

Zakaz dyskryminacji pracownika wykonującego pracę zdalną

Prohibition of discrimination against a remote employee

Streszczenie

Artykuł koncentruje się na podmiotowej i przedmiotowej analizie wprowadzonego w ostatnim czasie do kodeksu pracy przepisu dotyczącego zakazu dyskryminacji pracownika wykonującego pracę zdalną (art. 67²⁹ k.p.). Autorka rozważa kwestię relacji tej regulacji do ogólnych przepisów dotyczących równego traktowania, ostatecznie przypisując mu walor jedynie informacyjny.

Słowa kluczowe

równe traktowanie, dyskryminacja, praca zdalna

JEL: K31

Abstract

The article focuses on the subject and object analysis of the recently introduced provision in the Labour Code concerning the prohibition of discrimination against an employee performing remote work (Article 67²⁹ of the Labour Code). The author considers the question of the relation of this regulation to general provisions on equal treatment. Ultimately attributing only informative value in this regard.

Keywords

equal treatment, discrimination, remote work

Wprowadzenie

Przepisy dotyczące pracy zdalnej zostały dodane do kodeksu pracy ustawą z 1 grudnia 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2023, poz. 240). Regulacja ta, obowiązująca od 7 kwietnia 2023 r., nawiązuje do kodeksowych przepisów odnoszących się do telepracy oraz do pracy zdalnej uregulowanej w ustawie z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. 2021, poz. 2095), które wskazana wyżej ustawa nowelizująca uchyliła. Wprowadzony art. 67²⁹ k.p. dotyczący zakazu dyskryminacji pracownika wykonującego pracę zdalną stanowi *de facto* kalkę dotychczas obowiązującego przepisu odnoszącego się do zakazu dyskryminacji telepracownika (art. 67¹⁵ k.p.). Odmienności są przy tym niewielkie. Rzecz jasna ustawodawca posługuje się pojęciem „pracownika wykonującego pracę zdalną” w miejsce „telepracownika”, oraz „pracy zdalnej” zamiast „telepracy”. Większe znaczenie może mieć użyty w § 2 art. 67²⁹ k.p. zwrot „wykonywania” (pracy zdalnej) w miejsce dotychczasowego „podjęcia” pracy w formie telepracy. Odmiennie niż przy telepracy, wskazuje on na możliwość odniesienia przedmiotowej regulacji także do sytuacji,

gdy o wykonywaniu pracy na odległość postanowiono przy zawieraniu umowy o pracę, a nie wyłącznie, gdy nastąpiło to dopiero w trakcie zatrudnienia (Sobczyk, 2009, s. 134).

W myśl art. 67²⁹ § 1 k.p. pracownik wykonujący pracę zdalną nie może być traktowany mniej korzystnie w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych niż inni pracownicy zatrudnieni przy takiej samej lub podobnej pracy, uwzględniając odrębności związane z warunkami wykonywania pracy zdalnej. W § 2 ustawodawca sformułował zakaz dyskryminowania pracownika w jakikolwiek sposób z powodu wykonywania pracy zdalnej, jak również z powodu odmowy wykonywania takiej pracy.

Refleksji wymaga zakres podmiotowy wskazanej regulacji, zwłaszcza przy zestawieniu jej z art. 18^{3a} § 1 k.p., a także jej zakres przedmiotowy, przy uwzględnieniu poszczególnych rodzajów pracy zdalnej. Choć ustawodawca nie nazywa wprost możliwych wariantów pracy zdalnej, dają się one wyprowadzić z przyjętej regulacji prawnej. Z uwagi na sposób wprowadzenia wyróżnić można: pracę zdalną objętą zgodnym oświadczeniem stron stosunku pracy, pracę zdalną wprowadzoną poleceniem pracodawcy, pracę zdalną na wiązący wniosek pracowni-

ka. Kryterium czasu pozwala wyróżnić pracę zdalną wprowadzaną przy zawieraniu umowy o pracę oraz pracę zdalną wprowadzaną w trakcie zatrudnienia. Przyjmując z kolei za podstawę czasowy wymiar wykonywania pracy na odległość – pracę wykonywaną wyłącznie w trybie zdalnym, częściową pracę zdalną i okazjonalną pracę zdalną. Choć przepisy dotyczące zakazu dyskryminacji pracownika świadczącego pracę zdalną nie wyłączają spod zakresu zastosowania któregoś z jej rodzajów, zakres przedmiotowy zakazu dyskryminacji będzie w praktyce kształtował się częściowo odmiennie, zależnie od jej wariantu.

