

Dyskryminacja w cyfrowym świecie pracy

1. Wprowadzenie

Prawo antydyskryminacyjne rozwija się od kilkudziesięciu lat. Nawet na jego tle prawo odnoszące się do cyfryzacji i sztucznej inteligencji jest stosunkowo młode, choć entuzjastycznie poddawane analizie. Ponadto regulowane są także sprawy, które należy wiązać z pracą z wykorzystaniem technologii cyfrowych, mimo że przepisy nie odnoszą się do niej bezpośrednio. Jako przykłady można podać:

- Europejskie Porozumienie Ramowe w sprawie telepracy z 16 lipca 2002 r.¹, przyjęte w ślad za nim polskie Porozumienie Partnerów Społecznych dotyczące telepracy z dnia 10 czerwca 2005 r. i przepisy ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy² o zatrudnianiu pracowników w formie telepracy (art. 67⁵ i n., definiujące telepracę jako pracę wykonywaną regularnie poza zakładem pracy, z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu przepisów o świadczeniu usług drogą elektroniczną);
- przepisy dotyczące sposobu wykonywania pracy i zadań pracowników związanych z wykorzystaniem narzędzi cyfrowych, np. pracy przy monitorach ekranowych lub obiegu dokumentów w formie elektronicznej;
- 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 kryzysowych³, który dopuszcza polecenie przez pracodawcę pracownikowi wykonywania, przez czas oznaczony, pracy określonej w umowie o pracę poza miejscem jej stałego wykonywania. Ustawodawca nie zdefiniował pracy zdalnej, lecz doprecyzował, że w szczególności może być ona wykonywana przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Obecnie wydaje się, że znaczenie tego przepisu jest przełomowe ze względu na masowość jego stosowania.

Bezpośrednio do zauważonych problemów z korzystaniem z nowych technologii odnosi się Porozumienie Ramowe Europejskich Partnerów Społecznych

¹ Zob. np. M. Latos-Miłkowska, *Telepraca jako sposób upowszechniania zatrudnienia*, [w:] L. Florek (red.), *Prawo pracy a bezrobocie*, Warszawa 2003, s. 60-73.

² T.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1320.

³ T.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 374 z późn. zm.

w sprawie cyfryzacji z czerwca 2020 r. Promuje ono partnerskie podejście pracowników i pracodawców, ale inaczej niż porozumienie dotyczące telepracy i niektóre inne porozumienia ramowe, nie odnosi się bezpośrednio do dyskryminacji związanej z zatrudnieniem pracowników objętych porozumieniem. Na przykład, uwzględniony w Europejskim Porozumieniu Ramowym w sprawie telepracy, dobrowolny charakter telepracy został w art. 67¹⁵ Kodeksu pracy ujęty w szerszą formułę zakazu dyskryminacji.

Natomiast porozumienie w sprawie cyfryzacji, mimo że wskazuje na potrzebę godzenia życia zawodowego i prywatnego⁴, kwestię dyskryminacji odnosi jedynie do sztucznej inteligencji (AI) i jej wpływu na świat pracy⁵. Dostrzeżono jednak, że ułatwione i kompleksowe przetwarzanie danych z zastosowaniem sztucznej inteligencji może wzmagać problemy z dyskryminacją (np. ułatwiona identyfikacja osób z niepożądanymi cechami, przepływ i rozpowszechnianie informacji). Generuje ono dodatkowe konflikty, ale jednocześnie jest już nieuniknione, np. w procesach oceny lub rozliczania czasu pracy pracowników.

W starszych europejskich porozumieniach ramowych dotyczących pracy w niepełnym wymiarze czasu pracy⁶, na czas określony⁷ oraz w dyrektywie o pracy tymczasowej⁸ równe traktowanie jest jednym z kluczowych poruszonych zagadnień. Akty te, dotyczące szczególnych form prawnych stosunków pracy, mogą się nakładać na regulację poświęconą bezpośrednio pracy z wykorzystaniem technologii cyfrowych jako swoistego sposobu wykonywania pracy.

