnej wszelkich stosunków pracy w razie przejścia zakładu pracy. *Obecna treść art. 231 k.p. stanowi dostosowanie polskiego prawa do wymagań Unii Europejskiej, a w szczególności do dyrektywy z 14.02.1977 r. (nr 77/187 ze zmianą z 1998 r. nr 98/50 WE) zastąpionej następnie dyrektywą z 12.03.2001 r. nr 2001/23 w sprawie zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich w zakresie ochrony praw pracowników w razie przejścia/transferu przedsiębiorstw, zakładów pracy lub części zakładów pracy (Dz.Urz. WE z 22.03.2001 r., nr L 82). Wydaje się, że cel ten został w znacznej mierze osiągnięty. W szczególności* ***przyjęta w prawie polskim konstrukcja zasady automatyzmu*** *jest co do zasady zgodna z prawem wspólnotowym (art. 3 pkt 1 dyrektywy).* [Komentarz do art.23(1) kodeksu pracy (Dz.U.98.21.94), [w:] U. Jackowiak (red.), M. Piankowski, J. Stelina, W. Uziak, A. Wypych-Żywicka, M. Zieleniecki, Kodeks pracy z komentarzem, Fundacja Gospodarcza, 2004, wyd. IV]. Zgodnie ze wskazaną normą, państwo członkowskie zostało zobowiązane wdrożyć do swojego systemu prawnego przepisy ustanawiające gwarancję trwałości stosunków pracy w przypadku przejścia zakładu pracy. Tymczasem wprowadzenie art. 77 ust. 1 Projektu spowodowałoby wyłom w tej zasadzie, sprzeczny z art. 3 ust. 1 Dyrektywy. Wydaje się, że Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich mógłby zakwestionować zgodność wskazanej normy projektowanej ustawy z cytowaną Dyrektywą. Jeśli Trybunał uznałby zasadność zarzutu, że Polska naruszyła (poprzez wprowadzenie projektowanej ustawy) Dyrektywę, Polska byłaby zobowiązana do zmiany regulacji ustawowej. Jeśli w dalszej kolejności Trybunał stwierdziłby, że Polska nie zastosowała się do jego wyroku, mógłby nałożyć na Polskę karę grzywny.

Celem Dyrektywy jest zapewnienie ochrony stosunków pracy istniejących w dniu przejścia zakładu pracy. Dyrektywa we wskazanym artykule **nie różnicuje** stosunków pracy na powstałe, na podstawie umowy o pracę, mianowania, wyboru, powołania, czy spółdzielczej umowy o pracę. Wszystkim tym rodzajom stosunku pracy nakazuje przyznać w ustawodawstwie krajowym jednakową ochronę, poprzez zapewnienie, że wszyscy pracownicy, niezależnie od trybu powstania stosunku pracy, przechodzą do nowego pracodawcy. *Prawo polskie oraz prawo wspólnotowe* ***nie dopuszczają*** *możliwości* ***wyłączenia zasady automatyzmu*** *oraz* ***obejmują zasadą automatyzmu pracowników świadczących pracę*** *na podstawie umowy o pracę* ***oraz zatrudnionych w ramach stosunku pracy na innej podstawie****.* [Komentarz do art.23(1) kodeksu pracy (Dz.U.98.21.94), [w:] U. Jackowiak (red.), M. Piankowski, J. Stelina, W. Uziak, A. Wypych-Żywicka, M. Zieleniecki, Kodeks pracy z komentarzem, Fundacja Gospodarcza, 2004, wyd. IV].