Zakres podmiotowy zakazu dyskryminacji

W pierwszej kolejności zasadne wydaje się postawienie pytania o relację art. 67²⁹ § 1 k.p. do art. 18^{3a} § 1 k.p., formułującego nakaz równego traktowania pracowników rozumiany jako niedyskryminowanie w jakikolwiek sposób, w szczególności z uwagi na sformułowane w nim kryteria. Należy zauważyć, że zarówno przepis art. 18^{3a} § 1 k.p., jak i przepis art. 67²⁹ § 1 k.p., wskazują na analogiczną płaszczyznę stosunku pracy, w ramach której powinna być urzeczywistniana zasada niedyskryminacji: nawiązanie stosunku pracy, rozwiązanie stosunku pracy, warunki zatrudnienia, awansowanie, dostęp do szkoleń w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych. Teoretycznie możliwe są trzy relacje pomiędzy wskazanymi przepisami:

1. wykluczająca, tj. przyjmująca, że późniejszy i znajdujący się wśród przepisów szczególnych art. 67²⁹ § 1 k.p. wyłącza odnośnie do pracowników zdalnych wcześniejszy i ogólny art. 18^{3a} § 1 k.p. – *lex posterior derogat legi priori, lex specialis derogat legi generali*;

2. uzupełniająca, tj. zakładająca, że do pracowników zdalnych będzie miał zastosowanie art. 18^{3a} § 1 k.p. z modyfikacjami wynikającymi z art. 67²⁹ § 1 k.p.;

3. zawierająca, tj. uznająca, że art. 67²⁹ § 1 k.p. stanowi powielenie art. 18^{3a} § 1 k.p. i ma walor jedynie informacyjny (por. Piszczek, 2012, s. 46).

W art. 67²⁹ § 1 k.p. ustawodawca użył terminu „pracownik wykonujący pracę zdalną”, wskazując, że nie może być on mniej korzystnie traktowany niż inni pracownicy zatrudnieni przy takiej samej lub podobnej pracy. Wydaje się, że pojęcie „inni pracownicy” odnosi się do pracowników, którzy nie wykonują pracy zdalnej, a przy tym wykonywana przez nich praca jest rodzajowo taka sama albo podobna, jak pracownika zdalnego. Oznacza to, że przepis art. 67²⁹ § 1 k.p. zakazuje mniej korzystnego traktowania pracownika zdalnego wyłącznie w porównaniu z pracownikami niezdalnymi zatrudnionymi przy takiej samej lub podobnej pracy. *A contrario* art. 67²⁹ § 1 k.p. nie zakazuje korzystniejszego traktowania pracownika zdalnego w porównaniu z innymi pracownikami (niezdalnymi), a także nierównego traktowania pracowników zdalnych między sobą. Przy takiej wykładni jest konieczne zatem uzupełniające sięgnięcie do zasady równego traktowania pracowników, o której mowa

w art. 18^{3a} § 1 k.p. Przyglądając się raz jeszcze przytoczonym powyżej możliwościom interpretacyjnym, pierwszą z nich należy zatem odrzucić. O wyborze jednej z dwóch pozostałych zdecyduje analiza zakresu przedmiotowego art. 67²⁹ § 1 k.p., poczyniona w kolejnych punktach.

Konieczność uzupełniającego sięgnięcia do art. 18^{3a} § 1 k.p. wynika także ze sformułowanego w art. 67²⁹ § 1 k.p. nakazu porównania sytuacji pracowników zdalnych do innych pracowników „zatrudnionych przy takiej samej lub podobnej pracy” (por. Sobczyk, 2009, s. 127). Przepisy dotyczące równego traktowania pracowników i ich niedyskryminowania z jakiegokolwiek przyczyny nie wprowadzają tego rodzaju obostrzenia. Owszem, pracodawca może zwolnić się od odpowiedzialności za nierówne traktowanie w sytuacji, gdy wykaże, że kierował się obiektywnymi powodami, przy czym tego rodzaju usprawiedliwienia nie należy poszukiwać w wykonywaniu odmiennej pracy. Przykładowo nierówne traktowanie pracowników z uwagi na kryteria wymienione w art. 18^{3a} § 1 k.p., czy też wygląd, ujawnienie nosicielstwa wirusa HIV, rodzicielstwo, odbywanie aplikacji radcowskiej, miejsce zamieszkania (wyrok SN z 29 listopada 2017 r., I PK 367/16, LEX nr 2433082) nie może być usprawiedliwiane zajmowaniem odmiennego stanowiska pracy. Nie zawsze także pracownicy zatrudnieni na tym samym stanowisku znajdują się w jednakowej sytuacji, uzasadniającej ich jednakowe potraktowanie. W oparciu o sformułowany w art. 18^{3c} k.p. zakaz dyskryminacji w dziedzinie wynagradzania wskazuje się, że jednakową pracą uzasadniającą prawo do jednakowego wynagrodzenia nie jest praca wykonywana na tym samym stanowisku przez osoby posiadające odmienne kwalifikacje i doświadczenie zawodowe czy staż pracy (Wandzel, 2006, s. 571). Dopuszczalna jest także regionalizacja wynagrodzeń przyjętych u tego samego pracodawcy (o rozbudowanej strukturze), uzasadniona sytuacją na lokalnym rynku pracy bądź kosztami utrzymania na danym obszarze (Wratny, 2017, s. 7).

