



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa,

Adam Bodnar

III.7044.100.2018.LN

**Pan
Stanisław Karczewski
Marszałek Senatu RP**

Na podstawie analizy przebiegu procesu legislacyjnego związanego z uchwaleniem w dniu 9 listopada br. przez Sejm ustawy o Instytucie Europy Wschodniej pragnę przedstawić Panu Marszałkowi swoje zastrzeżenia i wątpliwości.

Z uzasadnienia rządowego projektu ustawy o Instytucie Europy Środkowej (druk nr 2910) wynika, że celem projektodawcy było utworzenie nowej placówki Instytutu Europy Środkowej (dalej: Instytut) na bazie Instytutu Europy Środkowo-Wschodniej (dalej: IEŚW). Pomimo jednak deklaracji woli zachowania i rozwijania formalnie likwidowanego IEŚW, w części dotyczącej zatrudnienia pracowników wprowadzone zostały rozwiązania zdecydowanie ułatwiające zmiany kadrowe.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 pkt 4 ustawy pracownicy IEŚW stają się pracownikami Instytutu. Jednak zgodnie z ust. 3 tego artykułu stosunki pracy z tymi pracownikami wygasają po upływie 3 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy, jeżeli przed upływem 2 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy nie zostaną mu zaproponowane nowe warunki pracy i płacy albo w razie nieprzyjęcia nowych warunków pracy i płacy. Oświadczenie woli o przyjęciu albo odmowie przyjęcia propozycji nowych warunków pracy i płacy pracownik obowiązany jest złożyć w terminie 2 tygodni od otrzymania propozycji (art. 26 ust. 4 ustawy). W przypadku wygaśnięcia stosunków pracy pracownikom przysługują świadczenia przewidziane dla pracowników, z którymi stosunki pracy rozwiązuje się z powodu likwidacji pracodawcy (art. 26 ust. 5 ustawy).

W ten sposób utworzenie nowej jednostki na bazie już istniejącej stało się okazją do stosowania rozwiązań w ramach regulacji szczególnej, pozwalającej na arbitralny, pozbawiony jednoznacznych kryteriów, dobór pracowników likwidowanego IEŚW, którzy otrzymają propozycje kontynuowania zatrudnienia w Instytucie. Zauważyć również należy, iż wygaszanie stosunków pracy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy dotyczy również kobiet ciężarnych oraz pozostających na urloпах macierzyńskich i rodzicielskich, a także innych pracowników objętych szczególną ochroną trwałości stosunku pracy. Poza kontrolą sądową pozostaje zasadność decyzji o wygaśnięciu umowy o pracę.

Należy wskazać, że w wyroku z dnia 12 lipca 2011 r., K 26/09, Trybunał Konstytucyjny kolejny raz zajmował się problemem nadużywania instytucji wygaśnięcia stosunku pracy przy przekształceniach organizacyjnych w sektorze publicznym. Wyrokiem tym Trybunał Konstytucyjny ustosunkował się do wątpliwości Rzecznika Praw Obywatelskich sprowadzających się w swej istocie do pytania o zgodność wskazanych we wniosku Rzecznika przepisów z konstytucyjnymi zasadami: państwa prawnego, ochrony pracy, równości i prawa do sądu, umożliwiającym pracodawcom działającym w sferze administracji publicznej w zasadzie swobodny wybór pracowników, z którymi stosunek pracy ma wygasnąć i pracowników, którzy mają pozostać w zatrudnieniu po reorganizacji administracyjnej mającej charakter przejścia zakładu pracy na innego pracodawcę. Zdaniem Rzecznika przepisy te naruszają także zasadę ciągłości stosunku pracy w razie przejścia zakładu pracy na innego pracodawcę, wynikającą z art. 23¹ k.p. Poza tym Rzecznik podniósł, że zaskarżone regulacje są niezgodne „z prawem wspólnotowym” wynikającym z dyrektywy 2001/23/WE, stwierdzając, że, w kluczowej dla ochrony praw nabytych pracowników regulacji zawarta jest (art. 3 ust. 1 dyrektywy) zasada automatyzmu, zgodnie z którą prawa pracowników wynikające z umowy bądź stosunku pracy przechodzą ex lege na nowego pracodawcę. Trybunał Konstytucyjny, niezależnie od wyводу oceniającego zgodność z Konstytucją przepisów wskazanych we wniosku Rzecznika według wskazanych wzorców konstytucyjnych, stwierdził również, że nie ma kompetencji do oceny zgodności tych przepisów z przepisami Kodeksu pracy (w tym z art. 23¹) oraz z przepisami dyrektywy 2001/23/WE z 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowników w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów (Dz. Urz. L 082 z 22.03.2001 P.0016-0020, dalej Dyrektywa 2001/23) w zakresie ich bezpośredniego stosowania, w którym zgodnie z art. 91 ust. 3 Konstytucji przepisy prawa stanowionego przez organy Unii

