

Sopot, dnia 6 grudnia 2017 r.

Sygn.: 006736

OPINIA PRAWNA

Przedmiot odpowiedzi:

1. Czy zaliczenie na poczet niewypracowanego nominału czasu pracy z powodu tzw. „zejścia po dyżurze” – czasu dyżurów medycznych - wyłącznie lekarzom, którzy podpisali klauzulę opt-out, może stanowić przejaw dyskryminacji pracowniczej?

Podstawy prawne:

1. Art. 11³, art. 18^{3a}, art. 18^{3d}, art. 128, art. 151¹ § 1-3 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t. j. Dz.U.2016.1666 ze zm.);
2. Art. 95, art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t. j. Dz.U.2016.1638 ze zm.);
3. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2013 r. o sygn. I PK 293/12;
4. Wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2013 r. o sygn. III PK 110/12;
5. Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2014 r. o sygn. I PZP 2/14;
6. Pismo dyrekcji Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego w Kielcach z dnia 29 listopada 2017 r.

Klauzula prawna:

Przygotowując niniejszą Opinię prawną przeanalizowano i polegano wyłącznie na informacjach otrzymanych od Zleceniodawcy. Nie badano, ani nie weryfikowano prawdziwości przedstawionego stanu faktycznego.

Sporządzający niniejszą Opinię prawną zastrzega sobie prawo weryfikacji niniejszego opracowania w przypadku ujawnienia faktów nieznanych mu w momencie jego sporządzenia.

Niniejszą Opinię prawną wydaje się wyłącznie do wiadomości wraz z prawem do publikacji przez Zleceniodawcę.

Lex Secure 24h Opieka Prawna

Komar-Komarowski Spółka komandytowa
Al. Niepodległości 723/6
81-853 Sopot

NIP: 5862017484
REGON: 191884226
KRS: 0000675528

biuro@opiekaprawna.pl
www.opiekaprawna.pl
www.lexsecure.pl

tel. 58 500 59 00
fax: 58 500 59 01
24h Infolinia Prawna
+48 501 538 539

Opinia prawna dotyczy wyłącznie kwestii w niej określonych i nie może być interpretowana, jako obejmująca, w tym przez domniemanie, inne, niewspomniane w niej kwestie.

W niniejszej Opinii prawnej zaprezentowano niezależną, subiektywną ocenę sporządzającego, dotyczącą prawnych aspektów przedmiotu analizy, w szczególności ocena prawna przedstawiona w Opinii prawnej nie daje gwarancji wyniku danej sprawy, w przypadku skierowania jej na drogę postępowania sądowego lub administracyjnego.

Stan prawny:

Na wstępie niniejszych rozważań prawnych, należy przytoczyć treść art. 95 ust. 1 ustawy o działalności leczniczej (dalej u.d.l.), zgodnie z którym pracownicy wykonujący zawód medyczny i posiadający wyższe wykształcenie, zatrudnieni w podmiocie leczniczym wykonującym działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne, mogą być zobowiązani do pełnienia w zakładzie leczniczym tego podmiotu dyżuru medycznego. **Dyżurem medycznym**, w myśl ust. 2 niniejszego przepisu, jest **wykonywanie poza normalnymi godzinami pracy czynności zawodowych** przez osoby, o których mowa w ust. 1, w podmiocie leczniczym wykonującym stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne.

W celu pełnej odpowiedzi koniecznym jest również zaznaczenie, że czas pełnienia dyżuru medycznego, stosownie do ust. 3 w/w przepisu, wlicza się do czasu pracy. Czasem pracy jest natomiast czas, w którym pracownik pozostaje do dyspozycji pracodawcy w zakładzie pracy lub w innym miejscu wyznaczonym do wykonywania pracy, co wynika z art. 128 Kodeksu pracy (dalej jako k.p.).

Podkreślenia ponadto wymaga treść ust. 5 tego przepisu, zgodnie z którym, do wynagrodzenia za pracę w ramach pełnienia dyżuru medycznego stosuje się odpowiednio przepisy art. 151¹ § 1-3 k. p.