Projektowana ustawa wyłącza spod tej ochrony (nie wiadomo z jakich powodów) pracowników powołanych. *Taka ocena jest zgodna z celem tej dyrektywy, który ogranicza się do ochrony praw i obowiązków pracowniczych istniejących w dniu przejęcia(…)* wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 9 marca 2006 roku, C-499/04 w/s Hans Werhof v. Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG (orzeczenie wstępne) [ZOTSiSPI 2006/3A/I-02397]. *Wynika stąd, że w oparciu o wyżej wskazany art. 3 ust. 1 umowy o pracę oraz stosunki pracy istniejące pomiędzy zbywającym a pracownikami przypisanymi do przejmowanego przedsiębiorstwa w dacie przejęcia w rozumieniu tego przepisu przechodzą ze zbywającego na przejmującego w wyżej wskazanej dacie, niezależnie od uzgodnień poczynionych w tym względzie przez tych ostatnich.* wyrok TS z 26 maja 2005 roku; C-478/03 ws Celtec Ltd v. John Astley i inni (orzeczenie wstępne).

Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich konsekwentnie podtrzymuje stanowisko, że przekształcenie podmiotu prawa publicznego (czyli analogicznie jak polskiego SPZOZ) w podmiot prawa prywatnego (analogicznie jak polską spółkę prawa handlowego) jest objęte zakresem regulacji Dyrektywy. Oznacza to, że Trybunał stoi na stanowisku, że dochodzi do przejścia zakładu pracy a wraz z nim „przejścia wszystkich pracowników” i to niezależnie od podstawy na jakiej nawiązali stosunek pracy. *Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy 77/187 w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowników w przypadku przeniesienia przedsiębiorstw, zakładów lub części zakładów powinien być interpretowany w ten sposób, że dyrektywa może mieć zastosowanie w sytuacji, w której podmiot świadczący usługi telekomunikacyjne dla ludności i zarządzany przez* ***podmiot publiczny*** *będący częścią administracji państwowej jest, w wyniku decyzji organów władzy publicznej, przedmiotem odpłatnego przeniesienia, w drodze koncesji administracyjnej ,* ***na spółkę prawa prywatnego założoną przez podmiot publiczny, do którego w całości należy jej kapitał.*** *Osoby, których takie przeniesienie dotyczy, musiały jednak być pierwotnie chronione jako pracownicy na podstawie krajowego prawa pracy (zob. pkt 41 oraz sentencja pkt 1).* wyrok TS z 14 września 2000 r., C-343/98 Renato Collino i Luisella Chiappero v. Telecom Italia SpA (orzeczenie wstępne).

Podsumowując należy wyrazić pogląd, że art. 77 ust. 1 projektowanej ustawy o lecznictwie jest niezgodny z art. 3 ust. 1 Dyrektywy Rady 2001/23/WE z dnia 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów. *Prawo polskie oraz prawo wspólnotowe nie dopuszczają możliwości wyłączenia zasady automatyzmu oraz obejmują zasadą automatyzmu pracowników świadczących pracę na podstawie umowy o pracę oraz zatrudnionych w ramach stosunku pracy na innej podstawie.* [Komentarz do art.23(1) kodeksu pracy (Dz.U.98.21.94), [w:] U. Jackowiak (red.), M. Piankowski, J. Stelina, W. Uziak, A. Wypych-Żywicka, M. Zieleniecki, Kodeks pracy z komentarzem, Fundacja Gospodarcza, 2004, wyd. IV].

**Ad. 3. b)** art. 77 ust. 1 projektowanej ustawy o lecznictwie stoi w sprzeczności z art. 231 § 5 Kodeksu pracy. Wskazana norma stanowi, że *Pracodawca, z dniem przejęcia zakładu pracy lub jego części, jest obowiązany zaproponować nowe warunki pracy i płacy pracownikom świadczącym dotychczas pracę na innej podstawie niż umowa o pracę oraz wskazać termin, nie krótszy niż 7 dni, do którego pracownicy mogą złożyć oświadczenie o przyjęciu lub odmowie przyjęcia proponowanych warunków. W razie nieuzgodnienia nowych warunków pracy i płacy dotychczasowy stosunek pracy rozwiązuje się z upływem okresu równego okresowi wypowiedzenia, liczonego od dnia, w którym pracownik złożył oświadczenie o odmowie przyjęcia proponowanych warunków, lub od dnia, do którego mógł złożyć takie oświadczenie. Przepis § 4 zdanie drugie stosuje się odpowiednio.*