Europejskiej mają pierwszeństwo. Jednocześnie jednak, pomimo tej deklaracji, Trybunał zauważył, że ustawy, w których zawarte są zaskarżone we wniosku Rzecznika przepisy, są ustawami szczególnymi (*leges speciales*) w stosunku do Kodeksu pracy stanowiącego akt normatywny generalny (*lex generalis*), a ponadto w przypadku relacji zaskarżonych przepisów ustawowych z odpowiednimi przepisami Kodeksu pracy, zaskarżone przepisy ustawowe mają pierwszeństwo w stosowaniu również dlatego, że weszły do porządku prawnego (weszły w życie) później niż przepisy Kodeksu pracy (*lex posterior derogat legi priori*). Trybunał Konstytucyjny zaznaczył także, że dyrektywa 2001/23 ma zastosowanie tylko do przedsiębiorstw prywatnych i publicznych prowadzących działalność gospodarczą, bez względu na to, czy działają dla osiągnięcia zysku czy nie, natomiast reorganizacja administracyjna organów administracji publicznej lub przeniesienie funkcji administracyjnych między organami administracji publicznej, nie stanowi przejęcia w jej rozumieniu (art. 1).

Pogląd, zgodnie z którym art. 26 ust. 3 ustawy, jako przepis szczególny i późniejszy, ma pierwszeństwo przed art. 23¹ § 1 k.p., wymaga w opinii Rzecznika weryfikacji pod względem zgodności z przepisami prawa unijnego. Jest to konieczne, ponieważ sytuacja normowana w przepisach tej ustawy mieści się w zakresie normowania prawa unijnego. Niezbędne jest więc ustalenie, czy sytuacja objęta hipotezą normy wynikającej z art. 26 ust. 3 w związku z art. 23 ust. 1 i art. 25 ust. 1, tj. utworzenie Instytutu na bazie składników majątkowych i niemajątkowych IEŚW oraz przejęcie (co najmniej na czas określony) dotychczasowych pracowników IEŚW przez nowego pracodawcę (Instytut) pozostaje w zakresie normowania prawa unijnego. Kwestia ta jednak nie znalazła żadnego odzwierciedlenia w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy, nie była także podnoszona w trakcie prac w komisjach sejmowych oraz podczas uchwalania ustawy przez Sejm.

Niewątpliwie pojęcie „przedsiębiorcy” i „działalności gospodarczej” w prawie unijnym nie jest łatwe do ustalenia ze względu na brak ich definicji w prawie Unii Europejskiej. Konieczne jest tutaj odwołanie się do orzecznictwa i interpretacji dokonywanej na tle konkretnego aktu prawnego. Dekodowanie zakresu znaczeniowego pojęcia „działalności gospodarczej” nastąpiło ostatnio w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 20 lipca 2017 r. w sprawie C-416/16 *Luís Manuel Piscarreta Ricardo przeciwko Portimão Urbis EM SA i in.* Trybunał wskazał, że pojęcie „działalności gospodarczej” obejmuje każdą działalność polegającą na oferowaniu towarów i usług na

