

Wrocław, 30 czerwca 2022 r.

**Opinia prawna na temat projektu zmiany ustawy - Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw; druk sejmowy 2335 (DKPL.WL.0610.2.66.2022.EJ (23); RM-0610-66-22; UD 318)**

**I. Uwagi dotyczące projektowanej regulacji pracy zdalnej w kodeksie pracy**

**Uwagi ogólne**

**Obowiązujący stan prawny w zakresie regulacji pracy zdalnej**

Zjawisko społeczne i prawne pracy świadczonej na odległość, głównie za pomocą środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość występowało już przed pandemią COVID-19. W okresie tym pracodawcy regulowali zasady i warunki wykonywania pracy zdalnej najczęściej w aktach wewnętrznych. Instytucja pracy zdalnej została natomiast wprowadzona do polskiego porządku prawnego na mocy przepisu art. 3 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (DzU 2021, poz. 2095 tekst jednolity, dalej: ustawa o COVID). Zgodnie z tym przepisem, w celu przeciwdziałania COVID-19 pracodawca może polecić pracownikowi wykonywanie, przez czas oznaczony, pracy określonej w umowie o pracę, poza miejscem jej stałego wykonywania (praca zdalna).

Praca zdalna w świetle przepisu art. 3 ustawy o COVID może być wykonywana przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość lub dotyczyć wykonywania części wytwórczych lub usług materialnych. Specyficzny jest jej cel-przeciwdziałanie szerzeniu się epidemii COVID-19. Zmiana organizacji pracy polegająca na przejściu na pracę zdalną wymaga polecenia pracodawcy, które jest wiążące pod warunkiem, że pracownik ma umiejętności i możliwości techniczne oraz lokalowe do wykonywania takiej pracy i pozwala na to rodzaj pracy. Polecenie to pracodawca może cofnąć w każdym czasie.

Kolejne przepisy zawarte w art. 3 ustawy o COVID regulują jedynie dwie kwestie: możliwość zobowiązania pracownika do prowadzenia ewidencji wykonanych czynności, uwzględniającej w szczególności opis tych czynności, a także datę oraz czas ich wykonania oraz obowiązek pracodawcy zapewnienia pracownikowi narzędzi i materiałów potrzebnych do wykonywania pracy zdalnej oraz obsługi logistycznej pracy zdalnej.

Regulacja dotycząca pracy zdalnej, choć została rozwinięta w drodze nowelizacji, tzw. Tarczą 4.0 przez dodanie do artykułu 3 ustawy o COVID kolejnych ustępów (od 2 do 8), w dalszym ciągu jest postrzegana jako niewystarczająca, biorąc pod uwagę różne prawne aspekty świadczenia pracy w tej formie.

W szczególności zauważa się, że narastające zjawisko świadczenia pracy na odległość, związane z dynamicznym rozwojem technologicznym oraz począwszy od 2020 r. z koniecznością zwalczania i przeciwdziałania epidemii COVID-19 nie idzie w parze z wdrożeniem rozwiązań prawnych chroniących pracownika (K. Naumowicz, Podstawy prawne kontrolowania pracowników świadczących pracę zdalną, PiZS 2020/5, s. 29). Podkreśla się, że brakuje jednoznacznych przepisów pozwalających na określenie wzajemnych obowiązków stron stosunku pracy, takich jak np. zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy przez pracodawcę, możliwości i granice kontroli pracownika czy przetwarzanie danych osobowych podczas świadczenia pracy zdalnej (K. Naumowicz, *ibidem*). Dodaje się, że ustawa o COVID milczy na temat ewentualnego pokrycia przez pracodawcę kosztów pracy zdalnej, np. rachunków za media lub opłat za korzystanie z Internetu w mieszkaniu prywatnym. Choć kwestie te mogą stanowić przedmiot uzgodnień stron, niemniej brak dokładniejszych regulacji ustawowych ocenia się jako mankament (L. Mitrus, Praca zdalna *de lege lata* i *de lege ferenda* - zmiana miejsca wykonywania pracy czy nowa koncepcja stosunku pracy? Część 1, PiZS 2020/10, s. 5).

W doktrynie jednoznacznie stwierdza się zatem, że aktualne uregulowanie pracy zdalnej należy ocenić jako niewystarczające, uwypuklające jego epizodyczny charakter. Podkreśla się, że celowe jest przyjęcie przepisów, które na trwale usankcjonują pracę zdalną w kodeksie pracy oraz uczynią to odmiennie niż w tarczy antykryzysowej (L. Mitrus, *op. cit.*, Część 1, s. 8). Dodaje się, że uregulowanie pracy zdalnej w kodeksie dałoby pracodawcy szansę na wszechstronną i długoterminową zmianę modelu funkcjonowania zakładu pracy oraz umożliwiłoby zmniejszenie kosztów, choćby ze względu na ograniczenie powierzchni biurowej

(L. Mitrus, Praca zdalna *de lege lata* i *de lege ferenda*- zmiana miejsca wykonywania pracy czy nowa koncepcja stosunku pracy? Część 2, PiZS 2020/11, s. 4).

### **Praca zdalna w ustawie o COVID a telepraca**

Na gruncie obowiązującego kodeksu pracy mamy regulację telepracy (art. 67<sup>5</sup>-67<sup>17</sup> k.p.), w świetle której telepraca musi spełniać łącznie następujące cechy: 1) być wykonywana regularnie poza zakładem pracy, 2) być wykonywana z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej, 3) jej wyniki mają być przekazywane pracodawcy „w szczególności” za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej (K. Walczak red., Kodeks pracy. Komentarz, Warszawa 2020).

Definicja telepracy nie wyczerpuje wszystkich możliwych form świadczenia pracy na odległość i tym samym ograniczona jest możliwość zastosowania szczególnych regulacji ochronnych, które dotyczą wyłącznie telepracownika w rozumieniu art. 67<sup>5</sup>§2 k.p. W szczególności praca zdalna nie musi się cechować ani regularnością, ani zastosowaniem środków porozumiewania się na odległość, a jedyne kryterium istotne z tego punktu widzenia dotyczy miejsca świadczenia pracy — musi się ono odbywać poza miejscem jej stałego wykonywania, z dala od siedziby pracodawcy. Stąd też należy wyraźnie odróżnić pojęcie telepracy od pojęcia pracy zdalnej w rozumieniu art. 3 ustawy o COVID oraz *home office*, będącym wytworem praktyki (zob. L. Mitrus, op. cit., s. 4), z jednej strony. Z drugiej strony, jeśli dana praca wykonywana zdalnie spełnia kodeksowe warunki telepracy, należy do niej stosować przepisy rozdziału IIb kodeksu pracy, bez względu na jej nazwę (L. Florek, Prawne ramy pracy zdalnej, Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej, T. 2(19), Katowice 2021).

Ponieważ jednak w pracy zdalnej jej rezultaty mogą być przekazywane pracodawcy w inny sposób niż przy pomocy środków łączności elektronicznej, kodeksowa regulacja telepracy jest niewystarczająca. Rozumienie pracy zdalnej jest więc bardzo szerokie. Uznaje się, że praca zdalna może mieć zastosowanie do każdego rodzaju pracy, jeśli tylko możliwe staje się jej świadczenie poza miejscem jej stałego wykonywania (por. D. Makowski, Kilka uwag o pracy zdalnej, PiZS 2020/10, s. 11).

W razie zatem wprowadzenia do kodeksu pracy przepisów dotyczących pracy zdalnej, ukształtowanej jako ogólnie instytucja świadczenia pracy poza jej stałym miejscem, w tym

także z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej, zasadne będzie uchylenie przepisów kodeksu pracy o telepracy. Wobec tego art. 1 projektu zmiany ustawy- Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw, przewidujący kompleksową regulację pracy zdalnej w nowym rozdziale IIc (art. 1 pkt 1 projektu) oraz uchylenie rozdziału IIb (art. 1 pkt 2 projektu), dotyczącego obecnie telepracy należy uznać za uzasadniony. Jednocześnie w doktrynie zauważa się, że przepisy o telepracy mogą być wzorem dla prawnej regulacji pracy zdalnej (L. Florek, op. cit.).

### **Zastrzeżenia wobec aktualnego stanu prawnego oraz oczekiwania wobec nowej regulacji pracy zdalnej**

W odniesieniu do obowiązujących przepisów o pracy zdalnej (ustawa o COVID) oraz o telepracy (kodeks pracy) w doktrynie stwierdzono, że w obecnej regulacji prawnej brak jest zasad szczególnych, które określałyby, na jakich warunkach praca zdalna, niebędąca telepracą w rozumieniu przepisów prawa pracy, ma być wykonywana i jak w tej sytuacji kształtują się wzajemne prawa i obowiązki stron, w tym uprawnienia kontrolne pracodawcy w stosunku do pracownika (K. Naumowicz, op. cit., s. 31). Na problem braku precyzyjnych regulacji pracy zdalnej w polskim prawie pracy wskazały we wspólnym wystąpieniu Federacja Przedsiębiorców Polskich (FPP) oraz Centrum Analiz Legislacyjnych i Polityki Ekonomicznej (CALPE). W wystąpieniu tym wskazano, że konieczne jest wprowadzenie do kodeksu pracy przepisów regulujących pracę zdalną, które określałyby m.in. warunki stosowania pracy zdalnej, zasady rozliczania czasu pracy, sposoby porozumiewania się między pracodawcą i pracownikiem, możliwe sposoby dostarczania efektów pracy, zasady kontroli pracownika przez pracodawcę oraz zasady korzystania ze sprzętu i bezpieczeństwa danych. Co istotne, za optymalne uznaje się określenie warunków świadczenia pracy zdalnej w drodze wewnętrznych aktów, a także porozumienia zawartego z pracownikiem lub w poleceniu pracodawcy. Ważne jest jednak to, by źródła te podlegały przepisom odpowiednio art. 9, art. 18 oraz art. 100 k.p. Za niedopuszczalne uznaje się wyłączenie któregośkolwiek z tych przepisów, wskazując, że mogłoby to prowadzić do ustanowienia warunków wykonywania pracy zdalnej w sposób naruszający prywatność pracownika i jego inne prawa przewidziane obowiązującymi przepisami prawa pracy (K. Naumowicz, op. cit., s. 33). Nie ulega bowiem wątpliwości, że pracownikowi wykonującemu pracę zdalną należy zagwarantować te same

prawa, z których korzystają pracownicy zatrudnieni w stałym miejscu pracy (L. Florek, op. cit.).

### Uwagi szczegółowe

Przepisy zawarte w projektowanym rozdziale IIc działu drugiego kodeksu pracy, zatytułowanym „Praca zdalna” (art. 67<sup>18</sup>–67<sup>24</sup>), ustalają szczegółowe warunki wykonywania pracy zdalnej i dotyczą m.in. kwestii zawierania porozumienia lub wydania regulaminu, określających zasady jej wykonywania, granic uprawnień kontrolnych pracodawcy czy też konieczności zapewnienia pracownikowi odpowiednich narzędzi i materiałów do pracy. Zawierają ponadto gwarancje poszanowania prywatności pracownika, jego niedyskryminacji ze względu na tę szczególną formę świadczenia pracy oraz postanowienia w zakresie ochrony danych i konieczności zagwarantowania bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, niezależnie od miejsca, w jakim jest ona wykonywana.

#### 1) Projektowana definicja pracy zdalnej

Projektowana definicja pracy zdalnej (art. 67<sup>18</sup> § 1) nie zawiera elementu zawartego w art. 3 ustawy o COVID, tj. wskazania, że praca zdalna może dotyczyć pracy „określonej w umowie o pracę”, czyli rodzaju pracy uzgodnionego wcześniej przez strony. Jak się wydaje brak tego elementu w projektowanej kodeksowej definicji pracy zdalnej nie powinien rodzić trudności interpretacyjnych i rozbieżności w stosowaniu prawa. Jeśli bowiem uzgodnienie co do wykonywania pracy zdalnej zostaje przyjęte przy zawieraniu umowy o pracę (art. 67<sup>19</sup>§1 pkt 1), to będzie ono dotyczyło jednocześnie ustalonego w umowie rodzaju pracy. Podobnie zresztą uzgodnienie co do wykonywania pracy zdalnej podjęte w trakcie zatrudnienia dotyczy *per se* pracy umówionej, gdyż- w świetle projektowanej definicji pracy zdalnej- samo ustanowienie pracy zdalnej powoduje zmianę dotyczącą tylko jednego z obligatoryjnych elementów umowy o pracę- miejsca wykonywania pracy (por. art. 29 § 1 pkt 2 k.p.).

Trzeba także zauważyć, że żaden z projektowanych przepisów nie powtarza regulacji zawartej w art. 67<sup>7</sup>§4 k.p., wedle której nie jest dopuszczalne powierzenie wykonywania pracy w formie telepracy na podstawie art. 42 § 2 k.p. Uznać więc należy, że projektodawca zakłada możliwość zastosowania przez pracodawcę przepisu art. 42 § 2 k.p. zarówno w trakcie wykonywania pracy w formie zdalnej, jak i wraz z wydaniem polecenia świadczenia pracy zdalnej na podstawie projektowanego art. 67<sup>19</sup>§3. Oznacza to, że pracodawca będzie miał

możliwość czasowo (do 3 miesięcy w roku kalendarzowym) powierzenia pracownikowi innej pracę niż określona w umowie o pracę, jeżeli nie spowoduje to obniżenia wynagrodzenia i odpowiada kwalifikacjom pracownika także w okresie wykonywania pracy zdalnej. Jeżeli więc pracodawca będzie chciał pracownikowi powierzyć inną pracę niż wynikającą z umowy o pracę w okresie wykonywania pracy zdalnej, pracownik nie będzie mógł odmówić wykonania takiej pracy. Regulacja taka nie budzi zastrzeżeń w przypadku wykonywania pracy zdalnej na podstawie uzgodnienia dokonanego w trybie projektowanego art. 67<sup>19</sup>§1 i 2. Umożliwia realizację uprawnienia pracodawcy do organizowania pracy pracowników według potrzeb biznesowych. Nie jest jednak uzasadniona w przypadku wykonywania pracy zdalnej na podstawie polecenia pracodawcy wydanego w sytuacjach określonych w projektowanym art. 67<sup>19</sup>§ 3. Wydaje się, że należałoby tutaj powtórzyć ochronę pracownika wynikającą z art. 3 ustawy o COVID. Ponadto, co istotne czasowe powierzenie innej pracę niż określona w umowie o pracę, jeśli pracownik w tym czasie świadczy pracę zdalną nie powinno naruszać projektowanych rozwiązań dotyczących sposobu ustalenia i zniesienia pracy zdalnej. Skoro projektowane w tym względzie przepisy przewidują porozumienie pracodawcy z pracownikiem w kwestii zarówno ustalenia pracy zdalnej, jak i jej zniesienia, to skorzystanie przez pracodawcę z uprawnienia z art. 42 § 4 k.p. nie może modyfikować tych przepisów. Innymi słowy należałoby zagwarantować, że skorzystanie z uprawnienia określonego w art. 42 § 4 k.p. nie może polegać na powierzeniu pracownikowi świadczącemu pracę zdalną takiej pracy, która nie może być wykonywana zdalnie albo ze względu na jej organizację albo jej rodzaj.

