

Середа О.Г.,

доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри трудового права

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ORCID: 0000-0002-8252-1963

Борисенко А.І.,

студентка

Інституту прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ORCID: 0000-0002-6919-7628

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ВСТАНОВЛЕННЯ ГАЛУЗЕВОЇ НАЛЕЖНОСТІ ДОГОВОРІВ ПРО ПРАЦЮ В УМОВАХ ЦИФРОВОЇ ТРАНСФОРМАЦІЇ СУСПІЛЬСТВА

TOPICAL ISSUES OF ESTABLISHING THE INDUSTRIAL BELONGING OF LABOR AGREEMENTS IN THE CONDITIONS OF DIGITAL SOCIETY TRANSFORMATION

У статті розглянуто вплив цифрової трансформації суспільства на розвиток трудових відносин, зокрема в період пандемії. Акцентовано увагу на трансформації соціально-трудова відносин за умови цифровізації економіки, яка безпосередньо пов'язана з її етапами, процесами та напрямками. Виділено особливості трансформації соціально-трудова відносин, такі як зміна меж традиційного поділу праці, стирання кордонів професій та поява нових форм роботи. Окрему увагу приділено відокремленню цивільно-правових відносин, пов'язаних з працею, від трудових. Зазнав подальшого розвитку аналіз основних рис договорів, за якими можна виокремити трудовий договір від суміжних цивільно-правових договорів про працю, розроблені рекомендації щодо вирішення судових спорів про відмежування таких договорів. Основний акцент у дослідженні зроблено на презентації зарубіжного механізму відокремлення відносин у сфері праці та працевлаштування. Детально розглянуто поняття АВС-тестування та його реалізацію в країнах Європи та США. Проведено детальний аналіз рішення Верховного Суду США та розглянуто тлумачення запитань, передбачених АВС-тестуванням. Наведено альтернативні рішення судів європейських країн та проаналізовано вітчизняний законопроект «Про працю», який запозичує алгоритм АВС-тестування для відокремлення трудових відносин та суміжних цивільно-правових відносин. Наголошено на проблемах, пов'язаних з відносинами в ІТ-сфері як лідера використання дистанційної форми роботи. Акцентовано увагу на необхідності правового захисту працівника як більш слабкої сторони трудового договору, наведено переваги регулювання відносин у сфері праці нормами трудового законодавства, доведено актуальність закріплення трудових відносин в умовах цифрової трансформації суспільства. Зазнали подальшого вивчення проблеми детінізації трудових правовідносин, виявлення неоформлених працівників та притягнення недобросовісних роботодавців до відповідальності. Доведено, що зміни за всіма напрямками трудових відносин потребують законодавчого визнання та визначення гарантій соціального захисту працюючих в умовах цифровізації економіки та цифрової трудової реальності.

Ключові слова: трудові відносини, цивільно-правові відносини у сфері праці, цифрова трансформація, АВС-тестування, працівники ІТ-сфери.

The article considers the impact of digital transformation of society on the development of labor relations, in particular, during the pandemic. Emphasis is placed on the transformation of social and labor relations in terms of digitalization of the economy, which is directly related to its stages, processes and directions. The peculiarities of the transformation of social and labor relations are highlighted; they are changing the boundaries of the traditional division of labor, erasing the boundaries of professions and the emergence of new forms of work. Particular attention is allotted to the separation of civil legal relations related to employment from labor relations. A detailed analysis of the main features of contracts under which an employment contract can be distinguished from related civil law contracts is made; recommendations are given for resolving a dispute on the delimitation of such contracts. The main emphasis is made on the presentation of the foreign mechanism of separation of relations in the field of labor and employment. A detailed analysis of the decision of the Supreme Court of the United States was conducted and the interpretation of the issues provided by the ABC test was considered. Alternative decisions of courts of European countries are considered and the analysis of the bill "About labor" which, in turn, borrows algorithm "ABC" of testing for separation of labor relations and the adjoining civil relations is carried

out. The concept of ABC test and its implementation in Europe and the United States is considered in detail. The problems are emphasized in the IT sphere as a leader in the use of remote work. The article focuses on the need for legal protection of the employee as a weaker party to the employment contract, considering the advantages of regulating labor relations by legislation, proving the relevance of consolidating labor relations in the digital transformation of society. The problems of de-shadowing of labor relations, identification of undocumented employees and bringing unscrupulous employers to justice are considered. It is proved that changes in all areas of labor relations require legislative recognition. Definition of guarantees of social protection of workers in the context of digitalization of the economy and digital labor reality are required.