danym rynku. Zasadniczo za działalność gospodarczą nie uznaje się działalności związanej z wykonywaniem prerogatyw władzy publicznej, natomiast usługi zapewniane w interesie publicznym i bez konkurencji z usługami przez podmioty działające w celu zarobkowym, mogą być uznane za „działalność gospodarczą” w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. c) Dyrektywy 2001/23. Wcześniej podobny pogląd przedstawił Trybunał w wyroku z 6 września 2001 r. w sprawie C-108/10 Ivana Scattolon przeciwko Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca. Wykładnia ta została dokonana na gruncie wcześniejszej dyrektywy 77/187/EWG, dotyczącej zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w wypadku przejścia przedsiębiorstw, zakładów lub części zakładów, jednakże jej przedmiotem są dokładnie te same określenia, jak te które zawiera obecny art. 1 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2001/23, a dokonując jej Trybunał dokonał wykładni art. 1 ust. 1 dyrektywy 77/187 w brzmieniu nadanym mu przez orzecznictwo tego Sądu, którego skutkiem było nadanie mu treści zawartej w art. 1 ust. 1 obecnie obowiązującej dyrektywy. Dał temu zresztą wyraz sam Trybunał wskazując, że „treść art. 1 ust. 1 dyrektywy 2001/23 odpowiada treści art. 1 ust. 1 dyrektywy 77/187 w brzmieniu nadanym dyrektywą 98/50. Definicje pojęć «zbywający» i «przejmujący» zawarte w dyrektywie 2001/23 są zasadniczo tożsame z definicjami zawartymi w art. 2 dyrektywy 77/187” (pkt 9). W powołanym orzeczeniu Trybunał rozważył, między innymi problem, czy przejście przez organ publiczny państwa członkowskiego personelu zatrudnionego przez inny organ publiczny, który świadczy na rzecz szkół usługi pomocnicze, w sytuacji, gdy personel ten stanowi w rozumieniu prawa danego państwa część administracji publicznej, stanowi „przejście przedsiębiorstwa” w rozumieniu przepisów prawa Unii dotyczących ochrony praw pracowniczych (pkt 12, 38 i 48). W kwestii tej Trybunał, odwołując się do wcześniejszego orzecznictwa, stwierdził, że pojęcie „przedsiębiorstwo” w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy 77/187 obejmuje każdą jednostkę gospodarczą zorganizowaną w sposób stały, niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania. Taką jednostką stanowi każde połączenie osób i składników pozwalające na prowadzenie działalności gospodarczej, które realizuje określony cel oraz jest dostatecznie zorganizowane i niezależne. Z kolei pojęcie „działalność gospodarcza” zawarte w tej definicji obejmuje każdą działalność polegającą na oferowaniu towarów lub usług na danym rynku. Charakteru gospodarczego nie ma zasadniczo działalność stanowiąca wykonywanie prerogatyw władzy publicznej. Natomiast stanowi ją świadczenie usług, które jakkolwiek nie obejmują wykonywania prerogatyw władzy publicznej, są zapewniane w interesie publicznym i bez celu

zarobkowego oraz znajdują się w stosunku konkurencji z usługami oferowanymi przez podmioty działające w celu zarobkowym (pkt 42-44). Zdaniem Trybunału, nie ulega wątpliwości, że usługi pomocnicze, jak w szczególności sprzątanie i konserwacja pomieszczeń oraz czynności z zakresu pomocy administracyjnej, nie stanowią wykonywania prerogatyw władzy publicznej. Dlatego mają one charakter gospodarczy w rozumieniu wspomnianego wyżej orzecznictwa i realizują określony cel obejmujący zapewnienie szkołom zaplecza technicznego i administracyjnego (pkt 46, 47). Trybunał podkreślił, że zgodnie z ustalonym orzecznictwem to, że przejęty personel i wykonywane przez niego czynności wchodzą w zakres administracji publicznej nie może spowodować wyłączenia tej jednostki z zakresu stosowania dyrektywy 77/187. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z przyjętym we wcześniejszych orzeczeniach stanowiskiem, zgodnie z którym każde dostatecznie zorganizowane i niezależne połączenie osób i składników pozwalających na prowadzenie działalności gospodarczej, które realizuje określony cel, stanowi „przedsiębiorstwo” w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy 77/187, niezależnie od jego formy prawnej i sposobu finansowania (pkt 53). W rezultacie, zakres wyrażen „reorganizację struktur administracji publicznej” i „przeniesienie funkcji administracyjnych między organami administracji publicznej” jest ograniczony do wypadków, w których przejęcie dotyczy działalności stanowiącej wykonywanie prerogatyw władzy publicznej (pkt 54). Nie ma natomiast powodów uzasadniających pogląd, że pracownicy sektora publicznego, podlegający ochronie jako pracownicy na mocy prawa krajowego i będący przedmiotem przejęcia przez nowego pracodawcę w ramach administracji publicznej, nie mogą korzystać z ochrony ustanowionej dyrektywą 77/187 wyłącznie dlatego, że przejęcie to dokonane jest w ramach reorganizacji rzeczowej administracji. Uznanie, że każde przejęcie dokonane względem pracowników administracji mogłoby zostać wyłączone przez organ publiczny z zakresu stosowania dyrektywy 77/187 przez powołanie się wyłącznie na fakt, że przejęcie jest częścią reorganizacji powodowałoby, że liczne kategorie pracowników wykonujących działalność o charakterze gospodarczym w rozumieniu orzecznictwa Trybunału mogłyby zostać w ten sposób pozbawione ochrony przewidzianej w dyrektywie. Taki skutek trudno byłoby pogodzić zarówno z treścią jej art. 2, zgodnie z którym zbywającym i przejmującym może być każda osoba fizyczna lub prawna będąca pracodawcą, jak i z koniecznością interpretowania wyjątków od stosowania wskazanej dyrektywy w sposób zawężający, uwzględniając założony w niej cel, którym jest ochrona socjalna. Na koniec Trybunał zaznaczył, że zastosowanie zasad wyrażonych w dyrektywie 77/187, w sytuacjach takich

jak rozważana, nie narusza uprawnień państw członkowskich do przeprowadzania racjonalnej reorganizacji ich administracji publicznej. Stosowanie dyrektywy ma jedynie zapobiegać temu, aby podlegający przejęciu pracownicy znaleźli się, wyłącznie z powodu przejęcia, w sytuacji mniej korzystnej niż sytuacja, w której znajdowali się przed dokonaniem przejęcia (pkt 57- 59).