Szerszy zakres podmiotowy został wskazany przez ustawodawcę w art. 67²⁹ § 2 k.p. W myśl tego przepisu, pracownik nie może być w jakikolwiek sposób dyskryminowany z powodu wykonywania pracy zdalnej, jak również z powodu odmowy wykonywania takiej pracy. Przepis ten obejmuje zatem swoim zakresem pracowników zdalnych, jak i pozostałych pracowników, a wskazanym kryterium dyskryminacyjnym jest tutaj wykonywanie pracy zdalnej oraz odpowiednio – odmowa wykonywania takiej pracy. W zakresie odnoszącym się do pracowników zdalnych, powiela regulację wynikającą z § 1 tego artykułu. Art. 67²⁹ § 2 k.p. koresponduje z art. 67¹⁹ § 1 i 2 k.p., zgodnie z którymi praca zdalna jest dobrowolna dla pracownika, a zatem jej wprowadzenie w trakcie zatrudnienia może nastąpić w drodze porozumienia stron – z inicjatywy pracodawcy lub na wniosek pracownika, który niekiedy bywa dla pracodawcy wiążący (art. 67¹⁹ § 6 k.p.). Nawet w sytuacji, gdy do powierzenia pracy zdalnej dochodzi w drodze polecenia pracodawcy, pracodawca nie ma w tym zakresie pełnej swobody. Prócz

spełnienia ustawowych przesłanek, konieczne jest uzyskanie od pracownika oświadczenia, że posiada warunki lokalowe i techniczne do wykonywania pracy zdalnej. Niepozbawiona subiektywizmu ocena pracownika może zatem stać na przeszkodzie wprowadzeniu pracy zdalnej, co stanowi argument za jej dobrowolnością.

Zakaz dyskryminacji pracownika z powodu odmowy wykonywania pracy zdalnej stanowi również konsekwencję ustanowionego w art. 67²³ k.p. zakazu wypowiedziania przez pracodawcę umów o pracę z uwagi na brak zgody pracownika na wprowadzenie pracy zdalnej, a także z uwagi na zaprzestanie wykonywania pracy zdalnej i przywrócenie poprzednich warunków pracy, czy to na wiążący wniosek pracownika zdalnego, czy pracodawcy (art. 67²² k.p.). *De facto* przepis art. 67²² k.p. w zw. z art. 67²³ k.p. odnosi się wyłącznie do sytuacji, gdy z wnioskiem o zaprzestanie wykonywania pracy zdalnej i przywrócenie poprzednich warunków pracy występuje pracownik. Jeżeli z wnioskiem takim występuje pracodawca, można przyjąć, że jest on zainteresowany kontynuowaniem zatrudnienia w tradycyjnej formie. W przeciwnym razie wypowiedziałby on pracownikowi zdalnemu umowę o pracę bez uprzedniego przywracania poprzednich warunków pracy. Warto zauważyć również, że choć samo zaprzestanie wykonywania pracy zdalnej nie może być przyczyną uzasadniającą wypowiedzenie umowy o pracę, to już likwidacja stanowiska pracy taką przyczynę może stanowić. Do likwidacji stanowiska pracy dochodzi również wówczas, gdy czynności (zadania) wykonywane przez pracownika na likwidowanym stanowisku są powierzane innym pracownikom (na innych stanowiskach pracy), a nawet osobom (podmiotom) niepozostającym z pracodawcą w stosunku pracy (wyrok SN z 20 czerwca 2018 r., I PK 48/17, LEX nr 2508183). Dlatego pracownik zdalny, zanim wystąpi z wnioskiem o zaprzestanie wykonywania pracy zdalnej powinien we własnym interesie upewnić się, czy sytuacja w jakiej znajduje się pracodawca, umożliwia mu zrealizowanie tego wniosku.