Zgodnie z art. 231 § 5 Kodeksu pracy pracownicy świadczący pracę na innej podstawie niż umowny stosunek pracy podlegają takiej samej ochronie jak pracownicy świadczący pracę na podstawie umowy pracę i przechodzą z mocy prawa do nowego pracodawcy *Artykuł 23 1 § 5 reguluje w sposób szczególny sytuację prawną pracowników "świadczących dotychczas pracę na innej podstawie niż umowa o pracę". Są to osoby zatrudnione na podstawie* ***powołania****, mianowania, wyboru i spółdzielczej umowy o pracę. Nowy* ***pracodawca staje się z mocy prawa,*** *na podstawie art. 23 1 § 1,* ***stroną w tych stosunkach*** *(…).*[Komentarz do art.23(1) kodeksu pracy (Dz.U.98.21.94), [w:] R. Celeda, E. Chmielek-Łubińska, L. Florek, G. Goździewicz, A. Hintz, A. Kijowski, Ł. Pisarczyk, J. Skoczyński, B. Wagner, T. Zieliński, Kodeks pracy. Komentarz, LEX, 2009, wyd. V]. W przeciwieństwie do projektowanej ustawy, Kodeks pracy zgodnie ze wskazaną Dyrektywą 2001/23/WE, nie przewiduje wygaśnięcia stosunków pracy pracowników powołanych. Stosunek pracy może ulec rozwiązaniu (a nie wygaśnięciu z mocy prawa) ale Kodeks pracy ustanawia jako regułę przekształcenie stosunków pracy innych niż umowne w takie. *Jednakże przejście na innego pracodawcę zakładu pracy, w którym była wykonywana praca na podstawie spółdzielczej umowy o pracę, powoduje* ***przekształcenie*** *stosunku opartego na tej umowie w umowny stosunek pracy (wyrok SN z dnia 24 czerwca 1998 r., I PKN 169/98, OSP 2002, z. 1, poz. 8, z glosą M. Gersdorf).* [Komentarz do art.23(1) kodeksu pracy (Dz.U.98.21.94), [w:] R. Celeda, E. Chmielek-Łubińska, L. Florek, G. Goździewicz, A. Hintz, A. Kijowski, Ł. Pisarczyk, J. Skoczyński, B. Wagner, T. Zieliński, Kodeks pracy. Komentarz, LEX, 2009, wyd. V].

Z momentem przejścia zakładu pracy pracownicy powołani przechodzą do nowego pracodawcy a ten ma obowiązek:

a) zaproponować nowe warunki pracy i płacy;

b) wskazać termin, nie krótszy niż 7 dni, do którego pracownicy mogą złożyć oświadczenie o przyjęciu lub odmowie przyjęcia proponowanych warunków.

Oznacza to, że dochodzi do przejścia pracowników powołanych. *Pracownicy zatrudnieni na innych podstawach* ***będą wprawdzie mieli zagwarantowane dalsze zatrudnienie*** *u nowego pracodawcy, ale nie zapewnia im się utrzymania dotychczasowego statusu wynikającego z mianowania, powołania lub wyboru.* [Komentarz do art.23(1) kodeksu pracy (Dz.U.98.21.94), [w:] U. Jackowiak (red.), M. Piankowski, J. Stelina, W. Uziak, A. Wypych-Żywicka, M. Zieleniecki, Kodeks pracy z komentarzem, Fundacja Gospodarcza, 2004, wyd. IV]. Kp pozostawia możliwość wyboru, czy na nowych warunkach pracownicy będą chcieli pracować u nowego pracodawcy. *Nowy pracodawca staje się z mocy prawa, na podstawie art. 23 1 § 1, stroną w tych stosunkach, jednakże dotychczasowe warunki pracy i płacy powinny być zastąpione nowymi, skoro praca oparta na innej podstawie niż umowa o pracę nie może być na tych samych warunkach kontynuowana. Nowy pracodawca obowiązany jest zatem, nie mogąc zapewnić pracownikom takich samych warunków pracy i płacy, zaproponować im nowe. Obowiązek przedstawienia pracownikom nowych warunków pracy i płacy ciąży na nowym pracodawcy i powstaje "z dniem przejęcia zakładu pracy lub jego części".* [Komentarz do art.23(1) kodeksu pracy (Dz.U.98.21.94), [w:] R. Celeda, E. Chmielek-Łubińska, L. Florek, G. Goździewicz, A. Hintz, A. Kijowski, Ł. Pisarczyk, J. Skoczyński, B. Wagner, T. Zieliński, Kodeks pracy. Komentarz, LEX, 2009, wyd. V].

