t. LXI, nr 2/2020 DOI 10.33226/0032-6186.2020.2.4

Mgr Magdalena Pyrowicz
absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego
ORCID: 0000-0003-0664-7238
e-mail: magda.pyrowicz@gmail.com

Zatrudnienie pracownika-twórcy programu komputerowego w formie telepracy

Employment of a computer program's creator in the form of telework

Streszczenie
Tematem artykułu jest problematyka zatrudnienia programisty w formie telepracy, które ze względu na swój międzygałęziowy charakter powinno być interpretowane z uwzględnieniem zarówno przepisów prawa pracy, jak i prawa autorskiego. W odniesieniu do specyfiki pracy twórczej i możliwości jej wykonywania na odległość, autorka omawia problemy związane z zatrudnieniem pracowników w formie telepracy, w szczególności: czas i miejsce pracy, regularność jej świadczenia oraz podporządkowanie programisty i jego kontrolę przez pracodawcę. Odnosi się także do kwestii wykorzystania prywatnego sprzętu pracownika oraz pojawiających się na tym tle wątpliwości z zakresu wypłaty ekwiwalentu. Autorka wskazuje na problematyczne sfery występujące podczas wykonywania telepracy przez programistę, proponując ich możliwe praktyczne rozwiązania.

Słowa kluczowe
telepraca, twórca, program komputerowy, podporządkowanie w stosunku telepracy, podporządkowanie autonomiczne, czas pracy telepracownika, miejsce pracy telepracownika

Abstract
The subject of the article is the issue of employing a programmer in the form of telework, which due to its inter-branch nature, should be interpreted considering both labor law and copyright law. With respect to the specifics of creative work and the ability to performing it at a distance, the author is analyzing teleworking, futher exploring: time and place of telework, its' regularity of provision and relation of superiority of the employer and subordination of the employee in the light of the computer programmers work. There are also being made considerations about the using equipment, which is necessary to provide work and related with its legal problems in the field of payment of the equivalent. Autor tries to show occurring problematic spheres during the provision of telework by a programmer, indicating their possible practical solutions.

Keywords
telework, creator, computer program, teleworking subordination, autonomous subordination, teleworkers' working time, teleworkers' working place

JEL: K31

Uwagi wstępne

Postępująca globalizacja spowodowana rozwojem nauki i technologii oraz dynamika zmian zachodzących na rynku pracy daje pracodawcom możliwość wprowadzenia odpowiednich rozwiązań w strukturze zatrudnienia pozwalających na zmniejszenie kosztów związanych z organizacją pracy, utrzymaniem stanowisk czy prowadzeniem biura, co korzystnie wpływa na konkurencyjność przedsiębiorstwa. Wielu pracodawców branży IT decyduje się na zatrudnienie pracowników w formie telepracy, która — co należy podkreślić — może stanowić także korzystne rozwiązanie dla samego pracownika. Przez nawiązanie stosunku pracy w takiej formie możliwe jest m.in. wprowadzenie elastycznego czasu pracy czy obniżenie kosztów związanych z dojazdami do zakładu pracy (bądź zupełne ich wyeliminowanie). Ponadto telepraca pozwala na zatrudnianie pracowników, do których dostęp był dotychczas utrudniony, np. osób z niepełnosprawnościami lub zamieszkujących w miejscowościach znacznie oddalonych od siedziby pracodawcy.

Telepraca, chociaż od kilkunastu lat uregulowana w kodeksie pracy, w praktyce wciąż budzi pewne wątpliwości. Niemożliwa do zastosowania we wszystkich rodzajach prac, wydaje się być wręcz zadedykowana programistom i to zarówno zatrudnionym w małych przedsiębior-

stwach, jak i w korporacjach. Liczba miejsc pracy w tej branży z roku na rok rośnie, a według szacunków do 2020 r. w Europie będzie brakowało około miliona specjalistów branży IT. Popyt na dobra IT wzrasta szybciej od podaży, dlatego mogłoby się wydawać, że jest to szczególnie atrakcyjny kierunek inwestycji. Jednak rosnące ceny powierzchni biurowych, przy coraz wyższych oczekiwaniach płacowych pracowników, mogą stanowić problem dla pracodawców z tej branży. W tej sytuacji dobrym rozwiązaniem może być zatrudnienie pracowników-twórców programów komputerowych w formie telepracy. Należy podkreślić, że przedstawione w artykule problemy w praktyce nie dotyczą jedynie zatrudnienia programistów, ale mają walor bardziej ogólny. Tę formę zatrudnienia można bowiem wykorzystać przy wykonywaniu różnych prac twórczych. Czy jednak regulacje telepracy zawarte w kodeksie są wystarczające do pełnego zabezpieczenia interesów obu stron stosunku pracy?

Programista-telepracownik w stosunku pracy

Dla scharakteryzowania zatrudnienia pracownika-twórcy w formie telepracy należy przede wszystkim odpowiedzieć na pytania: kim jest telepracownik oraz czym jest telepraca. Zadanie z pozoru wydaje się proste — definicja telepracy jest wprost określona w art. 67^5 § 1 k.p. W myśl tego przepisu za telepracę uważa się pracę regularnie wykonywaną poza zakładem pracy z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu przepisów o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Brak któregokolwiek z elementów powyższej definicji oznacza, iż świadczona praca nie jest telepracą (tak Muszalski, 2017, s. 160). Należy zauważyć, że zatrudnienie w formie telepracy może być zarówno zatrudnieniem pracowniczym, jak i niepracowniczym. Praca w formie telepracy jest świadczona w ramach stosunku pracy, przy wypełnieniu warunków wskazanych w art. 22 § 1 k.p., niezależnie od formy i nazwy umowy zawartej przez strony (Ciupa, 2007, s. 567; 2011). Na przykład, jeżeli zostanie zawarta błędna forma umowy, to w przypadku kontroli Państwowej Inspekcji Pracy pracodawca zatrudniający pracownika w formie telepracy odpowiada w taki sam sposób jak przy tradycyjnym stosunku pracy, mianowicie popełnia on wykroczenie i podlega karze grzywny od 1000 do 30 000 zł (Drzewiecka, 2014, s. 5). Warto jednak zauważyć, że omawiana forma zatrudnienia cechuje się pewną autonomią pracownika względem pracodawcy, która niekiedy upodobnia telepracę do niepracowniczych form zatrudnienia, np. umowy zlecenia czy umowy o dzieło (Bąk, 2006, s. 4). Chodzi tu głównie o podporządkowanie pracownika oraz organizację czasu pracy, która najczęściej przybiera formułę zadaniowo-wynikową, o czym w dalszej części artykułu.