Key words: labor relations, civil legal relations in employment, digital transformation, ABC test, employee IT sphere.

Постановка проблеми. Цифрова трансформація економіки та суспільства країни приводить до змін у різних сферах життєдіяльності: зменшується попит і пропозиція на одні професії, зростає попит на інші, ринок праці переживає нові виклики та потребує адаптації до таких змін. У зв'язку з цим виникає все більш нагальна проблема відокремлення цивільно-правових відносин, пов'язаних з працею, від безпосередньо трудових. Нині в Україні відсутній ефективний механізм розмежування цих видів відносин, що спричиняє велику завантаженість судів під час вирішення спорів щодо галузевої належності правовідносин. Особливої актуальності це питання набуває в умовах цифровізації суспільних відносин та розвитку нових форм зайнятості. Запозичення досвіду інших держав щодо вирішення окресленої проблеми та його впровадження на теренах нашої країни є ключовим моментом нашого дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Огляд джерел вказує на нагальність проблеми та зацікавленість науковців у встановленні галузевої приналежності відносин у сфері праці, важливість наведення розмежування між цими відносинами в сучасних умовах інформаційного суспільства. Так, зокрема, питання розвитку правових механізмів регулювання відносин у сфері праці в умовах цифрової трансформації та відокремлення цивільних відносин від трудових у своїх працях досліджували С.М. Веретюк, О.А. Гришнова, В.В. Жернаков, О.М. Ковбаско, А.М. Колот, І.М. Паньонко, О.О. Савченко, Я.В. Свічкарьова, О.О. Хандій, Г.І. Чанишева та інші вчені. У своїх роботах науковці акцентують увагу на важливості відокремлення цивільно-правових відносин, пов'язаних з працею, від трудових загалом, а також окремо в умовах цифрової трансформації. Піднімаються питання важливості внесення змін до чинного законодавства для регулювання дистанційної роботи, яка стала новим викликом для більшості роботодавців під час пандемії.

Отже, метою наукової статті є визначення ознак, за якими може бути встановлена галузева приналежність відносин у сфері праці в умовах цифрової трансформації суспільства та появи нових форм зайнятості; презентація способу (тестування), покликаного полегшити процес відокремлення цивільних відносин від трудових у сфері праці.

Виклад основного матеріалу. Інформатизація та глобалізація світу, розвиток сучасних технологій та технічних можливостей приводять до виникнення нових форм зайнятості та співробітництва між роботодавцем і працівником. Зокрема, збільшується частка дистанційної роботи, реалізація якої здійснюється через цифрові засоби комунікації. При цьому ключовим аспектом вже стає не лише виконання того чи іншого проєкту, але й сам працівник, його здібності, вміння та креативність. Саме такі сучасні умови на ринку праці змушують працівників змінювати форму роботи, шукаючи оптимальний шлях реалізації свого трудового потенціалу. Через це виникають проблеми поділу відносин у сфері праці на трудові та цивільні.

На цьому етапі українське законодавство зазнає певних змін, більшість яких пов'язана з пандемією та новими викликами в суспільстві. Трудове законодавство не є винятком. Так, 2 квітня 2020 р. набув чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-2019)». Законом, зокрема, вносяться зміни до Кодексу законів про працю України щодо унормування дистанційної (надомної) роботи. Так, змінами передбачено визначення (нова редакція статті 60) дистанційної (надомної) роботи: форма організації праці, коли робота виконується працівником за місцем його проживання чи в іншому місці за його вибором, у тому числі за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій, але поза приміщенням роботодавця. За дистанційної (надомної) роботи працівники розподіляють робочий час на свій розсуд, на них не поширюються правила внутрішнього трудового розпорядку, якщо інше не передбачено у трудовому договорі. Встановлюється гнучкий режим робочого часу, що, відповідно до норм КЗпП, визначається як «форма організації праці, якою допускається встановлення режиму роботи, що є відмінним від визначеного правилами внутрішнього трудового розпорядку, за умови дотримання встановленої денної, тижневої чи на певний обліковий період (два тижні, місяць тощо) норми тривалості робочого часу» [8].