Związek między nowymi technologiami a ryzykiem dyskryminacji został zauważony przez Parlament Europejski⁹, w szczególności w pracach nad prawem pracowników do odłączenia się. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 21 stycznia 2021 r. zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie prawa do bycia offline (2019/2181(INL)) dość szeroko opisuje potencjalnie dyskryminujące właściwości pracy z użyciem

⁴ Np.: „Technologie lub narzędzia cyfrowe mogą być również wykorzystywane/wprowadzane w celu poprawy tych czynników (np. poprzez lepszą organizację pracy, komunikację, większe możliwości uczenia się, lepsze relacje w pracy, lepszą równowagę między pracą a życiem prywatnym, równość płci)”.

⁵ Wdrażanie systemów AI „powinno być zgodne z zasadami sprawiedliwości, tzn. zapewniać pracownikom i grupom wolność od niesprawiedliwych uprzedzeń i dyskryminacji” (3. Sztuczna inteligencja (AI) i zagwarantowanie zasady kontroli przez człowieka).

⁶ Dyrektywa Rady 97/81/WE z dnia 15 grudnia 1997 r. dotycząca Porozumienia ramowego dotyczącego pracy w niepełnym wymiarze godzin zawartego przez Europejską Unię Konfederacji Przemysłowych i Pracodawców (UNICE), Europejskie Centrum Przedsiębiorstw Publicznych /CEEP/ oraz Europejską Konfederację Związków Zawodowych (ETUC) (Dz. Urz. UE L 14 z 20.1.1998, s. 9).

⁷ Dyrektywa Rady 1999/70/WE z dnia 28 czerwca 1999 r. dotycząca Porozumienia ramowego w sprawie pracy na czas określony, zawartego przez Europejską Unię Konfederacji Przemysłowych i Pracodawców (UNICE), Europejskie Centrum Przedsiębiorstw Publicznych (CEEP) oraz Europejską Konfederację Związków Zawodowych (ETUC) (Dz. Urz. UE L 175 z 10.7.1999, s. 43).

⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/104/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie pracy tymczasowej (Dz. Urz. UE L 327 z 5.12.2008, s. 9).

⁹ Np. rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 10 czerwca 2021 r. w sprawie wspierania równouprawnienia płci w kształceniu i pracy zawodowej w dziedzinie nauk przyrodniczych, technologii, inżynierii i matematyki (STEM) (2019/2164 (INI)).

technologii cyfrowych¹⁰ i wzywa Komisję do podjęcia inicjatywy w sprawie wydania odpowiedniej dyrektywy. Zwraca uwagę, że „większa łączność z miejscem pracy nie powinna skutkować jakąkolwiek formą dyskryminacji ani negatywnymi konsekwencjami w odniesieniu do rekrutacji bądź rozwoju kariery”, a pracownikom korzystającym ze swoich praw przewidzianych w przyszłej dyrektywie należy zapewnić „ochronę przed działaniami dyskryminującymi, takimi jak utrata dochodu lub możliwości awansu”. Państwa członkowskie mają dopilnować, by obowiązywał zakaz dyskryminowania, mniej korzystnego traktowania, zwalniania oraz stosowania przez pracodawców innych niekorzystnych środków ze względu na fakt, że pracownicy wykonują lub chcą wykonywać swoje prawo do bycia offline.

Z powyższego skrótowego przeglądu wynika, że dostrzega się, iż cyfryzacja, jako taka, nie chroni przed dyskryminacją. Mimo to w porozumieniu w sprawie cyfryzacji z czerwca 2020 r. nie poruszono tematu dyskryminacji w bezpośrednim odniesieniu do ludzi (a nie AI), warunków zatrudnienia i wykonywania czynności. Na tle pytań o kontekst, przyczyny i skutki tego pominięcia rodzą się również pytania, jakie szczególne problemy związane z dyskryminacją już występują lub mogą powstać w przyszłości w cyfrowym świecie pracy i na ile prawo (pracy lub socjalne) jest w stanie im się przeciwstawić lub działać osiągając pożądaną skutki.