Warto przywołać treść art. 151¹ § 1 k. p., w myśl którego, za pracę w godzinach nadliczbowych, oprócz normalnego wynagrodzenia, przysługuje dodatek w wysokości:

- 100% wynagrodzenia - za pracę w godzinach nadliczbowych przypadających:
 - w nocy,
 - w niedziele i święta niebędące dla pracownika dniami pracy, zgodnie z obowiązującym go rozkładem czasu pracy,

- w dniu wolnym od pracy udzielonym pracownikowi w zamian za pracę
- w niedzielę lub w święto, zgodnie z obowiązującym go rozkładem czasu pracy;
- 50% wynagrodzenia - za pracę w godzinach nadliczbowych przypadających w każdym innym dniu niż określony w pkt 1.

Ponadto, jak stanowi § 2 w/w przepisu, dodatek w wysokości określonej w § 1 pkt 1 przysługuje także za każdą godzinę pracy nadliczbowej z tytułu przekroczenia przeciętnej tygodniowej normy czasu pracy w przyjętym okresie rozliczeniowym, chyba że przekroczenie tej normy nastąpiło w wyniku pracy w godzinach nadliczbowych, za które pracownikowi przysługuje prawo do dodatku w wysokości określonej w § 1.

Celem odpowiedzi na meritum pytania należy w pierwszej kolejności przywołać tezę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2013 r. o sygn. I PK 293/12, w której zostało wskazane, iż: „Za czas dyżuru medycznego pracownikowi przysługuje za każdą godzinę wynagrodzenie obliczane, jak za godziny nadliczbowe (według art. 151¹ § 1-3 k.p.), niezależnie od tego, czy pełnienie dyżuru spowodowało przekroczenie wymiaru czasu pracy obowiązującego pracownika medycznego”.

Aby w pełni wyjaśnić omawiany problem należy również przywołać tezę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2013 r. o sygn. III PK 110/12, gdzie wskazane zostało, że: **„Lekarz, który godzi się na pełnienie dyżurów medycznych w rozmiarze wyłączającym możliwość wykonywania pracy w pełnym wymiarze normalnego czasu pracy w przyjętym okresie rozliczeniowym, nie nabywa prawa do wynagrodzenia za czas nieprzepracowany z tego powodu w normalnym czasie pracy”**.

W uzasadnieniu tego wyroku można ponadto znaleźć fragment o treści: „Natomiast zastosowana przez pozwanego konstrukcja fikcyjnego zaliczenia części godzin faktycznie pełnionych dyżurów w miejsce godzin nieprzepracowanego normalnego czasu pracy celem jego uzupełnienia do pełnego wymiaru - rozpatrywana z punktu widzenia prawa lekarzy do wynagrodzenia - jedynie zbędnie skomplikowała sytuację prawną. Zamiast bowiem po prostu płacić powodom wynagrodzenie za pracę rzeczywiście wykonaną w ramach normalnego czasu pracy i w ramach dyżurów (art. 80 zdanie pierwsze k.p.), pozwany płacił im nienależne wynagrodzenie za nieprzepracowaną część normalnego czasu pracy i jednocześnie - dla uniknięcia dwukrotnego płacenia za ten sam czas - to nienależne wynagrodzenie zaliczył jako wynagrodzenie zasadnicze za dyżur i uzupełnił je o należne dodatki 50% lub 100%”.

Na gruncie powyższych wyroków doszło do sprzeczności, które stały się podstawą Uchwały 7 sędziów z dnia 6 listopada 2014 r. o sygn. I PZP 2/14, dotyczącej dodatku za pracę w ramach pełnienia dyżuru medycznego dopełniającego czas pracy lekarza do obowiązującej go przeciętnej tygodniowej normy czasu pracy. W tezie wyroku wskazuje się, że: „**Za pracę w ramach pełnienia dyżuru medycznego dopełniającego czas pracy lekarza do obowiązującej go przeciętnej tygodniowej normy czasu pracy przysługuje jedynie dodatek w wysokości określonej przez odpowiednio stosowane przepisy art. 151¹ § 1-3 k.p.**”.