Negatywna decyzja pracownika w tej sprawie powoduje rozwiązanie stosunku pracy w drodze wypowiedzenia a nie wygaśnięcia z mocy samego prawa. Co więcej, ochrona pracowników świadczących pracę np. na podstawie powołania polega na tym, że w razie rozwiązania stosunku pracy przyjmuje się skutek jaki następował gdyby to pracodawca rozwiązał umowę o pracę. *W razie ich nieuzgodnienia, stosunek pracy rozwiązuje się z upływem okresu wypowiedzenia, który jest liczony od dnia, w którym pracownik złożył oświadczenie o odmowie przyjęcia proponowanych warunków lub od dnia, do którego mógł złożyć takie oświadczenie zgodnie z zakreślonym przez pracodawcę terminem (jednak nie krótszym niż siedem dni).* [Komentarz do art.23(1) kodeksu pracy (Dz.U.98.21.94), [w:] U. Jackowiak (red.), M. Piankowski, J. Stelina, W. Uziak, A. Wypych-Żywicka, M. Zieleniecki, Kodeks pracy z komentarzem, Fundacja Gospodarcza, 2004, wyd. IV]. Tymczasem projektowana ustawa jest skrajnie niekorzystna dla pracowników powołanych. Wyłącza wobec nich skutki wynikające z przejścia zakładu pracy a przewidziane prawem pracy polegające na:

1. ochronie trwałości stosunku pracy (jedna z naczelnych zasad prawa pracy),
2. ewentualnym rozwiązaniu stosunku pracy ze skutkami jakby to pracodawca rozwiązał stosunek pracy;
3. pozbawia z założenia tą kategorię pracowników prawa do podjęcia decyzji czy chcą kontynuować zatrudnienie u nowego pracodawcy.

**Ad. 3 c)** Można zasadnie postawić tezę, że wyłączenie jednej kategorii pracowników – pracowników powołanych, spośród osób które przechodzą do „nowego” pracodawcy wraz z przejściem zakładu pracy ma charakter dyskryminacyjny i narusza podstawową zasadę konstytucyjną – równego traktowania w zatrudnieniu sformułowaną w art. 32 ust. 2 Konstytucji RP. Brak jest podania w uzasadnieniu Projektu, przyczyn dla których z góry, wedle jakiegoś obiektywnego kryterium, następuje wyłączenie tej kategorii pracowników z pozytywnych skutków przejścia zakładu pracy. Projekt stawia wskazaną kategorię pracowników w rażąco gorszej sytuacji, niż wszystkich pozostałych pracowników służby zdrowia.