На нашу думку, такі зміни є позитивним явищем і мають стати поштовхом для модернізації

українського суспільства. Безумовно, цифрова трансформація суспільства викликає появу робочих місць та зайнятості нових типів, змінюючи характер, умови праці, кваліфікаційні вимоги для працівників. З розвитком ринку праці кардинальних змін зазнає наявна система соціально-трудових відносин: з одного боку, цифрова трансформація відкриває можливості появи нових професій та робочих місць, дистанційного навчання та роботи у віддаленому режимі, з іншого боку, є ризик зростання рівня безробіття в країні, тому слушною є думка О.М. Ковбаско про те, що «розвиток цифрової економіки є багатограничним процесом, який здійснює як позитивний, так і негативний вплив на зайнятість. Це необхідно враховувати під час оцінювання майбутніх наслідків розвитку цифрових технологій, у тому числі у сфері зайнятості. При цьому однозначним є висновок про те, що цифровізація приносить економічне зростання, створення нових робочих місць, кращі умови життя людей та спрощення ведення бізнесу» [9].

Детинізація трудових правовідносин, виявлення неоформлених працівників та притягнення недобросовісних роботодавців до відповідальності – це основні напрями вдосконалення чинного законодавства про працю. Насамперед проблема уникнення офіційного працевлаштування пов'язана з податковим навантаженням та ускладненою процедурою звільнення працівників, що приводить до укладання саме цивільно-правової угоди, а не трудового договору. Роботодавці все частіше намагаються використовувати приховані форми трудових відносин, таких як фріланс, аутстафінг чи аутсорсинг. Варто зазначити, що на відносини сторін за цивільними договорами норми законодавства про працю не поширюються, а це може серйозно погіршити правове становище найманих працівників та негативно вплинути на відповідні соціальні гарантії. Саме тому необхідно відмежовувати трудовий договір від суміжних цивільних договорів про працю [1, с. 338].

Враховуючи факт схожості цих договорів, визначаємо їх спільні та відмінні риси. Загальною рисою трудових договорів та цивільно-правових договорів про працю є свобода укладення, тобто сторони вільні у виборі того, з ким у подальшому співпрацюватимуть у процесі виконання договору. Також слід зазначити, що в обох випадках фізична особа (працівник або виконавець) отримує певну винагороду за виконану роботу. Спільною рисою є укладення здебільшого трудового договору та цивільно-правового договору у письмовій формі.

Виділяючи відмінності, маємо згадати, що за трудовим договором працівник виконує трудову функцію, тобто його приймають на роботу (посаду), включену до штату підприємства, для виконання певної роботи, а за цивільно-правовим договором, пов'язаним із працею, особа

(яка має статус підрядника або виконавця) виконує індивідуальне завдання, за яким обумовлюється кінцевий результат праці, тобто предметом трудового договору є процес трудової діяльності, а не одержання матеріального результату чи виконання завдання одноразового характеру, що відбувається під час укладання цивільно-правового договору про працю.

Однією з особливостей трудового договору є його особистий характер. Це пов'язано з тим, що виконання трудової функції є можливим тільки особисто працівником, оскільки здатністю до праці може розпорядитися тільки її власник. Сторонами цивільно-правового договору, навпаки, можуть виступати як фізичні, так і юридичні особи. При цьому замовника не хвилює питання про те, хто виконуватиме обсяг роботи за договором. Підрядчик може виконувати обсяг роботи самостійно або передоручити виконувати його субпідряднику. Замовника хвилює тільки термін та кінцевий результат виконаної роботи [2, с. 118].

Відмінності стосуються також винагороди за працю. У разі укладення трудового договору винагорода виплачується працівнику у вигляді заробітної плати заздалегідь установленими нормами, систематично, має свою структуру, обмежена мінімальним розміром тощо. За цивільно-правовою угодою виконавець робіт (послуг) отримує за виконану роботу винагороду, розмір і порядок виплати якої визначається сторонами у договорі за взаємною згодою. Законодавчі гарантії щодо оплати праці на виплату винагороди не поширюються.

Трудовий договір укладається, як правило, на невизначений час і припиняється лише з підстав, передбачених законодавством. Цивільні договори про працю укладаються щодо виконання певної роботи і вичерпуються виконаною роботою (послугою, продукцією).

Таким чином, спільні та відмінні риси лише ускладнюють процес визначення виду договору та створюють невідгідні умови як для особи, яку примушують до укладення саме цивільно-правового договору, так і для замовника, який укладає цивільно-правовий договір з особою, діяльність якої має трудовий характер.

Цікавим у цьому аспекті є міжнародний досвід. Перш за все слід згадати АВС-тест, який був прийнятий Верховним Судом Каліфорнії у справі "Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles" (Dynamex). АВС-тест був розширений та набув свого відображення в законопроекті АВ5 (Assembly Bill), який був кодифікований губернатором Каліфорнії Гейвіном Ньюсомом 18 вересня 2019 р. та вступив у силу 1 січня 2020 р. Тест «АВС» – це тест, який повинні пройти роботодавці, щоб віднести особу до працівника або незалежного підрядника (виконавця) [3].