Projektodawca definiując pracę zdalną (art. 67<sup>18</sup> § 1), określił korzystanie przez pracownika ze środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość jako przykładowy sposób wykonywania pracy zdalnej. Praca zdalna nie jest zatem ograniczona do obowiązków pracowniczych realizowanych z użyciem nowoczesnych technologii, co należy uznać za rozwiązanie oczekiwane zarówno przez praktykę, jak i doktrynę prawa pracy.

Jedynym wskazanym w definicji pracy zdalnej istotnym kryterium jej wyróżnienia jest miejsce wykonywania pracy, określone w projektowanym art. 67<sup>18</sup> jako miejsce wskazane przez pracownika i każdorazowo uzgodnione z pracodawcą, w tym miejsce (adres) zamieszkania pracownika. Takie ujęcie pracy zdalnej należy uznać za właściwe, w szczególności odpowiadające występującemu w praktyce zjawisku pracy świadczonej na odległość (por. D. Makowski, Kilka uwag o pracy zdalnej, PiZS 2020/10, s. 11). Przy czym

ważne jest to, że z projektowanego przepisu wynika oczekiwany wniosek, iż możliwość wykonywania pracy zdalnej nie ogranicza się do pracy wykonywanej tylko „zdalnie” (por. D. Makowski, op. cit., s. 11). W istocie określenie „praca zdalna” nie jest niczym innym, niż tylko ustawowo przyjętą nazwą projektowanej konstrukcji normatywnej (por. Ibidem). Dlatego też np. można będzie uznać w świetle projektowanej regulacji za pracę zdalną wykonywanie pracy poza zakładem pracy przez krawcowe zatrudnione w zakładzie krawieckim (por. Ł. Prasolek, A. Kielbratowska, Praca zdalna w praktyce. Zagadnienia prawa pracy i RODO, Warszawa 2020).

Z powodu braku terminologicznej zbieżności, powstaje pytanie, jak należy rozumieć zwrot „środki bezpośredniego porozumiewania się na odległość”, czy jest on pojęciowo tożsamy z określeniem „środki komunikacji elektronicznej”, zdefiniowanym w art. 2 pkt 5 ustawy z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (DzU z 2020 r. poz. 344 ze zm.) jako „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”. Wobec możliwych wątpliwości, kwestię tę należałoby jednoznacznie rozstrzygnąć, uwzględniając zakaz wykładni synonimicznej.

Projektodawca bardzo szeroko określił zakres przedmiotowy pracy zdalnej. Może ona obejmować nie tylko posługiwanie się środkami bezpośredniego porozumiewania się na odległość, lecz także np. działalność wytwórczą na niewielką skalę i tym samym wykazywać podobieństwo z pracą nakładczą, czyli tzw. chałupnictwem, uregulowaną rozporządzeniem Rady Ministrów z 31 grudnia 1975 r. w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą (DzU z 1976 r. nr 3, poz. 19 ze zm., rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 303 k.p.).

Dlatego też warto zastanowić się nad pomysłem, by przy akceptacji szerokiej koncepcji pracy zdalnej zlikwidować umowę o pracę nakładczą. Dzisiejsi wykonawcy staliby się pracownikami, co nie oznaczałoby fundamentalnej zmiany ich sytuacji prawnej, ale raczej rozszerzenie zakresu uprawnień. Przyjęcie przepisów rangi ustawowej czyniłoby zadość wymogom konstytucyjnym, bowiem uregulowanie sytuacji wykonawców w rozporządzeniu nie spełnia wymogów art. 92 Konstytucji RP (L. Mitrus, op. cit., Część 2, s. 7). Należy jednak wziąć pod uwagę to, że przeciwko likwidacji umowy o pracę nakładczą przemawia natomiast

fakt, że jest to umowa rezultatu (od umowy o dzieło różni się głównie tym, że może stanowić podstawowe źródło utrzymania), a przepisy nie wymagają *expressis verbis* osobistego wykonywania pracy (Ibidem).

Projektowana definicja pracy zdalnej przewiduje, że – w zależności od woli stron lub polecenia pracodawcy – praca może być wykonywana „zdalnie” całkowicie lub częściowo. Odpowiada to koncepcji hybrydowej pracy zdalnej. Strony mogą doprecyzować, czy praca na odległość będzie jedyną formą aktywności, czy też będzie łączona z pracą w zakładzie pracy. Celowe jest też uzgodnienie częstotliwości pracy zdalnej, np. w które dni tygodnia pracownik będzie realizować swoje obowiązki w domu.

- 2) Ustanowienie pracy zdalnej oraz jej zniesienie i powrót do poprzednich warunków pracy

Jak zauważono w doktrynie, na gruncie regulacji kodeksowych zgodna wola stron powinna być warunkiem *sine qua non* wprowadzenia i stosowania pracy zdalnej (L. Mitrus, op. cit., Część 2, s. 4). Stosownie do tego, wedle projektowanej regulacji, dla wprowadzenia pracy zdalnej jest wymagane porozumienie stron, zaś poleceniem pracodawcy można ustanowić pracę zdalną w sytuacjach wyjątkowych, uzasadnionych dbałością o szczególne dobra, jak np. zdrowie publiczne (stan nadzwyczajny, stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii) czy gwarancję zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (art. 67<sup>19</sup>§3) . Możliwość wprowadzenia pracy zdalnej zależy więc zasadniczo od zgodnej woli obu stron stosunku pracy, wyjątkowo zaś może wynikać z jednostronnej decyzji pracodawcy. Niewątpliwie konstrukcja porozumienia pracownika i pracodawcy co do wprowadzenia pracy zdalnej, poprzedzona wnioskiem pracownika lub inicjatywą pracodawcy jest przejawem ustawowej ingerencji w zakres kompetencji kierowniczych pracodawcy (por. L. Mitrus, op. cit., Część 2, s. 5). Wszak istotą pracy zdalnej jest jej wykonywanie w miejscu wskazanym przez pracownika i każdorazowo uzgodnionym z pracodawcą, w tym w domu pracownika. Tymczasem, zgodnie z przepisem art. 22 § 1 k.p. pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy w miejscu wskazanym przez pracodawcę. Trudno jednak znaleźć w tym zakresie inne rozwiązanie. Projektowane rozwiązanie jest nadto zgodne ze stanowiskiem doktryny prawa pracy, wedle którego, jeżeli pracownik w umowie o pracę ma wpisane jako miejsce wykonywania pracy siedzibę pracodawcy, wówczas zlecenie wykonywania pracy poza tą siedzibą wymaga zgody pracownika, zmiany treści umowy lub dokonania wypowiedzenia



zmieniającego warunki pracy i płacy na podstawie art. 42 § 1 k.p. Zmiana miejsca wykonywania pracy nie jest możliwa w trybie art. 42 § 4 k.p. (M. Rycak, Prawa i obowiązki stron stosunku pracy w czasie pandemii COVID-19, Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej, 2020/27/4, s. 307).

Uzgodnienie co do wprowadzenia pracy zdalnej może zapaść przy zawieraniu umowy o pracę. Przy czym, wskazując na taką możliwość, projektodawca nie proponuje przepisu wprost wskazującego, że w umowie określa się warunki wykonywania pracy zdalnej (por. art. 67<sup>7</sup> § 2 k.p. dotyczący telepracy). Nie ma też propozycji wprowadzenia przepisu, że pracodawca powinien w miarę możliwości uwzględnić wnioski pracownika (por. art. 67<sup>7</sup> § 3 *in fine* k.p. dotyczący telepracy) oraz zastrzeżenia, że nie jest dopuszczalne powierzenie wykonywania pracy zdalnej w ramach wypowiedzenia zmieniającego (por. art. 67<sup>7</sup> § 4 k.p. dotyczący telepracy). To ostatnie niewątpliwie nie powinno mieć miejsca (por. L. Mitrus, op. cit., Część 2, s. 6). Niemniej powstaje pytanie, czy konieczny jest przepis wprost to wyrażający, taki jak art. 67<sup>7</sup> § 4 k.p. Z jednej strony, można by twierdzić, że skoro ustawodawca nie przyjął tej zasady wprost, regulując pracę zdalną, a z kolei powtórzył wiele innych przepisów dotyczących telepracy, to wycofał się z tego ograniczenia. Z drugiej strony jednak, projektodawca wyraźnie w dwóch przepisach art. 67<sup>19</sup> § 2 i 3 wskazuje tylko dwa sposoby ustanowienia pracy zdalnej: uzgodnienie stron stosunku pracy albo polecenie pracodawcy. Dlatego też uznać można, że także projektowana regulacja pracy zdalnej zapobiega powierzeniu wykonywania pracy zdalnej w ramach wypowiedzenia zmieniającego. Tym bardziej, że zgodnie z projektowanym art. 67<sup>23</sup>, odmowa wyrażenia przez pracownika zgody na zmianę warunków wykonywania pracy w przypadku określonym w art. 67<sup>19</sup> § 1 pkt 2, wystąpienie z wnioskiem o wykonywanie pracy zdalnej przez pracownika, o którym mowa w art. 67<sup>19</sup> § 6 i 7, a także zaprzestanie wykonywania pracy zdalnej na zasadach określonych w art. 67<sup>22</sup> nie mogą stanowić przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie przez pracodawcę umowy o pracę. Wnosząc *a maiori ad minus*, odmowa zaakceptowania przez pracownika przedstawionego warunku zmiany świadczenia pracy na pracę zdalną w drodze wypowiedzenia zmieniającego nie może skutkować rozwiązaniem umowy o pracę za wypowiedzeniem.

Ustanowienie pracy zdalnej na podstawie polecenia pracodawcy może nastąpić w dwóch tylko sytuacjach wyraźnie wskazanych w projektowanym przepisie art. 67<sup>19</sup> § 3, tj.: 1) w okresie obowiązywania stanu nadzwyczajnego, stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii

oraz w okresie 3 miesięcy po ich odwołaniu lub 2) w okresie, w którym zapewnienie przez pracodawcę bezpiecznych i higienicznych warunków pracy w dotychczasowym miejscu pracy pracownika nie jest czasowo możliwe z powodu działania siły wyższej – jeżeli pracownik złoży bezpośrednio przed wydaniem polecenia oświadczenie w postaci papierowej lub elektronicznej, że posiada warunki lokalowe i techniczne do wykonywania pracy zdalnej. Oznacza to, że planuje się zachować jedną z wcześniejszych, przyjętych w ustawie o COVID, funkcji pracy zdalnej jako środka zwalczania (zapobiegania szerzeniu się) pandemii czy epidemii chorób (por. L. Mitrus, Praca zdalna *de lege lata* i *de lege ferenda*- zmiana miejsca wykonywania pracy czy nowa koncepcja stosunku pracy? Część 1, PiZS 2020/10, s. 4). Jak dowodzi cytowany Autor, pracownik wykonujący pracę zdalną z reguły przebywa w domu. Z istoty rzeczy ograniczeniu ulegają jego kontakty osobiste w zakładzie lub w drodze do pracy. Dystansowanie społeczne w tej formie niewątpliwie jest narzędziem profilaktyki i zmniejsza ryzyko rozprzestrzeniania się wirusa (L. Mitrus, op. cit., Część 1, s. 4). Dlatego też projektowane w tym zakresie rozwiązanie należy uznać za prawidłowe.

Polecenie pracy zdalnej na mocy projektowanego przepisu należy traktować jako polecenie służbowe, mieszczące się w granicach uprawnień pracodawcy, czyli niewymagające zmiany treści umowy o pracę. Pracownik obowiązany jest je wykonać stosownie do art. 100 § 1 k.p., z uwzględnieniem projektowanej regulacji szczególnej w art. 67<sup>19</sup>§3 *in fine*, dotyczącej oświadczenia pracownika, że posiada warunki lokalowe i techniczne do wykonywania pracy zdalnej. Powstaje jednocześnie pytanie, czy oświadczenie pracownika dotyczące posiadania warunków lokalowych i technicznych do wykonywania pracy zdalnej podlega jakiegokolwiek weryfikacji. Wydaje się, że tak być powinno, jeśli nadal praca zdalna ma stanowić skuteczną metodę ograniczania np. epidemii chorób. Należałoby dążyć do tego, by w praktyce nadal odmowa wykonania polecenia pracodawcy wydanego na podstawie projektowanego art. 67<sup>19</sup>§3 mogła prowadzić do negatywnych konsekwencji dla pracownika, łącznie z rozwiązaniem umowy za wypowiedzeniem lub bez wypowiedzenia (por. L. Mitrus, op. cit. Część 1, s. 4; K.W. Baran, D. Książek, Tarcza antykryzysowa 1.0-3.0. Szczególne rozwiązania w prawie pracy, prawie urzędniczym i prawie ubezpieczeń społecznych. Komentarz, Warszawa 2020, s. 47–48; J. Zagrobelny (w:) Regulacje COVID-19 w prawie pracy, Warszawa 2020, s. 4–5). Tymczasem brak czy też odmowa złożenia- bezpośrednio przed wydaniem polecenia przez pracodawcę- oświadczenia przez pracownika o posiadaniu warunków lokalowych i technicznych do

wykonywania pracy zdalnej może udaremnić decyzję pracodawcy o wydaniu polecenia wykonywania pracy zdalnej. Przy czym, nie budzi wątpliwości, że w razie rzeczywistego, obiektywnego braku „możliwości lokalowych” odmowa podjęcia pracy zdalnej nie byłaby naruszeniem obowiązków pracowniczych, co z kolei wyklucza sankcje względem pracownika.

Inaczej niż na gruncie ustawy o COVID, nie rozszerza się kompetencji kierowniczych pracodawcy przez dopuszczenie jednostronnej zmiany miejsca świadczenia pracy, lecz- w granicach wyznaczonych przez art. 22 § 1 k.p. oraz art. 100 § 1 k.p.- ustala się miejsce świadczenia pracy zdalnej w miejscu wskazanym przez pracownika i uzgodnionym z pracodawcą. Pracodawca odpowiada za życie i zdrowie pracownika w procesie świadczenia także pracy zdalnej (art. 207 k.p. w zw. z projektowanym art. 67<sup>31</sup>§1), dlatego też musi wyrazić zgodę na miejsce świadczenia pracy jako pracy zdalnej zaproponowane przez pracownika.

Wydanie polecenia dotyczącego wykonywania pracy zdalnej na podstawie art. 67<sup>19</sup>§3 nie jest uzależnione od tego, czy pracownik posiada umiejętności do wykonywania pracy zdalnej (por. art. 3 ustawy o COVID). Praca zdalna może bowiem wymagać dodatkowych umiejętności praktycznych, np. obsługi określonych systemów teleinformatycznych lub aplikacji internetowych umożliwiających bezpośredni kontakt między rozmówcami. Choć brak takich umiejętności może stanowić faktyczną przeszkodę dla stosowania pracy zdalnej, to zgodnie z projektowanym art. 67<sup>24</sup>§1 pkt 4 obowiązkiem pracodawcy jest zapewnienie pracownikowi wykonującemu pracę zdalną szkoleń i pomocy technicznej niezbędnej do wykonywania tej pracy (por. akceptujące wobec takiego rozwiązania: L. Mitrus, op. cit., Część 1, s. 6). Tym samym chwilowy brak umiejętności nie jest rzeczywiście przeszkodą w wydaniu polecenia dotyczącego wykonywania pracy zdalnej i projektowana regulacja- ze względu na obowiązek pracodawcy określony w projektowanym art. 67<sup>24</sup>§1 pkt 4- nie wzbudza zastrzeżeń w tym zakresie.