Zakaz dyskryminacji przy nawiązaniu stosunku pracy

Wykładnia literalna art. 67²⁹ § 1 k.p. nie pozwala na sformułowanie jednoznaczny tez. Trudno wyobrazić sobie taką sytuację, aby w zakresie nawiązania stosunku pracy pracownik zdalny mógł być traktowany mniej korzystnie niż pozostali pracownicy danego pracodawcy. Problematyczne jest użycie przez ustawodawcę pojęcia „pracownik wykonujący pracę zdalną”. Zauważyć należy, że w chwili poprzedzającej nawiązanie stosunku pracy nie możemy mówić jeszcze o pracowniku zdalnym. Również osoba wykonująca pracę zdalną na rzecz jednego pracodawcy, w sytuacji zatrudnienia jej przez innego pracodawcę, nie będzie w odniesieniu do niego pracownikiem zdalnym, jeżeli wykonywana praca nie spełnia przesłanek z art. 67¹⁸ k.p. Jeżeli wykonywana praca spełnia te wymogi, ewentualne traktowanie pracownika zdalnego w sposób mniej korzystny może wystąpić dopiero po zawarciu umowy, a zatem może dotyczyć wa-

runków zatrudnienia, nie zaś nawiązania stosunku pracy. Jedynie w sytuacji nawiązania kolejnej umowy o pracę między tymi samymi stronami, gdy w obu przypadkach praca jest wykonywana zdalnie, powyższy przepis mógłby znaleźć zastosowanie. Nie oznacza to jednak, że sytuacja ta jest zawsze prawnie dopuszczalna, ponieważ na przeszkodzie stoją tutaj przepisy o czasie pracy (por. uchwała SN z 12 kwietnia 1994 r., I PZP 13/94, OSNP 1994, nr 3, poz. 39; wyrok SN z 14 lutego 2002 r., I PKN 876/00, OSNP 2004, nr 4, poz. 60).

Odwołanie do wykładni systemowej dostarcza argumentów, że zamiarem ustawodawcy mogło być objęcie w przepisie art. 67²⁹ § 1 k.p. pojęciem „pracownik wykonujący pracę zdalną” także osoby, która ubiega się o zatrudnienie w charakterze pracownika zdalnego, a pracownikiem zdalnym jeszcze nie jest. Podobnie ma to miejsce w przypadku pojęcia „pracownik”, użytego w przepisach Działu pierwszego Rozdziału IIa *Równe traktowanie w zatrudnieniu*, które obejmuje także osoby dopiero ubiegające się o zatrudnienie w charakterze pracownika (Tomaszewska, LEX 2022; Kosut, s. 99–100). Wówczas komentowany przepis znalazłby zastosowanie do pracy zdalnej wprowadzanej przy zawieraniu umowy o pracę. Tylko bowiem w takiej sytuacji można mówić o „nawiązaniu stosunku pracy”. W przypadku wprowadzenia pracy zdalnej w trakcie zatrudnienia – w drodze porozumienia, polecenia pracodawcy, czy w wyniku wiążącego wniosku pracownika – dochodzi nie do nawiązania stosunku pracy, ale do jego modyfikacji.

Mniej korzystnego traktowania pracownika zdalnego w zakresie nawiązania stosunku pracy upatrywać można w dowolnym różnicowaniu przez pracodawcę kryteriów doboru do zatrudnienia w zależności od tego, czy na konkretne stanowisko pracy ma zostać przyjęty pracownik świadczący pracę zdalną czy wykonujący ją w zakładzie pracy. Uzasadnionym rozróżnieniem będzie natomiast oczekiwanie od pracownika zdalnego odpowiedniego doświadczenia i umiejętności, pozwalających na pracę bez bezpośredniego wsparcia, w sytuacji gdy nie są te wymagania stawiane pracownikowi bezpośrednio nadzorowanemu i instruowanemu (por. Sobczyk, 2009, s. 131). Za dyskryminujące uznać można wymaganie od kandydata na pracownika zdalnego posiadania własnych narzędzi pracy, np. komputera, zwłaszcza że przepisy kodeksu pracy wskazują, że materiały i narzędzia pracy, w tym urządzenia techniczne niezbędne do wykonywania pracy zdalnej jest zobowiązany zapewnić pracodawca (art. 67²⁴ § 1 pkt 1 k.p.), zaś możliwość korzystania przez pracownika zdalnego z własnego sprzętu stanowi rozwiązanie wyjątkowe obwarowane ustanowieniem ekwiwalentu pieniężnego. Nie stanowi natomiast takiego dyskryminującego kryterium wymóg posiadania, jedynie przez pracownika zdalnego, odpowiednich warunków lokalowych.