Zdaniem opiniującego istotę w/w rozstrzygnięcia stanowi twierdzenie, że pomimo faktu, iż godziny dyżurowe wlicza się do czasu pracy lekarzy, to godziny dyżurowe oraz normalne godziny pracy powinny być ewidencjonowane oddzielnie ze względu na sposób ich wynagradzania. Należy bowiem podkreślić, że wszystkie godziny pracy zakwalifikowane jako dyżurowe (pomimo, iż stanowią dopełnienie do normalnego czasu pracy) powinny być płatne wraz z uwzględnieniem dodatku, w wysokości określonej w art. 151¹ § 1-3 k.p.

Powyższe twierdzenie znajduje swoje odzwierciedlenie w uzasadnieniu do w/w Uchwały, w którym wskazano: „Skoro zatem ta część dyżuru medycznego jest już wynagrodzona ekwiwalentnym do rozmiaru wykonywanej pracy świadczeniem w postaci normalnego wynagrodzenia, to odpowiednie stosowanie przepisów art. 151¹ § 1-3 k.p. nie może oznaczać konieczności "podwojenia" tego normalnego wynagrodzenia, lecz jedynie obowiązek wypłacania za godziny dyżuru dopełniające czas pracy lekarza do obowiązującej go przeciętnej normy tygodniowej dodatków, przy odpowiednim stosowaniu do ich obliczania art. 151¹ § 1-3 k.p.”.

Z powyższego wynika, że **za „godziny niewypracowane” wynagrodzenie nie przysługuje.** Przy czym opiniujący użył tego terminu jedynie w celu zobrazowania sytuacji. Zaznaczyć bowiem należy, iż posługiwanie się terminem „godziny niewypracowane” nie jest właściwe ani też uzasadnione pod względem prawnym.

W uzasadnieniu w/w Uchwały 7 sędziów wskazano bowiem, iż: „Nie ma możliwości stwierdzenia, że wyznaczenie dyżurów medycznych może doprowadzić do sytuacji wyłączenia możliwości "wykonywania pracy w pełnym wymiarze normalnego czasu pracy w przyjętym okresie rozliczeniowym". Dopuszczalne jest bowiem dopełnienie dyżurem medycznym czasu pracy lekarza do obowiązującej go przeciętnej tygodniowej normy czasu pracy. Nie występuje więc problem nabycia prawa do wynagrodzenia "za czas nieprzepracowany w nominalnym czasie pracy", lecz jedynie sposobu wynagradzania za

pracę w ramach pełnienia dyżuru medycznego dopełniającego czas pracy lekarza do obowiązującej go przeciętnej tygodniowej normy czasu pracy.”

Zdaniem Sądu Najwyższego podejmującego uchwałę w rozszerzonym składzie, nie można w ogóle twierdzić, iż wyznaczenie dyżurów medycznych może doprowadzić do sytuacji, w której dojdzie do wyłączenia możliwości wykonywania pracy w pełnym wymiarze normalnego czasu pracy w przyjętym okresie rozliczeniowym, ponieważ niewypracowany nominalny czas pracy można dopełniać czasem pełnionych dyżurów medycznych.