Z treści poszczególnych przepisów projektu wynika, że nie każdy rodzaj pracy może podlegać świadczeniu w formie zdalnej. Powodem niewykonywania danej pracy w formie zdalnej może być także jej organizacja. Stąd obligatoryjnym elementem treści porozumienia lub regulaminu, o których mowa w projektowanym art. 67<sup>20</sup>§6 jest określenie m.in. grupy lub grup pracowników, którzy mogą być objęci pracą zdalną.

Ponadto, wedle projektowanego art. 67<sup>19</sup>§6, pracodawca jest obowiązany uwzględnić wniosek pracownika, o którym mowa w art. 142<sup>1</sup> § 1 pkt 2 i 3, pracownicy w ciąży, pracownika wychowującego dziecko do ukończenia przez nie 4. roku życia, a także pracownika sprawującego opiekę nad innym członkiem najbliższej rodziny lub inną osobą pozostającą we wspólnym gospodarstwie domowym, posiadających orzeczenie o niepełnosprawności albo orzeczenie o znacznym stopniu niepełnosprawności, o wykonywanie pracy zdalnej, chyba że nie jest to możliwe ze względu na organizację pracy lub rodzaj pracy wykonywanej przez pracownika. Pracodawca może więc odmówić wprowadzenia pracy zdalnej, jeśli jest to niemożliwe ze względu na organizację pracy lub rodzaj pracy wykonywanej przez pracownika składającego wniosek. Uzależnienie możliwości ustalenia pracy zdalnej od rodzaju pracy lub jej organizacji jest uzasadnione. Jak stwierdził L. Mitrus, warunek taki wydaje się skądinąd fundamentalny, ponieważ niektóre rodzaje aktywności (choćby w transporcie czy budownictwie) z istoty rzeczy nie mogą być wykonywane zdalnie (por. L. Mitrus, op. cit., Część 1, s. 5). W rzeczywistości rodzaj pracy uzgodniony w umowie *de facto* limituje stosowanie pracy zdalnej. Dlatego cytowany Autor proponuje nadto, by wprowadzić odpowiedni przepis, który mógłby jednoznacznie rozstrzygać, że „praca zdalna może dotyczyć takiego rodzaju pracy, która może być również wykonywana w zakładzie pracy” (L. Mitrus, op. cit., Część 2, s. 6).

Ważnym rozwiązaniem jest projektowany art. 67<sup>19</sup>§6, wedle którego, pracodawca jest obowiązany uwzględnić wniosek pracownika, o którym mowa w art. 142<sup>1</sup> § 1 pkt 2 i 3, pracownicy w ciąży, pracownika wychowującego dziecko do ukończenia przez nie 4. roku życia, a także pracownika sprawującego opiekę nad innym członkiem najbliższej rodziny lub inną osobą pozostającą we wspólnym gospodarstwie domowym, posiadających orzeczenie o niepełnosprawności albo orzeczenie o znacznym stopniu niepełnosprawności, o wykonywanie pracy zdalnej, chyba że nie jest to możliwe ze względu na organizację pracy lub rodzaj pracy wykonywanej przez pracownika. Chodzi tu zatem o pracownika rodzica: – posiadającego zaświadczenie o ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniu albo nieuleczalnej chorobie zagrażającej życiu dziecka, które powstały w prenatalnym okresie rozwoju dziecka lub w czasie porodu (z tej opcji może również skorzystać małżonek); – dziecka w fazie prenatalnej, w przypadku ciąży powikłanej; – dziecka legitymującego się orzeczeniem o niepełnosprawności albo orzeczeniem o umiarkowanym lub znacznym stopniu

niepełnosprawności określonym w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych oraz dziecka posiadającego odpowiednio opinię o potrzebie wczesnego wspomagania rozwoju dziecka, orzeczenie o potrzebie kształcenia specjalnego lub orzeczenie o potrzebie zajęć rewalidacyjno-wychowawczych, o których mowa w przepisach ustawy z dnia 14 grudnia 2016 roku – Prawo oświatowe (Dz.U. 2020, poz. 910 tekst jedn.; zob. także art. 67<sup>6</sup> § 6 k.p.). Poza tym, wniosek taki może złożyć też pracownica w ciąży, pracownik wychowujący dziecko do ukończenia przez nie 4. roku życia, a także pracownik sprawujący opiekę nad innym członkiem najbliższej rodziny lub inną osobą pozostającą we wspólnym gospodarstwie domowym, posiadającym orzeczenie o niepełnosprawności albo orzeczenie o znacznym stopniu niepełnosprawności.

Projektowany art. 67<sup>19</sup>§6 wymaga zmiany w zakresie, w jakim odnosi się do pracownika wychowującego dziecko w wieku do 4 roku życia. Rozwiązanie to – w zakresie wieku dziecka – nie jest spójne z projektowanymi zmianami kodeksu pracy (projekt z dnia 4 lutego 2022 r.) mającymi na celu m.in. implementowanie dyrektywy PE i Rady (UE) 2019/1158 z dnia 20 czerwca 2019 r. w sprawie równowagi między życiem zawodowym a prywatnym rodziców i opiekunów oraz uchylająca dyrektywę Rady 2010/10/UE. Otóż wedle art. 1 pkt 19 projektu z dnia 4 lutego 2022 r. ustawy o zmianie ustawy- Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw, względny zakaz pracy w godzinach nadliczbowych i porze nocnej (art. 178 § 2 k.p.) ma dotyczyć już nie pracownika wychowującego dziecko do ukończenia przez nie 4 roku życia, lecz 8 roku życia. Nadto na mocy projektowanego art. 188<sup>1</sup> (art. 1 pkt 36 projektu dnia 4 lutego 2022 r. ustawy o zmianie ustawy- Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw) planuje się dodanie uprawnienia dla pracownika wychowującego dziecko do ukończenia przez nie 8 roku życia polegającego na złożeniu wniosku o zastosowanie elastycznej organizacji pracy, w tym telepracy. Stąd, biorąc pod uwagę konieczność implementowania dyrektywy 2019/1158 oraz dążenie do zapewnienia spójności regulacji kodeksu pracy, należy zmienić projektowany art. 67<sup>19</sup>§6 przez określenie wieku dziecka do 8 roku życia.

W kontekście braku ograniczenia co do zastosowania przez pracodawcę w okresie świadczenia pracy zdalnej uprawnienia z art. 42 § 4 k.p., pojawia się wątpliwość dotycząca projektowanego art. 67<sup>21</sup>§2, wedle którego pracodawca może wiążąco wnioskować o zaprzestanie wykonywania pracy zdalnej w odniesieniu do pracownika, o którym mowa w art. 142<sup>1</sup> § 1 pkt 2 i 3, pracownicy w ciąży, pracownika wychowującego dziecko do ukończenia

przez nie 4. roku życia, a także pracownika sprawującego opiekę nad innym członkiem najbliższej rodziny lub inną osobą pozostającą we wspólnym gospodarstwie domowym, posiadających orzeczenie o niepełnosprawności albo orzeczenie o znacznym stopniu niepełnosprawności, jeśli wykonywanie pracy zdalnej nie jest możliwe ze względu na organizację pracy lub rodzaj pracy wykonywanej przez pracownika. Zawarcie uzgodnienia dotyczącego pracy zdalnej na wniosek pracownika, w trybie projektowanego art. 67<sup>19</sup>§6 oznacza, że rodzaj pracy wykonywanej przez pracownika nadaje się do zdalnego świadczenia. Wobec tego powstaje pytanie, w jaki sposób w trakcie świadczenia pracy zdalnej może dojść do zmiany rodzaju pracy, tak by stanowiła ona przeszkodę w kontynuowaniu pracy zdalnej. Zdaje się, że może to być następstwem czasowego powierzenia pracownikowi innej pracy w trybie art. 42 § 4 k.p. Biorąc pod uwagę istotę ochrony pracowników mających obowiązki rodzinne i opiekuńcze, znajdującą podstawę w najnowszych i równocześnie wymagających implementowania aktach prawa unijnego (dyrektywa 2019/1158 PE i Rady z dnia 20 czerwca 2019 r. w sprawie równowagi między życiem zawodowym a prywatnym rodziców i opiekunów oraz uchylająca dyrektywę Rady 2010/10/UE), takie rozwiązanie należy uznać za niewłaściwe. W każdym razie należałoby wprost albo wyłączyć w takiej sytuacji zastosowanie art. 42 § 4 k.p., albo przyjąć, że powierzona praca w tym trybie musi być pracą nadającą się do zdalnego świadczenia.

Zgodnie z projektowanym art. 67<sup>19</sup>§4, polecenie pracodawcy może być w każdym czasie cofnięte, z co najmniej jednodniowym uprzedzeniem. W doktrynie zauważono jednak, że praca zdalna wprowadzona przez pracodawcę w związku ze stanem np. epidemii jest zarazem nowym instrumentem ochrony życia i zdrowia pracowników przez pracodawcę (art. 207 § 2 k.p.). Wobec tego zakwestionowano możliwość cofnięcia polecenia pracy zdalnej w każdym czasie (D. Makowski, op. cit., s. 14), podkreślając, że cofnięcie polecenia wykonywania pracy zdalnej nie mogłoby nastąpić, gdyby w konkretnym przypadku stanowiło to naruszenie obowiązku określonego w art. 207 § 2 k.p., tzn. powodowałoby faktyczny wzrost ryzyka wystąpienia negatywnych skutków zdrowotnych dla pracownika.

Zgodnie z projektowanym art. 67<sup>22</sup>§1 zniesienie pracy zdalnej ustanowionej w porozumieniu zawartym zgodnie z projektowanym art. 67<sup>19</sup>§1 pkt 2, następuje na wiążący wniosek każdej ze stron złożony w każdym czasie, bez ograniczenia terminem, np. do 3 miesięcy jak w przypadku telepracy (por. art. 67<sup>8</sup>k.p.). Strony uzgadniają także termin

przywrócenia poprzednich warunków pracy, który nie może wynosić więcej niż 30 dni od otrzymania wniosku.

Projektuje się także, że w związku z wiążącym charakterem wniosku o zniesienie pracy zdalnej i przywrócenie poprzednich warunków świadczenia pracy- w razie braku zgody drugiej strony- przywrócenie poprzednich warunków następuje automatycznie po upływie 30 dni od dnia otrzymania wniosku. Regulacja ta, niewystępująca w przepisach dotyczących telepracy, jest pożądana. Określa bowiem skutki prawne złożonego wiążąco wniosku o zniesienie pracy zdalnej, eliminując wątpliwości, które mogłyby narodzić się w praktyce, w razie braku porozumienia stron w tej kwestii.

Jednocześnie widoczna jest różnica dotycząca istoty pracy zdalnej na tle telepracy. Otóż ustalenie telepracy w trakcie zatrudnienia, na podstawie porozumienia (art. 67<sup>7</sup>§1 pkt 2 k.p.) sprawiało, że po upływie 3 miesięcy od dnia podjęcia pracy w tej formie, następowała trwała zmiana warunków pracy w zakresie formy jej wykonywania. Pracodawca chcący znieść telepracę musiał złożyć wypowiedzenie zmieniające, zaś wniosek pracownika w tym przedmiocie pracodawca winien uwzględnić jedynie w miarę możliwości. Regulacja ta sprawiała, że telepraca nie mogła być przez strony stosunku pracy traktowana jako przejściowa forma świadczenia pracy, co niewątpliwie ograniczało korzystanie z niej.

Dlatego też projektowany przepis art. 67<sup>22</sup>§1 można ocenić pozytywnie, jako stanowiący gwarancję nieskrępowania stron stosunku pracy nową formą świadczenia pracy, wprowadzoną w trakcie trwania zatrudnienia, na mocy porozumienia zawartego między stronami stosunku pracy. Wprowadza on zasadę, że – poza pracownikiem, o którym mowa w art. 67<sup>19</sup>§ 6-7- zniesienie zdalnej formy świadczenia pracy następuje z inicjatywy każdej ze stron. Jest to więc stosunkowo nietrwała forma świadczenia pracy. Aby uniknąć zaskoczenia i umożliwić zarówno pracownikowi i pracodawcy przygotowanie się do nowych, poprzednich warunków świadczenia pracy, przyjęto ochronny termin 30 dni od dnia otrzymania wniosku na dokonanie w tym zakresie zmiany. Jako że termin ten, w razie porozumienia, może być krótszy, nawet jednodniowy, uznać należy, iż regulacja ta jest w stanie uwzględnić- w zależności od okoliczności- interesy obu stron stosunku pracy.

Podobnie jak telepraca, praca zdalna ustanowiona przy zawieraniu umowy o pracę staje się względnie trwałym warunkiem wykonywania pracy, stąd zmiana w tym zakresie wymaga wypowiedzenia zmieniającego w trybie art. 42 § 1-3 k.p.

### 3) Prawne podstawy warunków wykonywania pracy zdalnej

Określenie warunków wykonywania pracy zdalnej w zakresie zawierającym przynajmniej określenie: grupy lub grupy pracowników, którzy mogą być objęci pracą zdalną; 2) zasad pokrywania przez pracodawcę kosztów, o których mowa w art. 67<sup>24</sup> § 1 pkt 2 lub 3; 3) zasad ustalania ekwiwalentu pieniężnego, o którym mowa w art. 67<sup>24</sup> § 3, lub ryczałtu, o którym mowa w art. 67<sup>24</sup> § 4; 4) zasad porozumiewania się pracodawcy i pracownika wykonującego pracę zdalną, w tym sposób potwierdzania obecności na stanowisku pracy przez pracownika wykonującego pracę zdalną; 5) zasad kontroli wykonywania pracy przez pracownika wykonującego pracę zdalną; 6) zasad kontroli w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy; 7) zasad kontroli przestrzegania wymogów w zakresie bezpieczeństwa i ochrony informacji, w tym procedur ochrony danych osobowych; 8) zasad instalacji, inwentaryzacji, konserwacji, aktualizacji oprogramowania i serwisu powierzonych pracownikowi narzędzi pracy, w tym urządzeń technicznych jest obowiązkowe.

Uznać należy, że jest to rozwiązane wskazane, szczególnie zważywszy na ryzyko związane z przetwarzaniem danych pracownika i przedsiębiorstwa przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a także ochronę i realizację praw pracownika w procesie pracy zdalnej.

Jednocześnie z projektowanego art. 67<sup>20</sup>§5 wynika, że określenie warunków wykonywania pracy zdalnej w formie porozumienia z organizacjami związkowymi lub w formie regulaminu nie jest obligatoryjne. Dopuszczalne jest bowiem wykonywanie pracy zdalnej także w przypadku, gdy nie zostało zawarte porozumienie albo nie został wydany regulamin. W takim przypadku pracodawca określa zasady wykonywania pracy zdalnej odpowiednio w poleceniu wykonywania pracy zdalnej, o którym mowa w art. 67<sup>19</sup> § 3, albo w porozumieniu zawartym z pracownikiem.

### 4) Obowiązki pracodawcy i pracownika, w tym w zakresie bhp

W doktrynie prawa pracy zauważono, że przy pracy zdalnej pojawiają się liczne problemy z zakresu prawa pracy, między innymi dotyczące tego, jak przy pracy zdalnej przestrzegać



regulacji BHP. Wskazano, że choć zgodnie z art. 15 k.p. na pracodawcy ciąży obowiązek zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy wszystkim pracownikom, to jednak w praktyce, w odniesieniu do pracowników korzystających z pracy zdalnej, przy braku szczególnych uregulowań w Kodeksie pracy, obowiązek ten może być trudny do zrealizowania (M. Rycak, op. cit., s. 309).