Z kolei w kontekście art. 18^{3a} § 1 k.p. oceniać można wprowadzenie pracy zdalnej z inicjatywy pracodawcy w trakcie zatrudnienia. Najmniej wątpliwości budziłaby taka sytuacja, gdyby pracodawca zaproponował pracę zdalną wszystkim pracownikom, wobec których możliwe

jest zastosowanie takiego rozwiązania (czyli np. wszystkim pracownikom biurowym). Ponieważ wprowadzenie pracy zdalnej na wniosek pracodawcy wymaga zgody pracownika, nie jest pewne, że proponowane rozwiązanie objęłoby ostatecznie wszystkich pracowników. Nawet zatem jeśli intencją pracodawcy byłoby, aby część pracowników świadczyła pracę w zakładzie, cel taki mógłby zostać osiągnięty także w sytuacji zaproponowania pracy zdalnej wszystkim pracownikom. Gdyby jednak pracodawca chciał zaproponować pracę zdalną tylko niektórym pracownikom, typując ich powinien stosować obiektywne kryteria doboru. Analogicznie sytuacja przedstawia się, gdy z wnioskiem o wprowadzenie pracy zdalnej (także okazjonalnej) wystąpi pracownik. W konkretnym bowiem przypadku brak wyrażenia przez pracodawcę zgody na pracę zdalną może być postrzegany jako naruszenie zasady równego traktowania przez to, że inni pracownicy znajdujący się w podobnej sytuacji otrzymali taką możliwość (por. Wedde, 2002, s. 288). W sytuacji, gdy to pracownik występuje z wnioskiem o wykonywanie pracy zdalnej, poza stosowaniem kryteriów obiektywnych, pracodawca powinien mieć na uwadze szczególne kategorie pracowników, których wniosek o objęcie ich taką pracą ma charakter wiążący (art. 67¹⁹ § 6 i 7 k.p.).

Zakaz dyskryminacji przy rozwiązywaniu stosunku pracy

Sformułowany w przepisie art. 67²⁹ § 1 k.p. zakaz mniej korzystnego traktowania pracownika zdalnego w zakresie rozwiązania stosunku pracy należy rozumieć w sposób ścisły – nie chodzi zatem o taką sytuację, gdy pracownik zaprzestaje wykonywania pracy zdalnej, kontynuując jednocześnie świadczenie pracy w zakładzie pracy, ale o ustanie jego zatrudnienia. Dobierając pracowników do zwolnienia, pracodawca nie powinien zatem kierować się formą organizacji pracy, jaką są oni objęci, ale stosować obiektywne i sprawiedliwe kryteria oceny pracowników i wyników ich pracy (art. 94 pkt 9 k.p.). Choć konkretne kryteria doboru pracowników do zwolnienia nie są skatalogowane w żadnym powszechnie obowiązującym przepisie prawa pracy, w orzecznictwie Sądu Najwyższego za najważniejsze przyjmuje się: przydatność pracownika do pracy, jego kwalifikacje i umiejętności zawodowe, doświadczenie zawodowe, staż i przebieg dotychczasowej pracy, dyspozycyjność wobec pracodawcy (wyroki SN: z 16 września 1997 r., I PKN 259/97, OSNP 1998, nr 12, poz. 363; z 23 stycznia 2001 r., I PKN 191/00, OSNP 2002, nr 18, poz. 433; z 15 grudnia 2004 r., I PK 97/04, OSNP 2005, nr 24, poz. 389; z 8 grudnia 2005 r., I PK 100/05, Wokanda 2006, nr 6, poz. 28; z 8 sierpnia 2006 r., I PK 50/06, Pr. Pracy 2006, nr 12, poz. 39). Pomocniczo powinny być brane pod uwagę kryteria odnoszące się do osobistej sytuacji pracownika: stan i obowiązki utrzymania rodziny, zwłaszcza samotne wychowywanie dzieci czy niepełnosprawność, posiadanie innych źródeł dochodów, łatwość w znalezieniu nowego zatrudnienia

(wyrok SN z 11 października 2022 r., I PSKP 77/21, OSNP 2023, nr 4, poz. 39).

Wydaje się jednak, że przepisu art. 67²⁹ § 1 k.p. nie można interpretować tak dalece, by uniemożliwiać pracodawcy swobodny wybór formy organizacyjnej prowadzonej przez siebie działalności. W szczególności, pracodawca powinien mieć możliwość całkowitej rezygnacji z zatrudniania pracowników zdalnych albo całkowitej rezygnacji z zatrudniania pracowników w zakładzie pracy. Pierwsza możliwość jest ograniczona z uwagi na konieczność uwzględnienia wniosku o pracę zdalną szczególnej kategorii pracowników (art. 67¹⁹ § 6 i 7 k.p.). Niemniej jednak także w takiej sytuacji, pracodawca może nie uwzględnić takiego wniosku nie tylko, gdy nie jest to możliwe ze względu na rodzaj pracy wykonywanej przez pracownika, ale także gdy na przeszkodzie takiemu rozwiązaniu stoi organizacja pracy.