Sąd Najwyższy wyraźnie zaznacza, że w rozpatrywanej sprawie „nie występuje problem nabycia prawa do wynagrodzenia za czas nieprzepracowany w nominalnym czasie pracy, lecz jedynie sposobu wynagradzania za pracę w ramach pełnienia dyżuru”. W związku z powyższym, w treści podjętej uchwały, Sąd Najwyższy skupia się w głównej mierze na sposobie wynagradzania dyżurów medycznych. W niniejszej kwestii Sąd Najwyższy wskazuje, iż przy obliczaniu wynagrodzenia za czas pełnienia dyżurów medycznych należy dokonać rozróżnienia tych godzin dyżurów, które dopełniają czas pracy do przeciętnej tygodniowej normy – od godzin dyżurów, które przekraczają przeciętną tygodniową normę czasu pracy, ponieważ sposób ich wynagradzania jest różny. Za każdą godzinę dyżuru medycznego przekraczającą obowiązującą pracownika przeciętną tygodniową normę czasu pracy należy się mu wynagrodzenie jak za pracę w godzinach nadliczbowych, a więc wynagrodzenie zasadnicze wraz z dodatkiem z art. 151¹ § 1 k.p. Natomiast za część dyżuru medycznego jedynie uzupełniającą obowiązującą lekarza przeciętną tygodniową normę czasu pracy otrzymuje on normalne wynagrodzenie w stawce określonej umową wraz z odpowiednio obliczonym dodatkiem, przy czym Sąd Najwyższy zaznacza, iż w takim wypadku: „odpowiednie stosowanie przepisów art. 151¹ § 1 – 3 k.p. nie może oznaczać konieczności „podwojenia” tego normalnego wynagrodzenia, lecz jedynie obowiązek wypłacania za godziny dyżuru dopełniające czas pracy lekarza do obowiązującej go przeciętnej normy tygodniowej dodatków, przy odpowiednim stosowaniu do ich obliczania art. 151¹ § 1 – 3 k.p.”.

Osoba opiniująca stoi na stanowisku, iż **działanie dyrekcji szpitala w Kielcach stanowi czyn dyskryminacji, z uwagi na kryterium niewyrażenia zgody na klauzulę opt-out.**

Zgodnie z treścią art. 11³ k.p. wyznaczającego zasadę zakazu dyskryminacji pracowników. Zgodnie z nim, jakkolwiek dyskryminacja w zatrudnieniu, bezpośrednia lub pośrednia, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie,

orientację seksualną, a także ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy - jest niedopuszczalna.

Zgodnie z art. 96 ust. 4 u.d.l. **pracodawca nie może podejmować działań dyskryminujących wobec pracowników, którzy nie wyrazili zgody na klauzulę opt-out.**

Zakaz dyskryminacji stanowi kwalifikowaną postać zasady równego traktowania w zatrudnieniu. Dyskryminacja oznacza gorsze traktowanie pracownika ze względu na jakąś jego określoną cechę lub właściwość.

Kwestię dyskryminacji pracowników doprecyzowuje art. 18^{3a} k. p. Zgodnie z nim, pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, bez względu na cechy określone w art. 11³ k. p. (m. in. płeć, wiek, niepełnosprawność). Warto zaznaczyć, że wyliczenie tych cech ma charakter przykładowy. Cechą taką, niewymienioną w przytoczonych artykułach (określanych w orzecznictwie mianem niedozwolonego kryterium dyskryminacji), może być również niewyrażenie zgody na podpisanie klauzuli opt-out, o czym mowa będzie jeszcze w dalszej części odpowiedzi.

Odnosząc się ponownie do art. 18^{3a} k. p. należy wskazać, że dyskryminacja może przybrać postać dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej. Dyskryminacja bezpośrednia występuje, gdy pracownik, znajdujący się w porównywalnej sytuacji do innych pracowników, był, jest lub mógłby być traktowany na podstawie jednego z wyżej opisanych kryteriów mniej korzystnie niż wskazani pracownicy.

Dyskryminowanie pośrednie istnieje natomiast wtedy, gdy na skutek pozornie neutralnego kryterium lub działania pracodawcy występuje lub mogłyby wystąpić niekorzystne traktowanie wszystkich lub znacznej liczby pracowników należących do grupy, wyróżnionej ze względu na jedną lub kilka omówionych powyżej cech, w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych. Dyskryminacja nie wystąpi jednak, jeżeli 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.

Zgodnie z treścią art. 18^{3d} k. p., osoba, wobec której pracodawca naruszył zasadę równego traktowania w zatrudnieniu, ma prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż

minimalne wynagrodzenie za pracę. Jak już wskazano, dyskryminacja (zarówno na podstawie art. 18^{3a} k. p., jak i na podstawie art. 96 ust. 4 u. d. l.) stanowi kwalifikowaną postać naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu. W związku z tym za czyn stanowiący dyskryminację, pracownik również może domagać się odszkodowania.