Dlatego też pozytywnie należy ocenić projektowany przepis art. 67<sup>31</sup>§1 w zakresie, jakim jednoznacznie stanowi on, że pracodawca realizuje w stosunku do pracownika w czasie wykonywania przez niego pracy zdalnej obowiązki w zakresie wynikającym z rodzaju i warunków wykonywanej pracy określone w dziale dziesiątym, z wyłączeniem obowiązków określonych w art. 208 § 1, art. 209<sup>1</sup>, art. 212 pkt 1 i 4, art. 213, art. 214, art. 232 i art. 233 k.p.

Oznacza to, że zakres odpowiedzialności pracodawcy dotyczyć będzie nie tylko obowiązku zapewnienia środków i materiałów do pracy zdalnej, a odpowiedzialność w zakresie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy oraz za wypadki przy wykonywaniu pracy zdalnej nie będzie wyłącznie związana z zapewnionymi przez pracodawcę środkami i materiałami, co byłoby zapewne nieakceptowane przez doktrynę (por. K. Naumowicz, op. cit., s. 33), lecz ma szerszy zakres. Obejmuje np.: wszystkie podstawowe obowiązki pracodawcy w zakresie bhp ujęte w przepisie art. 207 k.p., nadto rozszerzeniu ulegają obowiązki związane z informowaniem o ryzyku zawodowym (por. art. 207<sup>1</sup>k.p. oraz projektowany art. 67<sup>31</sup>§5), zachowane jest prawo pracowników do powstrzymania się od wykonywania pracy (art. 210 k.p.) oraz obowiązki pracodawcy dotyczące stanu maszyn i urządzeń technicznych, profilaktycznej ochrony zdrowia pracowników, szkoleń czy też obowiązki związane z wypadkami przy pracy oraz chorobami zawodowymi.

Wyłączono zaś, co należy uznać za uzasadnione, przepisy przewidujące obowiązek współdziałania pracodawców (art. 208 k.p.), obowiązki pracodawcy w zakresie pierwszej pomocy (art. 209<sup>1</sup>k.p.) oraz dbałości o bezpieczny stan pomieszczeń (art. 212 § 1 i 4 k.p.), obowiązki odnoszące się do obiektów budowlanych i pomieszczeń pracy (art. 213 i 214 k.p.), czy też obowiązek zapewnienia środków i urządzeń higieniczno- sanitarnych.

Nieuzasadnione jest jednak wyłącznie obowiązek pracodawcy z zakresu bhp dotyczącego organizacji stanowiska pracy oraz obowiązku zapewnienia profilaktycznych posiłków i napojów. Ten ostatni obowiązek dotyczy zapewnienia przez pracodawcę

pracownikom zatrudnionym w warunkach szczególnie uciążliwych, nieodpłatnie, odpowiednich posiłków i napojów, jeżeli jest to niezbędne ze względów profilaktycznych. Rada Ministrów określiła, w drodze rozporządzenia, rodzaje tych posiłków i napojów oraz wymagania, jakie powinny spełniać, a także przypadki i warunki ich wydawania. Zgodnie z rozporządzeniem RM z dnia 28 maja 1996 r. (DzU 1996 r., Nr 60, poz. 279), pracodawca zapewnia napoje pracownikom zatrudnionym np.: na stanowiskach pracy, na których temperatura spowodowana warunkami atmosferycznymi przekracza 28<sup>o</sup> C (§ 4 pkt 5 rozporządzenia). Nie jest zatem zrozumiałe, dlaczego obowiązek taki nie może dotyczyć pracownika świadczącego pracę zdalną, np. w domu, gdy temperatura spowodowana warunkami atmosferycznymi przekracza 28<sup>o</sup> C.

Wątpliwości budzi też projektowany przepis art. 67<sup>31</sup>§8, wedle którego pracownik organizuje stanowisko pracy zdalnej, uwzględniając wymagania ergonomii. Wydaje się, że właśnie organizacja stanowiska pracy zdalnej, na dodatek uwzględniającego wymagania ergonomii, powinna należeć do pracodawcy, działającego np. na wniosek pracownika. Jeśli pracodawca pomoże pracownikowi w zorganizowaniu stanowiska pracy w domu, a może nawet je sfinansuje, to w pełni zasadne będzie jego oczekiwanie, że praca zdalna będzie wykonywana tylko w tej lokalizacji (L. Mitrus, op. cit., Część 2, s. 7), nadto z zachowaniem przepisów i zasad bhp oraz uwzględnieniem ryzyka zawodowego.

Mamy więc do czynienia z nadmiernym przerzuceniem obowiązków pracodawcy z zakresu bhp na pracownika w trakcie świadczenia pracy zdalnej. Okazuje się, że zgodnie z zamysłem projektodawcy, przy ocenie ryzyka zawodowego pracownika wykonującego pracę zdalną uwzględnia się w szczególności wpływ tej pracy na wzrok, układ mięśniowo- szkieletowy oraz uwarunkowania psychospołeczne tej pracy. Na podstawie wyników tej oceny pracodawca opracuje informację zawierającą: 1) zasady i sposoby właściwej organizacji stanowiska pracy zdalnej, z uwzględnieniem wymagań ergonomii; 2) zasady bezpiecznego i higienicznego wykonywania pracy zdalnej; 3) czynności do wykonania po zakończeniu wykonywania pracy zdalnej; 4) zasady postępowania w sytuacjach awaryjnych stwarzających zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego (art. 67<sup>31</sup>§5). Następnie przed dopuszczeniem do wykonywania pracy zdalnej pracownik potwierdza w oświadczeniu składanym w postaci papierowej lub elektronicznej zapoznanie się z przygotowaną przez pracodawcę oceną ryzyka zawodowego oraz informacją zawierającą zasady bezpiecznego i higienicznego wykonywania pracy zdalnej

oraz zobowiązuje się do ich przestrzegania (art. 67<sup>31</sup>§6). Kolejny projektowany przepis przewiduje, że to pracownik właśnie organizuje stanowisko pracy zdalnej, uwzględniając wymagania ergonomii. Oznacza to, że pracownik decydujący się na pracę zdalną będzie musiał często ponieść spore koszty związane z wyposażeniem stanowiska pracy np. w odpowiednie fotele, stoły (biurka) itd. Jednocześnie nie ma gwarancji uzyskania z tego tytułu zwrotu kosztów w formie ekwiwalentu pieniężnego czy ryczałtu. Koszty te mogą zostać jedynie uwzględnione, jeśli wyrazi na to zgodę pracodawca w drodze porozumienia (art. 67<sup>24</sup>§ 1 pkt 3) lub przewiduje to porozumienie lub regulamin, o których mowa w art. 67<sup>20</sup>. Rozwiązanie to należy uznać za niewystarczające i niezgodne z konstytucyjnym obowiązkiem zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy oraz ustawowym obowiązkiem ochrony życia i zdrowia pracowników w procesie pracy (art. 207 § 2 k.p.). Tym bardziej, że projektowana regulacja określa także poważne konsekwencje niedochowania przez pracownika wymagań z zakresu spełniającego wymogi ergonomii zorganizowania stanowiska pracy. Otóż jeżeli pracodawca w trakcie kontroli pracy zdalnej, o której mowa w art. 67<sup>19</sup> § 1 pkt 2, stwierdzi uchybienia w przestrzeganiu przepisów i zasad w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy określonych w informacji, o której mowa w art. 67<sup>31</sup> § 5, lub w przestrzeganiu wymogów w zakresie bezpieczeństwa i ochrony informacji, w tym procedur ochrony danych osobowych, zobowiązuje pracownika do usunięcia stwierdzonych uchybień we wskazanym terminie albo cofa zgodę na wykonywanie pracy zdalnej przez tego pracownika. W przypadku wycofania zgody na wykonywanie pracy zdalnej pracownik rozpoczyna pracę w dotychczasowym miejscu pracy w terminie określonym przez pracodawcę (art. 67<sup>28</sup>§3).

W myśl projektowanego przepisu art. 67<sup>24</sup> obowiązkiem pracodawcy jest zapewnienie pracownikowi wykonującemu pracę zdalną materiałów i narzędzi pracy, w tym urządzeń technicznych. Słusznie więc projektodawca przyjął, że regułą jest dostarczanie przez pracodawcę narzędzi i materiałów do wykonywania pracy zdalnej. Wynika to z istoty stosunku pracy.

Projektodawca dopuszcza jednak stosowanie narzędzi pracy niezapewnionych przez pracodawcę, jeżeli spełniają one przesłanki wskazane w przepisach działu X k.p., dotyczące bhp. Jak zauważono w doktrynie, trudno natomiast zrozumieć, na czym w pracy zdalnej miałyby polegać używanie „materiałów niezapewnionych przez pracodawcę”. Czy w działalności wytwórczej pracownik mógłby takie materiały zorganizować samodzielnie, bez

udziału pracodawcy? Zdaniem L. Mitrusa, rozwiązanie takie klóci się z istotą stosunku pracy oraz budzi szereg wątpliwości interpretacyjnych. Przykładowo, jak kształtowałyby się odpowiedzialność stron, gdyby wytworzony produkt okazał się wadliwy ze względu na złą jakość materiałów, a jakości tej pracownik nie byłby w stanie zweryfikować w chwili podejmowania obowiązków? (L. Mitrus, op. cit., Część 1, s. 7). Niezależnie od powyższych zastrzeżeń, można jeszcze dodać, że świadczenie pracy zdalnej za pomocą narzędzi niezapewnionych przez pracodawcę powinno być wyjątkiem, wobec tego należałoby rozważyć obwarowanie go dodatkowymi przesłankami.

Zasługującym na akceptację i pożądanym rozwiązaniem jest ustawowe zobowiązanie pracodawcy do pokrycia kosztów nie tylko związanych z eksploatacją sprzętu, lecz szeroko kosztów energii elektrycznej i usług telekomunikacyjnych, w tym także ewentualnie w formie ryczału. Ponadto porozumienie lub regulamin albo porozumienie zawarte z pracownikiem lub polecenie pracodawcy mogą przewidywać pokrycie innych kosztów bezpośrednio związanych z wykonywaniem pracy zdalnej (w formie ekwiwalentu pieniężnego lub także ryczału). Możliwe jest też wykonywanie pracy zdalnej z wykorzystaniem narzędzi materiałów niezapewnionych przez pracodawcę, ale spełniających wymagania bhp, z zachowaniem prawa do ekwiwalentu pieniężnego, także w formie ryczału. Wysokość ekwiwalentu lub ryczału ustala się w porozumieniu lub regulaminie (art. 67<sup>20</sup>) albo w porozumieniu zawartym z pracownikiem lub w poleceniu pracodawcy.

Wątpliwości budzi jednak projektowany sposób ustalania ekwiwalentu pieniężnego lub ryczału. Wedle projektowanego art. 67<sup>24</sup>§5, przy ustalaniu wysokości ekwiwalentu albo ryczału bierze się pod uwagę w szczególności normy zużycia materiałów i narzędzi pracy, w tym urządzeń technicznych, ich udokumentowane ceny rynkowe oraz ilość materiału wykorzystanego na potrzeby pracodawcy i ceny rynkowe tego materiału, a także normy zużycia energii elektrycznej oraz koszty usług telekomunikacyjnych. Nie jest bowiem pewne, czy tak określone kryteria ustalenia kwoty ekwiwalentu pieniężnego lub ryczału są możliwe do opracowania i zastosowania przez każdego pracodawcę mogącego i chcącego zastosować instytucję pracy zdalnej. Powstaje pytanie, jakie źródła tudzież wyniki badań empirycznych powinny tutaj znaleźć zastosowanie oraz kto powinien je uzyskać i opracować.

Projektowany art. 67<sup>31</sup>§9 i 10 przewiduje, że w razie wypadku przy pracy zdalnej art. 234 oraz przepisy wydane na podstawie art. 237 § 1 pkt 1 i 2 stosuje się odpowiednio. Oględzin

miejsca wypadku dokonuje się po zgłoszeniu wypadku przy pracy zdalnej, w terminie uzgodnionym przez pracownika albo jego domownika, w przypadku gdy pracownik ze względu na stan zdrowia nie jest w stanie uzgodnić tego terminu, i członków zespołu powypadkowego. Zespół powypadkowy może odstąpić od dokonywania oględzin miejsca wypadku przy pracy zdalnej, jeżeli uzna, że okoliczności i przyczyny wypadku nie budzą jego wątpliwości.

Nie ma zatem wątpliwości, że zgodnie z zamysłem projektodawcy, wypadek, który wydarzy się w czasie pracy zdalnej, wykonywanej w domu lub w innym miejscu, będzie traktowany jak wypadek przy pracy. Pozwala na to zresztą definicja wypadku przy pracy, która poza związkiem czasowo- miejscowym zdarzenia z pracą ustala też związek funkcjonalny. Za wypadek przy pracy uważa się bowiem nagłe zdarzenie wywołane przyczyną zewnętrzną powodujące uraz lub śmierć, które nastąpiło w związku z pracą: 1) podczas lub w związku z wykonywaniem przez pracownika zwykłych czynności lub poleceń przełożonych; 2) podczas lub w związku z wykonywaniem przez pracownika czynności na rzecz pracodawcy, nawet bez polecenia; 3) w czasie pozostawania pracownika w dyspozycji pracodawcy w drodze między siedzibą pracodawcy a miejscem wykonywania obowiązku wynikającego ze stosunku pracy (art. 3 ustawy z dnia 30 października 2002 roku o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych, Dz.U. 2019, poz. 1205 tekst jedn.). Skoro do wypadku przy pracy może dojść poza miejscem i czasem pracy, pod warunkiem zachowania związku funkcjonalnego z wykonywaną pracą i nie tylko, to wnioskując *a maiori ad minus*, wypadkiem przy pracy jest także zdarzenie, które nastąpiło podczas świadczenia pracy zdalnie, na przykład w miejscu zamieszkania pracownika. Choć w doktrynie podkreślono, że istnieją zasadnicze trudności w ustaleniu rzeczywistego przebiegu zdarzenia, jeśli dojdzie do wypadku w czasie pracy w domu (M. Rycak, op. cit., s. 310), to należy zauważyć, iż ustalenie wypadku np. zrównanego z wypadkiem przy pracy następuje w podobnych okolicznościach, np. podczas podróży służbowej. Nie wydaje się jednak, by praktyka miała z tym problem. W związku z tym, w celu ustalenia okoliczności, w jakich doszło do wypadku także w domu pracownika, na pracodawcy ciąży obowiązki wynikające z rozporządzenia Rady Ministrów z 1 lipca 2009 roku w sprawie ustalania okoliczności i przyczyn wypadków przy pracy (Dz.U. 2009, nr 105, poz. 870).

##### 5) Ochrona miru domowego pracownika

Jak wynika z projektowanego art. 67<sup>28</sup>, przeprowadzenie przez pracodawcę kontroli np. w domu pracownika świadczącego pracę zdalną nie wymaga jego zgody (por. art. 67<sup>14</sup>§2 k.p.). Brak tego elementu może budzić zastrzeżenia. Jeśli bowiem w procesie pracy zdalnej pracownik będzie stosował środki komunikacji elektronicznej i uwzględnimy przy tym fakt, że praca ta będzie wykonywana w miejscu zamieszkania pracownika, istnieje ryzyko naruszenia prawa do prywatności zarówno pracownika, jak i członków jego rodziny w toku korzystania przez pracodawcę z uprawnień kontrolnych. Ryzyko to dodatkowo zwiększa możliwość stosowania w procesie pracy zdalnej prywatnego sprzętu pracownika, na którym mogą się znajdować także prywatne dane jego i bliskich mu osób.