Zakaz mniej korzystnego traktowania pracownika wykonującego pracę zdalną w zakresie rozwiązania stosunku pracy znajdzie zastosowanie w sytuacji redukcji stanowiska pracy, które powtarza się zarówno w strukturze zakładu pracy, jak i jest zajmowane przez pracownika zdalnego. Prócz niejednakowego traktowania pracowników w zakresie doboru do zwolnienia, zakaz mniej korzystnego traktowania pracownika zdalnego w zakresie rozwiązania stosunku pracy, może dotyczyć także niejednakowej oceny zachowań pracowników jako podstawy zwolnienia z pracy czy niejednakowego sposobu rozwiązywania stosunku pracy z poszczególnymi pracownikami z tych samych powodów (por. Florek & Zieliński, LEX 2017).

Zakaz dyskryminacji w zakresie dostępu do szkolenia, awansowania oraz warunków zatrudnienia

Problem mniej korzystnego traktowania pracownika zdalnego w zakresie dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych będzie się kształtować odmiennie w poszczególnych rodzajach pracy zdalnej. Z oczywistych względów, najbardziej zagrożeni dyskryminacją na tej płaszczyźnie będą pracownicy wykonujący pracę wyłącznie w trybie zdalnym, a najmniej – świadczący pracę zdalną okazjonalnie. Zauważyć należy, że kodeks pracy gwarantuje wszystkim pracownikom zdalnym prawo przebywania na terenie zakładu pracy oraz korzystania z pomieszczeń i urządzeń pracodawcy – na zasadach przyjętych dla ogółu pracowników. Samo to zapewnia możliwość uczestniczenia w szkoleniach organizowanych przez pracodawcę w jego siedzibie. Problem może dotyczyć skorzystania z takiego rozwiązania, w sytuacji gdy miejsce wykonywania pracy zdalnej znajduje się w znacznej odległości od siedziby pracodawcy, co dotyczyć może zwłaszcza tych pracowników, którzy trwale (a zatem nie na polecenie pracodawcy, ale na podstawie zgodnego oświadczenia woli stron) wykonują pracę wyłącznie zdalnie. Pracodawca nie ma obowiązku organizowania szkoleń w trybie zdalnym albo hybrydowym.

Przepisy kodeksu pracy dotyczące pracy zdalnej przyznają pracodawcy możliwość przeprowadzenia w całości za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej szkolenia wstępnego w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny pracy osoby przyjmowanej do pracy na stanowisko administracyjno-biurowe, wskazują na konieczność zapewnienia pracownikowi zdalnemu szkolenia niezbędnego do wykonywania pracy, a także (w miarę potrzeby) szkolenia w zakresie ochrony danych. Nie istnieje jednak obowiązek, by odbywały się one zdalnie, a co więcej nie stanowią one szkoleń o których mowa w art. 67²⁹ § 1 k.p. Ustawodawca w tym przepisie wyraźnie wskazuje, że równe traktowanie dotyczyć ma dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, nie zaś wszelkich innych szkoleń. Jeżeli pracodawca ma w zwyczaju kierować swoich pracowników na szkolenia organizowane przez zewnętrzne podmioty, na takich samych zasadach powinien umożliwić udział w szkoleniach pracownikom zdalnym. Z uwagi na coraz bogatszą ofertę szkoleń zdalnych, w tym również studiów podyplomowych organizowanych w tym trybie, pracodawca nie powinien mieć kłopotu, by zagwarantować pracownikom zdalnym dostęp do szkoleń zbieżnych z tematyką szkoleń oferowanych innym pracownikom.

Wyznaczając pracownika do awansu, pracodawca nie powinien kierować się tym, w jakiej formie organizacyjnej wykonuje on pracę, ale jedynie obiektywnymi okolicznościami związanymi z osobą pracownika, takimi jak kwalifikacje i doświadczenie zawodowe, zaangażowanie w pracę, sumienne wykonywanie obowiązków pracowniczych, osiągnięte wyniki, staż zakładowy. Pracodawca nie może uzależniać awansu zawodowego pracownika zdalnego od innych wymagań niż ma to miejsce w przypadku pozostałych pracowników. Niejednokrotnie awans zawodowy może wiązać się z koniecznością zmiany formy organizacyjnej wykonywania pracy, najczęściej z pracy zdalnej na pracę w zakładzie pracy. Wydaje się, że w takiej sytuacji to od pracownika zdalnego powinno zależeć, czy chce skorzystać z awansu i jednocześnie zmienić formę świadczenia pracy, czy też preferuje nadal wykonywać pracę w trybie zdalnym. W praktyce często pracownik, który trwale świadczy pracę wyłącznie zdalnie będzie pozbawiony obiektywnej możliwości zmiany formy wykonywania pracy, z uwagi chociażby na znaczne oddalenie jego miejsca zamieszkania od zakładu pracy (por. Sobczyk, 2009, s. 132–133). Nie oznacza to jednak, że pracodawca jest zwolniony z obowiązku złożenia oferty awansu, zwłaszcza w świetle dodanego do kodeksu pracy art. 94² nakładającego na pracodawcę obowiązek informowania pracowników w sposób przyjęty u danego pracodawcy o możliwości awansu.