Jeśli chodzi o telepracownika, to jest nim każdy pracownik wykonujący pracę w wyżej określonych warunkach, przekazujący pracodawcy wyniki swojej pracy, w szczególności za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

O świadczeniu pracy w tej szczególnej formie strony mogą zdecydować w momencie zawierania umowy o pracę, a także w trakcie trwającego zatrudnienia. Jest to możliwe zarówno z inicjatywy pracodawcy, jak i z inicjatywy pracownika. Podczas trwającego już stosunku pracy pracodawca nie ma obowiązku wyrazić zgody na świadczenie pracy przez pracownika w tej formie, jednak w miarę możliwości powinien uwzględnić jego wniosek (art. 67^7 k.p.). Wydając decyzję pracodawca powinien wziąć pod uwagę m.in. przyczynę złożenia takiego wniosku, np. jeżeli jest on związany z długotrwałą absencją pracownika, która dla pracodawcy oznaczałaby opóźnienie prac. Wyrażenie zgody na telepracę wydaje się idealnym rozwiązaniem także w przypadku programisty świadczącego pracę twórczą, której dokończenie przez inną osobę jest niemożliwe lub konieczne będzie zatrudnienie pracownika na zastępstwo posiadającego odpowiedni know-how, co może narazić pracodawcę na wyjątkowo duże koszty.

Z kolei w sytuacji, gdy to pracodawca wyjdzie z inicjatywą świadczenia pracy przez pracownika w formie telepracy w trakcie trwającego już stosunku pracy, pracownik również nie musi wyrazić na to zgody. Co więcej, ustawodawca wyposażył telepracownika w szereg gwarancji, wprowadzając m.in. zakaz wypowiedzenia przez pracodawcę umowy czy wypowiedzenia zmieniającego (określonego w art. 42 k.p.), gdy pracownik nie wyrazi zgody na propozycję zmiany warunków pracy oraz gdy po prostu zaprzestanie wykonywania pracy w dotychczasowej formie telepracy (art. 67^9 k.p.). Wciągu 3 miesięcy od podjęcia pracy w takiej formie, każda ze stron ma bowiem prawo do wystąpienia z wnioskiem o zaprzestanie wykonywania telepracy i przywrócenie poprzednich warunków pracy (art. 67^8 § 1 k.p.). Złożenie przez pracownika takiego wniosku w wyznaczonym terminie jest dla pracodawcy wiążące, natomiast po jego upływie jest on zwolniony z zakazu zastosowania wypowiedzenia zmieniającego, mając prawo do przywrócenia poprzednich warunków pracy (wypowiedzenie określone w art. 42 § 1–3 k.p.).

Wśród gwarancji przyznanych telepracownikowi należy także wymienić:

- zakaz dyskryminacji z powodu podjęcia bądź odmowy podjęcia telepracy, równe traktowanie w zakresie nawiązywania i rozwiązywania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania czy podjęcia szkolenia (art. 67^{15} k.p.),
- poszanowanie prywatności pracownika podczas kontroli wykonywania pracy i czynności związanych z instalacją bądź naprawą sprzętu (art. 67^{14} k.p.),
- umożliwienie pracownikowi przebywanie na terenie zakładu pracy, kontakt z innymi pracownikami oraz korzystanie z pomieszczeń i urządzeń pracodawcy (art. 67^{16} k.p.).

Podporządkowanie i kontrola telepracownika-programisty

Nie sposób nie zauważyć, że przyznana przez ustawodawcę pewna autonomia wykonywania telepracy, zwłaszcza

w zakresie miejsca, czasu oraz sposobu i kontroli wykonywania pracy — o czym niżej — znacznie różni się od dość restrykcyjnie uregulowanego w kodeksie typowego stosunku pracy.

Przede wszystkim problematyczne wydaje się podporządkowanie pracownika-programisty. Ze względu na intelektualny charakter pracy twórcy programu komputerowego oraz związany z tym zazwyczaj element twórczości, samodzielności i indywidualności, trudno jest mówić o „ścisłym" podporządkowaniu występującym w typowym stosunku pracy. Podczas tworzenia programu komputerowego pracodawca często bowiem nie posiada specjalistycznej wiedzy dotyczącej jego konstruowania, kontrolując pracownika jedynie przez sprawdzenie wyników jego pracy, czyli inaczej mówiąc odbierając efekt końcowy pracy bądź jego części. W tradycyjnym ujęciu podporządkowania kontrola i nadzór nad pracownikiem są często wykonywane zdecydowanie bardziej regularnie. Analizując zaś stosunek pracy programisty należy raczej mówić o tzw. podporządkowaniu autonomicznym, w którym to w miejsce dawnego ścisłego hierarchicznego podporządkowania w stosunkach pracy pojawia się podporządkowanie polegające na wyznaczaniu pracownikowi przez pracodawcę (choć niekoniecznie zawsze przez niego) zadań bez ingerowania w sposób ich realizacji (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 6 grudnia 2016 r., II UK 439/15, Legalis 1546848).