Zgodnie z art. 32 ust. 2 Konstytucji RP *Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny.* W przypadku art. 77 ust. 2 stanowiącego, że s*tosunki pracy osób zatrudnionych na podstawie powołania w przekształcanym samodzielnym publicznym zakładzie opieki zdrowotnej wygasaj z dniem przekształcenia* mamy do czynienia ze zróżnicowaniem sytuacji pracowników ze względu na podstawę zatrudnienia. Wyróżniono negatywnie pracowników należących do kategorii pracowników powołanych. Oznacza to dyskryminację ze względu na podstawę nawiązania stosunku pracy. *Na podstawie wymienionych przepisów Konstytucji Trybunał Konstytucyjny oceniał już wielokrotnie zgodność z Konstytucją regulacji ustawowych dotyczących* ***zróżnicowania sytuacji pracowników ze względu na niedopuszczalne kryteria dyskryminując****e, między innymi dochodząc do wniosku, że zróżnicowanie wieku emerytalnego kobiet i mężczyzn w niektórych ustawach stanowi naruszenie zasady równouprawnienia kobiet i mężczyzn (art. 33 Konstytucji) oraz* ***zakazu dyskryminacji z jakiejkolwiek przyczyny*** *(art. 32 Konstytucji). Por. np. orzeczenie TK z 29 września 1997 r., K 15/97, OTK 1997, nr 3-4, poz. 37, z glosą aprobującą A. Bienia, Przegląd Sejmowy 1998, nr 2, s. 174; wyrok TK z 28 marca 2000 r., K 27/99, OTK 2000, nr 2, poz. 62; wyrok TK z 13 czerwca 2000 r., K 15/99, OTK 2000, nr 5, poz. 137; wyrok TK z 5 grudnia 2000 r., K 35/99, OTK 2000 nr 8, poz. 295.* [Analiza przepisów antydyskryminacyjnych i orzecznictwa sądów polskich w zakresie równego traktowania w zatrudnieniu, [w:] *Równe traktowanie w zatrudnieniu. Przepisy a rzeczywistość. Raport z monitoringu ogłoszeń o pracę pod redakcją* Karoliny Kędziory, Krzysztofa Śmiszka, Moniki Zimy. *Wydawca:* Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, ISBN 978-83-929959-0-6**,** Wydanie I, Warszawa 2009; Katarzyna Gonera - Sędzia Sądu Najwyższego orzekająca w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych, była członkini Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego]*.* *Dyskryminacji tego rodzaju nie mogą usprawiedliwiać żadne przepisy i żadne przyczyny. Od zasady równości Konstytucja* ***nie zna żadnych odstępstw i wyjątków****.* [Komentarz do art.32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U.97.78.483), [w:] W. Skrzydło, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Zakamycze, 2002, wyd. IV].

Można się obawiać, że postawienie pytania prawnego Trybunałowi Konstytucyjnemu o zgodność art. 77 ust. 2 projektowanej ustawy z ustawą zasadniczą dałoby odpowiedź negatywną. Jest obawa, że Trybunał zakwestionowałby wskazaną normę, ze względu na jej dyskryminujący charakter. Można się powołać w tym zakresie na wydane już uprzednio orzeczenia Trybunału wskazujące na dyskryminację w postaci wyłączenia określonej kategorii pracowników ze względu na kryterium dyskryminujące. *Szczególne znaczenie dla rozważań (…), ma stanowisko przyjęte przez Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 29 września 1997 r. (K. 15/97), (…).*

*W orzeczeniu tym Trybunał Konstytucyjny przypomniał po raz kolejny istotę konstytucyjnej zasady równości,* ***polegającą na tym, iż wszystkie podmioty prawa, charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu mają być traktowane równo, tzn. według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących.*** *Tak ujmowana równość nie jest jednak synonimem identyczności. Nie ma bowiem podstaw, by z konstytucji wydobywać nakaz równego traktowania przez prawo podmiotów czy sytuacji odmiennych. Co więcej, w pewnych wypadkach takie traktowanie może wręcz naruszać zasadę równości, gdyż oznaczać może dyskryminację lub faworyzowanie jednych podmiotów względem drugich.*

*W dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (por. zwłaszcza orzeczenie z 3 września 1996 r., K. 10/96) ustabilizowało się już stanowisko, że odstępstwa od równego traktowania przez prawo sytuacji podobnych są dopuszczalne, ale pod warunkiem spełnienia określonych przesłanek, a mianowicie: relewantności (bezpośredniego związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma), proporcjonalności (waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów naruszonych przez nierówne potraktowanie podmiotów podobnych) oraz związku z innymi normami, zasadami lub wartościami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych. Jedną z takich zasad jest zasada sprawiedliwości społecznej. Przy spełnieniu tych przesłanek, zróżnicowania prawnego nie można traktować jako - konstytucyjnie zakazanej - dyskryminacji.* (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 grudnia 2000 r, K 35/99). Brak uzasadnienia w tym zakresie projektu ustawowego, nie pozwala ocenić jakimi rzeczywiście kryteriami kierował się Rząd. Wyłączenie z przejścia zakładu pracy pracowników powołanych wydaje się nie być uzasadnione kryteriami wskazanymi przez Trybunał Konstytucyjny:

a) relewantności (bezpośredniego związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma) – brak jest związku pomiędzy wyłączeniem tej kategorii pracowników a samą zasadą automatyzmu przejścia zakładu pracy;

b) proporcjonalności (waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów naruszonych przez nierówne potraktowanie podmiotów podobnych). Trudno się doszukać jakiegokolwiek uzasadnionego prawnie interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy – pracowników powołanych. Natomiast waga naruszonych interesów – pozytywne skutki dla pracowników powołanych wynikające z przejścia zakładu pracy - jest nieproporcjonalnie duża.

c) związku z innymi normami, zasadami lub wartościami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych. Brak jest jakiejkolwiek normy i wartości konstytucyjnej uzasadniającej wyłączenie pracowników powołanych spod skutków przejścia zakładu pracy.

Dodatkowo wskazana regulacja zawarta w projektowanej ustawie o lecznictwie może być niezgodna z art. 14 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 25 czerwca 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) której Polska jest stroną. *Korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie* ***bądź z jakichkolwiek innych przyczyn****.* (art. 14 Konwencji). *art. 14 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 25 czerwca 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) dodatkowo przewiduje, iż powodem dyskryminacji nie może być język, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie* ***bądź jakakolwiek inna przyczyna.***[Komentarz do art.18(3a) kodeksu pracy (Dz.U.98.21.94), [w:] R. Celeda, E. Chmielek-Łubińska, L. Florek, G. Goździewicz, A. Hintz, A. Kijowski, Ł. Pisarczyk, J. Skoczyński, B. Wagner, T. Zieliński, Kodeks pracy. Komentarz, LEX, 2009, wyd. V].

**Ad. 3 d)** Projektowany art. 77 ust. 2 ustawy o lecznictwie pozostaje w sprzeczności również z art. 183a Kodeksu pracy ustanawiającym zakaz dyskryminacji. Zgodnie z § 1 wskazanego przepisu: *pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych,* ***w szczególności*** *bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także bez względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy.* Zgodnie z § 2. art. 183a Kodeksu pracy: *równe traktowanie w zatrudnieniu oznacza niedyskryminowanie w jakikolwiek sposób, bezpośrednio lub pośrednio, z przyczyn określonych w § 1.* Natomiast art. 183a § 4Kodeksu pracy stanowi, że *dyskryminowanie pośrednie istnieje wtedy, gdy na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje albo szczególnie niekorzystna sytuacja w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych wobec wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy wyróżnionej ze względu na jedną lub kilka przyczyn określonych w § 1, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne.*

Art. 183a Kp zabrania dyskryminować pracowników z jakichkolwiek przyczyn, nakazuje równo ich traktować. Wyliczenie kryteriów dyskryminujących ma charakter jedynie przykładowy. *Zachodzi ona wówczas, gdy pracodawca* ***w sposób niekorzystny dla pracownika w porównaniu z innymi pracownikami różnicuje jego sytuację*** *z przyczyny określonej w art. 183a § 1.* ***Przykładowe wyliczenie dyskryminujących*** *zachowań pracodawcy zawiera art. 183b § 1.* [Komentarz do art.18(3(a)), art.18(3(b)), art.18(3(c)), art.18(3(d)), art.18(3(e)) kodeksu pracy [w:] K. Jaśkowski, E. Maniewska, Kodeks pracy. Komentarz. Ustawy towarzyszące z orzecznictwem. Europejskie prawo pracy z orzecznictwem, Tom I, LEX, 2009, wyd. VII]. Art. 77 ust. 2 projektowanej ustawy jest sprzeczny ze wskazanymi normami Kodeksu pracy. Jako kryterium dyskryminujące wskazuje na podstawę nawiązania 