2. Prawo sztucznej inteligencji a prawo pracy ludzi

Porozumienie w sprawie cyfryzacji problem dyskryminacji odnosi jedynie do sztucznej inteligencji (AI) i jej wpływu na świat pracy. Należy zatem rozważyć kwestię wstępną, czy z prawnego punktu widzenia ma sens rozpatrywanie razem prawa sztucznej inteligencji i prawa dotyczącego pracy cyfrowej jako nierozdzielnie połączonych zagadnień. Wydaje się, że nie, gdyż sztuczna inteligencja operuje tylko na danych wprowadzonych do danego systemu i nie ma bezpośredniego związku z warunkami pracy wykonywanej przez ludzi. Świat cyfrowy jest nie tylko odzwierciedleniem świata rzeczywistego, ale i go kreuje. Wprawdzie operacje AI są zaprojektowane przez ludzi i przetwarzane dane mogą dotyczyć ludzi, ale proces odbywa się automatycznie. To dopiero wyniki zastosowanych procedur oddziałują na ludzi,

¹⁰ Np.: „G. mając na uwadze, że kobiety są szczególnie narażone na skutki gospodarcze i społeczne kryzysu związanego z COVID-19 i bardziej je odczuwają, ponieważ nadal pełnią tradycyjną rolę osób prowadzących gospodarstwa domowe i opiekunek rodziny; mając na uwadze, że rozwój telepracy w czasie kryzysu związanego z COVID-19 może też stanowić większe zagrożenie dla młodych ludzi i osób pełniących obowiązki opiekuńcze, takich jak rodzice samotnie wychowujący dzieci, rodziny z dziećmi i rodziny z niesamodzielnymi krewnymi wymagającymi opieki; [...] że w kontekście prawa do bycia offline należy uwzględnić problematykę płci; H. mając na uwadze, że prawo do bycia offline jest prawem podstawowym nierozdzielnie związanym z nowymi wzorcami pracy w nowej erze cyfrowej; [...] mając na uwadze, że prawo do bycia offline ma szczególne znaczenie dla pracowników znajdujących się w najtrudniejszej sytuacji oraz pełniących obowiązki opiekuńcze”.

często tych, którzy pracują, a czasami tych, którzy (nieprawidłowo) zaprojektowali procedury i algorytmy.

Natomiast tradycyjnie prawo pracy zajmuje się ochroną człowieka w miejscu pracy i organizowaniem pracy ludzkiej. Bezpośrednio dyskryminacja będzie więc dotyczyła osób pracujących, a nie samego przetwarzania danych. Dlatego zagadnień dyskryminacji w pracy nie warto zbyt mocno łączyć z regulacją przetwarzania danych przez sztuczną inteligencję i środków przeciwdziałających dyskryminacji w tym procesie. Oczywiście sprawy te się zazębiają. Przykładem może być ocena skutków wpływu uprzedzeń na osoby projektujące algorytm (a mogą to być pracownicy). Wydaje się, że tego rodzaju problemy mogą być ujęte w kategoriach tradycyjnych kompetencji kierowniczych pracodawcy w procesie pracy – poleceń i prawidłowego, niedyskryminującego kierowania pracą. Zadaniem pracodawcy powinna być „ochrona” pracowników przed dyskryminacją wynikającą z informacji docierających ze świata zewnętrznego, skoncentrowanie się na jakości i sposobie wykonywania pracy. To zaś przypomina obecne zadania pracodawcy: zapewnienie równego traktowania pracowników niezależnie od tego, jak pewne osoby są odbierane społecznie ze względu na swe cechy.