Oczywiście opisane wyżej podporządkowanie nie wyklucza kontroli telepracownika, czy to przez pracodawcę, czy to przez wyznaczoną do tego osobę. W przypadku przedsiębiorstw świadczących usługi IT, których struktura organizacyjna jest często bardzo rozbudowana, kontrola telepracownika sprawowana jest najczęściej przez wyznaczoną do tego osobę. Ustawodawca wprowadził w tym zakresie szczególne uregulowania, nakładające na pracodawcę obowiązek poinformowania telepracownika o jednostce organizacyjnej pracodawcy, w której strukturze znajduje się stanowisko pracy telepracownika, oraz o jego podległości w stosunku do osoby lub organu zarządzającego w przypadku gdy pracodawcą jest jednostka organizacyjna bądź osoba fizyczna niedokonująca osobiście czynności z zakresu prawa pracy (art. 67^{10} § 1 k.p. w zw. z art. 3^1 k.p.). Wydaje się, iż zamierzeniem ustawodawcy było zapewnienie telepracownikowi wiedzy o tym, z kim współpracuje oraz kto jest jego przełożonym. Opisane wyżej regulacje z powodzeniem można zastosować w małych firmach, gdzie efekty pracy przekazywane są stricte organowi bądź osobie zarządzającej i to ona bezpośrednio pełni funkcję przełożonego wobec pracownika. Komplikacje wynikające z literalnego stosowania przepisów pojawiają się dużych przedsiębiorstwach. Jak słusznie wskazuje A. Sobczyk, nie można domniemywać, iż wyłącznie wskazane osoby bądź organ zarządzający mają prawo do wydawania poleceń służbowych, gdyż z dużym prawdopodobieństwem będą je także mieli np. kierownicy działów i ich zastępcy. Odróżnia się bowiem rolę organów pracodawcy w stosunku do pracownika od obowiązku świadczenia pracy na rzecz pracodawcy, przy czym organy lub osoby zarządzające należy postrzegać jako instancję ostateczną w przypadku problemów wynikłych podczas wykonywania pracy (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 16 listopada 2006 r, II PK 87/06, OSNP 2007/21-22/314; Sobczyk, 2017, s. 361–362).

W takiej sytuacji warto umieścić w umowie z telepracownikiem bądź w pisemnej informacji dostarczonej telepracownikowi w ciągu 7 dniu od zawarcia umowy (art. 29 § 3 k.p.), nie później jednak niż w dniu rozpoczęcia przez niego telepracy (art. 67^{10} § 2 k.p.), wykaz osób będących nie tylko organami lub osobami zarządzającymi, ale także przełożonymi, tak aby ustalić odpowiednie kanały komunikacji.

Analogicznie należy postąpić w przypadku kontroli wykonywania pracy, czynności związanych z instalacją, serwisem, naprawą, inwentaryzacją czy konserwacją powierzonego pracownikowi sprzętu (bądź sprzętu będącego własnością pracownika używanego do świadczenia powierzonej mu pracy, jeśli strony tak ustaliły), a także kontroli w zakresie bhp. Kodeks pracy stanowi, iż kontrolę taką może przeprowadzić jedynie pracodawca, a jeżeli w jego imieniu działają wskazane w informacji osoby lub organ, to wyłącznie one mają taką kompetencję. Także tu zasadne wydaje się zastosowanie wykładni funkcjonalnej, a nie literalnej. Nie można przecież przyjąć, że organ działa *in corpore*, gdyż swoje funkcje wypełnia przez osoby upoważnione. Zatem na tej podstawie należy uznać, że czynności kontrolne mogą wykonywać zarówno osoby wskazane we wspomnianej wyżej pisemnej informacji, jak i osoby przez nie upoważnione, przy czym niezbędne jest poszanowanie prywatności oraz bezpieczeństwo pracownika, np. poprzez identyfikację osoby kontrolującej (Sobczyk, 2009, s. 188 i n.).

Zawierając umowę o telepracę warto także ustalić możliwe sposoby kontroli pracownika. Kodeks odwołuje się do kontroli wykonywania telepracy w miejscu pracy, wyszczególniając wyraźnie kontrolę w domu pracownika. Trzeba jednak zauważyć, że jeżeli chodzi o telepracę, miejsc jej wykonywania może być wiele i wbrew powszechnej opinii niekoniecznie musi być to miejsce zamieszkania pracownika. W tym przypadku najbardziej dogodnym sposobem realizowania uprawnień kontrolnych wydaje się być ten z wykorzystaniem środków porozumiewania się na odległość (z zastrzeżeniem obowiązkowych kontroli bhp, które muszą zostać przeprowadzone osobiście przed rozpoczęciem wykonywania pracy w domu). Co więcej, kodeks pracy przewiduje zgodę pracownika jedynie na przeprowadzenie kontroli domowej, zatem mogłoby się wydawać, że do przeprowadzenia jej w inny sposób zgoda nie jest już wymagana. Nie jest to jednak prawidłowe stanowisko, gdyż rezygnując z wizyt domowych u telepracownika czynności kontrolne wykonywane są poprzez monitoring, np. przez aplikacje rejestrujące wykonywane czynności czy systemy teleinformacyjne monitorujące godziny zalogowań (Wiśniewski, 2007, s. 101). Przy czym za monitoring w tym wypadku należy uznać wszelkie czynności podjęte przez pracodawcę, mające na celu gromadzenie informacji o pracowniku w związku z wykonywaniem przez niego pracy (Sobczyk, 2009, s. 206). Nietrudno więc o naruszenie prywatności

pracownika. Pojawia się zatem pytanie o zakres dopuszczalności takich działań. W jakich bowiem granicach można zastosować monitoring, aby jednocześnie zachować prywatność? Przede wszystkim oczywiste wydaje się poinformowanie pracownika o planowanej kontroli, ze szczególnym wskazaniem sposobu jej wykonywania oraz służących do tego narzędzi. Ponadto należy mieć na uwadze ograniczenia związane z utrwalaniem baz danych obejmujących dobra chronione prawnie, wizerunek czy tajemnicę korespondencji. Dodać należy, iż dopuszczalność kontroli za pomocą środków elektronicznych będzie możliwa tylko przy wykazaniu proporcjonalnego do celu kontroli interesu pracodawcy. Obowiązek ten spoczywa na podmiocie zatrudniającym.