Dlatego za słuszne należy uznać rozwiązanie przewidujące, że obligatoryjnie w drodze porozumienia lub regulaminu (art. 67<sup>20</sup>) albo porozumienia zawartego z pracownikiem lub polecenia pracodawcy należy określić zasady kontroli wykonywania pracy przez pracownika świadczącego pracę zdalną oraz zasady kontroli w zakresie bhp, a zwłaszcza zasady instalacji, inwentaryzacji, konserwacji, aktualizacji oprogramowania i serwisu powierzonych pracownikowi narzędzi pracy, w tym urządzeń technicznych. W zakresie tych zasad powinny znaleźć się postanowienia dotyczące warunków korzystania ze sprzętu, praw i obowiązków stron w zakresie korzystania ze środków komunikacji elektronicznej, a także kwestii bezpieczeństwa przetwarzanych danych. Miejsce świadczenia pracy w formie zdalnej, jej częstotliwość, formy oraz zakres zastosowania technologii informatycznych w jej procesie będą bowiem bezpośrednio wpływać na sferę prywatności pracownika.

#### 6) Ochrona danych osobowych, ochrona przed wypowiedzeniem

W zakresie ochrony danych osobowych, projektowany art. 67<sup>26</sup>§1-2 powtarza przepis art. 67<sup>12</sup>k.p. Projektowany przepis art. 67<sup>23</sup> jest powtórzeniem regulacji dotyczącej telepracy- art. 67<sup>9</sup> k.p.

#### 7) Kontrola wykonywania pracy zdalnej

Jak wynika z projektowanego art. 67<sup>28</sup>§1-2, zakres kontroli dokonywanej przez pracodawcę w miejscu świadczenia pracy zdalnej obejmuje: wykonywanie pracy, przestrzeganie bhp oraz przestrzeganie bezpieczeństwa i ochrony informacji. Zasady kontroli wykonywania pracy określa zaś porozumienie lub regulamin, o których mowa w art. 67<sup>20</sup> lub polecenie pracodawcy

albo porozumienie zawarte z pracownikiem. Do ustawowych zasad kontroli należy wskazanie miejsca kontroli jako miejsca wykonywania pracy oraz czasu kontroli przypadające na czas pracy oraz sposobu kontroli, zdeterminowanego miejscem i rodzajem pracy.

Oznacza to, że projektodawca nie zdecydował się na konkretniejsze doprecyzowanie w kodeksie pracy zakresu uprawnień pracodawcy w ramach organizacji procesu świadczenia pracy zdalnej w ten sposób, w tym możliwości i granic kontroli jej efektów, pozostawiając w tej kwestii znaczny zakres autonomii stronom stosunku pracy albo samemu pracodawcy w razie wydania polecenia na podstawie art. 67<sup>19</sup>§3. Przedmiotem porozumienia lub regulaminu, o których mowa w art. 67<sup>20</sup>§1-4 albo porozumienia zawartego z pracownikiem lub polecenia pracodawcy winno zatem być określenie zakresu informacji, jakich pracodawca może żądać od pracownika wykonującego pracę zdalną, przy użyciu jakich metod i narzędzi powinna następować kontrola procesu wykonywania pracy, przekazywanie poleceń i odbiór jej wyników.

Także w porozumieniu lub regulaminie, o których mowa w art. 67<sup>20</sup>§1-4 albo porozumieniu zawartym z pracownikiem lub poleceniu pracodawcy winny zostać określone zasady kontroli przestrzegania wymogów w zakresie bezpieczeństwa i ochrony informacji, w tym procedur ochrony danych osobowych. Zauważyć należy, że w obszarze ochrony danych osobowych chodzi też ochronę danych osobowych pracownika.

Przy braku precyzyjniejszych określeń co do treści wskazanych wyżej aktów uznać należy, że powinny one także określać zasady ochrony danych osobowych pracownika, zwłaszcza w procesie realizacji uprawnień kontrolnych pracodawcy. Otóż, jak zauważono w doktrynie (K. Naumowicz, op. cit., s. 31), w procesie kontrolowania pracownika mamy do czynienia z przetwarzaniem jego danych osobowych, a więc istnieje konieczność uwzględnienia również zasad przetwarzania danych wynikających z rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz. Urz. UE L 119, poz. 1, dalej: RODO). Pracodawca, realizując uprawnienia kontrolne wobec pracownika świadczącego pracę zdalnie, musi uwzględnić zasady przetwarzania danych osobowych, o których mowa w art. 5 RODO. Zasady przeprowadzania kontroli pracownika w zakresie zarówno wykonywania pracy zdalnej, jak i przestrzegania przepisów i zasad bhp powinny zatem uwzględniać

następujące wymogi: by dane były przetwarzane w sposób przejrzysty dla pracownika, zbierane w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach, przy użyciu takich środków i narzędzi, które będą adekwatne i ograniczone do tego, co niezbędne do realizacji tych celów po stronie pracodawcy, a więc zgodnie z zasadami przejrzystości, ograniczonego celu i minimalizacji danych (art. 5 ust. 1 lit. a–c RODO). Ponadto to na pracodawcy jako administratorze danych ciąży obowiązek wykazania, iż w procesie przetwarzania danych pracowników zastosował się do tych zasad (zgodnie z zasadą rozliczalności, o której mowa w art. 5 ust. 2 RODO).

#### 8) Ewidencja czasu pracy, prawo do bycia *offline*, *work life balance*

Projektowana regulacja pracy zdalnej nie przewiduje możliwości zobowiązania pracownika do prowadzenia ewidencji wykonanych czynności, uwzględniającej w szczególności opis tych czynności, a także datę oraz czas ich wykonania. Jedynie w porozumieniu lub regulaminie, o których mowa w art. 67<sup>20</sup>§1-4 albo porozumieniu zawartym z pracownikiem lub poleceniu pracodawcy należy wskazać zasady porozumiewania się pracodawcy i pracownika wykonującego pracę zdalną, w tym zasady potwierdzania obecności na stanowisku pracy przez pracownika wykonującego pracę zdalną. Choć taki sposób określenia tego typu warunków świadczenia pracy zdalnej zdaje się znajdować akceptację wśród niektórych przedstawicieli doktryny (por. Ł. Prasolek, A. Kielbratowska, Praca zdalna w praktyce. Zagadnienia prawa pracy i RODO, Warszawa 2020), warto jednak zastanowić się nad jego prawidłowością. Ewidentnie brakuje regulacji spełniającej dwa pożądane cele: umożliwienie rozliczania czasu pracy oraz ułatwienie przynajmniej pośredniej kontroli efektywności działań pracownika. Chodzi o np.: dokumentowanie ram temporalnych, z uwzględnieniem dni oraz czasu wykonywania pracy zdalnej. Ewidencjonowanie czasu pracy w standardowych warunkach jest ustawowym obowiązkiem pracodawcy (art. 149 k.p.). Z uwagi na charakter pracy zdalnej zasadne jest ustanowienie podstawy prawnej dla tego, by to pracodawca mógł nakazać pracownikowi ewidencjonowanie czasu pracy, gdyż taka ewidencja jest niezbędna dla rozliczania czasu pracy, np. obliczenia godzin nadliczbowych lub przestrzegania prawa do odpoczynku. Jest to też ważne ze względu na możliwość zachowania innych ochronnych przepisów prawa pracy, w tym prawa do wypoczynku, prawa do bycia *offline* czy zapewnienia *work life balance*. Nadto, jak zauważa się w doktrynie, obowiązek prowadzenia dokumentacji



nie oznacza swobody pracownika co do zmiany systemu lub ustalenia rozkładu czasu pracy. Materia ta leży w gestii pracodawcy. Przykładowo podmiot zatrudniający może wprowadzić zadaniowy czas pracy (z uwzględnieniem wymogów art. 150 § 1 k.p.). Może też wymagać od pracownika wykonującego pracę zdalną pozostawania do dyspozycji (wraz z możliwością kontaktu) w godzinach funkcjonowania zakładu pracy (L. Mitrus, op. cit., Część 1, s. 7). Ogólnie jednak samo ustanowienie pracy zdalnej nie powoduje automatycznie zmian w zakresie czasu pracy. Pracownika obowiązuje norma czasu pracy uregulowana w art. 129 k.p., choć może pojawić się ryzyko organizacyjne polegające na wydłużeniu czasu pracy z powodu świadczenia jej w warunkach domowych.

Pożądaną byłoby zatem uregulowanie kwestii związanych z ewidencją czasu pracy, tak by regulacja pracy zdalnej uwzględniała nie tylko postęp technologiczny dający nowe narzędzia pracy, ale także przemiany społeczne, związane z chęcią elastycznego łączenia życia zawodowego z osobistym, bez jednak zagrożenia dla prawa do wypoczynku, koncepcji *work life balance* (dyrektywa 2019/1158) czy prawa do bycia *offline* (por. K. Moras-Olaś, Prawo do bycia *offline* jako podstawowe prawo pracownika, *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej*, 2021/28/ nr 4, s. 305 i nast.).

## II. Uwagi dotyczące projektowanej regulacji pracy zdalnej w zatrudnieniu administracyjnoprawnym

### Obowiązujący stan prawny w zakresie regulacji pracy zdalnej w zatrudnieniu administracyjnoprawnym

Instytucja pracy zdalnej, także w odniesieniu do zatrudnienia administracyjnoprawnego została wprowadzona do polskiego porządku prawnego na mocy zmienionego i obowiązującego w nowym brzmieniu od 31 marca 2020 r. przepisu art. 3 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (DzU 2021, poz. 2095 tekst jednolity, dalej: ustawa o COVID). Zgodnie z tym przepisem, w celu przeciwdziałania COVID-19 pracodawca może polecić pracownikowi wykonywanie, przez czas oznaczony, pracy określonej w umowie o pracę, poza miejscem jej stałego wykonywania (praca zdalna). W myśl art. 3 ust. 2 ustawy o COVID, przepis art. 3 ust.

1 ustawy o COVID stosuje się odpowiednio do funkcjonariuszy służb wymienionych w przepisach o zaopatrzeniu emerytalnym funkcjonariuszy Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Służby Ochrony Państwa, Państwowej Straży Pożarnej, Służby Celno-Skarbowej i Służby Więziennej oraz ich rodzin.

Oznacza to, że obecnie w odniesieniu do wymienionych funkcjonariuszy, może znaleźć zastosowanie praca zdalna, jako praca wykonywana poza miejscem jej stałego wykonywania, przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Specyficzny jest jej cel- przeciwdziałanie szerzeniu się epidemii COVID-19. Zmiana organizacji pracy polegająca na przejściu na pracę zdalną wymaga polecenia przełożonego, które jest wiążące pod warunkiem, że funkcjonariusz ma umiejętności i możliwości techniczne oraz lokalowe do wykonywania takiej pracy i pozwala na to rodzaj pracy. Polecenie to można cofnąć w każdym czasie. Kolejne przepisy zawarte w art. 3 ustawy o COVID regulują jedynie dwie kwestie: możliwość zobowiązania funkcjonariusza do prowadzenia ewidencji wykonanych czynności, uwzględniającej w szczególności opis tych czynności, a także datę oraz czas ich wykonania oraz obowiązek podmiotu zatrudniającego zapewnienia funkcjonariuszowi narzędzi i materiałów potrzebnych do wykonywania pracy zdalnej oraz obsługi logistycznej pracy zdalnej.

Co istotne, możliwość świadczenia pracy zdalnej nie dotyczy jednak żołnierzy zawodowych oraz funkcjonariuszy Straży Marszałkowskiej.

W doktrynie podkreślono, że co do zasady dodanie ustępu 2 do art. 3 ustawy o COVID należy ocenić pozytywnie (L. Mitrus, op. cit., Część 1, s. 5). Zarazem podkreślono, że w praktyce specyfika służby oraz rodzaj obowiązków istotnie ograniczają stosowanie pracy zdalnej, wskazując, że przykładowo, znaczna (a nawet przeważająca) część działań funkcjonariuszy Policji, Państwowej Straży Pożarnej czy Straży Granicznej jest wykonywana „w terenie”. Nie mogą być one zastąpione pracą zdalną w rozumieniu tarczy antykryzysowej.

### **Uwagi szczegółowe**

Opiniowany projekt ustawy o zmianie ustawy- Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw przewiduje zmianę pragmatyk służbowych, tj. ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2021 r. poz. 1882, z późn. zm.); ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2022 r. poz. 1061 i 1115), ustawa z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (Dz. U. z 2021 r. poz. 1940 i 2490 oraz z 2022 r. poz. 1115), ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2022 r. poz. 557), ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2021 r. poz. 1671 i 2333), ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (Dz. U. z 2021 r. poz. 1064, 1728 i 2448 oraz z 2022 r. poz. 655 i 1115), ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz. U. z 2022 r. poz. 813, 835 i 1079), ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa (Dz. U. z 2021 r. poz. 575, 1728 i 2333 oraz z 2022 r. poz. 655 i 1115) poprzez dodanie odpowiednich przepisów wprowadzających instytucję służby pełnionej w formie zdalnej.

Porównując zarówno ogólne, jak i szczegółowe założenia projektowanej pracy zdalnej oraz projektowanej służby pełnionej w formie zdalnej, nasuwa się zasadniczy wniosek, że projektodawca w odniesieniu do pracy zdalnej powtórzył część regulacji telepracy, pomijając zaś rozwiązania zawarte w art. 3 ustawy o COVID, zaś w odniesieniu do służby pełnionej w formie zdalnej powtórzył sporą część regulacji zawartej w art. 3 ustawy o COVID. Takie podejście nie wydaje się właściwe. W wielu przypadkach nie jest zrozumiałe, dlaczego projektodawca zdecydował się na zróżnicowanie sytuacji prawnej pracowników i funkcjonariuszy świadczących pracę (pełniących służbę) zdalnie. Rozwiązań tych nie można bowiem uzasadnić specyfiką służby i jej odmiennosiami wobec pracy w ramach stosunku pracy.

#### 1) Projektowana definicja służby pełnionej w formie zdalnej

Projektowane w poszczególnych pragmatykach służbowych definicje służby pełnionej w formie zdalnej (art. 3 pkt 1 i nast. projektu ustawy) wskazują, że samo ustanowienie służby w formie zdalnej powoduje zmianę dotyczącą tylko jednego elementu zatrudnienia- miejsca wykonywania służby.

Projektodawca definiując służbę pełnioną w formie pracę zdalnej, określił korzystanie przez funkcjonariusza ze środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość jako

przykładowy sposób pełnienia tej służby w formie zdalnej. Służba pełniona w formie zdalnej nie jest zatem ograniczona do obowiązków służbowych realizowanych z użyciem nowoczesnych technologii, co należy uznać za rozwiązanie prawidłowe.

Jedynym wskazanym w definicji służby pełnionej w formie zdalnej istotnym kryterium jej wyróżnienia jest miejsce wykonywania służby, określone jako miejsce wskazane przez podmiot wydający polecenie pełnienia służby w formie zdalnej (np. przełożonego, szefa ABW itd.). Miejscem tym może być np. miejsce (adres) zamieszkania funkcjonariusza.