Algorytmy AI przetwarzają informacje, a wyniki przekładają się na traktowanie pracowników. To pracodawca powinien zadbać o to, żeby zarówno dane, jak i traktowanie były prawidłowe. Jednak tworzenie algorytmów i przetwarzanie danych jest osobnym problemem od tego, na ile pracodawca będzie je weryfikował (a powinien) i jak z nich skorzysta. Dotychczasowe zasady prawa pracy i działania legislacyjne dotyczące AI wskazują na zbieżność koncepcji odpowiedzialności pracodawcy: ma on ponosić odpowiedzialność za sposób traktowania pracowników i ich danych.

3. Przyczyny dyskryminacji i cechy chronione

Przegląd dotychczasowych prac prawodawczych powiązanych, czasem luźno, z dyskryminacją przy pracy z wykorzystaniem technologii cyfrowych, wskazuje na szerokie i rozbudowane postrzeganie cech, które narażają na dyskryminację. Cechy te nie powinny stanowić kryterium, według którego różnicowana byłaby sytuacja pracowników. W polskim prawie pracy katalog kryteriów dyskryminujących jest otwarty (brzmienie art. 18^{3a} Kodeksu pracy), ale rozrasta się katalog cech wyraźnie wskazywanych jako dyskryminujące w przepisach lub orzecznictwie.

Zauważalne jest, że praca cyfrowa pozostaje w różnych relacjach z „tradycyjnie” chronionymi cechami. Przy jej wykonywaniu bardziej odnotowuje się bowiem efektywność pracy, a mniej, co się za nią kryje. Nie jest ważne, jaki jest pracownik, ale czy działa lepiej/szybciej czy gorzej/wolniej; czy sprawnie osiąga wyniki z zastosowaniem odpowiednich danych i aplikacji. A to są już cechy blisko związane z dopuszczalnym różnicowaniem pracowników ze względu na jakość wykonywanej przez nich pracy. Przy pracy cyfrowej nieokreślone może być miejsce

wykonywania pracy, ale określony jest sprzęt, IP, IMEI lub inne dane wykorzystywanego sprzętu. Obserwujemy proces, jak w związku z tym zmienia się postrzeganie osoby pracującej na tym sprzęcie.

W wersji idealnej cyfryzacja pozwala zneutralizować ewentualne negatywne oddziaływanie rasy, wieku, orientacji seksualnej lub nawet niepełnosprawności. Zależność między obywatelstwem¹¹, narodowością, poglądami politycznymi lub światopoglądem a równym lub krzywdzącym traktowaniem pracowników zależy prawdopodobnie od okoliczności faktycznych: na ile ujawniają się one przy naborze oraz w trakcie wykonywania pracy. Co do zasady, cechy te wydają się jednak bardziej „transparentne” i neutralne przy pracy za pomocą oddalonych urządzeń technicznych niż w bezpośrednich kontaktach międzyludzkich. Znaczenia nabierają przyczyny dyskryminacji związane z myśleniem, sferą emocjonalną lub duchową, a zwłaszcza ich uzewnętrznianiem.

Szczególnie złożony jest problem równości płci i traktowania osób obciążonych obowiązkami opiekuńczymi. Przywołane powyżej dokumenty potwierdzają, że wynika to nie tyle z samej pracy cyfrowej, co z jej otoczenia wpływającego na możliwość i jakość wykonywania pracy. Praca cyfrowa może więc nie tylko przyczynić się do zmniejszenia faktycznych nierówności płci, ale i wzmocnić różnice między osobami dowolnie dysponującymi swym czasem a osobami obciążonymi stałymi obowiązkami opiekuńczymi. Uzasadnia to wagę przypisywaną do powtarzającego się w dokumentach wątku godzenia życia zawodowego i prywatnego. Natomiast prawna forma stosunku pracy (w niepełnym wymiarze czasu pracy, na czas określony) wydaje się mieć drugorzędne znaczenie z punktu widzenia występowania dyskryminacji przy pracy cyfrowej.