Warto także podkreślić, że uniemożliwianie lub utrudnianie przez pracownika przeprowadzenia kontroli zarówno w jego domu, jak i za pomocą środków komunikacji elektronicznej mogą stanowić naruszenie obowiązków pracowniczych. W takiej sytuacji pracownik może narazić się na odpowiedzialność porządkową bądź w skrajnych przypadkach na rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia w drodze art. 52 § 1 k.p.

Czas pracy telepracownika-programisty

Specyfika wykonywanej przez programistę pracy oraz zarządzanie nią przez pracodawcę opiera się głównie na wyznaczaniu pracownikowi zadań do wykonania, z konkretnym terminem ich realizacji. Jest to szczególnie widoczne, gdy pracownik jest zatrudniony w formie telepracy. Telepracownik mający znaczną autonomię w zakresie decydowania o miejscu i sposobie pracy, może ją z reguły wykonywać w dogodnym dla siebie czasie, bowiem dla pracodawcy najważniejszy jest jej rezultat. Niemniej jednym z obowiązków pracodawcy jest poinformowanie pracownika o wymiarze jego czasu pracy. Analizując praktykę w tym zakresie najbardziej odpowiednie wydaje się być przyjęcie zadaniowego czasu pracy ze względu na jego „elastyczność". Choć zadaniowy czas pracy nie jest możliwy do zastosowania w przypadku każdego pracownika (taki system nie będzie np. obowiązywał, jeżeli nie zostaną spełnione ustawowe przesłanki zadaniowego czasu pracy, oraz w przypadku gdy nawet zostaną one osiągnięte, lecz świadczona praca nie będzie miała charakteru trwałego), to jednak pracodawca zatrudniający telepracownika-programistę zdaje się wypełniać przesłanki jego zastosowania ze względu na szczególny rodzaj, organizację pracy oraz miejsce jej wykonywania (Masewicz, 1996, s 71). Zastosowanie zadaniowego czasu pracy jest atrakcyjnym rozwiązaniem nie tylko dla pracownika, ale również dla pracodawcy, choćby ze względu na brak obowiązku prowadzenia ewidencji czasu pracy. Należy jednak pamiętać, że zwolnienie pracodawcy z ewidencjonowania czasu pracy pracownika nie obejmuje ewidencji okresów urlopów wypoczynkowych, urlopów bezpłatnych, niezdolności do pracy z powodu choroby czy opieki nad członkiem rodziny. Pracownik zaś ma dużą swobodę w realizacji powierzonych mu zadań, ustalając we własnym zakresie rozkład czasu pracy (Rączka, 2019).

Nie można jednak mylić zadaniowego czasu pracy z czasem nienormowanym. Doktryna stoi na stanowisku, iż praca w ramach zadaniowego czasu pracy musi być świadczona w zakresie norm określonych w art. 129 k.p., co ściśle związane jest z ewentualnym wyliczeniem godzin nadliczbowych. Sąd Najwyższy przyjął bowiem, że możliwe jest współistnienie zadaniowego czasu pracy oraz pracy w godzinach nadliczbowych (wyrok SN z 15 marca 2006 r., II PK 165/05, OSNP 2007/5-6/69). Wprowadzenie przez pracodawcę zadaniowego czasu pracy nie zwalnia go bowiem z wypłacenia pracownikowi należności wynikających z pracy świadczonej poza obowiązującymi go normami czasu pracy (wyrok SN z 4 sierpnia 1999 r., I PKN 181/99, OSNAPiUS 2000/22/810). Zadanie ustalenia, czy w danym stanie faktycznym rzeczywiście nie doszło do pracy w godzinach nadliczbowych, nie jest łatwe. Należy bowiem zbadać, czy powierzone pracownikowi zadania pozwalają na wykonanie ich w ramach podstawowych norm czasu pracy, przy założeniu zachowania należytej staranności (tak Rycak, 2009, s. 140). Zdaniem Sądu Najwyższego to na pracodawcy spoczywa obowiązek wykazania, że powierzał on pracownikowi zadania możliwe do wykonania w wymiarze pracy wynikającym z norm określonych w art. 129 k.p. (wyrok SN z 18 sierpnia 2009 r., i PK 51/09, OSNP 2011/7-8/100).

Warto także rozważyć wprowadzenie ruchomego czasu pracy. Regulacja wynikająca z art. 140^1 k.p. nakłada na pracodawcę obowiązek wyznaczenia w rozkładzie czasu pracy godzin pracy (bądź ich różnych wariatów), spośród których pracownicy mają możliwość dokonania wyboru godziny rozpoczęcia pracy. Trzeba przy tym pamiętać, że pracownik nie może tego robić każdorazowo według własnego uznania. Wprowadzony w zakładzie pracy rozkład powinien dokładnie przewidywać możliwe godziny rozpoczynania pracy.

W praktyce wyróżnia się dwie formy wprowadzenia ruchomego czasu pracy. Pierwszą z nich jest z góry zadeklarowanie przez pracownika godzin pracy — jeszcze przed podjęciem jej świadczenia, drugą zaś każdorazowe jej określanie poprzez stawienie się do pracy, co w przypadku telepracy możliwe jest na przykład przez zalogowanie się do odpowiedniej aplikacji. Ze względu na charakter pracy pracowników-twórców wydaje się, iż przedstawiona wyżej pierwsza forma, tj. wcześniejsze ustalenie godzin świadczenia pracy, nie jest konieczna, gdyż przeważnie dla pracodawcy kluczowy jest rezultat wykonanej pracy. Decydując się jednak na wprowadzenie ruchomego czasu pracy należy brać pod uwagę zmniejszoną możliwość wykonywania kontroli świadczonej przez pracownika pracy oraz utrudnienia w zakresie komunikacji, szczególnie gdy w proces tworzenia dzieła zaangażowana jest większa liczba osób.