Z powodu braku terminologicznej zbieżności, powstaje pytanie, jak należy rozumieć zwrot „środki bezpośredniego porozumiewania się na odległość”, czy jest on pojęciowo tożsamy z określeniem „środki komunikacji elektronicznej”, zdefiniowanym w art. 2 pkt 5 ustawy z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (DzU z 2020 r. poz. 344 ze zm.) jako „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”. Wobec możliwych wątpliwości, kwestię tę należałoby jednoznacznie rozstrzygnąć, uwzględniając zakaz wykładni synonimicznej.

Projektowana definicja służby pełnionej w formie zdalnej spełnia szczególny cel, jakim jest przeciwdziałanie chorobom zakaźnym. Otóż może zostać ona ustalona jedynie w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego, stanu epidemii lub stanu klęski żywiołowej związanej z występowaniem chorób zakaźnych u ludzi. Oznacza to, że planuje się zachować jedną z wcześniejszych, przyjętych w ustawie o COVID, funkcji pracy zdalnej jako środka zwalczania (zapobiegania szerzeniu się) pandemii czy epidemii (por. L. Mitrus, *Praca zdalna de lege lata i de lege ferenda*- zmiana miejsca wykonywania pracy czy nowa koncepcja stosunku pracy? Część 1, PiZS 2020/10, s. 4). Dystansowanie społeczne w tej formie niewątpliwie jest narzędziem profilaktyki i zmniejsza ryzyko rozprzestrzeniania się wirusa (L. Mitrus, op. cit., Część 1, s. 4). Dlatego też projektowane w tym zakresie rozwiązanie należy uznać za prawidłowe. Z uwagi na specyfikę służby szersze dopuszczenie służby pełnionej w formie zdalnej nie byłoby zasadne. Znaczna (a nawet przeważająca) część działań funkcjonariuszy Policji, Państwowej Straży Pożarnej czy Straży Granicznej jest wykonywana „w terenie”. Nie mogą więc być one zastąpione pracą zdalną. (L. Mitrus, op. cit., Część 1, s. 5).

- 2) Polecenie pełnienia służby w formie zdalnej oraz jej zniesienie i powrót do poprzednich warunków służby

Ustanowienie służby pełnionej w formie zdalnej następuje na podstawie polecenia przełożonego lub innej właściwej osoby, np. Szefa ABW. W poleceniu pełnienia służby w formie zdalnej określa się zarazem czas i miejsce jej pełnienia oraz sposób porozumiewania się funkcjonariusza z bezpośrednim przełożonym lub inną właściwą osobą.

Polecenie pełnienia służby w formie zdalnej na mocy projektowanej regulacji należy traktować jako polecenie służbowe, mieszczące się w granicach uprawnień przełożonego lub innej właściwej osoby w zatrudnieniu administracyjnoprawnym, czyli niewymagające zmiany treści stosunku służbowego. Funkcjonariusz jest obowiązany je wykonać, co wynika ze złożonego ślubowania (zob. M. Grześków, *Nawiązywanie stosunków zatrudnienia w służbach zmilitaryzowanych*, Warszawa 2020, s. 145 i nast.), z uwzględnieniem przepisów uchylających obowiązek wykonania polecenia, którego wykonanie łączyłoby się popełnieniem przestępstwa (np. art. 58 ust. 2 ustawy o Policji). W odróżnieniu do regulacji pracy zdalnej, ocena, czy funkcjonariusz posiada możliwości lokalowe i techniczne do pełnienia służby w formie zdalnej oraz czy pozwala na to charakter wykonywanych zadań należy ostatecznie do przełożonego lub innej osoby właściwej do wydania polecenia. Wydaje się, że tak być powinno, skoro służba pełniona w formie zdalnej ma stanowić skuteczną metodę ograniczania np. epidemii chorób.

Inaczej niż w odniesieniu do projektu regulacji pracy zdalnej, a identycznie jak na gruncie art. 3 ustawy o COVID, przewiduje się jednostronną zmianę miejsca pełnienia służby w formie zdalnej, jako w miejscu wskazanym wyłącznie przez przełożonego. Rozwiązanie to jest właściwe, jeśli uwzględni się okoliczności ustanowienia służby pełnionej w formie zdalnej z jednej strony (przeciwdziałanie np. epidemii chorób), z drugiej- właściwości stosunku służbowego. Także różnica przyjętych w tym zakresie rozwiązań w odniesieniu do pracy zdalnej i służby pełnionej w formie zdalnej jest także uzasadniona.

Projektowane regulacje, przewidujące wydanie polecenia dotyczącego świadczenia służby w formie zdalnej nie odwołują się do tego, czy funkcjonariusz posiada umiejętności do takiego pełnienia służby (por. art. 3 ustawy o COVID). Służba pełniona w formie zdalnej może bowiem wymagać dodatkowych umiejętności praktycznych, np. obsługi określonych systemów teleinformatycznych lub aplikacji internetowych umożliwiających bezpośredni kontakt między

rozmówcami. Choć brak takich umiejętności może stanowić faktyczną przeszkodę dla pełnienia służby, to zgodnie z projektowanymi regulacjami, obowiązkiem przełożonego jest zapewnienie funkcjonariuszowi obsługi logistycznej. Tym samym chwilowy brak umiejętności nie jest rzeczywiście przeszkodą w wydaniu polecenia dotyczącego pełnienia służby w formie zdalnej i projektowana regulacja- ze względu na wspomniany obowiązek przełożonego zapewnienia obsługi logistycznej nie wzbudza zastrzeżeń w tym zakresie. Wątpliwości budzi natomiast sam termin „obsługa logistyczna” jako obcy terminologii z zakresu prawa pracy czy prawa stosunków służbowych. Słownik języka polskiego definiuje „logistykę” jako „planowanie i organizację skomplikowanego przedsięwzięcia”. Jak zatem zauważono w doktrynie w odniesieniu do identycznego zwrotu zawartego w art. 3 ustawy o COVID, intencje ustawodawcy można co najwyżej starać się odgadnąć w oparciu o kryteria celowościowe. Wydaje się, że chodzi o powinność ułatwienia czy nawet umożliwienia pracownikowi zorganizowania pracy zdalnej (L. Mitrus, op. cit., Część 1, s. 7). Niewątpliwie lepiej byłoby, gdyby powtórzono tutaj, odpowiednio ją modyfikując, regulację przyjętą w projektowanym art. 67<sup>24</sup>§1 pkt 4, wedle której pracodawca zobowiązany jest zapewnić pracownikowi wykonującemu pracę zdalną szkolenia i pomoc techniczną niezbędne do wykonywania tej pracy.

Z treści poszczególnych przepisów projektu wynika, że nie każdy rodzaj służby, z powodu charakteru zadań, może podlegać pełnieniu w formie zdalnej. Ocena i decyzja w tym zakresie należy do przełożonego lub innej osoby właściwej do wydania polecenia funkcjonariuszowi, a determinują ją inne uwarunkowania związane z pełnieniem zadań przez określone formacje, w tym dążenie do zapewnienia skuteczności działania danych służb.

Zgodnie z projektowanymi regulacjami, polecenie pełnienia służby w formie zdalnej może być w każdym czasie cofnięte, co odpowiada zarówno istocie i celowi instytucji pełnienia służby w formie zdalnej, jak i ogólnym celom i założeniom działania określonych formacji.

### 3) Warunki pełnienia służby w formie zdalnej

Określenie warunków pełnienia służby w formie zdalnej następuje, zgodnie z projektowanymi regulacjami, w informacji przekazanej funkcjonariuszowi przez przełożonego lub inną właściwą osobę i obejmuje jedynie: informacje dotyczące: 1) zasad: a) oraz sposobu właściwej organizacji stanowiska służby pełnionej w formie zdalnej, z uwzględnieniem

wymagań ergonomii, b) bezpiecznego i higienicznego wykonywania służby pełnionej w formie zdalnej, c) postępowania w sytuacjach awaryjnych stwarzających zagrożenie dla życia lub zdrowia oraz 2) czynności do wykonania po zakończeniu wykonywania służby pełnionej w formie zdalnej.

4) Obowiązki przełożonego i funkcjonariusza, w tym w zakresie bhp

W doktrynie prawa pracy zauważono, że przy pracy zdalnej pojawiają się liczne problemy z zakresu prawa pracy, między innymi dotyczące tego, jak przy pracy zdalnej przestrzegać regulacji BHP. Zgodnie z art. 66 Konstytucji RP, każdy, a zatem także funkcjonariusza zatrudniony na podstawie administracyjnoprawnej ma prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy. Dotyczy to także służby pełnionej w formie zdalnej. Jednocześnie pragmatyki służbowe, odsyłając do wybranych przepisów działu X kodeksu pracy, w węższy sposób regulują zasady bezpieczeństwa i higieny pełnienia służby. Z kolei spośród tych regulacji działu X kodeksu pracy, które mają zastosowanie do zatrudnienia administracyjnoprawnego, projektowana regulacja dokonuje w odniesieniu do służby pełnionej w formie zdalnej niemal identycznych wyłączeń, jak w przypadku pracy zdalnej.

Oznacza to, że zakres odpowiedzialności służbodawcy dotyczyć będzie nie tylko obowiązku zapewnienia środków i materiałów do służby pełnionej w formie zdalnej, a odpowiedzialność w zakresie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy oraz za wypadki pozostające w związku z pełnieniem służby nie będzie wyłącznie związana z zapewnionymi przez przełożonego środkami i materiałami (por. K. Naumowicz, op. cit., s. 33), lecz ma szerszy zakres. Wyłączone jest jednak, co wydaje się zasadne, prawo funkcjonariuszy do powstrzymania się od wykonywania pracy (art. 210 k.p.).

Wyłączono też, co należy uznać za uzasadnione, przepisy przewidujące obowiązek współdziałania pracodawców (art. 208 k.p.), obowiązki pracodawcy w zakresie pierwszej pomocy (art. 209<sup>1</sup>k.p.) oraz dbałości o bezpieczny stan pomieszczeń (art. 212 § 1 i 4 k.p.), obowiązki odnoszące się do obiektów budowlanych i pomieszczeń pracy (art. 213 i 214 k.p.), czy też obowiązek zapewnienia środków i urządzeń higieniczno- sanitarnych.

Nieuzasadnione jest jednak wyłącznie obowiązku z zakresu bhp dotyczącego organizacji stanowiska pracy. Tym samym, podobnie jak w odniesieniu do regulacji pracy zdalnej, wątpliwości projektowany przepis, wedle którego funkcjonariusz organizuje

stanowisko służby pełnionej w formie zdalnej, uwzględniając wymagania ergonomii. Wydaje się, że właśnie organizacja stanowiska służby pełnionej w formie zdalnej, na dodatek uwzględniającego wymagania ergonomii powinna należeć jednak do służbodawcy. Tymczasem, wedle projektowanej regulacji funkcjonariusz pełniący służbę w formie zdalnej będzie musiał często ponieść spore koszty związane z wyposażeniem stanowiska służby np. w odpowiednie fotele, stoły (biurka) itd. Jednocześnie nie ma gwarancji uzyskania z tego tytułu zwrotu kosztów w formie ekwiwalentu pieniężnego czy ryczałtu.

W myśl projektowanej regulacji, obowiązkiem przełożonego jest zapewnienie funkcjonariuszowi pełniącemu służbę w formie zdalnej materiałów i narzędzi niezbędnych do pełnienia służby.

Projektodawca dopuszcza jednak stosowanie narzędzi i materiałów niezapewnionych przez przełożonego, jeżeli spełniają one przesłanki wskazane w przepisach działu X k.p., dotyczące bhp oraz gwarantują poszanowanie i ochronę tajemnic związanych ze służbą oraz danych osobowych. Tym samym problemem może być zarówno poniesienie kosztów związanych z eksploatacją sprzętu, jak i też przeprowadzenia wymaganego i dającego gwarancję bezpieczeństwa danych serwisu i naprawy wykorzystywanego w służbie pełnionej w formie zdalnej, prywatnego sprzętu funkcjonariusza.

#### 5) Kontrola

Jak wynika z projektowanej regulacji, zakres kontroli dokonywanej przez przełożonego w miejscu pełnienia służby w formie zdalnej obejmuje jedynie warunki bezpieczeństwa i higieny służby. Do ustawowych zasad kontroli należy wskazanie miejsca i czasu kontroli jako miejsca pełnienia służby, w czasie jej pełnienia oraz sposobu kontroli jako zdeteminowanego miejscem i charakterem pełnionej służby. Rozwiązanie to nie budzi zastrzeżeń, biorąc pod uwagę specyfikę zatrudnienia administracyjnoprawnego.

#### 6) Ewidencja czasu pracy, prawo do bycia *offline*, *work life balance*

Projektowana regulacja służby pełnionej w formie zdalnej przewiduje możliwości zobowiązania funkcjonariusza do prowadzenia ewidencji wykonanych czynności,



uwzględniającej w szczególności opis tych czynności, a także datę oraz czas ich wykonania. Rozwiązanie to, nawiązujące do sprawdzonej konstrukcji przewidzianej w art. 3 ustawy o COVID, spełnia dwa pożądane cele: umożliwienie rozliczania czasu pełnienia służby oraz ułatwia przynajmniej pośrednią kontrolę efektywności działań funkcjonariusza. Chodzi o np.: dokumentowanie ram temporalnych, z uwzględnieniem dni oraz czasu pełnienia służby w formie zdalnej. Nie jest jednak tym bardziej zrozumiałe i zasadne to, że nie przewiduje się wprowadzenia podobnych regulacji do kodeksowej regulacji pracy zdalnej.

### **III. Uwagi dotyczące kontroli stanu psychofizycznego pracowników i funkcjonariuszy oraz w zatrudnieniu cywilnoprawnym**

#### **Aktualny stan prawny w zakresie kontroli trzeźwości w zatrudnieniu**

Przepisy odnoszące się do zachowania trzeźwości przez pracownika znajdują się w ustawie z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (DzU. 2021 r., poz. 1119; dalej jako: AlkU). Zgodnie z przepisem art. 14 ust. 1 AlkU, zabrania się sprzedaży alkoholu na terenie zakładów pracy oraz miejsc zbiorowego żywienia pracowników. Z kolei przepis art. 16 AlkU ustanawia zakaz wnoszenia napojów alkoholowych na teren zakładów pracy. Przepis art. 40 AlkU stanowi, że osoba nietrzeźwa, która swoim zachowaniem daje powód do zgorzenia w zakładzie pracy bądź zagraża życiu lub zdrowiu innych osób, może zostać doprowadzona do izby wytrzeźwień lub zakładu leczniczego albo do miejsca zamieszkania lub pobytu. Wedle art. 44 AlkU, zagrożone karą grzywny jest dopuszczanie do sprzedawania, podawania lub spożywania napojów alkoholowych na terenie zakładu pracy, jak również nie przeciwdziałanie sprzedawaniu, podawaniu lub spożywaniu na terenie zakładu pracy takich napojów.

Podstawę prawną kontroli trzeźwości pracownika zawiera obecnie przepis art. 17 AlkU. Zgodnie z tym przepisem, kierownik zakładu pracy lub osoba przez niego upoważniona mają obowiązek niedopuszczenia do pracy pracownika, jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że stawił się on do pracy w stanie po użyciu alkoholu albo spożywał alkohol w czasie pracy.