Najciekawsze jest jednak pytanie o „nowe” przyczyny i rodzaje dyskryminacji, wynikające właśnie z właściwości pracy z wykorzystaniem technologii cyfrowych i czy praca w świecie cyfrowym powinna wiązać się z rozszerzeniem zakresu porównań służących ocenie, czy doszło do dyskryminacji. Na przykład czy z punktu widzenia dyskryminacji, celów i metod jej zwalczania, można rozpatrywać relacje:

- 1) człowiek – robot lub sztuczna inteligencja; szczególnie, że upodabniają się do siebie i pełnią funkcje elementów w tym samym procesie pracy¹²;
- 2) pracujący cyfrowo – tradycyjnie: czyli na ile adekwatne są dotychczasowe metody wartościowania stanowisk pracy i ustalania norm pracy, przy nadal postępującej specjalizacji;
- 3) informatycy, od których zależy cały proces, w tym praca i ewentualne dyskryminowanie innych, a więc grupa niejako w naturalny sposób uprzywilejowana – osoby na innych stanowiskach;

¹¹ Np. aktualność zezwalania na pracę zdalną cudzoziemców; korzystanie z pracy wysoko wykwalifikowanych cudzoziemców bez konieczności ich przyjazdu do danego państwa (kwestia wiz i prawa pobytu); w efekcie problemy transgraniczne stają się bardziej „indywidualizowane”.

¹² Zob. np. G. Szulczewski, *W poszukiwaniu sensu życia w świecie bez pracy*, [w:] J. Czarzasty, Cz. Kliszko (red.), *Świat (bez) pracy. Od fordyzmu do czwartej rewolucji przemysłowej*, Warszawa 2018, s. 36.

- 4) korzystający z prawa do bycia offline – podłączeni stale i entuzjastycznie korzystający z komunikatorów, mediów społecznościowych lub innych aplikacji udostępnianych przez pracodawców w związku z pracą lub wspomagających pracę.

Pośrednio łączy się to z problemem poszanowania godności i prywatności oraz dopuszczalnością inwigilacji i kontroli pracowników, także za pomocą tychże udostępnianych aplikacji. W świecie cyfrowym zachowuje wartość ochrona prywatności i informacji o człowieku, nawet jeżeli niektórzy pracownicy są szczerze chętni i gotowi z tego rodzaju ochrony zrezygnować. Wciąż otwarte jest pytanie, na ile powinno się pozwolić pracodawcy korzystać z tej gotowości.

4. Formy dyskryminacji

Technologia cyfrowa i jej używanie wymagają podejścia systemowego i planowania. Teoretycznie jej prawidłowe stosowanie powinno zatem prowadzić do wyeliminowania dyskryminacji, a przynajmniej jej jaskrawych przejawów. Jeżeli dochodziłoby do dyskryminacji, to albo dlatego, że wystąpił błąd systemowy – techniczny, albo ze względu na celowe, dość ukierunkowane, działanie zaangażowanych osób. Można więc się spodziewać, że dyskryminacja przy pracy cyfrowej będzie się zbliżała do mobbingu przez swoją powtarzalność, systemowość. Wzmocniłoby to rolę i uzasadnienie odpowiedzialności pracodawcy za wyeliminowanie takich praktyk.

W świecie cyfrowym ewentualne molestowanie lub zachęcanie do dyskryminacji zostawia ślady możliwe do odtworzenia (łatwiej lub trudniej). Osobom dyskryminowanym powinno to poprawiać sytuację dowodową. Technologia dostarcza również instrumenty służące stwierdzeniu wystąpienia dyskryminacji pośredniej (np. łatwość przetwarzania danych o wynagrodzeniach) i ewentualnych „nowych form” dyskryminacji bezpośredniej. Jednak dane przesyłane „w tle” są wykrywalne jedynie przy zastosowaniu stosownych urządzeń; są bardziej widoczne dla komputerów niż dla ludzi, także tych podejmujących decyzje na podstawie analizy komputerowej.