Innym stosunkowo popularnym systemem czasu pracy uwzględniającym istotę zarówno telepracy, jak i charakteru pracy programisty jest indywidualny rozkład czasu pracy. Należy zwrócić uwagę, że sam ustawodawca zaakcentował, iż przedmiotem nie jest tu system (jak we wcześniejszym przypadku), lecz rozkład czasu pracy, dlatego nie można mówić o indywidualnym dostosowaniu długo-

ści maksymalnego czasu pracy czy okresu rozliczeniowego. Indywidulany charakter czasu pracy może dotyczyć godzin rozpoczęcia i zakończenia pracy, liczby godzin w określone dni czy też dni wolnych od pracy (Sobczyk, 2009, s. 181–182). Ponadto nie ma przeszkód, aby wprowadzić go w każdym systemie czasu pracy. Jednak w niektórych z nich może się to okazać niecelowe, np. w systemie zadaniowego czasu pracy. Ważne jest przy tym podkreślenie, że kodeks pracy uzależnił wprowadzenie indywidualnego rozkładu czasu pracy od wniosku pracownika. Powinien być on złożony przez pracownika w formie pisemnej, z propozycją godzin świadczenia pracy oraz terminu jego zastosowania. Pracodawca natomiast powinien w miarę możliwości uwzględnić ten wniosek, choć nie ma obowiązku jego przyjęcia.

Miejsce pracy telepracownika-programisty oraz regularność jej świadczenia

Cechą charakteryzującą telepracę jest połączenie metody komunikacji na odległość między pracownikiem a pracodawcą z przysługującym obydwu stronom stosunku pracy prawem do wyboru miejsca jej świadczenia (Świątkowski, 2006, s. 347 i n). Przesłankami są tu zatem: wykonywanie pracy poza zakładem pracy (należy jednak zwrócić uwagę, że kodeks pracy odnosi się do „zakładu pracy" nie zaś „siedziby pracodawcy" rozumianego jako pojęcie szersze, tj. każde miejsce zatrudnienia znajdujące się w dyspozycji pracodawcy, w której pracodawca zatrudnia pracowników oraz tam organizuje im pracę, a także każde miejsce będące placówką zatrudnienia u innych pracodawców, w których pracownik świadczy pracę pod kierownictwem pracodawcy) oraz przekazywanie wyników, szczególnie drogą elektroniczną. Nie oznacza to jednak konieczności pracy w domu/miejscu zamieszkania (tzw. tele-homeworking). Negatywne określenie przez ustawodawcę miejsca pracy telepracownika dodatkowo uwydatnia przysługującą stronom stosunku pracy dowolność w jego ustaleniu. W praktyce na etapie konstruowania umowy może pojawić się pytanie, czy w umowie o pracę strony powinny szczegółowo wyznaczyć miejsce wykonywania pracy, czy też określić je w podobny do ustawodawcy sposób — negatywnie, tym samym wybór pozostawiając zasadniczo pracownikowi. Ta druga opcja jest charakterystyczna zwłaszcza dla pracy nomadycznej, gdy pracownik świadczy pracę w różnych miejscach, np. u klienta, podwykonawcy lub w podróży. Choć podane miejsca pracy nie są częste w przypadku programistów, nie można ich wykluczyć, a tym bardziej uznać za niedopuszczalne. Za przyjęciem nieokreślania w umowie o pracę dokładnego miejsca jej wykonywania świadczy także swoboda umów.

Z drugiej strony brak wskazania miejsca pracy w dużym stopniu może utrudniać przeprowadzanie działań kontrolnych oraz czynności związanych z serwisem czy inwentaryzacją sprzętu niezbędnego do wykonywania obowiązków pracowniczych. Dlatego jeśli miejsce pracy pracownika jest stacjonarne, powinno być precyzyjnie określone w umowie, z zaznaczeniem czy jest to miejsce zamieszkania pracownika, czy nie — ze względu na wykonywanie ww. czynności stanowiących obowiązki pracodawcy (Sobczyk, 2017, s. 342–344). W innych przypadkach zasadne wydaje się przyjęcie miejsca pracy jako każdego wybranego przez pracownika, pod warunkiem że uzgodnienie takie następuje na jego wniosek. Na podstawie wcześniejszych rozważań należy dodać, że telepraca może zostać wdrożona jedynie na podstawie porozumienia z pracownikiem, a dodatkowo warunki jej stosowania określa regulamin albo porozumienie z organizacją związkową, jeśli takowa działa u danego pracodawcy (zob. art. 67^6 k.p.; tak Ciupa, 2007; 2012, s. 627).

Ze względu na miejsce pracy w doktrynie wyróżnia się kilka rodzajów telepracy, zakładających świadczenie pracy wyłącznie w tej formie oraz wyróżniających także kombinacje wykonywania pracy w formie telepracy i jednocześnie w sposób tradycyjny, a mianowicie są to:

1) telepraca domowa — gdzie pracownik świadczy pracę w domu,

2) telepraca domowa przemienna — wykonywana w większości w domu, zastrzegająca jednak pewne dni pracy w zakładzie pracy,

3) telepraca mobilna tzw. nomadyczna — świadczona poza biurem, pracownik stale się przemieszczając wykonuje swoje obowiązki praktycznie z każdego miejsca, w którym akurat przebywa,

4) telepraca ad hoc — na jej podstawie pracownik świadczy pracę w zakładzie pracy, jednak na czas określonej pracy, np. realizacji konkretnego zadania, wykonuje pracę w domu lub w innym wskazanym miejscu,

5) telecentra — poza zakładem pracy zorganizowane są biura z w pełni wyposażonymi stanowiskami pracy dla pracowników z danego regionu, które mogą zrzeszać pracowników kilku pracodawców,

6) telechatki i telewioski — stanowią specjalne rodzaje telecentrów umieszczonych na terenach oddalonych od centrów urbanistycznych (zob. Bąk, 2009, s. 42).