W przedstawionej sytuacji lekarz może złożyć skargę do Państwowej Inspekcji Pracy na działania pracodawcy, wskazując że pracodawca dopuszcza się względem części pracowników działań dyskryminujących, które mają wpływają na m. in. na obniżenie wysokości wynagrodzenia.

Skorzystanie przez pracownika z uprawnień przysługujących z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu nie może być podstawą niekorzystnego traktowania go, a także nie może powodować jakichkolwiek negatywnych konsekwencji wobec niego, zwłaszcza nie może stanowić przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie przez pracodawcę stosunku pracy lub jego rozwiązanie bez wypowiedzenia.

Wnioski:

Podsumowując powyższe rozważania prawne, w treści uzasadnienia do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2014 roku wskazano wprost, iż dopuszczalne jest dopełnienie dyżurem medycznym czasu pracy lekarza do obowiązującej go przeciętnej tygodniowej normy czasu pracy. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały nie dokonał przy tym rozróżnienia na godziny dyżuru medycznego pełnione w godzinach dziennych, czy też w porze nocnej.

Sąd Najwyższy w składzie powiększonym stwierdził ponadto, iż odpowiednie stosowanie przepisów art. 151¹ § 1 – 3 k.p. nie może oznaczać konieczności „podwojenia” tego normalnego wynagrodzenia, lecz jedynie obowiązek wypłacania za godziny dyżuru dopełniające czas pracy lekarza do obowiązującej go przeciętnej normy tygodniowej dodatków, przy odpowiednim stosowaniu do ich obliczania art. 151¹ § 1 – 3 k.p..

Z powyższych orzeczeń wynika, że pracodawca nie może „uzupełniając” niewypracowany nominal czasu pracy godzinami pracy świadczonej w ramach dyżuru, pozbawiać pracownika prawa do dodatku w wysokości określonej w przepisach art. 151¹ § 1-3 k.p. Zatem za wszystkie godziny pracy przepracowane przez lekarza, które były zaplanowane jako dyżur medyczny przysługuje wynagrodzenie wraz z ww. dodatkiem.

Istotę problemu stanowi twierdzenie, że pomimo faktu, iż godziny dyżurowe wlicza się do czasu pracy lekarzy, to godziny dyżurowe oraz normalne godziny pracy powinny być ewidencjonowane oddzielnie ze względu na sposób ich wynagradzania. Podkreślenia bowiem wymaga, że wszystkie godziny pracy zakwalifikowane jako dyżurowe (pomimo, iż stanowią dopełnienie do normalnego czasu pracy lekarza) powinny być płatne wraz z uwzględnieniem dodatku, w wysokości określonej w art. 151¹ § 1-3 k. p.

Zakaz dyskryminacji pracowników oznacza, że powinni oni 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.

Ponadto przepisy wyraźnie wskazują, że niedopuszczalna jest dyskryminacja pracowników ze względu na niepodpisanie klauzuli opt-out. W przypadku naruszenia przez pracodawcę zakazu dyskryminacji, pracownik uprawniony będzie do dochodzenia odszkodowania z tego tytułu na drodze sądowej lub złożenia skargi do Państwowej Inspekcji Pracy na działania pracodawcy.

Zdaniem osoby opiniującej, działanie dyrekcji szpitala w Kielcach stanowi czyn dyskryminacji, z uwagi na kryterium niewyrażenia zgody na klauzulę opt-out.

W przypadku chęci skorzystania z pomocy radców prawnych i adwokatów z Kancelarii Lex Secure w ramach Ogólnopolskiej Sieci Opieki Prawnej - należy skontaktować się bezpośrednio z 24h Infolinią prawną pod numerem telefonu +48 501 538 539.

Z poważaniem,

RADCA PRAWNY
Grunwald
Paweł Grunwald