Wątpliwości wzbudza określenie granicy różnicowania warunków pracy, w tym wynagrodzenia za pracę, pracownikom, w zależności od tego, czy praca jest świadczona zdalnie czy w tradycyjnej formie. W szczególności, chodzi o dopuszczalność ukształtowania wynagrodzenia za pracę w przypadku pracowników wykonujących pracę wyłącznie zdalnie na niższym poziomie,

z uwagi na brak ponoszenia przez nich kosztów dojazdów do pracy. Z jednej strony przepis art. 67²⁹ k.p. wprost zakazuje mniej korzystnego traktowania pracownika zdalnego w zakresie warunków zatrudnienia w porównaniu z innymi pracownikami zatrudnionymi przy takiej samej lub podobnej pracy. *In fine* nakazuje on jednak uwzględniać odrębności związane z warunkami wykonywania pracy zdalnej. Należy przyjąć, że zastrzeżenie to dotyczy jedynie takich sytuacji, gdy pracodawca z uwagi na wykonywanie przez pracownika pracy w formie zdalnej, nie ma obiektywnej możliwości ukształtowania warunków pracy na takim poziomie i w taki sposób, jak w odniesieniu do pozostałych pracowników. Nie uprawnia zatem pracodawcy do odmiennego ukształtowania tych warunków tylko dlatego, że praca jest wykonywana w formie zdalnej. Powyższe odrębności związane z warunkami wykonywania pracy zdalnej mogą przykładowo dotyczyć innego standardu stanowiska pracy, możliwości zastosowania zadaniowego czasu pracy, ryczałtu za pracę w godzinach nadliczbowych czy ryczałtu za pracę w porze nocnej (por. Piszczek, 2012, s. 53). Dodać należy, że pewne elementy różnicowania warunków zatrudnienia pracowników zdalnych wynikają wprost z przepisów kodeksu pracy, przykładowo dotyczące kontroli w miejscu świadczenia pracy zdalnej, zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy. W takiej sytuacji nie podlegają one już ocenie z perspektywy art. 67²⁹ k.p. (por. Sobczyk, 2009, s. 130).

Podsumowanie

Konkludując, między art. 67²⁹ § 1 k.p. a art. 18^{3a} § 1 k.p. zachodzi relacja zawierająca. Art. 67²⁹ § 1 k.p. stanowi powielenie art. 18^{3a} § 1 k.p. i ma walor jedynie informacyjny. Przepis art. 67²⁹ k.p. nie normuje kwestii dyskryminacji pracownika zdalnego w sposób całościowy, zakazując wyłącznie mniej korzystnego traktowania pracownika zdalnego w porównaniu z innymi pracownikami (§ 1) oraz dyskryminowania pracownika z powodu wykonywania pracy zdalnej, jak również odmowy wykonywania takiej pracy (§ 2). W szczególności nie wskazuje on sankcji za naruszenie zakazu mniej korzystnego traktowania i dyskryminacji, nie definiuje dyskryminacji pośredniej i bezpośredniej. Stanowi przeniesienie zakazu dyskryminacji pracownika z jakiegokolwiek powodu zawartego w art. 11³ k.p. oraz w Rozdziale IIa Działu pierwszego k.p.

Wprowadzenie art. 67²⁹ § 1 do kodeksu pracy nie było konieczne. Zawarty w art. 18^{3a} § 1 k.p. katalog przyczyn dyskryminacyjnych, z uwagi na użyty zwrot „w szczególności”, ma bowiem charakter otwarty. Nowelizacją z 7 września 2019 r. (ustawa z 16 maja 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw Dz.U. 2019, poz. 1043) usunięto niejednolite postrzeganie wskazanych w nim okoliczności i przekreślono zasadność wyróżniania dwóch grup zakazanych kryteriów: cech i właściwości osobistych człowieka oraz doty-

czących zatrudnienia na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy. Rozdzielenie tych dwóch grup kryteriów dyskryminacji zwrotem „a także bez względu na” pozwalało na przyjęcie, że przykładowe wymienienie przyczyn dyskryminacji („w szczególności”) odnosi się tylko do pierwszej z tych grup (wyrok SN z 2 października 2012 r., II PK 82/12, OSNP 2013, nr 17–18, poz. 202). Obecnie katalog ten jest postrzegany jako otwarty w zakresie wszystkich możliwych przyczyn dyskryminacji. Co ważne również konieczność uwzględniania przez pracodawcę odrębności związanych z warunkami wykonywania pracy zdalnej