Przy ocenie, czy doszło do „przejęcia” pracowników IEŚW przez Instytut w rozumieniu Dyrektywy 2001/23 należy uwzględnić również wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 19 października 2017 r. w sprawie C-200/16 Securitas – Serviços e Tecnologia de Segurança SA przeciwko ICTS Portugal – Consultadoria de Aviação Comercial SA i in. Trybunał wskazał, że stwierdzenie, czy w danym stanie faktycznym doszło do przejęcia wymaga uwzględnienia wszystkich okoliczności faktycznych, „do których zalicza się w szczególności rodzaj danego przedsiębiorstwa lub zakładu, przejęcie lub brak przejęcia aktywów, takich jak budynki i ruchomości, wartość składników niematerialnych w chwili przejęcia, przejęcie lub brak przejęcia klienteli, a także stopień podobieństwa działalności prowadzonej przed przejęciem i po przyjęciu (...)”.

Należy wskazać, że w świetle ustalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego, uwzględniającego stosowne przepisy prawa unijnego i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, likwidacja o charakterze formalnym, ograniczająca się do likwidacji podmiotu prawa będącego pracodawcą, bez likwidacji zakładu pracy w znaczeniu przedmiotowym, jako zorganizowanej placówki zatrudnienia (jednostki gospodarczej w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. b dyrektywy 2001/23), nie wyłącza konsekwencji prawnych określonych w art. 23¹ k.p. W tezie wyroku z 14 czerwca 2012 r., I PK 230/11, Sąd Najwyższy stwierdził, że przejęcie przez państwową jednostkę organizacyjną zakładu pracy działającego w sferze administracji publicznej, stanowiącego przedsiębiorstwo prowadzące działalność gospodarczą w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. c 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 i zachowującego tożsamość po przejęciu, stanowi przejście zakładu pracy na innego pracodawcę w rozumieniu art. 23¹ § 1 k.p. W takim przypadku przepisy ustawowe wyłączające ten skutek (art. 100 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych, Dz.U.

Nr 157, poz. 1241 ze zm.) nie mają zastosowania ze względu na sprzeczność z wymienionym przepisem dyrektywy jako przepisem bezpośrednio skutecznym.

Niezbędna jest zatem analiza przepisów ustawy określających powstanie i funkcjonowanie Instytutu pod kątem konsekwencji prawnych określonych w art. 23¹ k.p. Może się okazać, że mamy do czynienia z przejęciem IEŚW jako jednostki gospodarczej – zakładu pracy przez Instytut, pomimo likwidacji IEŚW z dniem wejścia w życie ustawy (art. 23 ust. 1 ustawy). IEŚW działa na podstawie ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz. U. z 2018 r. poz. 736). Z dniem wejścia w życie ustawy składniki majątkowe i niemajątkowe IEŚW przejmuje Instytut, a należności i zobowiązania IEŚW stają się należnościami i zobowiązaniami Instytutu (art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy). Instytut w świetle art. 2 ust. 1 jest państwową osobą prawną. Przychodami instytutu są doroczne dotacje budżetowe, ale także przychody z tytułu działalności gospodarczej poprzez komercjalizację wyników prowadzonych badań, działalność wydawniczą szkoleniową oraz wynajem pomieszczeń i biur. Kluczowe znaczenie w przekonaniu Rzecznika może mieć tutaj brak własnych zasobów kadrowych, dzięki którym Instytut mógłby realizować przejęte od IEŚW zadania. Sąd Najwyższy w uchwale w składzie siedmiu sędziów z 28 marca 2013 r., III PZP 1/13, odwołując się do dorobku orzeczniczego Trybunału Sprawiedliwości UE, podkreślił, że dla zastosowania dyrektywy 2001/23 istotne jest ustalenie, czy doszło do przejęcia przez pracodawcę przejmującego zadania również większości wykonujących te zadania pracowników.

Biorąc powyższe pod uwagę zwracam się do Pana Marszałka z uprzejmą prośbą o odniesienie się do powyższych uwag i zastrzeżeń w toku prac nad ustawą o Instytucie Europy Środkowej, przekazaną Senatowi przez Marszałka Sejmu zgodnie z art. 121 ust. 1 Konstytucji.