Nietrudno zauważyć, iż wskazane wyżej rodzaje telepracy odmiennie regulują miejsce pracy i okresy jej świadczenia. Przesłanką telepracy jest przecież jej regularne wykonywanie poza zakładem pracy. Przysłówek „regularnie" oznacza: stale co jakiś czas, w jednakowych odstępach czasu czy systematycznie (Szymczak, 1989, s. 36). Z tego względu należy przyjąć, że wykonywanie obowiązków pracowniczych w formie telepracy musi być elementem stałym, a nie sporadycznym, przy czym stanowisko doktryny nie jest jednolite, w jakiej proporcji ogólnego wymiaru czasu pracy telepraca powinna być wykonywana (Ciupa, 2007; 2011, s. 568; Pietrzak, 2011, s. 571). Istnieje bowiem pogląd, że do określenia regularności świadczenia telepracy nie ma znaczenia jaki procent będzie ona stanowiła w ogólnym czasie pracy pracownika, choć zaleca się przyjęcie, iż powinna zajmować większość czasu pracy. Abstrahując od tych rozważań, co mogłoby stanowić odrębny temat do dyskusji, dopuszcza się zastosowanie pracy przemiennej — świadczonej częściowo poza zakładem pracy, a częściowo w nim. W usługach programistycznych jest to często stosowany system pracy. Progra-

miści na czas wykonywania pracy indywidualnej, twórczej mają możliwość świadczenia jej w dogodnym dla siebie miejscu, natomiast w celu np. omówienia strategii stworzenia produktu końcowego bądź też, jeżeli do zadań pracownika należą inne obowiązki niż tworzenie oprogramowań, wymagające obecności w zakładzie pracy lub w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę, pracownik świadczyć będzie pracę właśnie tam. Taki system pracy wydaje się w praktyce najbardziej przydatny, choć pracodawcy coraz częściej dopuszczają możliwość pracy w jeszcze innym układzie. W dobie rozwijających się technologii pozwalających na posiadanie biur wirtualnych oraz programów, za pomocą których zarówno pracodawcy, pracownicy jak i kontrahenci mają możliwość swobodnego komunikowania się, przekazywania zadań i produktów swojej pracy, na popularności zyskuje praca nomadyczna. W tak przyjętym stanie rzeczy praca możliwa jest z jakiegokolwiek miejsca na świecie, jedynie z zastrzeżeniem posiadania dostępu do połączenia sieciowego w celu użycia środków komunikacji elektronicznej.

Środki komunikacji

Kodeks pracy, choć często posługuje się określeniem „środki komunikacji elektronicznej", sam go nie definiuje, a odsyła do innej ustawy. W myśl ustawy z 18 lipca 2012 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (DzU z 2019 r. poz. 123 ze zm.) za środki komunikacji elektronicznej należy uznać wszelkie rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną (zob. art. 2 pkt 5). Przy czym przyjmuje się, że pod pojęciem urządzenia teleinformatyczne należy rozumieć zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych (por. art. 2 pkt 3–5).

Ustawodawca w art. 67^5 § 2 k.p. zobowiązuje telepracownika do przekazywania wyników swojej pracy, w szczególności za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, zaś zgodnie z art. 67^{13} k.p. obydwie strony stosunku pracy telepracownik i pracodawca są obowiązani do przekazania informacji niezbędnych do wzajemnego porozumiewania się za pomocą środków komunikacji elektronicznej albo podobnych środków indywidualnego porozumiewania się na odległość. W przypadku usług programistycznych szczególne znaczenie ma odpowiedni dobór owych środków. Wybór komunikacji wyłącznie przez pocztę elektroniczną może w praktyce okazać się niewystarczające ze względu na trudności w skontrolowaniu oraz późniejszym odebraniu efektu pracy programisty. Co więcej, problem nie dotyczy jedynie kontroli efektów pracy programisty przez pracodawcę. Na proces tworzenia programów komputerowych składa się bowiem cały szereg czynności koniecznych do powstania końcowego produktu informatycznego. W każdym stadium tego procesu powstające rezultaty pracy zazwyczaj posiadają cechę nowości i noszą indywidualny charakter twórcy-pracownika. Dopiero złożenie tych działań daje możliwość stworzenia końcowego produktu, jakim jest program komputerowy. Dlatego mówiąc o kompletności danego rozwiązania należy brać tu pod uwagę wysiłek i twórczą pracę wielu osób wspólnie zaangażowanych w proces tworzenia nowoczesnych rozwiązań i produktów IT.

Określając więc środki komunikacji elektronicznej należy wybrać takie, które pozwolą na swobodny odbiór wyników pracy programisty z wykorzystaniem dedykowanych do tego narzędzi pracy. Co więcej, warto mieć na uwadze porozumiewanie się nie tylko na linii pracownik–pracodawca, ale także pracownik–pracownik, m.in. w zakresie hubów komunikacyjnych głosowych i pisemnych oraz ułatwiających komunikację narzędzi do programowania w parach bądź w większej grupie osób, zarządzania projektami, kontroli wersji czy recenzji kodu programowania.

Wykorzystanie sprzętu potrzebnego do świadczenia telepracy z uwzględnieniem prywatnego sprzętu telepracownika