jest możliwa do wyinterpretowania z przepisów ogólnych dotyczących równego traktowania i niedyskryminacji. Nie stanowi bowiem naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu różnicowanie przez pracodawcę sytuacji pracownika, jeśli pracodawca udowodni, że kierował się obiektywnymi powodami (art. 18^{3b} *in fine* k.p.). Takim „obiektywnym powodem” może być zdalna forma organizacji pracy. Gdyby jednak ustawodawca chciał, w celach informacyjnych, wprost podkreślić zakaz dyskryminacji pracownika zdalnego, wystarczające byłoby wskazanie pracy zdalnej w art. 18^{3a} § 1 k.p. jako jednej z przyczyn dyskryminacyjnych.

Bibliografia/References

- Florek, L. & Zieliński, T. (2017). Komentarz do art. 183a kodeksu pracy. W: L. Florek (Red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, LEX.
- Kosut, A. (2015). Równość i sprawiedliwość w dostępie do zatrudnienia, *ANNALES UNIVERSITATIS MARIAE CURIE-SKŁODOWSKA LUBLIN – POLONIA, LXII*, 2, 93–114.
- Piszczyk, A. (2012). Zakaz dyskryminacji telepracownika, *Wiedza Prawnicza*, 2, 43–55.
- Sanetra, W. (2013). Komentarz do art. 183a kodeksu pracy. W: J. Iwulski, W. Sanetra, *Kodeks pracy. Komentarz*, LEX.
- Sobczyk, A. (2009). *Telepraca w prawie polskim*, Wolters Kluwer.
- Tomaszewska, M. (2022). Komentarz do art. 18^{3a} kodeksu pracy. W: K. W. Baran (Red.), *Kodeks pracy. Komentarz. Tom I. Art. 1–93*, LEX.
- Wandzel, M. (2006). Równe wynagradzanie pracowników niezależnie od miejsca świadczenia pracy, *Monitor Prawa Pracy*, 11, 570–573.
- Wedde, P. (2002). *Telearbeit*. W: T. Blanke, P. Schüren, R. Wank, P. Wedde, *Handbuch neue Beschäftigungsformen*, (s. 251–330), Nomos Verlagsgesellschaft.
- Wratny, J. (2017). Prawo do wynagrodzenia za pracę w świetle zasad sprawiedliwości i równości, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, 3, 2–10.

Orzecznictwo sądowe/ Court decisions

- Uchwała SN z 12 kwietnia 1994 r., I PZP 13/94, OSNP 1994, nr 3, poz. 39.
- Wyrok SN z 16 września 1997 r., I PKN 259/97, OSNP 1998, nr 12, poz. 363.
- Wyrok SN z 23 stycznia 2001 r., I PKN 191/00, OSNP 2002, nr 18, poz. 433.
- Wyrok SN z 14 lutego 2002 r., I PKN 876/00, OSNP 2004, nr 4, poz. 60.
- Wyrok SN z 15 grudnia 2004 r., I PK 97/04, OSNP 2005, nr 24, poz. 389.
- Wyrok SN z 8 grudnia 2005 r., I PK 100/05, Wokanda 2006, nr 6, poz. 28.
- Wyrok SN z 8 sierpnia 2006 r., I PK 50/06, Pr.Pracy 2006, nr 12, poz. 39.
- Wyrok SN z 2 października 2012 r., II PK 82/12, OSNP 2013, nr 17–18, poz. 202.
- Wyrok SN z 29 listopada 2017 r., I PK 367/16, LEX nr 2433082.
- Wyrok SN z 20 czerwca 2018 r., I PK 48/17, LEX nr 2508183.
- Wyrok SN z 11 października 2022 r., I PSKP 77/21, OSNP 2023, nr 4, poz. 39.

Dr Anna Piszczyk, adiunkt w Katedrze Prawa Pracy na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, radca prawny, asystent sędziego Sądu Najwyższego w Izbie Pracy i Ubezpieczeń Społecznych. Autorka i współautorka publikacji naukowych z zakresu prawa pracy, dotyczących m.in. prawnych podstaw zatrudnienia, zatrudnienia nietypowego, podporządkowania pracownika oraz rozwiązywania stosunku pracy.

Dr Anna Piszczyk, assistant professor at the Department of Labour Law at the Faculty of Law and Administration of the University of Łódź, attorney-at-law, assistant to the Supreme Court judge at the Chamber of Labour and Social Insurance. Author and co-author of scientific publications in the field of labour law, including legal forms of employment, atypical employment, subordination of the employee and termination of employment.

Księgarnia internetowa Polskiego Wydawnictwa Ekonomicznego
zaprasza na zakupy **z rabatem 15%**

www.pwe.com.pl