Okoliczności stanowiące podstawę decyzji powinny być podane pracownikowi do wiadomości. Powyższe uprawnienia kierownika zakładu pracy służą również organowi nadrzędnemu nad danym zakładem pracy oraz organowi uprawnionemu do przeprowadzenia kontroli zakładu pracy. Na żądanie kierownika zakładu pracy, osoby przez niego upoważnionej, a także na żądanie pracownika, badanie stanu trzeźwości pracownika przeprowadza uprawniony organ powołany do ochrony porządku publicznego. Zabiegu pobrania krwi dokonuje osoba posiadająca odpowiednie kwalifikacje zawodowe. Do badania stanu trzeźwości stosuje się przepisy, wydane na podstawie art. 47 ust. 2, czyli rozporządzenia Ministra Zdrowia i Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 28 grudnia 2018 r. w sprawie badań na zawartość alkoholu w organizmie (DzU 2018 r., poz. 2472).

### **Ogólne uzasadnienie dla kontroli stanu psychofizycznego pracownika przez pracodawcę**

Stan psychofizyczny pracownika determinuje jego gotowość do pracy i zdolność do jej świadczenia zgodnie z kodeksowymi wymogami staranności i sumienności (art. 100§ 1 k.p.). Przyjście do pracy po spożyciu alkoholu albo po zażyciu środków działających podobnie do alkoholu uniemożliwia staranne i sumienne wykonywanie pracy. Uniemożliwia zarazem wywiązywanie się z zobowiązania do świadczenia pracy, gdyż stawienie się pracownika w miejscu wykonywania pracy np. w stanie nietrzeźwości wyklucza zarówno możliwość świadczenia przez niego pracy, jak też pozostawania w gotowości do jej świadczenia (wyrok SN z 11 kwietnia 2000 r., I PKN 586/99, OSNP 2001, nr 18, poz. 556). W orzecznictwie sądowym uznaje się także, że stawienie się pracownika do pracy w stanie nietrzeźwym z mocy ogólnie obowiązujących przepisów AlkU, należy ocenić jako ciężkie naruszenie obowiązku trzeźwości pracownika w miejscu pracy bez względu, czy przybycie pracownika do zakładu pracy naruszyło konkretny, wymierny interes pracodawcy czy też wyrządziło istotną szkodę w mieniu pracodawcy (wyrok SN z 18 listopada 2003 r., I PK 5/03, LEX nr 599521).

Obowiązek zachowania trzeźwości przez pracownika można wyinterpretować także z art. 100 § 2 pkt. 6 kodeksu pracy. Pracownik winien przestrzegać zasad współżycia społecznego nie tylko wobec przełożonych, pracodawcy oraz współpracowników, ale także wobec osób trzecich. Ponadto przy zarzucie naruszenie zasad współżycia społecznego ważne jest, jakie skutki zostały wywołane przez zachowanie pracownika, natomiast nie mają większego znaczenia intencje pracownika (wyrok SN z 4 marca 1999 r., I PKN 603/98, OSNP 2000, nr 8, poz. 306).

Pracownik, będąc przede wszystkim podmiotem uprawnionym do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, jest jednocześnie zobowiązany do przestrzegania przepisów i zasad bhp (T. Liszcz, *Prawo pracy* Warszawa 2020 s.332). Dlatego też z obowiązków określonych w art. 100 § 2 pkt. 3 k.p. oraz art. 211 k.p. można wyinterpretować obowiązek pozostawania we właściwym stanie psychofizycznym. BHP jest zbiorem zasad i przepisów, określających sposób świadczenia pracy tak, aby zminimalizować wszelkie negatywne skutki powstałe przy nieprawidłowym świadczeniu pracy.

Zasadność i ogólne podstawy prawne kontroli stanu psychofizycznego, w tym trzeźwości pracownika są oczywiste. Nie budzi też wątpliwości stanowisko, że naruszenie przez pracownika obowiązku zachowania trzeźwości w pracy stanowi ciężkie naruszenie podstawowego obowiązku pracowniczego, co kwalifikuje się jako przesłanka rozwiązania stosunku pracy bez zachowania okresu wypowiedzenia (art. 52 § 1 pkt 1 k.p.). Naruszenie tego obowiązku należy oceniać jako ciężkie bez względu na to, czy ów stan pracownika naruszył konkretny interes pracodawcy czy też skutkowało wyrządzeniem istotnej szkody w mieniu pracodawcy (M. Rycak, Glosa do wyroku SN z 4.12.2018 r., I PK 194/17 (w:) *Zatrudnienie w epoce postindustrialnej*, red. B. Godlewska- Bujok, K. Walczak, Warszawa 2021, s. 344). Nawet jednorazowa nietrzeźwość pracownika może stanowić ciężkie naruszenie obowiązków pracowniczych (wyrok SN z 10 października 2000 r., I PKN 76/00, OSNAPiUS 2002/10/237).

Jak jednak dowodzą tezy orzeczeń sądowych, przepisy art. 17 AlkU są niejednolicie interpretowane i stosowane. W szczególności we wcześniejszych wyrokach SN (np. wyrok SN z 22 września 2004 r., I PK 576/03, ONNAPiUS 2005/7/91; wyrok SN z 11 grudnia 2006 r., I PK 165/06, Pr. Pracy 2007/4/27) przyjmował, że stan nietrzeźwości pracownika w czasie i w miejscu pracy może być dowodzony wszelkimi środkami dowodowymi. Uznawano, że pracodawca może użyć dla badania trzeźwości pracownika nawet nieatestowanego urządzenia, jeśli za stwierdzeniem stanu po użyciu alkoholu przemawiają też inne okoliczności. Takie ustalenia zdaniem SN są miarodajne, jeśli pracownik nie skorzystał z możliwości ich weryfikacji.

Poglądy te nie są jednak powszechnie przyjmowane, także w orzecznictwie SN.

Analiza orzecznictwa sądowego prowadzi do wniosku, że na gruncie obowiązującego stanu prawnego (głównie art. 17 AlkU), powstaje zagadnienie, jakie czynności powinien podjąć

pracownik i pracodawca w przypadku stwierdzenia podczas badania przeprowadzonego testerem trzeźwości, którym dysponował pracodawca, że pracownik jest w stanie po użyciu alkoholu lub w stanie nietrzeźwości (zob. M. Rycak, Glosa..., op. cit., s. 340). W szczególności, choć SN stwierdził, że pracodawca może i ma obowiązek kontrolować stan trzeźwości pracowników, to jednak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 2018 r. (I PK 194/17, OSNP 2019, nr 6, poz. 73) wskazano, że w związku ze zmianą od 1 lipca 2011 r. brzmienia art. 17 ust. 3 AlkU, pracodawca może rozwiązać umowę o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika z powodu jego nietrzeźwości tylko na podstawie wyników badania wykonanego przez uprawniony organ powołany do ochrony porządku publicznego, a nie przez osobę upoważnioną przez pracodawcę (art. 52 § 1 pkt 1 k.p. w związku z art. 17 ust. 3 AlkU). Oznacza to, że nie kwestionuje się możliwości stosowania przez pracodawcę kontroli trzeźwości pracowników także z użyciem sprzętu pracodawcy, a jedynie ich wartość dowodową w ewentualnym procesie.

Stąd opiniowany projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw, w zakresie dotyczącym kontroli stanu psychofizycznego pracownika uznać należy za pożądany. Nie tylko wychodzi on naprzeciw oczekiwaniom przedsiębiorców i pracodawców, ponieważ stwarza podstawy do wprowadzenia i przeprowadzania prewencyjnej, wrywkowej kontroli pracowników na obecność alkoholu lub środków działających podobnie do alkoholu w ich organizmach, lecz także wprowadzając nową instytucję prawną- kontrolę stanu psychofizycznego pracownika, ma szansę na uporządkowanie tego zjawiska oraz uniknięcie wątpliwości, jakie pojawiają się w praktyce i orzecznictwie na tle art. 17 AlkU. Co ważne instytucję tę będzie można zastosować także do osób fizycznych wykonujących pracę na innej podstawie niż stosunek pracy, w szczególności na podstawie umów cywilnoprawnych oraz osób prowadzących na własny rachunek działalność gospodarczą.

### **Uwagi szczegółowe dotyczące projektowanych regulacji**

1. Cel kontroli stanu psychofizycznego pracownika i ogólne uwarunkowania jej wprowadzenia przez pracodawcę

W myśl projektowanego art. 22<sup>1c</sup>§1, celem kontroli na pozostawanie pracownika w stanie po spożyciu alkoholu lub w stanie nietrzeźwości albo kontroli na obecność w organizmie pracownika środków działających podobnie do alkoholu jest dążenie do zapewnienia ochrony życia i zdrowia pracowników lub innych osób albo ochrony mienia. Warunkiem wprowadzenia przez pracodawcę tej kontroli jest jej niezbędność. Oznacza to, że kontrola taka musi być postrzegana jako konieczny, niezastępowalny środek ochrony dóbr najważniejszych, czyli życia i zdrowia pracowników lub innych osób albo ochrony mienia. Dlatego też projektowany przepis nie obliguje pracodawcy do wprowadzenia takiej kontroli, z jednej strony. Z drugiej, dopuszczalność jej wprowadzenia uzależnia od uznania, że jest ona niezbędnym środkiem ochrony życia lub zdrowia, a nawet mienia. Choć zatem stan psychofizyczny pracownika determinuje nie tylko sumienne i staranne świadczenie pracy, lecz także jest istotnym warunkiem zapewnienia świadczenia tej pracy z zachowaniem obowiązków z zakresu bhp, to ów wymóg „niezbędności” zawarty w projektowanym art. 22<sup>1c</sup>§1 sprawić może, że decyzja pracodawcy dotycząca wprowadzenia prewencyjnych, a zatem cyklicznych (okresowych) kontroli na pozostawanie pracownika w stanie po spożyciu alkoholu lub w stanie nietrzeźwości albo kontroli na obecność w organizmie pracownika środków działających podobnie do alkoholu będzie kwestionowana przez pracowników. Niewątpliwie wprowadzenie takiej kontroli nie jest niezbędne dla zapewnienia ochrony wspomnianych dóbr w przypadku każdego rodzaju pracy czy w przypadku każdego pracodawcy, zarówno występującego w sektorze prywatnym, jak i publicznym. Wprowadzenie prewencyjnej kontroli stanu psychofizycznego pracowników jest natomiast konieczne w odniesieniu do pracowników zatrudnionych na stanowiskach pracy, na których praca pod wpływem alkoholu lub środków działających podobnie do alkoholu może zagrażać życiu i zdrowiu innych pracowników, osób trzecich (np. praca kierowców), czy też np. bezpieczeństwu na drogach, a także nie pozwala na organizowanie przez pracodawcę procesu pracy z zachowaniem zasad bhp (por. M. Rycak, Glosa..., op. cit., s. 341).

Projektowane regulacje dotyczące kontroli stanu psychofizycznego pracowników mają, zgodnie z art. 2 pkt 1 opiniowanego projektu ustawy o zmianie ustawy- Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw, na celu zastąpienie obecnej regulacji zawartej w art. 17 AlkU, a także uregulowanie kontroli pracowników na obecność w ich organizmach środków działających podobnie do alkoholu.

Konsekwencje takiej zmiany nie ograniczą się jedynie do tego, że przepis art. 17 AlkU otrzyma nowe brzmienie, uprawniając inne podmioty zatrudniające osoby fizyczne, niż pracodawca w rozumieniu art. 3 k.p., do dokonywania kontroli ich stanu psychofizycznego.

Mocy prawnej zostanie pozbawiona bowiem norma prawna, wedle której pracodawca miał obowiązek bezpośredniej obserwacji pracownika, który stawiał się do pracy pod kątem powstania uzasadnionego podejrzenia, że jest on w stanie po użyciu alkoholu albo spożywał alkohol w czasie pracy. Wynik obserwacji w tym zakresie determinuje dalsze postępowanie w zakresie dopuszczenia lub niedopuszczenia pracownika do pracy. Niezależnie od wątpliwości dotyczących znaczenia przepisu art. 17 ust. 3 AlkU i ewentualnego obowiązku pouczenia pracownika o możliwości weryfikacji „prywatnych” ustaleń pracodawcy, zauważyć należy, że obowiązująca regulacja prawna pozwala pracodawcy na powzięcie działań kontrolnych *ad hoc*, w zależności od konkretnych okoliczności i dokonanych spostrzeżeń dotyczących stanu psychofizycznego pracownika.

Z kolei projektowane przepisy art. 22<sup>1c</sup>§1 oraz art. 22<sup>1e</sup>§1 przewidują uprawnienie pracodawcy do wprowadzenia u niego instytucji prewencyjnej kontroli trzeźwości pracowników oraz prewencyjnej kontroli pracowników na obecność w ich organizmach środków działających podobnie do alkoholu, odbywającej się – stosownie do projektowanego art. 22<sup>1c</sup>§10 – cyklicznie, w czasie (godzinach) oraz okresach wcześniej ustalonych.

Tym samym, w związku ze zmianą art. 17 AlkU, przestanie obowiązywać podstawa prawna dla dokonywania kontroli trzeźwości pracownika w każdym przypadku, gdy pojawi się uzasadnione przypuszczenie, że znajduje się on w stanie po spożyciu alkoholu lub w stanie nietrzeźwości.

## 2. Zasady kontroli stanu psychofizycznego pracowników, ochrona dóbr osobistych pracowników

W myśl projektowanego art. 22<sup>1c</sup>§2 i 3 oraz art. 22<sup>1e</sup> § 1i 2 kontrola stanu psychofizycznego pracowników nie może naruszać godności oraz innych dóbr osobistych pracownika. Kontrola stanu psychofizycznego pracowników jest przeprowadzana przez pracodawcę w sposób ustalony zgodnie z § 10, uwzględniający wymagania wynikające z przepisów wydanych na podstawie art. 22<sup>1g</sup>.

Stosownie do projektowanego art. 22<sup>1c</sup>§10, pracodawca jest upoważniony nie tylko do podjęcia decyzji o wprowadzeniu instytucji prewencyjnej kontroli stanu psychofizycznego pracowników, lecz także do określenia: 1) grupy lub grup pracowników objętych tą kontrolą, 2) sposobów przeprowadzania kontroli stanu psychofizycznego pracowników, w tym rodzaj urządzenia wykorzystywanego do kontroli, 3) czasu i częstotliwości jej przeprowadzania.

Zasady te ustala się w układzie zbiorowym pracy lub w regulaminie pracy albo w obwieszczeniu, jeżeli pracodawca nie jest objęty układem zbiorowym pracy lub nie jest obowiązany do ustalenia regulaminu pracy. Podlegają one rygorom z art. 9 k.p.

Przeprowadzenie kontroli prewencyjnej nie wymaga zgody pracownika. Wystarczy, że zostanie on poinformowany o wprowadzeniu kontroli stanu psychofizycznego pracowników w sposób przyjęty u danego pracodawcy nie później niż 2 tygodnie przed rozpoczęciem jej przeprowadzania. Na etapie zatrudniania pracownika objętego kontrolą stanu psychofizycznego pracowników, pracodawca przekazuje temu pracownikowi przed dopuszczeniem go do pracy informacje o przyjętych przez siebie zasadach kontroli, w postaci papierowej lub elektronicznej.