Na koniec warto poruszyć temat związany z podstawowym narzędziem pracy programisty — komputerem. Kodeks pracy nakłada na pracodawcę obowiązek dostarczenia telepracownikowi sprzętu niezbędnego do wykonywania pracy, a dodatkowo pracodawca musi go ubezpieczyć, pokryć wszelkie koszty związane z jego instalacją, serwisem, eksploatacją i konserwacją oraz zapewnić pracownikowi wszelką pomoc techniczną i niezbędne szkolenia w zakresie obsługi sprzętu (art. 67^{11} § 1 k.p.). W przypadku pracownika-programisty nie jest to jednak wystraczające. Swoje zadania pełni on przecież za pomocą dedykowanych do tego narzędzi, tj. wszystkiego czego używa się do wykonywania zadań i projektów, komunikacji między pracownikami i pracodawcą, a jeżeli pracodawca zdecydował się na kontrolę wykonywania pracy przez pracownika za pomocą środków elektronicznych — należy również dostarczyć i zainstalować narzędzia potrzebne do monitorowania. Sama organizacja powyższych działań może wymagać czasu i przysporzyć pracodawcy dodatkowych zadań. Trzeba też brać pod uwagę to, że jeżeli praca świadczona jest w domu, powyższe czynności mogą być wykonywane wyłącznie za uprzednią zgodą pracownika. Jeśli więc pracownik-programista posiada już niezbędny sprzęt do pracy, z potrzebnymi do tego narzędziami, np. systemem operacyjnym, systemem kontroli wersji, zarządzania repozytoriami czy edytorem kodu, nie ma przeszkód, aby mógł go używać w codziennej pracy. Dlatego też dopuszcza się zawarcie odrębnej umowy, w której strony określają zasady wykorzystywania przez telepracownika sprzętu będącego jego własnością do świadczenia pracy (przy spełnieniu zasad bhp) oraz zakres jego ubezpieczenia (art. 67^{11} § 2 k.p.). Dodatkowo w umowie można

zawrzeć postanowienia regulujące wykorzystanie innych sprzętów potrzebnych do realizacji pracy i — co najważniejsze i obowiązkowe — warunki i termin otrzymywania należnego ekwiwalentu z tytułu korzystania z prywatnego sprzętu telepracownika oraz jego wysokość. Przy wyznaczaniu wysokości ekwiwalentu pod uwagę bierze się w szczególności normy zużycia sprzętu, jego ceny rynkowe oraz ilość wykorzystanego materiału, również z uwzględnieniem jego cen rynkowych. Dla uniknięcia sporów warto także ustalić, na podstawie jakich dokumentów regulowany będzie ekwiwalent oraz reguły pokrywania kosztów napraw i konserwacji sprzętu, ze wskazaniem części obciążającej pracodawcę. Kontrowersyjna jest kwestia wypłacenia ekwiwalentu za wykorzystanie narzędzi pracy programisty, których koszty ten jednorazowo niegdyś poniósł. Nie można przecież mówić o obniżeniu ich wartości wskutek użytkowania, szczególnie gdy były one wykorzystywane jeszcze przed zatrudnieniem i możliwe jest ich dalsze używanie, nie dokonując zużycia. Niemniej jednak narzędzia te stanowią własność pracownika używaną do celów służbowych, zatem należy je uznać za materiały potrzebne do świadczenia pracy, za które należy się ekwiwalent. Podobnie trzeba postrzegać wszelkie uaktualnienia owych narzędzi, których zakup jest niezbędny bądź mógłby ulepszyć proces pracy. W takim przypadku wypłacenie ekwiwalentu wydaje się uzasadnione, przy czym ważne jest porozumienie w tym zakresie z pracodawcą.

Oddzielną kwestią jest ekwiwalent za wykorzystywany przez pracownika internet. Jest to przecież nieodłączne narzędzie pracy dla telepracownika wykorzystywane chociażby w celu komunikowania się i przesyłania pracodawcy wyników pracy. Z reguły w telepracy, szczególnie domowej, wykorzystywany jest internet prywatny telepracownika, choć często spotyka się także umowy o dostarczenie wspomnianej usługi przez pracodawcę. Wracając jednak do „prywatnego" internetu telepracownika, wysokość ekwiwalentu powinna być proporcjonalna do poniesionych przez pracownika wydatków i zakresu użycia internetu, tak by zostały zaspokojone cele pracodawcy. Musi bowiem zachodzić racjonalny związek między kwotą wypłaconą pracownikowi a wartością używanych dla celów pracodawcy narzędzi, materiałów lub sprzętu należących do pracownika oraz stopniem zużycia rzeczy dokonanego w trakcie tego używania (zob. Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 20,12,2012 r., IPPB2/415-953/12-1/LS).

Mając powyższe na uwadze w żadnym wypadku nie można ustalić wysokości ekwiwalentu w uznaniowej kwocie, czy to za zużycie prywatnego sprzętu pracownika czy za wykorzystanie internetu, gdyż może się ona okazać kwotą dalece odbiegającą od kosztów poniesionych przez pracownika. W praktyce ekwiwalent często ustala się przy wykorzystaniu przepisów podatkowych odnoszących się do amortyzacji, która odzwierciedla zmniejszenie się wartości określonego składnika majątku w pewnym okresie przez jego zużycie.

Podsumowanie

Nie ma wątpliwości, że współczesny, ciągle rozwijający się przez zastosowanie nowych technologii rynek pracy wymaga poszukiwania konkurencyjnych rozwiązań dla przedsiębiorców. Ze względu na rosnące koszty wynajęcia powierzchni biurowych w dużych aglomeracjach oraz wyższe oczekiwania płacowe pracowników, pracodawcy coraz częściej sięgają po alternatywne formy zatrudnienia, do których kwalifikuje się telepraca. Wybór tej formy zatrudnienia wydaje się być szczególnie przydatny w przypadku osób świadczących usługi programistyczne ze względu na specyfikę ich pracy. Znowelizowany kodeks pracy w omawianym zakresie zdaje się wychodzić naprzeciw potrzebom zarówno pracowników jak i pracodawców. Obie strony stosunku pracy wyposażone są w ustawowe gwarancje chroniące ich pozycje. Istnieją jednak takie obszary, do których ustawodawca nie dotarł, nie przewidział ich albo zwyczajnie przewidzieć nie mógł bądź też pozostawił obszary nieskonkretyzowane. Do takich należy negatywne określenie miejsca pracy — pozostawiona stronom pozorna dowolność kształtowania umowy w tym zakresie może rodzić problemy związane z kontrolą. Ta zaś została uregulowana w kodeksie tylko pod względem kontroli domowej, co w przypadku telepracownika świadczącego pracę poza miejscem zamieszkania może okazać się znacznie utrudnione. Rozwiązaniem pozostaje wprowadzenie kontroli poprzez monitoring używanych przez pracownika urządzeń, której zasady nie zostały już uregulowane. Dlatego zasadne wydaje się ustalenie ich w umowie. Co więcej, podobnie należy postąpić w przypadku sposobu udokumentowania i ustalania wysokości ekwiwalentu za używanie własnego sprzętu przez pracownika. Ustawodawca wprowadzając przepis dotyczący wykorzystania prywatnego sprzętu pracownika do wykonywania pracy nie określił dokładnego sposobu wyznaczenia wysokości należności z tego tytułu, dając jedynie pewne ogólne wskazówki.