Згідно з тестом «АВС», особа вважається працівником, а не незалежним підрядником

(виконавцем), якщо суб'єкт найму не задовольняє всім трьом таким умовам:

– працівник вільний від контролю та керівництва суб'єкта найму (роботодавця або замовника) у зв'язку з виконанням робіт як за договором на виконання робіт, так і фактично;

– працівник виконує роботу, яка виходить за рамки «звичайного» курсу бізнесу суб'єкта найму;

– працівник, як правило, займається незалежно встановленою торгівлею, професією або бізнесом того самого характеру, що і той, що бере участь у виконанні роботи.

У своєму рішенні Верховний Суд Каліфорнії проаналізував та надав оцінку наведеним вище умовам. Суд навів такі приклади застосування першого запитання: роботодавець не зміг встановити, що в'язальниці, що виготовляли одяг, були достатньо вільними від контролю компанії, тому що роботодавець надавав працівникам однакові схеми в'язання. Суд аргументував: «Ступінь контролю та управління виробництвом <...> нічим не відрізняється, коли светр в'яжеться вдома опівночі, ніж якби його виготовляли між 09.00 та 17.00 на роботі».

Аналізуючи другу умову, Верховний Суд Каліфорнії пояснив: «Працівники, які працюють за контрактом, які надають послуги у ролі, порівняній із роботою наявних працівників, швидше за все, будуть розглядатися як такі, що працюють у звичайному процесі діяльності суб'єкта найму», наприклад, коли компанія, що виробляє одяг, наймає швачок, що працюють на дому, для виготовлення суконь із тканини, що постачаються компанії, які згодом будуть продані компанії. Отже, за такої ситуації ці відносини не виходять за межі звичайного процесу та будуть вважатися трудовими.

Пояснюючи останню умову, Верховний Суд Каліфорнії звертає увагу на те, що «суб'єкт найму повинен довести, що незалежна господарська діяльність фактично існує на момент виконання роботи, той факт, що бізнес-операція може виникнути в майбутньому, недостатній». Якщо особа надає послуги незалежного бізнесу населенню та низці потенційних клієнтів, використовуючи рекламу та отримуючи ліцензію, вона буде вважатися незалежним підрядником або виконавцем, але не працівником. Наприклад, третя умова не була задоволена, коли водій таксі повинен мати муніципальний дозвіл, який можна використовувати лише тоді, коли цей водій працює у певній компанії таксі, тому в цьому разі він буде вважатися найманим працівником [7].

Така усталена американська практика привела до прийняття схожих судових рішень у європейських країнах. Ці рішення стосуються відомої на весь світ міжнародної компанії «Uber», яка позиціонує себе як додаток для виклику водія, який є фрілансером на їхній погляд.

Однак у своєму рішенні Вищий Суд Франції визнав водіїв «Uber» найманими працівниками, а відносини між компанією та водієм – трудовими [4]. Схожі справи у свій час розглянули суд по трудовим спорам Англії та Уельсу, Брюссельський суд із комерційних питань, у яких також визнали водіїв «Uber» найманими працівниками [5]. Український уряд також працює над певними ініціативами, пов'язаними з АВС-тестуванням. Таким чином, 17 липня 2020 року з'явився проект Закону «Про працю», оприлюднений на офіційному порталі Федерації професійних спілок України, який містить прототип АВС-тесту [6].

Найбільш актуальною галуззю використання АВС-тестування, на наш погляд, нині є ІТ-сфера. Щорічно попит на ІТ-фахівців зростає у всьому світі, збільшуючи наявний дефіцит трудових ресурсів ІТ-галузі. Україна готує висококваліфіковані кадри, які високо цінуються як на внутрішньому, так і на зовнішньому ринках праці. Відплив найкращих фахівців галузі за кордон призупинився, і намітилася тенденція їх повернення в Україну для роботи як у вітчизняних, так і в зарубіжних компаніях. Прозора система трудових відносин, проникнення стандартів соціального захисту в онлайн-середовище, гідна оплата праці в ІТ-сфері дадуть змогу створити конкурентоспроможні умови праці й утримати в Україні найдорожчу та найбільш дефіцитну робочу силу. В ІТ-фрілансі Україна вийшла на перші позиції у світі. Україна за 2013–2017 рр. вийшла на перше місце в Європі та четверте у світі за обсягом фінансових потоків і кількістю завдань, що виконуються на цифрових робочих платформах, посіла перше місце в ІТ-фрілансі у світі [10]. Відплив найкращих програмістів за кордон порівняно з 2014–2016 рр. уповільнився, проте конкуренція українських роботодавців за українських програмістів із зарубіжними роботодавцями стає все більш жорсткою. Для ІТ-професіоналів, які оформлені як ФОП, держава пропонує тимчасові податкові пільги. Представники неформального ринку праці, яких, за різними оцінками, від половини до чверті в галузі, перебувають за межами соціального захисту та державної підтримки [11, с. 138]. Для зниження дискримінаційних явищ і соціальних загроз у роботі ІТ-фрілансерів пропонується використання міжнародного досвіду регулювання трудових відносин шляхом ратифікації Конвенцій МОП «Про надомну працю» та «Про гідну працю домашніх працівників (фрілансерів)». Трансформація трудових відносин в ІТ-сфері пов'язана з особливостями у процесі найму, визначенням бази оплати праці, умов та режиму праці, вирішенням трудових конфліктів. Зміни за всіма напрямками трудових відносин потребують законодавчого визнання та визначення гарантій соціального захисту працюючих в умовах цифровізації економіки та цифрової трудової реальності. Отже, з огляду на факт популярності цієї галузі