5. Remedia

Od początku rewolucji cyfrowej rozważa się, czego potrzebuje pracownik dyskryminowany w świecie cyfrowym i czy aktualne są dotychczasowe rozwiązania, czy nie będą potrzebne nowe środki prawne. Przewidziana obecnie odpowiedzialność pracodawcy, w tym odszkodowawcza, oraz ingerencja w postanowienia wewnętrznych źródeł prawa pracy (art. 9 § 4 k.p.) lub podstaw nawiązania stosunku pracy (art. 18 § 3 k.p.) mogą być niewystarczające.

Skoro do dyskryminacji może dochodzić w sferze cyfrowej, to również w niej należałoby oddziaływać. Bezpośrednie i pośrednie skutki dyskryminacji przy pracy cyfrowej, oddziałując na resztę życia danej osoby, mogą być dużo trwalsze i szersze niż przy pracy „tradycyjnej”; nawet zmiana pracy i środowiska może okazać się nieskuteczna. Przykładem niech będzie wystąpienie dyskryminacji w ramach internetu rzeczy¹³, gdzie dostrzeżenie i wyeliminowanie dyskryminacji w przesyłach między rzeczami może być bardzo trudne (np. statystyki pokazujące, że określony pracownik wolniej pracuje, powodują, że potrzebne do pracy lub życia dane są mu wysyłane w zwolnionym tempie albo później, co uniemożliwia mu osiągnięcie lepszych wyników¹⁴).

Z punktu widzenia prawa powinno chodzić o przywrócenie do stanu poprzedniego lub doprowadzenie do stanu niedyskryminującego; na przykład poprzez usunięcie danych i dyskryminujących elementów w stosowanych procedurach i algorytmach. Szczególnie ważny staje się więc dostęp organów egzekwujących prawo do serwerów i kodów.

6. Wnioski

Dla oceny zjawiska dyskryminacji przy pracy cyfrowej istotne jest rozdzielenie działań między ludźmi oraz na styku między ludźmi i narzędziami cyfrowymi jako narzędziami pracy („tradycyjne” prawo pracy) oraz samego podejmowania decyzji na podstawie danych przetworzonych z zastosowaniem sztucznej inteligencji. W tym ostatnim przypadku wymaga się udziału człowieka (porozumienie o cyfryzacji).

Dotychczasowe działania normodawcze zostały podjęte przy użyciu tradycyjnych form (europejskie porozumienie ramowe, projekt dyrektywy). Co więcej, proponuje się tradycyjne metody przeciwdziałaniu dyskryminacji związanej z pracą z wykorzystaniem technologii cyfrowych. Powstaje więc problem badawczy wymagający dalszych prac: jak te metody mogą funkcjonować w świecie cyfrowym i na ile mogą one oddziaływać w rzeczywistości wirtualnej.

¹³ Internet przedmiotów (ang. *internet of things*, IoT) – „koncepcja, wedle której jednoznacznie identyfikowalne przedmioty mogą pośrednio albo bezpośrednio gromadzić, przetwarzać lub wymieniać dane [...]; do tego typu przedmiotów zaliczają się między innymi urządzenia gospodarstwa domowego, artykuły oświetleniowe i grzewcze oraz urządzenia noszone (*wearables*)”, https://pl.wikipedia.org/wiki/Internet_rzeczy [dostęp: 15.06.2021].

¹⁴ Dyskusyjna może być wtedy kwestia, czy dochodzi do różnego traktowania (dyskryminacji?) ze względu na tempo czy ze względu na przyczynę tego zwolnionego tempa (np. niepełnosprawność).

Bibliografia

- Latos-Miłkowska M., *Telepraca jako sposób upowszechniania zatrudnienia*, [w:] Florek L. (red.) *Prawo pracy a bezrobocie*, Warszawa 2003.
- Szulczewski G., *W poszukiwaniu sensu życia w świecie bez pracy*, [w:] J. Czarzasty, Cz. Kliszko (red.), *Świat (bez) pracy. Od fordyzmu do czwartej rewolucji przemysłowej*, Warszawa 2008.