Przed przystąpieniem pracownika do pracy obowiązkowe jest także wskazanie osoby lub organu zarządzającego, jeżeli pracodawcą jest jednostka organizacyjna, odpowiedzialnych za współpracę z pracownikiem oraz upoważnionych do przeprowadzenia kontroli w miejscu wykonywania pracy. Celowe wydaje się pójście o krok dalej i wskazanie faktycznych przełożonych dla zapewnienia dobrej komunikacji w zespole. Ponadto ustawodawca z góry zakłada, że pracodawcą jest jednostka organizacyjna o rozbudowanej strukturze i tylko wobec niej nakłada obowiązek informacyjny.

Na podstawie powyższych rozważań należy stwierdzić, że kodeks pracy nie reguluje wszystkich kwestii, które dla stron stosunku pracy mogą się wydawać niezwykle ważne. Z drugiej strony można to uznać za celowe działanie ustawodawcy, pozwalające stronom kształtować stosunek telepracy tak, by był on dostosowany do rodzaju i organizacji świadczonej pracy. Artykuł wskazał tylko niektóre budzące wątpliwości obszary takiego stosunku. Należy jednak pamiętać, że umowa o świadczenie pracy

w formie telepracy powinna być każdorazowo dostosowana do charakteru pracy, powierzanych zadań, uwzględniać zgodne z prawem potrzeby stron oraz — co jest szczególnie ważne w przypadku świadczenia telepracy przez programistę — zawierać odpowiednie postanowienia w zakresie nabycia przez pracodawcę praw autorskich do stworzonych przez pracownika programów komputerowych bądź jego elementów, a także określać pola ich eksploatacji, co jest jednak tematem na oddzielne opracowanie.

Bibliografia/References

Bąk, E. (2006). Elastyczne formy zatrudnienia. *Biblioteka Monitora Prawa Pracy*, (1).

Bąk, E. (2009). *Nietypowe formy zatrudnienia na rynku pracy*. Warszawa.

Ciupa, S. W. (2007). Zatrudnianie pracowników w formie telepracy według Kodeksu pracy. Część 1. *Monitor Prawa Pracy*, (11).

Ciupa, S. W. (2007). Zatrudnianie pracowników w formie telepracy według Kodeksu pracy. Część 2. *Monitor Prawa Pracy*, (12).

Drzewiecka, E. (2014). *Telepraca*. Warszawa.

Masewicz, W. (1996). *Czas pracy po nowelizacji kodeksu pracy*. Warszawa.

Muszalski, W. (2017). W: W. Muszalski, (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa.

Pietrzak, E. (2011). W kwestii ustawowej definicji telepracy i telepracownika. *Monitor Prawa Pracy*, (11).

Rycak, M. (2009). *Planowanie i rozliczanie czasu pracy*. Warszawa.

Sobczyk, A. (2017). W: A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa.

Sobczyk, A. (2009). *Telepraca w prawie polskim.* Warszawa.

Szymczak, M. (1989). *Słownik języka polskiego, t. III*. Warszawa.

Świątkowski, A. M. (2006). Telepraca — specyfika pracy na odległość. *Monitor Prawa Pracy*, (7).

Wiśniewski J. (2007). *Zatrudnianie telepracowników w formie telepracy*. Toruń.

Mgr Magdalena Pyrowicz, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, w ramach programu stypendialnego studiowała także na Northeastern Illinois University. W czasie studiów związana z Kołem Naukowym Prawa Pracy, gdzie pełniła funkcję prezesa. Obecnie specjalizuje się w prawie pracy w Kancelarii Nowicki Ziemczyk.

Mgr Magdalena Pyrowicz, graduated from the Faculty of Law and Administration at the University of Warsaw and she studied at Northeastern Illinois University as part of the scholarship program. During her studies, she was associated with the Scientific Association of Labour Law, where she served as president. Currently, she specializes in labour law at Nowicki Ziemczyk Law Practice.

Polecamy



Od wielu lat toczy się międzynarodowa debata publiczna na temat współpracy międzysektorowej w zakresie realizacji projektów infrastrukturalnych w ramach szeroko rozumianego partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP). Zagadnienia PPP doczekały się już znaczącej literatury. Jednak debata nad tym zagadnieniem nie doprowadziła ani do ujednolicenia definicji partnerstwa, ani też ogólnych ocen efektywności modeli PPP. Ze względu na swe rozmiary, dynamikę zmian i istotne kontrowersje tematyka ta staje się nieprzejrzysta i coraz trudniejsza do analizy. Prezentowana książka wychodzi naprzeciw zapotrzebowaniu na syntetyczne opracowania monograficzne, które stanowią punkt wyjścia badań i analiz szczegółowych, mogą stanowić wsparcie w kształceniu menedżerów publicznych i prywatnych, a także praktyków poszukujących źródeł ramowej, kontekstualnej wiedzy do podejmowania decyzji operacyjnych. Książka prezentuje elementy toczącej się międzynarodowej debaty na temat PPP i projektów infrastrukturalnych w pięciu rozdziałach dotyczących:

- problematyki definicyjnej i klasyfikowania modeli PPP w ramach różnych nomenklatur kontraktowych,
- charakterystyki PPP jako jednej z form polityki i praktyki tzw. outsourcingu administracyjnego,
- kontekstu teoretycznego i doktrynalnego debaty publicznej na temat PPP,
- ocen efektywności modeli PPP,
- niektórych formułowanych w debacie publicznej sugestii odnośnie do warunków efektywności modelu PPP.

www.pwe.com.pl