### 3. Podmioty uprawnione do przeprowadzenia kontroli stanu psychofizycznego pracownika oraz metody badań

Projektowany art. 22<sup>1c</sup>§3 w zw. z art. 22<sup>1e</sup> rozstrzyga jednoznacznie, że kontrolę stanu psychofizycznego pracownika przeprowadza pracodawca. To uprawnienie pracodawcy jest ograniczone do określonych metod badania stanu psychofizycznego pracownika, tj. niewymagających badania laboratoryjnego.

Ponadto, pracownik niedopuszczony do pracy oraz pracodawca mogą zainicjować badanie stanu psychofizycznego pracownika przez uprawniony organ powołany do ochrony porządku publicznego. Projektowany przepis wyraźnie precyzuje, kiedy pracownik może żądać przeprowadzenia badania przez uprawniony organ. Skoro dotyczy to pracownika niedopuszczonego do pracy, to należy przyjąć, że uprawnienie to aktualizuje się albo dopiero po uprzednim badaniu przeprowadzonym przez pracodawcę na zasadach określonych w projektowanym art. 22<sup>1c</sup> i w związku z wynikiem tego badania po niedopuszczeniu pracownika do pracy, mając walor weryfikacyjny, albo dotyczy pracownika niedopuszczonego do pracy,

gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie, że pracownik stawiał się do pracy w stanie po użyciu alkoholu albo w stanie nietrzeźwości lub spożywał alkohol w czasie pracy.

Wobec faktu, że kontrola przeprowadzana przez pracodawcę na zasadach określonych w projektowanym art. 22<sup>1c</sup> ma charakter wyłącznie prewencyjny i mogłaby powstać tym samym luka w zakresie podstaw prawnych przeprowadzenia przez pracodawcę kontroli *ad hoc*, w razie pojawienia się podejrzenia co do stanu psychofizycznego pracownika, projektowany art. 22<sup>1d</sup>§ 3 należy uznać za przepis, który przesądza kwestię podmiotów uprawnionych do przeprowadzenia kontroli stanu psychofizycznego pracownika *ad hoc*, niezależnie od instytucji kontroli prewencyjnej wprowadzonej i wykonywanej przez pracodawcę. Otóż kontrolę *ad hoc* stanu psychofizycznego pracownika, w sytuacji, gdy zarówno pracodawca wprowadził instytucję kontroli prewencyjnej, jak i gdy jej nie wprowadził, przeprowadzić może wyłącznie organ powołany do ochrony porządku publicznego. Pracodawca jest jedynie uprawniony do złożenia stosownego wniosku inicjującego taką kontrolę. Może też wcześniej nie dopuścić pracownika do pracy, jeśli będzie miał uzasadnione podejrzenie, że pracownik stawiał się do pracy w stanie po użyciu alkoholu albo w stanie nietrzeźwości lub spożywał alkohol w czasie pracy.

Dopuszczalne metody badania stanu psychofizycznego pracownika obejmują zarówno metody niewymagające badania laboratoryjnego za pomocą urządzenia posiadającego ważny dokument potwierdzający jego kalibrację lub wzorcowanie (kontrola prewencyjna przeprowadzana przez pracodawcę) oraz metody laboratoryjne (kontrola przeprowadzana przez organ powołany do ochrony porządku publicznego).

Kwestią, która wymagałaby jednak doprecyzowania jest określenie „organ powołany do ochrony porządku publicznego”. W AlkU oraz w projektowanych regulacjach brakuje definicji tego terminu. W doktrynie przyjmuje się, że organami takimi są np.: Policja oraz straż gminna (M. Rycak, Glosa..., op. cit., s. 345). Niemniej nie jest to wystarczające dla właściwego stosowania projektowanych regulacji.

#### 4. Przedmiot kontroli stanu psychofizycznego pracowników



Przedmiotem kontroli stanu psychofizycznego pracowników będzie, zgodnie z projektowanym art. 22<sup>1c</sup> §5 oraz art. 22<sup>1e</sup> stan po użyciu alkoholu lub stan nietrzeźwości albo obecność środków działających podobnie do alkoholu. Stosowanie tych regulacji nie powinno nastęrczać trudności, gdyż w AlkU znajdują się definicje zwrotów „stan po użyciu alkoholu” oraz „stan nietrzeźwości”. Natomiast wykaz środków działających podobnie do alkoholu określa, stosownie do projektowanego upoważnienia ustawowego (art. 22<sup>1g</sup>pkt 3): minister właściwy do spraw zdrowia w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw wewnętrznych oraz ministrem właściwym do spraw pracy, w drodze rozporządzenia.

#### 5. Ochrona i przetwarzanie danych osobowych pracownika

Wedle projektowanych regulacji, pracodawca przetwarza informacje o dacie, godzinie i minucie badania oraz jego wyniku wskazującym na stan po użyciu alkoholu albo stan nietrzeźwości wyłącznie w przypadku, gdy jest to niezbędne do zapewnienia ochrony dóbr osobistych pracownika i przechowuje te informacje w aktach osobowych pracownika przez okres nieprzekraczający roku od dnia ich zebrania.

W przypadku zastosowania kary upomnienia, kary nagany lub kary pieniężnej pracodawca przechowuje powyższe informacje w aktach osobowych pracownika do czasu uznania kary za niebyłą zgodnie z art. 113 k.p.

W przypadku, w którym powyższe informacje mogą stanowić lub stanowią dowód w postępowaniu prowadzonym na podstawie prawa, a pracodawca jest stroną tego postępowania lub powziął wiadomość o wytoczeniu powództwa lub wszczęciu postępowania przechowywania tych informacji ulega przedłużeniu do czasu prawomocnego zakończenia postępowania.

Po upływie wskazanych okresów informacje o dacie, godzinie i minucie badania oraz jego wyniku wskazującym na stan po użyciu alkoholu albo stan nietrzeźwości podlegają usunięciu.

Zauważyć należy, że zgodnie z art. 4 pkt 1 rozporządzenia PE i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz. Urz. UE L Nr 119, s. 1 ze zm.; dalej jako RODO), „dane osobowe” oznaczają wszelkie informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej („osobie, której dane dotyczą”); możliwa do zidentyfikowania osoba fizyczna to osoba, którą można bezpośrednio lub pośrednio zidentyfikować, w szczególności na podstawie identyfikatora takiego jak imię i nazwisko, numer identyfikacyjny, dane o lokalizacji, identyfikator internetowy lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających fizyczną, fizjologiczną, genetyczną, psychiczną, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość osoby fizycznej.

Wobec powyższego powstaje pytanie, czy w przypadku projektowanej kontroli stanu psychofizycznego pracowników przeprowadzanej przez pracodawcę mamy do czynienia z przetwarzaniem danych osobowych tych pracowników. Kwestia ta nie jest dostatecznie jasna na gruncie projektowanej regulacji, wobec faktu, że w art. 22<sup>1c</sup>§6 wskazuje się jedynie na informacje o dacie, godzinie i minucie badania oraz jego wyniku wskazującym na stan po użyciu alkoholu albo stan nietrzeźwości. Wprost nie wskazuje się na taki identyfikator, jak: imię i nazwisko. Niemniej informacje te są przechowywane w aktach osobowych pracownika, co pośrednio pozwala na połączenie tych wyników badania z konkretnym pracownikiem. Można więc przyjąć, że mamy tu do czynienia z przetwarzaniem danych osobowych w rozumieniu art. 4 pkt 2 w zw. z art. 4 pkt 15 i art. 35 RODO.

Otóż dane te obejmują wynik wskazujący na stan po użyciu alkoholu albo stan nietrzeźwości, czyli określając „stan fizjologiczny” zaliczają się do danych dotyczących zdrowia, czyli danych szczególnej kategorii. Tymczasem, zgodnie z art. 9 ust. 1 i 2 RODO, przetwarzanie danych szczególnej kategorii jest co do zasady zabronione.

Przetwarzanie tych danych jest możliwe po spełnieniu jednego z warunków określonych w art. 9 ust. 2 RODO, np.: osoba, której dane dotyczą, wyraziła wyraźną zgodę na przetwarzanie tych danych osobowych w jednym lub kilku konkretnych celach, chyba że prawo Unii lub prawo państwa członkowskiego przewidują, iż osoba, której dane dotyczą, nie może uchylić zakazu, o którym mowa w ust. 1.

Jak zauważono w doktrynie, powołując się na art. 4 pkt 11, art. 7 ust. 4 oraz motywy preambuły nr 42 i 43 RODO, zgoda na poddawanie się prewencyjnym kontrolom trzeźwości oraz przetwarzanie danych osobowych pracowników dotyczących stanu ich trzeźwości nie jest właściwą podstawą prawną przetwarzania tych danych (M. Rycak, Glosa..., op. cit., s. 354). Stwierdzenie to jest zgodne z treścią art. 22<sup>1a</sup> i art. 22<sup>1b</sup>k.p., dotyczących zasad i warunków złożenia przez pracownika zgody na przetwarzanie jego danych osobowych.

Wedle jednak art. 22<sup>1</sup>§4 k.p., pracodawca żąda podania innych danych osobowych niż określone w § 1 i 3, gdy jest to niezbędne do zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa. Stosownie zaś do art. 9 ust. 2 lit. b i g RODO, można wyjątkowo przetwarzać dane osobowe szczególnej kategorii, jeśli przetwarzanie jest niezbędne do wypełnienia obowiązków i wykonywania szczególnych praw przez administratora lub osobę, której dane dotyczą, w dziedzinie prawa pracy, zabezpieczenia społecznego i ochrony socjalnej, o ile jest to dozwolone prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego, lub porozumieniem zbiorowym na mocy prawa państwa członkowskiego przewidującymi odpowiednie zabezpieczenia praw podstawowych i interesów osoby, której dane dotyczą (b) oraz przetwarzanie jest niezbędne ze względów związanych z ważnym interesem publicznym, na podstawie prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego, które są proporcjonalne do wyznaczonego celu, nie naruszają istoty prawa do ochrony danych i przewidują odpowiednie i konkretne środki ochrony praw podstawowych i interesów osoby, której dane dotyczą; przetwarzanie jest niezbędne do celów profilaktyki zdrowotnej lub medycyny pracy, do oceny zdolności pracownika do pracy, diagnozy medycznej, zapewnienia opieki zdrowotnej lub zabezpieczenia społecznego, leczenia lub zarządzania systemami i usługami opieki zdrowotnej lub zabezpieczenia społecznego na podstawie prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego lub zgodnie z umową z pracownikiem służby zdrowia i z zastrzeżeniem warunków i zabezpieczeń, o których mowa w ust. 3 (g).

Można zatem uznać, że przetwarzanie przez pracodawcę danych zawierających informację o dacie, godzinie i minucie badania oraz jego wyniku wskazującym na stan po użyciu alkoholu albo stan nietrzeźwości na zasadach określonych w projektowanym art. 22<sup>1c</sup>§ 6-9, w tym także danych określonych w projektowanym art. 22<sup>1d</sup>§ 10 jest uzasadnione w świetle art. 9 ust. 2 lit. b i g RODO. Wiąże się to z obowiązkiem ciążącym na pracodawcy

zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (art. 15 k.p., art. 66 ust. 1 Konstytucji RP), a także ochrony życia i zdrowia pracowników i innych osób w procesie pracy (por. M. Rycak, Głosa..., op. cit., s. 355-356).

Co istotne projektowany art. 22<sup>1c</sup>§ 6-9 w zw. z art. oraz art. 22<sup>1d</sup>§10 oraz w zw. z art. 22<sup>1e</sup> §1 i 2 dotyczy jedynie przypadków, w których uzyskano wynik pozytywny badania stanu psychofizycznego pracownika. Regulacja taka jest prawidłowa, gdyż wynik negatywny, np. niewskazujący na stan po spożyciu alkoholu albo niewskazujący na obecność środków działających podobnie do alkoholu nie powinien i nie jest nigdzie odnotowywany. Dane dotyczące badania zakończonego wynikiem negatywnym nie są i nie mogą być przetwarzane, stanowiąc w istocie dane techniczne, a nie osobowe (por. J. Żołyński, Uprawnienie pracodawcy do kontroli trzeźwości pracowników, PiZS 2019/8, s. 34).

Pojawia się jednak pytanie, co pracodawca powinien zrobić z przekazaną mu, zgodnie z projektowanym art. 22<sup>1d</sup>§10, informacją, obejmującą dane osobowe badanego pracownika (imię, nazwisko, PESEL), nawet jeśli wynik badania jest negatywny. Niewątpliwie w odniesieniu także do tej informacji będzie miała zastosowanie reguła z projektowanego art. 22<sup>1c</sup>§ 6-9, że przetwarza się jedynie informacje zawierające wynik pozytywny, niemniej nie ulega wątpliwości, że w razie badania przeprowadzanego przez organ powołany do ochrony porządku publicznego także informacje związane z wynikiem negatywnym są przetwarzane, tj. zbierane i utrwalane itp. Kwestia ta powinna zostać zatem wyjaśniona i uregulowana w sposób zapewniający zgodność z RODO oraz przepisami art. 22<sup>1-b</sup>k.p.

## 6. Skutki kontroli stanu psychofizycznego pracowników

Projektowana regulacja jednoznacznie określa, kiedy wynik badania trzeźwości można uznać za negatywny oraz pozytywny. Otóż wynik będzie pozytywny, jeśli stwierdzi się obecność alkoholu wskazującą na stan po użyciu alkoholu albo stan nietrzeźwości w rozumieniu odpowiednio art. 46 ust. 2 albo 3 AlkU. Wynik będzie negatywny zarówno wtedy, gdy nie stwierdzi się w ogóle obecności alkoholu, jak i wtedy, gdy zawartość alkoholu nie osiąga lub nie prowadzi do osiągnięcia wartości właściwych dla stanu po użyciu alkoholu. W

razie uzyskania pozytywnego wyniku kontroli stanu psychofizycznego pracowników, pracodawca nie dopuszcza pracownika do pracy.

#### 7. Kontrola stanu psychofizycznego funkcjonariuszy

W myśl projektowanych regulacji kontrolę stanu psychofizycznego funkcjonariuszy przeprowadza się jedynie okazjonalnie, *ad hoc*, na polecenie przełożonego lub innej upoważnionej osoby. Projektodawca słusznie, biorąc pod uwagę specyfikę działania służb, nie przewidział możliwości wprowadzenia instytucji prewencyjnej, cyklicznej kontroli stanu psychofizycznego funkcjonariuszy.

#### IV. Przepisy przejściowe

Ocena przepisów przejściowych opiniowanego projektu ustawy wypada pozytywnie. Zapobiegając ewentualnym problemom intertemporalnym, projektowane art. 15-18 realizują zasadę niedziałania prawa wstecz, w tym zasadę stosowania starego prawa do trwających (otwartych) stanów rzeczy, ale rozpoczętych pod rządami starego prawa. W myśl tych projektowanych reguł zasada bezpośredniego działania nowego prawa dotyczy jedynie stanów, które zostały otwarte pod rządami nowej regulacji prawnej.

Wobec takiej woli projektodawcy, by zasada bezpośredniego działania nowego prawa dotyczyła jedynie stanów, które zostały otwarte pod rządami nowej regulacji prawnej, wprowadzenie przepisów art. 15-18 jest niezbędne. W przeciwnym razie wszystkie rozpoczęte (otwarte) stany faktyczne od rządami starego prawa, czyli przed wejściem w życie projektowanych regulacji, automatycznie podlegałyby tym regulacjom zgodnie z zasadą bezpośredniego działania nowego prawa.

***Opracowała dr hab. Renata Babińska-Górecka, prof. UW.***