ІТ-сфера потребує особливого правового врегулювання відносин, які виникають у цій площині.

Висновки і перспективи подальших досліджень. Питання спрощення механізму встановлення належності відносин до певної галузі права залишається гострим та актуальним для всієї правової науки. Зміни за всіма напрямками трудових відносин потребують законодавчого визнання та визначення гарантій соціального захисту працюючих в умовах цифровізації економіки та цифрової трудової реальності. З огляду на зарубіжний досвід ABC-тестування є однією з концепцій вирішення проблеми встановлення галузевої приналежності відносин в нових умовах інформаційного суспільства. Відповідний

механізм визначення належності відносин до трудових – це захист працівників від утисків з боку роботодавців, які наполягають на укладенні цивільно-правового договору; надання працівникам можливості пришвидшити доведення свого трудового статусу в суді та вирішення конкретних галузевих проблем, що стосуються нових сучасних форм зайнятості. Крім того, наявність такого механізму тестування дасть змогу роботодавцям уникнути відповідальності за фактичний допуск працівника до роботи без оформлення трудового договору (контракту) й сплати штрафних санкцій. Отже, врегулювання цього питання на законодавчому рівні є стратегічно важливим для захисту як працівників, так і роботодавців.

Список використаних джерел:

1. Паньонко І.М. Спільні та відмінні ознаки трудових договорів та суміжних цивільних договорів. *Юридичні науки*. 2015. № 813. С. 337–342.
2. Олійник К.М. Відмежування трудового договору від цивільно-правових договорів, пов'язаних із працею. *Наше право*. 2013. № 11. С. 116–119.
3. Allderdice L. New California Law Codifies – and Expands – Strict ABC Test. URL: [for2Independent2Contractor2Status,22019.2URL:2https://www.hklaw.com/en/insights/publications/2019/09/new-california-law-codifies-and-expands-strict-abc-test](https://www.hklaw.com/en/insights/publications/2019/09/new-california-law-codifies-and-expands-strict-abc-test).
4. Ruling by the labour chamber of the court of cassation on 4 March 2020. URL: https://www.courdecassation.fr/IMG/20200304_arret_uber_english.pdf.
5. Брюссель заборонив фірмі Uber використовувати водіїв без ліцензії. URL: <https://www.bbc.com/russian/features-46751502>.
6. Проект Закону України «Про працю» від 28 грудня 2019 р. URL: http://spo.fpsu.org.ua/images/1667_1.pdf.
7. Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court. URL: <https://scocal.stanford.edu/opinion/dynamex-operations-west-inc-v-superior-court-34584>.
8. Кодекс законів про працю від 10 грудня 1971 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08>.
9. Ковбаско О.М. Трансформація зайнятості в умовах розвитку цифрової економіки. *Сучасні проблеми ринку праці і зайнятості в контексті політики швидкого економічного зростання* : матеріали засідання круглого столу (м. Київ, 17 травня 2018 р.). Київ : ІПК ДСЗУ, 2018. С. 34–38.
10. Employment through digital platforms in Ukraine. Problems and Strategic Perspectives. International Labor Organization. 2018. URL: https://www.kiis.com.ua/materials/pr/15082018_ILO_report/wcms_ukr.pdf.
11. Хандій О.О. Державна підтримка трансформації трудових відносин в ІТ-сфері в умовах цифровізації економіки. *Економіка промисловості*. 2019. № 2 (86). С. 126–145. DOI: <http://doi.org/10.15407/econindustry2019.02.126>.